

Berlin, 29. September 2010

**Positionspapier
zum Entwurf eines Gesetzes
zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten
(Restrukturierungsgesetz)**

A. Zu Artikel 1 (KredReorgG-E)

1. Zu § 6 KredReorgG-E

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG-E setzt der Sanierungsberater den Sanierungsplan um. Im Hinblick auf die Reichweite dieses Plans (vgl. §§ 2 Abs. 2 Sätze 2-5, 6 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-E) erscheint die in § 6 KredReorgG-E gewählte Formulierung präzisierungsbedürftig. Es ist anzunehmen, dass der Sanierungsberater zum Zwecke der Umsetzung des Sanierungsplans diverse Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen vornehmen bzw. Erklärungen entgegennehmen muss. Die Befugnis hierzu sollte in § 6 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG klargestellt werden:

Vorschlag 1 (Änderung § 6 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG):

„Der Sanierungsberater ist zu allen für die Umsetzung des Sanierungsplans erforderlichen und geeigneten Handlungen ermächtigt.“

Mit dem Wort „*ermächtigt*“ ist die letztlich unerhebliche Frage, ob der Sanierungsberater als Vertreter des Kreditinstituts oder als Partei kraft Amtes handelt, offengelassen. Dass der Sanierungsberater zu diesen Rechtshandlungen ermächtigt ist, ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-E.

2. Zu §§ 21, 22 KredReorgG-E

a) *Rechtsgestaltende Wirkung des Plans ist lebensfremd*

In § 7 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz KredReorgG-E wird allgemein auf die Bestimmungen über die Sanierung (§§ 2-6 KredReorgG-E) Bezug genommen. Jedenfalls § 6 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG-E dürfte jedoch wegen der *eo ipso* eintretenden Rechtswirkungen des § 21 KredReorgG-E nicht zur Anwendung kommen und dementsprechend von der Ausnahme des § 7 Abs. 5 Satz 1, 1. Halbsatz KredReorgG-E erfasst werden. Das Gesetz geht offenbar davon aus, dass es zur Umsetzung des Reorganisationsplans keiner weiteren Rechtshandlungen mehr bedarf (siehe auch § 22 KredReorgG-E). Ohne dass dies im Gesetzestext hinreichend deutlich wird (vgl. abweichend etwa § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), dürfte es sich um einen Fall der Einzelrechtsübertragung kraft Hoheitsakts handeln, vergleichbar dem Zuschlag nach § 90 ZVG.

Unabhängig hiervon scheint die rechtsgestaltende Wirkung des gerichtlich bestätigten Reorganisationsplans jedoch ebenso wenig der Lebenswirklichkeit zu entsprechen wie das (vom Denkansatz her konsequente) Fehlen einer Abänderungsmöglichkeit nach § 6 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-E.

aa) *Unvollständiger Informationsstand des Planerstellers*

Zwischen der Aufstellung des Reorganisationsplans durch das Kreditinstitut (vgl. § 7 Abs. 1 KredReorgG-E) – nicht zwingend durch den Reorganisations- bzw. Sanierungsberater (e contrario-Schluss aus § 3 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-E) – und seiner gerichtlichen Bestätigung liegt ein mehr oder minder langer Zeitraum. Während dieses Zeitraums können sich die Marktverhältnisse erheblich ändern. Als Stichworte seien nur genannt: Großschadensereignisse (wie die Ölkatastrophe in der Karibik, terroristische Anschläge), (un)vorhersehbare volkswirtschaftliche Krisen (etwa: Zusammenbrüche von Spekulationsblasen wie Gold, chinesischer Immobilienmarkt etc.) oder eine plötzliche Erholung der Konjunktur. Man denke nur an die Auswirkungen des Beschlusses über die Schaffung eines europäischen Rettungsfonds auf die Bewertung griechischer, irischer oder portugiesischer Staatsanleihen und die positiven Konsequenzen für die Bilanzen der involvierten Banken.

Zudem setzt die Fertigung eines Reorganisationsplans nach der Konzeption des Gesetzes voraus, dass sein Verfasser zum Zeitpunkt der Entwurfserstellung über vollständige Informationen über das zu reorganisierende Kreditinstitut verfügt. Diese Prämisse ist lebensfremd; Dies gilt insbesondere in dem (wahrscheinlichen) Fall, dass bereits in diesem Stadium der (spätere) Reorganisationsberater involviert wird. Dieser wird als externer Dritter nicht in der Lage sein, in der anzunehmenden Kürze der Zeit einen umfassenden Überblick über das betroffene Kreditinstitut zu erhalten. Aber auch in dem umgekehrten Fall, wenn das Kreditinstitut selbst den Reorganisationsplan erstellt (oder einen Reorganisationsberater aus der „eigenen“ Leitungsebene (§§ 7 Abs. 5 Satz 1, 3 Abs. 3 KredReorgG-E wählt), ist eine vollständige Sachkenntnis aller relevanten Informationen nicht möglich.

Überdies: Nicht nur bis zur Versammlung der Gläubiger/Anteilsinhaber oder bis zur gerichtlichen Bestätigung des Reorganisationsplans, sondern auch danach werden typischerweise neue Sachverhalte virulent oder bisher unbekannte Sachverhalte bekannt. Die neuen beträchtlichen Risiken im Zusammenhang mit der Hypo Real Estate, die erst jetzt, also zwei Jahre nach der ersten Rettungsaktion, bekannt werden, belegen dies hinreichend. Jedoch sind Änderungen des Reorganisationsplans bereits nach Veröffentlichung der Einladung zur Gläubiger-/Hauptversammlung nicht mehr statthaft, jedenfalls die, was auch immer man darunter verstehen mag, „abstimmungserheblichen Teile“ (vgl §§ 16 Satz 1, 17 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 KredReorgG).

bb) Internationalrechtliche Einflüsse

In internationalen Sachverhalten (bei einer systemrelevanten Bank alles andere als unwahrscheinlich) ignoriert § 21 KredReorgG-E die Frage der territorialen Geltung der Norm. Dies betrifft zum einen etwaiges Auslandsvermögen bzw. ausländischem Recht unterliegende Passiva des zu reorganisierenden Kreditinstituts, zum anderen auch Aspekte ausländischer Bankenaufsicht.

Beispiel 1:

Die zu reorganisierende Bank besitzt Forderungen und Verbindlichkeiten, die ausländischem Recht unterliegen. Für deren Übertragung sieht das anwendbare Recht andere Förmlichkeiten vor bzw. kennt eine Übertragung im Wege eines Hoheitsaktes nicht. Erst recht gilt dies für dingliche Rechte (Grundbesitz, Grundpfandrechte nach ausländischem Recht, geistiges Eigentum, etwa an Software etc.).

Wem stehen diese Aktiva und Passiva mit Bestätigung des Reorganisationsplans eigentlich zu? Ausländisches Sachenrecht wird einen deutschen gestaltenden Rechtsakt nicht anerkennen (vgl. etwa auch im Spaltungsrecht den Vorbehalt in Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie 82/891/EWG vom 17.12.1982, ABl. L 378, S. 47, der hier erst recht gilt).

§ 48i KWG-E (Artikel 2 des Gesetzentwurfs) hat diese Probleme sehr wohl erkannt und zutreffend gelöst. Eine vergleichbare Vorschrift fehlt im KredReorgG-E.

Beispiel 2:

Die zu reorganisierende Bank bzw. der Übernehmer von Teilen ihres Betriebs unterhalten Niederlassungen in Ländern, deren Bankenaufsicht – jedenfalls größere – Umstrukturierungen von einer vorgängigen Genehmigung einer staatlichen Stelle abhängig macht. Vor Erteilung dieser Genehmigung besteht ein Vollzugsverbot (so z. B. in Hongkong oder Taiwan). Es ist anzunehmen, dass die rechtsgestaltende Wirkung des Reorganisationsplans nach deutschem Recht die betreffende Aufsichtsbehörde eines Nicht-EU-Landes nur wenig interessieren wird. Die Genehmigung der ausländischen Bankenaufsicht müsste daher bereits vor Aufstellung des Reorganisationsplans eingeholt werden, was jedoch in der Praxis erhebliche Zeit in Anspruch nehmen dürfte.

Welcher Rechtszustand besteht, sofern diese Genehmigung nicht bzw. nicht rechtzeitig erteilt/angefordert wird?

b) Due Diligence und Kartellrecht

aa) due diligence

Sieht der Reorganisationsplan eine Ausgliederung vor, so müssen nach der Konzeption des Entwurfs bereits zum Zeitpunkt der Aufstellung des Reorganisationsplans die Person des Übernehmers und die Anzahl der von ihm zu gewährenden Anteile bekannt sein. Das heißt: auch der Übernehmer wird sich mit dem zu reorganisierenden Kreditinstitut befassen müssen (d.h. in der Regel eine umfassende *due diligence* durchzuführen haben). Denn der Übernehmer muss seinen Anteilsinhabern nachvollziehbar begründen können, warum er nicht weniger Anteile als Gegenleistung gewährt.

Ohnedies wird die nach § 11 Abs. 2 Satz 1 KredReorgG-E vorgesehene Zustimmungserklärung innenrechtlich einen Gesellschafterbeschluss des Übernehmers voraussetzen. Jedenfalls wenn die zu gewährenden Anteile durch Kapitalerhöhung geschaffen werden müssen, wird man um die Befassung der Anteilsinhaber des Übernehmers auch im Außenverhältnis nicht umhinkommen.

bb) Kartellrecht

Zudem wird der Übernehmer das Vorhaben den Kartellbehörden melden müssen (§ 35 ff., bes. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB sowie nach europäischem Kartellrecht). Bis zur kartellrechtlichen Entscheidung besteht ein Vollzugsverbot nach § 41 GWB. Auch diese Fragen müssten damit bereits vor Bestätigung des Reorganisationsplans geklärt sein. Das kostet zusätzlich Zeit.

Nach dem derzeitigen Konzept des KredReorgG-E hätte die (geordnete und erfolgreiche) Insolvenz der Karstadt-Gruppe in der jetzigen Form nicht durchgeführt werden können. Schließlich waren zu Beginn des Insolvenzverfahrens weder die Person des Investors noch die Konditionen des Kompromisses mit den Vermietern planbar und konnten daher in einem

unterstellten Reorganisationsplan gar nicht antizipiert werden. Auch die Rettung von *Bear Stearns* und die Abwicklung von *Lehman Brothers* wären so nicht gelungen.

c) *Drohender Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz*

Ein Reorganisationsplan muss, um einen dinglichen Rechtsübergang zu bewirken, auch im Sinne des Sachenrechts hinreichend bestimmt sein. Das KredReorgG-E kann diesen ganz grundlegenden Grundsatz des deutschen Zivilrechts weder aushebeln noch negieren. Gerade in Krisenzeiten ist die Rechtsordnung nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit auf eine eindeutige sachenrechtliche Zuordnung angewiesen.

Wir ziehen jedoch in Zweifel, dass der Reorganisationsplan den strengen Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes in jedem Einzelfall genügen kann. Dies illustrieren auch die nachfolgenden Beispiele:

Beispiel 3:

Schon bei der einige Jahre zurückliegenden Ausgliederung des Privatkundengeschäfts der Deutsche Bank AG auf die Deutsche Bank 24 AG wurde der Bestimmtheitsgrundsatz nicht eingehalten. Im zugrundeliegenden Ausgliederungsplan waren die betroffenen Kunden nur mittels ihrer Konto- bzw. Darlehensnummern bezeichnet. Damit war aber unklar, ob die auf dem Grundbesitz des jeweiligen Kunden lastende Grundschuld mitübertragen war oder nicht bzw. welchem Darlehen welche konkrete Sicherheit zuzuordnen war. Nachdem der Versuch der Deutsche Bank AG, die Notare zur Klauselumschreibung trotz fehlender Bestimmtheit zu bewegen, gescheitert war, mussten Tausende von Grundpfandrechten einzeln abgetreten werden.

Was schon in einer derartig lang vorbereiteten „Trockenübung“ nicht funktioniert, das wird in einer Krisensituation unter extremem Zeitdruck erst recht scheitern. Dass man in einer Ausnahmesituation wie im September 2008 bei der Hypo Real Estate AG innerhalb weniger Tage in der Lage gewesen wäre, alle Forderungen gegen Schuldner samt gewährter Grundbuchsicherheiten in Form des § 28 GBO aufzulisten, ist graue Theorie.

Beispiel 4:

Als Sicherheit für gegebene Kredite hat die zu reorganisierende Bank sich Grundschulden bestellen und sich zusätzlich persönliche Avale von Angehörigen oder Negativpfanderklärungen der Schuldner geben lassen. Daneben stützt sie sich auf das Pfandrecht nach den AGB der Banken an Guthaben ihrer Schuldner sowie an den bei ihr gehaltenen Wertpapierdepots. Teilweise sind auch Lebensversicherungen verpfändet bzw. die Bezugsberechtigungen entsprechend geändert worden. Soweit Verbindlichkeiten ganz oder teilweise zurückgeführt wurden, stehen den Schuldnern Ansprüche auf Herausgabe gestellter Sicherheiten zu.

Wie soll in einer solchen Situation sichergestellt werden, dass die betroffene Bank in einer bestandsgefährdenden Situation innerhalb kürzester Zeit im Reorganisationsplan eine fehlerfreie Zusammenstellung eines zu übertragenden Kreditportfolios samt der darauf bezogenen Sicherheiten liefert, ohne Pflichten gegenüber ihren Kunden (z. B. durch „Zuvielübertragung“) zu verletzen?

Was auch in einer nicht in der Krise befindlichen Bank alles passieren kann und passiert, illustriert folgender Fall:

Beispiel 5 (tatsächlicher Fall aus der Praxis des Unterzeichners):

Zugunsten einer renommierten deutschen Pfandbriefbank ist am Grundstück des Verkäufers eine Grundschuld eingetragen. Dieser verkauft das Grundstück an einen Käufer und verpflichtet sich zur Lastenfreistellung. Die Bank erteilt dem beurkundenden Notar eine Löschungsbewilligung unter der Auflage, hiervon nur gegen Zahlung eines Ablösebetrags Gebrauch zu machen. Der Käufer bezahlt diesen Betrag an die Bank, diese gibt gegenüber dem Notar die Löschung frei. Das Grundbuchamt vollzieht die Löschung jedoch nicht, da die Grundschuld im Wege eines Paketverkaufs vorher bereits an einen Kreditverwerter abgetreten worden war.

Die Bank, die damit den Treuhandvertrag mit dem Notar verletzt hatte, brachte im zugrundeliegenden Fall erst dann eine Löschung des Kreditverwerter bei, als der Notar in einem unmittelbar an den Vorstand gerichteten Schreiben die Befassung der BaFin wegen Organisationsmängeln androhte.

Befindet sich ein Kreditinstitut in einer bestandsgefährdenden Situation, so dürfte die interne Organisation nicht unbedingt leistungsfähiger sein als im vorstehenden Beispielfall 5. Auch das spricht gegen die Prämisse vollständiger Information des Erstellers des Reorganisationsplans.

d) *Vollziehbarkeit*

aa) *Grundbuch*

Die Anordnungen des Reorganisationsplanes müssen in aller Regel auch im Grundbuch vollzogen werden. Neben Verfügungen über dingliche Sicherheiten (an Immobilien, beweglichen Sachen oder Rechten) kann der Plan auch Verfügungen über Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte enthalten. Zu deren Vollzug sind u. U. Erklärungen dinglich Berechtigter, behördliche Genehmigungen, Vermessungen oder steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigungen nach § 22 Grunderwerbsteuergesetz erforderlich. Das kann kompliziert (und haftungsträchtig) werden. Das hierzu erforderliche Know-how dürfte außerhalb des Notariats kaum verfügbar sein.

bb) Handelsregister

Beim Handelsregisterverfahren sieht der Gesetzentwurf in § 21 Abs. 3 Satz 3 KredReorgG-E hingegen die vorgenannten registerrechtlichen Schwierigkeiten.

Die hier vorgeschlagene Lösung – die Prüfungspflicht des Handelsregisters auf Fälle „*offensichtlicher Nichtigkeit*“ zu beschränken – befriedigt jedoch nicht. . Dieses Zurückfahren einer registergerichtlichen Prüfung auf ein solches „ultra-light-Niveau“ ist jedoch aus folgenden Gründen abzulehnen:

- (1) Schon der Prüfungsmaßstab der „*offensichtlichen Nichtigkeit*“ ist zu unbestimmt. Denkbar wäre hingegen, sich an § 9c Abs. 2 GmbHG zu orientieren. Allerdings hat sich diese durch das Handelsrechtsreformgesetz 1998 geschaffene „Prüfung light“ in der Praxis gerade nicht bewährt, da schon dort taugliche Abgrenzungskriterien fehlen.
- (2) Die vorgesehene Vorschrift entwertet das Handelsregister gerade in einer Situation, in der der Rechtsverkehr wegen eines eklatanten Versagens der Wirtschaft auf das Recht mehr vertraut denn je. Ist die Handelsregistereintragung zwar nicht „*offensichtlich*“, sondern nur „*ein bisschen*“ nichtig (was ebenso wenig denkbar ist wie ein bisschen schwanger) – und erfolgt dennoch die Eintragung ins Handelsregister, da die Schwelle des § 21 Abs. 3 Satz 3 KredReorgG-E noch nicht erreicht ist –, dann ist weder dem Rechtsverkehr im Allgemeinen noch dem Übernehmer und seinen Anteilsinhabern im Besonderen gedient. Wie will sich der Übernehmer am Kapitalmarkt refinanzieren, wenn er die von einer Ausgliederung erfassten Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten nicht rechtssicher erworben hat, sondern sich jederzeit etwaigen Ansprüchen von Prätendenten ausgesetzt fühlt? Der Gesetzgeber gibt hier ohne nachvollziehbaren Grund einen der größten Vorteile der deutschen Rechtsordnung auf – die Rechtssicherheit und Verlässlichkeit des Handelsregisters.

Zudem: Auch der einzelne Schuldner eines Kredits hat ein Recht darauf, rechtssicher zu erfahren, wer nun eigentlich Gläubiger seines Kredite samt gegebener Sicherheiten ist. An wen soll er mit schuldbefreiender Wirkung leisten? Andernfalls wäre die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ausgliederung in das Verfahren der Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach §§ 727 ff. ZPO verlagert und würde zum Massenproblem für den Übernehmer und die Justiz.

Zuletzt ist noch zu bedenken, dass sich sowohl für das betreffende Kreditinstitut als auch für die anderen Anteilsinhaber am Übernehmer die Frage stellt, ob die als Gegenleistung für eine „*ein bisschen nichtige Ausgliederung*“ gewährten Anteile überhaupt wirksam entstanden sind.

- (3) Mit dem Zurückfahren der Prüfung auf „*offensichtliche Nichtigkeit*“ dürften zudem die Anforderungen des EU-Rechts an die staatliche Prüfung von Eintragungen in das Handelsregister verletzt sein (Art. 11 und 12 der Richtlinie 2009/101/EG, ABl. L 258 vom 01.10.2010, S. 11).

- (4) Weiter übersieht der Entwurf, dass § 131 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 UmwG bereits ein Regelungsregime für Mängel einer Ausgliederung zur Verfügung stellen, dass sich in nunmehr 16 Jahren der Praxis hinreichend bewährt hat.
- (5) Nicht nachvollziehen konnten wir die Aussage der amtlichen Begründung, wonach die Einreichung der Handelsregisteranmeldung in der Form des § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB den „*raschen Vollzug*“ im Handelsregister hindern und die „*Zwischenschaltung*“ des Notars „*den Vollzug der im Reorganisationsplan vorgesehenen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen verzögern*“ würde (S. 94-95 des Entwurfs). Die Anmeldung einer Ausgliederung nach dem UmwG bei der Übertragerin hat ca. zwei Seiten. Welche Verzögerung soll damit verbunden sein? Durch die Einschaltung des Notars wäre vielmehr eine weitere Prüfung der zugrundeliegenden Dokumente verbunden, die vor dem Hintergrund der vorgenannten Kritikpunkte nur im Interesse des Gesetzgebers stehen dürfte.

Die Hauptarbeit bei der Vorlage eines Reorganisationsplans liegt im schlichten Scannen von dicken Konvoluten, die dann in handlichen Portionen an das Handelsregister – zumeist mit zahlreichen Fehlversuchen wegen der zu verwendenden Software (EGVP) einzeln übermittelt werden müssen. Dort müssen sie von der Geschäftsstelle wieder zusammengesetzt, vom Richter auf „*offensichtliche Nichtigkeit*“ geprüft und dann in den Registerordner zum elektronischen Abruf eingestellt werden.

Das Notariat arbeitet nunmehr seit 01.07.2007 mit diesem Verfahren und kann auch derartige Großvorhaben logistisch bewältigen. Die durchschnittliche Zeitspanne zwischen Anmeldung und Eintragung gerade auch bei eiligen Vorhaben spricht für sich. Wir stellen eine entsprechende Rückfrage bei den Landesjustizverwaltungen anheim. Die Prämisse der Begründung bedeutet, dass ein Reorganisationsberater dies ohne den entsprechenden Unterbau schneller und besser erledigen könnte. Da dürfen wir gespannt sein.

Wir wollen dem Reorganisationsberater die Kompetenz, zielführende Konzepte zu entwickeln, in keiner Weise absprechen. Allein, was die technische Umsetzung dieser Konzepte betrifft, erscheint es, um es mit dem Werbespruch der „Gelben Seiten“ zu sagen, mitunter besser zu sein, sich an jemanden zu wenden, der sich damit auskennt. Hier bietet sich an, auf das seit Jahrzehnten bewährte und effiziente Gespann von Notar und Registerrichter zurückzugreifen.

Der Entwurf übersieht im Übrigen, dass neben dem Reorganisationsplan beim betroffenen Kreditinstitut auch beim Übernehmer jedenfalls eine zur Durchführung der Reorganisation erforderliche Kapitalerhöhung zum Handelsregister angemeldet werden muss. Da deren Eintragung mit dem Vermerk vorgenommen wird, dass die Kapitalerhöhung zur Durchführung des Reorganisationsplans bzgl. der betroffenen Bank erfolgt, erscheint es zweckmäßig, auch den Vollzug des Reorganisationsplans im Handelsregister zu vermerken, um damit bewirkte Rechtsübergänge publik zu machen. Zum Beweis seines Rechtserwerbs ist der Übernehmer zudem hierauf angewiesen. Hier wird der Notar auch nach dem Konzept des KredReorgG-E benötigt.

Würde die Reorganisation in analoger Anwendung der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes und nicht durch den Quasi-Zuschlag der gerichtlichen Bestätigung vollzogen (wobei Ausgliederungsberichte und –prüfungen verzichtbar erscheinen), so könnte auch auf die §§ 129 ff. UmwG zurückgegriffen werden. Damit stünde ein eingespieltes Verfahren zum Vollzug von Reorganisationsplänen zur Verfügung.

e) *„Differenzhaftung“*

aa) *Überbewertung von Sacheinlagen*

Die gesellschaftsrechtliche Relevanz des § 21 Abs. 2 KredReorgG-E nebst Begründung erschließt sich uns nicht. Die Vorschrift hat nur für den Fall der Überbewertung der Sacheinlage Bedeutung und soll Ansprüche des übertragenden Kreditinstituts gegen seine bisherigen Gläubiger ausschließen. Andernfalls würde eine Nachschusspflicht in bar drohen (siehe S. 94 der Begründung, die sich hierzu auf die gesellschaftsrechtliche Differenzhaftung beruft).

Bei einer Nachschusspflicht nach den Grundsätzen der Differenzhaftung kann es sich nur um einen Anspruch des Übernehmers gegen das Kreditinstitut handeln, der von der Vorschrift jedoch nicht erfasst wird und damit nach wie vor gegeben ist. Ansprüche gegen die Gläubiger wegen eingebrachter Forderungen bestehen allenfalls in Fällen des Durchgriffs des Übernehmers auf Gläubiger des Kreditinstituts nach § 826 BGB.

Eher stellt sich die Frage der Haftung der Organe des Übernehmers gegenüber seinen Anteilshabern wegen fahrlässiger Falschbewertung (etwa: Verwässerungsschaden durch Ausgabe zu vieler Anteile wegen Überbewertung der Sacheinlage). Welche Forderungen hingegen die Gläubiger des zu reorganisierenden Kreditinstituts haben sollten, wenn sie aufgrund der Ausgliederung mit dem Übernehmer einen (hoffentlich) besseren Schuldner bekommen als das bisherige Kreditinstitut, bleibt unerfindlich.

Begrenzungen der Differenzhaftung im gesellschaftsrechtlichen Sinne wären ohnedies wegen des gemeinschaftsrechtlichen Gebots effektiver Kapitalaufbringung problematisch (Art. 25 Abs. 1, 29 Abs. 4, 30 der Richtlinie 77/91/EWG, ABl. L 26 vom 31.01.1977).

bb) *Unterbewertung von Sacheinlagen*

Der wahrscheinlichere Fall der Unterbewertung einer Sacheinlage ist hingegen nicht geregelt. Märkte neigen zu Übertreibungen in der Hausse und zu Katastrophenstimmung in der Baisse. Welche Ansprüche bestehen gegen wen, wenn die als Gegenleistung für eine eingebrachte Sacheinlage gewährten Anteile weniger wert sind als die Einlage? Haftet hier im Fall des § 7 Abs. 2 KredReorgG-E etwa der Staat den zurückbleibenden Gläubigern des reorganisierten Kreditinstituts unter dem Gesichtspunkt des enteignenden Eingriffs?

Die Unterbewertung der Sacheinlage ist noch aus einem weiteren Grund wahrscheinlicher. Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 KredReorgG-E muss der Übernehmer seine Zustimmung unbedingt

und vorbehaltlos erklären. Mit anderen Worten: Er stellt einen Blankoscheck aus. Übliche Sicherungsmaßnahmen wie ein Widerrufsrecht wegen *material adverse change* sind hier nicht zulässig. Sein Risiko ist damit erheblich. Was wird er tun? Er kann sein Risiko nur „einpreisen“. Er wird also in den seiner Zustimmung vorangehenden Verhandlungen die Bewertung der Sacheinlage so weit wie möglich drücken. Aus der Sicht des zu reorganisierenden Kreditinstituts und seiner Gläubiger ist dies jedoch misslich. Die gesetzliche Konzeption zwingt somit zur Verschleuderung von Vermögen des zu reorganisierenden Kreditinstituts zum Nutzen der Wettbewerber. Wie eine eroberte Stadt im Mittelalter ist das betreffende Kreditinstitut zum Plündern und Brandschatzen freigegeben.

f) *Lösungsvorschlag*

Time is of the essence – die dramatischen Tage im September 2008 haben dies deutlich gezeigt. Nicht der sachenrechtlich perfekt vollziehbare Reorganisationsplan darf das Ziel sein, denn dann ist zwar die Operation gelungen, aber der Patient tot.

Ausreichend und erforderlich ist vielmehr die einem schuldrechtlichen „Vorvertrag“ (z. B. einem *business combination agreement*) vergleichbare Vorgabe eines Reorganisationskonzepts. Ist ein solcher Reorganisationsplan gerichtlich bestätigt, dann haben die Märkte Planungssicherheit. Das Vertrauen in das zu reorganisierende Kreditinstitut ist wieder hergestellt.

Wann dann genau eine Grundbuch- oder Handelsregistereintragung erfolgt, ist am Markt für Bankenrefinanzierung zweitrangig. Erst nach der Planbestätigung kann es, dann allerdings unter erheblich geringerem Zeitdruck, an die Detailarbeit gehen.

Vorschlag 2:

Wir schlagen daher vor, im Reorganisationsverfahren drei Phasen zu unterscheiden:

- a) **Aufstellen** eines Reorganisationsplans als „Blaupause“, also als schuldrechtliche Zielvorgabe.
- b) **Gerichtliche Bestätigung** dieses Reorganisationsplans. Mit der Bestätigung erhält der Reorganisationsberater die Ermächtigung zum Vollzug des Plans. Stellt sich, weil der Teufel oft im Detail steckt, Änderungsbedarf des Plans heraus, sollte § 6 Abs. 1 Satz 2 KredReorgG-E analog gelten.
- c) **Vollzug** des Plans mit Hilfe der Stellen, die über das hierzu notwendige Spezialwissen verfügen: d. h. insbesondere Abschluss der erforderlichen dinglichen Verfügungsgeschäfte und Abhaltung der erforderlichen Gesellschafterversammlungen.

Gesetzestechisch ließe sich dies durch Streichung des § 21 KredReorgG-E und durch die oben vorgeschlagene Änderung des § 6 Abs. 1 Satz 1 KredReorgG-E erreichen. Auch über

§ 8 KredReorgG-E müsste indes nachgedacht werden, um dem Reorganisationsberater mehr Flexibilität bei der Umsetzung der Lösung zu geben. Ausreichend sollte ein in sich schlüssiges Reorganisationskonzept sein.

In diesem Vorschlag liegt ein erheblicher Gewinn an Flexibilität. Wir wollen aber natürlich nicht verschweigen, dass der Vollzug (3. Stufe) u. U. Notarkosten auslöst (Grundbuchkosten entstehen ohnedies, und zwar wie bei einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung). Wenn allerdings die anfallenden Notarkosten (bei einer Ausgliederung zur Aufnahme sind diese ohnehin nach §§ 29, 30 Abs. 2, 39 Abs. 5, 47 KostO nach oben begrenzt) ein bzw. das einzige Argument gegen unser Konzept darstellen sollten, dann dürfte es an der Systemrelevanz des hier zu reorganisierenden Kreditinstituts fehlen. Nicht zuletzt steht die vorgenannte maximale Gebühr zum drohenden Haftungsrisiko gänzlich außer Verhältnis.

B. Zu Artikel 2 (KWG-E)

Im Hinblick auf die Regelungen in §§ 48a ff. KWG-E regen wir eine nochmalige Prüfung in zweierlei Hinsicht an:

1. Ausschreibung

Die Übertragungsanordnung nach § 48a KWG-E legt die Person des Übernehmers nach § 48e Abs. 1 Nr. 1 KWG-E fest. Der Entwurf lässt offen, nach welchen Kriterien und in welchem Verfahren der Übernehmer bestimmt wird. Auch hier sollten rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt bleiben, um schon den Anschein von „Gemauschel“ zu vermeiden.

Bei der Bestimmung des Übernehmers könnte es sich überdies um eine Vergabeentscheidung nach § 97 Abs. 1 GWB handeln, weil eine Dienstleistung (Übernahme und Weiterführung von Finanzdienstleistungen) durch einen öffentlichen Auftraggeber (BaFin) beschafft wird. Diese Dienstleistung ist von Anhang II der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, ABl. L Nr. 134, S. 114 erfasst. Dass die Beschaffung im Drittinteresse der Allgemeinheit erfolgt, dürfte hieran nichts ändern. Hier wäre zu prüfen, ob tatsächlich Vergaberecht gilt und wenn ja, wie ein eventuelles Ausschreibungsverfahren vermieden bzw. auf ein zeitliches Minimum verkürzt werden kann.

2. Diskriminierung des EU-Auslands

Zum anderen beschränkt § 48c Abs. 5 KWG-E den Kreis möglicher Übernehmer auf solche mit einer Hauptverwaltung mit Sitz im Inland. So verständlich das Bemühen ist, eine grenzüberschreitende Ausgliederung durch Verwaltungsakt zu vermeiden, so bedenklich erscheint die Vorschrift mit Blick auf mögliche Übernehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten und das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot.

Ein Blick auf die Entscheidung des EuGH vom 13.12.2005, C 411/03 – SEVIC Systems (DB 2005, 2804 ff. = ZIP 2005, 2311 ff.) zeigt, dass auch eine solche grenzüberschreitende Ausgliederung jedenfalls gute Aussichten hat, vollzogen zu werden. Europarechtlich ist somit kein Grund ersichtlich, Bewerber aus EU-Mitgliedstaaten auszuschließen. Eine *mise en demeure* durch die Kommission wegen Vertragsverletzung bei der Reorganisation eines systemrelevanten Kreditinstituts wäre aus der Sicht der Märkte allerdings wohl der größte anzunehmende Unfall.

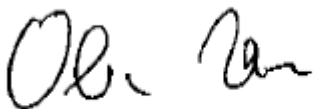
C. Zusammenfassung

Der Deutsche Notarverein spricht sich für folgende Änderungen/Prüfungen aus:

1. Ausdrückliche Ermächtigung an den Sanierungsberater zur Vornahme von Rechtsgeschäften.
2. Gliederung des Reorganisationsverfahrens in drei Phasen:
 - (a) Phase 1: Erstellung des Reorganisationsplans im Sinne eines groben Konzepts.
 - (b) Phase 2: Gerichtliche Bestätigung des Reorganisationsplans, zugleich Ermächtigung zur Umsetzung an den Reorganisationsberater.
 - (c) Phase 3: Umsetzung des Plans durch den Reorganisationsberater; Änderungen des Plans mit Zustimmung des Gerichts.

Gründe hierfür sind: Gewinnung von Flexibilität, Wahrung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes im Interesse der Rechtssicherheit, Berücksichtigung von Fällen mit Auslandsberührung.

3. Die Auswahl des Übernehmers von Aktiva und Passiva des zu reorganisierenden Kreditinstituts könnte unter das Vergaberecht fallen.
4. Die Zulassung nur deutscher Bewerber als Übernehmer dürfte gegen EU-Recht verstoßen.



Dr. Oliver Vossius