

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht



MAX-PLANCK-GESellschaft

An den
Vorsitzenden des Finanzausschusses
Dr. Volker Wissing
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Rechnungslegung und Steuern

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön
Direktor

Marshallplatz 1
D-80539 München

Tel.: +49-89-24246-5400
Fax: +49-89-24246-524

wolfgang.schoen@ip.mpg.de

München, den 4.10.2010

Entwurf Restrukturierungsgesetz

Anhörung 6. Oktober 2010

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in der Anlage überreiche ich eine kurze Stellungnahme zu dem o. a. Gesetzesentwurf zum Restrukturierungsgesetz.

Die Stellungnahme befasst sich im Schwerpunkt mit den Regelungen zur „Bankenabgabe“ nach dem Gesetz und der begleitenden Verordnung. Sie geht insbesondere auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen dieser Abgabe ein. Diese Überlegungen gehen auf ein Gutachten zurück, das ich mit zwei Mitarbeitern, Herrn Dr. Hellgardt und Frau Dr. Osterloh-Konrad, im Vorfeld des Gesetzesentwurfs im Auftrag eines privaten Kreditinstituts angefertigt habe.

Mit freundlichen Grüßen



Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 6. Oktober 2010 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“, BT-Drs. 17/3024

Stellungnahme

zu Art. 3

(Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute)

sowie zu Art. 6

(Änderung des Einkommensteuergesetzes)

unter Einbeziehung des Diskussionsentwurfs der Bundesregierung für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsverordnung – RestruktFV)

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön

Dr. Alexander Hellgardt, LL.M. (Harvard)

Dr. Christine Osterloh-Konrad

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München

I. Zulässigkeit der Bankenabgabe dem Grunde nach – zu Art. 3 des Entwurfs (Restrukturierungsfondsgesetz – RStruktFG-E)

Mit dem Restrukturierungsfondsgesetz soll zur Abwehr künftiger Systemgefährdungen für den Finanzmarkt ein besonderer Fonds geschaffen werden, in den alle deutschen Kreditinstitute einzahlen. Bei dem in § 12 RStruktFG-E näher geregelten Fondsbeitrag, der „Bankenabgabe“, handelt es sich finanzverfassungsrechtlich um eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion. Derartige nichtsteuerliche Abgaben sind nur zulässig, wenn sie zur Finanzierung eines besonderen Sachzwecks von einer homogenen, bereits vorstrukturierten Gruppe erhoben werden, die eine besondere Sachnähe zu dem gewählten Zweck und eine entsprechende Finanzierungsverantwortung aufweist, und wenn das Abgabenaufkommen in gruppennütziger Weise verwendet wird.

Diese Voraussetzungen erfüllt die Bankenabgabe nach dem Gesetzesentwurf dem Grunde nach, wiewohl einzelne Regelungen Bedenken ausgesetzt sind. Im Einzelnen:

1. Besonderer Sachzweck der Abgabe – zu §§ 3, 5 ff. RStruktFG-E

Die Finanzierung der für Bestands- und Systemgefährdungen vorgesehenen Restrukturierungsmaßnahmen (s. § 3 RStruktFG-E iVm § 48b KWG-E), insbesondere die Gründung und Finanzierung von Brückenbanken (§§ 5 ff. RStruktFG-E), sowie die Schaffung von Anreizen zur Reduzierung systemischer Risiken im Bankensektor bilden zulässige Sachzwecke (Finanzierungs- und Lenkungszwecke) im Sinne der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

2. Gruppe der Abgabenschuldner – zu § 2 RStruktFG-E (beitragspflichtige Unternehmen)

Die belastete Gruppe der Kreditinstitute bildet im Grundsatz eine rechtlich und tatsächlich hinreichend vorstrukturierte und homogene Gruppe, der eine besondere Finanzierungsverantwortung für diese Sachzwecke zukommt.

- a. Es wäre verfassungsrechtlich nicht zulässig, die **Sparkassen** und die **Genossenschaftsbanken** von vornherein aus der Gruppe der Abgabepflichtigen auszunehmen. Denn auch diese Institute können systemische Risiken verursachen, insbesondere durch ihre starke Vernetzung über ihre jeweiligen Haftungsverbünde und ihre Eigentümerstruktur sowie durch ihr einheitliches Auftreten am Markt. Diese wechselseitige Verbindung lässt Dominoeffekte durch „informativelle Ansteckung“ nicht unwahrscheinlich erscheinen: Gerät ein regionales Institut in Schieflage, so kann der Markt dies als Indikator für die Situation anderer regionaler Institute werten. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Ein-

standspflichten über die jeweiligen Institutssicherungssysteme ausreichen, um dramatische Krisen aus eigener Kraft des jeweiligen Verbunds zu bewältigen.

- b. Demgegenüber sprechen sachliche Gründe dafür, nicht nur die KfW, sondern sämtliche **Förderbanken** von der Abgabepflicht auszunehmen. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung schließen bei diesen Instituten eine Bestandsgefährdung im Sinne von § 48b KWG-E aus; zudem können sie auch aufgrund ihres eingeschränkten, streng auf den Förderauftrag beschränkten Geschäftsmodells weder erhebliche Systemgefährdungen auslösen noch von der Stabilisierung anderer Kreditinstitute in nennenswertem Umfang profitieren. Allerdings ist anzunehmen, dass das Bundesverfassungsgericht die derzeit vorgesehene Einbeziehung der Förderbanken in den Kreis der abgabepflichtigen Unternehmen als vom gesetzgeberischen Spielraum gedeckt billigen würde.
- c. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Abgabe nur von Kreditinstituten, nicht hingegen von **anderen Unternehmen des Finanzsektors** wie etwa **Versicherungen** oder **Hedgefonds** erhoben werden soll.

Eine Verantwortlichkeit für Systemgefährdungen infolge von Bestandsgefährdungen von Kreditinstituten, zu deren Bewältigung die Fondsmittel eingesetzt werden sollen (s. § 3 Abs. 1 RStruktFG-E iVm § 48b KWG-E), lässt sich diesen Unternehmen nicht zuschreiben. Deshalb wäre bei gleichbleibendem Abgabenzweck ihre Einbeziehung in den Kreis der Abgabepflichtigen verfassungswidrig. Eine andere Beurteilung wäre vorzunehmen, wenn der Fonds auch zur Rettung von Versicherungsunternehmen und Hedge-Fonds eingesetzt werden sollte.

Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen auch nicht gezwungen, das gesamte Modell (Abgabe und zu finanzierende Maßnahmen) auf diese Unternehmen zu erweitern. Denn obwohl auch von ihnen systemische Risiken ausgehen können, unterscheiden sie sich im Hinblick auf Geschäftsmodell, Risikostruktur und Funktion auf dem Finanzmarkt so deutlich von den Kreditinstituten, dass ihre Ausklammerung die Homogenität der Gruppe nicht in Frage stellt.

- d. Die Beschränkung der Abgabepflicht auf **im Inland ansässige Banken** lässt sich trotz ihrer problematischen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation überzeugend damit rechtfertigen, dass die zu finanzierenden Maßnahmen nach §§ 5 ff. RStruktFG-E rechtstechnisch nur gegenüber inländischen Instituten vorgenommen werden können.

Die Regelung des § 1 Abs. 4 RestruktFV-E, derzufolge auch inländische **Zweigniederlassungen von Banken aus Drittstaaten (nicht EU/EWR)** erfasst sein sollen, ist durch die derzeitige Fassung von § 2 S. 1 RStruktFG-E wohl nicht gedeckt! Die Erstreckung der Abgabe auf Zweigniederlassungen ausländi-

scher Banken ist verfassungsrechtlich problematisch, da diese gem. §§ 48 ff. KWG-E nicht Gegenstand von Abwicklungsmaßnahmen werden können; ob das Bundesverfassungsgericht eine Abgabepflicht für Zweigniederlassungen billigen würde, ist nicht sicher. Es ist aber auch rechtspolitisch nicht überzeugend, Zweigniederlassungen im Sinne von § 32 KWG zu belasten, da insbesondere Niederlassungen von Banken aus EU-Staaten wie UK ohnehin nicht erfasst würden. Es kann daher insbesondere nicht argumentiert werden, die Regelung schaffe ein Gegenstück zur Belastung deutscher Zweigniederlassungen in UK.

3. Gruppennützige Verwendung – zu §§ 3, 5 ff. RStruktFG-E

Die verfassungsrechtlich geforderte gruppennützige Verwendung des Abgabenaufkommens lässt sich damit begründen, dass der Gruppe der Kreditinstitute eine Finanzierungsverantwortung für die Abwendung systemischer Risiken aus ihrem Kreis zukommt und die Verwendung der im Fonds zusammengefassten Abgabemittel für derartige Maßnahmen sie von dieser Verantwortung entlastet. Dabei begegnet der Umstand, dass die Abgabe in gewissem Umfang zu einer Haftung der mit Gewinn wirtschaftenden Institute für schwächere Unternehmen führt, keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da Verantwortlichkeit und Nutzen auf die Gesamtgruppe, nicht auf einzelne betroffene Institute bezogen werden müssen.

II. Konkrete Ausgestaltung der Abgabe – Zu § 12 RStruktFG-E und dem Entwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsverordnung – RestruktFV)

Für die Ausgestaltung der Abgabe gilt der weite Beurteilungsspielraum, den das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung wirtschaftslenkender Maßnahmen zugesteht. Seine Grenze findet dieser Spielraum, wenn sich der vom Gesetzgeber gewählte Verteilungsmaßstab nicht mehr als eine sachgerechte Ausgestaltung des durch die zulässigen Abgabenzwecke und Belastungsgründe vorgegebenen Rahmens darstellt. Von entscheidender Bedeutung ist, dass die Belastung auch der Höhe nach einen sachgerechten Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit der Abgabepflichtigen herstellt.

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben erfüllt der Entwurf nur teilweise.

1. Jahresbeiträge – zu § 12 Abs. 1-2, 10 RStruktFG-E sowie §§ 1, 3 RestruktFV-E

Die vorgesehene Bemessungsgrundlage der Jahresbeiträge begegnet im Grundsatz keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere ist es – auch im Vergleich

mit anderen international diskutierten Modellen – grundsätzlich sachgerecht, dass die Abgabe nach dem vorliegenden Verordnungsentwurf auf das Volumen der Passivseite der Bilanz abzüglich der Verbindlichkeiten gegenüber Kunden, des Genussrechtskapital mit einer Laufzeit von mindestens zwei Jahren, des Passivposten „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ und des Eigenkapitals sowie zusätzlich auf die Derivate gem. § 36 RechKredV erhoben werden soll. Im Einzelnen:

- a. § 1 Abs. 2 Nr. 1 RestruktFV-E knüpft an die nach § 340a HGB erstellte **Einzelbilanz** an. Dies stellt eine konsequente Umsetzung des im Gesetzentwurf gewählten rechtsträgerbezogenen Ansatzes dar.
- b. Die vorgesehene Bemessungsgrundlage führt im Zusammenspiel mit der Festlegung der Abgabenschuldner dazu, dass die Aktivitäten ausländischer Tochtergesellschaften bei der Abgabe nicht berücksichtigt werden, wohl aber die Aktivitäten ausländischer Zweigniederlassungen deutscher Kreditinstitute, selbst wenn diese (wie in UK geplant) im Ausland mit einer Bankenabgabe belegt werden. Die Berücksichtigung **ausländischer Zweigniederlassungen deutscher Banken** ist grundsätzlich sachgerecht, da dort eingegangene Risiken mit Rücksicht auf die unbeschränkte Haftung des Unternehmensträgers dazu führen können, dass das in Deutschland ansässige Kreditinstitut im Ganzen gerettet werden muss.
- c. Zu den wichtigsten Anliegen, die mit der sachgerechten Belastung international tätiger Banken im Bereich der Bankenabgabe verbunden sind, gehört die sachliche Abstimmung zwischen den einzelnen Jurisdiktionen. Vor dem Hintergrund, dass die Restrukturierung eines grenzüberschreitend tätigen Kreditinstituts in der Hauptsache durch die Behörden und Gerichte am Hauptsitz dieses Instituts geleistet werden muss, sprechen die besseren Gründe dafür, ausschließlich nach dem Sitzlandprinzip Abgaben zu erheben, ohne jedoch Zweigniederlassungen als solche zu belasten. Ein wirkliches Problem stellt sich allerdings dann, wenn deutsche Kreditinstitute im Ausland Niederlassungen unterhalten, die von einem dort eingerichteten Abgabesystem erfasst werden. Hier muss die Bundesregierung – gegebenenfalls in Abstimmung mit der Europäischen Union, den G-20 oder der OECD internationale Vereinbarungen oder Richtlinien anstreben, die **eine Doppelbelastung von Bankgeschäften ausschließen**.

Ein verfassungsrechtliches Gebot zur **Anrechnung vergleichbarer ausländischer Abgaben**, die – wie derzeit in UK geplant – auf die Aktivitäten ausländischer Zweigniederlassungen deutscher Banken erhoben werden, dürfte nicht bestehen. Ein solches Gebot ist im Schrifttum (zum Einkommensteuerrecht) umstritten und von der Rechtsprechung bislang in keinem Fall bejaht worden. An-

gesichts der speziellen Anforderungen an Sonderabgaben könnte eine Anrechnungspflicht nur dann eintreten, wenn die Existenz eines ausländischen Sicherungssystems den in Deutschland gegründeten Fonds finanziell entlasten würde und daher eine zusätzliche Beitragspflicht in Deutschland nicht erforderlich oder verhältnismäßig wäre. Für den Fall ausländischer Niederlassungen erscheint der Vorrang der ausländischen Abgabenerhebung indessen vor allem deshalb zweifelhaft, weil die im deutschen Entwurf vorgesehene Lösung systemgerechter erscheint – die mit der Neuregelung bezweckte Restrukturierung kann nämlich für das Kreditinstitut in seiner Gesamtheit sinnvoll nur am Sitz der Hauptverwaltung durchgeführt werden. Eine andere Beurteilung käme nur dann in Betracht, wenn die beteiligten Staaten zu einer bilateralen Aufteilung der Restrukturierungspflichten für die in ihrem Territorium aktiven Niederlassungen gelangen würden.

Umgekehrt ist es dem Gesetzgeber natürlich nicht verwehrt, eine Anrechnung vorzusehen, wenn eine ausländische Abgabe hinsichtlich ihrer Zielsetzung und Funktion der deutschen Bankenabgabe vergleichbar ist und so eine Doppelbelastung der Aktivitäten ausländischer Zweigniederlassungen deutscher Banken vermieden werden kann.

- d. Die „**relevanten Passiva**“ im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 RestruktFV-E sind als grundsätzlich geeigneter Indikator systemrelevanter Größe und Vernetzung anzusehen, ebenso die „**relevanten Derivate**“ im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2. Dass daneben andere, möglicherweise sogar besser geeignete Größen (etwa nur solche Derivate, für die ein Ausfallrisiko besteht oder die nicht über einen zentralen Kontrahenten gehandelt werden) herangezogen werden könnten, ändert nichts an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der im vorgelegten Entwurf enthaltenen Bestimmungen.
- e. Die **Progression** bei der Abgabenerhebung auf die relevanten Passiva (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 RestruktFV-E), der **Cap** bei 15 % des zuletzt bilanzierten Jahresüberschusses (§ 12 Abs. 2 S. 2 RStruktFG-E, § 3 Abs. 1 RestruktFV-E) und die vorgesehene Mindestabgabe ertragsschwacher Institute (§ 12 Abs. 10 S. 3 RStruktFG-E, § 1 Abs. 5 RestruktFV-E) fügen sich in dieses Konzept zur Erfassung systemischer Risiken ein und bewegen sich daher noch in dem verfassungsrechtlich garantierten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Die vom Gesetzgeber gewählte **Höhe der Jahresbeiträge** dürfte die Grenzen der Verhältnismäßigkeit noch nicht überschreiten. Der Berechnungsmodus für die **Mindestbeiträge** (§ 1 Abs. 5 RestruktFV-E) ist demgegenüber bedenklich, hält sich derzeit aber noch innerhalb des Prognosespielraums des Gesetzgebers; sollte es hier langfristig zu einer deutlichen Quersubventionierung zwischen ver-

schiedenen Gruppen von Kreditinstituten kommen, ist der Mindestbeitrag aus Verfassungsgründen zu erhöhen oder in anderer Weise das Ungleichgewicht auszuräumen.

2. Fondsvolumen – zu § 12 Abs. 2 S. 3 RStruktFG-E, § 5 RestruktFV-E

Mit dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz, der sich aus dem Parlamentsvorbehalt herleitet, ist es nicht vereinbar, dass der Gesetzentwurf selbst keine **Höchstgrenze** für den Umfang des Restrukturierungsfonds vorsieht. Die in § 12 Abs. 2 S. 3 RStruktFG-E vorgesehene Prognose über den zukünftigen Mittelbedarf genügt nicht, da der Gesetzentwurf insoweit keine operationalen Kriterien aufstellt. Die in § 5 RestruktFV-E vorgesehene Regelung wird inhaltlich den Anforderungen gerecht. Der Wesentlichkeitsgrundsatz verlangt aber, dass der **Gesetzgeber selbst** klare Vorgaben trifft – die er in der Folgezeit naturgemäß anpassen darf – und diese nicht auf die vollziehende Verwaltung auslagert.

3. Sonderbeiträge – zu § 12 Abs. 3 und Abs. 4 RStruktFG-E, § 2 RestruktFV-E

Verfassungsrechtlich angreifbar sind vor allem die im Entwurf enthaltenen Regelungen zu Sonderbeiträgen, die von den Kreditinstituten erhoben werden sollen, wenn der Mittelbedarf das Fondsvolumen übersteigt. Grundsätzlich ist eine solche Erhöhung der Abgabenlast im Bedarfsfall einer Bestands- und Systemgefährdung zwar zulässig; das im Entwurf vorgesehene Regelungsgefüge ist jedoch in mehrfacher Hinsicht nicht verfassungskonform ausgestaltet.

- a. Die in § 12 Abs. 4 S. 1 RStruktFG-E vorgesehene Regelung, welche die **relative Höhe der Sonderbeiträge** eines Kreditinstituts an den Durchschnitt seiner letzten drei Jahresbeiträge vor Feststellung des Mittelbedarfs knüpft, stellt keinen ausreichenden Zusammenhang zur Finanzierungsverantwortung dieses Instituts her und führt zu willkürlichen Belastungen, die weder über den Zeitverlauf hinweg noch im horizontalen Vergleich der Gruppe der Kreditinstitute gerechtfertigt werden können. Denn weder liegt diesem Maßstab eine Einschätzung der jeweiligen Verantwortlichkeit einzelner Kreditinstitute für den konkreten Bedarf zugrunde, noch führt er das den Jahresbeiträgen zugrunde liegende abstrakte Verantwortlichkeitskonzept fort. Außerdem begünstigt er ohne Rechtfertigung solche Institute, die sich nach einer schwierigen Situation, in der sie einige Jahre lang nur den Mindestbeitrag entrichten mussten, nach der Krise wieder deutlich erholen.
- b. Die Vorgabe in § 12 Abs. 3 S. 5 RStruktFG-E zum **Kreis der sonderbeitragspflichtigen Institute**, die nur diejenigen Banken heranzieht, die zum Zeitpunkt der Feststellung des zu deckenden Bedarfs bereits beitragspflichtig waren,

schaft Wettbewerbsvorteile für Banken, die erst nach diesem Zeitpunkt in den Markt eintreten. Es kommt zu einer unverhältnismäßigen Belastung der in der Krise erfolgreichen Marktteilnehmer, deren Stärke zum Anlass für einen substantiellen Wettbewerbsnachteil gewählt wird. Dieser Nachteil wird auch nicht durch die Möglichkeit der Zahlung von **Teilbeiträgen** ausgeglichen, da § 2 Abs. 2 S. 3 RestruktFV-E – insoweit im Einklang mit § 12 Abs. 3 S. 5 RStruktFG-E – auch für später fällige Teilbeiträge den Kreis der beitragspflichtigen Institute nicht erweitert. Diese Ungleichbehandlung lässt sich nicht rechtfertigen.

- c. Auch der in § 12 Abs. 3 S. 3 RStruktFG-E statuierte **Vorrang der Sonderbeitragserhebung vor einer Kreditaufnahme** kann angesichts der für die Sonderbeiträge vorgesehenen hohen Obergrenze (das Dreifache des Durchschnitts der letzten drei Jahresbeiträge, § 12 Abs. 4 S. 3 RStruktFG-E) zu einer übermäßigen Belastung der im relevanten Zeitraum ertragsstarken Institute führen. Die Erfahrungen der vergangenen Krise zeigen, dass kurzfristig erhebliche Nominalbeträge, etwa in Form von Garantien, zur Verfügung gestellt werden müssen, während die tatsächlichen Kosten weitaus niedriger sind (so hat die Bankenrettung in den USA durch TARP bis heute eine Überschuss von 20 Milliarden USD erwirtschaftet, siehe FAZ v. 04.10.10, S. 13). In dieser Situation ist eine Vorfinanzierung durch Sonderbeiträge unverhältnismäßig. Denn unter Umständen können durch die Jahres- und Sonderbeiträge zum Restrukturierungsfonds nach dem Entwurf über Jahre hinweg 50 % des jeweiligen Jahresüberschusses (vgl. § 3 Abs. 2 RestruktFV-E), bei sinkenden Gewinnen sogar ein noch höherer Anteil, abgeschöpft werden. Diese Belastung stellt einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG dar. Insbesondere im Zusammenspiel mit der unter b. angesprochenen Fixierung des Kreises der Abgabepflichtigen verstößt die Regelung darüber hinaus gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, indem sie die im Vorfeld der Krise starken Institute erheblich benachteiligt.

Die Erstattungspflicht überschüssiger Sonderbeiträge gem. § 12 Abs. 5 S. 2 RStruktFG-E ist kein gleich geeignetes Mittel, da nach der eindeutigen gesetzlichen Konzeption eine Vorleistungspflicht der Kreditinstitute besteht, die diese bereits in ihrer Wettbewerbsposition entscheidend schwächen kann, bevor es später zu einer Rückerstattung kommt. Der vorgesehene Nachrang der Kreditaufnahme ist mithin verfassungswidrig und sollte ersetzt werden durch einen Vorrang der Aufnahme von Krediten, deren Tilgung anschließend gestreckt über mehrere Jahre hinweg von einem breiten Kreis von Marktteilnehmern getragen werden muss.

III. Betriebsausgabenabzugsverbot – zu Art. 6 des Entwurfs (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 13 EStG-E)

Als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG erscheint das Verbot, die Jahresbeiträge zum Fonds steuerlich als Betriebsausgaben geltend zu machen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bisher offen gelassen, ob das objektive Nettoprinzip, wie in der Literatur vielfach vertreten, als Verfassungsgrundsatz anzusehen ist; jedoch betrachtet es dieses Prinzip zumindest als Grundentscheidung des Gesetzgebers im Rahmen der Ertragsbesteuerung, von dem er nur mit besonderen Gründen abweichen darf (Gebot der Folgerichtigkeit). Der Entwurf meint, den Eingriff in das Nettoprinzip mit dem Lenkungszweck der Bankenabgabe rechtfertigen zu können, nämlich mit der Vermeidung der Kumulation von Risiken in einer einzelnen Bank. Gemessen hieran ist das Abzugsverbot aber nicht zweckgerecht ausgestaltet und damit willkürlich: Da es nur diejenigen Kreditinstitute belastet, die einen Gewinn erwirtschaften, werden gerade ertragsschwache oder sogar verlustträchtige Unternehmen von dieser Wirkung verschont, obwohl der Lenkungszweck alle Institute gleichermaßen und vielleicht sogar die ertragsschwachen in besonderem Maße betrifft.

IV. Exkurs: Änderungsbedarf beim Entwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsverordnung – RestruktFV)

Neben den im Zusammenhang mit der konkreten Ausgestaltung der Abgabe unter II. zum RestruktFV-E gemachten Anmerkungen ist auf Folgendes hinzuweisen:

1. Die Regelung von § 1 Abs. 4 RestruktFV-E ist nach dem gegenwärtigen Wortlaut des Entwurfs nicht mit § 2 S. 1 RStruktFG-E vereinbar, insoweit auch Zweigstellen i.S.v. § 53 KWG einbezogen werden (siehe oben I.2.d.).
2. § 2 Abs. 1 S. 1 RestruktFV-E sollte als Folge des verfassungsrechtlich erforderlichen Vorrangs der Kreditaufnahme (siehe oben II.3.c.) dergestalt geändert werden, dass Sonderbeiträge erst dann zu erheben sind, wenn die Rückführung aufgenommener Kredite nicht mehr durch die vorhandenen Fondsmittel und die laufenden Jahresbeiträge finanziert werden kann.
3. § 2 Abs. 2 S. 3 RestruktFV-E ist aus den zu § 12 Abs. 3 S. 5 RStruktFG-E genannten Gründen (oben II.3.b.) mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Die Vorschrift sollte ersatzlos entfallen.
4. Die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 1 letzter HS RestruktFV-E über die Untergrenze der in einem Jahr insgesamt erhobenen Beiträge steht in Widerspruch zur Regelung



über Mindestbeiträge in § 1 Abs. 5 RestruktFV-E, soweit sie ihrem Wortlaut nach auch Jahre erfasst, in denen keine Sonderbeiträge, sondern nur Jahresbeiträge erhoben werden. In solchen Jahren ist gem. § 1 Abs. 5 S. 1 RestruktFV-E ein Jahresbeitrag in Höhe von 5 % des nach § 1 Abs. 2 RestruktFV-E ermittelten Betrags zu leisten, während nach § 3 Abs. 2 RestruktFV-E der Beitrag nicht weniger als die Summe der letzten drei Mindestbeiträge im Sinne derselben Regelung (bei gleichbleibender Bilanz also das Dreifache) betragen darf. Zur Lösung des Konflikts empfiehlt es sich, § 3 Abs. 2 S. 1 wie folgt zu formulieren: „Werden in einem Kalenderjahr sowohl Jahresbeiträge als auch Sonderbeiträge erhoben, dürfen die insgesamt erhobenen Beiträge ...“.

5. Die Regelung des § 5 RestruktFV-E ist in das RStruktFG zu überführen (siehe oben II.2.).

München, den 4. Oktober 2010
Schön

(Harvard)

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang

Dr. Alexander Hellgardt, LL.M.

Dr. Christine Osterloh-Konrad