

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Herrn Dr. Volker Wissing, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Univ.-Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M.

Van't-Hoff-Str. 8
14195 Berlin
Telefon: +49 30 838 532 38
Fax: +49 30 838 521 90
E-Mail: lehrstuhl.bachmann@rewiss.fu-berlin.de
Internet: www.fu-berlin.de

Berlin, 5. Oktober 2010

Stellungnahme zum Restrukturierungsgesetz-E

I. Allgemeines

1. *Kein Zuwarten auf europäische Regelung*

Auf EU-Ebene sind Bestrebungen im Gange, die in naher Zukunft zu einem europäischen Rechtsrahmen für Bankeninsolvenzen führen könnten. Möglicherweise wird auch die zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie („Kapitalrichtlinie“), die die Einbindung der Anteilseigner in die Sanierung behindert, geändert. Dies alles kann zur Folge haben, dass das jetzt beschlossene Restrukturierungsgesetz alsbald wieder überarbeitet werden muss. Gleichwohl sollte der deutsche Gesetzgeber nicht zuwarten, und zwar aus folgenden Gründen:

KWG und InsO bieten in der jetzt geltenden Fassung nach allgemeiner Ansicht kein hinreichendes Instrumentarium, um systembedrohenden Bankeninsolvenzen zu wehren. Die Alternative wäre, die befristeten „Krisengesetze“ (Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz) zu verlängern. Gegen diese Gesetze sind jedoch verschiedentlich verfassungs- und europarechtliche Bedenken erhoben worden. Abgesehen davon geben sie weder hinreichenden Anreiz zu einer freiwilligen Sanierung im Vorfeld noch stellen sie geeignete Instrumente bereit, um Trittbrettfahrerprobleme sicher zu vermeiden.

2. *Regelungsmix grundsätzlich überzeugend*

Das Restrukturierungsgesetz setzt auf einen Mix *freiwilliger* Sanierungsmodelle (Sanierungsverfahren und Reorganisationsverfahren - KredReorgG) und *hoheitlich* angeordneter Maßnahmen (u.a. Sonderbeauftragter, Übertragungsanordnung - KWG). Das ist überzeugend. Soweit daran moniert wird, dass sich die verschiedenen Instrumentarien überschneiden, ist dies kein erheblicher Einwand. Es ist heute überhaupt nicht vorherzusehen, welche Gestalt künftige Krisen annehmen werden,

und welche Instrumente sich dann als nützlich oder notwendig erweisen werden. Den Beteiligten (Banken, Aufsichtsbehörden, Verwaltern) ein möglichst breitgefächertes Arsenal an – auch kombinierbaren - Instrumenten zur Verfügung zu stellen („toolbox“-Ansatz), ist daher richtig.

Ebenso überzeugend ist es, dass der **BaFin** selbst bei laufendem Sanierungs- oder Reorganisationsverfahren jederzeit die Möglichkeit offensteht, durch hoheitliche Maßnahmen einzugreifen (vgl. §§ 1 Abs. 5, 2 Abs. 4 KredReorgG; speziell für die Übertragungsanordnung § 48c Abs. 2 Satz 2 KWG-E). Weitergehend sollte erwogen werden, die BaFin dazu zu ermächtigen, nicht nur die Vorlage eines „Restrukturierungsplans“, sondern auch die eines Reorganisationsplans zu verlangen (dazu unten, II.3.b).

II. Zu Art. 1: Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz (KredReorgG)

1. Allgemeines

Die Möglichkeit, freiwillige Sanierungsverfahren zu initiieren, ist grundsätzlich zu begrüßen (s.o.). Allerdings sind sowohl Sanierungs- als auch Reorganisationsverfahren stark formalisiert (u.a. Anzeige- und Berichtspflichten, formale Verfahrenseröffnung und –beendigung, s. § 6 KredReorgG). Angesichts des Umstands, dass das Sanierungsverfahren ohnehin keine Eingriffe in Rechte Dritter erlaubt, sollte über eine Entformalisierung nachgedacht werden.

2. Sanierungsverfahren

a. Das Sanierungsverfahren erlaubt keine Eingriffe in Rechte Dritter (Gläubiger, Anteilseigner). Sein Inhalt besteht im Wesentlichen darin, einen Sanierungsplan unter Zuhilfenahme eines externen oder internen Experten („Sanierungsberater“) durchzuführen. Dies steht dem Kreditinstitut aber auch ohne Einleitung eines formalisierten Gerichtsverfahrens offen. Insofern dürfte die praktische Bedeutung dieses Verfahrens eher gering bleiben. Es zu streichen, besteht gleichwohl kein Anlass, weil sein (Miss-)Erfolg nicht zu prognostizieren ist und sein bloßes Vorhandensein die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dokumentiert.

b. Fraglich ist, ob die Anreizwirkungen verbessert werden können. Den – soweit ersichtlich – einzigen Anreiz zur Einleitung des Sanierungsverfahrens liefert die Möglichkeit, Sanierungskredite zu privilegieren (§ 2 Abs. 2 S. 3 KredReorgG). Dem stehen die starke Formalisierung, die dadurch drohende Publizität und die gerichtlichen Anordnungsbefugnisse gegenüber (§ 5 KredReorgG).

Insbesondere letzteres mag die Geschäftsleitung u.U. davon abhalten, ein Verfahren einzuleiten, das zu ihrer Selbstentmachtung führen kann. Weil die BaFin diese Eingriffe ohnehin vornehmen darf (vgl. § 46 KWG), ist die Notwendigkeit gerichtlicher Eingriffsbefugnisse im Sanierungsverfahren

auch nicht ohne weiteres einsichtig. Dies gilt umso mehr, als das Gericht die Maßnahmen nur „auf Vorschlag der Bundesanstalt“ anordnen darf.

Dies spricht dafür, **§ 5 KredReorgG** zu **streichen** oder zu **reduzieren**. Geht es bei § 5 KredReorgG dagegen vornehmlich darum, die BaFin von eigenen (anfechtbaren!) Anordnungen zu entlasten, muss dieser konsequent auch das Recht zur Einleitung des Sanierungsverfahrens zugestanden werden.

c. Die Formulierung in § 2 KredReorgG („leitet ... ein“) erweckt den Eindruck, dass das Institut das Verfahren einleiten *muss*. Aus der Begründung ergibt sich aber mit hinreichender Klarheit, dass die Verfahrenseinleitung freiwillig ist. Zu erwägen ist, auch der BaFin die Einleitung zu gestatten (s.o., II.2.b.).

3. Reorganisationsverfahren

a. Das Reorganisationsverfahren ist dem Planverfahren nach §§ 217 ff. InsO nachgebildet. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass keine förmliche Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stattfindet.¹ Dennoch ist eine negative Publizitätswirkung nicht auszuschließen, weil die Bestandsgefährdung des Instituts publik wird. Ohne zusätzliche sichernde Maßnahmen (Zahlungsverbot u.a.) wird sich die Gefahr eines „Run“ daher nicht immer vermeiden lassen. Auch dies spricht dafür, die Befugnisse nach KWG ohne striktes Stufenverhältnis neben die des KredReorgG treten zu lassen, wie es der Entwurf mit Recht vorsieht (s.o., I.2.).

b. Die Formulierung in **§ 7 Abs. 2 KredReorgG** („kann einen Antrag ... stellen“) macht nicht deutlich, dass die BaFin das Verfahren *nicht* von Amts wegen einleiten darf. Dies ergibt sich aber aus Systematik und Begründung des Entwurfs.

Allerdings ist nicht einzusehen, warum der BaFin nicht das Recht zugestanden werden soll, von Amts wegen die Vorlage eines Reorganisationsplans zu verlangen (so überzeugend noch der BMWi-Entwurf). Dies würde den Instrumentenkasten (oben, II.2.) in wünschenswerter Weise erweitern. Auch nach Schweizer Recht kann die Aufsichtsbehörde ein Reorganisationsverfahren von Amts wegen einleiten (vgl. Art. 28 BankG).

Indirekt kann die BaFin das Institut auch nach dem vorliegenden Entwurf zur Reorganisation drängen, namentlich durch Androhung schärferer Eingriffe. So kann sie nach § 48c Abs. 1 KWG-E vor Erlass einer Übertragungsanordnung die Vorlage eines „Wiederherstellungsplans“ verlangen, als welcher ein Reorganisationsplan gilt (§ 48 Abs. 2 Satz 1 KWG-E). Auch darf sie einen „Restrukturierungsplan“ verlangen (§ 45 Abs. 2 Satz 1 Nr.

¹ Ein weiterer Unterschied liegt in der Einbeziehung der Anteilseigner. Diese sieht jedoch auch der DiskE für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen („ESUG“) vor (§ 217 S. 2 InsO-E).

KWG), der aber – trotz seiner missverständlichen Bezeichnung - offenbar keine Eingriffe in Rechte Dritter gestattet. Die Erweiterung um das Recht, einen Reorganisationsplan zu verlangen, wäre m.E. konsequent. Technisch ließe sich das durch eine Ergänzung von § 7 Abs. 2 KredReorgG oder – systemgerechter - durch eine **Erweiterung von § 46 Abs. 1 Satz 2 KWG** um eine Ziffer 7 erreichen:

„7. die Vorlage eines Reorganisationsplans verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 48b erfüllt sind.“

Folgerichtig sollte dann auch § 45c Abs. 2 Nr. 7 KWG (Befugnisse des Sonderbeauftragten) entsprechend ergänzt werden.

c. Der Reorganisationsplan setzt neben der Bestandsgefährdung eine Systemgefährdung voraus (§ 7 Abs. 2 KredReorgG). Das überzeugt **nicht**.

Schon nach allgemeinem Insolvenzrecht kann bei drohender Zahlungsunfähigkeit auf Antrag des Schuldners ein Insolvenzverfahren eröffnet (§ 18 InsO) und in Gestalt des Planverfahrens (§ 217 ff. InsO) durchgeführt werden. Weil die „Bestandsgefährdung“ (definiert als „Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs“, § 48b Abs. 1 KWG-E) keine geringere Schwelle als die „drohende Zahlungsunfähigkeit“ setzt, ist nicht einzusehen, warum das besondere Planverfahren in Gestalt des Reorganisationsverfahrens zusätzlich die Systemgefährdung verlangt. Dies entspricht auch nicht dem in der Entwurfsbegründung angesprochenen Stufenverhältnis zwischen der *Übertragungsanordnung* (dritte Stufe) die - zu Recht - die Systemgefährdung voraussetzt, und dem *Reorganisationsverfahren* (zweite Stufe), das zwar mehr als bloße Sanierungsbedürftigkeit verlangen muss (diese genügt nur für die erste Stufe, d.h. das Sanierungsverfahren), das aber in Gestalt der Bestandsgefährdung auch tut.

Die Entwurfsbegründung rechtfertigt die höhere Schwelle damit, dass das Reorganisationsverfahren in die Rechte der Anteilseigner eingreift. Abgesehen davon, dass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit (und Notwendigkeit!) der Einbeziehung von Anteilseignern in das Planverfahren heute im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum unbestritten ist (und daher zu Recht in der geplanten Insolvenzreform so vorgesehen ist), bleibt den Anteilseignern auch im Reorganisationsverfahren das Recht, per Hauptversammlungsbeschluss in der Reorganisation mitzuentcheiden.

Die Zustimmung der Hauptversammlung kann nur bei Systemgefährdung fingiert werden (vgl. § 19 Abs. 4 KredReorgG). Eine solche schon zur *Einleitung* des Reorganisationsverfahrens zu verlangen, leuchtet nicht ein.

d. Das Reorganisationsverfahren steht unter der Ägide des Oberlandesgerichts. Zwar kann man sich auch ein von der Aufsichtsbehörde gesteuertes Verfahren vorstellen, wie es ausländische Rechtsordnungen z.T. vorsehen (etwa Schweiz, vgl. Art. 28 ff. BankG und BMWi-Entwurf). Dies wäre

schneidiger, weil das doch recht umständliche, über das Dreieck Institut-BaFin-OLG führende Prozedere sehr zeitintensiv ist. Dafür hat die OLG-Einbindung den nicht zu unterschätzenden Vorzug, Rechtsmittel entbehren zu können (vgl. § 1 Abs. 3 KredReorgG). Unter diesem Gesichtspunkt ist der Entwurf zumindest als Versuch zu akzeptieren.

Im Übrigen ist die Verlagerung von der Ebene des AG auf die Ebene des OLG überzeugend. Voraussetzung ist, dass ein hinreichend spezialisierter und entsprechend gerüsteter Senat zügig mit der Sache befasst wird.

e. Die Anteilseigner entscheiden in einer separaten Hauptversammlung (§ 18 KredReorgG). Eleganter wäre die Einbindung in die Gläubigerversammlung, doch lässt die zweite Richtlinie zumindest für Kapitalmaßnahmen wohl derzeit keine andere Lösung zu.

Ob die Fiktion der Hauptversammlungszustimmung (§ 19 Abs. 4 KredReorgG) trotz ihrer betont hohen Anforderungen der Auslegung der zweiten Richtlinie durch den EuGH genügt, ist schwer zu sagen. Aus diesem Grund auf die Regelung zu verzichten, ist aber nicht sinnvoll, weil die Reorganisation ansonsten eines tragenden Elements entbehrt. Hier muss man es gegebenenfalls auf eine Klarstellung durch den EuGH (oder eine Änderung der Richtlinie) ankommen lassen.

f. Eine Beschleunigung von Kapitalmaßnahmen nach dem Vorbild der §§ 7 ff. FMStBG sieht der Entwurf nur in Maßen vor (Verkürzung der Einberufungsfrist, Absenkung der Mehrheitserfordernisse, Eintragung von Amts wegen, vgl. §§ 18 Abs. 2 u. 3, 21 Abs. 3 KredReorgG). Diese Zurückhaltung ist jedenfalls dann überzeugend, wenn das Reorganisationsverfahren – wie hier vorgeschlagen – keine Systemgefährdung voraussetzt. Wird Systemgefahr verlangt, könnte sich das Muster weiter demjenigen der §§ 7 ff. FMStBG annähern (vgl. § 48m KWG-E).

g. Der Entwurf gesteht überstimmten Anteilseignern das Anfechtungsrecht zu (§ 18 Abs. 5 KredReorgG). Die Justizbelastung könnte hier gesenkt werden, wenn dieses **Verfahren** mit dem Freigabeverfahren und dem Planbestätigungsverfahren beim - ohnehin involvierten - OLG **verbunden** würde.

III. Zu Art. 2: Änderungen des KWG

1. Sonderbeauftragter (45c KWG-E)

Die Regelungen über den Sonderbeauftragten sind grundsätzlich zu begrüßen. Zu befürworten ist auch, dass dessen Einsetzung an keine weiteren Erfordernisse geknüpft ist, weil nur dies die gebotene Flexibilität garantiert. Die notwendigen Einschränkungen ergeben sich durch die zusätzlichen Voraussetzungen der einzelnen Anordnungstatbestände (vgl. § 45c

Abs. 2 KWG-E) sowie durch den ohnehin geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die Rechte des **Sonderbeauftragten** könnten noch **erweitert** werden, etwa um die Befugnis, die Vorlage eines Reorganisationsplans zu verlangen (und die Reorganisation durchzuführen). Auch sollte der Sonderbeauftragte Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder nicht nur „prüfen“ (§ 45c Abs. 2 Nr. 10 KWG-E), sondern auch durchsetzen können.

2. Übertragungsanordnung (§§ 48a ff. KWG)

a. Das Instrument der Übertragungsanordnung wird allgemein für sinnvoll gehalten und ist auch unlängst vom 68. Deutschen Juristentag mit großer Mehrheit befürwortet worden. Die getroffene Regelung erscheint auch im Detail überwiegend gelungen.

b. Der Entwurf bemüht sich, unvermeidliche Kollisionen mit Art. 14 GG und der zweiten Richtlinie nach Möglichkeiten zu entschärfen. Dazu tragen die hohen Anforderungen, das Gegenleistungserfordernis und der Umstand bei, dass die – nicht unproblematischen - Stimmrechtsweisungen (§ 48l Abs. 2 KWG-E) zentrale Beschlussgegenstände (u.a. Squeeze-Out) ausnehmen.

3. Zusätzliche Optionen: Anteilsübernahme (Enteignung) und Bankentestament

a. Der 68. Deutsche Juristentag hat beschlossen, als zusätzliche Option und als ultima ratio die Möglichkeit der **zwangsweisen Anteilsübernahme** durch den Restrukturierungsfonds vorzusehen. Dies entspräche dem Modell des (ausgelaufenen) Rettungsübernahmengesetzes, wäre aber – anders als dieses – nicht dem Verdacht des Einzelfallgesetzes ausgesetzt.

Für diese Lösung spricht, dass die Vermögensübertragung ein komplexer Vorgang ist, für den im Notfall die Zeit fehlt. Auch kommt es der Sache nach schon im vorliegenden Entwurf zu einem Anteilsentzug, wenn die bei der Übertragungsanordnung ausnahmsweise zu gewährende Gegenleistung nicht in Anteilen, sondern in Geld besteht (vgl. § 48d Abs. 1 Satz 2 KWG-E). Die Forderung des Juristentages ist daher zu unterstützen.

b. Größere Zurückhaltung ist bei der Einführung eines Bankentestaments („living will“) geboten, wie sie der Juristentag ebenfalls befürwortet hat. Sie ist schwer umzusetzen und für die Institute mit erheblichem Aufwand verbunden. Eine entsprechende Regelung jetzt noch in den Entwurf einzufügen, wäre übereilt.

Entsprechendes gilt für Überlegungen, durch Flexibilisierung der Kapitalerhöhungsregeln (bedingtes oder genehmigtes Sanierungskapital) den Banken in gesunden Zeiten die Möglichkeit zur Vorsorge zu verschaffen.

IV. Zu Art. 3: RStruktFG

Nach § 5 Abs. 2 RStruktFG kann sich der Fonds nur am übernehmenden Rechtsträger, nicht am Institut selbst beteiligen. Sollte – wie oben (III.3.) erwähnt – als ultima ratio die „Rettungsübernahme“ eingefügt werden, wäre diese Passage entsprechend zu ändern.

V. Zur Art. 5: Änderung des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes

Die Haftung der Anteilseigner für eine Vereitelung der Rekapitalisierung soll entschärft werden, indem sie jetzt ausdrücklich die Absicht voraussetzt, „unberechtigte Vorteile“ zu erlangen (§ 7 Abs. 1 FMStBG). Diese Änderung ist zu begrüßen, weil sie Kollisionen mit Art. 14 GG und der zweiten Richtlinie vermeidet, ohne das aner kennenswerte Ziel der Regelung – Haftung erpresserischer Aktionäre – preiszugeben.

VI. Zu Art. 6: Änderung des Aktiengesetzes (Verlängerung der Verjährungsfrist)

Die Verlängerung der Verjährungsfrist für Organe (§ 93 Abs. 6 AktG-E) ist grundsätzlich zu begrüßen. Auch die in Aussicht genommene 10-Jahresfrist (statt bislang fünf Jahren) erscheint plausibel.

Allerdings wurde im Schrifttum zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass dies insbesondere ausgeschiedene Vorstandsmitglieder wegen der Beweislastumkehr in erhebliche Not bringen kann. Vorzugswürdig könnte daher eine Regelung sein, welche ab dem Ausscheiden eine kürzere Frist (z.B. drei Jahre) in Lauf setzt, deren Lauf solange gehemmt ist, wie der Betreffende im Aufsichtsrat sitzt oder im Konzern ein anderes Amt bekleidet. Auch eine laufende Sonderprüfung muss zur Hemmung führen.

Zu empfehlen ist daher, die Regelung in ihrer jetzigen Form noch einmal zu **überdenken** und notfalls aus dem Entwurf wieder herauszunehmen. Dabei wäre auch zu überlegen, ob die Regelung tatsächlich auf Aktiengesellschaften, die börsennotiert sind oder ein Kreditinstitut betreiben, zu beschränken ist, oder nicht vielmehr allgemein eingeführt werden sollte.

(Zusammenfassung auf der folgenden Seite)

VII. Zusammenfassung der Änderungsvorschläge

Der Entwurf ist insgesamt zu begrüßen. Folgende Änderungen werden angeregt:

1. Die *gerichtlichen Eingriffsbefugnisse* im Sanierungsverfahren (§ 5 KredReorgG) könnten gestrichen oder reduziert werden. Das würde den Anreiz der Geschäftsleitung erhöhen, ein Sanierungsverfahren zu initiieren.
2. Der BaFin sollte das Recht eingeräumt werden, ein Sanierungs- oder Reorganisationsverfahren *von Amts wegen* einzuleiten.
3. Die *Systemgefährdung* als Voraussetzung für die (freiwillige) Einleitung des Reorganisationsverfahrens ist zu streichen.
4. Der *Rechtsschutz* der überstimmten Anteilseigner im Reorganisationsverfahren könnte gestrafft und mit dem Planbestätigungsverfahren verbunden werden.
5. Die Rechte des *Sonderbeauftragten* (§ 45c KWG-E) sind zu erweitern.
6. Das KWG sollte um die Möglichkeit der *zwangsweisen Anteilsübertragung* als ultima ratio ergänzt werden
7. Die *Verjährungsverlängerung* ist in ihrer Ausgestaltung zu überdenken.