

JONES DAY

RECHTSANWÄLTE • ATTORNEYS-AT-LAW • PATENTANWÄLTE
NEXTOWER • THURN-UND-TAXIS-PLATZ 6 • D-60313 FRANKFURT
TELEFON: (49) 69-97 26-39 39 • TELEFAX: (49) 69-97 26-39 93

20. November 2023

Herrn
Abgeordneten Klaus Voussem
-Vorsitzender des Hauptausschusses-
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
18. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
18/1054

A05, A07

Staatsvertrag über die Änderung des Staatsvertrags zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Land Niedersachsen über die Vereinigung der LBS Westdeutsche Landesbausparkasse, Anstalt des öffentlichen Rechts, und der LBS Norddeutsche Landesbausparkasse Berlin-Hannover, Anstalt des öffentlichen Rechts, zur LBS Anstalt des öffentlichen Rechts, und über die LBS Landesbausparkasse NordWest

Antrag der Landesregierung auf Zustimmung zu einem Staatsvertrag gem. Artikel 66 Satz 2 der Landesverfassung, Drucksache 18/6412

Anhörung des Hauptausschusses am 23. November 2023 - Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Abgeordneter Voussem,

nachfolgend finden Sie meine Stellungnahme zum Antrag der Landesregierung auf Zustimmung zu einem Staatsvertrag gemäß Artikel 66 Satz 2 der Landesverfassung Nordrhein-Westfalen vom 18.10.2023 (Landtag Nordrhein-Westfalen, Drucksache 18/6412) betreffend den Abschluss eines Staatsvertrages zwischen den Ländern Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, durch den bestimmte Regelungen in dem Staatsvertrag zwischen diesen Ländern vom 22.05.2023 über die Vereinigung der LBS Westdeutsche Landesbausparkasse (LBS West) und der LBS Norddeutsche Landesbausparkasse Berlin-Hannover zur LBS Landesbausparkasse NordWest (LBS NordWest) geändert werden (der „**Änderungsstaatsvertrag**“).

Der **Änderungsstaatsvertrag** sieht u.a. Vorschriften vor, die unter Bezugnahme auf Regelungen der Kapitaladäquanzverordnung (Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (*Capital Requirements Regulation* - CRR), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2022/2036 des Europäischen

COMMERZBANK FRANKFURT • KONTO-NR 330905100 • BLZ 500 400 00 • IBAN DE31 500400000330 905100 • BIC COBA DEFFXXX • UST./VAT REG DE 112010330
EUI-1217174242v3

JONES DAY IST EINE GENERAL PARTNERSHIP NACH DEM RECHT DES US-BUNDESSTAATES OHIO MIT SITZ IN OHIO

AMSTERDAM • ATLANTA • BEIJING • BOSTON • BRISBANE • BRUSSELS • CHICAGO • CLEVELAND • COLUMBUS • DALLAS
DETROIT • DUBAI • DÜSSELDORF • FRANKFURT • HONG KONG • HOUSTON • IRVINE • LONDON • LOS ANGELES • MADRID
MELBOURNE • MEXICO CITY • MIAMI • MILAN • MINNEAPOLIS • MUNICH • NEW YORK • PARIS • PERTH • PITTSBURGH
SAN DIEGO • SAN FRANCISCO • SÃO PAULO • SHANGHAI • SILICON VALLEY • SINGAPORE • SYDNEY • TAIPEI • TOKYO • WASHINGTON

20. November 2023

Seite 2

Parlamentes und des Rates vom 19.10.2022) erfolgte Auflagen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)¹ erfüllen sollen.

Im Hinblick auf diese Vorschriften im Änderungsstaatsvertrag stellen sich folgende Fragen:

- Bedürfen Regelungen, die den Rückkauf von Instrumenten des harten Kernkapitals durch das betreffende Kreditinstitut erlauben, der Genehmigung durch die Bankenaufsicht?
- Welche Rechtsfolgen ergeben sich, sollte die von der BaFin erteilte Auflage nicht erfüllt würden?
- Nehmen sich die im Änderungsstaatsvertrag vorgesehenen Regelungen inhaltlich den Punkten in der von der BaFin erteilten Auflage an?

Zu diesen Fragen nehme ich im Ergebnis wie folgt Stellung:

1. Regelungen, die den Rückkauf von Instrumenten des harten Kernkapitals durch das betreffende Kreditinstitut ermöglichen, bedürfen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung.
2. Ohne Umsetzung der seitens der BaFin verlangten Angleichung der Regelung zum Erwerb eigener Anteile der LBS NordWest an § 71 Aktiengesetz (AktG) bis zum Ablauf des 30.12.2023 würde die zwingend notwendige, bedingt erteilte Erlaubnis der BaFin ersatzlos entfallen.
3. Der Entfall der aufsichtsbehördlichen Freigabe hätte zur Folge, dass das Eigenkapital der LBS NordWest nicht mehr als hartes Kernkapital anerkannt wird. Ohne entsprechende Heilung oder Zurverfügungstellung anderen Kapitals müsste die LBS NordWest sodann ihr Risikogeschäft beenden.
4. Die im Änderungsantrag vorgesehene Änderungen des § 5 Abs. 8 Satz 1 Änderungsstaatsvertrag ist inhaltlich nachvollziehbar und adressiert die Auflage der BaFin.

Im Einzelnen:

¹ Die zugrundeliegende Entscheidung der BaFin lag dem Verfasser nicht vor. Die Stellungnahme bezieht sich insofern ausschließlich auf die Beschreibung dieser Auflage in der Drucksache 18/6142.

20. November 2023

Seite 3

1. Anforderungen der CRR an hartes Kernkapital

Die CRR legt die maßgeblichen materiellen Anforderungen an hartes Kernkapital in ihren Art. 26 ff. fest. Diese lehnen sich stark an die Charakteristika von Aktien an und basieren auf den Prinzipien effektive Kapitaleinzahlung, Dauerhaftigkeit der Kapitalüberlassung, uneingeschränkte Verlustteilnahme sowie Flexibilität bei den Ausschüttungen.²

Die CRR verlangt dabei die Erfüllung verschiedener Bedingungen – so hat hartes Kernkapital einem Institut dauerhaft zur Verfügung zu stehen, d.h. das Instrument muss zeitlich unbefristet begeben werden und eine Rückzahlung oder Kündigungsrechte dürfen grundsätzlich nicht vorgesehen sein (Art. 28 Abs. 1 Buchst. e) und f) CRR). Darüber hinaus verlangt Art. 28 Abs. 1 Buchst. g) CRR

„Kapitalinstrumente gelten nur dann als Instrumente des harten Kernkapitals, wenn [...] g) die für das Instrument geltenden Bestimmungen lassen weder explizit noch implizit erkennen, dass sein Kapitalbetrag außer im Fall der Liquidation des Instituts verringert oder zurückgezahlt werden kann oder darf, und das Institut gibt vor oder während der Emission der Instrumente auch anderweitig keinen dahingehenden Hinweis [...]“.

Danach sollen die für das Instrument geltenden Bestimmungen weder explizit noch implizit erkennen lassen, dass eine vorzeitige Rückzahlung des Instruments möglich ist. Ein Inhaber von Instrumenten des harten Kernkapitals soll danach von der dauerhaften Kapitalüberlassung ausgehen und aufgrund etwaiger Hinweise in vertraglichen Abreden oder durch das Institut keine Rückzahlung erwarten können.

Werden Instrumente des harten Kernkapitals neu begeben oder werden die für sie geltenden Bedingungen, z.B. durch Satzungsregelungen, neu gefasst, bedarf es verfahrensmäßig zur Anrechnung als hartes Kernkapital einer Erlaubnis der zuständigen Behörde (vgl. Art. 26 Abs. 3 S. 2 CRR). Danach bedürfen auch neu geschaffene Regelungen, die die Übertragung von Eigenkapitalinstrumenten an das betreffende Kreditinstitut erlauben, der Genehmigung durch die Bankenaufsicht. Selbst wenn die neu begebenen Instrumente materiell sämtliche Kriterien des Art. 28 CRR erfüllen, sind sie doch allein mit einer derartigen Erlaubnis der zuständigen Behörde als hartes Kernkapital anerkennungsfähig³.

² Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO/Glaser, 6. Aufl. 2023, VO (EU) 575/2013 Art. 28 Rn. 2.

³ Vgl. Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO/Glaser, 6. Aufl. 2023, VO (EU) 575/2013 Art. 26 Rn. 20; Joosen/Lamandini/Tröger Capital and Liquidity Requirements for Banks/Lamandini und Munoz, 2022, Rz. 2.28.

20. November 2023

Seite 4

2. Auflage der BaFin

In der Auflage der BaFin wird angeführt, dass die Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 Buchst. g) CRR im Hinblick auf die Regelung in § 5 Abs. 8 zur Rückgabe eigener Anteile in der Fassung des Staatsvertrages vom 22.05.2023 („**Staatsvertrag a.F.**“) nicht erfüllt sind. Diese Regelung könne einen deutlichen Hinweis darauf geben, dass der investierte Kapitalbetrag auch außerhalb der Liquidation an einen Träger, der sein Ausscheiden wünscht, zurückgezahlt werden kann. Dies könne einen Widerspruch zum Grundsatz der Dauerhaftigkeit von Instrumenten des harten Kernkapitals darstellen.

Die BaFin erteilte der LBS West im Rahmen der Erlaubniserteilung zur Anerkennung von Instrumenten des harten Kernkapital die Auflage insofern eine Änderung des Staatsvertrages herbeizuführen. So sei durch eine Angleichung des § 5 Abs. 8 des Staatsvertrags an die Regelung § 71 AktG sichergestellt, dass das harte Kernkapital dem Institut dauerhaft zur Verfügung stehe und ließe sich eine mögliche Erwartungshaltung der Anteilseigner vermeiden, dass sie ihre Beteiligungen ggf. an das Institut zurückübertragen können. Die zugrundeliegende Erlaubnisentscheidung erging unter der auflösenden Bedingung diese Änderung (d.h. die eigentliche Auflage) bis zum Ablauf des 30.12.2023 vorzunehmen⁴.

3. Erwerb eigener Aktien nach § 71 AktG

§ 71 AktG regelt bestimmte Ausnahmefälle, in denen eine Gesellschaft nach eigenem Ermessen und auf eigene Initiative eigene Aktien erwerben darf – nur in dessen engen Grenzen sind Regelungen zum Erwerb eigener Aktien zulässig. Denn grundsätzlich ist der Erwerb eigener Aktien verboten.⁵ Das Verbot besteht dabei unabhängig davon, ob im Einzelfall eine konkrete Gefährdung der Funktionalität der Organkompetenz, von Gläubiger- oder Aktionärsinteressen oder des Kapitalmarkts droht.⁶ Es genügt vielmehr, dass keiner der Erlaubnistatbestände erfüllt ist und damit eine abstrakte Interessengefährdung vorliegt.⁷ Dem liegt die Überlegung zu Grunde, dass vom Erwerb eigener Aktien verschiedene Gefährdungen ausgehen können.

Zum einen beeinträchtigt der Erwerb eigener Aktien die Bonität der Gesellschaft und damit den Gläubigerschutz, weil sie einerseits durch Zahlung des Erwerbspreises Liquidität verliert und andererseits einen durch das eigene Bonitätsrisiko belasteten Gegenstand erhält (Gläubigerrisiken).⁸ Daneben besteht die Gefahr, dass einzelne Aktionäre durch Zahlung eines

⁴ Landtag Nordrhein-Westfalen, Drucksache 18/6412 vom 18.10.2023, S. 6, B.I.2.

⁵ OLG Hamburg AG 2010, 502 (504); Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 71 Rn. 1, 3.

⁶ Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, 2. Aufl. 2020, AktG § 71 Rn. 16.

⁷ MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, AktG § 71 Rn. 67.

⁸ Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, 2. Aufl. 2020, AktG § 71 Rn. 10; MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, AktG § 71 Rn. 19.

20. November 2023

Seite 5

Erwerbspreises unter bzw. über dem inneren Wert der Aktie benachteiligt bzw. begünstigt werden. In beiden Fällen kommt es zu einer Vermögensumverteilung im Gesellschafterkreis. Überdies wird durch die Norm verhindert, dass der Vorstand in gezielter Weise auf die Beteiligungsstruktur der Gesellschaft einwirkt (Ungleichbehandlung von Aktionären).⁹ Zudem ist der Rükckerwerb eigener Aktien typische Geschäftsführungsmaßnahme und birgt somit die Gefahr, dass sich der Vorstand der Kontrolle der Aktionäre entzieht, insbesondere dann wenn der Vorstand in der Hauptversammlung die mitgliedschaftlichen Rechte aus eigenen Aktien wahrnehmen kann (Störung der Kompetenzverteilung im Inneren der Aktiengesellschaft).¹⁰ Weitere Gefährdungen ergeben sich beim Rükckerwerb von Aktien durch Publikumsgesellschaften.¹¹

In den in § 71 Abs. 1 Nr. 1-8 AktG abschließend normierten Ausnahmefällen von der gesetzlichen Regel darf die Gesellschaft ausnahmsweise eigene Aktien erwerben. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die oben genannten Gefährdungen tatsächlich ausgeschlossen sind.¹² Die Ausnahmetatbestände beruhen auf unterschiedlichen Gegebenheiten, sodass diese nicht auf einen einheitlichen teleologischen Nenner gebracht werden können.¹³ Die Ausnahmen berücksichtigen verschiedene betriebliche und wirtschaftliche Umstände, bei denen der Erwerb eigener Aktien als gerechtfertigt und im Interesse der Gesellschaft angesehen wird.

Diese Ausnahmefälle sehen unter anderem vor, dass ein Rückkauf eigener Aktien erfolgen kann „auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung zur Einziehung nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals“ (vgl. § 71 Abs. 1 Nr. 6 AktG) sowie „aufgrund einer höchstens fünf Jahre geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung, die den niedrigsten und höchsten Gegenwert sowie den Anteil am Grundkapital, der zehn vom Hundert nicht übersteigen darf, festlegt“ (vgl. § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG). Diesen Fällen liegt zum einen der Regelungsansatz zu Grunde, dass die Anteilseigner immer wieder neu über die Ausübung des Rückkaufs entscheiden müssen und, zum anderen, dass die entsprechende Ermächtigung inhaltlich bzw. zeitlich begrenzt ist. So erfordern beide Fälle vor dem Erwerb eigener Aktien

⁹ MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, AktG § 71 Rn. 22.

¹⁰ Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, 2. Aufl. 2020, AktG § 71 Rn. 9;), Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 71 Rn. 1.; Hirte/Mühlbert/Roth/Merkt, Aktiengesetz Großkommentar, 5. Aufl. 2018, AktG § 71 Rn. 5.

¹¹ So kann durch den Rükckerwerb die Kontrollfunktion des Marktes gestört werden, um durch die meist damit einhergehende Kurssteigerung Übernahmeversuche im Vorfeld oder aber ein bereits unterbreitetes Angebot auf Übernahme der Kontrollmehrheit abzuwehren (Störung der Kontrollfunktion des Marktes). Ferner soll einer Kursmanipulation durch anonymen Erwerb der Aktien (wobei der Eindruck einer belebten Marktnachfrage entstehen kann, die den Börsenkurs in einer den marktgerechten Preismechanismus störenden Weise beeinflusst) entgegengewirkt werden (Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte), vgl. MüKoAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2019, AktG § 71 Rn. 24 f.

¹² Hirte/Mühlbert/Roth/Merkt, Aktiengesetz Großkommentar, 5. Aufl. 2018, AktG § 71 Rn. 159.

¹³ Vgl. Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, 2. Aufl. 2020, AktG § 71 Rn. 1.

20. November 2023

Seite 6

eine Entscheidung der Hauptversammlung, im ersten Fall den Kapitalherabsetzungs- und im zweiten Fall den entsprechenden Ermächtigungsbeschluss.

4. Rechtsfolge der Nichterfüllung der BaFin Auflage

Wird im Rahmen einer Erlaubniserteilung durch die BaFin eine auflösende Bedingung nicht erfüllt, entfällt die – zunächst schwebend wirksame – Erlaubnis und gilt als von Anfang nicht erteilt (vgl. § 158 Abs. 2 BGB). Sollte demnach die von der BaFin verlangte Änderung des Staatsvertrags nicht bis zum Ablauf des 30.12.2023 erfolgen, würde die erteilte Erlaubnis rückwirkend entfallen.

Dann läge ein – nicht geheilter – Verstoß gegen Art. 28 Abs. 1 Buchstabe g) CRR vor. Folge eines solchen Verstoßes wäre, dass das gesamte Stammkapital (und ggf. ein zugehöriges Agio) der LBS NordWest nicht mehr als hartes Kernkapital angerechnet werden könnte. Ohne entsprechende Heilung oder Zurverfügungstellung anderen Kapitals müsste die LBS NordWest sodann ihr Risikogeschäft beenden.

5. Im Änderungsstaatsvertrag vorgesehene Regelungen

Der Änderungsstaatsvertrag sieht eine Neufassung von § 5 Abs. 8 Satz 1 des Staatsvertrages a.F. vor. Danach soll die LBS NordWest Anteile am Stammkapital nur erwerben und diese als eigene Anteile halten können

„[...] aufgrund eines Beschlusses der Trägerversammlung zur Einziehung zum Zwecke der Herabsetzung des Stammkapitals oder aufgrund einer höchstens fünf Jahre geltenden, durch Beschluss der Trägerversammlung erteilten Ermächtigung, die den niedrigsten und höchsten Gegenwert sowie den Anteil am Stammkapital, der fünfzehn vom Hundert nicht übersteigen darf, festlegt“.¹⁴

Die vorgesehene Neufassung von Satz 1 ist inhaltlich nachvollziehbar. Die Ausweitung des Rückkaufvolumens auf 15% des Stammkapitals (gegenüber 10% als Grenze der aktienrechtlichen Regelung) erscheint als eine nicht wesentliche Abweichung vom aktienrechtlichen Regelungsansatz und lässt den Kern der Regelung, mit einer entsprechenden Beschlussnotwendigkeit und zeitlichen Rückkaufbegrenzung unberührt. Die Änderung in Satz 1 adressiert demnach die diesbezügliche Auflage der BaFin.

In Satz 2 soll das Wort „verfügbare“ eingefügt werden, so dass dieser lautet:

„Ein Erwerb durch die LBS NordWest ist nur zulässig, wenn im Zeitpunkt des Erwerbs eine verfügbare Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb vorhanden ist oder gebildet werden könnte und das Eigenkapital mindestens in Höhe des Stammkapitals erhalten bleibt.“

¹⁴ Unterstreichungen vom Verfasser.

20. November 2023

Seite 7

In der Begründung zu dieser Änderung wird angeführt, dass für den Erwerb keine Rücklagen eingesetzt werden sollen, die gemäß Art. 26 Abs. 1 CRR zum harten Kernkapital der LBS NordWest zählen. Diese Ergänzung sollte dahingehend verstanden werden, dass der Einsatz von Rücklagen unter Beachtung der einschlägigen aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfolgt.

Dr. Michael Fischer
-Rechtsanwalt-