



**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des  
Finanzausschusses des Deutschen Bundestages  
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung  
von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für  
Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der  
aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“  
am 6. Oktober 2010**

**1. Gesamtbeurteilung**

Meine Einschätzung des Gesetzentwurfs lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Vorhaben insgesamt ist sehr zu begrüßen. Die angesprochenen Probleme sind wichtig. Der Entwurf geht einen großen Schritt in Richtung auf eine Lösung.
- Das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten schadet nichts, wird aber auch nicht viel nützen.
- Die Änderung des Kreditwesengesetzes ist sehr zu begrüßen. Jedoch bleiben meines Erachtens wichtige Fragen offen.
- Die Errichtung eines Restrukturierungsfonds halte ich in der vorgesehenen Form für problematisch.
- Die Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung ist zu begrüßen. Diese Maßnahme allein wird aber nicht ausreichen, um die Wirksamkeit der aktienrechtlichen Organhaftung als Instrument der Steuerung von Managerverhalten zu verbessern.

Zur Begründung dieser Einschätzung gehe ich im Folgenden zuerst etwas näher auf die anstehenden Probleme ein. Vor diesem Hintergrund werde ich dann den Gesetzentwurf diskutieren.

## **2. Was sind die Probleme?**

Zur Analyse der Finanzkrise und des Reformbedarfs, der sich aus dieser Analyse ergibt, habe ich mehrfach ausführlich schriftlich Stellung bezogen, zuletzt in meinem Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag ( [http://www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2010\\_19online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_19online.pdf) ). Daher spreche ich die hier interessierenden einzelnen Punkte im Folgenden nur kurz an.

### **2.1 Governance-Probleme**

Im Zuge der Krise haben verschiedene Governance-Probleme eine Rolle gespielt:

- Das Fehlen jeglicher Haftung auf Seiten der Hypothekenbanken und der Verbriefungsinstitutionen hat die massive Beeinträchtigung der Qualität der Hypotheken begünstigt.
- Auf Seiten der Käufer von Wertpapieren, von institutionellen Anlegern wie den deutschen Landesbanken bis zu den Letztanlegern, wurde vorrangig auf Renditen geachtet; darüber wurden die Risiken vernachlässigt, Risiken der Fristentransformation bei der Refinanzierung ebenso wie die Risiken der gekauften Anlagen.
- Bei institutionellen Anlegern beruhte die Vernachlässigung der Risiken auf einem Versagen interner Diskurs- und Kontrollmechanismen; in den jeweiligen Entscheidungs- oder Kontrollgremien gab es zu wenige Personen, die den Mut hatten, die Frage nach den mit den betreffenden Geschäftsmodellen verbundenen Risiken zu stellen und auf dieser Frage zu insistieren.
- Die durch die Krise entstandenen Probleme wurden erst wahrgenommen bzw. erst zugegeben, als es für glimpfliche Lösungen bereits zu spät war.

### **2.2 Das Fehlen funktionsfähiger Interventionsmechanismen in der Krise**

Zu den Grotesken der Krise in Deutschland gehörte es, dass der Bund zuerst HRE vor der Insolvenz bewahrte und dann Schwierigkeiten mit den Aktionären bekam, die darauf beharrten, Verfügungsrechte auszuüben, die ihnen ohne die Bundeshilfe schon längst entzogen worden wären. Die in der nachfolgenden Lex HRE vorgesehene Entschädigung der Aktionäre lag unter dem, was die Aktionäre wünschten, steht aber in merkwürdigem Kontrast zu dem, was die Aktionäre im Insolvenzfall erhalten hätten, nämlich nichts. Bundesregierung und Gesetzgeber waren den Aktionären gegenüber noch deutlich großzügiger als der schwedische Staat in der Krise von 1992.

Das Beispiel HRE ist paradigmatisch für die Hilflosigkeit des Staates gegenüber einer Bank, die die Stabilität des Finanzsystems gefährdet. Der Fall Lehman Brothers hatte gerade vorher gezeigt, welche Folgen die Insolvenz einer systemrelevanten Bank nach sich ziehen kann. Daher wollte man eine Insolvenz von HRE auf alle Fälle vermeiden.

Auch auf die Eingriffsmöglichkeiten des KWG wollte man nicht rekurren. §§ 45, 46 KWG geben der Aufsicht auch jetzt schon die Möglichkeit zum Eingreifen noch ehe eine Eigenmittel- oder Liquiditätsvorschrift verletzt ist. Das in § 46 genannten Eingriffskriterium einer „Gefahr für die Erfüllung der Verbindlichkeiten eines Instituts gegenüber seinen Gläubigern“ wird allerdings entsprechend dem Kriterium der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ nach § 18 InsO interpretiert. Maßgeblich ist, wie im Insolvenzrecht, das Ziel des Gläubigerschutzes. Daher zielen die Eingriffsmaßnahmen in der Praxis auf die vorläufige Sicherung der Vermögensposition der Bank. Der Geschäftsbetrieb wird tendenziell eingefroren, einschließlich der Geschäftsbeziehungen zu Dritten. Dies kann katastrophale Rückwirkungen auf das übrige Finanzsystem haben.

Wo liegen die Defizite im einzelnen?

- Es fehlt an Anreizen für die Betroffenen, etwaige Schieflagen frühzeitig zuzugeben und zu beheben.
- Es fehlt an Möglichkeiten für die Aufsicht, frühzeitig einzugreifen, ohne systemische Rückwirkungen befürchten zu müssen.
- In der konkreten Situation fehlt auch die Transparenz über das Ausmaß der möglichen systemischen Rückwirkungen der Schieflage.
- Der Zielkonflikt zwischen Gläubigerschutz und Systemschutz wird bislang einseitig zu Gunsten des Gläubigerschutzes geregelt.
- Es fehlt an klaren Verfahrensvorgaben für ein Eingreifen des Staates, den Einsatz staatlicher Mittel und die Bereinigung der Probleme.
- Es fehlt die verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche internationale Abstimmung über den Umgang mit Banken in Schieflagen.

### 2.3 Zugrundeliegende Strukturprobleme

Ehe man über mögliche Lösungen der angesprochenen Probleme nachdenkt, ist es sinnvoll, sich zu vergegenwärtigen, dass einige dieser Probleme noch tiefere Ursachen haben:

- Die Fokussierung der Anleger auf Renditen geht auch darauf zurück, dass wir seit einigen Jahren eine Mittelschwemme in den Finanzmärkten haben und dadurch die ohne Risiko zu erzielenden Renditen stark abgesunken sind. Die Mittelschwemme hat handfeste realwirtschaftliche Gründe: Hohe Sparquoten in China, das bei unterbewerteter Währung hohe Außenhandelsüberschüsse erzielt und den Gegenwert in verschiedenen Wertpapieren, vor allem Staatsanleihen, anlegt; hohe Sparquoten auch in Ländern wie Deutschland und der Schweiz, hier aufgrund demographischer Strukturen, Alterssparen der Baby-Boom-Generation. Die expansive Geldpolitik der Jahre 2002 – 2004 in den USA hat die Effekte dieser Mittelschwemme noch verstärkt. Bei langfristigen Zinsen von 4 % hat ein privater oder institutioneller Anleger, der an Zinssätze von 6 % gewohnt war und seine Ausgaben daran ausgerichtet hat, ein Problem. Die Versuchung, die Zinsabsenkung zu kompensieren, indem man in höhere Risiken geht, ist dann groß. Dies erklärt teilweise, warum es im Vorfeld der Krise so wenig Risikokontrolle gegeben hat.

Das hier angesprochene Strukturproblem ist nach wie vor vorhanden. Insofern ist zu befürchten, dass die dadurch gesetzten Anreize in den nächsten Jahren weiter wirken. Um so wichtiger ist es, Governance-Mechanismen und Haftungsregeln zu verbessern.

- In Deutschland gibt es das spezielle Problem, dass der Finanzsektor eine ungesunde Struktur hat. Als verlässliche, wenn auch etwas langweilige Quelle von Gewinnen ist vor allem das Retail-Geschäft mit den Einlegern zu nennen; dieses Segment des Marktes wird allerdings von den Sparkassen und, zu einem geringeren Teil, den Genossenschaftsbanken beherrscht. Die Großbanken haben es in der Vergangenheit nicht verstanden, in diesem Teil des Marktes eine gewinnträchtige Position zu erringen; im Fall der Landesbanken stand dies aufgrund der gesetzten Regeln auch nicht zur Diskussion. Die Spezialisierung auf Wholesale und Investment Banking war so lange kein Problem, wie Wholesale verlässliche Margen versprach. Die Margen im Wholesale-Bereich sind aber in den neunziger Jahren dramatisch geschrumpft. Damals

hat die Wettbewerbsintensität in diesem Bereich drastisch zugenommen. Investment Banking wiederum bringt Gewinne, wenn es gut geht, ist aber riskant und sehr volatil. Aus all dem ergibt sich die Sorge, dass der deutsche Finanzsektor von seiner Struktur her risikofähig ist, zum einen, weil die Trennung der Sparten bewirkt, dass einem wesentlichen Teil des Sektors ein hinreichend profitables Standbein im Einlagengeschäft fehlt, zum anderen, weil Überkapazitäten und intensiver Wettbewerb auch im Wholesale-Bereich die Margen haben schrumpfen lassen.

Das Übermaß an Fristentransformation („aus kurz mach lang“), das es sowohl bei den Zweckgesellschaften der Landesbanken als auch in den Segmenten der Immobilien- und Staatsfinanzierung gab, ist auch als Folge von Überkapazitäten und intensivem Wettbewerb im Wholesale-Bereich zu verstehen. Wenn man bei fristenkongruenter Immobilienfinanzierung keine Margen mehr verdienen kann, so versucht man sein Glück mit kurzfristiger Refinanzierung, sei es aus dem Geldmarkt, sei es aus Einlagen. Insofern ist es kein Zufall, dass in Deutschland gerade auch Banken betroffen waren, die vorrangig im Immobilien- und Staatsfinanzierungsgeschäft tätig sind.

Auch das hier beschriebene Strukturproblem ist nach wie vor vorhanden. Wenn es nicht gelingt, die Marktstrukturen zu bereinigen oder aber Regeln für weniger riskantes Marktverhalten zu setzen, werden die Probleme wiederkommen.

Diese Warnung ist nicht zu verstehen als Parteinahme in der politischen Auseinandersetzung um die Rolle von privaten Banken und öffentlichen Banken, Landesbanken und Sparkassen. Zu dieser Auseinandersetzung gäbe es viel zu sagen, hier aber kommt es mir nur auf die Feststellung an, dass die Struktur, die wir haben, aus den genannten Gründen krisenanfällig ist.

- Insolvenzverschleppung gehört zu den Konstanten des Wirtschaftslebens. Ein verantwortlicher Manager, der sieht, dass es Probleme gibt, neigt dazu, die Probleme kleinzureden bzw. gar nicht erst öffentlich bekannt zu machen, und hofft dann, dass sie sich vielleicht von selber lösen. Das muss nicht böswillig geschehen; in vielen Fällen wirkt einfach der psychologische Mechanismus, dass man das Scheitern der eigenen Strategie nicht wahrnehmen kann bzw. erst wahrnimmt, wenn es zu spät ist. Wenn etwa die Sächsische Landesbank im August 2007 verlauten ließ, sie habe nur

ein Liquiditätsproblem, so mag das der Wahrnehmung des damaligen Vorstands durchaus entsprochen haben.

Da Verschleppung aber die Risiken für das System ebenso wie für die Gläubiger vervielfachen kann, kommt es darauf an, dass man der Tendenz zur Verschleppung entgegen wirkt. Hierin ist dem Gesetzentwurf voll zuzustimmen. Ich habe aber Zweifel, ob er sein Ziel in diesem Punkt wirklich erreicht.

### **3. Beurteilung des Gesetzentwurfs**

#### **3.1 Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten**

Das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten versucht, die unter 2.2 genannten Probleme zu entschärfen. Sanierungsverfahren und Reorganisationsverfahren sollen die Möglichkeit, schon im Vorfeld von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit und sogar im Vorfeld einer Verletzung von Eigenmittel- oder Liquiditätsvorschriften Maßnahmen zur Behebung einer Schieflage einzuleiten. Die Verfahren lehnen sich in vielem an das Insolvenzverfahren an; insofern könnte man sich fragen, warum es eines gesonderten Gesetzes bedarf und warum es nicht möglich sein sollte, diese Verfahren im Rahmen der Insolvenzordnung unterzubringen. Das gilt um so mehr, als das in § 1 Abs. 1 genannte Ziel der Stabilisierung des Finanzmarkts durch Sanierung oder Reorganisation keinen für mich erkennbaren Einfluss auf die Ausgestaltung der vorgesehenen Regeln hat.

Im einzelnen ist festzustellen, dass das oben im letzten Punkt unter 2.3 angesprochene Problem der Verschleppung von Eingriffen zur Behebung von Schieflagen nicht behoben wird. Die Einleitung eines Sanierungsverfahrens liegt nach § 2 Abs. 1 voll in der Hand des Kreditinstituts. Die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens liegt nach § 7 Abs. 1 ebenfalls in der Hand des Kreditinstituts. Nach § 7 Abs. 2 kann ein Reorganisationsverfahren zwar auch von der Bundesanstalt beantragt werden, wenn eine Bestandsgefährdung und eine Systemgefährdung vorliegen. Jedoch kann ich mir nicht vorstellen, dass die Bundesanstalt in der Lage sein wird, den zu diesem Zweck erforderlichen Reorganisationsplan vorzulegen; schließlich verfügt sie im Vorfeld jeglichen Eingriffs nicht über die dazu erforderliche Information.

Was bietet das Sanierungsverfahren dem Bankvorstand, der über die Einleitung zu entscheiden hat? Als Vorteil ergibt sich lediglich die Möglichkeit, neue Kredite mit Vorrang gegenüber den bisherigen Gläubigern in einem etwaigen Insolvenzverfahren aufzunehmen. Als Nachteile ergeben sich die Offenlegung der Schieflage und die Unterwerfung unter die in den §§ 2, 4 und 5 vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten der Bundesanstalt, des Sanierungsberaters und des Gerichts. Ich sage voraus, dass dieses Verfahren kaum jemals in Anspruch genommen werden wird. (In Parenthese: Eine Definition des Begriffs des Sanierung – etwa im Unterschied zum Begriff der Reorganisation – habe ich im Text des Gesetzes nicht finden können.)

Wie steht es mit dem Reorganisationsverfahren? Gegenüber dem Sanierungsverfahren ergibt sich der Vorteil, dass im Rahmen des Verfahrens – entsprechend den in der Insolvenzordnung vorgesehenen Prozeduren – Forderungen von Gläubigern herabgestuft werden können. Gegenüber einem Insolvenzverfahren ergibt sich der Vorteil, dass die Verfahrenseinleitung nicht an die Tatbestände der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit gebunden ist. Als Nachteile ergeben sich wiederum die Offenlegung der Schieflage und die Unterwerfung unter die verschiedenen Eingriffsmöglichkeiten der Bundesanstalt und des Gerichts. In Anbetracht dessen, dass Verfahren nach der Insolvenzordnung von den Schuldnern erfahrungsgemäß eher zu spät als zu früh eingeleitet werden, sehe ich nicht ein, warum das in diesem Fall anders sein sollte, zumindest soweit es die Einleitung des Reorganisationsverfahren durch einen Antrag des Kreditinstituts betrifft.

Ein letzter Punkt: Sollte wieder einmal ein Problem des Typs HRE auftreten, so wird man ebenso wenig den Mut haben, die in diesem Gesetzentwurf enthaltenen Verfahren anzuwenden, wie man 2008 den Mut hatte, das KWG oder das Insolvenzrecht anzuwenden. Die vorgesehenen Verfahren sind langwierig und kompliziert. Bis die Unsicherheit darüber, wie es bei der Bank weitergeht, behoben werden kann, wird einige Zeit vergehen. Jedoch wird schon die Einleitung eines solchen Verfahrens erhebliche Signalwirkungen für die Gläubiger der betreffenden Bank haben und von einem Tag auf den anderen die Refinanzierung der Bank gefährden. Dies gilt insbesondere für Geldmarktrefinanzierungen durch institutionelle Anleger. Insofern kann die Einleitung eines Sanierungs- oder Reorganisationsverfahrens alsbald die Zahlungsfähigkeit der Bank gefährden. Ich erwarte daher, dass in einer konkreten Gefährdungslage eines Instituts wie HRE die Bundesanstalt – und die Bundesregierung! – es

vorziehen werden, von einer Anwendung dieses Gesetzes abzusehen, da sie die Systemrückwirkungen als nicht kontrollierbar ansehen.

### **3.2 Änderung des Kreditwesengesetzes**

Die hier vorgesehenen Regelungen sind durchweg zu begrüßen. Jedoch sehe ich etliche offene Fragen. Auf diese gehe ich im Folgenden ein.

- Es ist zu begrüßen, dass die Neufassung des § 45 KWG die Eingriffsmöglichkeiten schon im Vorfeld einer Verletzung von Eigenmittel- oder Liquiditätsvorschriften deutlich verstärkt. Während das Reorganisationsgesetz in Anlehnung an die Insolvenzordnung vor allem die Rechte der verschiedenen Inhaber von Anteils- und Schuldtiteln im Auge zu haben scheint, wird hier dem Umstand Rechnung getragen, dass die Risiken der Bank ein Gefährdungspotential für Dritte enthalten und daher ein polizeirechtliches Eingreifen zur Gefahrenabwehr angebracht sein kann.

Es ist ebenfalls zu begrüßen, dass § 45 Abs. 1 KWG ergänzt wird um zwei Vermutungstatbestände. Das sollte Eingriffe im Vorfeld einer Verletzung von Eigenmittel- oder Liquiditätsvorschriften auf eine bessere Grundlage stellen.

Dazu ist aber anzumerken, dass die hier spezifizierten Vermutungstatbestände in vielen Problemfällen in der Krise nicht gegriffen hätten. In vielen Fällen waren die Probleme der Banken erst ganz zum Schluss an Eigenmittel- und Liquiditätskennziffern abzulesen. Deutlich frühere Signale waren in den Prämien für Credit Default Swaps enthalten. Insofern wäre zu fragen, ob nicht solche marktbezogenen Signale hier auch einbezogen werden sollten, ebenfalls im Sinne eines Vermutungstatbestands, ohne Verpflichtung der Anstalt zum Handeln.

- Die Regelungen der neuen § 45 c und § 48 a sind einhellig zu begrüßen. In gewissen kritischen Situationen ist wichtig, dass die Kontrolle über die Geschäftsführung aus den Händen des bisherigen Vorstands und der Kontrolle der Anteilseigner genommen wird, um das Eingehen weiterer Risiken zu verhindern. Desgleichen ist wichtig, dass bestimmte Geschäfte und Vermögenswerte ausgesondert und vor den Folgen eines Insolvenzverfahrens geschützt werden können.



Allerdings sehe ich Spielraum für kontraproduktive Friktionen in den Konstellationen, in denen der Sonderbeauftragte und die bisherigen Geschäftsleiter teilweise noch nebeneinander tätig sind. Im Sinne einer klaren Regelung von Verantwortlichkeiten wäre es m.E. vorzuziehen, dass von einem bestimmten Moment an die Bundesanstalt bzw. der von ihr eingesetzte Sonderbeauftragte, die Kontrolle und damit die Verantwortung über das Institut hat. Dabei stellt sich mir auch die Frage, wie in diesem Zusammenhang das Verhältnis von aufsichtsrechtlicher Funktion der Bundesanstalt und Geschäftsführender Funktion des Sonderbeauftragten angemessen austariert werden kann.

Hinsichtlich der Übertragung von Vermögensanteilen nach § 48 a habe ich die Sorge, dass dies als punktuelle Maßnahme konzipiert ist, deren Stellenwert im Rahmen des Gesamtkonzepts der Restrukturierung nicht deutlich ist und auch im Verfahren nicht deutlich gemacht werden muss. Wenn ich hier das englische Gesetz zum Vergleich heranziehe: Die Bank of England als Restrukturierungsbehörde hat dem Gesetz nach verschiedene Alternativen für den Umgang mit dem Probleminstitut. Eine davon ist die Aussonderung von Vermögenswerten zum Schutz der Funktionsfähigkeit von Märkten, eine andere die Übertragung von Vermögenswerten und Geschäftsfeldern auf eine Brückenbank. Beides wird dort – auch verfahrensmäßig – vor den Hintergrund der Frage gestellt, was für eine Zukunft das Probleminstitut insgesamt haben soll. Diese Frage erscheint in § 45 c Abs. 2 Nr. 7 als eine von mehreren, wird aber nicht in den Mittelpunkt des Verfahrens gestellt.

- Die oben unter 2.2 angesprochene Frage nach dem Ziel des Verfahrens wird m.E. nicht befriedigend beantwortet. In § 46 steht nach wie vor der Gläubigerschutz als Gegenstand der Gefahrenabwehr im Vordergrund. Im neuen § 48 a Abs. 2 wird auch der Systemschutz genannt. Jedoch wird durch das Wort „nur“ in Abs. 2 Satz 1 und durch die dazu gehörige Bedingung Nr. 2 deutlich gemacht, dass der Systemschutz dem Gläubigerschutz nachgeordnet ist. Die Rechtsfolgen dieser Nachordnung mögen durch den nachfolgenden Satz 2 des § 48 c Abs. 2 gemildert oder sogar neutralisiert werden. Im Sinne einer klaren Aufgabenstellung für die Bundesanstalt würde ich es aber vorziehen, wenn der Systemschutz als Gegenstand der Gefahrenabwehr dem Gläubigerschutz mindestens gleichgestellt wäre.

- Nach § 48 d wird als Gegenleistung der Übertragungsanordnung eine Ausgleichsverbindlichkeit vorgesehen. Das ist m.E. problematisch. Zum einen ist eine verlässliche Bewertung in der nach Abs. 4 vorgesehenen Frist kaum möglich. Man denke daran, dass inzwischen zwei Jahre seit Lehman Brothers vergangen sind und wir für die Bewertung vieler betroffener Vermögenswerte immer noch keine verlässliche Grundlage haben. Zum anderen, und dies halte ich für wichtiger, belastet diese Vorschrift den übernehmenden Rechtsträger mit einer Verbindlichkeit. In einer Krise, in der es den Banken an Eigenkapital mangelt, ist eine solche zusätzliche Verbindlichkeit unerwünscht. Zum Vergleich: In Schweden 1992 und im Special Resolution Regime for Banks des Vereinigten Königreichs erhält die „alte“ Bank Anteilstitel des übernehmenden Rechtsträgers, diese wohlgernekt ohne Kontrollrechte, zumindest solange die Institutionen dem Special Resolution Regime unterstehen. Die Verwendung von Anteilstiteln als Gegenposition zur Übertragung von Vermögenswerten hat den Vorteil, dass der übernehmende Rechtsträger nicht durch zusätzliche Verschuldung belastet wird. Sie hat auch den Vorteil, dass Bewertungsfragen entschärft werden: Sind die übertragenen Vermögensanteile am Ende mehr wert, als zunächst zu erwarten war, so nehmen die Anteilseigner an diesem Wertzuwachs teil.

### **3.3 Restrukturierungsfondsgesetz**

Ich halte dieses Gesetz aus verschiedenen Gründen für problematisch. Zwar kann ich gut verstehen, dass der Zorn über „die Banken“, die den Staat 2008 zu einer außerordentlichen Unterstützungsleistung zwangen, nun zu dem Schluss führt, in Zukunft müssten „die Banken“ solche Lasten selber tragen. Jedoch halte ich das Vorhaben für unrealistisch, wenn nicht gar kontraproduktiv.

Ich verweise auf meine Ausführungen unter 2.3. Bei hoher Wettbewerbsintensität ist die Fähigkeit der Institute, Margen zu erzielen, begrenzt. Wo sollen dann die Überschüsse erwirtschaftet werden, die nötig sind, um diese zusätzliche Gebühr zu finanzieren? Ohne weitere Vorkehrungen zur Bereinigung der Marktstrukturen oder zur Regulierung des Marktverhaltens wird nur ein weiterer Grund dafür geschaffen, dass man noch riskanter arbeiten muss. Da die Margen klein sind, braucht man große Volumina (Sachsen LB: 40 Mrd. à 20 - 30 Basispunkte!); kommt diese Belastung hinzu, braucht man eben noch größere

Volumina, oder man muss in Geschäfte mit größeren Margen – und größeren Risiken! – gehen.

Bei normalem Geschäftsverlauf mag das nicht ins Gewicht fallen. Wie steht es aber, wenn ein größeres Institut Probleme hat und ein größerer Betrag zu leisten ist? Die Antwort ergibt sich aus der Erfahrung der Einlagensicherungssysteme der einzelnen Sparten des deutschen Finanzsystems: Solange es nur ein einzelnes kleineres oder mittleres Institut betrifft, kann man damit umgehen. Bei einer Systemkrise jedoch oder einem großen Institut ist so ein System überlastet. Der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands der privaten Banken wäre mit HRE überfordert gewesen; ein Fälligstellen der betreffenden Sicherungsleistungen hätte unkontrollierbare Dominoeffekte gehabt.

Ähnliches ist für den jetzt geplanten Restrukturierungsfonds zu befürchten. Dabei hilft es nicht, wenn man dem Fonds die Möglichkeit gibt, zur Finanzierung seiner Leistungen Kredite aufzunehmen, die dann im Laufe der Zeit zu bedienen sind. Für die beteiligten Banken entsteht auch durch die Kreditaufnahme eine unmittelbare Belastung, in diesem Fall in Form einer Verpflichtung zu zukünftigen Zahlungen. Ist diese Belastung groß genug – in der gegebenen Krisensituation – so kommen die Banken in Schwierigkeiten. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die Banken die Verbindlichkeit unmittelbar erfüllen oder bilanzieren müssen oder ob sie sie – wie beim Verlustausgleich nach dem Bad-Bank-Gesetz – als Vorabanspruch des Restrukturierungsfonds an ihre Gewinnverteilung aus ihrer Bilanz halten können. Ist die Belastung groß genug, wird sie so oder so die Funktionsfähigkeit der Bank beeinträchtigen.

Die Vorstellung, man könne zukünftige Rettungsmaßnahmen für Banken gänzlich über den Restrukturierungsfonds finanzieren, halte ich daher für eine Illusion.

Ein zweiter Vorbehalt betrifft die Festsetzung der Beiträge. Da ich nicht Jurist bin, entzieht es sich meiner Kenntnis, ob die in § 12 Abs. 10 angegebenen Anhaltspunkte für die Festsetzung der Beiträge den verfassungsmäßigen Anforderungen an die Bestimmtheit der vom Gesetzgeber zu erlassenden Verordnungsermächtigung erfüllen. Als Wirtschaftswissenschaftler weise ich darauf hin, dass „Vernetzung“ kaum zu messen ist und dass Geschäftsvolumen und Größe nicht ohne weiteres als geeignete Maße für Risiko, geschweige denn Systemrisiko, anzusehen sind. Konzeptionell ist mir hier auch nicht klar, ob

die Beiträge sich eigentlich an den Risiken für den Fonds orientieren sollen oder an der vom Institut ausgehenden Gefährdung des Finanzsystems. Ist ersteres der Fall, so spielt Vernetzung keine Rolle, und es kommt nur auf das Insolvenzrisiko bzw. die erwarteten Gläubigerverluste an. Ist letzteres der Fall, so spielt Vernetzung eine Rolle, aber dann müsste man genau erwägen, welche Art von Vernetzung relevant ist.

Grundsätzlich sollte man in diesem Zusammenhang anstreben, durch die Beitragsfestsetzung Anreize zur Risikovermeidung zu schaffen. Dafür bietet die jetzige Formulierung des § 12 Abs. 10 kaum eine Grundlage.

Man kann überhaupt Zweifel haben, ob solche Anreize zur Risikovermeidung in einem System der Beitragsfestsetzung in einem öffentlichrechtlichen Verfahren überhaupt angemessen gesetzt werden können. Schließlich werden die zur Bestimmung der Bemessungsgrundlage erforderlichen Begriffe nicht genau mit dem korrelieren, was die tatsächlichen Risiken ausmacht.

Insofern würde ich selbst in diesem Zusammenhang eher an die Rechtsfigur des privatrechtlichen Versicherungsvertrags denken wollen, wie sie für die Industriehaftpflichtversicherung oder –feuerversicherung typisch ist. Dieses System hat den Vorteil, dass der Versicherer als der an Risikovermeidung Interessierte im Vorfeld Einfluss ausübt auf das Risikoverhalten des Versicherten. Der Preis der Versicherung ergibt sich nicht aus der Anwendung einer Rechtsverordnung, sondern aus der Verhandlung, bei der der Versicherer die Möglichkeit hat, ein gewisses Ermessen spielen zu lassen. Vor einem Missbrauch dieses Ermessens ist der Versicherungsnehmer dadurch geschützt, dass er sich den Versicherer aussuchen kann.

Mir ist bewusst, dass die hier in Rede stehenden Risiken die Leistungsfähigkeit privatwirtschaftlich arbeitender Versicherer übersteigen (obwohl das Konzept, den Restrukturierungsfonds ohne staatliche Mittel arbeiten zu lassen, nicht weit von einer Versicherung auf Gegenseitigkeit entfernt ist). Gleichwohl sollte man m.E. erwägen, gewisse Elemente der Orientierung der Preisfestsetzung nach Ermessen in Anbetracht beobachteten Verhaltens auch für den hier angedachten Restrukturierungsfonds zu nutzen.

### **3.4 Organhaftung**

Die Verlängerung der Verjährungsfrist halte ich für unbedingt sinnvoll. Allerdings sollte die betragsmäßige Begrenzung der Haftungssumme meines Erachtens auf Fälle leichter Fahrlässigkeit beschränkt sein. Bei vielem von dem, was wir in den vergangenen Jahren an Fehlverhalten beobachtet haben, von Aufsichtsgremien ebenso wie Vorständen, wird man Vorsatz kaum nachweisen können, wird Vorsatz auch kaum vorgelegen haben. Grobe Fahrlässigkeit dürfte allerdings sehr häufig vorgekommen sein. Für diese Fälle erscheint die Begrenzung der Haftungssumme als problematisch, zumal wenn man die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Beteiligten berücksichtigt.

Bonn, den 5. Oktober 2010,

Martin Hellwig

-