

C/M/S/ Hasche Sigle

Rechtsanwälte Steuerberater

Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz
(FMStG) – Ausgewählte rechtliche
Aspekte

I. Einleitung

Unter großer Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit ist am 18. Oktober 2008 das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) in Kraft getreten, welches eine wesentliche Säule im Maßnahmenpaket der deutschen Bundesregierung zur Stabilisierung der Finanzmärkte darstellt. Das Gesetz enthält neben Änderungen des Kreditwesengesetzes (KWG), des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) und der Insolvenzordnung (InsO) im Wesentlichen zwei komplett neue Regelungswerke, nämlich das „Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMStFG) und das „Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ („FMSBeschIG“).

Das FMStFG regelt bekanntlich u.a. die Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds („FMS“, „Fonds“) nebst zugehöriger Anstalt, dessen Leistungen durch Unternehmen des Finanzsektors in Anspruch genommen werden können. Der Fonds hat mittlerweile unter der Bezeichnung „Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung“ („SoFFin“) seine Arbeit aufgenommen. In Not geratene Gesellschaften können nach dem Gesetz insgesamt bis zu 80 Milliarden Euro für die Übernahme von problembehafteten Risikopositionen und die Bereitstellung von Eigenkapital abrufen. Weitere 20 Milliarden Euro sind als Deckungsbetrag für Garantien vorgesehen, mit denen der Fonds für neu begründete Refinanzierungsverbindlichkeiten mit Laufzeiten von bis zu drei Jahren eintreten kann. Flankierend hierzu wurden im FMSBeschIG wegen der Eilbedürftigkeit von Stabilisierungsmaßnahmen von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften abweichende Regelungen geschaffen, insbesondere im Hinblick auf Kapitalerhöhung und Anteilerwerb.

Am 20. Oktober 2008 wurde schließlich die zugehörige „Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes“ (FMStFV) im Bundesanzeiger verkündet. Während die Ausgestaltung einzelner Maßnahmen grundsätzlich dem Fonds überlassen bleibt, enthält die Verordnung gleichwohl bereits erste Details zur Umsetzung und Ausgestaltung der einzelnen Maßnahmen.

Es ist wohl der außergewöhnlichen Lage an den Finanzmärkten geschuldet, dass Gesetz und Rechtsverordnung einige wirtschaftlich sehr weit reichende und auch in juristischer Sicht interessante Regelungen enthalten, die in der Zukunft sicherlich zu Diskussionen führen werden. Insbesondere die Möglichkeit des Fonds, Unterstützungsmaßnahmen von der Erfüllung von teilweise tief in die Privatautonomie eingreifenden Auflagen abhängig zu machen, hat in der Öffentlichkeit bereits für eine breit angelegte Diskussion gesorgt. Die gesellschaftsrechtlichen Änderungen, die mit den Neuregelungen einhergehen, sind von nicht minder wesentlicher Tragweite und enthalten durchaus konfliktträchtige Systembrüche.

Mit dieser Kurzinformation möchten wir deshalb zum einen den Regelungsgehalt von Gesetz und Verordnung kurz rekapitulieren, zum anderen einige Aspekte der Neuregelung kommentierend erläutern und auf einige der sich ergebenden rechtlichen Problemstellungen aufmerksam machen.

II. Der Finanzmarktstabilisierungsfonds (FMS) und die einzelnen Unterstützungsmaßnahmen

a) Der Fonds und die Anstalt

Zunächst wird durch das FMStFG der Fonds als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes errichtet, welches aber im eigenen Namen handeln, klagen und verklagt werden kann. Der Fonds ist von dem übrigen Vermögen der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Rechten und Verbindlichkeiten getrennt. Der Bund haftet unmittelbar für die Verbindlichkeiten des Fonds, letzterer haftet jedoch nicht für sonstige Verbindlichkeiten des Bundes, § 5 FMStFG. Zur Verwaltung des Fonds wurde eine Finanzmarktstabilisierungsanstalt (FMSA) als rechtlich unselbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts bei der Deutschen Bundesbank errichtet, die jedoch organisatorisch von der Deutschen Bundesbank getrennt ist.

Obgleich der Fonds über die Anstalt Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 2 KWG, zum Beispiel das Garantiegeschäft oder möglicherweise auch das Kreditgeschäft betreiben wird, fehlt es bislang noch an einer klarstellenden Ausnahme von der Erlaubnispflicht, da Fonds und Anstalt jedenfalls nicht direkt von der Bereichsausnahme für die Deutsche Bundesbank nach § 2 Absatz 1 Nr. 1 KWG erfasst sind.

Die Anstalt wird von einem Leitungsausschuss, der aus drei Mitgliedern besteht, geführt, unterliegt aber der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen. Über Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Art im Zusammenhang mit dem FMStFG – somit auch über Maßnahmen gegenüber einzelnen Instituten – entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in erster und letzter Instanz. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bleibt durch das Gesetz unberührt; der Bundesgerichtshof entscheidet hierbei in erster und letzter Instanz, § 16 FMStFG.

Die im FMStFG genannten und in der FMStFV konkretisierten Maßnahmen dürften grundsätzlich die Rechtsnatur von Verwaltungsakten haben. Bei dem durch das FMStFG eingerichteten Fonds handelt es sich um ein Sondervermögen des Bundes, das durch die

Anstalt sowie durch das Bundesministerium der Finanzen verwaltet wird. Entscheidungen über die Frage, ob die einzelnen Maßnahmen, wie die Übernahme von Garantien, die Beteiligung an Rekapitalisierungen oder Risikoübernahmen, gewährt werden, sind im Einzelfall zu treffende Entscheidungen einer Behörde mit Außenwirkung gegenüber den antragstellenden Unternehmen des Finanzsektors.

Anstelle eines Verwaltungsaktes dürften sich die Anstalt bzw. das Bundesministerium der Finanzen auch eines öffentlich-rechtlichen Vertrages bedienen können. Diese Möglichkeit lässt bereits das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) zu. Die Regelungen des FMStFG stehen dem nicht entgegen. Nach § 10 Abs. 2 S. 2 FMStFG und § 5 Abs. 8 FMStFV können die Auflagen und Bedingungen, unter denen einzelne Maßnahmen gewährt werden, durch Vertrag, Selbstverpflichtung oder Verwaltungsakt festgelegt werden.

Die Anstalt unterliegt der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen. Die Kosten, die der Anstalt im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Tätigkeiten entstehen, trägt der Fonds. Es wird jedoch abzuwarten bleiben, inwieweit der Fonds versucht, Transaktionskosten auf hilfesuchende Unternehmen des Finanzsektors abzuwälzen.

Der Fonds unterliegt als „Nichtunternehmer“ weder der Gewerbesteuer noch der Körperschaftsteuer. Zahlungen an den Fonds, insbesondere Zinsen oder Dividenden, unterliegen zur Reduzierung von Verwaltungsaufwand keinem Kapitalertragsteuerabzug. Sofern der Fonds seine Aufgaben im Rahmen eines Erwerbs wahrnimmt, sind diese Rechtsakte von der Grunderwerbsteuer befreit.

Die Tatsache, dass Leistungen des Fonds nicht steuerbar sind, ist für Unternehmen des Finanzsektors, die in der Regel wohl nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sind, zwar generell vorteilhaft. Allerdings können letztere bei Leistungserbringung gegenüber dem Fonds nicht für einen Umsatzsteueransatz optieren.

b) Wer kann Unterstützungsmaßnahmen in Anspruch nehmen?

Unterstützungsmaßnahmen können von „Unternehmen des Finanzsektors“ in Anspruch genommen werden. Hierunter versteht das FMStFG „Institute“ im Sinne des § 1 Abs. 1 b KWG ebenso wie Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VAG, Kapitalanlagegesellschaften im Sinne des Investmentgesetzes sowie die Betreiber von Wertpapier- und Terminbörsen und die Mutterunternehmen aller vorstehend Genannten, soweit diese Mutterunternehmen ihrerseits Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften oder beaufsichtigte Finanzkonglomeratsunternehmen sind und ihren Sitz im Inland haben (§ 2 Abs. 1 FMStFG).

Gemeint sind hierbei jeweils selbstständige Unternehmen, so dass unselbstständige Niederlassungen ausländischer Institute nicht Adressaten möglicher Hilfsmaßnahmen sind; die Fiktion des § 53 Abs. 1 Satz 1 KWG und des § 53 b Abs. 3 Satz 1 KWG übernimmt das FMStFG nicht. Dagegen können Teilbetriebe von der Regelung erfasst sein, sofern der Träger des Teilbetriebs selbst ein „Unternehmen“ im genannten Sinne ist.

c) Ermessenserwägungen bei der Gewährung von Unterstützungsmaßnahmen

Die Unternehmen des Finanzsektors können im Wesentlichen drei verschiedene Maßnahmen des Fonds abrufen, nämlich die Rekapitalisierung (§ 7 FMStFG), die Garantieermächtigung (§ 6 FMStFG) und die Risikoübernahme (§ 8 FMStFG).

Ein subjektiver Rechtsanspruch eines Unternehmens des Finanzsektors auf Hilfestellung des Fonds besteht grundsätzlich nicht. Ob eine Maßnahme gewährt wird, ist eine Ermessensentscheidung des Bundesministeriums der Finanzen. Im Einzelfall kann sich jedoch aus den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts eine Verpflichtung zur Gewährung von Unterstützungsmaßnahmen ergeben. Das ist dann der Fall, wenn eine „Ermessensreduktion auf Null“ vorliegt, wenn also nur eine Entscheidung für eine Unterstützungsmaßnahme ermessensfehlerfrei wäre. Hinsichtlich des Entschlie-

Bungsermessens, also der Frage, ob eine Unterstützungsmaßnahme gewährt werden soll, hängt die Ermessensausübung wesentlich davon ab, ob die in Gesetz und Verordnung genannten formalen Voraussetzungen unstreitig erfüllt sind. Auf dieser Stufe der Ermessensausübung sind Konstellationen denkbar, in denen eine Versagung jeglicher Hilfsmaßnahmen möglicherweise ermessensfehlerhaft wäre. In Bezug auf das Auswahlermessen, also bei der Frage, welche der möglichen und zulässigen Maßnahmen im konkreten Fall getroffen werden kann, ist eine Ermessensreduktion der Anstalt auf eine konkrete Maßnahme weniger wahrscheinlich. In der Verordnung selbst hat sich das Bundesfinanzministerium bei den einzelnen Hilfsmaßnahmen vorbehalten, solche auch in anderer Form als beantragt zu gewähren. Näheres wird sich erst nach der Entwicklung einer gewissen Verwaltungspraxis ergeben.

Die Ermessensentscheidung zur Gewährung von Maßnahmen muss jedenfalls auf sachgerechte und angemessene Kriterien gestützt werden. Dabei müssen die gesetzlichen Zielvorstellungen, also insbesondere der Gesetzeszweck maßgeblich berücksichtigt werden. Die Ermessensausübung muss also auf Kriterien wie Finanzmarktstabilität, Bedeutung des Unternehmens, Dringlichkeit sowie den Grundsatz des möglichst effektiven und wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel des Fonds gestützt werden.

Erst wenn eine regelmäßige und gleichmäßige Ausübungspraxis entstanden ist, kann möglicherweise auch eine „Selbstbindung“ der Anstalt eintreten, aus der Rechtspositionen entstehen können, die unter Umständen in einen subjektiven Rechtsanspruch auf Gewährung einer Hilfsmaßnahme münden können.

d) Garantieübernahme

Vorrangiges Stützungsinstrument des Fonds ist die Übernahme von Garantien für bis zum 31. Dezember 2009 begebene Schuldtitel und begründete Verbindlichkeiten von Unternehmen des Finanzsektors, die eine Laufzeit bis zu 36 Monaten haben. Hinter diesem Instrument steht der ursprüngliche Zweck des FMStG, nämlich Liquiditätsengpässe zu beheben und Unternehmen des Finanzsektors ggf. eine bessere Ausgangsposition zur Refinanzierung am Kapitalmarkt zu verschaffen.

Bei der Auswahl der Stabilisierungsmaßnahmen ist nach der Verordnung grundsätzlich gegenüber jedem Antrag zu überprüfen, ob Garantiemaßnahmen ausreichen können.

Abweichend von der Gesetzesbegründung enthält die Verordnung nunmehr keine Vorschriften über eine Mindestverzinsung mehr, sondern lediglich einen Verweis auf eine „marktgerechte Vergütung“ in Form eines Risikobeitrags nebst Marge. Die Garantie wird grundsätzlich auf erstes Anfordern in banküblicher Form und in Euro ausgestellt. Hinter der Währungsbindung steht offenbar die Erwägung, dass der Fonds selbst keine Währungsrisiken tragen soll. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der Fonds den Instituten entsprechende Kurssicherungsmaßnahmen anhand von Auflagen aufgeben wird.

Die Garantien sind zeitlich befristet und müssen spätestens am 31. Dezember 2012 auslaufen. Garantien für Verbindlichkeiten einer Zweckgesellschaft sollen grundsätzlich nur dann übernommen werden, wenn diese ganz oder überwiegend Risikopositionen des Unternehmens des Finanzsektors übernommen hat und ein Rückgriff auf das übergeordnete Unternehmen des Finanzsektors besteht.

Um in den Genuss einer Garantiemaßnahme zugunsten einer Zweckgesellschaft zu gelangen, müssen die betroffenen Unternehmen die Verbindlichkeiten und Risikopositionen der Zweckgesellschaft „transparent und objektiv nachvollziehbar“ darlegen.

Die an das Unternehmen des Finanzsektors gewährte Maßnahme (Rekapitalisierung, Garantieermächtigung oder Risikoübernahme) stellt einen begünstigenden Verwaltungsakt dar. Macht das Unternehmen des Finanzsektors unzutreffende Angaben über die in der Verordnung aufgeführten wirtschaftlichen Verhältnisse, so kann das Bundesministerium der Finanzen die ursprünglich gewährte Leistung durch Rücknahme des Verwaltungsaktes zurückfordern, wenn diese Angabe zur Grundlage der Entscheidung gemacht wurde.

Das begünstigte Unternehmen kann sich dann wohl auch nicht mehr auf Vertrauensschutz berufen, da „der Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt wurde, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren“. Rechtsgrundlage für diese Maßnahme wäre ggf. § 48 VwVfG. Ist die Erteilung des Verwaltungsaktes hingegen mit einer Auflage verbunden und erfüllt das begünstigte Unternehmen diese nicht oder nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist, kann das Bundesministerium der Finanzen den Verwaltungsakt auf der Grundlage des § 49 VwVfG widerrufen.

Die Obergrenze für die Garantieübernahme soll sich an der Eigenmittelausstattung des „Unternehmens des Finanzsektors und seiner verbundenen Unternehmen“ orientieren.

Hinsichtlich der in der Verordnung genannten Voraussetzung, dass die Übernahme einer Garantie grundsätzlich eine „im Einzelfall angemessene Eigenmittelausstattung des begünstigten Unternehmens“ erfordere, wird auf die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an das haftende Eigenkapital gemäß Kreditwesengesetz und Solvabilitätsverordnung abgestellt. Ist eine angemessene Eigenmittelausstattung des begünstigten Unternehmens nicht gegeben, kommt naturgemäß eine Rekapitalisierung zur Erhöhung des haftenden Eigenkapitals bzw. eine Risikoübernahme zur Entlastung der Risikoaktiva in Betracht, die dann möglicherweise von einer Garantiemaßnahme flankiert werden könnte.

Um die Attraktivität einer Garantiemaßnahme nicht leerlaufen zu lassen, muss die Garantie bei der Gegenpartei des Unterstützungsempfängers zu einer Privilegierung bei deren Eigenkapitalunterlage des garantierten Geschäfts berücksichtigt werden können. Deshalb müssen Garantien des Fonds die Anforderungen des § 139 der Solvabilitätsverordnung zur Berücksichtigungsfähigkeit von Garantien bei der Eigenkapitalunterlage, insbesondere im Hinblick auf Laufzeitkongruenz, erfüllen.

e) Rekapitalisierung

Der Fonds kann sich nach der Verordnung „in jeder geeigneten Form“ an einer Rekapitalisierung eines Unternehmens beteiligen. Bei Instituten im Sinne des § 1 Abs. 1 b KWG soll die Rekapitalisierung vorrangig durch Stärkung des Kernkapitals, bei Versicherungsunternehmen primär durch Stärkung der Eigenmittel nach § 53 c Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 VAG erfolgen.

Der Fonds erhält hierfür eine marktgerechte Vergütung. In der Regel soll der Fonds eine Form der Vergütung anstreben, die den Gewinnbeteiligungsrechten der übrigen Gesellschafter im Rang vorgeht. Als mögliches Instrument drängt sich zwar die Vorzugsaktie auf. Nach § 10 Absatz 2a Satz 1 Nr. 2 KWG werden Vorzugsaktien mit nachzuzählendem Vorzug allerdings grundsätzlich dem Ergänzungskapital erster Klasse, nicht dem Kernkapital zugeordnet. In Deutschland käme natürlich die Schaffung von stimmrechtragenden Vorzugsaktien (ohne nachzahlbaren Vorzug), wie dies in der Richtlinie 89/299/EWG („Eigenmittelrichtlinie“) vorgesehen ist, in Betracht. Es ist allerdings wohl eher zu erwarten, dass der Fonds Vermögenseinlagen als stiller Gesellschafter bevorzugt wird. Diese müssten allerdings den hohen bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen des § 10 Absatz 4 KWG entsprechend ausgestaltet sein (Verlustteilnahme, Zinsaufschub bei Verlust, Laufzeit von 5 Jahren, Rückzahlungsanspruch nicht in weniger als zwei Jahren fällig, keine Besserscheine sowie schriftlicher Hinweis auf Verbot der nachträglichen Beschränkung der Verlustteilnahme und ggf. Rückerstattungspflicht an das Institut im Falle einer unzulässigen vorzeitigen Rückzahlung an den stillen Gesellschafter).

Falls eine Stärkung des Kernkapitals aus Sicht des Bundes als nicht verhältnismäßig erscheint, etwa weil die Kappungsgrenzen des § 10 Abs. 2 Satz 3,4 KWG weit unterschritten sind, kommen auch Maßnahmen zur Stärkung des Ergänzungskapitals in Betracht. Angesichts der im FMStG enthaltenen Vereinfachungen zur Bereitstellung von Genussrechtskapital ist damit zu rechnen, dass bei entsprechenden Maßnahmen dieses Instrument vorrangig zur Anwendung kommen wird. Hierbei sind die besonderen Anforderungen des Bankaufsichtsrechts zur Ausgestaltung der Genussrechte zu beachten, die in § 10 Abs. 5 KWG enthalten sind.

Ziel der Rekapitalisierungsmaßnahmen ist es, „eine auf absehbare Zeit angemessene Eigenmittelausstattung“ herbeizuführen. Deshalb kann die Rekapitalisierung von Eigenleistungen der Anteilseigner abhängig gemacht werden. Die Obergrenze für die Rekapitalisierung beträgt „bezogen auf ein einzelnes Unternehmen und seine verbundenen Unternehmen“ EUR 10 Mrd.

Im Bereich der Rekapitalisierungsmaßnahmen stellt sich vor allem die Frage nach der Laufzeit der Sicherungsmaßnahmen. Nach § 5 Abs. 10 FMStFV muss die Laufzeit der Maßnahmen „unter Berücksichtigung des Andauerns der Finanzmarktkrise“ ausgestaltet werden. Auch muss beachtet werden, dass der Fonds nach § 13 Abs. 1 FMStFG nach dem 31. Dezember 2009 abgewickelt werden muss. Da die bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen an Kern- und Ergänzungskapital allerdings davon ausgehen, dass die entsprechenden Instrumente eine längere Laufzeit haben müssen, wird abzuwarten bleiben, wie die Maßnahmen des Fonds in diesem Punkt ausgestaltet werden. Jedenfalls darf erwartet werden, dass die Rekapitalisierungsmaßnahmen zu marktgängigen Konditionen erfolgen, um eine Veräußerung der Instrumente bei der Abwicklung des Fonds nicht zu gefährden.

f) Risikoübernahme

Nur sofern keine Garantie oder Rekapitalisierung in Betracht kommt, ist der Fonds ermächtigt, von Unternehmen des Finanzsektors Risikopositionen „in jeder geeigneten Form nebst zugehöriger Sicherheiten zu erwerben, sofern diese durch das Unternehmen vor dem 13. Oktober 2008 erworben wurden. Die Inanspruchnahme einer Risikoübernahme setzt wiederum grundsätzlich eine angemessene Eigenmittelausstattung des begünstigten Unternehmens voraus, was auf den ersten Blick widersprüchlich erscheint: Sofern selbst eine Rekapitalisierung von bis zu EUR 10 Mrd. als (vorrangig anzustrebende) Stützungsmaßnahme nicht ausreicht, ist wohl kaum damit zu rechnen, dass das hilfeschende Institut zum Zeitpunkt der Antragstellung noch eine „angemessene Eigenmittelausstattung“ aufzuweisen hat. Mithin muss § 4 Abs. 2 Nr. 3 FMStFV dahingehend ausgelegt werden, dass das hilfeschende Institut nach der Entlastung der Risikoaktiva durch eine Risikoübernahme, möglicherweise in Zusammenspiel mit weiteren Maßnahmen des Fonds, eine angemessene Eigenmittelausstattung haben wird.

Besondere Schwierigkeiten werden sicherlich bei der Bewertung einzelner Risikopositionen auftreten. Hierzu sieht die Verordnung vor, dass die Risikoübernahme zu dem vom Verkäufer im letzten Zwischenbericht oder Jahresabschluss bilanzierten oder einem geringeren Wert der Risikopositionen erfolgen soll.

g) Zu den möglichen Bedingungen/Auflagen

Ferner enthält die Verordnung in § 5 FMStFV einen Katalog von Auflagen, die der Fonds dem hilfeschuchenden Institut auferlegen kann. Sofern diese „Bedingungen“ Bestandteil eines Verwaltungsaktes sind, handelt es sich im öffentlich-rechtlichen Sinn weniger um Bedingungen als vielmehr um Auflagen im Sinne des VwVfG, da sie dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorschreiben.

Diese können isoliert angefochten werden, sofern sie von den restlichen Bestimmungen des Verwaltungsaktes teilbar sind.

In der öffentlichen Diskussion wurden im Wesentlichen die Eingriffsmöglichkeiten der Anstalt in dienstvertragliche Gestaltungsfreiheit (Überprüfung der Vergütungsmodelle und Beschränkung von Vorstandsvergütungen im Rahmen des zivilrechtlich Möglichen) diskutiert. Zu den Details hierzu siehe unten IV. Die weiteren Auflagen betreffen im Wesentlichen die Beschränkung von Gewinnausschüttungen, Eingriffe in die Geschäftspolitik, Maßnahmen zur Risikoabsenkung und Sicherstellung der Interessen des Mittelstandes. Die Verordnung regelt ferner, bei welcher Unterstützungsmaßnahme welche Auflagen in Betracht gezogen werden sollen:

Die Bedingungen in der Übersicht					
	Überprüfung Geschäftspolitik und Reduktion von Risiken	Stützung kleiner und mittlerer Unternehmen	Einwirkung auf die Vergütungssysteme	Begrenzung der Vergütung der Organmitglieder / Geschäftsleiter	Beschränkung von Dividenden / Gewinnausschüttungen an Dritte
Rekapitalisierung	X	X	X	X	X
Garantie	X				
Risikoübernahme	X		X	X	X

Diese Eingriffsbefugnisse stehen schon nach dem bisher geltenden Recht – mit Ausnahme der Privilegierung des Mittelstandes – der BaFin zu; insoweit kann grundsätzlich auf § 45 KWG verwiesen werden. Anders als bei § 45 KWG steht den betroffenen Unternehmen hierbei jedoch keine Möglichkeit zur Abhilfe zur Verfügung, weil die Verordnung die Androhungspflicht und die Fristenregelung des § 45 Abs. 4 KWG nicht übernimmt. Ebenso fehlt es – im

Unterschied zu § 45 Abs. 4 KWG – an einer Regelung, dass gegen die Auflagen verstoßende Gewinnausschüttungen per legem nichtig sind. Anders als bei aufsichtsrechtlichen Maßnahmen der BaFin kommt bei Verstößen gegen die Auflagen nach § 5 FMStFV somit lediglich ein Widerruf des begünstigenden Verwaltungsaktes nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG in Betracht.

III. Auswirkungen des FMStG auf das Gesellschaftsrecht

a) Gesetzliches Genehmigtes Kapital

§ 3 FMSBeschlG schafft für Unternehmen des Finanzsektors in der Rechtsform der AG, KGaA oder SE ein gesetzliches genehmigtes Kapital. Der Vorstand wird ex lege ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats das Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen.

Die Ermächtigung ist zeitlich befristet bis zum 31. Dezember 2009, d. h. bis zu diesem Zeitpunkt muss die Durchführung der Kapitalerhöhung aus dem gesetzlichen genehmigten Kapital in das Handelsregister eingetragen sein.

Das gesetzliche genehmigte Kapital ist betragsmäßig begrenzt auf 50% des im Zeitpunkt des Inkrafttretens des FMStG (18. Oktober 2008) vorhandenen Grundkapitals. Verfügt die Gesellschaft bereits über genehmigtes Kapital, hat dies keinerlei Einfluss auf das gesetzliche genehmigte Kapital und dessen Ausnutzung. Sofern und soweit die Gesellschaft jedoch ihr Kapital unter Ausnutzung des gesetzlichen genehmigten Kapitals erhöht, verringert sich der Betrag des im Zeitpunkt des Inkrafttretens des FMStG vorhandenen genehmigten Kapitals, § 4 FMSBeschlG. Ungeklärt ist wie diese Reduzierung ggf. erfolgen soll, wenn die Gesellschaft über mehrere genehmigte Kapitalia verfügt. Von der Herabsetzung könnten alle genehmigten Kapitalia proratarisch betroffen sein. Es ist unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung – nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll durch die sog. Anrechnungsregelung eine übergebührlige Verwässerung der Altaktionäre verhindert werden – auch denkbar, dass von der Verminderung in erster Linie nur die genehmigten Kapitalia erfasst werden, die einen Bezugsrechtsabschluss bzw. die Ermächtigung dazu vorsehen.

Das Bezugsrecht der Altaktionäre auf Aktien aus dem gesetzlichen genehmigten Kapital ist ausgeschlossen. Zur Zeichnung der neuen Aktien darf ausschließlich der Fonds zugelassen werden.

Zum Ausgabepreis der neuen Aktien bestimmt § 5 Abs. 3 FMSBeschlG, dass ein Ausgabebetrag der neuen Aktien, der dem Börsenpreis entspricht, in jedem Falle angemessen ist. Eine Ausgabe unterhalb des Börsenkurses ist zulässig, dabei müssen Vorstand und Aufsichtsrat aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Eigentumsrecht der Aktionäre beachten – so jedenfalls die Begründung

des RegE. Der Ausgabebetrag darf jedoch nicht unter dem Nominal der Aktien liegen; § 9 AktG soll unberührt bleiben.

§ 5 Abs. 1 Satz 2 FMSBeschlG bestimmt, dass aus dem gesetzlichen genehmigten Kapital auch Aktien ausgegeben werden können, die mit einem Gewinn- und Liquidationsvorzug ausgestattet sind.

Bei Übertragung dieser Aktien an Dritte verlieren sie diese Vorzüge, § 5 Abs. 5 Satz 1 FMSBeschlG. Die Ausgabe derartiger Vorzugsaktien, die gegenüber den Stammaktien eine andere Gattung bilden, dürfte nur zulässig sein, wenn die Satzung bereits Regelungen zur Ausgestaltung dieser Aktien vorsieht. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 FMSBeschlG soll auch die Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien, bei denen der Vorzug nicht nachzahlbar ist, zulässig sein. Das ist zweifelhaft, da nach § 139 Abs. 1 AktG der Ausschluss des Stimmrechts nur zulässig ist, wenn der Dividendenvorzug nachzahlbar ausgestaltet ist.

Auch die Kapitalaufbringung wird durch das FMStG erleichtert. Die Ausgabe der neuen Aktien aus dem gesetzlichen genehmigten Kapital darf abweichend von § 182 Abs. 4 Satz 1 AktG auch erfolgen, wenn Einlagen auf die bereits ausgegebenen Aktien noch ausstehen; § 3 Abs. 5 Satz 2 FMSBeschlG. Voreinzahlungen auf die Kapitalerhöhung sind zulässig und befreien den Fonds von seiner Einlagepflicht, § 3 Abs. 4 FMSBeschlG und § 5 Abs. 4 FMSBeschlG. Insofern schreibt das Gesetz nur die Rechtsprechung zu Voreinzahlungen bei Kapitalerhöhungen in der Krise fort. Es wird aber außerdem klargestellt, dass die Einlageleistung auch dann als erbracht gilt, wenn die Leistung dem Vorstand im Zeitpunkt des Beschlusses über die Ausnutzung des gesetzlichen genehmigten Kapitals nicht mehr zur freien Verfügung steht. Darüber hinaus ist auch eine nachträgliche Leistungs- oder Tilgungsbestimmung zulässig. Das ergibt sich aus § 3 Abs. 4 FMSBeschlG und § 3 Abs. 1 Satz 3 FMStFV.

Das Handelsregister hat die Durchführung der Kapitalerhöhung (und die damit korrespondierende Änderung der Fassung der Satzung durch den Aufsichtsrat) unverzüglich und ohne vorherige Prüfung einzutragen. Über eine Verweisung auf § 246a Abs. 4 Satz 2 AktG soll erreicht werden, dass die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung auch dann Bestandskraft erhält, wenn Vorstands- und/oder Aufsichtsratsbeschluss fehlerhaft sind, § 3 Abs. 5 Satz 3 bis 6 FMSBeschlG.

In der nächsten auf die Kapitalerhöhung aus dem gesetzlichen genehmigten Kapital folgenden Hauptversammlung muss der Vorstand einen schriftlichen Bericht vorlegen. In diesem müssen der Umfang der Kapitalerhöhung, der Ausgabebetrag sowie ggf. Gewinnvorrang und Liquidationsvorrang rechtlich und wirtschaftlich erläutert werden, § 6 FMSBeschlG.

Die Schaffung eines gesetzlichen genehmigten Kapitals verstößt gegen die Vorgaben des Art. 25 der 2. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Richtlinie 77/91/EWG), wonach jede Kapitalerhöhung und die Schaffung eines genehmigten Kapitals eines Beschlusses der Hauptversammlung bedürfen. Dies gilt, wie der EuGH in mehreren Entscheidungen festgestellt hat, auch dann, wenn die Kapitalerhöhung zur Sanierung der AG dient. Der gesetzlich angeordnete Ausschluss des Bezugsrechts verstößt ebenfalls gegen die Vorgaben der Kapitalrichtlinie. Nach deren Art. 29 kann das Bezugsrecht nur durch Beschluss der Hauptversammlung ausgeschlossen werden.

In der Praxis wird nach unserer Einschätzung das gesetzliche genehmigte Kapital bei der Rekapitalisierung von Unternehmen des Finanzsektors nur eine sehr geringe Rolle spielen. Die rechtlichen Risiken, die sich insbesondere aus den Widersprüchen der gesetzlichen Regelung zur Kapitalrichtlinie ergeben, sind von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

b) Erleichterung von Kapitalerhöhungsbeschlüssen der Hauptversammlung

Statt von einem vorhandenen oder dem gesetzlichen genehmigten Kapital Gebrauch zu machen, kann die Gesellschaft zum Zwecke der Rekapitalisierung auch eine ordentliche Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre beschließen. Hier sieht § 7 FMSBeschlG bedeutsame Erleichterungen vor.

Der Versammlungsort kann frei gewählt werden. Die Hauptversammlung kann also an jedem beliebigen Ort in Deutschland stattfinden. Die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Vorgaben brauchen nicht beachtet zu werden.

Durch das FMSBeschlG wird auch die Einberufung der Hauptversammlung deutlich erleichtert. Die Einberufungsfrist wird auf 1 Tag verkürzt – statt der sonst üblichen 30 Tage. Diese Regelung ist derzeit rechtlich noch nicht problematisch, kann es aber nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die sog. Aktionärsrechterichtlinie (Richtlinie 2007/36/EG), die am 3. August 2009 endet, werden, da deren Artikel 5 eine Einberufungsfrist von mindestens 21 Tagen vorsieht. Im Übrigen gelten die Erleichterungen des § 16 Abs. 4 WpÜG entsprechend. So kann von einer Zusendung von Mitteilungen nach § 125 AktG abgesehen werden, wenn deren rechtzeitiger Eingang bei den Aktionären nicht wahrscheinlich ist. Diese Mitteilungen sind ebenso wie der Bericht des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss den Aktionären (auf der Internetseite der Gesellschaft) zugänglich zu machen.

In Hinblick auf den Bezugsrechtsausschluss bestimmt § 7 Abs. 2 FMSBeschlG, dass der Bezugsrechtsausschluss zugunsten des Fonds grundsätzlich zulässig und angemessen ist. Zur Angemessenheit des Ausgabepreises trifft § 7 FMSBeschlG keine Aussage. Es ist fraglich, ob § 5 Abs. 3 FMSBeschlG, der einen dem Börsenkurs entsprechenden Ausgabebetrag für angemessen erklärt, auch für von der Hauptversammlung beschlossene Kapitalmaßnahmen unmittelbar gilt. Systematische Gründe sprechen u. E. dagegen. Gleichwohl wird man dieser Regelung wohl die Wertung entnehmen können, dass ein am Börsenkurs orientierter Ausgabebetrag, wie er etwa beim Bezugsrechtsausschluss nach § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG verwandt wird, angemessen ist. Indes verbleibt eine gewisse Unsicherheit, nicht auch zuletzt darüber, was unter dem Börsenkurs zu verstehen ist. Es ist gesetzlich nicht geregelt, ob der Börsenkurs zu einem Stichtag oder der Durchschnittskurs in einem gewissen Zeitraum vor der Hauptversammlung „angemessen“ ist. Da das Gesetz insoweit keine Erleichterungen vorsieht, muss der Vorstand nach derzeitiger Ausgestaltung des Gesetzes wohl einen schriftlichen Bericht zum Bezugsrechtsausschluss erstatten.

Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 FMStFV sollen die vom Fonds übernommenen Aktien mit einem Gewinnvorzug ausgestattet sein, der dazu führt, dass der Fonds eine Vergütung erhält, die den übrigen Gesellschaftern der Gesellschaft vorgeht. Andererseits sollen die zugeführten Mittel auch den Anforderungen an das Kernkapital gemäß § 10 Abs. 2a KWG genügen, § 3 Abs. 1 Satz 4 FMStFV. Diesen kombinierten Anforderungen werden unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 139 AktG nur stimmrechtstragende Vorzugsaktien, bei denen der Vorzug nicht nachzahlbar gestellt ist, gerecht.

Sollen die an den Fonds auszugebenden Aktien stimmrechtstragende Vorzugsaktien mit Dividenden- und/oder Liquidationsvorzug bzw. stimmrechtslose Vorzugsaktien im Sinne von § 139 AktG sein, muss dies im Kapitalerhöhungsbeschluss festgelegt werden und müssen die diesbezüglichen Satzungsänderungen von der Hauptversammlung beschlossen werden.

Voreinzahlungen auf die Kapitalerhöhung führen in gleicher Weise wie beim gesetzlichen genehmigten Kapital zur Erfüllung der Einlageverpflichtung, § 7 Abs. 4 FMSBeschlG.

Die registergerichtliche Kontrolle des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist eingeschränkt und die Blockadewirkung von Anfechtungsklagen wird de facto ausgehebelt. Der Beschluss über die Kapitalerhöhung ist unverzüglich in das Handelsregister einzutragen, wenn er nicht offensichtlich nichtig ist. Die Eintragung hat Bestandskraft und kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. § 7 Abs. 3 FMSBeschlG spricht zwar nur vom Kapitalerhöhungsbeschluss, die in ihm getroffenen Regelungen müssen aber auch für die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung gelten. Jedoch besteht hier bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Frage noch eine gewisse Unsicherheit.

c) Ausgabe von Genussrechten und Stille Beteiligungen

Die Ausgabe von Genussrechten durch Aktiengesellschaften, KGaA und SE wird erleichtert. § 8 FMSBeschlG ermächtigt den Vorstand zur Ausgabe von Genussrechten an den Fonds. Die sonst erforder-

liche Ermächtigung des Vorstands durch die Hauptversammlung gemäß § 221 AktG entfällt. Das Bezugsrecht der Aktionäre ist ex lege ausgeschlossen. Die Ermächtigung ist bis zum 31. Dezember 2009 befristet.

Stille Beteiligungen sind Teilgewinnabführungsverträge und bedürfen daher zu ihrer Wirksamkeit eines Beschlusses der Hauptversammlung und der Eintragung in das Handelsregister. Für alle Kapitalgesellschaften (AG, GmbH, KGaA und SE) bestimmt § 15 FMSBeschlG, dass Vereinbarungen über die Leistung einer Vermögenseinlage durch den Fonds kein Unternehmensvertrag sind und weder der Zustimmung der Hauptversammlung noch der Eintragung in das Handelsregister bedürfen. Diese Regelung ist nicht befristet. Das Gesetz trifft auch keine Regelung dazu, ob diese Erleichterungen auch dann noch Bestand haben, wenn der Fonds seine stille Beteiligung auf Dritte überträgt.

d) Folgen des Aktienerwerbs durch den Fonds

Die aktien- und kapitalmarktrechtlichen Mitteilungspflichten gemäß § 20 AktG bzw. § 21 WpHG bleiben bestehen. Suspendiert werden lediglich die ab dem 31. Mai 2009 geltenden besonderen Mitteilungspflichten gemäß § 27a WpHG betreffend die Herkunft der Mittel für den Erwerb einer über 10% liegenden Beteiligung und die mit dem Beteiligungserwerb verfolgten Ziele.

Erwirbt der Fonds die Kontrolle an einem börsennotierten Unternehmen des Finanzsektors, ist die BaFin verpflichtet, den Fonds von der Veröffentlichung des Kontrollerwerbs und der Abgabe eines Pflichtangebots zu befreien, § 12 FMSBeschlG. Das Gesetz schweigt dazu, ob es hierzu eines Antrags gemäß § 37 WpÜG bedarf. Gleichwohl dürfte ein Antrag erforderlich sein.

Die mit einem Kontrollerwerb (Erwerb von 30% der Stimmrechte) verbundene Pflicht zur vorgängigen Information des Wirtschaftsausschusses bzw. des Betriebsrats gemäß §§ 106 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Abs. 3 Nr. 9a sowie 109a BetrVG finden im Falle des Kontrollerwerbs durch den Fonds keine Anwendung.

Die aus § 40 Börsengesetz und § 69 Börsenzulassungsverordnung folgende Pflicht von Gesellschaften, deren Aktien zum regulierten Markt zugelassen sind, für Aktien aus Kapitalerhöhungen innerhalb eines Jahres deren Zulassung zum regulierten Markt zu beantragen, wird durch § 14 FMSBeschlG suspendiert. Sie lebt wieder auf, wenn der Fonds seine Aktien an Dritte überträgt. Der Lauf der Jahresfrist beginnt im Zeitpunkt der Übertragung an den oder die Dritten.

Dem Fonds sind gemäß § 5 Abs. 7 FMStFV vertragliche Informationsrechte und ein Prüfungsrecht zugunsten des Bundesrechnungshofs einzuräumen. Informationen, die der Fonds auf dieser Grundlage erhält, sind nicht Gegenstand der gegenüber der Hauptversammlung bestehenden Informationspflicht gemäß § 131 Abs. 4 AktG.

e) Verbot der Gewinnausschüttung

Während der Dauer der sog. Rekapitalisierungsmaßnahmen dürfen nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 FMStFV grundsätzlich keine Dividenden ausgeschüttet werden. Untersagt sind auch sonstige vertraglich bzw. gesetzlich nicht geschuldete Gewinnausschüttungen oder sonstige Leistungen an Gesellschafter oder deren Mutterunternehmen. Ferner sind Kapitalherabsetzungen (außer solchen zu Sanierungszwecken) und Aktienrückkäufe verboten. Zur Einhaltung dieser Vorgaben muss sich der Vorstand (mit Zustimmung des Aufsichtsrats) in der sog. Verpflichtungserklärung verpflichten. Beschlüsse der Hauptversammlung, die der Verpflichtungserklärung (und damit den Vorgaben der FMStFV) widersprechen, sind anfechtbar, § 2 Abs. 2 FMS-BeschlG. Zur Anfechtung sind aber nur Aktionäre befugt, die Anteile i. H. v. insgesamt 5% des Grundkapitals oder im Nominale von insgesamt EUR 500.000 halten, § 2 Abs. 2 FMSBeschlG i. V. m. § 254 Abs. 2 AktG. Das bedeutet, dass so lange der Fonds an der Gesellschaft beteiligt ist, an die Altaktionäre keine Dividenden ausgeschüttet werden dürfen.

f) Veräußerung von Aktien, stillen Beteiligungen und Genussrechten

Um den Aktionären, deren Bezugsrecht im Rahmen der Rekapitalisierungsmaßnahmen ausgeschlossen wurde, nachträglich einen Ausgleich zukommen zu lassen, sieht § 13 FMSBeschlG vor, dass der Fonds im Falle der Veräußerung den anderen Aktionären bzw. Gesellschaftern ein Bezugsrecht an den von ihm erworbenen Anteilen, stillen Beteiligungen und anderen Rechten einräumen soll. Nach § 3 Abs. 3 FMStFV soll die Wiederveräußerung der Anteile, stillen Beteiligungen etc. marktschonend erfolgen.

Diese Regelungen werfen zahlreiche Fragen auf: Begründet die Vorschrift eine Pflicht des Fonds zur Einräumung des „Bezugsrechts“ oder nur eine Pflicht, zu prüfen, ob er ein „Bezugsrecht“ einräumen soll. Die Begründung des RegE spricht jedenfalls nur von einer Prüfungspflicht. Wie ist das „Bezugsrecht“ rechtstechnisch zu verstehen – als Andienungsrecht oder als Vorkaufsrecht? Oder sollte es sich dabei um ein mittelbares Bezugsrecht analog § 186 Abs. 5 AktG handeln, was dann aber zur Folge hätte, dass die Aktionäre die Aktien zum Ausgabepreis, der regelmäßig unter dem Marktwert zum Veräußerungszeitpunkt liegen dürfte, erwerben könnten. Offen ist auch, ob Begünstigte des „Bezugsrechts“ die Aktionäre im Zeitpunkt der Übernahme der Beteiligung durch den Fonds (so die Begründung des RegE) oder im Veräußerungszeitpunkt sind. Falls das Angebot an die Aktionäre, deren Bezugsrecht konkret ausgeschlossen wurde, gerichtet werden muss, ist die Vorschrift bei börsennotierten Gesellschaften, insbesondere solchen, die keine Namensaktien ausgegeben haben, praktisch nicht anwendbar. Schließlich kann das Gebot der marktschonenden Veräußerung mit dem „Bezugsangebot“ kollidieren.

IV. Auswirkungen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes in arbeits- und dienstvertragsrechtlicher Hinsicht

Die FMStFV sieht vor, dass den Unternehmen, die eine Stabilisierungsmaßnahme in Form der Rekapitalisierung (§ 7 FMStFG) oder der Risikoübernahme (§ 8 FMStFG) in Anspruch nehmen, Bedingungen hinsichtlich der Vergütungssysteme ihrer Arbeitnehmer und der Vergütung ihrer Organmitglieder und Geschäftsleiter aufgegeben werden können. Betroffen sind dabei nicht nur neu abgeschlossene Verträge, sondern auch bestehende Verträge. Organmitglieder und Geschäftsleiter sollen nach der Verordnung keine unangemessene Gesamtvergütung (bestehend aus der monetären Vergütung, den Versorgungszusagen und sonstigen Nebenleistungen) erhalten. Eine monetäre Vergütung (ohne Versorgungszusagen und Nebenleistungen), die den Betrag von 500.000 Euro pro Jahr übersteigt, gilt ausweislich der Verordnung als „grundsätzlich“ unangemessen. Dass dem Wortlaut nach Ausnahmen zulässig sind, weil die Deckelung nur „grundsätzlich“ gilt, wird im Ergebnis wohl kaum Bedeutung haben. Auch sind Leistungen und Zusagen von Dritten, mit denen das hilfsbedürftige Unternehmen geschäftliche Verbindungen unterhält, ausdrücklich verboten, wenn durch solche Drittvergütungen die Angemessenheitsgrenze von 500.000 Euro überschritten wird. Eine solche Drittalimentierung wäre ohnehin aktienrechtlich kaum zulässig. Auf dem Prüfstand stehen auch Versorgungszusagen, die aber nicht unter die Obergrenze für die monetäre Vergütung fallen. Weiterhin sollen nach der Verordnung keine rechtlich nicht gebotenen Abfindungen gezahlt werden. Die Vereinbarung von Leistungen aus Anlass eines Kontrollwechsels oder vorzeitiger Beendigung der Tätigkeit soll in neuen Verträgen vermieden werden. Bonifikationen oder andere ins freie Ermessen des Unternehmens gestellte Vergütungsbestandteile sollen während der Laufzeit einer Stabilisierungsmaßnahme nicht gezahlt werden.

Die Verordnung gilt zwar vorrangig für Neuverträge. Aber auch Altverträge sind erfasst. Zwar räumt die Verordnung dem Fonds nicht das Recht ein, unmittelbar in bestehende Dienst- und Arbeitsverträge einzugreifen; dies wäre verfassungsrechtlich auch gar nicht möglich. Vielmehr soll der Fonds auf eine Vergütungsanpassung durch die Unternehmen „im Rahmen des zivilrechtlich Möglichen“ hinwirken.

Der Fonds kann daher dem Aufsichtsrat einer stabilisierungsbedürftigen Aktiengesellschaft aufgeben, die Gehälter unter Berufung auf § 87 Abs. 2 S. 1 AktG auch einseitig zu ändern. Hiernach kann der Aufsichtsrat die Vergütung kürzen, wenn sich die Lage des Unternehmens so verschlechtert, dass die Weitergewährung der ursprünglichen Vergütung eine schwere Unbilligkeit bedeuten würde. Das Vorstandsmitglied hat die Möglichkeit, die einseitige Herabsetzung gerichtlich anzugreifen und die Gesellschaft auf Weitergewährung der bisherigen Bezüge zu verklagen. Das Vorstandsmitglied kann den Dienstvertrag zudem infolge der Herabsetzung mit einer Frist von sechs Wochen zum Schluss des nächsten Kalendervierteljahres außerordentlich kündigen, § 87 Abs. 2 S. 3 AktG. Ein Anspruch auf Abfindung oder Schadensersatz besteht dann nicht. Wird das Kündigungsrecht nicht fristgerecht ausgeübt, bleibt das Vorstandsmitglied an den Anstellungsvertrag zu den herabgesetzten Bezügen gebunden. Ist das Vorstandsmitglied innerhalb der Frist gerichtlich gegen die Herabsetzung vorgegangen, so wird es sein Kündigungsrecht nach § 87 Abs. 2 S. 3 AktG noch nach rechtskräftiger Feststellung der Zulässigkeit der Herabsetzung ausüben können, da erst dann eine endgültige Entscheidung über die Herabsetzung der Vergütung vorliegt. Ein Recht zur fristlosen Kündigung nach § 626 BGB besteht nicht.

In Bezug auf Organmitglieder anderer Kapitalgesellschaften mit befristeten Verträgen ist eine Herabsetzung einer vertraglich vereinbarten Vergütung durch die Gesellschaft im Ergebnis nur über § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben möglich, wonach das Organmitglied verpflichtet werden kann, mit dem Unternehmen über eine Vertragsanpassung in Form einer Vergütungsherabsetzung zu verhandeln (so im Ergebnis auch schon BGH, Urteil vom 15.06.1992, II ZR 88/91; OLG Naumburg, Urteil vom 16.04.2003, 5 U 12/03; OLG Köln, Urteil vom 06.11.2007, 18 U 131/07). Erklärt sich das Organmitglied nicht zur Vertragsanpassung bereit, besteht in prozessualer Hinsicht eine ähnliche Rechtslage wie bei § 87 AktG. Das Organmitglied kann die Gesellschaft auf Weitergewährung der bisherigen Bezüge verklagen. Ferner hat das Organmitglied, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei verminderter Vergütung unzumutbar ist, nach § 313 Abs. 3 BGB ein Recht zur Kündigung ohne Abfindungsleistung oder einen Schadensersatzanspruch.

Im seltenen Fall, dass ein Geschäftsleiter nicht zugleich Organmitglied ist und daher Arbeitnehmerstatus genießt (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 KWG), ist eine Absenkung eines fest zugesagten Vergütungsbestandteils aufgrund der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) nur im Wege einer Änderungskündigung nach § 2 KSchG möglich. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hält eine Änderungskündigung zur Gehaltsabsenkung bei Arbeitnehmern zwar nur in Extremfällen für zulässig. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise Arbeitnehmern ggf. sogar eine fristlose Änderungskündigung zumutet, wenn das Unternehmen ohne die Stabilisierungsmaßnahme in die Insolvenz gehen müsste.

Über die Regelungen bezüglich Geschäftsleitern hinaus enthält die Verordnung die Möglichkeit, die Vergütung auch hinsichtlich Arbeitnehmern per Auflage einzuschränken: Vergütungssysteme müssen ggf. für die Zukunft angemessen ausgestaltet sein und dürfen keine risikobelohnende Anreizwirkung aufweisen. Die Vorgabe, unangemessene Vergütungssysteme möglichst zu beenden, betrifft alle Arbeitnehmer, das heißt auch Arbeitnehmer ohne Leitungsbefugnisse. Freiwillige Vergütungsbestandteile können zwar grundsätzlich von den Unternehmen einseitig ausgesetzt und widerrufliche Leistungszusagen unter den Widerrufsbedingungen widerrufen werden. Das BAG hat jedoch noch im Oktober 2007 die Flexibilität der Arbeitgeber, freiwillige Boni in Standardarbeitsverträgen festzusetzen und zu entziehen, gravierend eingeschränkt (BAG, Urteil vom 24.10.2007, 10 AZR 825/06). Widerrufsklauseln erklärt das BAG zumal in älteren Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform häufig für unwirksam. Verbindlich zugesicherte Vergütungsbestandteile können dann nur im Wege der Änderungskündigung nach § 2 KSchG abgeändert werden, deren Hürden jedoch hoch sind (s.o.).

Eine zeitliche Begrenzung der Absenkung der Vergütung ist in der Verordnung nicht vorgesehen. Anders als die Dividendenausschüttung sind die Auflagen zur Herabsetzung der Vergütung und der Anpassung der Vergütungssysteme gerade nicht auf die „Dauer der Stabilisierungsmaßnahme“ begrenzt. Ein bereits mit der Absenkung der Vergütung zugesicherte Erhöhung der Vergütung für den Fall der Besserung der wirtschaftlichen Lage dürfte daher problematisch sein. Im Falle von entsprechenden Auflagen ist Vorständen mit langlaufenden Verträgen ggf. zu raten, im Falle der Vertragsanpassung von ihrem außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 87 Abs. 2 S. 3 AktG Gebrauch zu machen und einen auf die Dauer der Stabilisierungsmaßnahme begrenzten neuen Dienstvertrag unter Berücksichtigung der Gehaltsreduzierung abzuschließen.

Die Festsetzung der Vergütungsanpassung soll grundsätzlich durch Vertrag erfolgen. Notfalls kann der Fonds von dem Unternehmen die Abgabe einer von allen geschäftsführungsberechtigten Organen des Unternehmens unterzeichneten Verpflichtungsklärung verlangen, wobei ausdrücklich klargestellt ist, dass die Organe hierdurch nicht die Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung des Unternehmens verletzen. Die Vergütungsanpassung kann aber auch in Nebenbestimmungen von Verwaltungsakten festgesetzt werden.

Gemäß § 5 Abs. 1 FMStFV haben die Bedingungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen und haben sich an der Art, der Höhe und der Dauer der in Anspruch genommenen Stabilisierungsmaßnahme sowie an der wirtschaftlichen Situation zu orientieren. Hinsichtlich der Vergütungsanpassung können daher keine allgemeinverbindlichen Aussagen getroffen werden. Beurteilt werden muss vielmehr der Einzelfall.

V. Wirkungen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes auf das Insolvenzrecht

Eine dem Fonds gegebene Möglichkeit besteht darin, Sicherheiten sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors zu erwerben, § 8 Abs. 1 FMStFG. Für eine derartige Übertragung gilt, dass sie (neben zivilrechtlicher „Unantastbarkeit“) auch nicht der Insolvenzanfechtung nach § 129 ff. InsO unterliegt, § 16 FMSBeschlG. Wird also trotz der Unterstützung durch den Fonds über das Vermögen eines Unternehmens später ein Insolvenzverfahren eröffnet, hat der dann für dieses Unternehmen bestellte Insolvenzverwalter nicht die Möglichkeit, die übertragenen Rechte zurückzuerlangen, selbst wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Übertragung sich für die Gläubiger des betroffenen Unternehmens nachteilig ausgewirkt hat. Allerdings dürfte schon nach geltendem Recht eine Anfechtung schon deshalb ausgeschlossen sein, weil die Übertragung von Vermögenswerten gegen Gewährung von Darlehen und/oder Sicherheiten im Wege eines regelmäßig unanfechtbaren Bargeschäfts (§ 142 InsO) erfolgen kann.

Das FMStG enthält darüber hinaus eine Regelung, die weit über die Finanzbranche hinauswirkt und „unnötige“ Insolvenzfälle verhindern soll. Die Insolvenzantragspflicht für Organe juristischer Personen (ab 01.11.2008 durch das MoMiG einheitlich geregelt in § 15a InsO) knüpft u.a. an die Überschuldung an. Diese liegt nach der Neufassung durch das FMStFG 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.“ (§ 19 Abs. 2 InsO n.F.). Sie kehrt damit zurück zur „alten“ zweistufigen Überschuldungsprüfung des BGH (zB BGH NJW 1995, 1739, 1743). Bisher führte eine positive Fortführungsprognose lediglich dazu, dass bei der Bewertung der Vermögenswerte Fortführungswerte anstelle von Liquidationswerten angesetzt werden konnten. Die bis zum 31.12.2010 befristete Neuregelung soll dem Umstand Rechnung tragen, dass aufgrund der gegenwärtigen Finanzkrise eine Abwertung von Aktien und Immobilien zu einer „bilanziellen Überschuldung“ führt. Die Wirtschaft soll damit für einen begrenzten Zeitraum von der zwingenden Insolvenzantragspflicht entlastet werden. Die Regelung ist im Übrigen nicht auf Unternehmen der Finanzbranche beschränkt.

VI. Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) im Kontext des EU-Beihilfenrechts

Das FMStG und die hierzu ergehenden Ausführungsverordnungen stellen eine Beihilfenregelung dar. Die Bundesregierung hat daher die betreffenden Regelungen bei der Europäischen Kommission nach den Bestimmungen des EU-Beihilfenrechts angemeldet. Die Genehmigung der Kommission ist am 28. Oktober 2008 erfolgt.

Die beihilfenrechtliche Prüfung des FMStG und der hierzu ergehenden Ausführungsverordnungen erfolgte anhand der neuen Leitlinien („Finanzmarkt-Leitlinien“), welche die Kommission am 13. Oktober 2008 veröffentlicht hat (Communication from the Commission – The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis).

Im Regelfall werden Beihilfen an in finanzielle Schwierigkeiten geratene Unternehmen nach den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten geprüft („R&U-Leitlinien“). In dieser Weise ist die Kommission bislang auch in sämtlichen Finanzmarktfällen vorgegangen. Auch die staatlichen Zuwendungen an die Sachsen LB im Zuge der Übernahme durch die LBBW wurden nach den Bestimmungen der R&U-Leitlinien genehmigt. Die Finanzmarkt-Leitlinien bauen auf den Bestimmungen der R&U-Leitlinien auf, weichen jedoch insbesondere in Verfahrensfragen deutlich ab. Zudem wurde der Kreis genehmigungsfähiger Beihilfeformen erweitert.

Zu beachten ist, dass die Kommission auch nach den Finanzmarkt-Leitlinien davon ausgeht, dass Unternehmen, welche staatliche Beihilfen erhalten, nach der Gewährung der Beihilfe in der Regel einen Umstrukturierungsplan bei der Europäischen Kommission einreichen müssen. Nach den Bestimmungen der Finanzmarkt-Leitlinien muss dies grundsätzlich sechs Monate nach dem Erhalt der Beihilfen geschehen. Dies bedeutet, dass Unternehmen, die Unterstützungen nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz in Anspruch nehmen,

jedenfalls teilweise noch ein Verfahren bei der EU-Kommission durchlaufen müssen (es sei denn, die betreffende Unterstützung stellt ausnahmsweise keine Beihilfe dar; weitere Einzelheiten dürften sich aus der noch nicht veröffentlichten Entscheidung der Kommission ergeben).

Bei der Prüfung des Umstrukturierungsplanes will die Europäische Kommission bei Unternehmen, die aufgrund eigener interner Unzulänglichkeiten (endogenous problems) in die Krise geraten sind, im Vergleich zu Unternehmen, die aufgrund des externen Austrocknens der Finanzierungsmärkte (exogenous problems) in eine finanzielle Schieflage geraten sind, grundsätzlich strengere Maßstäbe anlegen.

Die Umstrukturierungspläne müssen von den Unternehmen erstellt werden, welche die Hilfe in Anspruch nehmen möchten. Die Einreichung erfolgt über den Mitgliedstaat. In Deutschland geschieht dieses grundsätzlich über das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. In Bankenfällen wird zusätzlich das Bundesministerium für Finanzen eingeschaltet. Um die Verfahren zu vereinfachen, können die Umstrukturierungspläne in vergleichbaren Fällen „gruppenweise“ bei der Europäischen Kommission eingereicht und von dieser in einem verbundenen Verfahren untersucht werden.

Nach den Bestimmungen der Finanzmarkt-Leitlinien muss der Umstrukturierungsplan sicherstellen, dass die negativen Auswirkungen der Beihilfe auf ein Mindestmaß reduziert werden, der Wettbewerb nicht unnötig verzerrt und die langfristige Überlebensfähigkeit des Begünstigten gewährleistet wird. Die Anforderungen an Umstrukturierungspläne nach den Finanzmarkt-Leitlinien ähneln damit den Anforderungen an Umstrukturierungspläne nach den R&U-Leitlinien, lassen den Beteiligten jedoch mehr Spielräume. Während beispielsweise die R&U-Leitlinien Garantien in der Form von Ret-

tungsbeihilfen zunächst auf 6 Monate begrenzen, können Garantien aufgrund der Finanzmarkt-Leitlinien für bis zu zwei Jahre vergeben werden (allerdings müssen diese vom gewährenden Mitgliedstaat alle 6 Monate auf ihre Notwendigkeit hin überprüft werden). Darüber hinaus verlangen die R&U-Leitlinien von dem Begünstigten einen Eigenbeitrag zu Umstrukturierungskosten, der für große Unternehmen mindestens 50% betragen muss und auch bei kleinen Unternehmen sich auf mindestens 25% beläuft. In den Finanzmarkt-Leitlinien wird hingegen nur verlangt, dass ein „substantieller“ Beitrag geleistet wird. Größere Spielräume bestehen auch im Hinblick auf Ausgleichsmaßnahmen, welche in Not geratene Unternehmen regelmäßig nach den R&U Leitlinien erbringen müssen, wie etwa die Veräußerung von Vermögenswerten. Umfang und Ausmaß von Ausgleichsmaßnahmen werden wesentlich davon abhängen, wie sehr die Finanzprobleme auf internen Unzulänglichkeiten im Unternehmen beruhen. Je eher die Finanznot eines begünstigten Unternehmens auf internen Unzulänglichkeiten beruht, desto mehr wird die Europäische Kommission auf Ausgleichsmaßnahmen drängen.

Ihre Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle

Dr. Michael Bauer

Partner in den Tätigkeitsbereichen Beihilfen- und Kartellrecht

CMS Hasche Sigle
Avenue des Nerviens 85
1040 Brüssel
BELGIEN

Telefon: +32 (0)2 65 00-420
Telefax: +32 (0)2 65 00-422
E-Mail: Michael.Bauer@cms-hs.com

Dr. Joachim Kaetzler

Partner in den Tätigkeitsbereichen Bank-,
Börsen- und Kapitalmarktrecht

CMS Hasche Sigle
Barckhausstraße 12–16
60325 Frankfurt am Main

Telefon: +49 (0)69/7 17 01-132
Telefax: +49 (0)69/7 17 01-40433
E-Mail: Joachim.Kaetzler@cms-hs.com

Reiner Kurschat

Partner in den Tätigkeitsbereichen Individual-
und Kollektivarbeitsrecht, Dienstvertragsrecht,
Gesellschaftsrecht

CMS Hasche Sigle
Barckhausstraße 12–16
60325 Frankfurt am Main

Telefon: +49 (0)69/7 17 01-312
Telefax: +49 (0)69/7 17 01-406 11
E-Mail: Reiner.Kurschat@cms-hs.com

Dr. Rolf Leithaus

Partner in den Tätigkeitsbereichen Bank-, Börsen- und
Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht

CMS Hasche Sigle
Theodor-Heuss-Ring 19–21
50668 Köln

Telefon: +49 (0)221/77 16-234
Telefax: +49 (0)221/77 16-335
E-Mail: Rolf.Leithaus@cms-hs.com

Dr. Joachim Natterer

Partner in den Tätigkeitsbereichen Gesellschaftsrecht,
Aktien- und GmbH-Recht

CMS Hasche Sigle
Lennéstraße 7
10785 Berlin

Telefon: +49 (0)30/2 03 60-18 06
Telefax: +49 (0)30/2 03 60-20 00
E-Mail: Joachim.Natterer@cms-hs.com

Dr. Hildegard Ziemons

Partnerin in den Tätigkeitsbereichen Bank-,
Börsen- und Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht,
Aktien- und Konzernrecht, Mergers & Acquisition
und Private Equity

CMS Hasche Sigle
Barckhausstraße 12–16
60325 Frankfurt am Main

Telefon: +49 (0)69/7 17 01-343
Telefax: +49 (0)69/7 17 01-405 34
E-Mail: Hildegard.Ziemons@cms-hs.com



- ◀ New York
- ◀ Algier
- ◀ Casablanca
- ◀ São Paulo
- ◀ Buenos Aires
- ◀ Montevideo

- Standorte CMS Hasche Sigle
- Standorte und verbundene Standorte CMS
- Standorte The Levant Lawyers

- ▶ Peking
- ▶ Beirut
- ▶ Shanghai
- ▶ Kuwait Stadt
- ▶ Dubai
- ▶ Abu Dhabi

Besuchen Sie uns im Internet!
 Kontaktinformationen finden Sie unter www.cms-hs.com/standorte

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 500 Anwälte sind in neun wichtigen deutschen Wirtschaftszentren sowie in Belgrad, Brüssel, Moskau und Shanghai für unsere Mandanten tätig.

CMS ist der Verbund unabhängiger europäischer Rechts- und Steuerberatungssozialitäten insbesondere für Unternehmen, Banken und Organisationen, die geschäftlich in Europa tätig sind oder es werden möchten. Wir verfügen über fundierte Kenntnisse der lokalen rechtlichen, steuerlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge. Mit 56 Büros in West- und Mitteleuropa sowie darüber hinaus bieten wir Ihnen mandantenorientierte Dienstleistungen durch eine international konsistente, individuell zugeschnittene Strategieberatung in 28 Ländern.
www.cmslegal.com

Die CMS Mitgliedsfirmen sind mit The Levant Lawyers mit Büros in Beirut, Abu Dhabi, Dubai und Kuwait assoziiert.