
Luther News, 22. Oktober 2008

Banking, Finance & Capital Markets

Finanzmarktstabilisierungsgesetz

Dr. Andreas Zahn, Eike Fietz und Reinhard Willemsen

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates am 17. Oktober 2008 im Rahmen des Maßnahmenpakets zur Stabilisierung der Finanzmärkte und zur Vermeidung negativer Auswirkungen auf die Realwirtschaft das Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – „FMStG“) beschlossen. Das Gesetz ist am gleichen Tage vom Bundespräsidenten unterschrieben und im Bundesgesetzblatt verkündet worden und am 18. Oktober 2008 in Kraft getreten. Damit will die Bundesregierung ein tragfähiges Instrumentarium schaffen, um die bestehenden Liquiditätsengpässe zeitnah zu überwinden und die Stabilität des deutschen Finanzmarktes zu stärken. Das Maßnahmenpaket ist mit den europäischen und internationalen Partnern abgestimmt und erfolgt nach Konsultation mit der Deutschen Bundesbank, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) sowie Spitzenvertretern der Finanzwirtschaft. Die Maßnahmen sind in Absprache mit den anderen Ländern des Euro-Raums in der Regel bis zum 31. Dezember 2009 befristet.

Finanzmarktstabilisierungsfonds

Das FMStG sieht in Artikel 1 mit dem Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (FMStFG) die Errichtung eines nichtrechtsfähigen Sondervermögens des Bundes unter der Bezeichnung „Finanzmarktstabilisierungsfonds - FMS“ vor. Zweck des Fonds ist die Stabilisierung des Finanzmarktes durch Überwindung von Liquiditätsengpässen und durch Schaffung von Rahmenbedingungen für eine Stärkung der Eigenkapitalbasis der „Unternehmen des Finanzsektors“. Diese umfassen Institute im Sinne des § 1 Abs. 1b des Kreditwesengesetzes („KWG“), Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes („VAG“), Kapitalanlagegesellschaften im Sinne des Investmentgesetzes sowie Betreiber von Wertpapier- und Terminbörsen, und deren jeweilige Mutterunternehmen, soweit diese Finanzholding-Gesellschaften, gemischte Finanzholding-Gesellschaften oder beaufsichtigte Finanzkonglomeratsunternehmen sind und die vorgenannten Unter-

nehmen ihren Sitz im Inland haben. Als Unternehmen des Finanzsektors gelten auch privatrechtliche, beliehene Träger von öffentlich-rechtlich organisierten Landebanken, auch wenn die Träger keine Finanzholding-Gesellschaften sind.

Der Fonds kann unter seinem Namen im rechtsgeschäftlichen Verkehr handeln, klagen und verklagt werden. Der allgemeine Gerichtsstand des Fonds ist Berlin. Für die Verbindlichkeiten des Fonds, der vom übrigen Vermögen des Bundes zu trennen ist, haftet der Bund unmittelbar. Der Fonds haftet nicht für die sonstigen Verbindlichkeiten des Bundes. Nach dem Ablauf der Befristung für Stabilisierungsmaßnahmen ist der Fonds abzuwickeln und aufzulösen. Das verbleibende Schlussergebnis wird zwischen Bund und Ländern im Verhältnis 65 zu 35 aufgeteilt. Die Beteiligung der Länder ist auf einen Höchstbetrag von 7,7 Milliarden Euro begrenzt. Soweit Landesbanken oder Zweckgesellschaften, die deren Risikoposition übernommen haben, durch Maßnahmen des Fonds unterstützt werden, tragen hieraus resultierende finanzielle



Lasten die Länder entsprechend ihren Anteilen an den Landesbanken oder Zweckgesellschaften zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des FMStFG. Der Bund trägt gemäß seinem Anteil zu diesem Zeitpunkt die Lasten der oben genannten Finanzinstitutionen, an denen er beteiligt ist.

Finanzmarktstabilisierungsanstalt

Zur Wahrnehmung von Aufgaben im Namen des Fonds, die ihr auf Grundlage des FMStFG übertragen werden, wird eine „Finanzmarktstabilisierungsanstalt – FMSA (Anstalt)“ bei der Deutschen Bundesbank errichtet. Es handelt sich um eine rechtlich unselbständige Anstalt öffentlichen Rechts, die organisatorisch von der Deutschen Bundesbank getrennt ist und der Aufsicht des Bundesministeriums der Finanzen („BMF“) unterliegt. Die Anstalt kann unter ihrem Namen im rechtsgeschäftlichen Verkehr handeln, klagen und verklagt werden. Sie wird von einem Leitungsausschuss geleitet, der aus drei Mitgliedern besteht, die vom BMF im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank ernannt werden. Die Anstalt kann sich nach Maßgabe einer Rechtsverordnung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben geeigneter Dritter bedienen. In der Satzung der Anstalt werden insbesondere Bestimmungen über die Organisation der Anstalt sowie über die Haushaltsführung, Wirtschaftsführung und Rechnungslegung des Fonds aufgenommen.

Stabilisierungsmaßnahmen

Die Stabilisierungsmaßnahmen sind in den §§ 6 bis 8 des FMStFG niedergelegt und bis zum 31. Dezember 2009 möglich. Die näheren Bestimmungen im Zusammenhang mit den Stabilisierungsmaßnahmen kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates erlassen. Der Haushaltsausschuss und der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages sind über Erlass und Änderungen der Rechtsverordnungen unverzüglich zu unterrichten. Über die Stabilisierungsmaßnahmen entscheidet das Bundesministerium der Finanzen („BMF“) auf Antrag des Unternehmens des Finanzsektors nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei sind die Bedeutung des jeweils von der Stabilisierungsmaßnahme erfassten Unternehmens des Finanzsektors für die Finanzmarktstabilität zu berücksichtigen sowie die Dringlichkeit und der Grundsatz des möglichst effektiven und wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel der Fonds. Soweit es sich um Grundsatzfragen, Angelegenheiten von besonderer Bedeutung sowie um Entscheidungen über wesentliche Auflagen handelt,

entscheidet ein interministerieller Ausschuss (Lenkungsausschuss) auf Vorschlag der Anstalt. Neben dem Bundeskanzleramt und dem BMF sind dort die Bundesministerien für Justiz sowie für Wirtschaft und Technologie vertreten und die Länder mit einem beratenden Mitglied. Ein Rechtsanspruch auf Leistung des Fonds besteht nicht. Die Leistungen sollen von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden. Die Bundesregierung kann die Entscheidung über Maßnahmen nach dem FMStFG und die Verwaltung des Fonds durch das BMF aufgrund Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates auf die Anstalt übertragen.

Garantieermächtigung

Das BMF wird ermächtigt für den Fonds Garantien bis zur Höhe von 400 Milliarden Euro ab Inkrafttreten des FMStFG und bis zum 31. Dezember 2009 zu übernehmen, um Liquiditätsengpässe zu beheben und die Refinanzierung am Kapitalmarkt zu unterstützen. Garantiert werden können begebene Schuldtitel und begründete Verbindlichkeiten von Unternehmen des Finanzsektors, die eine Laufzeit von bis zu 36 Monaten haben sowie Verbindlichkeiten von Zweckgesellschaften, die Risikopositionen eines Unternehmens des Finanzsektors übernommen haben. Für die Übernahme von Garantien ist die Erhebung eines jährlichen Entgelts in angemessener Höhe vorgesehen, das grundsätzlich eine Höhe von 2% im Jahr nicht unterschreiten sollte. Eine Garantie ist auf den Höchstbetrag der entsprechenden Ermächtigung in der Höhe anzurechnen, in der der Fonds daraus in Anspruch genommen werden kann. Soweit der Fonds ohne Inanspruchnahme von seiner Haftung frei wird oder Ersatz für erbrachte Leistungen erlangt hat, ist eine Garantie auf den Höchstbetrag nicht mehr anzurechnen.

Rekapitalisierung

Der Fonds kann sich an der Rekapitalisierung von Unternehmen des Finanzsektors beteiligen. Insbesondere kann er gegen Leistung einer Einlage Anteile oder stille Beteiligungen erwerben und sonstige Bestandteile der Eigenmittel dieser Unternehmen, einschließlich solcher, die durch Landesrecht geschaffen werden, übernehmen. Die Entscheidung hierüber liegt beim BMF. Allerdings soll eine Beteiligung durch den Fonds nur dann erfolgen, wenn ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt und der vom Bund angestrebte Zweck sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt.

Risikoübernahme

Der Fonds kann von Unternehmen des Finanzsektors vor dem 13. Oktober 2008 erworbene Risikopositionen erwerben oder auf andere Weise absichern. Dies betrifft insbesondere Forderungen, Wertpapiere, derivative Finanzinstrumente, Rechte und Pflichten aus Kreditzusagen oder Gewährleistungen und Beteiligungen, jeweils nebst zugehöriger Sicherheiten wie auch Zweckgesellschaften, die Risikopositionen eines Unternehmens des Finanzsektors übernommen haben.

Zur Deckung von Aufwendungen des Fonds und für die zuvor dargestellten Stabilisierungsmaßnahmen wird das BMF ermächtigt, Kredite bis zur Höhe von 70 Milliarden Euro aufzunehmen. Im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedarfs gemäß § 37 Abs. 1 S. 2 der Bundeshaushaltsordnung kann dieser Ermächtigungsrahmen mit Einwilligung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages um bis zu 10 Milliarden Euro überschritten werden. Zudem wird das BMF ermächtigt, für den Fonds im Falle der Inanspruchnahme aus einer Garantie weitere Kredite in Höhe von bis zu 20 Milliarden Euro aufzunehmen.

Bedingungen für Stabilisierungsmaßnahmen

Unternehmen des Finanzsektors müssen die Gewähr für eine solide und umsichtige Geschäftspolitik bieten, um Stabilisierungsmaßnahmen in Anspruch nehmen zu können. Dabei kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über die von den begünstigten Unternehmen zu erfüllenden Anforderungen erlassen an:

- die geschäftspolitische Ausrichtung, bei Kreditinstituten insbesondere die Versorgung kleiner und mittlerer Unternehmen mit Krediten, und die Nachhaltigkeit des verfolgten Geschäftsmodells,
- die Verwendung der aufgenommenen Mittel,
- die Vergütung ihrer Organe, Angestellten und wesentlichen Erfüllungsgehilfen,
- die Eigenmittelausstattung,
- die Ausschüttung von Dividenden,
- den Zeitraum, innerhalb dessen die Anforderungen zu erfüllen sind,
- Maßnahmen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen,
- die Art und Weise wie dem Fonds Rechenschaft zu legen ist,
- eine von dem vertretungsberechtigten Organ mit Zustimmung des Aufsichtsorgans abzugebende

und zu veröffentlichende Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der zuvor genannten einzuhaltenden Anforderungen,

- sonstige Bedingungen, die zur Sicherstellung des Zweckes des Gesetzes erforderlich sind.

Weiter können sich die Anforderungen nach Art und Adressaten der Stabilisierungsmaßnahme unterscheiden und durch Vertrag, Selbstverpflichtung oder Verwaltungsakt festgelegt werden.

Gremium zum Finanzmarktstabilisierungsfonds

Es wird ein Gremium zum Finanzmarktstabilisierungsfonds bestehend aus neun Mitgliedern des Haushaltsausschusses für die Dauer einer Legislaturperiode vom Deutschen Bundestag gewählt. Das Gremium wird vom BMF über alle den Fonds betreffenden Fragen unterrichtet und ist befugt, Mitglieder des Lenkungsausschusses und des Leitungsausschusses zu laden. Ferner berät es über grundsätzliche und strategische Fragen und langfristige Entwicklungen der Finanzmarktpolitik. Das Gremium tagt geheim und beendet seine Tätigkeit mit der Auflösung des Fonds.

Sofortige Vollziehbarkeit und Rechtsweg

Ein Widerspruch gegen Maßnahmen nach dem FMStFG und den darauf beruhenden Rechtsverordnungen ist ausgeschlossen und eine Anfechtungsklage hiergegen hat keine aufschiebende Wirkung. Über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art nach dem Gesetz entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im ersten und letzten Rechtszug. Im Rahmen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entscheidet der Bundesgerichtshof in erster und letzter Instanz.

Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Unternehmensanteilen

Mit seinem in Artikel 2 geregelten „Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds (FMS)“ greift das FMStG unmittelbar in weite Bereiche der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen ein:

Für die nach § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 FMStFG abzugebende Verpflichtungserklärung sollen danach die aktienrechtlichen Vorschriften über das organchaftliche Kompetenzgefüge nicht gelten. Insofern wird in Teilbereichen, beispielsweise hinsichtlich der

Ergebnisverwendung, in die Kompetenzen der Hauptversammlung eingegriffen.

Die Regelungen sehen eine gesetzliche Ermächtigung des Vorstands eines Unternehmens des Finanzsektors vor, das Grundkapital mit Zustimmung des Aufsichtsrats, jedoch ohne Zustimmung der Hauptversammlung unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre bis zum 31. Dezember 2009 um 50 % des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien an den Fonds gegen Einlage zu erhöhen (gesetzlich genehmigtes Kapital). Dabei können Vorleistungen auf die Einlage angerechnet werden. Damit stellt das Gesetz für diese Fälle der Rekapitalisierung der Institute eine Rechtsfrage klar, die im allgemeinen Gesellschaftsrecht umstritten ist und vom Bundesgerichtshof bislang nur für die Rechtsform der GmbH als ultima ratio unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen worden ist. Die Durchführung einer solchen Kapitalerhöhung ist unverzüglich in das Handelsregister einzutragen, wobei eine Prüfung (der Kapitalerhöhung durch das Registergericht) ausdrücklich nicht stattfindet. Sollten Anfechtungsklagen erhoben werden, kann die Gesellschaft die beschleunigte Eintragung im Wege des Freigabeverfahrens nach § 264a AktG erzwingen.

Soweit dies für die Zwecke der Durchführung der Kapitalerhöhung erforderlich sein sollte, ist der Aufsichtsrat berechtigt, die Satzung der Gesellschaft zu ändern.

Über die genaue Ausgestaltung der auszugebenden Aktien entscheidet der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats.

Unterpriemissionen sind nicht zulässig. Eine Ausgabe zum Börsenpreis bzw. mit Zustimmung des Aufsichtsrats auch unterhalb des Börsenpreises ist jedoch bis zu dieser Grenze des geringsten Ausgabebetrages des § 9 AktG zulässig, sofern der Ausgabebetrag unter Berücksichtigung der allgemeinen Sorgfaltspflichten angemessen ist.

Die Hauptversammlung hat bei der konkreten Umsetzung der Stabilisierungsmaßnahmen relativ geringe Kompetenzen. Der Vorstand hat der nächsten ordentlichen Hauptversammlung in jedem Fall zu berichten. Er kann die Hauptversammlung zur Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung und den Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre einberufen, muss dies aber nicht. Im Fall der Einberufung gilt entsprechend § 16 Abs. 4 WpÜG eine verkürzte Ladungsfrist; sie beträgt mindestens einen Tag.

Neben der Ausgabe gesetzlich genehmigten Kapitals können bis zum 31. Dezember 2009 auch Genussrechte ausgegeben werden. Einzelheiten dazu sind bislang nicht geregelt, jedoch notwendig.

Der Fonds kann sich ferner als stiller Gesellschafter an Unternehmen des Finanzsektors beteiligen, ohne dass die Anforderungen an wirksame Unternehmensverträge erfüllt sein müssen. Diese Alternative kommt insbesondere für Institute in Betracht, die keine Anteilsscheine am eigenen Kapital ausgeben, also beispielsweise die in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute.

Das Gesetz erstreckt die Beteiligungsmöglichkeiten des Fonds auch auf andere Rechtsformen (SE, KGaA, Genossenschaften).

Informations- und Mitteilungspflichten des Betriebsverfassungsgesetzes und des WpHG aus dem soeben erst in Kraft getretenen Risikobegrenzungs-gesetz sowie die Regelungen des WpÜG über Pflichtangebote werden für den Fonds ausgesetzt. Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Zulassung von ausgegebenen Aktien zum Börsenhandel.

Schließlich werden die Möglichkeiten des wirksamen Erwerbs von Risikopositionen jeder Art (Forderungen) und Sicherheiten durch den Fonds in vielfacher Hinsicht durch tiefgreifende Einschnitte in das Zivilrecht wesentlich erweitert. Hierzu gehören das Fehlen des Risikos der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit und die nicht erforderliche, sonst oft notwendige Zustimmung Dritter. Nicht einmal zivilrechtliche Abtretungsverbote stehen dem Erwerb entgegen. Das AGB-Recht (§§ 307 bis 309 BGB) sowie § 354a HGB, die handelsrechtliche Sonderregelung für die Abtretung von Geldforderungen, finden keine Anwendung. Ferner wird die Datenübertragung, -verarbeitung und -nutzung ohne Einwilligung der Betroffenen datenschutzrechtlich und strafrechtlich ermöglicht.

Das GWB findet auf die Transaktionen, an denen der Fonds beteiligt ist, keine Anwendung; ein (nationales) Kartellverfahren findet nicht statt.

Änderung des KWG

Nach dem KWG kann die BaFin auf einen geeigneten Sonderbeauftragten Befugnisse übertragen, die Organen des Instituts zustehen. Hierbei handelt es

sich um Fälle, bei denen die BaFin auch die Abberufung der verantwortlichen Geschäftsleiter verlangen kann, statt die KWG-Erlaubnis aufzuheben. Dies gilt, wenn der BaFin Tatsachen bekannt werden, die eine Versagung der Erlaubnis rechtfertigen würden, über das Institut ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist oder sonst Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen des Instituts gegenüber seinen Gläubigern besteht und die Gefahr nicht durch andere Maßnahmen nach dem KWG abgewendet werden kann. Eine Gefahr für die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte besteht auch bei einem Verlust in Höhe der Hälfte des nach § 10 KWG maßgebenden haftenden Eigenkapitals oder bei einem Verlust in Höhe von jeweils mehr als 10% des maßgebenden haftenden Eigenkapitals in mindestens drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren. Dies gilt weiter, wenn das Institut nachhaltig gegen Bestimmungen des KWG, des Wertpapierhandelsgesetzes oder Verordnungen oder Anordnungen zur Durchführung dieser Gesetze verstoßen hat.

Die Einsetzung eines Sonderbeauftragten ist also ein wichtiges aufsichtsrechtliches Instrument. Der Sonderbeauftragte haftet aber grundsätzlich unbeschränkt. Lediglich wenn er ohne Vergütung tätig wird, ist seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Dies macht es immer schwieriger, geeignete Sonderbeauftragte zu finden. Deshalb sieht Artikel 3 des FMStG nun eine Beschränkung der Ersatzpflicht des Sonderbeauftragten bei fahrlässigem Handeln auf 1 Million Euro für eine Tätigkeit bei einem Institut vor. Bei Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf 4 Millionen Euro. Diese Änderung wird nach Artikel 6 des FMStG, der am 1. Januar 2011 in Kraft tritt, aufgehoben.

Änderung des VAG

Nach dem VAG kann die BaFin Befugnisse, die Organen eines Versicherungsunternehmens nach Gesetz, Satzung oder Geschäftsordnung zustehen, unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls auf einen Sonderbeauftragten übertragen. Auch hier sieht das FMStG in Artikel 4 nun eine Beschränkung der Ersatzpflicht des Sonderbeauftragten bei fahrlässigem Handeln auf 1 Million Euro für eine Tätigkeit bei einem Versicherungsunternehmen vor. Im Falle von Aktiengesellschaften, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf 4 Millionen

Euro. Diese Änderung wird ebenfalls nach Artikel 6 des FMStG am 1. Januar 2011 aufgehoben.

Änderung der Insolvenzordnung Anpassung des Begriffs der Überschuldung

Im Zusammenhang mit dem FMStG hat die Bundesregierung neben den oben beschriebenen Maßnahmen auch eine Änderung der Insolvenzordnung („InsO“) beschlossen. Danach liegt Überschuldung vor,

„...wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

Gedacht ist dabei in erster Linie an Unternehmen, die durch die momentane Finanzkrise gezwungen sind, hohe Abschreibungen auf ihre Finanzmarktprodukte einzubuchen und so – trotz weiterhin guter Ertragskraft – bilanziell (und im Ergebnis auch rechtlich) überschuldet sind. Profitieren sollen von dieser Regelung allerdings auch „normale“ Kapitalgesellschaften, die beispielsweise ein neues Produkt zur Marktreife bringen, oder aufgrund des Ausfalls eines Kunden kurzfristig hohen Abschreibungsbedarf haben.

Die vorstehende Regelung erinnert stark an den bis zur Einführung der InsO zum 1. Januar 1999 geltenden Überschuldungsbegriff. Nach diesem „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff“, war eine Gesellschaft mit positiver Fortführungsprognose – unabhängig von ihrer bilanziellen Situation – nicht überschuldet. Die Frage, ob die Fortführungsprognose positiv oder negativ ausfiel wiederum richtete sich im wesentlichen danach, ob die Gesellschaft in der Lage war, mittelfristig ihre fälligen Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Letztlich konnte danach eine Gesellschaft mit prognostizierten zukünftigen Erträgen nicht überschuldet sein.

Nachdem der Gesetzgeber sich mit Einführung der InsO (wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahren) explizit von diesem Überschuldungsbegriff verabschiedet hatte scheint nunmehr – unter dem Eindruck der Finanzkrise – eine Rückkehr zu diesem von Karsten Schmidt entwickelten Überschuldungsbegriff gewollt zu sein. Der Nachweis darüber, dass eine positive Fortführungsprognose besteht, obliegt nach dem Wortlaut („...es sei denn...“) dem Schuldner.

Unternehmen, denen eine Überschuldungssituation droht, sind daher gut beraten, gesteigertes Augenmerk auf die Erstellung einer Fortführungsprognose zu richten und diese ausreichend zu dokumentieren, damit (falls es schließlich doch zur Insolvenz kommt) der Nachweis geführt werden kann, dass jedenfalls zu einem früheren Zeitpunkt keine Überschuldung vorlag.

Gemäß Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 gelten die vorstehenden neuen Regelungen nur bis zum 31. Dezember 2010. Ab dem 1. Januar 2011 gilt die Insolvenzordnung wieder in der bis zur Geltung des FMStG geltenden Fassung:

„...wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

Fazit

Das FMStG bringt - in dieser Intensität für viele vielleicht unerwartet - tiefe Einschnitte in wesentliche Prinzipien des deutschen Rechts mit sich. Dies macht deutlich, wie ernst die Bundesregierung die aktuelle Krise nimmt. Als nur ein kleines Beispiel, das gleichwohl mit hehren Grundsätzen bricht, sei genannt, dass die Abtretung von Forderungen an den Fonds trotz Abtretungsverbotes und fehlender Einwilligung des Schuldners wirksam sein soll. Vieles ist allerdings ungeregelt. Zum Teil muss dies naturgemäß der Fall sein: Deutsches Kartellrecht findet auf die Transaktionen des Fonds keine Anwendung, insofern stellt sich aber die Frage nach einer gleichlaufenden Regelung des europäischen Kartellrechts, für die der deutsche Gesetzgeber nicht zuständig ist. Die Bundesregierung handelt aber im europäischen Kontext. Insofern sind parallele Maßnahmen noch zu erwarten.

Manches andere aber scheint noch handwerklich behebbar und dürfte der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit geschuldet sein: Wie sieht es beispielsweise mit einer Rückwirkung der Neudefinition des Überschuldungsbegriffs aus? Was passiert mit Unternehmen, die nach der früheren Definition bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits überschuldet sind? Ähnliche Fragen zum Übergang werden sich dann stellen, wenn die Befristung des neuen Überschuldungsbegriffs endet.

In einem wesentlichen Punkt fehlt schließlich möglicherweise der gemeinsame politische Nenner: Der Fonds "kann" sich an der Rekapitalisierung von Unternehmen des Finanzsektors beteiligen. Eine Rechtspflicht dazu ist jedoch nicht geregelt. Haben Banken daher einen Anspruch auf "Rettung"? Gilt das Wort der Politik, man werde keine große Bank zusammenbrechen lassen? Was ist mit den kleineren Instituten? Hier liegt das gemeinsame Problem aller Marktteilnehmer, nicht nur - wie stets - im Detail. Einige, jedoch vermutlich lange nicht alle erforderlichen Anhaltspunkte für die Ausgestaltung der Entscheidungsprozesse bei der FMSA liefert die inzwischen vorliegende Verordnung FMStFV. Vor einer Stabilisierung der Finanzmärkte und der Verhinderung des Durchdringens der gegenwärtigen Krise auf die Realwirtschaft ist daher noch viel Arbeit zu tun, die der Gesetzgeber der Bundesregierung und der FMSA aufgegeben hat.

Kontakte



Dr. Andreas Zahn
Rechtsanwalt
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
mbH
Mergenthalerallee 10-12
65760 Eschborn / Frankfurt a.M.
Telefon: +49 6196 592 24699
Telefax: +49 6196 592 110

andreas.zahn@luther-lawfirm.com



Eike Fietz
Rechtsanwalt
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
mbH
Karlstraße 10-12
80333 München
Telefon: +49 89 23714 21173
Telefax: +49 89 23714 110

eike.fietz@luther-lawfirm.com



Reinhard Willemsen
Rechtsanwalt
Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
mbH
Karlstraße 10-12
80333 München
Telefon: +49 89 23714 25792
Telefax: +49 89 23714 110

reinhard.willemsen@luther-lawfirm.com

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG (Pinsent Masons Luther Group) sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

