



Finanzgruppe

Deutscher Sparkassen- und Giroverband

**Stellungnahme des
Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV)**

**zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur
Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errich-
tung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der
Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)**

**zur Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages
am 6. Oktober 2010**

Stand: 4. Oktober 2010

Das Bundeskabinett hat am 25. August 2010 den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute sowie zur Verlängerung der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) beschlossen. Der dem vorangegangenen Referententwurf beigefügte Entwurf einer „Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute“ (im Folgenden „Beitragsverordnung“) wird derzeit noch im Bundesministerium der Finanzen überarbeitet und soll zur ersten Lesung im Bundestag vorliegen.

Wir bitten den Bundestag, im weiteren parlamentarischen Verfahren zum Restrukturierungsgesetz sowie zur geplanten Beitragsverordnung die nachfolgenden Petiten zu berücksichtigen:

Generelle Anmerkungen zum Entwurf:

Das Bestreben der Bundesregierung, zur Vorbeugung und zur Bewältigung künftiger Krisen des Finanzsektors geeignete Mechanismen zu entwickeln und bereitzustellen, ist zu begrüßen. Richtig erscheint es aus unserer Sicht insbesondere, die eigenverantwortliche und eigeninitiative Bewältigung von Institutskrisen zu stärken. Darüber hinaus hat aber gerade der Fall der Hypo Real Estate deutlich gemacht, dass es notfalls auch gegen den Willen der Beteiligten erforderlich sein kann, Maßnahmen zur Krisenbewältigung einzuleiten. Dabei ist es auch richtig und angemessen, Überlegungen anzustellen, wie eine verursachergerechte Beteiligung des Finanzsektors an den Kosten einer Krise erfolgen kann.

Mit ihrem Entwurf legt die Bundesregierung eine umfangreiches Regelungswerk vor, bei dessen Kommentierung wir uns auf die sparkassen- und landesbankpolitisch bedeutsamen Vorschriften konzentrieren möchten.

• Regierungsentwurf verfehlt selbstgesetztes Ziel

Der Regierungsentwurf zieht zu Recht als wesentliche Lehre aus der Finanzmarktkrise, dass große und stark vernetzte Institute mangels geeigneter Instrumente zur Krisenbewältigung nicht in die insolvenzbedingte Liquidation entlassen werden konnten, sondern die Fortführung des Geschäftsbetriebes durch staatliche Stabilisierungsmaßnahmen zwingend gesichert werden musste. Mit ihrem Gesetzesvorhaben ist die Bundesregierung daher zu Recht angetreten, um die Problematik des „too-big-to-fail“ und damit die von sog. „systemrelevanten“ Institute ausgehende Systemgefährdung anzugehen. Der Regierungsentwurf verfolgt insoweit ausweislich seiner Begründung vier Kernziele:

- Schaffung von Instrumenten, um die Schieflage einer systemrelevanten Bank ohne Gefahr für die Stabilität des Finanzsystems zu bewältigen
- Vermeidung staatlichen Stabilisierungszwangs auf Kosten der Haushalte

- Vermeidung von Anreizen zu risikoreichen Verhalten („moral hazard“)
- Beteiligung insbesondere von Anteilseignern und Gläubigern an den Kosten der Bewältigung von Institutskrisen

Diese Ziele verfehlt der Regierungsentwurf allerdings in weiten Teilen. Dieser gibt in seiner jetzigen Form Anlass zu der Befürchtung, dass auch künftig große und stark vernetzte Kreditinstitute ihren Status als „too-big-to-fail“ oder „too-connected-to-fail“ behalten und im Krisenfall vollumfänglich durch staatliche Intervention gerettet werden müssen, wohingegen kleinere Institute mangels zentraler Bedeutung für die Finanzmärkte abgewickelt würden. Folge wären Wettbewerbsnachteile kleinerer Kreditinstitute, nicht zuletzt aufgrund höherer Refinanzierungskosten. Dazu im Einzelnen wie folgt:

- **Mechanismen zur Reorganisation und Restrukturierung nicht geeignet, den „too-big-to-fail“-Status der krisenverursachenden Kreditinstitute zu beseitigen**

Weder das im Regierungsentwurf vorgesehene gerichtliche Verfahren zur eigenverantwortlichen Sanierung nach dem KredReorgG noch das geplante hoheitliche Restrukturierungsverfahren nach dem KWG sind zur Bewältigung von Krisen derartiger Kreditinstitute geeignet.

Gerichtliche Verfahren mit einer entsprechenden Einbindung der Gläubiger sind regelmäßig wegen ihrer Dauer für die Bewältigung von Institutskrisen, in denen immer schnelles Handeln gefordert ist, nicht tauglich. Das Gelingen einer Sanierung entscheidet sich hier regelmäßig unter Beteiligung der wesentlichen Gläubiger innerhalb weniger Tage, möglichst unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Ob dagegen das mehrere Monate andauernde Reorganisationsverfahren in der Praxis dazu geeignet sein wird, Vertrauen in die Fortführungsfähigkeit eines angeschlagenen Kreditinstituts wiederherzustellen, ist höchst zweifelhaft. Ebenso fraglich ist, ob das weniger zeitintensiv ausgestaltbare Sanierungsverfahren jemals zur Anwendung kommen wird, dessen Eröffnung gerade bei großen Instituten ebenfalls in der Öffentlichkeit höchst negative Signalwirkung haben dürfte.¹

Aber auch das Instrument der Übertragungsanordnung, das als Kern des neuen Restrukturierungsgesetzes die Aufgliederung systemrelevanter Teile eines Kreditinstitutes ermöglichen soll, ist gerade bei großen und vernetzten Instituten mit dieser Zielsetzung aller Voraussicht nach nicht einsetzbar. Um im Krisenfall eine Senkung der Kosten für die Rettung zu erreichen, müsste zwischen den volkswirtschaftlich bedeutenden Bankteilen des sog. „utility banking“ und den nichtrelevanten Teilen des sog. „casino banking“ unterschieden werden. Diese Trennung lässt sich aber gerade bei den übermäßig großen und vernetzten Häusern nicht mehr nachvollziehen. Diese stellen sich unter dem

¹ Allenfalls denkbar ist es bei Schieflagen kleinerer Banken, mit einem bereits vorab mit den Beteiligten abgestimmte Plan in das Verfahren zu gehen (sog. „prepackaged-plan“) und kurzfristig innerhalb weniger Tage zum Abschluss zu bringen.

großen Handlungsdruck regelmäßig als „black boxes“ dar, die schon rein vorsorglich in vollem Umfang gerettet werden müssen, um auch tatsächlich alle systemrelevanten Teile in die Stützung mit einzubeziehen. Diese Erkenntnis liegt offenbar auch dem Regierungsentwurf zugrunde, der als Standardfall der Übertragungsanordnung die Ausgliederung des gesamten Instituts vorsieht. Die ebenfalls im Gesetz vorgesehene Möglichkeiten zur Teilübertragung von systemrelevanten und zur Rückübertragung von im Nachhinein als nicht systemrelevant erkannten Institutsteilen lassen sich in Folge der mangelnden Transparenz großer und vernetzter Institute aber wohl kaum umsetzen. So hat es etwa im Fall des Bankhauses Lehman Brothers den Insolvenzverwalter Bryan Marsal über ein halbes Jahr gekostet, sich überhaupt nur einen Überblick über die vorhandenen Unternehmensverflechtungen zu verschaffen.² Nach einem solchen Zeitraum aber sind Rückübertragungen sowohl nach der vorgesehenen gesetzlichen Regelung, aber auch in tatsächlicher Hinsicht angesichts des fortschreitenden Geschäftsbetriebes nicht mehr möglich bzw. kaum mehr denkbar.

Im Ergebnis müssen diese Institute als funktionelle Einheit erhalten werden und genießen damit auch weiterhin Bestandsschutz und eine Garantie auf staatliche Rettung.

- **Große und stark vernetzte Institute werden nunmehr auf Kosten der anderen Mitbewerber „künstlich“ am Markt gehalten**

Derartige Bestandsgarantien werden nunmehr nicht mehr nur allein vom Staat, sondern über die geplante Bankenabgabe zum Restrukturierungsfonds von den übrigen Mitbewerbern finanziert. Dabei werden mit den Sparkassen und Genossenschaftsbanken gerade solche Institute in dreifacher Hinsicht belastet, die sich mit ihrer Geschäftspolitik stets an der Realwirtschaft orientiert und daher in der Krise auch gerade stabilitätswahrend gewirkt haben.³ Sparkassen und Genossenschaftsbanken müssen nicht nur die Kosten einer künftigen Stützung großer und stark vernetzter Institute im Krisenfall tragen, sondern finanzieren zugleich auch die aus der Bestandsgarantie erwachsenden Wettbewerbsvorteile eben jener Kreditinstitute, obwohl sie über ihre Institutsicherung selbst für ihren Erhalt sorgen. Eine Einbeziehung der Sparkassen und Genossenschaftsbanken in die Mittelbeschaffung zur Bewältigung künftiger Institutskrisen bedeutet daher einen Wettbewerbsnachteil für diese Institute.⁴

- **Keine hinreichenden Anreize zu risikoadäquatem Verhalten**

Infolge der fortbestehenden Bestandsgarantie besteht daher auch künftig für Kreditinstitute ein Anreiz, sich über die betriebswirtschaftlich optimale Größe hinaus in den Status des „too-big-to-fail“ oder „too-connected-to-fail“, mit den daraus resultierenden

² Financial Times Deutschland, Ausgabe vom 14. September 2010, S. 23.

³ Siehe zur stabilisierenden Rolle der Sparkassen in der Finanzkrise *Höfling*, in: Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, S. F31.

⁴ Vgl. dazu *Zimmer*, a. a. O. S. G47.

negativen Folgen für den Wettbewerb insgesamt, zu erweitern bzw. zu fusionieren. Denn in der berechtigten Erwartung einer Stützung im Krisenfall können solche Institute übermäßig hohe Risiken eingehen, deren Erträge im Erfolgsfall den Instituten selbst zugute kommen und deren Verluste sie im Schadensfall auf den Staat und nunmehr auch auf die übrigen Mitbewerber abwälzen können. Bankmanager und Anteilseigner solcher Institute haben daher auch künftig kaum Anlass, risikoreiche Geschäftsstrategien zu überdenken. Ebenso besteht für Gläubiger solcher Institute keine Notwendigkeit einer eingehenden Bonitätsprüfung auf Basis der vom Kreditinstitut eingegangenen Risiken. Risikoaufschläge auf Emissionen von Anleihen und Schuldverschreibungen von Großbanken fallen daher auch künftig geringer aus, so dass diese von vergünstigten Refinanzierungskosten profitieren können. Folge ist die Verdrängung kleinerer und effizienterer Banken, wie etwa der Sparkassen und Genossenschaftsbanken.⁵

- **Möglichkeit zur effektiven Einbindung von Anteilseignern und Gläubigern in den Prozess der Krisenbewältigung höchst zweifelhaft**

Die angekündigte Zielsetzung der Bundesregierung, mit ihrem Entwurf gerade auch die Eigen- und Fremdkapitalgeber an den Kosten der Krisenbewältigung bei „systemrelevanten“ Instituten beteiligen zu wollen, ist zwar legislativ erkennbar, in der praktischen Umsetzbarkeit jedoch höchst zweifelhaft. So lässt sich über die hoheitliche Ausgliederung eine kalte Zwangsenteignung der Anteilseigner erreichen, die über die Gewährung von Anteilen am neuen Institutsträger nur noch mittelbar am übertragenen Institut beteiligt sind. Auch lässt sich im Rahmen der Übertragungsanordnung durch eine nur partielle Übertragung von Gläubigeransprüchen auf den neuen Institutsträger de facto eine Kürzung dieser Ansprüche erreichen. Gleichwohl ist fraglich, ob eine solche Beteiligung von Gläubigern an den Kosten überhaupt möglich sein wird, da gerade der umfangreiche Bestand von Verbindlichkeiten zu einem Systemrelevanz begründenden Vernetzungsgrad mit anderen Unternehmen führt, der im Krisenfall eine Stützung erforderlich machen kann. Ebenso kann im Krisenfall auch eine Auszahlung von Anteilseignern zur Vermeidung systemischer Rückwirkungen nötig sein.⁶

- **Umfassenderer Ansatz zur Bewältigung des „too-big-to-fail“-Problems nötig**

Die Ziele des Gesetzesvorhabens lassen sich allein mit den bislang ergriffenen Maßnahmen nicht erreichen. Ein solches Gesetzesvorhaben lässt sich nur dann sinnvoll umsetzen, wenn bereits im gesunden Institutsstadium bzw. vor einer Finanzkrise die entsprechenden Grundlagen für ein späteres Gegensteuern geschaffen werden. Dafür ist Folgendes erforderlich:

⁵ Vgl. dazu *Zimmer* in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Berlin, 2010, S. G25.

⁶ Vgl. dazu *Hellwig*, in: Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag, Berlin, 2010, S. E54.

1. Die Risiken von Bankgeschäften müssen regulatorisch adäquat bepreist werden, um so einen Anreiz für eine Reduzierung von mit systemischen Risiken belegten Aktivitäten auf ein volkswirtschaftlich vernünftiges Maß zu setzen.⁷ Dies gilt insbesondere mit Blick auf die angemessene regulatorische Unterlegung von solchen Positionen mit Eigenkapital, die überproportional hohe Risiken bergen. Der DSGV hat sich zudem für die Einführung einer Finanztransaktionssteuer statt einer Bankenabgabe ausgesprochen. Die allgemeine Bankenabgabe in ihrer jetzigen Form vermag die angestrebte risikosteuernde Wirkung nicht zu entfalten, sondern führt lediglich zu einer von allen Kreditinstituten getragenen „Reorganisationsversicherung“ zu Gunsten einzelner Großinstitute.
 2. Große und stark vernetzte Institute müssen transparent gestaltet und aufgestellt werden, um im Krisenfall die volkswirtschaftlich relevanten Organisationseinheiten tatsächlich gezielt übertragen zu können. Die notwendige Transparenz und Abwickelbarkeit solcher Institute kann durch Einführung von Bankentestamenten („living wills“) herbeigeführt werden, die dazu dienen, Interventionsmaßnahmen im Krisenfall auf „systemrelevante“ Institutsteile zu konzentrieren und damit auf das tatsächlich gebotene Maß zu beschränken.⁸
 3. Es muss bereits vor Eintritt einer Institutskrise verstärkt auf die Vermeidung von Strukturen hingewirkt werden, die ein Institut als „too-big-to-fail“ oder „too-interconnected-to-fail“ erscheinen lassen. Erweisen sich Kreditinstitute etwa bei der Aufstellung von Bankentestamenten für eine Abwicklung im Krisenfall als zu komplex, so müssen der Bankenaufsicht Maßnahmen für eine vorsorgliche Entflechtung als letztes Mittel möglich sein. Auch muss darüber nachgedacht werden, die Bildung solcher komplexer Strukturen durch eine finanzbranchenspezifische Zusammenschlusskontrolle von vornherein zu verhindern.⁹
- **Kein nationaler Alleingang**

Ein derart umfassender Ansatz bedarf der Abstimmung auf internationaler Ebene. Insofern greift das Gesetzesvorhaben der Bundesregierung den Plänen der EU-Kommission zur Einführung eines grenzüberschreitenden Krisenmanagementrahmens unnötig vor. Zwar nimmt der Gesetzentwurf Überlegungen der EU-Kommission etwa zu den krisenpräventiven Berichtspflichten oder der Bildung einer „good bank“ durch Ausgliederung teilweise vorweg. Inwieweit sich die jetzigen Pläne in die konkreten legislativen

⁷ Zimmer, a. a. O., S. G43.

⁸ Entgegen Angaben in einigen das Gesetzgebungsverfahren begleitenden Presseberichten, sieht der Gesetzentwurf bislang keine im gesunden Institutsstadium zu erstellenden Bankentestamente vor. Die bereits im Stadium fortlaufender oder gravierender Abwärtsentwicklung der Eigenmittel- und Liquiditätskennziffern einsetzenden Berichtspflichten nach § 45 Absatz 1 über Ausstieg aus bzw. Abtrennung von bestimmten Geschäftsbereichen bzw. Institutsteilen greifen erst mit Beginn der Krise und sind bei plötzlich auftretenden Krisensituationen wirkungslos.

⁹ Siehe zu alledem Zimmer, a. a. O. S. G50ff.

Vorschläge der Kommission, die für Anfang 2011 angekündigt sind, einfügen werden, bleibt offen. Gerade die hier erwogene und von der EU-Kommission unter dem Stichwort „reducing-a-groups-complexity“ diskutierte Einführung von Notfallplänen für besonders große und vernetzte Institute sowie die Etablierung von Befugnissen der Bankenaufsicht zur Herbeiführung abwicklungsfreundlicher Strukturen bleiben im Regierungsentwurf unberücksichtigt. Hier wäre es erforderlich, einen europaweit abgestimmten und in sich stimmigen Gesamtkatalog an Maßnahmen zu etablieren, um gerade auch in der Krise von grenzüberschreitend tätigen Institutsgruppen international koordinierte, einheitliche Maßnahmen anwenden zu können. So bleibt das Gesetzesvorhaben unvollständig und wird aller Voraussicht nach angesichts des geplanten EU-Rahmenwerks alsbald erheblichem Änderungsbedarf unterliegen.

Ein gemeinsames Vorgehen ist auch im Hinblick auf die geplante Bankenabgabe erforderlich. Hier kommen gerade auf Sparkassen infolge der Kommissionspläne zur Einlagensicherung sowie zur Anlegerentschädigung und im Zuge der Umsetzung des Basel III-Regelungswerks ohnehin bereits erhebliche Belastungen zu. Diese Situation wird durch die Einführung der Bankenabgabe zusätzlich verschärft.

Zu Artikel 1: Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (KredReorgG)

- **Keine Beeinträchtigung der Regelungsautonomie der Länder**
- Anmerkungen zu Artikel 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG (Anwendungsbereich) -

Die Regelungen des KredReorgG sollen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 auf sämtliche Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG mit Sitz im Inland unabhängig von ihrer Rechtsform anwendbar sein. Das gilt insbesondere auch für die im Rahmen des Reorganisationsverfahrens der 2. Stufe für den sog. gestaltenden Teil des Reorganisationsplans vorgesehenen Instrumente zur Krisenbewältigung. Diese sind zwar nach ihrem Wortlaut explizit nur auf Aktiengesellschaften zugeschnitten, finden aber nach § 7 Abs. 5 Satz 3 KredReorgG auf Kreditinstitute in anderer Rechtsform und damit auch auf Anstalten des öffentlichen Rechts sinngemäß Anwendung.

Darin dürfte ein Eingriff in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Kommunalrechts sowie der Verwaltungsorganisation liegen. Denn das geplante gerichtliche Verfahren zur Sanierung und Reorganisation von Kreditinstituten ermöglicht damit unmittelbar auch Veränderungen der organisatorischen Strukturen bei Sparkassen und Landesbanken. So ist etwa das Reorganisationsverfahren der 2. Stufe durch entsprechende Ausgestaltung des Reorganisationsplans nach der Entwurfsbegründung ähnlich dem Planverfahren nach der Insolvenzordnung auch als Liquidationsverfahren durchführbar.¹⁰ Ferner können im Reorganisationsplan auch sonstige Regelungen vorgesehen werden, die darauf abzielen, die gesellschaftsrechtliche Struktur des Institutsträgers grundlegend umzugestalten (§ 10 KredReorgG). Möglich ist es danach, insbesondere auch Satzungsänderungen mit in den Reorganisationsplan aufzunehmen. Die Regelungen des KredReorgG beanspruchen damit implizit Geltungsvorrang vor den Sparkassen- und Landesbankgesetzen der Länder.

Zur Wahrung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern sollte daher in § 1 Abs. 1 KredReorgG folgender Satz 2 aufgenommen werden:

„Die Regelungskompetenzen der Länder auf dem Gebiet des Rechts der öffentlichen Anstalten bleiben unberührt.“

- **Ausschließlich freiwillige Verfahrenseinleitung**
- Anmerkungen zu Artikel 1 § 2 Abs. 1 KredReorgG (Einleitung des Verfahrens) -

Ungeachtet der fehlenden Regelungskompetenz sollte das Verfahren nach dem KredReorgG sowohl auf der ersten als auch auf der zweiten Stufe nur freiwillig vorgenommen werden können. Zwar sieht § 2 Abs. 1 KredReorgG vor, dass das Verfahren durch das Kreditinstitut selbst eingeleitet wird. Allerdings ist über die Vorschrift des § 46 KWG

¹⁰ Siehe dazu RegE RestruktG, S. 81.

auch die zwangsweise Einleitung des Verfahrens bei Vorliegen einer Gläubigergefährdung denkbar.¹¹ Möglich erscheint es hier, eine unmittelbare Anweisung zur Durchführung des Verfahrens an den Geschäftsführer nach § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG zu erlassen oder die Einleitung des Verfahrens nach § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KWG i. V. m. § 45c Abs. 2 Nr. 2 KWG über einen zu bestellenden Sonderbeauftragten durchzuführen. Damit wird das in § 2 Abs. 1 KredReorgG zu Recht verankerte Prinzip der eigenverantwortlichen Einleitung des Verfahrens konterkariert. Hier sollte eine Klarstellung erfolgen, dass entsprechende Anweisungen nicht durch die BaFin möglich sind. § 2 Abs. 1 KredReorgG sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Das Kreditinstitut leitet das Sanierungsverfahren ausschließlich auf eigene Initiative durch Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit ein.“

Diese klarstellende Regelung würde für die Einleitung des Reorganisationsverfahrens gemäß § 7 Abs. 5 KredReorgG entsprechend gelten.

- **Umwandlung von Gläubigerforderungen in Eigenkapital bei Sparkassen nicht möglich**
- Anmerkungen zu Artikel 1 § 9 Abs. 1 KredReorgG („debt-equity-swap“) -

Nach § 9 Abs. 1 KredReorgG kann im gestaltenden Teil des Reorganisationsplans die Umwandlung von Gläubigeransprüchen in Anteile am Kreditinstitut vorgesehen werden. Diese auf Aktiengesellschaften zugeschnittene Regelung soll auf Kreditinstitute, die in anderen Rechtsformen als der einer Aktiengesellschaft organisiert sind - und damit auch auf Anstalten des öffentlichen Rechts - entsprechend anwendbar sein (§ 7 Abs. 5 Satz 3 KredReorgG).

Die Umwandlung von Gläubigeransprüchen in Anteile ist mit den fundamentalen Grundprinzipien des Sparkassenrechts nicht vereinbar. Bei den kommunalen Sparkassen handelt es sich um rechtlich und wirtschaftlich verselbständigte Teile der Kommunalverwaltung. Die Landessparkassengesetze regeln dementsprechend die Trägerschaft der Sparkassen als Anstalten öffentlichen Rechts durch kommunale Gebietskörperschaften. Da es sich beim Sparkassenwesen um eine gesetzlich ausgeformte kommunale Aufgabe (diskriminierungsfreie geld- und kreditwirtschaftliche Versorgung der örtlichen mittelständischen Wirtschaft und Bevölkerung) handelt, steht sie nicht zur Disposition - weder durch den Träger noch durch die entscheidende Stelle der Exekutive oder der Judikative. Ebenso wenig wie sich die kommunalen Träger ihrer einmal übernommenen Sparkassenaufgabe durch eine Veräußerung der Sparkasse entledigen können, ist eine beliebige Übertragung der Sparkassenaufgabe auf Dritte - beispielsweise Gläubiger des Instituts - möglich.

¹¹ Vgl. dazu Begründung des RefE, S. 61 a. E. Entsprechende Ausführungen wurden in der Begründung des Regierungsentwurfs gestrichen, ohne jedoch eine entsprechende Änderung im Gesetztext vorzunehmen.

Um dem Vorrang des Sparkassenrechts als Teil des kommunalen Verwaltungsorganisationsrechts auch im gerichtlichen Verfahren nach dem KredReorgG Rechnung zu tragen, sollte auch hier folgender klarstellender Hinweis in das Gesetz aufgenommen werden:

„Für Kreditinstitute, die in anderer Rechtsform als einer Aktiengesellschaft verfasst sind, gelten die folgenden Vorschriften sinngemäß, soweit dem nicht die für das jeweilige Kreditinstitut geltenden Bestimmungen entgegen stehen.“

- **Ausgliederung mit sparkassenrechtlichen Prinzipien nicht vereinbar**
- Anmerkungen zu Artikel 1 § 11 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG (Ausgliederung) -

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG kann im gestaltenden Teil des Reorganisationsplans festgelegt werden, dass das Kreditinstitut sein Vermögen ganz oder in Teilen ausgliedert und auf einen bestehenden oder neu zu gründenden Rechtsträger gegen Gewähr von Anteilen am übernehmenden Institutsträger überträgt.

Eine derartige Ausgliederung von Geschäftsbereichen würde, sofern es sich um Kerngeschäft (beispielsweise Kreditgeschäft, Einlagengeschäft, Kontoführung etc.) und nicht um ein dem Bankbetrieb untergeordnetes Randgeschäft handelt, mit dem in den Landessparkassengesetzen festgeschriebenen öffentlichen Auftrag kollidieren. Die Sparkassen unterliegen der gesetzlichen Verpflichtung, selbst die diskriminierungsfreie geld- und kreditwirtschaftliche Versorgung der mittelständischen Wirtschaft und der Bevölkerung im Geschäftsgebiet zu gewährleisten. Das Instrument der Ausgliederung kann daher nur unter Berücksichtigung des Sparkassenrechts, insbesondere des öffentlichen Auftrags, zur Anwendung kommen. Vor diesem Hintergrund sollte daher nach § 11 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG folgender Satz 2 angefügt werden:

„Ist das Kreditinstitut in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert, ist eine Ausgliederung auf einen bestehenden oder neu zu gründenden Rechtsträger nur nach Maßgabe des für das Kreditinstitut geltenden Anstaltsrechts zulässig.“

Zu Artikel 2: Änderungen des Kreditwesengesetzes

- **Präzisierung des Begriffs der Systemgefährdung auf der Grundlage der internationalen Diskussion zum Begriff der „Systemrelevanz“ nötig**
- Anmerkungen zu Artikel 2 Nummer 15 (§ 48b Abs. 2 KWG) -

Die Eingriffsvoraussetzung für den Erlass einer Übertragungsanordnung regelt § 48a Abs. 2 Nr. 1 KWG. Erforderlich ist danach, dass bei dem betreffenden Kreditinstitut eine Bestandsgefährdung gegeben ist, die zu einer Systemgefährdung führt. Über den Begriff der Systemgefährdung soll die systemische Relevanz eines Kreditinstituts abgebildet werden. Diese ist in § 48b Abs. 2 KWG näher definiert.

Wir erkennen an, dass die Konkretisierung der systemischen Relevanz eines Kreditinstituts anhand des Begriffs der „Systemgefahr“ mit gewissen Schwierigkeiten verbunden ist. Gleichwohl bedarf es als Anknüpfungspunkt für einen derart rigiden Eingriff eines der Schwere des Eingriffs gerecht werdenden gesetzlichen Tatbestandes. Nicht ausreichend ist die gesetzliche Formulierung eines Eingriffstatbestandes der „Systemgefährdung“, der im Ergebnis jedem Institut eine irgendwie geartete systemische Relevanz beimisst.¹²

Wir halten es daher für sinnvoll, die „Systemrelevanz“ entsprechend der internationalen Diskussion anhand dreier Parameter zu definieren: der Größe eines Instituts, seiner Vernetztheit und der Ersetzbarkeit der Leistungen.¹³ Diese drei Kriterien sollten auch in die nationale Regelung überführt werden. So wird auch sichergestellt, dass international gleiche Standards bei der Bewältigung von Institutskrisen gelten und tatsächlich auch nur solche Institute erfasst werden, die für die Märkte eine hinreichende Bedeutung entfalten können.

Keinesfalls sollten diese Kriterien durch weitere unscharfe Begrifflichkeiten, wie etwa das „Vertrauen der Einleger und anderer Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit der Finanzsysteme“ oder die „von Marktteilnehmern erwarteten Folgen eines Zusammenbruchs eines Instituts auf das Vertrauen der Einleger oder andere Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes“ verwässert werden. Solche Termini lassen sich nicht anhand objektiver Kriterien operationalisieren und entziehen sich damit einer objektiven Prüfung.

Darüber hinaus halten wir den im Regierungsentwurf neu gefassten Definitionsansatz mit seiner starken Betonung des Einlagengeschäfts als wesentlichen Faktor für eine Systemgefährdung für verfehlt. Kreditinstitute mit einem besonders starken einlagenorientierten Passivgeschäft gelten zu Recht aufgrund ihrer konservativen Geschäftsmodelle

¹² Höfling, a. a. O., S. F59.

¹³ Bericht des Financial Stability Board an die Finanzminister der G 20 betreffend „Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations“, S. 4 ff.

als besonders risikoavers und solide. Gerade ein solches Geschäftsmodell wird nun, insbesondere durch das systemrelevanzbegründende Merkmal „Umfang der vom Institut aufgenommenen Einlagen“, als besonders systemgefährdend hervorgehoben. Damit wird gerade auf einen Typus von Institutsverbindlichkeiten abgestellt, der durch die Einlagensicherung bereits für den Krisenfall solide abgesichert ist. Im Gegensatz dazu bleiben Schuldverschreibungen unberücksichtigt, die gerade im Fall des Bankhauses Lehmann Brothers wesentlich dazu beigetragen haben, das Anlegervertrauen erheblich zu erschüttern.

Eine Konkretisierung des Begriffs der Systemgefährdung gerade auch durch den Parameter der „Größe“ eines Instituts schafft den Gleichlauf zur Vermutungsregel im Rahmen der weiter erforderlichen Bestandsgefährdung. Diese sieht vor, dass bei einer qualifizierten Unterschreitung der Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen in Höhe von 10 % eine Bestandsgefährdung vermutet wird. Eine solche Vermutungsregel ist nur bei „großen systemrelevanten Instituten“ angemessen, bei denen – worauf der Regierungsentwurf in seiner Begründung zu Recht abstellt – die berechtigte Erwartung der Finanzmärkte besteht, dass sie über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinaus Eigenmittel und Liquidität in signifikantem Umfang vorhalten, so dass eine 10 %ige Unterdeckung einen existenzgefährdenden Vertrauensverlust befürchten lässt.

Wir schlagen daher vor, § 48b Abs. 2 KWG wie folgt zu fassen:

„Eine Systemgefährdung liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass sich die Bestandsgefährdung des Kreditinstituts in erheblicher Weise negativ auf andere Unternehmen des Finanzsektors oder auf die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte oder auf das allgemeine Vertrauen der Anleger und anderen Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems auswirkt. Eine Systemgefährdung kann sich insbesondere aus der Größe eines Instituts, seiner Vernetztheit, durch Art und Umfang der Verbindlichkeiten des Kreditinstituts gegenüber anderen Instituten und sonstigen Unternehmen des Finanzsektors, und der mangelnden Ersetzbarkeit seiner Leistungen durch andere Institute ergeben.“

- **Ausgliederung durch Übertragungsanordnung für Sparkassen nicht geeignet.**
- Anmerkungen zu Artikel 2 Nummer 15 (§ 48c Abs. 5 KWG) -

Abgesehen davon, dass von Sparkassen keine systemrelevanten Gefahren ausgehen, ist die vorgesehene Übertragung des Institutsgeschäfts in Gänze oder in Teilen gegen Ausgabe von Anteilen – ebenso wie die Umwandlung von Gläubigeransprüchen in Anteile sowie die Ausgliederung im Rahmen des Reorganisationsverfahrens – nicht mit den Grundprinzipien des kommunalen Sparkassenrechts vereinbar. In diesem Zusammenhang verweisen wir auf unsere entsprechenden Ausführungen zu Artikel 1, §§ 9, 11 KredReorgG.

Wir schlagen daher vor, § 48c Abs. 5 KWG wie folgt zu ergänzen:

„Ist das übertragende Kreditinstitut in der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts verfasst, so kann eine Übertragungsanordnung nur nach Maßgabe des für das Institut geltenden Anstaltsrechts erfolgen.“

Zu Artikel 3: Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute - Bankenabgabe

- **Verursachergerechte Beteiligungen von Unternehmen des Finanzsektors an der Bankenabgabe**

Wir halten Überlegungen darüber, wie die Finanzbranche an den Kosten der Finanzkrise beteiligt werden und darüber hinaus vermieden werden kann, dass es erneut zu einer solchen Finanzkrise kommen kann, für angemessen und richtig.

Wenn es jedoch darum geht, durch die Einführung einer Bankenabgabe die Finanzindustrie an den Kosten der Finanzkrise zu beteiligen, so ist es nach unserem Dafürhalten entscheidend, genau zu identifizieren, welche Institute mit welcher Geschäftsphilosophie maßgeblich zum Entstehen der Krise beigetragen haben. Hier haben sowohl Sparkassen als auch Genossenschaftsbanken in der Finanzkrise durch ihre an der Realwirtschaft orientierten Geschäftspolitik und -philosophie stabilisierend auf die Märkte gewirkt. Sie sind aufgrund ihrer geschäftspolitischen Ausrichtung vergleichsweise unbeschadet durch die Krise gekommen. Ein Heranziehen dieser Institute bei der Erhebung der Bankenabgabe ist unter dem Gesichtspunkt der Kostenbeteiligung daher nicht nachvollziehbar und nicht verursachergerecht.

Dies gilt auch für die Bausparkassen, die darüber hinaus seit jeher über spezifische gesetzliche Regelungen zur Vermeidung von Risiken verfügen. Das Bausparkassengesetz lässt neben dem überwiegend aus Einlagen finanzierten und damit risikoarmen Bauspargeschäft nur bestimmte, dem Bauspargeschäft dienliche Geschäfte zu. So sind auch die Anlagemöglichkeiten liquider Mittel, d.h. sowohl der Eigenmittel wie der fremden Gelder, bei Bausparkassen zum Schutz der Bauspargemeinschaft gesetzlich erheblich eingeschränkt. Dadurch sind Engagements, die in der Vergangenheit an anderer Stelle zu einer Verschärfung der Finanzkrise geführt haben, ausgeschlossen.

Eine Bankenabgabe muss vielmehr stärker an den tatsächlichen Krisenverursachern, wie zum Beispiel an Aktivitäten im Bereich von Verbriefungen, strukturierten Produkten und Investmentbanking ansetzen, unabhängig davon, ob sie innerhalb oder außerhalb der Bilanz getätigt werden.

Soweit dieser Argumentation entgegengehalten wird, dass auch Institute, die nicht zum Entstehen der Krise beigetragen haben, von den Rettungsmaßnahmen des Staates gegenüber dem Finanzmarkt profitiert haben, und dass es von daher nur folgerichtig sei, wenn auch sie von einer Bankenabgabe erfasst würden, bleibt festzuhalten, dass auch weitere Akteure an den Finanzmärkten – und zwar nicht nur Versicherungen, sondern beispielsweise auch institutionelle Investoren, wie Hedge Fonds, Pensionsfonds, Versorgungseinrichtungen und letztlich auch der Staat selbst als Anleger – von einer Abgabe erfasst werden müssten. Denn auch sie haben, wie letztlich die gesamte

Volkswirtschaft, davon profitiert, dass es zu einer Stabilisierung an den Finanzmärkten gekommen ist.

- **Sparkassen, Genossenschaftsbanken und Bausparkassen von der Bankenabgabe ausnehmen**
- Anmerkungen zu Artikel 3 § 2 RestrukFG -

Rückt man die Vermeidung zukünftiger Krisen in den Mittelpunkt der Betrachtung, so muss man auch berücksichtigen, wer letztendlich von einem solchen Krisenfonds profitiert. Sparkassen und Genossenschaftsbanken sichern durch eine umfassende Institutsicherung den Bestand eines jeden Instituts bereits heute ab. Dafür stehen Sparkassen und Genossenschaftsbanken mit ihrem gesamten Vermögen ein. Ein solches System besteht bei privaten Geschäftsbanken nicht. Die Sparkassen sind daher zukünftig kein Anwendungsfall für einen beim SoFFin angesiedelten Interventionsfonds und daher von der Finanzierung durch eine Bankenabgabe auszunehmen.

Dies würde auch verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine Sonderabgabe am ehesten gerecht.¹⁴ Danach ist der Gesetzgeber gehalten, mit einer Sonderabgabe nur solche Personengruppen zu belegen, die in einer spezifischen Sachnähe zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck stehen und deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung tragen. Erklärter Sachzweck der Bankenabgabe ist es nach der Entwurfsbegründung, Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems durch Schieflage „systemrelevanter“ Kreditinstitute wirksam zu begegnen.¹⁵ Insofern liegt es nahe, sich bei der Gesetzesbildung am Einlagen- und Anlegerentschädigungsgesetz zu orientieren, dessen Zweck ebenfalls auf Krisenvorsorge gerichtet ist. Wir schlagen daher nach § 2 Satz 1 RestrukFG die Einfügung des folgenden Satzes vor:

„Von der Beitragspflicht sind Institute i. S. des Satzes 1 ausgenommen, die einem institutsbezogenen Sicherungssystem angehören.“

Zur Ausnahme der gesetzlich speziell geregelten Bausparkassen von der Bankenabgabe sollte der Regierungsentwurf in Artikel 3, § 2 Satz 2 wie folgt ergänzt werden:

„Brückeninstitute nach § 5 und Zwecksparunternehmen nach § 3 KWG sind nicht beitragspflichtig.

¹⁴ Zimmer, a. a. O., S. G47.

¹⁵ RegE, S. 116.

- **Hilfsweise: Einbeziehung aller Unternehmen des Finanzsektors**
- Anmerkungen zu Artikel 3 § 2 RestruktFG -

Unabhängig davon, ob man der nach dem EAEG angelegten Binnendifferenzierung nach der Finanzierungsverantwortung der unterschiedlichen Unternehmen des Finanzsektors folgen will, erscheint jedenfalls ein Abstellen auf die bloße Teilgruppe der Kreditinstitute nach § 1 Abs. 1 KWG für die Beitragspflicht nicht zulässig. Da der Gesetzgeber mit der Einführung der Bankenabgabe auf die jüngste Finanzmarktkrise reagieren will, erscheint es zumindest geboten, bei der Erhebung der Bankenabgabe ebenso wie auch im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (FMStFG) auf den gesamten Finanzmarkt und die dort tätigen Unternehmen abzustellen. Zu den Unternehmen des Finanzsektors zählen nach den Vorgaben des FMStFG neben den Instituten i. S. v. § 1 Abs. 1b KWG, also Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten, auch Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds, Kapitalanlagegesellschaften i. S. d. Investmentgesetzes, Hedge Fonds, Private-Equity-Unternehmen, Betreiber von Wertpapier- und Terminbörsen sowie unter bestimmten Voraussetzungen deren jeweilige Mutterunternehmen.

- **„Bagatellregelung für kleine Institute“**

Ungeachtet des Umstandes, ob man für Sparkassen und Genossenschaftsbanken eine Bereichsausnahme vorsehen will, erscheint die Bankenabgabe auch unter dem Gesichtspunkt der Finanzierungsverantwortung nicht ausgewogen genug. So ist offenkundig, dass gerade sehr kleine Institute mit einem geringen Interbankengeschäft weniger in die wechselseitigen Abhängigkeiten des Finanzmarktssystems einbezogen sind, als andere Institute. Vor diesem Hintergrund sollten besonders kleine Institute, die von den nach dem neuen Gesetz möglichen Maßnahmen kaum profitieren können, von der Bankenabgabe ausgenommen werden. Einen Ansatzpunkt für eine Ausnahmeregelung bietet insoweit der Referentenentwurf für eine Institutsvergütungsverordnung, der in § 1 Abs. 2 des Referentenentwurfs Institute, deren Bilanzsumme durchschnittlich 10 Mrd. Euro unterschreitet, vom Anwendungsbereich der sog. besonderen Anforderungen an Vergütungssysteme ausgenommen. Eine solche „Bagatellregelung“ ist sowohl nach Regelungsinhalt als auch der Höhe nach im Rahmen der Beitragsbemessung zur Bankenabgabe sachgerecht. Angesichts der Bedeutung einer solchen Ausnahmegesetzgebung halten wir zur Wahrung des Wesentlichkeitsgrundsatzes eine Regelung unmittelbar im RestruktFG für angebracht. Wir schlagen deshalb vor, in § 2 Abs. 10 RestruktFG folgenden Satz 3 einzufügen:

„In der Rechtsverordnung ist eine Freigrenze für die Beitragspflicht festzulegen.“

- **Aktivseite angemessen für die Beitragsbemessung berücksichtigen**
- Anmerkungen zu Artikel 3 § 12 Abs. 10 RestrukFG i. V. m. der Beitragsverordnung -

Bei der Neufassung der Beitragsverordnung nach § 12 Abs. 10 RestrukFG müssen gegenüber dem Vorentwurf verstärkt die Geschäftsrisiken eines Instituts in die Beitragsbemessung mit einfließen. So ist die jetzige Definition der bilanziellen Bemessungsgrundlage für die Bankenabgabe („beitragsrelevante Passiva“) offenbar darauf ausgerichtet, die in einem Schadensfall maximal auszugleichenden Verbindlichkeiten zu erfassen (alle Passiva außer ausgewiesenen Verbindlichkeiten gegenüber Kunden und dem Eigenkapital). Insofern kann dieser Bemessungsgrundlage durchaus eine gewisse Form der „Risikoorientierung“ zugesprochen werden. Diese Art der Risikoorientierung ist allerdings lediglich ausgerichtet auf den maximal möglichen Schadensumfang. Sie reflektiert jedoch in keiner Weise die Eintrittswahrscheinlichkeit eines solchen Schadens, als zweite, wesentliche Risiko-Dimension. Diese Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens bestimmt sich ohnehin nicht auf der Passiv-, sondern auf der Aktivseite der Bilanz, nämlich dem Risikogehalt der Forderungen. Eine in angemessener Weise risikoorientierte Bemessungsgrundlage einer Bankenabgabe muss deshalb zwingend auch die Aktivseite der Bilanz berücksichtigen. Denn gerade die Erfahrungen aus der Finanzkrise haben gezeigt, dass ein gut diversifiziertes Portfolio von Forderungen aus z. B. mittelständischen Unternehmenskrediten erheblich weniger Risiken birgt, als ein Portfolio etwa aus strukturierten Wertpapieren.

Besonders deutlich wird die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Aktivseite auch an folgendem Beispiel: Blicke es bei den bisher im Entwurf vorgesehenen Bestimmungen des § 12 RestrukFG i. V. m. § 1 Absatz 2 Ziffer 1 der Beitragsverordnung, dann würden alle bereits gewährten und in Zukunft noch zu gewährenden Förderdarlehen und -kredite die Bemessungsgrundlage und damit auch den Jahresbeitrag der Bankenabgabe erhöhen. Im zweistufigen Bankenleitweg der Verbundgruppen würde jedes gewährte Förderdarlehen sogar mindestens mit einer doppelten Bankenabgabe belastet (beim Durchleitungsinstitut und bei der Hausbank). Werden die Förderprogramme von Landesförderinstituten durch einschlägige Mittel eines Bundesinstituts refinanziert, würde die Bankenabgabe sogar dreimal fällig.

Wir bitten daher den Bundestag, § 12 Abs. 10 RestrukFG so zu fassen, dass bei der Bemessungsgrundlage für die Bankenabgabe der Risikogehalt der Aktivseite angemessen berücksichtigt und risikoarme Aktiva wie z. B. mittelständische Unternehmenskredite und Förderdarlehen aus der Bemessungsgrundlage heraus genommen werden.

- **Deutlich stärkere Belastung außerbilanzieller Positionen**
- Anmerkungen zu Artikel 3 § 12 Abs. 10 RestrukFG i.V.m. Beitragsverordnung -

Mit lediglich etwa 10% am Gesamtaufkommen ist die Belastung der außerbilanziellen Geschäfte ausgesprochen gering. Der niedrige Abgabensatz für Derivate schont im

Ergebnis vor allem diejenigen Banken, in deren Geschäftsmodell dieser Geschäftsanteil eine besondere Rolle spielt. Aus unserer Sicht scheint ein höherer Aufkommensanteil des „Derivate-Teils“ der Bemessungsgrundlage (z.B. 20 %) gerechtfertigt. Nur so kann tatsächlich eine risikosteuernde Wirkung erzielt werden.

Durch eine Anhebung des Abgabensatzes auf Derivate könnten zugleich Mindereinnahmen, die aus der Berücksichtigung der Aktivseite der Bilanz resultieren, ausgeglichen werden.

- **Keine „Deckelung“ des Jahresbeitrages**
- Anmerkungen zu Artikel 3 § 12 Abs. 10 RestrukFG i. V. m. der Beitragsverordnung -

Problematisch wirken auch die „Deckelung“ des Beitrages (Zumutbarkeitsgrenze) auf 15% des Jahresüberschusses sowie der Mindestbeitrag von 5% des Jahresbeitrags im Falle von Jahresfehlbeträgen. Denn hierdurch werden im Ergebnis Institute mit hochvolatilen Geschäftsmodellen und entsprechend starken Ergebnisschwankungen gegenüber Instituten mit stabilen Geschäftsmodellen und entsprechend stabilen Ergebnissen bevorzugt.

Diese Problematik wird an folgenden Beispielen deutlich:

Im Jahr 2008 hätten alle deutschen Großbanken (wegen ausgewiesener Jahresfehlbeträge) lediglich den jeweiligen Mindestbeitrag entrichten müssen, während nahezu alle Sparkassen und Genossenschaftsbanken den vollen Jahresbeitrag hätten entrichten müssen. Im Ergebnis hätten die regionalen Institute mit Ihrem stabilen Geschäftsmodell und entsprechend vergleichsweise stabilen Erträgen in diesem Krisenjahr zusammen nahezu das Doppelte der Bankenabgabe der Großbanken (zusammen genommen) entrichten müssen.

Und auch im Jahr 2009 hätte eine deutsche Großbank – trotz eines Jahresüberschusses in Milliardenhöhe – lediglich einen „gedeckelten“ Beitrag entrichten müssen, der um einen mittleren dreistelligen Millionenbetrag niedriger lag, als der reguläre Jahresbeitrag. Bei nahezu allen Sparkassen und Genossenschaftsbanken wäre dagegen erneut der reguläre Jahresbeitrag fällig geworden.

- **Nachzahlverpflichtung in das Gesetz einfügen**
(Anmerkung zu § 12 Abs. 4 Satz 5 RestrukFG und Entwurf einer Verordnung § 3 Satz 1)

Finanzinstitute können ihre Beiträge reduzieren oder sogar von der Bankenabgabe freigestellt werden, wenn die normale Beitragshöhe zu einer finanziellen Überforderung des Kreditinstitutes führen würde (§ 12 Abs. 4 Satz 5 Restrukturierungsfonds-Gesetz und Entwurf einer Verordnung § 3 Satz 1). Dies ist vor allem für Institute mit besonders

volatilen Ergebnissen von Vorteil. Sie werden gegenüber Kreditinstituten, die gleichmäßig positive Ergebnisse erzielen begünstigt. Wir sprechen uns daher dafür aus, eine Nachzahlungsverpflichtung in Form einer „Besserungsabrede“ in das Gesetz einzufügen, wonach reduzierte oder ausgefallene Beiträge durch künftige Gewinne wieder aufgefüllt werden müssen. Dies ist eine Frage der Beitragsgerechtigkeit.

- **Präzisierung der Voraussetzungen zur Erhebung der Sonderbeiträge notwendig**
- Anmerkungen zu Artikel 3 § 12 Abs. 4 RestrukFG -

§ 12 Abs. 3, 4 RestrukFG erlaubt in einem bestimmten Umfang die Erhebung von Sonderbeiträgen, soweit die angesammelten Mittel zur Deckung der Kosten von Rettungsmaßnahmen nicht ausreichend sind. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erhebung von derartigen Sonderbeiträgen sind präzisierungsbedürftig. Die derzeitige Formulierung im bislang veröffentlichten Diskussionsentwurf („bei Mittelbedarf“) ist zu vage und überlässt die Entscheidung über die Erhebung von Sonderbeiträgen damit weitgehend der Bundesanstalt.

Als besonders problematisch bei der Erhebung einer Sonderabgabe bewerten wir darüber hinaus den Verteilungsschlüssel (Verhältnis des Durchschnitts der in den letzten drei Jahren fällig gewordenen Jahresbeiträge des einzelnen Instituts zum Durchschnitt der Gesamtsumme der in den letzten drei Jahren fällig gewordenen Jahresbeiträge aller Institute). Hier kommt es erneut zu einer klaren Benachteiligung von Instituten mit stabilem Geschäftsmodell und kontinuierlicher Abgabepflicht (keine Mindestbeiträge, keine Deckelungen). Institute mit einem volatilen Geschäftsmodell würden hingegen in Schwächephasen auch bei der Sonderabgabe geschont, während konstant agierende Häuser hier erneut einer überdurchschnittlichen Belastung unterzogen würden. Vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzkrise kann dies nicht im Interesse des Gesetzgebers liegen. Ziel sollte es vielmehr sein, solide und konstante Geschäftsmodelle zu fördern.

Zu Artikel 8: Änderungen des Einkommensteuergesetzes

- **Kein Verbot des Betriebsausgabeabzugs für die Jahresbeiträge zur Bankenabgabe - Anmerkungen zu Artikel 8 Nummer 1 (§ 4 Abs. 5 Satz 1 EStG) -**

Die Jahresbeiträge sollen nicht als Betriebsausgaben berücksichtigt werden können. Damit wird das objektive Nettoprinzip durchbrochen, welches ganz allgemein besagt, dass Aufwendungen, die der Steuerpflichtige zur Erzielung von Einkommen tätigt, bei der Bemessung seines Einkommens berücksichtigt werden müssen. Das objektive Nettoprinzip ist ein sog. identitätskonstituierendes Merkmal der Einkommensteuer, das grundsätzlich nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht.¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat bislang offen gelassen, ob das objektive Nettoprinzip den Rang eines Verfassungsrechts genießt. Es bewertet aber das objektive Nettoprinzip als gesetzgeberische Grundentscheidung, die nach dem gleichheitsrechtlichen Folgerichtigkeitsgebot zu verwirklichen sei. Daher hat es die in der 16. Legislaturperiode aufgetretenen rüden Verletzungen¹⁷ des Prinzips, die im Rahmen der Thematiken „Pendlerpauschale“ und „Arbeitszimmer“ auftraten, *rückwirkend* kassiert und dabei deutlich gemacht, dass fiskalische Erwägungen allein nicht als Grund für die Durchbrechung herhalten können.

Das hier vorgesehene Abzugsverbot, das in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 des Einkommensteuergesetzes eingefügt werden soll, wird damit begründet, dass die tatsächliche Risikotragfähigkeit des Kreditinstituts realistischer eingepreist und die Möglichkeit zur Geschäftsausweitung begrenzt wird. Diese Begründung reicht jedoch angesichts der hohen Anforderungen, die an eine Rechtfertigung zur Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips gestellt werden, nicht aus, weil sie in sich widersprüchlich ist:

Zum einen wird die Höhe der Beiträge nicht nach dem systemischen Risiko bemessen. Der Bemessungsgrundlage unterliegen auch Förderbankgeschäfte oder von Landesbanken aufgenommene KfW-Kredite, die an Sparkassen im Verbundgeschäft weitergeleitet werden und nicht das systemische Risiko erhöhen. Zum anderen spricht auch die vorgesehene Deckelung der Beiträge auf einen Höchstbeitrag von 15% des zuletzt bilanzierten Jahresüberschusses dagegen (Art. 3 § 12 Abs. 2 i. V. m. § 2 Beitragsverordnung). Eine Nichtabzugsfähigkeit als Betriebsausgabe könnte nach dieser Begründung allenfalls gerechtfertigt sein, wenn eine Bemessung der Jahresbeiträge ausschließlich an der Höhe der systemischen Risiken vorzunehmen wäre und nicht durch geringe Jahresüberschüsse (als Ausfluss hohen Risikos) sogar noch begrenzt würde.

Da somit die Begründung, mittels der Nichtabzugsfähigkeit die Risikotragfähigkeit des Kreditinstituts realistischer einpreisen zu wollen, ausscheidet, bleibt als einzige weitere Begründungsmöglichkeit lediglich der Finanzierungszweck. Dieser allein stellt nach der

¹⁶ Beschluss des deutschen Juristentags 1988, Sitzungsbericht N, München 1988, S. 214

¹⁷ so Lang in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Auflage 2010.

jüngsten verfassungsrechtlichen Rechtsprechung¹⁸ jedoch keinen besonderen, sachlich gerechtfertigten Grund dar, um eine Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips zu rechtfertigen. Die systemwidrige Untersagung des Betriebsausgabenabzugs sollte daher unterbleiben. Die in Art. 8 vorgesehene Regelung ist zu streichen.

Grundsätzlich zu kritisieren ist darüber hinaus, dass die Abgabe ohne internationale Abstimmung zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führt. Um dies zu vermeiden, muss darauf geachtet werden, dass es hier für international tätige Institute nicht zu Doppelbelastungen oder zu Ausweichreaktionen ins Ausland, wo möglicherweise eine niedrigere Abgabe erhoben wird, kommt. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu klären, inwieweit ausländische Töchter deutscher Banken sowie deutsche Töchter ausländischer Banken von einer Bankenabgabe erfasst werden. Zudem machen wir darauf aufmerksam, dass die Bewertung der „Tragfähigkeit“ der Bankenabgabe letztlich nur dann möglich ist, wenn die aus anderen Regulierungsvorhaben (Basel III, Neuregelung der Einlagensicherung) resultierenden (kumulativen) Belastungen für die Kreditwirtschaft mit einbezogen werden.

¹⁸ BVerfG v. 9.12.2008, Az.: 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460 (Entfernungspauschale)