

Professor Dr. Daniel Zimmer
Direktor des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht
Universität Bonn
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Banken-Restrukturierungsgesetz) - Bundestags-Drucksache 17/3024

Öffentliche Anhörung im Finanzausschuss am 6.10.2010

Grundsätzliche Bewertung

Die Insolvenz einer Bank kann bedrohliche Wirkungen für das Finanzsystem und – darüber hinausgreifend – für die Volkswirtschaft im Ganzen haben. Staaten sind daher peinlich um die Abwendung von Institutszusammenbrüchen bemüht. Eine große Zahl von Instituten im In- und Ausland genießt heute einen ‚impliziten‘ staatlichen Bestandsschutz. Die Sonderbehandlung von „systemrelevanten“ Banken hat eine Reihe von ungünstigen Folgewirkungen: Institute, die faktisch Bestandsschutz genießen, haben einen erhöhten Anreiz zu einer besonders risikoträchtigen Geschäftstätigkeit: Hieraus resultierende Profite kommen Anteilseignern und oft – über Vergütungssysteme – auch dem Management zugute. Misserfolge werden demgegenüber im äußersten Fall dem Staatshaushalt angelastet. Der faktische Bestandsschutz für vergleichsweise große Unternehmen der Finanzwirtschaft stellt gegenüber kleineren Instituten einen Wettbewerbsvorteil dar. So kann sich die erhöhte Schuldnerbonität einer mit staatlichem Bestandsschutz versehenen Bank in verbesserten Refinanzierungsbedingungen niederschlagen.

Der Gesetzentwurf erscheint im Grundsatz geeignet, Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems zu mindern und die zuvor beschriebenen ungünstigen Wirkungen einer impliziten staatlichen Bestandsgarantie zu verringern. Hierzu können namentlich die in Artikel 2 des Entwurfs vorgesehenen Neuerungen im Kreditwesengesetz beitragen. Mit den in § 45 KWG-E vorgesehenen Eingriffsbefugnissen kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht Gefährdungen bei der Eigenmittelausstattung und der Liquidität von Kreditinstituten entgegenwirken. Die in § 45c KWG-E vorgesehene Einsetzung eines Sonderbeauftragten erscheint als ein geeignetes Mittel, auf die Geschäftsleitung eines Instituts einzuwirken, um Bestandsgefährdungen vorzubeugen.

Insbesondere: Übertragungsanordnung nach § 48a KWG-E (Artikel 2 des Gesetzentwurfs)

Nach § 48a KWG-E soll die Bundesanstalt im Fall der zu einer Gefährdung der Finanzmarktstabilität führenden Bestandsgefährdung eines systemrelevanten Kreditinstituts die Befugnis erhalten, durch Hoheitsakt das Vermögen des Instituts einschließlich seiner Verbindlichkeiten ganz oder teilweise auf einen anderen Rechtsträger zu übertragen. Dieser andere Rechtsträger kann ein bestehendes oder auch ein eigens zu diesem Zweck gegründetes neues Institut (eine sog. Brückenbank) sein. Mit einer solchen Übertragung könnten beispielsweise systemrelevante Geschäftsbereiche einer Bank übertragen und staatliche

Rettungsmaßnahmen – etwa durch Kapitalzuführung - hierauf konzentriert werden. Bei dem „Alt-Institut“, bei dem ein Rest an Vermögenswerten verbleibt, könnte demgegenüber ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden. Zugunsten dieses Alt-Instituts und seiner Gläubiger ist eine Gegenleistung der übernehmenden Bank vorzusehen, die dem Wert der übernommenen Teile entspricht. Ist allerdings der Wert der übertragenen Gegenstände – zu denen auch Verbindlichkeiten des Alt-Instituts gehören können - im Ganzen negativ, so ist anstelle der Gegenleistung vorzusehen, dass das Alt-Institut seinerseits an den übernehmenden Rechtsträger einen Ausgleich in Geld leistet. Diese Regelung ist grundsätzlich positiv zu beurteilen. Mit ihr kann eine undifferenzierte „Rettung“ von Bankgesellschaften, die auch den Anteilseignern zugute kommt, vermieden werden. Hilfsmaßnahmen können auf systemwichtige Teile des Bankbetriebs konzentriert werden. Anteilseigner des „Alt-Instituts“ werden den Folgen eines regulären Insolvenzverfahrens ausgesetzt. Gleiches gilt für Gläubiger dieses Instituts, soweit ihre Forderungen nicht auf den neuen Rechtsträger übergeleitet werden.

Die Übertragung von Vermögenswerten auf einen ausreichend kapitalisierten Rechtsträger – etwa eine vom Restrukturierungsfonds kapitalisierte „Brückenbank“ - wird aber nicht in allen Fällen ausreichen, um den Geschäftsbetrieb eines in Schieflage geratenen systemrelevanten Instituts fortzuführen. Schwierigkeiten können daher rühren, dass die Übertragung des Geschäftsbetriebs ihrerseits zur automatischen Beendigung einer Vielzahl von mit dem Geschäftsbetrieb übergegangenen Verträgen und zur Fälligestellung der aus diesen Verträgen bestehenden Forderungen führen könnte. Bei der Diskussion einer entsprechenden Regelung des britischen Banking Act 2009, der zu den Vorbildern des deutschen Gesetzentwurfs zählt, ist von zahlreichen Marktteilnehmern darauf hingewiesen worden, dass eine große Zahl von Derivat- und anderen zwischen Banken bestehenden Verträgen weit gefasste Beendigungs- und Verrechnungsklauseln enthalten. Im Fall wesentlicher Veränderungen auf Seiten eines Vertragspartners könnte es auf dieser Grundlage zu einer praktischen Blockierung der Geschäftstätigkeit des übertragenen Unternehmensteils kommen. Der deutsche Gesetzentwurf setzt dieser Gefahr zwar die Vorschrift des § 48 g Abs. 7 KWG-E entgegen, der zufolge eine hoheitlich verfügte Übertragung weder zu einer Kündigung von Schuldverhältnissen berechtige noch zur automatischen Beendigung solcher Rechtsbeziehungen führe. Die Anerkennung einer solchen Gesetzesanordnung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten kann aber fraglich erscheinen. Im Ergebnis bestehen daher – angesichts durchaus begrenzter praktischer Erfahrungen mit diesem Gestaltungsmittel – Zweifel daran, dass die Übertragung eines Geschäftsbetriebs auf einen anderen Rechtsträger den Fortbestand der Vertragsbeziehungen einer Bank und damit die Ausräumung von Systemgefahren garantiert.

Diese Zweifel bestehen aus einem weiteren Grund: Die Fortführung des Geschäftsbetriebs setzt voraus, dass die Vermögensgegenstände auf den neuen Rechtsträger übergehen. Für im Inland belegene Vermögenswerte wird dieser Übergang durch die Übertragungsanordnung bewirkt. Dieser Hoheitsakt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht hat aber nicht ohne weiteres Wirkungen für jenseits der Bundesgrenzen befindliche Vermögenswerte. Da die Übertragungsanordnung insofern eine sehr begrenzte Effektivität hat, sieht § 48 i Abs. 1 KWG-Entwurf eine Verpflichtung des Alt-Instituts vor, die für eine Übertragung im Ausland befindlicher Vermögenswerte erforderlichen Rechtsakte – etwa Abtretungen oder Übereignungen - vorzunehmen. Es liegt aber auf der Hand, dass hierdurch die Übertragung erheblich erschwert und verzögert werden kann. Auch können der Übertragung im Ausland rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Auch mit Blick auf die Übertragung von im Ausland belegenen Vermögenswerten können daher Zweifel an der Eignung der Übertragungsanordnung zur Sicherstellung einer raschen und reibungslosen Fortführung eines

in Schieflage befindlichen Instituts bestehen. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass bei systemwichtigen Instituten – nur für sie sollen die Regeln zur Übertragungsanordnung gelten – oft zahlreiche und vielfältige Auslandsbeziehungen vorliegen. Gerade bei Großbanken wird das Problem der fehlenden unmittelbaren Auslandswirkung der Übertragung virulent.

Erforderlichkeit einer zusätzlichen Restrukturierungsoption: Anteilsübertragung

Ein Vergleich mit modernen Bankengesetzen anderer Staaten hilft bei der Bewertung und Einordnung des deutschen Gesetzesentwurfs. Der britische Banking Act von 2009 sieht neben der Übertragung von Vermögenswerten einer Bank auf ein anderes Institut – etwa eine Brückenbank - eine weitere Restrukturierungsoption vor: Das Gesetz erlaubt dem Schatzamt (Treasury), bei fortlaufendem Geschäftsbetrieb die an einer insolvenzbedrohten Bankgesellschaft bestehenden *Anteile* – bei wirtschaftlicher Werthaltigkeit gegen Entschädigung der Aktionäre - auf einen Treuhänder oder auf eine im Besitz des Schatzamtes befindliche Gesellschaft zu übertragen. Der Unterschied zu der Option der Übertragung des Geschäftsbetriebs auf eine andere Bank – etwa eine Brückenbank – besteht darin, dass der Träger des Bankgeschäfts (die Bankgesellschaft) bei der bloßen Überleitung der Aktien rechtlich identisch bleibt. Dies könnte die Fortführung der Vertragsbeziehungen – verglichen mit dem Fall der Überleitung des Geschäftsbetriebs auf einen anderen Rechtsträger – erleichtern. So ist es nahe liegend, dass von Beendigungs- und Verrechnungsklauseln – die bei der Überleitung auf einen anderen Rechtsträger in der geschilderten Weise Schwierigkeiten bereiten könnten – bei fortbestehender Identität der Gesellschaft unter bloßer Auswechslung ihrer Aktionäre geringere oder keine Probleme ausgehen. Auch bedarf es bei dieser Konstruktion keiner rechtsgeschäftlichen Übertragung von im Ausland befindlichen Vermögenswerten auf einen neuen Rechtsträger, um das Bankgeschäft rechtssicher fortzuführen.

Im Gesetzgebungsverfahren sollte diese zusätzliche Stabilisierungsoption in das KWG aufgenommen werden. Sie würde eine Stabilisierung des Bankbetriebs mit staatlichen Mitteln erlauben, ohne dass die eingesetzten Mittel den Altaktionären des wirtschaftlich gescheiterten Unternehmens zugute kämen. Auch wäre mit dem wirksamen Ausschluss der Altaktionäre die Gefahr gebannt, dass diese die Stabilisierung des Instituts etwa durch missbräuchliche Klageerhebung behindern und damit den Rettungsbemühungen entgegenwirken. Diesem Vorschlag sollte nicht entgegengehalten werden, eine derartige „Enteignung“ der Altaktionäre verstoße gegen marktwirtschaftliche Prinzipien. Zum einen erscheint die Maßnahme der Anteilsübertragung zur Abwendung einer Systemgefahr rechtlich nicht als Enteignung, sondern als eine – bei Werthaltigkeit der Anteile entschädigungspflichtige – sog. Inhalts- und Schrankenbestimmung zum Eigentumsgrundrecht (vgl. zu den Kriterien Zimmer, Finanzmarktregulierung - Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. G 37). Zum anderen ist festzustellen, dass die Alternative zur Anteilsübertragung – die Durchführung eines Insolvenzverfahrens – die Rechtsstellung der Alteigentümer nicht minder beeinträchtigt. Sie wird mit Recht als marktwirtschaftskonform betrachtet, da sie die Anteilseigner mit den wirtschaftlichen Folgen des Scheiterns ihrer Gesellschaft belastet.

Reorganisationsverfahren für Kreditinstitute (Artikel 1 des Gesetzesentwurfs)

Marktwirtschaftliche Prinzipien fordern grundsätzlich eine Beteiligung der Anteilseigner und der Gläubiger einer in eine Krise geratenen Gesellschaft an deren wirtschaftlichem Misserfolg. In einem regulären Insolvenzverfahren wird das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös unter den Gläubigern anteilig verteilt. Die im Rahmen der Schlussverteilung zu verteilende Masse reicht in Deutschland – branchenübergreifend – im Durchschnitt allenfalls zur Befriedigung von rund 5 Prozent der offenen Forderungen der Insolvenzgläubiger aus. Gläubiger tragen also einen Großteil der Folgen des wirtschaftlichen Misserfolgs von Unternehmen.

Der Grundsatz einer Beteiligung von Gläubigern am wirtschaftlichen Misserfolg von Schuldner-Unternehmen stößt aber im Bankwesen auf besondere Schwierigkeiten. Zum einen ist es erforderlich, im Hinblick auf eine bestimmte Gruppe unter den Gläubigern – die Einleger – besondere Vorkehrungen zu treffen: Müssten sie gewärtigen, im Fall einer Insolvenz ihre Einlagen vollständig oder teilweise einzubüßen, so könnten ungünstige Nachrichten oder schon bloße Gerüchte über ein Institut zu einem massenhaften Auszahlungsverlangen von Einlegern führen – mit der eingangs beschriebenen Folge der Gefährdung der Stabilität des Finanzsystems. Einlagensicherungssysteme und – notfalls – massenpsychologisch wirksame Äußerungen führender Politiker zu einer staatlichen Gewährleistung der Sicherheit der Einlagen haben die Gefahr eines Banken-Run in Deutschland in jüngerer Zeit abwenden können. Zum anderen ist gegenüber einer ungeminderten Anwendung der Grundsätze der Gläubigerbeteiligung auch im Verhältnis zwischen Banken Vorsicht angezeigt: Der Ausfall einer Bank kann angesichts komplexer vertraglicher Interbanken-Beziehungen auf weitere Institute übergreifen und auf diese Weise schließlich das Finanzsystem bedrohen. Die oben beschriebenen Restrukturierungsinstrumente – insbesondere die Überleitung eines Geschäftsbetriebs auf ein anderes, vom Staat kapitalisiertes Institut – dienen dazu, einem solchen von einem Kriseninstitut ausgehenden „Ansteckungseffekt“ vorzubeugen. Die Gläubiger der übergeleiteten Forderungen können diese gegenüber dem übernehmenden – erforderlichenfalls mit staatlichen Mitteln rekapitalisierten - Institut geltend machen. Sie sind insoweit nicht den Folgen des Misserfolgs des Schuldner-Unternehmens ausgesetzt.

Freilich bedarf es auch im Bankwesen nicht bei jeder Schieflage eines Instituts der staatlichen Rekapitalisierung. Im Einzelfall kann es zur erfolgreichen Fortführung einer Bank ausreichen, wenn die Gläubiger durch einen teilweisen Verzicht auf ihre Forderungen zu einem Abbau der Verschuldung beitragen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht die Schaffung besonderer Regelungen für eine derartige Reorganisation von Kreditinstituten vor, die begrifflich von der oben behandelten Restrukturierung zu unterscheiden ist. Allerdings setzt die im Gesetzentwurf vorgesehene Reorganisation ein langwieriges Verfahren voraus. Grundsätzlich muss – wie allgemein im sogenannten Insolvenzplanverfahren nach der Insolvenzordnung – die mehrheitliche Zustimmung der betroffenen Gläubiger und zusätzlich diejenige der Anteilseigner herbeigeführt werden. Ein solches Verfahren erscheint bei systemrelevanten Instituten nicht praxisgerecht. Hier reicht womöglich schon die Verbreitung der Nachricht über die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens, um Vertragspartner in großer Zahl zum Abbruch ihrer Beziehungen zu bewegen und damit die Gefahr einer Systemkrise heraufzubeschwören. Gerade bei systemwichtigen Instituten ist ein schnelles und entschlossenes Handeln der Aufsicht erforderlich. Die schwierige Frage, wie auch bei solchen Anforderungen – etwa bei einer „über Nacht“ erfolgenden Anordnung der Restrukturierung durch Übertragung des Geschäftsbetriebs auf eine Brückenbank - eine verbesserte Inanspruchnahme der Gläubiger eines in Schieflage geratenen Instituts ermöglicht werden kann, wird durch den Gesetzentwurf nicht beantwortet. Hier sollten auf rechtsvergleichender Grundlage Regelungen entwickelt werden, die Befugnisse zu rasch wirksamen behördlichen

Stabilisierungsmaßnahmen mit Möglichkeiten zu einem Eingriff in Gläubigerrechte kombinieren. In der im laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Verfügung stehenden Zeit wird die Erarbeitung solcher Regelungen nach hiesiger Einschätzung aber nicht mehr möglich sein.