

Stellungnahme

des Bankenverbandes zum
Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen für ein
Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2014/.../EU zur Festlegung
eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kredit-
instituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien
77/91/EWG und 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG,
2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG und
2011/35/EG sowie der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010
(BRRD-Umsetzungsgesetz)

23. Mai 2014

Thomas Lorenz
Direktor
Telefon: +49 30 1663-3190
Telefax: +49 30 1663-3199
thomas.lorenz@bdb.de

AZ BdB: RE.35
Bearbeiter: Lo/Se

Bundesverband deutscher Banken e. V.
Burgstraße 28
10178 Berlin
Telefon: +49 30 1663-0
Telefax: +49 30 1663-1399
www.bankenverband.de
USt.-IdNr. DE201591882

I. Artikel 1: Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG-RefE)

§ 2 SAG-RefE (Begriffsbestimmungen)

- a) Nach der Definition in **§ 2 Nr. 6** sind Anteilshaber im Sinne des Gesetzes "Anteilshaber oder Gesellschafter". Der begriffliche Unterschied zwischen "Anteilshaber" und "Gesellschafter" erschließt sich auch vor dem Hintergrund von Art. 2 Nr. 62 BRRD nicht.
- b) Die Begriffsbestimmung für Derivate in **§ 2 Nr. 12** verweist auf § 1 Abs. 11 Satz 3 KWG und nicht auf Artikel 2 Nummer 5 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (EMIR), der seinerseits auf den Anhang I Abschnitt C Nummern 4 bis 10 der Richtlinie 2004/39/EG (MiFID) referenziert. Damit wird eine einheitliche Umsetzung des Derivate-Begriffs und der darauf aufbauenden Vorschriften der BRRD in Europa nicht sichergestellt. So ist davon auszugehen, dass einige Mitgliedstaaten kommerzielle Fremdwährungsderivate (FX Forwards), wie sie auch in Deutschland von gewerblichen Unternehmen der Realwirtschaft im großen Umfang getätigt werden, aus dem Derivate-Begriff ausnehmen und damit nicht dem Instrument der Gläubigerbeteiligung („Bail-in“) unterstellen.

Was sowohl die BRRD als auch § 2 Nr. 12 SAG-RefE nicht leisten: Es wird nicht dem Umstand Rechnung getragen, dass unter ein und demselben Rahmenvertrag sowohl Derivate im Sinne der Nr. 12 als auch Nicht-Derivate getätigt werden. Beispiele sind Kassageschäfte mit längeren Abwicklungszyklen oder Termingeschäfte auf Waren, die nicht durch Barausgleich zu erfüllen sind. Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, wenn die Abwicklungsbehörde das Instrument der Gläubigerbeteiligung anwendet, da der für einen Rahmenvertrag ermittelte Ausgleichsanspruch nicht notwendigerweise der für das Instrument der Gläubigerbeteiligung relevanten Forderung entspricht. Da § 104 InsO auch Finanzleistungen aus Kassengeschäften erfasst soweit die Erfüllung der Lieferung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintritt, ist möglicherweise auch das Verbot der Ungleichbehandlung der Insolvenzgläubiger (*no creditor worse off*) berührt.

- c) Bei der Begriffsbestimmung in **§ 2 Nr. 18** wird nicht klar, ob "Eigentumstitel" in diesem Sinne beispielsweise auch Pfandrechte an Wertpapierdepots darstellen würden.
- d) Der in **§ 2 Nr. 27** definierte Begriff „Finanzkontrakt“ wird nur an wenigen Stellen des Gesetzes genutzt (§ 13 Abs. 5 und § 32 Abs. 3 Nr. 1 SAG-RefE). Fraglich ist, ob er für die Zwecke der Sanierungs- und Abwicklungsplanung und der von den zuständigen Behörden in diesem Zusammenhang benötigten Daten ausreichend ist. In Buchstabe (f) ist von „Rahmenvereinbarungen“ die Rede, ohne diesen Begriff zu definieren. Sehr wahrscheinlich erfasst dieser Begriff die an anderer Stelle definierten „Saldierungsvereinbarungen“ (siehe hierzu unsere Anmerkungen unter lit. e).

Offen ist jedoch, ob auch Verträge erfasst werden, die das Institut mit Wertpapiersammelstellen, Abwicklungssystemen oder Zahlungsverkehrssystemen, zentralen Kontrahenten oder Auslagerungsunternehmen abschließt. Im Hinblick auf § 39 SAG-RefE wäre auch zu erwägen, diejenigen Verbindlichkeiten zu erfassen, die auf den Mindestbetrag nach § 39 SAG angerechnet werden dürfen. Bislang werden nur Kreditverträge mit Kreditinstituten mit kurzer Laufzeit genannt. Es ist zu befürchten, dass das SAG sehr bald nachgebessert werden muss, weil die zuständigen Behörden die notwendigen Informationen nur nach § 44 KWG oder § 63 Abs. 1 Nr. SAG-RefE anfordern können und das Institut die nach § 13 Abs. 5 und § 32 Abs. 3 Nr. 1 SAG zu etablierenden zentralen Datenbanken mit viel Aufwand erweitern und neu konfigurieren muss. Im Übrigen wird in Buchstabe (f) auf die Nummern 1 bis 5 verwiesen, was jedoch ins Leere geht, da die Definition „Finanzkontrakt“ die Buchstaben (a) bis (e) verwendet.

e) Neu ist der Begriff der "Saldierungsvereinbarung" in **§ 2 Nr. 53**. Damit sollen anscheinend die in der letzten englischen Fassung verwendeten Begriffe 'netting arrangement' und 'set-off arrangement' verbunden werden. Die vorgesehene Begriffsbestimmung hat mit den in anderen gesetzlichen Bestimmungen und in der Praxis verwendeten Termini wenig gemeinsam. Dies ist keine Schwäche, wichtig ist jedoch in diesem Falle, dass der Wortlaut der Definition so präzise gefasst ist, dass er ohne „Ausfüllung“ durch die systematische Auslegung oder durch Rückgriff auf die Marktusancen verwendet werden kann. Um eine Begriffsverwirrung zu vermeiden, sollte anstelle des Begriffs der Saldierungsvereinbarung der Begriff "Aufrechnungsvereinbarung" verwendet werden.

Im „Chapeau“ der Nr. 53 sollte wie folgt formuliert werden:

„Aufrechnungsvereinbarung ist eine Vereinbarung, der zufolge die in sie einbezogenen Geschäfte und hieraus resultierenden Forderungen und Verbindlichkeiten aufgrund von Schuldumwandlung oder Aufrechnung, im Rahmen einer Gesamtschadensermittlung oder auf andere Weise in eine einzige Nettoforderung oder Nettoverbindlichkeit umgewandelt werden oder werden können. Die Vereinbarung kann aus mehreren Rechtsgeschäften bestehen; sie kann auch auf die Regelwerke Dritter Bezug nehmen.“

Die vorgeschlagene Formulierung stellt klar, dass auch das in den Buchstaben a) bis c) nicht angesprochene Novations-Netting aufgrund von Schuldumwandlungsvereinbarungen erfasst ist (das z.B. in § 340 Abs. 2 InsO oder in Artikel 295 (a) CRR Erwähnung findet). Die Formulierung „werden oder werden können“ bezieht die automatische Umwandlung in Nettoforderungen, wie sie für den deutschen Markt typisch ist, mit ein. Darüber hinaus werden auch rahmenvertragsübergreifende Aufrechnungs- bzw. Saldierungsvereinbarungen (so-genannte „Master-Master“) und die für die Abwicklung von Derivaten über zentrale Gegenparteien (CCP) genutzten Rahmenvereinbarungen, die regelmäßig auf die Regelwerke der genutzten CCPs (z.B. Eurex Clearing) verweisen, berücksichtigtigfähig.

Die beispielhafte Beschreibung in Buchstabe a) fügt der Definition wenig hinzu und könnte entweder gestrichen oder durch einen Verweis auf „Vertragliche Nettingvereinbarungen im Sinne von Artikel 295 der Verordnung (EU) 575/2013“ ersetzt werden. Das SAG-RefE nutzt an verschiedenen Stellen (z.B. §§ 64 Abs. 2 und 87 SAG) die Formulierung „Aufrechnungsvereinbarungen und Saldierungsvereinbarungen“, ohne den Begriff „Aufrechnungsvereinbarung“ zu definieren. Ziel sollte es sein, die Saldierungsvereinbarungen in den Begriff „Aufrechnungsvereinbarung“ aufgehen zu lassen und nur diesen im Text des SAG zu verwenden.

f) Die Begriffsbestimmung in **§ 2 Nr. 56** für „Wesentliche Geschäftsaktivitäten“ geht über die Definition in Art. 2 Nr. 36 BRRD für „Kerngeschäftsbereiche“ hinaus. Für eine Operationalisierung der Anforderung an die Sanierungsplanung, im Rahmen der strategischen Analyse eine Einstufung und Identifizierung der wesentlichen Geschäftsaktivitäten vorzunehmen, sollte die Definition durch Beispiele und Erläuterungen unterstützt werden.

g) Einige Begriffe im SAG-RefE sind nicht definiert. Zu nennen ist zum Beispiel der Begriff „harte Kernkapitalquote“, der in §§ 39 Abs. 4 Nrn. 2 und 3, 62 Abs. 1 Nr. 1 SAG-RefE genutzt wird (die Definition könnte auf Artikel 92 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EU) 575/2013 verweisen). Ähnliches gilt für den Begriff „hartes Kernkapital“, der in § 45 SAG-RefE verwendet (und in Artikel 50 der Verordnung (EU) 575/2013 definiert) wird. Nicht definiert sind die Begriffe „Gründungsdokument“ (§ 46 Abs. 3 SAG-RefE), „Marktinfrastruktur“ (§ 64 Abs. 1 Nr. 2 SAG-RefE) oder „Finanzmarktinfrastruktur“ (§ 76 Abs. 1 Nr. 3 SAG-RefE). Ebenfalls unklar ist der Begriff „Entschädigungseinrichtung“ (§ 75 Abs. 2 Nr. 7(d) und § 115 SAG-RefE), der sich in der BRRD nur auf die Entschädigungseinrichtungen der gesetzlichen Einlagensicherung bezieht. Es sollte daher auf § 6 EAEG verwiesen werden.

§ 3 SAG-RefE (Zuständige Abwicklungsbehörde)

a) Nach Art 3 Abs. 1 BRRD hat jeder Mitgliedstaat eine Abwicklungsbehörde zu benennen. Zweifelhaft erscheint, ob mit dem allgemeinen Verweis in **§ 3 Abs. 1** auf die „zuständige Abwicklungsbehörde“ diesem Regelungsauftrag im ausreichenden Maß nachgekommen wird. Jedenfalls in der Entwurfsbegründung sollte dargelegt werden, wie sich die Zuständigkeiten ab 1. Januar 2015 darstellen. Hinzu tritt, dass die Vorlage insbesondere die Frage aufwirft, ob aufgrund der vorgesehenen Streichung von § 47c KWG und des damit einhergehenden Verzichts auf eine Abwicklungseinheit bei der BaFin die BaFin in diesem Bereich künftig noch Aufgaben wahrnehmen soll. Angesichts des fließenden Übergangs zwischen den verschiedenen Handlungsoptionen im Aufsichts- und Abwicklungsrecht, zur Vermeidung von Doppelarbeit und Zeit- und Effizienzverlusten bei der Betreuung einer neuen Behörde mit Abwicklungsaufgaben sollte diese Aufgabe bei der BaFin verbleiben. Andernfalls würden zudem die bei der BaFin aufgebaute Expertise bei dieser Spezialmaterie und geknüpft Kontakte auf europäischer und internationaler Ebene verloren gehen.

b) **§ 3 Abs. 2** sieht eine Haftungsbeschränkung dahingehend vor, dass Beamtinnen und Beamte der Abwicklungsbehörde, welche Aufgaben nach dem SAG wahrnehmen, einen entsprechenden Schaden nur dann zu ersetzen haben, wenn sie vorsätzlich ihre Pflichten verletzt haben. Hier drängen sich mehrere Fragen auf:

Zum einen wird bereits nicht hinreichend klar, ob die vorgenannte Haftungsbeschränkung lediglich im internen Beamtenverhältnis, also zwischen Dienstherr und Beamten greift. Hierauf deutet die Entwurfsbegründung hin; dann sollte aber auch durch eine kurze Ergänzung klargestellt werden, dass es im Außenverhältnis bei den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregelungen verbleibt. Dies gilt umso mehr, als sich an anderer Stelle, etwa bei § 5 Abs. 5 hinsichtlich der Folgen einer Verletzung von Verschwiegenheitspflichten explizit eine solche Klarstellung findet. Das Fehlen dieser Klarstellung bei § 3 Abs. 2 könnte vor diesem Hintergrund entsprechende Fragen aufwerfen.

Nach der Entwurfsbegründung soll die Haftungsbeschränkung auch angestellte Mitarbeiter der Abwicklungsbehörde erfassen. Dies spiegelt sich nicht im Wortlaut von § 3 Abs. 2 Satz 1 wider, der nur auf „Beamte“ abstellt, wohin hingegen bei den §§ 5 Abs. 2 und 10 Abs. 2 SAG-RefE auf den Beschäftigtenstatuts abgestellt werden soll.

Eine Haftungsbeschränkung dahingehend, lediglich nur noch für vorsätzliches Verhalten eintreten zu müssen, stellt im deutschen Rechtssystem eine **absolute Ausnahme** dar. Unseres Erachtens stellt eine solche pauschale Haftungsfreistellung in einem derart sensiblen Bereich der Eingriffsverwaltung – unnötig zu betonen, zu welcher umfassenden Eingriffsmaßnahmen das SAG die Aufsichtsbehörden berechtigt – eine nicht mehr vertretbare Regelung dar. Es würde keineswegs übersehen werden, dass es beim Vollzug des SAG Tatbestandsbereiche gibt, in denen sich die einzelnen Mitarbeiter der Aufsichtsbehörden wie auch der Deutschen Bundesbank (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2) in nachvollziehbarer Weise gerade bei sehr schwierigen Abwägungsentscheidungen mit natürlich auch stark prognostischen Elementen konfrontiert sehen werden und daher vor individuellen Schadensersatzverpflichtungen und Haftungen geschützt werden müssen. Dies ist durchaus nachvollziehbar.

Gleichzeitig sollte dies aber nicht dazu führen, dass jeder involvierte Beamte im Rahmen des Vollzugs des SAG komplett von allen Obliegenheiten und Sorgfaltspflichten freigezeichnet werden muss. So gibt es Themen und Aufgabenbereiche, wie etwa bei § 4 SAG (Vertraulichkeit von Informationen), welche so oder zumindest in ähnlicher Weise für viele Beamte oder Angestellte bei öffentlichen Aufsichtsbehörden gelten. Wieso sollte nun ein Beamter der zuständigen Abwicklungsbehörde beispielsweise mit den erhaltenen vertraulichen Informationen derart nachlässig und sorgfaltswidrig umgehen können, dass er nur im Falle von vorsätzlichem Handeln (!) hierfür haftbar gemacht werden könnte? Genau dies sieht aber § 5 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. § 3 Abs. 2 SAG-RefE vor. Eine solche umfassende Freizeichnung vom sonst üblichen und zu erwartenden Sorgfaltspflichtenmaßstab erscheint uns nicht vertretbar, angesichts der **Fehlanreize**, die durch eine solche Regelung gesetzt werden und wenn man sich vergegen-

wärtigt, welche **besonders sensible Informationen** der Abwicklungsbehörde zur Verfügung gestellt werden. Insbesondere der Sanierungsplan soll und wird ja typischerweise ein umfassendes Bild von der wirtschaftlichen, geschäftspolitischen und rechtlichen Struktur eines Kreditinstituts liefern.

Besondere Brisanz erhält die vorgesehene Haftungsfreizeichnung, wenn man diese auch im Zusammenspiel, etwa mit § 8 Abs. 1 Nr. 1 SAG-RefE sieht. In § 8 Abs. 1 Nr. 1 SAG-RefE ist vorgeschrieben, dass vertrauliche Informationen auch an Drittstaatenbehörden weitergegeben werden können, wenn jene Drittstaatenbehörden über Geheimhaltungsvorschriften verfügen, welche den Anforderungen dieses Gesetzes mindestens gleichwertig sind. Die Beurteilung, ob eine solche "Gleichwertigkeit" bei den Geheimhaltungsvorschriften existiert, ist "im Benehmen mit den weiteren betroffenen Behörden", also scheinbar auch mit der Empfängerbehörde zu klären – was für sich schon etwas kurios anmutet.

Hierbei wäre aber nun zu berücksichtigen, dass jedenfalls das deutsche SAG im Ergebnis dann bei objektiver Betrachtung nur einen recht "laxen" Geheimhaltungsschutz sicherstellen kann, wenn jene Beamte, die diese Geheimhaltung gewährleisten sollen, ihrerseits nicht einmal für grob fahrlässiges Verhalten einzustehen hätten. Nachdem hier also die **effektive Schwelle für die Sicherstellung der Geheimhaltung recht niedrig** gesetzt würde, müsste also befürchtet werden, dass auch an Drittstaatenbehörden mit ähnlich niedriger Schwelle ohne weiteres vertrauliche Informationen weitergegeben werden können – oder anders formuliert: Je niedriger der nationale Standard für die effektive Durchsetzung von Geheimhaltungsvorschriften wäre, desto weniger Anforderungen könnten gleichermaßen auch an die Standards der betroffenen anderen Mitgliedstaaten gestellt werden.

§ 4 SAG-RefE (Vertraulichkeit von Informationen)

Den vorgesehenen Regelungen zur Verschwiegenheitspflicht sollen nach **§ 4 Abs. 1 Nr. 1** „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ unterstellt werden. Die in Art. 84 Abs. 3 BRRD vorgesehene Definition stellt wie auch andere kapitalmarkt- und aufsichtsrechtliche Vorgaben auf europäischer Ebene auf „**vertrauliche Informationen**“ ab (vgl. z. B. Art 53 Abs. 1 CRD IV). Dieser weitergehende Ansatz sollte bei der nationalen Umsetzung nach dem Vorbild des § 9 Abs. 1 Satz 1 KWG aufgegriffen und die Verschwiegenheit auf alle Tatsachen erstreckt werden, deren Geheimhaltung im Interesse des Instituts oder eines Dritten (zum Beispiel des Kunden eines Instituts) liegt. Angesichts der unverändert bestehenden Rechtsunsicherheiten bzgl. der Reichweite der Verschwiegenheitspflicht aus § 9 KWG bei Ansprüchen nach dem IFG (siehe hierzu zuletzt BaFin-Tätigkeitsberichts 2013, S. 57) sollte zumindest für den Bereich der Sanierungs- und Abwicklungsplanung zweifelsfrei sichergestellt werden, dass diese hochsensiblen Informationen nicht dem Anwendungsbereich des IFG unterfallen. Eine solche Regelung würde das notwendige Vertrauen in die Integrität der Abwicklungsbehörde und eine entsprechende umfassende Kooperationsbereitschaft weiter befördern.

§ 6 SAG-RefE (Zulässiger Informationsaustausch zwischen Behörden im Rahmen dieses Gesetzes)

§ 6 Abs. 2 sieht vor, dass Bedienstete und Experten der in § 5 Abs. 1 und 2 SAG-RefE genannten Behörden, Personen oder Stellen befugt sind, sich gegenseitig Informationen zu übermitteln, sofern der Erhalt der Informationen zur Erfüllung der nach diesem Gesetz obliegenden Aufgaben nötig ist. Experten in diesem Sinne sind nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 SAG-RefE auch "Rechnungsprüfer, Wirtschaftsprüfer, Rechtsberater, sonstige professionelle Berater, Bewerter und andere von den Abwicklungsbehörden, von anderen im Rahmen des Gesetzes tätigen Behörden oder von potentiellen Erwerbern unmittelbar oder mittelbar hinzugezogenen Experten".

Experte in diesem Sinn kann also auch ein von einem potentiellen Erwerber eines (krisenbetroffenen) Kreditinstituts mandatierter Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmensberater sein. Nach § 6 Abs. 2 wäre ein solcher Rechtsanwalt oder Unternehmensberater befugt, etwaige vertrauliche Informationen an einen anderen Rechtsanwalt oder Unternehmensberater weiterzugeben, sofern ihm dies zur Erfüllung der nach dem SAG obliegenden Aufgaben nötig erscheint. Zum einen dürfte also tatbestandlich bereits § 6 Abs. 2 auf solche privatrechtlichen "Experten" nicht wirklich anwendbar sein, da diese selbst ja nicht unmittelbar Aufgaben nach dem SAG erfüllen. Zum anderen sollte aus unserer Sicht für solche Konstellationen bei § 6 Abs. 2 ergänzt werden, dass bei einer Weitergabe von entsprechend vertraulichen Informationen gerade durch "Experten" in jedem Fall gewährleistet werden muss, dass **auch der Empfänger seinerseits einer entsprechenden Verschwiegenheitspflicht** unterliegt.

§ 12 SAG-RefE (Sanierungsplanung)

a) Nach **§ 12 Abs. 1 Satz 2** hat ein Institut im Sanierungsplan darzulegen, „mit welchen von dem Institut zu treffenden Maßnahmen die finanzielle Stabilität gesichert oder wiederhergestellt werden kann, falls sich seine Finanzlage wesentlich verschlechtert und diese Verschlechterung zu einer Bestandsgefährdung führen kann, wenn das Institut dem nicht rechtzeitig durch geeignete Maßnahmen entgegenwirkt (Krisenfall).“

In der vorgenannten Legaldefinition des Krisenfalls wird der Begriff der "Maßnahmen" gleich in "doppelter" Weise verwandt: Auf der einen Seite sollen nämlich im Sanierungsplan die entsprechenden Maßnahmen zur Wiederherstellung der Stabilität dargestellt werden; auf der Tatbestandsseite läge gleichzeitig eine relevante wesentliche Verschlechterung der Finanzlage nur vor, wenn das Institut dieser nicht rechtzeitig durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken könne. Unseres Erachtens wäre jener letzte Halbsatz auch überhaupt keine erforderliche Tatbestandsvoraussetzung. Denn eine relevante Krise dürfte doch immer vorliegen, falls sich die Finanzlage eines Kreditinstituts wesentlich verschlechtert hat und diese Verschlechterung zu einer Bestandsgefährdung führen kann. Wäre es im Vorhinein gelungen, eine solche Situation durch rechtzeitige Gegenmaßnahmen zu verhindern, dann dürfte es evident sein, dass bereits keine Krise vorliegt. Wir würden anregen, den Halbsatz, "wenn das Institut dem nicht rechtzeitig

durch geeignete Maßnahmen entgegenwirkt" ersatzlos zu streichen. Auch die umzusetzende Vorgabe des Art. 5 Abs. 1 BRRD sieht diesen Halbsatz nicht vor.

§ 13 SAG-RefE (Ausgestaltung von Sanierungsplänen)

a) In **§ 13 Abs. 4 Nr. 2** ist vorgesehen, dass im Sanierungsplan glaubhaft dargelegt werden muss, dass jener Plan im Krisenfall schnell und wirksam umgesetzt werden kann, *"unter größtmöglicher Vermeidung von nennenswerten negativen Auswirkungen auf das Finanzsystem, auch in Fällen, in denen andere Institute im selben Zeitraum Sanierungspläne umsetzen"*. Diese Anforderung mag wünschenswert und damit nachvollziehbar sein, klingt aber ein wenig doch nach der Suche nach dem "Stein der Weisen". Denn wenn man sich eine Situation vergegenwärtigt, in der mehrere größere systemrelevante Kreditinstitute gleichzeitig ihre jeweiligen Sanierungspläne umsetzen, dann "muss" es eigentlich so sein, dass dies auch negative Auswirkungen auf das Finanzsystem zeitigen wird. Würde man sich – lediglich zum Zwecke der Veranschaulichung – einmal vorstellen, dass zwei oder drei große nationale Automobilhersteller in eine existenzbedrohende Krise geraten würden, dann dürfte es evident sein, dass dies auch erhebliche Auswirkungen auf die gesamte Zulieferindustrie und damit auch auf die nationale Wirtschaft insgesamt hätte.

Vor diesem Hintergrund sollte die entsprechende Vorgabe etwas relativiert werden, beispielsweise wie folgt: "... schnell und wirksam umgesetzt werden, mit der Zielsetzung, nach Möglichkeit existenzielle Auswirkungen auf das Finanzsystem, auch in Fällen, in denen andere Institute im selben Zeitraum Sanierungspläne umsetzen, zu vermeiden".

b) **§ 13 Abs. 5** sollte entfallen, da weder die BRRD noch andere internationale Regelungen für Sanierungspläne eine „Beurteilung der Angemessenheit der Kapital- und Refinanzierungsstruktur“ des Instituts im Rahmen der Prüfung des Sanierungsplans durch die Aufsicht fordert. Dies ist Teil der laufenden Bankenaufsicht (Angemessene Kapital- bzw. Liquiditätsausstattung) bzw. wesentlicher Bestandteil der Beurteilung der Abwicklungsfähigkeit/ Abwicklungsstrategie (verlusttragende Passiva, Komplexität bei Abwicklung) und nicht Teil der Prüfung des Sanierungsplans.

c) Nach **§ 13 Abs. 7** kann die Aufsichtsbehörde verlangen, dass das Institut eine zentrale Datenbank errichtet in der es detaillierte Aufzeichnungen über Finanzkontrakte bereithält. Es fragt sich, ob das Gesetz mit dieser Anforderung, die für die Institute mit erheblichem Aufwand verbunden ist, nicht über das Erforderliche hinausgeht. Hilfsweise sollte klar gestellt werden, dass es sich hierbei um eine oder mehrere zentrale Datenbanken handeln kann. Auch sollte die Möglichkeit eröffnet werden, die vorzuhaltenden Details durch Rechtsverordnung näher zu bestimmen. Ferner wäre eine Synchronisierung der Vorgabe mit § 32 Abs. 3 Nr. 1 SAG-RefE wünschenswert. Nach dieser Vorschrift kann die Abwicklungsbehörde nur detaillierte Aufzeichnungen verlangen, nicht aber eine zentrale Datenbank, in der diese vorgehalten werden. Auch kann die Abwicklungsbehörde eine – für alle Institute gleiche - Frist vorsehen, innerhalb

derer die Erstellung der Aufzeichnungen möglich sein muss. Die Bereitstellung von kontraktbezogenen Informationen „auf Knopfdruck“ ist für Institute von besonderer Bedeutung, da die Einrichtung einer solchen Funktionalität mit erheblichem technischen und finanziellen Aufwand verbunden ist, der nach Möglichkeit nur einmal anfallen sollte.

§ 15 SAG-RefE (Besondere Anforderungen an Sanierungspläne für übergeordnete Unternehmen)

- a) In **§ 15 Absatz 2** sollte die Formulierung „sowohl ... als auch“ überprüft werden. Abwicklungsmaßnahmen können „entweder“ auf Ebene der Muttergesellschaft (Single-Point-of-Entry) „oder“ auf Ebene der Tochtergesellschaft genutzt werden.
- b) In **§ 15 Absatz 3 Satz 2** sollte deutlich werden, dass der Gruppensanierungsplan nur dann Regelungen zu gruppeninternen Unterstützungen enthalten muss, wenn diese auch tatsächlich zwischen den Mitgliedern der Gruppe vereinbart wurden. Wir verweisen insoweit auf Artikel 7 Abs. 5 BRRD („if applicable“).
- c) In **§ 15 Abs. 4** ist vorgesehen, dass die Aufsichtsbehörde die Erstellung eines Einzelsanierungsplans in Bezug auf ein inländisches "potentiell systemgefährdendes" Institut verlangen kann, das nachgeordnetes Unternehmen eines EU-Mutterunternehmens in einem anderen Mitgliedstaat ist. Weiter heißt es, dass in diesem Fall das übergeordnete Unternehmen den Sanierungsplan unter Einhaltung der Anforderungen gemäß §§ 13 und 14 SAG-RefE erstellt. Nachdem sich in dieser Konstellation das übergeordnete Unternehmen in einem anderen EU-Mitgliedstaat befindet, können streng genommen nach § 15 Abs. 4 Satz 2 keine rechtlichen Pflichten für ein Kreditinstitut begründet werden, das seinen Sitz nicht im Geltungsbereich des SAG hat. § 15 Abs. 4 Satz 2 würde dementsprechend wohl leerlaufen.

In der Entwurfsbegründung heißt es hierzu, dass "in diesem Fall das übergeordnete Unternehmen in Deutschland einen Sanierungsplan erstellt, der sich auf die gesamte Gruppe bezieht." Dies ist kaum nachvollziehbar, da sich im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 das übergeordnete Unternehmen in einem anderen EU-Mitgliedstaat befindet und lediglich das nachgeordnete Unternehmen ein inländisches Unternehmen ist (vgl. den Wortlaut von § 15 Abs. 4). Selbst wenn man dementsprechend die Gesetzesbegründung dahingehend zu verstehen versuchte, dass hier möglicherweise nicht das "übergeordnete", sondern dann das "nachgeordnete" inländische Unternehmen gemeint sein sollte, machte aber die Entwurfsbegründung auch weiterhin nur wenig Sinn; denn das nachgeordnete Unternehmen würde dann ja keinen Sanierungsplan erstellen, der sich auf die gesamte Gruppe beziehen kann. Dies kann allenfalls das übergeordnete Unternehmen im anderen EU-Mitgliedstaat; hierfür wiederum kann aber der nationale Gesetzgeber kaum verbindliche Regelungen vorgeben.

d) In **§ 15 Abs. 10** heißt es, dass die gemeinsame Entscheidung gem. Abs. 7 und Abs. 9 Nr. 3 und die Entscheidung gem. Abs. 8 und Abs. 4, die die Aufsichtsbehörden bei Fehlen einer gemeinsamen Entscheidung treffen, "**als endgültig anerkannt werden**". Hier bleibt offen, was hierunter verstanden werden soll. Von wem wird diese endgültige Anerkenntnis erklärt? Soll dies gleichzeitig bedeuten, dass Rechtsmittel gegen jene Entscheidungen von vornherein nicht möglich sind? Oder gilt dieses "Anerkenntnis" nur im Verhältnis der Aufsichtsbehörden untereinander, insbesondere auch dann, wenn jene gerade keine gemeinsame Entscheidung treffen könnten? Auch hier dürfte sich allerdings das Problem stellen, dass der nationale Gesetzgeber kaum verbindliche Regelungen für Aufsichtsbehörden in anderen EU-Mitgliedstaaten treffen könnte.

§ 16 SAG-RefE (Vereinfachte Anforderungen und Befreiung)

a) Es erscheint sachlich nicht gerechtfertigt, dass nach **§ 16 Abs. 1** Verbundinstituten grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet werden soll, von den Anforderungen der Sanierungsplanung freigestellt zu werden. Der in Art. 4 BRRD vorgesehene Waiver für diese Institute sollte nicht genutzt werden, da auch diese Institute systemische Risiken verursachen können, insbesondere durch ihre sehr ähnlich gelagerten Geschäftsmodelle, ihre starke Vernetzung über die Haftungsverbände und die Eigentümerstruktur sowie ihr einheitliches Auftreten am Markt. Ein regulatorischer Ansatz, der nur die Risikolage einer einzelnen Sparkasse und Genossenschaftsbank ins Auge fasst, greift zu kurz. Hierauf und auf die aus Verbundstrukturen erwachsenden systemischen Risiken hat jüngst der Sachverständigenrat in seinem aktuellen Jahresgutachten ausdrücklich hingewiesen. Soll die Mitgliedschaft zu einem institutsbezogenen Sicherungssystem als „risikomindernd“ eingestuft werden, erscheint es ausreichend, dies – wie auch in § 16 Abs. 3 Satz 1 SAG-RefE vorgesehen – bei den „vereinfachten Anforderungen“ zu berücksichtigen. Die bloße Mitgliedschaft zu einem Institutssicherungssystem sollte jedoch hierfür nicht ausreichen. Zu berücksichtigen bzw. zu prüfen wäre, ob ein Institut so groß ist, dass es das Institutssicherungssystem an seine Leistungsgrenzen bringen kann

b) **§ 16 Abs. 1** enthält keine Angabe, wie oft der Antrag auf Befreiung eines Kreditinstituts von der Erstellung eines Sanierungsplans gestellt werden muss. Die Regelung sollte klarstellend dahingehend ergänzt werden, dass eine solche Befreiung regelmäßig erneuert und das Vorliegen der Voraussetzungen geprüft werden muss.

c) **§ 16 Abs. 4** sollte klarstellend um den Hinweis ergänzt werden, dass von der Aufsichtsbehörde auch die dem RTS zeitlich vorangehenden, in Art. 4 Abs. 5 BRRD genannten Leitlinien bei der Auslegung beachtet werden.

d) Nach **§ 16 Abs. 5** und nach **§ 32 Abs. 4** soll das Bundesministerium der Finanzen ermächtigt werden, ohne Zustimmung des Bundesrates, nähere Bestimmungen zu den Kriterien des Sanierungs- bzw. Abwicklungsplans zu erlassen. Dies bietet keine Planungssicherheit und das Risiko von Mehraufwand für die Institute. Hier sollte ein formaleres Verfahren zur Anwendung kommen.

§§ 18 ff. SAG-RefE (Gruppeninterne finanzielle Unterstützung)

Die **Definition des Begriffs „gruppeninterne finanzielle Unterstützung“** sollte klarer gefasst werden. Auch enthält § 19 Abs. 1) SAG-RefE begriffsbeschreibende Element, die systematisch in den § 18 Abs. 1 SAG-RefE aufgenommen werden sollten.

Ferner wurde die Abgrenzung der „finanziellen Unterstützung“ im Referentenentwurf nicht zutreffend formuliert. Handelt es sich hierbei um Verträge die ausschließlich im Krisenfall eines Instituts eintreten oder umfasst diese Norm auch Verträge im normalen Geschäftsgang? Eine Differenzierung ist aus Praxissicht nicht möglich, da die Zusagen aus Verträgen des normalen Geschäftsgangs auch im Krisenfall gültig sind. In der Praxis bestehen zwei relevante Arten von Verträgen:

- Unternehmensverträge: z. B. Patronat, Ergebnisabführungsvertrag
- Refinanzierungsverträge: z. B. Liquiditätslinien, Geldmarktgeschäfte

Wie grenzen sich diese von der „gruppeninternen finanziellen Unterstützung“ ab? In § 21 SAG-RefE wird ein Genehmigungsverfahren für die Verträge zur gruppeninternen finanziellen Unterstützung erwähnt. Sind z. B. Liquiditätslinien zukünftig weiterhin ohne aufsichtsrechtliche Genehmigung möglich?

Eine Bestandsschutz-Regelung für bestehende vertragliche Regelungen zwischen Unternehmen einer Gruppe ist zu präferieren. Falls kein Bestandsschutz für diese Verträge gewährt wird, ist mindestens eine Übergangsfrist dafür erforderlich damit die Hauptversammlung die erforderlichen Anpassungen an den Verträgen beschließen kann. Eine Anpassung ohne Beschluss der Hauptversammlung ist unwahrscheinlich, da eine Satzungsänderung in Teilen erforderlich ist.

§ 19 SAG-RefE (Inhalt und Zulässigkeit einer Vereinbarung über gruppeninterne finanzielle Unterstützung)

a) Es sollte klargestellt werden, dass das **Instrument der Patronatserklärung** im Geschäftsbericht, wie es vor allem die großen Mitgliedsbanken für gruppenangehörige Unternehmen im In- und Ausland verwenden, nicht als „Stellung von Personalsicherheiten“ und damit als Fall der „gruppeninternen finanziellen Unterstützung“ im Sinne des Kapitels 2 (§§ 18 ff. SAG-RefE) anzusehen ist. Zu bedenken ist schon, dass die Rechtsnatur der Patronatserklärung im Geschäftsbericht (anders als die Natur der als Einzelkreditsicherheit gewährten harten

Patronatserklärung) nicht abschließend geklärt ist - etwa mit Blick auf die Fragen, ob diese Vertragscharakter hat und ob, und wenn ja, durch wen, Rechtsansprüche daraus abgeleitet werden können. Die Patronatserklärung im Geschäftsbericht fällt auch nicht unter die in **§ 19 Abs. 1 Satz 1** vorgesehenen Formen der Unterstützung; soweit hier die Einstufung als „Personalsicherheit“ in Betracht käme, stellt der Blick auf Art. 19 Abs. 5 (b) BRRD („guarantees“) klar, dass hier an klassische Einzelkreditsicherheiten gedacht ist. Dies würde auf eine als Kreditsicherheit erteilte harte Patronatserklärung passen, nicht aber auf Patronatserklärungen im Geschäftsbericht einer Konzernobergesellschaft, der vorrangig konzernstrategische Bedeutung zukommt und die weder einen konkreten Kredit besichert noch – mangels Quantifizierbarkeit - der patronierten Tochter einen aktivierbaren Anspruch gegen die Konzernmutter gewährt.

Mit Blick auf die erwähnten Besonderheiten von Patronatserklärungen im Geschäftsbericht einer Konzernobergesellschaft wäre zudem der Genehmigungsprozess und dabei insbesondere die Einbindung von Behörden in anderen EU-Staaten gem. § 21 SAG-RefE mit besonderen Problemen behaftet: Hier steht allein schon zu befürchten, dass Patronat als Instrument der deutschen Unternehmenspraxis Verständnisschwierigkeiten bereiten könnte, was sich negativ auf die Erzielung einer einvernehmlichen Entscheidung gemäß § 21 Abs. 4 SAG-RefE auswirken könnte.

b) Bei **§ 19 Abs. 1** wäre bei der Aufzählung der Möglichkeiten der Gewährung gruppeninterner finanzieller Unterstützung um die "**Schuldübernahme**" zu ergänzen. Es könnten durchaus Situationen auftreten, in denen es sowohl für das anbietende wie auch für das empfangende Kreditinstitut sachgerechter ist, dass das die Unterstützung gewährende Institut bestimmte Verbindlichkeiten und Risiken aufs eigene Buch nimmt und damit das empfangende Institut entlastet, als lediglich hierfür Personalsicherheiten oder "Cash Cover" zur Verfügung zu stellen.

c) Bei **§ 19 Abs. 3** heißt es, dass die Gegenleistung für die finanzielle Unterstützung "**im Zeitpunkt der Gewährung**" der Unterstützung von den Parteien festzulegen sei. Auch nach der Entwurfsbegründung muss erst mit der der "Gewährung", also nicht im Zeitpunkt der Zusage, also des Abschlusses der Vereinbarung über die gruppeninterne finanzielle Unterstützung, die Gegenleistung konkret bestimmt werden.

Wenn aber der Wert der Gegenleistung in dem Zeitpunkt zu ermitteln ist, in dem die finanzielle Unterstützung tatsächlich gewährt wird, sich das empfangende Kreditinstitut typischerweise also in einer gravierenden Krisensituation befindet, müsste im Hinblick auf das deutlich erhöhte Ausfallrisiko ein dementsprechend deutlich erhöhter Gegenleistungswert vorgesehen werden. Diesen zu ermitteln, dürfte – gerade in einer Phase großen Zeitdrucks – nicht einfach sein, müsste hier doch dann sehr kurzfristig das konkrete Ausfallrisiko des empfangenden Instituts bewertet werden.

Hinzu kommt, dass dann in der Vereinbarung selbst **allenfalls sehr abstrakt** die Gegenleistung bzw. besser: die Methodik der Ermittlung der Gegenleistung beschrieben werden könnte. Das anbietende Institut hätte sich also dem Grunde nach zu einer Unterstützungsleistung verpflichtet, wobei die Gegenleistung hierfür offen bliebe. Oder anders gesagt: Die "essentialia negotii" des einen Teils des synallagmatischen Geschäfts blieben bei Abschluss des Vertrags weitgehend unkonkret – und müssten dann kurzfristig in der Krisensituation des empfangenden Instituts konkretisiert werden. Dass eine Ausfüllung dieser wesentlichen Vertrags Elemente dann gerade in einer solchen Extremsituation gelingen würde – dem einen Institut steht, bildlich gesprochen, das Wasser bis zum Halse, das andere Institut soll trotzdem noch kreditieren – scheint recht unwahrscheinlich; im Übrigen dürfte dies **gravierende Haftungsrisiken** für beide involvierten Geschäftsleitungen (vor allem aber natürlich für die Geschäftsführung des unterstützenden Instituts) mit sich bringen.

Eine weitere inhaltliche Frage, die sich hier im Zusammenhang mit dem Abschluss solcher Vereinbarungen über gruppeninterne finanzielle Unterstützung stellt, ist die nach den **Beendigungsmöglichkeiten**. Bekanntlich kann nach deutschem Rechtsverständnis eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nicht abbedungen werden. Um sicherzustellen, dass aus jener Vereinbarung gerade dann auch noch Ansprüche des empfangenden Instituts abgeleitet werden können, wenn sich eben dessen finanzielle Verhältnisse wesentlich verschlechtert haben sollten, müsste dementsprechend versucht werden, hieraus resultierende potentielle außerordentliche Kündigungsgründe möglichst konkret zu beschreiben – und dann auszuschließen.

d) Bei **§ 19 Abs. 3 Nr. 3** ist vorgesehen, dass jede Partei, die eine finanzielle Unterstützung gewährt, vor Festlegung der Gegenleistung für die Gewährung und vor der Entscheidung, eine finanzielle Unterstützung zu gewähren, "vollständigen Zugang zu allen relevanten Informationen über die die finanzielle Unterstützung empfangende Partei" haben muss. Nachdem hier also auf die Voraussetzung eines "vollständigen Zugangs" abgestellt wird, dürfte sich die Frage stellen, ob also die gewährende Partei tatsächlich eine **umfassende Due Diligence** hinsichtlich der empfangenden Partei vornehmen muss – worauf die Entwurfsbegründung wie auch das vorstehend beschriebene Problem der Bewertung der angemessenen Gegenleistung hindeuten würde. Dies würde aber natürlich eine **erhebliche Zeitverzögerung implizieren** – in einer Situation, in der es mutmaßlich auf sehr, sehr schnelle Entscheidungen ankäme.

e) § 19 enthält keinerlei Regelung dahingehend, wie insofern das Rechtsverhältnis zu allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere dem **Kapitalerhaltungsrecht** gem. §§ 30 ff. GmbHG, § 57 AktG ausgestaltet sein soll. Hier wäre zumindest eine Klarstellung sinnvoll, ob § 19 insofern „lex specialis“ ist oder ob ergänzend auch die Kapitalerhaltungsbestimmungen des nationalen Gesellschaftsrechts zu beachten sind.

§ 25 SAG-RefE (Voraussetzungen für die Gewährung gruppeninterner finanzieller Unterstützung)

a) Nach **§ 25 Abs. 1 Nr. 1** ist Voraussetzung für die Gewährung einer finanziellen Unterstützung, dass begründete Aussichten bestehen, dass die finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens der Gruppe, welches Empfänger der Unterstützung ist, durch die Unterstützung in wesentlichem Umfang behoben werden kann.

Da gleichzeitig nach § 19 Abs. 2 SAG-RefE der Abschluss einer Vereinbarung über gruppeninterne finanzielle Unterstützung zeitlich immer ausgeschlossen ist, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bei einer Partei die Voraussetzungen für ein "frühzeitiges Eingreifen" nach § 27 Abs. 1 SAG-RefE gegeben wären, mit anderen Worten also typischerweise sich das empfangende Kreditinstitut bereits in einer Krisensituation befände, müsste also die Vereinbarung über die Unterstützung regelmäßig im Vorfeld einer tatsächlichen Krise, gewissermaßen also als "Notfallplan in der Schublade" abgeschlossen werden. Wenn dies aber die durchaus nachvollziehbare gesetzgeberische Konzeption darstellt, dürfte eine Prognose darüber, ob "begründete Aussichten bestehen" eine konkrete Krise mit Hilfe der gewährten Unterstützung überwinden zu können, sehr schwierig oder eben nur ganz abstrakt beantwortet werden können. Dies gilt umso mehr, als die vom empfangenden Kreditinstitut zu gewährende Gegenleistung für die Unterstützung, wie erläutert, ja erst bei konkreter Entgegennahme der Gegenleistung zu bestimmen wäre; im Vorfeld kann also gar nicht bekannt sein, welche Mittel (Liquidität; Sicherheiten) für diese Gegenleistung vom empfangenden Kreditinstitut anzusetzen wären. Dies dürfte es aber recht schwierig erscheinen lassen, eine belastbare Prognose dazu abzugeben, ob die zu gewährende Unterstützung – gerade auch unter Berücksichtigung der noch nicht bekannten, zwingend aber angemessenen, zu erbringenden Gegenleistung - wirklich geeignet ist, die finanziellen Schwierigkeiten zu beseitigen.

b) Nach **§ 25 Abs. 1 Nr. 5** dürfte die Gewährung der finanziellen Unterstützung die Liquidität des gewährenden Instituts **nicht "beeinträchtigen"**. Hier wäre sinnvollerweise wohl noch ein "**Wesentlichkeitskriterium**" zu ergänzen, denn eine gewisse "Beeinträchtigung" dürfte wohl nahezu bei jeder finanziellen Unterstützung, die zumindest einen maßgeblichen Beitrag leisten soll, immer vorliegen. Dies gilt umso mehr, als bei der nachfolgenden Nr. 6 nicht ganz klar wird, ob dies nun ein zusätzliches Kriterium darstellt oder lediglich ein Regelbeispiel für eine Beeinträchtigung der Liquidität nach Nr. 5. Die Formulierung mit dem "insbesondere-Zusatz" würde wohl eher darauf hindeuten, dass es sich um ein Regelbeispiel für eine Beeinträchtigung der Liquidität und/oder Solvabilität des unterstützenden Kreditinstituts handelt; das Abstellen auf die Bedrohung für die Finanzstabilität würde dafür sprechen, dass es insofern um ein zusätzliches Kriterium geht.

§ 28 SAG-RefE (Abberufung der Geschäftsleitung)

Hier fällt ein wenig auf, dass einziges Tatbestandsmerkmal für die Abberufung der kompletten Geschäftsleitung eines Kreditinstituts die Tatsache wäre, dass Frühinterventionsmaßnahmen nach § 27 nicht ausreichend oder geeignet wären. Mit anderen Worten könnte es also sein, dass die Geschäftsleitung eines Kreditinstituts sämtliche von der Aufsichtsbehörde angeordnete Frühinterventionsmaßnahmen nach § 27 SAG-RefE vollumfänglich umsetzt, vielleicht sogar mit den Maßnahmen des Sanierungsplans beginnt, und trotzdem – als Kollegialorgan komplett – von der Aufsichtsbehörde abberufen werden könnte, wenn sich herausstellen sollte, dass jene Maßnahmen in rein tatsächlicher Hinsicht noch nicht ausreichend wären. Hier wäre zu überlegen, zusätzliche Kriterien vorzusehen (etwa eine erhebliche Gefährdung der Finanzstabilität). Des Weiteren sollte ergänzend und unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten **als milderes Mittel** auch die Abberufung lediglich einzelner Geschäftsleiter vorgesehen werden.

§ 33 SAG-RefE (Zentrale Verwahrung und Verwaltung von Verträgen)

a) Entgegen der Entwurfsbegründung lässt sich die weitgehende Regelung des § 33 nicht auf Art. 71 Abs. 7 BRRD stützen. Hiernach kann von Instituten lediglich die Führung von detaillierten Aufzeichnungen über Verträge verlangt werden. Hinzu tritt, dass eine zentrale Verwaltung aller Verträge einer Institutsgruppe operativ wie rechtlich nicht umsetzbar ist. Rechtlich ist eine Weitergabe von Verträgen, insbesondere von ausländischen Tochtergesellschaften bzw. Beteiligungen, an die Muttergesellschaft, kritisch bzw. in Teilen unmöglich (Daten-/ Verbraucherschutz). Dem Wortlaut folgend müsste jeder Vertrag über die Eröffnung eines Giro- bzw. Sparkontos oder die Vergabe eines Konsumentenkredits einer Institutsgruppe in einem zentralen System hinterlegt werden. Die Notwendigkeit dieser Anforderungen zur Verbesserung der Abwicklungsfähigkeit erschließt sich aus Institutssicht nicht.

b) Sollte ungeachtet dessen an der Regelung festgehalten werden, sollte sich die zentrale Sammlung auf die wesentlichen Verträge einer Institutsgruppe begrenzen. Die Abgrenzung der Wesentlichkeit könnte im Rahmen der Abwicklungsplanung zwischen der Abwicklungsbehörde und dem Institut abgestimmt werden. Dabei sind materielle (z. B. Kreditvolumen eines Vertrags) als auch formelle (Kündigungsklauseln für Kontrahenten) Kriterien zu berücksichtigen. Die Art der wesentlichen Verträge wird sich je nach Geschäftsmodell eines Instituts auch stark voneinander unterscheiden. Ferner sollte in der Regelung der Hinweis aufgenommen werden, dass technische Regulierungsstandards nach Art. 71 Abs. 8 BRRD zu beachten sind. Wird eine zentrale Verwahrung von Verträgen angeordnet, sollte dies im europäischen Binnenmarkt auch durch ein Institut mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat möglich sein.

§ 39 SAG-RefE (Mindestbestbetrag berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten)

a) Die **Ausnahme von Hypothekenbanken von der MREL-Quote** gemäß Art. 45 Abs. 3 BRRD fehlt im Gesetzesentwurf. Diese Regel sollte in nationales Recht übernommen werden, insbesondere um eine Wettbewerbsverzerrung mit Covered Bond Banken aus anderen EU-Ländern zu vermeiden. Falls hierfür eine Anpassung des Pfandbriefgesetzes erforderlich ist, sollte dies bereits mit dem Umsetzungsgesetz erfolgen. Falls die MREL-Quote für Pfandbriefbanken anwendbar wäre, so würde das Geschäftsmodell der Banken massiv beeinflusst werden. Dies wäre in Anbetracht der strikten gesetzlichen Kriterien für die Auswahl der Deckungsstockaktiva sachlich nicht gerechtfertigt.

b) Bei der Berechnung der auf Verlangen der Abwicklungsbehörde vorzuhaltenden berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten finden Verbindlichkeiten aus Derivaten nach **§ 39 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 5** nur bei der Berechnung der Gesamtverbindlichkeiten Berücksichtigung. Dabei werden Saldierungs- bzw. Aufrechnungsvereinbarungen in voller Höhe anerkannt. Der Begriff der Saldierungs- bzw. Aufrechnungsvereinbarung“ ist in § 2 Nr. 53 SAG-RefE definiert.

In **Abs. 1 Satz 3** sollte klargestellt werden, dass Verbindlichkeiten aus Derivaten insgesamt, d.h., auch bei der Ermittlung der Gesamtverbindlichkeiten unberücksichtigt bleiben. Da die BRRD dies bislang nicht vorsieht (Artikel 45 Abs. 1 BRRD), sollten die laufenden Verhandlungen auf Ebene des Financial Stability Boards (FSB) genutzt werden, diese notwendige Korrektur vorzunehmen.

c) Nach **§ 39 Abs. 2 Nr. 5** können Verbindlichkeiten, die aus einem Derivat resultieren, nicht auf den Mindestbetrag angerechnet werden. Die Frage ist, ob dieses Anrechnungsverbot auch für Derivate gelten soll, die aufgrund vertraglicher Abrede (z.B. eines außergerichtlichen Vergleichs) beendet und durch einen von dem Institut geschuldeten Ausgleichsbetrag ersetzt wurden. Unterstellt, die Voraussetzungen des Abs. 2 wären im Übrigen erfüllt, soll diese Forderung von der Anrechnung ausgenommen werden? Es spricht viel dafür, den Ursprung der Forderung nicht mehr auf das Derivat zurückzuführen, sondern auf die separate vertragliche Abrede.

Schließlich möchten wir an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich auf die in Art. 55 Abs. 1 Satz 2 am Ende BRRD vorgesehene Regelung hinweisen, wonach eine **vertragliche Anerkennungsklausel** für eine etwaige Gläubigerbeteiligung dann nicht notwendig ist, wenn eine bindende zwischenstaatliche Vereinbarung besteht. Eine solche Anerkennungsklausel ist in manchen Bankprodukten in Märkten außerhalb der EU nicht durchsetzbar. Mit diesem Erfordernis würden bereits heute schon – also vor dem Eintreten einer Krise – wesentliche Geschäftsfelder von Bankkunden außerhalb der EU unter Druck gesetzt werden. Kunden zum Beispiel in den USA und in Asien von deutschen Kreditinstituten würden zu Wettbewerbern ausweichen, statt eine entsprechende Klausel zu akzeptieren. Im Sinne eines fairen Wettbewerbs regen wird daher an, zeitnah zwischenstaatliche Verträge zur Anerkennung einer Gläubigerbeteiligung aufzunehmen.

d) Nach **§ 39 Abs. 3** kann die Abwicklungsbehörde bei Verbindlichkeiten, die dem Recht eines Drittlandes unterliegen, den Nachweis verlangen, dass die Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung (Bail-in) auf diese Verbindlichkeit nach dem Rechts des Drittlandes anerkannt würde. Es sollte klargestellt werden, wie das Institut diesen Nachweis zu erbringen hat. Denkbar wären vom Institut bereitgestellte schriftliche Rechtsgutachten, wobei diese Gutachten auch von der unabhängigen Rechtsabteilung des Instituts erstellt werden können sollten (siehe auch § 45 Abs. 1 Satz 3 SAG-RefE). Die in Satz 2 angekündigte Sanktion (dass die Verbindlichkeit nicht als berücksichtigungsfähig anerkannt werden kann) greift bei Derivaten ins Leere, da diese bereits nach Abs. 1 nicht berücksichtigungsfähig sind. Derivate sollten daher von der Nachweispflicht ausgenommen werden.

e) **§ 39 Abs. 4 Nrn. 2 und 3** definieren als Zielvorgabe für den institutsspezifischen Mindestbetrag eine harte Eigenkapitalquote die erforderlich wäre, um das „Marktvertrauen in das Institut“ sicherzustellen. Es wäre wünschenswert, wenn dieser unbestimmte Begriff bzw. die für seine Auslegung relevanten Parameter durch Verordnung näher bestimmt würden, so dass eine einheitliche Anwendung in der Praxis sichergestellt ist. Zu berücksichtigen ist, dass das Institut zu dem für das Marktvertrauen maßgeblichen Zeitpunkt bereits durch das Instrument der Gläubigerbeteiligung von Verbindlichkeiten befreit wurde und nur noch kritische Funktionen und wesentliche Geschäftsaktivitäten umfasst. Dies sollte die Vermutung rechtfertigen, dass das Marktvertrauen grundsätzlich gegeben ist. Darüber hinaus sollte geprüft und im Zweifel verneint werden, ob die in §§ 10c, 10d und 10e KWG geforderten Kapitalpuffer bereits für den Zeitpunkt unmittelbar nach dem Sanierungswochenende vorzuhalten sind. Zumindest der antizyklische Kapitalpuffer scheint verzichtbar.

f) In **§ 39 Abs. 6** werden die Abwicklungsplanung und die Festlegung der MREL-Quote zeitlich und inhaltlich miteinander verknüpft. Somit ist der Mindestbetrag je Institut erst nach Erstellung der Abwicklungspläne durch die Aufsicht bestimmbar. Da die Abwicklungspläne, auch für die systemrelevanten Häuser in Deutschland, voraussichtlich sequenziell erstellt werden tritt bei sofortiger Anwendung je Institut eine Wettbewerbsverzerrung ein. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen sollte der Zeitpunkt der Einhaltung des Mindestbetrags für alle systemrelevanten Institute zum selben Zeitpunkt erfolgen.

g) Der anrechenbare Mindestbetrag aus Eigenmitteln und berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten auf Gruppenebene muss den anrechenbaren Mindestbetrag des Einzelinstituts vollständig berücksichtigen. Dies umfasst auch das auf Minderheitsanteile entfallende Eigenkapital von vollkonsolidierten Gesellschaften, da deren Gesamtpassiva ebenfalls voll konsolidiert werden. Um eine zu hohe Anrechnung auf Gruppenebene zu vermeiden, sollte der **Betrag des auf Gruppenebene anrechenbaren Mindestbetrags der Tochtergesellschaft** limitiert werden, z. B. auf den Betrag auf stand-alone Basis. Durch diese Anrechnung wird eine proportionale Behandlung von Gesamtverbindlichkeiten und Eigenkapital der Tochtergesellschaft erzielt.

Diese Regulierung ist insbesondere für Institute notwendig, die in mehreren Rechtsformen operieren müssen, insbesondere falls die Trennung in unterschiedliche Rechtsträger aus aufsichtsrechtlichen Vorgaben (Abbau von Abwicklungshindernissen, Trennbanken) resultiert.

§ 43 SAG-RefE (Erfüllung des Mindestbetrags durch vertragliche Instrumente)

a) Die Befugnis der Abwicklungsbehörde für die Zwecke der Anrechnung auf den Mindestbetrag vertragliche Vereinbarungen mit den Gläubigern des Institutes über die Anerkennung eines Bail-ins zu verlangen, verfolgt offenbar andere Zwecke als § 39 Abs. 3 SAG-RefE, der die besondere Problematik der dem Recht eines Drittlandes unterliegenden Verbindlichkeiten bereits umfassend adressiert. Raum bleibt für § 43 SAG-RefE nur dort, wo das in §§ 60 Abs. 1 Nr. 7, 116, 117 SAG-RefE verankerte Verbot der unterschiedlichen Behandlung von Insolvenzgläubigern (no creditor worse off) einer nur teilweisen Beteiligungen von Gläubigern desselben Insolvenzranks entgegensteht. Oder anders ausgedrückt: Schreibt das nationale Insolvenzrecht vor, dass eine bestimmte Gruppe von Insolvenzgläubigern im Rahmen der Berichtigung ihrer Forderungen denselben Rang teilt, kann diese Gruppe nur insgesamt und mit derselben Quote vom Instrument der Gläubigerbeteiligung erfasst werden. Spielraum gewinnt die Abwicklungsbehörde nur dann und in dem Umfang, in dem einzelne Insolvenzgläubiger ihren Rang durch die in § 43 Abs. 2 SAG-RefE beschriebene Nachrangvereinbarung aufgeben.

Diese Verständnis zugrunde gelegt, sollte von der Befugnis des § 43 nur in den Fällen Gebrauch gemacht werden, in denen der Nachrang einer bestimmten Gruppe von Insolvenzgläubigern nicht bereits auf andere Weise sichergestellt ist.

Zu denken ist etwa an § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der bei Gesellschaftern, die mit mehr als 10 Prozent am Haftkapital des Instituts beteiligt sind (§ 39 Abs. 5 InsO) vorsieht, dass die von ihnen gewährten Darlehen den übrigen Insolvenzgläubigern im Range nachgehen. Das besondere Anfechtungsrecht des § 135 InsO stellt zudem sicher, dass die Gesellschafterdarlehen nicht vorzeitig zurückgezahlt werden. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist insbesondere für die Sanierung von Institutgruppen relevant, weil er für die von der Muttergesellschaft bereitgestellten die Gesellschafterdarlehen sicherstellt, dass die bei der Tochtergesellschaft anfallenden Verluste auf die Muttergesellschaft „transferiert“ werden.

In diesem Kontext möchten wir auch auf den zu § 46f KWG unterbreiteten Vorschlag verweisen, der die Begründung eines weiteren gesetzlichen Nachranges für von Kreditinstituten begebene Schuldverschreibungen vorsieht.

b) Bei **§ 43 Abs. 2 Nr. 2** ist vorgesehen, dass für die Begründung eines auf den Mindestbetrag an Eigenmitteln anrechenbaren "Instruments" eine verbindliche Nachrangvereinbarung begründet werden muss, wonach die entsprechenden Verbindlichkeiten im Falle eines Insolvenzverfahrens gegenüber anderen berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten

nachrangig wären und nicht vor anderen zu dem betreffenden Zeitpunkt noch ausstehenden berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten zurückerstattet werden dürfen. Die Regelung sollte dahingehend ergänzt werden, dass zwar ein entsprechender Nachrang vorzusehen ist und eben jene Verbindlichkeiten "nicht vor anderen", zu dem betreffenden Zeitpunkt noch bestehenden berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten zurückgeführt werden können, aber gleichzeitig mit Verbindlichkeiten im Sinne dieser Nr. 2 des § 43 Abs. 2.

§ 45 SAG-RefE (Vertragliche Anerkennung des Instruments der Gläubigerbeteiligung in Drittstaaten)

a) Es ist nicht ersichtlich, warum nach **§ 45 Abs. 1 Satz 3** ein Institut auf Verlangen der Abwicklungsbehörde stets ein Rechtsgutachten vorlegen soll. Soweit die eine Vertragspartei der Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung auf eine Verbindlichkeit zugestimmt hat, muss die Pflicht zur Vorlage von Rechtsgutachten entfallen. Gleiches gilt in den Fällen, in denen ein Drittland die Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung völkerrechtlich verbindlich anerkannt hat. Bestehende Zweifel, ob die Anerkennung wirksam ist und innerhalb des Drittstaates durch entsprechende Anpassung der nationalen Rechtsvorschriften sichergestellt ist, sollte dies die Aufsichtsbehörde klären (eine entsprechende Bewertung der Gleichwertigkeit von Rechtssystemen wird von den Aufsichtsbehörden oder der Kommission auch im anderen Zusammenhang erwartet).

Darüber hinaus weist § 45 SAG den Rechtsgutachten eine Bedeutung zu, die sie nicht erfüllen können. Die Durchsetzbarkeit eines Bail-ins wird durch ein Rechtsgutachten nicht erhöht. Es sollte daher generell auf die Vorlage von Gutachten verzichtet werden. Sinnvoll erscheinen sie nur im Kontext des § 39 SAG-RefE, für die Prognose ob die berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten zukünftig für ein Bail-in genutzt werden können und deshalb auf den Mindestbetrag angerechnet werden dürfen. Wo eine Anrechnung auf den Mindestbetrag nicht möglich ist (wie bei Derivaten), sollte jedoch davon Abstand genommen werden, Gutachten zu verlangen. Hilfsweise: Es sollte klargestellt werden, dass das auf Verlangen der Abwicklungsbehörde vorzulegende Rechtsgutachten auch von der unabhängigen Rechtsabteilung des Instituts erstellt werden kann.

b) **§ 45 Abs. 2 Nr. 3** nimmt dem Recht eines Drittlandes unterliegende Verbindlichkeiten, die bereits vor dem Inkrafttreten des SAG begründet wurden von der Pflicht zur Aufnahme einer Anerkennungsklausel aus. Da der Zweck der Ausnahme ist, umfangreiche Neuverhandlungen mit Vertragsparteien zu vermeiden, sollte die Ausnahme auch für bestehende Rahmenverträge für Derivate gelten, durch die die einheitliche Ausgleichsforderung begründet wird. Zumindest sollte die Verpflichtung nur für das Neugeschäft gelten, bei dem die Parteien entsprechende Klauseln durch die Preisgestaltung berücksichtigen und einen neuen Rahmenvertrag für das Neugeschäft abschließen können.

c) **§ 39 Abs. 5** sieht vor, dass Kapitalinstrumente nur dann für bankaufsichtliche Zwecke anrechenbar sind, wenn sie die nach § 45 Abs. 1 SAG vorgesehenen Bail-in-Klausel enthalten. Es fehlt die Klarstellung, dass sich die Sanktion des Abs. 5 auf die Kapitalinstrumente beschränkt, die vor Inkrafttreten des SAG begründet wurden. Wir würden folgende Formulierung vorschlagen: „Fehlt die nach Abs. 1 geforderte Vertragsklausel...“.

§ 46 SAG-RefE (Beseitigung der verfahrenstechnischen Hindernisse für das Instrument der Gläubigerbeteiligung)

a) Nach **§ 46 Absatz 1** kann die Abwicklungsbehörde verlangen, dass Institute jederzeit in ausreichendem Umfang genehmigtes Kapital vorhalten, um die praktische Durchführbarkeit der Umwandlung von Verbindlichkeiten in hartes Kernkapital zu gewährleisten. Das genehmigte Kapital ist zwar von der 50-Prozent-Grenze des § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG freigestellt, folgende Fragen bleiben jedoch unbeantwortet:

- Wie verhält sich das nach § 46 SAG-RefE bereit gehaltene genehmigte Kapital zu dem für andere Zwecke genehmigten Kapital?
- Wird das nach § 46 SAG-RefE bereit gehaltene genehmigte Kapital auf das „sonstige“ genehmigte Kapital angerechnet, so dass entsprechende Beschlüsse der Hauptversammlung an der bereits ausgeschöpften 50-Prozent-Grenze scheitern?
-
- Das nach § 46 SAG-RefE bereit gehaltene genehmigte Kapital muss zwangsläufig einen Bezugsrechtsausschluss vorsehen. Wie soll dieser durchgeführt werden, wenn das Institut von den Anforderungen des § 186 Abs. 3 und Abs. 4 AktG nicht freigestellt wird? Die Praxis zeigt, dass eine Hauptversammlung einem so weit gehenden Bezugsrechtsausschluss mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zustimmen wird. § 82a Nr. 8 SAG-RefE wird keine Grundlage bieten, da die dort angesprochene Befugnis der Abwicklungsbehörde erst nach Eintritt der Abwicklungsvoraussetzungen genutzt werden kann.

b) Die Anforderung von nicht definierten Vorratsbeschlüssen für Kapitalerhöhungen ist abzulehnen. Durch die Eintragung eines „**ausreichenden Umfangs**“ an Beschlüssen wird ein wesentlicher Teil des Abwicklungsplans öffentlich gemacht. Die Kapitalmarktteilnehmer können daraus Rückschlüsse auf den erwarteten maximalen Verlust des Instituts im Abwicklungsfall ziehen. Dies ist nicht konform mit der Verschwiegenheit der Abwicklungsplanung gemäß §§ 4 und 5 SAG-RefE. Darüber hinaus wird den Aktionären auf einer Hauptversammlung, insbesondere von Publikumsgesellschaften, die Höhe der Beschlüsse nur schwer zu vermitteln sein, ohne gleichzeitig wesentliche Bestandteile des Abwicklungsplans/ -strategie zu veröffentlichen. Das Institut ist dabei selbst nur limitiert gegenüber den Aktionären auskunftsfähig, da es den Abwicklungsplan selbst nur in Teilen kennen wird. Unklar ist auch, ob diese Ermächtigungen mit einer aufschiebenden Bedingung des Erlasses der Abwicklungsentscheidung versehen sein sollen oder ob dies normale Beschlüsse sind, über die auch der Vorstand generell verfügen könnte.

Eine vergleichbare Anforderung ist nicht in der BRRD enthalten und stellt somit einen Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen Banken in Europa dar. Die Zielsetzung, die erforderliche Anzahl von Aktien für eine Wandlung von Verbindlichkeiten zu beschaffen, kann gemäß § 72 Abs 1 SAG-RefE durch die Befugnisse des Sonderverwalters vergleichbar erzielt werden. Dies erscheint im Vergleich zu dem weitgehenden Eingriff mittels präventiver Beschlussfassung das adäquatere Mittel. Die Vorgabe sollte daher ersatzlos entfallen.

c) **§ 46 Abs. 2 Satz 5** erwähnt eine „Anordnung gemäß Absatz 1“, die es aber offenbar nicht gibt. Ist hier das „Verlangen“ gemeint?

§ 48 SAG-RefE (Bewertung der Abwicklungsfähigkeit von Instituten)

Der wesentliche Kernpunkt für die Beurteilung der Abwicklungsfähigkeit eines Kreditinstituts ist in **§ 48 Abs. 2 Nr. 1** geregelt, wonach Abwicklungsfähigkeit dann gegeben ist, wenn bei Eintritt systemweiter Ereignisse wesentliche nachteilige Auswirkungen auf Finanzsysteme in der Bundesrepublik Deutschland, den anderen Mitgliedsstaaten oder der Union insgesamt "**soweit möglich**" vermieden werden. Dass eine existenzielle Krise eines "systemrelevanten Kreditinstituts" nahezu denotwendig wesentliche nachteilige Auswirkungen auf das Finanzsystem zeitigt, ergibt sich bereits daraus, dass gerade wegen dieser Tatsache jenes Kreditinstitut als systemrelevant eingestuft wird.

Das Hauptkriterium für die Frage einer bestehenden Abwicklungsfähigkeit eines Kreditinstituts ist damit allein, ob im Falle einer Abwicklung solche nachteiligen Auswirkungen "soweit möglich" vermieden werden können oder nicht. Bedenkt man, welche umfassende Befugnisse der Abwicklungsbehörde im Rahmen der § 62 ff. zukommen sollen, erscheint es schon in hohem Maße – auch verfassungsrechtlich – bedenklich, dass die Frage der Zur-Verfügung-Stellung dieser Eingriffsbefugnisse allein von der Bewertung abhängt, ob systemrelevante Nachteile "soweit möglich" vermieden werden können oder nicht.

Es ist klar, dass eine derart offene Formulierung der Abwicklungsbehörde auf der einen Seite zwar auch einen gewissen Spielraum eröffnet, weil der Gesetzgeber damit konzidiert, dass evident nicht alle Folgen einer Krise eines systemrelevanten Instituts von vornherein und immer vermieden werden können. Auf der anderen Seite dürfte aber eine Bewertung, ob entsprechende Nachteile nun tatsächlich "soweit als möglich" reduziert wurden, weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einer nachprüfaren Kontrolle entzogen sein. Im Ergebnis würde also der Abwicklungsbehörde bereits auf der Tatbestandsebene durch Verwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs "soweit möglich" ein derartiger Beurteilungsspielraum eingeräumt werden, dass dieser de facto wohl nicht justiziabel sein wird. Dies scheint angesichts der Tragweite der Befugnisse und der potentiellen "Eingriffstiefe" problematisch.

§ 50 SAG-RefE (Abbau und Beseitigung von Abwicklungshindernissen bei Instituten)

- a) Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit sollte berücksichtigt werden, dass einige der in **§ 50** genannten Maßnahmen mit erheblichen Aufwand und Kosten verbunden sein können, die, gemessen an dem bezweckten Erfolg, die Maßnahme als einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Unternehmen qualifizieren. Dies gilt insbesondere für den in Nr. 8 ermöglichten Zwang zur Errichtung einer Holdinggesellschaft.
- b) **§ 50 Abs. 1 Satz 2** sieht vor, dass die deutsche Fassung des Schreibens an die nach § 48 Abs. 1 Satz 2 SAG genannte Behörden mit einer nicht-bindenden Übersetzung versehen werden kann. Vor dem Hintergrund von § 23 Abs. 1 VwVfG bleibt offen, welche Bedeutung § 50 Abs. 1 Satz 2 für das Institut zukommen soll.
- c) In **§ 50 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8** wird auf "Mutterfinanzholdinggesellschaft" abgestellt. Hier müsste es "Mutterfinanzholdinggesellschaft oder gemischte Mutterfinanzholdinggesellschaft" heißen, da andernfalls Kreditinstitute, die Konglomerate sind, ihre Versicherungstöchter abgeben müssten. Auch sollten die beiden Begriffe durch Verweis auf die Artikel 4 Nr. 31 und 33 CRR definiert werden.

§ 55 SAG-RefE (Abwicklungsvoraussetzungen gegenüber einem Institut)

- a) In **§ 55 Abs. 1 Nr. 2** ist festgelegt, dass die Durchführung einer Abwicklungsmaßnahme zur Erreichung der Abwicklungsziele erforderlich sein muss, wobei allerdings nunmehr – und dies in Änderung oder Erweiterung zur bisherigen Rechtslage gem. § 7 Abs. 2 KredReorgG – in § 59 Abs. 3 als "weiteres Abwicklungsziel" (neben der Abwendung einer Systemgefährdung) auch der "Schutz öffentlicher Mittel" vorgesehen ist. Dies erfolgt offensichtlich in Umsetzung der BRRD. Allerdings bleibt hier weitgehend unklar, was "**öffentliche Mittel**" in diesem Sinne darstellen.

Handelt es sich bei "üblichen" Refinanzierungsmitteln beispielsweise der EZB bereits um "öffentliche Mittel"? Oder handelt es sich bei Refinanzierungskrediten der KfW um "öffentliche Mittel" (etwa aus regionalen Förderprogrammen)? Handelt es sich bei Garantien öffentlich rechtlicher Bürgschaftsbanken um "öffentliche Mittel"? Dass tatsächlich im Rahmen einer Sanierungs- oder Abwicklungsplanung nicht auf die Gewährung von **zusätzlichen öffentlichen Sanierungsbeihilfen** abgestellt werden darf, wird an verschiedenen Stellen des Gesetzes wiederholt betont. Wenn generell den öffentlichen Mitteln ein Vorrang gegenüber allen anderen Gläubigerinteressen eingeräumt werden soll, sollte zumindest präzisiert werden, was "öffentliche Mittel" in diesem Sinne darstellen. Zumal hiernach im Umkehrschluss zu § 60 Abs. 1 Nr. 9 sogar eine "Vernichtung von Werten", die zur Erreichung des Abwicklungszieles "Schutz öffentlicher Mittel" erforderlich wäre, durchaus zulässig wäre.

b) In **§ 55 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2** könnte ergänzt werden, dass zu den alternativen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde insbesondere die „Maßnahmen in besonderen Fällen“ nach §§ 45 bis 45c KWG zählen. Dies würde auch das Verhältnis der beiden Regime klarstellen. Klärungsbedarf besteht auch für das Nebeneinander von SAG und § 46 KWG (siehe unten).

§ 61 SAG-RefE (Bewertung)

a) In **§ 61 Abs. 1** ist vorgesehen, dass die Abwicklungsbehörde vor Erlass einer Abwicklungsanordnung sicherzustellen hat, dass "eine **angemessene und vorsichtige Bewertung** der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten des Instituts durch einen unabhängigen Sachverständigenprüfer vorgenommen wird". Was in diesem Zusammenhang eine "vorsichtige" Bewertung von Vermögenswerten darstellen soll, bleibt weitgehend ungeklärt. Auch die Hauptfrage, ob der unabhängige Sachverständige bei dieser Bewertung auf Fortführungswerte oder Zerschlagungswerte abzustellen hätte, bleibt unbeantwortet. Sinnvoll dürfte es hier wohl sein, Rückgriff bei den Bewertungsgrundsätzen zu nehmen, die für die Erstellung eines 'Überschuldungsstatus' im Sinne von § 19 Abs. 2 InsO herangezogen werden, welche hierbei im Wesentlichen eben auf die Dichotomie von **Fortführungs- und Zerschlagungswerten** zurückgreift. Dem Maßstab der "vorsichtigen" Bewertung von Vermögenswerten (gilt hier die "größtmögliche" Vorsicht oder die im Bankengeschäft übliche Vorsicht oder die allgemeine kaufmännische Vorsicht?) wären wohl "nach unten" keine Grenzen gesetzt. Auch in § 61 Abs. 4 findet sich in diesem Zusammenhang erneut die gesetzliche Vorgabe, dass sich die Bewertung auf "vorsichtige Annahmen" zu stützen hätte.

b) Hinzu tritt, dass § 61 momentan so angelegt ist, dass die Verantwortung für Entscheidungen wie einer Abwicklungsanordnung von der Abwicklungsbehörde vollständig auf den Prüfer verlagert werden soll. Angesichts der Folgen und der Grundrechtsrelevanz solcher Entscheidungen sollte die Abwicklungsbehörde die Bewertung des Prüfers und dessen Bewertungsgrundlagen **selber evaluieren, kontrollieren und darauf basierend eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen**, die gerichtlich überprüfbar ist, und zwar auch was den Kern der Bewertung betrifft.

c) Die Bestellung des unabhängigen Prüfers durch das zuständige Landgericht nach **§ 61 Abs. 1** darf keine Öffentlichkeitswirksamkeit entfalten. Ab dem Zeitpunkt der Publikation der Bestellung werden die Kontrahenten, unabhängig vom Ausgang der Prüfung, die Abwicklung eines Instituts antizipieren. Dies führt wahrscheinlich zu einem sofortigen Verlust des Zugangs zum Geld- und Kapitalmarkt sowie zu kundeninduzierten Abflüssen und verschärft die Bestandskrise des Instituts.

d) In **§ 61 Abs. 4** ist vorgesehen, dass sich die Bewertung des unabhängigen Prüfers nicht darauf stützen darf, dass außerordentliche finanzielle Unterstützungsleistungen aus öffentlichen Mitteln gewährt würden. Gleichzeitig ist aber – und insofern in deutlichem Widerspruch zu dieser Regelung – die Verpflichtung in § 61 Abs. 4 Satz 2 enthalten, dass der Prüfer bei der Bewertung

berücksichtigen "muss", dass bei Abwendung eines Abwicklungsinstruments Zinsen und Gebühren für Garantien und Darlehen des Restrukturierungsfonds bedient werden müssten. Wenn der Prüfer auf der einen Seite gerade keinerlei öffentliche Unterstützungsmaßnahmen unterstellen darf, wieso muss er dann auf der anderen Seite Zinsen und Gebühren für solche Unterstützungsmaßnahmen in die Bewertung einpreisen?

e) Nach **§ 61 Abs. 5 Nr. 2** soll die Bewertung u.a. durch eine "**Analyse und Schätzung des Buchwerts**" der Vermögenswerte des Kreditinstituts ergänzt werden. Zum einen stellt sich hier bereits die Frage, wieso der "Buchwert" von Vermögenswerten zu schätzen wäre? Dieser sollte sich typischerweise aus dem Jahresabschluss ergeben. Zum anderen dürfte üblicherweise der "Buchwert" für eine Abwicklungsprüfung eher von deutlich untergeordneter Relevanz sein. Hier sollte auf den – aus dem EU-Beihilferecht kommenden und etablierten – Begriff des „**tatsächlichen wirtschaftlichen Marktwerts**“ abgestellt werden – ggf. wiederum in Abhängigkeit von der Annahme eines Fortführungs- oder eines Zerschlagungsszenarios.

§ 63 SAG-RefE (Allgemeine Befugnisse)

Nach **§ 63 Abs. 1 Nr. 1** darf die Abwicklungsbehörde gegenüber dem betroffenen Kreditinstitut die Anordnung erlassen, die Fälligkeit der von diesem Institut ausgegebenen Schuldtitel, sowie den zahlbaren Zinsbetrag (!) oder den Zeitpunkt, an dem Zinsen zu zahlen sind, zu ändern. Im Grundsatz würde durch eine solche Anordnung wohl zu einer **unmöglichen Leistung** aufgefordert werden, wenn nämlich das Kreditinstitut einzelvertraglich mit seinen Vertragspartnern an bestimmte Zinsen, Zinsbeträge, Fälligkeitszeitpunkt gebunden ist. Denn von einem unmittelbar rechtsgestaltenden Eingriff in die von der Eigentumsgarantie geschützten Rechtsposition der Vertragspartner wird das Gesetz hier wohl nicht ausgehen (?). Oder besteht hier die Erwartung, dass jedes Kreditinstitut immer und generell in jeglichen Formen von zinsrelevanten Schuldtiteln einen allgemeinen Änderungsvorbehalt dahingehend vorsieht, dass sämtliche Vertragsabreden zu Zinsen und Fälligkeitszeitpunkten insofern unverbindlich bleiben, als diese nach § 60 Abs. 3 SAG im Falle einer aufsichtsrechtlichen Anordnung abgeändert werden könnten? Dies dürfte sich natürlich ganz erheblich auf die Refinanzierungsmöglichkeiten auswirken.

§ 64 SAG-RefE (Zusätzliche Befugnisse)

a) Die in § 64 dargestellten Eingriffsbefugnisse der Abwicklungsbehörde erscheinen in hohem Maße **verfassungsrechtlich bedenklich**. Nach § 64 Abs. 1 Nr. 1 kann die Abwicklungsbehörde "Maßnahmen ergreifen, um Gegenstände frei von Rechten Dritter zu übertragen" – wenn dies für die Erreichung der Abwicklungsziele erforderlich ist. Es bleibt vollkommen offen, wie hier die Rechte Dritter gewahrt oder geschützt werden; ein entschädigungsloser Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen Dritter scheint nicht vorstellbar.

Zum Schutze der Rechte Dritter heißt es allenfalls weiter in § 64 Abs. 1 Nr. 1, dass hierbei "keine Sicherheitenabrede umgestaltet werden kann, wenn **dadurch eine Verbindlichkeit unbesichert wird**". Zum einen stellt sich hier natürlich die Frage, wie dieses Kriterium zu verstehen ist – ist also auszuschließen, dass durch die Übertragung eine Verbindlichkeit unbesichert wird. Wird hier insbesondere eine "vollständige" Unbesicherung der Verbindlichkeit vorausgesetzt? Wäre also der Ausnahmetatbestand dann nicht gegeben, wenn lediglich eine von mehreren Sicherheiten infolge der Übertragung wegfiel? Wäre es ebenfalls unschädlich, wenn sich der Wert der Sicherheiten "nur" verringern würde? Wie soll verfassungsrechtlich solch ein Eingriff in die Rechtspositionen von Dritten überhaupt gerechtfertigt sein, selbst wenn diese nicht "vollständig" auf ihre Sicherheitenposition, immerhin ein nach Art. 14 GG geschütztes Recht, verlieren würden? Im Insolvenzfall hätte ein solcher Dritter typischerweise ja ein Absonderungsrecht, so dass diese Position (auch vor dem Hintergrund des Obstruktionsverbots) immer schutzwürdig wäre.

Darüber hinaus können an Vermögensgegenständen natürlich immer auch **Rechte Dritter** begründet sein, ohne dass diese eine Verbindlichkeit besichern. Einfachstes Beispiel hierfür dürfte eine Immobilie der Bank sein, die mit Grunddienstbarkeiten zugunsten eines Dritten belastet ist. Dürfte dementsprechend die Abwicklungsbehörde nach § 64 Abs. 1 Nr. 1 anordnen, dass diese Immobilie ohne Grunddienstbarkeit übertragen wird – nur weil dann die Abwicklungsziele "leichter" zu verwirklichen sind? Dies dürfte im Hinblick auf die Rechte des Dritten **nicht mit Art. 14 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen** sein.

In § 64 Abs. 1 Nr. 3 ist des Weiteren vorgesehen, dass die Abwicklungsbehörde alle oder einzelne Regelungen eines Vertrags, bei dem das in Abwicklung befindliche Institut Vertragspartei ist, umgestalten oder die weitere Erfüllung ablehnen und einen übernehmenden Rechtsträger als Vertragspartei einsetzen kann; eine solche Maßnahme würde hierbei die andere Partei des Vertrages nicht zur Kündigung oder sonstigen Beendigungen oder Änderung des Vertrags berechtigen.

Im Ergebnis könnte also die Abwicklungsbehörde **durch hoheitlichen Akt** (?) rechtsgestaltend in bereits geschlossene Verträge eingreifen – was schon in hohem Maße bedenklich und mit der Privatautonomie sowie der Eigentumsgarantie kaum vereinbar sein dürfte; darüber hinaus hätte jeder Dritte als Vertragspartner des Kreditinstituts einen solchen Eingriff nicht nur hinzunehmen, sondern er wäre auch gezwungen, einen derart hoheitlich geänderten Vertrag weiterhin erfüllen und fortführen zu müssen (?). Es dürfte an sich evident sein, dass eine solche Regelung – entschädigungslos? – einer verfassungsrechtlichen Prüfung kaum standhalten würde; im Übrigen weicht sie natürlich auch weit von der Parallelkonzeption des § 103 InsO ab. Dies kann an einem einfachen Beispiel verdeutlicht werden: Unterstellt, das entsprechende Kreditinstitut hätte einen notariellen Kaufvertrag zur Veräußerung eines Grundstücks geschlossen. Nach § 64 Abs. 1 Nr. 3 wäre die Abwicklungsbehörde formal berechtigt, diesen Kaufvertrag "umzugestalten" also beispielsweise einen neuen Kaufpreis festzusetzen, ohne dass deswegen der Vertragspartner zur Kündigung des Kaufvertrags berechtigt sein sollte?

b) Sollte ungeachtet der vorstehenden grundsätzlichen Bedenken an der Regelung festgehalten werden, sollte Folgendes berücksichtigt werden:

- **§ 64 Abs. 1 Nr. 3** sieht – in Anlehnung an Art. 64 Abs. 1 (f) BRRD - vor, dass die Abwicklungsbehörde bei Verträgen des in Abwicklung befindlichen Instituts „einen übernehmenden Rechtsträger als Vertragspartner einsetzen kann“. Hat es einen besonderen Hintergrund, dass in diesem Kontext der Begriff „Übertragung“ vermieden wird? Wir verweisen insbesondere auf § 69 Abs. 4 Nr. 1 SAG-RefE („auf einen übernehmenden Rechtsträger übertragen“).
- In **§ 64 Abs. 1 Nr. 6** sollten auch die zentralen Gegenparteien im Sinne des § 1 (31) KWG genannt werden.
- Nach **§ 64 Abs. 2** erstrecken sich die Befugnisse aus §§ 67 bis 69 und 114 SAG-RefE auf Aufrechnungsvereinbarungen und Saldierungsvereinbarungen. Wie an anderer Stelle ausgeführt, sollte hier nur von „Aufrechnungsvereinbarungen“ die Rede sein.
- Nach **§ 64 Abs. 3 Nr. 1** übernimmt der übernehmende Rechtsträger die Verbindlichkeiten „in allen einschlägigen Vertragsunterlagen anstelle des in Abwicklung befindlichen Instituts“. Handelt es sich bei dieser Regelung um eine gesetzliche Auslegungshilfe für die Vertragsdokumentation, die verhindern soll, dass die Verträge neuausgefertigt werden müssen? Wenn ja, warum werden Registereinträge (z.B. Grundbücher) nicht genannt?

§ 70 SAG-RefE (Streichung des Gesamtbetrages variabler Vergütung)

§ 70 Abs. 1 lässt die Frage, offen, wie sich die Kappung oder Streichung des Gesamtbetrages der variablen Vergütung durchsetzen lässt, wenn das Institut zur Zahlung variabler Vergütungen an einzelne Mitarbeiter durch vertragliche Zusagen gebunden ist. Der richtige Ansatz wäre das Instrument der Gläubigerbeteiligung nach den §§ 73 ff SAG-RefE, bei dem man es auch belassen sollte. § 70 SAG-RefE sollte gestrichen werden.

§ 72 SAG-RefE (Sonderverwaltung)

Das Verhältnis des von der Abwicklungsbehörde bestellten Sonderverwalters zu dem von der Aufsichtsbehörde nach § 45c KWG bestellten Sonderbeauftragten sollte geklärt werden: Muss die Aufsicht einen bereits nach § 45c KWG bestellten Sonderbeauftragten abberufen? Oder wird der bereits bestellte Sonderbeauftragter von der Abwicklungsbehörde zum Sonderverwalter mit nunmehr erweiterten Befugnissen ernannt?

§ 75 SAG-RefE (Berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten)

- a) **§ 75 Abs. 2 Nr. 1** verweist auf das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG), wohingegen die Begründung desselben Paragraphen auf die Richtlinie 94/19/EG abstellt. Gegenwärtig sind die beiden Definitionen nicht deckungsgleich. Hier sollte konkretisiert werden, welche Definition hier gemeint ist, oder ob das EAEG angepasst wird.
- b) Der in **§ 75 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3** verwendete Begriff „Deckungspool“ sollte definiert werden. Für die nach dem PfandBG emittierten gedeckten Schuldverschreibungen wäre die durch Eintrag in das Deckungsregister bewirkte Zuordnung zu dem in § 30 Abs. 1 PfandBG definierten „insolvenzfreien Vermögen“ maßgeblich. Denkbar wäre auch eine Anlehnung an den im PfandBG genutzten Begriff „Deckungsmasse“.
- c) In **§ 75 Abs. 2 Nr. 7 lit. d)** ist von „Entschädigungseinrichtungen“ die Rede. Es sollte bei den Begriffsbestimmungen in § 2 SAG-RefE klargestellt werden, dass es sich hier nur um die Einrichtungen nach § 6 EAEG handelt.
- d) Nach **§ 75 Abs. 5** ist das Instrument der Gläubigerbeteiligung auf Verbindlichkeiten aus Derivaten nur nach deren Glattstellung anwendbar. Der Begriff „Glattstellung“ ist nicht definiert. Der nachfolgende Satz 2 spricht von „kündigen und glattstellen“. Da der Begriff „Glattstellung“ in der Praxis eine bestimmte Bedeutung hat (im Sinne von „durch ein spiegelbildliches Gegengeschäft wirtschaftlich aufheben“), sollte er vermieden und im Sinne einer konsistenten Formulierung an die 'netting' bzw. 'close-out'-Definitionen aus § 2 Nr. 53 anknüpfen. Vergleichbares gilt für den Begriff "Derivateverträge", der ebenfalls allein in § 75 Abs. 6 Nr. 3 SAG-RefE verwendet wird. Um auch hier Verwechslungen und Unklarheiten zu vermeiden, sollte eine präzisierende Klarstellung erfolgen: Während der Wortlaut auch einzelne Transaktionen erfassen könnte, müssten vom Sinn und Zweck der Norm hier die Aufrechnungsvereinbarungen gemeint sein (für die durchgehende Verwendung dieses Begriffs sprechen wir uns auch wie vorstehend in unseren Anmerkungen zu den Definitionen ausgeführt, aus).
- d) **§ 75 Abs. 5 Satz 4** spricht vom „Nettowert der Verbindlichkeiten“ was im Kontext der dort zu berücksichtigenden Saldierungs- bzw. Aufrechnungsvereinbarungen nicht richtig sein dürfte. Der Begriff Saldierungs- bzw. Aufrechnungsvereinbarung setzt voraus, dass an die Stelle der Einzelforderungen aus Derivaten eine einheitliche Ausgleichsforderung tritt, bei der es lediglich darum gehen kann, deren „Betrag“ zu ermitteln. Nach Abs. 5 wird der Wert der Ausgleichsforderung von der Abwicklungsbehörde oder einem Sachverständigen bestimmt. Im Abs. 6 ist der Sachverständige nicht mehr genannt; ist dies so intendiert?

§ 87 SAG-RefE (Auswahl der zu übertragenden Vermögensgegenstände, Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnisse)

Da in Satz 3 der Kommasetzung entscheidende Bedeutung zukommt, sollten durch Einfügung einer Untergliederung etwaige Missverständnisse ausgeräumt werden: „Satz 1 gilt entsprechend für (a) Sicherheiten, die (b) Aufrechnungsvereinbarungen, etc. Zu der gleichzeitigen Verwendung der Begriffe "Aufrechnungsvereinbarung" und "Saldierungsvereinbarung" siehe unsere vorstehenden Anmerkungen zu § 64 SAG-RefE.

§ 88 SAG-RefE (Gegenleistung; Drittvergleich)

Im Falle einer Übertragungsanordnung nach § 85 SAG-RefE ist in dem Fall, dass die Bewertung der zu übertragenden Vermögensgegenstände ergibt, dass hier ein negativer Wert übertragen wird, vorgesehen, dass der übertragende Rechtsträger dem übernehmenden Rechtsträger nach § 88 Abs. 2 diesen negativen Wert auszugleichen hat. Die Frage, die sich hierbei allerdings stellt, ist die, welcher Rang dieser Ausgleichsverpflichtung beizumessen ist. Nach der gegenwärtigen Struktur des Gesetzes würde es sich wohl um eine "normale" d. h. nicht bevorrechtigte oder nachrangige Verpflichtung des übertragenden Rechtsträgers handeln.

Da allerdings gleichzeitig nach § 90 Abs. 1 SAG-RefE festgelegt ist, dass die Abwicklungsbehörde "unverzüglich" nach Erlass einer Übertragungsanordnung einen **Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das verbleibende Vermögen des übertragenden Rechtsträgers zu stellen hat, wäre es demzufolge strukturimmanent, dass jener Ausgleichsanspruch des übernehmenden Rechtsträgers gegen den übertragenden Rechtsträger von vornherein nur den Rang einer "normalen" Insolvenzforderung hätte.

Im Ergebnis würde also im Falle des § 88 Abs. 2 von vornherein klar sein, dass der ermittelte negative Wert für die Vermögensübertragung niemals oder zumindest niemals in voller Höhe ausgeglichen werden würde – was gleichzeitig zur Folge hätte, dass es von vornherein evident wäre, dass der übernehmende Rechtsträger Vermögenswerte "unter Wert" erwerben würde. Hier wäre entweder an eine **Privilegierung der Ausgleichsforderung** des übernehmenden Rechtsträgers gegen den übertragenden Rechtsträger im Insolvenzverfahren des übertragenden Rechtsträgers zu denken oder an eine **sonstige Sicherstellung** dieser Ansprüche (vgl. nachfolgend zu § 6a Restrukturierungsfondsgesetz).

Redaktionelle Anmerkungen

- Im Referentenentwurf unterschiedlich gehandhabt werden die auf der Grundlage der BRRD erlassenen Leitlinien und technischen Regulierungsstandards. Teilweise wird hierauf ausdrücklich Bezug genommen („beachten die Aufsichtsbehörden“), so z. B. bei § 16 Abs. 4 SAG-RefE bezüglich der technischen Regulierungsstandards nach Art. 4 Abs. 6 BRRD zu den Kriterien für die Bewertung des Ausfalls eines Instituts auf die Finanz-

märkte. Keine Erwähnung finden hingegen beispielsweise die technischen Regulierungsstandards nach Art. 5 Abs. 10 BRRD zur weiteren Spezifikation des Inhalts von Sanierungsplänen. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte im Regelungstext einheitlich auf die Leitlinien und technischen Regulierungsstandards Bezug genommen werden.

- Bei **§ 2 Nr. 5 SAG-RefE** ist ein Doppeltes „die“ zu verzeichnen.
- In **§ 7 Abs. 2 SAG-RefE** ist vorgesehen, dass eine Weitergabe von Informationen "nach Abs. 1 und 2" unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen darf. Da es lediglich einen vorausgehenden § 7 Abs. 1 gibt, läuft der Verweis auf "Abs. 2" ins Leere.
- Bei **§ 13 Abs. 6 SAG-RefE** dürfte ein "ist" fehlen.
- In der **Entwurfsbegründung zu § 28 SAG-RefE** wird auf Art. 23a BRRD verwiesen. Es müsste jedoch wohl Art. 28 BRRD lauten.
- In **§ 63 Abs. 1 SAG-RefE** wurde wohl ein falsches Pronomen verwendet, wenn es bislang heißt: "...kann die Abwicklungsbehörde gegenüber dem Institut oder dem gruppenangehörigen Unternehmen unabhängig von **ihrer** Rechtsform anordnen..." Da es ja nicht um die Rechtsform der Abwicklungsbehörde geht, müsste wohl zutreffend formuliert werden: "...kann die Abwicklungsbehörde gegenüber dem Institut oder dem gruppenangehörigen Unternehmen unabhängig von **deren** Rechtsform anordnen..."
- In **§ 64 Abs. 2 SAG-RefE** wird auf die vorangegangene "Befugnis nach § 64 Abs. 1 Nr. 4" verwiesen; eine Bestimmung gem. § 64 Abs. 1 Nr. 4 gibt es aber offensichtlich nicht.
- **§ 76a Abs. 2 Nr. 1a** müsste nach der Bezugnahme auf § 7 a Abs. 2 Nr. 2 wohl um den Zusatz "Restrukturierungsfondsgesetz" ergänzt werden.
- In der Überschrift zu **§ 91 SAG-RefE** (Gegenstände, die dem ausländischen Recht unterliegen) sollte anstelle von „ausländischem Recht“ von dem „Recht eines Drittlandes“ die Rede sein.

II. Artikel 2 : Änderungen des Kreditwesengesetzes

§ 35 Abs. 2b KWG (Erlöschen und Aufhebung der Erlaubnis)

Nach Art. 14 Abs. 5 der Verordnung Nr. 1024/2013 legt eine nationale zuständige Behörde der EZB einen Vorschlag zur Aufhebung der Erlaubnis vor, wenn die Behörde zu der Auffassung gelangt ist, dass die Zulassung nach dem einschlägigen nationalen Recht zu entziehen ist. Missverständlich erscheint die in § 35 Abs. 2b KWG gewählte Formulierung („kann“), wonach es im Ermessen der Behörde stünde, ob sie in diesem Fall der EZB einen Vorschlag zur Erlaubnis-aufhebung unterbreitet. Der Regelungsvorschlag sollte an Art. 14 Abs. 5 der Verordnung Nr. 1024/2013 angepasst werden.

§ 46 KWG (Maßnahmen bei Gefahr)

a) Das Nebeneinander von SAG und § 46 KWG sollte vom Gesetzgeber klar geregelt werden: § 46 KWG knüpft an die konkrete Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Institutes gegenüber seinen Gläubigern und erlaubt ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde. Die in § 55 Abs. 2 SAG definierte Bestandsgefahr lässt Maßnahmen der Abwicklungsbehörde zu, wenn das Institut zahlungsunfähig wird oder objektive Anhaltspunkte für die Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Sinnvoll wäre es, das Instrumentarium des § 46 KWG erst zu eröffnen, wenn und soweit eine Systemgefährdung im Sinne des § 59 SAG nicht oder nicht mehr vorliegt (und Abwicklungsmaßnahmen nach dem SAG für die Erreichung des Abwicklungsziels nicht mehr erforderlich sind).

Vor diesem Hintergrund sollte das nach **§ 46 Abs. 1 Nr. 4 KWG** verhängte Veräußerungs- und Zahlungsverbot aufgehoben oder mit § 67 Abs. 1 SAG-RefE synchronisiert werden. Es sollte keinesfalls möglich sein, die im Interesse der Gläubiger vorgesehene kurze Frist durch eine gleichzeitige Anordnung des Moratoriums nach § 46 Abs. Nr. 4 KWG zu verlängern.

Darüber hinaus sollte in **§ 46 Abs. 1 Nr. 4 KWG** mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung (WM 2013, 742, 748) klargestellt werden, dass das Zahlungsverbot kein der Aufrechnung entgegenstehendes Leistungshindernis begründet. Auch sollte in der Begründung klargestellt werden, dass die Wirkung des § 67 Abs. 2 SAG-RefE auf Maßnahmen der Abwicklungsbehörde nach § 67 Abs. 1 SAG-RefE begrenzt ist.

b) Auch erachten wir eine Klarstellung in **§ 46 Abs. 2 Satz 7 KWG** angezeigt, die die Schuldumwandlungs- und Aufrechnungsvereinbarungen den von der InsO geschützten Systemen gleichstellt.

§ 46f KWG (Rang der Insolvenzgläubiger)

a) Der neu einzufügende **§ 46f Abs. 4** ändert die in der InsO geregelte Rangfolge der Insolvenzgläubiger, indem er die Ansprüche aus Einlagen (auch soweit sie im Sicherungsfalle auf eine Entschädigungseinrichtung übergegangen sind) den nicht abgesicherten oder bevorzugten Gläubigern vorgehen lässt. Ein weiterer privilegierter „Zwischenrang“ wird für Einlagen von natürlichen Personen, Kleinstunternehmen und KMU eingeführt, soweit ihre Einlagen die Sicherungsgrenze von EUR 100.000 überschreiten. Die vorgeschlagene Änderung ist erforderlich, um dem im SAG (§§ 60 Abs. 1 Nr. 7, 116, 117 SAG-RefE) verankerten Verbot der unterschiedlicher Behandlung von Gläubigern (*no creditor worse off*) Rechnung zu tragen. Sie ergänzt den bereits in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO vorgesehenen Nachrang von Gesellschafterdarlehen. Wir regen darüber hinaus an, weitere privilegierte Gläubigergruppen aufzunehmen. Die Abwicklungsbehörde kann nach § 76 SAG-RefE aus übergeordneten aufsichtspolitischen Erwägungen (z.B. Vermeidung von massiven Ansteckungsgefahren) weitere Verbindlichkeiten von der Gläubigerbeteiligung ausnehmen, z.B. sämtliche Einlagen eines Instituts oder auch sämtliche Ausgleichsverbindlichkeiten aus beendeten Rahmenverträgen. Eine solche Ermessensentscheidung der Abwicklungsbehörde steht aber immer dann in Konflikt zu etwaigen Schadensersatzansprüchen, wenn die diskretionär ausgenommenen Gläubiger in einer Insolvenz an sich auf demselben Rang zu befriedigen wären, wie sonstige Gläubiger, die von einer Gläubigerbeteiligung betroffen sind.

§ 64s KWG (Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten)

In § 64s Abs. 2 sollte die Zahl „2015“ durch „2018“ und die Zahl „2016“ durch „2019“ ersetzt werden. Die Verschiebung der Anwendbarkeit der mit dem Trennbankengesetz eingefügten Vorschriften in §§ 3 Abs. 2 bis 4 und § 25f KWG ist erforderlich, um der Diskussion über eine europäische Verordnung über strukturelle Maßnahmen zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit von Kreditinstituten in der Union (KOM(2104) 43 endg. vom 29. Januar 2014) angemessen Rechnung zu tragen. So hat auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Verordnungsvorschlag (BR-Drucks. 45/14 [B]) angemahnt, dass die deutschen Regelungen zur Abschirmung von Risiken und die vorgeschlagene EU-Bestimmung im Interesse der Rechts- und Planungssicherheit für die betroffenen Institute auch hinsichtlich ihres Inkrafttretens aufeinander abgestimmt werden sollten. Der Kommissionsvorschlag basiert wesentlich auf dem so genannten Liikanen-Bericht, dessen Vorschläge durch die vorstehend genannten Vorschriften des Trennbankengesetzes bereits teilweise umgesetzt wurden. Die für 2015 bzw. 2016 vorgesehene Anwendbarkeit des Trennbankengesetzes würde die deutschen Kreditinstitute zu Umstrukturierungen zwingen die, je nach Ausgang der europäischen Diskussion, nach Inkrafttreten der europäischen Regelung wieder ganz oder teilweise rückgängig gemacht werden müsste.

III. Artikel 3: Änderungen des Restrukturierungsfondsgesetzes

Grundsätzliches

Der Referentenentwurf lässt offen, wie sich die Beitragserhebung ab 1. Januar 2016 darstellt, wenn der Restrukturierungsfonds sowie die nationalen Fonds der am SRM teilnehmenden Mitgliedstaaten durch einen einheitlichen Bankenabwicklungsfonds abgelöst werden. Zwar bedarf die (kommende) SRM-Verordnung keiner nationalen Umsetzung. Dennoch besteht auch mit Blick auf die zwischenstaatliche Vereinbarung (IGA) zwischen den am SRM teilnehmenden Mitgliedstaaten, die die Beitragserhebung auf nationaler Ebene und Über- und Zusammenführung der nationalen Beiträge an den Fonds regelt, Anpassungsbedarf insbesondere im RStrukFG. So wäre unter anderem klarzustellen, dass ab 1. Januar 2016 die Institute ausschließlich Beiträge an den einheitlichen Abwicklungsfonds zu entrichten haben. Im Hinblick auf Art. 66 Abs. 2a SRM-VO wäre eine Regelung vorzusehen, wie die bereits vorhandenen Mittel des Restrukturierungsfonds eingesetzt werden, um beitragspflichtige Institute zu entlasten.

§ 2 RStruktFG (Beitragspflichtige Institute)

a) **§ 2 Abs. 2 Satz 1**, wonach das Beitragsjahr dem Kalenderjahr entspricht, ist kritisch zu hinterfragen, da für das Kalenderjahr 2014 dann keine Bankenabgabe zu leisten wäre. Im bisherigen Gesetz wird die Bankenabgabe für das Jahr 2015 auf Basis der Bilanz 2014 ermittelt. Nur durch eine stetige Erhebung der Bankenabgabe ist jedoch das Zielniveau im vorgegebenen Zeitrahmen zu erreichen.

b) Der Beitrag ist von Instituten zu leisten, die am 1. Januar des Beitragsjahres eine Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz besitzen (**§ 2 Abs. 2 Satz 1**). Da die Beitragspflicht erst nach Ablauf des Kalenderjahres erlischt und keine Beitragsminderung eintritt, falls die Erlaubnis bereits vor Ablauf des Kalenderjahres abgegeben wird, liegt gem. IFRIC 21 ein „verpflichtendes Ereignis“ bereits am 1. Januar vor und folglich eine vollständige Passivierungspflicht im ersten Quartal. Dem gegenüber steht die bisherige Praxis der Institute, den Aufwand über das Geschäftsjahr linear zu verteilen. Dies halten wir weiterhin für sachgerechter, da der Jahresbeitrag wirtschaftlich an die unterjährige Tätigkeit als Kreditinstitut gem. KWG anknüpft und damit implizit eine zeitanteilige wirtschaftliche Verursachung angenommen werden sollte.

§ 3 RStruktFG (Aufgabe und Verwendungszweck des Restrukturierungsfonds)

Nach **§ 3 Abs. 1** ist vorgesehen, dass der Restrukturierungsfonds der Stabilisierung des Finanzmarktes dient und nach Maßgabe der in § 59 SAG genannten Abwicklungsziele verwendet wird. Da in § 59 SAG auch der Schutz öffentlicher Mittel als Abwicklungsziel vorgesehen ist, würde also auch inhaltlich die Zielsetzung des Restrukturierungsfonds geändert werden – dieser eben nicht nur zum Schutz des Finanzmarktsystems eingesetzt werden, sondern auch zum Schutz öffentlicher Mittel. Fraglich ist, ob eine solche Zielsetzung – Einsatz öffentlicher Mittel, um

öffentliche Mittel zu schützen – vorliegend tatsächlich gewollt und auch sinnvoll ist. Dies gilt umso mehr, als bislang die entsprechenden Mittel für den Restrukturierungsfonds tatsächlich mit anderer Zielsetzung, nämlich ausschließlich zum Schutz des Finanzsystems und zur Vermeidung einer systemgefährdende Schieflage, eingebracht worden sind.

§ 6a RStruktFG (Besicherung und Erwerb von Vermögenswerten)

a) In **§ 6a Abs. 1** wäre zu ergänzen, dass der Restrukturierungsfonds auch Ausgleichsansprüche des übertragenden Rechtsträgers nach § 88 Abs. 2 SAG besichern kann.

b) Der Begriff „derivative Finanzinstrumente“ in **§ 6a Abs. 2** wird nicht definiert. Gleiches gilt für den Begriff „Wertpapiere“. Es sollte auf den Begriff „Finanzinstrumente“ im Sinne des § 1 Abs. 11 KWG verwiesen werden.

§ 12 RStruktFG (Mittel des Restrukturierungsfonds)

a) Alle bisher im Restrukturierungsfonds angesammelten Mittel müssen auf die 1 % Schwelle der BRRD angerechnet werden. Eine Beschränkung auf Mittel ab 2015 ist nicht akzeptabel, da sonst die deutsche Kreditwirtschaft stärker belastet wird als im europäischen Vergleich. Die Kreditwirtschaft hat in den vergangenen Jahren bereits Beiträge für die Finanzierung von Abwicklungen geleistet, diese sollten anerkannt werden. Von der Anrechnung unberührt bleibt eine spätere Verwendung der geleisteten Bankenabgabe der Beitragsjahre 2013 und 2014 für die Schlussabrechnung des Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung. Diese potenzielle Verwendung zu einem Zeitpunkt in der Zukunft (nach 2025) würde dann durch die Jahresbeiträge ausgeglichen werden (Abs. 2a Satz 1 Einschub).

b) Dem verfassungsrechtlichen Gebot zur Vermeidung einer Überbelastung der Beitragspflichtigen sollte in Form einer Zumutbarkeits- und Belastungsobergrenze – wie bei der deutschen Abgabe zum Restrukturierungsfonds – Rechnung getragen werden. Es reicht nicht aus, dass nach **§ 12 Abs. 2a Satz 2** lediglich die Konjunkturzyklusphase und die Auswirkungen, die pro-zyklische Beiträge auf die Finanzlage der beitragspflichtigen Institute haben können, berücksichtigt wird.

c) **§ 12 Abs. 2e** sollte konkreter gefasst werden, insbesondere hinsichtlich des Stichtags für die Ermittlung der Höhe der Passiva (Stichtag = Jahresabschluss der Gesellschaft) und des relevanten Rechnungslegungsstandards (HGB). Die Berechnung ist nur auf Basis HGB möglich, da die überwiegende Anzahl der Institute über keinen IFRS Abschluss verfügen. Selbst die Institute, die einen IFRS Konzernabschluss veröffentlichen, haben nicht vollumfänglich einen IFRS Abschluss für die Einzelinstitute. Darüber hinaus sollten Passiva, die kein systemisches Risiko verkörpern (z. B. Passiva für Förderkredite, Treuhandverbindlichkeiten, besicherte Verbindlichkeiten) von der Beitragsbemessung ausgenommen bzw. allenfalls mit einem

verringerten Satz berücksichtigt werden. Eine Abgabe auf Verbindlichkeiten gegenüber Förderinstituten würde sogar den Fördergedanken konterkarieren.

d) Das Gesetz bzw. die Begründung sollte in **§ 12 Abs. 2f** klarstellen, dass die Nutzung der Beiträge, welche in Form von maximal 30 % risikoarmer Aktiva geleistet werden, nach bzw. pro-rata mit den bereits eingezahlten Beiträgen des Fonds erfolgen soll. Sonst besteht die Gefahr, dass alle Aktiva zu einem Zeitpunkt verkauft werden müssen und hierdurch geringere Marktpreise erlöst werden können.

IV. Artikel 5: Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes

Der Referentenentwurf lässt offen, ob von der in Art. 56 BRRD den Mitgliedstaaten eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden soll, als ultima ratio auch staatliche Stabilisierungsinstrumente einsetzen zu können. Nach dem Referentenentwurf soll jedenfalls an der Befristung des SoFFin bis Ende 2014 festgehalten werden (§ 13 Abs. 1 Satz FMStFG). Insbesondere mit Blick auf die Aufbauphase des Restrukturierungsfonds bzw. des ab 2016 an dessen Stelle tretenden einheitlichen Bankenabwicklungsfonds bedarf es insbesondere für den Fall einer systemischen Krise auch auf nationaler Ebene eines glaubwürdigen Finanzierungskonzepts.

V. Artikel 7: Inkrafttreten

Abweichend von Artikel 130 BRRD sollen nach Art. 7 Abs. 1 die Vorschriften über die Gläubigerbeteiligung (Bail-in) bereits zum 1. Januar 2015 in Kraft treten. Es sollte mit Nachdruck darauf hingewirkt werden, dass **EU-weit die Bestimmungen zum Bail-in gleichzeitig in Kraft treten**. Andernfalls sind **erhebliche Wettbewerbsnachteile für sämtliche deutsche Kreditinstitute zu befürchten**. Investoren würden mit erhöhter Aufmerksamkeit das vorzeitige Inkrafttreten in Deutschland registrieren und entsprechende Preisaufschläge von deutschen Kreditinstituten bei deren Refinanzierung verlangen. Dies würde zu einer wettbewerbsverzerrenden Verteuerung der Refinanzierung deutscher Kreditinstitute führen. Zudem stünde zu erwarten, dass die Verteuerung heftiger ausfällt, als bei einem harmonisierten Inkrafttreten. Darüber hinaus wäre es nicht machbar, bis zum 1. Januar 2015 die neuen Anforderungen, wie z.B. etwaige Vertragsänderungen umzusetzen.

Sofern an dem Erfordernis der Begutachtung von vertraglichen Vereinbarungen, die dem Recht eines Drittstaates unterliegen (§ 45 Abs. 1 SAG-RefE), festgehalten wird, erscheint uns die Frist, die den Instituten bleibt, um den Erfordernis nachzukommen, zu kurz bemessen. Auch hier wäre den Instituten ein angemessener Umsetzungszeitraum einzuräumen.

* * * * *