

07.10.03**Empfehlungen
der Ausschüsse**R - Fz - Wizu **Punkt ...** der 792. Sitzung des Bundesrates am 17. Oktober 2003

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekendarlehenbankgesetzes und anderer Gesetze

Der **federführende Rechtsausschuss (R)**,
der **Finanzausschuss (Fz)** und
der **Wirtschaftsausschuss (Wi)**
empfehlen dem Bundesrat,

zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt
Stellung zu nehmen:

R 1. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 21 Abs. 2 Satz 2 InsO)

Bei An-
nahme
entfällt
Ziffer 8

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in
Artikel 1 die Nummer 1 wie folgt gefasst werden sollte:

'1. Dem § 21 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

"§ 81 Abs. 3 Satz 1 gilt entsprechend." '

Begründung:

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung
der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Siche-
rungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die
Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern - hier der siche-
rungsgebenden Kreditwirtschaft - gegenüber anderen Sicherungsgebern, was

...

dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen "Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der - derzeit vergleichsweise prosperierenden - Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger - etwa einfachen Handwerksbetrieben -, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber in Folge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d.h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung geht indessen über den durch die Richtlinie 2002/47/EG geforderten Schutz der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft hinaus. Denn Anlass für § 21 Abs. 2 Satz 2 InsO-E ist nicht der in der Entwurfsbegründung angeführte Artikel 4 Abs. 1 bzw. Abs. 5 der Richtlinie, wonach lediglich die Eröffnung des Liquidationsverfahrens und die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen keine Unwirksamkeitsgründe darstellen dürfen. Zu den Liquidationsverfahren werden nämlich nach der Legaldefinition in Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe j der Richtlinie bloße Sicherungsmaßnahmen nicht zu zählen sein. Auch kann es nicht der Sinn des Artikels 4 Abs. 5 der Richtlinie sein, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. generell als Grund für eine Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung auszunehmen. Vielmehr ist es Sinn des Artikels 4 Abs. 5 der Richtlinie, klarzustellen, dass eine der Sicherheitenbestellung folgende Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. nicht zu einer Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung führen darf. Anlass für § 21 Abs. 2 Satz 2 InsO-E ist daher allein Artikel 8 Abs. 1 Buchstabe a der Richtlinie, wonach "innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vor" Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. das Insolvenzrecht nicht zur Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung führen darf. Diesen Zeitraum schon bei Anordnung von Sicherungsmaßnahmen beginnen zu lassen, ist nicht zwingend. Denn Artikel 8 der Richtlinie will erkennbar einen Sicherungsnehmer schützen, der von der möglichen Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung keine Kenntnis hat (vgl. Artikel 8 Abs. 1 Buchstabe a und Abs. 2 der Richtlinie), etwa weil noch kein Gerichtsbeschluss bzw. Verwaltungsakt ergangen ist, der ihm diese Kenntnis verschaffen könnte. Bei der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO liegt ein solcher Gerichtsbeschluss indessen vor. Artikel 8 der Richtlinie ist folglich dem Regelungsbereich der §§ 129 ff. InsO zuzuordnen, nicht hingegen den §§ 21 ff. InsO.

Es ist daher ausreichend, in § 21 InsO eine Verweisung auf § 81 Abs. 3 InsO aufzunehmen.

R 2. Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 96 Abs. 2 InsO)

Bei An-
nahme
entfallen die
Ziffern
7 und 8

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 3 aufgehoben werden sollte.

Begründung:

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern - hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft - gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen "Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der - derzeit vergleichsweise prosperierenden - Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger - etwa einfachen Handwerksbetrieben -, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber in Folge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d.h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung geht indessen über den durch die Richtlinie 2002/47/EG geforderten Schutz der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft hinaus. Denn der in der Entwurfsbegründung angeführte Artikel 7 der Richtlinie ist in seinem Absatz 1 Buchstabe a ebenso auszulegen wie Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie, d.h. in dem Sinne, dass die nachfolgende Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. die Aufrechnung unberührt lassen muss. Anlass für § 96 Abs. 2 InsO-E kann daher allein der Wunsch sein, das in § 96 Abs. 2 InsO vorhandene Regelungsprinzip auf Finanzierungssicherheiten zu erweitern. Dass eine solche Erweiterung - unabhängig von der umzusetzenden Richtlinie - gerechtfertigt ist, ist indessen fraglich. Denn die derzeit von § 96 Abs. 2 InsO erfassten "Ansprüche und Leistungen aus Überweisungs-, Zahlungs- oder Übertragungsverträgen, die in ein System eingebracht wurden, das der Ausführung solcher Verträge dient", sind von vornherein sehr viel enger mit den zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüchen verbunden, als dies bei Ansprüchen aus Finanzierungssicherheiten der Fall ist. Daher ist die in § 96 Abs. 2 InsO-E vorgesehene Privilegierung der Kreditwirtschaft nicht gerechtfertigt und wird zu einem zufallsabhängigen Wettlauf mit der Zeit führen.

R 3. Zu Artikel 1 Nr. 5 (§ 130 Abs. 1 Satz 2 InsO)

Bei An-
nahme
entfällt
Ziffer 8

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 5 aufgehoben werden sollte.

Begründung:

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern - hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft - gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen "Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der - derzeit vergleichsweise prosperierenden - Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger - etwa einfachen Handwerksbetrieben -, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber in Folge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d.h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung geht indessen über den durch die Richtlinie 2002/47/EG geforderten Schutz der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft hinaus. Denn der in der Entwurfsbegründung angeführte Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie ordnet lediglich an, dass die im Wege der kongruenten Deckung gewährte Sicherheit "nicht allein deswegen als unwirksam angesehen ... werden kann, weil ... sie ... innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vor der Eröffnung eines Liquidationsverfahrens ... erfolgte ...". Der durch den Gesetzentwurf geänderte § 130 InsO eröffnet aber keineswegs die Anfechtbarkeit allein deswegen, weil die Bestellung der Sicherheit innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vor der Eröffnung eines Liquidationsverfahrens erfolgte. Vielmehr ist - zusätzliche - Voraussetzung für die Anfechtung nach § 130 InsO, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Sicherheitenbestellung (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder den Eröffnungsantrag kannte (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Die derzeitige deutsche Rechtslage befindet sich daher bereits in Übereinstimmung mit Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie. Zudem erscheint es sachlich unangemessen, die Anfechtbarkeit nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO in Fällen auszuschließen, in denen der Leistungsempfänger die Zahlungsunfähigkeit des Sicherungsgebers kannte.

R 4. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 166 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 InsO)

Bei An-
nahme
entfällt
Ziffer 8

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 7 aufgehoben werden sollte.

Begründung:

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern - hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft - gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen "Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der - derzeit vergleichsweise prosperierenden - Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger - etwa einfachen Handwerksbetrieben -, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber in Folge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d.h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung ist indessen allenfalls im Bereich des Sicherungseigentums zur Umsetzung der Richtlinie erforderlich, nicht aber im Bereich des beschränkt dinglichen Sicherungsrechts. Denn Anlass für die Neuregelung ist weder Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie noch deren Artikel 4 Abs. 1. Während Artikel 4 Abs. 5 die allgemeinen Wirkungen der Sicherungsbestellung regelt, regelt Absatz 1 die Wirkung im - hier fraglichen - Insolvenzfall. Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie ordnet an, dass die Finanzsicherheiten "vereinbarungsgemäß wirksam werden"; bestimmte Möglichkeiten der Verwertung, wie sie Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie vorsieht, enthält Absatz 5 nicht. Daher ist schon fraglich, ob § 166 InsO überhaupt von den Erfordernissen der Richtlinie abweicht, nachdem § 166 InsO das Wirksamwerden der Sicherheit nicht berührt. Allenfalls wird für das Sicherungseigentum - abweichend von den sich "normalerweise" aus dem Eigentum ergebenden Rechtsfolgen, die möglicherweise noch von Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie erfasst sind - in den §§ 51 und 166 InsO angeordnet, dass das Sicherungsgut lediglich verwertet, aber nicht vom Sicherungsnehmer in Besitz genommen werden darf. Für die beschränkt dinglichen Sicherungsrechte, bei denen ohnehin nur eine Verwertung in Betracht kommt, dürfte § 166 InsO kaum ein Verstoß gegen das von Artikel 4 Abs. 5 geforderte "Wirksamwerden" der Sicherheit enthalten. Der Umstand, dass nach § 166 InsO primär der Insolvenzverwalter und nicht der Siche-

rungsnehmer verwerten darf, dürfte mit dem "Wirksamwerden" nichts zu tun haben.

Wegen der verschiedenen Deutungsmöglichkeit der Richtlinie sollte Artikel 1 Nr. 7 des Entwurfs - im Sinne der gebotenen restriktiven Umsetzung - gänzlich entfallen.

R 5. Zu Artikel 1 Nr. 8 (§ 223 Abs. 1 Satz 2 InsO)

Bei An-
nahme
entfällt
Ziffer 8

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 8 aufgehoben werden sollte.

Begründung:

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern - hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft - gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen "Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der - derzeit vergleichsweise prosperierenden - Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger - etwa einfachen Handwerksbetrieben -, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber in Folge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d.h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung ist indessen allenfalls im Bereich des Sicherungseigentums zur Umsetzung der Richtlinie erforderlich, nicht aber im Bereich des beschränkt dinglichen Sicherungsrechtes. Denn Anlass für die Neuregelung ist weder Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie noch deren Artikel 4 Abs. 1. Während Absatz 5 die allgemeinen Wirkungen der Sicherungsbestellung regelt, regelt Absatz 1 die Wirkung im - hier fraglichen - Insolvenzfall. Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie ordnet an, dass die Finanzsicherheiten "vereinbarungsgemäß wirksam werden"; bestimmte Möglichkeiten der Verwertung, wie sie Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie vorsieht, enthält Absatz 5 nicht.

Daher ist schon fraglich, ob § 166 InsO überhaupt von den Erfordernissen der Richtlinie abweicht, nachdem § 166 InsO das Wirksamwerden der Sicherheit nicht berührt. Allenfalls wird für das Sicherungseigentum - abweichend von

den sich "normalerweise" aus dem Eigentum ergebenden Rechtsfolgen, die möglicherweise noch von Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie erfasst sind - in den §§ 51 und 166 InsO angeordnet, dass das Sicherungsgut lediglich verwertet, aber nicht vom Sicherungsnehmer in Besitz genommen werden darf. Für die beschränkt dinglichen Sicherungsrechte, bei denen ohnehin nur eine Verwertung in Betracht kommt, dürfte § 166 InsO kaum ein Verstoß gegen das von Artikel 4 Abs. 5 geforderte "Wirksamwerden" der Sicherheit enthalten. Der Umstand, dass nach § 166 InsO primär der Insolvenzverwalter und nicht der Sicherungsnehmer verwerten darf, dürfte mit dem "Wirksamwerden" nichts zu tun haben.

Im Übrigen sieht Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie lediglich vor, dass Sanierungsmaßnahmen, zu denen Insolvenzpläne wohl zu zählen sind, das Wirksamwerden der Finanzsicherheit nicht beeinträchtigen dürfen. § 223 InsO beeinträchtigt die Finanzsicherheit und deren Wirksamwerden indessen nicht. Denn § 223 InsO unterstellt die Finanzsicherheit lediglich der Disposition der Vereinbarungen im Insolvenzplan. Im Übrigen hat jeder Gläubiger, dessen Rechtsstellung sich durch den Insolvenzplan verschlechtert, nach § 251 InsO die Möglichkeit, die Bestätigung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht zu verhindern.

Wegen der verschiedenen Deutungsmöglichkeit der Richtlinie sollte Artikel 1 Nr. 8 des Entwurfs - im Sinne der gebotenen restriktiven Umsetzung - gänzlich entfallen.

Wi 6. Zu Artikel 1 (Änderung der Insolvenzordnung),
Artikel 3 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches)

- a) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob - um Wettbewerbsnachteile zu vermeiden und im Hinblick auf ausdrückliche Bestimmungen in anderen EU-Staaten - zur Rechtssicherheit ausländischer Investoren eine Bestimmung in das BGB aufgenommen werden kann, die klarstellt, dass der Sicherungsnehmer bereits vor Eintritt des Sicherungsfalls über die Finanzsicherheit verfügen darf.

Für die internationale Finanzpraxis sollte die Rechtslage transparenter werden, denn dies bedeutet eine Erleichterung, die den Finanzplatz Deutschland stärkt. Zwar ist im deutschen Recht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht unbedingt notwendig, da die Parteien ein so genanntes "irreguläres Pfandrecht" vereinbaren können. Dennoch sollte dafür eine gesetzliche Norm vorgesehen werden. Damit werden Unklarheiten bei ausländischen Investoren oder Einschätzungsschwierigkeiten von Ratingagenturen, die mit dem deutschen Recht nicht so vertraut sind, beseitigt. Andere Finanzplätze, die die EU-Bestimmungen ausdrücklich umgesetzt haben,

wären im Vorteil gegenüber Deutschland.

Wünschenswert wäre - im Interesse der Privatkundschaft und damit des Verbraucherschutzes - eine Flankierung der aus der Nutzung des Pfandpapiers resultierenden Aufrechnungslage durch insolvenzrechtliche Schutzbestimmungen. Insbesondere im Falle von Privatkunden als Sicherungsgeber wäre es wünschenswert, dass sie ihre eigene Verbindlichkeit als Sicherheit nutzen können, um sich gegen die hypothetische Insolvenz der Bank abzusichern. [Die vorgeschlagenen Ergänzungen zu § 96 Abs. 2 und § 104 Abs. 2 InsO gehen in die richtige Richtung, sollten jedoch auch die besicherte Forderung des Gebers unzweifelhaft erfassen.]

7. [Wi]
entfällt bei
Annahme
von Ziffer 2

- b) Ferner bittet der Bundesrat zu prüfen, ob hierbei die Verfügung nicht nur im Wege der Aneignung oder Veräußerung des Eigentums des Sicherungsgebers, sondern auch im Wege der Veräußerung des Pfandrechts als solchem eröffnet werden sollte ("true re-hypothecation").

Die Verfügung über das Pfandrecht sollte ferner zusätzlich auch in der Form ermöglicht werden, dass die Parteien die Akzessorietät (Anbindung des Pfands an die bilaterale Forderungsbeziehung zwischen den Parteien) abbedingen können. Vorteile für den Geber und den Nehmer bestünden in einer größeren Flexibilität des Pfands als Sicherungsinstrument insbesondere dann, wenn der Nehmer seinerseits das Pfand benötigt, um seinem Gläubiger/Geschäftspartner Sicherheit zu stellen, dieses aber aus der Geber-Nehmer-Beziehung - wegen der Akzessorietät - nicht herauslösen kann.

Eine solche Regelung würde - über die Umsetzung des Artikels 5 der Richtlinie hinaus - Deutschland einen zusätzlichen Wettbewerbsvorteil verschaffen und das deutsche Recht und den Finanzplatz zum "Marktführer" für Wertpapiersicherheiten machen. Hierbei würde das den angelsächsischen Rechtsordnungen überlegene Potenzial des deutschen Zivilrechts, welches akzessorische, nichtakzessorische und Vollrechtsübertragungssicherheiten gleichermaßen kennt, voll ausgeschöpft.

- c) Weiterhin wird gebeten zu prüfen, ob im Hinblick auf die internationale Entwicklung der Kapitalmärkte auch im Bereich des Privatkundengeschäfts die Verwertung des Pfandrechts an vertretbaren Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben - weiter als bisher vorgesehen - erleichtert werden sollte.

Um den Finanzplatz Deutschland im Wettbewerb mit anderen Finanzmärkten von internationalen Entwicklungen nicht abzukoppeln, sind zur Rechtssicherheit weiter gehende Regelungen auch für die Rechtsbeziehungen mit Privatkunden notwendig. Hierbei ist zu gewärtigen, dass Wertpapierpfänder von Privatkunden aktuell weder nach § 1221 BGB (wegen des Wegfalls des Börsenmaklers) noch nach dem im Entwurf vorgeschlagenen § 1259 BGB-E über die Börse verwertet werden können. Damit würde Deutschland für das Privatkundengeschäft in einen Rechtszustand zurückfallen, wie er vor Inkrafttreten des BGB bestanden hat, indem Wertpapiere dann nur noch per Auktion verwertet werden könnten.

Das hohe Verbraucherschutzniveau wäre gewährleistet, indem die Papiere "zum Börsen- oder Marktpreis" - wie in § 1259 BGB-E und § 1221 BGB vorgesehen - in Ansatz zu bringen oder zu verkaufen wären. Ferner wird der Nehmer kein Interesse an einer Verschleuderung der Sicherheit haben, da sich hierdurch auch sein eigenes unbesichertes Risiko und der hiermit im Ernstfall verbundene Abschreibungsbedarf erhöht.

Fz 8. Zu Artikel 1 (Änderung der Insolvenzordnung),
Artikel 5 (Änderung des Kreditwesengesetzes)

entfällt bei
Annahme
auch nur
einer der
Ziffern 1
bis 5

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in Artikel 1 u.a. in § 166 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 InsO-E vorgesehenen Regelungen (Bankenprivileg) auch für Forderungen der Staatskassen und Gemeinden (Fiskusprivileg) entsprechend normiert werden können oder ob auf die vorgesehene einseitige Vorzugsstellung der Kreditinstitute zu verzichten ist.

Begründung:

Durch die Vorzugsstellung der Banken in Insolvenzverfahren verliert insbesondere die öffentliche Hand eine auch nur gleichberechtigte Stellung zur Befriedigung ihrer Forderungen. Dies verschärft die ohnehin stark angespannte Lage der öffentlichen Haushalte zusätzlich.

Die in Artikel 1 u.a. in § 166 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 InsO-E vorgesehenen Regelungen räumen dem Finanzsektor gegenüber anderen Gläubigern - insbesondere auch den öffentlichen Händen - eine einseitige Vorzugsstellung ein. Es ist in der Gesetzesbegründung (S. 13 f.) nicht dargelegt, dass in den anderen EU-Staaten bestehende Privilegien für Kreditinstitute diese zugleich auch gegenüber den Forderungen der öffentlichen Hand bevorteilen. Vielmehr dürfte davon auszugehen sein, dass hier eher ein Gleichklang existiert, also in der ganz

überwiegenden Zahl der anderen Mitgliedstaaten die Finanzbehörden mindestens gleichwertig neben den Kreditinstituten bevorrechtigt sind.

Es sollte geprüft werden, ob in der Insolvenzordnung für die Forderungen der Staatskassen und Gemeinden ein entsprechendes Privileg normiert werden kann.

Ist die Einbeziehung der öffentlichen Hand in diese Regelungen nicht gewollt, sollte auch von der einseitigen Bevorzugung des Finanzsektors gegenüber anderen Gläubigern abgesehen werden.

Auch nach der Begründung zum Gesetzentwurf gibt es keine EU-rechtlichen Vorgaben für eine derartige - einseitige Bevorzugung - des Bankensektors gegenüber anderen, insbesondere gegenüber den öffentlichen Gläubigern.

Mit der bisherigen Rechtslage sind für die deutschen Kreditinstitute, aber auch für die um Kredit nachsuchenden Unternehmen keine - nicht notwendig nationaler Rechtssetzungsbefugnis immanenten - Wettbewerbsnachteile verbunden. Zwar würde die vorgesehene Regelung dem Bankensektor die Kreditvergabe gegenüber (gesunden) Unternehmen erleichtern. Einem in einer Notlage befindlichen Unternehmen würde aber durch eine derartige Regelung umso mehr erschwert, auf Entgegenkommen von Lieferanten und Nichtbankengeschäftspartnern zu stoßen.

Die Bankinstitute selbst erleiden durch das fehlende Privileg keine Wettbewerbsnachteile gegenüber ihren EU-Konkurrenten, da auch die Konkurrenten bei der Kreditvergabe an deutsche Inländer gleichgestellt sind.

R 9. Zu Artikel 5 Nr. 1 (§ 1 Abs. 17 KWG)

In Artikel 5 Nr. 1 § 1 ist Absatz 17 wie folgt zu fassen:

"(17) Finanzsicherheiten im Sinne dieses Gesetzes sind vereinbarungsgemäß als Sicherheit bereitgestellte Barsicherheiten oder Finanzinstrumente nach Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten (ABl. EG Nr. L 168 S. 43), sofern beide Vertragsparteien einer der in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a bis d der Richtlinie 2002/47/EG aufgeführten Kategorien angehören. Satz 1 gilt entsprechend für Sicherungsgeber aus Drittstaaten."

Begründung:

Mit der vorgeschlagenen Änderung soll von der Option gemäß Artikel 1 Abs. 3 der Richtlinie 2002/47/EG Gebrauch gemacht werden, wonach die Umsetzung dieser Richtlinie auf den Verkehr zwischen Unternehmen des Finanzsektors einschließlich öffentlich-rechtlicher Körperschaften beschränkt bleibt.

Die Zielsetzung der Richtlinie 2002/47/EG, Finanzsicherheiten weit gehend insolvenzfest auszugestalten, stellt tragende Grundprinzipien des deutschen

Insolvenzrechts in Frage. Auf diese Tatsache hat der Bundesrat bereits in seiner Stellungnahme zum damaligen Entwurf der Richtlinie (BR-Drs. 318/01 (Beschluss) vom 13. Juli 2001) ausdrücklich hingewiesen. Die endgültige Fassung der Richtlinie ist über den ursprünglichen Entwurf insofern noch hinausgegangen, als die Beschränkung des Insolvenzprivilegs auf den Interbankenverkehr (vgl. Artikel 2 Nr. 4 des seinerzeitigen Entwurfs) entfallen und der Anwendungsbereich der Richtlinie nunmehr grundsätzlich auf den gesamten gewerblichen Rechtsverkehr ausgedehnt worden ist.

Durch die vollständige Umsetzung dieser Vorgaben würde das Prinzip der Gleichbehandlung aller Gläubiger (*par condicio creditorum*), ein Elementargrundsatz des deutschen Insolvenzrechts mit offenkundigem Gerechtigkeitsgehalt, nicht nur in einem einzelnen, eng umgrenzten Wirtschaftssektor, sondern breitflächig zu Gunsten der Kreditwirtschaft außer Kraft gesetzt. Kreditinstitute - bei denen es sich ohnehin um die typischerweise wirtschaftlich stärkste Gläubigergruppe handelt - würden dadurch auf Kosten der übrigen (gesicherten bzw. ungesicherten) Gläubiger bevorzugt, ohne dass für eine derart einseitige Privilegierung rechtfertigende Gründe erkennbar sind.

Eine solche Maßnahme wäre geeignet, den Bestand des Gleichbehandlungsgrundsatzes in seinem Kern in Frage zu stellen, und zwar nicht nur wegen der Bedeutung, die den Kreditinstituten in der Insolvenz regelmäßig zukommt. Eine derartige rechtssystematische "Einbruchstelle" würde extensiv genutzt werden und zudem die Forderung weiterer Gläubigergruppen nach vergleichbarer Behandlung provozieren.

Diese gravierenden Folgen lassen sich durch die Erwägungen der Entwurfsbegründung nicht rechtfertigen. Die Erwartung, eine Privilegierung der Kreditwirtschaft in der Insolvenz werde sich auf die Kreditbedingungen günstig auswirken, erscheint spekulativ; die bisherigen Erfahrungen sprechen im Übrigen gegen eine solche Annahme. Umgekehrt werden die Befürchtung einer "Kreditflucht" deutscher Unternehmer und die Erwartung von Wettbewerbsnachteilen für deutsche Kreditinstitute nicht näher erläutert, obwohl die Vorstellung, ein deutscher Mittelständler werde sich statt an seine Hausbank an ein ausländisches Kreditinstitut wenden oder insoweit die Geltung ausländischen Rechts vereinbaren, eher fern liegend erscheint. Schließlich liefert das Ziel einer "Vereinheitlichung und Stabilisierung des europäischen Finanzsystems" keinen legitimen Grund dafür, einem bestimmten Kreis von Unternehmen zum Schaden anderer Wirtschaftsteilnehmer in der Sache nicht begründete Vorrechte zuzubilligen.

Angesichts dessen besteht insolvenzrechtlich ein dringendes Bedürfnis, die Umsetzung der genannten Richtlinie auf das gemeinschaftsrechtlich unabdingbar notwendige Maß zu begrenzen. Die Fälle des Artikels 1 Abs. 2 Buchstabe e der Richtlinie bleiben daher von der Umsetzung ausgenommen. Die vorgeschlagene Formulierung greift den Wortlaut des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie auf und wurde im Übrigen gegenüber der Entwurfsfassung verschlankt und sprachlich geglättet.

R 10. Zu Artikel 5 Nr. 1 (§ 1 Abs. 17 KWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob nicht eine ausdrückliche Nennung aller Tatbestandsvoraussetzungen gegenüber einer bloßen Bezugnahme auf den Text der Richtlinien 98/26/EG und 2002/47/EG vorzugswürdig ist.

Begründung:

Die - zunehmend verfolgte - Regelungstechnik der Bezugnahme auf Regelungen in Richtlinien erscheint unzweckmäßig, da sie die betreffenden Normen unübersichtlich werden lässt und der Rechtsanwender - dem der Text der diversen Richtlinien häufig nicht ohne Weiteres zur Verfügung steht - durch die Lektüre der Norm nur noch bruchstückhafte Kenntnis von deren Regelungsgehalt erhält.

Im Übrigen ist die in § 1 Abs. 17 KWG-E zu Definitionszwecken enthaltene Bezugnahme auf Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie 2002/47/EG deshalb zweifelhaft, weil Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie den Begriff des "Finanzinstruments" selbst gar nicht definiert. Wenn daher die Definition des Tatbestandsmerkmals "Finanzinstrument" nicht ausdrücklich in § 1 Abs. 17 KWG-E aufgenommen wird - was vorzuziehen ist - wäre besser auf Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe e der Richtlinie 2002/47/EG Bezug zu nehmen.

- Wi Fz 11. Die Bundesregierung wird aufgefordert, die vorgesehenen Änderungen des Hypothekensankgesetzes in das Gesetz über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten zu übernehmen und einen entsprechenden Gesetzentwurf vorzulegen.

Begründung:

Der vorliegende Gesetzentwurf ändert Vorschriften des Hypothekensankgesetzes (HBG), die sich fast identisch im Gesetz über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten (ÖPG) wieder finden. Die Gleichwertigkeit dieser Vorschriften besteht seit Inkrafttreten des ÖPG im Jahr 1927. Diese Gleichwertigkeit sollte beibehalten werden, indem nicht nur das HBG, sondern in gleicher Weise auch das ÖPG geändert wird.

Die Änderungen des HBG dienen der Verbesserung des Schutzes des Pfandbriefgläubigers im Falle der Insolvenz der emittierenden Bank. Damit soll das Vertrauen der Anleger in die Qualität des Pfandbriefs gestärkt und etwaige Zweifel des internationalen Kapitalmarkt bzw. der Rating-Agenturen an der Sicherheit dieses Wertpapiers ausgeräumt werden. Das gleiche Bedürfnis

besteht jedoch nicht nur für private Hypothekenbanken, sondern ebenso für öffentlich-rechtliche Kreditanstalten. Würde hingegen das ÖPG nicht entsprechend geändert und damit die Gleichwertigkeit zum HBG aufgegeben, besteht die Gefahr, dass Pfandbriefemissionen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten allein deshalb schlechter "geratet" werden. Dies würde zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute führen.