

1. Oktober 2010

Von Andreas Steck
Telefondirektwahl 069 71003 185

Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung:

„Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“

Art. 2 – 8 des Entwurfs

1 Vorbemerkung

Die Verwerfungen an den Finanzmärkten und insbesondere die HRE-Krise haben die Notwendigkeit geeigneter Regelungen zur Sanierung und Restrukturierung von Banken verdeutlicht. Da die bestehenden Regelungen sich insbesondere bei systemrelevanten Banken als unzureichend erwiesen haben, sind entsprechende Gesetzesänderungen erforderlich.

Die mit dem Restrukturierungsgesetz vorgeschlagenen Änderungen sind grundsätzlich zu begrüßen. Sie verfolgen die richtigen Ansätze, um bei systemrelevanten Banken Insolvenzrisiken vom Staat auf die Gläubiger und die Anteilseigner zu übertragen. Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass einige der vorgeschlagenen Maßnahmen in der Praxis erhebliche Umsetzungs- und Abwicklungsschwierigkeiten aufwerfen und aus diesem Grund in ihrer Effektivität beschränkt sein werden.

2 Anreizfunktion der §§ 48a ff. KWG-Entwurf für das Sanierungs- und Reorganisationsverfahren

Mit dem vorgeschlagenen Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (KredReorgG) werden Sanierungs- und Reorganisationsverfahren für Kreditinstitute eingeführt. Die mit diesen

Linklaters LLP ist eine in England und Wales unter OC326345 registrierte Limited Liability Partnership und unterliegt als Anwaltskanzlei den Bestimmungen der Solicitors Regulation Authority. Der Begriff "Partner" bezeichnet in Bezug auf die Linklaters LLP Gesellschafter sowie Mitarbeiter der LLP oder der mit ihr verbundenen Kanzleien oder sonstigen Gesellschaften mit entsprechender Position und Qualifikation. Eine Liste der Namen der Gesellschafter der Linklaters LLP und der Personen, die zwar nicht Gesellschafter sind, aber als Partner bezeichnet werden, sowie ihrer jeweiligen fachlichen Qualifikation steht am eingetragenen Sitz der Firma in One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England, oder unter www.linklaters.com zur Verfügung. Bei diesen Personen handelt es sich um deutsche oder ausländische Rechtsanwälte, die an ihrem jeweiligen Standort als nationale, europäische oder ausländische Anwälte registriert sind.

Linklaters

Verfahren grundsätzlich verfolgte Idee einer Umstrukturierung von Kreditinstituten unter Beteiligung von Gläubigern und Anteilshabern ist sinnvoll und zielführend.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Durchführung der Verfahren von der Initiative der in Schwierigkeiten geratenen Kreditinstitute abhängig ist. Insofern besteht ein nicht unerhebliches Risiko, dass die Verfahren mangels Antrags des betroffenen Kreditinstituts nicht eingeleitet werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Kreditinstitut mit der Beantragung der Verfahren ggf. ein öffentliches Zeichen für bestehende Defizite des Instituts setzen würde. Auch ist zu beachten, dass die Geschäftsleiter des betroffenen Kreditinstituts mit der Einleitung der Verfahren Gefahr laufen, in ihren eigenen Rechten beschränkt oder gar abberufen zu werden.

Diesen Bedenken kann allerdings die Einführung des neuen Maßnahmenkatalog nach §§ 48a ff. KWG-Entwurf entgegen gehalten werden, der der BaFin erhebliche neue Kompetenzen einräumt. Soweit die BaFin ihre nunmehr bereits in frühen Stadien einer Krise des Instituts bestehenden Eingriffsbefugnisse nutzt, verliert das Institut regelmäßig die Möglichkeit, als systemrelevante Bank ausschließlich auf staatliche Rettungsmaßnahmen zu setzen. So ist davon auszugehen, dass die Geschäftsleitung bei Erlass der neuen Maßnahmen ebenfalls weitgehend in ihren Kompetenzen beschnitten wird und die Anteilshaber und Gläubiger die Möglichkeit verlieren, auf den Fortbestand ihrer Beteiligung und das Überleben des Instituts als Ganzes zu vertrauen. Dem neuen Maßnahmenkatalog des KWG ist daher eine „Anreizwirkung“ beizumessen: zum einen für das Institut zur freiwilligen Einleitung eines Sanierungs- bzw. Reorganisationsverfahrens; zum anderen für die Gläubiger und Anteilshaber zur Zustimmung zum Sanierungs- bzw. Reorganisationsplan.

Um darüber hinaus die Durchführung der Sanierungs- und Reorganisationsverfahren sicherzustellen, sollte die Einleitung der Verfahren auch durch die Mehrheit der Anteilshaber oder Gläubiger – verbunden mit einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht – zulässig sein. Dies würde es den Anteilshabern ermöglichen, zum Schutz ihrer Anteile selbst die Initiative zu ergreifen und auf zielführende Maßnahmen hinzuwirken.

3 Verhältnis der KWG-Maßnahmen zum KredReorgG

Das Verhältnis der Maßnahmen der BaFin nach dem KWG zur Durchführung der Sanierungs- und Reorganisationsverfahren wird in dem Gesetzentwurf des Restrukturierungsgesetzes nur am Rande behandelt. Dieses Verhältnis ist jedoch von entscheidender Bedeutung und geht über den durch die drohenden KWG-Maßnahmen erzeugten abstrakt-generellen Handlungsdruck zur Einleitung der Sanierungs- und Reorganisationsverfahren hinaus.

So dürften die Sanierungs- und Reorganisationspläne nur dann durchführbar sein, wenn nicht parallel die Feststellung des Entschädigungsfalls für die Zwecke der Einlagensicherung erklärt oder ein Insolvenzverfahren durch Gerichtsbeschluss eröffnet wird. Zwar ist davon auszuge-

Linklaters

hen, dass die BaFin in Kenntnis eines Sanierungs- bzw. Reorganisationsverfahrens nicht den Entschädigungsfall feststellen oder einen Insolvenzantrag stellen würde – der Argumentationsaufwand zur juristischen Fundierung dieses Ergebnisses dürfte jedoch erheblich sein. Darüber hinaus sollten aufsichtsrechtliche Vorgaben (z.B. zur Eigenmittelausstattung) während der Dauer des Verfahrens suspendiert sein.

4 Übertragung des Vermögens von Kreditinstituten

Die §§ 48a ff. KWG-Entwurf sehen die Übertragung des Vermögens eines Kreditinstituts einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf einen bestehenden Rechtsträger im Wege der Ausgliederung vor. Voraussetzung für diese Übertragung ist u.a. eine Bestandsgefährdung des Instituts, die die Stabilität des Finanzsystems gefährdet. Die Übertragung des Vermögens von Kreditinstituten auf einen übernehmenden Rechtsträger ist damit praktisch auf systemrelevante Banken begrenzt. Diese Eingrenzung ist sinnvoll; sie trägt der besonderen Verantwortung systemrelevanter Banken für den Finanzsektor Rechnung.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Übertragung des Vermögens bzw. der systemrelevanten Geschäftsbereiche eines Kreditinstituts auf einen übernehmenden Rechtsträger mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein wird. So bedarf die Übertragung von Geschäftsbereichen auf einen anderen Rechtsträger nach unserer Erfahrung – insbesondere auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen bei den „Bad Bank-Modellen“ – einer umfassenden und rechtzeitigen Vorbereitung. Die Übertragung systemrelevanter Teile ist darüber hinaus – im Verhältnis zur Übertragung toxischer Assets – erheblich komplexer, häufig faktisch sogar unmöglich. Der Umfang vorbereitender Maßnahmen, sowohl zur technischen als auch zur rechtlichen Abtrennung der systemrelevanten Teile der Bank wird daher erheblich sein. Ob hierfür bei drohender Bestands- und Systemgefährdung des Kreditinstituts hinreichend Zeit besteht, muss bezweifelt werden. Insofern besteht die Gefahr, dass entweder eine Vermögensübertragung ohne ausreichende Vorbereitung vollzogen wird, oder aber dass die Vermögensübertragung aufgrund einer andauernden Vorbereitung nicht zeitnah vollzogen werden kann. Beide Alternativen sind der Sanierung bzw. der Stabilisierung des betroffenen Kreditinstituts und des Finanzsektors abträglich.

Aus diesem Grund wäre darüber nachzudenken, von systemrelevanten Banken grundsätzlich, d.h. unabhängig von einer Bestands- und Systemgefährdung, eine Organisationsstruktur zu fordern, die im Fall einer solchen Gefährdung eine zeitnahe Übertragung von wesentlichen Geschäftsbereichen auf einen anderen Rechtsträger erleichtert.

5 Vorzeitige Kündigung von Vertragsverhältnissen

Die §§ 45 ff. KWG werden durch den Gesetzesentwurf weitgehend neu gefasst und der BaFin weitreichende (neue) Eingriffsbefugnisse eingeräumt. Die Ausübung der Eingriffsbefugnisse

Linklaters

(insbesondere der Befugnisse nach § 46 ff. KWG-Entwurf) werden üblicherweise als Kündigungsgrund bzw. automatischer Beendigungsgrund („Trigger-Event“) unter den derzeit marktüblichen Rahmenverträgen einzustufen sein. Dies gilt auch für die Wirkungen einer Ausgliederung nach § 48g KWG-Entwurf.

Der Gesetzesentwurf untersagt in § 48g Abs. 7 KWG-Entwurf daher eine Kündigung von Verträgen aus Anlass einer Ausgliederung. Die Regelung stößt jedoch in zweierlei Hinsicht auf Bedenken:

Da die Anordnung zur Übertragung von Vermögenswerten nach § 48g KWG-Entwurf üblicherweise mit dem Erlass anderer Maßnahmen nach dem KWG einhergehen wird, die ihrerseits ebenfalls einen Kündigungs- bzw. Beendigungsgrund darstellen, wird das Verbot des § 48g Abs. 7 KWG-Entwurf in der Praxis in die Leere gehen. So besteht das Risiko, dass parallel ein anderer Kündigungs- oder Beendigungsgrund vorliegt, dessen Geltendmachung durch § 48g Abs. 7 KWG-Entwurf nicht ausgeschlossen ist.

Im Übrigen besteht die Gefahr, dass der Ausschluss des Kündigungsrechts bei Verträgen, die einer ausländischen Rechtsordnung unterstellt sind, keine Wirkungen entfaltet. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass nach § 48j KWG-Entwurf eine Rückübertragung für den Fall möglich sein soll, dass eine Kündigung oder Beendigung erklärt oder behauptet wird.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob aus europarechtlichen Gesichtspunkten die Regeln zum Schutz von Finanzsicherheiten sowie von Zahlungs- und Wertpapiersystemen (entsprechend § 23 KredReorgG) auf § 48g Abs. 7 KWG-Entwurf entsprechend anwendbar zu erklären wären.

6 Dauer des Verfahrens, weiterhin Erfordernis finanzieller Unterstützung

Problematisch ist darüber hinaus auch die Dauer sowohl der Sanierungs- und Reorganisationsverfahren als auch der Übertragung des Vermögens nach §§ 48a ff. KWG-Entwurf. Trotz des Umstandes, dass der Gesetzgeber die Verfahren als deutlich beschleunigte Verfahren ausgestaltet hat, kann spätestens die Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung die Schwierigkeiten des betroffenen Kreditinstituts erheblich intensivieren. Die Publizität der Verfahrenseinleitung und die damit erforderliche Offenlegung der Defizite des Kreditinstituts kann die Refinanzierungsfähigkeit der Bank beeinträchtigen (z.B. durch Rating-Downgrades) und ggf. sogar zu massiven Kapitalabflüssen („bank-run“) führen.

Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden Verfahren nur dann erfolgreich durchgeführt werden können, wenn während der Gesamtdauer des Verfahrens ein Dritter für den Fortbestand des Instituts eintritt. Nur für diesen Fall kann das Institut während der Laufzeit der entsprechenden Verfahren/Maßnahmen einen geordneten Geschäftsbetrieb aufrecht erhalten und erfolgreich saniert werden. Den Verfahrensbeteiligten ist

Linklaters

es nach dem Gesetzesentwurf zwar möglich, diese Hilfe zu organisieren, eine Rechtsgrundlage für entsprechende Maßnahmen des Staates bietet der Gesetzesentwurf jedoch bewusst nicht.

7 Sicherung des Derivate-Clearings

Darüber hinaus ist die Aufnahme von Sonderregelungen für Zahlungs- und Abwicklungssysteme sowie für zentrale Kontrahenten im Rahmen des Restrukturierungsgesetzes erforderlich.

So wäre durch eine gesetzliche Regelung sicherzustellen, dass das Clearing von Verträgen und die Abwicklung von Geschäften durch ein Sanierungs- bzw. Reorganisationsverfahren und durch den Erlass von Maßnahmen nach §§ 46 ff. KWG-Entwurf nicht beeinträchtigt wird.

Problematisch ist hier insbesondere, dass eine Vielzahl von Derivate-Transaktionen unter Einschaltung von sogenannten Clearing-Mitgliedern abgewickelt wird, die die Derivatepositionen als Zwischenpartei für dahinterstehende Marktteilnehmer (im Rahmen sogenannter back-to-back Geschäfte) halten. Unter den vorgesehenen Regelungen besteht das Risiko, dass die Positionen der dahinter stehenden Marktteilnehmer zumindest dann beeinträchtigt werden, wenn das Clearing-Mitglied durch die oben beschriebenen Maßnahmen seinen Verpflichtungen aus dem Derivatekontrakt nicht mehr nachkommt. Hier würde sich anbieten, in das KWG eine Regelung aufzunehmen, nach der eine Möglichkeit zur neutralen Übertragung geclearter Geschäfte durch den zentralen Kontrahenten auf ein anderes Clearing-Mitglied besteht.

8 Restrukturierungsfondsgesetz (RStruktFG)

Die Einführung eines Restrukturierungsfonds zur Vermeidung künftiger Krisen ist grundsätzlich zu begrüßen. Der Restrukturierungsfonds sollte allerdings in ein umfassendes Konzept eingebettet werden, ggf. unter Berücksichtigung künftiger Einlagensicherungssysteme. In jedem Fall sollte ein Restrukturierungsfonds erst nach Abschluss entsprechender Entwicklungen auf europäischer Ebene eingeführt werden, um u.a. Doppelbelastungen für die betroffenen Institute zu vermeiden.

Dann wäre auch sicherzustellen, dass durch den Restrukturierungsfonds keine Wettbewerbsverzerrungen entstehen. So werden Zweigniederlassungen von Instituten mit Sitz in einem Drittstaat – anders als die Zweigniederlassungen von EU-Instituten – von der Beitragspflicht erfasst, obwohl sie ihrerseits ggf. in ihrem Heimstaat ebenfalls bereits einer vergleichbaren Beitragspflicht unterliegen.

Andreas Steck