

Dr. Karsten Müller-Eising, RA, Dr. Tim Oliver Brandi, RA, Michael Sinhart, RA,
Dr. Mark Lorenz, RA, und Dr. Hans-Peter Löw, RA

Das Banken-Restrukturierungsgesetz

Banken dürfen nicht in die Insolvenz gehen. Wie in Stein gemeißelt stand dieses Paradigma fest,¹ wenn es in Deutschland bisher um die Frage ging, wie mit erfolglosen Banken umgegangen werden soll. Das deutsche Recht sah auch kein dem Insolvenzplanverfahren entsprechendes Sanierungs- oder Reorganisationsverfahren vor, das auf die Situation einer Bank passte. Die Finanzkrise und insbesondere die Folgen der Insolvenz des Bankhauses Lehman Brothers in den USA und Deutschland haben jetzt einen Paradigmenwechsel erforderlich gemacht. Am 14.12.2010 ist das Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtliche Organhaftung, das so genannte Restrukturierungsgesetz, verkündet worden.²

I. Überblick

Nachdem die Gesetze zur Finanzmarktstabilisierung³ zunächst die Möglichkeit von Liquiditäts- und Eigenkapitalhilfen zur Behebung der akuten Krise vorsahen und anschließend die Möglichkeit der Reorganisation durch die Übertragung von risikobehafteten Vermögensgegenständen auf Abwicklungsanstalten schufen, hat der Gesetzgeber jetzt mit dem neuen Restrukturierungsgesetz eine umfassende Regelung zur Krisenbewältigung, zur Sanierung und zur Reorganisation von Banken geschaffen, das um einige weitere Regelungen zur Bankenregulierung ergänzt wird.

Die wichtigsten Neuerungen des Restrukturierungsgesetzes lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das aufsichtsrechtliche Instrumentarium der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zur Prävention wird (nochmals) gestärkt.⁴ Es wird für die Fälle, in denen die Eigenmittelanforderungen noch erfüllt werden, aber die Gefahr der Nichterfüllung droht, um weitere Berichts- und Informationspflichten ergänzt (dazu unter II. 1., S. 66).
- Bei Unterschreiten der Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen kann die BaFin jetzt einen Reorganisationsplan verlangen (dazu unter II. 2., S. 67).
- Die Möglichkeit der BaFin, einen Sonderbeauftragten in einem Kreditinstitut einzusetzen, um aufsichtsrechtliche Maßnahmen effizienter durchsetzen zu können, wird systematisiert und ausgeweitet (dazu unter II. 3., S. 67).
- Außerdem kann die BaFin jetzt die Übertragung von Teilen des Geschäfts einer bestandsgefährdeten systemrelevanten Bank auf einen übernehmenden Rechtsträger (insbesondere ein „Brückeninstitut“, das zu diesem Zweck vom neu geschaffenen Restrukturierungsfonds gegründet wird) verlangen, um die systemrelevanten operativen Bereiche einer Bank von den nicht systemrelevanten zu trennen (dazu sogleich unter II. 5., S. 68).

- Herzstück des Restrukturierungsgesetzes ist das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz – KredReorgG). Das darin vorgesehene Sanierungsverfahren dient der freiwilligen Sanierung des Kreditinstituts, ohne in Drittrechte eingzureifen. Hält das Kreditinstitut das Sanierungsverfahren für aussichtslos, kann ein Reorganisationsverfahren durchgeführt werden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass das Kreditinstitut in seinem Bestand gefährdet und von systemischer Relevanz ist. Im Unterschied zum Sanierungsverfahren kann im Reorganisationsverfahren in Gläubigerrechte eingegriffen werden (dazu unter III.).
- Im Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsgesetz – RStruktFG) wird ein Kapital bildender Restrukturierungsfonds, dessen Zielgröße sich auf 70 Mrd. Euro beläuft, geschaffen, in den Kreditinstitute regelmäßige Beiträge zahlen müssen.⁵
- Weitere Änderungen, die das Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz und das Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz betreffen, dienen insbesondere der Erleichterung der Rückführung der vom Finanzmarktstabilisierungsfonds gewährten Eigenkapitalhilfen oder der Platzierung der vom Finanzmarktstabilisierungsfonds im Rahmen von Stabilisierungsmaßnahmen erworbenen Aktien beim Publikum. Außerdem wird die Nachbefüllung der bisher geschaffenen Abwicklungsanstalten durch weiteres risikobehaftetes Vermögen der fortbestehenden Restbanken ermöglicht (§ 13 Abs. 1b FMStFG).
- Für Unternehmen des Finanzsektors, die Stabilisierungsmaßnahmen in Form der Rekapitalisierung nach dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz in Anspruch nehmen, wird die Höhe der monetären Vergütung grundsätzlich auf 500 000 Euro beschränkt (dazu unter IV.).
- Schließlich wird die Verjährungsfrist von Schadensersatzansprüchen durch eine Änderung des § 93 Abs. 6 AktG für Organe von börsennotierten Aktiengesellschaften und durch den neu geschaffenen § 52a KWG für Organe von Kreditinstituten im Allgemeinen auf zehn Jahre verlängert.⁶

II. Aufsichtsrechtliche Instrumente zur Krisenbewältigung

1. Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität

Einer der Schwerpunkte des gesamten Restrukturierungsgesetzes ist die Erweiterung des Katalogs der aufsichtsrechtlichen Maßnahmen,

¹ Die Stellung eines Insolvenzantrags nach § 46b KWG durch die BaFin nach entsprechender Anzeige der Geschäftsleitung hat keine praktische Relevanz erlangt.

² Vom 9.12.2010, BGBl. I S. 1900. Das Gesetz ist in allen Teilen spätestens am 1.1.2011 in Kraft getreten.

³ Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz v. 17.10.2008, BGBl. I S. 1982, und Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz v. 17.10.2008, BGBl. I S.1986.

⁴ Siehe bereits das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht v. 29.7.2009, BGBl. I S. 2305.

⁵ Zur Aufbringung der Mittel des Restrukturierungsfonds (sog. Bankenabgabe) siehe § 12 RStruktFG; dazu Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad, WM 2010, 2145 ff. und 2193 ff.

⁶ Kritisch zur Verlängerung Keilueit, GWR 2010, 445; Lorenz, NZG 2010, 1046, 1052.

die es der BaFin jetzt erlauben, im Rahmen präventiver Aufsicht früher und in einem größeren Umfang als bisher, direkt in die Struktur einer Bank einzugreifen, um die Eigenmittelausstattung und die Liquidität zu verbessern.

Während früher umfassende Eingriffe der BaFin nach § 45 KWG erst zulässig waren, wenn das Institut keine angemessenen Eigenmittel hatte, so ist bereits seit dem Finanzmarkt- und Versicherungsaufsichtsstärkungsgesetz vom Juli 2009⁷ die Eingriffsbefugnis bei § 45 KWG dahingehend erweitert, dass die BaFin Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und Liquidität bereits anordnen kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Eigenmittel- oder Liquiditätsanforderungen nicht dauerhaft erfüllt werden können. Das Restrukturierungsgesetz führt jetzt eine Definition ein, ab wann die Annahme, dass ein Institut die Eigenmittelanforderungen oder die Anforderungen des § 11 KWG nicht mehr erfüllt, regelmäßig gerechtfertigt ist. Dies soll dann gelten, wenn (1) sich von einem zum nächsten Meldestichtag die Gesamtkennziffer (Solvabilitätskoeffizient)⁸ um mehr als 10% oder die Liquiditätskennziffer⁹ um mehr als 25% verringert haben oder (2) an mindestens drei aufeinanderfolgenden Meldestichtagen sich die Gesamtkennziffer jeweils um mehr als 3% oder die Liquiditätskennziffer um mehr als 10% verringert haben und aufgrund der (negativen) Entwicklung mit einem Unterschreiten der Mindestanforderungen innerhalb der nächsten 12 Monate (im Fall von (1)) bzw. 18 Monate (im Fall von (2)) zu rechnen ist. Hierbei handelt es sich jedoch nur um Regelbeispiele. Letztlich verlangt das Gesetz von der BaFin immer eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls.¹⁰

Nach § 45 Abs. 1 KWG kann die BaFin nunmehr eine begründete Darstellung der (zukünftigen) Entwicklung der Geschäftsaktivitäten über einen Zeitraum von mindestens drei Jahren verlangen und zur Vorlage an die BaFin und die Deutsche Bundesbank anfordern. Diese Darstellung hat Planbilanzen, Plangewinn- und -verlustrechnungen sowie die (geplante) Entwicklung der bankaufsichtsrechtlichen Kennzahlen und damit die wesentlichen Bestandteile eines Geschäftsplanes einer Bank zu enthalten. Außerdem kann die BaFin die Vorlage von Berichten zur Abschirmung von Risiken, Konzepte zum Ausstieg aus einzelnen Geschäftsbereichen oder zur Abtrennung von Instituts- oder Gruppenteilen oder Berichte über geeignete Maßnahmen zur Erhöhung der Kernkapitals, der Eigenmittel oder der Liquidität verlangen. Schließlich ist die BaFin befugt, die Entwicklung eines Konzepts zur Abwendung einer möglichen Insolvenzgefahr oder der Gefahr einer Nichterfüllung von Verpflichtungen (§ 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG) zu verlangen.

2. Maßnahmen bei unzureichenden Eigenmitteln oder unzureichender Liquidität

Die möglichen Maßnahmen, die die BaFin im Falle des Unterschreitens der Kernkapital- und Eigenmittelanforderungen ergreifen kann und die bisher in § 45 Abs. 1 und Abs. 2 KWG a.F. geregelt waren, sind jetzt in § 45 Abs. 2 KWG zusammengefasst. Danach kann die BaFin die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile untersagen und auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses beschränken. Diese Eingriffsbefugnis besteht jedoch nicht, wenn die variablen Vergütungsbestandteile durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags vereinbart worden sind. Außerdem kann die BaFin für bestimmte Fälle das endgültige Erlöschen von Ansprüchen auf variable Vergütungen anordnen, so zum Beispiel wenn das Institut innerhalb von

zwei Jahren nach der Untersagung der Auszahlung Leistungen des Finanzmarktstabilisierungsfonds oder des Restrukturierungsfonds erhält.

Ferner kann die BaFin die Vorlage eines Restrukturierungsplans verlangen, in dem das Institut in transparenter Weise darzulegen hat, wie und in welchem Zeitraum die Eigenmittelausstattung oder Liquidität des Instituts wieder nachhaltig hergestellt werden kann, wobei der BaFin oder der Deutschen Bundesbank regelmäßig über den Fortschritt dieser Maßnahme zu berichten ist.

Wie bereits nach geltendem Recht kann die BaFin schließlich Gewinnausschüttungen, Auszahlungen von Erträgen aus Eigenmitteln, bilanzielle Maßnahmen zum Ausweis eines Bilanzgewinns oder die Gewährung von Krediten untersagen.

3. Sonderbeauftragter (§ 45c KWG)

Während bisher § 36 Abs. 1a KWG im Rahmen der Sanktionierung von Geschäftsleitern die Möglichkeit vorsah, Befugnisse, die Organen eines Instituts zustehen, ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten zu übertragen, enthält der neue § 45c KWG eine umfassende Regelung zur Bestellung von Sonderbeauftragten durch die BaFin. Der Anwendungsbereich für die Einsetzung eines Sonderbeauftragten wird dabei insofern erweitert, als der Sonderbeauftragte nicht immer die Aufgaben und Befugnisse eines Organs oder Organmitglieds insgesamt übernimmt, sondern auch für spezielle, eingegrenzte Aufgaben, wie etwa die Verbesserung der mangelhaften Geschäftsorganisation in einem bestimmten Geschäftsbereich eingesetzt werden kann.¹¹ Während bisher davon ausgegangen wurde, dass der Sonderbeauftragte wegen der erforderlichen Geschäftsleiterqualifikation nur eine natürliche Person sein könne, geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass für inhaltlich begrenzte Aufgaben mit beratender Funktion (nicht aber für Geschäftsleitertätigkeiten) auch eine juristische Person bestellt werden kann.¹²

Insbesondere kann die BaFin dem Sonderbeauftragten die Aufgabe übertragen, einen Restrukturierungsplan für ein Kreditinstitut zu erstellen, wenn Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 KWG keine ausreichende Gewähr dafür bieten, dass die Eigenmittelanforderungen nachhaltig gesichert werden oder wenn die Eigenmittelanforderungen nicht erfüllt werden. Die BaFin kann dem Sonderbeauftragten außerdem die Aufgabe übertragen, geeignete Maßnahmen zur Herstellung und Sicherung einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation einschließlich eines angemessenen Risikomanagements zu ergreifen, Maßnahmen des Instituts zur Abwendung einer Gefahr im Sinne des § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG oder des § 46 Abs. 1 S. 1 KWG (drohende Nichterfüllung von Verpflichtungen) zu überwachen, selbst Maßnahmen zur Abwendung einer solchen Gefahr zu ergreifen oder bereits erfolgte Maßnahmen der BaFin zu überwachen.

Ferner kann einem Sonderbeauftragten die Aufgabe übertragen werden, eine Übertragungsanordnung nach § 48a KWG n.F., mit der die Übertragung des Vermögens eines systemrelevanten Kreditinstituts auf einen übernehmenden Rechtsträger bewirkt werden soll, vorzubereiten oder Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder oder

⁷ Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht v. 29.7.2009, BGBl. I S. 2305.

⁸ Derzeit 8,0%. Vgl. § 2 Abs. 2 und Abs. 6 SolvV; dazu *Auerbach/Fischer*, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 2009, § 1 Rn. 25 ff.

⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 LiqV; dazu *Auerbach/Adelt*, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 2009, § 11 Rn. 26.

¹⁰ Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf der BReg, BT-Ds. 17/3024 v. 27.9.2010, S. 59.

¹¹ Vgl. BT-Ds. 17/3024, S. 60.

¹² Vgl. BT-Ds. 17/3024, S. 60.

ehemalige Organmitglieder zu prüfen, wenn Anhaltspunkte für einen Schaden vorliegen. Die Aufzählung der vorgenannten Aufgaben und der weiteren in § 45c Abs. 2 KWG genannten Aufgaben, die einem Sonderbeauftragten übertragen werden können, ist nicht abschließend.

Wie auch bisher bei dem Sonderbeauftragten nach § 36 Abs. 1a KWG a. F. ist die Haftung des Sonderbeauftragten für fahrlässiges Handeln beschränkt. Allerdings hat der Gesetzgeber jetzt die Haftung für fahrlässiges Handeln bei einer Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, von Euro 4 Mio. auf Euro 50 Mio. angehoben.

4. Moratorium

Die Regelungen des bisherigen § 46a Abs. 1 KWG für das Moratorium im Falle der Insolvenznähe eines Instituts werden in die Regelungen des § 46 KWG (Maßnahmen bei Gefahr) überführt. Die bisherigen §§ 46 a Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 KWG a. F. entsprechen jetzt § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 bis 6 KWG.

5. Maßnahmen gegenüber Kreditinstituten bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems – Übertragungsanordnung

a) Eingriffsvoraussetzungen

Mit den neuen §§ 48a bis 48s KWG schafft der Gesetzgeber erstmals die Möglichkeit, dass die BaFin anordnen kann, dass das Vermögen eines Kreditinstituts einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf einen bestehenden Rechtsträger im Wege der Ausgliederung übertragen wird (Übertragungsanordnung). Eine solche Übertragungsanordnung darf die BaFin nur erlassen, wenn das Kreditinstitut in seinem Bestand gefährdet ist *und* hierdurch die Stabilität des Finanzsystems gefährdet wird. Außerdem setzt eine Übertragungsanordnung voraus, dass die von der Bestandsgefährdung ausgehende Systemgefährdung nicht auf anderem Wege als durch die Übertragungsanordnung in gleich sicherer Weise beseitigt werden kann.¹³ Da die Übertragungsanordnung so eine verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz des gesamten Finanzsystems darstellt, handelt es sich dabei nicht um eine Enteignung von Privateigentum, sondern um eine verfassungsrechtlich zulässige, der Sozialpflichtigkeit des Eigentums geschuldete Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 2 GG.¹⁴

Nach § 48b Abs. 1 S. 1 KWG gilt als Bestandsgefährdung die Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs eines Kreditinstituts für den Fall des Unterbleibens korrigierender Maßnahmen. Dabei wird gesetzlich eine Bestandsgefährdung vermutet, wenn das verfügbare Kernkapital das nach dem Gesetz erforderliche Kernkapital zu weniger als 90% deckt oder das modifizierte verfügbare Eigenkapital die nach dem Gesetz erforderlichen Eigenmittel zu weniger als 90% deckt oder die Zahlungsmittel, die dem Institut innerhalb eines bestimmten Laufzeitenbandes zur Verfügung stehen, die in demselben Laufzeitenband abrufbaren Zahlungsverpflichtungen zu weniger als 90% decken oder Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die vorgenannte Unterdeckung bei Kernkapital, Eigenmitteln oder Zahlungsmitteln eintreten wird, wenn keine korrigierenden Maßnahmen ergriffen werden.

Eine Systemgefährdung liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass sich die Bestandsgefährdung des Instituts in erheblicher Weise negativ auf andere Unternehmen des Finanzsektors, auf die Finanzmärkte oder auf das allgemeine Vertrauen der Anleger und andere Marktteilnehmer in

die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems auswirkt (§ 48b Abs. 2 KWG). Bei der Prüfung der Frage, ob eine Systemgefährdung vorliegt, sollen insbesondere Art und Umfang der Verbindlichkeiten, Umfang der aufgenommenen Einlagen, Art, Umfang und Zusammensetzung der eingegangenen Risiken, die Vernetzung mit anderen Finanzmarktteilnehmern und die Verhältnisse auf den Finanzmärkten berücksichtigt werden.

Die BaFin kann das Vorliegen einer Bestandsgefährdung und einer Systemgefährdung erst nach Anhörung der Deutschen Bundesbank feststellen. Damit wird sichergestellt, dass die Verantwortung für systemische Risiken bei der Deutschen Bundesbank verbleibt. Im Übrigen kann die Übertragungsanordnung nur im Einvernehmen mit dem interministeriellen Lenkungsausschuss nach dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz ergehen, wenn im Zusammenhang mit der Übertragungsanordnung finanzielle Leistungen des neu geschaffenen Restrukturierungsfonds erforderlich sind.

b) Inhalt der Übertragungsanordnung und Gegenleistung

Die Regelungen zum Inhalt einer Übertragungsanordnung lehnen sich an die Regelungen der §§ 123 Abs. 3, 126 Abs. 1 UmwG für die Ausgliederung an. Kern der Übertragungsanordnung ist damit die Angabe, dass die Gesamtheit des Vermögens des Kreditinstituts einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht. Ziel des Gesetzes ist es, dass staatliche Stützungsmitel nur noch dem zu stützenden systemrelevanten Teil des Kreditinstituts und nicht (mittelbar) den Anteilseignern und Gläubigern des insolvenzreifen Kreditinstituts zugute kommen.

Sofern der Wert der zu übertragenden Gegenstände in seiner Gesamtheit positiv ist, muss die Übertragungsanordnung auch eine Gegenleistung an das Kreditinstitut vorsehen (§ 48d Abs. 1 S. 1 KWG). Die Gegenleistung ist regelmäßig in Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers zu gewähren. Sofern dies unzumutbar ist oder die Anteilsgewährung den Zweck der Übertragungsanordnung gefährden würde, ist der Ausgleich in Geld zu leisten (§ 48d Abs. 1 S. 3 KWG); die Gesetzesbegründung nennt hierfür als Beispiele die Fälle, dass aufgrund von Bewertungsunsicherheiten keine Klarheit besteht, ob der Wert des übertragenen Vermögens den gesellschaftsrechtlich zwingenden Mindestausgabebetrag deckt, oder dass der übertragende Rechtsträger durch die Anteilsgewährung zum Mutterunternehmen des übernehmenden Rechtsträgers würde und daher in den bankaufsichtlichen Konsolidierungskreis einzubeziehen wäre. Letzteres Beispiel lässt vermuten, dass die Anteilsausgabe in der Praxis – zumindest bei der Verwendung von Brückeninstituten als übernehmender Rechtsträger – eher die Ausnahme als die Regel sein wird.

Ist der Wert der Gesamtheit der zu übertragenden Gegenstände dagegen negativ, soll die Übertragungsanordnung vorsehen, dass das Kreditinstitut an den übernehmenden Rechtsträger einen Ausgleich in Geld leistet (Ausgleichsverbindlichkeit). Da das Kreditinstitut mit der Durchführung der Übertragungsanordnung regelmäßig seine Banklizenz verliert (§ 48l Abs. 1 KWG), bleibt unklar, wie diese Ausgleichsverbindlichkeit bedient werden kann, wenn nicht die Anteilseigner des Kreditinstituts zum Nachschuss verpflichtet sind.

¹³ Die BaFin kann zuvor dem Institut die Gelegenheit zur Umsetzung eines „Wiederherstellungsplanes“ geben, § 48c Abs. 1 KWG.

¹⁴ Vgl. BT-Ds. 17/3024, S. 62.

c) Partielle (Rück-)Übertragung

Um eine Trennung des Kreditinstituts in systemrelevante (und damit zu erhaltende) und nicht systemrelevante (und damit gegebenenfalls abzuwickelnde) Teile zu ermöglichen, muss die Übertragungsordnung den Vorbehalt enthalten, das einzelne Vermögenswerte, Verbindlichkeiten oder Rechtsverhältnisse durch gesonderte Anordnung der BaFin auf das ausgliedernde Kreditinstitut zurück übertragen werden können. Dafür sieht § 48j KWG die Möglichkeit der partiellen Rückübertragung vor. Damit verfolgt das Restrukturierungsgesetz in der Rechtsumsetzung ein anderes Konzept als § 8a FMSStFG für die Übertragung von Risikogegenständen auf eine Abwicklungsanstalt, bei dem immer nur Teile des Vermögens eines Kreditinstituts, nämlich die risikobehafteten Vermögensgegenstände, auf die Abwicklungsanstalt übertragen werden sollten. Dies hat in der Praxis zu schwierigen Fragen bei der Identifizierung der zu übertragenden Risiken und deren rechtswirksamer Übertragung geführt. Das Konzept der Vollübertragung (einschließlich der zumindest in den EU-Mitgliedstaaten weithin anerkannten Gesamtrechtsnachfolge) mit anschließender partieller Rückübertragung der für die überlebende Restbank vorgesehenen Vermögensgegenstände dürfte die Aufgabe der Identifizierung und rechtswirksamen Umsetzung erleichtern, aber im Einzelfall die Kosten erhöhen und ggf. zu erheblichem Grunderwerbsteueraufwand führen. Anstatt der Vollübertragung des Vermögens des Kreditinstituts ist nach § 48k KWG auch die nur partielle Übertragung von Vermögen, Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnissen auf den übernehmenden Rechtsträger zulässig. In jedem Fall wird in der Praxis zumindest im Verhältnis zu Rechtsordnungen außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes das Risiko bestehen, dass eine partielle oder vollständige Vermögensübertragung im Ausland möglicherweise nicht anerkannt würde.

d) Brückeninstitut

Um die Voraussetzungen für eine Übertragungsanordnung zu schaffen, sieht § 5 RStruktFG vor, dass der Restrukturierungsfonds, auch ohne konkreten Anlass, juristische Personen als übernehmende Rechtsträger gründen kann, die vom Gesetz „Brückeninstitut“ genannt werden. Zur Finanzierung eines Brückeninstituts kann der Restrukturierungsfonds Garantien gewähren und sich an einer Rekapitalisierung beteiligen (§§ 6 und 7 RStruktFG). Die Übertragungsanordnung gilt als Bankerlaubnis für den übernehmenden Rechtsträger, falls dieser noch über keine Bankerlaubnis verfügt (§ 48g Abs. 6 KWG).

e) Verfahren der Ausgliederung

Die Ausgliederung auf den übernehmenden Rechtsträger erfolgt auf Grundlage der Übertragungsanordnung und der Zustimmungserklärung des übernehmenden Rechtsträgers. § 48f Abs. 1 S. 2 KWG sieht ausdrücklich vor, dass ein gesonderter Ausgliederungsvertrag, ein Ausgliederungsbericht oder ein Ausgliederungsbeschluss der Anteilhaber des Kreditinstituts oder des übernehmenden Rechtsträgers nicht erforderlich ist. Wie bei einer Ausgliederung nach Umwandlungsgesetz ist als Schlussbilanz die Jahresbilanz aus dem letzten geprüften Jahresabschluss des Kreditinstituts zugrunde zu legen, sofern nicht eine auf einen späteren Stichtag bezogene geprüfte Zwischenbilanz vorliegt.

Nach § 48g Abs. 1 KWG wird die Ausgliederung bereits mit der Bekanntgabe der Übertragungsanordnung gegenüber dem Kreditinstitut

und dem übernehmenden Rechtsträger wirksam. Die Ausgliederung ist zwar beim Register des übertragenden Kreditinstituts und des übernehmenden Rechtsträgers anzumelden und dort einzutragen. Anders als im Umwandlungsrecht hat aber die nach § 48f Abs. 4 KWG erforderliche Eintragung im Handelsregister nur deklaratorischen Charakter. Die Einreichung von Rechtsbehelfen oder Klagen gegen die Übertragungsanordnung, die Kapitalerhöhung oder die Eintragung der Ausgliederung stehen der Eintragung nicht entgegen. Mit dem Wirksamwerden der Ausgliederung gehen die von der Übertragungsanordnung erfassten Vermögenswerte, Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnisse (Ausgliederungsgegenstände) auf den übernehmenden Rechtsträger über und, soweit in der Übertragungsanordnung vorgesehen, entsteht der Anspruch des Kreditinstituts auf die Gegenleistung oder die Ausgleichsverbindlichkeit.

f) Probleme bei Auslandssachverhalten

Zur Sicherung des wirtschaftlichen Erfolges der Übertragungsanordnung sieht § 48g Abs. 7 KWG vor, dass Schuldverhältnisse nicht allein aus Anlass ihrer Übertragung gekündigt werden dürfen. Die Übertragungsanordnung und die Ausgliederung führen insoweit auch nicht zu einer Beendigung von Schuldverhältnissen, wobei entgegenstehende vertragliche Bestimmungen unwirksam sind. Zwar geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass § 48g Abs. 7 KWG eine international zwingende Vorschrift des öffentlichen Rechts ist.¹⁵ Da im internationalen Rechtsverkehr aber die üblichen, ausländischem Recht unterliegenden Rahmenverträge gerade ein Kündigungs- oder Lösungsrecht für den Fall eines aufsichtsrechtlichen Eingriffs, der Gläubigerrechte berührt, kennen, dürfte der Fortbestand zahlreicher Derivate und Sicherungsverträge in der Praxis gerade nicht gesichert sein.¹⁶ Sofern Vermögensgegenstände einem ausländischen Recht unterliegen, das die Übertragungsanordnung nicht anerkennt, haben sich das Kreditinstitut und der übernehmende Rechtsträger so zu stellen, als ob die Übertragung wirksam erfolgt wäre (Verwaltungstreuhand), § 48i Abs. 2 KWG. Das Gesetz nimmt diese Vermögensgegenstände dann auch konsequent aus der Insolvenzmasse des Kreditinstituts heraus, wenn es anschließend in die Insolvenz fällt (§ 48i Abs. 3 KWG). Inwieweit ein solches Aussonderungsrecht außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes anerkannt würde, ist allerdings fraglich und im Einzelfall zu prüfen.

g) Sonstige Regelungen

Das ausgliedernde Kreditinstitut haftet subsidiär für die von der Ausgliederung erfassten Verbindlichkeiten, d. h. soweit der Gläubiger von dem übernehmenden Rechtsträger keine Befriedigung erlangen kann. Die Haftung ist jedoch – abweichend vom Umwandlungsrecht – beschränkt auf die Höhe des Betrags, den der Gläubiger im Rahmen einer Abwicklung des Kreditinstituts selbst erlösen würde, wenn die Ausgliederung unterblieben wäre (§ 48h Abs. 1 KWG).

Für Beschlussfassungen des übernehmenden Rechtsträgers zur Ermöglichung oder Umsetzung einer Übertragungsanordnung gelten die umfangreichen Erleichterungen bei der Durchführung von Anteilhaberversammlungen für Kapitalmaßnahmen nach dem Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz¹⁷ entsprechend (§ 48m Abs. 2 KWG).

¹⁵ Art. 9 der EU-Verordnung 593/2008 v. 17.6.2008.

¹⁶ Insoweit kritisch auch *Riethmüller*, WM 2010, 2295, 2303 f.

¹⁷ §§ 7 bis 7b, 7d, 7e, 8 bis 11, 12 Abs. 1 bis 3, §§ 14, 15 und 17 bis 19 FMSStBG.

III. Sanierungsverfahren und Reorganisationsverfahren (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz)

1. Verfahren zur Sanierung und Reorganisation von Kreditinstituten

Neben den verschärften Eingriffsbefugnissen der BaFin im Rahmen des KWG sieht das Restrukturierungsgesetz in Art. 1 als weiteren Baustein zur Sanierung außerhalb der Insolvenz ein Verfahren zur Sanierung und Reorganisation von Kreditinstituten vor, das jeweils eine Mitwirkung des Instituts erfordert (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz – KredReorgG).¹⁸ Dabei handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren, wobei die erste Stufe des Sanierungsverfahrens – bereits weit im Vorfeld einer Insolvenz – von allen Kreditinstituten eingeleitet werden kann, während die zweite Stufe des Reorganisationsverfahrens lediglich für systemrelevante Institute in Betracht kommt (§ 1 Abs. 1 S. 2 KredReorgG).¹⁹ Prinzipiell soll das Reorganisationsverfahren erst zeitlich nachfolgend für den Fall des Scheiterns des Sanierungsverfahrens zum Tragen kommen. Gem. § 7 Abs. 1 KredReorgG kann das Institut das Reorganisationsverfahren aber auch unmittelbar einleiten, wenn es das Sanierungsverfahren für aussichtslos hält. Im Übrigen bleiben die aufsichtsrechtlichen Kompetenzen der BaFin von den Verfahren unberührt.

2. Sanierungsverfahren

Das betroffene Kreditinstitut selbst leitet das Sanierungsverfahren durch eine Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit bei der BaFin ein (§ 2 Abs. 1 KredReorgG i.V.m. § 45 KWG). Mit der Anzeige sind vorzulegen ein Sanierungsplan und ein Vorschlag für einen geeigneten Sanierungsberater. Der Sanierungsplan darf im Gegensatz zum Reorganisationsplan zwar keine Eingriffe in Drittrechte enthalten, kann jedoch eine dreijährige Privilegierung für Sanierungskredite zur Umsetzung des Sanierungsplans vorsehen, falls es doch noch zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommen sollte (§ 2 Abs. 2 S. 3 KredReorgG).²⁰ Eine ursprünglich geplante Nichtanwendbarkeit der Regelung auf Gesellschafterdarlehen ist nicht Gesetz geworden.²¹ Auch stellt das Gesetz eine Vermutung für einen fehlenden Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auf, so dass derartige Sanierungskredite und damit zusammenhängende Rechtshandlungen regelmäßig nicht mit der Insolvenzanfechtung angegriffen werden können.²² Gleichwohl bleibt vor dem Hintergrund der weiterhin drohenden Insolvenzverschleppung bei der Vergabe von Sanierungskrediten abzuwarten, inwieweit sich dieses Privileg aus Sicht der Praxis als zielführend erweisen wird.²³ Nach Prüfung der eingereichten Unterlagen stellt die BaFin unverzüglich einen Antrag beim OLG Frankfurt/M. (§ 1 Abs. 3 FinDAG) auf Durchführung des Sanierungsverfahrens, sofern sie dies für zweckmäßig hält (§ 2 Abs. 3 KredReorgG).²⁴ Dem Antrag beizufügen ist eine Stellungnahme der BaFin zu den Erfolgsaussichten des Sanierungsplans und zur Geeignetheit des vorgeschlagenen Beraters bzw. der Vorschlag für einen anderen zu bestellenden Berater. Das Gericht kann bei offensichtlicher Ungeeignetheit des vorgeschlagenen Beraters nach Anhörung des Kreditinstituts und der BaFin einen anderen Sanierungsberater ernennen (§ 3 Abs. 1 KredReorgG). Darüber hinaus kann auch ein Organmitglied oder sonstiger Angehöriger des Kreditinstituts selbst zum Sanierungsberater bestellt werden. In diesem Fall kann das OLG jedoch auf Antrag der BaFin einen anderen Sanierungsberater an dessen Stelle bestellen, ohne dass ein wichtiger Grund gegeben sein muss (§ 3 Abs. 3 KredReorgG).

Wenn der Sanierungsplan nicht offensichtlich ungeeignet ist, ordnet das OLG die Durchführung des Sanierungsverfahrens an und bestellt zugleich den Sanierungsberater.²⁵ Er setzt den Sanierungsplan um (§ 6 Abs. 1 KredReorgG), hat weitgehende Informations- und Prüfungsbefugnisse und kann insbesondere der Geschäftsführung des Instituts Anweisungen erteilen (§ 4 Abs. 1 KredReorgG). Zudem steht der Berater unter der Aufsicht des OLG und ist diesem und der BaFin gegenüber berichts- und rechenschaftspflichtig (§§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 2 KredReorgG). Analog der Insolvenzverwalterhaftung haftet der Sanierungsberater schließlich allen Beteiligten gegenüber auf Schadensersatz, wenn er die ihm obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt (§ 4 Abs. 3 KredReorgG).

Wenn gem. § 5 Abs. 1 KredReorgG die Gefahr besteht, dass das Institut seine Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern nicht erfüllen kann, kann das OLG darüber hinaus auf Vorschlag der BaFin weitere erforderliche Sanierungsmaßnahmen ergreifen. Diese betreffen insbesondere Eingriffe in die Geschäftsleitung (Untersagung/Beschränkung der Tätigkeitsausübung oder Aufnahme des Sanierungsberaters in die Geschäftsführung), die Untersagung/Beschränkung von Entnahmen und Gewinnausschüttungen oder die Ersetzung von Zustimmungen des Aufsichtsrats. Ebenso können Vergütungs- und Bonusregelungen der Geschäftsleitung überprüft und ggf. angepasst werden.

Bei erfolgreicher Sanierung beschließt das OLG die Aufhebung des Sanierungsverfahrens, sollte hingegen das Sanierungsverfahren scheitern, findet der Übergang in das Reorganisationsverfahren statt (§ 6 Abs. 3, §§ 7 ff. KredReorgG).

Es dürfte fraglich sein, inwieweit das Sanierungsverfahren in der Praxis genutzt wird, da es – im Vergleich zu einer privatautonomen Lösung mit den Gläubigern – das zu sanierende Institut doch in ein „starrs Korsett“ zwingt. Zudem erscheint die Einschaltung eines strengen Verfahrensregelungen unterworfenen Sanierungsberaters gegenüber einer freiwilligen Bestellung eines Geschäftsleitungsmitglieds für Restrukturierungsfragen eher fernliegend, zumal tiefgreifende Eingriffsbefugnisse in die Geschäftsleitung mit dem gerichtlichen Sanierungsverfahren einhergehen. Aus diesem Grund sind auch erste Stellungnahmen eher skeptisch, was die Praxistauglichkeit des Sanierungsverfahrens betrifft.²⁶

3. Reorganisationsverfahren

Der Antrag auf Eröffnung des Reorganisationsverfahrens kann von der BaFin nur gestellt werden, wenn im Einzelfall eine Bestandsgefährdung, also die Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs des Instituts, besteht und deshalb eine Systemgefährdung im Sinne des § 48b KWG zu besorgen ist (§§ 1 Abs. 1 S. 2, 7 Abs. 2 KredReorgG).²⁷ Schöpferisches Vorbild für das Reorganisationsverfahren

18 Vgl. Restrukturierungsgesetz v. 9.12.2010, BGBl. I S. 1900 ff.

19 Vgl. Begr. zum Gesetzentwurf der BReg, BT-Ds. 17/3024 v. 27.9.2010, S. 66; vgl. auch Pannen, ZInsO 2010, 2026, 2027.

20 Der Kreditrahmen für diese privilegierten Kredite darf allerdings 10% der Eigenmittel des Kreditinstituts nicht übersteigen, vgl. § 2 Abs. 2 S. 5 KredReorgG.

21 So vormalig in § 2 Abs. 2 S. 6 KredReorgG-E mit Verweis auf § 264 Abs. 3 InsO, vgl. BT-Ds. 17/3024, S. 45; dagegen Bericht des FA, BT-Ds. 17/3547 v. 28.10.2010, S. 8 sowie Beschlussempf. des FA, BT-Ds. 17/3407 v. 26.10.2010, S. 5.

22 Vgl. BT-Ds. 17/3547, S. 8 sowie BT-Ds. 17/3407, S. 7.

23 Vgl. Lorenz, NZG 2010, 1046, 1048 f.; Obermüller/Kuder, ZInsO 2010, 2016, 2018 f.

24 Kritisch zur Ansiedlung des Verfahrens beim OLG Frind, ZInsO 2010, 1921, 1922. Die in der Stellungnahme des BR (BT-Ds. 17/3362 v. 21.10.2010, S. 4 ff.) vorgeschlagene Ansiedlung bei den Amtsgerichten ist nicht Gesetz geworden.

25 Vgl. BT-Ds. 17/3024, S. 2.

26 Vgl. Frind, ZInsO 2010, 1921, 1922 f.; Lorenz, NZG 2010, 1046, 1049; Schuster, Börsen-Zeitung vom 1.9.2010, S. 2.

27 Vgl. II. 5. a), S. 68; Pannen, ZInsO 2010, 2026, 2028; Lorenz, NZG 2010, 1046, 1049.

(außerhalb der Insolvenz) ist das Insolvenzplanverfahren gem. §§ 217 ff. InsO.

Die Einleitung des Reorganisationsverfahrens erfolgt ebenfalls durch eine Anzeige bei der BaFin, die entweder durch den Sanierungsberater nach erfolglosem Sanierungsverfahren oder durch das betroffene Institut selbst bei von vornherein offensichtlicher Aussichtslosigkeit des Sanierungsverfahrens vorzunehmen ist (§ 7 Abs. 1 KredReorgG). Zusammen mit der Anzeige ist ein Reorganisationsplan vorzulegen, der sich aus einem darstellenden und einem gestaltenden Teil zusammensetzt. Mit dem darstellenden Teil sind alle Beteiligten über die Grundlagen und Auswirkungen des Reorganisationsplans zu informieren, die für die Entscheidung der Gläubiger über die Annahme des Plans und für die gerichtliche Bestätigung erheblich sind (Rechtsverhältnisse der Bank, wirtschaftliche Verhältnisse, Sanierungskonzept). Im gestaltenden Teil wird festgelegt, wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Reorganisationsplan geändert werden soll. Über die im Reorganisationsplan festzulegenden gewöhnlichen finanzwirtschaftlichen Sanierungsinstrumente (Stundungen, Haircuts, Rangrücktritte etc.) hinaus besteht hier der entscheidende Unterschied zum Sanierungsverfahren, indem Eingriffe in Gläubigerrechte und in Rechte der Anteilseigner möglich werden (§ 8 Abs. 3 KredReorgG).

Derartige Eingriffe in Gläubigerrechte entsprechen weitestgehend den im Insolvenzplanverfahren vorgesehenen Eingriffen. Es besteht aber die Besonderheit, dass Schuldverhältnisse mit dem Institut bis zum Ablauf des auf die Anzeige der Reorganisationsbereitschaft bei der BaFin folgenden Geschäftstages nicht beendet werden können. Entgegenstehende Vertragsbestimmungen sind unwirksam.²⁸

Im Unterschied zum (noch) geltenden Recht des Insolvenzplans können im Reorganisationsplan nunmehr auch Eingriffe in die Rechte der Anteilseigner vorgesehen werden.²⁹ Hierzu zählt – das Einverständnis der Gläubiger vorausgesetzt – insbesondere die Möglichkeit zum Debt-to-Equity-Swap, also einem Tausch von Kreditverbindlichkeiten gegen Beteiligungskapital (§ 9 KredReorgG). Ferner besteht die Möglichkeit einer Festlegung, dass das Kreditinstitut sein Vermögen ganz oder in Teilen ausgliedert und auf einen bestehenden (Aufnahme) oder neuen (Neugründung) Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen dieses Rechtsträgers an das Kreditinstitut überträgt (§ 11 Abs. 1 KredReorgG). Hinzu kommen alle sonstigen gesellschaftsrechtliche Maßnahmen, die geeignet sind, die Reorganisation des Kreditinstituts zu fördern (§ 10 KredReorgG). Im Übrigen können auch die bereits erwähnten Sanierungskredite im Reorganisationsplan privilegiert werden.

Ist der Antrag durch die BaFin beim OLG gestellt, prüft das OLG den Reorganisationsplan, ordnet per Beschluss die Durchführung des Verfahrens an und bestellt einen Reorganisationsberater. Über den Plan findet jeweils eine Abstimmung in Gruppen statt. Dabei bilden auf der einen Seite die Gläubiger eine Gruppe, wobei nach dem Vorbild des Insolvenzplanverfahrens von der Bildung mehrerer (Unter-)Gruppen je nach Rechtsposition (z.B. gesichert/ungesichert) auszugehen ist (§§ 17, 19 KredReorgG). Auf der anderen Seite bilden die Anteilseigner eine eigene Gruppe (§§ 18, 19 KredReorgG).

Der Reorganisationsplan muss von den Anteilseignern und von allen Gläubigergruppen angenommen werden, wobei in den Gläubigergruppen jeweils eine doppelte Mehrheit, d.h. Kopf- und Summenmehrheit zur Annahme des Plans erforderlich ist (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 und 3 KredReorgG). Die Gruppe der Anteilseigner stimmt gesondert im Rahmen einer Hauptversammlung, die der Reorganisations-

berater einzuberufen hat, über den Plan ab. Dabei reicht grundsätzlich die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen zur Planannahme aus. Sofern der Plan einen Bezugsrechtsausschluss bei einer Kapitalerhöhung vorsieht oder das Grundkapital herabgesetzt wird, ist eine Mehrheit von mindestens zwei Drittel der abgegebenen Stimmen oder des vertretenen Grundkapitals erforderlich. Allerdings ist auch hier eine einfache Mehrheit ausreichend, wenn in der Hauptversammlung die Hälfte des Grundkapitals vertreten ist (§§ 19 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 18 Abs. 3 KredReorgG).

Analog dem Obstruktionsverbot des § 245 InsO sieht das Gesetz für die Gläubigergruppen die Möglichkeit der Zustimmungsersetzung vor, (i) wenn die Gläubiger der Gruppe, in der keine Mehrheit erreicht wurde, voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Reorganisationsplan stünden, (ii) die Gläubiger dieser Gruppe angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, der auf Grundlage des Plans allen Beteiligten zufließen soll und (iii) zumindest eine Mehrheit der abstimmenden Gruppen sich mit den jeweils erforderlichen Mehrheiten für den Plan ausgesprochen hat (§ 19 Abs. 2, 3 KredReorgG). Auch für die Gruppe der Anteilseigner kommt eine Zustimmungsersetzung in Betracht. Hier muss ebenfalls (i) die Mehrheit der abstimmenden Gruppen mit den jeweils erforderlichen Mehrheiten dem Plan zugestimmt haben und (ii) müssen aus verfassungsrechtlichen Gründen die im Plan vorgesehenen Maßnahmen unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geeignet sein, eine Instabilität des Finanzsystems zu verhindern (§ 19 Abs. 4 KredReorgG).³⁰

Nach Annahme des Reorganisationsplans ist eine gerichtliche Bestätigung des Plans notwendig, damit dieser Wirksamkeit erlangt (§ 20 KredReorgG). Diese soll spätestens einen Monat nach der Planannahme erfolgen.³¹ Das OLG hat eine Bestätigung von Amts wegen zu versagen, wenn (i) Vorschriften über den Inhalt oder das Verfahren in einem wesentlichen Punkt nicht beachtet wurden, (ii) die Annahme des Plans in unlauterer Weise herbeigeführt wurde oder (iii) die erforderlichen Mehrheiten zur Planannahme nicht erreicht wurden und die Voraussetzungen für die Zustimmungsersetzung nicht vorliegen (§ 20 Abs. 2 KredReorgG).

Daneben statuiert das Gesetz auch noch einen dem § 251 InsO vergleichbaren Minderheitenschutz, indem die Bestätigung des Reorganisationsplans auf Antrag eines Gläubigers zu versagen ist, wenn dieser dem Plan schriftlich widersprochen hat und er durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er ohne diesen Plan stünde (§ 20 Abs. 3 KredReorgG). Im Interesse einer effektiven Planumsetzung ist ein solcher Antrag aber nur zulässig, wenn der Gläubiger die vorgenannten Voraussetzungen glaubhaft macht (§ 294 Abs. 1 ZPO) und der Reorganisationsberater keine Sicherheit leistet (§ 20 Abs. 4 S. 1 KredReorgG). Sollte hingegen eine Sicherheit gestellt werden, muss der Gläubiger außerhalb des Reorganisationsverfahrens Klage gegenüber dem Reorganisationsberater auf angemessene Beteiligung erheben.³²

Soweit durch den Reorganisationsplan Verfügungen über Gegenstände oder die oben genannten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen vor-

²⁸ Vgl. zur Problematik bei Verträgen nach ausländischem Recht bereits oben unter II. 5. f) sowie *Riethmüller*, WM 2010, 2295, 2030 f.

²⁹ Im DiskE für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Beilage 1 zu ZIP 28/2010) ist in § 225a InsO-E ebenfalls vorgesehen, dass künftig Eingriffe in die Rechte der Anteilseigner möglich sind, vgl. dazu *Kresser*, ZInsO 2010, 1409, 1414 ff.; *Obermüller/Kuder*, ZInsO 2010, 2016, 2019 f.

³⁰ Vgl. BT-Ds. 17/3024, S. 55 f.; *Lorenz*, NZG 2010, 1046, 1050.

³¹ In § 20 Abs. 1 S. 3 KredReorgG-E war noch eine Frist von drei Monaten vorgesehen, vgl. BT-Ds. 17/3024, S. 15; dagegen BT-Ds. 17/3547, S. 9 sowie BT-Ds. 17/3407, S. 22; vgl. auch *Obermüller/Kuder*, ZInsO 2010, 2016, 2020.

³² *Krit. Frind*, ZInsO 2010, 1921, 1923; vgl. auch BT-Ds. 17/3362, S. 8 f.

gesehen sind, gelten die in den Plan aufgenommenen Willenserklärungen als in der vorgeschriebenen Form abgegeben (§ 21 Abs. 1 KredReorgG). Das gilt auch für entsprechende zugrunde liegende Verpflichtungserklärungen, so dass zusätzliche notarielle Beurkundungen bzw. Beglaubigungen entbehrlich sind.³³ Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen sind mithin sofort wirksam und im Sinne eines raschen Planvollzugs auch ohne ein förmliches Anmeldeverfahren in das Handelsregister einzutragen. Im Interesse der Planungssicherheit für die Gläubiger wird schließlich für den Debt-to-Equity-Swap nach gerichtlicher Bestätigung des Plans eine spätere Nachschusspflicht in bar nach den Grundsätzen der Differenzhaftung ausdrücklich ausgeschlossen, sofern es im Rahmen der Kapitalerhöhung zu einer überhöhten Bewertung der als Sacheinlage eingebrachten Forderungen gekommen ist (§ 21 Abs. 2 KredReorgG).³⁴

IV. Vergütungsregelungen

Im Zuge der Ausschussberatungen wurden in das Restrukturierungsgesetz als Abs. 2a bis 2c zu § 10 FMStFG Regelungen zur Begrenzung der Vergütung aufgenommen.³⁵ Danach darf in einem Unternehmen des Finanzsektors, das Stabilisierungsmaßnahmen nach § 7 FMStFG (Rekapitalisierungsmaßnahmen) in Anspruch nimmt, die monetäre Vergütung von Organmitgliedern und Angestellten jeweils 500 000 Euro pro Jahr (Obergrenze) nicht übersteigen. Soweit der Finanzmarktstabilisierungsfonds (Fonds) mindestens 75 % der Anteile hält, sind variable Vergütungen nicht zulässig, im Übrigen nur, soweit sie mit der fixen Vergütung die Obergrenze nicht übersteigen. Im letzteren Fall darf die Obergrenze überschritten werden, sofern das Unternehmen mindestens die Hälfte der geleisteten Rekapitalisierung zurückgezahlt hat oder die geleistete Kapitalzuführung voll verzinst wird.

1. Von der Obergrenze erfasste Gehaltsbestandteile

Unter die Obergrenze fallen die fixe und die variable Vergütung. Zur variablen Vergütung zählen auch Aktienoptionen und Ansprüche aus Mid-Term und Long-Term Incentive Plänen. Dabei kann jeweils zweifelhaft sein, in welchem Jahr Ansprüche aus solchen Plänen zu berücksichtigen sind.³⁶ Im Umkehrschluss zu § 5 Abs. 2 Nr. 4a FMStFV ergibt sich, dass der Wert von Versorgungszusagen nicht unter die Obergrenze fällt.³⁷

2. Erfasste Vereinbarungen

Nach § 10 Abs. 2c FMStFG sind von den vorstehenden Regelungen nicht erfasst Vergütungen, die durch Tarifvertrag oder Bezugnahme auf einen Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung vereinbart sind. Da bei tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen die Obergrenze keine Rolle spielen wird, bezieht sich diese Privilegierung ausschließlich auf die variable Vergütung in Unternehmen, bei denen der Fonds mindestens 75 % der Anteile hält. Sofern in solchen Unternehmen eine entsprechende Betriebsvereinbarung besteht, die nicht auf einem Tarifvertrag beruht – und das dürfte der Regelfall sein –, greift das Verbot der variablen Vergütung ein. Entsprechende Betriebsvereinbarungen wären nicht privilegiert.³⁸

Die gesetzlichen Vorgaben sind nach § 10 Abs. 2c S. 2 FMStFG bei Vertragsänderungen und -neuabschlüssen mit Organmitgliedern und Angestellten zu berücksichtigen. Das ist selbstverständlich. Soweit be-

stehende Verträge den Vorgaben der Abs. 2a und 2b nicht entsprechen, können Organmitglieder und Angestellte aus ihnen keine Rechte herleiten. Dies gilt nicht für Ansprüche, die vor dem 1.1.2011 entstanden sind. Das bedeutet zunächst einmal, dass Bonusansprüche für das Jahr 2010, die in der Regel mit Ablauf des Jahres entstehen, von der gesetzlichen Neuregelung auch dann unberührt bleiben, wenn, wie üblich, diese erst im Jahre 2011 ausgezahlt werden.

Wenn die gesetzliche Neuregelung weiter verbietet, für die Zukunft aus entgegenstehenden Vereinbarungen Rechte herzuleiten, sind verfassungsrechtliche Fragen berührt. Man wird die Vorschriften zur Gehaltsobergrenze als gesetzliches Verbot überschießender Vergütungsvereinbarungen im Sinne des § 134 BGB ansehen müssen. Grundsätzlich gilt diese Vorschrift nicht für den Fall, dass ein Verbotsgesetz erst nach Vornahme des Rechtsgeschäfts erlassen worden ist, sich aber gegen die noch fortdauernden Wirkungen aus dem Geschäft richten würde. Etwas anderes kann nur gelten für Verbotsgesetze, die sich ausdrücklich und zulässigerweise Rückwirkung beilegen.³⁹ Eine *ausdrückliche* Regelung der Rückwirkung statuiert § 10 Abs. 2c S. 4 FMStFG. Nach der Gesetzesbegründung gebe es kein entgegenstehendes schutzwürdiges Vertrauen mit Blick auf den Umstand, dass es sich um Unternehmen handele, die ansonsten insolvent beziehungsweise äußerst notleidend wären. Außerdem sei bereits seit Inkrafttreten der FMStFV die Obergrenze von 500 000 Euro für die Vergütung von Organmitgliedern geregelt. Diese Grenze stelle auch für andere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eine Orientierungsmarke dar.⁴⁰ Ob diese Begründung für eine *zulässige* Rückwirkung ausreicht, scheint zweifelhaft.⁴¹ Der Eingriff in die nach früherem Recht entstandenen Rechte muss durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein.⁴²

3. Anwendung auf Tochtergesellschaften

Nach der Gesetzesbegründung sollen die Regelungen über die Vergütungen in rekapitalisierten Unternehmen auch für in- und ausländische Tochterunternehmen des rekapitalisierten Unternehmens gelten.⁴³ Diese Schlussfolgerung ist weder vom Wortlaut des Gesetzes noch von der Gesetzessystematik gedeckt. Die Obergrenze gilt für Unternehmen des Finanzsektors. Dies sind nach § 2 FMStFG Institute im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG, also Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute. Von Tochtergesellschaften ist nicht die Rede. In § 1 Abs. 7 KWG findet sich zwar eine Definition von Tochterunternehmen. Diese Definition spielt etwa eine Rolle bei §§ 2b, 8a und 24 KWG, hat aber keine Auswirkungen auf die Definition von Instituten im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG und damit von Unternehmen des Finanzsektors im Sinne des § 2 FMStFG. Damit bleibt es dabei, dass das Gesetz auf Tochtergesellschaften keine Anwendung findet.

33 Vgl. dazu auch ablehnende Stellungnahme des Bundesrats, BT-Ds. 17/3362, S. 8 f.

34 Vgl. Lorenz, NZG 2010, 1046, 1049.

35 Textidentische Regelungen in § 4 Abs. 3–5 RStruktFG für Fälle der Beteiligung des Restrukturierungsfonds an Kreditinstituten.

36 Nach § 5 Abs. 2 Ziffer 4. InstitutsVergV müssen bei bedeutenden Instituten mindestens 40 % der variablen Vergütung über einen Zurückbehaltungszeitraum von mindestens drei bis fünf Jahren gestreckt werden, wobei während des Zurückbehaltungszeitraums noch kein Anspruch auf den entsprechenden Anteil der variablen Vergütung selbst bestehen darf; vgl. dazu Löw, BB Heft 41/2010, S. 1.

37 Das wurde im Gesetzgebungsverfahren von der Fraktion der Grünen kritisiert, vgl. BT-Ds. 17/3547, S. 5.

38 Ob das allerdings dazu führt, dass daraus keine Ansprüche geltend gemacht werden können, erscheint zweifelhaft. Satz 4 statuiert eine Rückwirkung des gesetzlichen Verbotes (dazu sogleich im Text) nur für Ansprüche aus Verträgen.

39 Vgl. BVerfG, NJW 1991, 1807.

40 Vgl. BT-Ds. 17/3547, S. 14.

41 Es ist aber eher unwahrscheinlich, dass diese Frage dem BVerfG vorgelegt werden wird.

42 Vgl. BVerfG, NJW 1991, 1807.

43 Vgl. BT-Ds. 17/3547, S. 5f.

4. Anwendung auf Arbeitsverhältnisse im Ausland

Von nicht unerheblicher Bedeutung ist die Frage, ob die Obergrenze und das Verbot variabler Vergütungen auch für Arbeitsverhältnisse gelten, die nicht deutschem Recht unterliegen. Der Vergütungsanspruch eines Arbeitnehmers in New York, dessen Arbeitsvertrag dem Recht von New York unterliegt, richtet sich ausschließlich nach diesem Recht. Das FMStFG spielt für die Beurteilung eines Vergütungsanspruchs keine Rolle. Da eine die Obergrenze übersteigende Vergütung auch nicht gegen den Ordre Public verstößt, dürfte selbst der Vollstreckung eines ausländischen Urteils in Deutschland Art. 6 EGBGB nicht entgegenstehen. Damit wird die Unternehmensleitung in eine schwierige Situation gebracht. Sie kann entweder vertragliche Ansprüche oberhalb der Obergrenze erfüllen und sich dem Vorwurf des Fonds aussetzen, die gesetzliche Obergrenze missachtet zu haben. Oder sie verweigert die Erfüllung und provoziert einen Rechtsstreit, dessen Ausgang zu Lasten des Unternehmens von vornherein feststeht.

V. Fazit

Das neue Restrukturierungsgesetz enthält umfassende Regeln, die die Krisenbewältigung, Sanierung und Reorganisation von Banken wesentlich erleichtern. Die neuen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ermöglichen der BaFin früher einzugreifen, um die Eigenmittelausstattung und die Liquidität von Banken zu verbessern. Das neue Instrument der Übertragungsanordnung ermöglicht es, systemrelevante und nicht-systemrelevante Bestandteile eines Kreditinstituts zu trennen. Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz schafft ein zweistufiges Verfahren zur Sanierung außerhalb der Insolvenz. Während das Sanierungsverfahren von allen Kreditinstituten eingeleitet werden kann, kommt das Reorganisationsverfahren nur für systemrelevante Institute in Betracht. Ob von diesen Verfahren in der Praxis tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird, ist aus heutiger Sicht zweifelhaft. Das Restrukturierungsgesetz enthält außerdem Regelungen zur Begrenzung der Vergütung in Unternehmen, in denen (heute bereits) der Finanzmarktstabilisierungsfonds oder (zukünftig) der Restrukturierungsfonds beteiligt ist. Die Anwendung wirft einige Probleme auf, insbesondere soweit es um die Erstreckung auf Tochtergesellschaften und auf ausländische Arbeitsverhältnisse geht.

Anselm Gehling, RA

Haftungsrisiken des (Anleger-)Kommanditisten

Die Finanzierung von Investitionen durch Fondsgesellschaften hat in den vergangenen Jahren stetig zugenommen und sich neben, häufig auch gemeinsam mit der klassischen Bankenfinanzierung bewährt. Beteiligte Anleger erwarten in der Regel eine Rendite in Gestalt steuerlicher Vorteile und Ausschüttungen, ohne unternehmerische Risiken übernehmen zu wollen. Diese Erwartungen werden bei normalem Ver-

// Autoren

Dr. Karsten Müller-Eising ist als Partner bei Hogan Lovells in Frankfurt im Bereich Corporate tätig. Er leitet das Equity Capital Markets Team in Deutschland. Er hat seit 2008 öffentliche Körperschaften, Banken und Abwicklungsanstalten zu Fragen der Finanzmarktstabilisierung beraten.



Dr. Tim Oliver Brandt ist seit 2003 als Partner bei Hogan Lovells in Frankfurt tätig. Zu seinen Schwerpunkten zählt die Beratung im Bereich Gesellschaftsrecht und Unternehmenskauf sowie die Restrukturierung von Kreditinstituten. In der jüngeren Vergangenheit hat er bei mehreren namhaften Transaktionen im Bereich Finanzmarktstabilisierung federführend beraten.



Michael Sinhart ist Partner am Frankfurter Standort von Hogan Lovells im Bereich Corporate/M&A. Seine Tätigkeit umfasst insbesondere die Beratung bei insolvenznahen oder insolvenzgebundenen Unternehmenstransaktionen sowie die Beratung bei Unternehmenskrisen.



Dr. Mark Lorenz, Dipl.-Kfm., ist Rechtsanwalt am Frankfurter Standort von Hogan Lovells. Er hat sich neben dem Gesellschafts- und Immobilienrecht insbesondere auf das Insolvenzrecht spezialisiert. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Beratung in Krisensituationen, insbesondere bei komplexen Unternehmens- und Finanzrestrukturierungen.



Dr. Hans-Peter Löw ist seit 1996 Rechtsanwalt bei Hogan Lovells in Frankfurt. Zu seinen Schwerpunkten zählt die Beratung von Banken und Finanzdienstleistern in allen arbeitsrechtlichen Fragen. Er ist Mitherausgeber und Co-Autor des Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht.



lauf einer Beteiligung auch erfüllt. Dennoch darf nicht in Vergessenheit geraten, dass Fondsbeteiligungen nicht nur aus steuerlichen Erwägungen (mit-) unternehmerisch geprägt. Jede Form einer fondsgebundenen Kapitalbeteiligung ist mit gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeiten verbunden, die keinesfalls überraschend sind, häufig aber von Anlegern – zumeist in Krisenzeiten – verdrängt werden.