

Immer Ärger mit BASEL III

Stand: April 2015

Kaum ein aufsichtsrechtliches Vorhaben hat sich zu so einem Mammut-Komplex ausgeweitet wie BASEL III. Die gesamten regulatorischen Dokumente einschließlich europäischer Vorgabe – die CRR-Verordnung - und Verlautbarungen der zuständigen Aufsichtsbehörde umfassen inzwischen ca. 8.000 Seiten. Leider sind davon auch Finanzdienstleistungsinstitute wie Vermögensverwalter betroffen. Eigentlich wollte man mit BASEL III die Eigenmittelunterlegung der sogenannten „Risiko-Aktiva“ genauer regeln. Deswegen sollten Institute betroffen sein, die über ein Kreditportfolio oder einen Handelsbestand verfügen und diese Risiken durch Eigenkapital absichern müssen. Für Finanzdienstleistungsinstitute ist das wenig relevant, weil sie keine Kredite vergeben dürfen und in der Regel auch nicht für den Eigenhandel lizenziert sind.

Nichts desto trotz gelten aber nur Anlageberater, Anlagevermittler und Abschlussvermittler als sogenannte „Nicht-CRR-Institute“, während Finanzportfolioverwalter leider in den Anwendungsbereich der CRR fallen.

Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Instituten in § 33 Abs. 1 KWG einen besonderen Strick gedreht. Danach ist nämlich die Erlaubnis zu versagen, wenn das Anfangskapital nicht aus hartem Kernkapital im Sinne der CRR besteht. Das Anfangskapital beträgt für die Finanzportfolioverwaltung mindestens EUR 50.000,-. Zumindest dieser Betrag muss daher mit hartem Kernkapital im Sinne der CRR dargestellt werden.

Hier beginnen die Probleme. Hartes Kernkapital ist nämlich in Artikel 28 der CRR definiert. Dort findet sich aber leider keine Liste, die z.B. festlegt, dass Aktienkapital oder Stammkapital einer GmbH und ähnliche Instrumente hartes Kernkapital wären. Der europäische Gesetzgeber hat sich nicht für solche formalen Kriterien entschieden, sondern für qualitative Kriterien. Da es in Europa die unterschiedlichsten Rechtsformen gibt, hat man allgemeine qualitative Kriterien definiert und nur, wenn diese eingehalten sind, liegt hartes Kernkapital vor. Diese Kriterien haben es in sich. Das harte Kernkapital muss zeitlich unbefristet im Unternehmen sein und verbleiben. Es darf nur verringert oder zurückgezahlt werden, wenn das Institut liquidiert wird, im Falle von Rückkäufen der Kapitalinstrumente geht das nur mit der vorheriger Erlaubnis der BaFin. Zudem darf keine Bestimmung in der Satzung des Instituts explizit oder implizit erkennen lassen, dass der Kapitalbetrag (außer im Falle der Liquidation) verringert oder zurückgezahlt werden kann.

Damit bekommen natürlich die allermeisten GmbH's ein Problem. Wer beim Notar eine Standardsatzung in Auftrag gegeben hat und diese als Satzung für sein Institut verwendet, wird höchstwahrscheinlich an den Kriterien scheitern. Standardmäßig finden sich in den allermeisten GmbH-Satzungen Regelungen

- zur Kündigung der GmbH durch einzelne Gesellschafter oder auch
- zur Kündigung durch die Gesellschaft oder die anderen Gesellschafter bzw.
- Regelungen für die Einziehung von Geschäftsanteilen.

All' dies wird in der Regel gegen Entschädigung geschehen, die dann das Institut an den ausscheidenden Gesellschafter zahlen muss. Dies entspricht der allgemeinen deutschen Rechtstradition von Gesellschaften, wonach ausscheidenden Gesellschaftern eine Entschädigung gezahlt werden muss.

In diesem Fall sind aber gerade die Voraussetzungen für hartes Kernkapital der CRR nicht mehr erfüllt. Das Kapital bleibt dann nämlich nicht unbefristet im Unternehmen und würde für Zwecke der Entschädigung verwendet und zurückgezahlt werden müssen. Bei den allermeisten deutschen Finanzdienstleistungsinstituten wird daher als Anfangskapital gerade kein hartes Kernkapital im Sinne der CRR Verwendung finden.

Schwierigkeiten bereitet das zunächst einmal für Neugründungen. Diesen müsste die BaFin die Zustimmung verweigern. Bei bestehenden Instituten kann die BaFin die Lizenz widerrufen, muss das aber nicht tun. Dann wird das Eis aber dünn, wenn das Institut auch sonst einmal irgendwie anecken sollte, sei es durch Mängel im Prüfbericht, eine Denunziation oder Kundenbeschwerden. Wenn dann nämlich auch noch kein ausreichendes Anfangskapital vorhanden ist, wird die Aufsicht kaum stillhalten können.

Wie kann eine Lösung aussehen? Zunächst einmal besteht das Erfordernis des harten Kernkapitals nur für das Minimum-Anfangskapital von EUR 50.000,--. Man könnte daher in die Satzung Regelungen aufnehmen, dass die ganzen Entschädigungsvorschriften nur für einen Betrag von über EUR 50.000,-- angewendet werden, diese EUR 50.000 aber immer mindestens im Unternehmen bleiben müssen.

Man könnte sich auch argumentativ auf die Kapitalerhaltungsvorschriften im GmbH-Recht zurückziehen. Nach den §§ 30 ff. GmbH-Gesetz dürfen die Gesellschafter nur Geld aus dem Unternehmen entnehmen, wenn das Stammkapital erhalten bleibt und nicht angetastet wird. Das ist aber natürlich nur eine Argumentationshilfe. Die CRR besagt nämlich, dass keine Satzungsbestimmung explizit oder implizit erkennen lassen darf, dass der Kapitalbetrag zurückgezahlt werden kann. Deswegen wird die allgemeine Vorschrift im Gesetz nicht helfen, solange die Satzung nicht korrigiert ist.

Sollten Sie aber von einem Wirtschaftsprüfer oder der Aufsichtsbehörde auf das Thema angesprochen werden, empfehle ich Ihnen, den Verweis auf §§ 30 ff. GmbH-Gesetz als Argumentationshilfe zu nutzen. Die Rücknahme der Lizenz steht nämlich im Ermessen der BaFin. Dafür ist so eine allgemeine Gesetzesstelle schon hilfreich.

Ich rechne in absehbarer Zeit mit einer klarstellenden Stellungnahme der BaFin. Selbstverständlich halte ich Sie dazu auf dem Laufenden.

Mit den besten Grüßen

Ihr

Dr. Christian Waigel
Rechtsanwalt