

Working Papers on Global Financial Markets

No. 46

Die Übertragungsanordnung nach §§ 48a ff. KWG: Zur Behandlung im Ausland belegener Ausgliederungsgegenstände

Matthias Lehmann/Stefan Hoffmann

GLOBAL FINANCIAL
MARKETS

University Jena
Carl-Zeiss-Str. 3
D-07743 Jena

University Halle
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle

Tel.: +49 3641 942261
+49 345 5523180

E-Mail: info@gfinm.de
www.gfinm.de

Juni 2013



Die Übertragungsanordnung nach §§ 48a ff. KWG: Zur Behandlung im Ausland belegener Ausgliederungsgegenstände

A. Einleitung

Die dramatischen Verwerfungen auf den Finanzmärkten seit der 2007 ausgebrochenen Krise haben national und international zu umfangreichen Reformwerken geführt, die dem Finanzsystem zu neuer Stabilität und Integrität verhelfen sollen. Ein wesentlicher Aspekt innerhalb dieser Reformdebatte betrifft den Umgang mit systemisch relevanten Kreditinstituten. Neben der Stärkung der Krisenresistenz durch höhere Anforderungen an die Liquidität und Eigenmittel ist das Ziel vor allem die Entwicklung von Verfahrenslösungen, welche eine Abwicklung im Fall der Insolvenz eines Instituts erlauben sollen, ohne die Stabilität des Finanzsystems zu gefährden. Damit soll verhindert werden, dass die Staaten noch einmal vor der Alternative stehen, entweder eine Bank mit Steuergeldern zu retten oder den Ausbruch einer Finanzkrise verantworten zu müssen. Stattdessen sollen soweit wie möglich wettbewerbliche Mechanismen greifen, nach denen Banken ebenso wie andere Unternehmen im Fall der Insolvenz geordnet aus dem Markt austreten müssen.

¹ Eine ungekürzte Fassung des Artikels ist zur Veröffentlichung vorgesehen in: Wertpapiermitteilungen (WM), Heft 30, 27.7.2013.

B. Grenzüberschreitende Übertragung systemrelevanter Bankfunktionen

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dieses Problems angenommen und mit dem Restrukturierungsgesetz¹ reagiert. Sein Kernbestandteil ist Artikel 2, der das KWG um einen zusätzlichen Abschnitt 4a (§§ 48a – 48s KWG) ergänzt. Auf der Grundlage der darin vorgesehenen neuen aufsichtsbehördlichen Sonderkompetenzen hat die BaFin die Möglichkeit, einzelne als „systemrelevant“ bezeichnete Geschäftsbereiche eines Instituts per Verwaltungsakt auf eine andere Einheit auszugliedern. Damit soll der Aufsicht ermöglicht werden, die für die Finanzmarktstabilität wesentlichen Unternehmensteile fortzuführen und den verbleibenden Rest des Unternehmens gefahrlos nach allgemeinen insolvenzrechtlichen Regeln abzuwickeln.²

Der deutsche Gesetzgeber ist hier dem Vorbild des Vereinigten Königreichs gefolgt, das mit dem *Banking Act 2009* ein in Teilen nahezu deckungsgleiches Verfahren frühzeitig in geltendes Recht umgesetzt hatte. Die Arbeiten auf der Ebene der G-20 sowie jüngst ein Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zeigen nunmehr auch international eine

¹ Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), BGBl. 2010, Teil I Nr. 63, S. 1900 ff.; zum verworfenen Konkurrenzkonzept des BMWi: Eidenmüller, in: FS Hopt, 2010, S. 1714, 1726 ff.

² BT-Drs. 17/3024, 3, Höche, WM 2011, S. 49, 53.

deutliche Tendenz hin zu entsprechenden Resolutionsverfahren an.

I. Das Regelungskonzept der §§ 48a ff. KWG im Überblick

1. Verfahrensvoraussetzungen

Die BaFin ist in ihrer Entscheidung, eine Übertragungsanordnung zu erlassen, nicht völlig frei. In materieller Hinsicht ist vielmehr dreierlei erforderlich: das betreffende Institut muss in seinem Bestand gefährdet sein, durch die Bestandsgefährdung muss eine sogenannte Systemgefährdung drohen und es existieren keine milderen Mittel zur Abwendung dieser Systemgefahr, vgl. § 48a Abs. 1 KWG. Der Vorrang milderer Mittel ist Ausdruck des allgemeinen rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Die Kriterien der Bestands- und Systemgefährdung werden in § 48b KWG legaldefiniert. Unter einer Bestandsgefährdung versteht das Gesetz die Gefahr des insolvenzbedingten Zusammenbruchs eines Kreditinstituts, § 48b Abs. 1 S. 1 KWG. Vorausgesetzt wird also eine gewisse Insolvenznähe. Zur Feststellung dieser Insolvenznähe greift § 48b KWG auf Vermutungsregeln zurück, bei deren Vorliegen eine Bestandsgefährdung gesetzlich fingiert wird. Angeknüpft wird dabei an regulatorische Schwellenwerte wie die Liquidität und die Eigenmittelausstattung einer Bank, § 48b Abs. 2 Nr. 1 bis 4 KWG. Dies erlaubt ein frühzeitiges Einschreiten der Aufsichtsbehörden und vermeidet Rechtsunsicherheiten, die ins-

besondere mit der Bezugnahme auf die Insolvenzeröffnungsgründe einhergehen können.³

Eine Systemgefährdung liegt demgegenüber immer dann vor, „wenn zu besorgen ist, dass sich die Bestandsgefährdung des Kreditinstituts in erheblicher Weise negativ auf andere Unternehmen des Finanzsektors, auf die Finanzmärkte oder auf das allgemeine Vertrauen [...] in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems auswirkt“, § 48b Abs. 2 S. 1 KWG. Bei ihrer Entscheidung, ob dies der Fall ist, muss sich die Aufsicht von den in § 48b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 5 KWG regelbeispielhaft aufgeführten Kriterien leiten lassen. Maßgeblich sind danach vor allem die durch das Institut eingegangenen Verbindlichkeiten, seine Risikoexposition, die Vernetzung mit anderen Marktteilnehmern sowie die allgemeine Lage auf den Finanzmärkten.⁴

2. Verfahrensablauf

Strukturell ist das Übertragungsverfahren der auch umwandlungsrechtlich bekannten Konstruktion einer Ausgliederung zur Aufnahme nachempfunden.⁵ Im Vergleich zum umwandlungsrechtlichen Ausgliederungsprozess sieht das KWG nur einzelne Modifikationen vor. So wird beispielsweise auf einen Ausgliederungsvertrag, einen Ausgliederungsbericht oder einen Ausgliederungsbeschluss der Anteilsinhaberversammlung verzichtet, § 48f Abs. 1 S. 2

³ Bornemann, in: Beck/Samm/Kokemoor, KWG, § 48b Rn. 8 (160. Aktualisierung).

⁴ Im Überblick: Brogl, in: ders., Handbuch Bankenrestrukturierung, 2011, S. 75.

⁵ Vgl. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG.

KWG. Mit der Bekanntgabe gegenüber dem bestandsgefährdeten Unternehmen wird die Übertragungsanordnung wirksam, § 48g Abs. 1 KWG. Zugleich erfolgt der Rechtsübergang der Ausgliederungsgegenstände auf den übernehmenden Rechtsträger, § 48g Abs. 2 Nr. 1 KWG, der entweder ein bereits bestehendes privates Kreditinstitut oder aber eine eigens zu diesem Zweck errichtete staatliche Brückenbank sein kann.⁶ Vergleichbar dem Ausgliederungsplan hat die Übertragungsanordnung die auszusondernden Ausgliederungsgegenstände auszuweisen, §§ 48e, 48k Abs. 1 KWG. Wird der Weg des gesetzlichen Regelfalls einer Totalausgliederung gewählt, genügt der formale Hinweis, dass das gesamte Unternehmen auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen soll. Im Falle einer nur partiellen Übertragung⁷ sind demgegenüber die einzelnen Ausgliederungsgegenstände anzugeben.⁸

Wie im Umwandlungsrecht üblich, ist auch hier denkbar, dass die partielle Übertragung durch Ausweisung einzelner Betriebe oder Betriebsteile erfolgt. Maßgeblich ist danach vor allem die organisatorische Selbständigkeit der jeweiligen

Einheit im Gesamtunternehmen.⁹ Für Teilbereiche die einer solchen Unternehmenseinheit organisatorisch angeschlossen sind, ist die Erfüllung betriebsbezogener Teilzwecke maßgeblich. Konkret könnte die Übertragungsverfügung beispielsweise vorsehen, das gesamte Einlagen-, Derivategeschäft oder den von einem Institut unterhaltenen Zahlungsverkehr auf den übernehmenden Rechtsträger auszugliedern.

Der eigentliche Übergang der in der Anordnung bezeichneten Positionen erfolgt wie im Umwandlungsrecht im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge.¹⁰

3. Ausgliederungsgegenstände

Mit der Aussage, dass das Verfahren dem des Umwandlungsrechts ähnelt, ist noch keine Aussage darüber getroffen, welche Positionen im Einzelfall der Übertragung unterliegen können. Das Gesetz selbst nennt ganz allgemein Rechtsverhältnisse, Vermögenswerte sowie Verbindlichkeiten als maßgebliche Ausgliederungsgegenstände,

§ 48g Abs. 2 Nr. 1 KWG.

Mit den Vermögenswerten und Verbindlichkeiten sind sämtliche Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens eines Kreditinstituts erfasst. Aktivseitig zählen hierzu alle vermögenswerten Rechte und Güter, beispielsweise Forderungen, Wertpapiere, dingliche und quasi-dingliche

⁶ Soweit der übernehmende Rechtsträger eine für die übertragenen Positionen erforderlich Erlaubnis nicht verfügt, gilt sie gemäß § 48g Abs. 6 KWG mit Wirksamwerden der Übertragung als erteilt.

⁷ Vgl. § 48k KWG.

⁸ Alternativ können auch nur diejenigen Positionen ausgewiesen werden, die in der Rumpfbank verbleiben sollen, § 48k Abs. 1 S. 2 Hs. 2 KWG.

⁹ Vgl. Hörtnagel, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, 5. Aufl. 2009, § 126 UmwG, Rn. 76 ff.

¹⁰ Zum umwandlungsrechtlichen Begriff der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge siehe nur: Teichmann, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 123 Rn. 7 ff.

Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen ebenso wie geistiges Eigentum. Die Passivseite wird durch sämtliche gesetzlich oder rechtsgeschäftlich begründeten Leistungsverpflichtungen der Bank abgebildet. Auf bilanzielle Aktivierungs- oder Passivierungspflichten kann es dabei nicht ankommen, denn zum Unternehmen gehören auch Positionen, die bilanzrechtlich ohne Bedeutung sind. Für diese Auslegung streitet auch das gesetzliche Schutzanliegen. Die mit §§ 48a ff. KWG bekämpften systemischen Ansteckungsrisiken können gerade auch aus Rechtsbeziehungen resultieren, für die keine Bilanzierungspflichten bestehen. Würde man diese Positionen von vorherein aus dem Anwendungsbereich der §§ 48a ff. KWG ausklammern, so wäre dem Systemschutz nur unzureichend Rechnung getragen.

Ergänzend kann die Anordnung schließlich vorsehen, ganze Rechtsverhältnisse auf den übernehmenden Rechtsträger auszugliedern, § 48g Abs. 2 Nr. 1 Fall 3 KWG. Die gesetzliche Formulierung erscheint auf den ersten Blick etwas irreführend, da für sich gesehen auch Vermögenswerte und Verbindlichkeiten eigene Rechtsverhältnisse darstellen oder aus diesen hervorgehen können. Vor dem Hintergrund und dem Ziel einer möglichst effektiven Gefahrenwehr und zum Zwecke der Vermeidung von Rechtsunsicherheiten und Übertragungslücken ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Übertragungsanordnung schlicht auf ein

möglichst breites Fundament stellen wollte. Gemeint sind vor allem – aber nicht nur – alle Verhältnisse privatrechtlichen Ursprungs. Die Begriffe „Vermögenswerte“ oder „Verbindlichkeiten“ würden diese nicht voll abdecken, da sie keine laufenden Vertragsbeziehungen erfassen. Der Begriff „Rechtsverhältnis“ ist damit eine Art Auffangkategorie, die sich partiell mit den vorangehenden überschneidet, ohne mit ihnen identisch zu sein.

II. Hindernisse bei Auslandsbelegenheit des zu übertragenden Gegenstands

Soweit Ausgliederungspositionen der Geltung deutschen Rechts unterliegen, stehen der Übertragung bis auf wenige Ausnahmen keine größeren Hindernisse im Weg. Die nationale Übertragungsverfügung bewirkt unmittelbar den Rechtsübergang auf den übernehmenden Rechtsträger. Besonders schwierige Probleme ergeben sich angesichts der territorialen Beschränkung nationaler Hoheitsakte jedoch immer dann, wenn einzelne Gegenstände nicht deutschem Recht, sondern ausländischem Recht unterliegen. Hier kann es sein, dass das einschlägige Recht besondere formelle Anforderungen an die Übertragung stellt oder eine Übertragung durch behördliche Verfügung *per se* nicht anerkennt.¹¹ Ebenfalls denkbar ist, dass es vertragliche Abreden, wie etwa Abtretungsverbote, anerkennt,

¹¹ Deutscher Notarverein, Positionspapier zum Referentenentwurf eines Restrukturierungsgesetzes vom 29. September 2010, S. 3, abrufbar unter: <http://www.dnotv.de/_files/Dokumente/Stellungnahmen/RestrukturierungsGPositionspapierDNotV.pdf>.

die der Ausgliederung entgegenstehen.

Ein ausländisches Recht kann aus verschiedenen Gründen anwendbar sein, etwa aufgrund einer Rechtswahl oder wegen der objektiven Verbindung zu ausländischen Rechtsordnungen, z.B. aufgrund der Belegenheit oder Verbuchung einzelner Aktiva im Ausland oder der Niederlassung des Vertragspartners in einem anderen Staat.¹² Im Streitfall über die Folgen der Verfügung ist dann überaus zweifelhaft, ob die nationalen Regeln zugunsten der deutschen Übertragungsanordnung verdrängt werden; das gilt insbesondere, wenn dieser vor ausländischen Gerichten geführt wird.¹³

Wird die Übertragung nicht anerkannt, so hieße das, dass einzelne Positionen der krisengefährdeten Bank zugeordnet blieben, deren Übergang für die störungs- und verzögerungsfreie Fortführung des systemrelevanten Bankgeschäfts vital sein kann. Besonders virulent wird dieses Problem im Zusammenhang mit rahmenvertraglichen Vereinbarungen für das sogenannte close-out netting¹⁴ – ein zentrales Steuerungsinstrument der Kreditinstitute im Rahmen des Eigenkapitalmanagements, das beispielsweise in den Rahmenvertragswerken der *International Swaps and Derivatives*

Association oder dem oben erwähnten European Masteragreement der EU-Bankenvereinigung enthalten ist. Die Abspaltung der unter diesen Vereinbarungen zusammengefassten Verträge und Sicherungsgegenstände wäre mit unter Umständen dramatischen Konsequenzen für die Eigenmittelausstattung der Institute verbunden.¹⁵

C. Das auf die Übertragung anzuwendende Recht nach allgemeinem Kollisionsrecht

I. Aufspaltung in einzelne Rechtsverhältnisse

Der extraterritoriale Geltungsanspruch, den das KWG selbst erhebt, ändert an diesen Problemen zunächst nichts. Eine Vorschrift des deutschen Rechts kann immer nur dann angewandt werden kann, wenn zuvor festgestellt ist, dass deutsches Recht auf den Sachverhalt überhaupt anwendbar ist. Dies ist die Grundlehre des Internationalen Privatrechts.¹⁶ Es handelt sich um ein Recht „über“ Rechtsordnungen¹⁷ – erst wenn nach seinen Regeln festgestellt ist, dass eine bestimmte Rechtsordnung anwendbar ist, können deren Regeln befolgt werden.

Auch die Regelungen der §§ 48a ff. KWG unterliegen den Regeln des Internationalen Privatrechts.

Die vom deutschen Gesetzgeber angestrebte Übertragung von Vermögen kann sich nur dann vollziehen,

¹² Vgl. Bliesener, in: Kenadjian, Too Big to Fail – Brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken, 2012, S. 129, 151.

¹³ Avgouleas, Capital Markets Law Journal 2009, S. 218.

¹⁴ Zuweilen auch als Liquidations- oder default-netting bezeichnet.

¹⁵ Vgl. Paech, WM 2010, S. 1965 ff.

¹⁶ Siehe Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 1 VIII 1, S. 53.

¹⁷ Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 1 II 2, S. 2.

wenn nach den Kollisionsregeln des Internationalen Privatrechts deutsches Recht anzuwenden ist. Besonders delikater wird die Situation dadurch, dass jeder Staat über ein eigenes Internationales Privatrecht verfügt.¹⁸ Internationales Privatrecht ist – entgegen dem missverständlichen Namen – nationales Recht. Die Kollisionsregeln sind daher von Staat zu Staat verschieden, mit Ausnahme einiger vereinheitlichender völkerrechtlicher Verträge und europäischer Verordnungen. Da Streitigkeiten über die privatrechtlichen Wirkungen einer Übertragung nach §§ 48a ff. KWG nicht nur vor deutsche Gerichte, sondern auch vor ausländische gelangen können, sind daher nicht nur die deutschen Kollisionsregeln zu beachten, sondern auch die anderer Staaten.

Dabei lassen sich trotz aller Verschiedenheit der Regeln über das Internationale Privatrecht einige strukturelle Übereinstimmungen feststellen. Typischerweise enthalten die kollisionsrechtlichen Regelungen keine allgemeine Kategorie des Vermögensrechts. Stattdessen behandeln sie die verschiedenen Arten von Vermögensgegenständen unterschiedlich.¹⁹ So unterliegen Forderungen anderen Kollisionsregeln als Gesellschaftsanteile oder bewegliche und unbewegliche Sachen. Auf kollisionsrechtlicher Ebene hat diese verschiedene Be-

handlung zur Folge, dass sich die Übertragung der verschiedenen Vermögensgegenstände nach unterschiedlichen Rechtsordnungen richtet. Dies ist im Folgenden für die wichtigsten Gegenstände näher darzulegen.

II. Sicht des Internationalen Sachenrechts

Für körperliche Vermögensgegenstände, also Sachen, gleich ob beweglich oder unbeweglich, gilt im Grundsatz das Recht des Staats, in dem sich diese befinden. Man spricht auch von der Anwendbarkeit der *lex rei sitae*. Dieser Grundsatz ist in fast allen Staaten der Erde anerkannt.²⁰

Zu diesem Grundsatz gibt es – von wenigen Fällen wie dem des Eigentumsübergangs an Transitgütern abgesehen – keine Ausnahmen. Es gilt eine streng territoriale Anknüpfung. Aus diesem Grund haben auch Enteignungen stets nur Wirkung für diejenigen Mobilien und Immobilien, die sich zum Zeitpunkt der Enteignung innerhalb des Territoriums des enteignenden Staats befinden.²¹ Zwar ist die Übertragung nach §§ 48a ff. KWG formal keine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Vielmehr handelt es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung. Als bloße Gefahrenabwehrmaßnahme fehlt es ihr insoweit an einem öffentlichen Beschaffungs-

¹⁸ Siehe Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 1 IV 1, S. 9.

¹⁹ Siehe dazu Sfeir, Droit international privé comparé, 2005, Bd. 1, S. 674, Rn. 544.

²⁰ Siehe aus deutscher Sicht Art. 43 Abs. 1 EGBGB.

²¹ Siehe dazu BGHZ 25, 134, 143; 62, 340, 343; Wiedemann, in: FS Beitzke, 1979, S. 811, 812; Koppensteiner, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 13 (1974), S. 65, 72.

und Nutzungszweck.²² Allerdings steht die Übertragungsanordnung in ihrer Funktionsweise und ihrer Eingriffsintensität einer Enteignung sehr nahe. Das hat offensichtlich auch der Gesetzgeber erkannt. Anders ist die Regelung in § 48d Abs. 1 KWG nicht zu erklären, wonach bei positivem Wert der Übertragungspositionen eine Ausgleichspflicht in Geld oder in Anteilen am übernehmenden Rechtsträger zu gewähren ist.²³ Daher kann eine Übertragungsanordnung der BaFin von vornherein nur Gegenstände erfassen, die sich zum Zeitpunkt ihres Erlasses innerhalb des deutschen Territoriums befinden. Eine Erstreckung auf andere Staaten, etwa die Mitgliedstaaten der EU, scheidet aus, weil diese insofern keine Anerkennungspflicht übernommen haben.

Das Eigentum an Grundstücken eines Kreditinstituts in anderen Staaten kann daher von vornherein nicht durch die Anordnung entzogen werden. Das Gleiche gilt für sonstige dingliche Rechte an im Ausland belegenen Grundstücken, insbesondere Grundpfandrechten wie der Hypothek. Deren Übertragung richtet sich ebenfalls nach der *lex rei sitae*.²⁴ Dadurch erwachsen gewisse Schwierigkeiten im Hinblick auf § 48k Abs. 2 S. 2 KWG,

der verlangt, Ausgliederungsgegenstände stets mit den für sie bestellten Sicherheiten zu übertragen. Besteht eine Forderung nach deutschem Recht und ist diese durch eine Hypothek an einem im Ausland belegenen Grundstück gesichert, so lässt sich die Hypothek nicht übertragen.

Bei beweglichen Sachen kommt es ebenfalls auf die Lage zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung an. Befinden sie sich zu diesem Zeitpunkt in Deutschland, werden aber danach in einen anderen Staat verbracht, so kann man regelmäßig davon ausgehen, dass dieser die Übertragung anerkennen wird. Man kann insoweit von einer „unmittelbaren Exportwirkung“ der Anordnung sprechen.²⁵

III. Sicht des Internationalen Vertragsrechts

Ganz anders verhält es sich dagegen bei vertraglichen Forderungen und Vertragsverhältnissen: Hier bestimmt sich die Inhaberschaft oder die Stellung als Vertragspartei nach dem Recht, welches die Rom I-Verordnung als anwendbar bezeichnet.²⁶ Diese beruft in erster Linie das von den Parteien gewählte Recht.²⁷ Wurde keine Rechtswahl getroffen, so stellt die Verordnung auf den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Ort der Hauptverwaltung der Partei ab, welche die „charakteristische Leis-

²² Zutreffend insoweit die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/3024, 62; vgl. auch BVerfGE 104, 1 (10), 20, 351, (359).

²³ Vgl. zur ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen: *Wieland*, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 132 ff.

²⁴ Siehe *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 23 II 4, S. 1103.

²⁵ Vgl. für die Enteignung *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 23 II 4, S. 1103.

²⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“) v. 17.6.2008, ABl. EU 2008 Nr. L 177 S. 6.

²⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO.

tung“ erbringt.²⁸ Dies ist z.B. beim Kaufvertrag der Verkäufer, beim Darlehen der Darlehensgeber und beim Dienstvertrag der Dienstleistungsgeber.

Eine Übertragungsanordnung der BaFin kann die Inhaberschaft der Forderung oder die Stellung eines Kreditinstituts als Vertragspartei grundsätzlich nur für solche Verträge ändern, die nach diesen Kriterien deutschem Recht unterstehen. Die in der Praxis häufigen Verträge deutscher Kreditinstitute, für welche englisches Recht oder das Recht des Staats New York gewählt wurde, unterliegen prinzipiell nicht dem Zugriff des deutschen Regulierers. Allerdings gibt es dazu eine Ausnahme: Die Rom I-VO sieht vor, dass die Gerichte sogenannte „Eingriffsnormen“ des eigenen Staats auch gegen ein abweichendes Vertragsstatut durchsetzen können.²⁹

Die Folge der Einordnung der §§ 48a ff. KWG als Eingriffsnormen ist jedoch lediglich, dass *deutsche* Gerichte die auf ihrer Grundlage ergangenen Übertragungsanordnungen beachten können und müssen. Die Anwendung der Eingriffsnormen durch Gerichte *anderer* Staaten als des erlassenden Staats (sog. Drittstaaten) ist in Artikel 9 Abs. 3 der Rom I-Verordnung abweichend geregelt. Danach dürfen die ausländischen Gerichte die deutschen Vorschriften nur dann beachten, wenn 1. der Vertrag, welcher der Forderung

zugrunde liegt, in Deutschland zu erfüllen ist und 2. die deutschen Regelungen die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen.³⁰ Einmal jedoch wird der Erfüllungsort in vielen Fällen im Ausland liegen. Eine Beachtung der deutschen Übertragungsanordnung scheidet dann von vornherein aus. Darüber hinaus ist es naheliegend, in der Übertragung vertraglicher Rechte und Pflichten auf eine andere Einheit lediglich eine Modifikation des Vertragsinhalts zu sehen, die die Rechtmäßigkeit der Vertragserfüllung unberührt lässt. Die Forderung beziehungsweise der Vertrag sollen ja weiter erfüllt werden, nur gegenüber einem neuen Gläubiger oder Vertragspartner. Die Modifikation des Vertragsinhalts ist aber von Artikel 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO gerade nicht erfasst.³¹

Liegen die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO nicht vor, so ist die Beachtung der Eingriffsnorm den drittstaatlichen Gerichten verboten; die Vorschrift entfaltet insoweit Sperrwirkung.³²

Im Ergebnis werden daher ausländische Gerichte die Übertragung von Forderungen oder Verträgen nach deutschem Recht nicht beachten, wenn der Vertrag nach den allgemeinen Regeln des Internationalen Privatrechts einem anderen Recht unterliegt. Die Übertragung ist somit faktisch gescheitert. Einen Ausgleich bietet nur § 48i KWG.

³⁰ Siehe Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO.

³¹ *Thorn*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht, 2011, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 67.

³² *Thorn*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht, 2011, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 61.

²⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1, 2 Rom I-VO.

²⁹ Siehe Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO.

IV. Sicht des Internationalen Gesellschaftsrechts

Die Inhaberschaft an Gesellschaftsanteilen bestimmt sich nach dem sogenannten Gesellschaftsstatut. Dieses ist das Recht, das auf die Gesellschaft als solche, ihre innere Organisation und Verfassung anzuwenden ist.³³ Welches Recht insoweit anzuwenden ist, ist nach wie vor umstritten. Die Sitztheorie, nach welcher das Recht am tatsächlichen Verwaltungssitz anzuwenden ist, befindet sich zwar aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit auf dem Rückzug.³⁴ Allerdings wird sie vom BGH immer noch für Gesellschaften aus Drittstaaten angewandt.³⁵ Für Staaten, die zum EWR gehören oder – wie die USA – Deutschland über besondere staatsvertragliche Regelungen verbunden sind, wird im Allgemeinen der Gründungstheorie gefolgt, nach der das Recht des Staats anzuwenden ist, in welchem die Gesellschaft bei ihrer Gründung registriert wurde.³⁶ Für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, etwa an einer Personengesellschaft, einer GmbH oder einer private limited company, sind daher die Regeln des Gründungsrechts anzuwenden; bei drittstaatlichen Gesellschaften dagegen

die Regeln am Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes. Sind allerdings Aktien ausgegeben, so gelten andere Kollisionsregeln. Nunmehr tritt die Anknüpfung an den körperlichen Gegenstand in den Vordergrund: Entscheidend ist, an welchem Ort sich die Aktienurkunde befindet.³⁷

V. Sicht des Internationalen Wertpapierrechts

Sind die Aktien jedoch nicht in individuellen Urkunden, sondern – wie meist – in einer Sammelurkunde (auch Globalurkunde oder „jumbo certificate“ genannt) verbrieft, so gilt die Sonderkollisionsnorm des § 17a DepotG. Deren Anwendungsbereich ist umstritten. Nach einer Auffassung soll sie weitgehend leerlaufen, da nach den meisten Rechtsordnungen die Eintragung in das Register nicht mit „rechtsbegründender Wirkung“ erfolgt, wie es die Norm ihrem Wortlaut nach voraussetzt.³⁸ Allerdings geht diese Argumentation schon im Ansatz fehl, denn rechtsvergleichend gesehen ist die rechtsbegründende Wirkung der Eintragung die Regel.³⁹ Außerdem dient die Vorschrift der Umsetzung der Finalitätsrichtlinie, welche die Endgültigkeit der Umschreibung verlangt. Richtlinienkonform ausgelegt findet sie auch auf Systeme wie das deutsche Recht Anwendung, bei denen die Umschreibung im Register nur dem Nachweis der Änderung der

³³ Siehe *Lehmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 6, 4. Aufl. 2013, § 5 Rn. 12.

³⁴ Siehe nur: EuGH Rs. C-212/97, Slg. 1999 I-1459 – Centros; Rs. C-208/00, Slg. 2002 I-9919 – Überseering.

³⁵ BGHZ 178, 192, Rz. 19 – Trabrennbahn.

³⁶ Siehe dazu im Einzelnen *Lehmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 6, 4. Aufl. 2013, § 5 Rn. 19 ff.

³⁷ Siehe *Einsele*, Wertpapierrecht als Schuldrecht, 1995, 399.

³⁸ *Einsele*, WM 2001, S. 7, 15 f.; *dies.*, WM 2001, S. 2415, 2422.

³⁹ *Lehmann*, Finanzinstrumente, 2010, S. 493 f.

sachenrechtlichen Besitzverhältnisse dient.⁴⁰ Maßgebend ist danach in den genannten Fällen das Recht des Staats, in dem das Konto über die Aktien geführt wird. Gleiches gilt im Übrigen auch für in Sammelurkunden verbrieften Anleihen, die durch Registereintrag übertragen werden.

VI. Übertragungsanordnung als Umwandlung?

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass auf die Übertragung unterschiedlicher Arten von Vermögensgegenständen ganz verschiedene nationale Regeln zur Anwendung kommen. Demzufolge kann deren Schicksal verschieden sein: Die Übertragung eines Gegenstands mag wirksam, die eines anderen dagegen unwirksam sein. Damit wird das Ziel des deutschen Gesetzgebers, alle von der Anordnung erfassten Gegenstände einheitlich übergehen zu lassen, torpediert.

Diese unangenehme Folge vermeidet ein Vorschlag in der Literatur, dem zufolge die Übertragung der Umwandlung vergleichbar sei.⁴¹ Als Argument dafür wird angeführt, dass das KWG die Übertragung wie eine Ausgliederung zur Aufnahme behandle, d.h. wie eine Form der Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz.⁴² Aus der Sicht des

deutschen Kollisionsrechts unterstehe die Übertragung daher dem Gesellschaftsstatut.⁴³

Dieser Auslegung stehen erhebliche Bedenken entgegen. Zunächst ist sie, wie der Autor selbst zugibt, auf das deutsche Kollisionsrecht beschränkt, gilt also nicht für die kollisionsrechtliche Behandlung aus Sicht anderer Staaten. Diese nehmen eine eigene Qualifikation vor, die durchaus anders ausfallen kann. Darüber hinaus aber ist die Auslegung auch aus deutscher Sicht zweifelhaft. Denn der deutsche Gesetzgeber ist nicht mehr frei darin zu entscheiden, welche Bereiche er dem Gesellschaftsstatut zuordnet und welche nicht, sondern ist auch insoweit durch die Vorgaben des europäischen Kollisionsrechts gebunden. Letzteres sieht zwar keine eigenen Regeln über das internationale Gesellschaftsrecht vor. Allerdings enthalten verschiedene Kollisionsrechtsakte der Union Abgrenzungsnormen zum Internationalen Gesellschaftsrecht. So nehmen die Rom I und die Rom II-Verordnung das Gesellschaftsrecht aus ihrem Anwendungsbereich ausdrücklich aus und regeln bei dieser Gelegenheit näher, was unter diese Kategorie fällt.⁴⁴ Alle schuldrechtlichen Verhältnisse, die nach dieser Definition nicht als gesellschaftsrechtlich qualifiziert werden können und auch sonst nicht ausgenommen sind, fal-

⁴⁰ Lehmann, Finanzinstrumente, 2010, S. 494; Dittrich, in: Scherer, DepotG, 2012, § 17a Rn. 62.

⁴¹ Bliesener, in: Kenadjian, Too Big to Fail – Brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken, 2012, S. 151.

⁴² Vgl. §§ 153-157 UmwG.

⁴³ Siehe Bliesener, in: Kenadjian, Too Big to Fail – Brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken, 2012, S. 151.

⁴⁴ Siehe Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO, Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom II-VO.

len unter die Rom I und II-Verordnung.

Diese Begriffsbestimmung des Gesellschaftsrechts durch die EU ist autonom auszulegen, das heißt nach europäischen Maßstäben, nicht nach denen des deutschen Rechts.⁴⁵ Sie ist für deutsche Gerichte verbindlich.

Als Beispiele für gesellschaftsrechtliche Fragen nennen die Rom I- und die Rom II-VO die Errichtung durch Eintragung oder auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung, die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person sowie die persönliche Haftung der Rechnungsprüfer gegenüber einer Gesellschaft oder ihren Gesellschaftern bei der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen.⁴⁶ Der offizielle Bericht zum Vorgänger der Rom I-VO, dem Römischen Schuldrechtsübereinkommen von 1980, zählt unter den Begriff der „Auflösung“ auch das „Erlöschen durch Fusion oder einen anderen ähnlichen Vorgang“.⁴⁷ Mit „Fusion“ ist offenbar die Verschmelzung gemeint. Dies entspricht sowohl dem englischen als auch dem französi-

schen und italienischen Sprachgebrauch, den Muttersprachen der beiden Autoren des Berichts. Als „ähnlichen Vorgang“ wird man jeden anderen Tatbestand anzusehen haben, der zum Erlöschen oder zumindest zu einer grundlegenden Veränderung des Rechtsträgers führt, wie etwa die Spaltung oder der Rechtsformwechsel.

Damit sind Umwandlungsvorgänge aus europarechtlicher Sicht gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.⁴⁸ Die spannende Frage ist, ob dies auch für die Übertragung nach den §§ 48 a ff. KWG gilt. Wohl gemerkt kommt es insoweit nicht auf die Auffassungen und Absichten des deutschen Gesetzgebers an, weil die Rom-Verordnungen autonom ausgelegt werden müssen. Mehrere Gründe sprechen gegen eine Einbeziehung der Übertragungsanordnung unter den Begriff der Auflösung nach europäischem Verständnis.

Zunächst beruht die Übertragungsanordnung anders als die Umwandlung nicht auf dem privatautonomen Willen der Gesellschafter, sondern dient hoheitlichen Zielen. Sie lässt sich daher mit den privatrechtsgestaltenden Maßnahmen, die in den Rom-Verordnungen genannt sind, nicht vergleichen.

Darüber hinaus ist die Wirkung der Übertragungsanordnung eine ganz andere als die einer Umwandlung. Es wird nicht Vermögen von einer Gesellschaft entsprechend dem Willen der Anteilseigner auf eine andere ü-

⁴⁵ Siehe zur autonomen Auslegung von EU-Recht allgemein *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, S. 315, 317 ff.

⁴⁶ Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO, Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom II-VO.

⁴⁷ *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. C 282 v. 31.10.1980, S. 1, 12.

⁴⁸ Ebenso *Magnus*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Internationales Vertragsrecht 1, 2011, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 83.

bertragen, sondern einer Gesellschaft durch hoheitlichen Akt entzogen. Insofern steht die Übertragung der Enteignung näher als der Umwandlung.

Schließlich führt eine Umwandlung zumindest im Regelfall zum Erlöschen oder zur Veränderung der rechtlichen Form zumindest eines der beteiligten Rechtsträger. Anders ist es nur im Fall der Ausgliederung, die aber gerade aus diesem Grund nicht typenprägend ist. Bei der Übertragung geht der Rechtsträger, dessen Vermögen übertragen wird, dagegen nie unter. Dieser bleibt vielmehr *immer* in der selben Identität und Rechtsform wie zuvor bestehen.

Diese Umstände zusammen ergeben, dass sich die Übertragungsanordnung grundlegend vom Archetyp der Fusion oder ähnlicher umwandlungsrechtlicher Maßnahmen unterscheidet. Insofern können beide nicht gleichgesetzt werden. Nun könnte man darauf verweisen, dass die Definitionen der Rom I- und Rom II-VO die Auflösung nur als einen Fall gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen benennen, die dort aufgezählten Beispiele jedoch nicht abschließend sind. Allerdings schlägt auch dies nicht durch. Denn alle dort genannten Fragen haben gemein, dass sie die innere Organisation und Struktur der Gesellschaft betreffen, nicht jedoch die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft nach außen. Die Übertragungsanordnung im Sinne der §§ 48a ff. KWG ändert hingegen die innere Organisation und Struktur der Ge-

sellschaft gerade nicht. Sie verändert vielmehr die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft nach außen, indem sie eine andere Vermögenszuordnung trifft.

Damit ist die Ausgliederung aus europäisch-autonomer Sicht nicht als Maßnahme des Gesellschaftsrechts zu qualifizieren. Es ist aufgrund der genannten unterschiedlichen Charakterzüge davon auszugehen, dass auch andere Rechtsordnungen wie z.B. die US-amerikanische oder die schweizerische die Übertragungsanordnung nicht als gesellschaftsrechtliche Maßnahme anerkennen würden. Die Regeln des Gesellschaftsstatuts der betroffenen Bank finden daher keine Anwendung, sondern die speziellen Regeln für Schuldverhältnisse und Sachenrechte.

D. Pflicht zur Anerkennung von Übertragungsmaßnahmen nach europäischem Sekundärrecht

I. Bedeutung

Es wurde gezeigt, dass die von der Übertragung erfassten Gegenstände unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen können und dadurch die Wirksamkeit der Übertragungsanordnung beeinträchtigt sein kann. Diese kollisionsrechtliche Ausgangslage wird allerdings durch das sonstige europäische Sekundärrecht weitgehend abgemildert. Dieses enthält Vorschriften, welche den allgemeinen Regelungen des Internationalen Privatrechts als speziellere Regelungen vorgehen. Das Kollisionsrecht erkennt diesen Vorrang, soweit es auf europäischer Ebene kodifiziert ist, ausdrücklich an. So enthalten die

Rom I- und die Rom II-VO eine Bestimmung, nach der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts unberührt bleiben, die für besondere Bereiche Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten.⁴⁹

Solche speziellen Regelungen finden sich zum einen im Gesellschaftsrecht, zum anderen im Bankrecht und dort im speziellen im Insolvenzrecht für Kreditinstitute. Die Methode dieser Rechtsakte ist dabei eine andere als die der international-privatrechtlichen Regelungen: Sie schreiben den Gerichten nicht die *Anwendung* der Regelungen anderer Mitgliedstaaten vor, sondern die *Anerkennung* der von diesen getroffenen Maßnahmen. Das ändert jedoch nichts daran, dass es sich um Kollisionsregelungen handelt; die Anerkennung ist nur ein anderer, direkterer Weg zur Lösung der Kollision verschiedener Rechtsordnungen.

*II. Richtlinie über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten (RL-2001/24/EG)*⁵⁰

1. Prinzip der Herkunftslandkontrolle und anzuwendendes Recht

Die Liquidations- und Sanierungsrichtlinie ist Teil des europäischen Binnenmarktharmonisierungsprozesses für den Bankensektor.⁵¹ Sie soll die Sanierung oder Abwicklung

von Kreditinstituten ordnen, die insbesondere wegen der häufig vorhandenen Zweigstellen in anderen Mitgliedstaaten zu Schwierigkeiten führen kann.⁵² Ziel ist es, die Bank während der Sanierung oder Liquidation als Einheit zu erhalten und einer einheitlichen Aufsicht zu unterstellen.⁵³

Durch Beschluss des gemeinsamen EWR-Ausschusses wurde die Richtlinie in das EWR-Abkommen aufgenommen und ihr Geltungsbereich entsprechend ausgeweitet.⁵⁴ Die Umsetzung in nationales Recht erfolgte in §§ 46d und 46e KWG.⁵⁵

Die Erhaltung des Kreditinstituts als Einheit wird durch das Prinzip der Herkunftslandkontrolle erreicht.⁵⁶ Über die Durchführung von Sanierungs- und Liquidationsmaßnahmen im EWR entscheiden danach ausschließlich die jeweils zuständigen Stellen des Zulassungsstaates.⁵⁷ Dieses Prinzip der Einheit und Universalität auf Zuständigkeitsebene setzt sich bei der Bestimmung des an-

⁴⁹ Siehe Ewgr. 2 Richtlinie 2001/24/EG.

⁵⁰ Ewgr. 3 Richtlinie 2001/24/EG.

⁵¹ Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 1671/2002 vom 6. Dezember 2002 zur Änderung des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) des EWR-Abkommens, Abl. EU L38/28.

⁵² Siehe das Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten vom 10. Dezember 2003, BGBl. 2003 I, 2478 ff.

⁵³ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/ Hilf/ Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV, 273 ff. (49. Ergänzungslieferung).

⁵⁴ Art. 3 Abs. 1, Art 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Spiegelstrich 1 RL-2001/24/EG; zur Bedeutung innerhalb des Harmonisierungskonzepts für das europäische Bankaufsichtsrecht: *Ruzik*, Finanzmarktintegration durch Insolvenzrechtsharmonisierung, 2009, S. 788 m.w.N.

⁴⁹ Art. 23 Rom I-VO, Art. 27 Rom II-VO.

⁵⁰ Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, Abl. EG Nr. L125, S. 15.

⁵¹ Zur Entstehungsgeschichte: *Ruzik*, Finanzmarktintegration durch Insolvenzrechtsharmonisierung, 2009, S. 774.

wendbaren Rechts fort.⁵⁸ Die Durchführung der Maßnahmen richtet sich also nach dem Recht desjenigen Staates, der die Zulassung erteilt hat.⁵⁹

2. Anwendungsbereich

a) Sanierungsmaßnahmen und Liquidationsverfahren

Die Richtlinie unterscheidet streng zwischen Sanierungsmaßnahmen (Art. 3 bis 8 RL) und Liquidationsverfahren (Art. 9 bis 19 RL). Für beide gelten Anerkennungspflichten. Unter einem Liquidationsverfahren versteht die Richtlinie gemäß Art. 2 Spiegelstrich 9 „ein von einer Behörde oder einem Gericht eines Mitgliedstaats eröffnetes und unter deren bzw. dessen Aufsicht durchgeführtes Gesamtverfahren mit dem Ziel, die Vermögenswerte unter Aufsicht der genannten Behörden oder Gerichte zu verwerten [...]“. Der Begriff des Gesamtverfahrens ist dabei in der Weise zu deuten, dass es der vollständigen Verwertung des Gesellschaftsvermögens zugunsten sämtlicher Gläubiger bedarf.⁶⁰ Von einer Sanierungsmaßnahme ist demgegenüber immer dann auszugehen, wenn das jeweilige Verfahren auf die Sicherung oder Wiederherstellung der finanziellen Lage eines

Kreditinstituts angelegt ist und die Durchführung des Verfahrens zu einer Beeinträchtigung bestehender Rechte Dritter führen kann, Art. 2 Spiegelstrich 7 RL-2001/24/EG. Die Richtlinie gibt hierdurch jeweils nur die äußeren Rahmenbedingungen vor, innerhalb derer den Mitgliedstaaten weitgehende Freiräume in der Gestaltung individueller Verfahrenslösungen verbleiben.

b) Einordnung der Übertragungsverfügung

Man könnte auf die Idee kommen, das Übertragungsverfahren als Liquidationsverfahren zu qualifizieren und so aus der Richtlinie eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Anerkennung von Übertragungsanordnungen ableiten. Allerdings ist das Übertragungsverfahren kein Liquidationsverfahren. Eine solche Qualifikation muss schon deshalb ausscheiden, weil die Ausgliederung keine Abwicklung im Sinne einer wirtschaftlichen Verwertung des Unternehmens darstellt. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Übertragungsverfügung möglicherweise als Sanierungsmaßnahme im Sinne von Art. 2 Spiegelstrich 7, Art. 3 ff. RL-2001/24/EG eingeordnet werden kann.⁶¹ Problematisch daran ist, dass das Übertragungsverfahren nicht unmittelbar auf die Sicherung oder Wiederherstellung der finanziellen Lage eines Kreditinstituts angelegt ist. Nur einzelne Teile des Unternehmens sind es, die durch Ausgliederung auf einen anderen Rechtsträger

⁵⁸ Ruzik, Finanzmarktintegration durch Insolvenzrechtsharmonisierung, 2009, S. 774.

⁵⁹ Die Literatur spricht in diesem Zusammenhang von der Anwendbarkeit der sogenannten *lex domus*, vgl. Ruzik, Finanzmarktintegration durch Insolvenzrechtsharmonisierung, 2009, S. 790 f.; Art. 3 Abs. 2, Art. 10 Abs. 1 jeweils i.V.m. Art. 2 Spiegelstrich 1 RL-2001/24/EG.

⁶⁰ Wimmer, ZInsO 2002, S. 897.

⁶¹ Im Ergebnis: *Bliesener*, in: Kenadjian, Too Big to Fail – Brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken, 2012, S. 153.

gesichert und möglicherweise zusätzlichen Sanierungsschritten zugeführt werden sollen, vgl. § 48m Abs. 1 KWG⁶². Da keine gesellschaftliche Identität zwischen dem ausgliedernden Institut und dem übernehmenden Rechtsträger besteht, scheint die in §§ 48a ff. KWG angelegte Verfahrensstruktur von der Definition der Sanierungsmaßnahme, wie sie die Richtlinie zugrunde legt, nicht mehr erfasst zu sein. Aus einer streng formalen Perspektive scheint der Anwendungsbereich der Richtlinie damit nicht eröffnet.

Allerdings muss berücksichtigt werden, dass dem Gesetzgeber der Richtlinie aus dem Jahr 2001 die Methodik einer Übertragungsanordnung unbekannt war. Er konnte sie dementsprechend auch noch nicht berücksichtigen. Die Übertragungsanordnung dient ähnlichen Zielen wie eine Liquidation oder Sanierung. Sie soll einen Teil des Vermögens des Kreditinstituts erhalten und insoweit „sanieren“, um für den Rest des Unternehmens die geordnete Abwicklung, d.h. die Liquidation zu ermöglichen. Ihr Zweck geht daher sowohl auf Sanierung als auch auf eine – eventuelle – Liquidation.⁶³ Eine rein for-

male Betrachtung, die nur auf die Fortführung *oder* die vollständige Verwertung der existierenden Einheit abstellt, wird dem Regelungsanliegen der Richtlinie, Sanierungs- und Liquidationsmaßnahmen im EWR umfassenden Anerkennungspflichten zu unterstellen, nicht gerecht. Es spricht daher vieles dafür, dass die Übertragungsanordnung in den Anwendungsbereich der Sanierungs- und Liquidationsrichtlinie fällt. Zumindest die gemeinsamen Vorschriften für Sanierungsmaßnahmen und Liquidationsverfahren des Titel IV gelten auch für sie. Soweit eine Entscheidung zwischen den Vorschriften des Titels III über Sanierungsmaßnahmen oder des Titels IV über Liquidationsverfahren getroffen werden muss, ist eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Sanierungsmaßnahmen naheliegend, denn die Übertragungsanordnung dient der Sicherung eines Teils des Geschäftsbetriebs. Der für Sanierungsmaßnahmen kennzeichnende Eingriff in Rechte Dritter⁶⁴ ist im zwangsweisen Austausch des Vertragspartners zu sehen.

c) *Zweigstellenerfordernis*

Wenn die Übertragungsanordnung somit unter die RL-2001/24/EG fällt, bleibt fraglich, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie im Übrigen die Existenz einer Zweigstelle im Ausland voraussetzt. Wäre dies der Fall, so wäre die Wirkung der Richtlinie erheblich eingeschränkt. Übertragungsanordnungen bezüglich des

⁶² Das Sanierungsziel liegt gemäß § 48m in der nachhaltigen Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit des übernommenen und fortgeführten Unternehmens.

⁶³ Ähnlich wohl *Hellwig*, in Kenadjian, Too Big to Fail – Brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken, 2012, S. 35, 57, der konstatiert, dass „the transfer of the banks' assets and liabilities [...] cannot automatically be subsumed under either one of the interventions [...]“.

⁶⁴ Vgl. die Definition der Sanierungsmaßnahme gemäß Art. 2 Spiegelstrich 7 RL-2001/24/EG.

Vermögens von Banken ohne Zweigniederlassungen im Ausland wären nicht nach der Richtlinie anzuerkennen.

Für eine solch restriktive Auslegung streitet zunächst der Umstand, dass einzelne Erwägungsgründe ausdrücklich die Einheit zwischen dem Kreditinstitut und seinen angeschlossenen Niederlassungen betonen, vgl. insbesondere die Erwägungsgründe (3) und (4). Auch die Zuständigkeitsverteilung nach Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie, die die Durchführung der Maßnahmen den Behörden und Gerichten des „Herkunftsmitgliedstaates“ – in Abgrenzung und Gegenüberstellung zu denjenigen des „Aufnahmemitgliedstaates“ einer Zweigstelle – zuweisen, legt diese Auslegung nahe.⁶⁵ Sicher kann nicht in Abrede gestellt werden, dass es ein Hauptanliegen des Richtliniengabers war, gerade diejenigen Rechtsfragen zu koordinieren, die sich im Krisen- oder Insolvenzfall im Zusammenhang mit ausländischen Zweigstellen ergeben. Dass bedeutet jedoch nicht, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie auf diese Sachverhalte begrenzt ist.

Blickt man auf den Richtlinientext selbst, so wird deutlich, dass der Anwendungsbereich ausdrücklich an keiner Stelle auf Kreditinstitute *mit* Zweigstellen in anderen Mitgliedstaaten beschränkt wird. Stattdessen legt Art. 1 Abs. 1 RL-2001/24/EG diesen allgemein und in diesem Sinne auch gleichrangig

auf Kreditinstitute *und* deren Zweigstellen fest. Schon hiernach erscheint ein zwingendes Zweigstellenerfordernis zweifelhaft. Diese Vermutung wird durch Erwägungsgrund (2) noch gestützt. Ein erhöhtes Regelungsbedürfnis bestehe hiernach eben nur „insbesondere“, wenn Kreditinstitute Zweigstellen in anderen Mitgliedstaaten unterhalten. Im Umkehrschluss heißt das, dass die Notwendigkeit der Anerkennung nationaler Sanierungsmaßnahmen zur Verwirklichung der mit der Richtlinie verfolgten Harmonisierungszwecke grundsätzlich auch dann gegeben sein kann, wenn eine Zweigstelle nicht existiert.⁶⁶

III. Rechtsfolgen

Ist der Anwendungsbereich der Richtlinie somit grundsätzlich auch dann eröffnet, wenn eine Zweigstelle im Ausland nicht existiert, ist für den Erlass einer Übertragungsanordnung gegenüber einem in Deutschland zugelassenen Kreditinstitut grundsätzlich deutsches Recht anwendbar, Art. 3 Abs. 2 S. 1 RL-2001/24/EG. Dies gilt für die Eröffnung und Durchführung der Maßnahmen ebenso wie für die mit der Übertragung verbundenen Rechtsfolgen. Ungeachtet des nach allgemeinen Regeln auf die Übertragung anzuwendenden Rechts und vorbehaltlich der richtlinienimmanenten Ausnahmen erfolgt der Übergang der durch die Übertragungsanordnung ausgewiesenen Ausgliederungsgegenstände vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger. Maßgeb-

⁶⁵ Ruzik, Finanzmarktintegration durch Insolvenzrechtsharmonisierung, 2009, S. 777.

⁶⁶ Vgl. Erwägungsgrund (1).

lich für den Rechtsübergang ist dabei der Zeitpunkt der Wirksamkeit im anordnenden Staat,⁶⁷ gemäß § 48g Abs. 1 KWG also der Zeitpunkt der Bekanntgabe der Anordnung gegenüber dem ausgliedern- den Institut.

Räumlich ist die Reichweite der Anerkennungspflichten auf den EWR beschränkt.

IV. Ausnahmen

Die Bedeutung der Richtlinie im Rahmen des Übertragungsverfahrens wird schließlich weiter durch die richtlinienseitig vorgesehenen Ausnahmen geschmälert.⁶⁸ Art. 20 bis 27 sowie Art. 30 bis 32 RL-2001/24/EG durchbrechen den Grundsatz der Geltung des Rechts des Zulassungsstaates gleich mehrfach.

Hervorzuheben ist einmal Art. 20 lit. b RL-2001/24/EG der für Verträge über die Nutzung oder den Erwerb unbeweglicher Gegenstände – insbesondere also für Grundstücke – die Geltung des Rechts des Belegenheitsortes anordnet. Bedeutende Einschränkungen resultieren ferner aus Art. 24 der Richtlinie für die Ausübung von Eigentumsrechten oder anderen Rechten an (Finanz-)Instrumenten, für deren Existenz oder Übertragung die Eintragung in ein in einem Mitgliedstaat geführtes Register oder Konto bei einer zentralen Verwahrstelle

notwendig ist. Insoweit erklärt Art. 24 das Recht des register- oder kontoführenden Staates für anwendbar. Faktisch läuft dies auf dieselbe Regelung wie Art. 9 der Finalitätsrichtlinie hinaus, dessen Umsetzung § 17a DepotG dient.⁶⁹ Damit ist im Ergebnis die praktisch wichtige Gruppe der sammelverbrieften Aktien und Anleihen ausgenommen. Wichtig ist, dass für sie nicht nur die Anerkennung von Übertragungsverfügungen ausgeschlossen ist. Vielmehr bedeutet die Regelung des Art. 24, dass diese nur nach dem Recht des register- oder kontoführenden Staates beurteilt werden dürfen. Auch eine freiwillige Anerkennung der Wirkungen der deutschen Übertragungsverfügung durch andere Staaten ist damit unzulässig.

Eine sehr bedeutende Einschränkung der Anerkennung ergibt sich außerdem mit Blick auf Aufrechnungs- und Schuldumwandlungsvereinbarungen im Sinne von Art. 25 RL-2001/24/EG. Gemeint sind hiermit sogenannte *netting agreements*, wie sie regelmäßig im Kontext von Rahmenverträgen vereinbart werden, beispielsweise in den Master Agreements der International Swaps and Derivatives Association (ISDA-MA).⁷⁰ Diese sind von zentraler Bedeutung für das Eigenmittelmanagement von Kreditinstituten.

Art. 25 der Richtlinie ordnet für netting-Abreden die Geltung des auf

⁶⁷ Art. 3 Abs. 2 S. 2 und S. 3 RL-2001/24/EG.

⁶⁸ Ruzik, Finanzmarktintegration durch Insolvenzrechtsharmonisierung, 2009, S. 792, spricht insoweit zutreffend von „gemäßigter Universalität“.

⁶⁹ Siehe Lehmann, Finanzinstrumente, 2010, S. 496.

⁷⁰ Hierzu nur: von Sachsen-Altenburg, in: Zerey, Finanzderivate, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1 ff.; Paech, WM 2010, S. 1965 ff.

diese Verträge anwendbaren Rechts an. Innerhalb des EWR sind folglich Rechtswahlklauseln zu beachten, die sich in diesen Verträgen regelmäßig finden. Im Falle des ISDA-MA beispielsweise wird grundsätzlich entweder die Geltung englischen oder New Yorker Rechts vereinbart.⁷¹

Ausnahmen von der grenzüberschreitenden Wirkung nationaler Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen gelten nach der Richtlinie schließlich für *repurchase agreements* oder „repos“. Kraft ausdrücklicher Anordnung in Art. 26 der Richtlinie unterstehen diese ausschließlich dem Recht, das auf derartige Vereinbarungen anwendbar ist. Dies bedeutet einen Rückverweis in das Internationale Privatrecht, genauer auf die Rom I-VO. Die repos können mit anderen Worten nur übertragen werden, wenn das auf sie nach den europäischen Kollisionsregeln anzuwendende Vertragsstatut dies vorsieht. Das Vertragsstatut der repos wird durch diesen Rückverweis „übertragungsresistent“ gemacht.

Das Gleiche gilt gemäß Art. 27 der Richtlinie für Transaktionen auf geregelten Märkten, z.B. dem regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse.⁷² Für sie ist ebenfalls dasjenige Recht maßgeblich, das auf derartige Transaktionen anwendbar ist. Das ist nach der Rom I-VO das von den Parteien

gewählte Recht oder mangels einer solchen Rechtswahl das Recht der Börse.⁷³

Entgegen dem ersten Anschein verbleibt damit für die Verpflichtung zur Anerkennung von Übertragungsanordnungen nach der Bankenliquidations- und -sanierungsrichtlinie nur ein schmaler Anwendungsbe- reich. Dieser erstreckt sich weder auf Grundstücke noch auf sammelverbriefte Aktien oder Anleihen. Auch Transaktionen über andere Finanzinstrumente, z.B. Optionen, Futures oder Zertifikate, sind ausgenommen, soweit sie an der Börse geschlossen wurden. Übrig bleiben damit nur nicht börsengehandelte Forderungen. Auch diese sind jedoch ausgenommen, soweit es sich um *repos* handelt oder sie einer netting-Vereinbarung unterliegen. Gerade die Übertragung der praktisch wichtigsten Finanzinstrumente und -transaktionen ist damit von anderen Staaten des EWR nicht anzuerkennen. Die vom deutschen Gesetzgeber angestrebten Übertragungsfolgen lassen sich damit über das europäische Recht nicht hinreichend realisieren.

VI. Die Qualifikation als Liquidations- und Sanierungsmaßnahme nach nationalem Recht

Die Sanierungs- und Liquidationsrichtlinie gilt selbst nicht als unmittelbares Recht. Für den Rechtsanwender verbindlich sind vielmehr nur die umsetzenden Bestimmung

⁷¹ Vgl. Sec. 13 (b) (i) ISDA-MA.

⁷² Zum Begriff des geregelten Markts siehe Art. 2, vorletzter Spiegelstrich Richtlinie 2001/24/EG.

⁷³ Siehe Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 lit. h Rom I-VO. Zu letzterer Vorschrift *Lehmann*, in: Ferrari/Leible, *The Rome I Regulation*, 2009, S. 86 ff.

des anzuwendenden nationalen Rechts. In Deutschland erfolgte die Umsetzung im Rahmen des KWG in § 46d. Zu beachten ist dabei vor allem Abs. 3. Dieser zeichnet die Richtliniendefinition der Sanierungsmaßnahme nach und verweist, den Begriff der Sanierungsmaßnahme konkretisierend, auf die krisenpräventiven Maßnahmen nach § 46 KWG und § 6 Abs. 3 KWG. Ein Hinweis auf die Übertragungsanordnung und das für sie geltende Regime ist demgegenüber nicht enthalten. Auch die §§ 48a ff. KWG enthalten keinen Hinweis auf die Begriffe der „Sanierung“ oder der „Liquidation“. Zwar verweist § 48n KWG auf die Informationspflichten des § 46d Abs. 1 und 2 KWG. Dass aus dieser Verweisung auch der Sanierungscharakter der Übertragungsanordnung resultiere, kann allerdings nicht gefolgert werden.⁷⁴ Vielmehr ergibt sich im Umkehrschluss, dass der deutsche Gesetzgeber die Absicht hatte, die Übertragung gerade nicht als Liquidations- oder Sanierungsmaßnahme anzusehen. Offenbar wollte er unter dem Regime der Sanierungs- und Liquidationsrichtlinie „hindurchtauchen“, d.h. dieses vermeiden, indem er eine Maßnahme zur Liquidation und Sanierung trifft, die nicht unter die Richtlinie fällt. Dafür gibt es einleuchtende Gründe: Wie gesehen verpflichtet die Richtlinie die anderen EWR-Staaten zwar zur Anerkennung von Sanierungs- und Liquidationsma-

ßnahmen. Sie enthält allerdings so weitreichende Ausnahmen, dass diese Anerkennung aus Sicht des nationalen Gesetzgebers nicht nur wertlos, sondern sogar kontraproduktiv ist. Allerdings ändert die abweichende Einschätzung des deutschen Rechts an der Qualifikation als Liquidations- und Sanierungsmaßnahme im Sinne von Art. 3 ff. RL-2001/24/EG nichts. Dem nationalen Gesetzgeber ist es verwehrt, über den Anwendungsbereich einer Richtlinie zu disponieren.⁷⁵ Im Streitfall über die Rechtswirkungen der Übertragungsanordnung vor deutschen Gerichten wären diese daher dazu verpflichtet, unter Berücksichtigung des nationalen Rechts und unter Anwendung der eigenen Auslegungsmethodik „alles [zu] tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“⁷⁶. Die nationalen Bestimmungen sind mit anderen Worten also unionsrechtskonform zu interpretieren.

Die Frage ist, wie sich das deutsche Recht so interpretieren lässt, dass es der Sanierungs- und Liquidationsrichtlinie entspricht. Gegen eine Analogie zu § 46d Abs. 3 KWG spricht, dass der deutsche Gesetzgeber die Übertragung gerade nicht als Sanierungsmaßnahme ansehen wollte. Ein Rückgriff auf diese Regelung

⁷⁴ A.A. Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, § 46d, Rn. 13b.

⁷⁵ Pröbsting, ZfRV 2008, S. 239, 245.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler).

ist als Rechtsfortbildung *contra legem* insoweit zu verwerfen.

Möglich erscheint hingegen eine Analogie zu den deutschen Bestimmungen über das Internationale Insolvenzrecht in §§ 336 ff. InsO. Diese ist insbesondere nicht durch den Wortlaut der §§ 48a ff. KWG ausgeschlossen. Eine planwidrige Regelungslücke wird man bejahen müssen, da die Regelung der §§ 48a ff. KWG sonst mangels Konformität mit der Richtlinie insgesamt nicht angewendet werden könnte. Offenbar entsprach dies nicht dem Plan des Gesetzgebers. Die §§ 336 ff. InsO sehen abweichend vom Grundsatz der Geltung des Rechts des das Verfahren führenden Staates („*lex fori concursus*“, § 335 InsO) Sonderanknüpfungen für einzelne Rechtsbeziehungen vor. Die Bestimmungen dienen unter anderem der Umsetzung der Liquidations- und Sanierungsrichtlinie.⁷⁷ Die Interessenlage ist insofern nicht nur vergleichbar, sondern ~~identisch~~ ^{ähnlich} anzunehmende analoge Anwendbarkeit der §§ 336 ff. InsO auf die Übertragungsanordnung hat erhebliche praktische Relevanz. Eine Anordnung, die die durch diese Vorschriften gezogenen Grenzen nicht beachtet, indem sie sich z.B. auch auf Börsentransaktionen oder repos richtet, wäre rechtswidrig und infolgedessen anfechtbar.⁷⁸

Im Ergebnis dürfen sich damit Übertragungsanordnungen nicht auf die in §§ 336 ff. InsO genannten Gegenstände erstrecken. Diese durch das EU-Recht überformte Rechtslage ist aus dem KWG nicht ohne Weiteres ersichtlich. Zur Klarstellung wäre ein Hinweis des Gesetzgebers angebracht.

E. Ergebnis

Der deutsche Gesetzgeber hat in §§ 48a ff. KWG Regelungen eingeführt, welche im Fall einer Bankenkrise die Übertragung systemrelevanter Teile auf ein Brückeninstitut erlauben sollen. Die Untersuchung hat gezeigt, dass dieser Mechanismus bei ausländischem Recht unterstehenden Rechtsverhältnissen und im Ausland belegenen Vermögensgegenständen an seine Grenzen stößt. In diesen Fällen muss vor der Anwendung der deutschen Regeln das Internationale Privatrecht befolgt werden. Dieses lässt wenig Raum für einen einseitig angeordneten Wechsel des Vertragspartners oder des Inhabers eines Gegenstands.

Zwar verpflichtet die Bankenliquidations- und -sanierungsrichtlinie andere Mitgliedstaaten zur Beachtung der deutschen Maßnahmen. Jedoch enthält sie weitreichende Ausnahmen von der Anerkennungspflicht, welche gerade die praktisch wichtigsten Rechtsverhältnisse und Vermögensgegenstände betreffen. Der Wortlaut der §§ 48a ff. KWG widerspricht diesen Beschränkungen und muss entsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden. Es steht nicht im Belieben des deutschen Gesetzgebers,

⁷⁷ Höche, in: FS Hopt, 2010, S. 2001, 2005.

⁷⁸ Vgl. nur Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008, § 44 Rn. 8.

über den Anwendungsbereich der Richtlinie zu disponieren.

Deutschland befindet sich damit eingeeengt zwischen den Regelungen des Internationalen Privatrechts einerseits und den Anforderungen des EU-Bankrechts andererseits. Beide errichten bedeutsame Hindernisse für die einseitig angeordnete Übertragung wichtiger Finanzvertragsverhältnisse und -gegenstände. Dies ist allerdings kein Selbstzweck: Der strenge Schutz etwa von Transaktionen innerhalb von geregelten Märkten, von repos und netting-Vereinbarungen dient selbst der Systemstabilität, indem er die Ansteckung anderer, meist ausländischer Marktteilnehmer verhindern soll. Die Intentionen der deutschen Gesetzgebung zur Erhaltung der Stabilität des Finanzsystems treten somit in einen gewissen Widerspruch mit denen zur Erhaltung der Stabilität des internationalen Finanzsystems. Nicht ohne Grund gibt das europäische Recht dabei letzterem den Vorzug: Zwar werden nationale Sanierungsmaßnahmen in der Regel „nur“ ein krisenbefallenes Kreditinstitut gegen eine Brückenbank austauschen. Allerdings ist nicht zu vergessen, dass der anderen Seite damit ein anderer Vertragspartner aufgedrängt wird, ohne dass sie zugestimmt hat. Außerdem wird nicht jede Brückenbank dem ausländischen Teil als solide, leicht ansprechbar und vertrauenswürdig erscheinen. Sollten auch andere Staaten einseitige Übertragungsanordnungen einführen, könnte die

Systemstabilität im Ergebnis mehr Schaden als Nutzen erfahren.

Die Lösung dieses Dilemmas kann nicht auf nationaler Ebene erfolgen. Deutschland verfügt nicht über die regulatorischen Möglichkeiten, um einseitig Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen anzuordnen, die ausländischem Recht unterliegende Rechtsverhältnisse und Vermögensgegenstände erfassen. Insoweit ist ein europäisches Regelungsregime für Bankenrestrukturierungen unabdingbar. An diesem zweiten Standbein der Bankenunion – neben der Europäisierung der Bankenaufsicht – wird derzeit intensiv gearbeitet. Das ist als solches zu begrüßen, auch wenn derzeit noch nicht vorherzusehen ist, wie dieses im Ergebnis aussieht. Der europäischen Lösung gebührt in jedem Fall der Vorzug vor nationalen Ansätzen.

Autoren:

Dr. *Matthias Lehmann* ist Professor für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Stefan Hoffman ist Stipendiat des Graduiertenkollegs „Konstitutionelle Grundlagen globalisierter Finanzmärkte – Stabilität und Wandel“ (Jena/Halle) in Halle und dort Doktorand bei Prof. Dr. Matthias Lehmann.