

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN • BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E.V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E.V. BERLIN • DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E.V. BERLIN-BONN
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

Stellungnahme des Zentralen Kreditausschusses

zu

Entwurf eines Rundschreibens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

zu

Anforderungen für die Anerkennung von Kernkapitalinstrumenten nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1 bis 6, 8 und 10 KWG und für deren vorzeitige Rückzahlung

GZ: BA53-FR 1903-2010/0003

21. Januar 2011

I. Vorbemerkung¹

Die prinzipienorientierte Ausgestaltung der Anforderungen zur Anerkennung von Kernkapitalinstrumenten nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1 bis 6, 8 und 10 KWG ist nachvollziehbar und aus unserer Sicht sinnvoll, da dies eine hohe Qualität des Eigenkapitals dauerhaft sicherstellt.

Grundsätzlich sollte klargestellt werden, ob die jeweils aufgeführten Kriterien in die vertraglichen Bedingungen aufzunehmen sind oder ob die BaFin davon ausgeht, dass sie entweder gesetzlich gelten oder durch Verwaltungspraxis angewendet werden. Der Rundschreibenentwurf ist hier nicht hinreichend klar. Während bei einigen Kriterien die Aufnahme in das Vertragswerk ausdrücklich verlangt wird, ist dies bei anderen Kriterien nicht der Fall. Nach den Erfahrungen in der Praxis könnte es durchaus der Fall sein, dass auch jene Kriterien im Vertragswerk enthalten sein müssen, bei denen das nicht ausdrücklich festgehalten wird.

Grandfathering – zeitliche Abgrenzung

Einleitend sollte aus Sicht des Zentralen Kreditausschusses aufgenommen werden, dass vor Veröffentlichung des Rundschreibens begebene Kapitalinstrumente, die den im Rundschreiben genannten Anforderungen für die Anerkennung von Kernkapitalinstrumenten nicht genügen, unter die Bestandsschutzregelung des § 64m Abs. 1 bis 3 KWG fallen. Eine Bezugnahme auf bzw. eine Konkretisierung dieser „Grandfathering-Regelung“ wäre unserer Ansicht nach insbesondere zur Vermeidung von Unsicherheiten hinsichtlich der zukünftigen Kernkapitalausstattung der Finanzinstitute sinnvoll.

Grandfathering – Stille Einlagen staatlicher Stellen

§ 64m Abs. 1 KWG sieht eine Klassifizierung als „sonstiges“ Kapital vor, sofern die Voraussetzungen zur Anerkennung als „anderes“ Kapital gemäß der ab 31. Dezember 2010 geltenden Fassung des KWG nicht erfüllt sind. Aus unserer Sicht besteht hier eine Regelungslücke, da die Behandlung von „Staatshilfe“ (z. B. Stille Einlagen SoFFin) in der neuen KWG-Novelle nicht explizit erwähnt wird. Dies könnte dazu führen, dass Staatshilfen in den Jahren 2011 und 2012 nicht als Kernkapital im Sinne von anderem Kapital Anerkennung finden, dann aber ab 2013 im Zuge der Basel III-Umsetzung wieder als „Common Equity Tier 1“ anerkannt werden. Im Rahmen des Rundschreibens sollte daher konkretisierend darauf hingewiesen werden, dass unabhängig von der Ausgestaltung der „Staatshilfe“, weiterhin eine Anrechnung als „anderes“ Kapital erfolgen kann. Dies entspricht aus Sicht der deutschen Kreditwirtschaft zumindest bis 2018 der aktuell vorgeschlagenen „Grandfathering-Regelung“ unter Basel III.

¹ Die Stellungnahme steht unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Gremien des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands.

II. Kernkapitalinstrumente nach §10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1 bis 6 und 8 KWG

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der hier unter II und unten unter IV.1 definierten Anforderungen auf anderes Kapital i. S. v. § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 8 KWG ist aus unserer Sicht nicht eindeutig. Dies gilt insbesondere für die Abzugspflicht von Eigenmitteln im Falle einer vorzeitigen Rückzahlung (vgl. II.2 b Dauerhaftigkeit). Wir gehen davon aus, dass die unter II und IV.1 definierten Anforderungen nur auf anderes Kapital i. S. v. § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 8 KWG und nicht auf die übrigen Kernkapitalbestandteile des § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1 bis 6 KWG Anwendung finden.

2. Ergänzende Anforderungen

a) Direkte Emission durch das Institut

Die BaFin setzt damit das Kriterium 3 der CEBS-Leitlinien um. Demnach könnten über Zweckgesellschaften emittierte Kapitalformen nicht dem anderen Kapital zugerechnet werden. Das Gebot einer direkten Begebung zielt nach unserem Verständnis auf eine effektive Kapitalbereitstellung ab. Da ohnehin nur voll eingezahltes Kapital, das als von den Gesellschaftern oder anderen Eigentümern gezeichnetes Eigenkapital gilt, berücksichtigungsfähig ist, ist die Begebung über eine Zweckgesellschaft für die Qualität eines Kapitalinstruments unerheblich. Unabhängig davon sollten die unter III.6 für sonstiges Kapital definierten Bedingungen für die Anerkennung mittelbar begebener Kapitalien auch für anderes Kapital gelten. Eine entsprechende Einschränkung ist den Tzn. 140 und 141 der CEBS-Leitlinien für hybride Kapitalinstrumente jedenfalls nicht zu entnehmen. Dort wird vielmehr auf die Erfüllung der Bedingungen für „Original Own Funds“ abgestellt. Wir plädieren daher hinsichtlich der Behandlung mittelbar begebener Instrumente für einen entsprechenden Gleichlauf mit der Regelung für sonstiges Kapital.

b) Dauerhaftigkeit

Es erfolgt ein Verweis auf Abschnitt III bezüglich der Verfahren zur Zustimmung durch die Bundesanstalt (S. 3, 2. Absatz). Richtig scheint hier der Verweis auf Abschnitt IV.

Bei der Bezugnahme auf die entsprechenden Richtlinienvorgaben im 2. Absatz der Ausführungen regen wir an, die Bezugnahme durch Angabe der Fundstelle zu präzisieren.

Die **Genehmigungspflicht bei aktienvergütungsbezogenen Aktienrückkäufen** ist aus unserer Sicht **zu weit gefasst**. Neben der Ausgabe neuer Aktien im Rahmen von genehmigtem Kapital kommt für die Aktienvergütung von Mitarbeitern regelmäßig das Instrument des (vorübergehenden) Aktienrückkaufs zum Einsatz, bei dem das Institut Aktien am Markt erwirbt, um sie zu einem späteren Zeitpunkt als Vergütungsbestandteil an Mitarbeiter weiterzugeben. Diese bestehende Praxis einzuschränken ist aus unserer Sicht unangemessen, da

- (1) die Ausgestaltung von Aktienvergütungen für Mitarbeiter bereits regulatorisch geregelt ist. Zudem könnte die Bank bei Nichtgenehmigung der Aktienrückkäufe durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Mitarbeitern nicht nachkommen. Die Institute würden somit erheblichen rechtlichen Risiken ausgesetzt.
- (2) Vor allem aber handelt es sich beim Rückkauf von Aktien, die für Aktienvergütung zurückgekauft werden, lediglich um einen vorübergehenden Kapitalabzug kombiniert mit automatischer Kapitalgenerierung, da die Aktien vertraglich gesichert wieder emittiert werden.

Wir schlagen daher vor, in dem Rundschreiben klarzustellen, dass von einer Genehmigungspflicht für den Kauf von Aktien zur Erfüllung von Lieferverpflichtungen aus Aktienvergütung abgesehen wird.

Am Ende des ersten Absatzes des Abschnitts (Seite 3, 2. Absatz) wird davon gesprochen, dass durch Verlautbarungen des Instituts nicht der Anschein erweckt werden darf, dass Rückzahlungen erfolgen werden, während es im nachfolgenden Absatz heißt, dass von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit von einer Rückzahlung des anderen Kapitals unter anderem dann auszugehen ist, wenn das Institut die Rückzahlungsabsicht publik gemacht hat. Dies scheint nicht ganz widerspruchsfrei beziehungsweise missverständlich und sollte daher klargestellt werden. Entweder muss es sich um eine Verlautbarung der Rückzahlungsabsicht des Instituts handeln, die unter dem ausdrücklich erklärten Vorbehalt der Zustimmung der Bundesanstalt steht, oder eine solche Verlautbarung darf erst erfolgen, wenn die Zustimmung der Bundesanstalt vorliegt. Im letztgenannten Fall käme es allerdings immer nur auf die Zustimmung der Bundesanstalt als frühestmöglichen Zeitpunkt an, so dass allein dieser für den Abzug von den Eigenmitteln des Instituts maßgeblich wäre.

Zudem dürfen Aktienrückkäufe nur im Rahmen der Marktmissbrauchsrichtlinie (2003/6/EG) und der dazu gehörenden Ausführungsvorschriften (insbesondere der Verordnung 2273/2003) durchgeführt werden. Ob es nach einem Beschluss, von der Ermächtigung zum Aktienrückkauf

Gebrauch zu machen, zu einem solchen Rückkauf und einer entsprechenden Kapitalminderung kommt, hängt also nicht nur von einer Vielzahl von Einzelentscheidungen im Rahmen der Durchführung des Rückkaufprogramms ab, sondern auch davon, ob die gesetzlichen Rahmenbedingungen überhaupt erfüllt werden. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Anleger mit dem Beschluss über die Durchführung des Rückkaufprogramms und dessen Bekanntgabe weder einen Anspruch auf Durchführung noch eine Erwartung hinsichtlich des Umfangs haben.

3. Ausschüttungsermessen (Flexibility of Payments)

Es erfolgt ein Verweis auf Abschnitt III.1.c) (S. 4, 3. Absatz). Richtig scheint hier der Verweis auf Abschnitt IV.1.c.

Im ersten Absatz (S. 4) stellt der Entwurf des Rundschreibens fest, dass die gesetzlichen oder vertraglichen Bedingungen dem Institut das Recht einräumen müssen, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob und in welcher Höhe Dividenden ausgeschüttet werden. Unzulässig soll die Ausschüttung insbesondere dann sein, wenn das Institut nicht mehr über eine angemessene Eigenmittelausstattung verfügt. Hier wäre eine Klarstellung im Rundschreiben wünschenswert, ob speziell dieser Punkt vertraglich vereinbart sein muss oder ob es reicht, wenn sich das Institut generell das Recht vorbehält, Zahlungen bei Vorliegen anderer Umstände (z. B. Jahresfehlbetrag) ausfallen zu lassen.

Ferner lässt die Formulierung im Rundschreiben darauf schließen, dass die „Abstimmung“ über die Ausschüttung einer Dividende auf das andere Kapital gleichzeitig mit der Abstimmung über die Ausschüttung einer Dividende auf die übrigen Kernkapitalinstrumente nach § 10 Abs. 2a S. 1 Nr. 1-6 zu erfolgen hat. Wir möchten darauf hinweisen, dass eine solche Vorgehensweise nicht im Einklang mit den Vorgaben des HGB und der RechKredV zur Bestimmung der Gewinnbeteiligung einer stillen Einlage im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses steht. Durch die Anforderung des Rundschreibens könnte daher die grundsätzliche Tauglichkeit einer stillen Einlage als anderes Kapital in Frage gestellt werden. Wir regen daher an, die Anforderung entweder zu streichen oder klar zu stellen, dass die typischen Ausschüttungsmechanismen stiller Einlagen hiervon nicht berührt werden.

Am Ende des zweiten Absatzes der Ausführungen wird als **Bezugspunkt** die Kapitaleinzahlung gewählt. Mit Blick auf die Regelungen des Kriteriums 7 aus CP 33 fragen wir uns, ob nicht richtigerweise als Bezugspunkt auf den (aktuellen) Nominalwert des Kapitalinstruments abgestellt werden muss. Dieser kann beispielsweise aufgrund zwischenzeitlich erfolgter Verlusttragung durchaus niedriger sein, als der Wert der Kapitaleinzahlung.

Nichtzahlung einer Dividende kein Verzug (Seite 4, 4. Absatz)

Es sollte ergänzt werden, dass die Nichtzahlung einer Dividende „gemäß den Vertragsbedingungen“ nicht als Verzug beziehungsweise Nichterfüllung gewertet werden darf, da eine abweichende zivilrechtliche oder gerichtliche Bewertung nicht ausgeschlossen werden kann.

Dividend Pusher (S. 4, 5. Absatz)

Die Übersetzung von „Dividend Pushers“ mit „Dividendenerhöhungsmechanismen“ scheint nicht ganz präzise und könnte mit Zinserhöhungsklauseln („Step-Ups“; vgl. S. 6) verwechselt werden. „Dividend Pushers“ sind Mechanismen, welche eine Dividendenzahlung auslösen, z. B. im Falle einer Zahlung auf andere Papiere. Es sollte deshalb durchgängig von „Dividendenauslösungsmechanismen“ oder einfach „Dividendenauslösern“ gesprochen werden.

Dividend Stoppers (Seite 4, 5. Absatz)

Es ist unklar, weshalb „Dividendenbegrenzungsmechanismen (Dividend Stoppers)“ für unzulässig erklärt werden, da diese nach unserem Verständnis gerade nicht zu einer Ausschüttung führen würden. Zudem wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass eine Gleichrangabrede (Gleichbehandlung gleichrangiger Instrumente bei Ausschüttungen) hiervon nicht betroffen ist.

Fußnote 3: Anstatt „Davon unberücksichtigt bleiben...“ sollte der Satz mit „Zulässig bleiben (...)“ beginnen (ebenso Fußnote 4 auf S. 7).

Verbot vorzeitiger Hinweise auf die Höhe einer etwaigen Dividende (Seite 4, 6. Absatz)

Unklar ist, ob das Verbot, vor dem förmlichen Beschlussvorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns einen Hinweis auf die Höhe der möglichen Dividende zu geben, sich nur auf anderes Kapital i. S. v. § 10 Abs. 2a Satz 1 Nr. 8 KWG bezieht oder auch auf die Kernkapitalinstrumente i. S. v. § 10 Abs. 2a Satz 1 Nr. 1 - 6 KWG, insbesondere Stammaktien. Es ist gängige Praxis börsennotierter Unternehmen, bereits bei der Bilanzpressekonferenz, die in der Regel mit vorläufigen, noch nicht testierten Zahlen arbeitet, nicht nur ihr vorläufiges Jahresergebnis bekannt zu geben, sondern auch bereits an diesem Tag eine Aussage über die auf dieser Grundlage mögliche Dividende zu treffen. Der förmliche Dividendenvorschlag kann naturgemäß erst unterbreitet werden, wenn der Jahresabschluss aufgestellt und testiert ist. Dies ist in der Regel etwa zwei Monate später der Fall. Aus unserer Sicht verlangen weder die CRD II, noch das KWG oder die Leitlinien von CEBS eine Aufgabe dieser Praxis. Die vorläufigen Zahlen werden in einem ähnlichen Verfahren wie ein Quartalsabschluss vorbereitet und von Vorstand und Aufsichtsrat bereits erörtert, bevor der Vorstand sie dann auf der Bilanzpressekonferenz vorstellt. Eine Aussage, wie er den Gewinn zu verwenden gedenkt, ist dann unver-

meidlich. Das Rundschreiben sollte deshalb klarstellen, dass sich diese Aussage nur auf anderes Kapital i. S. v. § 10 Abs. 2a Satz 1 Nr. 8 KWG bezieht.

5. Auswirkungen auf Kernkapitalinstrumente nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1-6 KWG

a) Besonderheiten bei Genossenschaftsbanken

Grundsätzlich ist anzumerken, dass die entsprechenden Ausführungen im Rundschreibenentwurf die Vermutung nahe legen, als könnten zukünftig nur noch die Geschäftsguthaben von Kreditgenossenschaften, die das sogenannte IFRIC 2 Modell statutarisch umgesetzt haben, als Bestandteil des harten Kernkapitals Anerkennung finden. Eine solche Regelung würde jedoch den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 2a S. 1 Nr. 3 KWG nachhaltig verändern und auch den Vorgaben des Genossenschaftsgesetzes nicht gerecht werden. Sie würde zu einer Vorwegnahme der erst im Zuge von CRD IV zu erwartenden Richtlinienänderung führen, ohne dass hierfür eine Notwendigkeit ersichtlich wäre. Insoweit gehen wir davon aus, dass die entsprechenden Ausführungen im Rundschreibenentwurf den Regelungsinhalt des § 10 Abs. 2a S. 1 Nr. 3 KWG auch weiterhin unverändert lassen, mit der Konsequenz, dass auch ohne eine statutarische Regelung im Sinne des IFRIC 2 Modells Geschäftsguthaben von Kreditgenossenschaften Bestandteil des harten Kernkapitals im Sinne des § 10 KWG sind. Dies sollte zwecks Vermeidung weitergehender Missverständnisse ausdrücklich klargestellt werden.

Darüber hinaus sollte die Ausführungen im zweiten Absatz statt von der „Rückgabe des Geschäftsanteils“ besser von der „Rückzahlung des Geschäftsguthabens“ sprechen, da dies exakter beschreibt, worum es eigentlich geht, nämlich die Verhinderung des Abflusses von Kapital zur Unzeit.

Dementsprechend sollte das Widerspruchsrecht sich auch nicht auf die Kündigung, sondern vielmehr auf die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens beziehen. Entscheidend ist, dass das Institut in der Lage ist, den Abfluss des Kapitals zu verhindern. Auf diesen Mechanismus stellt im Übrigen nach unserem Verständnis auch das Modell von IFRIC 2 ab. Hieran orientiert sich wiederum auch die Regelung im deutschen Genossenschaftsgesetz.

III. Sonstiges Kapital

1. Dauerhaftigkeit

Ausweislich des Entwurfs soll sonstiges Kapital „unter bestimmten Bedingungen auch über die Fälligkeit hinaus verlängerbar sein“ (Seite 6, 2. Absatz). Wir bitten um Erläuterung, wann solche Bedingungen gegeben sein könnten.

a) Moderate Tilgungsanreize (Incentives to Redeem)

Laut des vorliegenden Entwurfs „verbleiben auch sonstige Kapitalinstrumente mit moderaten Tilgungsanreizen, bei denen die Kündigungsoption während der Laufzeit nicht ausgeübt wird, in dem 15 %-Anrechnungskorb und können nicht in einen der anderen Körbe umgruppiert werden“ (S. 7, 2. Absatz). Dies führt im Zweifel dazu, dass Kreditinstitute faktisch zu einer Ausübung des Kündigungsrechts und damit zu einer Schwächung ihrer Kapitalbasis gezwungen werden, um den 15%-Anrechnungskorb nicht durch dieses Instrument (welches dann keinen Tilgungsanreiz mehr enthält) zu blockieren, selbst wenn die Höhe des (durch Step-Up erhöhten) Kupons deutlich unter dem dann geltenden Marktsatz liegt. Unseres Erachtens ist es sinnvoll und ökonomisch adäquat, Kapitalinstrumente, bei denen die Kündigungsoption während der Laufzeit nicht (oder letztmalig) ausgeübt wurde, in andere Anrechnungskörbe umzugruppieren.

Die Ausführungen im zweiten Absatz (moderate Tilgungsanreize) würden sicherlich durch ein illustratives Rechenbeispiel deutlich einfacher verständlich werden.

2. Ausschüttungsermessen (Flexibility of Payments)

Uns stellt sich die Frage, ob auch die Folgen der ausgefallenen Zahlung (endgültiger Verfall, Wegfall der Fälligkeit, keine Nachzahlbarkeit – wie im Rundschreiben aufgeführt) in den Vertragstext aufgenommen werden müssen. Dass der Ausfall von Zahlungen im Falle des Unterschreitens der geforderten Eigenmittelausstattung vertraglich vereinbart werden muss, ergibt sich bereits aus dem Gesetz.

Im Nebensatz des 4. Absatzes auf Seite 7 scheint das Wort „mindestens“ vor „ein Bilanzgewinn erzielt wurde“ überflüssig.

a) Ausfall aufgrund aufsichtlicher Anordnung

Mit Blick auf die vertragliche Aufnahme eines Hinweises zur Möglichkeit eines Ausschüttungsausfalls aufgrund aufsichtlicher Anordnung sollte klargestellt werden, dass diese Regelung keine Anwendung auf bereits begebene Kapitalien findet.

Die vertragliche **Hinweispflicht auf die Möglichkeit des Ausschüttungsausfalls aufgrund aufsichtlicher Anordnungen** (S. 7, 6. Absatz) ist für anderes Kapital nicht vorgesehen. Die Notwendigkeit für sonstiges Kapital erschließt sich uns nicht. Es handelt sich hier auch weniger um ein bankaufsichtliches denn ein prospektrechtliches Problem. Der Absatz sollte deshalb gestrichen werden. Zumindest muss jedoch sichergestellt sein, dass diese Regelung keine Anwendung auf bereits begebene Kapitalien findet.

b) Andere Ausstattungsmerkmale, insbesondere Dividendenerhöhungsmechanismen (Dividend Pushers) und Dividendenbegrenzungsmechanismen (Dividend Stoppers)

Ausschüttungsermessen (Seite 8, 1. Absatz)

Die Formulierung „ausreichend groß bemessenes Ausschüttungsermessen“ ist zu unbestimmt, zumal unklar ist, wer über die Größe des Ermessens entscheiden soll. Unseres Erachtens muss das Bestehen eines Ausschüttungsermessens als solches genügen.

Ausfall von „Dividendenerhöhungsmechanismen“ (Dividend Pusher) (Seite 8, 2. Absatz)

Dem Punkt cc) liegt möglicherweise ein Missverständnis zugrunde. Auch die Ausschüttung einer Sachdividende setzt einen ausschüttungsfähigen Gewinn voraus (§ 58 Abs. 5 AktG). Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, Bar- und Sachdividende unterschiedlich zu behandeln. Bei Einführung der Möglichkeit, auch Sachausschüttung zu leisten, durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) 2002 hatte der Gesetzgeber insbesondere die Möglichkeit im Auge, Wertpapiere als Sachdividende auszuschütten, z. B. Aktien von Tochtergesellschaften (BT-Dr. 14/8769, S. 12). Es ist nicht erkennbar, weshalb eine solche Form der Gewinnausschüttung anstelle einer Bardividende dazu führen soll, dass Zahlungen auf sonstiges Kapital auszufallen haben. Auch wenn die Bank zurückgekaufte eigene Aktien (Treasury Stock) als Sachdividende ausschüttet, ist kein Grund erkennbar, weshalb sonstiges Kapital ausfallen sollte. Auch hier liegt ein Bilanzgewinn vor, der ausgeschüttet wird. Zudem verbreitert die Abgabe der eigenen Aktien die Eigenkapitalbasis wieder. Punkt cc) sollte daher ersatzlos entfallen.

Bei den drei unter aa) bis cc) genannten Bedingungen für den Ausfall von Zahlungen ist wiederum nicht klar, ob sie auch in den Vertragsbedingungen geregelt sein müssen.

c) Alternative Ausschüttungsmechanismen (Alternative Coupon Satisfaction Mechanisms, ACSM)

Im 2. Absatz des Abschnitts sollte klargestellt werden, dass soweit hier aufgeschobene Kuponzahlungen durch neu emittierte Kapitalinstrumente ersetzt werden sollten, dies ohne „schuldhafte“ Verzögerung erfolgen muss, da die Institute nicht für außerhalb ihres Einflussbereichs liegende Umstände verantwortlich gemacht werden können.

3. Verlustabsorptionsfähigkeit

a) Verlustabsorptionsmechanismen (Loss Absorbency Mechanisms)

aa) Verlustabsorptionsfähigkeit in der Insolvenz oder der Liquidation

Wir halten die Schaffung von Transparenz im Falle einer Vereinbarung einer Ranguntergliederung innerhalb des sonstigen Kapitals in den Vertragsbedingungen für sachgerecht und nachvollziehbar. Gleichwohl sollte klargestellt werden, dass eine entsprechende nachträgliche Anpassung in den Vertragsbedingungen bei bereits emittierten Kapitalien aus formaljuristischen Gründen nicht erforderlich ist.

Für die Vorschrift nach gleichzeitiger Transparenz im Rahmen der Offenlegung nach Säule 3 sehen wir indes keine Notwendigkeit. Auch lässt sich diese Anforderung nicht aus den CEBS-Leitlinien ableiten. Tz. 103 verpflichtet die Institute lediglich zur Schaffung transparenter Informationen. Wir plädieren insoweit dafür, das Erfordernis einer Offenlegung nach Säule 3 ersatzlos zu streichen.

Mindestens möchten wir bitten, wie im Rahmen der 8. Sitzung des Fachgremiums Eigenmittel mitgeteilt, sicherzustellen, dass die Offenlegungsanforderungen nach Säule 3 nicht bereits für das Geschäftsjahr 2010 zur Anwendung kommen, sondern frühestens für das Geschäftsjahr der Veröffentlichung des endgültigen Rundschreibens. Eine Umsetzung noch im Offenlegungsbericht für das Jahr 2010 ist aus reinen Praktikabilitätsgründen nicht darstellbar.

cc) Verhinderung der Insolvenz beziehungsweise Liquidation

Nach deutschem Insolvenzrecht trägt zur Verhinderung der Insolvenz in erster Linie der Rangrücktritt (Nachrang) bei, weil nachrangige Verbindlichkeiten in der Überschuldungsbilanz unberücksichtigt bleiben (statt vieler: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 19 Rn. 114 und

§ 39 Rn. 55). Das ist im Ausland teilweise anders. Nr. (3), dass „die Investoren kein Insolvenzantragsrecht haben“ dürfen, ist jedoch missglückt. Ob ein solches Antragsrecht besteht, ist – wie § 14 InsO zeigt – eine Frage des anwendbaren Insolvenzrechts, das möglicherweise vom Bankaufsichtsrecht überlagert wird. In Deutschland regelt das KWG bereits, dass ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahren nur von der BaFin gestellt werden kann (§ 46b Abs. 1 S. 4 KWG). Wir schlagen daher vor, Nummer (3) zu streichen.

ee) Kein Insolvenzantragsrecht

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu III.3.a.cc und bitten, diesen Punkt zu streichen.

b) Keine Behinderung der Rekapitalisierung (Not hindering Recapitalisation)

Anknüpfend an unsere zuvor skizzierten Anmerkungen zu III.3 a) aa) lehnen wir die Offenlegung nach Säule 3 für die zur Verhinderung der Rekapitalisierung gewählte Ausgestaltungsvariante und den Auslösezeitpunkt nachdrücklich ab. Tz. 117 der CEBS-Leitlinien nennt eine Säule 3-Offenlegung lediglich als Beispiel. Insoweit wären grundsätzlich auch andere Wege zur Schaffung von Transparenz möglich. Mindestens möchten wir bitten, wie im Rahmen der 8. Sitzung des Fachgremiums Eigenmittel mitgeteilt, sicherzustellen, dass die Offenlegungsanforderungen nach Säule 3 nicht bereits für das Geschäftsjahr 2010 zur Anwendung kommen, sondern frühestens für das Geschäftsjahr der Veröffentlichung des endgültigen Rundschreibens. Eine Umsetzung noch im Offenlegungsbericht für das Jahr 2010 ist aus reinen Praktikabilitätsgründen nicht darstellbar. Zudem sollte sonstiges Kapital, das unter die Übergangsregelung gemäß § 64m Abs. 1 KWG fällt, generell von den in Rede stehenden Offenlegungsanforderungen nach Säule 3 ausgenommen werden.

Wir bitten zudem um Klarstellung, dass der Emittent einen geeigneten Mechanismus, der die Behinderung der Rekapitalisierung ausschließen soll, wie auch den Auslösezeitpunkt selbst bestimmen darf und die Bundesanstalt zu keiner Zeit diesbezügliche Anforderungen an das Institut stellt.

4. Anrechnungsgrenzen

c) 50 %-Anrechnungsgrenze

Festlegung des Umwandlungsverhältnisses in den Vertragsbedingungen (S. 13, 2. Absatz)

Hinsichtlich der Festlegung des Umwandlungsverhältnisses sind die CEBS-Leitlinien zu Hybridkapital (CP 27) weniger strikt und verlangen nur die Festlegung einer „Predetermined

Range“ (Tz. 132). Wir schlagen daher vor, auch die Regelungen des Rundschreibens flexibler zu halten und von einer Spannweite des Umwandlungsverhältnisses zu sprechen.

Fallbeispiele für Vorliegen einer Notsituation

Eine zwingende Wandlung in Kernkapital nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1 bis 6 oder 8 KWG wird für den Fall erwartet, dass eine Notsituation bei dem Emittenten besteht. Als typisierendes Fallbeispiel für das Vorliegen einer Notsituation wird unter anderem die fehlende Risiko- adäquanz trotz Einhalten der Mindesteigenmittelanforderungen angeführt (S. 12, 7. Absatz, 3. Spiegelstrich). Wir sprechen uns gegen die Klassifizierung der fehlenden Risikoadäquanz nach Säule 2 als Notsituation aus. Aus einer qualitativen Bewertung dürfen keine harten Konsequenzen abgeleitet werden.

6. Mittelbare Emission von sonstigem Kapital, insbesondere durch ein Special Purpose Vehicle (SPV)

Definition Special Purpose Vehicle (SPV)

Der Rundschreibenentwurf definiert den Begriff SPV als jede mittelbare Begebung von sonstigem Kapital unter Einschaltung eines Tochterunternehmens des anrechnenden Instituts (S. 13, 6. Absatz). Wie an gleicher Stelle ausgeführt, ist diese Definition deutlich weitergehend als das sonstige Verständnis eines 'Special Purpose Vehicles' (d. h. Zweckgesellschaft, die für einen klar definierten, eingegrenzten Zweck gegründet wird). Von der hier genutzten Begriffsdefinition wären auch jegliche operativen Bank-Tochtergesellschaften erfasst. Eine solche Begriffsbestimmung ist aus Sicht des ZKA zu weitgehend und scheint insoweit nicht akzeptabel, als die entsprechende Diskussion um die Anwendbarkeit des § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB, die zwischen dem ZKA und der Bankenaufsicht geführt wurde, bisher offiziell noch nicht abgeschlossen ist. In jedem Falle besteht für diese Verfahrensweise ein ausführlicherer Begründungsbedarf, der durch den bisherigen Inhalt des Rundschreibenentwurfs nicht befriedigt wird. Wir schlagen daher vor, vielmehr auf § 1 Absatz 26 KWG abzustellen.

On-Lending Agreement

Der Entwurf sieht vor, dass indirekt emittiertes sonstiges Kapital dem Kernkapital der Mutter nur zugerechnet werden darf, wenn das sonstige Kapital an die Mutter weitergeleitet wird (On-Lending Agreement, S. 13, letzter Absatz). Diese Regelung scheint nicht sinnvoll, da das deutsche Insolvenzrecht nur nach der Rangigkeit der Forderungen unterscheidet. Die Nicht-Weiterleitung eines Zahlungsstroms an die Mutter ändert nichts an der Rangigkeit des sonstigen Kapitals im Falle der Insolvenz. Wir schlagen daher vor, dass Rundschreiben zumindest so dahingehend zu ändern, dass die Anerkennung auf Ebene der Mutter erfolgt,

sobald das sonstige Kapital an eine Tochter weitergeleitet wurde, deren Hauptgeschäftstätigkeit nicht die Kapitalaufnahme darstellt, sondern die operativ tätig ist. Andernfalls würde die Akquisition einer Bankgruppe automatisch zum Verlust des sonstigen Kapitals führen, da die (alte) Muttergesellschaft der gekauften Gruppe den Status eines 'SPV' des neuen Konzerns erhalte. Durch das Nichtvorhandensein bei den bestehenden Verträgen zum sonstigen Kapital der aufgekauften Bankgruppe eines 'On-Lending Agreements' zur neuen Mutter würde das sonstige Kapital nicht auf Konzernebene anrechenbar sein, obwohl die Haftmasse unverändert vorhanden ist. Dies ist ökonomisch nicht sinnvoll.

Aussonderungsfähigkeit des sonstigen Kapitals (S. 14, 2. Absatz)

Uns ist nicht klar, was mit der Anforderung, dass „das sonstige Kapital aussonderungsfähig sein“ muss, gemeint ist. Wir bitten um eine entsprechende Klarstellung.

Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Anforderungen an das Kapital

In dem Entwurf wird ausgeführt: „Auf Gruppenebene angerechnetes mittelbar begebenes sonstiges Kapital muss alle Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit als Kernkapital erfüllen, so als sei es durch das Mutterinstitut selbst ausgegeben worden“ (S. 14, 2. Absatz). Wir bitten um ausdrückliche Klarstellung, dass mit „Mutterinstitut“ immer nur das dem SPV übergeordnete Institut gemeint ist.

Begriff der „grenzüberschreitenden rechtlichen Risiken“ (Seite 14, 5. Absatz)

Die Institute sind ausweislich des Rundschreibens dazu angehalten, grenzüberschreitende rechtliche Risiken zu minimieren. Die Begriffswahl ist unseres Erachtens zu unpräzise und sollte durch folgende an § 25a Abs. 2 S. 1 KWG angelehnte Formulierung ersetzt werden: „(...) eines SPV übermäßige zusätzliche rechtliche Risiken zu minimieren, die sich aus dem Sitz des SPV in einem Drittstaat ergeben könnten.“. Benachteiligungen von internationalen Institutsgruppen sollten jedenfalls vermieden werden.

Zugleich sollen die Institute der Bundesanstalt vor der Emission darstellen müssen, dass und wie sie solche rechtlichen Risiken begrenzt haben. Wir bitten diesbezüglich um Klarstellung, dass diese Anforderung nicht für Altmissionen gilt.

Ausschluss des Rechts, das Insolvenzverfahren über ein SPV zu beantragen (Seite 14, 6. Absatz)

Hierzu verweisen wir auf unsere Ausführungen unter III.3.a.cc. Der folgende Absatz ist hier präziser und sollte ausreichen. Wir schlagen daher die Streichung des Absatzes vor.

Begrenzung der Risiken eines SPV

Die Vorgabe der Anzahl der Beschäftigten (Seite 15, erster Absatz, lit. e) ist aus unserer Sicht ersatzlos zu streichen, zumal sich diese Vorgabe infolge der weiten SPV-Definition des Rundschreibens auch zum Beispiel auf gewöhnliche Banktöchter beziehen würde. Es dürfte schwierig bis ausgeschlossen sein, festzustellen, welche Anzahl von Beschäftigten einer solchen Banktochter für deren laufenden Geschäftsbetrieb benötigt wird. Auch ist uns ein Erfahrungssatz, wonach eine übermäßige Anzahl von Mitarbeitern die operativen Risiken erhöht, nicht bekannt. Es dürfte eher umgekehrt sein.

IV. Antragsverfahren bei vorzeitiger Rückzahlung

Da im Rahmen des Antragsverfahrens bei der BaFin sehr sensible Daten der Banken offengelegt werden, empfiehlt sich unseres Erachtens einleitend ein grundsätzlicher Hinweis darauf, dass es sich hierbei um vertrauliche Angaben der Institute handelt, die dem Geschäftsgeheimnis der Banken unterliegen und daher unter anderem nicht der Offenlegung von Informationen nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) unterliegen.

Sonstiges Kapital

Laut Rundschreiben-Entwurf bedarf „Die Rückzahlung (=Kündigung, Ausübung einer Call-Option und Rückkauf) von anderem und sonstigem Kapital ... der vorherigen Zustimmung der Bundesanstalt und kann frühestens nach Ablauf von fünf Jahren seit Einzahlung erfolgen“ (S. 15, 3. Absatz). Für das sonstige Kapital findet sich in den Leitlinien des Ausschusses der europäischen Bankenaufsichter (CEBS GL/CP 27) jedoch für den Rückkauf („Buy-Backs“) unter Rn.71 Buchstabe c die Möglichkeit, dass bereits vor dem Ablauf von fünf Jahren sonstige Kapitalinstrumente durch das emittierende Institut zurückgekauft werden können, wenn sie zuvor durch qualitativ gleichwertiges oder besseres Kapital ersetzt worden sind. Zur Sicherstellung einer international einheitlichen Behandlung von sonstigem Kapital und zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, plädieren wir dafür, dass sich das Rundschreiben bzgl. des Rückkaufs von sonstigem Kapital auch in diesem Punkt eng an den Anforderungen des CP 27 orientiert.

Auch die CEBS-Leitlinien zu harten Kernkapitalinstrumenten (CP 33) nennen eine solche Regelung zum Rückkauf. Nach unserem Dafürhalten sollte daher auch ein Rückkauf von anderem Kapital vor Ablauf von fünf Jahren seit Einzahlung zulässig sein, sofern es durch zumindest gleichwertiges Kapital ersetzt wurde.

1. Allgemeine Voraussetzungen

a) Antrag

Die Rückzahlung von anderem und sonstigem Kapital ist antragspflichtig. Der Emittent muss den Antrag bei der Bundesanstalt stellen. Wir schlagen vor, die Formulierung dahingehend anzupassen, dass der Emittent oder das übergeordnete Institut antragsberechtigt ist. Insbesondere für mittelbare und gegebenenfalls grenzüberschreitende Transaktionen scheint es zweckdienlich, wahlweise auch dem übergeordneten Institut des Emittenten ein solches Antragsrecht einzuräumen.

Zudem bitten wir um Klarstellung, dass die Zuständigkeit bei von im Ausland begebenem anderem oder sonstigem Kapital (direkt oder indirekt), bei der Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung zur Rückzahlung bei der jeweiligen Aufsicht des Heimatlandes liegt.

Darüber hinaus sind wir der Ansicht, dass bei einem Austausch von anderem oder sonstigem Kapital durch Kapital gleicher oder besserer Qualität kein förmliches Antragsverfahren erforderlich sein sollte, sondern eine nicht zustimmungspflichtige Anzeige gegenüber der Bundesanstalt ausreichend sein sollte.

b) Zeitpunkt des Antrags

Aus dem Rundschreibenentwurf geht hervor, dass „zwischen der Antragsstellung und dem Datum der Rückzahlung ein ausreichend lang bemessener Zeitraum für die Entscheidung der Bundesanstalt über den Antrag gewährleistet sein muss“ (S. 15, 5. Absatz). Dem stimmen wir zu. Um für die Institute ein ausreichendes Maß an Verlässlichkeit zu gewährleisten, regen wir an, dass seitens der Bundesanstalt ein maximales Zeitfenster zur Prüfung der Rückzahlung festgelegt wird. Ein maximaler Prüfungshorizont ist insbesondere von Bedeutung, da die Bundesanstalt verlangen kann, dass das Kapital durch gleich- oder höherwertiges Kapital ersetzt wird. Die Kapitalersetzung müsste dann spätestens zeitgleich mit der Rückzahlung erfolgen. Die Neuemission derartiger Kapitalinstrumente erfordert einen nicht zu unterschätzenden zeitlichen Vorlauf und mithin eine gewisse Planbarkeit hinsichtlich eines möglichen Rückzahlungs- bzw. Emissionstermins. Wir halten einen Monat als ausreichend lang bemessen für die behördliche Entscheidung über den Antrag.

c) Informationsgrundlage

In Tz. 66 der CEBS-Leitlinien für hybride Kapitalbestandteile wird geregelt, dass die nationalen Aufsichtsbehörden von der Beibringung umfangreicher Informationen zur vorzeitigen Rückzahlung absehen können, sofern das zur Rückzahlung vorgesehene Kapital bereits durch zumindest gleichwertiges Kapital ersetzt wurde. Eine solche Erleichterung findet sich nicht im Entwurf des Rundschreibens. Wir plädieren insoweit dafür, die für die Institute vorgesehene Erleichterung auch in die deutschen Verwaltungsvorschriften zu übernehmen, sollte unserer Forderung nach einem Verzicht auf ein förmliches Antragsverfahren nicht entsprochen werden.

Wir gehen davon aus, dass es sich bei den in Doppelbuchstabe dd) verlangten Stresstests über die Hauptrisiken mit Darstellung von möglichen Verlusten unter verschiedenen Szenarien um die nach MaRisk durchzuführenden periodischen Stresstests handelt. Es sollte daher klargestellt werden, dass für den Antrag keine eigenen Stresstests erforderlich sind, sondern Stresstests herangezogen werden können, die bereits nach MaRisk durchgeführt werden.

2. Besondere Voraussetzungen

a) Marktpflegemaßnahmen

aa) Bei Kernkapitalinstrumenten nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1 bis 6 und 8 KWG Abziehender Betrag

„Der für die Marktpflege maximal zulässige Betrag ist bis zur Anzeige der dauerhaften Beendigung der Marktpflege bei der entsprechenden Position abzuziehen“ (S. 16, vorletzter Absatz). Diese Anforderung ist unseres Erachtens nicht nachvollziehbar, ökonomisch nicht zu rechtfertigen und findet sich so auch nicht in den CEBS-Regelungen wieder. Die Marktpflege steht allein im Ermessen des Instituts. Zudem erwartet der Markt von Marktpflegemaßnahmen nur eine Glättung von Kursen, nicht aber, dass der Emittent die Papiere dauerhaft zurücknimmt. Es ist deshalb völlig ausreichend, nur den aktuellen Marktpflegebetrag vom Eigenkapital abzuziehen (wie bei bb). Wir sind daher der Ansicht, dass gemäß aktuell erfolgreich geübter Verwaltungspraxis nur der jeweils für die Marktpflege tatsächlich angefallene Betrag bei der entsprechenden Position abgezogen werden sollte.

Für das andere Kapital, für das keine gesetzlichen Vorschriften zur Marktpflege bestehen, sollte der zulässige Umfang von Marktpflegemaßnahmen aufsichtlich klar definiert werden und sich an der Regelung für das sonstige Kapital orientieren.

Zustimmungspflicht

Wir lehnen eine generelle Zustimmungspflicht für Marktpflegemaßnahmen bezogen auf das unbegrenzt anrechenbare Kernkapital nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 1 bis 6 und 8 KWG ab. Dies stellt eine nicht durch die CEBS-Leitlinien gedeckte Verschärfung für Marktpflegemaßnahmen für eigene Aktien dar, für die derzeit nur die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist.

bb) Bei sonstigem Kapital nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 10 KWG

Für den Rückkauf von sonstigem Kapital im Rahmen der Marktpflege besteht „(...) keine Zustimmungspflicht, jedoch muss der Rückerwerb gegenüber der Bundesanstalt angezeigt werden“ (S. 17, 1. Absatz). Die Anzeige einer möglicherweise täglich vorgenommenen Marktpflege (Kauf als auch Verkauf) von sonstigen Kapitalemissionen ist praxisfern und führt zu einem nicht zu rechtfertigenden Verwaltungsaufwand in Bank und öffentlicher Verwaltung. Vergleichbar zur aktuellen Praxis bei Tier-2-Bestandteilen (§ 10 Abs. 5 S. 7 bzw. Abs. 5a S. 7 KWG) schlagen wir daher eine einmalige Anzeige der Marktpflegeabsicht für eine Kapitalklasse (z.B. sonstiges Kapital) vor.

b) Verfahren bei der Kündigung von Genossenschaftsanteilen

Mit der Ausnahmeregelung, die auf die entsprechenden Vorgaben von CEBS zurückgeht, ist für die Kreditgenossenschaften lediglich eine Erleichterung im Bereich der Antragstellung verbunden. Hinsichtlich des unter IV.1 geschilderten Verfahrens, insbesondere mit Blick auf die Informationsgrundlage, führt dies jedoch zu keiner Erleichterung. Angesichts des Umstandes, dass bei Kreditgenossenschaften die Kündigung der Geschäftsguthaben der Regelfall sein wird, führt die jetzige Regelung dazu, dass praktisch jede Kreditgenossenschaft jedes Jahr das komplette Verfahren mit allen seinen hochbürokratischen Auswirkungen durchführen müsste. Dies erscheint mit Blick auf die in Rede stehenden Volumina und die daraus resultierende Bedeutung für das regulatorische Eigenkapital in keiner Weise angemessen. Hier bedarf es dringend eines verschlankten Verfahrens.