

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Siekmann

Professur für Geld-, Währungs- und Noten-  
bankrecht

Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main  
– House of Finance –  
Grüneburgplatz 1  
D-60323 Frankfurt am Main

Telefon +49 (0)69-798 34014  
Telefax +49 (0)69-798 33913  
geld-und-waehrung@imfs-frankfurt.de

## **Stellungnahme**

für die öffentliche Anhörung des Haushaltsausschusses

am 23. Januar 2012

zum

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur  
Stabilisierung des Finanzmarktes  
(Zweites Finanzmarktstabilisierungsgesetz – 2. FMStG)**

BT-Drucksache 17/8343

## **I. Wesentliche Regelungsgegenstände**

Der Gesetzentwurf sieht im Schwerpunkt die Änderung folgender Gesetze vor:

- des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes – FMStFG (Artikel 1)
- des Kreditwesengesetzes – KWG (Artikel 2)
- des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes – FMStBG (Artikel 3).

Damit soll vor allem befristet die Möglichkeit geschaffen werden, im Falle einer systemischen Krise erneut die Instrumente des FMStG zur Stabilisierung von Finanzinstituten einzusetzen: Garantien, Eigenkapitalhilfen, Risikoübernahmen und die Auslagerung von (problematischen) Wertpapieren auf Abwicklungseinrichtungen („bad banks“). Dafür sollen ein Garantierahmen von 400 Mrd. Euro und eine Kreditermächtigung von 80 Mrd. (gegenüber zuvor 70 Mrd. Euro) bereit gestellt werden.

Einen weiteren Schwerpunkt des Entwurfs bildet eine Erweiterung der Befugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin zur Anforderung einer höheren Eigenmittelausstattung im Einzelfall als nach der Solvabilitätsverordnung (SolvV) oder nach § 45b KWG vorgesehen.

Die ursprünglich geplante *zwangsweise Zuführung von Eigenmitteln* ist im Entwurf nicht mehr enthalten.

Darüber hinaus sind eine Präzisierung der Aufsichtsbefugnisse des Bundesministers der Finanzen sowie die zwingende Anordnung eines öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses für die Mitglieder des Leitungsausschusses der Finanzmarktstabilisierungsanstalt vorgesehen.

## **II. Grundsätzliches**

Der Gesetzentwurf ist ein Schritt in die richtige Richtung, lässt aber noch wesentliche Probleme der rechtlichen Regelungen zur Gewährleistung der „Stabilität des Finanzsystems“ ungelöst.

Immerhin bekennt er sich ausdrücklich dazu, dass es eine grundlegende Aufgabe des Staates sei, eine mögliche Gefährdung des Finanzsystems präventiv zu bekämpfen; auch schon bei einer lediglich „latenten Gefahr“ (Punkt A, 2. Absatz). Die Stabilisierung der Finanzmärkte und der Institute, die auf ihm agieren, wird als das anerkannt, was sie ist, die Erfüllung einer Staatsaufgabe mit hoheitlichen Mitteln. Insoweit folgt der Entwurf folgerichtig dem Weg, der mit den Änderungen des Kreditwesengesetzes durch Artikel 2 des Restrukturierungsgesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I, S. 1900) und der Schaffung des Restrukturierungsfonds – mit weitreichenden Befugnissen – durch Artikel 3 desselben Gesetzes beschritten worden war.

Die in rascher Abfolge verabschiedeten Gesetze und ihre Novellierungen zeigen aber auch, dass der Bundesgesetzgeber im Grundsatz anerkannt hat, dass sich die seit Ende des zwanzigsten Jahrhunderts weitgehend unangefochten verfolgte Grundlinie im Finanzmarktrecht, Deregulierung und Liberalisierung, als gefährlicher und überaus kostspieliger Irrweg entpuppt hat. Die unkritische Beseitigung oder grundlegende Umgestaltung bewährter Strukturen, nicht zuletzt des Pfandbriefgesetzes vom 22. Mai 2005 (BGBl. I, S. 1373) und die leichtfertige Aufhebung gesetzlicher Garantien für die finanzielle Stabilität von Finanzinstituten zur Grundversorgung von Wirtschaft und Bevölkerung, haben keineswegs die regelmäßig beschworene Stärkung des Finanzplatzes Deutschland bewirkt. Im Gegenteil haben sie das Gesamtsystem in einem Ausmaß destabilisiert, dass letztlich immer wieder Unterstützungsmaßnahmen von Seiten der öffentlichen Hand als unumgänglich angesehen wurden. Die deregulierte und privatisierte Finanzwirtschaft war dazu jedenfalls nicht mehr in der Lage.

Das gerne verwendete Konzept von der „regulierten Selbstregulierung“ hat letztlich dazu geführt, dass marktwirtschaftliche Sanktionsmechanismen im Bereich der Finanzmärkte weitgehend außer Kraft gesetzt wurden und an ihre Stelle unkoordinierte

ad-hoc Maßnahmen der öffentlichen Hand getreten sind, die den Wettbewerb verzerren, soweit er überhaupt noch stattfindet – verbunden mit unüberschaubaren Risiken für die öffentlichen Haushalte. Im Ergebnis haben die lange Zeit verfolgten Paradigmen nicht zu mehr, sondern zu weniger Marktwirtschaft geführt.

Es muss aber auch ein grundlegendes Marktversagen in Betracht gezogen werden. Die Stabilität des Finanzsystems ist ein öffentliches Gut, ein Schutzgut im Sinne des Gefahrenabwehrrechts. Aber auch der Schutz der Bevölkerung vor den Folgen systemisch verfehlter Geschäftspraktiken, die sie nicht durchschauen kann, gehört dazu. Das war seit Beginn des 19. Jahrhunderts eine gängige Erkenntnis. Sie scheint aber gegen Ende des 20. Jahrhunderts in Vergessenheit geraten zu sein. Die in der Begründung des Entwurfs verwendete polizeirechtliche Begrifflichkeit ist aber ein deutliches Anzeichen für das überfällige Umdenken.

Finanzmarktrecht muss im Kern aber (wieder) als Recht der Gefahrenabwehr, als (Sonder-)Ordnungsrecht verstanden werden, auch wenn das den betroffenen Kreisen nicht gefällt. Nur so lassen sich die vielfältigen Stabilisierungsmaßnahmen und der Einsatz überaus umfangreicher öffentlicher Mittel rechtfertigen. In diesem Sinne sind auch die zur Finanzierung des Restrukturierungsfonds hoheitlich auferlegten Beiträge zu verstehen, die als „Lenkungsabgaben“ nicht zuletzt der (präventiven) Gefahrenabwehr dienen. Hinzu kommen die laufenden, aber bruchstückhaften Verschärfungen der Anforderungen an Eigenkapital und Liquiditätsvorsorge der Kreditinstitute. Auch sie dienen – bei aller Unvollkommenheit – letztlich der Gefahrenabwehr im traditionellen Sinne des Verwaltungsrechts.

Der Entwurf verfolgt dieses Ziel trotz zutreffender Ansätze aber nicht hinreichend konsequent. Auch wird nicht die Gelegenheit genutzt grundlegende konzeptionelle des (ursprünglichen) Gesetzes und verfassungsrechtlich kaum haltbare Regelungen zu beseitigen. Zudem sind die vorgeschlagenen Änderungen viel zu kompliziert und vergrößern, die ohnehin ständig wachsende Komplexität der Regelungen. Diese Komplexität ist aber ein wesentlicher Teil des Problems, das gelöst werden muss. Die Reduktion der Komplexität, nicht nur der sogenannten Finanzprodukte, sondern

auch der Rechtsvorschriften wäre stattdessen dringend erforderlich.

### **III. Einzelheiten**

#### *1. Die Organisation von Fond und Anstalt*

Die überaus merkwürdige Konstruktion einer nicht-rechtsfähigen Anstalt „bei der Deutschen Bundesbank“, die hoheitliche Aufgaben „im Namen“ eines Fonds wahrnimmt, der als (rechtlich unselbständiges) Sondervermögen des Bundes vom Bundesminister der Finanzen verwaltet wird, ist schlechterdings nicht nachvollziehbar; jedenfalls nicht nach den gängigen organisationsrechtlichen Prinzipien. Sie ist allenfalls mit den Auseinandersetzungen bei der Entstehung des Gesetzes zu erklären, aber nicht zu rechtfertigen.

Eine Hauptschwäche dieses Konstrukts ist durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung beseitigt worden: Die Finanzmarktstabilisierungsanstalt ist nunmehr eine bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts. Es bleibt allerdings die verquere Parallelität von (rechtsfähiger) Anstalt und (teilrechtsfähigem) Fonds, § 3 FMStFG, in dessen (!) Namen die Anstalt ihre Aufgaben erfüllt, § 3a Abs. 2 Satz 1 FMStFG, obwohl die Verwaltung des Fonds dem Bundesminister der Finanzen „obliegt“, § 4 Abs. 1 Satz 4 FMStFG. Ohne Verrenkungen ist deshalb auch die Begründung, die im Schrifttum gegeben wird, der Fonds verfüge über keine Organe und müsse sich deshalb der Anstalt bedienen,<sup>1</sup> nicht nachvollziehbar.

Auch ist zu bezweifeln, dass durch die gewählte Konstruktion die Kreditaufnahmegrenzen von Art. 115 GG verfassungsrechtlich wirksam unterlaufen werden können.

Sinnvoll wäre es, die Anstalt mit der Verwaltung des Fonds zu beauftragen und in eigenem Namen handeln zu lassen oder den Fonds als Rechtssubjekt auszugestalten und ihn mit eigenen Organen zu versehen, damit er handlungsfähig ist.

---

<sup>1</sup> *Becker/Mock*, FMStFG, Kommentar, 2009, § 1-3 Rdn. 42.

## *2. Aufsicht über die Anstalt*

Zweckaufsicht ist nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen umfassend. Eine Klarstellung zum Gegenstand der Rechtsaufsicht ist überflüssig. Allenfalls ist eine Präzisierung dahingehend sinnvoll, dass die Anstalt den „Weisungen der Aufsichtsbehörde auch im Einzelfall unterliegt“ und „ohne jede Einschränkung zu berichten hat“. „Der Aufsichtsbehörde ist unmittelbarer Zugang zu allen Informationen, die im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs anfallen, unmittelbar zugänglich zu machen“.

## *3. Kontrolle durch den Bundesrechnungshof*

Namentlich im Hinblick auf die Haftung des Bundes für den Fonds (§ 5 Satz 2 FMStFG) ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Kontrolle der Tätigkeit von Fonds und Anstalt durch den Bundesrechnungshof unerlässlich. Eine dahingehende verfassungsrechtliche Pflicht ist vom Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 13. Dezember 2011 - bei vergleichbarer verfassungsrechtliche Lage – vor kurzem ausdrücklich bekräftigt worden (Az. VerfGH 11/10).

Vorschlag:

In § 11 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„Der Bundesrechnungshof prüft die Jahresrechnung sowie die Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit von Anstalt und Fonds. Die Prüfung erstreckt sich auch auf die zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der gewährten Unterstützungsleistungen durch die Empfänger, die insoweit der uneingeschränkten Kontrolle durch den Bundesrechnungshof unterliegen.“

## *4. Kontrolle durch die Öffentlichkeit*

Darüber hinaus sollte geprüft werden, ob nicht auch der Bundestag und die Öffentlichkeit über die Adressaten von Unterstützungsleistungen und ihr Umfang entsprechend dem Vorbild der Vereinigten Staaten von Amerika zu informieren sind, sobald der Stabilisierungszweck erreicht worden ist.

### *5. Status der Mitglieder des Leitungsausschusses*

Die Mitglieder des Leitungsausschusses, der nach § 3a Abs. 3 FMStFG die Anstalt leitet und Dienstvorgesetzter ihres Personals ist, üben ein öffentliches Amt mit hoheitlichen Befugnissen aus. Von daher ist es angezeigt, dass ihr Dienstverhältnis zum Bund zwingend öffentlich-rechtlich ausgestaltet wird. Fraglich ist jedoch, ob es dazu der Statuierung eines komplizierten Sonderrechts bedarf. Sie könnten statt dessen zu (Zeit-)Beamten des Bundes im Haupt- oder Nebenamt ernannt werden. Wenn ihre vorzeitige Abberufbarkeit gewährleistet werden soll, könnten sie zu politischen Beamten ernannt werden. Falls die Vorgaben des Beamtenbesoldungsrechts als zu eng empfunden werden und darum geht es nach der Gesetzesbegründung im Wesentlichen, könnte ihre Besoldung auch außerhalb des Besoldungsgesetzes geregelt werden – notfalls durch privatrechtliche Vereinbarung wie bei den Mitgliedern des Vorstandes der Deutschen Bundesbank. Ob die Erforderlichkeit einer solchen Sonderbehandlung tatsächlich zu bejahen ist, dürfte aber alles andere als sicher sein.

Der nach Artikel 1 Nr. 2 b einzufügende Satz ist überflüssig.

### *6. Unterstützung von Instituten*

Das Gesetz macht den Einsatz von Maßnahmen des Fonds zur Stabilisierung von Instituten im Sinne von § 2 Abs. 1 des FMStFG von der Bereitschaft der Betroffenen zur Mitwirkung abhängig. Die wesentlichen Instrumente, Garantien nach § 6 FMStFG, Rekapitalisierungen nach § 7 FMStFG und Risikoübernahmen nach § 8 FMStFG können eingesetzt werden, wenn die betroffenen Institute einen Antrag stellen, § 4 Abs. 1 Satz 1 FMStFG. Dies ist eine entscheidende Schwäche des deutschen Rechts – auch im Vergleich zum Ausland.

### *7. Beteiligungserwerb*

Wenn sich der Fonds an Unternehmen beteiligt, muss er im Einzelnen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit nehmen können. Dazu ist es unerlässlich, dass er sich zwingend umfassende Einflussrechte bei der Bewilligung einräumen lässt. Im Regelfall ist eine stille Beteiligung kein akzeptables gesellschaftsrechtliches Instrument. Im Re-

gelfall ist eine Beteiligung mit vollem Stimmrecht und eine angemessene, regelmäßig mehrheitliche Vertretung in den Aufsichtsgremien (Aufsichtsrat) vorzusehen. Nur so lassen sich die eingegangenen finanziellen Risiken vor den Steuerzahlern und dem Parlament rechtfertigen.

#### *8. Kreditermächtigung*

Der in Artikel 1 Nr. 14 vorgesehene neue Absatz 6 von § 9 geht wohl von der impliziten Annahme aus, dass eventuell eintretende Überschreitungen der nach Art. 115 Abs. 2 GG zulässigen Kreditaufnahme durch Satz 6 von Art. 115 Abs. 2 GG (Naturkatastrophen, Notsituationen) gerechtfertigt sein könnten. Andernfalls würde die Vorgabe eines Tilgungsplans wenig Sinn machen. Auch die Begründung im Besonderen Teil des Entwurfs ist insoweit nicht ganz eindeutig. Ob die Voraussetzungen von Art. 115 Abs. 2 Satz 6 GG aber tatsächlich erfüllt sind, ist indes fraglich.

#### *9. Erweiterung der Befugnisse der BaFin*

Der Entwurf sieht eine Ergänzung und Präzisierung der bereits im Jahre 2009 eingeführten Befugnisse der BaFin zur Festlegung höherer Eigenmittelanforderungen vor. In diesem Kontext soll sie auch ermächtigt werden, von einzelnen Instituten, übergeordneten Unternehmen einer Institutsgruppe oder einer Finanzholding-Gruppe die Vorlage eines nachvollziehbaren Plan zur Verbesserung von Eigenkapital und Liquidität zu verlangen, wenn sie die neuen, erhöhten Anforderungen nicht einhalten. Voraussetzung für diese Maßnahmen ist eine „drohende Störung der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes“ oder eine Gefahr für die Finanzmarktstabilität“.

Diese zusätzlichen Eigenmittel sollen von den Kreditinstituten verlangt werden dürfen, die nach Einschätzung von Bankenaufsicht und EBA „als prägend für die Finanzmärkte in der Europäischen Union“ angesehen werden. Auffällig ist, dass nicht auf die „Systemrelevanz“ abgestellt wird, sondern auf den nicht wesentlich schärferen Begriff „prägend“. Zusätzlich soll es noch darauf ankommen, ob sie deshalb eine besondere Verantwortung tragen. Diese Verantwortung soll in zweifacher Hinsicht bestehen:



1. gegenüber den Gläubigern im Hinblick auf die anvertrauten Vermögenswerte
2. als Marktteilnehmer mit prägendem Einfluss auf die Funktionstüchtigkeit und das Vertrauen in die Stabilität der europäischen Geld- und Kapitalmärkte.

Der mit dieser Regelung verfolgte Zweck leuchtet ein. Die legislatorische Umsetzung ist jedoch fragwürdig. Der Wortlaut der Vorschrift ist unstrukturiert und nur sehr schwer erfassbar. Er enthält in wichtigen Teilen nur tautologisch Umformungen von Annahmen. Die neue Kategorie einer „besonderen Verantwortung“ ist konturlos und öffnet die Tür für beliebige Wertungen der Anwender.

#### *10. Fehlen einer Befugnis zur einseitigen Anordnung von Unterstützungsleistungen*

Die ursprünglich erwogene Ermächtigung der BaFin zur zwangsweisen Durchsetzung von stabilisierenden Maßnahmen, namentlich zur Anordnung einer Zwangsrekapitalisierung ist nicht in den Entwurf aufgenommen worden. Diese bildet aber - auch nach den ausländischen Erfahrungen - einen wesentlichen Baustein für die Stabilisierung des Finanzsystems, namentlich des Bankensystems. Dabei ist aber unbedingt darauf zu achten, dass es nicht „die“ Banken gibt, sondern dass es erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten von Banken und Bankengruppen gibt, namentlich in Deutschland. Sie haben sich auch als sehr unterschiedlich stabil im Verlauf der gegenwärtigen Krise erwiesen.

Es bieten sich grundsätzlich zwei Wege an, um zu einer zwangsweisen Kapitalisierung zu gelangen:

- Entweder werden die in Artikel 2 Nr. 1 des Entwurfs vorgezeichneten Instrumente ausgeweitet und verschärft oder
- es wird § 4 Abs. 1 Satz 1 FMStFG modifiziert.

Im zweiten Fall müsste auf das Antragserfordernis verzichtet werden. Dieser Weg dürfte vorzuziehen sein.

#### *Vorschlag:*

Die Vorschrift hätte dann folgenden Wortlaut:

„Über die vom Fonds gemäß den §§ 5a, 6, 7 und 8 vorzunehmenden Stabili-

sierungsmaßnahmen entscheidet das Bundesministerium der Finanzen. Unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darf auch gegen den Willen der Betroffenen eine solche Maßnahme angeordnet werden.“

Die bisherigen Sätze 2-5 werden Sätze 3-6.

Frankfurt, den 22. Januar 2012

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Siekmann