

BVR · Schellingstraße 4 · 10785 Berlin

Frau MdB
Ingrid Arndt-Brauer
Vorsitzende des Finanzausschusses
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Deutscher Sparkassen- und
Giroverband e. V.

Bundesverband Öffentlicher
Banken Deutschlands e. V.

Verband deutscher Pfandbriefbanken e.V.

Bundesverband der Deutschen
Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4
10785 Berlin

Telefon (030) 20 21 - 0 · Durchwahl: 20 21 - 2323
Telefax (030) 20 21 - 19 2300
E-Mail: o.achtelik@bvr.de
www.BVR.de

Berlin, 1. Oktober 2014

Ihre Zeichen
Ihre Nachricht
Unsere Zeichen Sse/Ach/BW
Aktenzeichen

Anhörung zum BRRD-Umsetzungsgesetz im Finanzausschuss am 6. Oktober 2014 Hier: FMSA als Abwicklungsbehörde

Sehr geehrte Frau Arndt-Brauer,

am 6. Oktober 2014 findet im Finanzausschuss des Bundestages die Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen sowie zur Änderung weiterer Richtlinien statt („**BRRD-Umsetzungsg**“). Die vorgenannten Verbände haben sich bereits gegenüber dem Finanzausschuss in einer gemeinsamen Stellungnahme zu dem Gesetzesvorhaben positioniert.

Im Rahmen dieser Stellungnahme hatten wir uns auch gegen die im Gesetzentwurf vorgesehene Umlagefinanzierung an die FMSA zur Deckung der im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Aufgaben nach dem BRRD-Umsetzungsgesetz anfallenden Kosten gewandt. Diese ist gerade für kleine Institute angesichts der vielfältigen regulatorischen Belastungen kaum noch darstellbar.

Vor diesem Hintergrund haben wir uns auch dafür ausgesprochen, die Abwicklungsaufgaben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu übertragen. Die stattdessen im Gesetzentwurf vorgesehene Zuweisung der Abwicklungsaufgaben an die FMSA sowie deren spätere Eingliederung in die BaFin halten wir für nicht zielführend.

Die BaFin hat zur Bewältigung der Aufgaben aus der BRRD in ihrem Haushalt 2013 bereits Planstellen berücksichtigt, die nach unserer Kenntnis auch schon weitestgehend besetzt sind. Auch hat die BaFin in den letzten zweieinhalb Jahren sukzessive die Fachkompetenz in diesem Bereich weiter auf- und ausgebaut und steht über etablierte Fachgremien und Arbeitsgruppen in einem konstruktiven fachlichen Dialog mit Instituten, Verbänden und Prüfern zu verschiedensten Themen im Bereich der Abwicklung. Ein derartiges Know How müsste an anderer Stelle erst mühsam aufgebaut werden.

Nunmehr ist uns bekanntgeworden, dass derzeit bereits Bestrebungen in der FMSA zur Übernahme der Abwicklungsthemen angelaufen sind. Dabei geht man in der FMSA für die zu schaffende Verwaltungsstruktur offenbar von einer hohen zweistelligen Anzahl an Planstellen aus. Damit ist bereits jetzt vorhersehbar, dass im späteren Verlauf zwei parallel laufende Strukturen zusammengeführt werden müssten. In der Konsequenz entstünde ein Personalüberhang, dem keine adäquate Verwendung gegenüber steht. Auch könnten solche personellen Überkapazitäten nach allgemeinem Arbeitsrecht bzw. Beamtenrecht nicht kurzfristig abgebaut werden. Nicht zuletzt wäre dieser unnötige zusätzliche Personalaufwand für diese Stellen von den Instituten zu tragen.

Aus unserer Sicht ist es nicht nachvollziehbar, dass hier zunächst in der FMSA eine kostenträchtige Parallelstruktur aufgebaut wird, die dann später in einem praktisch ohne Weiteres gar nicht durchführbaren Prozess mühsam in die BaFin integriert werden soll. Vielmehr kann die durchaus sinnvolle Trennung zwischen operativer Aufsicht und Abwicklung durch eine entsprechend organisatorische Trennung der bereits bei der BaFin vorhandenen Fachbereiche in einer für die Institute kostensparenderen Weise erreicht werden.

Wir würden uns freuen, wenn Sie diesen Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsprozess unterstützen würden.

Für Rückfragen stehen Ihnen die Unterzeichner gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Bundesverband der Deutschen
Volksbanken und Raiffeisenbanken · BVR



Gerhard Hofmann

i. V.



Olaf Achtelik

12. September 2014

Stellungnahme zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (BRRD-Umsetzungsgesetz)

Mit dem nunmehr vorgelegten Gesetzentwurf beabsichtigt die Bundesregierung den in der Richtlinie 2014/59/EU zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (nachfolgend BRRD oder Richtlinie) formulierten gesetzgeberischen Auftrag bis Ende des Jahres 2014 umzusetzen. Der Entwurf setzt dazu auf den bereits vorhandenen nationalen Abwicklungsregelungen auf. Dies führt an vielen Stellen zu Inkonsistenzen. So werden teilweise Vorgaben der Richtlinie nicht bzw. nicht vollständig umgesetzt, teilweise werden mögliche Auslegungsspielräume nicht genutzt, um eine dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und den Besonderheiten des deutschen 3-Säulenmodells im Bankensektor entsprechende Umsetzung der Richtlinie zu gewährleisten. Besonders wichtig sind uns dabei die folgenden Punkte:

- Das Instrument des Bail-in sollte EU-weit zeitgleich mit der SRM-Verordnung zum 1. Januar 2016 in Kraft treten und nicht einseitig in Deutschland um ein Jahr vorgezogen werden.
- Sollte ein Institutssicherungssystem die Sanierungsplanung für seine Mitglieder übernehmen, so muss eine Prozess- und Verfahrensbeschreibung des Institutssicherungssystems als ausreichend angesehen werden.
- Die Voraussetzung des „öffentlichen Interesses“ für sämtliche Abwicklungsmaßnahmen, welches in der BRRD als Verhältnismäßigkeitsregulativ vorgesehen werden muss, muss auch in das SAG ausdrücklich übernommen werden.
- Im BRRD-Umsetzungsgesetz sollte deutlich hervorgehoben werden, dass die Abschreibungsvariante eine gleichwertige Möglichkeit zur Kapital-/Gläubigerbeteiligung im Fall von Verlusten darstellt. Die Möglichkeit eines Rechtsformwechsels ist nicht erforderlich bzw. ultima ratio.
- Ferner lehnen wir die Regelung des § 149 Abs. 2 Nr. 4 SAG-E ab, die dazu führt, dass für den formwechselnden Rechtsträger die Mitgliedschaft im Einlagensiche-

rungssystem bzw. in den institutssicherenden Einrichtungen fortzusetzen ist und seitens der Einlagen- bzw. Institutssicherungssysteme nicht in Folge des Formwechsels beendet werden kann. Eine solche Vorgabe stellt u. E. einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Struktur- und Organisationshoheit der Institutssicherungssysteme dar und geht darüber hinaus über die Anforderungen der BRRD hinaus.

- Die geplante Umlagefinanzierung der FMSA im Hinblick auf Aufgaben nach dem SAG lehnen wir ab.

Im Einzelnen ergeben sich aus unserer Sicht die nachfolgend genannten Kritikpunkte.

I. Grundsätzliche Anmerkungen

1. In der einleitenden Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird sowohl im Abschnitt "A. Problem und Ziel" als auch im Abschnitt "B. Lösung" an mehreren Stellen der Eindruck erweckt, die Vorgaben der in Rede stehenden Richtlinie und deren Umsetzung im BRRD-Umsetzungsgesetz richte sich lediglich an systemrelevante Institute und Finanzgruppen. Dies ist hingegen nicht der Fall. Vielmehr werden alle Institute von den Regelungen zur Sanierung und Abwicklung betroffen sein, ohne dass im Gesetzeswortlaut in ausreichendem Umfang Proportionalitätsgesichtspunkte berücksichtigt werden. Die in der einleitenden Begründung angesprochenen Befreiungsmöglichkeiten von der Sanierungsplanung für nicht systemrelevante Institute stellen nur dann eine echte Erleichterung dar, wenn eine Prozess- und Verfahrensbeschreibung des Institutssicherungssystems den Anforderungen genügt, ohne dass individuelle Sanierungspläne durch das Institutssicherungssystem erstellt werden müssen.

2. Die im Gesetzentwurf genannten Beträge für den Erfüllungsaufwand in der Kreditwirtschaft sind in dieser Form nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Genannt wird ein Erfüllungsaufwand von 23,60 Mio. €, wovon 17,52 Mio. € auf Informationspflichten entfielen. Die Deutsche Kreditwirtschaft hatte dem Normenkontrollrat bereits im Rahmen einer Anfrage zu den Mindestanforderungen zur Sanierungsplanung (MaSan) mitgeteilt, dass sich die Kosten bei den wenigen von den MaSan zurzeit betroffenen Instituten - und bei denen lediglich bezogen auf die Sanierungsplanung - durchschnittlich säulenübergreifend für die erstmalige Planerstellung auf rund 5 Mio. Euro und die laufenden jährlichen Kosten auf etwa 0,75 Mio. Euro belaufen. Wenn der Kreis der zur Erstellung von Sanierungsplänen verpflichteten Institute nunmehr ausgeweitet wird und Institute zudem weiteren Pflichten (Mitwirkungspflichten im Rahmen der Abwicklungsplanung, Bereitstellung Bail-in-fähiger Verbindlichkeiten etc.) nachzukommen haben, gehen wir davon aus, dass der Erfüllungsaufwand höher als beziffert liegen wird.

3. Das Bail-in-Instrument soll - trotz der in der BRRD vorgesehenen Möglichkeit zur Verschiebung des Geltungszeitpunktes auf 2016 (= Geltungszeitpunkt der SRM-Verordnung) – in Deutschland bereits ab Januar 2015 angewendet werden. Wir sehen darin erhebliche Wettbewerbsnachteile für sämtliche deutsche Kreditinstitute. Investoren würden mit erhöhter Aufmerksamkeit das vorzeitige Inkrafttreten in Deutschland registrieren und entsprechende Preisaufschläge von deutschen Kreditinstituten bei deren Refinanzierung verlangen. Wir sprechen uns vor diesem Hintergrund dafür aus, dass das Instrument des Bail-in EU-weit zeitgleich mit Inkrafttreten der SRM-Verordnung zum 1. Januar 2016 in Kraft treten sollte.

4. Dem Regierungsentwurf zufolge soll zunächst die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA) als Abwicklungsbehörde fungieren. Später soll die FMSA als Anstalt in der Anstalt auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) übertragen werden. Die Institute haben sich in den letzten Jahren hinsichtlich der Sanierungs- und Abwicklungsplanung intensiv mit den zuständigen Mitarbeitern der BaFin ausgetauscht, die insofern für diese Aufgabe die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen mitbringen. Folglich wäre es nur konsequent, die BaFin direkt mit dieser Aufgabe zu betrauen. Es bliebe dem Gesetzgeber dabei unbenommen, weitere Mitarbeiter der FMSA sukzessive an diese Aufgabe heranzuführen, indem sie in den folgenden Jahren in die BaFin überführt werden. Aus Sicht der Institute sind mit der geplanten Vorgehensweise unnötige zusätzliche Kosten und ggfs. erneuter Verwaltungsaufwand, beispielsweise durch sich wiederholenden Informationsbedarf seitens der Mitarbeiter der FMSA verbunden. Darüber hinaus würden bei der FMSA neue Strukturen und Prozesse aufgebaut werden, die bei einer späteren Eingliederung in die BaFin ggf. nicht ohne Weiteres mit denen der BaFin kompatibel wären. Die nunmehr ins Auge gefasste Vorgehensweise erscheint hingegen kaum nachvollziehbar. Sofern eine Trennung zwischen operativer Aufsicht und Abwicklung verfolgt wird, wäre diese auch durch eine entsprechende Änderung der Geschäftsordnung bezüglich der Gruppe R in der BaFin möglich. Wir plädieren daher dafür, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bereits zum 1. Januar 2015 als Abwicklungsbehörde einzusetzen.

II. Einzelanmerkungen

1. Definition gedeckter Schuldverschreibungen

Die BRRD verweist für die Definition gedeckter Schuldverschreibungen auf Art. 52 Abs. 4 OGAW-Richtlinie. So definiert Art. 2 Abs. 1 Nr. 96 BRRD die "gedeckte Schuldverschreibung" als ein Instrument im Sinne von Artikel 52 Abs. 4 der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

Demgegenüber verwies der Referentenentwurf des BRRD-Umsetzungsgesetzes in § 2 Nr. 30 SAG-E zunächst auf Art. 129 Capital Requirements Regulation und definierte gedeckte Schuldverschreibungen als Instrumente im Sinne des Artikels 129 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013. Zwar wurde im Regierungsentwurf in § 2 Nr. 24 SAG-E eine Änderung vorgenommen. Diese ist aber wiederum nicht BRRD-gemäß, da sie allein auf das Pfandbriefgesetz abstellt. Der europäische Gesetzgeber hat sich bewusst für eine OGAW-basierte Definition von gedeckten Schuldverschreibungen entschieden, um eine Ungleichbehandlung einzelner einschlägiger Instrumente zu vermeiden. Mit der im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelung sind aber noch immer nicht alle Instrumente gemäß Art. 52 Abs. 4 der Richtlinie 2009/65/EG (OGAW) einbezogen. Insbesondere unterfallen auch bestimmte nicht im Pfandbriefgesetz genannte gedeckte Schuldverschreibungen (z.B. nach §§ 7ff., § 14 DSL-Bank-UmwandlungsG, § 9 DG-Bank-UmwandlungsG und § 13 Gesetz über die Landwirtschaftliche Rentenbank) ebenfalls der vorgenannten Vorschrift und waren auch in einem aufsichtlicherseits geführten Verzeichnis der privilegierten Instrumente nach Artikel 52 Abs. 4 der Richtlinie 2009/65/EG enthalten. Es ist keinerlei Grund ersichtlich, warum der deutsche Gesetzgeber hinter den Möglichkeiten der BRRD zurückbleiben und Emittenten gedeckter Schuldverschreibungen unterschiedlich behandeln sollte. Dies würde zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen für bedeutende Teile der deutschen Kreditwirtschaft führen. Daher erscheint es uns erforderlich, bei der Definition der gedeckten Schuldverschreibung im deutschen Umsetzungsgesetz auf die OGAW-basierte Definition der BRRD abzustellen und dies am einfachsten und klarsten durch die Übernahme des Wortlauts von Art. 2 Nr. 96 BRRD auf Instrumente gemäß Art. 52 Abs. 4 der Richtlinie 2009/65/EG zu tun.

2. Sanierungsplanung für Mitgliedsinstitute eines Institutssicherungssystems

Wenngleich von der Zielrichtung, nämlich der Entlastung kleiner Institute, prinzipiell zu begrüßen, so besteht hinsichtlich der Regelungen in § 20 sowie 16 Abs. 8 SAG-E im Hinblick auf die Übernahme der Erstellung von Sanierungsplänen durch Institutssicherungssysteme aus unserer Sicht noch Nachbesserungsbedarf. Die Vorschriften dienen der Umsetzung von Art. 4 Abs. 8 und 9 BRRD. Zweck der Vorschriften ist es nach Erwägungsgrund (27) der Richtlinie, zur Vermeidung bürokratischen Aufwands bei bestimmten Instituten auf die Ausarbeitung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen zu verzichten. Im Fall der Sanierungsplanerstellung soll der Gesetzgeber sicherstellen, dass eine Befreiung des Instituts u. a. nur erfolgt, wenn dieses einem Institutssicherungssystem angehört und das Institutssicherungssystem für das Institut einen Plan vorlegt.

Der Regelung liegt der zutreffende Gedanke zu Grunde, dass die Zugehörigkeit zu einem Institutssicherungssystem der Sanierungsplanung einen konzeptionellen Rahmen gibt. Das Institutssicherungssystem selbst ist mit seinen umfassenden organisatorischen Maßnahmen zur Frühintervention sowie zur Bewältigung von Krisensituationen als institutio-

nalisiertem Präventionsmechanismus anzusehen, der über hinreichende und langjährig erprobte Sanierungsmechanismen verfügt. Demgemäß erlaubt die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber Institute von der Erstellung eines Sanierungsplans dergestalt zu befreien, dass das gesetzlich bzw. aufsichtlich anerkannte Institutssicherungssystem einen Plan erstellt. Die in § 20 SAG-E vorgesehene Befreiungsmöglichkeit von der Sanierungsplanung für Mitgliedsinstitute eines Institutssicherungssystems stellen jedoch nur dann eine echte Erleichterung dar, wenn eine Prozess- und Verfahrensbeschreibung der Mechanismen des Institutssicherungssystems als solchem den Anforderungen genügt, ohne dass individuelle Sanierungspläne durch das Institutssicherungssystem für seine Mitglieder erstellt werden müssen. Alle notwendigen Maßnahmen sind in den Mechanismen der Institutssicherungssysteme bereits enthalten. Es ist nach Art. 113 Abs. 7 CRR gerade Aufgabe des Institutssicherungssystems Institute abzusichern und insbesondere bei Bedarf ihre Liquidität und Solvenz sicherzustellen, um eine Insolvenz zu vermeiden. Die Erstellung mehrerer hundert individueller Sanierungspläne würde daher keinen zusätzlichen Nutzen generieren und wäre den Institutssicherungssystemen zudem bereits aus tatsächlichen Gründen kaum möglich. Schließlich käme es ansonsten auch zu einer einseitigen Privilegierung der Abwicklungsbehörden. So wie es Abwicklungsbehörden nach den einschlägigen Vorgaben der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde EBA erlaubt sein soll, bei Instituten oder Gruppen, die vergleichbare Risiken aufweisen, eine identische Abwicklungsplanung bzw. -bewertung vorzunehmen, muss es für die Sanierungsplanung eines Instituts ausreichen, wenn z.B. ein Institutssicherungssystem Verfahren, Prozesse und Leitlinien zur Sanierung seiner Mitglieder vorhält.

Richtigerweise sieht der Gesetzentwurf in § 20 Abs. 2 Satz 3 SAG-E die Möglichkeit eines Sammelbefreiungsantrages durch das Institutssicherungssystem vor. Dadurch wird verdeutlicht, dass die Initiative zweckmäßigerweise vom Institutssicherungssystem, welches genaue Kenntnisse über die Situation der Mitgliedsinstitute besitzt. Dies sollte dann aber auch mit Blick auf Einzelanträge gelten. Zurzeit geht § 20 Abs. 1 Satz 1 SAG-E aber davon aus, dass der Antrag vom Institut gestellt wird und dieser dann lediglich der Zustimmung des Institutssicherungssystems bedarf

Zudem bitten wir um Streichung des Wortes „gegebenenfalls“ in § 20 Abs. 4 SAG-E, da – sofern das Institutssicherungssystem den Sanierungsplan erstellt – stets mindestens vereinfachte Anforderungen gelten. Es wäre kaum nachvollziehbar, wenn ein Institut erfolgreich einen Befreiungsantrag stellt, dann aber nicht einmal von Vereinfachungen bzw. einer als Sanierungsplan des Institutssicherungssystems für seine Mitglieder dienenden Verfahrens- und Prozessbeschreibung profitieren würde, sondern die Arbeit der Erstellung eines umfassenden Sanierungsplanes einfach auf das Institutssicherungssysteme übertragen könnte. In diesem Zusammenhang möchten wir ferner der Auffassung in der Gesetzesbegründung entgegenreten, dass stets eine individuelle Prüfung über das „ob“ einer Befreiung bei Mitgliedern eines Institutssicherungssystems erforderlich ist. Vielmehr

legt § 20 Satz 2 SAG-E bereits fest, wann ein Mitgliedsinstitut eines Institutssicherungssystems nicht von einer Befreiung profitiert. Folglich ist bei allen anderen Instituten von einer Befreiung auszugehen.

Rechtlich bedenklich ist schließlich die pauschale Verweisung in § 16 Abs. 8 SAG-E. Diese sieht vor, dass im Fall der Befreiung eines Instituts von der Sanierungsplanerstellung und Übergang der Aufgabe auf das Institutssicherungssystem die in § 20 Abs. 1 bis 7 SAG-E genannten Befugnisse der Aufsichtsbehörde gegenüber dem Institutssicherungssystem zustehen. Insbesondere die in § 16 Abs. 4 und 5 SAG-E genannten Befugnisse können sich aber nur auf ein einzelnes Institut, nicht aber auf ein Institutssicherungssystem beziehen. Ein Institutssicherungssystem kann seinen Mitgliedern – jedenfalls für Zwecke des SAG - z.B. nicht vorschreiben, das Liquiditätsrisiko zu verringern oder die Organisation des Unternehmens zu ändern. Institute können zwar beispielsweise satzungsgemäß verpflichtet sein, ihre Geschäfte nach den für sie geltenden gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten zu führen, um finanzielle Belastungen des Institutssicherungssystems zu vermeiden. Dies bezieht sich aber nicht auf vermeintliche, auf dem Rechtsweg überprüfbare, Mängel eines Sanierungsplans. Der Regelung in § 16 Abs. 8 SAG-E stehen daher rechtliche Grenzen entgegen, da es sich bei den Mitgliedern des Institutssicherungssystems um rechtlich selbständige Institute handelt. Es ist daher nicht möglich, der Institutssicherungseinrichtung gegenüber einen Verwaltungsakt zur Durchführung belastender institutsindividueller und institutsinterner Maßnahmen erlassen, die nur vom Institut durchgeführt werden können. Adressat eines solchen Verwaltungsaktes muss daher das betroffene Institut selbst sein.

3. Frist zur Erstellung von Sanierungsplänen

Gemäß dem derzeit noch geltenden § 47a Abs. 4 S. 1 KWG haben die durch die BaFin aufgeführten Institute sechs Monate Zeit, einen ersten Sanierungsplan einzureichen. Es besteht jedoch die Möglichkeit, diese Frist auf Antrag des Kreditinstitutes um bis zu sechs Monate zu verlängern. Das BRRD-Umsetzungsgesetz sieht eine derartige Fristverlängerungsoption zwar nicht explizit vor, allerdings lässt die Richtlinie in diesem Punkt durchaus Spielraum für Auslegung. So heißt es in Art. 4 der Sanierungs- und Abwicklungsplanung (Titel II, Kapitel 1, Abschnitt 1) der Richtlinie, dass der Zeitpunkt, bis zu dem die ersten Sanierungs- und Abwicklungspläne zu erstellen sind, von den zuständigen Behörden und Abwicklungsbehörden nach dem Proportionalitätsprinzip festgelegt werden kann. Eine konkrete Monatsfrist ist nicht genannt. Daher sprechen wir uns dafür aus, die bestehende Fristverlängerungsoption des § 47a Abs. 4 S. 2 KWG im Rahmen der §§ 12ff. SAG-E, z. B. im Rahmen von § 12 Abs. 3 SAG-E, weiterhin beizubehalten.

In diesem Zusammenhang möchten wir auch noch einmal auf die „Befreiungsmöglichkeit“ von Instituten, die Mitglieder einer Institutssicherungseinrichtung sind, eingehen.

Eine sechsmonatige Frist zur Erstellung eines Sanierungsplanes ergibt nur Sinn, sofern eine Prozess- und Verfahrensbeschreibung der Mechanismen des Institutssicherungssystems als solche den Anforderungen genügt. Andernfalls wäre es offensichtlich, dass mehrere hundert individuelle Sanierungspläne binnen einer sechsmonatigen Frist nicht vom Institutssicherungssystem zur Verfügung gestellt werden könnten.

4. Frühinterventionsmaßnahmen

Die §§ 36ff. SAG-E enthalten Vorgaben zu Frühinterventionsmaßnahmen der Aufsichtsbehörde. Hier regen wir an, § 36 SAG-E dergestalt zu ergänzen, dass vor Anordnung von Maßnahmen gegenüber einem Institut, sich die Aufsichtsbehörde mit der zuständigen Institutssicherungs- bzw. Entschädigungseinrichtung ins Benehmen setzen muss. Ggf. liegen dort weitere Informationen vor bzw. sind bereits ohnehin Gegenmaßnahmen eingeleitet worden. Dies sollte aber vor Ergreifen von Maßnahmen durch die Aufsichtsbehörde berücksichtigt werden.

5. Bestellung eines Sonderverwalters

§ 38 SAG-E enthält eine umfassende Regelung für Kreditinstitute, die festlegt, wann von der Aufsicht ein Sonderverwalter bestellt werden kann. § 38 Abs. 5 SAG-E sieht vor, dass § 45c KWG, der ebenfalls die Bestellung eines Sonderverwalters regelt, aber an andere Voraussetzungen anknüpft, unberührt bleibt. Die Bestellung eines Sonderverwalters stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte des Instituts und seiner Anteilseigner dar. Daher erscheint es geboten, dass die entsprechenden Befugnisse der Aufsicht gegenüber deutschen Instituten nicht noch über den auf EU-Ebene vereinbarten Umfang hinausgehen. Es wird um Streichung dieses Passus gebeten.

6. Mitwirkung bei der Erstellung von Abwicklungsplänen

Im Hinblick auf die in § 42 SAG-E geregelte Mitwirkungspflicht des Institutes bei der Erstellung von Abwicklungsplänen durch die Abwicklungsbehörde möchten wir vorsorglich noch einmal die in § 42 SAG-E ansatzweise enthaltenen Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit unterstreichen. Dies gilt auch deshalb, da die Generierung der Information durch das betroffene Kreditinstitut oder die Finanzgruppe zu erheblichen finanziellen Belastungen führen kann, die Abwicklungsbehörde aber gerade nicht zum Ersatz entsprechender Kosten verpflichtet sein soll. Insbesondere muss dies auch für kleinere und mittlere Institute gelten, für die nach § 41 SAG-E vereinfachte Anforderungen möglich sind. Gerade mit Blick auf die vorgenannte Gruppe von Instituten hatte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung und in dem Bericht des zuständigen Finanzausschusses des Bundestages zum Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen eine Klarstellung vorgenommen, nach der pauschalierende Betrachtungen ausreichen und Mitwirkungspflichten (z.B. Weitergabe von Informationen) diese Institute nicht unangemessen belasten dür-

fen. Diese Grundsätze müssen auch weiterhin Bestand haben und zum Ausdruck gebracht werden.

7. Zentrale Verwahrung und Verwaltung von Verträgen

Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 SAG-E kann verlangt werden, dass Institute und gruppenangehörige Unternehmen sowie das übergeordnete Unternehmen einer Gruppe für die gesamte Gruppe sämtliche Verträge zentral verwahren und angemessen verwalten. Diese Anforderung geht gleich in mehrfacher Hinsicht über die Vorgaben von Art. 71 Abs. 7 BRRD hinaus. Zunächst ist Art. 71 Abs. 1 BRRD in keiner Weise zu entnehmen, dass das übergeordnete Unternehmen der Gruppe für die gesamte Gruppe die Verträge verwahrt und angemessen verwaltet. Ferner spricht Art. 71 Abs. 7 BRRD nur davon, dass die zuständigen Behörden detaillierte Aufzeichnungen über Verträge verlangen können. Dies kann aber z.B. auch durch das Führen einer Liste erfolgen, ohne dass Verträge zentral in der Gruppe verwahrt oder verwaltet werden. Vor diesem Hintergrund sollte auf ein goldplating verzichtet werden und die Anforderung auf das nach der Richtlinie erforderliche Maß reduziert werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nach den anderen Sprachfassungen der BRRD (z.B. englisch, französisch, italienisch, spanisch) in Art. 71 Abs.7 BRRD die zentrale Verwahrungspflicht nur für Finanzkontrakte ("financial contracts", "contrats financiers", "contratti finanziari", "contratos financieros"...) gilt und insoweit in der deutschen Fassung der BRRD, in der nur allgemein von „Verträgen“ die Rede ist, offensichtlich ein Übersetzungsfehler vorliegt, der sich im Regierungsentwurf fortsetzt. Finanzkontrakte sind in allen Sprachfassungen (auch in der deutschen) in Art. 2 Abs.1 Nr.100 BRRD konkret und ausführlich definiert. Diese Definition der Finanzkontrakte wurde auch in § 2 Abs. 3 Nr. 21 SAG-E übernommen. Nur auf die dort definierten Finanzkontrakte und keineswegs auf alle "Verträge" bezieht sich nach der Intention des europäischen Gesetzgebers die in Art. 71 Abs. 7 BRRD geregelte Pflicht zur detaillierten Aufzeichnung. Aufzeichnungspflichten bezüglich aller Verträge (z.B. auch von Arbeitsverträgen oder Beschaffungsverträgen) passen nicht zu Sinn und Zweck der BRRD. Der Vorrang übereinstimmender anderer Sprachfassungen gegenüber einer abweichenden deutschen Sprachfassung hat in anderem Zusammenhang der EUGH kürzlich festgestellt (EUGH C-359/12 vom 15. Mai 2014). Der diesbezügliche Übersetzungsfehler in der deutschen Sprachfassung der BRRD ist nach der EUGH Rechtsprechung unbeachtlich. Er ist daher nicht in das BRRD-UmsG zu übernehmen.

In diesem Kontext möchten wir zudem darauf hinweisen, dass die Definition der Finanzkontrakte im BRRD-UmsG nicht identisch mit der Definition in der BRRD ist. Die Erweiterung in § 2 Abs. 3 Nr. 21 a) dd) und ee) SAG-E findet sich nicht in der Richtliniendefinition und würde damit eine Vielzahl weiterer Verträge erfassen als es die Richtlinie vorschreibt. Des Weiteren ist auch § 2 Abs. 3 Nr. 21 g) SAG-E weiter gefasst als der Richtlinienentwurf, da er sich auf alle in den Buchstaben a) bis f) genannten Kontrakte und Verein-

barungen bezieht, während die Richtliniendefinition unter Ziffer 100 (d) (iii) eine Regelung für ähnliche Vereinbarungen nur in der Unterkategorie Swap-Vereinbarungen normiert. Auch insoweit bitten wir um Korrektur.

8. Mindestbetrag berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten

Durch die Verortung der Regelungen über den Mindestbetrag berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten in den § 49 ff. SAG-E wurde die Systematik innerhalb der BRRD nicht zutreffend umgesetzt. Nach Art. 45 BRRD unterliegen die Anforderungen an die Mindestquote bail-in-fähiger Verbindlichkeiten ebenso wie alle anderen Abwicklungsinstrumente den Abwicklungsvoraussetzungen in Art. 32 BRRD. Erforderlich ist demnach, dass der Einsatz eines Abwicklungsinstruments im öffentlichen Interesse steht. Diese Voraussetzung ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn ein Institut im Insolvenzverfahren abwickelbar ist (vgl. dazu auch ausführlich unten unter 11.). Solche Institute müssten demnach folgerichtig auch keine bail-in-fähigen Verbindlichkeiten vorhalten. Insbesondere kleine Institute werden so zu Recht entlastet. Im SAG-E finden sich die Abwicklungsvoraussetzungen in § 62 SAG-E, der zudem von seinem Wortlaut her Art. 32 BRRD nicht hinreichend abbildet (siehe dazu sogleich unter 11.). Es wird daher der Eindruck erweckt, alle Institute müssten eine wie auch immer geartete Quote erfüllen. Dies ist nach unserer Auffassung unzutreffend.

Die weiteren Kriterien, an denen sich der institutsspezifische Mindestbeitrag an berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten orientieren soll, sind in § 49 Abs. 4 SAG-E geregelt. Diese Vorschrift soll Art. 45 Abs. 6 BRRD umsetzen. Dabei wurde jeweils in den Nr. 1 bis 3 der Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit“ durch den Begriff des „Erfordernisses“ ersetzt. Nur durch den Begriff der „Erforderlichkeit“ würde jedoch deutlich, dass bei der Festlegung eine vertiefte Verhältnismäßigkeitsprüfung von der zuständigen Stelle gefordert ist. Wir bitten daher um richtliniengetreue Umsetzung.

Ferner regen wir in diesem Kontext an, den von dem Mindestbeitrag betroffenen Instituten zur erforderlichen Planungszwecken nunmehr möglichst zeitnah die entsprechenden Mindestquoten bekanntzugeben und ggf. vorher auf Verbandsebene entsprechende Vorgespräche zu führen (vgl. dazu auch unten Nr. 16).

9. Einhaltung des Mindestbetrags berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten durch vertragliche Instrumente

In § 53 Abs. 1 SAG-E ist vorgesehen, dass die Abwicklungsbehörde festlegen kann, dass der Mindestbetrag an Eigenmitteln und berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten teilweise durch Instrumente mit einer vertraglichen Gläubigerbeteiligungsklausel zu erfüllen ist. Diese Regelung wird den Vorgaben von Art. 45 (13) und (14) BRRD nicht gerecht. Das Instrument des contractual „bail-in“ ist nach der Intention der Richtlinie (siehe Erwä-

gungsgrund 78) dort zur Anwendung zu bringen, wo unklar ist, ob bestimmte, nach dem Recht eines Drittstaates begründete Forderungen wandel- oder abschreibbar sind. Keinesfalls darf Instituten aufgezwungen werden, sich in bestimmten Produkten zu engagieren. Von einer solchen aufsichtlichen Zwangsverpflichtung sollte daher abgesehen werden.

10. Beseitigung von verfahrenstechnischen Hindernissen für das Instrument der Gläubigerbeteiligung

§ 56 SAG-E enthält Regelungen, die die Beseitigung von verfahrenstechnischen Hindernissen für das Instrument der Gläubigerbeteiligung vorsehen. Nach § 56 Abs. 1 SAG-E kann die Abwicklungsbehörde verlangen, dass Institute oder gruppenangehörige Unternehmen jederzeit in ausreichendem Umfang genehmigtes Grundkapital, genehmigtes Stammkapital oder andere Instrumente des harten Kernkapitals vorhalten, um die praktische Durchführbarkeit der Umwandlung von Verbindlichkeiten in Anteile oder andere Instrumente des harten Kernkapitals durch die Ausgabe neuer Anteile oder anderer Instrumente des harten Kernkapitals zu gewährleisten. Unter bestimmten Voraussetzungen kann von diesen Anforderungen abgewichen werden. In § 56 Abs. 3 SAG-E heißt es:

„Absatz 1 gilt nicht, wenn rechtsformspezifische Besonderheiten dem Vorhalten von Instrumenten des harten Kernkapitals entgegenstehen und die Möglichkeit der Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung bei Vorliegen der Abwicklungsvoraussetzungen oder der Voraussetzungen des § 65 durch andere Maßnahmen, insbesondere die Anordnung eines Rechtsformwechsels nach § 149, sichergestellt ist.“

Die Richtlinie sieht demgegenüber in Art. 63 Abs. 3 BRRD im Falle der Nichtanwendbarkeit der Anordnungsbefugnisse der Abwicklungsbehörde aufgrund der spezifischen Rechtsform des Instituts vor, dass die Behörde über anderweitige Befugnisse verfügen soll, die in ihrer Wirkung diesen so ähnlich wie möglich sind. In der Richtlinie heißt es in Art. 63 Abs. 3 BRRD:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Abwicklungsbehörden – insofern eine oder mehrere der in Absatz 1 dieses Artikels aufgelisteten Befugnisse auf ein Unternehmen im Sinne des Artikels 1 dieser Richtlinie aufgrund dessen spezifischer Rechtsform nicht anwendbar ist oder sind – über Befugnisse verfügen, die – auch hinsichtlich ihrer Wirkung – diesen so ähnlich wie möglich sind.“

(Unterstreichungen durch den Verfasser)

Anders als etwa bei Aktiengesellschaften wird insbesondere bei Anstalten des öffentlichen Rechts die Eigentümerstellung gerade nicht durch Kapitalanteile vermittelt. Öffentlich-

rechtliche Institute haben keine Eigentümer, sondern Träger und verfügen daher auch nicht über fungible Kernkapitalinstrumente. Aus diesem Grund ist das Instrument der Wandlung von Verbindlichkeiten in Kernkapitalinstrumente für diese Institute im Hinblick auf ihre Rechtsform nicht umsetzbar. Auch bei genossenschaftlichen Instituten können einer Wandlung Gründe entgegenstehen (z.B. Obergrenzen für den Gesamtbetrag von Geschäftsanteilen, Zulassung zum Beitritt der Genossenschaft). Allerdings sehen sowohl die BRRD als auch das SAG-E einen Abschreibungsmechanismus vor (§§ 89 ff. SAG-E), der hinsichtlich seiner Wirkung eine gleichwertige Möglichkeit bietet, um das gewünschte Ziel der Beteiligung von Eigenkapital- und Fremdkapitalinstrumenten (Gläubigerbeteiligung) zu erreichen.

Hierfür spricht auch die ökonomisch gleichwertige Wirkung der Abschreibung im Vergleich zur Wandlung. Durch die Abschreibung von Verbindlichkeiten können Verluste aufgefangen werden. Buchhalterisch wird durch die Abschreibung einer Verbindlichkeit ein außerordentlicher Ertrag in der Gewinn- und Verlustrechnung generiert. Dieser Gewinn stärkt direkt das Eigenkapital in Form von (Gewinn-) Rücklagen. Bei betroffenen Instituten würde insoweit eine direkte Stärkung des Eigenkapitals (Rücklagen) erfolgen können. Dies ist zum Wiederaufbau des Kernkapitals ausreichend. Der Umfang der für die Sanierung eines Instituts notwendigen Abschreibung orientiert sich an dem Umfang der durch Verluste aufgezehrten Eigenmittel. Bail-in Instrumente müssten insoweit abgeschrieben werden, als dass der durch die Abschreibung generierte außerordentliche Ertrag und damit Eigenkapitalzuwachs den Mindesteigenkapitalanforderungen der Capital Requirements Regulation (CRR) entspricht.

Im Ergebnis stellt eine Abschreibung somit eine echte und mindestens gleichwertige, wirksame Alternative zu einer Wandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapitalanteile dar. Wir sprechen uns aus diesen Gründen gegen die derzeitige Formulierung in § 56 Abs. 3 SAG-E aus. Im BRRD-Umsetzungsgesetz muss deutlich hervorgehoben werden, dass die Abschreibungsvariante eine gleichwertige Möglichkeit zur Kapital/Gläubigerbeteiligung im Fall von Verlusten darstellt. Die Möglichkeit eines Rechtsformwechsels ist nicht erforderlich bzw. ultima ratio (vgl. Ausführungen zu Ziffer 13), sollte jedoch in jedem Fall aus der Regelung des § 56 Abs. 3 SAG-E gestrichen werden.

11. Abwicklungsziele und Voraussetzungen für Abwicklungsmaßnahmen

Die u.a. in §§ 62ff. SAG-E beibehaltene und aus dem bisherigen KWG übernommene Systematik der Bestands- und Systemgefährdung erscheint vor dem Hintergrund der konkreten Vorgaben der BRRD nicht mehr sachgerecht. Vorgaben und Voraussetzungen der BRRD im Hinblick auf Abwicklungsvoraussetzungen und Abwicklungsziele werden dadurch nur inkonsistent wiedergegeben, während diese in der BRRD klar und eindeutig festgelegt sind. Werden in Art. 31 Abs. 2 BRRD als Abwicklungsziele die Sicherstellung

der Kontinuität kritischer Funktionen, die Vermeidung erheblicher negativer Auswirkungen auf die Finanzstabilität, vor allem durch die Verhinderung einer Ansteckung, beispielsweise von Marktinfrastrukturen, und durch die Erhaltung der Marktdisziplin, der Schutz öffentlicher Mittel durch geringere Inanspruchnahme außerordentlicher finanzieller Unterstützung aus öffentlichen Mitteln, der Schutz der unter die Richtlinie 2014/49/EU fallenden Einleger und der unter die Richtlinie 97/9/EG fallenden Anleger sowie der Schutz der Gelder und Vermögenswerte der Kunden genannt, werden daraus in § 67 Abs. 1 SAG-E die Abwendung einer Systemgefährdung, die von einer Bestandsgefährdung ausgehen sowie der Schutz öffentlicher Mittel. Bereits im Hinblick auf diese Abwicklungsziele und die Begrifflichen Unterschiede ergeben sich offensichtlich Zweifel an einer richtlinienkonformen Umsetzung.

Vorgenannte Probleme ergeben sich in gleicher Weise mit Blick auf die Abwicklungsvoraussetzungen, wobei sich daraus sogar weit gravierendere praktische Nachteile ergeben können. Nach Art. 32 Abs. 1 BRRD gehören zu den Abwicklungsvoraussetzungen die Feststellung, des (wahrscheinlichen) Ausfalls eines Instituts, das Nichtvorhandensein einer Aussicht, dass der Ausfall des Instituts innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens durch alternative Maßnahmen der Privatwirtschaft, darunter Maßnahmen im Rahmen von institutsbezogenen Sicherungssystemen, oder der Aufsichtsbehörden, darunter Frühinterventionsmaßnahmen oder die Herabschreibung oder Umwandlung von relevanten Kapitalinstrumenten, abgewendet werden kann sowie das Erfordernis eines öffentlichen Interesses der Abwicklungsmaßnahme, wobei das öffentliche Interesse in der BRRD gesondert definiert wird. Neben dem Umstand, dass in der Umsetzung nach § 62 Abs. 1 SAG-E erneut an den in Details abweichenden Begriff der Bestandsgefährdung angeknüpft wird, wird insbesondere das in Art. 32 Abs. 1 (c) BRRD als zwingende Voraussetzung für jede Abwicklungsmaßnahme ausdrücklich erforderliche Vorliegen eines „öffentlichen Interesses“ nicht aufgegriffen. Ein solches ist nach Art. 32 Abs. 5 BRRD gegeben, wenn die Abwicklungsmaßnahme für die Erreichung eines oder mehrerer Abwicklungsziele erforderlich und mit Blick auf diese Ziele verhältnismäßig ist und wenn dies bei einer Liquidation des Institutes im Wege eines ordentlichen Insolvenzverfahrens nicht im selben Umfang der Fall wäre. Gerade diese Regelung der BRRD dient der Umsetzung des Proportionalitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips und stellt im Regelfall in Frage, ob Abwicklungsmaßnahmen - insbesondere, aber nicht nur - für kleinere und mittlere Institute überhaupt zur Anwendung kommen können. Hier bedarf es dringend einer richtlinienkonformen Anpassung, da Gründe des Nichtaufgreifens dieser zentralen Voraussetzung des Vorliegens eines „öffentlichen Interesses“ im SAG-E gerade an dieser Stelle nicht nachvollziehbar sind. Eine lediglich sehr zurückhaltende Formulierung in der Gesetzesbegründung ist aus unserer Sicht jedenfalls nicht ausreichend, eine zentrale und selbst von der Kommission zugunsten kleiner Institute ausgelegte Vorschrift der BRRD umzusetzen. Zwar muss im Sinne des § 62 Abs. 1 Ziffer 2 SAG-E die Durchführung einer Abwick-

lungsmaßnahme zur Erreichung der Abwicklungsziele „geeignet“ sein. Diese Formulierung wird aber den vorgenannten Anforderungen der Richtlinie allein nicht gerecht, da die BRRD nicht nur die Voraussetzung der Geeignetheit, sondern die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als solchem voraussetzt. Insbesondere die Angemessenheit im engeren Sinne im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erfordert eine gründliche Abwägung der Vor- und Nachteile der Abwicklungsmaßnahme. Die Interessen der von der Abwicklungsmaßnahme Betroffenen sind mit dem öffentlichen Interesse - die erforderlichen Abwicklungsmaßnahmen ergreifen zu können - abzuwägen. Diese Abwägung wäre – im Gegensatz zur BRRD – im SAG-E nach dem maßgeblichen Gesetzeswortlaut nicht erforderlich.

Auch mit Blick auf die Abwicklungsziele orientiert sich § 67 SAG-E weniger an den konkreten Vorgaben von Art. 31 BRRD, als an der im KWG bisher bestehenden Systematik von Bestands- und Systemgefährdung, so dass ein an der Richtlinie orientierterer Wortlaut noch einmal geprüft werden sollte.

12. Kapitalmaßnahmen öffentlicher Eigentümer

Zutreffend regelt der Gesetzgeber in § 63 Abs. 2 Satz 4 SAG-E, dass öffentliche Anteilseigner Kapitalmaßnahmen treffen dürfen, ohne dass diese als Bestandsgefährdung gewertet werden und damit eine Abwicklungsvoraussetzung bilden. Die Formulierung ist jedoch missverständlich. Der Relativsatz „die keine Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union sind“ könnte dahingehend missverstanden werden, dass genehmigungsfähige Beihilfen, die nach dem Beihilferecht zulässig sind, durch das SAG unterbunden werden sollen. Das wird so nicht gewollt sein. Wir bitten daher um sprachliche Klarstellung:

Die Formulierung *„Kapitalmaßnahmen öffentlicher Eigentümer, die keine Beihilfe im Sinne des Artikel 107 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind, bleiben unbenommen.“* sollte daher wie folgt angepasst werden:

„Kapitalmaßnahmen öffentlicher Eigentümer bleiben - unter Einhaltung des Beihilferechts - unbenommen.“

Damit käme zum einen deutlich zum Ausdruck, dass Rekapitalisierungsmaßnahmen der Anteilseigner öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute genauso möglich sind, wie Rekapitalisierungsmaßnahmen der Eigentümer privatrechtlich organisierter Kreditinstitute. Zum anderen wird deutlich, dass bei der Kapitalzufuhr die beihilferechtlichen Regeln zu beachten sind.

13. Rechtsformwechsel nicht richtlinienkonform

Ein wesentliches Element des Gesetzes ist die Beteiligung der Anteilsinhaber und Gläubiger an den Verlusten eines Institutes im Abwicklungsfall (sogenannter „Bail-in“). Dies kann u. a. im Wege der „Herabschreibung“ oder der „Umwandlung“ von Verbindlichkeiten geschehen. Da bei Anstalten des öffentlichen Rechts die Eigentümerstellung aber nicht durch Kapitalanteile vermittelt wird, können bei Anstalten des öffentlichen Rechts auch keine Verbindlichkeiten in Anteile umgewandelt werden. Öffentlich-rechtliche Institute haben „Träger“ und verfügen nicht über fungible Kapitalanteile. Auch bei genossenschaftlichen Instituten können einer Wandlung Gründe entgegenstehen (z.B. Obergrenzen für den Gesamtbetrag von Geschäftsanteilen, Zulassung zum Beitritt der Genossenschaft).

Das SAG sieht in § 77 Abs. 3 in diesem Zusammenhang für in Abwicklung befindliche Institute als „ultima ratio“ einen Rechtsformwechsel vor, wenn sich aufgrund der spezifischen Rechtsform (vgl. oben Ziffer 10) keine Wandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital vollziehen lässt.

Legt man die BRRD nach ihrem Wortlaut, ihren Zielen und nach Maßgabe des EU-Primärrechts aus, ist der nationale Gesetzgeber nicht verpflichtet, für betroffene Institute (z.B. Förderbanken, Sparkassen sowie andere Institute in öffentlicher Trägerschaft) neben der Abschreibung noch zwingend eine Wandlung von Fremdkapitalinstrumenten in Anteilsinhaberrechte vorzusehen.

Die Richtlinie erkennt hinsichtlich der Abwicklungsinstrumente ausdrücklich die nach nationalem Recht vorgefundenen Eigentumsverhältnisse und Besonderheiten der jeweiligen Institute an. Zu den Einschränkungen der Anteils- und Gläubigerrechte in Erwägungsgrund (49) BRRD heißt es:

„Bei der Anwendung von Abwicklungsinstrumenten und der Ausübung von Abwicklungsbefugnissen sollten zudem das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Besonderheiten der Rechtsform eines Instituts berücksichtigt werden.“

Konsequenz aus der Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtsform muss bei richtlinienkonformer Umsetzung die gleichwertige Anwendbarkeit von Abschreibung und Wandlung sein. Diese Interpretation ist auch keine redaktionelle Spitzfindigkeit, sondern dem EU-Primärrecht selbst geschuldet. Einer die Rechtsform von betroffenen Instituten ändernden Wandlung von Fremd- in Eigenkapital steht Art. 345 AEUV entgegen. Dieser sieht vor, dass das Unionsrecht die nationalen Eigentumsordnungen „unberührt“ lässt und gibt dem Unionsgesetzgeber damit den Grundsatz der Neutralität gegenüber den mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen vor. Keine Vorschrift des Unionsrechts darf so ausgelegt oder angewendet werden, dass sie den Mitgliedstaaten eine Privatisierung oder

aber eine Verstaatlichung von Unternehmen gebietet. Der Unionsgesetzgeber muss deswegen die Eigentumszuordnung in private oder öffentliche Trägerschaft „unberührt“, d. h. den Mitgliedstaaten die Freiheit lassen, „für bestimmte Unternehmen eine Zuordnung des Eigentums in öffentliche Trägerschaft einzuführen oder aufrechtzuerhalten“ (EuGH, U. v. 22.10.2013 - C-105/12 bis C-107/12, BeckRS 2013, 82003). Eine Interpretation der BRRD, die für den Fall eines Bail-in z.B. auf eine - vollständige oder teilweise - Privatisierung von Instituten in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft hinausläufe, wäre mit Art. 345 AEUV nicht vereinbar.

Die BRRD stützt diese Auffassung an zahlreichen Stellen. Die Richtlinie erkennt ausdrücklich das 3-Säulenmodell des Bankensektors an und spricht durchgängig von der rechtsformkonformen Anwendung des Bail-in-Instruments (z. B. Erwägungsgrund (14) und (49), Art. 1 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 BRRD). Diese Ziele hat sich der EU-Gesetzgeber selbst gesetzt. Sie sollten daher nun auch bei der nationalen Umsetzung weiterverfolgt werden.

Nach Art. 43 Abs. 4 BRRD ist sicherzustellen, „dass die Abwicklungsbehörden das Bail-in-Instrument unter Beachtung der jeweiligen Rechtsform auf alle Institute (...) anwenden oder die Rechtsform ändern können“. Wie auch die anderen Sprachfassungen dieser Vorschrift bestätigen, stellt der Unionsgesetzgeber die Beibehaltung der vorgefundenen und die Änderung der Rechtsform in ein klares Alternativverhältnis: Die Bail-in-Instrumente der Richtlinie können so in das nationale Recht transformiert werden, dass sie die öffentliche oder private Trägerschaft unberührt lassen. Die Anordnungsbefugnis in §§ 77 Abs. 3, 149 SAG-E - die demgegenüber einen Rechtsformwechsel im Abwicklungsfall vorsieht - geht damit weit über die Vorgaben der Richtlinie hinaus und ist für eine richtlinienkonforme Umsetzung nicht erforderlich.

Nicht überzeugend ist bereits, dass sich § 77 Abs. 3 SAG-E nach seinem Wortlaut auf die Anordnung eines Rechtsformwechsels zum Zweck der Anwendung jeder Art von Abwicklungsmaßnahmen bezieht. Dies geht klar über den Wortlaut des Art. 43 Abs. 4 BRRD hinaus, der sich unstreitig nur auf das Bail-in-Instrument beschränkt.

Darüber hinaus berücksichtigt der Regierungsentwurf nicht die Besonderheiten spezifischer Rechtsformen, die Art. 63 BRRD ausdrücklich vorsieht. Nach Art. 63 Abs. 3 BRRD ist sicherzustellen, „dass die Abwicklungsbehörden - insofern eine oder mehrere der in Absatz 1 dieses Artikels aufgelisteten Befugnisse auf ein Unternehmen im Sinne des Artikels 1 dieser Richtlinie aufgrund dessen spezifischer Rechtsform nicht anwendbar ist oder sind - über Befugnisse verfügen, die - auch hinsichtlich ihrer Wirkung - diesen so ähnlich wie möglich sind“.

Art. 63 BRRD - auf den Art. 43 Abs. 1 BRRD (Bail-in) direkt verweist - erlaubt es den Mitgliedstaaten damit in der Wirkung ähnliche Befugnisse zu schaffen, die auf die betreffenden Rechtsformen angewendet werden können, ohne die Rechtsform in Frage zu stellen. Ein Schritt in die richtige Richtung ist deswegen die im Regierungsentwurf in § 96 Abs. 7 SAG jetzt neu enthaltene Möglichkeit, dass das Bail-in-Instrument auch nur durch die Herabschreibung ausgeübt werden kann, wenn der für eine Wandlung erforderliche Rechtsformwechsel unverhältnismäßig wäre. Mit dieser Ausnahmeregelung führt der Gesetzgeber selbst eine Regelung ein, die die Abschreibung gerade als gleichwertige Alternative zur Wandlung anerkennt und die Wandlung daher nicht zwingend durch einen Rechtsformwechsel ermöglicht werden muss.

Das Instrument der Abschreibung von Verbindlichkeiten stellt wirtschaftlich eine gleichwertige Möglichkeit zur Wandlung dar. Beide Instrumente stehen in einem gleichwertigen Alternativverhältnis. In beiden Fällen wird die Höhe des Fremdkapitals verringert (um den Betrag der Herabschreibung bzw. den Anteil, der umgewandelt wird) und das Eigenkapital gestärkt (durch die Herabschreibung entsteht Gewinn, der Eigenkapital und einen Posten des harten Kernkapitals i. S. v. Art. 26 Abs. 1 c) CRR darstellt; das Ergebnis der Umwandlung muss ebenfalls eine Umwandlung in Eigenkapital sein). Dies steht auch im Einklang mit den Regelungen der CRR, die in Art. 52 Abs. 1 n) CRR die Herabschreibung als alternative Variante zur Umwandlung vorsehen.

Auch aus Sicht der betroffenen Gläubiger sind beide Varianten gleichwertig: Sowohl im Fall der Herabschreibung als auch im Fall der Umwandlung verlieren sie ihre bisherige Forderung ganz oder teilweise. Dabei stellt es kein Unterscheidungskriterium dar, dass im Fall einer Herabschreibung auf Null keinerlei Position verbleibt, im Fall der Umwandlung hingegen eine Eigenkapitalposition verbleibt. Denn das Bail-in-Instrument ist grundsätzlich entsprechend der Rangfolge der Forderungen im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens anzuwenden (Art. 48 Abs. 1 (d) und (e) und Abs. 5 sowie Art. 59 Abs. 1 BRRD), so dass entsprechend der Rangfolge gruppenweise anteilig vorzugehen ist. Eine Herabschreibung auf Null kann daher nach dem Konzept der Richtlinie nur dann im Vergleich mit einer Umwandlung stehen, wenn diese Maßnahmen unterschiedlich (richtlinienwidrig) auf ranggleiche Verbindlichkeiten angewendet würden. Im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Maßnahmen ergibt sich daher hieraus kein Argument in die eine oder andere Richtung.

Aus den genannten Gründen besteht bei richtlinienkonformer Umsetzung kein Bedarf, die Möglichkeit eines Rechtsformwechsels in das SAG aufzunehmen. Soweit demgegenüber an der Aufnahme des Rechtsformwechsels in das SAG festgehalten werden sollte, muss zumindest aber der Gesetzeswortlaut unter Berücksichtigung der angeführten Argumente entsprechend angepasst und deutlich hervorgehoben werden, dass die Anordnung nur als

"ultima ratio" und damit als letztes Mittel gelten kann. Maßnahmen der Institutssicherungssysteme müssen dabei vorrangig zur Anwendung kommen dürfen.

14. Anordnung eines Rechtsformwechsels

Die Implementierung konkreter Verfahrensregeln zum Rechtsformwechsel in § 149 SAG-E halten wir mit den Ausführungen oben unter Ziffer 13 für nicht erforderlich. Es ist nicht ersichtlich, an welcher Stelle die Richtlinie die Festlegung konkreter Verfahrensvorschriften für einen Rechtsformwechsel vorschreibt. Die derzeit in § 149 SAG-E enthaltenen Verfahrensvorschriften geben zudem lediglich den Mindestinhalt einer Anordnung für einen Rechtsformwechsel vor, der sich im Wesentlichen am Aktiengesetz und am Treuhandgesetz orientiert. Für die Anwendbarkeit der Abwicklungsinstrumente und die richtlinienkonforme Umsetzung sind sie entbehrlich und sollten daher entfallen (dazu oben unter Ziffer 13).

§ 149 Abs. 2 Nr. 4 SAG-E sieht darüber hinaus für den formwechselnden Rechtsträger vor, dass die Mitgliedschaft im Einlagensicherungssystem bzw. den institutssichernden Einrichtungen gemäß § 12 Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz fortzusetzen ist und auch seitens der Einlagen- bzw. Institutssicherungssysteme nicht in Folge des Formwechsels beendet werden kann. Gemäß der Gesetzesbegründung geht diese Regelung etwaigen anderslautenden Satzungsregelungen der Sicherheitseinrichtungen vor.

Eine solche Regelung entspricht nicht den Vorgaben der BRRD und geht daher deutlich über die Anforderungen des EU-Gesetzgebers hinaus. Die Richtlinie sieht an keiner Stelle vor, dass ein formwechselnder Rechtsträger zwingend weiterhin Mitglied im Einlagensicherungssystem oder der institutssichernden Einrichtung bleiben muss.

Zudem stellt diese Vorgabe einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Struktur- und Organisationshoheit der Institutssicherungssysteme und ihrer Mitglieder dar. Die Entscheidung über die Mitgliedschaft in Institutssicherungssystemen liegt beim Institutssicherungssystem selbst. In diesem Zusammenhang liegt es auf der Hand, dass ein Institutssicherungssystem auch die Möglichkeit haben muss, eine Mitgliedschaft zu beenden. Dies gehört zu den originären Befugnissen einer solchen Organisationseinheit und ist für deren Funktionieren unverzichtbar. Eine Regelung, die nach einem Rechtsformwechsel eine solche Mitgliedschaft erzwingt, bewegt sich nicht im Einklang mit der Richtlinie. Die entsprechenden Bestimmungen in § 149 Abs. 2 Nr. 4 SAG-E sollten demnach ersatzlos gestrichen werden.

15. Rechtsverweise prüfen

Es fällt auf, dass einige Verweise nicht korrekt wiedergegeben werden. Beispielsweise sei dabei auf die Definition von „gedeckte Einlagen“ in § 2 Nr. 29-SAG-E hingewiesen, in der auf § 3 Abs.2 EAEG verwiesen wird. Gemeint scheint aber § 3 Abs.1 EAEG zu sein. Der Verweis in § 2a Nr. 7 und 8 des Restrukturierungsfondsgesetzes müsste sich richtigerweise auf § 2 Abs.3 Nr.23 SAG und § 2 Abs.3 Nr.33 SAG beziehen.

16. Artikel 8: In-Kraft-Treten

Das BRRD-Umsetzungsgesetz sieht in Artikel 8 Abs. 2 die Anwendung des Bail-in Instruments bereits zum 1. Januar 2015 vor, während die BRRD gemäß Art. 130 die Anwendung – einschließlich der Vorgaben zum Bail-in-Mechanismus /Haftungskaskade sowie auch der Festlegung und regelmäßigen Einhaltung der Mindestquote von bail-in-fähigen Eigenkapitalpositionen und Verbindlichkeiten (MREL) –*spätestens* zum 1. Januar 2016 vorsieht. Der EU-Gesetzgeber ermöglicht es den Mitgliedstaaten damit, die Anwendung des Bail-In Instruments auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der SRM-Verordnung zum 1. Januar 2016 festzulegen und damit einen Gleichlauf der Bestimmungen unter der BRRD und der SRM-Verordnung zu ermöglichen. Es ist nicht nachvollziehbar warum der deutsche Gesetzgeber hiervon keinen Gebrauch machen will. Die zeitliche Vorgabe hat der EU-Gesetzgeber mit Blick auf die in Bezug auf das Bail-in notwendigen Vorlaufzeiten für die Institute eingeführt. Zum einen sind zunächst hinsichtlich der Höhe der MREL seitens der Aufsicht konkrete institutsindividuelle Vorgaben erforderlich, zum anderen wird für die Umsetzung dieser Vorgaben in den Instituten ausreichend Umsetzungszeit benötigt. Je nach Größenordnung der MREL müssten Institute zur Erfüllung dieser Quote ggf. an Marktteilnehmer herantreten, um überhaupt bail-in-fähige Verbindlichkeiten im ausreichenden Maße vorhalten zu können. Darüber hinaus bedarf es hinsichtlich der institutseigenen Überwachung der Einhaltung der Vorgaben einer technischen Umsetzung – insbesondere da es sich bei den Verbindlichkeiten um im Zeitablauf schwankungsanfällige Positionen handelt.

Vor diesem Hintergrund ist auch mit Blick auf eine richtlinienkonforme Umsetzung ein zeitliches Vorziehen des Inkrafttretens der Bail-in-Regelungen nach Art. 8 Abs. 2 des Regierungsentwurfs nicht nachvollziehbar. Wir plädieren daher mit Nachdruck für eine Umsetzung der Vorgaben zum Bail-in erst zum 1. Januar 2016.

17. Steuerliche Behandlung der Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds

Das Bundesfinanzministerium plant, dass die Banken in Deutschland die Abgabe an den einheitlichen Abwicklungsfonds nicht von der Steuer absetzen dürfen. Banken in anderen europäischen Mitgliedsländern könnte hingegen ein steuerlicher Abzug durch nationales Recht ermöglicht werden. In Österreich, Belgien, Frankreich, Schweden, Slowenien und in der Slowakei sind bereits die heute erhobenen nationalen Bankenabgaben als Be-

triebsausgaben abzugsfähig. Es ist damit zu rechnen, dass dies auch für die Beiträge zum EU-Rettungsfonds gelten wird. Außerhalb Europas können in den USA und in Australien entsprechende Beiträge steuerlich geltend gemacht werden. Hier muss sichergestellt werden, dass die Beiträge steuerlich EU-weit einheitlich behandelt werden, um Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Finanzplätzen zu vermeiden. Ggfs. muss daher auch in Deutschland eine steuerliche Abzugsfähigkeit erfolgen.

18. Umlagefinanzierung der FMSA im Hinblick auf Zwecke nach dem SAG-E

Nach § 3d Abs. 4 FMStFG-E sollen zukünftig die Kosten der Finanzmarktstabilisierungsanstalt FMSA, die in Zusammenhang mit der Wahrnehmung nach dem SAG sowie dem Restrukturierungsfondsgesetz anfallen und nicht bereits durch entsprechende Einnahmen der FMSA gedeckt sind, auf alle Institute nach § 2 Restrukturierungsfondsgesetz umgelegt werden. Die Kosten sollen dabei auch Gemeinkosten der FMSA enthalten. Wir lehnen diese weitere Umlagefinanzierung einer Behörde entschieden ab. Bei vielen kleinen, mittleren und Spezialinstituten ist vor dem Hintergrund der Finanzierung der BaFin und der EZB im Rahmen des SSM sowie der Beitragszahlung zum einheitlichen Abwicklungsfonds und den zusätzlich erhobenen Beiträgen zu den Verwaltungskosten des einheitlichen europäischen Abwicklungsausschusses kein Raum mehr für weitere finanzielle Belastungen. Bei einigen, gerade kleinen Instituten ist sogar unklar, ob vor dem Hintergrund der Höhe der anstehenden Belastungen überhaupt noch ein Gewinn ausweisbar sein wird. Vor diesem Hintergrund fordern wir dringend, die geplante Umlagefinanzierung in § 3d Abs. 4, Abs. 6 Nr. 3 FMStFG-E zu streichen.

19. Verschiebung der Anwendbarkeit des Trennbankengesetzes

Wir möchten an dieser Stelle den Regierungsentwurf für ein BRRD-Umsetzungsgesetz zum Anlass nehmen, um auf die nachstehende Problematik hinzuweisen: Die mit dem sog. Trennbankengesetz eingefügten Vorschriften in §§ 3 Abs. 2 bis 4 und § 25f KWG werden auf Grund ihrer Anforderungen an die Separierung verbotener Geschäfte sowie der dazu erforderlichen Risikoanalyse bereits ab Ende 2014 zu einem erheblichen Zusatzaufwand in den betroffenen Instituten führen. Die Institute müssen in näherer Zukunft grundlegende Struktur- und geschäftspolitische Entscheidungen treffen; dies gilt insbesondere für die Institute in der Rechtsform der AG, die entsprechende Beschlüsse der Hauptversammlung in 2015 bereits in diesem Jahren vorbereiten müssten. Bestimmte Geschäfte sind entweder einzustellen oder auf eine neu zu gründende separate Handelseinheit zu übertragen. Aufgrund der in wichtigen Fragen unbestimmten Formulierung des Trennbankengesetzes und des bestehenden Ermessensspielraums der nationalen Aufsicht im Hinblick auf die Separierungsanforderungen, sind die nachträglichen Folgen für die Realwirtschaft durch Einstellung bzw. Separierung bestimmter Geschäfte nicht auszuschließen. Je enger das Trennbankengesetz ausgelegt wird, desto größer werden die

Auswirkungen sein. Werden die Geschäfte von ausgelagerten Handelseinheiten übernommen, ergeben sich aus der Konzentration neue Systemrisiken.

Parallel zum deutschen Trennbankengesetz ist derzeit eine EU-Trennbankenverordnung in der Diskussion, die voraussichtlich über die Vorgaben des deutschen Trennbankengesetzes hinausgehen wird. Das Zusammenspiel des deutschen Trennbankengesetzes mit den kommenden EU-Anforderungen ist derzeit noch völlig unklar. Dies gilt zum einen vor dem Hintergrund der frühen Phase des EU-Rechtsetzungsverfahrens. Der EU-Verordnungsvorschlag enthält zudem eine Vielzahl von Mandaten für die Europäische Kommission und die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA), das Regelwerk in wesentlichen Punkten weiter zu konkretisieren - dies sogar erst nach der Verabschiedung. Je nach Ausgang der europäischen Diskussion müssten die Auslagerungsentscheidungen gemäß deutschem Trennbankengesetz ggf. wieder rückgängig gemacht werden. Im Rahmen der Drucksache 45/14 des Deutschen Bundesrates vom 11. April 2014 spricht sich der Deutsche Bundesrat in Ziffer 19 im Interesse der Rechts- und Planungssicherheit der Institute für ein abgestimmtes Inkrafttreten der beiden vorgenannten Regularien aus. Die deutschen Vorgaben sollten den europäischen Regelungen zur Bankenstrukturreform nicht vorgreifen. Wir unterstützen die Ansicht des Deutschen Bundesrates und plädieren für eine Verlängerung der Übergangsfristen im KWG bis zum Inkrafttreten der europäischen Regeln. Hierzu bietet es sich an, in § 64s Abs. 2 KWG die Zahl "2015" durch "2018" und die Zahl "2016" durch "2019" zu ersetzen.

20. Ergänzende Anmerkungen zur Finanzierung des Abwicklungsfonds unter der BRRD und im Rahmen des SRF

Gestatten Sie uns abschließend auf einige Aspekte hinsichtlich der noch zu erlassenden delegated (BRRD) bzw. implementing acts (SRM) der EU-Kommission und des Rates im Rahmen der Ausgestaltung der Bemessungsgrundlage für die Beiträge in den Abwicklungsfonds aufmerksam zu machen. Vor dem Hintergrund der grundgesetzlich verankerten Eigentumsgarantie und dem Recht auf freie Berufsausübung, die sich im Übrigen in vergleichbarer Weise auch im europäischen Recht finden, meinen wir, dass Zumutbarkeitsregeln aufgenommen werden müssten, die sich an der Ertragssituation der Banken orientieren. Ferner sollte dort eine Freibetragsgrenze vorgesehen werden. Die Erhebung der Beiträge ist eine Sonderabgabe, die in die oben genannten Rechte eingreift. Bei jedem Eingriff in derartige Rechte muss die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben. Der deutsche Gesetzgeber hat dies im Rahmen der Restrukturierungsfondsverordnung erkannt und einen Freibetrag in § 1 RStruktFV sowie Zumutbarkeitsgrenzen in § 3 RStruktFV aufgenommen.

Darüber hinaus sollte mit Blick auf eine angemessene Abgabenlast im Rahmen der zugrunde zu legenden Bemessungsgrundlage darauf hingewirkt werden, dass die Abzugs-

positionen angemessen ausgestaltet werden. Der deutsche Gesetzgeber hat hinsichtlich der Bemessungsgrundlage der deutschen Bankenabgabe in § 12 Abs.10 Satz 3 Restrukturierungsfondsgesetz geregelt, dass die gesamten (und nicht nur die gedeckten) Verbindlichkeiten gegenüber Kunden (Nr. 1) und Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten und Treuhandverbindlichkeiten, soweit es sich um solche aus der Durchleitung von Fördermitteln der Fördereinrichtungen des Bundes und der Länder handelt (Nr. 5), nicht zu berücksichtigen sind. Sofern ferner Intragruppenforderungen aus der Bemessungsgrundlage für Beiträge auf Konzernebene herausgerechnet werden können, muss dies aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit auch für verbundinterne Forderungen zwischen Mitgliedern eines Institutssicherungssystems nach Art. 113 Abs. 7 CRR gelten.

In diesem Zusammenhang möchten wir Sie bitten, darauf hinzuwirken, dass die genannten Abzugspositionen sowie eine Freibetragsgrenze im Rahmen der weiteren europäischen Rechtsetzungsvorhaben Berücksichtigung finden.