

Berlin, den 18. Januar 2012

S t e l l u n g n a h m e
zum Entwurf eines
„Zweiten Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung
des Finanzmarktes (Zweites Finanzmarktstabilisierungsgesetz – 2. FMStG)“

- Die Grundsatzentscheidung, mit dem 2. FMStG den Finanzmarktstabilisierungsfonds zeitlich befristet für neue Anträge zu öffnen, ist richtig. Dies kann ein vertrauensbildendes Signal an die Märkte darstellen, dass der Fonds im Bedarfsfall Mittel zur Bewältigung der neuen Herausforderungen durch die Staatsschuldenkrise zur Verfügung stellt.
- Die Voraussetzungen, unter denen zeitlich befristet die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht höhere Eigenkapitalanforderungen anordnen kann (§ 10 Abs. 1b KWG-E), sollten präziser gefasst sein. Insbesondere dürften die Auslöser zusätzlicher Eigenkapitalanforderungen nicht maßgeblich politischen bzw. behördlichen Entscheidungen auf EU-Ebene überlassen werden.
- Die vorgesehenen Modifikationen der Regelungen zur Finanzmarktstabilisierung, des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes, des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes und der Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung sind sachgerecht.
- Der Gesetzentwurf gewährleistet, dass auch künftig ein Kreditinstitut selbst darüber zu entscheiden hat, auf welchem Weg es angeordneten höheren Eigenkapitalanforderungen nachkommt.
- Einer „Zwangsrekapitalisierung“ eines Kreditinstituts bedarf es nicht. Denn im Bedarfsfalle wird ein Institut – wie auch die Erfahrungen mit dem Finanzmarktstabilisierungsfonds gezeigt haben – schon nach eigenem Ermessen Mittel des Fonds beantragen. Eine Regelung zur Zwangsrekapitalisierung von Kreditinstituten ist folglich nicht erforderlich und würde auf gravierende verfassungsrechtliche Bedenken stoßen.

I. Grundsätzliches

1. Mit dem von den Europäischen Staats- und Regierungschefs am 26. Oktober 2011 verabschiedeten Maßnahmenpaket zur Staatsschuldenkrise soll unter anderem das Instrumentarium zur Abwendung von Gefahren für die Finanzmarktstabilität, die aus der Staatsschuldenkrise in Griechenland resultieren, erweitert werden. Insbesondere die damit verbundene **dramatische Verkürzung des Zeitplans von Basel III** für einen schrittweisen Aufbau des Eigenkapitals und die Vorgabe, innerhalb von nur sechs Monaten neun Prozent hartes Eigenkapital aufzubauen, hat die Rahmenbedingungen für die Kreditinstitute nachhaltig verschärft. Diese Maßnahme fordert die Institute hart in einer Zeit, in der sie vielfältige und tiefgreifende Maßnahmen zur Bewältigung der Finanzmarktkrise getroffen haben und weiterhin treffen.

2. Die **Grundsatzentscheidung**, vor dem Hintergrund der Beschlüsse der EU-Staats- und Regierungschefs am 26. Oktober 2011 den Finanzmarktstabilisierungsfonds zeitlich befristet für neue Anträge zu eröffnen, ist **richtig**. Dies kann ein **vertrauensbildendes Signal an die Märkte** darstellen, dass der Fonds im Bedarfsfall auf freiwilligen Antrag eines Kreditinstituts Mittel zur Verfügung stellt. Die mit dem Restrukturierungsgesetz zum Jahreswechsel 2010/2011 eingeführten Instrumente sind – wie auch in der Begründung des Gesetzentwurfs treffend dargelegt – allein nicht ausreichend, die neuen Herausforderungen durch die Staatsschuldenkrise zu bewältigen.

3. Nicht übersehen werden sollte, dass das 2. FMStG vor dem Hintergrund der Staatsschuldenkrise Griechenlands der „**Stärkung des Vertrauens in den Kredit- und Finanzdienstleistungssektor zur Abwehr einer drohenden Störung des Finanzmarktes in Europa**“ dient. Ziel ist es eben nicht, wie teilweise behauptet, so genannte systemrelevante Kreditinstitute zu retten bzw. zu sanieren. Dies spiegelt sich auch in der vorgesehenen Erweiterung des bankaufsichtsrechtlichen Instrumentariums wider. Diese knüpft nicht an eine konkrete Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts an. Vielmehr soll die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gegenüber einem Kreditinstitut höhere Eigenkapitalanforderungen bereits bei Vorliegen einer **abstrakten Gefahr für die Finanzmarktstabilität** anordnen können, die von dem betroffenen Institut weder selbst ausgelöst sein muss, noch dieses in einer Weise betrifft, dass es selbst tatsächlich gefährdet ist: Auch gegenüber einem "gesunden" Kreditinstitut können höhere Eigenkapitalanforderungen angeordnet werden. Auch aufgrund der hiermit verbundenen weitreichenden Folgen einer solchen Anordnung halten wir es aus verfassungsrechtlichen Gründen für unerlässlich, dass die **Kriterien** hierfür, also für die entsprechende Befugnis der BaFin, **deutlich präzisiert werden** (siehe hierzu im Einzelnen unsere Anmerkungen unter Ziffer II.2.).

4. Bedarf für die ursprünglich erwogene „**Zwangsrekapitalisierung**“ eines Kreditinstituts, d. h. die Möglichkeit der hoheitlichen Anordnung der Inanspruchnahme von Mitteln des Fonds, besteht nicht. Die Geschäftsleitung eines Kreditinstituts hat zur Erfüllung erhöhter Eigenkapitalanforderungen ohnehin die Beantragung von Mitteln des Fonds in ihre Überlegungen einzubeziehen. Vorrangig kommen – so ausdrücklich die Europäischen Staats- und Regierungschefs in ihrer Erklärung am 26. Oktober 2011 – private Kapitalquellen in Betracht (z. B. durch Umstrukturierungen). Ein Kreditinstitut wird Mittel des Fonds somit freiwillig beantragen, wenn diese Variante zum Wohle des Instituts geboten ist. Der unternehmerische Ermessensspielraum der Geschäftsleitung kann sich dabei „auf Null“ reduzieren. Die Konstituierung eines gesetzlichen Zwangs wäre daher nicht nur verfassungsrechtlich (fehlende Erforderlichkeit des Eingriffs) bedenklich, sondern auch faktisch obsolet.

II. Einzelanmerkungen zu § 10 Abs. 1b KWG-E

1. **Regelungsadressaten:** Grundsätzlich sachgerecht ist der Ansatz des Gesetzentwurfs, dass zur Abwehr einer drohenden Störung des Finanzmarktes in Europa nicht nur gegenüber so genannten systemrelevanten Kreditinstituten, sondern unabhängig von ihrer Rechtsform gegenüber allen Kreditinstituten im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG höhere Eigenmittelanforderungen festgelegt werden können. Es hängt von den **Marktverhältnissen, Umfeldbedingungen und der konkreten Situation eines Instituts im Einzelfall** ab, ob bei diesem Institut zur „Stärkung des Vertrauens in den Kredit- und Finanzdienstleistungssektor“ eine Erhöhung des Eigenkapitals angezeigt ist. Auf eine Entwertung dieses Instruments der Gefahrenabwehr durch eine – wie teilweise gefordert – statische **Differenzierung beim persönlichen Anwendungsbereich** sollte daher verzichtet werden.

2. **Eingriffsvoraussetzungen:** Mit der vorgesehenen Neufassung von § 10 Abs. 1b KWG wird die bisher in der Regelung zum Ausdruck kommende **grundsätzliche Wertung verändert**. Die Angemessenheit des haftenden Eigenkapitals soll nicht mehr vorrangig unter Berücksichtigung von betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten ermittelt werden. Stattdessen soll künftig auf das Vertrauen in das Kredit- und Finanzdienstleistungswesen und die Finanzmarktstabilität abgestellt werden. Da § 10 Abs. 1b KWG auch das „Eingangstor“ für etwaige hieran anknüpfende weitere hoheitliche Maßnahmen (z. B. Einsetzung eines Sonderbeauftragten oder Verbot der Ausschüttung von Dividenden) darstellt, müssen zum einen die Voraussetzungen für erhöhte Kapitalanforderungen hinreichend klar beschrieben werden. Zum anderen fragt sich, ob die neue Zweck-Mittel-Relation verhältnismäßig ist. Dabei geht es um die Frage, ob **eingriffsintensive Maßnahmen getroffen werden können, wenn das Institut selbst nicht gefährdet ist**. Wie bereits unter Ziffer I.3. dargelegt, können nach dem Gesetzeswortlaut auch gegenüber einem "gesunden" Kreditinsti-

tut zur Abwendung einer (abstrakt) drohenden Störung der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes in Europa höhere Eigenkapitalanforderungen angeordnet werden. So könnte zum Beispiel eine Anforderung von zusätzlichen Eigenmitteln an das Kreditinstitut A ergehen, wenn aufgrund der „außergewöhnlichen“ Marktverhältnisse die Refinanzierungsfähigkeit der Kreditinstitute B und C beeinträchtigt zu werden "droht", ohne dass dies beim Kreditinstitut A der Fall ist. Eine Anordnung könnte ergehen, obwohl in einer solchen Konstellation die Eigenmittelsituation des betroffenen Kreditinstituts A "hinreichend" und auch nicht kausal für eine etwaige Marktstörung wäre. Die Kriterien für die Befugnis der BaFin sollten daher in diesem Aspekt dahingehend präzisiert werden, dass eine solche **Anordnung von der konkreten Situation des betroffenen Kreditinstituts abhängt**. Hierzu ist unzweifelhaft eine Anhörung des jeweiligen Instituts vonnöten.

Ferner ist zweifelhaft, ob die vorgesehene Eingriffsmöglichkeit dem **Erfordernis rechtsstaatlicher Klarheit und Bestimmtheit ausreichend Rechnung trägt**. Aufgrund der Bezugnahme auf ein abgestimmtes Vorgehen insbesondere auf Ebene der Europäischen Union ist für die Regelungsadressaten nicht vorhersehbar und berechenbar, welche Eigenkapitalanforderungen die BaFin festsetzt. Kritisch zu sehen ist in diesem Zusammenhang unter anderem die Bezugnahme auf Beschlüsse des Europäischen Rates. So kann der Europäische Rat nach Artikel 15 des Vertrags über die Europäische Union Impulse setzen, allgemeine politische Zielvorstellungen und Prioritäten festlegen, jedoch nicht gesetzgeberisch tätig werden. **Wesentliche Entscheidungen – Voraussetzungen, Umstände und Folgen – muss der (deutsche) Gesetzgeber auch angesichts der durch eine Erhöhung des Eigenkapitals betroffenen Grundrechte** (insbesondere Artikel 12 und 14 des Grundgesetzes) und einer **etwaigen hiermit in Folge verbundenen (schwer kalkulierbaren) Inanspruchnahme staatlicher Mittel in Form des Finanzmarktstabilisierungsfonds selbst treffen. Dies darf daher nicht auf ein EU-Organ oder auf europäische Aufsichtsbehörden delegiert werden**. Daher spricht viel dafür, die Bezugnahme in § 10 Abs. 1b Satz 5 KWG-E nicht als Beispiel für die Erfüllung der Vorgaben in den Sätzen 2 und 3 zu formulieren.

3. **Maßnahmen zur Stärkung des Eigenkapitals:** Nach § 10 Abs. 1b Satz 12 KWG-E soll die BaFin unter anderem anordnen können, dass die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile nicht zulässig ist, solange die angeordnete Eigenmittelausstattung nicht erreicht ist; aus entgegenstehenden Regelungen in Verträgen sollen keine Rechte hergeleitet werden können. Unabhängig von der Frage, ob sich durch eine solche Maßnahme ein substantieller Beitrag zur „Förderung zusätzlichen Eigenkapitals“ erzielen ließe, sollte die Regelung kritisch hinterfragt werden: Dem Anwendungsbereich der Regelung würden auch schon vor dem Inkrafttreten der Regelung geschlossene Verträge unterfallen, soweit darin ein Anspruch auf bestimmte Vergütungen für die Zukunft begründet wurde. Zweifelhaft ist, ob die in diesem Fall gegebene unechte Rückwirkung verfassungsrechtlich zulässig wäre. Sowohl Organmitglieder als auch Angestellte können hier – anders als z. B. bei der Umsetzung der Vorgaben des Financial Stability Board mit dem Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und

Versicherungsunternehmen – nicht darauf verwiesen werden, dass bei Einführung der Regelung für jedermann ersichtlich war, dass hier eine Einschränkung erfolgen wird. Sie können vielmehr auf den Bestand der derzeitigen Rechtslage vertrauen. Es erscheint daher geboten, nur solche Vergütungen zu erfassen, die den Organmitgliedern und Angestellten für Leistungszeiträume ausbezahlt werden, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes liegen. **Vergütungen für Leistungszeiträume vor Inkrafttreten des Gesetzes sollten folglich nicht erfasst werden.** Eine vergleichbare Regelung wurde bei der mit dem Restrukturierungsgesetz erfolgten Erweiterung der Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten getroffen, die Mittel des SoFFin oder des Restrukturierungsfonds in Anspruch nehmen (§§ 10 Abs. 2c Satz 5 FMStFG, 4 Abs. 5 Satz 5 RStruktFG). Der vorliegende Sachverhalt sollte ebenso geregelt werden.

4. **Zwangsrekapitalisierung:** Von der – teilweise geforderten – Möglichkeit einer Zwangsrekapitalisierung von Kreditinstituten sieht der Entwurf zu Recht ab. Die Geschäftsleitung eines Kreditinstituts hat die Entscheidung über eine Antragstellung im Rahmen ihres unternehmerischen Ermessens (siehe z. B. im Aktienrecht: „unter eigener Verantwortung“, § 76 Abs. 1 AktG) zu treffen. Dabei steht ihr grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Die aufsichtsrechtlichen (erhöhten) Mindestkapitalanforderungen reduzieren jedoch den Ermessensspielraum und die Wahl zwischen den Entscheidungsvarianten zur Erfüllung dieser Anforderungen (siehe hierzu etwa Dreher/Häußler, ZGR 2011, 471, 488 ff.). Vorrangig kommen – so auch die Erklärung zum Euro-Gipfel vom 26. Oktober 2011 (siehe Anlage 2 zur Erklärung, Ziffer 5) – private Kapitalquellen in Betracht (z. B. durch Umstrukturierungen). Kommt die Geschäftsleitung jedoch zu dem Ergebnis, dass zum Wohle des Kreditinstituts eine Antragsstellung geboten ist (weil dies die einzige Möglichkeit zur Beschaffung des benötigten Kapitals darstellt), reduziert sich ihr Ermessen „auf Null“ (vgl. Binder, WM 2008, 2340, 2348, Noack, Status Recht 2008, 356, 357; Veranneman, in Jaletzke/Veranneman, FMStG, Vorbm. §§ 6 bis 8 FMStFG, Rn. 21 ff.).

Bereits faktisch begründet daher die Festsetzung erhöhter Eigenkapitalanforderungen den Zwang, im Bedarfsfalle – wie auch die Erfahrungen mit dem Finanzmarktstabilisierungsfonds gezeigt haben – Mittel des Sonderfonds zu beantragen. Eines gesetzlichen Zwangs, also eines Eingriffs in die der Geschäftsleitung vom Gesetz zugewiesenen Kompetenzen, bedarf es folglich nicht. Eine **Regelung zur Zwangsrekapitalisierung** von Kreditinstituten ist folglich **nicht erforderlich** und würde auf **gravierende verfassungsrechtliche Bedenken** stoßen.

* * * * *