

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung insolvenzrechtlicher und kreditwesenrechtlicher Vorschriften

A. Zielsetzung

Die Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen wurde am 19. Mai 1998 erlassen. Nach Artikel 11 Abs. 1 ist diese Richtlinie bis zum Ablauf des 10. Dezember 1999 in das deutsche Recht umzusetzen.

B. Lösung

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll dem Umsetzungsbedarf im deutschen Recht Rechnung getragen werden.

C. Alternativen

Keine

D. Kosten

Durch die von der Richtlinie geforderten und im Gesetzentwurf enthaltenen Mitteilungs- und Informationspflichten für die Deutsche Bundesbank und das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen werden geringfügige Mehrkosten verursacht, die jedoch zu gering sind, um sie quantifizieren zu können. Sie werden für den Haushalt der genannten Einrichtungen keine Rolle spielen. Mehrbelastungen für die Haushalte von Bund, Ländern oder Gemeinden sind nicht zu erwarten.

E. Sonstige Kosten

Eine gewisse Mehrbelastung dürfte für die Institute, die an den vom Gesetzentwurf erfassten Systemen teilnehmen, durch den Auskunftsanspruch über die Systeme entstehen. Diese Mehrbelastung ist jedoch minimal. Bei einer Gesamtbetrachtung dürfte sie deutlich durch die Einsparungen kompensiert werden, die das Gesetz durch den Gewinn an Rechtssicherheit ermöglichen wird.

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
042 (121) – 410 00 – In 10/99

Berlin, den 6. September 1999

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung insolvenzrechtlicher und
kreditwesenrechtlicher Vorschriften

mit Begründung und Vorblatt.

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Der Gesetzentwurf ist dem Bundesrat am 13. August 1999 als besonders eilbedürftig zugeleitet worden.

Die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf sowie die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates werden unverzüglich nachgereicht.

Gerhard Schröder

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung insolvenzrechtlicher und kreditwesenrechtlicher Vorschriften*)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3836), wird wie folgt geändert:

1. § 96 wird wie folgt geändert:

- a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.
- b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Absatz 1 sowie § 95 Abs. 1 Satz 3 stehen nicht der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen aus Zahlungs- oder Übertragungsverträgen entgegen, die in ein System eingebracht wurden, das der Ausführung solcher Verträge dient, sofern die Verrechnung spätestens am Tage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt. Ein System im Sinne von Satz 1 ist eine schriftliche Vereinbarung nach Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (ABl. EG Nr. L 166 S. 45), die von der Deutschen Bundesbank oder der zuständigen Stelle eines anderen Mitgliedstaats oder Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gemeldet wurde. Systeme aus Drittstaaten stehen den in Satz 2 genannten Systemen gleich, sofern sie im Wesentlichen den in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie 98/26/EG angeführten Voraussetzungen entsprechen.“

2. Dem § 147 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Satz 1 findet auf die den in § 96 Abs. 2 Satz 1 genannten Ansprüchen und Leistungen zugrunde liegenden Rechtshandlungen mit der Maßgabe Anwendung, dass durch die Anfechtung nicht die Verrechnung rückgängig gemacht wird oder die betreffenden Zahlungs- oder Übertragungsverträge im System unwirksam werden.“

3. Dem § 166 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

„Dies gilt nicht, wenn die Forderung an den Teilnehmer eines Systems nach § 96 Abs. 2 Satz 2 oder 3 zur

Sicherung seiner Ansprüche aus dem System oder an die Zentralbank eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums oder an die Europäische Zentralbank abgetreten wurde.“

4. Dem § 223 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Eine abweichende Bestimmung ist hinsichtlich der Sicherheiten ausgeschlossen, die

1. dem Teilnehmer eines Systems nach § 96 Abs. 2 Satz 2 oder 3 zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem System oder
2. der Zentralbank eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Zentralbank

gestellt wurden.“

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung

Dem Artikel 102 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3836) geändert worden ist, wird nach Absatz 3 folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Rechte und Pflichten eines Teilnehmers an einem System im Sinne von § 96 Abs. 2 Satz 2 oder 3 der Insolvenzordnung unterliegen dem Recht, das für das System maßgeblich ist.“

Artikel 3

Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen

Das Gesetz über das Kreditwesen in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 1 Nr. 17 des Gesetzes vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3836), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird im Zweiten Abschnitt nach § 24a die Angabe „§ 24b Teilnahme an Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen“ eingefügt.

2. In § 2 Abs. 4 wird die Angabe „24 bis 38“ durch die Angabe „24, 24a, 25 bis 38“ ersetzt.

*) Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (ABl. EG Nr. L 166 S. 45).

3. Nach § 24a wird folgender § 24b eingefügt:

„§ 24b

Teilnahme an Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen

(1) Ein Institut hat die Absicht, ein System nach Artikel 2 der Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (ABl. EG Nr. L 166 S. 45) zu veranstalten, unverzüglich dem Bundesaufsichtsamt und der Deutschen Bundesbank anzuzeigen und die Teilnehmer zu benennen. Dies gilt auch für eine spätere Änderung des Teilnehmerkreises. Die Deutsche Bundesbank teilt die ihr gemeldeten Systeme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften mit, nachdem sie sich von der Zweckdienlichkeit der Regeln des Systems überzeugt hat.

(2) Das Institut hat demjenigen, der ein berechtigtes Interesse nachweisen kann, Auskunft über die Systeme im Sinne von Absatz 1, an denen es beteiligt ist, sowie über die wesentlichen Regeln für deren Funktionieren zu erteilen.

(3) Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank durch Rechtsverordnung die Einzelheiten der Anzeigepflicht und der Unterrichtung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Absatz 1 sowie des Auskunftsanspruchs nach Absatz 2 zu bestimmen.

(4) Auf Systemveranstalter, die nicht Institut sind, sind die Absätze 1 bis 3 entsprechend anzuwenden.“

4. Dem § 46a Abs. 1 wird folgender Satz 6 angefügt:

„Die Vorschriften der Insolvenzordnung zum Schutz von Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen sowie von dinglichen Sicherheiten der Zentralbanken finden entsprechend Anwendung.“

5. § 46b wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.

b) Dem Absatz 1 wird folgender Satz 5 angefügt:

„Dem Bundesaufsichtsamt ist der Eröffnungsbeschluss besonders zuzustellen.“

c) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Wird über ein Institut, das Teilnehmer eines Systems im Sinne des § 24b Abs. 1 ist, ein Insolvenzverfahren eröffnet, so hat das Bundesaufsichtsamt unverzüglich die Stellen zu informieren, die von den anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums der Kommission der Europäischen Gemeinschaften benannt wurden. Auf Systemveranstalter im Sinne des § 24b Abs. 4 ist Satz 1 entsprechend anzuwenden.“

6. In § 53b Abs. 3 Satz 1 wird vor der Angabe „25“ die Angabe „24b,“ eingefügt.

Artikel 4

Änderung des Depotgesetzes

Nach § 17 des Depotgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Januar 1995 (BGBl. I S. 34), das zuletzt durch Artikel 1 Nr. 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3836) und Artikel 12 des Gesetzes vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474, 1480) geändert worden ist, wird folgender § 17a eingefügt:

„§ 17a

Verfügungen über Wertpapiere

Verfügungen über Wertpapiere oder Sammelbestandteile, die mit rechtsbegründender Wirkung in ein Register eingetragen oder auf einem Konto verbucht werden, unterliegen dem Recht des Staates, unter dessen Aufsicht das Register geführt wird, in dem unmittelbar zugunsten des Verfügungsempfängers die rechtsbegründende Eintragung vorgenommen wird, oder in dem sich die kontoführende Haupt- oder Zweigstelle des Verwahrers befindet, die dem Verfügungsempfänger die rechtsbegründende Gutschrift erteilt.“

Artikel 5

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

I. Allgemeiner Teil

1. Anlass des Gesetzgebungsverfahrens

Mit dem Gesetzentwurf soll die Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (ABl. Nr. L 166 S. 45 – im Folgenden Richtlinie) umgesetzt werden. Nach Artikel 11 der Richtlinie hat die Umsetzung bis zum 11. Dezember 1999 zu erfolgen.

2. Ziel der Richtlinie

Ausgangspunkt für die Erarbeitung der Richtlinie waren die im sog. Lamfalussy-Bericht von 1990 an die G-10-Zentralbankpräsidenten (Report of the Committee on Interbank Netting Schemes) geschilderten Systemrisiken in Zahlungssystemen. Dabei geht es insbesondere um die Befürchtung, die Insolvenz eines großen Kreditinstituts könne über weltweite Verflechtungen zahlreiche andere Kreditinstitute mit in den Strudel ziehen, so dass über diesen Domino-Effekt eine Krise des internationalen Bankensystems heraufbeschworen wird. Zudem sei nicht ganz eindeutig, welche Netting-Vereinbarungen in welchen Mitgliedstaaten anerkannt werden. Diese Risiken sollen durch die Richtlinie reduziert werden.

Das Anliegen der Richtlinie muss vor dem Hintergrund der verschiedenen Arten von Zahlungssystemen gesehen werden. Vom Ansatz her werden zunächst Brutto- und Nettosysteme unterschieden. Im Rahmen eines Bruttosystems wird jeder Überweisungs- oder Übertragungsauftrag einzeln abgerechnet, indem das beauftragte Kreditinstitut den Gegenwert des Auftrags dem Konto des Auftraggebers in aller Regel jeweils einzeln belastet. Die ein- und ausgehenden Aufträge für dieses Konto werden nicht „vorverrechnet“, sondern werden mit ihrem vollen Betrag dem betreffenden Konto belastet oder gutgebracht. Das beauftragte Institut führt die Aufträge nur aus, wenn Guthaben („Deckung“) auf dem Konto vorhanden ist, oder aber es gewährt einen Kredit im Rahmen einer vorher zugesagten „Linie“. Hierfür kann das Institut im Vorhinein Sicherheit etwa in der Form der Verpfändung hinterlegter Wertpapiere etc. (so etwa beim früheren Lombardkredit der Deutschen Bundesbank) verlangt haben. Im Ergebnis „disponiert“ das beauftragte Institut jeden Auftrag einzeln. Die Transaktionen über Kundenkonten bei den Kreditinstituten werden in aller Regel „brutto“ ausgeführt. Aber auch die (von den Kreditinstituten wiederum) beauftragte Zentralbank führt die Aufträge über die Zahlungsverkehrskonten der Kreditinstitute im Grundsatz ebenfalls auf Bruttobasis, für Überziehungen auf diesen Konten sind auch im Rahmen der Stufe III der Währungsunion zentralbankfähige Sicherheiten zu stellen (vgl. Artikel 18 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich des EZB/ESZB-Statuts – Protokoll Nr. 4 zum EG-Vertrag).

Beim Netto-Ausgleichsverfahren (kurz: „Nettoverfahren“) wird nicht jeder einzelne Auftrag gesondert einem Konto belastet, auf dem etwa Deckungsmittel bereitstehen oder für das eine (besicherte oder unbesicherte) Kreditlinie zur Verfügung steht, sondern nur ein zu einem späteren Zeitpunkt ermittelter „Saldo“ aus ein- und ausgehenden Aufträgen. Nur dieser Saldo wird dem (in aller Regel bei einer Zentralbank geführten) sog. „Settlement-Konto“ belastet. Üblicherweise werden die Nettoverfahren auf der Interbankenebene, d.h. zwischen den Kreditinstituten, eingesetzt, an ihnen nimmt in der Regel eine Vielzahl von Instituten teil.

Die Nettoverfahren in ihrer „klassischen“ Ausformung zerfallen in die Clearing- und in die Saldenausgleichs- bzw. „Settlement“-Phase. Während der Clearingphase haben die teilnehmenden Kreditinstitute zunächst Gelegenheit, Zahlungsaufträge für andere Teilnehmer einzuliefern (Einlieferungsphase). Am Ende der Einlieferungsphase werden die Umsätze der einzelnen Teilnehmer abgerechnet und der Saldo aller an sie gerichteten bzw. von ihr erteilten Aufträge errechnet. Bei neueren Nettozahlungssystemen, wie dem EBA Clearing System, wird der für jeden Teilnehmer rechtsverbindliche Saldo mit der Verarbeitung jedes Zahlungsauftrages fortlaufend auf Echtzeitbasis ermittelt. Der Veranstalter (etwa die Zentralbank wie bei der elektronischen Abrechnung der Deutschen Bundesbank oder ein privatrechtlich organisiertes Clearing House wie etwa im Falle der Deutschen Börse Clearing AG oder des EBA Clearings) hat die Aufgabe, die einzelnen Beträge festzuhalten, den Austausch der Aufträge zu organisieren und den Saldo für den einzelnen Teilnehmer zu errechnen. In der anschließenden Settlement-Phase werden die Salden – je nach dem individuellen Ergebnis für den einzelnen Teilnehmer – den Konten (= Verrechnungskonten bzw. „Settlement“-Konten) der Teilnehmer bei der Zentralbank belastet oder gutgebracht. In dem Fall, wie dem das Clearing House und die Institution, die die Verrechnungskonten führt, auseinanderfallen wie etwa im Falle des EBA Clearings, sind die Salden vom Clearing House den Zentralbanken (sog. „Settlement“-Agents) mitzuteilen, die dann die entsprechenden Überträge zum Ausgleich der mitgeteilten Salden veranlassen.

Der Bundesgerichtshof hat diese Form der Abrechnung unter einer Vielzahl von Teilnehmern in mehreren Entscheidungen zur konventionellen Abrechnung der Bundesbank unter der Rechtsfigur der „Skontration“ als zivilrechtlich wirksames Erfüllungssurrogat anerkannt. Der Sache nach handelt es sich um eine in den Geschäftsbedingungen des Veranstalters vorweggenommene vertragliche Aufrechnung unter Verzicht auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit. Der Bundesgerichtshof verwies darauf, dass eine Normierung im Handelsgesetzbuch (HGB) unterblieben sei, da die Skontration als Rechtsfigur für die Zeit vor der Reichseinigung (und der damit einhergehenden Einführung der Reichswährung)

zur „bargeldlosen“ Abwicklung von Umsätzen in den zahllosen verschiedenen Währungen auf deutschem Boden von großer Bedeutung gewesen sei. Ab 1871 habe sich ihre Bedeutung im Wirtschaftsleben nunmehr auf die Abrechnungsstellen der Reichsbank beschränkt. Gleichwohl sei die Skontration nach wie vor im deutschen Recht vorhanden und anerkannt (vgl. etwa BGH WM 1972 S. 1319; WM 1987 S. 400).

So handelt es sich etwa bei dem seit Beginn 1999 stattfindenden Clearing der European Banking Association, kurz: EBA (Euro 1), welches der Abrechnung von Interbankenzahlungsaufträgen in Euro dient, um ein klassisches Nettoverfahren der vorbeschriebenen Art. Allerdings findet die Saldierung nicht „periodisch“, d.h. erst am Ende der Einlieferungsphase statt. Vielmehr verändert sich mit jedem einzelnen Auftrag der Saldo des Auftraggebenden bzw. des beauftragten Teilnehmers. Die Rechtsbeziehungen der EBA Clearing Teilnehmer unterliegen dem deutschen Recht und sind vertraglich auf der Grundlage der sogenannten Single Obligation Structure geregelt. Danach sind bilaterale Zahlungsansprüche zwischen dem Absender und dem Empfänger einer Zahlungsmittelteilung (Payment Message) ausgeschlossen. Nach dem Regelwerk der EBA Clearing begründen Zahlungsmittelteilungen stets nur ein einziges Anspruchsverhältnis zwischen jeder Teilnehmerbank und der Gemeinschaft der jeweils anderen Teilnehmerbanken. Ist der Saldo einer Teilnehmerbank aus versandten und empfangenen Zahlungsmittelteilungen zu irgendeinem Zeitpunkt negativ, so schuldet diese Bank der Gemeinschaft der anderen Banken von vornherein nur die Einzahlung des Saldos in ein bei der EZB geführtes zentrales Settlement-Konto. Ist der Saldo einer Bank zu irgendeinem Zeitpunkt positiv, so hat diese gegenüber der Gemeinschaft der anderen Banken von vornherein nur einen Anspruch darauf, dass ihr aus den am Tagesende im Settlement-Konto tatsächlich vereinnahmten Geldern ein Betrag in Höhe dieses Saldo gezahlt wird. Der Anspruch bzw. die Verbindlichkeit gegenüber der Gemeinschaft richtet sich inhaltlich auf einen variablen Betrag, nämlich den jeweiligen Saldo aus versandten und empfangenen Zahlungsmittelteilungen, der unmittelbar mit der Verarbeitung jeder Zahlungsmittelteilung in Echtzeit ermittelt wird. Die den variablen Salden zugrunde liegende Verrechnung soll rechtlich endgültig sein. Die Ausnahme von verarbeiteten Zahlungsmittelteilungen soll, anders als möglicherweise bei anderen Nettzahlungssystemen, auch in der Insolvenz einer Teilnehmerbank nicht möglich sein. Die rechtliche Struktur des EBA Clearing Systems beruht weder auf Skontration noch auf einer sonstigen Auf- oder Verrechnung von Ansprüchen. Da das EBA Clearing System jedoch die Verrechnung von Leistungen zum Gegenstand hat, handelt es sich gleichwohl um ein System im Sinne des Entwurfs von § 96 Abs. 2 Satz 1 InsO. Diese Form der Verrechnung findet ohne Weiteres ihre Grundlage in der allgemeinen Vertragsfreiheit sowie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Bundesbankabrechnung. Die Salden im Verlauf des Geschäftstages unterliegen einer Höchstgrenze von einer Mrd. Euro pro Teilnehmer, sie werden am Tagesende (16.00 Uhr) über die Konten der Teilnehmer bei den einzelnen nationalen Zentralbanken

des ESZB ausgeglichen. Für den Fall einer Insolvenz eines Teilnehmers müssen die anderen Teilnehmer dessen Anteil nach einem vorweg festgelegten Schlüssel übernehmen. Gleichzeitig unterhalten alle Teilnehmer dauerhaft einen „cash pool“, d.h. eine verzinsliche Einlage bei der EZB in Höhe von einer Mrd. Euro, der zur Sicherung der Verpflichtungen gegenüber den anderen Teilnehmern dient. Am EBA Clearing nehmen 62 bedeutende Institute aus der gesamten EU teil, in den Vertragsbedingungen wurde generell deutsches Recht gewählt. Ein wesentliches Argument für das deutsche Recht war die lange Tradition der Abrechnung der Deutschen Bundesbank, die vom Bundesgerichtshof wiederholt für juristisch wirksam erklärt worden ist.

Als weiteres bedeutendes Nettoverfahren nach deutschem Recht ist die elektronische Abrechnung der Deutschen Bundesbank am Platz Frankfurt (EAF) anzusehen, über die auch nach Einführung des Euro noch große Volumina an Interbankzahlungen abgewickelt werden. Die EAF hat sich jedoch von einem klassischen Nettoverfahren mit Saldenausgleich am Tagesende in Richtung eines Abrechnungsverfahrens mit „Bruttoelementen“ verändert, um das Risiko hoher ungedeckter Salden am Tagesende a priori auszuschließen, ohne aber die Vorteile des Nettoverfahrens (Liquiditätssparnis im Tagesverlauf) zu verlieren. Nach der neuesten Konzeption werden die Zahlungen – statt erst am Tagesende – bereits im Tagesverlauf in kürzeren Abständen „stoßweise“ verrechnet und der jeweils resultierende Saldo sofort den Zentralbankkonten belastet bzw. erkannt. Damit wird das beim klassischen Nettoverfahren übliche „Auftürmen“ der gesamten Umsätze bis zum Tagesende vermieden, die Zahlungen sind frühzeitiger unwiderruflich abgewickelt und können ohne Risiken an die Kunden der Teilnehmerbanken weitergeleitet werden. Außerdem entfällt das bei einigen Nettosystemen existierende Systemrisiko, wenn ein Teilnehmer zahlungsunfähig ist. Der „Domino-Effekt“, der daraus resultiert, dass alle Aufträge des insolventen Teilnehmers herausgenommen werden und die übrigen Teilnehmer deshalb ihrerseits in Liquiditätsprobleme geraten, wird weitestgehend vermieden.

Bei beiden Systemen handelt es sich um die führenden Nettozahlungssysteme im Euro-Raum, die zusammen mit dem Bruttosystem „TARGET“ die Großbetragsumsätze in Euro auf sich konzentrieren. Nach den jüngsten Informationen der Deutschen Bundesbank bewältigen beide Systeme seit Beginn der Stufe III der Währungsunion ein tägliches Umsatzvolumen von im Durchschnitt ca. 400 Mrd. DM.

Kein Nettoverfahren stellt dagegen der Zahlungssystemverbund für Großbetragsinterbankzahlungen „TARGET“ der EU-Zentralbanken dar. Vielmehr besteht TARGET aus den Bruttosystemen der Nationalen Zentralbanken (u.a. elektronischer Schalter „ELS“ der Deutschen Bundesbank) einschließlich des EZB-Payment Mechanism, die über ein System von EZSB-internen Verrechnungskonten bzw. Korrespondenzkonten zwischen den Zentralbanken miteinander verknüpft sind. An die 200 Mrd. DM aus den grenzüberschreitenden Umsätzen in TARGET entfallen auf das deutsche Segment. Die

durchschnittlichen Tagesumsätze seit Beginn 1999 belaufen sich auf ca. 700 Mrd. DM. Darüber hinaus werden im inländischen Zahlungsverkehr über den „elektronischen Schalter“ der Deutschen Bundesbank nochmals tagesdurchschnittlich ca. 200 Mrd. DM abgewickelt. Die Aufträge werden erst weitergeleitet, wenn die Deckung auf dem Zentralbankkonto des auftraggebenden Kreditinstituts vorhanden und realisiert ist. Die Deckung kann auch in einer durch gegen zentralbankfähige Sicherheiten gewährten Innertagesüberziehungen bestehen. Wird das Konto des Teilnehmers nicht bis Tagesende zurückgeführt, wandelt sich der bis dahin zinslose Innertageskredit in einen zum Spitzenrefinanzierungssatz des ESZB verzinslichen Übernachtskredit.

Da die beiden beschriebenen Nettosysteme unter deutschem Recht organisiert sind sowie auch ein bedeutender Umsatzanteil in TARGET auf die deutsche Komponente entfällt, lässt sich sagen, dass der Großbetragszahlungsverkehr in der Euro-Zone zu weiten Teilen unter der Geltung deutschen Rechts abgewickelt wird.

Hingewiesen sei ferner noch auf die Clearings der Deutschen-Börse-Gruppe, mit dem zum einen die Geldseite der börslichen und außerbörslichen Umsätze in Wertpapieren für die Teilnehmer bislang noch im klassischen Nettoverfahren verrechnet wird und die anschließend ermittelten Salden ebenfalls den Konten der Teilnehmer bei der Deutschen Bundesbank belastet bzw. gutgebracht werden. Die Wertpapierseite dieser Umsätze wird von der Börse allerdings im Bruttoverfahren abgewickelt, d.h. jede Einzeltransaktion den Wertpapierkonten der Teilnehmer belastet bzw. erkannt. Das Clearing für die Clearing-Mitglieder an der Terminbörse Eurex dient der Abwicklung der täglichen Margenzahlungen sowie der Abwicklung von offenen Kontrakten zu den einzelnen Lieferterminen, bei denen wie bei den Kassageschäften Geld- und Wertpapierseite abgewickelt werden muss. Eigene Clearing-Kreise für den Zahlungsverkehr, aber auch für Wertpapierumsätze bilden die über ihre Spitzeninstitute miteinander verbundenen Sparkassen und Genossenschaftsbanken.

Die Risiken, die aus den Abrechnungssystemen erwachsen, sind in dem bereits erwähnten Lamfalussy-Bericht ausführlich dargestellt. In einem Anhang zu diesem Bericht findet sich eine Liste von sechs Standards, die ein Nettosystem in aller Regel erfüllen sollte. So fordert etwa Standard IV, dass ein System in der Lage sein muss, den Ausfall des Teilnehmers mit dem höchsten negativen Saldo zu verkraften. Ein Teilnehmer kann seinen negativen Saldo etwa dann nicht mehr ausgleichen, wenn er weder Guthaben noch eine freie Kreditlinie (gegen Sicherheiten) auf seinem Settlement-Konto zur Verfügung hat oder wenn eine förmliche Insolvenzmaßnahme oder ein dieser gleichkommendes aufsichtliches Moratorium mit generell verfügungsbeschränkender Wirkung über ihn verhängt worden ist.

Vor dem Hintergrund der geschilderten Risiken will die Richtlinie die Systeme gegen das Insolvenzrisiko eines Teilnehmers absichern und die Netting-Vereinbarungen EU-weit auf eine sichere Grundlage stellen. Allgemein sollen die Beeinträchtigungen eines Systems durch die

Insolvenz eines Teilnehmers so gering wie möglich gehalten werden. Dieses Ziel wird in den Erwägungsgründen Nr. 1, 4 und 11 angesprochen.

Im Gegensatz zum Europäischen Insolvenzübereinkommen, das grundsätzlich nur grenzüberschreitende Sachverhalte in den Blick nimmt, will die Richtlinie auch rein inländische Zahlungssysteme erfassen und dabei insbesondere den rechtlichen Bestand von in das System gegebenen Aufträgen gewährleisten. Trotz einer zwischenzeitlichen Insolvenz eines Teilnehmers sollen die schon eingegebenen Aufträge noch in den Gesamtprozess einbezogen werden können. Der Veranstalter soll vor dem Problem geschützt werden, insolvenzbetroffene Aufträge herausortieren zu müssen. Die anderen Teilnehmer sollen darauf vertrauen können, dass die als endgültig avisierten eingegebenen Aufträge über große Beträge ihnen auch zufließen, um ihre Liquiditätsdisposition im Verlaufe eines Geschäftstages zu erleichtern. Schließlich soll bei Nettosystemen die Verrechnung der Aufträge unter Ausgleich eines etwaigen negativen Saldos des insolventen Teilnehmers ermöglicht werden. Die Richtlinie will damit zu einer Mindestharmonisierung dieser Systeme in der EU beitragen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 6). Weiter will die Richtlinie die Verwertbarkeit dinglicher Sicherheiten gewährleisten (Erwägungsgrund Nr. 9) und das Anfechtungsrecht und sonstige Rechtsbehelfe einschränken, um zu verhindern, dass eine Netting-Transaktion rückgängig gemacht werden muss oder ein Zahlungs- bzw. Übertragungsauftrag unwirksam wird (Erwägungsgrund Nr. 13). Ferner soll die Richtlinie festlegen, welches Insolvenzrecht im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Teilnehmers auf die Rechte aus der Teilnahme an dem System Anwendung findet (Erwägungsgrund Nr. 17).

Kurz gesagt, sollen die Rechtswirkungen der Verrechnungen nicht durch ein Erlöschen der Verrechnungsabrede aufgrund der Insolvenzeröffnung in Frage gestellt, eine bereits durchgeführte Verrechnung nicht durch den rückwirkenden Verlust der Verfügungsbefugnis oder durch einen Rückruf unwirksam und die in dem System gestellten Sicherheiten besonders geschützt werden. Darüber hinaus sollen auch Veranstalter von Bruttosystemen gegen die zwischenzeitliche insolvenzbedingte Unwirksamkeit von Aufträgen geschützt werden. Auch hier besteht das Risiko, dass andere Teilnehmer auf den als endgültig avisierten Zahlungseingang vertrauen und innerhalb des Geschäftstages entsprechend disponiert haben.

3. Grundkonzeption der Umsetzung

a) Die Rechtslage in Deutschland wird in weiten Bereichen schon den Vorgaben der Richtlinie gerecht. Die gilt beispielsweise für das in Artikel 7 enthaltene Verbot der „Null-Uhr-Regelung“, d.h. dass ein Insolvenzverfahren nicht rückwirkend in die Rechte und Pflichten der Systemteilnehmer eingreifen darf. Entsprechendes gilt auch für die in Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie geforderte Insolvenzfestigkeit der Netting-Vereinbarungen, die sich in Deutschland bereits aus allgemeinem Insolvenzrecht ergibt. Angesichts dieses beschränkten Umsetzungsbedarfs wäre es sys-

tematisch nicht überzeugend gewesen, ein eigenständiges Gesetz vorzusehen. Für eine punktuelle Umsetzung sprach auch, dass anderenfalls eng zusammenhängende Regelungsbereiche auseinandergerissen würden, was zwangsläufig zu einer Einbuße an Rechtsklarheit geführt hätte. Andererseits erwies es sich als sinnvoll, die Regelungsvorgaben der Richtlinie teilweise auf Bereiche auszudehnen, die zwar nicht selbst von der Richtlinie erfasst werden, mit dieser aber eine enge Verwandtschaft aufweisen. Als Beispiel sei in diesem Zusammenhang etwa die Änderung des Depotgesetzes genannt.

Ein weiteres Anliegen des Entwurfs ist es, Änderungen der am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung (InsO) nur soweit wie für die Umsetzung der Richtlinie unumgänglich vorzusehen. Dies gilt insbesondere für Bereiche, die die Grundkonzeption der InsO berühren.

- b) Die Richtlinie weist zahlreiche Berührungspunkte mit der Richtlinie 97/5/EG vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen (ABl. Nr. L 43 S. 25 – im Folgenden Überweisungsrichtlinie) auf, die bis zum 14. August 1999 umzusetzen ist. Der im Rahmen der Umsetzung der Überweisungsrichtlinie konzipierte Entwurf eines Überweisungsgesetzes (Drucksache 14/745) enthält auch Definitionen des Überweisungsvertrags sowie des Zahlungs- und Übertragungsvertrags, an die auch der vorliegende Entwurf anknüpft. Während sich durch den Überweisungsvertrag (§ 676a BGB) ein Kreditinstitut verpflichtet, einen bestimmten Geldbetrag auf ein Konto dem Begünstigten zur Verfügung zu stellen, betrifft der Zahlungsvertrag die Verpflichtung eines Kreditinstitutes gegenüber einem anderen Kreditinstitut, einen Überweisungsbetrag an ein drittes Kreditinstitut weiterzuleiten (§ 676d BGB). Der Übertragungsvertrag (§ 676 BGB) betrifft die Verpflichtung eines Kreditinstituts, Wertpapiere oder einen Anspruch auf Herausgabe von Wertpapieren weiterzuleiten. Werden Überweisungsverträge oder Zahlungs- oder Übertragungsverträge in einem entsprechenden System abgewickelt, so sehen die jeweiligen Vorschriften deren Unwiderruflichkeit ab dem vom System bestimmten Zeitpunkt vor.

Bei dem vorliegenden Entwurf musste die grundlegende dogmatische Neuorientierung des Überweisungsrechts berücksichtigt werden, wie sie dem Entwurf des Überweisungsgesetzes zugrunde liegt. Nach der bisherigen Dogmatik stellte die Überweisung selbst weder einen Geschäftsbesorgungsvertrag noch einen Auftrag im Sinne der §§ 662ff. BGB dar, sondern lediglich eine Weisung im Sinne der §§ 675, 665 BGB im Rahmen des Girovertrages. Der Girovertrag wurde als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675 BGB angesehen, der als Einzelvertrag zwischen den verschiedenen Beteiligten – also zwischen dem Überweisenden und seiner Bank, dem Überweisungsempfänger und seiner Bank und den in die Überweisung eingeschalteten Banken untereinander – besteht. Diese Konzeption konnte bei der Umsetzung der Überweisungsrichtlinie nicht beibehalten werden, da nach ihr die Bank keine Möglichkeiten hat, die

Überweisungen abzulehnen oder den Auftrag lediglich mit Modifikationen auszuführen. Dies soll künftig aber nach der Überweisungsrichtlinie möglich sein. Hinsichtlich der Widerruflichkeit von Überweisungsverträgen sollen die recht weitgehenden Widerrufsmöglichkeiten des geltenden Rechts noch der Konzeption des Entwurfs eines Überweisungsgesetzes im Grundsatz beibehalten werden. Für die Zahlungssysteme bzw. für die anderen Systeme wird jedoch vorgesehen, dass ab einem vom System bestimmten Zeitpunkt die Überweisung bzw. der Zahlungs- oder Übertragungsvertrag nicht mehr widerrufen werden darf, wobei zum Schutz der Systeme ein großzügiger Maßstab angelegt werden sollte.

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlosch nach der Konkursordnung und nach der bisherigen Fassung von § 116 InsO der Girovertrag. Umstritten war allerdings, ob dies auch zur Unwirksamkeit der einzelnen Überweisungen führte. Während nach der „Erlöschenstheorie“ der Überweisungsauftrag automatisch mit dem Girovertrag endete, sollte nach der „Bestandstheorie“ der Überweisungsauftrag trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens zumindest insoweit Gültigkeit haben, als er die Leistungs- und damit die Abwicklungswege festlegte.

Führte das Kreditinstitut in Unkenntnis der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Überweisungsauftrag aus, so kam ihm ein weitreichender Vertrauensschutz gegenüber dem Erlöschen des Girovertrages und damit des Überweisungsvertrages zugute. Denn der erloschene Girovertrag galt nach § 116 i.V.m. § 115 Abs. 3 InsO als fortbestehend, solange das überweisende Kreditinstitut die Eröffnung des Verfahrens ohne Verschulden nicht kannte. Wies das Konto des Schuldners ein Guthaben aus, so kam der Lastschrift der kontoführenden Bank gemäß § 82 InsO eine schuldtilgende Wirkung zu. Wurde das Konto demgegenüber debitorisch geführt, so bestand für den Überweisenden ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 116 i.V.m. § 115 Abs. 3 InsO, der allerdings Insolvenzforderung war. Mit der Einfügung des neuen § 116 Satz 3 InsO durch Artikel 3 Abs. 3 des Entwurfs eines Überweisungsgesetzes wird ausdrücklich klargestellt, dass Überweisungsverträge sowie Zahlungs- und Übertragungsverträge nicht durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erlöschen. Dies muss auch Auswirkungen auf den Aufwendungsersatzanspruch des die Überweisung durchführenden Kreditinstituts haben. Eine Differenzierung danach, ob das Konto ein Guthaben aufweist oder nicht, wäre dem neuen § 116 Satz 3 InsO nicht angemessen. Wird das Fortbestehen des Überweisungsvertrages sowie des Zahlungs- und Übertragungsvertrages ausdrücklich angeordnet, so besteht eine Verpflichtung des beauftragten Kreditinstituts, diese Geschäftsbesorgungsverträge auch nach Insolvenzeröffnung noch auszuführen. Die Qualifizierung des Aufwendungsersatzanspruches lediglich als Insolvenzforderung wird dieser Verpflichtung aber nicht gerecht. Denn es geht in diesem Zusammenhang nicht um einen Vertrauensschutz, wie er etwa in § 115 Abs. 3 InsO oder § 674 BGB anklingt, sondern um die Erfüllung eines

auch nach Verfahrenseröffnung fortbestehenden Vertrages. Der Aufwendungsersatzanspruch für den nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auszuführenden Überweisungsvertrag ist somit auch bei einem debitorischen Konto nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO eine Masseverbindlichkeit. Diese Konstruktion ist auch konsequent, da man keine Verpflichtung des Kreditinstituts schaffen kann, nach Verfahrenseröffnung eine Überweisung durchzuführen, um ihm dann lediglich eine u.U. marginale Insolvenzquote für den Aufwendungsersatzanspruch zu gewähren.

Hinsichtlich der Konsequenzen für die Aufrechnung wird auf die Begründung zu § 96 Abs. 2 InsO verwiesen.

Nach Artikel 3 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie sollen Zahlungsverträge, die nach Verfahrenseröffnung in das System eingestellt wurden, wirksam sein, sofern die Verrechnungsstelle hinsichtlich der Verfahrenseröffnung gutgläubig ist. Dieser Sonderfall bedarf keiner besonderen Umsetzung im deutschen Recht. Kommt der Zahlungsvertrag erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zustande, so kann durch ihn die Masse nicht mehr belastet werden, da die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit Verfahrenseröffnung auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist. Allerdings ist es geboten, einen gewissen Vertrauensschutz für diejenigen vorzusehen, die in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung und im Vertrauen auf den Bestand des Zahlungsvertrages handeln. Diesem Schutzbedürfnis wird jedoch durch die Anwendung von § 116 i.V.m. § 115 InsO ausreichend Rechnung getragen.

c) Vor dem geschilderten rechtlichen Hintergrund schlägt der Entwurf folgende Änderungen vor:

- Die Einschränkungen von Aufrechnungen nach § 96 InsO werden mit den Anforderungen der durch die Richtlinie geschützten Systeme abgestimmt.
- Ermöglichung der Anfechtbarkeit bestimmter Rechtshandlungen, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen werden.
- Sicherungszessionen oder Abtretungen an die Zentralbank eines Mitgliedstaates der EU sollen nicht dem Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters unterliegen und für sie soll auch kein Kostenbeitrag entrichtet werden müssen. Die vom Insolvenzverfahren unbeeinflusste Verwertbarkeit der Sicherheit wird auch für das Insolvenzplanverfahren sichergestellt.
- In Artikel 102 EGIInsO wird das für die Systeme maßgebende Recht im Falle der Insolvenz eines Teilnehmers bestimmt.
- Durch Änderungen des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) werden insbesondere die von der Richtlinie geforderten Melde- und Unterrichtungspflichten umgesetzt und die Wirkungen eines aufsichtsrechtlichen Moratoriums beschränkt.
- Mit der vorgeschlagenen Änderung des Depotgesetzes wird für bestimmte Wertpapiere eine spe-

zielle Ausgestaltung der Lex-*rei-sitae*-Regel vorgeschlagen.

d) Wie bereits ausgeführt, genügt das deutsche Recht bereits in weiten Teilen den Vorgaben der Richtlinie. Insofern besteht für einzelne Artikel der Richtlinie im deutschen Recht kein Umsetzungsbedarf:

- Dies gilt etwa für die in Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie postulierte Insolvenzfestigkeit von Netting-Vereinbarungen. Zwar bestimmt § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO, dass eine Aufrechnung ausgeschlossen ist, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann, doch werden nach § 94 InsO vertraglich herbeigeführte Aufrechnungslagen ausdrücklich in der Insolvenz geschützt (vgl. Drucksache 12/7302 S. 165). Nach dem vorgeschlagenen § 96 Abs. 2 InsO soll dies selbst dann gelten, wenn die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise herbeigeführt wurde. Um jedoch alle diesbezüglichen Zweifel auszuräumen, wird für den Bereich der geschützten Systeme § 95 Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich nicht für anwendbar erklärt.
- Die Festlegung des Zeitpunkts des Einbringens des Zahlungs- bzw. Übertragungsauftrags in Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie betrifft letztlich die Frage nach dem Zugang einer Willenserklärung und unterliegt nach deutschem Recht der Parteiautonomie.
- Artikel 4 der Richtlinie enthält eine Option für die Mitgliedstaaten, unter anderem zu bestimmen, dass nach der Verfahrenseröffnung Guthaben oder Wertpapiere auf dem Verrechnungskonto eines Teilnehmers dazu verwendet werden können, dessen Verbindlichkeiten aus dem System zu begleichen. Eine solche Regelung würde eine Abweichung von dem grundlegenden Prinzip des deutschen Insolvenzrechts bedeuten, dass mit Verfahrenseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter übergeht und grundsätzlich zur gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger eingesetzt wird. Ein zwingendes Bedürfnis für ein Gebrauchmachen von dieser Option ist derzeit nicht erkennbar.
- Artikel 6 Abs. 1 bestimmt für den Anwendungsbereich der Richtlinie den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung als Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung des zuständigen Gerichts ergangen ist. Dies entspricht der Rechtslage nach § 27 InsO.
- Durch Artikel 7 soll für den Bereich der Systeme die in einigen Staaten bekannte „Null-Uhr-Regelung“, d.h. die Rückwirkung der Verfahrenseröffnung auf den Beginn des entsprechenden Tages, für unzulässig erklärt werden. Eine solche Rückwirkung ist jedoch dem deutschen Recht unbekannt.

4. Die erfassten Systeme

Nach der Definition in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie ist ein „System“ eine Vereinbarung zwischen min-

destens drei Teilnehmern zur Ausführung von Zahlungs- bzw. Übertragungsaufträgen zwischen den Teilnehmern. Nach Artikel 10 der Richtlinie teilen die Mitgliedstaaten die Systeme der Kommission mit, für die die Richtlinie gelten soll. Nach § 24b Abs. 1 KWG in der Fassung des Gesetzentwurfs informiert die Deutsche Bundesbank die Kommission über die für Deutschland relevanten Systeme. Im Gegensatz zu einigen anderen Mitgliedstaaten, die die Richtlinie lediglich auf einzelne Großzahlungssysteme beschränken wollen, hat die Deutsche Bundesbank der Kommission eine Vielzahl von Systemen gemeldet, zu denen auch eine Reihe von Kleinbetragssystemen gehört. Im Bereich der Zahlungssysteme sind hier etwa zu nennen: der EZB-Payment-Mechanism als Bestandteil von TARGET, das Clearing der EBA, alle Zahlungssysteme, die von der Deutschen Bundesbank betrieben werden, die Zahlungssysteme der Sparkassen und Genossenschaftsbanken, alle Geldclearings der Deutsche Börse Clearing AG, alle Geldclearing der Eurex Clearing AG sowie alle Geldclearings aus Wertpapierumsätzen des Sparkassen- und des Genossenschaftsbankensektors. Im Bereich der Wertpapierliefer- und -abrechnungssysteme wurden alle Verfahren der Deutsche Börse Clearing AG zur Abrechnung von Wertpapierumsätzen, alle Wertpapierabrechnungssysteme der Eurex AG, alle Wertpapierabrechnungssysteme der Landesbanken/Girozentralen bzw. des Sparkassen- und des Genossenschaftsbankensektors gemeldet.

Diese Liste ist lediglich vorläufig und kann jederzeit um neue Systeme ergänzt werden.

II. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung der Insolvenzordnung)

Zu Nummer 1 (Anfügung eines neuen § 96 Abs. 2)

Eines der zentralen Anliegen der Richtlinie ist es, die Netting-Transaktionen in den Systemen insolvenzfest auszugestalten, so dass etwa die Verrechnungen auch nicht durch eine Anfechtung unwirksam werden. Insofern bestimmt Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie, eine Anfechtung dürfe nicht zur Folge haben, dass die Aufrechnung rückgängig gemacht wird. Dieser Gedanke findet sich auch in Erwägungsgrund Nr. 13. Deshalb musste § 96 ergänzt werden. Nach der geltenden Fassung von § 96 Nr. 3 ist eine Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Der Aufrechnungserklärung wird somit ihre Tilgungswirkung genommen, wenn die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise herbeigeführt wurde. Für das Netting innerhalb der Zahlungssysteme könnte dies gravierende Folgen insbesondere dann zeigen, wenn die Herbeiführung einer Aufrechnungslage als inkongruente Deckung nach § 131 gewertet würde. Eine Aufrechnung wäre damit stets unzulässig, wenn die Aufrechnungslage im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag herbeigeführt worden wäre. Diese Unsicherheit wäre für die Abwicklung der Systeme untragbar. Es muss somit erreicht werden, dass einerseits die Verrechnung innerhalb des Systems wirksam ist, andererseits das Anfechtungsrecht

nicht weitgehend entwertet wird. Nach der jetzigen Fassung von § 96 Nr. 3 wird die Aufrechnungserklärung, sofern sie vor Eröffnung des Verfahrens abgegeben wurde, mit Eröffnung rückwirkend unwirksam. Einer Aufrechnungserklärung nach Verfahrenseröffnung kommt von vornherein keine Wirkung zu (Drucksache 12/2443 S. 141). Diese Rechtsfolge ist mit der Intention der Richtlinie unvereinbar. Die Verrechnungen innerhalb der Systeme müssen deshalb trotz einer anfechtbar herbeigeführten Aufrechnungslage in der Insolvenz eines Teilnehmers Bestand haben. Auch unter dem Gesichtspunkt der Gläubigergleichbehandlung ist dies nicht zu beanstanden, da in der Praxis mit einem antizipierten Aufrechnungsvertrag gearbeitet wird, indem der Verrechnungsmechanismus im Voraus als eine besondere Form eines Erfüllungssurrogats vereinbart wird, ohne dass zunächst verrechnungsfähige Forderungen existieren. Die Forderungen, die anschließend an dem jeweiligen Geschäftstag entstehen und zur Verrechnung gelangen, sind bereits im Zeitpunkt ihrer Entstehung mit dem Verrechnungsmechanismus behaftet.

Nach dem neuen Absatz 2 tritt nicht mehr die automatische Unwirksamkeit ein, wie sie § 96 Nr. 3 zugrunde liegt, sondern die Anfechtung der Aufrechnung ist durch den Insolvenzverwalter besonders geltend zu machen. Für Zahlungs- oder Überweisungsverträge, die erst nach Verfahrenseröffnung in das System eingebracht werden, musste in § 147 Abs. 1 eine besondere Bestimmung vorgesehen werden. Da die Verrechnungen innerhalb des Systems nach dem neuen Absatz 2 Bestand haben, richtet sich der Anspruch nach § 143 auf den Wertersatz. Neben dem spezifischen Rechtsbehelf der Anfechtung sind auch bereicherungsrechtliche Ansprüche denkbar, sofern sie die Verrechnungen innerhalb des Systems unberührt lassen.

Im Interesse der Rechtssicherheit und um einen reibungslosen Abschluss der Abrechnung im Falle der Insolvenz eines Teilnehmers während eines laufenden Geschäftstages zu ermöglichen, werden für die Verrechnungen in den Systemen nicht nur § 96 Nr. 3, sondern auch die Nummern 1, 2 und 4 ausgeschlossen.

Zahlungsverträge, die nach Verfahrenseröffnung in das System eingebracht werden, sollen gemäß der Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen noch ausgeführt werden. Für die Zulässigkeit einer Verrechnung darf es dabei keinen Unterschied machen, ob ein bestimmter Zahlungsvertrag vor oder nach dem des insolventen Systemteilnehmers eingebracht wurde, selbst wenn hierdurch unterschiedliche Fälligkeitszeitpunkte bedingt sein sollten. Insofern war es geboten, für die geschützten Systeme auch § 95 Abs. 1 Satz 3 auszuschließen. Zwar dürfte diese Vorschrift ohnehin nur auf Aufrechnungslagen kraft Gesetzes anwendbar sein, doch besteht gerade bei Sachverhalten mit zahlreichen Bezügen zum Ausland ein besonderes Bedürfnis nach Rechtsklarheit.

Übereinstimmung mit Artikel 3 Satz 2 der Richtlinie soll der Ausschluss jedoch nur für die Verrechnungen gelten, die spätestens am Tage der Verfahrenseröffnung ausgeführt werden.

Nur zur Klarstellung sei noch darauf hingewiesen, dass mit dieser Regelung keine Verpflichtung für die System-

betreiber verbunden ist, in das System eingebrachte Aufträge zwingend zu verrechnen. Dies ergibt sich bereits aus Erwägungsgrund Nr. 12 der Richtlinie. So kann etwa eine Verrechnung (zeitweilig) daran scheitern, dass die Verarbeitung des Auftrages zur Überschreitung eines vereinbarten Limits führen würde und der Auftrag deshalb in eine Warteschlange gestellt wird.

Zur näheren Präzisierung der Systeme wird in Satz 2 auf die Definition in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie verwiesen. Es wurde davon abgesehen, in die Insolvenzordnung eine eigenständige Begriffsbestimmung einzustellen, da diese einerseits sehr umfangreich gewesen wäre, andererseits die maßgebenden Systeme dennoch nur sehr allgemein hätte umreißen können. Im Übrigen wäre eine solche Definition ohnehin nur von sehr beschränktem Nutzen, da für die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen allein maßgebend ist, ob das betreffende System der Kommission gemeldet wurde. Allerdings ist es nicht ausreichend, nur die Systeme zu erfassen, auf die deutsches Recht Anwendung findet und die von der Deutschen Bundesbank der Kommission zu melden sind. Da auf die Begriffsbestimmung auch in anderen Vorschriften Bezug genommen wird, sollte sie alle Systeme erfassen, bei denen eine vergleichbare Interessenlage gegeben ist. Dies sind zunächst die Systeme der anderen Mitgliedstaaten, aber auch die aus Drittstaaten. Besondere Bedeutung hat dies für die allseitige Kollisionsnorm des neuen Artikels 102 Abs. 4 EGIinsO. Ist ein inländisches Institut Teilnehmer eines Systems aus einem Drittstaat, so ist für die anderen Teilnehmer von erheblichem Interesse zu wissen, welches Recht in der Insolvenz des inländischen Instituts Anwendung findet. Würde das nationale Insolvenzrecht nicht auch zum Schutz eines Drittlandsystems modifiziert, hätten möglicherweise deutsche Institute Wettbewerbsnachteile, weil der dortige Systemveranstalter bereits eine direkte Beteiligung aus Gründen des rechtlichen Risikos ablehnen oder aber unabhängige Rechtsgutachten über die Rechtslage im Falle einer Insolvenz nach dem jeweiligen Heimatrecht einholen könnte, was zu Zeitverlust und Kosten führen würde. Deutlich wird dies bei der Behandlung dinglicher Sicherheiten. Werden diese nach dem maßgebenden Insolvenzrecht deutlich entwertet, so müssen der Systemveranstalter und die anderen Teilnehmer hierfür Vorkehrungen treffen.

Zu Nummer 2 (Anfügung eines neuen § 147 Abs. 1 Satz 2)

Nach Artikel 3 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie können Zahlungs- und Übertragungsverträge, die erst nach Verfahrenseröffnung in das System eingebracht wurden, dann wirksam ausgeführt werden, wenn die ausführende Stelle keine Kenntnis von der Verfahrenseröffnung hatte. Wie in der Begründung zu Artikel 1 Nr. 1 der Richtlinie bereits ausgeführt, soll der neue § 96 Abs. 2 nicht die Anfechtung insgesamt ausschließen. Vielmehr ist eine Anfechtung durchaus zulässig, wenn in Übereinstimmung mit Erwägungsgrund Nr. 13 der Richtlinie sichergestellt ist, dass die Anfechtung nicht zur Folge hat, dass die Verrechnung rückgängig gemacht wird oder die betreffenden Zahlungs- bzw. Übertragungsverträge im System unwirksam werden. Da jedoch nach § 129 nur

die Rechtshandlungen der Anfechtungen unterliegen, die vor Verfahrenseröffnung vorgenommen worden sind, war für die nach diesem Zeitpunkt vorgenommenen Verrechnungen eine Sonderregelung erforderlich. Da die Rechts- und Interessenlage vergleichbar mit den Rechtshandlungen ist, die wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, des Schiffsregisters und des Schiffsbauregisters noch nach Verfahrenseröffnung gemäß § 81 Abs. 1, § 91 Abs. 2 Wirksamkeit erlangen, soll die entsprechende Sondervorschrift in § 147 eingestellt werden. Wie bei der Anfechtung vor Verfahrenseröffnung kommt bei Verrechnungen im System nur ein Anspruch auf Wertersatz in Frage.

Zu Nummer 3 (Anfügung eines neuen § 166 Abs. 2 Satz 3)

Nach Artikel 9 Abs. 1 der Richtlinie werden die Rechte von Teilnehmern an dinglichen Sicherheiten, die ihnen im Rahmen eines Systems geleistet wurden, sowie der Zentralbanken der Mitgliedstaaten an ihnen gewährten Sicherheiten durch ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Sicherungsgebers „nicht berührt“. Diese dinglichen Sicherheiten können zur Befriedigung der ihnen zugrunde liegenden Forderung verwertet werden. In Artikel 2 Buchstabe m der Richtlinie wird als dingliche Sicherheit ein verwertbarer Vermögensgegenstand definiert, der zur Sicherung von Rechten und Verbindlichkeiten, als Pfand, im Rahmen einer Rückkaufsvereinbarung (Pensionsgeschäft), einer vergleichbaren Vereinbarung oder in anderer Form bereitgestellt wird. In Erwägungsgrund Nr. 18 wird noch einmal betont, dass diese dinglichen Sicherheiten von der Anwendung des Insolvenzrechts auf den insolventen Teilnehmer nicht berührt werden. Nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie muss „nicht berührt“ so verstanden werden, dass die betreffende Sicherheit dem Sicherungsnehmer ohne Abzüge uneingeschränkt zur Verfügung steht. Das Verwertungsrecht steht somit wie unter der Konkursordnung dem Sicherungsnehmer zu, der sich aus dem Erlös wegen der Hauptforderung, der Zinsen und Kosten befriedigen darf. Ein etwaiger Mehrerlös hat er an die Insolvenzmasse zurückzugewähren.

Nach der geltenden Fassung der Insolvenzordnung steht abweichend von diesem Ansatz der Richtlinie nach § 166 das Verwertungsrecht an beweglichen Sachen, die der Insolvenzverwalter in seinem Besitz hat, und an Forderungen, die der Schuldner zur Sicherheit abgetreten hat, dem Insolvenzverwalter zu. Damit sind aus dem Verwertungserlös die Kosten für die Feststellung und die Verwertung des Gegenstandes vorweg für die Insolvenzmasse zu entnehmen. Zusammen mit der Umsatzsteuer, die nach § 170 Abs. 2 ebenfalls vom gesicherten Gläubiger zu tragen ist, würde dies regelmäßig zu einem Abzug in Höhe von 24 % führen, was mit der Zielrichtung der Richtlinie, die Sicherheit ungeschmälert für die genannten Gläubiger zu erhalten, nicht zu vereinbaren wäre.

Der Hintergrund dieser Freistellung von in Systemen gestellten dinglichen Sicherheiten beruht zum einen auf den dringenden Liquiditätsbedürfnissen der Systeme, die jede Verzögerung der Sicherheitenverwertung oder Kür-

zung des Sicherheitenwertes ausschließen. Hat beispielsweise ein Teilnehmer zur Sicherung seines negativen Verrechnungskontos eine Bareinlage vorgenommen, so hätte die Insolvenzbefangenheit dieser Sicherheit zur Konsequenz, dass der taggleiche Saldenausgleich nicht stattfinden kann, da die anderen Teilnehmer auf das ihnen zur Sicherung bereitgestellte Guthaben nicht zurückgreifen könnten (so z.B. im Falle des EBA Clearings).

Die in Artikel 9 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie vorgesehene Privilegierung der Zentralbanksicherheiten soll den Anforderungen des primären Gemeinschaftsrechts in Artikel 18 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich des ESZB-Statuts Rechnung tragen, wonach Zentralbankkredite an Kreditinstitute und andere Marktteilnehmer nur gegen – ökonomisch und juristisch – ausreichende Sicherheiten gewährt werden können. Durch das Erfordernis ausreichender Sicherheiten soll vor allem die Wettbewerbsneutralität der Zentralbankrefinanzierung für das Bankensystem erreicht werden, da ohne ausreichende Sicherheiten die Zentralbank Kredite nur nach entsprechender Bonitätseinschätzung gewähren könnte. Ferner sieht das Statut des ESZB vor, dass Verluste aus Kreditgeschäften unter Umständen gemeinsam getragen werden. Damit wäre jedoch nicht vereinbar, wenn einzelne Teilnehmerstaaten eine freie Verwertung zuließen, andere jedoch nicht.

Ein praktisches Regelungsbedürfnis besteht jedoch nur bei der Sicherungszession, die in § 166 Abs. 2 explizit genannt wird. Werden hingegen die Forderungen verpfändet, so steht dem Insolvenzverwalter kein Verwertungsrecht zu. Sowohl Zahlungssysteme als auch zunehmend die Zentralbanken der EU verwenden nämlich unverbriefte Buchforderung ihrer Teilnehmer bzw. Kreditinstitute als Sicherheit. So unterhalten beispielsweise die Teilnehmer am EBA Clearing eine verzinsliche Bareinlage bei der Europäischen Zentralbank i.H.v. derzeit ca. 20 Mio. Euro je Teilnehmer, die der Gemeinschaft der übrigen Teilnehmer (vertreten durch die EBA Clearing Company) als Sicherheit für ihre Forderungen gegen diesen Teilnehmer zur Verfügung steht. Ferner akzeptieren im Rahmen der Stufe III der Währungsunion die Zentralbanken von Frankreich, Irland, den Niederlanden, Österreich, Deutschland und Spanien schlichte Buchkredite der Geschäftsbanken als Sicherheit für alle Arten der Refinanzierung, sofern die Schuldner den strengen Bonitätsanforderungen der Zentralbanken genügen (sog. „Kategorie-2-Sicherheiten“, vgl. Kapitel 6.3 des Anhangs 1 der EZB-Ratsleitlinie 1998/02 – „Allgemeine Regelungen für geldpolitische Instrumente und Verfahren“ vom September 1998). Buchforderungen, die nach deutschem Recht entstanden sind, können nach dem bürgerlichen Recht verpfändet, sicherungsweise zediert oder im Rahmen einer Kauf-/Rückkaufkonstruktion mit anschließender Vollzession (vgl. § 340b HGB, sog. Pensionsgeschäft, das an den internationalen Finanzmärkten immer üblicher wird) für Sicherungszwecke eingesetzt werden.

In der Praxis spielt die Sicherungszession von Forderungen für die Geschäfte in Zahlungs- und Wertpapierlieferungssystemen und mit Zentralbanken eine bedeutende Rolle.

Sie wird etwa von der Zentralbank von Frankreich verwendet, nachdem im französischen Recht für den Finanzbereich die Sicherungszession zivilrechtlich anerkannt und jüngst auch insolvenzfest ausgestaltet wurde. Gleiches gilt für die belgische Nationalbank, nachdem dort per Gesetz vom 15. Juli 1998 die Sicherungszession im Finanzbereich ausdrücklich anerkannt worden ist. Auch die österreichische Nationalbank macht von der dort generell akzeptierten Sicherungszession Gebrauch. Die Zentralbanken von England und Irland, teilweise auch die von Portugal und Italien, bevorzugen demgegenüber die Vollzession im Rahmen eines Pensionsgeschäfts, da dort die Verpfändungstechniken praktische Probleme aufwerfen. Während die Deutsche Bundesbank für ihr eigenes Geschäft nur die Verpfändung gewählt hat, bietet sie aber anderen Zentralbanken bei der Nutzung deutscher Forderungen durch deren Geschäftsbanken wahlweise die Verpfändung als auch die Zessionstechnik an. Auch im Rahmen des EBA Clearings werden die Bareinlagen der Teilnehmer bei der EZB, die alle nach deutschem Recht geleistet werden, alternativ verpfändet oder sicherungsweise zediert, wenngleich § 166 Abs. 2 wegen der besonderen Ausgestaltung der zedierten Rechte nicht anwendbar sein dürfte. Eine Anpassung der Insolvenzordnung in diesem Bereich war somit zwingend geboten.

Die Sicherungsübereignung von Wertpapieren, Edelmetallen und anderen körperlichen Gegenständen bedarf keiner besonderen Behandlung, da zum einen die im Handelsrecht ausdrücklich anerkannte Kauf-/Rückkauftechnik zur Verfügung steht, die ohnehin zur Vollübereignung des jeweiligen Gegenstands führt, so dass der Kassakäufer die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis hierüber erhält und die Sachen, anders als bei der Verpfändung bzw. Sicherungsübereignung, weiter veräußern darf. Zum anderen wäre die Sicherungsübereignung nur dann von den Einschränkungen der §§ 166ff. erfasst, wenn die betreffenden Gegenstände im Besitz des insolventen Sicherungsgebers geblieben wären. Da im Finanzbereich der Verbleib der Gegenstände im Besitz des Sicherungsgebers die Ausnahme sein dürfte, bedurfte es insoweit keiner Anpassung. Werden Wertpapiere etwa von der Deutsche Börse Clearing AG verwahrt, so ist diese unmittelbarer Fremdbesitzer, während eine etwaig eingeschaltete Depotbank als Zwischenverwahrer mittelbarer Besitzer wäre. Die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch den Sicherungsgeber auf den Sicherungsnehmer durch Umstellung des Besitzmitteilungsverhältnisses begründet ein Verwertungsrecht des Gläubigers nach § 173 Abs. 1. Im Falle der Verpfändung kann die in § 1205 BGB neben der Einigung geforderte Übergabe ebenfalls durch eine Umstellung des Besitzmitteilungsverhältnisses vorgenommen werden.

Mit der Einschränkung des Verwertungsrechts durch den neuen Absatz 2 Satz 3 entfällt bei der Sicherungszession auch der Kostenbeitrag nach § 170.

Zu Nummer 4 (Anfügung eines neuen § 223 Abs. 1 Satz 2)

Die in Artikel 9 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehene Abschottung der dinglichen Sicherheiten vor insolvenz-

rechtlichen Wirkungen, die in einem System gestellt wurden, oder von Sicherheiten der Zentralbanken muss auch im Insolvenzplanverfahren gewährleistet sein. Während § 166 Abs. 2 Satz 2 die ungestörte Verwertungsbefugnis der gesicherten Systemteilnehmer im Regelinsolvenzverfahren sicherstellen soll, dient der neue § 223 Abs. 1 Satz 2 der Absicherung dieser Gläubiger im Planverfahren. Obwohl den absonderungsberechtigten Gläubigern im Planverfahren eine privilegierte Rolle eingeräumt wird, ist dennoch eine Ergänzung von § 223 Abs. 1 geboten.

Die Rechte dieser Gläubiger werden vom Plan ohnehin nur berührt, wenn dies ausdrücklich vorgesehen ist. Nach § 222 muss für sie eine besondere Gruppe gebildet werden, wenn durch den Plan in ihre Rechte eingegriffen wird. Im Rahmen des Obstruktionsverbots kann die Zustimmung absonderungsberechtigten Gläubigern nur ersetzt werden, wenn sie durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen solchen Plan stünden. Da sie ohne Plan ihr Absonderungsrecht geltend machen könnten, kann ihre Zustimmung nicht ersetzt werden, wenn sie bei liquidationsmäßiger Verwertung des schuldnerischen Vermögens mehr erhalten würden als im Planverfahren. Selbst wenn die nach § 166 Abs. 2 Satz 2 n.F. besonders geschützten Gläubiger mit anderen absonderungsberechtigten Gläubigern in einer Gruppe zusammengefasst und dort majorisiert würden, bestände für sie immer noch die Möglichkeit des Minderheitenschutzes nach § 251. Nach dieser Vorschrift ist die Bestätigung des Insolvenzplans zu versagen, wenn einer dieser Gläubiger durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen solchen stünde. Die absonderungsberechtigten Gläubiger können somit weitgehend ihre Interessen wahren, wobei allerdings die verfahrensmäßige Geltendmachung der Rechte einige Zeit in Anspruch nehmen kann. In den von der Richtlinie erfassten Systemen muss jedoch, zur Verhinderung un kalkulierbarer Folgeschäden, sichergestellt sein, dass die Sicherheit unverzüglich nach Eintritt des Sicherungsfalles realisiert werden kann. Für die gesicherten Systemteilnehmer wäre es nicht hinnehmbar, mit der Verwertung der Sicherheit etwa so lange zu warten, bis das Gericht die Bestätigung des Insolvenzplans versagt. Mit dem neuen § 223 Abs. 1 Satz 2 wird erreicht, dass die Absonderungsrechte gesicherter Systemteilnehmer nicht Gegenstand eines Insolvenzplans sein können. Ein Plan, der dennoch einen solchen Eingriff in ihre Rechte vorsieht, wäre vom Gericht nach § 231 zurückzuweisen.

Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung)

Anfügung eines neuen Artikels 102 Abs. 4

Übereinstimmend mit Erwägungsgrund Nr. 17 bestimmt Artikel 8 der Richtlinie, dass sich im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Rechte und Pflichten des insolventen Teilnehmers, die sich aus seiner Teilnahme am System ergeben, nach dem Recht bestimmen, das auf das System Anwendung findet. Eine entsprechende Vorschrift enthält auch Artikel 9 des Europäischen Insolvenzübereinkommens, nach dem für die Rechte und Pflichten der Mitglieder eines Zahlungs- und Abwick-

lungssystems oder eines Finanzmarktes ausschließlich das Recht des Staates gilt, das auf das betreffende System oder den betreffenden Markt anzuwenden ist. Beide Vorschriften beinhalten somit eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz des internationalen Insolvenzrechts, nach dem das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen dem Recht des Staates unterliegen, in dem das Verfahren eröffnet worden ist. Artikel 8 der Richtlinie ist insoweit präzisierungsbedürftig, als dort generell auf alle Rechte und Pflichten abgestellt wird, die aus dem System erwachsen. Demgegenüber konkretisiert Erwägungsgrund Nr. 17, dass die Richtlinie lediglich festlegt, welches Insolvenzrecht für diese Rechte und Pflichten maßgebend sein soll. Damit wird die grundlegende Ausrichtung des internationalen Insolvenzrechts angesprochen, das stets nur Antworten auf insolvenzspezifische Fragestellungen geben will.

Nach dem neuen Artikel 102 Abs. 4 ist somit das Recht des Staates maßgebend, auf das sich die Systemteilnehmer geeinigt haben. Zur Bestimmung der erfassten Systeme verweist Absatz 4 auf § 96 Abs. 2 der InsO, der seinerseits auf Artikel 2 der Richtlinie Bezug nimmt. Damit wird sichergestellt, dass die Teilnehmer bei ihrer Rechtswahl sich nur für das Recht eines Mitgliedstaates entscheiden können, in dem wenigstens einer von ihnen seine Hauptverwaltung hat. Zumindest ein Systemteilnehmer muss somit eine enge Verbindung zu dem Mitgliedstaat haben, dessen Recht im Falle der Insolvenz anwendbar sein soll.

Zu Artikel 3 (Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen)

Zu Nummer 3 (Einfügung eines neuen § 24b)

Zu Absatz 1

Die Mitgliedstaaten sollen sich nach der Richtlinie darum bemühen, zwischen den einzelnen Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen eine Verbindung herzustellen, um die Transparenz und Rechtssicherheit bei Wertpapiergeschäften zu fördern (Erwägungsgrund Nr. 22). Um diese Zusammenarbeit zu ermöglichen, müssen von einer Stelle die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Systeme erfasst werden, da nur so der angestrebte Informationsfluss sichergestellt werden kann. Eine EU-weite Übersicht über die für die Richtlinie relevanten Systeme ist aber nicht nur im Bereich der Wertpapiergeschäfte sinnvoll, sondern auch bei den Zahlungssystemen. Diesem Gedanken wird schon bei der Definition der Systeme in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie Rechnung getragen, wo ausdrücklich vorgesehen ist, dass die betreffenden Systeme von dem zuständigen Mitgliedstaat der Kommission gemeldet sein müssen. Diese Informationspflicht wird noch einmal in Artikel 10 Satz 1 der Richtlinie festgeschrieben. Damit die zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten dieser Informationspflicht gegenüber der Kommission genügen können, bestimmt Artikel 10 Satz 2, dass ein System dem für ihn zuständigen Mitgliedstaat die Teilnehmer und spätere Änderungen des Teilnehmerkreises mitzuteilen hat. Darüber hinaus gestattet Artikel 10 Satz 3 der Richtlinie den Mitgliedstaaten, die Systeme einer Beaufsichtigung oder

Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Von dieser Option wird in dem Gesetzentwurf kein Gebrauch gemacht, da die Aufsichtsbefugnisse des Kreditwesengesetzes insofern ausreichend sind.

Entsprechend den in § 24 geregelten Anzeigepflichten bestimmt deshalb der neue § 24b Abs. 1 Satz 1, dass ein Kreditinstitut die Absicht, ein System zu betreiben, dem Bundesaufsichtsamt und der Deutschen Bundesbank anzuzeigen und die Teilnehmer zu benennen hat. Damit wird erreicht, dass die Deutsche Bundesbank ihrer in Absatz 1 Satz 3 geregelten Verpflichtung, der Kommission die unter die Richtlinie fallenden deutschen Systeme zu melden, nachkommen kann. Außerdem erhalten Bundesaufsichtsamt und Deutsche Bundesbank einen Überblick zumindest über die von der Richtlinie erfassten Systeme. Damit dürften die bedeutendsten Systeme in Deutschland abgedeckt sein.

Zu Absatz 2

Mit Absatz 2 soll Artikel 10 Satz 4 der Richtlinie umgesetzt werden, der jedem, der ein berechtigtes Interesse hat, einen Auskunftsanspruch gegenüber einem Institut einräumt, an welchen Systemen dieses beteiligt ist, sowie über die wesentlichen Regeln, nach denen diese Systeme funktionieren. Ähnlich wie bei dem Auskunftsanspruch nach Artikel 3 der Überweisungsrichtlinie sollen hierdurch im Vorfeld einer Geschäftsanbahnung potentielle Geschäftspartner der Institute die Informationen erhalten, die für einen Vertragsabschluß u.U. mitentscheidend sein können. Dieser Anspruch besteht jedoch nur, wenn der Informationssuchende ein berechtigtes Interesse nachweisen kann. Dies wäre etwa dann nicht gegeben, wenn ein Konkurrent lediglich zur Erlangung von Wettbewerbsvorteilen die Geschäftsbeziehungen eines Mitbewerbers ausforschen will.

Zu Absatz 3

Die Einzelheiten des in Absatz 1 geregelten Verfahrens und des in Absatz 2 enthaltenen Auskunftsanspruchs sollen bei Bedarf in einer Rechtsverordnung festgelegt werden können. Dies gilt etwa für die Frage, in welchem Zeitraum Bundesaufsichtsamt und Deutsche Bundesbank zu informieren sind und wie diese Information – etwa auf einem Formblatt – zu geschehen hat. Bezüglich des Auskunftsanspruchs könnte in der Verordnung präzisiert werden, welche Regeln wesentlich für das Funktionieren des Systems sind oder in welcher Form die Auskunft zu erteilen ist.

Zu Absatz 4

Da nicht allen Systemveranstaltern die Eigenschaft eines Instituts im Sinne dieses Gesetzes zukommt, wird durch Absatz 4 sichergestellt, dass die einschlägigen Vorschriften auch auf diese Veranstalter Anwendung finden.

Zu Nummer 4 (Änderung des § 46a)

Mit dem vorgeschlagenen Absatz 1 Satz 6 sollen die Systeme gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen abgeschirmt werden, die zu einem Veräußerungs- und Zahlungsverbot führen können und damit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Instituts nachhaltig ein-

schränken. Im Interesse der Systeme hat die Richtlinie die erfassten Insolvenzverfahren in Artikel 2 Buchstabe j auf alle Kollektivmaßnahmen erstreckt, die mit dem Ziel ergriffen werden, den betreffenden Teilnehmer entweder zu liquidieren oder zu sanieren und seine Befugnis einzuschränken, Zahlungen vorzunehmen. Von dieser Definition werden auch die in § 46a genannten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen erfasst. Bei der Umsetzung der Richtlinie ist somit sicherzustellen, dass diese Maßnahmen nicht die Systeme und die dinglichen Sicherheiten der Zentralbanken beeinträchtigen. Zu den Vorschriften der Insolvenzordnung, die entsprechend anzuwenden sind, gehören insbesondere § 96 Abs. 2, § 116 Satz 3, § 147 Abs. 1 Satz 2 sowie § 126 Abs. 2 Satz 2.

Zu Nummer 4 (Änderung des § 46b)

Zu Buchstabe b (Anfügung eines neuen § 46b Abs. 1 Satz 5)

Sobald ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, hat nach Artikel 6 Abs. 2 der Richtlinie das Insolvenzgericht unverzüglich die zuständige Behörde zu informieren.

Nach § 46b KWG kann der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur vom Bundesaufsichtsamt gestellt werden. Nach der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung der Vorschrift hatte das Konkursgericht dem Antrag des Bundesaufsamtes zu entsprechen, es konnte allenfalls in massearmen Verfahren die Eröffnung nach § 107 KO ablehnen. Die Neufassung von § 46b KWG sieht eine solche Bindung des Insolvenzgerichts nicht mehr vor. Es ist deshalb sinnvoll, im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie zu bestimmen, dass dem Bundesaufsichtsamt, wie nach § 30 Abs. 2 InsO für Gläubiger, Schuldner und Drittschuldner vorgesehen, der Eröffnungsbeschluss gesondert zuzustellen ist. Bisher wurde das Bundesaufsichtsamt lediglich als Antragsteller über die Entscheidung des Gerichts informiert. Eine entsprechende Unterrichtungspflicht soll auch in die Mitteilungen für Zivilsachen eingestellt werden.

Zu Buchstabe c (Anfügung eines neuen § 46b Abs. 2)

Im Interesse der anderen Systemteilnehmer, aber auch im Interesse der Kunden der Teilnehmer muss die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Systemteilnehmers möglichst zügig den zuständigen Stellen der anderen Mitgliedstaaten mitgeteilt werden (vgl. Erwägungsgrund Nr. 15). Zu diesem Zweck bestimmt Artikel 6 Abs. 3 der Richtlinie, dass der betreffende Mitgliedstaat unverzüglich die anderen Mitgliedstaaten von der Verfahrenseröffnung in Kenntnis setzt. Dieser Informationsfluss hat zwischen den Stellen zu erfolgen, die gemäß Artikel 10 Satz 1 der Richtlinie der Kommission gemeldet wurden. Der neue § 46b Abs. 2 weist für Deutschland diese Aufgabe dem Bundesaufsichtsamt zu.

Zu Nummer 5 (Änderung des § 53b Abs. 3)

Notwendige Folgeänderung für Zweigniederlassungen von Unternehmen aus dem Europäischen Wirtschaftsraum.

Zu Artikel 4 (Änderung des Depotgesetzes)

Mit dem neuen § 17a soll Artikel 9 Abs. 2 der Richtlinie umgesetzt werden. Nach dieser Vorschrift bestimmen sich die Rechte an Wertpapieren, die als Sicherheit im Rahmen von Artikel 9 Abs. 1 der Richtlinie geleistet wurden und bei denen die Rechte an diesen Wertpapieren mit rechtsbegründender Wirkung in ein Register eingetragen oder auf einem Konto oder bei einem zentralen Verwahrsystem verbucht werden, nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sich das Register, das Konto oder das zentrale Verwahrsystem befindet. Dabei soll die Vorschrift nur für die Register etc. gelten, die das Eigentum an diesen Wertpapieren bzw. das Recht auf Lieferung oder Übertragung der Wertpapiere belegen (Erwägungsgrund Nr. 19). Ziel ist der Schutz derjenigen, denen Wertpapiere nach dem Recht des Staates des Registers etc. wirksam geleistet wurden. Dieser Schutz soll so realisiert werden, dass sich die Gültigkeit und Verwertbarkeit dieser dinglichen Sicherheiten insbesondere in der Insolvenz ausschließlich nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sich das Register befindet, richten.

Die Vorschrift soll dazu beitragen, angemessene Lösungen etwa für folgenden, von der Kommission gebildeten Sachverhalt zu finden. Bank A in Land 1 verpfändet einen Teil ihrer Eurobonds, die auf Konten entweder bei Euroclear oder Cedel verbucht sind, an Bank B des Landes 2. Euroclear oder Cedel richten für diese Transaktion ein spezielles Pfandkonto ein, auf dem die Eurobonds als Sicherheit für den Kredit von Bank B verbucht werden. Die Eigentümerrechte von Bank B sowie die Formalien, die von Euroclear oder Cedel bei der Pfandbestellung beachtet werden müssen, bestimmen sich nach Internationalem Privatrecht nach der *lex rei sitae*. Aber welches ist die maßgebende *lex rei sitae*, wenn das Pfand auf Sicherheiten beruht, die lediglich verbucht sind? Ist es das britische Recht, weil die „global note“, die die Emission der Eurobonds insgesamt repräsentiert, in London deponiert ist, oder ist belgisches oder luxemburgisches Recht maßgebend, weil die Eurobonds auf Konten von Euroclear oder Cedel gehalten werden, oder ist ein drittes Recht maßgebend?

Probleme hinsichtlich des maßgebenden Rechts kann es auch bei den künftig noch an Bedeutung gewinnenden „global shares“ geben, die, wie beispielsweise die Daimler-Chrysler-Aktien, z.T. in Form einer Globalurkunde in Frankfurt und einer Globalurkunde oder einem Registereintrag in New York vorhanden sind. Bei grenzüberschreitendem Handel und Lieferung zwischen den verschiedenen Märkten kann sich der Bestand „verschieben“, was zur Folge hätte, dass zu der „global note“ in Frankfurt noch Wertpapierguthaben der Deutsche Börse Clearing AG auf dem Verrechnungskonto in New York hinzukämen, so dass sich der in Frankfurt vorhandene Deckungsbestand aus z.T. auch in New York verwahrten Aktien zusammensetzen würde.

Nach dem geltenden deutschen Internationalen Privatrecht wird bei Wertpapieren zwischen dem Wertpapierrechtsstatut und dem Wertpapiersachstatut unterschieden. Während das Wertpapierrechtsstatut kollisionsrechtlich entscheidet, welches Recht auf das im Wertpapier verbriefte Recht Anwendung findet, regelt das

Wertpapiersachstatut die Fragen, die mit dem Rechtsstatus des Wertpapiers als Sache zusammenhängen. Das erste Statut bestimmt sich nach den für das verbriefte Recht geltenden Regeln. Diese hängen von dem Wertpapiersachstatut nur insoweit ab, als sie sich diesem unterwerfen. Für das Wertpapiersachstatut sind hingegen die Regeln des internationalen Mobiliarsachenrechts einschlägig, so dass das Wertpapier sachenrechtlich dem Recht des Lageortes (*lex cartae sitae*) unterliegt. Das Wertpapierrechtsstatut wird als Hauptstatut bezeichnet. Nach ihm bestimmt sich etwa, ob und inwieweit das verbriefte Rechtsverhältnis durch das Eigentum, ein beschränktes dingliches Recht oder den Besitz am Wertpapier beeinflusst wird.

Diese differenzierte Behandlung nach den unterschiedlichen Statuten ist jedoch nur bei den Wertpapieren im engeren Sinne sachgerecht, bei denen ein „effektives Stück“ existiert. Für Wertpapiere in Form von Sammelurkunden oder für Buchrechte ist es sinnvoller, das Recht am Buchungsort heranzuziehen. Eine Anknüpfung an den „Heimatort“ des Wertpapiers ist fragwürdig, wenn nicht durch Übergabe oder Übergabesurrogate über bestimmte Wertpapiere verfügt wird, sondern wie im Effekten giroverkehr durch Gutschrift ein Anteil an einem Sammelbestand von Wertpapieren übertragen wird. In diesen Fällen soll sich etwa die Wirkung einer Gutschrift nach dem Recht bestimmen, dem die Kontoführung durch die Wertpapiersammelbank bzw. das zwischenverwahrende Kreditinstitut untersteht.

Nach deutschem Recht ist der Kunde immer Miteigentümer an der zugrunde liegenden Sammelurkunde bzw. dem – fingierten – Sammelbestand, auch wenn er diese Rechte über ein Depot bei seiner Bank als Zwischenverwahrerin inne hat, die ihrerseits ein Depot mit entsprechenden Beständen bei einer Wertpapiersammelbank unterhält. Die besondere rechtliche (verbraucherschützende) Qualität dieses Miteigentums durch alle Verwahrschichten hindurch liegt für den Kunden darin, dass er im Falle der Insolvenz seiner Hausbank oder der Wertpapiersammelbank sein Miteigentum aus der Insolvenzmasse aussondern kann. Dieser Miteigentumslösung des deutschen Rechts stehen die im angelsächsischen Rechtskreis, in Belgien und Luxemburg verbreiteten Treuhandlösungen gegenüber, wonach der Kunde zwar nur einen schuldrechtlichen Auslieferungsanspruch hat, dieser aber im Insolvenzfall der Bank durch eine Sondermasse abgedeckt ist, die aus dem „Deckungsbestand“ in denselben Wertpapieren besteht, den diese Bank bei der Sammelbank unterhält. Während nach beiden Systemen die Übertragung durch Buchung auf den Wertpapierkonten der Banken bzw. der Sammelbanken stattfinden kann (diese Buchungen werden in Deutschland als sachenrechtliche Einigung mit Besitzverschaffung interpretiert, während in anderen Rechtsordnungen spezielle Gesetze hierüber existieren), bestehen Abweichungen z.B. im Falle der Verpfändung, die in den meisten EU-Mitgliedstaaten weiterreichenden Formalien unterliegt als in Deutschland. Hier stellt sich in der Praxis das Problem, dass z.B. ein deutsches Institut, welches für einen inländischen Kunden in Spanien endverwahrte Wertpapiere im Rahmen des AGB-Pfandrechts oder im Rahmen einer individualvertraglichen Verpfändung als

Kreditunterlage nutzen will, zu entscheiden hat, ob es die Formalien des spanischen Rechts einhalten muss. Dasselbe gilt für die Verwertung. Diese Schwierigkeiten will Artikel 9 Abs. 2 der Richtlinie überwinden, indem er festlegt, dass sich das Institut auf deutsches Recht berufen kann. Umgekehrt braucht auch das spanische Institut sich nicht des deutschen Rechts zu bedienen, wenn es deutsche Wertpapiere seines Kunden zu Sicherungszwecken nutzen will. Bisher hat sich die deutsche Bankwirtschaft im Auslandsverkehr mit der Konstruktion der Wertpapierrechnung beholfen, wonach fremde Papiere im Eigentum der Bank verblieben oder der Bank ein dem Eigentum vergleichbares Recht nach der jeweiligen Rechtsordnung (z.B. securities entitlement) an den Papieren zustand, und der Kunde nur einen schuldrechtlichen Auslieferungsanspruch gegen die Bank hatte, der aber im Insolvenzfall der Bank zu einem Aussonderrrecht des Kunden führte.

Bei der Umsetzung von Artikel 9 Abs. 2 der Richtlinie musste zunächst die grundlegende Frage geklärt werden, ob – wie Wortlaut der Norm und systematische Interpretation nahe legen – es sich lediglich um eine international insolvenzrechtliche Fragestellung handelt, d.h. Artikel 9 Abs. 2 der Richtlinie das maßgebende Recht nur im Fall der Insolvenz eines Teilnehmers festlegen will. Wie die obigen Beispiele jedoch zeigen, hätte dieser Ansatz zu kurz gegriffen. Im Interesse der Rechtssicherheit muss auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens Klarheit bestehen, nach welchem Recht sich die Wirksamkeit von Verfügungen über die Wertpapiere bestimmt. Damit wird auch deutlich, dass die Vorschrift über den eigentlichen Anwendungsbereich der Richtlinie hinausweisen und ihr eine allgemeine Geltung für bestimmte Typen von Verfügungen über Wertpapiere zukommen muss.

In Übereinstimmung mit Artikel 9 Abs. 2 der Richtlinie soll der Ort der Buchung oder der Eintragung in das Register zur Bestimmung des maßgeblichen Rechts herangezogen werden. Damit wird ein Kriterium zugrunde gelegt, das regelmäßig für Dritte leicht erkennbar und ermittelbar sein wird. Um den Ort der Buchung als maßgeblichen Anknüpfungspunkt näher bestimmen zu können, sollte auf die kontoführende Zweig- oder Hauptstelle abgestellt werden. Die Anknüpfung an eine Niederlassung oder an den Sitz des Verwahrers wurde verworfen, da diese Begriffe u.U. zu eng sind, um alle denkbaren kontoführenden Stellen im In- und Ausland zu erfassen. Ebenso wie bei „Verwahrer“ wurde mit den Begriffen „Zweig- oder Hauptstelle“ die Terminologie des Depotgesetzes zugrunde gelegt. Zur Beantwortung der Frage, wer kontoführende Zweig- oder Hauptstelle des Verwahrers ist, kann darauf abgestellt werden, welche Zweig- oder Hauptstelle die Depotverwahrerkklärung oder die Depotauszüge in eigenem Namen gegenüber den Depotkunden abgibt. Ein solcher Anknüpfungspunkt liegt etwa auch dem amerikanischen Recht zugrunde.

Bei Wertpapieren, die in ein Register eingetragen werden, wird in Übereinstimmung mit Artikel 14 des Europäischen Insolvenzübereinkommens auf das Recht des Staates abgestellt, unter dessen Aufsicht das Register geführt wird.

Da in der Praxis regelmäßig die Wertpapiere über eine Kette von Zwischenverwahrern gehalten werden, war zu entscheiden, welches Recht Anwendung finden soll: Das Recht des Verwahrers, der für den Verfügenden bucht oder das Recht des Verwahrers, der für den Verfügungsempfänger bucht. Der Gesetzentwurf hat sich für die zweite Lösung entschieden. Insbesondere sprachen für sie Gesichtspunkte der Rechtssicherheit. Andernfalls könnte es zu Unklarheiten kommen etwa bei Verfügungen über Wertpapierdepots, die Papiere enthalten, die bei verschiedenen Zentralverwahrern in unterschiedlichen Staaten („heterogene Depots“) deponiert sind. Eine Anknüpfung an das Recht der Buchung beim Sammel- oder Zwischenverwahrer hätte zur Konsequenz, dass Verfügender und Verfügungsempfänger die sachenrechtlichen Verfügungserfordernisse mehrere Rechtsordnungen respektieren müssten, obwohl die Parteien nur einen einheitlichen Übertragungsvorgang vornehmen wollen. Knüpft man hingegen am Recht des für den Verfügungsempfänger buchenden Verwahrers an, so findet auf die Verfügung über ein sog. „heterogenes Depot“ ein Recht Anwendung, dessen Verfügungsvoraussetzungen die Parteien in der Regel ohne Schwierigkeit ermitteln können. Im Übrigen lässt sich für diese zukunftsgerichtete Anknüpfung an das „Recht der empfangenen Partei“ eine gewisse Parallele im internationalen Sachenrecht finden. Für Verfügungen über Sachen auf dem Transport („res in transitu“) wird überwiegend auf das Recht des Bestimmungsortes und nicht auf das des Absendeortes abgestellt.

§ 17a will lediglich sachenrechtliche Verfügungen über Sammelbestandteile oder über Wertpapiere und nicht auch schuldrechtliche Ansprüche, wie etwa Wertrechtgutschriften, erfassen. Ebensovienig findet die Vorschrift auf Wertpapiere Anwendung, die im Sinne von § 2 Satz 1 DepotG gesondert verwahrt werden („Streifbandverwahrung“). Denn die Depotgutschrift, die der Verwahrer dem Hinterleger im Rahmen der Streifbandverwahrung erteilt, wirkt nicht rechtsbegründend, sondern dokumentiert lediglich einen nach allgemeinen Vorschriften erfolgten Eigentumsübergang. Die eigentumsrechtliche Zuordnung der Wertpapiere zu dem jeweiligen Hinterleger geschieht nicht durch eine Buchung, sondern dadurch, dass die Wertpapiere jedes einzelnen Kunden in Streifbänder gelegt werden, auf denen der Inhalt und die Zugehörigkeit des Inhalts vermerkt sind. Werden bei diesen Wertpapieren Depotgutschriften erteilt, so sollte auf die lex rei sitae abgestellt werden, um das auf Verfügungen über diese Wertpapiere anwendbare Recht zu bestimmen. Bei der Streifbandverwahrung können die aufgezeigten Probleme eines „heterogenen Depots“ nicht entstehen, da sich alle Wertpapierurkunden an dem Ort befinden, an dem sie der Verwahrer gesondert aufbewahrt.

