



Kevin Stephan

**Die insolvenzrechtliche Erfassung
von Bankgeschäften und
Finanzdienstleistungsverträgen**

Kapitel 1: Einleitung

A. Die Krise von Finanzintermediären

„Ich beantrage die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über mein Vermögen“¹. Mit diesem unterschriebenen Satz beginnt für den Antragsteller eine ungewisse Reise. Er legt sein wirtschaftliches Schicksal in die Hände des zuständigen Insolvenzgerichts. Viele Betroffene zögern aber vor diesem Schritt. Dabei schieben sie die Antragstellung nicht aus Ungewissheit über die sich anschließende Insolvenzabwicklung hinaus. Vielmehr muss der Antragsteller, bevor er eine Insolvenzeröffnung als mögliche Lösung seiner wirtschaftlichen Probleme erkennt, sich sowohl der Probleme selbst als auch der eigenen Unfähigkeit zu ihrer Überwindung bewusst werden. In der Regel hat der Insolvenzschuldner aber bereits den genauen Überblick über seine Vermögenslage verloren mit der Folge, dass der Eröffnungsbeschluss erst in einer Situation ergehen kann, bei der eine sinnvolle Sanierung des Insolvenzschuldners nahezu ausgeschlossen ist. Die Grundausrichtung des neuen Insolvenzrechts, wonach das Scheitern eines Wirtschaftssubjekts nicht zwangsläufig dessen Marktaustritt zur Folge haben muss, sondern der Betroffene auf einen wirtschaftlichen Neuanfang hoffen kann, bleibt so den meisten unternehmerischen Insolvenzschuldnern verwehrt.

Dabei sind die Ursachen für die wirtschaftliche Zwangslage der Antragsteller so unterschiedlich, wie es auch die einzelnen Antragsteller selbst sind. Neben plötzlicher Arbeitslosigkeit gepaart mit falschem Konsumverhalten oder wirtschaftlichen Fehlentscheidungen bzw. Fehlinvestitionen verursachen immer wieder auch gesamtwirtschaftliche Effekte finanzielle Engpässe. Betrachtet man die veröffentlichten Zahlen des Statistischen Bundesamtes über die jährlichen Insolvenzen zeigt sich eine stetige Zunahme. Verzeichnete das Bundesamt 1991 noch eine Gesamtzahl von 13.323 Insolvenzen, hatte sich die Anzahl vier Jahre später mehr als verdoppelt auf 28.785. Bereits 2003 wurde dann die Marke von 100.000 Insolvenzen pro Jahr überschritten und liegt in der Erhebung von 2007 bei 164.597². Der Trend setzt sich fort, wie bereits die 78.846 registrierten Insolvenzen aus dem

1 Entnommen aus dem Formular „Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (natürliche Personen, Selbstständige, ehemals Selbstständige)“ des Amtsgerichts Oldenburg; www.amtsgericht-oldenburg.niedersachsen.de unter Service/Formulare und Vordrucke.

2 Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistiken 4/2008, S. 304, Tabelle 1.

1. Halbjahr 2009 aufzeigen³. Jedoch brachte das Jahr 2009 einen Wandel bei den festgestellten Insolvenzverfahren. Erstmals seit 2004 stieg die Zahl der Unternehmensinsolvenzen um 15% erheblich an. Zuvor stagnierten die Unternehmensinsolvenzen bzw. nahmen zum Teil deutlich ab. So mussten 2007 mit 29.160 fast 15% weniger Unternehmen einen Insolvenzeröffnungsantrag stellen als noch im Vorjahr mit einer Gesamtzahl von 34.137 registrierten Unternehmensinsolvenzen.

Die Insolvenz eines Marktteilnehmers wirkt aber nicht nur auf diesen selbst. Insbesondere dessen Gläubiger müssen mit einem Forderungsausfall rechnen, was wiederum zu einem finanziellen Engpass der Gläubiger führen kann. Verfügt beispielsweise ein mittelständiges Unternehmen über keine hinreichenden Vermögenswerte, die trotz angespannter Lage eine Sanierung ermöglichen würden, weitet sich die unternehmerische Krise auf die Angestellten und Arbeitnehmer, denen ein Verlust des Arbeitsplatzes droht, aus. Andere Unternehmen, die geschäftlich mit dem Insolvenzschuldner verbunden sind, werden ebenfalls betroffen. Diese „Kettenreaktion“ verstärkt sich mit zunehmender Bedeutung des späteren Insolvenzschuldners für die Volkswirtschaft. Besonders eindrücklich verdeutlicht dies die aktuell noch nachwirkende Finanzkrise von 2007 (auch bekannt unter dem Namen Subprime-Krise). Die Subprime-Krise fand ihren Ursprung in der vorbehaltlosen Kreditvergabe US-amerikanischer Kreditinstitute an ihre Kunden ohne hinreichende Berücksichtigung derer Bonität. Die erhaltenen Kreditforderungen wurden gebündelt (Mortgage Backed Securities) und an Investoren weltweit verkauft. Da immer mehr Kreditnehmer ihre Kredite nicht mehr bedienen konnten und die Preise am amerikanischen Immobilienmarkt fielen, verloren die gebündelten Kreditforderungen ihre Werthaltigkeit. Die betroffenen Investoren, darunter auch deutsche Banken, mussten erhebliche Vermögenseinbußen hinnehmen. Nicht nur private Banken wie Sal. Oppenheim, sondern auch staatlich getragene Landesbanken wie die Sachsen LB konnten einer Insolvenz lediglich durch die „Hilfe“ anderer Banken entgehen. Aber auch die Realwirtschaft bekam die finanziellen Einbußen der Banken umgehend zu spüren. So folgte aus der verminderten Liquidität der Banken beispielsweise eine auch als Kreditklemme bekannte beschränkte Kreditvergabe und zwar trotz Bonität des potentiellen Kreditnehmers.

Dabei war die Finanzkrise nicht der erste Fall, in dem Finanzintermediäre kurz vor der Insolvenz standen bzw. Insolvenz anmelden mussten, und wohl auch nicht der letzte. Bereits am 26.06.1974 brach mit der Herstatt KGaA eine der großen deutschen Privatbanken zusammen und musste ein Gesamtvollstreckungsverfahren (damals noch das Vergleichsverfahren) – der Eröffnungsantrag wurde am

3 Pressemitteilung Nr. 334 des Statistischen Bundesamtes vom 09.09.2009.

Folgetag gestellt – durchlaufen. Wie auch die Finanzkrise von 2007 beruhte der Untergang der Herstatt KGaA auf einer spekulativen Anlageform (hier in Form des Eigenhandels mit Devisen). Das plötzliche Aus der Herstatt KGaA führte zu erheblichen Vertrauenseinbußen des Publikums in das Bankgewerbe im Allgemeinen. Neben der Funktionsfähigkeit der deutschen Kreditwirtschaft zweifelten die Kunden besonders an der Sicherheit ihrer von den Banken gehaltenen Geldern. Die gesetzgeberischen Maßnahmen, also das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 24.03.1976⁴ im Falle des Herstatt-Zusammenbruchs und das Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz) vom 17.10.2008⁵ sowie die Staatsgarantie für die gehaltenen Einlagen im Falle der Finanzkrise von 2007 verhinderten Schlimmeres. Das Vertrauen des Publikums in die Finanzintermediäre, das primärer Motor der gesamten Finanzwirtschaft ist, verschwand nicht komplett, wodurch der Schaden für die gesamte Volkswirtschaft bisher geringer als erwartet ausfiel. So zeigen Prognosen eine spürbare Erholung der Volkswirtschaft im Verlauf des Jahres 2010 auf⁶. Beide Krisen verdeutlichen, dass den Finanzintermediären als Bindeglied zwischen kapitalbietenden und kapitalsuchenden Marktteilnehmern eine Sonderstellung innerhalb der Gesamtwirtschaft zukommt. Deren finanzielle Probleme übertragen sich auf den gesamten Markt und damit auch auf das Publikum. Zwar könnte man auf die Zwischenschaltung von Finanzintermediären verzichten und somit das Risiko für die Gesamtwirtschaft minimieren. Jedoch sind Finanzintermediäre sowohl aufgrund der Globalisierung der Finanzmärkte als auch im Interesse einer effektiven (zeit- und vermögenssparenden) Marktteilnahme essentiell und deren Abschaffung undenkbar. Die Krise von Finanzintermediäre ist und bleibt somit ein aktuelles Phänomen bzw. Problem, mit dem sich alle Marktteilnehmer, die Staaten in ihrer Funktion als Gesetzgeber sowie die fachübergreifende Wissenschaft auseinandersetzen müssen.

B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Aus dem Themenbereich der Krise von Finanzintermediären legt die vorliegende Arbeit ihren Schwerpunkt auf zwei bedeutende Vertreter der Finanzintermediäre, nämlich die Kreditinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 KWG sowie die Finanzdienstleistungsinstitute

4 BGBI. I 1976, S. 725.

5 BGBI. I 2008, S. 1982.

6 Wochenbergicht des DIW Berlin Nr. 47/2009, S. 812.

i.S.d. § 1 Abs. 1 a S. 1 KWG. Zentraler Gegenstand der Untersuchung bildet dabei das sog. private Bankrecht in der Insolvenz, also das Recht der Bankgeschäfte. Es werden die vertraglichen Beziehung von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten zur ihren Kunden herausgearbeitet und deren Abwicklung in der Insolvenz beider Finanzintermediäre thematisiert. Daneben finden sich in Form eines Überblicks über die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen zur Insolvenzvermeidung auch ausgewählte Probleme aus dem öffentlichen Bankrecht mit insolvenzrechtlichen Bezügen.

Neben den nationalen Besonderheiten soll und muss auch auf internationale Zusammenhänge eingegangen werden. Eine ausschließlich national orientierte Abhandlung zum Bank- und Insolvenzrecht ist in Zeiten globalisierter Finanzmärkte als solches nicht mehr möglich. Während das Bankvertragsrecht sich in seiner Ausgestaltung zunehmend von einer nationalen Prägung hin zu einheitlichen internationalen Standards wandelt, streuen die global agierenden Finanzintermediäre ihr Unternehmensvermögen über verschiedene Standorte weltweit. Gerade letzteres bereitet der insolvenzlichen Praxis Probleme, falls ein „Global Player“ seine Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllen kann (Stichwort: grenzüberschreitende Insolvenzen). So muss der Insolvenzverwalter aufgrund der Universalität des Insolvenzverfahrens grundsätzlich alle Vermögenswerte des Insolvenzschuldners einziehen und dem eröffneten Insolvenzverfahren zuführen. Besonders im Recht der Wertpapiere gerät die Universalität des Insolvenzverfahrens immer mehr an ihre Grenzen, weshalb die Auseinandersetzung mit dem Phänomen grenzüberschreitender Insolvenzen anhand der grenzüberschreitenden Wertpapierverwahrung verdeutlicht werden soll.

Wie sich bereits in der Auswahl des Gegenstandes der vorliegenden Untersuchung andeutet, orientiert sich die Bearbeitung an zwei Zielen. Die Ausführungen sollen dem Kunden eines Kreditinstituts bzw. eines Finanzdienstleistungsinstitutes verdeutlich, welche Konsequenzen sich aus der Insolvenz des mit ihm verbundenen Finanzintermediärs ergeben, insbesondere hinsichtlich seiner vertraglichen und dinglichen Rechte. Zugleich kann sich der bestellte Insolvenzverwalter, der in den meisten Fällen keine bzw. nur eingeschränkte Erfahrungen mit der insolvenzrechtlichen Abwicklung von Finanzintermediären haben wird, über seine rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten informieren. Die Untersuchung zielt aber nicht nur darauf ab, den am Insolvenzverfahren beteiligten Parteien ihre Teilnahme- und Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen, vielmehr bildet die Darstellung der insolvenzrechtlichen Abwicklung von Bankgeschäften i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 KWG sowie Finanzdienstleistungen i.S.d. § 1 Abs. 1 a S. 2 KWG ein Grundgerüst, an dem die Einhaltung der Grundsätze des Insolvenzverfahrens zu prüfen ist. Die Konkursordnung wies, insbesondere mit dem Zugeständnis

etlicher Konkursvorrechte, eine für die effektive Durchführung eines Gesamt-vollstreckungsverfahrens hinderliche Ausgestaltung auf, die im Ergebnis auch zum Scheitern der Konkursordnung führte. Ob die nunmehr geltende Insolvenzordnung sowie die über verschiedene Gesetze verteilten Sonderregelungen vergleichbare Defizite aufweisen oder eine praktikable und den dogmatischen Wurzeln eines Gesamtvollstreckungsverfahrens entsprechende Lösung anbieten, soll anhand der rechtlichen Beziehung zwischen Kunden und Kreditinstitut bzw. Finanzdienstleistungsinstitut überprüft werden.

C. Gliederung der Untersuchung

Das folgende Kapitel bildet mit der Darstellung der allgemeinen Auswirkungen einer Insolvenzeröffnung auf die Bank als Gesellschaft, des Umgangs mit Verträgen in der Insolvenz sowie den gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen zur Krisenvermeidung und Krisenbewältigung die Basis für alle weiteren Ausführungen. Den dogmatischen Schwerpunkt stellt hierbei die Bewertung der *par conditio creditorum* dar. Ergänzend zu den bisherigen Auslegungsansätzen wird eine weitere Deutung entwickelt, deren Tauglichkeit mehrere Anwendungsbeispiele verdeutlichen sollen. Die gefundene Neubewertung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes findet sich an vielen Stellen der folgenden Kapitel wieder und bildet letztlich den zentralen Orientierungspunkt in der Auseinandersetzung mit der insolvenzrechtlichen Abwicklung von durch Kreditinstitute bzw. Finanzdienstleistungsinstitute geschlossenen Verträgen. An die grundlegenden Ausführungen des zweiten Kapitels schließt sich mit der Abwicklung einzelner Vertragstypen in der Insolvenz der beiden Finanzintermediäre in den Kapiteln 3 und 4 der wissenschaftliche Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit an. Beide Kapitel sind strukturell gleichartig angelegt, wobei in Kapitel 3 Bankgeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 KWG thematisiert werden, während sich Kapitel 4 mit ausgewählten Finanzdienstleistungen i.S.d. § 1 Abs. 1 a S. 2 KWG beschäftigt. Nach einführenden Worten zum jeweiligen Vertrag wird sich mit dessen Rechtsnatur sowie den jeweiligen Rechten und Pflichten der Vertragsparteien auseinandergesetzt. Deren Feststellung ist unerlässlich, um sie zutreffend im Gefüge der §§ 103 ff. InsO zu verorten. Im Anschluss an die Darstellung der rechtlichen Struktur der einzelnen Verträge folgt die Erörterung der insolvenzrechtlichen Abwicklung. Da die Verträge i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 KWG bzw. § 1 Abs. 1 a S. 2 KWG teilweise über einen sehr komplexen Rechte- und Pflichtenkatalog verfügen, deren einzelne Behandlung anhand der Insolvenzbeteiligten (Insolvenzschuldner, Insolvenzgläubiger und Insolvenzverwalter)

in vielen Fällen ein Vorgreifen auf andere Folgen des jeweiligen Vertrages erfordern würden, orientiert sich die vorliegende Arbeit grundsätzlich am vertraglichen Abwicklungsstadium. Ausgehend von der beiderseitigen Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten über die teilweise Erfüllung bis hin zur vollständigen Erfüllung werden die Handlungsmöglichkeiten der Insolvenzbeteiligten betrachtet und soweit es sich anbietet, einer kritischen Bewertung anhand der par conditio creditorum unterzogen. Die schuldrechtliche Verbindung zwischen Kunden und Kreditinstitut bzw. Finanzdienstleistungsinstitut prägt den jeweiligen Geschäftstypus, aber erfasst nicht alle wirtschaftlichen Begebenheiten. Insoweit müssen auch sog. vertragsnahe Rechte Berücksichtigung finden. Gerade die dinglichen Komponenten, wie beispielsweise die Eigentümerstellung an Wertpapieren beim Depotgeschäft, vervollständigen das wirtschaftliche Gesamtgefüge der einzelnen Vertragstypen. Aus Sicht des Kunden wird daher die Frage gestellt, ob er seine vertraglichen Ansprüche als einfacher Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO bzw. als Massegläubiger i.S.d. § 55 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO oder eine vorrangige Stellung im Insolvenzverfahren gemäß § 47 S. 1 InsO als Aussonderungsberechtigter bzw. gemäß §§ 49 ff. InsO als Absonderungsberechtigter geltend machen kann.

Auf weitere Besonderheiten des Insolvenzverfahrens wie beispielsweise die Möglichkeit zur Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO, die Aufrechnungsvorbehalte gemäß §§ 94 ff. InsO oder die Modifikationen des Einzelvollstreckungsverfahrens gemäß §§ 88 ff. InsO wird an thematisch verwandter Stelle näher eingegangen.

Das die Arbeit abschließende fünfte Kapitel dient der Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse zu Abwicklung von Verträgen i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 KWG sowie § 1 Abs. 1 a S. 2 KWG in der Insolvenz des Finanzintermediärs. Des Weiteren wird erneut auf die par conditio creditorum eingegangen, wobei ein Resümee zur Funktionsfähigkeit und rechtlichen Stringenz der zugrunde gelegten Interpretationsvariante des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes erfolgt.