

B. Wirtschaftliches und normatives Umfeld

Die vorstehend skizzierte Vielzahl an Parametern zeigt vordergründig, wie breit der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Einführung einer Abgabe auf Unternehmen aus dem Bereich der Finanzwirtschaft ist. Dieser Spielraum wird allerdings durch eine Reihe ökonomischer Sachgesetzmäßigkeiten und verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen eingeschränkt. Die Detailanalyse der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen (unten Rdnr. 136 ff. und Rdnr. 312 ff.) setzt zunächst eine Klärung des wirtschaftlichen und normativen Umfelds voraus, in dem die mit der Abgabe belegten Unternehmen agieren: Denn nur so lassen sich die Anforderungen konkretisieren, die an den Zuschnitt der mit der Abgabe belasteten Gruppe, die Ausgestaltung der Bemessungsgrundlage und an die Verhältnismäßigkeitsprüfungen zu stellen sind. **47**

Eine Reihe makro- und mikroökonomischer Charakteristika ist dabei allen Unternehmen der Finanzdienstleistungsbranche gemeinsam (nachfolgend Rdnr. 49 ff.). Daneben sind zahlreiche Besonderheiten des Bankensektors (unten Rdnr. 63 ff.), der Versicherungswirtschaft (unten Rdnr. 94 ff.) und der sonstigen Finanzdienstleistungsunternehmen (unten Rdnr. 132 ff.) zu berücksichtigen. **48**

I. Grundlagen

Im Gegensatz zur Realwirtschaft, die Allokationsentscheidungen in qualitativer Hinsicht umfasst, steht der Begriff der Finanzwirtschaft im Zusammenhang mit der zeitlichen Komponente der Güterallokation. Der Finanzmarkt zielt auf die optimale Bewältigung der Problematik der intertemporalen Allokation von Ressourcen. Seine Aufgabe besteht darin, die durch Konsumverzicht heute zur Verfügung gestellten Gelder auf die Beschaffung von Realkapital zu verteilen und ebenfalls eine Aufteilungsentscheidung über die damit erzielbaren Erträge zu treffen.¹⁹ **49**

Besondere Relevanz für die Kapitalallokation innerhalb dieses gesamtwirtschaftlichen Finanzierungskreislaufs haben diejenigen Finanzmarktteilnehmer, die als Intermediäre zwischen dem Anlagewunsch der auf Konsum verzichtenden Akteure und den Nachfragern von Kapital agieren. Auf Grund von Transaktionskosten und Informationsasymmetrien engagieren sich private Haushalte und sonstige Anbieter liquider Mittel nicht primär direkt an den Kapitalmärkten. Vielmehr nutzen sie zur **50**

¹⁹ Spemann/Gantenbein, Kapitalmärkte, 2005, S. 9.

Geldanlage überwiegend die Dienste finanzieller Mittler, die bei den genannten Marktunvollkommenheiten Kapitalangebot und -nachfrage effektiver und kostengünstiger zusammenführen können als es die Anleger selber vermocht hätten. Als Kapitalsammelstellen verbessern diese finanziellen Intermediäre durch Losgrößen-, Fristen- und Risikotransformation grundsätzlich die Kapital- und Risikoallokation. Oft wird auch erst durch sie die intertemporale Allokation von Kapital möglich. Damit stärken sie in einer erweiterten Perspektive die Effizienz der Volkswirtschaft.

1. Begriff der Systemrelevanz

- 51** Gerade wegen dieser Bedeutung des Finanzmarktes für den Realmarkt sind diese Akteure für die Volkswirtschaft als Ganzes in vielen Fällen von unverzichtbarer Bedeutung. Als „*too big to fail*“ oder „systemrelevant“ werden dabei vorläufig diejenigen Akteure bezeichnet, die eine derart wichtige Rolle spielen, dass ihr Ausscheiden aus dem Markt durch Insolvenz nicht hingenommen werden kann, weil sie für das Funktionieren des Finanzmarktes unabdingbar sind und ihre Insolvenz die Stabilität des gesamten Finanzsystems bedrohen würde.²⁰ Angesichts der Sonderrolle des Finanzsektors für die Kapitalbeschaffung in der Realwirtschaft kann diese Insolvenz zusätzlich zu massiven Verwerfungen in der Realökonomie führen. In der Vergangenheit sind Insolvenzen von Finanzdienstleistungsunternehmen daher vielfach mittels staatlicher Unterstützung (sog. „*Bail-outs*“) abgewendet worden.
- 52** Schwierigkeiten bereitet aber die präzise Bestimmung einzelner Marktakteure als systemrelevant. Derzeit bestehen aber in den Wirtschaftswissenschaften in allgemeiner Hinsicht keine akzeptierten und quantifizierbaren Kriterien, ab wann ein Finanzmarktteilnehmer eine derart wichtige Rolle spielt, dass seine Insolvenz zur Abwendung von Gefahren für den Finanz- und Realgütermarkt nicht hingenommen werden kann. Es können daher hier nur einige allgemeine Anhaltspunkte zur genaueren Bestimmung systemrelevanter Intermediäre gegeben werden. Die endgültige Einordnung einzelner Marktakteure als systemrelevant bleibt einer Einzelfallbetrachtung vorbehalten.
- 53** Zur Bestimmung der Systemrelevanz allein auf den Begriff der wirtschaftlich quantifizierbaren Größe abzustellen, kann allerdings ohne die Berücksichtigung weiterer Einflussfaktoren zu kurz greifen. So ist nicht allein die Größe eines Finanzmarktteilnehmers ausschlaggebend, sondern etwa auch die Realisierung seiner Risikoaffinität. Die Insolvenz eines Instituts kann ohne große Verwerfungen verlaufen, etwa wenn eine risikoarme Geschäftsstrategie verfolgt wurde.²¹ In diesem Fall

²⁰ Vgl. auch *Marcus Günther*, Systemrelevanz von Finanzinstituten, WM 2010, 825 ff.

²¹ Centrum für Europäische Politik, Die „*too big to fail*“-Problematik und die Europäische Finanzmarktregulierung (02/2010), S. 4 (Internet: http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurz-Analysen/EU-Finanzmarktregulierung/CEP-Studie_too_big_to_fail.pdf, 01.04.2010).

steht den Gläubigern und damit dem Finanzmarkt als solches eine ausreichend große Haftungsmasse zur Verfügung. Die Auswirkungen auf das Funktionieren des Marktes selbst halten sich in einem nicht stabilitätsgefährdenden Ausmaß.

Zur Bestimmung der Systemrelevanz muss deshalb neben der Größe auch die Vernetzung des Marktteilnehmers berücksichtigt werden. So kann die Insolvenz eines kleinen Instituts, das aber sehr stark mit anderen Finanzmarktakteuren vernetzt ist, auch letztere in die Insolvenz treiben.²² Die infolge der Vernetzung mit dem insolventen Marktakteur hervorgerufene Illiquidität der anderen Intermediäre schränkt die allgemeine Verfügbarkeit von Mitteln auf dem Finanzmarkt ein, dem damit das für sein reibungsloses Funktionieren erforderliche Kapital entzogen wird. Gleichzeitig kann im Rahmen einer kollektiven Koordination eine erhöhte Vernetzung auch einen gegenteiligen Effekt haben. So ist es möglich, dass notleidenden Marktteilnehmern von den durch die Vernetzung ebenfalls gefährdeten anderen Akteuren Liquidität zur Verfügung gestellt wird.²³ Das Risiko der einzelnen Marktteilnehmer wird im Rahmen der Vernetzung sozialisiert.²⁴ Erst wenn diese Hilfeleistung zu einer übermäßigen Belastung der anderen Marktteilnehmer führt oder sie ganz ausbleibt, kann es zu negativen Folgen für den Gesamtmarkt kommen.

Eine solche Vernetzung wird darüber hinaus angenommen, wo sich indirekte Auswirkungen in Form des Wegfalls der vom insolventen Institut erbrachten, für das Funktionieren des Marktes relevanten Dienstleistungen ergäben. Für die verbleibenden Intermediäre können wichtige Teile der Zahlungsverkehrs- sowie Clearing- und Abrechnungssysteme wegfallen.

Unter Berücksichtigung dieser Dienstleistungsvernetzung ergibt sich ein drittes Kriterium, das zur Bestimmung der Systemrelevanz herangezogen werden kann: Gradmesser für die Bedeutung des einzelnen Unternehmen für das Funktionieren des Gesamtmarktes ist auch das Ausmaß, in dem es für die Dienstleistungen eines Unternehmens Alternativen am Markt gibt. Sind alternative Anbieter für die nachgefragten Finanzdienstleistungen vorhanden, so ist die Wahrscheinlichkeit für ein Zusammenbrechen des Marktes aufgrund der Ausweichmöglichkeiten geringer. Verfügt das Unternehmen aber etwa über ein natürliches Monopol oder befindet sich der Markt in einem Angebotsoligopol, so kann der einzelne Anbieter durch-

²² Centrum für Europäische Politik, Die „too big to fail“-Problematik und die Europäische Finanzmarktregulierung (02/2010), S. 4 (Internet: http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurz-Analysen/EU-Finanzmarktregulierung/CEP-Studie_too_big_to_fail.pdf, 01.04.2010).

²³ Yaron Leitner, Financial networks: Contagion, commitment, and private sector bailouts, *Journal of Finance* 60 (2005), S. 2925 (2946 f.).

²⁴ Zu der damit verbundenen „Moral Hazard“-Problematik und deren Auswirkungen, die bis zu einem Marktversagen führen können, vgl. Franke/Hax, *Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt*, 6. Aufl. 2009, S. 458 f.

aus als systemrelevant eingestuft werden.²⁵ Die gleichen stabilisierenden Auswirkungen auf den Gesamtmarkt hat neben dem Vorhandensein alternativer Anbieter der gleichen Dienstleistung auch die Möglichkeit der Nachfrager, auf andere, substitutive Dienstleistungen auszuweichen. Wenn der wirtschaftliche Zweck der aus dem Markt fallenden Dienstleistungen zumindest in ähnlicher Weise durch Leistungen anderer Intermediäre erfüllt werden kann, wirkt das Wegfallen einzelner Anbieter nicht destabilisierend auf Finanz- und Realmarkt. In ähnlicher Weise wirken auch Einlagensicherungseinrichtungen, die im Falle eines Zusammenbruchs die bisher an den Intermediär erbrachten Leistungen des Kapitalanbieters absichern. Sie stellen in dieser Hinsicht einen Ersatz für die von dem insolventen Akteur nicht mehr zu erbringenden Leistungen dar und federn daneben auch den durch Informationsdefizite begünstigten Effekt eines „bank run“ ab.²⁶

- 57 Diese Ansatzpunkte zur Bestimmung der Systemrelevanz eines einzelnen Instituts erfordern damit zunächst eine Betrachtung der allgemeinen wirtschaftlichen Bedeutung der Marktteilnehmer und deren Verflechtungen untereinander. Erforderlich ist weiter eine Analyse der vorhandenen staatlichen und privaten Sicherungssysteme, die mit ihrer abfedernden Wirkung auf den Markt eine Rettung bestimmter Institute trotz grundsätzlich bestehender Systemrelevanz nicht notwendig macht.

2. Systemrelevante Gruppen

- 58 Institutionell kommen als systemrelevant vor allem drei Gruppen von Finanzmarktakteuren in Frage. Aufgaben als Intermediäre zwischen Kapitalangebot und -nachfrage übernehmen vor allem die Banken und die Versicherungen (dazu Rdnr. 63 ff. bzw. Rdnr. 94 ff.). Während die Banken Einlagen entgegennehmen und mit diesen grundsätzlich in vollem Umfang am Finanzmarkt tätig werden ausgehen, zeichnet sich bei den Versicherungen ein uneinheitlicheres Bild. Unterschiedliche Stellungen am Finanzmarkt übernehmen die Lebensversicherungen und teilweise die Krankenversicherungen auf der einen Seite und die Sach- und Unfallversicherungen als wichtigste Vertreter der übrigen Versicherungen auf der anderen Seite.

- 59 **Lebens- und Krankenversicherungen** ist die zeitliche Allokation von Kapital im Sinne einer Kapitalbindung zum einzelnen Versicherungsvertrag immanent. Sie sammeln Prämien und Beiträge ihrer Kunden, legen diese zu großen Teilen in Form von Finanzkapital an und zahlen erst später Leistungen aus. In Bezug auf die

²⁵ Centrum für Europäische Politik, Die „too big to fail“-Problematik und die Europäische Finanzmarktregulierung (02/2010), S. 4 (Internet: http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurz-Analysen/EU-Finanzmarktregulierung/CEP-Studie_too_big_to_fail.pdf, 01.04.2010).

²⁶ Für die Interaktion von Sicherungssystemen und „Bank runs“ siehe *Yehning Chen*, „Banking panics: The role of the first-come, first-served rule and information externalities“, *Journal of Political Economy* 107 (1999), S. 946 ff.

Rückstellungen aus dem einzelnen Vertrag stellt sich ihre Situation in Bezug auf die intertemporale Allokation von Kapital demnach ähnlich der von Banken dar.

Die bei den Lebens- und Krankenversicherungen nur bedingt bedeutsame Sozialisierung von Risiken und damit die direkte Auszahlung der eingenommenen Prämien der Versichertengemeinschaft an einzelne Versicherungsnehmer nimmt jedoch bei den **Schadensversicherungen** eine weit wichtigere Stellung ein. Diese Versicherungsparte kann nur in Höhe der versicherungstechnischen Rückstellungen am Finanzmarkt teilnehmen. Die Leistungen dieser Versicherer werden aus den aktuellen Prämien bestritten. Risikorückstellungen für den einzelnen Vertrag werden nicht oder nur in geringem Umfang gebildet; eine Äquivalenz von Beiträgen und Leistungen in Bezug auf den einzelnen Versicherungsnehmer ist systematisch nicht vorgegeben. Die Bedeutung dieser Art von Versicherungen für das Finanzsystem als Ganzes kann damit schon aufgrund der betragsmäßigen Größe als geringer eingestuft werden.²⁷ **60**

Somit ist schon an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass innerhalb der Versicherungswirtschaft deutlich zwischen der Schadensversicherung und kapitalbildenden Versicherungen, vorrangig also der Lebensversicherung, zu unterscheiden sein wird. Eine partielle funktionale Entsprechung kann allenfalls – und auch dort (wie zu zeigen sein wird: siehe unten Rdnrn. 213 ff.) nur mit Abstrichen – zwischen der kapitalbildenden Lebensversicherung und der Bankwirtschaft festgestellt werden. **61**

Neben diesen beiden Anlegergruppen finden sich jedoch auch weitere Akteure (dazu Rdnr. 132 ff.), zu denen in erster Linie die Kapitalanlagegesellschaften und die von ihnen aufgelegten Investmentfonds zu zählen sind. **62**

II. Bankensektor

Als wichtigster Intermediär auf dem Finanzmarkt ist das Bankensystem zu nennen, das sich in Deutschland traditionell in drei Säulen gliedert. Als Bankdienstleister werden die öffentlich-rechtlichen Institute (insbesondere Sparkassen), die Genossenschaftsbanken und die Privatbanken tätig. Diese primär aufgrund der rechtlichen Organisationsform getroffene Unterscheidung setzt sich sowohl in der Betrachtung der Systemrelevanz (dazu Rdnr. 64 ff.) als auch in der der Sicherungssysteme (dazu Rdnr. 69 ff.) fort. **63**

1. Wirtschaftliche Bedeutung und Systemrelevanz

Wichtige Hinweise zur Bestimmung der Systemrelevanz bietet die Einschätzung des die Bankenaufsicht regelnden Gesetzgebers. Als systemrelevante Institute **64**

²⁷ Vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Dezember 2004, S. 34 f.

werden in Art. 6 Abs. 3 Aufsichtsrichtlinie der Deutschen Bundesbank²⁸ diejenigen Institute definiert, deren Bestandsgefährdung aufgrund ihrer Größe, der Intensität ihrer Interbankenbeziehungen und ihrer engen Verflechtung mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte.

- 65** Die drei Zweige des deutschen Bankensystems unterscheiden sich vor allem in der Anzahl der umfassten Institute. So sind neben den privaten Bankinstituten auch solche auf öffentlich-rechtlicher und genossenschaftlicher Basis zu finden. Das private deutsche Bankensystem besteht aus 283 Kreditbanken, von denen 105 als Zweigstellen ausländischer Banken geführt werden. Die öffentlichen Institute gliedern sich in zehn Landesbanken und 438 Sparkassen. Die von der Anzahl der Institute her größte Gruppe stellen die genossenschaftlichen Banken mit 1199 dar, denen zwei genossenschaftliche Zentralbanken übergeordnet sind. Auf dem Markt sind weiterhin 15 private und zehn öffentliche Bausparkassen vertreten.²⁹
- 66** Gemessen an der Bilanzsumme in Höhe von 7,4 Billionen Euro stellen die Banken die mit Abstand wichtigste Gruppe der finanziellen Mittler dar.³⁰ Die Einlagen inländischer Unternehmen und Privatpersonen bei Banken belaufen sich insgesamt auf 2,617 Billionen Euro. Davon umfassen die Termineinlagen mit einer Befristung von über einem Jahr 26 %. Die Sichteinlagen liegen bei 31 %. Das Gesamtvolumen der Spareinlagen beträgt 544 Milliarden Euro. Davon entfällt mit 280 Milliarden Euro der größte Teil auf die Sparkassen und Landesbanken, während 150 Milliarden Euro bei den genossenschaftlichen Banken angelegt sind. Die Spareinlagen bei den übrigen Kreditinstituten belaufen sich auf 114 Milliarden Euro. Bei den Anlegergruppen dominieren die inländischen Privatpersonen mit einem prozentualen Anteil von 96 % an der Gesamtanlagesumme. Von inländischen Unternehmen stammen nur 0,7 %.³¹
- 67** Auf der Kreditseite sind insgesamt 1,332 Billionen Euro an Unternehmen und Selbständige vergeben worden. 1,011 Billionen Euro gingen an Privatpersonen. Der Anteil der langfristigen Kredite lag bei den Unternehmenskrediten bei 66 %, bei den Privatpersonen bei 90 %.³² Die Summe der grundpfandrechlich gesicherten Kredite belief sich auf 1,157 Billionen Euro. Davon entfielen 21 % auf die Kreditbanken, 35 % auf die Landesbanken und Sparkassen, 19 % auf die genossenschaftlichen Institute und 7 % auf Bausparkassen.

²⁸ Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank vom 21.02.2008.

²⁹ Zahlen für das Jahr 2008 aus Statistisches Jahrbuch 2009, S. 448.

³⁰ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht März 2010, S. 20.

³¹ Statistisches Jahrbuch 2009, S. 449.

³² Statistisches Jahrbuch 2009, S. 450.

An festverzinslichen Wertpapieren inländischer Emittenten wurden 1,337 Billionen Euro brutto abgesetzt. Davon entfielen 72 % auf Bankschuldverschreibungen, 7 % auf Industrieobligationen und 21 % auf Anleihen der öffentlichen Hand. Bei Berücksichtigung der Tilgung lag der Nettoabsatz bei 122 Milliarden. Insgesamt lag der Umlauf festverzinslicher Wertpapiere am Jahresende bei 3,250 Billionen Euro.³³ In Bezug auf Aktien ergab sich ein Bruttoabsatz von 8 Milliarden Euro und ein Umlauf am Jahresende von 139 Milliarden.³⁴ 68

2. Sicherungs- und Rettungssysteme im geltenden Recht

Die vorhandenen Sicherungs- und Rettungssysteme lassen sich nach den Adressaten ihrer Maßnahmen gliedern.³⁵ Zu nennen sind zunächst rein präventive Maßnahmen der Bankenaufsicht und der Eigenkapitalbeschränkungen (Rdnr. 70 ff.). Im Krisenfall kommt v.a. den Einlagensicherungssystemen zentrale Bedeutung zu; sie sichern die Kunden der Kreditinstitute ab (Rdnr. 79 ff.). Daneben können im Rahmen der sog. Institutssicherung die Banken und die übrigen Kreditinstitute selber Berechtigte des Sicherungssystems sein (Rdnr. 89 ff.). 69

a) Bankenaufsicht und Eigenkapitalbeschränkungen

Die Hauptziele der Bankenaufsicht finden sich in § 6 KWG. Sie bestehen darin, Missständen im Kreditwesen entgegenzuwirken, welche die Sicherheit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft nach sich ziehen können. Die Bankenaufsicht dient mithin dem Schutz der Institutsgläubiger als Gruppe, nicht primär einem Individualschutz; umfasst sind auch der Schutz des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft und der Schutz der Gesamtwirtschaft vor negativen Auswirkungen aus dem Bankenbereich. 70

Institutionell obliegt die Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzmarktaufsicht (BaFin).³⁶ Zu den Gegenständen der operativen Aufsicht zählen vor allem die Eigenkapitalvorschriften. 71

Die Vorschriften für die Anforderungen aus der informellen „Basel II“-Vereinbarung als einem weltweiten Standard für die Eigenkapitalausstattung von Banken beziehen sich grundsätzlich auf international tätige Banken, wurden jedoch seitens 72

³³ Statistisches Jahrbuch 2009, S. 453.

³⁴ Statistisches Jahrbuch 2009, S. 453.

³⁵ Vgl. insgesamt *Röhl*, Finanzmarktaufsicht, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 18 Rdnr. 18 ff.; *Grabau/Hundt*, Die Sicherheit von Bankguthaben bei Zahlungsunfähigkeit inländischer Kreditinstitute, DZWIR 2003, 275 ff.

³⁶ Zu deren institutioneller Stellung wiederum *Röhl*, Finanzmarktaufsicht (Fn. 35), Rdnr. 91 ff.

der Europäischen Gemeinschaft (nunmehr Europäische Union) auch auf national tätige Banken ausgedehnt. Die diesbezüglichen Richtlinien der Gemeinschaft 2006/48/EG³⁷ und 2006/49/EG³⁸ wurden in Deutschland durch das Kreditwesengesetz, die Solvabilitätsverordnung und die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) umgesetzt.³⁹

- 73 Die Maßnahmen zur Sicherstellung einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung der Banken und deren Risikokontrolle gliedern sich in drei Säulen. So werden materielle Mindesteigenkapitalanforderungen durch einen formellen Überprüfungsprozess durch die Aufsichtsbehörde begleitet. Die dritte Säule bilden die Offenlegungspflichten.
- 74 Die Mindesteigenkapitalanforderung findet sich in § 10 KWG. Grundsätzlich sind die Institute danach verpflichtet, im Interesse der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern angemessene Eigenmittel vorzuhalten. Die bankaufsichtlichen Eigenmittelvorschriften richten sich auf die Fähigkeit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte, um damit die Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern erfüllen zu können.⁴⁰ Die Angemessenheit der Eigenkapitalausstattung ist aufgrund der Ermächtigung in §§ 10 Abs. 1 Satz 9 und 11 KWG durch die Solvabilitätsverordnung⁴¹ (SolvV) geregelt. Die Bestimmung der angemessenen Eigenmittel hängt nach § 1 Abs. 1 SolvV wesentlich von den Risiken ab, die die jeweilige Bank eingegangen ist.
- 75 Dabei werden Kreditrisiko, Marktpreisrisiko und operatives Risiko betrachtet. Beim **Kreditrisiko** handelt es sich um die Wahrscheinlichkeit, dass ein Vertragspartner aus finanziellen oder sonstigen Gründen nicht vertragskonform handelt oder ausfällt. Das **Marktrisiko** bündelt u.a. Zinsänderungs-, Währungs- und Aktienkursänderungsrisiken. Unter dem **operativen Risiko** versteht man die Gefahr von Verlusten, die infolge der Unangemessenheit oder des Versagens von internen Prozessen, Menschen und Systemen oder von externen Ereignissen eintreten.⁴²
- 76 Im Rahmen des bankaufsichtlichen Überprüfungsprozesses überwacht die BaFin zudem auch diejenigen Risiken, die nicht nach der § 10 Abs. 1 Satz 1 KWG i.V.m.

³⁷ Richtlinie v. 14.06.2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. Nr. L 177, 1.

³⁸ Richtlinie v. 14.06.2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. Nr. L 177, 201.

³⁹ Näher *Röhl*, Finanzmarktaufsicht (Fn. 35), Rdnr. 112.

⁴⁰ *Boos*, in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, 3. Aufl. 2008, § 10 KWG Rdnr. 12.

⁴¹ Verordnung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen v. 14.12.2006, BGBl. I 2006, 2926, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO v. 23.12.2009, BGBl. I 2009, 3971.

⁴² Für die Quantifizierung dieser Risikoparameter siehe *Schulte-Mattler*, in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, 3. Aufl. 2008, § 2 SolvV Rdnr. 2 ff.

der SolvV mit Eigenmitteln zu unterlegen sind. So sind die Banken verpflichtet, einen geeigneten Prozess zur Bewertung der Kapitaladäquanz in Relation zum Risikoprofil und eine Strategie zum Erhalt des Kapitallevels anzuwenden, dessen Einhaltung durch die BaFin überwacht wird. Gleichzeitig wird verlangt, dass die Banken oberhalb der gemäß Säule I geforderten Mindestkapitalhöhe operieren. Die konkrete Umsetzung erfolgte in den MaRisk.

Im Bereich der dritten Säule müssen die Institute nach § 26a Abs. 1 Satz 1 KWG regelmäßig qualitative und quantitative Informationen über ihr Eigenkapital, die eingegangenen Risiken und ihre Risikomanagementverfahren, einschließlich der nach § 10 Abs. 1 Satz 2 KWG verwandten internen Modelle, der Kreditrisikominde- 77 rungstechniken und der Verbriefungstransaktionen veröffentlichen.

Die Investitionsseite der Banken ist grundsätzlich durch die Möglichkeit freien Wirtschaftens geprägt. Das KWG kennt kein grundsätzliches Verbot des Betriebs bankfremder Geschäfte. Lediglich in § 3 KWG wird ein enger Kreis verbotener Geschäfte definiert. Diese betreffen in erster Linie nicht das Anlageverhalten der Banken im Verhältnis zu Dritten, sondern das Verhältnis zu ihren Anlegern.⁴³ So ist der Betrieb des Einlagengeschäftes verboten, wenn der Kreis der Einleger über- 78 wiegend aus Betriebsangehörigen des Unternehmens besteht oder wenn der überwiegende Teil der Geldgeber einen Rechtsanspruch darauf hat, dass ihnen aus diesen Geldbeträgen Darlehen gewährt oder Gegenstände auf Kredit verschafft werden. Auch ist der Betrieb des Kreditgeschäftes oder des Einlagengeschäftes verboten, wenn es ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, über den Kreditbetrag oder die Einlagen durch Barabhebung zu verfügen.

b) *Einlagensicherung*

Für die Sicherungs- und Rettungssysteme, denen die deutschen Banken angehören, sind neben der Institutssicherung als solcher auch die Einlagensicherungssysteme in den Blick zu nehmen. Diese bilden einen wesentlichen Beitrag zur Vertrauensbildung in die Solvenz der einzelnen Bank und führen damit zu niedrigen Kapitalkosten, die ein wesentliches Element für die Sicherung eines funktionie- 79 renden Finanzmarktes darstellen.

Das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG) sieht in § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 jeweils getrennte Entschädigungseinrichtungen für die beiden Institutgruppen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 EAEG vor. Somit haben die privat- 80 rechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Institute jeweils getrennte Entschädigungseinrichtungen. Darüber hinausgehend existieren sowohl für den privatrechtlichen Sektor als auch für die öffentlichen Banken freiwillige Sicherungssysteme. Neben diesem zweistufigen Entschädigungsschema existiert ein zweites System, das nicht auf Ebene der Anleger greift, sondern indirekt über die betroffenen Insti-

⁴³ Schäfer, in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 3. Aufl. 2008, § 2 KWG Rdnr. 1.

tute zu deren Sicherung beiträgt. So werden gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 EAEG Institute keiner Entschädigungseinrichtung zugeordnet, wenn sie einer institutssichernden Einrichtung angehören.

- 81** Mit dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz sind die Richtlinie 94/19/EG⁴⁴ des Europäischen Parlaments und des Rates und die Richtlinie 97/9/EG⁴⁵ umgesetzt worden. Hiermit ist ein europaweit einheitliches System für die Entschädigung von Einlegern und Anlegern geschaffen worden.
- 82** Die gesetzliche Einlagensicherung ist für Einlagen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EAEG in absoluter Höhe auf 50.000 Euro begrenzt. Für Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften findet sich in § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EAEG eine Begrenzung in relativer und absoluter Höhe. So sind 90 % solcher Verbindlichkeiten bis zu einem Gegenwert von 20.000 Euro abgesichert. Der maximale Entschädigungsanspruch eines Gläubigers liegt demnach bei 70.000 Euro. Der Entschädigungsanspruch ist nach § 4 Abs. 1 Satz 2 EAEG ausgeschlossen, soweit die Einlagen nicht auf die Währung eines EU-Mitgliedsstaates oder auf Euro lauten. Institutionell gliedert sich die Einlagensicherung in die Einrichtung privater Banken und die der öffentlichen Banken. Inhaberschuldverschreibungen, sog. Kapitalbriefe, Wechsel und Aktien der insolventen Bank unterliegen nicht der Einlagensicherung. Jedoch besteht die Möglichkeit, sich hieraus ergebende Ansprüche gegen die Bank beim Insolvenzverwalter zur Insolvenztabelle anzumelden.⁴⁶ Das Entschädigungsverfahren der gesetzlichen Einlagensicherung und die Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren stehen unabhängig nebeneinander.⁴⁷
- 83** Die Entschädigungseinrichtung deutscher Banken (EdB) in der Rechtsform einer GmbH stellt das Sicherungssystem der Einlagenkreditinstitute privaten Rechts dar. Die hierfür erforderlichen Mittel werden durch Beiträge der zugeordneten Institute aufgebracht. Sie bilden ein unselbständiges Sondervermögen des Bundes, das von der EdB verwaltet wird. Die EdB nimmt als beliebene Unternehmerin eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahr. Sie unterliegt der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

⁴⁴ Richtlinie über Einlagensicherungssysteme v. 30.05.1994, ABl. L 135, 5, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2009/14/EG v. 13.03.2009, ABl. L 68, 3; zu der Richtlinie etwa *Weber*, Das neue Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, Die Bank 1998, S. 470 ff.; *Weber*, Einlagensicherung und Anlegerentschädigung in Deutschland, Kreditwesen 2008, S. 560 f.; *Pehla*, Die Institutssicherung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, Kreditwesen 2006, S. 298 ff.

⁴⁵ Richtlinie über Systeme für die Entschädigung der Anleger v. 03.03.1997, ABl. Nr. L 84, 22.

⁴⁶ *Grabau/Hundt*, Die Sicherheit von Bankguthaben bei Zahlungsunfähigkeit inländischer Kreditinstitute, DZWIR 2003, 275.

⁴⁷ *Kübler*, Too big to fail? – Der lange Weg zur Bankinsolvenz, Kreditwesen 2009, S. 228 (229).

Der Beitrag zur EdB beträgt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 EdBBeitrV⁴⁸ 0,016 % der Bilanzposition „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“, mindestens jedoch 15.000 Euro pro Jahr. Bei der Bemessungsgrundlage des Beitrages bleiben nach § 1 Abs. 1 Satz 2 EdBBeitrV insbesondere Verbindlichkeiten gegenüber Kapitalanlagegesellschaften und gegenüber Investmentaktiengesellschaften außer Betracht. Ebenfalls nicht einbezogen sind Verbindlichkeiten gegenüber privaten und öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen und gegenüber dem Bund, einem Land, einem rechtlich unselbständigen Sondervermögen des Bundes sowie Verbindlichkeiten gegenüber Unternehmen, die mit dem Institut einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bilden. Ferner gibt es gemäß § 1 Abs. 2 EdBBeitrV statt der Bemessung nach den Verbindlichkeiten die Möglichkeit, 1,1 % des potentiellen Umfangs der Entschädigungsansprüche nach § 4 EAEG zu leisten. **84**

Für die öffentlich-rechtlichen Institute wird die gesetzliche Einlagensicherung durch die Entschädigungseinrichtung des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands GmbH wahrgenommen. Für sie gelten ebenfalls die Vorgaben des EAEG, so dass auf die Ausführungen zum Entschädigungssystem der privaten Banken verwiesen werden kann. Derzeit sind dieser Einrichtung 21 öffentlich-rechtliche Banken zugeordnet.⁴⁹ **85**

Im Rahmen der freiwilligen Anschlussdeckung gibt es ebenfalls eine Zweiteilung in privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Institute. So finden sich hier der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken e.V. und der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e.V. Ein Rechtsanspruch auf die Leistungen der freiwilligen Einlagensicherung besteht in beiden Systemen nicht.⁵⁰ **86**

Der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken e.V. sichert nach § 6 Nr. 1 seines Statuts⁵¹ im wesentlichen Sicht-, Termin- und Spareinlagen sowie auf den Namen lautende Sparbriefe von Privaten, Unternehmen und öffentlichen Stellen ab. Inhaberpapiere wie Inhaberschuldverschreibungen und Inhaber-Einlagenzertifikate zählen dagegen nach § 6 Abs. 2 des Statuts nicht zu den vom Einlagensicherungsfonds geschützten Bankverbindlichkeiten. Die Sicherungsgrenze beträgt 30 % des haftenden Eigenkapitals im Sinne des § 10 Abs. 2 KWG. **87**

⁴⁸ Verordnung des Bundesministeriums der Finanzen über die Beiträge zur Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH v. 10.07.1999, BGBl. I, 1999, 1540 in der Fassung der Zweiten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Beiträge zur Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH v. 17.08.2009, BGBl. I, 2009, 2879.

⁴⁹ Stand 20.09.2010, vgl. http://www.voeb.de/ueber_uns/einlagensicherung_neu.

⁵⁰ Siehe § 6 Nr. 10 Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken e.V. (Stand Juni 2009) und § 13 Satzung für den Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e.V. (Stand Mai 2007).

⁵¹ Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken e.V. (Stand Juni 2009).

Die mitwirkenden Institute sind nach § 5 des Statuts zur Entrichtung einer Jahresumlage verpflichtet. Deren Höhe beträgt grundsätzlich 0,6 % der Bilanzposition „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“. Bei der Umlageberechnung bleiben ähnlich wie bei der gesetzlichen Einlagensicherung bestimmte Verbindlichkeiten unberücksichtigt.⁵² Eine unbegrenzte Nachschusspflicht wie bei den gesetzlichen Entschädigungseinrichtungen besteht nicht.⁵³ Der Fonds wird von mehr als 180 Banken getragen.⁵⁴

- 88** Der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e.V. ist vor allem im Außenverhältnis seinem privatrechtlichen Pendant in weiten Teilen vergleichbar. Zur Finanzierung ist gemäß § 8 Abs. 1 der Satzung⁵⁵ ein Gesamtvolumen des Fonds vorgesehen, das 0,1 % der gesicherten Einlagen aller Mitglieder entspricht. Dazu hat jedes angeschlossene Institut gemäß § 10 Abs. 2 der Satzung einen Jahresbeitrag in Höhe von 0,005 % der Summe der bei dem Institut gesicherten Einlagen zu leisten. Darüber hinaus besteht eine Nachschusspflicht für den Fall, dass das Fondsvermögen im Sicherungsfall nicht ausreichend ist. Diese Nachschusspflicht ist jedoch gemäß § 10 Abs. 5 Satz 2 der Satzung auf den auf das einzelne Mitglied entfallenden Teil des Gesamtvolumens des Fonds beschränkt. D.h., dass die Nachschusspflicht maximal 0,1 % der gesicherten Einlagen des jeweiligen Instituts betragen kann, wobei alle bereits geleisteten Beiträge berücksichtigt werden. Derzeit sind dreizehn Institute dem Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e.V. angeschlossen.⁵⁶

c) Institutssicherung

- 89** Nach § 12 Abs. 1 EAEG sind Institute, die einer Sicherungseinrichtung angehören, die die Institute selbst sichern, von der Verpflichtung einer Einlagensicherung befreit. Neben dem System der Anlegerentschädigung ist somit auch ein System der indirekten Absicherung der Verbindlichkeiten durch die Sicherung der Solvenz des bedrohten Instituts möglich. Die Institutssicherung wird aber ausweislich der Gesetzesbegründung nicht als Mittel angesehen, den Gefahren und Schäden einer allgemeinen wirtschaftlichen Krise zu begegnen,⁵⁷ sondern dient primär der indirekten Absicherung der Anleger. Notwendigerweise umfasst diese Aufgabe aber auch die allgemeine Krisenbewältigung als Zwischenziel.⁵⁸ Unter diese Ausnahme von der sonst verbindlichen gesetzlichen Einlagensicherung fallen das Sparkas-

⁵² Siehe oben Rdnr. 84.

⁵³ Pannen, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten, 3. Aufl. 2010, Kap. 4 Rdnr. 31.

⁵⁴ Stand 20.09.2010, vgl. www.bankenverband.de/einlagensicherung.

⁵⁵ Satzung für den Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e.V. (Stand Mai 2007).

⁵⁶ Stand 20.09.2010, vgl. http://www.voeb.de/de/ueber_uns/einlagensicherung_neu.

⁵⁷ BT-Drs. V/3500, 139.

⁵⁸ Siehe auch unten Rdnr. 106.

sensystem und die genossenschaftlichen Banken. Gemeinsam ist beiden Systemen die risikoorientierte Beitragsbemessung.⁵⁹ Dabei finden die Grundsätze der SolvV Anwendung.

Bei den Sparkassen, Landesbanken und Landesbausparkassen besteht ein System von Sicherungseinrichtungen.⁶⁰ Dieser Haftungsverband umfasst elf regionalen Stützungsfonds der Sparkassen- und Giroverbände, die Sicherungsreserve der Landesbanken und den Sicherungsfonds der Landesbausparkassen. Finanziert werden die einzelnen Fonds durch Umlagen der Mitgliedssparkassen. Zwischen den einzelnen regionalen Stützungsfonds ist ein überregionaler Ausgleich möglich.⁶¹ Die anderen Fonds müssen damit einspringen, wenn die Mittel eines regionalen Stützungsfonds nicht ausreichen. Als Stützungsmaßnahmen kommen nach § 12 Mustersatzung⁶² die Eigenkapitalzufuhr, die Übernahme von Garantien oder Bürgschaften, Übernahme verzinslicher Schuldversprechen und die Erfüllung von Ansprüchen Dritter gegen das notleidende Institut in Frage. Die Beiträge zum Sparkassenstützungsfonds werden gemäß § 15 der Mustersatzung nach dem Risiko der Mitgliedssparkassen differenziert.

Schließlich hält der Deutsche Sparkassen- und Giroverband eine Sicherungsreserve für die Einlagen von Nichtbanken bei den Landesbanken und Girozentralen. Die Mittel der Sicherungsreserve bringen die Landesbanken und Girozentralen ebenfalls durch eine jährliche Umlage auf. Verknüpft sind die regionalen Stützungsfonds der Sparkassen und die Sicherungsreserve der Landesbanken durch einen Haftungsverbund.⁶³ Danach kann für Stützungsfälle auf Mittel aller drei Sicherungssysteme zurückgegriffen werden.

Für die genossenschaftlichen Banken besteht die Sicherungseinrichtung des Bundesverbands der Deutschen Volks- und Raiffeisenbanken e.V., der gemäß § 3 Abs. 1 des Statuts⁶⁴ alle Einlageninstitute angeschlossen sind, die Mitglieder des

⁵⁹ § 15 Mustersatzung für die Sparkassenstützungsfonds sowie Satzung für die Sicherungsreserve der Landesbanken und Satzung für den Sicherungsfonds der Landesbausparkassen i.V.m. den Grundsätzen für die risikoorientierte Beitragsbemessung der Sparkassen-Finanzgruppe; § 4 Abs. 1a Statut der Sicherungseinrichtung des Bundesverbands deutscher Volks- und Raiffeisenbanken i.V.m. Ziff. 2 a bis 2 c der Verfahrensregeln.

⁶⁰ Vgl. im Einzelnen *Rümker*, in Schimansky/Bunte/Lwoski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 124 Rdnr. 93 ff.

⁶¹ Vgl. § 12 der Mustersatzung für die Sparkassenstützungsfonds der Regionalverbände (Stand 01.12.2004).

⁶² Mustersatzung für die Sparkassenstützungsfonds der Regionalverbände (Stand 01.12.2004).

⁶³ Vgl. Satzung für den Haftungsverbund zwischen den Sparkassenstützungsfonds und der Sicherungsreserve der Landesbanken und Girozentralen sowie dem Sicherungsfonds der Landesbausparkassen (Stand 01.12.2005).

⁶⁴ Statut der Sicherungseinrichtung des Bundesverbands der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V. (Stand 01.01.2010).

Bundesverbands sind. Wesentliche Elemente dieser Institutssicherung sind der Garantiefonds und der Garantieverbund. Für letzteren haben die Mitgliedsbanken gemäß § 5 des Statuts Garantieerklärungen gegenüber dem Bundesverband abzugeben. Zu Lasten des Garantieverbundes werden nach § 17 Abs. 3 des Statuts als Bilanzierungshilfen Garantien und Bürgschaften übernommen. Der Garantiefonds speist sich aus Jahresbeiträgen der Banken, die gemäß § 4 Abs. 1 lit. a des Statuts 0,5 % der Summe der Kredite betragen. Das daraus gebildete Volumen dient der Deckung von Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen sowie Zuschüssen, Darlehen und Beteiligungen an Instituten zur Rekapitalisierung.⁶⁵ Die Sicherungseinrichtung des Bundesverbands der Deutschen Volks- und Raiffeisenbanken e.V. ist aber nicht allein auf Maßnahmen der Institutssicherung beschränkt. Gemäß § 1 Abs. 3 lit. a des Statuts werden ausdrücklich neben der Institutssicherung auch die Einlagen der Kunden und Schuldverschreibungen im Besitz der Kunden geschützt.⁶⁶ Das Institutssicherungssystem des Bundesverbands deutscher Volks- und Raiffeisenbanken konnte 2005 auf eine Summe von 532 Milliarden Euro zurückgreifen.⁶⁷

- 93 § 12 Abs. 1 EAEG ist aber nicht zu entnehmen, ob die Institutssicherung verbindlich auszugestalten ist. Damit wird die Frage, ob eine objektive Rechtspflicht zur Unterstützung oder ein entsprechender subjektiver Anspruch bestehen muss, durch das nationale Recht nicht entschieden.⁶⁸ Art. 3 Abs. 1 Satz 3 der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie⁶⁹ setzt jedoch für die Möglichkeit der Institutssicherung voraus, dass den Anlegern dadurch ein zumindest gleichwertiger Schutz geboten wird. Ähnliche Anforderungen stellt Art. 2 Abs. 1 Satz 3 der Anlegerentschädigungsrichtlinie.⁷⁰ Der mittelbare Schutz erfordert damit eine verbindliche Ausgestaltung des Institutssicherungssystems oder zumindest bei Nichteingreifen der mittelbaren Sicherung einen Direktanspruch der Gläubiger gegen die Sicherungssysteme.⁷¹ In ihrer derzeitigen Ausgestaltung sehen weder die Sicherungseinrichtungen der Sparkassen-Finanzgruppe noch die des Bundesverbands der deutschen Volks- und Raiffeisenbanken ein verbindliches Institutssicherungssystem vor.⁷² Die

⁶⁵ Vgl. § 17 Abs. 2 des Statuts.

⁶⁶ Vgl. weiterführend *Pannen* (Fn. 53), Kap. 4 Rdnr. 120.

⁶⁷ Europäische Kommission, Investigating the efficiency of EU Deposit Guarantee Schemes, 2008, S. 13 (http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/guarantee/deposit/report_en.pdf, 01.04.2010).

⁶⁸ *Pehla*, Die Institutssicherung nach dem Einlagensicherungs- und Entschädigungsgesetz, Kreditwesen 2006, S. 298 (299).

⁶⁹ Siehe oben Fn. 45.

⁷⁰ Siehe oben Fn. 44.

⁷¹ *Pehla* (Fn. 68), S. 299 f.

⁷² Siehe § 20 Mustersatzung für die Sparkassenunterstützungsfonds; § 22 Satzung für die Sicherungsreserve der Landesbanken; § 21 Satzung für den Sicherungsfonds der Landesbausparkassen; § 27 Statut der Sicherungseinrichtungen des Bundesverbands deutscher

Entscheidung über die Stützung eines einzelnen Mitglieds ist in das Ermessen der jeweiligen Entscheidungsgremien gestellt.⁷³ Den Satzungen der Sicherungseinrichtungen kann jedoch ein ersatzweiser Anspruch der An- und Einleger im Fall der Verweigerung institutssichernder Maßnahmen entnommen werden.⁷⁴ Die fehlende Verbindlichkeit der Institutssicherung vermeidet die *Moral-Hazard*-Problematik. Die einzelnen Institute können nicht schlicht auf die Sicherungssysteme vertrauen, so dass eine Steigerung des Risikoverhaltens bis zu einer missbräuchlichen Ausnutzung der Sicherung nicht zu befürchten ist.⁷⁵ Gleichzeitig wird durch den subsidiären Anspruch der An- und Einleger gegen die Sicherungseinrichtungen selbst das Vertrauen der Gläubiger in das einzelne Institut aufrecht erhalten.

III. Versicherungssektor

Die zentrale Aufgabe des privaten Versicherungssektors besteht darin, individuelle Risiken abzusichern.⁷⁶ Dazu gehören verschiedene Arten von Schadensrisiken insbesondere in Form der Schaden- und Unfallversicherungsunternehmen, aber auch das Gesundheits- sowie das Todesfall- und Langlebkeitsrisiko. Über die kapitalbildenden Lebens- und Rentenversicherungen werden mit dem Risikoelement kapitalbildende Maßnahmen verbunden.

94

1. Wirtschaftliche Bedeutung und Systemrelevanz⁷⁷

a) Risikostruktur

Wichtigste Säule des Geschäftsmodells von Versicherungsunternehmen ist das Risikogeschäft, bei dem ein Transfer von Schadenverteilungen stattfindet. Die Kalkulation der Prämien für den Risikotransfer in der Schadenversicherung erfolgt auf Basis erwarteter Schadenanzahlen und erwarteter Schadenhöhen. Das

95

Volks- und Raiffeisenbanken. Das Fehlen eines solchen Anspruchs lässt die Einrichtungen nicht unter den Versicherungsbegriff des Versicherungssteuergesetzes fallen; vgl. § 2 Abs. 2 VersStG.

⁷³ § 12 Abs. 1 S. 1 Mustersatzung für die Sparkassenunterstützungsfonds; § 12 Abs. 1 S. 1 Satzung für die Sicherungsreserve der Landesbanken; § 12 Abs. 1 S. 1 Satzung für den Sicherungsfonds der Landesbausparkassen; § 17 Abs. 5 S. 1, 18 Abs. 4 S. 1 Statut der Sicherungseinrichtungen des Bundesverbands deutscher Volks- und Raiffeisenbanken.

⁷⁴ Vgl. § 2 S. 3 bis 5 Mustersatzung für die Sparkassenstützungsfonds sowie Satzung für die Sicherungsreserve der Landesbanken und Satzung für den Sicherungsfonds der Landesbausparkassen; § 1 Abs. 3 Statut der Sicherungseinrichtung des Bundesverbands deutscher Volks- und Raiffeisenbanken i.V.m. Ziff. 1 der Verfahrensregeln.

⁷⁵ Pehla (Fn. 68), S. 300.

⁷⁶ Deutsche Bundesbank, Der Versicherungssektor als Finanzintermediär, Monatsbericht 2004, S. 31 (32).

⁷⁷ Zur Systemrelevanz von Versicherungsunternehmen differenziert *The Geneva Association*, Systemic Risk in Insurance, 2010.

versicherungstechnische Risiko besteht in negativen Abweichungen der tatsächlichen Schadenzahlungen von der Risikoprämie inklusive Sicherheitszuschlag. Die Abweichungen resultieren zum einen aus Zufallseinflüssen zum anderen aus Unsicherheiten bei der Schätzung der relevanten Verteilungsparameter anhand historischer Zeitreihen und deren Fortschreibung in die Zukunft. In der Versicherungswirtschaft stellt die abgegebene Rückversicherung ein bewährtes Instrument der Risikoteilung dar. Der Einsatz verschiedener Formen der Rückversicherung dient zur Reduktion der versicherungstechnischen Risiken. Durch diese Reduktion kann die Relation von vorhandenen Eigenmitteln zu Kapitalbedarf verbessert werden. Gleichzeitig entsteht ein glättender Effekt hinsichtlich wirtschaftlicher Ergebnisse im Zeitablauf aufgrund der Senkung der Volatilität der versicherungstechnischen Ergebnisse.

- 96 Im Geschäftsmodell von Versicherungsunternehmen können zusätzlich Spar- und Entsparprozesse untrennbar mit dem Risikogeschäft verknüpft sein. Beispielsweise enthalten die Prämien in der Lebensversicherung oftmals neben Risikoanteilen auch Sparanteile, die zu verzinsen sind. Wesentliches Kennzeichen in der Lebensversicherung ist die Langfristigkeit der Verträge. Für die reine Schadensversicherung gilt freilich anderes.
- 97 Aus den beschriebenen Risiko- und Spargeschäften der Versicherungsunternehmen leitet sich ein Kapitalanlagebedarf ab. Dieser entsteht aufgrund der zeitlichen Verzögerung von Prämien- und Schadenzahlungen und der Notwendigkeit, die versicherungstechnischen Verpflichtungen jederzeit erfüllen zu können.

b) Bedeutung als Finanzintermediäre⁷⁸

- 98 Der private Versicherungssektor weist – gemessen an seinem aggregierten Anlagebestand von 1,2 Billionen Euro – eine wesentlich geringere Bedeutung für den Finanzmarkt auf als der Bankensektor. Die zur Deckung der übernommenen Risiken gebildeten Rückstellungen, die sich aus den Beiträgen und Zinsgutschriften der Versicherten speisen, erreichten ein Volumen von gut einer Billion Euro beziehungsweise gut 80 % der gesamten Bilanzsumme.⁷⁹ 2007 waren in Deutschland 102 Lebensversicherungsunternehmen zugelassen. Deren Bruttobeiträge beliefen sich auf 74 Milliarden Euro. Demgegenüber vereinnahmten die 81 Krankenversicherungsunternehmen 29 Milliarden Euro. Die größte Gruppe stellen die 509 Schaden- und Unfallversicherungsunternehmen mit Beiträgen von 60 Milliarden Euro. Die 41 Rückversicherer vereinnahmten Beiträge von 40 Milliarden Euro.⁸⁰

⁷⁸ Allgemein zur Funktion der Versicherungswirtschaft als Finanzintermediär *Deutsche Bundesbank*, Der Versicherungssektor als Finanzintermediär, Monatsbericht Dezember 2004, S. 31 ff.

⁷⁹ Statistik der BaFin 207 – Erstversicherungsunternehmen, S. 12.

⁸⁰ Statistisches Jahrbuch 2009, S. 457.

- Insgesamt liegt die Summe der Kapitalanlagen der deutschen Versicherer sowie Pensions- und Sterbekassen bei 1.295 Milliarden Euro. Von diesen Anlagen entfielen 2 % auf Grundstücke, 5 % auf grundpfandrechtlich gesicherte Kredite, 22 % auf Anteile an Sondervermögen und Investmentgesellschaften, 20 % auf Schuldverschreibungen von Kreditinstituten, 9 % auf börsennotierte Schuldverschreibungen, 10 % auf nichtnotierte Gesellschaftsanteile und 17 % auf Anlagen bei Kreditinstituten.⁸¹ Den größten Anteil an diesen Kapitalanlagen haben die Lebensversicherungsunternehmen, gefolgt von den Kranken- sowie Schaden- und Unfallversicherungsunternehmen. **99**
- Die Kapitalanlagen der Lebensversicherungsunternehmen beliefen sich 2008 auf 686 Milliarden Euro. Von diesen Anlagen entfielen 2 % auf Grundstücke, 8 % auf grundpfandrechtlich gesicherte Kredite, 24 % auf Anteile an Sondervermögen und Investmentgesellschaften, 23 % auf Schuldverschreibungen von Kreditinstituten, 7 % auf börsennotierte Schuldverschreibungen, 3 % auf nichtnotierte Gesellschaftsanteile und 17 % auf Anlagen bei Kreditinstituten.⁸² **100**
- Die Krankenversicherungsunternehmen hielten Kapitalanlagen in Höhe von 151 Milliarden Euro. Von diesen entfielen 1 % auf Grundstücke, 2 % auf grundpfandrechtlich gesicherte Kredite, 19 % auf Anteile an Sondervermögen und Investmentgesellschaften, 29 % auf Schuldverschreibungen von Kreditinstituten, 5 % auf börsennotierte Schuldverschreibungen, 2 % auf nichtnotierte Gesellschaftsanteile und 27 % auf Anlagen bei Kreditinstituten. **101**
- Bei den Schaden- und Unfallversicherungsunternehmen teilen sich die Gesamtanlagen von 136 Milliarden Euro mit 3 % in Grundstücke, 1 % in grundpfandrechtlich gesicherte Kredite, 30 % in Anteile an Sondervermögen und Investmentgesellschaften, 15 % in Schuldverschreibungen von Kreditinstituten, 8 % in börsennotierte Schuldverschreibungen, 11 % in nichtnotierte Gesellschaftsanteile und 19 % in Anlagen bei Kreditinstituten auf.⁸³ **102**
- Die Rückversicherungsunternehmen hielten Kapitalanlagen von insgesamt 216 Milliarden Euro. Von diesen entfielen 1 % auf Grundstücke, 10 % auf Anteile an Sondervermögen und Investmentgesellschaften, 1 % auf Schuldverschreibungen von Kreditinstituten, 20 % auf börsennotierte Schuldverschreibungen, 48 % auf nichtnotierte Gesellschaftsanteile und 4 % auf Anlagen bei Kreditinstituten. Der Anteil von grundpfandrechtlich gesicherten Krediten fällt statistisch nicht ins Gewicht.⁸⁴ **103**

⁸¹ Statistisches Jahrbuch 2009, S. 457.

⁸² Statistisches Jahrbuch 2009, S. 457.

⁸³ Statistisches Jahrbuch 2009, S. 457.

⁸⁴ Statistisches Jahrbuch 2009, S. 457.

2. Sicherungs- und Rettungssysteme im geltenden Recht

- 104** Die Sicherungs- und Rettungssysteme im deutschen Versicherungswesen gliedern sich im Wesentlichen in einem präventiven Bereich (dazu Rdnr. 105 ff.), der die Aufsicht und gewisse Anlagebeschränkungen umfasst sowie in den Bereich der auf aktuelle Krisensituationen reagierenden Systeme auf gesetzlicher und freiwilliger Basis (dazu Rdnr. 117 ff. und Rdnr. 123).

a) Versicherungsaufsicht und Anlagebeschränkungen

- 105** Die Aufsicht und die Anlagebeschränkungen für Versicherungen regeln sich nach dem VAG. Der persönliche Anwendungsbereich umfasst gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG Unternehmen, die außerhalb des Sozialversicherungssystems den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand haben.
- 106** Ziel der Versicherungsaufsicht ist es ausweislich etwa des § 81 Abs. 1 Satz 2 VAG primär, den Versicherungsnehmer davor zu schützen, dass im Versicherungsfall der Versicherer das Versicherungsverprechen nicht einlösen kann. Daneben hat der Staat aber auch ein volkswirtschaftliches und soziales Interesse an der Erhaltung eines soliden, leistungsfähigen Versicherungswesens.⁸⁵ Dieser Zweck wird als Reflexwirkung einer Aufsicht zugunsten der Versicherten notwendigerweise mitverwirklicht. Der Schutz von Versicherungsunternehmen oder des Finanzmarktes entspringt daher aus dem Hauptzweck als notwendiges Zwischenziel im Wege einer Reflexwirkung.⁸⁶
- 107** Institutionell obliegt die Versicherungsaufsicht für Versicherungsunternehmen, die im Geltungsbereich des VAG Privatversicherungen betreiben und ihren Sitz in Deutschland haben, der BaFin oder den Länderaufsichtsbehörden. Versicherungsunternehmen mit Sitz in einem anderen EU-Staat oder einem Vertragsstaat des EWR, die im Wege des Dienstleistungsverkehrs Geschäfte in Deutschland betreiben, unterliegen primär der Aufsicht durch ihren Herkunftsstaat. Die BaFin schreitet in Absprache mit der ausländischen Aufsichtsbehörde aber ein, wenn sie Verstöße gegen allgemeine deutsche Rechtsgrundsätze feststellt. Zur Erreichung ihrer Zielsetzungen beschränkt sie sich nicht auf die retrospektive Kontrolle, ob die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen für die Führung des Geschäfts eingehalten worden sind, sondern sie wirkt durch eine qualitative Kontrolle aktiv auf das Geschäft der Versicherer ein.⁸⁷ Die Versicherungsaufsicht überwacht Unternehmen, denen sie die Erlaubnis erteilt hat, laufend.

⁸⁵ Begründung des Regierungsentwurfs zum VAG v. Mai 1901 in Motive zum Versicherungsaufsichtsgesetz, herausgegeben vom BAV (1963), S. 24.

⁸⁶ *Fahr/Kaulbach/Bähr*, VAG, 4. Aufl. 2007, Vorb. § 1 VAG Rdnr. 8 ff.; *Prölss*, VAG, 12. Aufl., München 2005, Vorb. Rdnr. 56 ff.; *Winter*, Versicherungsaufsichtsrecht, 2007, S. 51 ff.

⁸⁷ *Müller*, Versicherungsbinnenmarkt, 1995, Rdnr. 355.

Insbesondere muss die Eigenmittelausstattung (Solvabilität) des Versicherungsunternehmens nach § 53c Abs. 1 Satz 1 VAG ausreichend sein. Versicherungsunternehmen sind danach verpflichtet, zur Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der Verträge stets über freie, unbelastete Eigenmittel mindestens in Höhe einer gewissen Solvabilitätsspanne zu verfügen, die sich nach dem gesamten Geschäftsumfang bemisst.⁸⁸ Andernfalls hat der Versicherer der Aufsicht einen Solvabilitäts- oder Finanzierungsplan i.S.d. § 81b Abs. 1 Satz 1 VAG vorzulegen. **108**

Die Entwicklung auf Ebene der Europäischen Union geht jedoch zu einer strengeren Risikoüberwachung. Im Rahmen der noch nicht in nationales Recht umgesetzten Solvency II-Richtlinie⁸⁹ wird das aus der Bankenregulierung bekannte Modell der drei Säulen für den Versicherungssektor modifiziert. Die erste Säule der Art. 87 ff. der Richtlinie umfasst quantitative Vorschriften über die Höhe der Kapitalausstattung in Form einer formalen Mindestanforderung und einer unter Risikogesichtspunkten anzustrebenden Zielkapitalausstattung. Unterschiedliche Tätigkeitsfelder werden hinsichtlich ihrer Risikoexposition bewertet und begründen einen spezifischen Kapitalbedarf. Den daraus abgeleiteten gesamtunternehmensbezogenen Kapitalanforderungen werden dann die anrechenbaren Eigenmittel gegenübergestellt. Für die Ermittlung des sog. Zielkapitals ist grundsätzlich ein von der Aufsichtsbehörde vorgegebener Standardansatz anzuwenden. Die Ermittlung der Kapitalbedarfe und ihre Aggregation auf Unternehmensebene im Standardansatz erfolgt unter Berücksichtigung branchendurchschnittlicher historischer Parameter. Alternativ zu dieser Vorgehensweise können unternehmensindividuell entwickelte interne Modelle zur Berechnung von der Aufsichtsbehörde nach Art. 112 Abs. 1 der Richtlinie genehmigt werden. **109**

Die zweite Säule befasst sich mit qualitativen Anforderungen und Grundsätzen eines ordnungsgemäßen Risikomanagements, einer effektiven internen Kontrolle und deren aufsichtsrechtlicher Überprüfung. Gegenstand der dritten Säule ist die Offenlegung von Informationen gegenüber der Aufsichtsbehörde und gegenüber der Öffentlichkeit zur Förderung der Markttransparenz und der Marktdisziplin.⁹⁰ **110**

Besondere Bedeutung hat die Anlage der bei den Versicherungen eingelegten Beiträge. So enthält das VAG besondere Vorschriften über den Geschäftsbetrieb und die Geschäftsführung, die ebenfalls der laufenden Aufsicht unterliegen. Diese umfassen auch die Möglichkeiten, die eingenommenen Beiträge zu investieren. Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 VAG dürfen Versicherungsunternehmen neben Versicherungs- **111**

⁸⁸ Zur genauen Berechnung siehe die aufgrund von § 53c Abs. 2 VAG erlassene Verordnung über die Kapitalausstattung von Versicherungsunternehmen v. 13.12.1983, BGBl. I, 1451; zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes v. 29.07.2009, BGBl. I, 2305.

⁸⁹ Richtlinie 2009/138/EG v. 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvency II), ABl. L 335, 1.

⁹⁰ Vgl. näher *Schradin*, Betriebswirtschaftslehre der Versicherung (Versicherungsbetriebslehre), in: MÜKo VVG, Rdnr. 39 ff.

geschäften nur solche Geschäfte betreiben, die hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Die Durchführung typischer Bankgeschäfte in isolierter Form ist den Versicherungen damit nicht erlaubt. Insbesondere ist für Versicherungsunternehmen die Fremdkapitalfinanzierung in Form klassischer Kreditaufnahme nicht möglich.

- 112** Als Ausnahme davon dürfen Lebensversicherungsunternehmen nach Maßgabe des § 1 Abs. 4 Satz 1 VAG Kapitalisierungsgeschäfte betreiben. Obwohl Kapitalisierungsgeschäfte auch Bankgeschäfte darstellen können, werden sie Lebensversicherungsgeschäften gleichgestellt, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 Satz 2 VAG erfüllen. Zu dessen Voraussetzungen gehört, dass sämtliche einmalige oder wiederkehrende Prämien im Voraus nach Höhe und Dauer festzulegen sind. Gemäß Anlage A zum VAG ist das Angebot und die Durchführung von Kapitalisierungsgeschäften gegenüber der BaFin anzeigepflichtig.
- 113** Die gesamte Kapitalanlagetätigkeit einschließlich der Kapitalisierungsgeschäfte der unter das VAG fallenden Versicherer ist nach § 54 VAG in Bezug auf das Sicherungsvermögen und das sonstige gebundene Vermögen beschränkt. Mit Sicherungsvermögen wird nach § 66 VAG der Teil der Aktiva bezeichnet, der dazu dient, die Ansprüche der Versicherungsnehmer im Insolvenzfall zu sichern. Die versicherungstechnischen Rückstellungen sowie die Verbindlichkeiten und Rechnungsabgrenzungsposten, soweit sie aus Versicherungsverträgen stammen, bilden nach § 54 Abs. 5 VAG das gebundene Vermögen. Besondere Bedeutung bei den Möglichkeiten der Kapitalanlage hat dabei die nach § 54 Abs. 3 VAG erlassene Anlageverordnung (AnlV).⁹¹
- 114** Diese AnlV enthält für die Anlage des gebundenen Vermögens sowohl in qualitativer und quantitativer Hinsicht als auch mit Hinblick auf die personelle Konzentration auf einzelne Schuldner Beschränkungen. In qualitativer Hinsicht kann das gebundene Vermögen nach § 2 Abs. 1 AnlV nur in bestimmten Formen angelegt werden. Gemeinsam ist diesen Anlageformen, dass ihnen entweder ausreichend Sicherungsmittel gegenüberstehen oder dass sie an öffentlich-rechtliche Schuldner gehen. Nach §§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 2 Nr. 4 AnlV besteht für Anlagen in anderen Formen eine quantitative Beschränkung. Die unter diese Öffnungsklausel fallenden Anlagen sind auf jeweils 5 % des Sicherungsvermögens und des sonstigen gebundenen Vermögens beschränkt. Unter Wahrung der Belange der Versicherten kann diese Anlagegrenze mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde bis auf jeweils 10 % des Sicherungsvermögens und des sonstigen gebundenen Vermögens erhöht werden. Ferner gilt in personeller Hinsicht ein Streuungsgebot. Grundsätzlich dürfen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AnlV alle auf ein und denselben Schuldner entfallenden Anlagen 5 % des gebundenen Vermögens nicht übersteigen. Generell ausgeschlos-

⁹¹ Verordnung über die Anlage des gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen v. 20.12.2001, BGBl. I, 3913, zuletzt geändert durch Verordnung v. 21.12.2007, BGBl. I, 3278.

sen sind nach § 2 Abs. 4 AnlV u.a. direkte und indirekte Anlagen in Konsumenten- oder Betriebsmittelkredite, in immaterielle Werte oder in Forderungen aus nachrangigen Verbindlichkeiten.

In Bezug auf die Überwachung der einzelnen Anlagen schreibt die Anlageverordnung in § 1 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass die Einhaltung der allgemeinen und besonderen Anlagegrundsätze durch ein qualifiziertes Anlagemanagement, geeignete interne Kapitalanlagegrundsätze und Kontrollverfahren sowie eine strategische und taktische Anlagepolitik sicherzustellen sind. Hierzu gehören insbesondere die Beobachtung aller Risiken der Aktiv- und Passivseite der Bilanz und des Verhältnisses beider Seiten zueinander sowie eine Prüfung der Elastizität des Anlagebestandes gegenüber bestimmten Kapitalmarktszenarien und Investitionsbedingungen. **115**

In der Summe zeigen Existenz und Ausgestaltung dieses versicherungsspezifischen Aufsichtsrechts, dass sich die normative Vorprägung der Krisenprävention im Bereich des Versicherungsmarkts fundamental von der Vorprägung des Bankenmarkts und des Markts der Wertpapierdienstleistungen unterscheidet (zur verfassungsrechtlichen und verfassungsgerichtlichen Würdigung dieses Antagonismus siehe unten Rdnrn. 219 ff.). **116**

b) Sicherungssysteme auf gesetzlicher Grundlage

Ein gesetzliches System der Sicherung im Bereich der Versicherungswirtschaft besteht seit 2004.⁹² Eingebunden wurden die diesbezüglichen Regelungen in das Versicherungsaufsichtsgesetz. Nach § 124 Abs. 1 VAG sind Lebensversicherer und private Krankenversicherer verpflichtet, einem Sicherungsfonds anzugehören, der dem Schutz der Ansprüche ihrer Versicherungsnehmer, der versicherten Personen, Bezugsberechtigten und sonstiger aus dem Versicherungsvertrag begünstigter Personen dient. Für die Lebensversicherungsunternehmen nimmt die Protektor AG in staatlicher Beleihung diese Aufgabe wahr.⁹³ Auf der Seite der Krankenversicherungen wurde die Medicator AG beliehen.⁹⁴ **117**

Die Sicherung besteht in der Weiterführung der Versicherungsverträge im vollen vertraglich vereinbarten Umfang trotz der eingetretenen Insolvenzsituation des Versicherers. Durch Übertragungsakt der Aufsichtsbehörde geht gemäß § 125 Abs. 2 Hs. 1 VAG der gesamte Bestand der Versicherungsverträge mit den zur Bedeckung der Verbindlichkeiten aus diesen Verträgen erforderlichen Vermö- **118**

⁹² Vgl. Gesetz v. 15.12.2004, BGBl. I, 3416.

⁹³ Siehe § 127 Abs. 1 Satz 1 VAG i.V.m. der Verordnung über die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen eines Sicherungsfonds für die Lebensversicherung an die Protektor Lebensversicherungs-AG v. 11.05.2006, BGBl. I, 1170.

⁹⁴ Siehe § 127 Abs. 1 Satz 1 VAG i.V.m. Verordnung über die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen eines Sicherungsfonds für die Krankenversicherung an die Medicator AG v. 11.05.2006, BGBl. I, 1171.

gensgegenständen auf den zuständigen Sicherungsfonds über. Die Fortführung der Verträge erfolgt grundsätzlich nach den ursprünglich vereinbarten Konditionen, d.h. unter Übernahme und Zahlung aller vertraglich garantierten Leistungen. Eine einseitige Anpassung ist nur im Ausnahmefall möglich. Reichen die Mittel des Sicherungsfonds nicht aus, so kann die Aufsichtsbehörde nach § 125 Abs. 5 Satz 1 VAG die Verpflichtungen aus Lebensversicherungsverträgen um maximal 5 % herabsetzen. Die Aufsichtsbehörde kann gemäß § 125 Abs. 5 Satz 2 VAG außerdem Anordnungen treffen, um einen außergewöhnlichen Anstieg der Zahl vorzeitiger Vertragsbeendigungen zu verhindern. Der Sicherungsfonds kann nach erfolgreicher Sanierung gemäß § 125 Abs. 6 Satz 1 VAG den Versicherungsbestand ganz oder teilweise auf in Deutschland zum Versicherungsgeschäft zugelassene Unternehmen übertragen.

- 119** Der Sicherungsfonds der Lebensversicherer wird durch Umlagesystem seitens der Branche finanziert. Die Summe der kumulierten Jahresbeiträge aller dem Sicherungsfonds für die Lebensversicherer angehörenden Versicherungsunternehmen beträgt nach § 129 Abs. 5 Satz 2 VAG 0,2 % der Summe ihrer versicherungstechnischen Netto-Rückstellungen. Der individuelle Jahresbeitrag für Lebensversicherungsunternehmen bestimmt sich darüber hinaus aber auch nach der finanziellen Solidität des Unternehmens.⁹⁵ Im Bedarfsfall ist nach § 129 Abs. 5 Satz 5 VAG von jedem Unternehmen ein Sonderbeitrag zu zahlen, der höchstens 1 % der versicherungstechnischen Netto-Rückstellungen betragen darf. Hierbei ist anders als bei den Jahresbeiträgen keine Modifizierung vorgesehen. Dabei gelten die Beiträge der Versicherer nach § 129 Abs. 1 VAG als Anlage im Sinne der AnlV, so dass er bei der Verwaltung dieser Mittel den allgemeinen Anlagebeschränkungen für Versicherungsunternehmen unterliegt (siehe oben unter Rdnr. 105 ff.).
- 120** Bei dem Sicherungsfonds für die Krankenversicherung gibt es keine Vorfinanzierung. Der Fonds erhebt stattdessen gemäß § 129 Abs. 5a Satz 2 VAG nach der Übernahme der Verträge zur Erfüllung seiner Aufgaben Sonderbeiträge bis zur Höhe von maximal 2 % der Summe der versicherungstechnischen Netto-Rückstellungen.
- 121** In der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung existiert ein spartenspezifisches Insolvenzsicherungssystem, das sich anlassbezogen aus einer Umlage all jener Versicherungsunternehmen finanziert, die in Deutschland eine Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung betreiben. Im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des leistungspflichtigen Versicherers kann der Anspruchsberechtigte Ersatzansprüche auch gegenüber dem Entschädigungsfonds⁹⁶ geltend

⁹⁵ Vgl. insb. die Risikorangfolge des § 2 Abs. 5 Satz 1 der Verordnung über die Finanzierung des Sicherungsfonds für die Lebensversicherer v. 11.05.2006, BGBl. I, 1172, zuletzt geändert durch Art. 1 Erste ÄndVO vom 24.10.2006, BGBl. I, 2390.

⁹⁶ Der Entschädigungsfonds wurde durch § 1 der Verordnung über den Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen vom 14.12.1965 (BGBl. I, 2093) der Verkehrshilfe e.V. zugewiesen.

machen (§ 12 Abs. 1 Nr. 4 PflVG). Die Leistung des Entschädigungsfonds besteht mithin nicht in einer Vertragsfortführung, sondern in der Regulierung offener Ansprüche des Drittgeschädigten.

Für andere Versicherungsarten besteht keine gesetzliche Verpflichtung für die Teilnahme an einem Sicherungssystem.⁹⁷ 122

c) *Sicherungssysteme auf freiwilliger Basis*

Neben der Funktion als gesetzlicher Sicherungsfonds nimmt die Protektor AG auch Sicherungsfunktionen auf freiwilliger Basis wahr, dies allerdings nur nachrangig nach dem gesetzlichen Sicherungssystem.⁹⁸ Die Finanzierung dazu erfolgt anlassbezogen für die einzelne Sanierung.⁹⁹ Sie dient dem ergänzenden Schutz der Lebensversicherungsverträge für den Fall, dass die Mittel des gesetzlichen Sicherungsfonds bei einer zukünftigen Bestandsübertragung nicht zur Sanierung ausreichen. Besondere Bedeutung hat dabei die Unterstützung des Sicherungsfonds aus dem freien Vermögen der Protektor AG mit Finanzmitteln, insbesondere durch Darlehen oder Eigenmittel.¹⁰⁰ Gesellschafter der Protektor AG sind derzeit 92 Versicherungsunternehmen.¹⁰¹ 123

3. Der Fall AIG – auch in Deutschland denkbar?

Immer wieder ist die Frage gestellt worden, ob die Risiken, denen deutsche Versicherungsunternehmen unterliegen, mit der zumindest massiv krisenverschärfenden Bedeutung vergleichbar sind, die die *American International Group* (AIG) für die Finanzkrise in den USA hatte. 124

Die 1919 in Shanghai gegründete AIG gehörte vor 2008 zu den 20 größten Unternehmen der Welt und war der weltweit größte und am weitesten verzweigte Versicherer. Bis zum Spätsommer 2008 versicherte AIG Kreditgeschäfte im Wert von 562 Mrd. US-Dollar, ohne dass – Presseberichten zufolge – die leitenden Angestellten des Unternehmens die mit dem Einsatz derivativer („strukturierter“) Finanzierungsinstrumente verbundenen Risiken ausreichend erfasst hatten.¹⁰² Mit der Subprime-Krise in den USA kam es zur massenhaften Inanspruchnahme der AIG durch in- und ausländische Gläubiger. Sie beruhten v.a. auf Kreditausfallversiche- 125

⁹⁷ Lediglich die Pensionskassen können nach § 124 Abs. 2 Satz 1 VAG dem Sicherungsfonds freiwillig beitreten.

⁹⁸ Vgl. § 2 Nr. 3 Satz 3 der Satzung der Protektor Lebensversicherungs-AG, Stand 19.06.2008.

⁹⁹ *Präve*, Der Sicherungsfonds für die Lebensversicherung, VersR 2005, 1023 (1030).

¹⁰⁰ Vgl. § 2 Nr. 5 der Satzung der Protektor Lebensversicherungs-AG, Stand 19.06.2008.

¹⁰¹ Vgl. www.protektor-ag.de (20.09.2010).

¹⁰² Hierzu und zum Folgenden etwa Balzli u.a., Im Hauptquartier der Gier, in: DER SPIEGEL Heft 29/2009, S. 42 ff.; Kuls/Peitsmeier, Das Ende der Bewunderung, in: FAZ v. 28.02.2009, S. 14.

rungen für komplexe Anleihen (CDO), die zum Teil mit Hypotheken besichert waren.¹⁰³ AIG geriet dadurch mehrfach in die Nähe der Zahlungsunfähigkeit. Allein zwischen September 2008 und März 2009 haben die US-amerikanische Notenbank und die US-Regierung der AIG mehrere Liquiditätshilfen im Gesamtvolumen von rd. 200 Mrd. US-Dollar gewährt. Diese Interventionen wurden mit der Gefahr eines Kollaps des gesamten amerikanischen Finanzsystems begründet, der für den Fall einer Insolvenz von AIG befürchtet wurde. Wegen der starken Vernetzung von AIG mit ausländischen Handelspartnern (Kreditversicherungen gegenüber Finanzinstituten in mindestens sieben anderen Ländern) wäre der Domino-Effekt aus einer Insolvenz von AIG mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht auf die USA beschränkt geblieben.¹⁰⁴ Angesichts des systemischen Risikos, das von AIG ausgehe, und der Zerschlagbarkeit der Finanzmärkte wären die potenziellen Kosten staatlicher Untätigkeit für die Konjunktur und die Steuerzahler extrem hoch gewesen.¹⁰⁵

126 Methodisch lässt sich diese Frage ökonomisch (v.a. versicherungswirtschaftlich) und rechtlich (v.a. aufsichtsrechtlich) beantworten. Beide Ansätze können prinzipiell zu unterschiedlichen Ergebnissen führen; wie im Folgenden zu zeigen ist, weisen indes sowohl ökonomische als auch aufsichtsrechtsvergleichende Analysen in dieselbe Richtung.

127 Grundlage der **ökonomischen Analyse** ist dabei die besondere Risikostruktur von AIG, die sich aus dem Nebeneinander des Geschäfts mit Kreditderivaten (sog. Kreditversicherungsgeschäft) und des sonstigen Versicherungsgeschäfts in diesem Unternehmen ergab. Dabei hatte das Kreditversicherungsgeschäft einen exorbitant hohen Anteil: Nach Presseangaben hatten Kreditversicherungen zuletzt ein Risikovolumen von 562 Mrd. US-Dollar; sie waren überwiegend schlecht besichert. Vor allem aber war die Risikostruktur dadurch geprägt, dass es sich bei den von AIG versicherten Krediten primär um Bankkredite gehandelt hat. Damit nahm die AIG voll am Risiko der Banken teil, deren Kredite sie versichert hat. Zudem sind Risiken durch den Einsatz moderner Finanzmarktinstrumente, namentlich von *Collateralized Debt Obligations* (CDOs) und *Credit Default Swaps* (CDSs), zusätzlich intransparent gemacht worden.¹⁰⁶

¹⁰³ *nks*, AIG macht 100 Milliarden Dollar Verlust, in: FAZ v. 03.03.2009, S. 11.

¹⁰⁴ So soll allein die Deutsche Bank AG in den Monaten September 2008 bis Februar 2009 rd. 11,8 Milliarden US-Dollar von AIG erhalten haben (*nks*, Deutsche Bank erhält 12 Milliarden Dollar von AIG, in: FAZ v. 17.03.2009, S. 11). Der demokratische Abgeordnete *Paul Kanjorski* vertrat in einer Anhörung des US-Repräsentantenhauses sogar die Auffassung, eine Insolvenz von AIG hätte „den Kollaps des europäischen Bankensystems bedeutet“ (*ruh*, AIG-Rettung bewahrt Deutsche Bank vor Milliardenverlust, in: FAZ v. 09.03.2009, S. 12).

¹⁰⁵ Gemeinsame Pressemitteilung des US-Finanzministeriums und der Federal Reserve Bank, zitiert nach *nks*, AIG macht 100 Milliarden Dollar Verlust, in: FAZ v. 03.03.2009, S. 11.

¹⁰⁶ Hierzu *Balzli u.a.*, Im Hauptquartier der Gier, in: DER SPIEGEL Heft 29/2009, S. 42 ff.

Demgegenüber haben die fünf deutschen Kreditversicherer¹⁰⁷ selbst in ihrer Gesamtheit ein erheblich geringeres Geschäftsvolumen.¹⁰⁸ Bei den versicherten Krediten handelt es sich auch nicht um Bankkredite. Gegenstand des Versicherungsschutzes ist vielmehr der Schutz vor Forderungsausfällen aus der Gewährung des sog. Lieferantenkredits im Zuge der Lieferung von Waren und Dienstleistungen (sog. Delkredereversicherung).¹⁰⁹ Während bei der Versicherung von Bankkrediten die zugrunde liegenden Risiken für den Versicherer oft unsichtbar bleiben, ist dies bei der Versicherung eines Warenkredits regelmäßig nicht der Fall. Auch kann der Kreditversicherer, sofern sich die Bonität eines Abnehmers des kreditversicherten Lieferanten verschlechtert, den Versicherungsschutz für künftige Lieferungen vertragsgemäß kürzen oder aufheben. Zudem entfällt bei Warenkrediten das spezifische Risiko, das sich bei der Verbriefung von Bankkrediten daraus ergibt, dass die Banken dazu geneigt waren, das Risiko aus diesen Krediten nur deshalb auszulagern, damit sie wieder eine höhere Eigenkapitalquote ausweisen und auf diese Weise anderweitig neue Geschäfte tätigen konnten. Aus allen diesen Gründen fehlt den deutschen Kreditversicherern das besondere Risiko, das im Fall der AIG die Krise letztlich ausgelöst hat.

128

Ein zivilrechtlicher, ökonomisch ebenfalls in hohem Maße relevanter Unterschied zwischen US-amerikanischen und deutschen Kreditversicherern besteht in der vertraglichen Definition des Versicherungsfalles. Während US-amerikanische Kreditversicherer bereits dann leistungspflichtig sein können, wenn die Bonität des Schuldners des versicherten Kredits herabgestuft wird, beschränkt sich die Leistungspflicht deutscher Kreditversicherer regelmäßig auf den Fall des Totalausfalls der versicherten Forderung.¹¹⁰ Durch die amerikanische Regelung wird der Versicherungsnehmer zwar begünstigt; die bei den Versicherern auflaufenden Risiken weisen aber eine ungleich höhere Volatilität und Reaktionsgeschwindigkeit auf als in Deutschland. Positiv gewendet: Die deutschen Versicherer federn die Veränderungen in der Bonität der Schuldner der versicherten Kredite solange ab, wie es nicht zum Ausfall des Kredits kommt, und geben bis zu diesem Zeitpunkt keinerlei „Schwingungen“ an den Markt weiter. Die – in hohem Maße krisenverschärfend wirkende – Elastizität der Versicherungskosten in Bezug auf die Bonität der Schuldner ist in Deutschland deshalb erheblich geringer als in den USA.

129

¹⁰⁷ Euler Hermes Kreditversicherungs-AG Hamburg, Atradius Kreditversicherung, Köln; Coface Deutschland AG, Mainz; R + V Allgemeine Versicherungs-AG, Wiesbaden; Zürich Versicherungs-AG, Frankfurt a.M.

¹⁰⁸ Vgl. Statistisches Jahrbuch 2009, S. 460.

¹⁰⁹ Herrmann in: Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009, § 39 Rdnr. 2.

¹¹⁰ § 12 Nr. 1 lit. a–f AVB Warenkredit, Euler Hermes Kreditversicherung (http://www.fortmann-fs.de/files/financesecure.de_avb_w1984.pdf).

- 130** Erst recht zeigen sich die spezifischen Unterschiede zwischen US-amerikanischen und deutschen Kreditversicherern, wenn man zusätzlich zur ökonomischen Perspektive die jeweiligen **aufsichtsrechtlichen Vorgaben** in die Betrachtung einbezieht. In Deutschland unterliegen die fünf Kreditversicherer wegen ihrer besonderen Risikoklassifizierung in § 6 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Anlage A Nr. 14 VAG besonderen aufsichtsrechtlichen Vorgaben. Obwohl 1990 die bisherige Spartenrennung des deutschen Versicherungsaufsichtsrechts im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 87/343/EWG¹¹¹ aufgehoben worden ist (§ 6 Abs. 4 Satz 1 VAG), umfasst bis heute die allgemeine versicherungsrechtliche Zulassung nach § 6 VAG nicht die Erlaubnis zum Betrieb des Kreditversicherungsgeschäfts. Nach § 6 Abs. 4 Satz 2 VAG werden Risiken, die unter die in der Anlage Teil A Nr. 14, 15 und 17 genannten Versicherungssparten fallen, nicht als zusätzliche Risiken von der Erlaubnis zum Betrieb anderer Sparten umfasst. Daneben gilt für die Kreditversicherer auch das allgemeine Verbot des § 7 Abs. 2 VAG, in versicherungsfremden Geschäftsfeldern tätig zu werden (hierzu näher unten Rdnr. 225).
- 131** Das alles zeigt, dass auch in der normativen Vorprägung das Kreditversicherungsgeschäft – selbst wenn es ausschließlich Warenkredite betrifft – gegen das sonstige Versicherungsgeschäft abgegrenzt ist. Insofern erscheint sowohl in der ökonomischen als auch in der versicherungsaufsichtsrechtlichen Perspektive ein „Fall AIG“ bei den deutschen Kreditversicherern als in hohem Maße unwahrscheinlich.

IV. Sonstige Finanzdienstleistungsunternehmen

1. Wirtschaftliche Bedeutung und Systemrelevanz

- 132** Transaktionskosten im Bereich des Finanzmarktes begünstigen die Marktteilnahme von sog. Intermediären. Diese führen zur Verringerung der Kosten für die Marktbenutzung, indem sie für einen gewissen Bereich den freien Tausch durch Anweisungen ersetzen. Sie werden so lange vom Markt in Anspruch genommen, wie ihre Kosten die der direkten Koordination zwischen Anbieter und Nachfrager nicht übersteigen. Sie übernehmen die Aufgabe der Allokation kontraktwilliger Interessenten, nehmen beratend Einfluss auf die Vertragsinhalte (insbesondere die Preisbestimmung) und unterstützen bei der Vertragsausführung und -überwachung. Gleichzeitig übernehmen sie in Märkten mit Informationsdefiziten die Bereitstellung entsprechender Daten.
- 133** Damit fallen neben den Banken und Versicherungen auch sonstige Vermittler von Finanzdienstleistungen unter die Akteure auf dem Finanzmarkt. Als wichtigster Intermediär dieser Gruppe sind die Investmentgesellschaften zu nennen, die Investmentfonds auflegen und verwalten. Derzeit befinden sich 78 solche Gesellschaften

¹¹¹ ABl. EG Nr. L 185 v. 22. 06. 1987, S. 72 ff.

am Markt.¹¹² Der Bestand der 10.378 Spezial- und Publikumsfonds deutscher Provenienz liegt derzeit bei 1.382 Milliarden Euro.¹¹³ Als besondere Gruppe der Fonds sind sog. Hedge-Fonds zu nennen, die in ihrer Anlagestrategie keinen Beschränkungen bei der Auswahl der Vermögensgegenstände unterworfen sind.

2. Sicherungs- und Rettungssysteme im geltenden Recht

Die zulässigen Vermögensgegenstände sind für Kapitalanlagegesellschaften nach § 46 InvG beschränkt. Die §§ 47 bis 52 InvG enthalten umfangreiche Ausnahmen in Bezug auf die möglichen Anlagegüter. Für die risikoreicheren Hedge-Fonds finden sich um InvG besondere Regelungen. Zwar unterliegen diese nicht den Anlagebeschränkungen nach § 2 Abs. 4 InvG, sie dürfen allerdings nach § 112 Abs. 2 Satz 1 InvG nicht öffentlich vertrieben werden. Ferner müssen die Vertragsbedingungen gewisse Sicherungsinstrumente enthalten. So sind nach § 112 Abs. 1 Satz 3 InvG Anlagen in Beteiligungen an Unternehmen, die nicht an einer Börse zugelassen sind, auf 30 % des Wertes des Sondervermögens beschränkt.

Im Rahmen der Einlagensicherung ist für Finanzdienstleister, Kreditinstitute, die keine Einlagekreditinstitute sind, und Kapitalanlagegesellschaften die Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) zuständig. Diese gewährleistet die gesetzliche Entschädigung nach dem EAEG, die bereits im Rahmen der Entschädigungseinrichtung dargestellt wurde (siehe oben unter Rdnr. 79 ff.). Eine eigene freiwillige Anschlussdeckung der Wertpapierhandelsunternehmen besteht nicht.¹¹⁴

¹¹² Vgl. www.bvi.de (20.09.2010).

¹¹³ Investmentfonds des Bundesverbands Investment und Asset Management e.V. und ausländische Investmentfonds deutscher Provenienz, vgl. BVI-Investmenstatistik, Stand 31.01.2010, abrufbar unter www.bvi.de.

¹¹⁴ Pannen (Fn. 53), Kap. 4 Rdnr. 106.

Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben
des Banken- und Versicherungssektors

Reimer, E.; Waldhoff, C.

2011, XVI, 130 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-16446-0