

Stellungnahme

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-Drucks. 17/3024

Berlin, den 4. Oktober 2010

Gliederung

A.	Grundsätzliches	2
B.	Artikel 1: Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz	7
C.	Artikel 2: Änderung des Kreditwesengesetzes	17
D.	Artikel 3: Restrukturierungsfondsgesetz	29
E.	Artikel 4: Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes	40
F.	Artikel 6: Änderung des Aktienrechts	42
G.	Steuer- und abgaberechtliche Rahmenbedingungen	44
H.	Artikel 17: Inkrafttreten des Restrukturierungsgesetzes	46

Anlage

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum
Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute

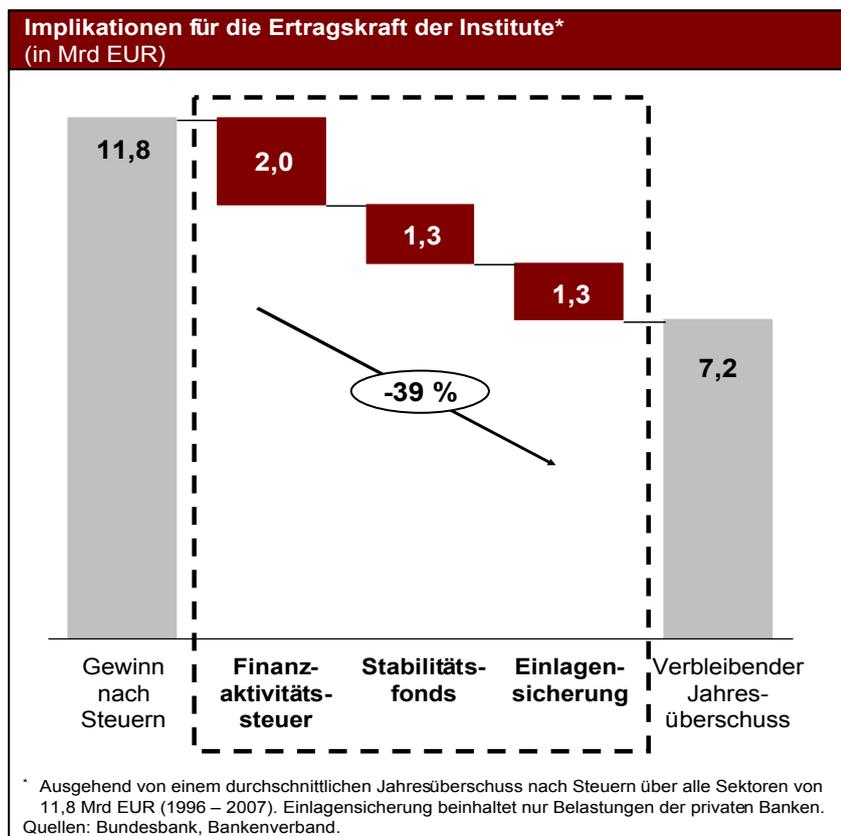
A. Grundsätzliches

1. Die internationale Finanzmarktkrise hat zu einer auf vielen Ebenen intensiv geführten Diskussion darüber geführt, welche zusätzlichen Regulierungen dazu beitragen können, vergleichbaren erneuten Zuspitzungen auf den Finanzmärkten wirksam zu begegnen. Ein wichtiger Meilenstein in dieser Diskussion war der G20-Gipfel am 24./25. September 2009 in Pittsburgh, der sowohl in Bezug auf die Regulierungsschwerpunkte als auch hinsichtlich des Erfordernisses eines international abgestimmten Vorgehens wichtige Leitgedanken formuliert hat.

Inzwischen ist einerseits festzustellen, dass das Bestreben nach einem international abgestimmten Vorgehen bei zentralen Vorschlägen – etwa hinsichtlich einer Sonderabgabe für Finanzmarktteilnehmer – deutlich nachgelassen hat. Der Bankenverband bedauert dies, kann hiermit doch der Keim für neuerliche Verwerfungen auf den Finanzmärkten gelegt werden, die aus Wettbewerbsverzerrungen und Regulierungsarbitrage folgen können. Andererseits haben sich unter den diskutierten Vorschlägen für Neuregelungen zwei Schwerpunkte herausgebildet, die richtige Ansätze für eine erfolversprechende neue Gesetzgebung darstellen: Zum einen die Überarbeitung der Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen und zum anderen die Einführung eines geordneten Verfahrens zur Reorganisation bzw. Restrukturierung sogenannter systemrelevanter Kreditinstitute in enger Verbindung mit einem Stabilitätsfonds, zu dessen Finanzierung Sonderabgaben von Unternehmen des Finanzsektors erhoben werden sollen.

Allerdings müssen Gesetzgeber und Regulierer auf internationaler und nationaler Ebene stärker als bisher die zu erwartenden Summeneffekte berücksichtigen. Nimmt man die aus den bisher bekannten Vorschlägen zur Einlagensicherung, Finanzaktivitätssteuer und zur Bankenabgabe resultierenden Belastungen der Unternehmen zusammen, ergibt sich nach Berechnungen des Bankenverbandes eine signifikante Reduzierung des Nachsteuergewinns um annähernd 40 %, wie die Grafik auf Seite 3 der Stellungnahme verdeutlicht. Hierbei sind noch nicht einmal die sich abzeichnenden steigenden Verwaltungsaufwendungen (z.B. aufgrund neuer Verbraucher-/Anlegerschutzvorschriften, Restrukturierungsgesetz) und Kosten für Investitionen in Marktinfrastrukturen (z. B. für Derivate) berücksichtigt. Zudem wird die Rentabilität der Institute voraussichtlich noch weiter sinken. Der verbleibende Gewinn muss nach den Vorstellungen des Baseler Ausschusses (Stichwort „Basel III“) zukünftig mit weitaus mehr Eigenkapital erwirtschaftet werden. Dadurch wird die Attraktivität von Investitionen in Bankentitel weiter sinken und die Aufnahme neuen Kapitals deutlich erschwert.

Deshalb muss sichergestellt werden, dass bei dem Ziel, den Finanzmarkt zu stabilisieren, die Kreditwirtschaft nicht durch die Vielzahl aller Regulierungsinitiativen erdrückt wird.



2. Der **Bankenverband unterstützt die Zielsetzung und den grundsätzlichen Ansatz des vorliegenden Regierungsentwurfs**. Zu betonen ist, dass der Entwurf in konsequenter und – soweit ersichtlich – auch im internationalen Vergleich führender Weise den Zusammenhang zwischen Maßnahmen zur Stabilisierung von systemrelevanten Kreditinstituten und einer Sonderabgabe der Finanzmarktteilnehmer erkennt und umsetzt. Die Einbettung des Restrukturierungsfonds in ein umfassendes Konzept für die Sanierung und Restrukturierung von Kreditinstituten ist ein wichtiger systematischer Ansatz, um Lücken im geltenden Aufsichtsrecht zu schließen.

3. Kritisch sieht der Bankenverband allerdings die Eile, mit der der Gesetzentwurf vorangetrieben werden soll. Gemäß Artikel 17 des Entwurfs sollen das Restrukturierungsfondsgesetz und die Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes am 31. Dezember 2010 und die übrigen Bestimmungen am 1. Januar 2011 in Kraft treten. Die privaten Banken verkennen – neben dem sachlich richtigen Ansatz des Vorhabens – nicht die große politische Bedeutung des Vorhabens. **Vor dem Hintergrund sehr konkreter nächster Schritte auf EU-Ebene wäre es jedoch vorzuziehen, das ausgearbeitete Konzept in die Beratungen auf EU-Ebene einzubringen und nicht zuvor schon ein nationales Gesetz zu verabschieden, das in absehbarer Zeit wieder geändert werden müsste.**

a) Die Europäische Kommission hat bereits eine Mitteilung „Ein Rahmen für das Krisenmanagement“ für Oktober 2010 angekündigt¹. Dem Vernehmen nach soll mit der Mitteilung auch der Entwurf eines Legislativtextes zur Konsultation gestellt werden. Ein Legislativvorschlag zum Krisenmanagement (einschließlich eines Rettungsfonds) soll dann von der Kommission im Frühjahr 2011 verabschiedet werden². Anders als im Regierungsentwurf dargelegt³, ist derzeit noch nicht absehbar, ob sich die in Artikel 2 des Entwurfs vorgesehenen administrativen Handlungsbefugnisse oder der in Artikel 3 des Entwurfs vorgesehene Restrukturierungsfonds ohne Weiteres in ein EU-Rahmenwerk einpassen werden. Es ist vielmehr eher zu erwarten, dass ein EU-Rechtsinstrument neuen, gegebenenfalls erheblichen Gesetzgebungsbedarf auslösen wird. Zudem ist auch die anstehende Überarbeitung der Einlagensicherungsrichtlinie zu berücksichtigen, die voraussichtlich zu erheblichen finanziellen Mehrbelastungen der Institute führen wird und die auch sachlich in einem engen Kontext mit diesem Vorhaben steht.

b) Die Europäische Kommission hat selbst zutreffend darauf hingewiesen, dass die einseitige und unabgestimmte Einführung von Abgaben für den Bankensektor durch einzelne EU-Mitgliedstaaten wegen des Fehlens eines koordinierten Ansatzes die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den nationalen Bankmärkten berge. Zudem werde die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Krisenzeiten gefährdet⁴. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sollten die Grundlagen für die Finanzierung eines Bankenrettungsfonds zumindest den folgenden Prinzipien genügen⁵:

- Vermeidung einer möglichen Doppelbelastung bzw. Arbitrage;
- Widerspiegelung der angemessenen Risiken;
- Berücksichtigung der systemischen Natur bestimmter Finanzinstitute;
- Stützung auf die möglichen Beträge, die im Falle des Eintritts einer Rettung heranzuziehen wären, und
- Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen.

Insbesondere den Kriterien „Vermeidung einer möglichen Doppelbelastung bzw. Arbitrage“ und „Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen“ kann ein im nationalen Alleingang Deutschlands eingeführter Restrukturierungsfonds nicht genügen.

¹ Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission „Regulierung der Finanzdienstleistungen für nachhaltiges Wachstum“ vom 2. Juli 2010, KOM (2010) 301 endg., Seite 9/10.

² Siehe Fußnote 2.

³ BT-Drucks. 17/3024, Seite 3.

⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission Nr. IP/10/610 vom 26. Mai 2010 „Kommission stellt Pläne für Bankenrettungsfonds vor“, Seite 2.

⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission „Bankenrettungsfonds“ vom 26. Mai 2010, KOM(2010) 254 endg.

Eine **Benachteiligung der inländischen Institute durch ein Vorziehen einer Abgabe in Deutschland sollte vermieden werden**. Sonst entstünde die Gefahr einer Benachteiligung der deutschen Kreditwirtschaft im internationalen, insbesondere aber auch im europäischen Vergleich. Auch würden der deutschen Wirtschaft einseitig Mittel entzogen, die anderenfalls zur Kreditversorgung verwendet werden könnten, während Institute in anderen Mitgliedstaaten solchen Restriktionen nicht ausgesetzt wären. Zudem wäre bei einer späteren Anpassung einer deutschen Sonderabgabe an europäische Vorgaben zusätzlicher Umstellungsaufwand für die Institute zu erwarten, der vermieden werden könnte und sollte.

Des Weiteren halten wir es für unbedingt geboten, im Rahmen europäischer Vorgaben darauf zu achten, dass grenzüberschreitende Aktivitäten von Instituten, insbesondere Tochtergesellschaften und Zweigstellen, im Falle einer Beitragspflicht für die Auslandsaktivitäten nicht zu einer Doppelbelastung führen. Solange hierzu keine europäische – besser noch globale – Lösung vereinbart wurde, kann eine solche Doppelbelastung am effizientesten dadurch vermieden werden, dass Deutschland seine Sonderabgabe an den Inlandsaktivitäten und damit den Inlandsbilanzen der Kreditinstitute bemisst (siehe hierzu im Einzelnen unsere Anmerkungen zu § 2 RStrukFG-RegE, Seite 30 ff. der Stellungnahme).

c) Gegen die Einführung einer Bankenabgabe im nationalen Alleingang spricht auch, dass dies nicht losgelöst von der von der Europäischen Kommission angestoßenen Reform der EU-Einlagensicherungsrichtlinie erfolgen sollte. Ziel muss ein kohärentes System sein, das insbesondere in Deutschland nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Entscheidend wird dabei auch sein, dass das vorgesehene aufsichtsrechtliche Restrukturierungsverfahren und der Restrukturierungsfonds nicht als „Absicherung“ von vermeintlich systemrelevanten Instituten fehlinterpretiert wird und sich bei diesen in einer besseren Bonitätsbewertung niederschlägt. Vielmehr **stellen die neuen Instrumente sicher, dass unternehmerischer Misserfolg auch bei diesen Instituten in letzter Konsequenz zum Marktaustritt führt** und somit dessen **Anteilseigner und Gläubiger größere Verlustgefahren einkalkulieren müssen**.

4. Die Beschränkung des vorgesehenen „Krisenmanagements“ auf Kreditinstitute sowie beim Restrukturierungsfonds des Kreises der Abgabepflichtigen auf die Kreditwirtschaft greift zu kurz, um systemischen Risiken effektiv entgegenzuwirken.

Die historische Erfahrung mit den unterschiedlichen Finanzkrisen (z. B. Emerging-Markets, Staatsanleihen in den 1980er Jahren, Krise der US-Sparkassen in den 1980er Jahren, LTCM, sub-prime und AIG sowie die aktuelle Lage von Sparkassen in Spanien) lehrt, dass nicht vorhergesagt werden kann, welche Unternehmen des Finanzsektors, welcher Markt oder welches Finanzinstrument künftig eine Gefahr für die Finanzmarktstabilität darstellen könnte.

Deshalb müssen die Instrumente zur Prävention und Beilegung systemischer Krisen auf eine Vielzahl von Situationen und Marktteilnehmer anwendbar sein.

Darüber hinaus spielen nicht nur Kreditinstitute, sondern auch andere Unternehmen des Finanzsektors (zum Beispiel Hedge-Fonds und Versicherungsunternehmen) bei entsprechender Vernetzung eine wichtige Rolle für die Stabilität der Finanzmärkte. Auch von ihnen können systemische Risiken ausgehen. Zudem profitieren auch sie von einem Fonds zur Bewältigung marktspezifischer Risiken. Deshalb sollten sowohl das vorgesehene Krisenmanagement als auch das Restrukturierungsfondsgesetz auf andere wesentliche Marktteilnehmer ausgeweitet werden (siehe hierzu im Einzelnen unsere Anmerkungen zu § 2 RStrukFG-RegE, Seite 30 ff. der Stellungnahme).

5. Der Regierungsentwurf macht weder eine direkte Aussage zum angestrebten Volumen des geplanten Restrukturierungsfonds noch dazu, wie nach Erreichen einer solchen Zielgröße verfahren werden soll. Aus § 12 Absatz 2 Satz 3 RStruktFG-RegE folgt, dass Beiträge ausgesetzt werden können, wenn die Mittel zur Zweckerfüllung ausreichen. § 6 Absatz 3 RStruktFG-RegE, wonach der Fonds Restrukturierungsmaßnahmen durch die Gewährung von Garantien in Höhe von maximal 100 Mrd € ermöglichen kann, mag insofern die angestrebte Gesamthöhe der Fondsmittel indizieren. Ebenso fehlt eine konkrete Festlegung darüber, wie die eingezahlten Mittel angelegt werden sollen. **Der Gesetzgeber ist gefordert, sowohl hinsichtlich der Zielgröße des Fonds als auch der Anlage der Mittel klare Vorgaben zu treffen.** Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitstheorie⁶, wonach grundlegende (wesentliche) Entscheidungen dem Gesetzgeber vorbehalten sind.

6. Einer **abschließenden Bewertung des geplanten Restrukturierungsfonds steht entgegen**, dass der Entwurf der Rechtsverordnung zur Konkretisierung der Bemessungsgrundlage noch nicht vorliegt. Aus unserer Sicht sollten jedoch nachfolgende Punkte bei der Festsetzung der Parameter besonders berücksichtigt werden:

- Im europäischen und internationalen Kontext bedarf es einer engen Abstimmung um Doppelbesteuerungen zu vermeiden.
- Als angemessene Beitragshöchstgrenze erachten wir eine **Zumutbarkeitsgrenze von maximal 10 %** des letzten Jahresüberschusses.
- Anstelle von Mindestbeiträgen sprechen wir uns für eine **Nachzahlungspflicht** aus, die jedoch in ihrer Höhe zumutbar sein müsse.
- **Sonderbeiträge wirken prozyklisch** und belasten gerade ertragsstarke Institute. Stattdessen sollte kontinuierlich ein angemessenes Fondsvolumen aufgebaut werden.

⁶ Siehe hierzu Grzeszick, in: Maunz-Dürig, GG, Stand: Januar 2010, Art. 20, Teil IV., Rndr. 105 ff. m. w. N.

- Die **systemische Bedeutung von Verbundstrukturen** sollte sich im Tarif widerspiegeln.
- In die Bemessungsgrundlage sollten Pfandbriefe nicht und langfristige Verbindlichkeiten nur hälftig einfließen.
- Eine Doppelbelastung von Derivatepositionen durch Berücksichtigung in beitragsrelevanten Passiva und beitragsrelevanten Derivaten sollte vermieden werden.

Wegen der weitere Einzelheiten wird auf die als **Anlage** beigefügte Stellungnahme des Bankenverbandes zu dem vom Bundesministerium der Finanzen im Juli 2010 vorgelegten Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute verwiesen.

B. Artikel 1: Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz (KredReorgG))

Der Bankenverband begrüßt den flexiblen Ansatz des Reorganisationsgesetzes, einem Kreditinstitut zur Sicherstellung der Finanzmarktstabilität in einem Sanierungs- und/oder Reorganisationsverfahrens einen Weg zu eröffnen, eigenverantwortlich eine wirtschaftliche Schieflage zu beseitigen.

Bei der Sanierung von Unternehmen in Krisensituationen hat sich gezeigt hat, dass Maßnahmen erfolgreich waren, wenn sie autonom veranlasst, d. h. vom betroffenen Unternehmen selbst initiiert, im Einvernehmen mit den größten Gläubigern und Gläubigergruppen rasch und ohne größere Publizität umgesetzt wurden. Ob das vorgesehene zweistufige justizförmig ausgestaltete (auf eine Dauer von mehreren Monaten angelegte) Sanierungs- und/oder Reorganisationsverfahren diese Anforderungen erfüllen kann, muss die Praxis erweisen. Ein Nachteil eines auf Anzeige eines Instituts durch ein Gericht einzuleitenden Sanierungsverfahrens könnte die hiermit verbundene Eigendynamik sein, die solche Verfahren leicht entwickeln können. Vorherige Planungen können hierdurch obsolet werden. Ferner ist die Gefahr nicht auszuschließen, dass die Finanzmärkte bzw. Marktteilnehmer ein solches Verfahren als ein Zeichen des Scheiterns des Instituts und nicht als neue Chance bewerten⁷. Wie dargelegt, wird eine Sanierung von Kreditinstituten nur erfolgreich sein können, wenn sie rasch durchgeführt werden kann. Hier gilt es, das Verfahren noch weiter zu straffen, insbesondere durch Verkürzung der Dreimonatsfrist für die gerichtliche Bestätigung eines Reorganisationsplans⁸ auf einen Monat.

Zielführend sind insbesondere die in der zweiten Stufe „Reorganisationsverfahren“ vorgesehenen Regelungen, die am Reorganisationsverfahren Beteiligten, insbesondere die Anteils-

⁷ Siehe hierzu etwa Hopt/Fleckner/Kumpan/Steffek, WM 2009, 821, 822.

⁸ § 20 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-RegE.

eigner, überstimmen zu können, sofern sich diese einem beabsichtigten Reorganisationsplan widersetzen. Sicherzustellen ist, dass die Festsetzung einer Entschädigung von Anteilseignern außerhalb des Reorganisationsverfahrens stattfindet und das Verfahren nicht verzögert.

1. § 1 KredReorgG–RegE (Grundsätze von Sanierungs- und Reorganisationsverfahren)

a) Der **Ansatz, Maßnahmen zum Krisenmanagement auf Kreditinstitute zu beschränken, ist unseres Erachtens zu kurz gegriffen**. Sicherzustellen ist, dass die vorgesehenen Instrumente und Verfahren auf eine Vielzahl von Situationen und Marktteilnehmer (u. a. Versicherungsunternehmen) anwendbar sind – schon deshalb, weil ex ante kaum bestimmt werden kann, welches Institut, welcher Markt oder welches Finanzinstrument mit welchen Folgen eine Gefahr für die Finanzmarktstabilität darstellen können. Daher sollte das Sanierungs- und Reorganisationsverfahren allen Unternehmen des Finanzsektors und nicht nur Kreditinstituten offenstehen.

b) Mit dem Reorganisationsgesetz soll eine **Beschränkung der Haftung für Aufsichtshandeln in bestimmten Fallkonstellationen** eingeführt werden: Im Rahmen eines Sanierungs- und Reorganisationsverfahrens soll eine Haftung der BaFin ausgeschlossen sein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Handlung nicht vorliegen, die Bundesanstalt aber bei verständiger Würdigung der für sie zum Zeitpunkt der Handlung erkennbaren Umstände annehmen darf, dass die Voraussetzungen vorliegen (**§ 1 Absatz 4 Satz 1 KredReorgG–RegE**). Vergleichbare Regelungen sind in **§ 46c Absatz 2 Satz 2 KWG–RegE** bei der Kontrolle von zulässigen Geldabflüssen von Instituten im Rahmen von § 46 KWG sowie bei Maßnahmen im Rahmen einer aufsichtsrechtlich initiierten Übertragungsanordnung in **§ 48a Absatz 2 Satz 2 KWG–RegE** vorgesehen.

Der vorgesehene Haftungsausschluss ist zur Gewährleistung eines proaktiven Aufsichtshandelns in Ausnahmesituationen verständlich. Der Haftungsausschluss sollte jedoch vor dem Hintergrund des in Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 3 GG normierten Rechtsstaatsprinzips, das konkretisiert wird durch die Amtshaftung (Artikel 34 GG), kritisch überprüft werden. Eine Reduzierung der Haftung des Staates für unrechtmäßiges Handeln stößt in der Literatur auf Vorbehalte⁹. Hinzu tritt, dass es angesichts vielfältiger Überschneidungen bzw. Doppelungen von Handlungsinstrumenten im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz und im Aufsichtsrecht nicht in das Belieben der Aufsicht gestellt werden sollte, welchem Haftungsregime ihr Handeln untersteht. Als Beispiel sei auf die gerichtliche Abberufung eines Geschäftsleiters auf Antrag der BaFin nach § 5 Absatz 1 Satz 2 Ziffer 2 KredReorgG–RegE (vorgesehen: beschränkte Haftung) oder bei Abberufung eines Geschäftsleiters unmittelbar durch die Aufsicht gemäß

⁹ Siehe hierzu Papier, in: Maunz-Dürig, GG, Stand: Januar 2009, Art. 34 Rndr. 240 m. w. N.

§ 36 Absatz 1 KWG (derzeit: unbeschränkte Haftung) hingewiesen. Für diese Handlungen der Aufsicht sollte ein einheitlicher Haftungsmaßstab gelten.

§ 1 Absatz 4 Satz 1 KredReorgG-RegE und §§ 46c Absatz 2 Satz 2, 48a Absatz 2 Satz 2 KWG-RegE sollten vor diesem Hintergrund kritisch überprüft werden.

c) Der in § 1 Absatz 4 Satz 2 KredReorgG-RegE vorgesehene Entschädigungsanspruch lässt die grundsätzliche Frage offen, **wer letztlich die finanziellen Belastungen eines Amtshaftungsanspruchs oder eines Entschädigungs- bzw. Aufopferungsanspruchs tragen soll.** Die BaFin ist jedenfalls nicht nach § 16 FinDAG befugt, ihre hieraus erwachsenden finanziellen Belastungen auf die beaufsichtigten Unternehmen und damit auch auf das zu Unrecht belastete Institut zu verlagern. Das folgt bereits aus Wortlaut und Systematik des § 16 FinDAG (Begriff der „Kosten“), jedenfalls aber aus einer hier zwingend gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift. Denn die Aufwendungen der Aufsicht für Amtspflichtverletzungen und aus Aufopferung können nicht als Bestandteil der Sonderabgabe nach § 16 FinDAG auf die beaufsichtigten Unternehmen umgelegt werden. Staatliche Verantwortung und staatliche Haftung dürfen aus rechtsstaatlichen Gründen nicht getrennt werden. Eine anderweitige Auslegung des § 16 FinDAG wäre nicht mehr verfassungskonform.

Das vorliegende Regelungsvorhaben sollte daher Anlass geben, **in § 16 FinDAG klarzustellen, dass die finanziellen Belastungen durch einen Amtshaftungshaftungsanspruch oder einen Entschädigungs- bzw. Aufopferungsanspruch nicht umlagefähig sind.**

d) Die Befugnisse der BaFin, insbesondere nach dem KWG, sollen nach **§ 1 Absatz 5 KredReorgG-RegE** durch das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz nicht berührt werden. Das Nebeneinander von Sanierungs- und Reorganisationsverfahren und (neuen) KWG-Befugnissen, wie zum Beispiel das Verhältnis des Sanierungs- bzw. Reorganisationsberaters zum Sonderbeauftragten nach § 45c KWG-RegE – etwa im Hinblick auf Hierarchie oder Kompetenzen – bedarf einer **klarerer Kollisionsregelung.**

2. § 2 KredReorgG-RegE (Einleitung und Beantragung des Sanierungsverfahrens; Inhalt des Sanierungsplans)

a) Im Rahmen des Sanierungsplans kann zwar nach § 2 KredReorgG-RegE nicht in grundrechtlich geschützte Positionen Dritter eingegriffen werden. Ein Darlehen, das ein betroffenes Institut zur Umsetzung des Sanierungsplans aufnimmt, soll aber im Rahmen des Sanierungsplans mit einem vorrangigen Befriedigungsrecht gegenüber den übrigen Gläubigern ausgestattet werden (**§ 2 Absatz 2 Satz 3 KredReorgG-RegE**). Diesen Vorschlag bewerten wir als ein zielführendes Instrument zur Förderung einer Sanierung. Die Regelung kann – auch für private Geldgeber – grundsätzlich einen Anreiz bieten, dem betroffenen Institut Liquidität für

eine aussichtsreiche Sanierung zur Verfügung zu stellen. Abweichend vom Regierungsentwurf sollte dieses vorrangige Befriedigungsrecht jedoch nicht auf einen Zeitraum von drei Jahren nach Anordnung der Durchführung des Sanierungsverfahrens begrenzt werden. Diese – im Entwurf nicht näher begründete – Befristung könnte der intendierten Kapitalzuführung entgegenstehen. Sanierungsmaßnahmen können sich – wie etwa die HRE zeigt – über mehrere Jahre erstrecken. Um Geldgebern einen überzeugenden Anreiz für eine Liquiditätszuführung zu geben, sollte der Zeitraum zehn Jahre betragen. Ferner sollte § 2 KredReorgG-RegE noch dahingehend ergänzt werden, dass hinsichtlich solcher Kredite im Rahmen eines Sanierungsplans nach § 2 Absatz 2 KredReorgG-RegE immer ("automatisch") auch die Privilegierung des § 39 Absatz 4 Satz 2 InsO eingreift.

b) **Zur Rechtssicherheit eines solchen Darlehens würde es entscheidend beitragen, wenn klargestellt würde, dass für ein entsprechend privilegiertes Darlehen in einer später wider Erwarten doch noch eintretenden Insolvenz die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von Sanierungskrediten bzw. zur Anfechtbarkeit von besicherten Sanierungskrediten nicht anwendbar ist.** Die Rechtsprechung bzw. die Anfechtungsrisiken nach § 133 InsO führen derzeit aufgrund ihrer Unwägbarkeiten immer häufiger zu einer Zurückhaltung bei der Vergabe von Sanierungskrediten an deutsche Unternehmen in der Krise¹⁰. Diese Unsicherheit sollte zumindest für die Sanierung von Kreditinstituten vermieden werden. Es sollte daher klargestellt werden, dass bei der Sicherung oder Befriedigung eines solchen Sanierungskredits im Rahmen eines Sanierungsplans zumindest die Vermutung besteht, dass eine solche Sicherung oder Befriedigung ohne den Vorsatz der Benachteiligung anderer Gläubiger vorgenommen wird. Rechtfertigen ließe sich diese Klarstellung damit, dass der Sanierungsplan von der BaFin als zweckmäßig (§ 2 Absatz 3 KredReorgG-RegE) erachtet und vom OLG als nicht offensichtlich ungeeignet (§ 3 Absatz 1 Satz 1 KredReorgG-RegE) beurteilt werden muss, bevor er in Kraft treten kann.

c) **Nach § 2 Absatz 3 Satz 2 KredReorgG-RegE** soll für das Sanierungs- und/oder Reorganisationsverfahren das für Klagen gegen die BaFin nach § 1 Absatz 3 Satz 1 FinDAG anzurufende OLG Frankfurt am Main örtlich zuständig sein. Angesichts der Eilbedürftigkeit solcher Verfahren erscheint eine andere Regelung angezeigt, die vor dem Hintergrund des in § 1 Absatz 2 FinDAG statuierten Doppelsitzes der BaFin an ihren Sitz in Bonn anknüpft. In Bonn ist die für die Betreuung dieser Verfahren zuständige Solvenzaufsicht angesiedelt.

¹⁰ Siehe hierzu etwa die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. November 2008, Az. IX ZR 188/07, (WM 2009, 274), wonach ein Gläubiger, der weiß, dass der Schuldner nicht in der Lage ist oder voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit im wesentlichen zu erfüllen, in der Regel auch weiß, dass dessen Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligt.

3. § 4 KredReorgG-RegE (Rechtsstellung des Sanierungsberaters)

a) Fraglich ist, ob die für den Sanierungs- und des Reorganisationsberater in **§ 4 Absatz 1 KredReorgG-RegE** vorgesehenen Befugnisse dem Ziel des Verfahrens, der Stabilisierung des Finanzmarktes durch Sanierung oder Reorganisation eines Kreditinstitutes (§ 1 Absatz 1 KredReorgG-RegE), teilweise zuwider laufen könnten. Diese können insbesondere bei der Übertragung von zusätzlichen Befugnissen nach § 5 Absatz 1 KredReorgG-RegE zu massiven Einschnitten in die Grundlagen der Unternehmensorganisation und zu erheblichen Eingriffen in verfassungsmäßig geschützte Rechtspositionen führen. Aufgrund der Schwere des Eingriffs in die Autonomie des Instituts sollten solche Eingriffe im Rahmen eines Sanierungsverfahrens allenfalls als ultima ratio in Betracht kommen.

Beispielsweise soll der Sanierungsberater der Geschäftsleitung Anweisungen erteilen können (§ 4 Absatz 1 Ziffer 4 KredReorgG-RegE). Entgegen der Entwurfsbegründung¹¹ entspricht diese Regelung nicht dem Recht der BaFin gemäß § 46 KWG. Von diesem Recht kann die BaFin nur bei einer konkreten Gefährdungslage („Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Instituts gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte, oder wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine wirksame Aufsicht über das Institut nicht möglich ist“, § 46 Absatz 1 Satz 1 KWG) Gebrauch machen. Auch die vorgesehene Prüfung zur Feststellung von Schadensersatzansprüchen gegen Organe (§ 4 Absatz 1 Ziffer 5 KredReorgG-RegE) und die Sanktionierung vergangenen Fehlverhaltens dürften kaum dem Verfahrensziel dienen. Die ohnehin sehr komplexe und schwierige Aufgabe der Sanierung eines Instituts sollte unseres Erachtens nicht mit zusätzlichen Aufgaben belastet werden – der Sanierungsberater sollte ausschließlich die Erreichung des Sanierungsziels anstreben.

b) Angelehnt an § 60 InsO soll eine Haftung des Sanierungs- und des Reorganisationsberaters normiert werden (**§ 4 Absatz 3 KredReorgG-RegE**). Auf eine Beschränkung der Haftung für fahrlässiges Handeln der Höhe nach – wie für den Sonderbeauftragten vorgeschlagen (§ 36 Absatz 1a Satz 6 KWG bzw. künftig § 45 Absatz 7 KWG-RegE) – soll demgegenüber verzichtet werden. Die in § 45c Absatz 7 KWG-RegE vorgesehene Beschränkung der Haftung des Sonderbeauftragten für fahrlässiges Handeln erscheint grundsätzlich sachgerecht. Ohne eine entsprechende Beschränkung dürfte es – wie in der Entwurfsbegründung auch zu Recht angeführt wird¹² – in der Praxis kaum möglich sein, einen geeigneten Sonderbeauftragten zu ernennen.

¹¹ BT-Drucks. 17/3024, Seite 77.

¹² BT-Drucks. 17/3024, Seite 98.

Auch angesichts der teilweise deckungsgleichen Aufgabenbereiche von Sanierungs-/Reorganisationsberater und Sonderbeauftragten wäre eine entsprechende **Haftungsbeschränkung für den Sanierungs-/Reorganisationsberater sachgerecht**. Der in § 45c Absatz 7 KWG-RegE vorgesehene Haftungsumfang von 1 Mio € bzw. 50 Mio € bei börsennotierten Aktiengesellschaften scheint jedoch im Verhältnis zu dem Schadenspotential von Handlungen eines Sonderbeauftragten und eines Sanierungs-/Reorganisationsberaters zu niedrig angesetzt. Eine in dieser Höhe beschränkte Ersatzpflicht entwertet etwaige Schadensansprüche über Gebühr und dürfte kaum zu einem gesetz- und damit rechtmäßigen Handeln des Sonderbeauftragten beitragen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Versicherbarkeit etwaiger Schäden erscheint eine **Beschränkung der Ersatzpflicht des Sonderbeauftragten auf einen Betrag in Höhe von bis zu 200 Mio € angemessen**. Eine höhere Summe dürfte derzeit nicht versicherbar sein.

4. § 5 KredReorgG-RegE (Gerichtliche Maßnahmen)

- a) **Angesichts der bereits bestehenden Möglichkeiten zur Abberufung eines Geschäftsleiters sollte auf die in § 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 KredReorgG-RegE vorgesehene Statuierung einer weiteren Abberufungskompetenz – auf Vorschlag der BaFin vom Gericht vorzunehmen – verzichtet werden.** Zum einen kann eine Abberufung durch die nach den gesellschaftsrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuständigen Organen (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Gesellschafterversammlung) erfolgen. Zum anderen besteht für die BaFin bereits nach § 36 Absatz 1 KWG die Möglichkeit, die Geschäftsleitung abzurufen. Als Sanierungsmaßnahme reicht das in § 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 KredReorgG-RegE vorgesehene Verbot der Ausübung der Geschäftsleitertätigkeit aus.
- b) Sofern gemäß **§ 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 KredReorgG-RegE** das OLG auf Antrag der BaFin anordnet, den Sanierungsberater in die Geschäftsleitung aufzunehmen, sollte klargestellt werden, dass es **nicht zugleich auch die Zustimmung des Aufsichtsorgans zu Entscheidungen der Geschäftsleitung nach § 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 6 KredReorgG-RegE ersetzen kann**. Hierfür wäre wohl aus Corporate-Governance-Gesichtspunkten zumindest eine besondere Begründung zu liefern.
- c) **Klargestellt werden sollte bei § 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 KredReorgG-RegE auch, wie sich die Regelung bei Berufung eines Sanierungsberaters in den Vorstand einer Aktiengesellschaft zu dem in §§ 76, 77 93 AktG verankerten Prinzip der Gesamtverantwortung des Vorstandes verhält. Namentlich sollte deutlich gemacht werden, ob die Haftung des Sanierungsberaters nach § 4 Absatz 3 KredReorgG-RegE durch das aktienrechtliche Haftungsregime verdrängt wird und ob die verbliebenen Mitglieder des Vorstandes für eine Pflichtverletzung des Sanierungsberaters mit verantwortlich sind.** So fehlt zum Beispiel eine Klarstellung wie sie in § 45c Absatz 3 Satz 1 KWG-RegE vorgesehen ist, dass

soweit der Sonderbeauftragte in die Aufgaben und Befugnisse eines Organ oder Organmitglieds des Instituts eintritt, die Aufgaben der betroffenen Organmitglieder ruhen.

d) Bezüglich der in **§ 5 Absatz 1 Satz 2 Nr. 5 KredReorgG-RegE vorgesehenen Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung von "bestehenden Vergütungs- und Bonusregelungen der Geschäftsleitung"** durch den Sanierungsberater ist darauf hinzuweisen, dass etwaigen Fehlanreizen bereits das Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen vom 21. Juli 2010 nebst der begleitenden Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Finanzen entgegenwirkt. Das Gesetz eröffnet der BaFin die Möglichkeit, im Falle der Unterschreitung oder drohenden Unterschreitung bestimmter aufsichtsrechtlicher Anforderungen die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu untersagen oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses zu beschränken (vgl. § 45 Absatz 2 Satz 1 Nr. 6 KWG-RegE). Ob über die vorstehenden Regelungen hinaus ein **Gesetzgebungsbedarf besteht, scheint vor dem Hintergrund des bereits bestehenden aufsichtsrechtlichen Instrumentariums zweifelhaft.**

5. **§ 7 KredReorgG-RegE (Einleitung, Beantragung und Anordnung des Reorganisationsverfahrens)**

§ 7 Absatz 5 Satz 3 KredReorgG-RegE erklärt „in Ausnahmefällen“ – so die Entwurfsbegründung – in denen Kreditinstitute in einer anderen Rechtsform als in einer Aktiengesellschaft organisiert sind, die Vorschriften des Reorganisationsverfahrens für sinngemäß anwendbar – der „überwiegende Teil systemrelevanter Kreditinstitute dürfte als Aktiengesellschaft organisiert sein“. Nach amtlichen Verlautbarungen sind allerdings nur weniger als 10 % aller Kreditinstitute in der Rechtsform der Aktiengesellschaft organisiert¹³. Im Übrigen sei – ohne der nach dem Restrukturierungsgesetz der Beurteilung der BaFin unterliegenden Frage vorzugreifen, ob von einem in seinem Bestand gefährdeten Institut eine Systemgefährdung ausgeht – der Hinweis erlaubt, dass von der Krise eine nicht unerhebliche Anzahl von Instituten in der Rechtsform einer „Anstalt des öffentlichen Rechts“ betroffen waren und sind. Die Erfahrungen der letzten Monate lassen zudem besorgen, dass der Haftungsverbund der S-Finanzgruppe im Falle einer systemischen Krise faktisch wohl überfordert wäre (siehe hierzu im Einzelnen unsere Anmerkungen zu § 48b Absatz 2 Satz 1 KWG-RegE, Seite 25 f. der Stellungnahme).

Die Fokussierung des Reorganisationsverfahrens auf Aktiengesellschaften ist sachlich nicht gerechtfertigt. **Es sollte daher rechtsformneutral ausgestaltet werden.**

¹³ Nach einer auf den Internetseite der BaFin veröffentlichten Liste der zugelassenen Kreditinstitute (Stand: 15. Juni 2010) sind insgesamt 1.953 Kreditinstitute mit folgenden Rechtsformen zugelassen: Genossenschaften 1.193, Anstalten des öffentlichen Rechts 456, Aktiengesellschaften 163, GmbH 93, Personenhandelsgesellschaften (einschließlich Kapitalgesellschaften & Co) 40, Kommanditgesellschaften auf Aktien 7 und Europäische Aktiengesellschaft (SE) 1.

6. § 9 KredReorgG-RegE (Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital)

a) Positiv zu bewerten ist die vorgesehene Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital (Debt-Equity-Swaps). Dies stellt ein wesentliches Sanierungsinstrument dar. Dieses Instrument wird jedoch nur dann in der Praxis zur Anwendung kommen, wenn es kurzfristig und transaktionssicher durchgeführt werden kann (siehe hierzu im Einzelnen unsere Anmerkungen zu § 19 Absatz 4 KredReorgG-RegE).

b) Was sich als Sanierungshindernis erweisen könnte, ist die in **§ 9 Absatz 2 KredReorgG-RegE vorgesehene Entschädigung der bisherigen Anteilseigner** bei einem „Debt-Equity-Swap“. Sie bezieht sich auf jegliche gesellschaftsrechtliche Maßnahme nach Absatz 1 unabhängig davon, ob die Anteilseigner ihr zugestimmt haben oder nicht.

c) Darüber hinaus erscheint es nicht angemessen, die Entschädigung laut Entwurfsbegründung an dem **Fortführungswert** des betroffenen Kreditinstituts zu orientieren. Eine entsprechende Anknüpfung setzt eine erfolgreiche Sanierung voraus, die durch den Reorganisationsplan jedoch erst erreicht werden muss. Einem Gläubiger eines Kreditinstituts wird es schwer fallen, den (teilweisen) Verlust seiner Forderung zu akzeptieren, während der Anteil des Gesellschafters zwar verwässert wird, er aber eine von den Gläubigern finanzierte Entschädigung erhält, die dem Fortführungswert entspricht. Das könnte zur Ablehnung des an sich sachgerechten und zur Systemstabilisierung notwendigen Reorganisationsplans führen. Die Entschädigung sollte sich an den **Alternativen zum Reorganisationsplan** orientieren. Das sind zum einen die **Liquidation** und zum anderen die **Übertragungsanordnung** nach §§ 48a ff. KWG-RegE. Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass die etwaige **Festsetzung der Entschädigung außerhalb des Reorganisationsverfahrens** stattfindet und das Verfahren nicht verzögert.

d) In **§ 9 Absatz 3 KredReorgG-RegE** sieht eine Privilegierung der öffentlichen Hand im Falle einer finanziellen Beteiligung an einer Reorganisation dahingehend vor, dass sie vor potenziellen Anfechtungsrisiken geschützt werden. Dies muss jedoch auch gelten, wenn sich private Adressen (z. B. Einlagensicherungsfonds des Bankenverbandes) an solchen Maßnahmen beteiligen. § 9 Absatz 3 KredReorgG-RegE sollte daher um eine Nr. 5 „sonstige Personen“ ergänzt werden.

7. § 11 KredReorgG-RegE (Ausgliederung)

Der Gesetzentwurf lässt offen, wie das **Verhältnis zwischen den Vorschriften nach dem Umwandlungsgesetz und der in § 11 KredReorgG-RegE geregelten Ausgliederung** sein soll. Gesetzlich klargestellt werden sollte, welche Vorschriften des Umwandlungsgesetzes im

Fall der Ausgliederung nach dem KredReorgG analog anwendbar sind sowie wie das Verhältnis zwischen dem Reorganisationsplan und dem Spaltungsbericht bzw. Spaltungsplan (§§ 127, 136 UmwG) ist – soll der Reorganisationsplan den Spaltungsbericht bzw. Spaltungsplan ersetzen oder ist zusätzlich zum Reorganisationsplan ein Spaltungsbericht bzw. Spaltungsplan erforderlich?

8. § 13 KredReorgG-RegE (Beendigung von Schuldverhältnissen)

Die geplante Regelung ist aufgrund der engen zeitlichen Befristung der suspendierenden Wirkung noch ausgewogen. Diese ist notwendig, um schwerwiegende Nachteile für die von der Suspendierung betroffenen Vertragspartner und den Finanzplatz Deutschland insgesamt zu vermeiden.

9. § 15 KredReorgG-RegE (Prüfung und Feststellung der Forderungen)

Der für die **Festlegung der Stimmrechte nach § 15 Absatz 1 Satz 2 KredReorgG-RegE maßgebliche Zeitpunkt der Prüfung der Ansprüche** („die Höhe des Betrages im Zeitpunkt der Prüfung“) ist für Ansprüche aus nicht gekündigten Finanzgeschäften, deren Höhe von der Entwicklung der Marktwerte der zugrunde liegenden Wertpapiere oder Waren oder der sonstigen Wertmesser abhängt, nicht unproblematisch. Zum einen ist fraglich, ob der Reorganisationsberater die Höhe der Forderung ohne Zuhilfenahme sachverständiger Dritter selbst ermitteln kann. Darüber hinaus eröffnet § 15 Absatz 1 Satz 2 KredReorgG-RegE die Möglichkeit, auf den Zeitpunkt der Prüfung und damit die Höhe der festgestellten Ansprüche Einfluss zu nehmen. Sachgerechter wäre es, die **Stimmrechte zunächst auf der Grundlage der nach § 14 Absatz 2 KredReorgG-RegE vorgenommenen Eintragung festzulegen und nur bei begründeten Zweifeln die in § 15 Absatz 1 Satz 2 KredReorgG-RegE vorgesehene Erörterung vorzusehen.**

10. § 19 KredReorgG-RegE (Annahme des Reorganisationsplans)

a) In § 19 KredReorgG-RegE **kommt nicht klar zum Ausdruck, was geschehen soll, wenn der Reorganisationsplan von den Gläubigern abgelehnt wird.** Man könnte in Anlehnung an das schweizerische Recht¹⁴ überlegen, im Falle des Scheiterns des Plans nur noch das Insolvenz- oder Liquidationsverfahren oder die Übertragungsanordnung nach

¹⁴ Art. 30 des Schweizer Bankengesetzes (*Ablehnung des Sanierungsplans*) lautet: „Lehnen Gläubiger, welche betragsmäßig mehr als die Hälfte der aus den Büchern hervorgehenden Forderungen der dritten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG102 vertreten, den Sanierungsplan innert der Bekanntmachungsfrist ab, so ordnet die FINMA die Liquidation nach den Artikeln 33–37g an“; siehe hierzu auch Zulauf, WM 2010, 1525, 1531 f.

§§ 48a ff. KWG-RegE vorzusehen. Diese Rückfalllösung könnte auch die oben angesprochene Begrenzung der Entschädigung der Anteilseigner und der gesamtschuldnerischen Haftung des übernehmenden Rechtsträgers rechtfertigen.

b) Zu begrüßen ist, dass nach **§ 19 Absatz 4 KredReorgG-RegE** die Zustimmung der Anteilseigner zum Reorganisationsplan unter bestimmten Voraussetzungen ersetzt werden kann. Wie in der Entwurfsbegründung¹⁵ zu § 19 Absatz 4 KredReorgG dargelegt, stellt eine entscheidende Hürde bei Debt-Equity-Swaps (unverändert) das in der sog. Zweiten Gesellschaftsrechtsrichtlinie (77/91/EWG) niedergelegte Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung zu einer Kapitalerhöhung dar. Zwar ließe sich – so die Entwurfsbegründung – vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung „durchaus“ vertreten, dass für die Durchführung einer Kapitalerhöhung in einem Reorganisationsplanverfahren ein Hauptversammlungsbeschluss nicht zwingend erforderlich sei. Es sei jedoch nicht sicher, ob der EuGH dieser Argumentation folgen würde. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der EuGH selbst in Krisensituationen eine Kapitalerhöhung ohne Zustimmung der Hauptversammlung als europarechtlich unzulässig einstuft, ist die rechtliche Wirksamkeit des im KredReorgG vorgesehenen Debt-Equity-Swaps noch nicht unzweifelhaft ausgemacht. Es sollte daher auf eine kurzfristige Klärung dieser Frage auf europäischer Ebene hingewirkt werden. So böte sich eine Modifikation von Art. 25 der Zweiten Gesellschaftsrechtsrichtlinie dahingehend an, dass der Beschluss der Hauptversammlung zu einer Kapitalerhöhung in den in Rede stehenden Krisensituationen durch eine Entscheidung der Bankenaufsicht oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann.

11. § 20 KredReorgG-RegE (Gerichtliche Bestätigung des Reorganisationsplans)

a) Die Sanierung von Kreditinstituten kann nur erfolgreich sein, wenn sie schnell durchgeführt wird. Ein Kreditinstitut ist mehr als jedes Industrieunternehmen auf das Vertrauen des Kapitalmarkts in seine Ertragskraft angewiesen. Deshalb kann sich, wie die Beispiele der Vergangenheit (HRE, IKB, WestLB, BayernLB, LBBW, SachsenLB und HSH Nordbank) gezeigt haben, ein Kreditinstitut einen Zeitraum mit unsicheren Verfahrensschritten nicht leisten. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Frist von maximal drei Monaten, in der das OLG den Reorganisationsplan bestätigen oder ablehnen kann (**§ 20 Absatz 1 Satz 3 KredReorgG-RegE**), deutlich zu lang. Demgegenüber wäre ein **Zeitraum von allenfalls einem Monat angemessen.**

b) Das gerichtliche Bestätigungsverfahren gemäß § 20 KredReorgG-RegE führt zusammen mit den bereits bestehenden Verfahrensarten dazu, dass den Aktionären eines betroffenen Kreditinstituts drei unterschiedliche Verfahren zur Verfügung stehen: Anfechtungsklage,

¹⁵ BT-Drucks. 17/3024, Seite 91 f.

Freigabeverfahren und Bestätigungsverfahren gemäß § 20 Abs. 5 KredReorgG-RegE. Zur Vermeidung langwieriger divergierender Prozesse und zur Sicherstellung einer schnellstmöglichen Sanierung des Kreditinstituts sollten diese Verfahren zu einem einheitlichen Verfahren gebündelt werden.

C. Artikel 2: Änderung des Kreditwesengesetzes

1. § 45 KWG-RegE (Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität)

a) Wir begrüßen grundsätzlich, dass der Gesetzgeber Eingriffsbefugnisse für ein frühzeitiges Einschreiten der Aufsicht schafft, um Schieflagen von Kreditinstituten rechtzeitig antizipieren und entgegenwirken zu können. Hierzu ist es sachgerecht, negative Entwicklungen anhand von Indikatoren, beispielsweise durch Kapital- und Liquiditätskennziffern, zu bewerten. Allerdings ist es elementar, dass stets **der Einzelfall in einer Gesamtschau betrachtet** und nicht ausschließlich auf die Entwicklung der benannten Kennzahlen abgestellt wird. Ein Unterschreiten der Indikatorgrenzen sollte Anlass für eine detaillierte Beobachtung bzw. Sachverhaltsprüfung geben. Keinesfalls dürfen die Grenzwerte starr und automatisiert zur Anwendung gebracht werden. Für eine Beurteilung sollten zudem immer die jeweiligen ökonomischen Rahmenbedingungen berücksichtigt und der Vergleich zu ähnlichen Kreditinstituten hergestellt werden.

b) Auch halten wir es für problematisch, dass sich die BaFin durch eine Änderung der Auslegung und Anwendung der § 10 Absatz 1 und § 11 Absatz 1 KWG bzw. der in diesem Zusammenhang erlassenen Rechtsverordnungen oder durch Maßnahmen nach § 10 Absatz 1b oder § 45b Absatz 1 Satz 2 KWG die Grundlagen eines Eingriffs über die in § 45 KWG-RegE vorgesehene Eingriffsschwelle selbst schaffen kann. Auch bleibt unberücksichtigt, dass die Umsetzung der auf europäischer Ebene diskutierten Verschärfungen der Regelungen zur Kapitaladäquanz zumindest mittelfristig zu einer erheblichen regulatorischen Eigenkapitalbelastung führen wird, die aufgrund des derzeit verfolgten fragmentarischen Ansatzes in ihrer Gesamtwirkung nicht absehbar ist. In diesem Zusammenhang möchten wir auch auf unsere Bedenken hinsichtlich § 48b Absatz 1 Satz 2 KWG-RegE hinweisen (siehe hierzu unsere folgende Anmerkungen).

c) Die Konkretisierung der Maßnahme in **§ 45 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 KWG-RegE** („Maßnahmen zur besseren Abschirmung oder Reduzierung...“) halten wir für zu weitgehend. Damit werden strategische Entscheidungen adressiert, die in diesem Stadium dem Institut obliegen. **Wir schlagen daher vor, Nr. 2 allgemeiner zu formulieren und den Teilsatz „wobei auch**

Konzepte für den Ausstieg aus einzelnen Geschäftsbereichen oder die Abtrennung von Instituts- oder Gruppenteilen erwogen werden sollen,“ zu streichen.

d) Die in § 45 Absatz 2 Satz 1 KWG-RegE für die Aufsicht vorgesehenen Eingriffsbefugnisse bei Verstößen gegen die bestehenden Mindestkapital- oder Liquiditätsanforderungen sollten um die Regelung ergänzt werden, die Zahlung von Jahresbeiträgen oder Sonderbeiträgen im Sinne des § 12 RStruktFG-RegE zu untersagen oder zu beschränken (siehe hierzu auch unsere Anmerkungen zu § 12 RStruktFG-RegE, Seite 36 ff. der Stellungnahme). Auch Zahlungen an den Restrukturierungsfonds sollten von der Aufsicht so lange begrenzt werden können, bis das Institut die Anforderungen an Eigenkapital und Liquidität erfüllt.

Die **Ergänzung von § 45 Absatz 2 Satz 1 KWG-RegE** könnte etwa wie folgt lauten:

„8. die Zahlung von Jahresbeiträgen oder Sonderbeiträgen im Sinne des § 12 des Restrukturierungsfondsgesetzes untersagen oder beschränken“.

e) Die **Aussetzung der Waiverregelung in § 45 Absatz 3 Satz 3 KWG-RegE** sehen wir ebenfalls kritisch. Denn dies würde bedeuten, dass gruppenangehörige Institute, die von der Ausnahme nach § 2a Absätze 1, 5 oder 6 KWG Gebrauch machen, eine Meldung nach §§ 10, 13, 13a KWG abgeben und die entsprechenden aufsichtlichen Anforderungen auf Einzelinstitutsebene erfüllen müssten. Die Waiverregelung sieht jedoch gerade vor, dass das Risikomanagement und die regulatorische Überwachung/Meldung auf die Gruppenebene verlagert werden. Ressourcen, um derartige Anforderungen dann kurzfristig auf Einzelinstitutsebene zu erfüllen, dürften in der Regel nicht vorhanden sein. Gleichwohl ist das aufsichtliche Interesse nachvollziehbar, die Entwicklung von Solvenz- und Großkreditrisiken bei einzelnen Unternehmen zu beobachten. Dazu bedarf es aus unserer Sicht jedoch nicht der Maßnahme, den Waiver vorübergehend auszusetzen. **Stattdessen wäre es sachgerecht, über Kapital- und Risikopositionen von einzelnen Gruppenunternehmen separat zu berichten und die Anwendung von § 2a KWG bestehen zu lassen.**

Falls an dieser Regelung dennoch festgehalten werden sollte, so bitten wir den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages in seinem Bericht zum Regelungsvorhaben klarzustellen, dass bei Anwendung der Maßnahme Institute nicht verpflichtet sind, eine entsprechende Meldung auf Einzelinstitutsebene abzugeben.

2. § 45c KWG-RegE (Sonderbeauftragter)

a) Die vorgesehene Etablierung eines Sonderbeauftragten als „eigenständiges Aufsichtsinstrument mit überwiegendem präventiven Charakter“¹⁶ stößt in seiner derzeitigen Ausgestaltung auf grundsätzliche Bedenken. Künftig soll die Bestellung eines Sonderbeauftragten an keinerlei Voraussetzungen, weder an eine abstrakte oder konkrete Gefahr, geknüpft werden (§ 45c Absatz 1 Satz 1 KWG-RegE). Nach derzeitiger Rechtslage kann hingegen die Bestellung eines Sonderbeauftragten nur bei einem Misstand erfolgen, der den Entzug der Erlaubnis gemäß § 35 Absatz 2 Nr. 3, 4 oder 6 KWG rechtfertigen würde (§ 36 Absatz 1a Satz 1 KWG).

Die Einsetzung eines Sonderbeauftragten ist eine weitreichende Aufsichtsmaßnahme, die insbesondere bei der Übertragung von zusätzlichen Befugnissen (§ 45c Absatz 2 KWG-RegE) zu massiven Einschnitten in die Grundlagen der Unternehmensorganisation und zu erheblichen Eingriffen in verfassungsmäßig geschützte Rechtspositionen führen kann¹⁷. Aufgrund der Schwere des Eingriffs in die Autonomie des Instituts sollte daher die Bestellung eines Sonderbeauftragten nur als ultima ratio in Betracht kommen¹⁸.

Wie ein Vergleich mit § 45 Absatz 1 KWG und den übrigen Aufsichtsinstrumenten im Unterabschnitt „Maßnahmen in besonderen Fällen“ (§§ 45 bis 48 KWG), zu denen künftig auch der Sonderbeauftragte zählen soll, zeigt, können auch bei einem Aufsichtsinstrument mit präventivem Charakter klare Eingriffsvoraussetzungen definiert werden. **Bereits in § 45c Absatz 1 KWG sollte daher festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen die Aufsicht einen Sonderbeauftragten bestellen kann.**

b) Die in § 45c Absatz 7 KWG-RegE vorgesehene **Beschränkung der Haftung des Sonderbeauftragten für fahrlässiges Handeln** der Höhe nach erscheint grundsätzlich sachgerecht. Ohne eine entsprechende Beschränkung dürfte es – wie in der Entwurfsbegründung auch angeführt – in der Praxis kaum möglich sein, einen geeigneten Sonderbeauftragten zu ernennen. Daher wäre auch die entsprechende Regelung für den nach dem Entwurf unbegrenzt haftenden Sanierungs- und Reorganisationsberater (§ 4 Absatz 3 KredReorgG-RegE) sachgerecht. Der vorgesehene Haftungsumfang von 1 Mio € bzw. 50 Mio € bei börsennotierten Aktiengesellschaften scheint jedoch im Verhältnis zu dem Schadenspotential von Handlungen eines Sonderbeauftragten zu niedrig angesetzt. Eine in dieser Höhe beschränkte Ersatzpflicht entwertet etwaige Schadensansprüche über Gebühr und dürfte kaum zu einem gesetz- und damit rechtmäßigen Handeln des Sonderbeauftragten beitragen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Versicherbarkeit etwaiger Schäden erscheint eine

¹⁶ BT-Druck. 17/3024, Seite 98.

¹⁷ Siehe hierzu etwa Brücke, VersR 2006, 302.

¹⁸ Vgl. Reischauer/Kleinhaus, KWG, Stand: Februar 2009, § 36 Rndr. 14.

Beschränkung der Ersatzpflicht des Sonderbeauftragten auf einen Betrag in Höhe von bis zu 200 Mio € angemessen. Eine höhere Summe dürfte derzeit nicht versicherbar sein.

3. § 46 KWG-RegE (Maßnahmen bei Gefahr)

Das Gesetzesvorhaben sollte genutzt werden, im deutschen Recht bestehende Rechtsunsicherheiten über die rechtliche Durchsetzbarkeit von Aufrechnungsvereinbarungen (Close-out-Nettingregelungen) im Fall von Maßnahmen nach § 46 und § 46a KWG zu beheben. Hintergrund ist, dass gegenwärtig zum einen zumindest von Teilen der Rechtswissenschaft die Auffassung vertreten wird, dass bestimmte Maßnahmen (etwa der Erlass eines vorübergehenden Zahlungsverbotes nach § 46 Absatz 1 Satz 2 Nr. 4 KWG-RegE bzw. § 46a Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 KWG) zur Stundung etwaiger durch Close-out Netting entstehender Ausgleichsansprüche führen. Hierdurch würde die Close-out Netting Regelung leerlaufen. Dies hätte für die Vertragspartner schwerwiegende Folgen, weil damit ein sehr effektives Instrument zur Eingrenzung der Adressausfallrisiken bei Finanzgeschäften entfielen. Die Konsequenzen sind bei Finanzgeschäften deshalb so gravierend, weil hier das Adressausfallrisiko in ganz erheblichem Maße schwankungsanfällig sein kann. Denn die den Geschäften zugrunde liegenden Werte können während der Laufzeit des Vertrages sehr stark variieren. Ähnliche Rechtsunsicherheiten bestehen hinsichtlich der Reichweite des § 46a Absatz 2 Satz 5 KWG oder des § 89 InsO – und müssten sich demnach auch im Hinblick des neuen § 46 Absatz 2 Satz 5 KWG-RegE ergeben.

Mit Rücksicht auf die zentrale Rolle, die Aufrechnungsvereinbarungen bei der Risikosteuerung bei Finanzgeschäften und damit bei der Verhinderung von Ansteckungsgefahren im Krisenfall spielen, sollte die Gelegenheit für eine Klarstellung genutzt werden. Zudem würde hiermit im Ergebnis lediglich Artikel 7 der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten umgesetzt.

Zu diesem Zweck wäre **§ 46 KWG Absatz 2 KWG um folgenden neuen Satz 7 zu ergänzen:**

„Die Wirksamkeit einer Nettingvereinbarung nach § 48j Absatz 3 Satz 3 wird durch den Erlass eines Veräußerungs- und Zahlungsverbotes nach Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder einer Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Insolvenzordnung nicht berührt.“

4. § 46b KWG-RegE (Insolvenzantrag)

a) Die im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgesehene Zuständigkeitskonzentration für das Sanierungs- und Reorganisationsverfahren beim Oberlandesgericht (§ 2 Absatz

3 Satz 2 KredReorgG-RegE) ist zu befürworten. Diese sollte sich auch auf etwaige Insolvenzverfahren von Kreditinstituten erstrecken, um den gewünschten Spezialisierungseffekt zu erhalten und eine konsistente Verfahrensbegleitung auch im Falle einer gescheiterten Sanierung sicherzustellen.

Angesichts der Eilbedürftigkeit solcher Verfahren sollte vor dem Hintergrund des in § 1 Absatz 2 FinDAG statuierten Doppelsitzes der BaFin und anknüpfend an den Sitz der BaFin in Bonn das OLG Köln örtlich zuständig sein. In Bonn ist die für die Betreuung dieser Verfahren zuständige Solvenzaufsicht angesiedelt. In **§ 46b Absatz 1 KWG** sollte daher nach dem Vorbild des § 2 Absatz 3 Satz 2 KredReorgG-RegE der folgende **Satz 5 eingefügt werden**: „Über den Antrag entscheidet das Oberlandesgericht Köln“.

b) Die vorgesehene Neufassung von **§ 46b Satz 6 KWG** reduziert das Mitwirkungsrecht der BaFin bei der Bestellung des Insolvenzverwalters auf ein reines Anhörungsrecht. Dies entspricht dem geltenden Rechtszustand. Praktische Erfahrungen der letzten Zeit zeigen jedoch, dass Vorschläge der BaFin von den Insolvenzgerichten vielfach ignoriert werden und eine effektive Verfahrensbeteiligung der BaFin nicht sichergestellt ist. § 46b Satz 6 KWG sollte daher – wie bereits im Referentenentwurf für ein Restrukturierungsgesetz vorgesehen – wie folgt gefasst werden:

„Das Insolvenzgericht bestellt den von der Bundesanstalt vorgeschlagenen Insolvenzverwalter, sofern dieser nicht offenkundig ungeeignet ist; im Falle des § 57 der Insolvenzordnung ist die Bundesanstalt zu hören, ob der gewählte Insolvenzverwalter für die Übernahme des Amtes ungeeignet ist.“

Maßgeblich hierfür sind auch folgende Überlegungen:

- Die BaFin hat ein generelles Mitspracherecht bei der Bestellung von Geschäftsleitern und Aufsichtsräten (§§ 32, 36 KWG). Anlass hierfür ist die Überlegung, dass niemand verantwortlich im Bankgeschäft tätig sein darf, von dessen Befähigung die Aufsicht nicht überzeugt ist. Nichts anderes kann für einen Insolvenzverwalter gelten, der in Nachfolge der Geschäftsleiter ein Institut führt, reorganisiert oder abwickelt. Auch in der Abwicklungsphase unterliegt die Bank weiterhin der Aufsicht der BaFin, so dass es angemessen erscheint, deren Regelungsinstrumentarien auch in dieser Phase beizubehalten.
- Es besteht ferner ein Wertungswiderspruch zum § 3 Absatz 1 KredReorG-RegE, wonach bei Anordnung des Sanierungsverfahrens das Oberlandesgericht den von der

BaFin vorgeschlagenen Sanierungsberater, sofern dieser nicht offensichtlich ungeeignet ist, zu bestellen hat.

- Im allgemeinen Unternehmensinsolvenzrecht besteht die Tendenz, die Position der Gläubiger bei der Insolvenzverwalterbestellung zu stärken. So sieht § 56 Absatz 3 InsO in der Fassung des vom Bundesministerium der Justiz vorgelegten Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vor, dass das Gericht von einem Vorschlag zur Bestellung eines Insolvenzverwalters, der von einer Summenmehrheit der dem Gericht bekannten Gläubigern unterstützt wird, nur abweichen soll, wenn der Vorgeschlagene ungeeignet ist. Eine Abweichung von einem solchen Vorschlag soll schriftlich begründet werden. Im Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen von Banken wird die Rolle der Gläubiger von der BaFin wahrgenommen, diese allein kann einen Insolvenzantrag stellen. Wenn aber die BaFin die Interessen der Gläubiger in ihrer Gesamtheit und darüber hinaus noch das Interesse der Allgemeinheit an einem stabilen Finanzmarkt vertritt, so können ihre Befugnisse nicht hinter den Gläubigerechten zurückbleiben, die nach dem allgemeinen Insolvenzrecht bestehen.

5. **§§ 46c Absatz 2 Satz 2 KWG-RegE, 48a Absatz 2 Satz 2 KWG-RegE, § 1 Absatz 4 Satz 2 KredReorgG-RegE (Haftungsfragen)**

Mit dem Reorganisationsgesetz soll eine Beschränkung der Haftung für Aufsichtshandeln in bestimmten Fallkonstellationen eingeführt werden. Im Rahmen eines Sanierungs- und Reorganisationsverfahrens soll eine Handlung der BaFin ausgeschlossen sein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Handlung nicht vorliegen, die Bundesanstalt aber bei verständiger Würdigung der für sie zum Zeitpunkt der Handlung erkennbaren Umstände annehmen darf, dass die Voraussetzungen vorliegen (§ 1 Absatz 4 Satz 1 KredReorgG-RegE). Vergleichbare Regelungen sind in § 46c Absatz 2 Satz 2 KWG-RegE bei der Kontrolle von zulässigen Geldabflüssen von Instituten im Rahmen von § 46 KWG sowie bei Maßnahmen im Rahmen einer aufsichtsrechtlich initiierten Übertragungsanordnung in § 48a Absatz 2 Satz 1 KWG-RegE vorgesehen.

Die vorgesehene Haftungsprivilegierung ist zur Gewährleistung eines proaktiven Aufsichtshandelns in Ausnahmesituationen verständlich. Das vorgesehene Haftungsprivileg bzw. die Festsetzung einer „Rechtmäßigkeitsfiktion“ sollte jedoch vor dem Hintergrund des in Art. 20 Absatz 1 und Absatz 3 GG normierten Rechtsstaatsprinzips, das durch die Amtshaftung (Art. 34 GG) konkretisiert wird, kritisch überprüft werden. Eine Reduzierung der Haftung des Staates für unrechtmäßiges Handeln stößt in der Literatur auf Vorbehalte¹⁹. Hinzu tritt, dass es

¹⁹ Siehe hierzu Papier, in: Maunz-Dürig, GG, Stand: Januar 2009, Art. 34 Rndr. 240 m. w. N.

angesichts vielfältiger Überschneidungen bzw. Doppelungen von Handlungsinstrumenten im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz und im Aufsichtsrecht nicht in das Belieben der Aufsicht gestellt werden sollte, welchem Haftungsregime ihr Handeln untersteht. Als Beispiel sei auf die gerichtliche Abberufung eines Geschäftsleiters auf Antrag der BaFin nach § 5 Absatz 1 Satz 2 Ziffer 2 KredReorgG-RegE (vorgesehen: beschränkte Haftung) oder bei Abberufung eines Geschäftsleiters unmittelbar durch die Aufsicht gemäß § 36 Absatz 1 KWG (derzeit: unbeschränkte Haftung) hingewiesen. Für diese Handlungen der Aufsicht sollte ein einheitlicher Haftungsmaßstab gelten.

§§ 46c Absatz 2 Satz 2, 48a Absatz 2 Satz 2 KWG-RegE und § 1 Absatz 4 Satz 1 KredReorgG-RegE sollten vor diesem Hintergrund kritisch überprüft werden.

6. §§ 48a ff. KWG-RegE (Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems)

a) Der Ansatz des Regierungsentwurfs, die für eine Reorganisation eines Instituts erforderlichen **Handlungsinstrumente bzw. Eingriffsbefugnisse zentral bei der BaFin anzusiedeln**, ist sachgerecht. Hierfür spricht insbesondere, dass diese neuen Instrumente neben das der Aufsicht u. a. aufgrund Art. 136 der Bankenrichtlinie bereits zur Verfügung stehende Eingriffsinstrumentarium zur Bewältigung einer Schieflage eines Instituts treten bzw. dieses ergänzen würden. Zudem ließe sich das bei einer Sanierung von grenzüberschreitend tätigen Unternehmen gebotene koordinierte Vorgehen durch die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch in den Aufsichtskollegien sicherstellen. Die Krise hat gezeigt, dass die Finanzstabilität nur mit einer starken und schnell handlungsfähigen Aufsicht gewährleistet werden kann. Dies setzt allerdings eine auch auf dem Feld der Reorganisation kompetente und hinreichend ausgestattete Behörde zwingend voraus.

Der Nutzen der in diesem Zusammenhang diskutierten Übertragung aller Aufgaben im Zusammenhang mit einer Reorganisation und Sanierung auf die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA) erscheint vor diesem Hintergrund nicht zweckmäßig. Angesichts des fließenden Übergangs zwischen den verschiedenen Handlungsoptionen wären Überschneidungen mit den Kompetenzen der Aufsicht unvermeidbar. Zudem wären Doppelarbeit sowie Zeit- und Effizienzverluste zu befürchten. So stünden z. B. die aus der Markt- und Solvenzaufsicht gewonnenen Erkenntnisse über ein Institut dem Dritten nicht unmittelbar zur Verfügung. Der Aufbau einer neuen „Abwicklungsbehörde“ erscheint auch unverhältnismäßig, da nicht absehbar ist, ob und wann die Sanierungsinstrumente in der Praxis zum Einsatz gelangen werden. Mit den der BaFin mitgeteilten Maßnahmen (z. B. Verbesserung des Risiko-, Liquiditäts- und Kapitalmanagements von Kreditinstituten oder Sicherstellung der ausreichenden fachlichen Qualifikation von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen eines

Instituts) wurden die Ursachen für die Entstehung einer Krise bereits adressiert. Es spricht viel für eine **Bündelung hierauf aufbauender Befugnisse bei der BaFin**.

b) Die in **§ 48a KWG-RegE** im Entwurf vorgesehene Übertragung eines Instituts oder systemrelevanter Teile auf einen privaten Dritten oder auf eine staatliche „Brückenbank“ ist ausdrücklich zu begrüßen. Die Möglichkeit der raschen und möglichst reibungslosen Ausgliederung von systemrelevanten Teilen eines Instituts zum Zwecke der Restrukturierung ist ein sinnvolles und zentrales Instrument einer Restrukturierung.

c) Da die Übertragungsanordnung und somit die Ausgliederung gemäß § 48g Absatz 1 KWG-RegE mit der Bekanntgabe der Übertragungsanordnung gegenüber dem Kreditinstitut und dem übernehmenden Rechtsträger wirksam wird, könnte sie gegebenenfalls eine bereits im Rahmen einer Reorganisation nach den Vorschriften des KredReorgG beschlossene, aber noch nicht im Handelsregister eingetragene Ausgliederung ersetzen. Da der Reorganisationsplan gemäß §§ 7 ff. KredReorgG-RegE in enger Abstimmung mit der BaFin entworfen wird, wäre es nicht sachgerecht, dass der von allen Gläubigergruppen und Anteilseignern beschlossene Reorganisationsplan durch eine einseitige Anordnung der BaFin geändert werden könnte. Deshalb ist es geboten, in **§ 48a Absatz 2 KWG-RegE** eine klarstellende Regelung aufzunehmen, wonach die Übertragungsanordnung nach § 48a Absatz 1 KWG-RegE inhaltlich dem Reorganisationsplan entsprechen sollte, wenn dieser bereits von allen Gruppen gemäß § 19 Absatz 1 KredReorgG-RegE angenommen worden ist bzw. die Zustimmung der Gruppen gemäß § 19 Absatz 2 bis 5 KredReorgG-RegE als erteilt gilt.

d) In § 48a KWG-RegE sollte ferner klargestellt werden, dass der übernehmende Rechtsträger, auf den das Vermögen des Kreditinstituts einschließlich seiner Verbindlichkeiten im Wege der Ausgliederung aufgrund der Übertragungsanordnung übertragen werden soll, in dem Umfang, in dem ihm Teile des Bankgeschäfts des Kreditinstituts übertragen werden, entweder bereits über eine Erlaubnis gemäß § 32 KWG verfügen muss oder automatisch durch die Übertragungsanordnung der BaFin gemäß § 48a KWG-RegE eine Erlaubnis erhält. Die diesbezügliche Begründung im Regierungsentwurf (Seite 68 f.) geht nämlich davon aus, dass der übernehmende Rechtsträger, das so genannte „Brückeninstitut“, als eine "neue Bank" die systemrelevanten Teile des Kreditinstituts übernimmt, während die nicht systemrelevanten Teile im Rahmen eines herkömmlichen Insolvenzverfahrens abgewickelt werden können. Die Übernahme der systemrelevanten Teile des Bankgeschäfts durch eine Gesellschaft ohne Banklizenz – sei es auch nur übergangsweise für einige wenige Tage – würde dieses Ziel verfehlen.

e) Nach dem Entwurf bleibt es unklar, wie die Rechtsverhältnisse des Kreditinstituts zu Dritten nach Bekanntgabe der Übertragungsanordnung zu beurteilen sind, da diese zu

diesem Zeitpunkt nur im Verhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem übernehmenden Rechtsträger gilt. Insbesondere ist fraglich, ob etwaige Zustimmungen Dritter noch eingeholt werden müssen, die auch bei einer umwandlungsrechtlichen Ausgliederung erforderlich wären, und wer diese Zustimmungen einholen sollte. Ebenfalls unklar bleibt, wie z.B. im Grundbuch eingetragene Rechte des Kreditinstituts auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden sollten. Insoweit könnte z.B. in § 48i Absatz 2 KWG-RegE eine entsprechende Regelung auch für inländische Sachverhalte aufgenommen werden.

7. § 48b KWG-RegE (Bestands- und Systemgefährdung)

a) In § 48b Absatz 1 Satz 2 KWG-RegE sollte es in der dritten Zeile am Ende des Satzes heißen „**nicht** zu berücksichtigen“. Wegen der Begründung verweisen wir auf unsere Anmerkung zu § 45 KWG-RegE auf Seite 17 der Stellungnahme.

b) Positiv werten wir, dass im Vergleich zum Referentenentwurf nunmehr die Einflussfaktoren, die eine systemische Bedeutung von Marktteilnehmern begründen können, konkretisiert werden, wenngleich die Aufzählung, so auch die Gesetzesbegründung, keinesfalls vollzählig ist und auch nicht sein kann. Zudem macht der Gesetzgeber zu Recht in § 48b Absatz 2 Satz 2 Nr. 5 KWG-RegE deutlich, dass eine Systemgefährdung von den jeweiligen Marktverhältnissen und Umfeldbedingungen abhängig ist, was die Schlussfolgerung zulässt, dass grundsätzlich jeder Marktteilnehmer in bestimmten Situationen systemrelevant sein kann.

Nicht unmittelbar einsichtig ist bei § 48b Absatz 2 Satz 2 Nr. 3 KWG-RegE, warum hier nur auf außerbilanzielle Geschäfte abgestellt wird. Wir schlagen vor, auch Risiken aus bilanzierten Geschäften zu erfassen und Nr. 3 wie folgt zu fassen:

„die Art, der Umfang und die Zusammensetzung der von dem Institut ~~im Rahmen von außerbilanziellen Geschäften~~ eingegangenen Risiken sowie die Verhältnisse auf den Märkten, auf denen entsprechende Positionen gehandelt werden“.

In der Begründung zu § 48b Absatz 2 KWG-RegE wird vielfach auf „große systemrelevante Institute“ Bezug genommen und dadurch der Eindruck erweckt, dass insbesondere große Institute eine Gefahr für die Finanzmarktstabilität darstellen können. Wir möchten nochmals unterstreichen, dass sowohl kleine als auch große Institute im Falle einer Schieflage negative Effekte für die Systemstabilität hervorrufen können. Insbesondere muss die **Systemrelevanz von Verbundgruppen und deren Institutssicherungssystemen** im Gesetzestext berücksichtigt werden.

Die Erfahrungen der letzten Monate zeigen, dass Haftungsverbände wesentliche Ansteckungskanäle für die Beeinträchtigung der Stabilität des Finanzsystems bzw. Teile des Finanzsystems bilden können. Deutlich wurde dies bei den Rettungsmaßnahmen für zwei Sparkassen in Schleswig-Holstein. Der notwendige Kapitalbedarf konnte teilweise nicht mehr vom regionalen Stützungsfonds gedeckt werden, sondern musste gemäß dem Haftungsmechanismus von den zehn regionalen Fonds der übrigen Sparkassenverbände übernommen werden. Bei der Rettung mehrerer Landesbanken in den vergangenen Jahren stieß der Haftungsverbund der S-Finanzgruppe augenscheinlich an seine Grenzen, da hier in großem Umfang die Länder als Miteigentümer Kapitalmaßnahmen durchführten, ohne dass der Haftungsverbund zum Tragen kam.

Auch die Ratingagentur DBRS weist in ihrem diesjährigen Floor-Rating-Report für den Haftungsverbund der S-Finanzgruppe darauf hin, dass die kombinierten Ressourcen des gesamten Haftungsverbundes in einer systemischen Krise nicht ausreichen würden. Mit anderen Worten ist der Haftungsverbund zwar darauf ausgerichtet, die Solvenz und Funktionsfähigkeit aller Mitglieder zu erhalten, indem er finanzielle Ressourcen über die Gruppe hinweg verfügbar macht, im Falle einer systemischen Krise wäre er aber faktisch wohl überfordert.

Aus diesem Grund regen wir – auch vor dem Hintergrund von § 10c Absatz 2 KWG, wonach die Nullgewichtung von Intragruppen-Forderungen auch für Institute eröffnet wird, die Mitglied im gleichen institutsbezogenen Einlagensicherungssystem sind – folgende (durch Unterstreichung hervorgehobene) **Klarstellung in § 48b Absatz 2 Satz 1 KWG-RegE** an:

„„Eine Systemgefährdung liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass sich die Bestandsgefährdung des Kreditinstituts in erheblicher Weise negativ auf andere Unternehmen des Finanzsektors, auf das Sicherungssystem, dem dieses Kreditinstitut angehört, auf die Finanzmärkte ...“

Darüber hinaus erachten wir es notwendig, in den Text zur Begründung des Regelungsvorschlags noch einmal klar zu akzentuieren, dass die Größe eines Instituts ein Indiz, aber kein hinreichendes Kriterium zur Bestimmung der Systemrelevanz sein kann. Auch kleine, über Verbände stark vernetzte Kreditinstitute können erhebliche systemische Risiken aufbauen. Deshalb sind weitere Kriterien wie z. B. Vernetzungsgrad, Ersetzbarkeit, gemeinsame Risikoquellen in die Betrachtung einzubeziehen. Entscheidend dabei ist, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die auch eine Bewertung von Verbundstrukturen, in die ein Kreditinstitut eingebunden ist, mit einschließt.

8. § 48g Absatz 7 KWG-RegE (Ausschluss von Kündigungs- und Beendigungsrechten im Falle einer Übertragung)

Die vorgesehenen Klarstellungen zu den Grenzen der suspendierenden Wirkung in § 48g Absatz 7 Satz 1 und Satz 4 Nr. 1 bis 3 KWG-RegE stellen sicher, dass der Eingriff in die vertraglichen Beendigungsrechte und damit in die Beendigungs- und Aufrechnungsmechanik von Rahmenverträgen über Finanzgeschäfte für die betroffenen Vertragspartner sich auf ein noch zumutbares Maß beschränkt.

Besonders wichtig ist die ausdrückliche Klarstellung, dass Beendigungsrechte, die in der Person des Übernehmenden begründet sind, unberührt bleiben, und dass die Suspendierung sich allein auf Beendigungsrechte bezieht, die an die Übertragung anknüpfen. Eine Beendigung aus anderen Gründen (etwa Verletzung der Pflicht zum Nachschuss von Sicherheiten) bleibt ebenfalls unberührt. Zumindest wenn es entsprechende vertragliche Abreden gibt, kann zudem der Vertrag auch dann beendet werden, wenn die Übernahme der Vertragsbeziehung durch ein anderes Institut für den Vertragspartner – etwa wegen Überschreitung aufsichtsrechtlicher Schwellenwerte – nicht zumutbar ist. Zu begrüßen ist auch die ausdrückliche Regelung zum Fortbestehen von Beendigungsrechten, wenn es entgegen § 48k KWG-RegE im Rahmen einer Teilübertragung zu einer Aufspaltung von unter einem Rahmenvertrag zusammengefassten Einzelgeschäften kommen sollte. Eine solche Aufspaltung würde zum einen die risikobegrenzende Funktion der Rahmenverträge aushebeln und damit die Vertragspartner massiv beeinträchtigen. Sie würde auch dazu führen, dass die von deutschen Banken abgeschlossenen Aufrechnungsvereinbarungen von den Vertragspartnern bei der Ermittlung des regulatorischen Eigenkapitals oder der Ausnutzung von Großkreditgrenzen nicht mehr berücksichtigt werden könnten.

Die Klarstellungen sind ein wichtiger Schritt, um die potentiell gravierenden negativen Auswirkungen einer nicht nur zeitlich eng begrenzten Suspendierung vertraglicher Beendigungsrechte bei Finanzgeschäften zu minimieren und damit ungewollte Ansteckungseffekte verhindern.

9. § 48j und 48k KWG-RegE (Partielle Übertragung)

Die in § 48j Absatz 5 und § 48k Absatz 2 KWG-RegE erfolgende Klarstellung, wonach alle Forderungen und Verbindlichkeiten aus unter einem Schuldumwandlungsvertrag oder einer Aufrechnungsvereinbarung (Nettingvereinbarung) zu einem einheitlichen Vertragsverhältnis zusammengefassten Finanzgeschäfte nur einheitlich übertragen werden können, ist ausdrücklich zu begrüßen. Hierdurch werden schwerwiegende Nachteile für die Vertragspartner und den Finanzplatz Deutschland verhindert: Die zusammenfassende Wirkung von

Nettingvereinbarungen ist Grundvoraussetzung dafür, dass diese ihre risikoreduzierende Wirkung entfalten können (zur Funktion von Nettingvereinbarungen siehe unsere Anmerkungen zu § 13 KredReorgG-RegE, Seite 15 der Stellungnahme). Wird diese zusammenfassende Wirkung in Frage gestellt, drohen Ansteckungseffekte bzw. Kettenreaktionen. Jede Rechtsunsicherheit über diesen Umstand muss deshalb von vornherein ausgeschlossen werden.

Zur Bestimmung der von der Regelung erfassten Verträge verweisen § 48g Abs. 5 und § 48k Abs. 2 KWG-E auf § 206 Solvabilitätsverordnung (SolvV). Dies kann zu einer nicht gebotenen Einengung des Anwendungsbereichs führen: § 206 Absatz 1 SolvV stellt strenge Anforderungen an die Anerkennung eines Vertrages als berücksichtigungsfähige Aufrechnungsvereinbarung. Er richtet sich an beaufsichtigte Institute, die für Zwecke der Eigenkapitalunterlegung nach der SolvV oder Großkreditanrechnung die risikoreduzierende Wirkung von Aufrechnungsvereinbarungen nutzen wollen. In der Praxis werden Nettingvereinbarungen jedoch auch von Nicht-Banken eingesetzt. Darüber hinaus finden Rahmenvereinbarungen Verwendung, die zwar nicht allen Anforderungen des § 206 genügen und daher auch nicht zur Inanspruchnahme der aufsichtsrechtlichen Vorteile berechtigen, aber dennoch ihre Funktion als effektives Instrument zur Risikosteuerung erfüllen (ein Beispiel sind individuell ausgehandelte Nettingvereinbarungen, die zwangsläufig weder im Markt „gebräuchlich“ sind noch von einem Verband zur Verwendung empfohlen werden). Solche Nettingvereinbarungen wären von der Regelung nicht erfasst sein bzw. könnten – mit den entsprechenden gravierenden Konsequenzen – zum Nachteil des Vertragspartners aufgespalten werden. Es sollte daher ein weites Verständnis zu Grunde gelegt werden.

§ 48j Absatz 3 Satz 3 KWG-RegE sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Satz 1 gilt auch für Ausgliederungsgegenstände, die in ein System im Sinne des § 1 Absatz 16 oder von Zentralbanken einbezogen sind oder die einer Nettingvereinbarung nach § 206 Absatz 1 der Solvabilitätsverordnung berücksichtigungsfähigen unterfallen. Nettingvereinbarung im Sinne dieses Abschnitts ist jeder Schuldumwandlungsvertrag bzw. jede Aufrechnungsvereinbarung über Derivate, wechselseitige Geldforderungen und –schulden oder nicht derivative Geschäfte mit Sicherheitennachschüssen nach § 17 Absatz 3 der Solvabilitätsverordnung, für die vereinbart ist, dass im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder dann, wenn ein Vertragspartner die ihm aus einem einzelnen Geschäft, dem Schuldumwandlungsvertrag oder der Aufrechnungsvereinbarung obliegende Leistung nicht erbringt, aus sämtlichen von dem Schuldumwandlungsvertrag oder der Aufrechnungsvereinbarung erfassten Ansprüchen und Verpflichtungen nur ein einziger Saldobetrag von der einen an die andere Vertragspartei geschuldet wird.“

Zugleich wäre dann **§ 48k Absatz 3 Satz 2 KWG-RegE** wie folgt zu modifizieren:

„Gegenstände, die einer Nettingvereinbarung nach § 48j Absatz 3 Satz 3 unterliegen ~~nach § 206 Absatz 1 der Solvabilitätsverordnung berücksichtigungsfähigen Aufrechnungsvereinbarung unterliegen~~, dürfen nur in ihrer Gesamtheit und zusammen mit dem Schuldumwandlungsvertrag, der Aufrechnungsvereinbarung oder dem betreffenden Rahmenvertrag übertragen werden, in den die von dem Schuldumwandlungsvertrag bzw. der Aufrechnungsvereinbarung erfassten Schuldverhältnisse mittelbar oder unmittelbar eingebunden sind; § 48j Absatz 5 Satz 2 gilt entsprechend.“

10. § 48s Absatz 2 KWG-RegE (Entschädigung)

Die vorgesehene Regelung lässt die grundsätzliche Frage offen, wer letztlich die finanziellen Belastungen eines Amtshaftungsanspruchs oder eines Entschädigungs- bzw. Aufopferungsanspruchs tragen soll. Die BaFin ist jedenfalls nicht nach § 16 FinDAG befugt, ihre hieraus erwachsenden finanziellen Belastungen auf die beaufsichtigten Unternehmen und damit auch auf das „geschädigte“ Institut zu verlagern. Das folgt bereits aus Wortlaut und Systematik des § 16 FinDAG (Begriff der „Kosten“), jedenfalls aber aus einer hier zwingend gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift. Denn die Aufwendungen der Aufsicht für Amtspflichtverletzungen und aus Aufopferung können nicht als Bestandteil der Sonderabgabe nach § 16 FinDAG auf die beaufsichtigten Unternehmen umgelegt werden. Staatliche Verantwortung und staatliche Haftung dürfen aus rechtsstaatlichen Gründen nicht getrennt werden. Eine anderweitige Auslegung des § 16 FinDAG wäre verfassungswidrig.

Das vorliegende Regelungsvorhaben sollte daher Anlass geben, **in § 16 FinDAG klarzustellen, dass die finanziellen Belastungen eines Amtshaftungsanspruchs oder eines Entschädigungs- bzw. Aufopferungsanspruchs nicht umlagefähig sind.**

D. Artikel 3: Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsgesetz - RStruktFG)

1. § 1 RStruktFG-RegE (Einrichtung des Fonds)

Der Restrukturierungsfonds soll bei der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA) errichtet werden. Dies stellt auch aus Sicht des Bankenverbandes eine geeignete Lösung dar. Wir gehen davon aus, dass die Bestimmungen des europäischen Beihilferechts auch auf Maßnahmen des Restrukturierungsfonds Anwendung finden.

2. § 2 RStruktFG-RegE (Begriffsbestimmung)

a) Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass der Anwendungsbereich des Restrukturierungsfondsgesetzes sich nicht auf so genannte systemrelevante Kreditinstitute beschränkt, sondern unabhängig von ihrer Rechtsform alle Kreditinstitute im Sinne des § 1 Absatz 1 KWG einbezieht (§ 2 Satz 1 RStruktFG-RegE).

Soweit teilweise gefordert wird, Sparkassen und Genossenschaftsbanken von der Abgabepflicht zu befreien, ist darauf hinzuweisen, dass dies weder sachlich gerechtfertigt noch verfassungsrechtlich zulässig wäre: Denn auch diese Institute können systemische Risiken verursachen, insbesondere durch ihre ähnlichen Geschäftsmodelle, ihre starke Vernetzung über die Haftungsverbände und die Eigentümerstruktur sowie ihr einheitliches Auftreten am Markt, das Dominoeffekte über „informationelle Ansteckung“ möglich macht. Gerät nämlich ein Institut des Verbundes in die Schieflage, so wertet der Markt dies möglicherweise als Indikator für die Situation anderer dem Verbund angehörender Institute. Sparkassen werden beispielsweise von Schwierigkeiten der Landesbanken sowohl durch ihre Anteilseignerstellung als auch über den gemeinsamen Haftungsverbund erheblich beeinträchtigt. Ein Haftungsverbund der – worauf die Ratingagentur DBRS in ihren aktuellen Rating der Sparkassenfinanzgruppe hinweist – in einer systemischen Krise nicht ausreichen würde²⁰. Im Hinblick auf den Gleichheitssatz (Artikel 3 Abs. 1 GG) wäre es zudem nicht vertretbar, einen Teil der Verbundinstitute von der Abgabepflicht mit der Begründung auszunehmen, diese Institute seien nicht systemrelevant, und damit einseitig zwar die Aufgabenteilung zwischen Sparkassen und Landesbanken zu berücksichtigen, welche die Systemrelevanz bei den Landesbanken konzentriert, nicht aber umgekehrt die engen Verknüpfungen innerhalb des Verbundes, von denen die Einzelinstitute profitieren. Gleiches gilt für die Arbeitsteilung zwischen Genossenschaftsbanken und ihren Zentralinstituten.

Schließlich wären Sparkassen und Genossenschaftsbanken ebenso wie alle anderen Kreditinstitute als Teilnehmer an dem System Finanzmarkt vom Zusammenbruch eines „systemrelevanten“ Instituts betroffen, tragen insofern dieselbe Verantwortung für den Finanzmarkt wie private Banken. Sie profitieren unabhängig von der Größe ihrer Bilanzsummen von Maßnahmen zum Erhalt der Finanzmarktstabilität. Es wäre daher – wie teilweise gefordert – verfehlt, Institute erst ab Erreichen einer bestimmten Bilanzsumme zur Abgabe heranzuziehen.

Nicht sachgerecht erscheint es, dass der Kreis der Abgabepflichtigen Kreditinstitute durch die in § 2 Satz 1 RStruktFG-RegE vorgesehenen Tatbestandsmerkmale „Erlaubnis nach dem KWG“

²⁰ DBRS Rating der Sparkassen-Finanzgruppe vom 7. April 2010, Seite 2; ähnlich skeptisch Moody's, Rating vom April 2010, Seite 7, abrufbar unter <http://www.dsgv.de/de/sparkassen-finanzgruppe/rating/index.html>.

und „Vorgaben der Kreditinstituts-Rechnungslegungsverordnung einhalten müssen“ eingeschränkt werden soll. Hiernach würde – ohne dass die im Entwurf begründet wird – insbesondere die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), die aufgrund des Betriebens von Bankgeschäften ein Kreditinstitut im Sinne des § 1 Absatz 1 KWG darstellt, keine Beiträge an den Fonds entrichten, obwohl auch die KfW durch Maßnahmen des Fonds zur Sicherstellung der Finanzmarktstabilität begünstigt wird.

b) Darüber hinaus erfordert die Erhebung der Sonderabgabe eine enge internationale, mindestens jedoch EU-weite Abstimmung, um Doppelbelastungen für die Institute sowie Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Diese wäre im Übrigen auch unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverkehrsfreiheit und der Wettbewerbsfreiheit in der Europäischen Union bedenklich, insbesondere wenn sie Institute einzelner EU-Mitgliedstaaten in besonderem Maße träfe. **Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich für grenzüberschreitende Geschäfte von international tätigen Kreditinstituten insbesondere bei Tochtergesellschaften und Zweigstellen.**

Nach der derzeit nur im Stadium eines Diskussionsentwurfs vorliegenden Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds werden alle Geschäfte, die eine Gesellschaft mit Sitz in Deutschland über ihre Auslandsniederlassung im Ausland betreibt, in Deutschland mit der Sonderabgabe belastet (Inkorporationsprinzip). Gleichzeitig plant jedoch beispielsweise Großbritannien eine Bankenabgabe, die sich an den Aktivitäten inländischer und ausländischer Kreditinstitute in Großbritannien orientiert (Territorialprinzip). D. h. erfasst werden damit auch Aktivitäten deutscher Kreditinstitute in Großbritannien. Bei europaweitem Nebeneinander beider Regime, so wie es jetzt aufgrund der britischen Pläne droht, käme es zu einer Doppelbesteuerung: Die Geschäfte etwa einer Niederlassung in London würden sowohl mit der deutschen als auch der britischen Abgabe belastet. Es ist unwahrscheinlich, dass beispielsweise Großbritannien auf seine Bankenabgabe wegen einer entsprechenden Abgabe in Deutschland verzichtet. Eine bilaterale Vereinbarung eines solchen Verzichts oder von Anrechnungsmethoden, die die Modalitäten der verschiedenen Abgaben bis hin zur steuerrechtlichen Berücksichtigung regeln müsste, erscheint jedenfalls in absehbarer Zeit nicht erreichbar.

Deutschen Kreditinstituten droht nach dem Verordnungsentwurf demnach eine doppelte Belastung, während Geschäfte von Kreditinstituten mit Sitz in einem Land, in dem keine Bankenabgabe erhoben wird und die in Deutschland Geschäfte über ihre Niederlassungen betreiben, nicht von der Sonderabgabe betroffen sind. Erhebt also ein europäisches Land keine Bankenabgabe, so sind die Geschäfte von Kreditinstituten mit Hauptsitz in diesem Land, auch in der deutschen Niederlassung, nicht belastet. Eine solche Regelung führt zu zwei Problemen:

- Es kommt zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen in Deutschland geschäftlich aktiven Instituten, die einer Abgabe unterliegen und solchen die keiner Sonderabgabe unterliegen.
- Geriete ein Institut aus einem Sitzland ohne Sonderabgabe in eine Schieflage und wäre das Mutterland nicht in der Lage, dieses Institut zu stützen, könnte es nötig werden, dass mit Mitteln aus dem deutschen Restrukturierungsfonds eingegriffen werden müsste. Damit würden die inländischen Institute günstige Konditionen dieser Kreditinstitute zusätzlich subventionieren. Dass solche Szenarien nicht unwahrscheinlich sind, zeigt beispielsweise der Umgang mit Niederlassungen isländischer Kreditinstitute und den von ihnen entgegen genommenen Einlagen in Ländern wie Deutschland und Großbritannien während der Finanzkrise.

Sofern eine europa- oder besser weltweite Koordinierung nicht gelingt, müssen daher

1. eine **Doppelbelastung deutscher Kreditinstitute in jedem Falle vermieden werden**, um die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Kreditinstitute nicht zu unterlaufen. Idealerweise kann dies dadurch geschehen, dass – analog zur Freistellungsmethode in deutschen Doppelbesteuerungsabkommen – jedenfalls dann keine Bankenabgabe auf Vermögen von Auslandsniederlassungen als Bemessungsgrundlage erhoben wird, wenn diese Auslandsniederlassungen einer eigenen, lokalen Bankenabgabe unterliegen. Als Alternative käme auch die Anrechnung ausländischer Abgaben auf die deutsche Bankenabgabe in Betracht. Anrechnungssysteme führen jedoch nicht nur zu erheblichem bürokratischen Aufwand, sondern auch zu vielfältigen bilateralen Regelungsnotwendigkeiten, da die Anrechnung Gleichartigkeit der Bemessung und Erhebung bis hin zur Frage der steuerlichen Berücksichtigung voraussetzt.
 2. die **Wettbewerbsgleichheit innerhalb Deutschlands sichergestellt** und mögliche Subventionierungen vermieden werden.
- c) Die **Beschränkung des im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz und im Aufsichtsrecht vorgesehenen „Krisenmanagements“ sowie beim Restrukturierungsfondsgesetz des Kreises der beitragspflichtigen Unternehmen auf Kreditinstitute im Sinne des § 1 Absatz 1 KWG ist nicht geeignet, systemischen Risiken effektiv entgegenzuwirken.**

Die Krise der Emerging-Markets, von Staatsanleihen in den 1980er Jahren, der US-Sparkassen in den 1980er Jahren, LTCM, AIG, sub-prime sowie die aktuelle Lage von Sparkassen in

Spanien haben deutlich gezeigt: Niemand kann sicher vorhersagen, welche Unternehmen des Finanzsektors, welcher Markt oder welches Finanzinstrument künftig eine Gefahr für die Finanzmarktstabilität darstellen könnte. Deshalb müssen die Instrumente zur Verhinderung einer Systemgefährdung im Ernstfall auf eine Vielzahl von Situationen und Marktteilnehmer anwendbar sein. Hinzu tritt: Von einem stabilen Finanzsystem profitieren nicht nur Kreditinstitute, sondern auch alle anderen Finanzmarktakteure. Charakteristisch für den Finanzmarkt ist – worauf das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 16. September 2009 zur Verfassungsmäßigkeit der Umlage der BaFin-Aufsichtskosten (Az. 2 BvR 852/07) zutreffend hinwies –, dass es sich um ein vernetztes System wechselseitiger Abhängigkeiten handelt²¹. Dem tragen auch das vorgesehene Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz und die Änderung des KWG Rechnung, da sie auch auf die Folgen einer Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts bei anderen Unternehmen des Finanzsektors abstellen (siehe § 19 Absatz 4 Ziffer 2 KredReorgG-RegE sowie 48b Absatz 2 KWG-RegE).

Von daher ist es sachlich nicht gerechtfertigt, dass andere Finanzmarktteilnehmer, insbesondere Versicherungsunternehmen und Hedge-Fonds, von einer Finanzierung des Restrukturierungsfonds befreit werden sollen. Die Mittel des Restrukturierungsfonds sollen zwar der Unterstützung von Maßnahmen nach §§ 48a ff. KWG-RegE und damit der Stabilisierung von Instituten dienen, deren Bestandsgefährdung eine Systemgefährdung zur Folge haben kann. Ziel dieser Maßnahmen ist jedoch nicht der Schutz des Instituts, sondern der Erhalt der Finanzmarktstabilität (vgl. § 48a Absatz 2 KWG-RegE). Daher sollte die **Finanzierungsbasis von all jenen Marktteilnehmern gebildet werden, die von einem stabilen Finanzmarkt profitieren. Eine bedeutende Rolle kommt hier den Versicherungsunternehmen zu.**

d) Versicherungsunternehmen nehmen nicht nur im Rahmen ihrer Anlagepolitik **am Finanzmarkt aktiv teil**, sie treten bei einigen Finanzprodukten sogar in Konkurrenz zu den Kreditinstituten. Ferner sind sie durch die wechselseitigen Beteiligungen an Versicherungsrisiken und die Absicherung durch Rückversicherer ebenfalls in erheblichem Maße untereinander vernetzt, so dass auch bei ihnen eine den Banken und Sparkassen ähnliche wechselseitige Abhängigkeit besteht. Dies lässt sich anhand der Stützungsmaßnahmen veranschaulichen, die in den USA für die American International Group (AIG), einer der größten Erstversicherer weltweit, ergriffen wurden. Die US-amerikanische Regierung war gezwungen, AIG mit einem dreistelligen Milliardenbetrag US-Dollar zu stützen, um einen Zusammenbruch zu verhindern. Dieser hätte wegen der Vernetzung der AIG dramatische Auswirkungen für die Finanzmärkte auch außerhalb der Versicherungsbranche zur Folge gehabt.

²¹ WM 2010, 2023, 2024.

Die Gefährdungen, die von Versicherungen für die Finanzmärkte ausgehen und denen Versicherungen unterliegen, zeigen sich nicht zuletzt daran, dass im Rahmen der Krise im Jahr 2001 die Bilanzierung für Versicherungen an die Rechnungslegung von Kreditinstituten angepasst wurde (vgl. § 341b HGB), um eine Schieflage dieser Unternehmen und entsprechende Folgewirkungen zu vermeiden. Durch die umfangreichen Bestände von Bankanleihen, Pfandbriefen und von Kreditinstituten begebenen Schuldscheinen in den Portfolien von Versicherungsunternehmen und ihrer Rolle als Gegenparteien bei Swapgeschäften profitieren sie maßgeblich von Restrukturierungsmaßnahmen, die den Zusammenbruch von Kreditinstituten verhindern soll, die Kontrahenten bzw. Schuldner dieser Geschäfte sind.

Versicherungsunternehmen sind zudem in ihrem geschäftlichen Handeln wie Banken in besonderem Maße vom Vertrauen der Marktteilnehmer in hinreichende Kontrollmechanismen abhängig. Deshalb hat der Gesetzgeber gerade auch Versicherungsunternehmen in die Finanzmarkstabilisierung einbezogen (vgl. § 2 Absatz 1 Satz 1 FMStFG). Diese Einschätzung wird auch durch den Bericht des Internationalen Währungsfonds (IWF) für das Treffen der G-20 Minister vom 14. April 2010 gestützt (siehe auch das Communiqué der G20/Toronto, Ziffer 21, „the financial sector should make a fair and substantial contribution“). Darin spricht sich der IWF dafür aus, eine Abgabe für Unternehmen des Finanzsektors einer möglichst breiten Gruppe von Unternehmen des Finanzsektors aufzuerlegen, mithin allen Unternehmen des Finanzsektors und insbesondere auch Versicherungsunternehmen. Der IWF weist zur Begründung unter anderem zum einen darauf hin, dass eine enge Abgrenzung das Risiko regulatorischer Arbitrage birgt, zum anderen, dass die systemische Relevanz einer Finanzinstitution kein statisches Merkmal ist, sondern sich in Abhängigkeit der Umstände entwickeln kann. Auch das Financial Stability Board (FSB) hat in einer Studie von November 2009 in einer Liste von weltweit 30 Unternehmen neben 24 Banken auch sechs Versicherungsunternehmen²² als systemrelevant identifiziert.

Für eine Einbeziehung von Versicherungsunternehmen in den Kreis der Abgabepflichtigen spricht auch, dass sie aufgrund des Betriebens von Bankgeschäften (u. a. Kredit- und Garantiegeschäft) Kreditinstitute im Sinne des § 1 Absatz 1 KWG darstellen²³. Der Gesetzgeber hat diese Unternehmen von der Regeln des KWG lediglich freigestellt²⁴, weil sie die aufsichtsrechtlichen Vorgaben des VAG einhalten müssen und somit bereits der Überwachung durch die BaFin unterliegen²⁵. Versicherungsunternehmen kommt daher beim Restrukturierungsfonds bereits aufgrund des Betriebens von Bankgeschäften die gleiche Finanzierungsverantwortung zu wie alle übrigen Unternehmen, die (solche) Bankgeschäfte betreiben.

²² Aegon, Allianz, Aviva, Axa, Swiss Re, Zürich.

²³ Füllbier in Boos/Fischer/Schulte-Matler, KWG, 3. Aufl., § 2 Rdnr. 11, Reischauer/Kleinhaus, KWG, § 2 Rdnr. 18, Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, § 2 Rdnr. 9, jeweils m. w. N.

²⁴ § 2 Abs. 1 Nr. 4 KWG.

²⁵ Siehe Fußnote 23.

Schließlich ist auch der laufenden Konsultation der Europäischen Kommission zur Stärkung der Marktinfrastruktur für Derivative zu entnehmen, dass der Kreis der „systemrelevanten“ Institute erweitert werden sollte. Auch Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen sowie Fondsgesellschaften (OGAWs) sollten verpflichtet sein, ihre außerbörslich getätigten Derivate über zugelassene und beaufsichtigte zentrale Kontrahenten abzuwickeln. Auch in diesem Kontext gilt eine Einbeziehung von Versicherungsunternehmen als sachgerecht.

Wir plädieren daher dafür, den Anwendungsbereich des Restrukturierungsfondsgesetzes auf andere wesentliche Marktteilnehmer, insbesondere Versicherungsunternehmen und Hedge-Fonds, auszuweiten.

3. § 6 RStruktFG-RegE (Garantien)

Welche Maßnahmen zur Abwicklung eines Finanzinstituts und zur Rettung seiner überlebensfähigen Teile erforderlich sein werden, lässt sich im Vorhinein abstrakt kaum bestimmen. Es ist daher notwendig, dass der Restrukturierungsfonds über eine breite Palette an Handlungsmöglichkeiten verfügen kann. Mit der Gründung eines Brückeninstituts, der Vergabe von Garantien und der Rekapitalisierung wird dieser Forderung Rechnung getragen. Mit der Festlegung der maximalen Höhe der Garantien auf das 20fache der Summe der angesammelten Mittel, maximal aber 100 Mrd € (vgl. § 6 Absatz 3 RStruktFG-RegE), schränkt der Regierungsentwurf die Höhe der Garantiesumme gegenüber dem Fondsvolumen des SoFFin deutlich ein. Der SoFFin kann derzeit Garantien bis zu 400 Mrd € geben. Von diesem Volumen sind gegenwärtig 152 Mrd € – damit schon mehr als für den Restrukturierungsfonds vorgesehen – in Anspruch genommen. Es wäre sinnvoll, ähnlich wie bei den Kreditermächtigungen in § 12 Absatz 6 RStruktFG-RegE, zu verfahren und die verbleibenden Garantien auf den Restrukturierungsfonds zu übertragen.

Im Sinne eines möglichst flexiblen Instrumentariums wäre zu empfehlen, dass der Einsatz von Garantien über die „Sicherung von Ansprüchen gegen den übernehmenden Rechtsträger“ (§ 6 Absatz 1 Satz 1 RStruktFG-RegE) hinaus erweitert werden sollte. Zur Minimierung des Schadens und gerade zur Vermeidung systemischer Effekte wird ein schnelles und frühes Eingreifen erforderlich sein. Dies zeigt die Erfahrung aus den Rettungsmaßnahmen in 2008/2009. Es wäre daher sinnvoll, wenn die Garantie auch bereits im zeitlichen Vorfeld einer Übertragungsanordnung nach §§ 48a, 48k KWG oder in Bezug auf das ursprüngliche Kreditinstitut nutzbar ist.

4. § 12 RStruktFG-RegE (Mittel des Restrukturierungsfonds)

a) Nach § 12 Absatz 1 Satz 2 RStruktFG-RegE müssen die Beiträge der Kreditinstitute zum Fonds so bemessen sein, um die Kosten für Maßnahmen nach § 3 Absatz 2 RStruktFG-RegE zu decken. Ein konkretes Zielvolumen des Fonds wird nicht festgelegt. Vielmehr soll die FMSA die Beitragspflicht herab- oder aussetzen können, wenn die angesammelten Mittel zur Deckung der Kosten ausreichen (§ 12 Absatz 3 Satz 3 RStruktFG-RegE). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die Finanzierungsverantwortung der zur Leistung einer Sonderabgabe Verpflichteten nicht weiter reichen als der voraussichtliche Mittelbedarf für die mit der Sonderabgabe verfolgten Zwecke²⁶. Für die vorgesehene und der Verwaltung bzw. FMSA übertragene Prognose über den zukünftigen Mittelbedarf stellt der Gesetzentwurf zum einen keine operationalen Kriterien auf. Zum anderen ist es vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes, der sich aus dem Parlamentsvorbehalt herleitet, Aufgabe des Gesetzgebers, klare Vorgaben zu treffen bzw. den künftigen Mittelbedarf zu bewerten. **Der Gesetzgeber ist gefordert, ein konkretes Zielvolumen des Fonds festzulegen.**

b) Nach § 12 Absatz 3 und 4 RStruktFG-RegE soll die FMSA Anstalt mit Hilfe von Sonderbeiträgen jährlich von den Kreditinstituten neben dem Jahresbeitrag auch Beiträge in Höhe von bis zu drei Jahresbeiträgen erheben können. Unter der Berücksichtigung der im Verordnungsentwurf vorgesehenen Zumutbarkeitsgrenze kann die Anstalt also von den Instituten verlangen, jährlich bis zu 60 Prozent ihres Jahresüberschusses in den Fonds einzuzahlen. Solche Sonderbeiträge sind für das einzelne sonderbeitragspflichtige Institut unzumutbar und wirken auf den Finanzmarkt aufgrund ihrer prozyklischen Wirkung destabilisierend. Insbesondere bei einer Inanspruchnahme des Fonds in größerem Umfang ist eine extreme dauerhafte Belastung von stabilen und von der Krise nicht – oder nur eingeschränkt – betroffenen Unternehmen mit einem tragfähigen Geschäftsmodell zu befürchten.

Eine solche **Überbelastung** kann insbesondere dann eintreten, wenn der Fonds zur Finanzierung einer Restrukturierungsmaßnahme bei einem systemrelevanten Kreditinstitut über die vorhandenen Mittel des Fonds hinaus gezwungen ist, bis zur Grenze von § 12 Absatz 6, § 9 FMStFG Kredite aufzunehmen. Vor allem, wenn dies mit einer allgemeinen Krise des Finanzmarktes einhergeht, wie in den Jahren 2008 und 2009, und/oder mehrere Institute die Hilfe des Fonds in Anspruch nehmen, kann dies bedeuten, dass nur wenige Institute auf viele Jahre hinaus über Sonderbeiträge zur Refinanzierung des Fonds herangezogen werden müssen. Dies führt zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Belastung besonders stabiler und von einer Krise nicht unmittelbar betroffener Häuser. Im Ergebnis würden eine nachhaltige und

²⁶ BVerfGE 115, 97, 117.

stabilitätsorientierte erfolgreiche Geschäftspolitik und ein effektives Risikomanagement bestraft.

Die hohe **Maximalbelastung durch Jahresbeitrag und Sonderabgabe erscheint zudem unangemessen**, zumal der Jahresbeitrag von bis zu 15 Prozent des Jahresüberschusses steuerlich nicht abzugsfähig sein soll. Die Befreiungsmöglichkeit nach § 12 Absatz 4 Satz 5 RStruktFG-RegE, die eine Gefährdung der Solvenz des Instituts durch Jahres- und Sonderbeiträge voraussetzt, greift dabei nur in den Fällen ein, die gegebenenfalls sonst ihrerseits wieder zu einer Systemgefährdung führen. Eine übermäßige Belastung der leistungsfähigen Institute vermag sie nicht zu verhindern.

Die **Regelung zu Sonderbeiträgen hat zudem eine prozyklische Wirkung**, da sie die Kapitalstärke der Kreditinstitute gerade in Krisenzeiten beanspruchen würde. Dies wird umso deutlicher, wenn man berücksichtigt, dass Sonderbeiträge typischerweise in einer Krise eingefordert werden, die mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht auf ein Institut beschränkt bleibt (wie die Entwicklung der Jahre 2008 und 2009 zeigt). Hohe Jahresüberschüsse in den drei Vorjahren sagen dabei wenig über die Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Erhebung des Sonderbeitrages aus. Die vorgesehene Regelung stünde damit im fundamentalen Gegensatz zu den anderweitig – völlig zu Recht verfolgten – Bemühungen von Regulatoren und Finanzwirtschaft um eine Reduzierung der prozyklischen Tendenzen im Finanzsystem.

Den Sonderbeiträgen kommt ausschließlich eine Finanzierungsfunktion zu. Es ist daher aus **verfassungsrechtlichen Erwägungen zweifelhaft, ob es gerechtfertigt ist, für die Höhe der Sonderbelastung an die zuvor geleisteten Jahresbeiträge anzuknüpfen**. Dies lässt den konkreten Mittelbedarf und die Ursachen für eine konkrete Nachschusspflicht außer Acht. In diesem Zusammenhang erscheint es auch nicht gerechtfertigt, neue Marktteilnehmer von der Sonderbeitragspflicht gänzlich auszunehmen (vgl. § 12 Absatz 3 Satz 5 RStruktFG-RegE). Im Falle eines großen Mittelbedarfs, der für „Alt-Institute“ über Jahre hinweg zu Teilzahlungen bereits fälliger Sonderbeiträge führen kann, käme (ausländischen) Instituten, die während oder nach einer Krise neu auf den Markt drängen, ein erheblicher, aber nicht gerechtfertigter Wettbewerbsvorteil zu. Denn auch die neuen Institute würden von der (wiedergewonnenen) Stabilität des Finanzmarkts profitieren. Aus der Entscheidung zur EdW-Umlage lässt sich eine kritische Haltung des Bundesverfassungsgerichts zur dieser Frage entnehmen²⁷.

Zudem besteht ein **potentieller Konflikt mit den in § 10 Absatz 1 oder Absatz 1b, § 45b Absatz 1 Satz 2 oder § 11 Absatz 1 KWG definierten Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen**. Gelangt die BaFin zur Annahme, dass ein Institut diese nicht dauerhaft erfüllen kann, hat dies u. U. Maßnahmen nach § 45 KWG-RegE zur Folge. Diese sehen zunächst die in

²⁷ Vgl. BVerfG-Beschluss vom 24. November 2009 – 2 BvR 1387/04, WM 2010, 17, 24.

§ 45 Absatz 2 KWG-RegE vorgesehenen Untersagungen und Beschränkungen (z.B. von Ausschüttungen an Inhaber, Gesellschafter, Aktionäre und Eigenkapitalgeber, der Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile an Mitarbeiter oder der Kreditvergabe) vor. Die in § 12 Absatz 4 Satz 4 RStruktFG-RegE vorgesehene Befreiung von der Abgabepflicht fehlt nicht nur im Instrumentenkasten des § 45 Absatz 2 KWG-RegE. Sie ist zudem der Zuständigkeit der FMSA zugewiesen, ohne dass es eine Verpflichtung der beiden Verwaltungsträger zur gegenseitigen Konsultation gäbe.

Auflösen ließe sich dieser Konflikt durch eine stärkere Verschränkung der Befreiungsmöglichkeit von der Pflicht zur Leistung von Sonderbeiträgen mit dem bankaufsichtsrechtlichen Maßnahmenkatalog. So sollte die BaFin ermächtigt werden, mit bindender Wirkung für die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung und deren Anordnungen, Institute von der Pflicht zur Leistung von Sonderbeiträgen freizustellen. Diese Möglichkeit sollte bestehen, wenn die Beitragspflicht nach Einschätzung der BaFin zu einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung des beitragspflichtigen Instituts führen würde. Der BaFin sollte bei dieser Einschätzung ein Beurteilungsspielraum zukommen. Als Anzeichen für eine solche Beeinträchtigung könnten dabei beispielsweise gelten: die drohende Absenkung des Kreditratings des Instituts durch eine anerkannte Ratingagentur, die Verpflichtung zur Nachbesicherung von Verbindlichkeiten oder die Auslösung von Kündigungs- oder Verrechnungsregelungen in Verträgen oder den Bedingungen von Schuldtiteln des Instituts. Von einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung ist in jedem Fall auszugehen, wenn durch die Beitragspflicht die Voraussetzungen des § 45 KWG-RegE ausgelöst würden. Zielführender wäre es allerdings, die Höhe der Sonderbeiträge auch ohne Eingreifen der BaFin auf (einen unter den im Entwurf vorgesehenen, bei 45 Prozent liegenden) Prozentsatz nicht nur der Vorjahreswerte, sondern auch des Jahresüberschusses des laufenden Jahres zu begrenzen. Es würde dem in der Entwurfsbegründung zu § 12 Absatz 10 RStruktFG-RegE genannten Zweck, „Ansteckungsgefahren einer Existenzgefährdung“ zu vermeiden, widersprechen, wenn ohne das Eingreifen der BaFin alleine durch die gesetzlichen Folgen des RStruktFG weitere Institute in die Existenzgefährdung geraten.

In Summe ist festzustellen, dass die im Entwurf vorgesehenen Sonderbeiträge erhebliche negative Folgewirkungen haben würden. Daher sollte von diesem Instrument – jedenfalls in dieser Form - Abstand genommen werden. Vielmehr gilt es, durch kontinuierliche Beitragserhebungen ein angemessenes Fondsvolumen aufzubauen.

c) Angesichts des notwendigerweise langfristigen Aufbaus des Restrukturierungsfonds stellt sich die **Frage nach dem Vorgehen in der Zeitphase des Fondsaufbaus**. Da der Fonds einen Puffer bilden soll, um zu verhindern, dass der Staat im Falle einer systemischen Krise ad hoc mit Steuergeldern für die Stabilisierung des Finanzmarktes eintreten muss, wäre in einem

solchen Fall eine Krisenlösung vornehmlich unter Einbeziehung von Steuermitteln unvermeidbar. Die Wahrung der Finanzmarktstabilität ist ein öffentliches Gut und rechtfertigt daher auch eine staatliche (Vor-)Finanzierung.

Der Regierungsentwurf sieht daher zu Recht vor, dass das Bundesministerium der Finanzen in diesen Fällen zur Kreditaufnahme ermächtigt wird. Als positiv sieht der Bankenverband vor demselben Hintergrund die Tatsache an, dass gemäß § 12 Absatz 6 RStruktFG-RegE bestehenden Ermächtigungen gemäß § 9 FMStFG zugunsten des SoFFin umgewidmet werden können. Unklar bleibt allerdings, ob damit implizit auch eine Obergrenze des Restrukturierungsfonds festgelegt wird und durch das allmähliche Ansteigen des Beitragsaufkommens die Kreditermächtigungen zurückgefahren würden. Durch ein solches Vorgehen würde die Verantwortung des Staates im Falle einer Finanzkrise sukzessive reduziert.

Sollten an dem Konzept der Sonderbeiträge festgehalten werden, so wäre jedenfalls die Finanzierungshierarchie, der im Entwurf vorgesehene Vorrang der Sonderbeitragshebung vor einer Kreditaufnahme, zu ändern. Im Jahr eines hohen Mittelbedarfs sollten die Mittel primär aus dem Restrukturierungsfonds, sekundär aber aus einer Kreditaufnahme gespeist werden. Anders als in § 12 Absatz 3 Satz 3 RStruktFG-RegE vorgesehen, sollten die zweite und dritte Stufe der Finanzierungshierarchie getauscht werden. Damit kann auf der dritten Ebene der Refinanzierung und von einem breiten Kreis von Marktteilnehmern getragenen Kreditrückführung eine gerechtere Lastenverteilung erreicht werden, als dies im Fall der Krise und der Notwendigkeit eines kurzfristigen Agierens möglich wäre. Darüber hinaus wäre so leicht zu begründen, weshalb neu in den Markt eintretende Kreditinstitute ebenfalls zur Leistung der Sonderbeiträge heranzuziehen wären.

d) Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Beitrag eines Instituts am systemischen Risiko ausgerichtet sein, wobei das systemische Risiko anhand der Größe eines Instituts, seiner Vernetzung im Finanzmarkt, insbesondere anhand seiner Verbindlichkeiten ggf. unter Heranziehung weiterer Indikatoren zu bestimmen ist. Analog zu unserer Äußerung zu § 48b KWG-RegE möchten wir erneut deutlich herausstellen, dass die schiere Größe eines Instituts alleine keine systemische Bedeutung hervorruft. Weitere Indikatoren, wie Vernetzung aber auch Ersetzbarkeit sowie gemeinsame Risikoquellen sind ebenso zu berücksichtigen.

Mit der Bemessung der Beiträge anhand der Größe und der Verbindlichkeiten gegenüber Nichtkunden geht der Gesetzgeber einen einfachen Weg. Grundsätzlich spricht nichts gegen einfache, pragmatische Ansätze. Im Gegenteil, der Bankenverband unterstützt das Bestreben des Gesetzgebers, ein unkompliziertes Verfahren zu implementieren. Das Anknüpfen an den Jahresabschluss (sog. „HGB-Einzelabschluss“) stellt eine einheitliche Bemessungsgrundlage sicher.

Jedoch sei darauf hingewiesen, dass – entgegen der Entwurfsbegründung – mit dem vorgelegten Berechnungsverfahren das systemische Risiko eines Instituts nur unzureichend erfasst wird (zu drohenden Doppelbelastungen bei Konzernsachverhalten und Derivaten und nicht-systemischen Verbindlichkeiten wie Pensionsrückstellungen und Pfandbriefverbindlichkeiten siehe auch unsere Anmerkungen zum Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute). Die Größe wird als ein Faktor erfasst. Die Vernetzung innerhalb des Finanzsektors bleibt hingegen weitgehend unberücksichtigt. Ein hohes Exposure gegenüber Nichtkunden bedeutet nicht zwangsläufig eine hohe Vernetzung. Theoretisch könnte das Exposure lediglich gegenüber einem Kontrahenten bestehen. Zudem müsste die Relation des Interbankenexposure zu den gesamten Interbankenverbindlichkeiten im nationalen Raum dargestellt werden, um eine Indikation für die Vernetzung abzubilden. Gänzlich außer acht bleiben die zur Bestimmung der Systemrelevanz wichtigen Fragen nach Ersetzbarkeit und der Ausfallwahrscheinlichkeit eines Instituts. Institute mit einem risikoreichen Geschäftsmodell zahlen ceteris paribus den gleichen Beitrag wie Institute mit einem risikoarmen Geschäftsmodell. Damit werden Fehlanreize gesetzt. Von daher wird sich eine Lenkungswirkung unserer Auffassung nach durch die Sonderabgabe lediglich hinsichtlich der Größe der Bilanzsumme und der Refinanzierungsstruktur ergeben.

Schließlich sollten **Verbundstrukturen ebenfalls hinsichtlich ihrer systemischen Relevanz überprüft werden**. Wir erachten es als sachgerecht, solche Strukturen, die ebenso systemische Risiken begründen können, bei der Berechnung der Beiträge gesamtheitlich zu berücksichtigen. Hierdurch kann die Bedeutung des einzelnen Instituts und von Kreditinstitutsgruppen für die Finanzmarktstabilität zielgenauer erfasst werden.

5. § 15 RStruktFG-RegE (Steuern)

Siehe hierzu unsere Ausführungen unter zu den steuer- und abgabenrechtlichen Rahmenbedingungen auf Seite 44 ff.

E. Artikel 4: Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes

1. Entscheidungsstrukturen zwischen Leitungsausschuss, Lenkungsausschuss sowie Bundesministerium der Finanzen

Bereits in der gültigen Fassung des Gesetzes zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (FMStFG) und der Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV) sind die Aufgaben und Kompetenzen von Leitungsausschuss, Lenkungsausschuss und Bundes-

ministerium für Finanzen (BMF) nicht klar abgegrenzt. So enthalten z.B. weder das FMStFG noch das FMStFV eine genaue Beschreibung der Kompetenzen des Leitungsausschusses. Im Rahmen der Aufsichtsbefugnis des Lenkungsausschusses ist die FMSA gemäß § 1 Absatz 2 S. 1 FMStFV an Weisungen und Entscheidungen nicht nur des BMF, sondern auch des Lenkungsausschusses gebunden. Auskunft darüber, wie das Verhältnis des Lenkungsausschusses zum BMF zu sehen ist, gibt das Gesetz nicht. Einerseits wird dem Lenkungsausschuss bei der Entscheidung wichtiger Aufgaben (vgl. § 4 Absatz Satz 2 FMStFG) Vorrang gegeben, andererseits kann das BMF generell oder im Einzelfall Entscheidungen nach dem FMStFG und FMStFV selbst treffen (vgl. § 1 Absatz 3 Nr. 3 FMStFV – Selbsteintrittsrecht).

Im Rahmen des Restrukturierungsgesetzes sollen die Durchführung von Restrukturierungsmaßnahmen sowie die Verwaltung des Restrukturierungsfonds auf die FMSA übertragen und Entscheidungen im Einvernehmen mit der BaFin getroffen werden. Um auch langfristig schnelle und komplikationslose Entscheidungswege beim Finanzmarktstabilisierungsfonds bzw. Restrukturierungsfonds sicherzustellen, regen wir an, die **Entscheidungsstrukturen zwischen Leitungsausschuss, Lenkungsausschuss sowie BMF im FMStFG sowie FMStFV klarer zu definieren.**

2. § 3b FMStFG-RegE (Verschwiegenheitsverpflichtung)

Der Bankenverband begrüßt, dass das Regelungsvorhaben zum Anlass genommen wird, eine Regelungslücke in Bezug auf die Verschwiegenheitspflicht von Mitgliedern des Lenkungsausschusses und Mitarbeitern der FMSA zu schließen. Hierzu soll die in § 9 Absatz 1 KWG statuierte Verschwiegenheitspflicht übernommen werden.

Die vorgeschlagene Regelung löst jedoch nicht das Grundproblem, dass ein auf das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) gestützter Zugriff von Dritten auf Informationen der FMSA, BaFin und der Deutschen Bundesbank die auch außerhalb der gesetzlichen Anzeige- und Mitteilungspflichten für eine effiziente Aufsicht zwingend erforderliche vertrauensvolle Kooperation zwischen Aufsichtsbehörde und Kreditinstituten unterminiert. Der Zentrale Kreditausschuss hat sich daher für die vom Bundesrat in der letzten Legislaturperiode im IFG angeregte Bereichsausnahme gegenüber „Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen wie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank, soweit diese auf Grund von besonderen Gesetzen Aufgaben der Finanz-, Wertpapier- und Versicherungsaufsicht wahrnehmen oder zur Wahrung der Integrität und Stabilität der Finanzmärkte tätig werden“, ausgesprochen²⁸.

²⁸ Siehe hierzu die ZKA-Stellungnahme vom 6. Februar 2009; abrufbar unter http://www.iura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/fmstergq/pdf/19-ZKA.pdf.

Für eine **Einschränkung des IFG** spricht auch, dass auch von der Offenlegung von nicht der Verschwiegenheitspflicht unterfallenden Informationen Risiken systemischer Natur ausgehen können. Auch wenn im Einzelfall einmal ein rechtswidriges Verhalten eines Kreditinstituts in Rede steht, kann ein Interesse daran bestehen, dass dieses Verhalten nicht öffentlich, sondern zunächst nur bilateral mit der Aufsichtsbehörde erörtert wird. Ein Zugang zu Aufsichtsinformationen sollte zumindest innerhalb einer cooling-off-Periode beschränkt werden können, um krisenhafte Zuspitzungen zu vermeiden, die durch Bekanntwerden von entsprechenden Informationen eintreten würden. Dabei handelt es sich nicht allein nur um ein Interesse des jeweiligen Kreditinstituts oder Finanzintermediärs, sondern auch um ein Allgemeininteresse, wie die Finanzkrise eindrucksvoll vor Augen geführt hat.

F. Artikel 6: Änderung des Aktienrechts

Auf grundsätzliche Vorbehalte stößt die in § 93 Absatz 6 AktG-RegE vorgesehene Verlängerung der Verjährungsfrist für Ersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Gesellschaften, die börsennotiert oder ein Kreditinstitut sind, auf zehn Jahre sowie die hiermit korrespondierende Änderung des § 142 Absatz 2 Satz 1 AktG-RegE.

1. Der Vorschlag zur Verlängerung der Verjährungsfrist unterstellt, dass gerade bei börsennotierten Gesellschaften Kontroll- und Geltendmachungsdefizite bestünden. Diese sind empirisch nicht zu belegen, sondern auch angesichts der mit einer Börsennotierung für eine Gesellschaft u. a. einhergehenden Transparenzanforderung²⁹ ausgesprochen unwahrscheinlich. Die Kontrolle dürfte hier vielmehr durch die exponierte Stellung und die erhöhte Transparenz strukturell besser sein als die bei nichtbörsennotierten Gesellschaften. Daher ist es sachlich nicht gerechtfertigt, börsennotierte Aktiengesellschaften durch eine solche Sonderregelung in negativer Weise herauszustellen.

2. Aktiengesellschaften, die Kreditinstitute sind, unterliegen der Bankenaufsicht. Diese soll neben den bereits bestehenden Kontrollinstrumenten (z. B. Sonderprüfungen gemäß § 44 KWG) nach dem vorliegenden Entwurf für ein Restrukturierungsgesetz zusätzlich die Befugnis erhalten, den Sanierungs-/Reorganisationberater oder einen Sonderbeauftragten mit der Aufdeckung von Pflichtverstößen von (ehemaligen) Organen zu betrauen (§ 4 Absatz 1 Nr. 5

²⁹ So müssen zum Beispiel Vorstand und Aufsichtsrat von börsennotierten Gesellschaft jährlich erklären, dass den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht (§ 161 AktG). Die Corporate Governance von börsennotierten Gesellschaften ist daher transparenter und entspricht in der Regel – so etwa MünchKommAktG/Heider/Doralt/Dirreger, § 3 Rdnr. 43 – höheren Anforderungen als die von nichtbörsennotierten Gesellschaften. Für börsennotierte Gesellschaften sieht zudem beispielsweise das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) u. a. das Folgende vor: Insiderüberwachung (§§ 12 ff. WpHG), ad-hoc-Publizität (§ 15 WpHG), Offenlegung von sog. directors' dealings (§ 15a WpHG), Mitteilungspflichten u. a. bei Veränderung des Stimmrechtsanteils (§§ 21 ff. WpHG), Haftung für unwahre oder unterlassene Kapitalmarktinformationen (§§ 37b, 37c WpHG) sowie Überwachung von Unternehmensabschlüssen durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (§ 37n ff. WpHG).

KredReorgG-RegE bzw. § 45 Absatz 2 Nr. 10 KWG-RegE). Etwaige Kontroll- und Verfolgungsdefizite in einem Institut werden somit bereits aufsichtsrechtlich aufgegriffen.

3. Hinzu tritt, dass zum einen aus der Praxis kein Fall bekannt ist, bei der die Durchsetzung von Ersatzansprüchen an der derzeitigen fünfjährigen Verjährungsfrist gescheitert ist. Zum anderen sieht das Aktienrecht in diesen Fällen bereits eine gesetzliche Umkehr der Beweislast vor (§ 93 Absatz 2 Satz 2 AktG), um die Organhaftung zu verschärfen. Das pflichtwidrige Verhalten eines Organmitglieds wird danach vermutet. Zur Abwendung einer Ersatzpflicht muss das betreffende Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied nachweisen, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat³⁰. „Unternehmerische Gewinnchancen, Verantwortung und Haftung“ stehen damit – wie gefordert³¹ – bereits *de lege lata* im richtigen Verhältnis.

4. Eine Verdoppelung der Verjährungsfrist auf zehn Jahre wäre mit erheblichen Schwierigkeiten bei der Aufklärung von Sachverhalten verbunden. Zum einen dürften Gesellschaften angesichts der langen Zeitspanne zwischen Schadenseintritt und Geltendmachung des Ersatzanspruchs oft nicht in der Lage sein, einen Pflichtverstoß schlüssig darzulegen. Zum anderen aber wäre es für das betroffene Organmitglied nach fast einem Jahrzehnt wohl kaum möglich, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass seine Handlung nicht pflichtwidrig oder nicht schuldhaft gewesen ist oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre.

5. Auch die angeführte Begründung, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen werde *de facto* erst ermöglicht, weil sich die personelle Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane geändert hat, kann nicht überzeugen. Interessenkonflikten bei Aufsichtsratsmitgliedern von börsennotierten Gesellschaften beugt bereits die in der letzten Legislaturperiode mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009³² in das Aktiengesetz eingefügte Regelung vor, wonach ein Wechsel ehemaliger Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat derselben börsennotierten Gesellschaft grundsätzlich erst nach einer zweijährigen „Cooling-off“- Periode zulässig ist. Hierdurch wird sichergestellt, dass ehemalige Vorstandsmitglieder nicht über den Aufsichtsrat sachwidrigen Einfluss auf das eine oder andere Leitungsorgan ausüben³³. Vor dem etwaigen Ergreifen weitergehender Maßnahmen sollte erst die Wirksamkeit der am 5. August 2009 in Kraft getretenen Regelung des § 100 Absatz 2 Satz 1 Nr. 4 AktG in der Praxis überprüft werden. Hinzu tritt, dass bei Kreditinsti-

³⁰ Siehe hierzu im Einzelnen etwa *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. (2010), § 93 Rdnr. 16; *MünchKommAktG/Spindler*, § 93 Rdnr. 162 ff. m.w.N.

³¹ So das Bundesministerium der Finanzen auf seiner Internetseite zu den „Eckpunkten für die Finanzmarktregulierung“, siehe www.bundesfinanzministerium.de/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Geld_und_Kredit/20100331-Eckpunkte-Finanzmarktregulierung.html.

³² BGBl. I vom 4. August 2009, Seite 2509.

³³ Vgl. BT-Drucks. 16/13433, Seite 11.

tuten, unabhängig von ihrer Rechtsform, maximal zwei ehemalige Geschäftsleiter als Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans des von ihm geleiteten Unternehmens bestellt werden dürfen (§ 36 Absatz 3 Satz 5 KWG).

6. Auch die in diesem Zusammenhang angeführte Begründung³⁴ für die Verlängerung der Verjährungsfrist, wonach „Vorstände von Banken mehr Verantwortung übernehmen sollen“, kann die angestrebte Regelung nicht rechtfertigen. Zum einen würden durch die Neuregelung nur börsennotierte Gesellschaften erfasst werden, zu denen nur in geringer Anzahl Kreditinstitute zählen. Zum anderen würden nur Kreditinstitute in der Rechtsform der Aktiengesellschaft der Regelung unterfallen. Die Finanzmarktkrise hat jedoch Corporate-Governance-Defizite bei öffentlichen Banken, insbesondere Landesbanken, deutlich werden lassen. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob nicht gerade im öffentlichen Sektor (und nicht bei den von § 93 Absatz 6 AktG-E erfassten Gesellschaften) die zur Begründung der Verlängerung der Verjährungsfrist angeführten Kontroll- und Geltendmachungsdefizite bestehen. Unbefriedigend erscheint es daher, dass – so die Entwurfsbegründung³⁵ – die vorgesehene Neuregelung nach herrschender Meinung durch analoge Anwendung auch Auswirkungen auf die Organhaftung öffentlich-rechtlich organisierter Landesbanken haben könnte. Ob die Rechtsprechung dem folgen wird, ist kaum eindeutig zu prognostizieren. Insgesamt wäre es somit sachgerecht, auf die Regelung besser ganz zu verzichten.

7. Sachgerecht erscheint es jedenfalls, dass bei einer etwaigen Verlängerung der Verjährungsfrist am objektiven Verjährungsbeginn festgehalten werden soll. Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder benötigen – wie im Regierungsentwurf für ein Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts zutreffend dargelegt³⁶ – für ihre Tätigkeit nach objektiven Kriterien Gewissheit, ab wann ihnen für ein bestimmtes Verhalten keine Inanspruchnahme mehr droht.

G. Steuer- und abgabenrechtliche Rahmenbedingungen

Die Beiträge der Kreditinstitute zum Restrukturierungsfonds sind als Sonderabgabe zur Finanzierung von Maßnahmen zur Abwendung einer Systemgefährdung konzipiert und sollen so dem Kreis der Abgabepflichtigen zugute kommen. Dieser zukunftsorientierte Ansatz ist sinnvoll und nicht zuletzt auch notwendig, um eine verfassungsfeste Ausgestaltung der Abgabe als Sonderabgabe, die nur einem bestimmten Kreis von Abgabepflichtigen auferlegt werden soll, sicherzustellen. Es erscheint allerdings fraglich, ob nicht zuletzt aus verfassungs-

³⁴ Siehe Fußnote 31.

³⁵ BT-Drucks. 17/3024, Seite 133.

³⁶ BT-Drucks. 15/3653, Seite 11.

rechtlichen Gründen der Kreis der Abgabepflichtigen über den Kreis der Kreditinstitute unter anderem auch auf Hedge-Fonds und Versicherungsunternehmen erstreckt werden müsste.

Zu den vorgesehenen steuerlichen Regelungen ist im Einzelnen Folgendes anzumerken:

1. § 15 RStruktFG-RegE

Der Restrukturierungsfonds soll nach § 15 RStruktFG-RegE nicht der Körperschaft- und Gewerbesteuer unterliegen. Zudem sollen Kapitalerträge des Restrukturierungsfonds vom Kapitalertragsteuerabzug freigestellt werden. Nach der Gesetzesbegründung soll die Steuerbefreiung „insoweit in gleichem Umfang wie für den Finanzmarktstabilisierungsfonds auch für den Restrukturierungsfonds gelten“.

Dies ist im Grundsatz sachgerecht. Die Vorschrift des § 14 FMStFG sieht jedoch zusätzlich vor, dass der Fonds „kein Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes“ ist. Soweit durch den Fonds umsatzsteuerlich relevante Sachverhalte verwirklicht werden sollten, sollte eine entsprechende gesetzliche Klarstellung auch in § 15 RStruktFG-RegE aufgenommen werden.

Insbesondere sollte zur Vermeidung nicht sachgerechter Zusatzbelastungen auch die **Regelung des § 14 Absatz 3 FMStG für den Restrukturierungsfonds übernommen werden**, wonach der Wegfall der Verlustvorträge nach § 8c KStG und § 10a GewStG für den Erwerb von Beteiligungen durch den Fonds oder die spätere Rückveräußerung durch den Fonds nicht gelten.

2. Änderung des Einkommensteuergesetzes

Artikel 8 sieht mit § 4 Absatz 5 Nr. 13 Einkommensteuergesetz ein gesetzliches Verbot der Abzugsfähigkeit der Sonderabgabe als Betriebsausgabe vor.

Steuersystematisch stellt die Sonderabgabe unzweifelhaft betrieblichen Aufwand dar. Die Nichtberücksichtigung betrieblichen Aufwands bedeutet einen Verstoß gegen das dem Steuerrecht übergeordnete so genannte Nettoprinzip, das eine Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit gewährleisten soll und daher eine mit der Nichtabzugsfähigkeit verbundene Scheingewinnbesteuerung verbietet. Der Gesetzgeber darf nur bei Vorliegen wichtiger Gründe von diesen Grundprinzipien abweichen. Hier wird die Nichtabzugsfähigkeit mit dem Lenkungsziel begründet, durch die steuerliche Zusatzbelastung Kreditinstitute dazu anhalten zu wollen, durch risikoärmere Geschäftstätigkeiten ihre Abgabenlast zu verringern. Das Instrument des Abzugsverbots ist jedoch allenfalls dazu geeignet, eine mit einer Sonderabgabe bezweckte Lenkungswirkung zusätzlich zu verstärken und wirkt zudem nur in

Gewinnphasen. Für Institute, die Verluste schreiben, läuft die Lenkungswirkung ins Leere. Es bestehen im Ergebnis erhebliche Zweifel, ob eine derartige Begründung einer steuer- und verfassungsrechtlichen Prüfung standhält. In der Entwurfsbegründung wird als rechtfertigender Grund der Lenkungszweck angeführt, der mit der „Bankenabgabe“ verfolgt werde. Gemessen hieran ist das Abzugsverbot aber nicht zweckgerecht ausgestaltet und damit willkürlich, da es nur diejenigen Kreditinstitute belastet, die einen Jahresüberschuss erwirtschaften, obwohl der Lenkungszweck alle Institute gleichermaßen betrifft. Ganz generell ist der als verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsgrund angeführte Lenkungszweck fraglich. Denn die Verbesserung des Geschäftsmodells, die Betonung stabiler Geschäftsfelder und die Vermeidung übermäßiger Geschäftsrisiken führen nicht zu einer Reduzierung der effektiven Beitragslast. Im Ergebnis erscheint das **Abzugsverbot als Verstoß der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips und damit als Verstoß gegen Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz verfassungswidrig.**

H. Artikel 17: Inkrafttreten des Restrukturierungsgesetzes

Nach Art. 17 des RestrukturierungsG-RegE soll das Restrukturierungsfondsgesetz und die Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes am 31. Dezember 2010 und die Änderung des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes am Tag der Verkündung in Kraft treten während das Inkrafttreten des restlichen Gesetzes erst zum 1. Januar 2011 erfolgen soll.

Diese – im Entwurf nicht begründete – Unterscheidung sollte insbesondere im Hinblick auf eine etwa erforderlich werdende **Bildung von Rückstellungen** bereits in 2010 überdacht werden. In den Gesetzesmaterialien sollte zudem klar zum Ausdruck gebracht werden, dass trotz des Inkrafttretens des Restrukturierungsfondsgesetzes am 31. Dezember 2010 eine Beitragspflicht erst für das Jahr 2011 begründet werden soll.

Vor dem Hintergrund sich abzeichnenden EU-Rahmenwerks für ein grenzüberschreitendes Krisenmanagement (einschließlich Bankenrettungsfonds) sollte jedoch von dem geplanten nationalen Alleingang Abstand genommen werden. Eine vorzeitige und einseitige Belastung deutscher Kreditinstitute sollte vermieden werden. Auch würde aufgrund nachfolgender europäischer Vorgaben erneuter Änderungsbedarf zu unnötigen Anpassungskosten zu Lasten der Institute, aber auch der BaFin und bei der FSMA führen (siehe hierzu auch unsere grundsätzliche Anmerkungen, Seite 3 der Stellungnahme).

Anlage

**Stellungnahme
zum Diskussionsentwurf für eine Verordnung
über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute**

1. § 1 VO-E (Jahresbeitrag)

a) Das Anknüpfen am Jahresabschluss (sog. „HGB-Einzelabschluss“) erscheint zur Sicherstellung der Anknüpfung an einer einheitlichen Bemessungsgrundlage grundsätzlich sachgerecht. Aus unserer Sicht ist der Begriff „ausgewiesene Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“ jedoch zu unpräzise. Wir bitten hier um eine genauere Abgrenzung gegenüber anderen Passivpositionen.

b) Zur Berechnung der beitragsrelevanten Passiva werden bilanzielle Größen (Passiva, Verbindlichkeiten gegenüber Kunden) des Einzeljahresabschlusses sowie aufsichtliche Positionen (haftendes Eigenkapital) herangezogen. Wir befürworten dagegen eine einheitliche Systematik bei der Berechnung und **schlagen vor, die Berechnung ausschließlich auf bilanziellen Größen, insofern auch auf das Eigenkapital eines Instituts, abzustellen.**

c) Ausweislich der Entwurfsbegründung³⁷ soll die Beitragsbemessung am systemischen Risiko ausgerichtet werden. § 12 Absatz 10 Satz 2 RStruktFG-E gibt für die Beitragsbemessung – anders als die Verordnung – keine negative Abgrenzung vor, sondern bestimmt positiv, dass „insbesondere auf die Summe der gegenüber anderen Kreditinstituten eingegangenen Verbindlichkeiten“ abzustellen ist. Nicht systemisch-relevante Risiken wären also nicht zu erfassen.

Vor diesem Hintergrund sollten **Pensionsrückstellungen nicht erfasst werden. Gleiches gilt für Treuhandverbindlichkeiten, denen aktivisch in gleicher Größenordnung Treuhandvermögen ohne Ausfallrisiken gegenüber steht.**

Schließlich sollten vor dem Hintergrund, dass der Stabilitätsfonds ungesicherte Verbindlichkeiten eines Instituts abdecken soll, **in Pfandbriefen verbrieft Verbindlichkeiten ebenfalls zum Abzug gebracht werden.** Diese Verbindlichkeiten müssen besondere Anforderungen erfüllen und sind durch einen gesondert gemanagten Deckungsstock gesichert. Insbesondere Hypothekendarlehen, deren Emission auf die Refinanzierung eines breit gefächerten Kreditportfolios gerichtet ist, beinhalten ein vergleichsweise geringes Risikopotenzial. Der Pfandbrief als traditionelles Refinanzierungsinstrument hat darüber hinaus in der Finanzmarktkrise nachdrücklich bewiesen, dass eine reine Kapitalmarktorientierung bei der Bemessung der

³⁷ Referentenentwurf, Seite 58 und Seite 103.

Sonderabgabe nicht zielführend ist. Insofern erscheint eine Ausgliederung aus den beitragsrelevanten Passiva angemessen. Dies ist auch insofern konsistent mit der dargelegten Bemessung, als Namenspfandbriefe als Teil der Kundeneinlagen bereits zum Abzug kommen. Gleiches sollte auch für Inhaberpfandbriefe gelten.

d) Ferner sollte erwogen werden, **langfristige Verbindlichkeiten** – mit Restlaufzeiten über einem Jahr - **nur hälftig anzurechnen**, da diese Verbindlichkeiten den Kreditinstituten auch in Krisenzeiten weiter zur Verfügung stehen. Die Finanzkrise war gerade in ihren Ursprüngen eine Liquiditätskrise. Insofern ist eine Besserstellung von langfristigen Verbindlichkeiten sinnvoll, um eine entsprechende Lenkungswirkung der Sonderabgabe – die ja explizit gefordert wird - zu erreichen. Die vorliegenden Vorschläge für eine Sonderabgabe in Großbritannien sehen z. B. bereits eine lediglich hälftige Belastung solcher Verbindlichkeiten vor.

e) Bei Konzernsachverhalten ist zu klären, wie eine Doppelzurechnung bei Mutter- und Tochterunternehmen vermieden wird, wenn beide Kreditinstitute i. S. v. § 1 KWG und damit beitragspflichtig sind. In diesem Fall ist eine Doppelbelastung insbesondere insoweit zu besorgen, als die Verbindlichkeiten der Tochter gegenüber Kreditinstituten im Rahmen der Konzernfinanzierung aus Verbindlichkeiten gegenüber der Mutter bestehen. **Es wird daher angeregt, konzerninterne Verbindlichkeiten aus diesem Grund von den berechnungsrelevanten Passiva - der Muttergesellschaft - abzuziehen.** Dies ist bereits im Wortlaut von § 12 Absatz 10 Satz 2 RStruktFG-E („Summe der gegenüber anderen Kreditinstituten eingegangenen Verbindlichkeiten“) angelegt, sollte aber im Verordnungstext klar zum Ausdruck kommen. Der „passive Verrechnungssaldo“ der sich als Saldo zwischen vom Konzern aufgenommenen Mitteln und in den Konzern gegebenen Mitteln ergibt sollte als Abzugsposten berücksichtigt werden. Alternativ kann eine Doppelbelastung im Konzern auch dadurch vermieden werden, dass von einer Tochtergesellschaft zu entrichtende Beiträge auf den Beitrag der Mutter angerechnet werden.

f) Für die Berechnung der zweiten Komponente, den beitragsrelevanten Derivaten, können wir nachvollziehen, dass auf Nominalvolumina abgestellt wird, um eine einfache und wenig beeinflussbare Rechnungsgrundlage zu erhalten. Allerdings bilden Nominalwerte aus unserer Sicht keine sinnvolle Rechnungsgrundlage, wenn beabsichtigt ist, risikoreiches und systemrelevantes Geschäft mit einer Abgabe zu belegen und so eine Steuerungswirkung zu erzielen. Nominalwerte treffen keine Aussage über das Risiko, das im Krisenfall durch den Fonds abzudecken wäre.

Der ökonomische Risikogehalt eines Derivats bemisst sich nur sehr begrenzt aus seinem Nominalwert. Beim Abschluss bspw. eines CDS-Derivatekontrakts wird kein Zahlungsstrom über den Nominalwert ausgelöst, sondern es fließt lediglich die Prämie des Versicherungs-

nehmers. Ökonomisch relevant ist vielmehr der Marktwert des Derivatekontrakts (relativ zum ausstehenden Nominalvolumen liegt z. B. der Marktwert der CDS-Derivatekontrakte bei unter 20 Prozent des Bruttonominalwerts). Bei Abschluss eines CDS-Geschäfts hat der Vertrag in der Regel einen Marktwert von nahe Null. Die Summe der Prämien entspricht dem Barwert des erwarteten Verlustes. Verändert sich über die Vertragslaufzeit das zugrundeliegende Kreditrisiko, ergibt sich für eine der Vertragsparteien ein positiver Marktwert, während die andere einen negativen Marktwert in gleicher Höhe zu verbuchen hat. Ein Risiko aus der eigenen Derivatposition besteht für das jeweilige Institut, wenn deren Marktwert negativ ist. Dabei wird das Risiko durch etwaige gegenläufige Derivatpositionen gemindert. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass ein Kreditinstitut typischerweise einen wesentlichen Teil seiner Derivate zur Absicherung oder Glattstellung vorhandener Risikopositionen (z. B. zur Absicherung von Fremdwährungs- oder Zinsrisiken des Anlagebuchs) nutzt. Derivate sind so zum Teil also gerade Ausweis eines angemessenen Risikomanagements; damit wäre die Belastung gerade dieser Derivatepositionen mit Blick auf die beabsichtigte Lenkungswirkung im Grunde widersprüchlich. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es also nicht sachgerecht, zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage die Nominalwerte sämtlicher von dem Kreditinstitut gehaltenen Derivate aufzuaddieren.

Um den angestrebten Lenkungszweck der Abgabe zu erreichen, sollten daher Derivate nicht pauschal mit ihrem Nominalwert angesetzt werden. Vielmehr würde der Risikogehalt einer Derivatposition und damit ihr Beitrag zum systemischen Risiko eines Instituts angemessen reflektiert, wenn **als Bemessungsgrundlage i. S. v. § 1 Absatz 2 Nr. 2 RStruktFG-E der negative Nettobarwert nach Aufrechnung gegenläufiger Positionen herangezogen würde**. Mit dieser Systematik bliebe die Herangehensweise auch konform zur Bestimmung der beitragsrelevanten Passiva, da somit beide Bemessungsgrundlagen auf bilanzielle Werte abstellten. Auch der Vorschlag zur britischen Bankenabgabe sieht den Einbezug von Netto-positionen in die Berechnung vor.

g) Darüber hinaus differenziert der Entwurf nicht zwischen verschiedenen Arten von Derivaten, die aufgrund ihrer Ausgestaltung ein unterschiedliches Risikoprofil aufweisen. Insbesondere bei Derivaten, die über einen zentralen Kontrahenten (Central Counterparty, CCP) abgewickelt werden ist ein Adressenausfallrisiko oder systemisches Risiko nahezu ausgeschlossen. **Diese Positionen sollten daher von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden, um die beitragsrelevanten Derivate zu erhalten.**

h) Schließlich möchten wir darauf hinweisen, dass Nominalbeträge von Termingeschäften teilweise bereits in den beitragsrelevanten Passiva des Instituts enthalten sind und es dadurch zu einer **Doppelanrechnung** kommt. In den beitragsrelevanten Passiva sind sie als negative Marktwerte der Derivate aufgeführt. Derivate des Handelsbuchs werden bei negativem Markt-

wert in Höhe des erwarteten Verlusts passiviert. Auch Derivate des Anlagebuchs sind bei negativem Marktwert als Drohverlustrückstellung zu erfassen. Darüber hinaus können Derivate des Anlagebuchs aber auch in eine Bewertungseinheit als Sicherungsinstrument einbezogen werden. In diesem Fall werden dann nicht mehr die Bestandteile der Sicherungsbeziehung einzeln bewertet und erfasst, sondern es wird die Sicherungsbeziehung insgesamt betrachtet. Wenn diese Sicherungsbeziehung nicht effizient ist oder nur zum Teil effizient ist, wird der überschüssige nicht effiziente Teil als Rückstellung passiviert. Zulässig sind ferner auch Portfolio- oder Makrohedges, bei denen der Hedge insgesamt betrachtet und der negative Teil als Rückstellung passiviert wird. Dementsprechend müssten die relevanten Positionen aus den beitragsrelevanten Passiva herausgerechnet werden. Dies ist jedoch schwierig und in vielen Fällen nicht eindeutig möglich, da Nominalwert und negativer Marktwert zwei unterschiedliche Wertmaßstäbe sind. Insbesondere bei Derivaten, die im Rahmen von nicht vollständig effektiven Sicherungsbeziehungen als Passiva bilanziert werden, ist nicht abgrenzbar, welcher Anteil auf die Derivate entfällt. Es ist daher schwierig, genau zu bestimmen, in welchem Umfang es zu Doppelerfassungen kommt.

Eine differenzierte Erfassung von Derivatepositionen wäre anzustreben. Derivate, die über einen CCP abgewickelt werden, sollten bei der Ermittlung der beitragsrelevanten Derivate außer Betracht bleiben.

Zudem sollte eine wirtschaftliche Doppelerfassung von Derivatepositionen im Interesse der deutschen Kreditwirtschaft vermieden werden. Da aber eine genaue Bestimmung der Doppelerfassungen sehr aufwändig, wenn nicht unmöglich wäre, plädieren wir dafür, auf eine Eliminierung der in den beitragsrelevanten Derivaten doppelt erfassten Derivatepositionen aus den beitragsrelevanten Passiva zu verzichten. Jedoch sollte dem Umstand der **Doppelerfassung dadurch Rechnung getragen werden, dass der Hebesatz für die beitragsrelevanten Derivate entsprechend angepasst (verringert) wird.**

i) Darüber hinaus sollte klarstellend aufgenommen werden, dass bei Unternehmen, welche aufgrund eines Ergebnisabführungsvertrages (Organgesellschaft) einen Jahresüberschuss von Null aufweisen, auf den Jahresüberschuss vor Ergebnisabführung abzustellen ist. Spiegelbildlich darf das abgeführte Ergebnis für diese Zwecke auch beim betroffenen Gesellschafter (Organträger) nicht berücksichtigt werden.

2. § 2 VO-E (Zumutbarkeit)

Wenngleich eine Begrenzung des Jahresbeitrages positiv zu werten ist, so ist das vorgeschlagene Limit in Höhe von 15 Prozent des letzten Jahresüberschusses aus unserer Sicht viel zu hoch. Unter der Annahme, dass die Zumutbarkeitsgrenze im Regelfall greift, bedeutet eine

Abgabe in dieser Höhe nahezu eine Verdoppelung des regulären Körperschaftssteuersatzes für ein Kreditinstitut. Es ist unangemessen, den Anteilseigner bzw. den Eigentümern 15 Prozent des ausschüttungsfähigen Ergebnisses eines Unternehmens vorzuenthalten, insbesondere unter Berücksichtigung der Maßgabe, dass andere Finanzdienstleister, die indirekt ebenfalls von einem Stabilisierungsfonds profitieren und in direkter Konkurrenz zu Kreditinstituten stehen – insbesondere bei der Einwerbung von Gesellschaftskapital – nicht belastet werden.

Vergleichbare Abgaben in anderen Ländern Europas und Amerikas setzen weitaus geringere Zumutbarkeitsgrenzen. So wird in Großbritannien ein Limit von 10 Prozent vorgeschlagen. Eine so reduzierte Zumutbarkeitsgrenze ist in anderem Kontext verfassungsrechtlich getestet und vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden (vgl. § 8 EAEG im Verbindung mit § 1 Absatz 1 Satz 2 BeitragsVO; Bundesverfassungsgericht Beschluss vom 24. November 2009 – 2 BvR 1387/04, WM 2010, 17, 24 „EdW-Umlage“). **Um die deutsche Kreditwirtschaft nicht über Gebühr zu belasten und Wettbewerbsnachteile zu anderen Finanzplätzen zu vermeiden, sprechen wir uns dafür aus, den Jahresbeitrag für ein Instituts auf 10 Prozent des Jahresüberschusses zu begrenzen. Zudem müssen Belastungseffekte aus anderen Gesetzes- bzw. Regelungsinitiativen (siehe hierzu auch unsere grundsätzliche Anmerkungen zum Regelungsvorhaben³⁸) mit berücksichtigt werden.**

3. § 3 VO-E (Mindestbeiträge)

a) Aus Sicht des Bankenverbandes ist ein Mindestbeitrag in Höhe von 5 Prozent des Jahresbeitrages unangemessen und abzulehnen. Einerseits bedeutet eine solche Behandlung eine Substanzbesteuerung für Kreditinstitute, da die Abgabe somit nicht erfolgsabhängig ist und zudem nicht als Aufwand steuermindernd angerechnet werden darf. Letztlich führt die vorgeschlagene nachgelagerte Substanzbesteuerung zu stark prozyklischen Effekten. Dies lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen: Ein Institut, welches zum 31. Dezember 2007 (auf dem Höhepunkt des Booms) einen hohen Gewinn ausgewiesen hätte, wäre zum 30. September 2008 (auf dem Höhepunkt der Krise, direkt nach der „Lehman-Pleite“) gezwungen gewesen, eine Abgabe zu leisten. Diese Abgabe hätte den Jahresfehlbetrag zum 31. Dezember 2008 weiter ausgeweitet und damit das Eigenkapital des Instituts weiter verringert. Zum 30. September 2009 hätte das Institut erneut eine Abgabe, diesmal in Höhe von mindestens 5 Prozent des regulären Jahresbeitrages entrichten müssen. Unter der Annahme einer „schwarzen Null“ zum 31. Dezember 2009 wäre es mithin trotzdem zu einer weiteren Reduzierung des Eigenkapitals des Instituts gekommen.

³⁸ Seite 2 der Stellungnahme zum Restrukturierungsgesetz..

b) Andererseits kann die Regelung zu den Mindestbeiträgen bei dauerhaft nicht profitablen Instituten fragwürdige Ergebnisse herbeiführen. Diese würden durch den Erlass von bis zu 95 Prozent des Jahresbeitrags zu Lasten der profitablen Wettbewerber subventioniert. Dauerhaft ertragsschwache Unternehmen, die im Zweifel über kein stabiles Geschäftsmodell verfügen, beteiligen sich somit lediglich mit einem Zwanzigstel ihrer Beitragspflicht und werden u. U. von anderen gestützt, die hierfür bis zu 60 Prozent eines - oder in mehreren Jahren auch mehrerer - Jahresüberschüsse leisten müssen. Dies fördert nicht die Stabilität des Systems und setzt implizit Fehlanreize. Um dies zu vermeiden und bereits durch die Androhung von Sanktionen einen Lenkungseffekt zu erzielen, **wäre beispielsweise die Einführung einer Nachzahlungspflicht sowie bei nachhaltiger Anwendbarkeit der Mindestbeitragsregelung über mehrere Jahre die Anordnung von Maßnahmen nach §§ 45ff. KWG-RegE denkbar.**