

Priv.-Doz. Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M.
Kirchstraße 5 – 79100 Freiburg
E-mail: jensbinder@hotmail.com

PRIV.-DOZ. DR. JENS-HINRICH BINDER, LL.M.
KIRCHSTR. 5 • D-79100 FREIBURG IM BREISGAU

An den
Vorsitzenden des Finanzausschusses
des Deutschen Bundestags
Herrn Dr. Volker Wissing, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Freiburg, den 30.09.2010

Öffentliche Anhörung zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)

- Schriftliche Stellungnahme -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

haben Sie vielen Dank für die freundliche Einladung zur öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses am 6. Oktober 2010 sowie für die Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme zum vorbezeichneten Gesetzentwurf, die ich nachfolgend gerne wahrnehme.

I. Vorbemerkung

Wie bereits der durch BMF und BMJ im Frühjahr 2009 vorgelegte Diskussionsentwurf¹ ist auch der vorliegende Referentenentwurf durch ein Zwei-Ebenen-System gekennzeichnet: Während die *erste Ebene* – in Gestalt des als Art. 1 vorgesehenen Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten – den Rahmen für eine im Wesentlichen auf Initiative der betreffenden Institute selbst zu betreibende Sanierungslösung bieten soll, eröffnet die *zweite Ebene* (neben sonstigen Änderungen im aufsichtsrechtlichen Instrumentarium nach dem KWG) die Möglichkeit zu einer Übertragungsanordnung (bzw. einer Ausgliederung)

¹ Hierzu bereits *Binder*, Regeln und Verfahren für die Restrukturierung von Banken, Vortrag, Bundesministerium der Finanzen, Berlin, 4.1.2010; siehe nunmehr auch *Eidenmüller*, Restrukturierung systemrelevanter Finanzinstitute, in: FS Hopt 2010, S. [] (im Erscheinen, die nachfolgend zitierten Textfundstellen entsprechen der im Internet unter www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/_dokumente/fs_hopt.pdf vorveröffentlichten Fassung).

nach ausländischen Vorbildern. Schon wegen der unterschiedlichen Grundkonzepte ist im Folgenden strikt zwischen beiden Ebenen zu trennen. Die Tauglichkeit der auf der ersten Ebene vorgesehenen Maßnahmen und Verfahren mit Blick auf die spezifische Interessen- und Problemlage in der Insolvenz großer, komplexer Kreditinstitute erscheint in der im Entwurf vorliegenden Fassung zumindest zweifelhaft (unten II.). Rechtsvergleichend sind derartige Lösungen eher singulär. Dagegen sind die mit den in Art. 2 des Gesetzes vorgesehenen Änderungen des Kreditwesengesetzes als Annäherung an international zunehmend akzeptierte Standards im Grundsatz und weitgehend auch im Detail zu begrüßen (unten III.). Derzeit nicht abschließend, aber tendenziell positiv zu bewerten ist auch die Einführung des vorgesehenen Restrukturierungsfonds (unten IV.). Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die damit umrissenen Schwerpunkte des Reformvorhabens; die weiteren Änderungen bleiben unberücksichtigt.

II. Zum Gesetz zur Reorganisation für Kreditinstitute

1. Sanierungsverfahren

a) Allgemeine Überlegungen

Gemessen am Maßstab des ökonomischen Anforderungsprofils, dem jeder Rechtsrahmen für die verfahrensförmige Insolvenzbewältigung gerecht werden muss,² erscheint die Praktikabilität des in Abschnitt 2 des Gesetzes zur Reorganisation für Kreditinstitute geregelten *Sanierungsverfahrens* in der Entwurfsfassung zweifelhaft. Schon grundsätzlich bleibt offen, welcher Mehrwert mit der Gestaltung als gerichtliches Verfahren im Vergleich mit einer verfahrensfreien, allein auf Initiative der Unternehmensleitung bzw. der Gesellschafter betriebenen Sanierungslösung im Hinblick auf die Erreichung des Sanierungserfolgs verbunden sein soll. Unklar bleiben damit zugleich die Anreize für Unternehmensleitung bzw. die Gesellschafter des Instituts, das vorgesehene Verfahren einzuleiten.

Derartige Sanierungen waren schon bislang – nicht anders als bei Unternehmen außerhalb des Finanzsektors – ohne weiteres möglich, wenn sich Fehlentwicklungen im Hinblick auf die Solvenz- und/oder Liquiditätsposition des betreffenden Instituts abzeichneten, ohne dass es bereits zur konkreten Gläubigergefährdung und damit zum Eintritts des Insolvenzgrunds der Überschuldung (§ 19 InsO), der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder gar der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) gekommen wäre. Verfah-

² Dazu in jüngerer Zeit eingehend *Binder*, Bankenintervention und Bankenabwicklung in Deutschland: Reformnotwendigkeiten und Grundzüge eines verbesserten Rechtsrahmens. Arbeitspapier Nr. 5/2000 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, abrufbar unter www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/download/publikationen/arbeitspapier_05_2009.pdf, S. 4 ff.

rensfreie Restrukturierungen bzw. Rekapitalisierungen, etwa durch Eintritt eines finanzstarken Investors oder mit Unterstützung des Einlagensicherungsfonds, waren – zumal im Vergleich mit praktisch kaum möglichen und kaum je erfolgreichen Sanierungen aus einem aufsichtsrechtlichen Moratorium (§ 46a KWG) heraus – auch durchaus erfolgreich. Dies lag (und liegt) gerade auch daran, dass die Sanierungsaussichten bei rein unternehmensintern geführten, ggf. von der Aufsicht nach § 45 KWG angeregten und begleiteten Restrukturierungsmaßnahmen gerade *nicht* öffentlich bekannt werden, so dass weder unkontrollierbare Abzüge von Einlagen (Bank Runs) noch ein Eingreifen marktüblicher Beendigungs- und Verrechnungsklauseln auf schwebende Derivatgeschäfte mit der Folge weiterer und schwer kompensierbarer finanzieller Verluste drohen.³

Diese Vorteile einer *verfahrensfreien* Sanierung entfallen im vorgesehenen „Sanierungsverfahren“ in der Entwurfsfassung schon deshalb, weil es sich um ein zwar flexibel ausgestaltetes, aber eben gerichtliches Verfahren handelt, das mit entsprechenden Publizitätswirkungen einhergeht und damit öffentlich auf die Schieflage des Instituts geradezu aufmerksam macht. Zudem wird das Verfahren wohl eher schwerfällig, weil stark formalisiert ausfallen. Spätestens mit der Entscheidung des OLG über den Antrag der Bundesanstalt nach § 2 Abs. 3 KredReorgG wird m.E. kaum mehr damit zu rechnen sein, dass sich der Geschäftsbetrieb des betreffenden Instituts in der bisherigen Form wird weiterführen lassen. Auch wenn beispielsweise die Einlagensicherung sich bereiterklärte, das Risiko etwaiger Verluste infolge eines möglichen Scheiterns der Sanierungsbemühen zu übernehmen, dürfte insbesondere in einer insgesamt angespannten Marktlage, z.B. einer systemischen Finanzkrise, zu erwarten sein, dass die Einleger der weiteren Entwicklung praktisch „zusehen“ werden, ohne ihre Einlagen im Rahmen der allgemeinen vertraglichen Möglichkeiten dazu abzuheben und damit dem Institut dringend benötigtes Einlagengeschäft zu entziehen. Gleichfalls dürften sonstige Marktteilnehmer, die mit dem Institut etwa im Interbanken-Geldmarkt kontrahiert haben, ihre Positionen zu sichern versuchen, sobald die finanzielle Schieflage mit der Verfahrenseröffnung öffentlich geworden ist. Eine geordnete Restrukturierung wird infolge dieser Reaktionen selbst in ursprünglich durchaus aussichtsreichen Fällen vielfach nicht mehr möglich sein, noch ohne dass es dafür auf die Frage ankommt, ob möglicherweise bereits die Eröffnung eines gerichtlichen Sanierungsverfahrens als „termination event“ unter den gängigen Rahmenverträgen für Derivatge-

³ Siehe dazu bereits *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht, 2005, S. 521 ff.

schäfte zu qualifizieren ist und damit zu einem Wegfall der betreffenden Geschäfte insgesamt (ggf. mit systemischen Implikationen) führen könnte.⁴

Hinzuzufügen bleibt, dass diese Nachteile durchaus ohne Not in Kauf genommen werden. Denn eine gerichtliche Entscheidung über das Sanierungsverfahren ist angesichts des Anwendungsbereichs des Sanierungsverfahrens – grundsätzlich nur Fälle, in denen Wirkungen zu Lasten Dritter ausgeschlossen sind,⁵ in denen also auch eine Einbeziehung der Forderungen und sonstigen Vermögensrechte Dritter nicht notwendig erscheint, um einen Sanierungserfolg herbeizuführen – von vornherein nicht notwendig: Sind keine konkreten Auswirkungen der Unternehmenssanierung auf Dritte zu befürchten, ist kein Grund ersichtlich, eine gerichtliche Entscheidung zu ihrem Schutz herbeizuführen. In solchen Fällen ist es nicht notwendig, vom bisherigen, auf aufsichtsrechtliche Maßnahmen beschränkten Regelungskonzept abzuweichen (siehe aber sogleich sub b) bb) zum Sonderproblem insolvenzprivilegierter Neuforderungen nach § 2 Abs. 2 Satz 3 KredReorgG-E). Vor diesem Hintergrund wäre zu erwägen, die derzeit als §§ 2-6 KredReorgG-E vorgesehenen Maßnahmen unter Wegfall der gerichtlichen Verfahrenskontrolle von vornherein in die aufsichtsrechtlichen Eingriffsbefugnisse nach §§ 45, 45c KWG-E (zu diesen noch unten sub III.) zu integrieren und als *aufsichtsrechtlich* begleitetes Sanierungsverfahren und mithin als *bipolares* Rechtsverhältnis zwischen Aufsicht und betroffenem Institut auszugestalten. Rechtsvergleichend bieten hierfür die Artt. 29 ff. des 2003 neu gefassten Schweizer Bankgesetzes denkbare Regelungsvorbilder. Allerdings ist auch bei einer derartigen Ausgestaltung zu berücksichtigen, dass die Sanierungsaussichten mit zunehmender Formalisierung des Verfahrens abnehmen, die zugleich das Risiko eines öffentlichen Bekanntwerdens mit entsprechenden Konsequenzen für das Vertrauen der Einleger und institutionellen Marktteilnehmer in die Solvenz und Liquidität des betreffenden Instituts verringert. Insoweit ist aufschlussreich, dass eine nennenswerte praktische Bedeutung des förmlichen Sanierungsverfahrens nach Schweizer Recht bislang nicht zu erkennen ist.⁶

⁴ Vgl. allgemein *Binder*, Bankenintervention (Fn. 2), S. 16 f.

⁵ Vgl. Begr. RefE, S. 62.

⁶ Dazu Eidgen. Bankenkommission, Bankinsolvenz. Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, EBK-Bankinsolvenzbericht (abrufbar unter www.finma.ch/archiv/ebk/d/aktuell/20080128/20080128_d.pdf), Januar 2008, S. 15 ff.

b) Einzelfragen

aa) Sanierungsberater (§ 4 KredReorgG-E)

Funktion und Kompetenzen des „Sanierungsberaters“ nach § 4 KredReorgG-E sind bereits vor dem Hintergrund der vorstehend entwickelten Zweifel, vor allem aber auch mit Blick auf die parallel bestehenden aufsichtsrechtlichen Kompetenzen zur Bestellung eines Sonderbeauftragten (§ 45c KWG-E) unklar. Gerade wenn das Initiativrecht für die Einleitung eines Sanierungsverfahrens ausschließlich beim betreffenden Institut selbst angesiedelt sein soll (vgl. § 2 Abs. 1 KredReorgG-E), fällt schwer zu erkennen, weshalb es – neben der in dieser Situation ebenfalls tatbestandlich möglichen – Bestellung eines Sonderbeauftragten eines mit Eingriffsbefugnissen (vgl. insbes. § 4 Abs. 1 Nr. 4 und 5 KWG) ausgestatteten „Sanierungsberaters“⁷ bedarf: *Entweder* es bestehen auf Seiten des Instituts hinreichende Anreize zur Verfahrensdurchführung (dazu siehe bereits oben); dann wird auch die Kooperation der Unternehmensleitung insoweit nicht erzwungen werden müssen und kann die Überwachung des Verfahrens im öffentlichen Interesse einem Sonderbeauftragten nach § 45c KWG-E überlassen bleiben. *Oder* derartige Anreize fehlen, z.B., weil Unternehmensleitung und/oder Gesellschafter aufgrund vorangegangenen Fehlverhaltens, etwa durch Verstöße gegen gesellschaftsrechtliche Kapitalschutzbestimmungen, mit Haftungsanktionen zu rechnen haben. Dann wird es aber bereits nicht zur Einleitung eines entsprechenden Verfahrens durch das Institut selbst kommen, so dass die Eingriffsbefugnisse des „Sanierungsberaters“ von vornherein bedeutungslos sind.⁸ Auch dies streitet für die oben erwogene Einbettung der als Sanierungsverfahren nach §§ 2-6 KredReorgG-E vorgesehenen Maßnahmen in das Aufsichtsrecht.

bb) Insolvenzprivilegierte Neuforderungen (§ 2 Abs. 2 Satz 3 KredReorgG-E)

Besonders problematisch erscheint sodann die in § 2 Abs. 2 Satz 3 KredReorgG-E vorgesehene Möglichkeit, zur Finanzierung des Sanierungsvorhabens insolvenzrechtlich privilegierte Forderungen zu begründen, die im Falle eines späteren Insolvenzverfahrens bereits begründeten Insolvenzforderungen im Rang vorgingen. An dieser Stelle wird der Grundsatz, das Sanierungsverfahren Fällen vorzubehalten, in denen es noch nicht zu einer Gefährdung von Drittinteressen gekommen ist (s.o.), nicht präzise durchgehalten.

⁷ Die Bezeichnung als „Berater“ erscheint angesichts eben dieser Eingriffsbefugnisse zumindest irreführend.

⁸ Vgl. auch die auf entsprechenden Erwägungen beruhende Kritik von *Eidenmüller*, a.a.O. (Fn. 1), S. [12 f.] an entsprechenden Vorschlägen im 2009 vorgelegten Diskussionsentwurf.

Zudem ist mit Blick auf den verfassungsrechtlich abgesicherten Justizgewähranspruch⁹ von vornherein zweifelhaft, ob die damit verbundene *künftige* rechtliche und wirtschaftliche Beeinträchtigung etwaiger (Insolvenz-) Gläubiger rechtlich in der vorgeschlagenen Form überhaupt zulässig ist. Danach ist Rechtsschutz zu gewähren, sobald privatrechtlich begründete Forderungsrechte beschnitten werden. Dass die hiervon betroffenen Gläubiger – soweit ersichtlich – im Verfahren nach § 3 Abs. 1 KredReorgG-E nicht zu beteiligen sind, dürfte diesen Anforderungen nicht genügen. Dies lässt sich – entgegen der vorgelegten Begründung (Begr. RegE, BR-Drs. 534/10, S. 68) – zunächst nicht unter Berufung darauf von der Hand weisen, dass die Benachteiligung ungewiss ist und sich überhaupt erst in einem späteren, nämlich dem rechtlich selbständigen Insolvenzverfahren realisiert. Denn nach dem Entwurf ist der spätere Rangverlust bereits im Sanierungsverfahren abschließend begründet, ohne dass sich die Betroffenen hiergegen zur Wehr setzen könnten; dass sie im späteren Insolvenzverfahren zu beteiligen wären, ändert hieran nichts mehr. Ebenso wenig trägt vor diesem Hintergrund der Hinweis auf die Parallele zu § 264 InsO (Begr. RegE, BR-Drs. 534/10, S. 68). Denn anders als im Sanierungsverfahren ist im Insolvenzplanverfahren umfassende Gläubigerbeteiligung – und damit die Einhaltung der Anforderungen aus dem Justizgewährungsanspruch – ja gewährleistet.

cc) Gerichtliche Maßnahmen (§ 5 KredReorgG-E)

Unklar bleibt abschließend auch das Bedürfnis nach den in § 5 des Entwurfs vorgesehenen gerichtlichen Maßnahmen. Die Maßnahmen entsprechen im Wesentlichen den in § 45 KWG vorgesehenen aufsichtsrechtlichen Eingriffsbefugnissen der BaFin, die schon nach bisherigem Recht ggf. flankierend zu unternehmensinternen Sanierungsbemühungen ausgeübt werden können. Die *zusätzliche* Möglichkeit für das OLG, derartige Maßnahmen anzuordnen, begründet eine unnötige Kompetenzverdopplung mit der möglichen Folge von Abstimmungsproblemen mit bereits getroffenen oder später hinzutretenden aufsichtsrechtlichen Anordnungen, ohne dass dafür ein praktischer Grund vorläge. Auch dieser Umstand zeigt, dass die Beteiligung eines Gerichts an unternehmensseitig durchgeführten Sanierungsbemühungen außerhalb eines Insolvenzverfahrens oder gleichwertiger aufsichtsrechtlicher Maßnahmen letztlich wenig sinnvoll ist.

⁹ Das Bundesverfassungsgericht entnimmt diesen dem jeweils betroffenen Grundrecht (z.B. Artt. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip; vgl. grundlegend BVerfGE 35, 348, 36; in Fortführung auch BVerfGE 79, 80, 84; 85, 337, 345; 88, 118, 123; dazu etwa *Baur/Stürmer* (1990), Rn. 6.1; *Stürmer*, in: Münchener Kommentar (2007), Einleitung Rn. 77.

2. Reorganisationsverfahren

a) Grundsätzliche Zweifel

Für das als Abschnitt 3 des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes in Anlehnung an das Insolvenzplanverfahren nach §§ 217 ff. InsO vorgesehene Reorganisationsverfahren gelten im Grundsatz auch und erst recht die Vorbehalte, die oben hinsichtlich der Tauglichkeit des Sanierungsverfahrens entwickelt worden sind. Gerade in der Frühphase der Krisenbewältigung, auf die das Verfahren zugeschnitten ist, ist die Weiterführung der Geschäfte bei gleichzeitiger Durchführung eines förmlichen, gerichtlich geführten Reorganisationsverfahrens ohne die geschilderten, per se sanierungsfeindlichen Reaktionen von Einlegern und sonstigen Marktteilnehmern im Regelfall praktisch schwer vorstellbar. Das Reorganisationsverfahren weist insoweit keinen Unterschied zum Insolvenzplanverfahren auf, das aus vergleichbaren Gründen von vornherein als strukturell sanierungsfeindlich zu qualifizieren ist, soweit es um die Bewältigung von Insolvenzen im Kreditwesen geht.¹⁰

Der eigentliche praktische Anwendungsbereich für das Reorganisationsverfahren könnte nach alledem – entgegen Wortlaut und Telos der Regelungen – weniger in der verfahrensförmigen *Restrukturierung* insolvenzbedrohter Institute zu suchen sein als vielmehr in der *Abwicklung* insolventer Institute, bei denen sich (etwa nach einer Übernahme durch den SoFFin nach gegenwärtigem Recht bzw. unter Mitwirkung des künftig geplanten Restrukturierungsfonds) bereits ein Eigentümerwechsel vollzogen hat und nunmehr durch eine zeitlich gestreckte Liquidation versucht werden soll, den Marktaustritt in einer für den übernehmenden Rechtsträger schonenden Weise zu gestalten. Ob es dafür eines gesonderten Verfahrens bedarf, oder ob für *diesen* Zweck nicht tatsächlich statt dessen – in Gestalt eines Liquidationsplans – auf die Vorschriften der Insolvenzordnung über das Insolvenzplanverfahren zurückgegriffen werden könnte,¹¹ erscheint immerhin zweifelhaft, kann aber im vorliegenden Rahmen nicht abschließend bewertet werden.

b) Behandlung von Beendigungs- und Verrechnungsklauseln in Finanzmarktverträgen, insbesondere Derivaten

Problematisch sind zudem die Regelungen zu den Auswirkungen des Verfahrens auf die Rechtsverhältnisse bei marktüblichen Finanzmarktverträgen, insbes. Derivat- und Geldmarktgeschäften (§ 13 KredReorgG-E). Im Hinblick auf die zeitweise Suspension der Be-

¹⁰ Vgl. eingehend bereits *Binder*, Bankeninsolvenzen, a.a.O. (Fn. 3), S. 544 ff.; ähnlich jetzt auch *Eidenmüller*, a.a.O. (Fn. 1), S. 8 f.

¹¹ Vgl. dazu bereits *Binder*, Bankeninsolvenzen, a.a.O. (Fn. 3), S. 569.

endigungsrechte erscheint zweifelhaft, ob der von der Begründung (Begr. RegE, BR-Drs. 534/10, S. 79) in Aussicht genommene Verfahrensablauf, wonach bereits bei Eintritt ins Verfahren eine Einigung mit den Gläubigern entsprechender Forderungen abgeschlossen worden sein dürfte, insbesondere in Fällen komplexer Derivatbestände wirklich realistisch ist. Hier steht der Vorschlag vor einem gewissen Dilemma: Einerseits trifft zwar vermutlich zu, dass eine derart kurz befristete Aussetzung der marktüblichen vertraglichen Kündigungsrechte und Beendigungsklauseln in der Tat als solche marktschonend auszugestaltet ist. Ohne einen Austausch der insolventen bzw. insolvenzbedrohten gegen eine unzweifelhaft solvente Gegenpartei *nach* Ablauf des Suspensivzeitraums, wie sie sich mittlerweile zunehmend als international üblicher Standard etabliert,¹² steht allerdings zu befürchten, dass die jeweiligen Gegenparteien ihre vertraglichen Kündigungsrechte dann unverzüglich ausüben werden, um sich vor etwaigen Kürzungen ihrer Forderungen in Umsetzung der Festsetzungen des Reorganisationsplans zu schützen. Damit würden letztlich die gleichen – in jeder Hinsicht, d.h. bezogen auf den individuellen Sanierungserfolg ebenso wie auf den Schutz der Systemstabilität insgesamt, kontraproduktiven – Konsequenzen heraufbeschworen, die die sofortige Einleitung eines Insolvenzverfahrens hätte. Auch ausländische Rechte, an denen sich der Vorschlag insoweit möglicherweise orientiert hat, schützen vor diesem Hintergrund die Gegenparteien derartiger Kontrakte deutlich stärker und erkennen deren Recht auf Beendigung der unter entsprechenden Rahmenverträgen eingegangenen Verträge in deutlich größerem Umfang an.¹³ Dahinter bleibt die vorgeschlagene Regelung zurück, was angesichts der potentiell erheblichen systemischen Implikationen nochmals durchdacht werden sollte.

III. Zu den vorgeschlagenen Änderungen im Kreditwesengesetz

Anders als die im Entwurf eines Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes vorgesehenen Verfahrensarten (s.o.) orientieren sich die vorgesehenen Änderungen und Ergänzungen im aufsichtsrechtlichen Instrumentarium nach dem Kreditwesengesetz weitestgehend an international etablierten Standards. Dies gilt zunächst für die systematische Neuausrichtung der den Tatbeständen der §§ 45 und 46 KWG zugeordneten aufsichtsrechtlichen Eingriffskompetenzen der BaFin und sodann vor allem für das neu geschaffene Instrument der Übertragungsanordnung (§§ 48a ff. KWG-E). Diese konzeptionelle Neuausrichtung ist

¹² Vgl. nur Basel Committee on Banking Supervision, Report and Recommendations of the Cross-Border Bank Resolution Group, March 2010 (abrufbar unter www.bis.org/publ/bcbs169.pdf), Tz. 115 ff.

¹³ Vgl. zur Rechtslage in den USA etwa die Regelung in 12 USC § 1821(e), die eine Suspension von Beendigungsklauseln für den Zeitraum bis zur Übertragung des Vertrags auf ein anderes Institut vorsieht; für England siehe nunmehr die ergänzenden Bestimmungen der Banking Act 2009 (Restriction of Partial Property Transfers) Order 2009, SI 2009 No. 322, die – in articles 3 sowie 5-9 und 11 – u.a. die Beendigungsklauseln in Standard-Rahmenverträgen besonders schützt.

grundsätzlich uneingeschränkt zu begrüßen.¹⁴ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf eine – nicht abschließende – Aufzählung von Einzelfragen, ohne dass hinsichtlich der Grundkonzeption wesentlicher Änderungsbedarf zu konstatieren wäre. Zusätzlich wünschenswert wären allerdings eine stärkere Verzahnung der Eingriffskompetenzen für besondere Fälle mit den allgemeinen Kompetenzen nach §§ 35 ff., insbes. § 36 KWG,¹⁵ ggf. die Integration der bislang als §§ 2-6 KredReorgG-E vorgesehenen Sanierungsmaßnahmen in den neu gefassten § 45 KWG (dazu bereits oben sub II. 1.) und eine Ergänzung der Übertragungsanordnung nach §§ 48a ff. KWG um Maßnahmen zur Übertragung von Kapitalanteilen. Im Einzelnen:

1. Änderungen im allgemeinen aufsichtsrechtlichen Eingriffsinstrumentarium (§§ 45-46d KWG-E)

a) Neufassung des § 45 KWG

Die umfassende Erweiterung der aufsichtsrechtlichen Eingriffsbefugnisse nach § 45 KWG ist uneingeschränkt sinnvoll und zu begrüßen. Sie trägt dem Bedürfnis Rechnung, dass die BaFin schon bei sich abzeichnenden Fehlentwicklungen im Hinblick auf die Eigenmittel- und Liquiditätsposition der Institute möglichst umfassende Einwirkungsmöglichkeiten, insbesondere das Recht, einen Sanierungsplan verlangen zu können, erhalten sollte. Dies entspricht international inzwischen weithin etablierten Standards.¹⁶ Eine derartige Vorgehensweise war nach bisherigem Recht – systematisch und mit Blick auf die Intensität des damit verbundenen Grundrechtseingriffs unbefriedigend – nur mit einer Hilfskonstruktion, nämlich mittels eines entsprechend konkretisierten Abhilfeverlangens nach § 45 Abs. 2 Satz 1 KWG, möglich. Dieses konnte in der Aufsichtspraxis als Instrument herangezogen werden, dem betreffenden Institut Forderungen zu unterbreiten, die über die an sich nach § 45 Abs. 1 KWG eröffneten Maßnahmen hinausgehen.¹⁷ Diese Inkongruenz zwischen den Eingriffskompetenzen und dem Inhalt des Abhilfeverlangens (vgl. nunmehr § 45 Abs. 5 KWG-E) wird durch die vorgeschlagene Neufassung beseitigt. Wie ausgeführt (sub II. 1. a)) wäre allerdings zu erwägen, die bislang als §§ 2-6 KredReorgG-E vorgesehenen Sa-

¹⁴ Vgl. dazu bereits *Binder*, WM 2006, 2114 ff.; *dens.*, Bankenintervention, a.a.O. (Fn. 2), S. 25 ff. und 49 ff. (mit entsprechenden Vorschlägen).

¹⁵ Vgl. dazu bereits *Binder*, WM 2006, 2114, 2123.

¹⁶ Vgl. z.B. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Aufsichtsempfehlungen für die Behandlung schwacher Banken. Bericht der Task Force „Schwache Banken“ (abrufbar unter www.bis.org/publ/bcbs88ger.pdf), Tz. 88 ff., 136; siehe auch *Asser*, Legal Aspects of Regulatory Treatment of Banks in Distress, 2001, S. 76; *Binder*, Bankenintervention, a.a.O. (Fn. 2), S. 38 ff.

¹⁷ *Binder*, WM 2006, 2114, 2116 m.w.N.

nierungsmaßnahmen (mit den insoweit gebotenen Änderungen) in das aufsichtsrechtliche Eingriffsinstrumentarium nach § 45 KWG zu integrieren.

b) Sonderbeauftragter (§ 45c KWG)

Die Einführung eines „Sonderbeauftragten“ mit den in § 45c KWG-E im Einzelnen spezifizierten Kompetenzen erscheint grundsätzlich als sinnvolle Erweiterung des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums für den Krisenfall. Das neue Institut beseitigt insbesondere die Anwendungsprobleme, die sich aus der unzureichenden Ausgestaltung der Kompetenzen der bisherigen Aufsichtsperson i.S.d. § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG ergaben, die zudem in der Literatur sehr kontrovers beurteilt wurden und damit kaum rechtssicher gestaltbar waren.¹⁸ Auffällig und angesichts der damit verbundenen Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche sehr bedenklich ist allerdings, dass § 45c KWG in der vorliegenden Entwurfsfassung seine Tatbestandsvoraussetzungen nur sporadisch und im Rahmen der Regelbeispiele nach Abs. 2-E definiert. Außerhalb dieser Regelbeispiele lässt die Ansiedlung der Vorschrift nach der Bestimmung des § 45 KWG zwar bei systematischer Auslegung erkennen, dass wohl zumindest vergleichbare Voraussetzungen auch für die Bestellung eines Sonderbeauftragten vorliegen müssen. Zwingend ist dies jedoch nicht; insoweit sollte durch Bezugnahme auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 45 KWG im Tatbestand des § 45c KWG-E Klarheit geschaffen werden. In diesem Zusammenhang fällt zudem auf, dass die Vorschrift zu sehr weitgehenden Eingriffen in die Organisationsverfassung der Institute ermächtigt, die bei bloßen Unterschreitungen der aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an Eigenmittel und Liquidität nicht in jedem Fall zwingend erreicht sein müssen. Inhaltlich wird, sollte tatsächlich auf die Eingangsvoraussetzungen des § 45 KWG abgestellt werden, eine Eingriffskompetenz bereits in die Frühphase der Krisenbewältigung vorgezogen, die nach bisherigem Recht (vgl. nochmals § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG) dem Stadium der Insolvenzreife („Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen“) vorbehalten war. Dies ist zwar vertretbar, doch sollten insofern Abstufungen hinsichtlich der Reichweite der Eingriffskompetenzen erwogen werden, um die Verhältnismäßigkeit der Vorschrift zu gewährleisten. Sinnvoll wäre auch eine verbesserte Abstimmung mit der Vorschrift des § 36 KWG sowie jedenfalls eine verbesserte Abstimmung mit den Maßnahmen nach §§ 2-6 KredReorgG-E (dazu oben sub II. 1.).

¹⁸ Dazu *Binder*, Bankeninsolvenzen, a.a.O. (Fn. 3), S. 229 f.

c) Neufassung des § 46 KWG unter Aufgabe des bisherigen § 46a KWG

Die Konsolidierung der bisherigen §§ 46, 46a KWG zu einem einheitlichen Tatbestand ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sie beseitigt zahlreiche Auslegungs- und Anwendungsprobleme, die sich aus dem unklaren systematischen Verhältnis beider Vorschriften zueinander seit der Einführung des § 46a KWG durch die KWG-Novelle 1976 ergeben haben.¹⁹ Insofern erfüllt die Neuregelung ein dringliches Desiderat, das die bisher aufgetretenen Defizite nachhaltig bereinigt. Wünschenswert und angesichts des hierzu nach wie vor geführten Meinungsstreits sinnvoll wäre allerdings eine Anpassung auch der Tatbestandsvoraussetzungen. Der Begriff der „Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen“ ist in Literatur und Rechtsprechung bislang nicht mit hinreichender Klarheit auskonturiert worden; insoweit wäre eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut sachdienlich, dass eine solche Gefahr zumindest im Falle des Vorliegens eines der in der InsO geregelten Insolvenzgründe (§§ 17-19 InsO) vorliegt.²⁰

d) Neufassung des § 46b KWG

Die Stärkung der Beteiligtenrechte der BaFin im Insolvenzverfahren ist im Interesse einer praktikablen Einbettung der Aufsicht in die Durchführung des Verfahrens grundsätzlich sinnvoll und begrüßenswert. Dies gilt insbesondere auch für die Berichtspflicht des Insolvenzverwalters nach § 46b Abs. 3 KWG-E. Zweifelhaft erscheint allerdings jedenfalls prima facie, ob die Verpflichtung des Insolvenzrichters hinsichtlich der Auswahl des Insolvenzverwalters nach § 46b Abs. 1 Satz 6, 1. Hs. KWG-E mit der Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit des Richters vereinbar ist.

2. Besondere Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems

a) Allgemeine Überlegungen

Das Verfahren nach §§ 48a ff. KWG-E ähnelt in Zielrichtung und Details der Ausführung Verfahrensarten, wie sie teilweise bereits lange vor der globalen Finanzkrise der Jahre 2008 und 2009 insbesondere in den USA und seitdem auch in Großbritannien etabliert worden sind.²¹ Die Übertragung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten insolventer Institute entweder unmittelbar auf ein anderes, solventes Institut (ggf. mit finanzieller Un-

¹⁹ Dazu eingehend *Binder*, Bankeninsolvenzen, a.a.O. (Fn. 3), S. 291 ff., 527 ff.

²⁰ Vgl. dazu eingehend *Binder*, Bankeninsolvenzen, a.a.O. (Fn. 3), S. 133 ff., insbes. S. 141 ff.

²¹ Vgl. im Überblick etwa *Binder*, ZBB 2009, 19, 23 ff.; weitere Beispiele bei *LaBrosse*, in: ders./Olivares-Caminal/Singh (Hrsg.), *Financial Crisis Management and Bank Resolution*, 2009, S. 217, 221 ff.

terstützung durch den Einlagensicherungsfonds²² oder staatlicher Stellen²³) oder eine zur vorübergehenden Aufnahme hoheitlich errichtete Bridge Bank hat sich in der Vergangenheit als Instrument bewährt, mit dem die ordnungspolitischen Ziele des Insolvenzrechts erreicht und finanzielle Belastungen des Fiskus zumindest eingedämmt werden können, ohne durch die sofortige Schließung der betreffenden Institute und die sofortige Beendigung der systemrelevanten Austauschbeziehungen zu Dritten (insbes. in den Interbank-Geld- und Derivatmärkten) das nationale und globale Finanzsystem zu belasten. Mit Blick auf diese positiven Erfahrungen werden derartige Modelle auf der Ebene der internationalen Standardsetzung inzwischen geradezu als „best practice“ zur Übernahme auch durch andere Rechtsordnungen empfohlen.²⁴

Mit Blick auf diese überaus positive Bewertung sollte allerdings festgehalten werden, dass sich derartige Instrumente zwar für systemrelevante Institute mittlerer Größe durchaus bewährt haben. Ihre Tauglichkeit für Insolvenzszszenarien in Großbanken, die in weltweit operierende Konzernstrukturen eingebunden sind und als Händler oder Gegenpartei bedeutende Positionen in einzelnen Märkten einnehmen, ist allerdings bislang empirisch nicht erwiesen, kaum ex ante zuverlässig zu prognostizieren und insgesamt eher skeptisch zu bewerten: Ob sich derartige Transaktionen tatsächlich innerhalb des zur Verfügung stehenden kurzen Zeitraums marktschonend ins Werk setzen lassen, begegnet schon angesichts der rechtlichen und wirtschaftlichen Komplexität der Rechtsverhältnisse in entsprechenden Konstellationen, die durch die Notwendigkeit einer Abstimmung mit zahlreichen Auslandsrechten noch gesteigert wird, nicht unerheblichen Zweifeln. Hier wäre es von vornherein empfehlenswert gewesen, eine Alternative zur rechtlich komplexen Übertragung einzelner Vermögenswerte und Verbindlichkeiten in Gestalt einer auf die *Anteile* am insolvenzreifen Institut bezogenen Übertragungsanordnung vorzusehen, die praktisch eine Enteignung der Anteilseigner bewirken würde. In Großbritannien ist eine derartige Initiative in Gestalt der sog. share transfer order gesetzlich vorgesehen;²⁵ hierin dürfte letztlich das einzig praktikable Werkzeug liegen, um eine anreizkompatible Sicherung des Geschäftsbetriebs bei gleichzeitiger Beibehaltung der Anreizstruktur eines förmlichen Insolvenzverfahrens insbesondere für die Anteilseigner sicherzustellen.

²² So in den USA, wo die entsprechenden Kompetenzen bei der hoheitlich errichteten Federal Deposit Insurance Corporation angesiedelt sind.

²³ So im Vereinigten Königreich (vgl. Banking Act 2009, sections 228 ff.).

²⁴ Siehe nochmals oben bei und in Fn. 12.

²⁵ Banking Act 2009, sections 14 ff., insbes. section 16.

b) Einzelfragen

aa) Abstimmung mit dem Reorganisationsverfahren (§ 48 Abs. 2 KWG-E)

Die Abstimmung ist gelungen, ändert aber nichts daran, dass diese Alternative mit Blick auf die oben entwickelten Vorbehalte gegenüber der Tauglichkeit des Reorganisationsverfahrens als Instrument zur Sanierung systemrelevanter Institute voraussichtlich kaum praktische Bedeutung erlangen wird.

bb) Schranken für die Auswahl geeigneter übernehmender Rechtsträger (§ 48 Abs. 5 KWG-E)

Die Bestimmung soll erkennbar sicherstellen, dass nur solche Unternehmen als übernehmender Rechtsträger in Betracht kommen, bei denen die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an den Geschäftsbetrieb von Kreditinstituten bzw. an die Eigentümer von Instituten gewährleistet werden kann. Dies ist grundsätzlich sachgerecht, hätte sich aber möglicherweise auch durch eine Verweisung auf die diesbezüglichen allgemeinen Vorschriften des KWG erreichen lassen. Insoweit wäre auch eine verbesserte Abstimmung mit der Regelung des § 48g Abs. 5 KWG-E sinnvoll. Gemeinschaftsrechtlich zweifelhaft erscheint allerdings die Regelung in § 48 Abs. 5 Nr. 2 KWG-E (Hauptverwaltung im Inland als Voraussetzung), die zudem kontraproduktiv wirken könnte, wenn und soweit im Einzelfall lediglich ein (EU-) ausländisches Unternehmen die übrigen qualitativen Anforderungen erfüllt.

cc) Ausschluss von Kündigungs- und Beendigungsklauseln (§ 48g Abs. 6 KWG-E) sowie partielle Rückübertragung (§ 48j KWG-E)

Die vorgesehene Regelung beruht zwar auf der grundsätzlich intuitiv überzeugenden Wertung, dass eine Inanspruchnahme von Kündigungs- und Beendigungsrechten durch die Gegenparteien eines insolventen Instituts nicht mehr gerechtfertigt ist, wenn und soweit der insolvente Vertragspartner durch eine aufsichtsseitig ausgewählte, solvente und zuverlässige Partei ausgetauscht wird. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die vorgeschlagene Regelung, die *jede* Inanspruchnahme von Kündigungs- und Beendigungsmöglichkeiten in Reaktion auf die Übertragungsanordnung ausschließt, im internationalen Vergleich durchaus isoliert ist. Sowohl das US-amerikanische als auch das englische Recht kennen beispielsweise zwar die Aussetzung, aber nicht den Ausschluss der entsprechenden Rechte auch gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger.²⁶ Die Empfehlungen des Bas-

²⁶ Vgl. nochmals oben bei und in Fn. 13.

ler Ausschusses fallen entsprechend aus.²⁷ Die Interessen der Gegenparteien an einem Schutz ihrer Position durch Auflösung ihrer Engagements bei Unklarheiten ihrer Risikoposition, die auch aus dem erzwungenen Austausch des Vertragspartners veranlasst sein können, sind danach in deutlich größerem Umfang gewahrt als nach der vorgeschlagenen Lösung. Dies wirft vor allem die Frage auf, inwieweit die deutsche Regelung erwarten kann, nach allgemeinen Grundsätzen des Kollisionsrechts von Rechtsordnungen anerkannt zu werden, die auf die jeweiligen (Rahmen-) Vertragsverhältnisse anwendbar sind. Die positive Einschätzung in der Begründung (Begr. RegE, BR-Drs. 534/10, S. 108 f.) insoweit fällt u.U. schon deshalb zu optimistisch aus, weil und soweit das anwendbare Recht nicht das Recht eines EU-Mitgliedstaates ist (z.B. US-amerikanisches Recht).

dd) Regelung für Gegenstände, die ausländischem Recht unterliegen (§ 48i KWG-E)

Die Regelung ist grundsätzlich sinnvoll und kann sich auf ausländische Regelungsvorbilder berufen, die mögliche Konfliktfälle mit der Folge von Rechtsunsicherheiten praktikabel lösen.²⁸ Unklar ist jedoch, wie der Begriff des „Gegenstands“ i.S.d. der Bestimmung auszulegen ist und ob er lediglich „Sachen“ i.S.d. § 90 BGB oder untechnisch alle Rechtspositionen, z.B. auch Forderungen, umfasst. Sinnvoll wäre letzteres; dies sollte im Gesetzeswortlaut klargestellt werden. Dabei sollte auch terminologische Einheitlichkeit mit der Regelung des § 48g Abs. 2 Nr. 1 KWG-E („Ausgliederungsgegenstand“) angestrebt werden.

ee) Partielle Rückübertragung (§ 48j KWG-E)

Die Möglichkeit zur partiellen Rückübertragung ist im Interesse einer flexiblen Reaktion auf nachträglich erkannten Anpassungsbedarf hinsichtlich der Ausgestaltung der Übertragungsanordnung grundsätzlich sinnvoll.²⁹ Klärungsbedürftig erscheint jedoch die Bedeutung der Vorschrift für die Handhabung schwebender Rechtsverhältnisse, hinsichtlich derer Kündigungs- oder Beendigungsrechte bestehen. Hier könnte die Aufsichtspraxis vor allem aufgrund der Sonderregelung in § 48j Abs. 5 KWG-E versuchen, die Möglichkeit der Rückübertragung als Element der Abschreckung gegen die Ausübung von Kündigungs- und Beendigungsrechten in solchen Rechtsordnungen zu nutzen, die das Verbot des § 48g Abs. 6 KWG-E nicht anerkennen. Dies mag rechtspolitisch beabsichtigt sein. In derartigen Fällen wäre eine Rückübertragung jedoch vor allem aus zwei Gründen wohl eindeutig als kontraproduktiv einzustufen: Zum einen würden damit die potentiellen systemischen Aus-

²⁷ Basel Committee on Banking Supervision, a.a.O. (Fn. 12), Tz. 115 ff.

²⁸ Eine Entsprechung findet sich im englischen Banking Act 2009, section 39.

²⁹ Auch sie kann sich auf ausländische Vorbilder berufen, vgl. z.B. UK Banking Act 2009, sections 44 und 46.

wirkungen einer Ausübung von Kündigungs- oder Beendigungsrechten gerade *nicht* verhindert, weshalb es gerade zu denjenigen Verwerfungen auf den globalen Märkten für derartige Rechtsgeschäfte kommen könnte, die das gesamte Verfahren der Übertragungsanordnung an sich verhindern will. Und zum anderen entstünde aufgrund der Rückübertragung eine Schwebelage, die ihrerseits zu nicht kontrollierbaren Auswirkungen auf den betreffenden Märkten führen könnte. Insoweit greift der durch § 48j Abs. 3 KWG-E gewährte Schutz, der sich ausschließlich auf Finanzsicherheiten bezieht, eindeutig zu kurz und sollte – in Verbindung mit der oben angeregten Änderung des Entwurfs zu § 48g Abs. 6 KWG-E – eine stärkere Anlehnung an international übliche Standards erwogen werden.

IV. Zum Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute

Die dauerhafte Einrichtung eines dem ad hoc geschaffenen SoFFin entsprechenden Akteurs als möglicher Finanzierungsgeber für Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen entspricht der zutreffenden Einsicht, dass Rettungsmaßnahmen, die darauf abzielen, im Interesse der Systemstabilität eine auch nur vorübergehende Schließung des betreffenden Instituts zu vermeiden, in jedem Falle der umfassenden finanziellen Unterstützung durch einen starken, hinreichend solventen und liquiden Akteur bedürfen. Nur so lässt sich die Übertragung der systemrelevanten Teile eines Instituts und seines Geschäftsbetriebs auf einen übernehmenden Rechtsträger innerhalb der zur Verfügung stehenden kurzen Zeiträume und in einer Weise gestalten, dass es in der Öffentlichkeit und unter den übrigen Marktteilnehmern nicht zu einem Vertrauensverlust mit der Folge eines Abbruchs der systemrelevanten Austauschbeziehungen kommt.³⁰ Insoweit reflektiert die Einführung eines durch die Marktteilnehmer selbst finanzierten Restrukturierungsfonds das rechtspolitisch nachvollziehbare Anliegen, die Institute selbst zur Finanzierung etwaiger künftiger Rettungsaktionen heranzuziehen. Allerdings lässt sich bezweifeln, ob innerhalb überschaubarer Frist mittels des vorgeschlagenen Finanzierungsmechanismus ein Aufbau von Fondsmitteln überhaupt möglich ist, die tatsächlich ausreichen, um eine oder gar mehrere Großinsolvenzen adäquat zu bewältigen. Insoweit stellt sich zugleich die Frage, ob in entsprechenden Krisensituationen der in § 12 Abs. 6 RestrukturierungsfondsG-E vorgesehene Unterstützungsmechanismus wirklich ausreicht, um eine hinreichende Finanzierung sicherzustellen. Unabhängig hiervon erscheint fraglich, ob die Finanzierung nicht – schon im Interesse der verfassungsrechtlich geforderten Verhältnismäßigkeit der aus der Finanzierung resultierenden Belastungen – stärker risikoadjustiert, d.h. orientiert am tatsächlichen

³⁰ Vgl. dazu schon *Binder*, Bankenintervention, a.a.O. (Fn. 2), S. 18 m.w.N.

Ausfallrisiko der Institute, ausgestaltet werden sollte (selbst wenn dies den Aufbau eines hinreichenden Fondsvermögens noch weiter verzögert).

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, reading "Jens-Hinrich Binder". The signature is written in a cursive style and is centered on the page.

(Priv.-Doz. Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M.)