

Der rechtliche Rahmen einer eigenverantwortlichen Krisenplanung international tätiger Finanzinstitute

Der mögliche Beitrag der Finanzwirtschaft zur Vermeidung und Bewältigung zukünftiger Liquiditäts- und Kreditkrisen in einer Auseinandersetzung mit der Entwicklung des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes im internationalen Vergleich und in der Abgrenzung zu alternativen Lösungsmodellen

Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

Andreas Weber

Tag der Disputation: 25. September 2014

Dekan: Herr Prof. Dr. Stephan Weth

Berichterstatter: Herr Prof. Dr. Rudolf Wendt
Herr Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek

**Dr. Hans-Georg Engel †
for showing me the ropes**

**Meiner Frau Simone
und meinen Kindern
Valentin, Venus, Alexander und Miranda**

VORWORT

Die Auswirkungen der Liquiditäts- und Kreditkrise von 2007 bis 2009 betrafen ganze Volkswirtschaften. Das Scheitern des Finanzinstituts Lehman Brothers Holdings Inc. führte zu einem Vertrauensverlust in die Bestandskraft von Finanzinstituten. Verschiedene Lösungsansätze wurden entwickelt um zu verhindern, dass noch einmal eine Finanzkrise die Finanzstabilität gefährdet und ihre Abwicklung den Steuerzahler belastet.

Wenige der vorgeschlagenen Lösungsansätze setzen an der Eigenverantwortlichkeit der Finanzinstitute an. Dies mag ein Ausdruck eines Vertrauensverlustes in die Krisenplanungskraft der Finanzinstitute sein und in die grundsätzliche Bereitschaft der Finanzinstitute, gegenüber dem Finanzsystem, gegenüber ihren Kunden und gegenüber der Volkswirtschaft verantwortlich zu handeln.

Die vorgelegte Arbeit zeigt die Grenzen einer fremdgesteuerten Krisenplanung auf und stellt die Grundstrukturen einer eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute vor. Ein Vergleich der Lösungsansätze (benchmarking) einer fremdgesteuerten und einer eigenverantwortlichen Krisenplanung wird rechtsordnungsübergreifend, also rechtsvergleichend, vorgenommen.

Diese Untersuchung soll einen Beitrag zur Diskussion um geeignete Strukturen zur Vermeidung und Begrenzung von durch Liquiditäts- und Kreditkrisen im Finanzsektor verursachten Schäden für die Finanz- und Gesamtwirtschaft leisten. Die vorgeschlagenen Strukturen haben zum Ziel, die Wahrscheinlichkeit eines Bankscheiterns zu verringern, die Umwälzung der Kosten der Rettungsaktionen von Finanzinstituten oder der Werterhaltung der Kundenpositionen auf den Steuerzahler zu vermeiden und das Vertrauen in das Funktionieren der Finanzmärkte aufrechtzuerhalten. Ein dezidierter Vorschlag zur Ergänzung des deutschen Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes als Grundlage des möglichen Beitrages der Finanzwirtschaft zur Vermeidung und Bewältigung zukünftiger Liquiditäts- und Kreditkrisen wird vorgestellt.

Zu der gewählten Thematik gibt es fast täglich neue Entwicklungen und Beiträge zu vermerken. Die vorgelegte Arbeit wurde zum 15. Oktober 2010 fertig gestellt und eingereicht. Die Arbeit wurde sodann zum 31. März 2012 in ihren wesentlichen Grundzügen aktualisiert, um die weitere Entwicklung, insbesondere zum Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, darzustellen.

INHALTSVERZEICHNIS

EINFÜHRUNG	18
<i>a) Die Begriffe der Liquiditätskrise und der Kreditkrise; die Entwicklung und die Ursachen der Liquiditäts- und Kreditkrisen</i>	
<i>b) Die Kosten einer Liquiditäts- und Kreditkrise</i>	21
<i>c) Der Ansatzpunkt aufsichtsrechtlicher Regelwerke, um Liquiditäts- und Kreditkrisen zu begegnen</i>	23
<i>(d) Zwischenergebnis zur Einführung</i>	24
<u>ERSTER TEIL: DIE KRISENVERHÜTUNG UND DIE KRISENBEWÄLTIGUNG IM ALLGEMEINEN</u>	25
<u>a) Die Grundlagen der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen</u>	26
<i>(i) Die Begrifflichkeiten</i>	
<i>(aa) Die international tätigen Finanzinstitute</i>	
<i>(aaa) Die Finanzinstitute</i>	
<i>(bbb) Die Internationale Tätigkeit</i>	27
<i>(bb) Die eigenverantwortliche Krisenplanung</i>	28
<i>(aaa) Die Krise</i>	
<i>(bbb) Die Eigenverantwortlichkeit</i>	29
<i>(ccc) Die Planung</i>	30
<i>(cc) Zwischenergebnis zu den Begrifflichkeiten</i>	31
<i>(ii) Die Notwendigkeit der Krisenplanung</i>	32
<i>(aa) Das systemische Risiko als Rechtfertigung der Notwendigkeit der Krisenplanung und die Kriterien zur Feststellung eines systemischen Risikos</i>	
<i>(bb) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Größe von Finanzinstituten (systemic relevance by size)</i>	36
<i>(cc) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel eines hohen Vernetzungsgrads von Finanzinstituten (systemic relevance by inter-</i>	38

connectedness)	
(dd) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der mangelnden Ersetzbarkeit von Finanzinstituten (systemic relevance by lack of substitutability)	41
(ee) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Laufzeitinkongruenz, der Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung von Finanzinstituten	42
(ff) Zwischenergebnis zu der Notwendigkeit der Krisenplanung	43
(iii) Die Risiken der Krisenplanung	44
(aa) Der Bestandsschutz	45
(bb) Die Erpressbarkeit (Moralisches Dilemma, moral hazard)	46
(cc) Zwischenergebnis zu den Risiken der Krisenplanung	47
(iv) Die gesetzliche und die aufsichtsrechtliche Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Behörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren	48
(aa) Die Vorschläge internationaler und supranationaler Organisationen	
(bb) Die Gesetzesentwürfe und die Gesetzesinitiativen	62
(aaa) Deutschland	63
(bbb) Das Vereinigte Königreich	69
(ccc) Die USA	73
(ddd) Die Schweiz	76
(cc) Zwischenergebnis zu der gesetzlichen und der aufsichtsrechtlichen Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Behörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung – Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren	77
(v) Zwischenergebnis zu den Grundlagen der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen	79

<u>b) Die Abgrenzung der eigenverantwortlichen Krisenplanung in der Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren von den Alternativen Lösungsmodellen</u>	80
<i>(i) Die Kapitalisierungsmodelle und die Modelle zur Stärkung der Liquiditätsbasis als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	81
<i>(aa) Die Erhöhung der von den Finanzinstituten geforderten Kapital- und Liquiditätsbasis als Alternative zu einer eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	82
<i>(bb) Die eigenständige Kapital- und Liquiditätsausstattung von den Finanzinstituten auf Landesebene als eine Alternative zu einer eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	84
<i>(cc) Zwischenergebnis zu den Kapitalisierungsmodellen und den Modellen zur Stärkung der Liquiditätsbasis als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	85
<i>(ii) Die Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	86
<i>(aa) Die Formen der Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds</i>	
<i>(bb) Die Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds als eine Maßnahme außerhalb des Bereichs der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten</i>	88
<i>(cc) Zwischenergebnis zu der Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	89
<i>(iii) Die Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	90
<i>(aa) Die allgemeinen Grundsätze besonderer Insolvenzverfahren und die Bestimmung des anwendbaren Rechtsstatuts unter besonderer Berücksichtigung</i>	

<i>sichtigung der internationalen Umsetzbarkeit von Entscheidungen zu der Sanierung oder der Abwicklung gescheiterter internationaler Finanzgruppen</i>	
<i>(bb) Die Übertragungsanordnungen durch die Aufsichts- und Abwicklungsbehörden in Bezug auf ein Finanzinstitut einer gescheiterten Finanzgruppe in einem besonderen Insolvenzverfahren als ein Beitrag zur seiner Sanierung oder Abwicklung</i>	95
<i>(cc) Zwischenergebnis zu der Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	98
<i>(iv) Das Trennbankensystem als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	101
<i>(aa) Die bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu einem Trennbankensystem als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	
<i>(bb) Die Auswirkungen der bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu einem Trennbankensystem und die Geeignetheit des Trennbankensystems als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	104
<i>(cc) Zwischenergebnis zu dem Trennbankensystem als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	107
<i>(v) Die Einrichtung von Rettungsfonds und Abwicklungsfonds als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute (the best offence is a good defense)</i>	108
<i>(aa) Die Finanzierung der Rettungs- und Abwicklungsfonds</i>	109
<i>(bb) Die Geeignetheit und die Notwendigkeit der Rettungs- und Abwicklungsfonds zur Krisenvermeidung und -bekämpfung und der ordnungspolitische Aspekt einer solchen Bereitstellung von Mitteln</i>	113
<i>(cc) Zwischenergebnis zu der Einrichtung von Rettungsfonds und Abwicklungsfonds als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	117

(vi) Das Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs (central clearing) als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute	119
<i>(aa) Der Vorschlag der EU-Kommission und die Einführung einer neuen Bestimmung in die deutsche Insolvenzordnung</i>	
<i>(bb) Zwischenergebnis zu dem Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	121
(vii) Die Einführung der Banksteuer und der Transaktionssteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute	153
<i>(aa) Die Einführung einer Banksteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	122
<i>(bb) Die Einführung einer Transaktionssteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	123
<i>(cc) Zwischenergebnis zu der Einführung der Banksteuer und der Transaktionssteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute</i>	124
(viii) Zwischenergebnis zu der Abgrenzung der eigenverantwortlichen Krisenplanung in der Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren von den Alternativen Lösungsmodellen	125
<u>(c) Zwischenergebnis zum ersten Teil, der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen</u>	127
<u>ZWEITER TEIL: DAS REORGANISATIONS- UND DAS RESTRUKTURIERUNGSVERFAHREN IM BESONDEREN</u>	130
<u>a) Die allgemeinen Grundsätze, die Inhalte und die wesentlichen technischen Aspekte der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren</u>	

(i) Die Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren	
<i>(aa) Das Ziel, der Zweck und die Struktur der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren</i>	132
<i>(bb) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf die systemrelevanten Finanzinstitute</i>	137
<i>(cc) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf bestimmte Arten von Finanzinstituten und die Einbeziehung der inländischen Zweigniederlassungen und der Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen in den Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne</i>	142
<i>(dd) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Größe eines Kreditinstituts, die Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, dahingehend dass eine Bestandsgefährdung erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte</i>	152
<i>(ee) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts, die erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen könnte</i>	158
<i>(ff) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts</i>	162
<i>(gg) Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsbehörden für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren</i>	173
<i>(hh) Die generelle Forderung nach einer eigenverantwortlichen Entwicklung von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen durch die Finanzinstitute als eine Abkehr der vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgeschlagenen Kriterien zur Bestimmung seines Anwendungsbereichs</i>	180

<i>(ii) Zwischenergebnis zu den Grundsätzen der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren</i>	185
<i>(ii) Der Inhalt der Reorganisationspläne</i>	188
<i>(aa) Die Bestandteile eines Reorganisationsplans</i>	189
<i>(bb) Die Optionalität der Maßnahmen eines Reorganisationsplans und das Ermessen des Finanzinstituts bei der Wahl der spezifischen Maßnahmen eines Reorganisationsplans</i>	193
<i>(cc) Die Bestimmung der Auswirkungen der Maßnahmen eines Reorganisationsplans und die Zusammenführung der Maßnahmen eines Reorganisationsplans in ein Mitteilungskonzept</i>	197
<i>(dd) Zwischenergebnis zu dem Inhalt der Reorganisationspläne</i>	200
<i>(iii) Der Inhalt der Restrukturierungspläne</i>	202
<i>(aa) Die deutschen Vorschläge zum Inhalt der Restrukturierungspläne</i>	203
<i>(bb) Die US-amerikanischen Vorschläge zum Inhalt der Restrukturierungspläne</i>	208
<i>(cc) Die britischen Vorschläge zum Inhalt der Restrukturierungspläne</i>	213
<i>(aaa) Die Struktur und die Dokumentation der Restrukturierungspläne</i>	
<i>(bbb) Der Schutz der Kundenvermögen in den Restrukturierungsplänen</i>	221
<i>(ccc) Die Verantwortlichkeiten für die Restrukturierungspläne</i>	227
<i>(ddd) Die Sicherstellung der Abwicklungskapazität in den Restrukturierungsplänen</i>	232
<i>(eee) Zwischenergebnis zu den britischen Vorschlägen zum Inhalt der Restrukturierungspläne</i>	235
<i>(dd) Zwischenergebnis zum Inhalt der Restrukturierungspläne</i>	237
<i>(iv) Wesentliche technische Aspekte der Reorganisations- und Restrukturierungspläne und –verfahren aus deutscher Sicht</i>	238
<i>(aa) Das Verfahren zur Einleitung und zur Kontrolle eines Reorganisations- und Restrukturierungsverfahrens</i>	239
<i>(bb) Die Wirksamkeit und die Angemessenheit von Lösungsklauseln im</i>	245

<i>Rahmen einer Reorganisation oder Restrukturierung von Finanzinstituten</i>	
<i>(cc) Die de lege lata bereits bestehenden Verpflichtungen, Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzuhalten</i>	253
<i>(dd) Zwischenergebnis zu den wesentlichen technischen Aspekte der Reorganisations- und Restrukturierungspläne und –verfahren aus deutscher Sicht</i>	256
<i>(v) Zwischenergebnis zu den allgemeinen Grundsätzen, den Inhalten und den wesentlichen technischen Aspekten der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren</i>	257
<u>b) Die besonderen Umsetzungsschwierigkeiten der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren</u>	261
<i>(i) Die Verknüpfungen und die Verflechtungen der Firmenstruktur und der Geschäftseinheiten; die Ausgliederungsstrukturen und die Einbindung in die banken- und länderübergreifenden Steuerungs- und Abwicklungssysteme</i>	
<i>(aa) Die angemessene Struktur der Rechtseinheiten innerhalb eines internationalen Finanzkonzerns zu Zwecken der erfolgreichen Reorganisations- und Restrukturierungsplanung</i>	262
<i>(bb) Der Grad einer typischen und einer notwendigen internationalen Verflochtenheit (interconnectedness) der Rechts- und Geschäftseinheiten eines internationalen Finanzkonzerns</i>	264
<i>(cc) Die Optionen eines internationalen Finanzkonzerns zur Begrenzung der Auswirkungen einer Verflochtenheit der Rechts- und Geschäftseinheiten</i>	267
<i>(dd) Zwischenergebnis zu den Verknüpfungen und den Verflechtungen der Firmenstruktur und der Geschäftseinheiten und der Ausgliederungsstrukturen und der Einbindung in die banken- und länderübergreifenden Steuerungs- und Abwicklungssysteme</i>	270

(ii) Die Internationale Abstimmung des Insolvenz- und Bankaufsichtsrechts, der Vorgaben zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfall als eine Voraussetzung für die Wirksamkeit einer eigenverantwortlichen Krisenplanung	271
(aa) Die fehlende Abstimmung illustriert anhand des Beispiels der gescheiterten Fortis Bankgruppe	273
(bb) Die fehlende Harmonisierung des nationalen Umstrukturierungs- und Abwicklungsrechts, die grenzüberschreitende Wirksamkeit der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen nationaler Behörden und die Notwendigkeit eines Souveränitätsverzichts der einzelnen Staaten	275
(cc) Die Harmonisierung der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden durch die internationale Abstimmung dieser Aufsichts- und Abwicklungsbehörden im Vorfeld einer Krise	279
(dd) Die Bildung von Umstrukturierungs- und Abwicklungsplänen auf Finanzgruppenbasis als Konsequenz der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen der Aufsichtsbehörden auf internationaler Gemeinschaftsbasis	283
(ee) Zwischenergebnis zu der internationalen Abstimmung des Insolvenz- und Bankaufsichtsrechts, der Vorgaben zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfall als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer eigenverantwortlichen Krisenplanung	285
(iii) Die Bedienung nachrangiger Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und der Informationszugang der Behörden und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen	286
(aa) Die Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren	287
(aaa) Die Optionen, wie die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger umgewälzt werden können	289
(bbb) Die Erleichterungen durch das deutsche Gesetz zur weiteren Er-	294

leichterung der Sanierung von Unternehmen von 2011, um das Fremdkapital in Eigenkapital umwandeln zu können	
(ccc) Zwischenergebnis zu der Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren	296
<i>(bb) Der Informationszugang der Behörden im In- und Ausland und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen der Finanzinstitute</i>	297
(aaa) Die Geheimhaltungsbedürftigkeit der in den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen enthaltenen Informationen	298
(bbb) Die Verpflichtungen der Aufsichtsbehörden zur Weitergabe und Veröffentlichung erhaltener Informationen und die Vertraulichkeitsprotokolle zwischen den Aufsichtsbehörden und den Finanzinstituten als eine Maßnahme zur Gewährleistung der Geheimhaltung erhaltener Informationen seitens der Aufsichtsbehörden	299
(ccc) Zwischenergebnis zu dem Informationszugang der Behörden im In- und Ausland und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen der Finanzinstitute	303
<i>(cc) Zwischenergebnis zu der Bedienung nachrangiger Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und dem Informationszugang der Behörden und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen</i>	
(iv) Zwischenergebnis zu den besonderen Umsetzungsschwierigkeiten der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren	304
c) <u>Zwischenergebnis zum zweiten Teil, den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren im Besonderen</u>	305

<u>Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung des rechtlichen Rahmen einer eigenverantwortlichen Krisenplanung international tätiger Finanzinstitute und des möglichen Beitrags der Finanzwirtschaft zur Vermeidung und Bewältigung zukünftiger Liquiditäts- und Kreditkrisen in einer Auseinandersetzung mit der Entwicklung des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes im internationalen Vergleich und in der Abgrenzung zu alternativen Lösungsmodellen</u>	308
--	-----

STELLUNGNAHME	312
----------------------	-----

15 Thesen und Grundsätze

1. *Der Sinn und Zweck eines Krisenmanagementplans*
2. *Die Struktur eines Krisenmanagementplans*
3. *Die Reorganisation als ein Kernbestandteil eines Krisenmanagementplans*
4. *Die Restrukturierung als ein Kernbestandteil eines Krisenmanagementplans*
5. *Die von der Forderung, einen Krisenmanagementplan vorzuhalten, betroffenen Institute*
6. *Die Vorbedingungen für die Wirksamkeit eines Krisenmanagementplans*
7. *Die Verantwortlichkeiten für einen Krisenmanagementplan*
8. *Der Zeithorizont für einen Krisenmanagementplan*
9. *Der realistische Erwartungshorizont für einen Krisenmanagementplan*
10. *Die bestehenden Rechtsgrundlagen für einen Krisenmanagementplan*
11. *Die Dokumentation eines Krisenmanagementplans*
12. *Die Alternativen zu den Krisenmanagementplänen*
13. *Die Umgestaltung von Finanzinstituten als eine Konsequenz der Krisenmanagementpläne*
14. *Die Kostenlast von Krisenmanagementplänen*
15. *Die Vertraulichkeit von Krisenmanagementplänen*

LITERATURVERZEICHNIS	320
-----------------------------	-----

WESENTLICHE GESETZE UND GESETZENTWÜRFE, EINSCHLISSLICH DER ENTWÜRFE UND REGELUNGEN DER AUFSICHTSORGANE, DER STELLUNGNAHMEN DER REGIERUNGEN UND REGIERUNGSKOMMISSIONEN, SOWIE DER INSTITUTIONEN DER EUROPÄISCHEN UNION UND SUPRANATIONALEN ORGANISATIONEN

329

EINFÜHRUNG

Der Ausgangspunkt dieser Untersuchung des rechtlichen Rahmens einer eigenverantwortlichen Krisenplanung international tätiger Finanzinstitute war die Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009. Das deutsche Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz wurde vor dem Hintergrund dieser Liquiditäts- und Kreditkrise verabschiedet und alternative Lösungsmodelle werden vor dem Hintergrund dieser Krise diskutiert. Daher wird einleitend der rechtliche und der wirtschaftliche Hintergrund der Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 dargestellt.

Zunächst werden unter (a) der Begriff der Liquiditäts- und Kreditkrise und die Entwicklung, die Ursachen von Liquiditäts- und Kreditkrisen im Allgemeinen und der Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 im Besonderen betrachtet. Sodann werden unter (b) die Kosten einer Liquiditäts- und Kreditkrise anhand der Stützungsmaßnahmen für die Finanzinstitute durch die Nationalstaaten und anhand des Wertverlustes der in den Jahren 2007 bis 2009 gescheiterten Finanzinstitute illustriert. Abschließend wird unter (c) der Ansatzpunkt aufsichtsrechtlicher Regelwerke, um Liquiditäts- und Kreditkrisen zu begegnen, skizziert.

a) Die Begriffe der Liquiditätskrise und der Kreditkrise; die Entwicklung und die Ursachen der Liquiditäts- und Kreditkrisen

Eine Liquiditätskrise ist eine krisenhafte Verknappung der den Finanzinstituten kurzfristig zur Verfügung stehenden und genügenden Zahlungsmittel, um fällige Verbindlichkeiten gegenüber ihren Kunden, etwa zur Rückführung von Kundeneinlagen oder zum Rückkauf von Finanzanlagen begleichen zu können. Eine Kreditkrise ist eine krisenhafte Verkleinerung des den Finanzinstituten von den anderen Marktteilnehmern eingeräumten Kreditrahmens, beispielsweise in Form der Bereitschaft, Darlehen zu vergeben, Einlagen zu tätigen oder Emissionen zu zeichnen.

Im Finanzsektor vermag sich ein Liquiditätsengpass sehr rasch zu einer Insolvenz zu entwickeln, denn eine rasche Vergrößerung des Betrages tagesfälliger Verbindlichkeiten führt zu einem Vertrauensschwund auf Seiten der Marktteilnehmer, und dieser Vertrauensschwund zu einer Verschärfung von Kreditvergabe Voraussetzungen und –

konditionen von Seiten möglicher Darlehensgeber. Ein Finanzinstitut mit Liquiditätsengpass wird seinerseits den Kreditvergaberahmen für seine Kunden einschränken. Eine Liquiditätskrise für ein Finanzinstitut geht daher mit einer Kreditkrise für das Finanzinstitut selbst und für seine Kunden einher¹. Durch die enge weltweite Verflechtung von Finanzinstituten sowie durch den mit einem Liquiditätsengpass einhergehenden Vertrauensschwund und der Konsequenz einer Marktverkleinerung breitet sich eine Liquiditäts- und Kreditkrise einzelner Finanzinstitute oft und unschwer als systemische Krise auf eine Vielzahl von Finanzinstituten aus. In einer solchen systemischen Liquiditäts- und Kreditkrise ist der Fortbestand der betroffenen Finanzinstitute in Frage gestellt und auch die weitere Volkswirtschaft durch die Verkleinerung des Kreditrahmens betroffen.

Die Ursachen der Liquiditäts- und Kreditkrise von 2007 bis 2009 sind mannigfaltig. Sie liegen vorrangig in einer falschen Bewertung der Risikopositionen durch die Finanzinstitute und den daraus resultierenden Verlusten, in einer mangelnden Ausprägung der Risikokontrollstrukturen in den Finanzinstituten, in dem Fehlen einer unabhängigen Risikobewertungsmethodik bei den Risikobewertungsagenturen und den Finanzaufsichtsbehörden, in einer Vernachlässigung der Risikobewertung durch die institutionellen und die Endanleger, in einer unangemessenen Gewichtung der erwarteten Erträge für die Anlageentscheidungen und in der Vernachlässigung einer Einflussnahme durch die institutionellen Anleger auf die strategischen Unternehmensentscheidungen².

Eine weitere Ursache der Liquiditäts- und Kreditkrise von 2007 bis 2009 ist in der in den letzten Jahren zu beobachtenden Veränderung der Struktur der Anlagebuch- und Handelsbuchpositionen der Finanzinstitute zu finden. Die Handelsbuchpositionen werden zum Zwecke eines kurzfristigen Wiederverkaufs gehalten, wohingegen die Anlagebuchpositionen der mittel- oder langfristigen Anlage dienen. Die Handels-

¹ Daher das übergeordnete Ziel des Restrukturierungsgesetzes, die ausreichende Kreditversorgung der deutschen Volkswirtschaft sicherzustellen, vgl. Heinrich Meyer, Kapitalmarktrecht, Restrukturierungsgesetz – Oder: In der Ruhe liegt die Kraft, BB 10.1.2011, 1.

² Vgl. Martin Hellwig, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestage zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung Von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der Aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“ am 6. Oktober 2010, 5. Oktober, 2010, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 2.

buchaktivitäten werden durch die Maklergebühren und die Eigenhandelsgewinnspannen aktivitätsentlohnt, so dass es auf die Qualität der zugrunde liegenden Position scheinbar nicht ankommt – aber eben nur so lange, wie der Markt liquide bleibt³. Das Wachstum in den Handelsaktivitäten der Darlehen und der Derivate in den letzten Jahren vergrößerte das Risikopotential der Universalbanken und der Investmentbanken, das sich dann in der Liquiditäts- und Kreditkrise von 2007 bis 2009 realisierte. Kulturell muss dem Bankwesen eine in den letzten Jahren generell erhöhte Risikobereitschaft attestiert werden.

Die Ursachen der Liquiditäts- und Kreditkrise von 2007 bis 2009 werden diesseits nicht in einer mangelnden Eigenkapitalausstattung gesehen, auch wenn eine höhere Eigenkapitalausstattung den Verlauf der Liquiditäts- und Kreditkrise verlangsamt und abgemildert hätte. Es sollte daher nach Auffassung des Verfassers nicht von einer Eigenkapitalkrise 2007 bis 2009 gesprochen werden⁴.

Für die US-amerikanische Investmentbank Lehman Brothers entstand im Jahre 2007 ein Liquiditätsengpass, als sich Lehman Brothers Gefährdungspotential durch eine hohe Konzentration illiquider Positionen mit einem rasch abnehmendem Marktwert immobilienabgesicherter Positionen realisierte⁵. Der Markt hatte erwartet, daß Lehman Brothers Konkurs durch einen Einsatz öffentlicher Gelder verhindert würde. Als sich diese Erwartung nicht erfüllte, vergrößerte sich die Spanne zwischen den Ankaufs- und den Verkaufskursen dramatisch. Die Liquiditätsreserven des Finanzinstitutes Lehman Brothers reichten nicht hin, um die laufenden Verbindlichkeiten erfüllen zu können und Lehman Brothers verlor seine Überlebensfähigkeit. Die Liquidität und das Kreditvolumen des Marktes und die Weltwirtschaft schrumpften.

³ Harvey Miller, Weil Gotshal & Manges, The Creation of The Financial Disaster That Sunk Lehman Brothers, 19 February, 2010, S. 9.

⁴ Sven Schelo, Neue Restrukturierungsregeln für Banken, NJW 2011, 186.

⁵ United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, In re Lehman Brothers Holding Inc., Report of Anton Valukas, Examiner, March 11, 2010.

b) Die Kosten einer Liquiditäts- und Kreditkrise

Nach Klarlegung des Begriffs der Liquiditäts- und Kreditkrise und der Entwicklung und der Ursachen von Liquiditäts- und Kreditkrisen werden die Kosten einer Liquiditäts- und Kreditkrise anhand der Stützungsmaßnahmen für die Finanzinstitute in den Jahren 2007 bis 2009 durch die Nationalstaaten und anhand des Wertverlustes der gescheiterten Finanzinstitute illustriert.

Die Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 um Lehman Brothers Holdings Inc. und eine Reihe weiterer Finanzinstitute verursachte einen derart schnellen und großen Kursverlust der Aktien der Finanzinstitute, wie er seit dem Schwarzen Freitag von 1929⁶ nicht hatte beobachtet werden können und machte Stützungsmaßnahmen für die Finanzinstitute durch die Nationalstaaten in einem bisher nicht gekanntem Ausmaß notwendig.

Am 10. August 2007 unterstützte die US-Zentralbank „Federal Reserve Bank“ den Markt mit USD 50 Mrd. Die Europäische Zentralbank setzte € 156 Mrd. und die japanische Zentralbank „Bank of Japan“ Yen 1 Bil. ein. Der Marktwert globaler Banken und Versicherer nahm zwischen August 2007 und März 2008 um USD 1,2 Bil. ab. Am 20. September 2007 berichtete die schweizerische Großbank UBS einen Quartalsverlust von USD 690 Mio. Die US-Investmentbank Merrill Lynch & Co. Inc. berechnete am 24. Oktober 2007 ihren Gesamtverlust als Konsequenz der Verauslagerung hochriskanter Hypothekarkredite mit USD 8,4 Mrd. Am 17. Februar 2008 wurde die britische Realkreditbank Northern Rock Building Society nationalisiert. Am 14. März 2008 wurde die US-Investmentbank Bear Stearns Companies Inc. an die US-Investmentbank JPMorgan Chase & Co. „zwangsverkauft“. Im September 2008 übernahm das US-Finanzministerium Verbindlichkeiten in Höhe von USD 12 Bil. durch die Verstaatlichung der Pensionsanstalten Fannie Mae und Freddie Mac. Am 14. September 2008 wurde die Merrill Lynch & Co. Inc. für nur USD 50 Mio. verkauft. Am 15. September 2008 meldete die Lehman Brothers Holdings Inc. Konkurs an. Am 17. September 2008 wurde der US-Versicherungskonzern American International Group, Inc. durch eine Einlage von letztendlich USD 200 Mrd. vor dem Konkurs be-

⁶ 25.10.1929 – Kurseinbruch an der New Yorker Börse als Beginn der Weltwirtschaftskrise von 1929.

wahrt. Am 25. September 2008 erwarb das US-Finanzministerium illiquide Positionen im Wert von USD 700 Mrd. Am 6. Oktober 2008 wurden der Hypo Real Estate Holding € 50 Mrd. zur Verfügung gestellt, ein Betrag, der nachfolgend auf €130 Mrd. erhöht wurde. Am 8. Oktober 2008 stellte das Vereinigte Königreich zur Rettung lokaler Institute £ 200 Mrd. zur Verfügung. Die staatliche Einlage in die Commerzbank am 8. Januar 2009 betrug €10 Mrd. Am 14. Januar 2009 berichtete die Deutsche Bank einen Verlust von € 3,9 Mrd. Am 15. Januar 2009 wurde die irische Großbank Anglo Irish verstaatlicht. Am 19. Januar 2009 wurden 70% der Royal Bank of Scotland verstaatlicht und die US-Großbank Citibank berichtete einen Verlust von USD 8,3 Mrd. Zu Ende 2010 erhielt die Allied Irish eine Kapitalzufuhr von € 3 Mrd., die Anglo Irish € 6,4 Mrd. (und Zusage von zusätzlichen € 5 Mrd.), und die Irish Nationwide Building Society € 2,7 Mrd.⁷

Die heute noch verbleibenden Kosten der Lösung der Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 werden als kleiner beschrieben als zunächst befürchtet: Nach der Rückführung der Kredite in den USA verblieben von zunächst USD 700 Mrd. staatlicher Unterstützungsleistungen noch USD 50 Mrd. übrig und die Gesamtkosten bleiben unter dem Weltdurchschnitt der Kosten zur Lösung einer Bankenkrise von 12,8% des Bruttonettoprodukts⁸.

Im Gefolge der Abwicklung von Lehman Brothers musste von einem Betrag von im Konkurs noch verfügbaren USD 40 Mrd. ein Betrag von USD 13 Mrd. an Kundenvermögen ausgekehrt werden, USD 1 Mrd. an Sicherheiten freigegeben werden, 840.000 offene Geschäfte abgewickelt und 158.000 offene Geschäfte neu bewertet werden. Die konzerninternen Rechtsstreitigkeiten wurden nach 6 Monaten noch mit USD 208 Mrd. bewertet⁹. 650 Personen waren vollamtlich mit dem Konkurs von Lehman befasst¹⁰. Diese Zahlen illustrieren die Komplexität und die Größenordnung der Abwicklung eines Finanzinstituts.

⁷ Zitiert nach: David Oakley/ John Murray Brown, Irish Face E50bn bank rescue, Financial Times, 1 October, 2010, S. 1.

⁸ Tom Braithwaite, Democrats concede Tarp is no vote winner, FT, 4 October, 2010, p. 8.

⁹ Price Waterhouse Coopers, 14 October, 2009, Lehman Brothers International (Europe) – Joint Administrators' progress report for the period 15 March, 2009, to 14 September, 2009.

¹⁰ Harvey Miller, Weil Gotshal & Manges, Re: October 22, 2009 Hearing on: Too Big to Fail – The Role for Bankruptcy and Antitrust Law in Financial Regulation Reform, 27. Oktober 2009, S. 4.

c) *Der Ansatzpunkt aufsichtsrechtlicher Regelwerke um Liquiditäts- und Kreditkrisen zu begegnen*

Nach der Klarlegung des Begriffs der Liquiditäts- und Kreditkrise und der Entwicklung und der Ursachen von Liquiditäts- und Kreditkrisen und nach der Illustrierung der Kosten einer Liquiditäts- und Kreditkrise wird der Ansatzpunkt aufsichtsrechtlicher Restrukturierungsregelwerke, um Liquiditäts- und Kreditkrisen zu begegnen beschrieben.

Bis zu seinem Scheitern ist ein Finanzinstitut grundsätzlich selbst für die Wiederherstellung seiner wirtschaftlichen Stärke verantwortlich, aber die Aufsichtsbehörden haben die Aufgabe, dem Scheitern des Finanzinstituts vorzubeugen. Das Konzept des frühzeitigen Eingreifens durch Aufsichts- oder Abwicklungsorgane muss daher mit dem Konzept einer eigenverantwortlichen Erholung (recovery) in Einklang gebracht werden. Neben dem Mittel des frühzeitigen Eingreifens, um die wirtschaftliche Stärke des Finanzinstituts wiederherzustellen (early intervention), steht den Aufsichtsbehörden das Mittel der Abwicklung gescheiterter Finanzinstitute (bank resolution) zur Verfügung¹¹. Sowohl ein frühzeitiges Eingreifen als auch eine Abwicklung bemessen sich nach der Maßgabe nationalen Rechts. Nationale Lösungsansätze sind nicht aufeinander abgestimmt. Die EU-Kommission schlug drei Optionen zur Überwindung dieser fehlenden Abstimmung nationaler Lösungsansätze vor, nämlich einen europaweiten Rahmenplan zur Bankenabwicklung, eine verbesserte Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden in Kollegien (colleges) und eine Verselbständigung der Rechtseinheiten auf Landesebene, d.h. eine Subsidiarisierung der Struktur internationaler Banken¹².

Im Jahre 2011 wurden in Deutschland Restrukturierungsregeln für Finanzinstitute eingeführt, damit ein unternehmerischer Misserfolg in letzter Konsequenz zum

¹¹ European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, p. 5.

¹² European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, Summary of the Impact Assessment, p. 4.

Marktaustritt führt, damit staatliche Hilfen zur Bewahrung der Stabilität der Finanzmärkte reduziert werden können, damit ein Instrumentarium zur Abwicklung von Marktteilnehmern, die systemische Risiken darstellen, vorhanden ist und zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen¹³. Ob die eingeführten Regeln geeignet sind, zu einer Vermeidung und Begrenzung von durch Kredit- und Liquiditätskrisen im Finanzsektor verursachten Schäden für die Finanz- und Gesamtwirtschaft beizutragen, wird nachfolgend untersucht. Die Kernaspekte erfolgreicher Restrukturierungsregelwerke sind die Eigenanreize an die Betroffenen, die frühzeitigen Eingriffsmöglichkeiten für die Aufsicht, die Transparenz des Ausmaßes der möglichen Rückwirkungen einer Schieflage, die Lösung des Zielkonfliktes zwischen Systemschutz und Gläubigerschutz, die klaren Verfahrensvorgaben und die Abstimmung der Aktionen der verschiedenen Beteiligten¹⁴.

In der nachfolgenden Untersuchung wird das Augenmerk auf die Kernaspekte der Restrukturierungsregelwerke gelegt, die der Sphäre des eigenverantwortlichen Handelns der Finanzinstitute zuzurechnen sind oder mit ihr in engem sachlichen Zusammenhang stehen.

d) Zwischenergebnis zur Einführung

Eine Liquiditätskrise für ein Finanzinstitut geht mit einer Kreditkrise für das Finanzinstitut selbst und für seine Kunden einher. Durch die enge weltweite Verflechtung der Finanzinstitute sowie durch den nachfolgenden Vertrauensschwund und die Marktverkleinerung breitet sich eine Liquiditäts- und Kreditkrise einzelner Finanzinstitute oft und unschwer als systemische Krise auf eine Vielzahl von Finanzinstituten aus und betrifft durch die Verkleinerung des Kreditrahmens auch die weitere Volkswirtschaft. Die Ursachen der Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 liegen vorrangig in unzureichendem Risikomanagement. Die Liquiditäts- und Kreditkrise

¹³ Thorsten Höche, Restrukturierungsgesetz, Übersicht und Kurzbewertung, 26. Oktober 2010, 2.

¹⁴ Vgl. Martin Hellwig, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung Von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der Aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“ am 6. Oktober 2010, 5. Oktober 2010, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 3.

der Jahre 2007 bis 2009 verursachte einen schnellen und großen Kursverlust der Aktien der betroffenen Finanzinstitute und machte Stützungsmaßnahmen durch die Nationalstaaten in einem bisher nicht gekanntem Ausmaß notwendig. Das Restrukturierungsgesetz von 2011 ist ein aufsichtsrechtlicher Ansatzpunkt um den Liquiditäts- und Kreditkrisen zu begegnen.

ERSTER TEIL: DIE KRISENVERHÜTUNG UND DIE KRISENBEWÄLTIGUNG IM ALLGEMEINEN

Die vorliegende Arbeit untersucht den rechtlichen Rahmen für eine eigenverantwortliche Krisenplanung der Finanzinstitute. Die Kernbestandteile der Krisenplanung sind die Krisenverhütung und die Krisenbewältigung. Die Krisenverhütung und die Krisenbewältigung im Allgemeinen sind der Untersuchungsgegenstand des ersten Teils dieser Arbeit. Der zweite Teil dieser Arbeit behandelt die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren im Besonderen. Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sind die Formen der Krisenplanung, die der eigenverantwortlichen Unternehmensführung von Finanzinstituten in besonderem Masse offenstehen.

Im Unterkapitel (a), Grundlagen, des ersten Teils dieser Untersuchung, der von Krisenverhütung und Krisenbewältigung im Allgemeinen handelt, wird zunächst unter (i) die Verwendung der Begriffe der international tätigen Finanzinstitute und der eigenverantwortlichen Krisenplanung geklärt. Danach werden unter (ii) die Notwendigkeit der Krisenplanung, unter (iii) die Risiken der Krisenplanung und unter (iv) die gesetzliche und die aufsichtsrechtliche Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Behörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren betrachtet. Sodann werden die Reorganisations- und Restrukturierungspläne im Unterkapitel (b) von den alternativen Lösungsansätzen zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute abgegrenzt, nämlich unter (i) von den Kapitalisierungsmodellen und den Modellen zur Stärkung der Liquiditätsbasis, unter (ii) von der Liquiditätsunterstützung für krisenbehaftete Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden, unter (iii) von der Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts, unter (iv) von dem Trennbankensystem, unter (v) von

der Einrichtung von Rettungsfonds und Abwicklungsfonds, unter (vi) von dem Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs (central clearing) und unter (vii) von der Einführung der Banksteuer und der Transaktionssteuer als Alternativen zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute.

a) Die Grundlagen der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen

(i) Die Begrifflichkeiten

Einleitend werden die in dieser Untersuchung verwendeten Begriffe geklärt. Die Beschreibung der Begrifflichkeiten grenzt einerseits das Thema dieser Arbeit ein, wenn Begriffe wie beispielsweise die Finanzinstitute, die Eigenverantwortlichkeit und die Reorganisation definiert werden. Andererseits dient die Beschreibung der verwendeten Begriffe einer Grundlegung für den weiteren Fortgang dieser Untersuchung, wenn die Kernkonzepte der Krisenverhütung und Krisenbewältigung schlagwortartig beschrieben werden. Beispiele für die schlagwortartige Beschreibung der Kernkonzepte der Krisenverhütung und Krisenbewältigung sind die Restrukturierung, die Sanierungsbedürftigkeit, der Bestandsschutz, die Größe und der Verflechtungsgrad eines Finanzinstituts.

(aa) Die international tätigen Finanzinstitute

Zum Verständnis des Begriffs der international tätigen Finanzinstitute, der den sachlichen Anwendungsbereich dieser Untersuchung begrenzt, kann nicht auf eine Legaldefinition Bezug genommen werden. Zunächst soll der Begriff des Finanzinstituts und sodann der Begriff der internationalen Tätigkeit solcher Finanzinstitute erklärt werden.

(aaa) Die Finanzinstitute

Der sachliche Anwendungsbereich der bestehenden gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Vorgaben und Entwürfe zur Krisenplanung der Finanzinstitute unterscheidet sich nach dem Typus des Unternehmens, nach der Art des Genehmigungsstatuts

(der Lizenz) und nach der geographischer Belegenheit¹⁵. Die vorliegende Untersuchung bezieht sich auf alle Arten von Banken, Anlage- und Abschlußvermittlern, Anlageberatern, Portfolioverwaltern, Eigenhändlern und sonstige Finanzdienstleistern. Die Begriffe Banken, Kreditinstitute, Finanzkonzerne, Wertpapierhändler, Makler und dergleichen sollen daher für Zwecke dieser Untersuchung austauschbar gebraucht und zusammenfassend als Finanzinstitute bezeichnet werden.

(bbb) Die Internationale Tätigkeit

International tätige Finanzinstitute sind für Zwecke der vorliegenden Untersuchung zunächst solche, die konsolidierte Konzernfirmen, Tochterunternehmen oder Zweigstellen in einem anderen Land als demjenigen, in dem die Mutterfirma eingetragen ist, oder in dem die Hauptaufsichtsbehörde¹⁶ der Mutterfirma ihren Sitz hat, unterhalten. Internationale Finanzinstitute sind weiterhin solche, die im Ausland im Rahmen von Ausgliederungsstrukturen (Outsourcing) Dienstleistungen, etwa zur Kundenansprache oder zu Abwicklungs-, Aufbewahrungs- oder Kontrollzwecken einkaufen. Lokale Finanzinstitute, die lediglich ausländische Kunden bedienen, ausländische Wertpapiere verkaufen, oder etwa Werte im Ausland lagern, sollen von dieser Untersuchung nur ansatzweise berührt werden, weil ihre Rettung oder Abwicklung nicht die grenzüberschreitende Komplexität aufweist, die der Auslöser für diese Untersuchung war.

¹⁵ Für die deutschen Landesbanken gelten andere Rechtsgrundlagen als für die deutschen Geschäftsbanken; vgl. z.B. die Errichtungsgesetze der Länder zu ihren Förderbanken, die in aller Regel vorsehen, dass eine Förderbank nur durch Gesetz wieder aufgelöst werden kann, s. Bundesverband Öffentlicher Banken, Stellungnahme zu den Referentenentwürfen eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten und zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsgesetz) sowie einer Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, 19. Juli 2010, S. 3. Weiterhin: Zweigniederlassungen werden anders beaufsichtigt als Tochterunternehmen, US Bank Holding Companies unterliegen anderen Regeln als US Non-bank Financial Companies, und eine Bank im Vereinigten Königreich, die Einlagengeschäft betreibt, kann gleichwohl eine "investment firm" sein. Die Darstellung der Unterworfenheit bestimmter Grundformen von Bankinstituten unter bestimmte Gesetze und Regelwerke würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen.

¹⁶ I.S.d. Vorsitzes der Crisis Management Group des College of Regulators und als die Aufsichtsbehörde, die die Kapital- und Liquiditätsstandards für die Mutterfirma festlegt.

(bb) Die eigenverantwortliche Krisenplanung

Nach Klarlegung des Begriffs der international tätigen Finanzinstitute soll der Begriff der eigenverantwortlichen Krisenplanung, der den sachlichen Anwendungsbereich dieser Untersuchung weiter begrenzt, erklärt werden. Zum Verständnis des Begriffs der eigenverantwortlichen Krisenplanung wird zunächst unter (aaa) auf den Begriff der Krise, danach unter (bbb) auf den Begriff der Eigenverantwortlichkeit und abschließend unter (ccc) auf den Begriff der Planung abgestellt.

(aaa) Die Krise

Oben unter „Einführung“ wurde auf zwei krisenhafte Erscheinungsformen abgestellt. Eine Liquiditätskrise wurde als eine krisenhafte Verknappung der kurzfristig zur Verfügung stehenden und genügenden Zahlungsmittel definiert, und eine Kreditkrise als eine krisenhafte Verkleinerung des Kreditrahmens. Eine solche krisenhafte Verknappung der Zahlungsmittel und eine solche krisenhafte Verkleinerung des Kreditrahmens führen zu einer Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmens, weil ohne ausreichende Liquidität und ohne einen hinreichenden Kreditrahmen der Fortbestand des Unternehmens in Frage steht. Umgekehrt deutet Sanierungsbedürftigkeit auf das Vorliegen einer Krise hin. Zum Verständnis des Begriffs der Krise soll daher der Begriff der Sanierungsbedürftigkeit geklärt werden.

Zu weitgehend erscheint, ein Finanzinstitut bereits dann als sanierungsbedürftig zu betrachten, wenn die den Aktionären und die dem Markt kommunizierte Risikostrategie und Risikoakzeptanz nicht mehr erreicht werden kann. Ein Beispiel für eine solche dem Markt kommunizierte Risikostrategie und Risikoakzeptanz ist es, eine Dividende auszuschütten, die an die Dividende des Vorjahres angelehnt ist, vorausgesetzt, dass die aufsichtsrechtliche Zulassung des Finanzinstituts gesichert bleibt, die aufsichtsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden und die Kreditwürdigkeitseinstufung des Finanzinstituts gewahrt bleibt. Die Nichterreicherung der kommunizierten Risikostrategie und Risikoakzeptanz bedeutet noch nicht, dass der Fortbestand des Unternehmens in Frage steht. Es kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht von einer erheblichen oder grundlegenden Sanierungsbedürftigkeit gesprochen werden.

Sanierungsbedürftig sind nicht nur die Finanzinstitute, die insolvent oder von der Insolvenz bedroht sind. Für Zwecke der vorliegenden Arbeit sollen auch die Institute erfasst sein, die die lizenzrelevanten aufsichtsbehördlichen Vorgaben nicht einhalten, etwa zur Kapital- oder Liquiditätsbasis. Als sanierungsbedürftig sollen weiterhin solche Finanzinstitute angesehen werden, bei denen eine mangelhafte Risikokontrolle oder eine fehlende Leitungserfahrung ein aufsichtsrechtliches Einschreiten erforderlich oder zulässig machen¹⁷. Schließlich sollen solche Finanzinstitute als sanierungsbedürftig betrachtet werden, die satzungsmäßige Vorgaben, etwa zur Beschränkung von Risikopositionen im Handelsbuch, nicht einhalten. In solchen Fällen kann von einer erheblichen oder grundlegenden Sanierungsbedürftigkeit, und damit von einer Krise gesprochen werden.

Die Konsequenz eines solchen "weiten" Verständnisses des Begriffs der Sanierungsbedürftigkeit ist es, dass ein Maßnahmenkatalog zur Sanierung eine weite Bandbreite von unternehmensinitiierten, von aufsichtsbehördlich initiierten oder genehmigten und von gerichtlich angeordneten Aktionen umfassen mag. Der mögliche Maßnahmenkatalog umfasst sowohl mildere Mittel, die einem weniger einschneidenden Versäumnis gerecht werden (beispielsweise die endtägliche Kontrolle von Eigenhandelspositionen als eine Reaktion auf Verstöße gegen die Risikobeschränkungen), als auch drastische Veränderungen als Antwort auf eine systemische Krise (beispielsweise den Rückzug vom immobilienbesicherten Privatkundenkreditgeschäft in den USA).

(bbb) Die Eigenverantwortlichkeit

Diese Untersuchung betrachtet die Bandbreite möglicher unternehmensgesteuerter (eigenverantwortlicher) Aktionen. Unternehmensgesteuert können Aktionen sein, die entweder unternehmensinitiiert sind, wie etwa die Begrenzung des Risikos der Wertänderungen einer bestimmten Währung, oder die aufsichtsbehördlich initiiert sind, wie etwa die Verstärkung des Vorstandes oder die gesetzlich gefordert werden, wie etwa das Vorhalten eines Krisenmanagementplans. Unternehmensinitiierte, auf-

¹⁷ Im englischen Sprachraum auch genannt „non-viable“ bank im Gegensatz zu „intervened“ bank, „resolved“ bank und „closed“ bank – vgl. David Hoelscher/ Marc Quintyn, Managing Systemic Banking Crises, International Monetary Fund, 28 August, 2003, Occasional Paper 224, Box 1.

sichtsbehördlich initiierte und auch gesetzlich geforderte Aktionen können aufsichtsbehördlich genehmigungsbedürftig oder zustimmungsbedürftig sein. Es ist auch denkbar, dass unternehmensgesteuerte Aktionen der Zustimmung der Gesellschafter oder Gläubiger bedürfen oder dass solche Aktionen der gerichtlichen Prüfung oder Genehmigung unterliegen. Nicht unternehmensgesteuert sind solche Aktionen, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden, der Krisenmanagementbehörden, der Gerichte oder der Regierungen fallen, etwa Entscheidungen zur zwangsweisen Teilprivatisierung eines Finanzinstitutes.

(ccc) Die Planung

Der Begriff der eigenverantwortlichen Krisenplanung soll anhand der Planungsformen der Reorganisation und der Restrukturierung erläutert werden, denn die Reorganisation und die Restrukturierung sind die Formen der Krisenplanung, die der eigenverantwortlichen Unternehmensführung der Finanzinstitute in besonderem Maße offenstehen.

Die Begriffe der Reorganisation und der Restrukturierung werden in der Diskussion, in den Gesetzen und in den aufsichtsbehördlichen Regelungen oder Entwürfen nicht einheitlich gebraucht. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit werden die Begriffe der Reorganisation und der Restrukturierung wie folgt gebraucht: Eine Reorganisation ist ein Maßnahmenkatalog, der die akzeptablen Risiken neu definiert, der die Risikovor-sorge verändert oder die bestehende Risiken vermindert. Beispiele für eine Reorganisation sind der Rückzug aus einem Vermarktungsgebiet, die Aufgabe eines Kundensegments, die Veränderung der Kundenansprache oder der Produktpalette, die Erhöhung der Kapitalbasis und die Ausgliederung von Geschäftseinheiten auf nicht konsolidierte Eigentümer.

Eine Restrukturierung steht für ein Konzept, das den internen Aufbau, die Struktur oder die Ablaufmechanismen eines Finanzinstitutes abwandelt, um den veränderten äußeren Rahmenbedingungen besser gerecht werden zu können und um eine erhöhte Krisenresistenz für die Zukunft zu erreichen. Beispiele für eine Restrukturierung sind die Verbesserung der Kontroll- und Berichtsstruktur, die Zuerkennung be-

sonderer Verantwortlichkeiten auf Vorstandsebene und die Ersetzung manueller durch automatisierte Verfahren zur Erkennung von Risikofaktoren.

Die scharfe Abgrenzung einer Reorganisation von einer Restrukturierung erscheint für die Zwecke dieser Untersuchung nicht zielförderlich, wohingegen die zugrunde liegenden Konzepte gründlich beleuchtet werden sollen.

Weitere Begriffe, die in der Diskussion stellvertretend für die Reorganisation und die Restrukturierung verwendet werden, sind die Reorganisationsplanverfahren, die Sanierung, die Wiederherstellung, die Ausgliederung, die Abwicklung, die Auflösung und die Rettung. Im englischen Sprachraum wird von der Erholung (recovery), den Testamenten (living wills), der Beerdigung (funeral plans), der Wiederherstellung (restoration), der Abwicklung (wind-down), der Auflösung (resolution), der Bankauflösung und -verfestigung (bank resolution and stabilisation), den verherrlichten Notstandsplänen (glorified contingency planning¹⁸), den besonderen Abwicklungsordnungen (special resolution regimes) und den besonderen Abwicklungsordnungen (special administration regimes) gesprochen. Die Empfehlung des Financial Stability Board von April 2009¹⁹, eine gemeinsame Sprache zur Bestimmung und Lösung systemischer Risiken zu finden, ist unverändert gültig und aktuell.

(cc) Zwischenergebnis zu den Begrifflichkeiten

Der Begriff international tätiger Finanzinstitute zu Zwecken dieser Untersuchung umfasst die Banken und alle Arten von Finanzdienstleistern, die konsolidierte Firmen oder Ausgliederungsstrukturen im Ausland unterhalten. Die eigenverantwortliche Krisenplanung umfasst vor allem die unternehmensgesteuerten Reorganisations- und Restrukturierungsmaßnahmen zur Abwehr oder als Konsequenz einer erheblichen oder grundlegenden Sanierungsbedürftigkeit der Finanzinstitute.

Nach der Klarlegung der verwendeten Begriffe der international tätigen Finanzinstitute und der eigenverantwortlichen Krisenplanung werden im Folgenden unter (ii) die Notwendigkeit der Krisenplanung, unter (iii) die Risiken der Krisenplanung und unter

¹⁸ The Economist, Briefing reforming banking, Base Camp Basel, 23 January 2010, S. 66.

¹⁹ Financial Stability Board, Principles for Cross-Border Cooperation on Crisis Management, 2 April, 2009, S. 2.

(iv) die gesetzliche und die aufsichtsrechtliche Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Behörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dargestellt.

(ii) Die Notwendigkeit der Krisenplanung

In diesem Unterabschnitt wird die Notwendigkeit der Krisenplanung zunächst unter (aa) unter dem Blickwinkel des systemischen Risikos als Rechtfertigung der Notwendigkeit der Krisenplanung und die Kriterien zur Feststellung eines systemischen Risikos betrachtet, danach unter (bb) die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Größe von Finanzinstituten (systemic relevance by size), unter (cc) die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel eines hohen Vernetzungsgrads von Finanzinstituten (systemic relevance by interconnectedness), unter (dd) die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der mangelnden Ersetzbarkeit von Finanzinstituten (systemic relevance by lack of substitutability) und schließlich unter (ee) die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Laufzeitinkongruenz, der Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung von Finanzinstituten.

(aa) Das systemische Risiko als Rechtfertigung der Notwendigkeit der Krisenplanung und die Kriterien zur Feststellung eines systemischen Risikos

In diesem Unterabschnitt wird die Notwendigkeit der Krisenplanung eines Finanzinstituts vor dem Hintergrund der Systembedeutsamkeit der Finanzinstitute²⁰ betrachtet. Die Systembedeutsamkeit der Finanzinstitute kann negativ als ein systemisches Risiko, das sich als die Folge des Scheiterns eines Finanzinstituts realisiert, umschrieben werden. Im Folgenden werden der Begriff des systemischen Risikos und die Kriterien zur Feststellung eines systemischen Risikos untersucht. Die Diskussion um die Notwendigkeit der Krisenplanung der Finanzinstitute wird nach wie vor von den Stellungnahmen zu der zutreffenden Definition des systemischen Risikos und den anzuwendenden Kriterien zur Feststellung eines systemischen Risikos bestimmt.

²⁰ So die Independent Commission of Banking (des Vereinigten Königreichs), Issues Paper, Call for Evidence, September 2010, S. 19.

Eine Definition des systemischen Risikos wurde in einem gemeinsamen Vorschlag des Währungsfonds, der Bank für Internationale Zusammenarbeit und des Financial Stability Board im Oktober 2009 eingeführt²¹. Ein systemisches Risiko ist danach die Wahrscheinlichkeit einer Störung der Erbringung von Finanzdienstleistungen, die durch eine Beeinträchtigung des Finanzsystems hervorgerufen wurde und die das Potential hat, die Gesamtwirtschaft negativ zu beeinträchtigen. Die Planung eines Finanzinstituts für solche Krisen, deren Auswirkung auf das Institut beschränkt bleiben (idiosynkratische Krisen), wird in dieser Untersuchung nicht betrachtet. Deshalb sollte eine Krisenplanung nicht vor dem Hintergrund eines funktionierenden Finanzmarktes betrachtet werden, sondern vor dem Hintergrund eines systemischen Funktionsdefizits des Finanzmarktes.

Als die Kriterien zur Feststellung eines systemischen Risikos werden im Vorschlag des Währungsfonds, der Bank für Internationale Zusammenarbeit und des Financial Stability Board zunächst die Größe (size) als die Gesamtheit der Finanzdienstleistungen, die durch den betroffenen Bestandteil des Finanzsystems erbracht werden, genannt, weiterhin die Vernetzung (interconnectedness) als die Verbindungen der ausgefallenen Dienstleistung mit anderen Bestandteilen des Finanzsystems und schließlich die Ersetzbarkeit (substitutability) als der Grad, zu dem andere Bestandteile des Finanzsystems eine ausgefallene Dienstleistung des Finanzinstituts ersetzen können²².

Das Hintergrundpapier²³ zur oben erwähnten Studie des Währungsfonds, der Bank für Internationale Zusammenarbeit und des Financial Stability Board beschreibt weitere relevante Faktoren zur Beurteilung, ob ein systemisches Risiko vorliegt. Als solche weiteren relevanten Faktoren werden zunächst die Laufzeitinkongruenz der Passiva und Aktiva, weiterhin die Konzentrationsrisiken und schließlich die Hebelwirkung genannt. Die Laufzeitinkongruenz der Passiva und Aktiva (maturity mismatch) als

²¹ Financial Stability Board, International Monetary Fund and Bank for International Settlements, Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations, October, 2009, p. 2, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/othp07.htm>.

²² Zwischenbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 22.4.2010, S. 11 f.

²³ Financial Stability Board, International Monetary Fund and Bank for International Settlements, Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations - Background Paper, October, 2009, p. 5.

Ursache von Liquiditätskrisen beschreibt die Problemlage für die Finanzinstitute, die daraus entsteht, dass die kurzfristigen Verbindlichkeiten vor der Fälligkeit mittelfristiger Aktivposten fällig werden. Konzentrationsrisiken (concentration risk) entstehen als eine Risikoballung gegenüber vernetzten Schuldner, gegenüber Wirtschaftszweigen, gegenüber Produktgruppen und gegenüber Ländern ohne angemessene Diversifizierung oder Absicherung. Die Hebelwirkung (leverage) beschreibt das Verhältnis von der Fremdfinanzierung zu dem Eigenkapital.

Als weitere Faktoren zur Beurteilung, ob ein systemisches Risiko vorliegt, wurden noch die Wirksamkeit der Bankaufsicht und die Verlässlichkeit der Bewertungen durch Rating-Agenturen hinzuzufügen²⁴. Die australischen und kanadischen Finanzinstitute gingen aus der Finanzkrise der Jahre 2007 und 2008 nahezu unbeschadet hervor. Man mag daraus folgern, dass die australische und die kanadische Bankenaufsicht besonders wirksam waren. Eine solche Wirksamkeitseinschätzung lässt sich aber nur ex-post vornehmen. Deshalb mag unwirksame Bankenaufsicht zwar zutreffend auf das Vorliegen eines systemischen Risikos hinweisen. In Ermangelung einer zeitgerechten Methode zur Messung der Wirksamkeit der Bankenaufsicht ist das Kriterium der Wirksamkeit der Bankenaufsicht aber nicht praktisch brauchbar und wird im Rahmen dieser Untersuchung vernachlässigt. Dieselbe Schwierigkeit wie für die Messung der Verlässlichkeit der Wirksamkeit von Bankenaufsicht gilt für die Messung der Verlässlichkeit der Bewertungen durch Rating-Agenturen. Solche Verlässlichkeitsmessungen lassen sich nur ex-post durchführen, so dass die Verlässlichkeit der Bewertungen durch die Rating-Agenturen als Kriterium zur Feststellung eines systemischen Risikos nicht geeignet ist und im Rahmen dieser Untersuchung vernachlässigt wird.

Der Financial Stability Board hat am 4. November 2011 eine Liste von zunächst 29 weltweit systemrelevanten Instituten²⁵ (Globally Systemically Important Financial In-

²⁴ House of Commons, Treasury Committee, Too important to fail - too important to ignore, Ninth report of Sessions 2009-10, 22 March, 2010, S. 20, 24.

²⁵ Bank of America, Bank of China, Bank of New York Mellon, Banque Populaire CdE, Barclays, BNP Paribas, Citigroup, Commerzbank, Credit Suisse, Deutsche Bank, Dexia, Goldman Sachs, Group Crédit Agricole, HSBC, ING Bank, JP Morgan Chase, Lloyds Banking Group, Mitsubishi UFJ FG, Mizuho FG, Morgan Stanley, Nordea, Royal Bank of Scotland, Santander, Société Générale, State Street, Sumitomo Mitsui FG, UBS, Unicredit Group, Wells Fargo.

stitutions, G-SIFIs) beschlossen²⁶. Diese Liste wird jährlich überarbeitet und soll den lokalen Aufsichtsbehörden als ein Anknüpfungspunkt für die Krisenplanung und Krisenvorgaben dienen. Die Liste der weltweit systemrelevanten Institute wurde auf der Basis einer Methodik entwickelt, die vom Basel-Komitee vorgeschlagen worden war²⁷. Danach werden die Verlustindikatoren auf globaler und systemweiter Basis ermittelt, die sich in gleichgewichteter Weise auf die Faktoren der Größe und des Grads an Verflochtenheit, der Ersetzbarkeit, der grenzüberschreitenden Aktivität und Komplexität beziehen. Die Größe wird dabei an den Passiva gemessen, der Grad an Verflochtenheit im Wesentlichen an den Aktiva und den Passiva in Bezug auf andere Finanzinstitute, die Ersetzbarkeit an dem Wert der verwahrten Vermögenswerte und den Zahlungsverkehrsvolumina sowie dem Eigenrisikoanteil der in Kapitalmarkttransaktionen akzeptiert wird, die grenzüberschreitende Aktivität an den grenzüberschreitenden Forderungen und Verpflichtungen und die Komplexität im Wesentlichen am Nominalwert nicht standardisierter Derivate und dem Handelsbuch. Als weiteres Kriterium wird für Fälle einer besonders hohen Wahrscheinlichkeit des Scheiterns eines Instituts und besonders starker Auswirkungen eines solchen Scheiterns auf die globale Finanzstabilität die Risikoeinstufung durch die Heimataufsicht eingeführt, um das rechnerische Ergebnis der Indikatoren durch eine qualitative Einschätzung zu ergänzen²⁸. Weitere ergänzende Kriterien wie die Ertragskraft oder die Zahl der Länder, in denen das Institut aktiv ist, oder einfach weitere "qualitative" Erwägungen sind zulässig²⁹. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass nach der Meinung der Aufsichtsbehörden die Kriterien zur Kategorisierung eines Instituts als systemisch nicht abschließend aufgeführt werden können und kumulativ oder alternativ angewendet werden können. Dies erscheint sachgerecht, um den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht werden zu können.

Der Financial Stability Board führte zur Beurteilung, ob ein systemisches Risiko vorliegt, die Kriterien der grenzüberschreitenden Aktivität und der Komplexität der Handelsbuchpositionen neu ein. Nach diesseitigem Dafürhalten sind der Grad an grenz-

²⁶ Financial Stability Board, Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions, 4 November, 2011, Annex.

²⁷ Basel Committee on Banking Supervision, Global Systemically Important Banks: Assessment Methodology and the Additional Loss Absorbency Requirement, November, 2011, p. 3-5.

²⁸ Basel Committee on Banking Supervision, a.a.O., S.10.

²⁹ Basel Committee on Banking Supervision, a.a.O., S.11 f.

überschreitender Aktivität und der Komplexität der Handelsbuchpositionen ein Maß für die Vernetztheit des Finanzinstituts und für die Ersetzbarkeit der Finanzdienstleistungen. Je höher der Grad an grenzüberschreitender Aktivität ist, desto größer ist die Vernetztheit des Finanzinstituts und desto geringer die Ersetzbarkeit der Finanzdienstleistungen. Je komplexer die Handelsbuchpositionen sind, und je mehr nicht standardisierte Derivate eingesetzt werden, desto schwieriger kann der Marktwert der Aktiva eines Finanzinstituts ermittelt werden. Die vom Financial Stability Board eingeführten Kriterien der grenzüberschreitenden Aktivität und der Komplexität der Handelsbuchpositionen zur Feststellung eines systemischen Risikos erscheinen daher als zutreffend, aber als bereits enthalten in den bisher eingeführten Kriterien der Vernetztheit und der Ersetzbarkeit, so dass sie im Folgenden nicht gesondert untersucht werden müssen.

Im Ergebnis erscheinen daher die Faktoren der Größe, der Ersetzbarkeit, der Vernetzung, der Laufzeitinkongruenz, der Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung für die Beurteilung des Vorliegens eines systemischen Risikos als möglicherweise relevant. Die Relevanz dieser Faktoren zur Beurteilung des Vorliegens eines systemischen Risikos wird im Folgenden im Detail betrachtet.

Nach der Klarlegung des Begriffes des systemischen Risikos als Rechtfertigung der Krisenplanung wird daher im Folgenden die Notwendigkeit der Krisenplanung von Finanzinstituten unter (bb) anhand der Größe von Finanzinstituten (systemic by size), unter (cc) anhand des Vernetzungsgrads der Finanzinstitute (systemic by interconnectedness), unter (dd) anhand der mangelnden Ersetzbarkeit der Finanzinstitute (systemic by lack of substitutability) und unter (ee) anhand der Laufzeitinkongruenz der Passiva und Aktiva, der Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung untersucht.

(bb) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Größe von Finanzinstituten (systemic relevance by size)

In diesem Abschnitt wird zunächst untersucht, ob die Größe eines Finanzinstituts als Kriterium zur Feststellung eines systemischen Risikos aus globaler oder lokaler Sicht zu bestimmen ist.

Ein Institut, das wie etwa die Deutsche Bank etwa ein Sechstel des lokalen Privatkundengeschäfts abdeckt, ist unzweifelhaft so groß, dass ein Scheitern große „Wellen“ ziehen würde. Im Folgenden wird untersucht, ob sich aus solchen spürbaren Auswirkungen eines Scheiterns die Notwendigkeit einer Krisenplanung ergibt. Die Deutsche Bank bedient auch etwa ein Fünftel des weltweiten Devisenhandels. In diesem Zusammenhang ist unklar, ob die relevante Größe aus globaler Sicht bestimmt werden soll. Für eine Bestimmung aus globaler Sicht spricht, dass das Devisenfinanzsystem global ist. Konsequenterweise sollte nach Auffassung des Verfassers auch die Größe eines Finanzinstituts als Kriterium zur Feststellung eines systemischen Risikos unter Heranziehung einer globalen Perspektive beurteilt werden. Eine lediglich lokale Perspektive ist danach unzureichend.

Nunmehr wird untersucht, ob aus historischer Betrachtungsweise die Größe eines Finanzinstituts für die Entstehung einer Finanzkrise relevant war, und ob von daher die Größe eines Finanzinstituts als Kriterium zur Feststellung systemischen Risikos herangezogen werden sollte.

Bis zum Jahre 1990 war die Bilanzsumme keines Finanzinstitutes größer als das Bruttonettoprodukt seines jeweiligen Heimatstaates. Diese Größenverhältnisse haben sich seither dramatisch verändert. Beispielsweise beträgt die Bilanzsumme der schweizerischen Großbank UBS nunmehr 362% des schweizerischen Bruttonettoprodukts, die Bilanzsumme der belgischen Bank Fortis beträgt 238% des Bruttonettoprodukts Belgiens und die Bilanzsumme der Royal Bank of Scotland beträgt 121% des Bruttonettoprodukts des Vereinigten Königreichs³⁰. Von Seiten der Aufsichtsbehörden wird diskutiert, ob die Verkleinerungen großer Finanzinstitute ein angemessenes Mittel sind, um die Auswirkungen eines Scheiterns großer Finanzinstitute auf die Gesamtwirtschaft zu begrenzen.

Bisher gescheiterte Finanzinstitute waren von sehr unterschiedlicher Größe. Die Bandbreite gescheiterter Finanzinstitute reichte von kleineren Instituten wie der Britischen Bank Northern Rock oder der deutschen Hypo Real Estate bis zu Marktführern wie der britischen Bank Royal Bank of Scotland, der US-amerikanischen Versiche-

³⁰ Barclays Capital, Barclays Equity Research, 5 January, 2010, European Banks: Too Big to Fail, Are Large Banks a Problem?, S. 5.

rung American International Group und dem US-amerikanischen Finanzinstitut Citigroup. Eine historische Betrachtungsweise spricht daher nicht dafür dass größere Finanzinstitute krisenanfälliger sind als kleinere. Zutreffender Weise werden allerdings die Auswirkungen eines Scheiterns großer Finanzinstitute auf die Gesamtwirtschaft als größer beschrieben, verglichen mit den Auswirkungen des Scheiterns kleinerer Finanzinstitute, Ansteckungseffekte einmal vorab gelassen³¹.

Nach einer Industrieuntersuchung sind größere Institute, gemessen an ihrer Eigenkapitalrendite, generell profitabler als kleinere Institute, und dies bei geringerer Volatilität der Profite. Vor allem aber fallen statistisch gesehen die Verluste, gemessen am Eigenkapital, bei den kleineren Instituten ungleich höher aus als bei den größeren Instituten. Von den Bankkonkursen in den USA in den letzten 40 Jahren entfielen weniger als 1 Hundertstel auf Institute mit Bilanzaktiva von USD 10 Mrd. oder mehr³².

Es gibt demnach keinen historischen Anhaltspunkt, der dafür spräche, dass die Verkleinerungen großer Finanzinstitute ein angemessenes Mittel darstellen, um die Auswirkungen eines Scheiterns großer Finanzinstitute auf die Gesamtwirtschaft zu begrenzen. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich aus der bloßen Größe von Finanzinstituten die Notwendigkeit einer Krisenplanung der Finanzinstitute nicht herleiten lässt.

(cc) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel eines hohen Vernetzungsgrads von Finanzinstituten (systemic relevance by interconnectedness)

Die Vernetzung der Finanzinstitute wird zunächst in ihrer Erscheinungsform als Vernetzung von nicht konzernverbundenen Finanzinstituten miteinander und danach in ihrer Erscheinungsform als Vernetzung von Finanzinstituten innerhalb eines Finanzkonzerns betrachtet.

Nicht konzernverbundene Finanzinstitute sind miteinander verbunden (implicit interconnectedness links), wenn sich die Auswirkungen des Scheiterns eines Finanzinsti-

³¹ Barclays, Barclays Equity Research, 5 January, 2010, European Banks: Too Big to Fail, Are Large Banks a Problem?, S. 6 f.

³² Barclays, Barclays Equity Research, 5 January, 2010, European Banks: Too Big to Fail, Are Large Banks a Problem?, S. 6.

tuts unschwer und rasch auf andere Finanzinstitute und auch auf das Funktionieren des Finanzmarktes auszuwirken vermögen. Finanzinstitute sind auf eine kurzfristige Finanzierung angewiesen, damit die längerfristigen Aktiva die kurzfristigen Verbindlichkeiten bedienen können. Diese Laufzeitinkongruenz rührt daher, dass die mittel- oder langfristigen Darlehen nicht vorzeitig fällig werden, wenn die Einlagen kurzfristig abgezogen werden. Falls keine kurzfristige Finanzierung der kurzfristigen Verbindlichkeiten möglich ist, entsteht ein Liquiditätsengpass. Als Konsequenz eines Liquiditätsengpasses sinkt die Kreditwürdigkeit des betroffenen Finanzinstituts. Dadurch steigen die Anforderungen an die Qualität der Besicherung von Darlehen, die dem betroffenen Finanzinstitut gewährt werden. Als Konsequenz gesteigerter Besicherungsanforderungen verteuern sich solche Darlehen und vergrößert sich der Liquiditätsengpass. Das Finanzinstitut mit ungenügender Liquidität scheidet auch als Darlehensgeber aus. Ein Liquiditätsengpass der bei einem Finanzinstitut zu beobachten ist, mag daher zu einer Schrumpfung des Gesamtvolumens von Interbankdarlehen führen. Wenn keine kurzfristige Refinanzierung möglich ist, muss ein Finanzinstitut Aktiva notverkaufen, wodurch sich seine Bilanzkraft schwächt. Eine Schwächung der Bilanzkraft eines Finanzinstituts mag bei Einlegern zu dem panikartigen Abzug von Einlagen führen. Die Panik der Einleger eines Finanzinstituts mag sich unschwer durch verlorenes Vertrauen in die Kraft des Finanzmarktes auf andere bis dahin finanzstarke Finanzinstitute ausdehnen, wodurch deren Liquiditätsbedarf steigt. Im Ergebnis können sich daher die Auswirkungen des Scheiterns eines Finanzinstituts unschwer und rasch auf andere Finanzinstitute und auf das Funktionieren des Finanzmarktes auswirken. Durch die Abhängigkeit eines Finanzinstituts von anderen ergibt sich eine Systembedeutsamkeit (systemic as a herd³³) und daher die Notwendigkeit einer Krisenplanung um Engpässen am Liquiditätsmarkt begegnen zu können.

Nach der Vernetzung von nicht konzernverbundenen Finanzinstituten miteinander wird die Vernetzung von Finanzinstituten innerhalb eines Konzerns betrachtet.

Die Struktur der Rechtseinheiten eines international tätigen Finanzkonzerns ist vielfältig und beinhaltet die Tochterunternehmen und die Zweigniederlassungen auf

³³ House of Commons, Treasury Committee, Too important to fail- too important to ignore, Ninth report of Sessions 2009-10, 22 March, 2010, p. 6.

mehrfachen Ebenen sowie die Zweckgesellschaften. Die Eigentumsverhältnisse, die finanziellen Konsolidierungsstrukturen und die finanziellen Absicherungsabreden auf einer länderübergreifenden Ebene bilden ein komplexes Netzwerk der Rechtseinheiten. Das komplexe Netzwerk der Rechtseinheiten wird von einer ebenso komplexen Vernetztheit der Geschäftseinheiten widergespiegelt. Die Produktbereiche, die Kontroll- und die Abwicklungseinheiten eines international tätigen Finanzkonzerns sind oft zentralisiert und bedienen eine Mehrzahl von Geschäftseinheiten auf länderübergreifender Ebene. Die Kundenansprache erfolgt länderübergreifend. Die Kundenaufnahme und der Verkauf bzw. die Auftragsannahme finden nicht notwendigerweise im Heimatland des Kunden statt und nicht notwendigerweise dort, wo die Transaktionen verbucht werden oder wo die Sachwerte oder die Sicherheiten gehalten werden.

Konzerninterne oder –externe Rechtseinheiten (Zuliefererfirmen) nehmen im Rahmen eines Outsourcing Aktivitäten für andere wahr, oft auf länderübergreifender Ebene. Die Abwicklung von Transaktionen findet sich oft in zentralisierter Form in vom Markt gemeinsam genutzten Abwicklungsfunktionen (clearing houses oder Börsen bzw. Multilateralen Handelssystemen). Die Rechts- und Geschäftseinheiten eines international tätigen Finanzkonzerns sind daher auf einer länderübergreifenden Ebene eng vernetzt. Diese enge Vernetzung macht eine Krisenplanung notwendig, damit die Schwächung oder der Ausfall einer Rechts- oder Geschäftseinheit kompensiert werden kann.

Im Ergebnis ergibt sich daher die Notwendigkeit einer Krisenplanung sowohl aus der Vernetzung von nicht konzernverbundenen Finanzinstituten miteinander als auch aus der Vernetzung von Finanzinstituten innerhalb eines Konzerns. Die Vernetzung nicht konzernverbundener Finanzinstitute miteinander ist systembedeutsam, weil die Krise eines Finanzinstituts den Finanzmarkt betreffen kann. Die länderübergreifende Vernetzung der Rechts- und Geschäftseinheiten eines international tätigen Finanzkonzerns ist systembedeutsam, weil die Krise eines Finanzinstituts in einem Land den Finanzmarkt eines anderen Landes betreffen kann.

(dd) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der mangelnden Ersetzbarkeit von Finanzinstituten (systemic relevance by lack of substitutability)

Dieser Abschnitt untersucht ob eine mangelnde Ersetzbarkeit von Finanzinstituten eine Krisenplanung im Hinblick auf die Bedeutsamkeit bestimmter Aktivitäten für den jeweiligen Markt notwendig macht. Im Hinblick auf die Bedeutsamkeit bestimmter Aktivitäten für den jeweiligen Markt ist ein Unternehmen dann als systembedeutsam einzustufen, wenn es „Leistungen erbringt, die für die Volkswirtschaft unverzichtbar sind, und andere Marktteilnehmer diese Leistungen nicht innerhalb einer Frist ersetzen können, die für die Volkswirtschaft tragbar ist“³⁴. Nach einem anderen Ansatz sind systemrelevante Banken solche „Banken, Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate, deren Ausfall die [nationale] Volkswirtschaft und das [nationale] Finanzsystem erheblich schädigen würde“³⁵.

Genauso wie für das Kriterium der Größe sollte nach diesseitigem Dafürhalten eine globale Betrachtungsweise auch für das Kriterium der Ersetzbarkeit angewendet werden. Der britische Makler ICAP PLC (icap) hält zwar etwa ein Drittel des weltweiten Marktanteils im Handel zwischen Eigenhändlern, es gibt aber einen Grund anzunehmen, dass andere, auch ausländische Marktteilnehmer, eine entstandene Lücke füllen könnten. Das Finanzsystem ist global, und deshalb sollte auch das Vorliegen der Ersetzbarkeit als Kriterium für das Vorliegen eines systemischen Risikos aus globaler Sicht untersucht werden.

Bis andere Makler die Kreditlinien und die Abrechnungsmodi bereitgestellt haben, um icap zu ersetzen, würde Zeit vergehen. Die Transaktionen, die bereits eingegangen, aber noch nicht abgewickelt sind, sind nur ersetzbar (novation), wenn die übernehmende Bank bereit ist, ein Wagnis einzugehen. Es ist in der Praxis nach Auffassung des Verfassers davon auszugehen, dass eine übernehmende Bank kaum zu einem solchen Wagnis bereit ist, ohne dass staatliche Garantien gegeben werden. Im Ergebnis sollte das Kriterium der Ersetzbarkeit daher auf globaler Basis und im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit des Austauschs angewendet werden.

³⁴ Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 30.9.2010, S. 3.

³⁵ Art. 8 I, Entwurf einer Teilrevision des Bankgesetzes, Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 30.9.2010, S. 67.

Zur Feststellung der Kriterien der Ersetzbarkeit von Finanzinstituten wird vorgeschlagen, auf den Marktanteil im inländischen Bankgeschäft, insbesondere im Einlagen- und im Kreditgeschäft sowie im Zahlungsverkehr abzustellen. Als weitere Kriterien zur Feststellung der Ersetzbarkeit von Finanzinstituten werden der Betrag der gesicherten Einlagen, das Verhältnis zwischen der Bilanzsumme und dem Bruttoinlandsprodukt und das Risikoprofil des Instituts nach dem Geschäftsmodell, der Bilanzstruktur, der Qualität der Aktiva, der Liquidität und dem Verschuldungsgrad genannt³⁶. Festzuhalten ist, dass die Bilanzgröße eines Finanzinstituts nicht notwendigerweise mit der Ersetzbarkeit seines Beitrags für den Markt einhergeht.

Ein Marktanteil ist im Grundsatz immer ersetzbar durch andere Marktteilnehmer. Die Bereitschaft anderer Marktteilnehmer zu einer Ersetzung, die zu erwartenden Umsetzungsschwierigkeiten und der notwendige Zeithorizont einer Ersetzung müssen aber im Einzelfall berücksichtigt werden, um zu prüfen, ob die Ersetzbarkeit des betroffenen Finanzinstituts mangelhaft ist und daher der Krisenplanung bedarf. Je stärker die Rechts- und Geschäftseinheiten eines international tätigen Finanzkonzerns vernetzt sind, desto schwieriger ist die Ersetzung eines Finanzinstituts und desto größer sind die Anforderungen an die Krisenplanung.

Im Ergebnis kann festgehalten werden dass eine Krisenplanung notwendig ist, falls der Beitrag eines Finanzinstituts für den jeweiligen Markt systembedeutsam ist und dieser Beitrag nur schwer ersetzt werden kann.

(ee) Die Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Laufzeitinkongruenz, der Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung von Finanzinstituten

Die Laufzeitinkongruenz der Passiva und der Aktiva (maturity mismatch) als Ursache der Liquiditätskrisen beschreibt die Problemlage für die Finanzinstitute, die daraus entsteht, dass die kurzfristigen Verbindlichkeiten vor der Fälligkeit mittelfristiger Aktivposten fällig werden. Es handelt sich hierbei um ein Strukturrisiko, das alle Finanzinstitute betrifft, die das Einlagengeschäft betreiben, und das die sofort fälligen Ver-

³⁶ Art. 8 II, Entwurf einer Teilrevision des Bankgesetzes, Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 30.9.2010, S. 67.

bindlichkeiten umfasst. Die Konsequenz der Einbeziehung der Laufzeitinkongruenz in den Kreis der Kriterien zur Beurteilung eines systemischen Risikos ist, dass alle Einlageninstitute, also Banken, ein systemisches Risiko für das Finanzsystem darstellen. Umgekehrt stellen Banken, deren Krisenplanung das Strukturrisiko der Laufzeitinkongruenz in erheblicher Weise eingedämmt hat, in dieser Hinsicht kein systemisches Risiko mehr dar. Als Methoden, das Strukturrisiko der Laufzeitinkongruenz einzudämmen, sind die Verringerung der Aktiva auf ein angemessenes Verhältnis zu den Passiva und eine zeitnahe Kontroll- und Anpassungsstruktur dieses Verhältnisses zu nennen.

Neben der Laufzeitinkongruenz werden die Konzentrationsrisiken (concentration risk) als Faktoren zur Beurteilung, ob ein systemisches Risiko vorliegt, betrachtet. Konzentrationsrisiken entstehen als eine Risikoballung ohne angemessene Diversifizierung oder Absicherung gegenüber vernetzten Schuldnern, gegenüber Emittenten, gegenüber Wirtschaftszweigen, gegenüber Produktgruppen und gegenüber Ländern. Es ist offensichtlich dass ein Finanzinstitut, das etwa auf die Flugzeugfinanzierung spezialisiert ist, von einer drastischen Kraftstoffpreiserhöhung krisenhaft betroffen werden mag, weil das Kreditvolumen abnehmen und die notleidenden Kredite zunehmen werden. Die Konzentrationsrisiken sollten daher als Kriterien zur Feststellung systemischen Risikos angesehen werden.

Nach der Laufzeitinkongruenz und den Konzentrationsrisiken wird die Hebelwirkung als mögliches Kriterium zur Feststellung systemischen Risikos untersucht. Die Hebelwirkung (leverage), beschreibt das Verhältnis der Fremdfinanzierung zu dem Eigenkapital. Wenn ein Liquiditätsengpass eintritt, ist er umso schwieriger einzudämmen, je größer das Verhältnis von Fremdfinanzierung zu dem Eigenkapital ist. Ein im Verhältnis zum Grad an Fremdfinanzierung unterkapitalisiertes Finanzinstitut stellt von daher ein systemisches Risiko dar.

(ff) Zwischenergebnis zu der Notwendigkeit der Krisenplanung

Aus der bloßen Größe von Finanzinstituten lässt sich die Notwendigkeit einer Krisenplanung für Finanzinstitute nicht ableiten. Im Ergebnis ergibt sich aber die Notwendigkeit einer Krisenplanung aus der Vernetzung von nicht konzernverbundenen Fi-

nanzinstituten untereinander, aus der Vernetzung der Finanzinstitute innerhalb eines Konzerns, aus der Laufzeitinkongruenz, den Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung des Finanzinstituts oder aus dem systemrelevanten und nur schwer ersetzbaren Beitrag eines Finanzinstituts für den jeweiligen Markt.

Die öffentliche Diskussion hat sich konsequenterweise von der Frage der Verkleinerung oder Aufspaltung der Finanzkonzerne etwas verlagert³⁷ zu den Fragen, ob die Vernetzungen in einem systemrelevanten international tätigen Finanzkonzern im Vorfeld einer Krise aufgelockert werden sollten, um eine Auflösung zu erleichtern und wie ein systemrelevanter Beitrag eines Finanzinstituts für den jeweiligen Markt ersetzt werden kann.

Nach der Klarlegung der verwendeten Begriffe der international tätigen Finanzinstitute und der eigenverantwortlichen Krisenplanung und der Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Größe, der Vernetzung und der Ersetzbarkeit sowie der Laufzeitinkongruenz, der Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung von Finanzinstituten werden im Folgenden die Risiken der Krisenplanung dargestellt.

(iii) Die Risiken der Krisenplanung

In diesem Abschnitt wird dargelegt, dass die Anerkennung der Systembedeutsamkeit eines Finanzinstituts zu einem faktischen Bestandsschutz des betroffenen Finanzinstituts führen kann. Diese Konsequenz führt zu einem moralischen Dilemma, weil eine Rettungspflicht mit den marktwirtschaftlichen Grundsätzen unvereinbar ist. Eine staatliche Forderung einer Krisenplanung mag als ein stillschweigendes Zugeständnis eines Bestandsschutzes für das betroffene Finanzinstitut gewertet werden. In diesem Abschnitt wird dargelegt, dass ein Bestandsschutz zu einer Verringerung von Marktdisziplin und zu Wettbewerbsverschiebungen führt und die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das betroffene Finanzinstitut zukünftig eine Krise erfahren wird. Die Krisenplanung ist dann kontraproduktiv.

³⁷ Die Bankenkommission des Vereinigten Königreichs allerdings fokussiert nach wie vor auf Reform durch Trennung von Massen- und Investmentbankgeschäft und verschiedenen Optionen, bestimmte Arten von Bankgeschäften zu verbieten: Independent Commission of Banking, Issues Paper, Call for Evidence, September 2010, S. 32ff.

(aa) Der Bestandsschutz

Im Jahre 2008 wurde das US-amerikanische Finanzinstitut Bear Stearns mit finanzieller Unterstützung des Federal Reserve Board von der US-amerikanischen Bank JPMorgan absorbiert. In der Rückschau ist Bear Stearns ein Beispiel für ein Finanzinstitut, das als zu groß und zu systemwichtig angesehen wurde, um einen Zusammenbruch zuzulassen³⁸. Der Bestandsschutz wurde durch die Größe (too-big to fail) und durch die Systembedeutsamkeit (too-important to ignore³⁹) erreicht. Ein Zusammenbruch eines Finanzinstituts wird auch dann nicht zugelassen, wenn das Scheitern und die Auflösung des Finanzinstituts wegen seiner grenzüberschreitenden und industrieweiten Vernetzung systemrelevante Ansteckungseffekte zeitigen würden. Bestandsschutz wird in diesem Fall erreicht durch den Systemvernetzungsgrad (too-interconnected to fail). Bestandsschutz wurde auch für Finanzinstitute, die zu komplex für ein effizientes Management (too-complex to manage), zu komplex für eine verlässliche Kontrolle und Innenrevision (too-complex to audit) oder zu komplex für eine effektive Aufsicht (too-complex to supervise)⁴⁰ sind, gefordert.

Schließlich mag es Institute geben, deren Rettung oder Auflösung die Finanzkraft des Staates übersteigen würde (too-big to be rescued)⁴¹. Dies mag insbesondere für kleinere Staaten wie Island, die Niederlande oder die Schweiz gelten. Singapur hat es bisher konsequenterweise vermieden, Hauptsitz weltweit operierender Finanzinstitute wie Standard Chartered zu werden. Auf diese Weise hat es Singapur erfolgreich vermieden, die Rettungs- und Abwicklungsverantwortung für größere international tätige Finanzinstitute zu übernehmen.

Es sollten international anerkannte Rahmenbedingungen für die Krisenbewältigung geschaffen werden, wonach den Nationalstaaten solche Einschränkungen auferlegt werden, die ihre beschränkte Wirtschaftskraft widerspiegeln. Beispielsweise sollten

³⁸ Speech by Governor Daniel K. Tarullo at the Symposium on Building the Financial System of the 21st Century, Armonk, New York, March 18, 2010, "Toward an Effective Resolution Regime for Large Financial Institutions".

³⁹ House of Commons, Treasury Committee, Too important to fail- too important to ignore, Ninth report of Sessions 2009-10, 22 March, 2010, p. 5.

⁴⁰ Vgl. Sharon Bowles, Chair of ECON Committee of the European Parliament, EU Conference on Cross-border Crisis Management, 19 March, 2010, S. 2, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm.

⁴¹ Zwischenbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 22.4.2010, S. 54.

den Aufsichtsbehörden solcher Nationalstaaten untersagt sein, ihren Finanzinstituten die Eröffnung einer solchen Vielzahl von Zweigniederlassungen im Ausland zu genehmigen, dass im Ergebnis die notwendige Einlagensicherung die Wirtschaftskraft des genehmigenden Heimatstaates übersteigen würde⁴².

Durch die Anerkennung der Systembedeutsamkeit eines Finanzinstituts wird daher ein faktischer Bestandsschutz für das Finanzinstitut geschaffen. Dieser Bestandsschutz ist besonders besorgniserregend, falls er die Wirtschaftskraft des jeweiligen Heimatstaates übersteigen würde. In diesem Falle mag der Bestandsschutz für ein Finanzinstitut zu einer Finanzkrise für den Heimatstaat selbst führen.

Im Folgenden wird das moralische Dilemma näher ausgeführt, das zu einem Bestandsschutz für ein Finanzinstitut führt.

(bb) Die Erpressbarkeit (Moralisches Dilemma, moral hazard)

Eine Rettungspflicht für den Staat ist mit marktwirtschaftlichen Grundsätzen unvereinbar⁴³. Eine Rettungspflicht ist auch kontraproduktiv, weil durch eine implizite Garantie der staatlichen Erhaltung (Bestandsgarantie⁴⁴) die Risiken des Institutes nicht mehr preismäßig erfasst werden und Wirtschaftsströme geschaffen werden, die langfristig⁴⁵ risikoe erhöhend wirken werden⁴⁶. Negative Wirkungen impliziter Bestandsgarantien sind eine Erhöhung des Risikoappetits, eine Verringerung der Marktdisziplin, Wettbewerbsverschiebungen und eine größere Wahrscheinlichkeit zukünftiger Krisen⁴⁷.

⁴² European Commission, a.a.O., S.67.

⁴³ Der Bundesverband Deutscher Banken verweist auf den ordnungspolitischen Grundsatz, dass unternehmerischer Misserfolg in letzter Konsequenz zum Marktaustritt führen muss, vgl. Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, S. 2, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmärkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

⁴⁴ Sophie Spetzler, Insolvenzrechtsreform und Bankenreorganisation, KTS 2010, 453.

⁴⁵ Sheila Blair, Chairman, Federal Deposit Insurance Corporation, Remarks at the Institute of International Bankers Conference, New York, 10 November, 2009, p. 4.

⁴⁶ Zwischenbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 22.4.2010, S. 6: Durch die Einstufung eines Unternehmens als too big to fail wird ein zentraler Sanktionsmechanismus des Marktes ausgehebelt, Risikokosten verzerrt, falsche Anreize gesetzt, systemrelevante Unternehmen gehen zu hohe Risiken ein und sie können sich zu günstig refinanzieren.

⁴⁷ Basel Committee on Banking Supervision, Global Systemically Important Banks: Assessment Methodology and the Additional Loss Absorbency Requirement, November, 2011, S. 1 f.

Es besteht Übereinstimmung darin, dass von einer Rettungspflicht des Staates nicht ausgegangen werden darf. Das angemessene Mittel, um dem moralischen Dilemma zu begegnen ist es folglich, die Unsicherheit über die (Form und den Zeitpunkt der) Anwendung staatlicher und aufsichtsrechtlicher Eingriffsrechte (constructive ambiguity) aufrechtzuerhalten. Die Unsicherheit über die (Form und den Zeitpunkt der) Anwendung darf aber nicht mit einer Unklarheit über und Unbestimmtheit von staatlichen und aufsichtlichen Eingriffsrechten überhaupt verwechselt werden⁴⁸.

Im Ergebnis werden durch das Erpressungspotential die Gefahren für die Finanzsystemstabilität erhöht⁴⁹. Die Unsicherheit über die Anwendung staatlicher und aufsichtsrechtlicher Eingriffsrechte muss aufrechterhalten werden.

(cc) Zwischenergebnis zu den Risiken der Krisenplanung

Durch die Anerkennung der Systembedeutsamkeit eines Finanzinstituts wird ein faktischer Bestandsschutz für das Finanzinstitut geschaffen. Ein faktischer Bestandsschutz führt zu einem moralischen Dilemma für den betroffenen Staat weil eine Rettungspflicht mit marktwirtschaftlichen Grundsätzen unvereinbar ist. Im Ergebnis werden durch das moralische Dilemma die Gefahren für die Finanzsystemstabilität erhöht. Die Unsicherheit über die Anwendung staatlicher und aufsichtsrechtlicher Eingriffsrechte muss aufrechterhalten werden.

Nach der Klarlegung der verwendeten Begriffe der international tätigen Finanzinstitute und der eigenverantwortlichen Krisenplanung, der Notwendigkeit der Krisenplanung aus dem Blickwinkel der Größe, der Vernetzung und der Ersetzbarkeit, der Laufzeitinkongruenz, der Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung von Finanzinstituten sowie der Risiken der Krisenplanung aus dem Blickwinkel des Bestandsschutzes und des moralischen Dilemmas, wird im Folgenden die gesetzliche und die

⁴⁸ European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, p. 65, Annex II, Extract from the De Larosiere Report Dealing with Crisis Management and Resolution.

⁴⁹ Christoph Ohler, Bankensanierung als Staatliche Aufgabe, WiVerw 2010, S. 57.

aufsichtsrechtliche Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Behörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dargestellt.

(iv) Die gesetzliche und die aufsichtsrechtliche Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Behörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

In diesem Abschnitt wird die gesetzliche und die aufsichtsrechtliche Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden, des Insolvenz- und des Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung in der Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dargestellt.

Eine Mehrzahl internationaler und supranationaler Organisationen machte Vorschläge zu einem möglichen Maßnahmenkatalog für Aufsichts- und Abwicklungsbehörden einerseits und Finanzinstitute andererseits, sowie zur Anpassung des Insolvenz- und Abwicklungsrechts und zur Standardisierung und internationalen Verbreitung von Lösungsmechanismen zur Krisenplanung. Diese Vorschläge internationaler und supranationaler Organisationen werden unten in Unterabschnitt (aa) in chronologischer Darstellung berichtet. Im Gefolge zu den Vorschlägen internationaler und supranationaler Organisationen werden die konkreten Gesetzesentwürfe und Gesetzesinitiativen der Nationalstaaten vorgestellt. Die maßgeblichsten Gesetzesentwürfe und Gesetzesinitiativen stammen aus den USA, aus dem Vereinigten Königreich, aus Deutschland und aus der Schweiz. Die Gesetzesentwürfe und Gesetzesinitiativen werden nach diesen Ländern gegliedert unten in Unterabschnitt (bb) dargestellt.

(aa) Die Vorschläge internationaler und supranationaler Organisationen

Im Oktober 2008 beschlossen⁵⁰ die Finanzminister und die Zentralbankpräsidenten der G-8⁵¹, dass ein Scheitern systemrelevanter Finanzinstitute verhindert werden

⁵⁰ Vgl.

müsse. Die G-8 ist ein Forum der führenden Industriestaaten zur Erörterung von Fragen der Weltwirtschaft und zur Abstimmung von Leitlinien zu Fragen der Weltwirtschaft. Die G-8 beschlossen, dass ein Maßnahmenkatalog geschaffen werden müsse, um den Steuerzahler vor den Folgen des Scheiterns eines systemrelevanten Finanzinstituts zu schützen und um Schaden von anderen Staaten abzuwenden⁵².

Im April 2009 legte das Finanzstabilitätsforum (Financial Stability Forum, FSF)⁵³ den Grundsatz fest, dass die Aufsichtsbehörden von ihren beaufsichtigten Firmen aktuelle Krisenmanagement- und Abwicklungspläne fordern sollten⁵⁴. Das Finanzstabilitätsforum wurde 1999 mit den Finanzministern der G-8 und den Zentralbankpräsidenten als Mitgliedern und mit dem Ziel gegründet, durch einen Informationsaustausch und durch eine internationale Kooperation die internationale Finanzstabilität zu befördern. Im Jahre 2009 in London, auf dem Gipfeltreffen der G-20⁵⁵, einer Gruppe wichtiger Industrie- und Schwellenländer, wurde beschlossen, das Finanzstabilitätsforum als Financial Stability Board (FSB) unter Erweiterung der Mitgliedschaft auf die G-20-Länder als eine Gruppe von der Finanzminister und Aufsichtsbehörden aus 24 Ländern und aus 12 Finanzinstituten und supranationalen Institutionen fortzuführen.

Im September 2009 präsentierte das Basel Komitee zur Bankenaufsicht (Basel Komitee) einen Konsultationsvorschlag, wonach die Banken und die Aufsichtsbehörden Pläne zur Erhöhung der Krisenwiderstandsfähigkeit entwickeln sollten. Die Pläne zur Erhöhung der Krisenwiderstandsfähigkeit sollten die Finanzinstitute in den Zeiten erheblicher finanzieller Belastung als bestandskräftige Institute erhalten und, falls

http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/eu_will_einlagesicherung_auf_50000_euro_anheben_1.1054830.html.

⁵¹ Frankreich, Deutschland, Italien, Japan, Vereinigtes Königreich, USA, Kanada, Russland und der Präsident der Europäischen Kommission.

⁵² Pressemitteilung des US Finanzministeriums, 10. Oktober 2008, <http://www.ustreas.gov/press/releases/hp1195.htm>.

⁵³ Vertreter der Zentralbanken, der Finanzaufsicht, der Europäischen Kommission, und der Finanzministerien aus Argentinien, Australien, Brasilien, China, Deutschland, Frankreich, Hong Kong, Indien, Indonesien, Italien, Japan, Kanada, Korea, Mexiko, den Niederlanden, Russland, Saudi Arabien, Singapur, Spanien, der Schweiz, Süd-Afrika, der Türkei, dem Vereinigten Königreich und den USA. Dazu treten Vertreter internationaler und supranationaler Institutionen und von Aufsichtsgremien.

⁵⁴ Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management, Principle 8.

⁵⁵ Ägypten, Argentinien, Bolivien, Brasilien, Chile, China, Ecuador, Guatemala, Indien, Indonesien, Kuba, Mexiko, Nigeria, Pakistan, Paraguay, Peru, Philippinen, Südafrika, Tansania, Thailand, Türkei, Uruguay, Venezuela.

notwendig, eine rasche Abwicklung ermöglichen⁵⁶. Das Sekretariat des Basel-Komitees ist bei der Bank für den Internationalen Zahlungsausgleich angesiedelt.

Im September 2009 empfahl der Financial Stability Board, dass alle grenzüberschreitend tätigen Finanzinstitute Krisenbewältigungspläne mit dem Ziel schaffen sollen, das Finanzinstitut in einer Krise als arbeitendes Unternehmen (going concern) zu erhalten, dem Markt die Kernfunktionen zur Verfügung zu halten und, sofern notwendig, eine rasche Abwicklung zu erleichtern⁵⁷.

Die Finanzminister und die Zentralbankpräsidenten der G-20 beschlossen⁵⁸ auf dem Gipfeltreffen von Pittsburgh im September 2009, dass die systemrelevanten Finanzinstitute firmenspezifische Krisenmanagement- und Abwicklungspläne vorhalten sollten⁵⁹, und die Mitgliedstaaten verpflichteten sich, die Vorschläge umzusetzen⁶⁰. Die Financial Services Authority interpretierte den auf dem Gipfeltreffen von Pittsburgh gefassten Beschluss so, dass die systemrelevanten Finanzinstitute bis Ende des Jahres 2010 abschließende Krisenmanagement- und Abwicklungspläne erstellen mussten.

Das Basel-Komitee⁶¹ legte im Dezember 2009 ein Konsultationspapier zur Stärkung der Kapital- und Liquiditätsbasis vor. Nach diesem Konsultationspapier sollte das Kernkapital der Finanzinstitute erhöht werden, die Risikobewertungen eines Finanzinstituts sollten das ermittelte Krisenpotential (stress) widerspiegeln, der einem Fi-

⁵⁶ Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Documents, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, Strengthening the Resilience of the Banking Sector, September 2009, S. 31.

⁵⁷ Financial Stability Board, International Monetary Fund and Bank for International Settlements, Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations (-and Background Paper), October, 2009.

⁵⁸ Aufbauend auf den Studien des Financial Stability Board (Nachfolger des Financial Stability Forum); vgl. Financial Stability Board, Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management, 2 April 2009, abrufbar unter

http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904c.pdf; sowie Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations (-and Background Paper), Financial Stability Board, International Monetary Fund and Bank for International Settlements, October, 2009, abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/othp07.htm>.

⁵⁹ <http://www.pittsburghsummit.gov/mediacenter/129639.htm>.

⁶⁰ Zitiert nach Deloitte, Positioning for a new financial landscape: Rolling out a recovery and resolution plan, 13 July 2010.

⁶¹ Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Documents, Strengthening the Resilience of the Banking Sector, December 2009, S. 4 ff.

nanzinstitut zugestandene maximale Verschuldungsgrad sollte begrenzt werden, Puffer sollten zum Ausgleich von Wirtschaftszyklusschwankungen eingeführt werden und die internationale Harmonisierung von Liquiditätsstandards sollte vorangetrieben werden. Das Verhältnis zwischen den rasch veräußerlichen Positionen im Handelsbuch eines Finanzinstituts und dem zu erwartenden Wertverlust in einer angenommenen Krise sollte begrenzt werden (liquidity coverage ratio) und die verlässlichen Liquiditätsquellen sollten festgeschrieben werden (net stable funding ratio)⁶². Als eine der verschiedenen Möglichkeiten, wie die Liquiditätsbasis der Einlageinstitute bestimmt werden kann, wurde die Liquidität als das Verhältnis der Darlehen zu den Einlagen (loan to deposit ratio) genannt. Eine Begrenzung des Verhältnisses der Darlehen auf 100% der Einlagen wurde diskutiert. Krisenwahrscheinlichkeitsannahmen (stress tests) anhand historischer Daten des Scheiterns anderer Finanzinstitute, von Nichtfinanzunternehmen oder von Staaten wurden als eine mögliche Grundlage zur Bestimmung der Höhe der notwendigen Kapital- und Liquiditätsausstattung genannt.

Als Entwicklungen des Jahres 2010 sind zunächst folgende Entwicklungen zu vermerken: Das Committee of European Banking Supervision (CEBS) entwickelte allgemeine Grundsätze zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren (Recovery and Resolution Plans). Der Financial Stability Board begann die Einführung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen mit ausgewählten Finanzinstituten zu erproben (pilot tests)⁶³. Der Internationale Währungsfonds⁶⁴ untersuchte die rechtlichen und andere Beschränkungen effektiver Abwicklungsregime und arbeitete an einem Rahmenplan zur Zuteilung von den Verantwortlichkeiten für die Krisenplanung und -abwicklung⁶⁵.

⁶² Basel Committee on Banking Supervision, International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring, December 2009, S. 3.

⁶³ Zitiert Nach European Commission, COM(2010) 254, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee, The European Court Of Justice And The European Central Bank, Bank Resolution Funds, p. 5.

⁶⁴ Zu frühen Arbeiten vgl. etwa David Hoelscher (Hrsg.), Bank Restructuring and Resolution, International Monetary Fund, 2006; sowie David Hoelscher / Marc Quintin (Hrsg.), Managing Systemic Banking Crisis, International Monetary Fund, 2003; sowie International Monetary Fund, A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector, Interim report for the G-20, 16 April, 2010, abrufbar unter http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/2010_04_20_imf_g20_interim_report.pdf.

⁶⁵ International Monetary Fund, The Role of the Fund in reshaping the Financial Sector landscape, Keynote remarks by Min Zhu, Special Adviser to the Managing Director, 3 June 2010, No. 2, abrufbar unter <http://www.imf.org/external/np/speeches/2010/060310.htm>.

Weiterhin schlug die Europäische Kommission im Jahre 2010 einen Bankenabwicklungsfonds (auch Stabilisierungsfonds genannt) vor (Bank Resolution Funds)⁶⁶. Als Begründung wurde auf den Grundsatz abgestellt, dass der Finanzsektor als der Nestbeschmutzer die Kosten zur Bekämpfung der nächsten Krise aufzubringen habe (polluter pays). Das Ziel sei es, eine ordentliche Abwicklung, nicht aber eine Rettung zu ermöglichen und einen Notverkauf (fire-sale) zu vermeiden (principe de prevention)⁶⁷.

Im März 2010 veröffentlichte das Basel-Komitee seine endgültigen Empfehlungen⁶⁸, die von einem Konsultationspapier, das im September 2009 veröffentlicht worden war, kaum abwichen. Die Empfehlung Nr. 6 des Basel-Komitees⁶⁹ schlug vor, dass alle systemrelevanten, grenzüberschreitend tätigen Finanzinstitute Notfallpläne (contingency plans) vorhalten sollten. Diese Notfallpläne sollten zunächst solche Stressannahmen beschreiben, deren Konsequenz eine konzernweite Refinanzierung sein würde, weiterhin detaillierte Verrechnungs- und Abwicklungsvorkehrungen, einschließlich von Maßnahmen zur Datensicherung und Datenintegrität, die personellen und operationellen Einrichtungen des Krisenmanagements, und schließlich die Maßnahmen zur Beschränkungen des freien Transfers von den Aktiva zum Schutz von den Kundenwerten.

Der Internationale Währungsfonds (International Monetary Fund) schlug im April 2010 in einem Bericht an die G-20 Finanzminister⁷⁰ einen Bankenbeitrag (Financial Stability Contribution) vor, der mit einem wirksamen Abwicklungsmechanismus verknüpft sein sollte. Der International Monetary Fund ließ dabei offen, ob die Beiträge in die allgemeinen Staatseinkünfte fließen sollten oder in einen besonderen Abwicklungsfonds. Die Höhe der Beiträge sollte sich am Risikoprofil des jeweiligen Finanzinstituts orientieren. Zusätzlich schlug der Internationale Währungsfonds vor, eine

⁶⁶ European Commission, COM(2010) 254, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE EUROPEAN CENTRAL BANK, Bank Resolution Funds.

⁶⁷ Kommission, a.a.O., S. 3.

⁶⁸ Basel Committee on Banking Supervision, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, March 2010.

⁶⁹ Basel Committee on Banking Supervision, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, March 2010., S. 32 f.

⁷⁰ International Monetary Fund, A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector, Interim Report for the G-20, Meeting of the G-20 Ministers, April 2010, 16 April 2010.

Bankenabgabe einzuführen, die den allgemeinen Staatseinkünften zugutekommen sollte (Financial Activities Tax).

Auf dem G-20 Treffen im Juni 2010 wurden erhöhte Kapitalanforderungen für die Finanzinstitute mit einer Wirksamkeit für die betroffene Institute zum Ende des Jahres 2012 angekündigt. Grundsätzlich steht den Finanzinstituten ihr haftendes Eigenkapital als ein Risikopuffer zur Verfügung. Der Risikopuffer muss zu den risikobehafteten Aktiva in einem angemessenen Verhältnis stehen. Auf dem G-20 Treffen im Juni 2010 wurde eine Eigenkapitalausstattung gefordert, die es einem Finanzinstitut erlaubt, einen der letzten systemweiten Bankenkrise vergleichbaren Stress ohne staatliche Unterstützung zu bestehen⁷¹.

Das italienische Finanzinstitut UniCredito schlug im Juli 2010 den Gesetzgebern einen Rettungsfonds (nicht aber Abwicklungsfonds) vor, der in der Form von Garantien durch gesunde Finanzinstitute für Finanzinstitute in einer Krise bestehen sollte. Der Fonds sollte es den krisenbetroffenen Instituten erlauben, besicherte Schuldverschreibungen zur Verbesserung ihrer Kapital- und Liquiditätsstruktur zu begeben⁷². Die Garantien sollten nach dem Vorschlag der UniCredito durch eine Entscheidung einer pan-nationalen Autorität wirksam werden⁷³. Durch die Hebelwirkung könnte sich der garantierte Betrag auf Kapitalerhebungsbasis verzehnfachen, so UniCredito. Im Ergebnis ist dies kein Fonds, sondern ein Austausch von Kreditrisiken nach Eintritt einer Krise. Die Erfolgchancen des Austauschs von Kreditrisiken hängen vom Grade der Ansteckung der gesunden Finanzinstitute ab.

Der EU-Kommissions-Entwurf eines Rahmenpapiers zum Krisenmanagement im Finanzsektor⁷⁴ von Juli 2010 nannte die Krisenvorbeugung und die Kontinuität systemrelevanter Funktionen in einer Krise als die Hauptziele einer eigenverantwortlichen Krisenplanung.

⁷¹ G-20 Toronto Summit Update, June 26-27, 2010, Annex 2, Nr. 5, abrufbar unter <http://g20.gc.ca/toronto-summit/summit-documents/the-g-20-toronto-summit-declaration/>.

⁷² FT, 12 July, 2010, p. 1.

⁷³ Alessandro Profumo, Europe's banks need a recovery fund, FT, 12 July, 2010, p. 13.

⁷⁴ Auf Aufforderung des Europa-Parlamentes, vgl. European Parliament, Ferreira, Elisa, Rapporteur, resolution of 7 July 2010 with recommendations to the Commission on Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 7 July, 2010, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0276+0+DOC+XML+V0//EN>.

Im Basler Ausschuss für Bankenaufsicht wurde im September 2010 beschlossen⁷⁵, dass die Kapitalreserven, die eine Bank vorhalten muss, wenn sie Kredite vergibt, erhöht werden sollten. Die bisherigen Regelungen nach dem sog. Basel II-Grundsatz schrieben fest, dass die Kreditinstitute ein Kernkapital in Höhe von vier Prozent nachweisen müssen. Die Kernkapitalquote - oder auch Eigenkapitalquote genannt - ergibt sich aus dem Verhältnis des eigenen Kapitals zu den genehmigten Krediten. Sie muss zukünftig bei mindestens sechs Prozent liegen, dazu kommt ein Kapitalpuffer zum Ausgleich von Wirtschaftszyklusschwankungen in Höhe von 2,5 Prozent. Neben der Höhe des Kernkapitals soll aber auch seine Zusammensetzung schärferen Vorschriften unterliegen. Der überwiegende Teil soll zukünftig aus sogenanntem "harten Kernkapital" bestehen. Dazu zählen Gewinne und Stammaktien. Die Anwendbarkeit der neuen Standards wurde aber vom Jahr 2013 bis zum Jahr 2019 hinausgeschoben. Die anzuwendenden Liquiditätsstandards wurden noch nicht festgelegt.⁷⁶

Die G-20 wiesen in ihrem Vorabbericht⁷⁷ für das G-20 Gipfeltreffen in Seoul darauf hin, dass nicht alle Finanzinstitute systemische Risiken begründen und dass nicht alle systemrelevanten Finanzinstitute Risiken für das Finanzsystem als solches begründen.

Der Financial Stability Board gab im Vorfeld des G-20 Gipfeltreffens in Seoul abschließende Empfehlungen zu den Maßnahmen, die dazu dienen sollen, die Erpressbarkeit der Nationalstaaten gegenüber den Eignern und den Schuldern systemrelevanter Finanzinstituten zu vermindern⁷⁸. Der Financial Stability Board machte in diesen abschließenden Empfehlungen deutlich, dass die weltweit systemisch bedeutsamen Finanzinstitute eine größere Verlustaufnahmefähigkeit haben sollen als

⁷⁵ Bank for International Settlements, Group of Governors and Heads of Supervision announces higher global minimum capital standards, 12 September, 2010, abrufbar unter <http://www.bis.org/press/p100912.htm>.

⁷⁶ Vgl. etwa Claudia Kratz, Was ist Basel III (Zusammenfassung), Erhöhung der Kapitalausstattung der Banken, abrufbar unter <http://www.zehn.de/was-ist-basel-iii-zusammenfassung-2618603-1>.

⁷⁷ Group of Thirty, Enhancing Financial Stability and Resilience, Macroprudential Policy, Tools, and Systems for the Future, October, 2010, S. 23, abrufbar unter http://www.davispolk.com/files/Publication/475925c5-40bd-4256-97af-fcce80957bd2/Presentation/PublicationAttachment/67c984c8-7f53-4f91-a2be-00cc98b9c4aa/Macroprudential_Report_Final.pdf.

⁷⁸ Financial Stability Board, Reducing the moral hazard by systemically important financial institutions, FSB Recommendations and Time Lines, 20 October, 2010.

die nicht systemisch bedeutsamen Finanzinstitute. Weiterhin stellte der Financial Stability Board fest, dass die Heimataufsicht solcher systemisch bedeutsamer Finanzinstitute der Koordination durch die Krisenmanagementgruppen der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden dieser Finanzgruppen bedürfe⁷⁹. Für die systemisch bedeutsamen Finanzinstitute solle die Reorganisations- und die Restrukturierungsplanung verpflichtend sein⁸⁰. Die ausländischen Aufsichtsbehörden sollten über die Zulassung selbständiger oder unselbständiger Zweigniederlassungen entscheiden dürfen, und gegebenenfalls eine Umstrukturierung der Finanzgruppe verlangen dürfen⁸¹. Im Ergebnis hat der Financial Stability Board mit diesen Empfehlungen bestätigt, dass das Territorialitätsprinzip, also das Mandat lokaler Behörden Entscheidungen zu treffen, der derzeit anwendbare Grundsatz zur Krisenvorsorge und Krisenabwicklung ist.

Am 2. November 2010 legte der Financial Stability Board in einer Abstimmung mit dem Weltwährungsfonds Empfehlungen zur wirksamen Aufsicht über weltweit systemisch bedeutsame Finanzinstitute vor⁸². Der Financial Stability Board empfahl, dass die Aufsichtsbehörden nicht die Firmenleitung übernehmen sollten⁸³, weil die Aufsichtsbehörden im Vergleich mit den beaufsichtigten Finanzinstituten einen geringeren Risikoappetit aufweisen. Weiterhin empfahl der Financial Stability Board, dass die Aufsichtskapazität das Risiko des zu beaufsichtigenden Instituts widerspiegeln soll und dass ein besonderes Augenmerk auf die Geeignetheit des Vorstands zur Krisenbewältigung gelegt werden soll⁸⁴.

⁷⁹ Financial Stability Board, Reducing the moral hazard by systemically important financial institutions, FSB Recommendations and Time Lines, 20 October, 2010, Recommendations 2, 3, p. 2.

⁸⁰ Financial Stability Board, Reducing the moral hazard by systemically important financial institutions, FSB Recommendations and Time Lines, 20 October, 2010, Recommendation 17, p. 5.

⁸¹ Financial Stability Board, Reducing the moral hazard by systemically important financial institutions, FSB Recommendations and Time Lines, 20 October, 2010, Recommendation 19, p. 5.

⁸² Financial Stability Board, Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision, Recommendations for enhanced supervision, 2 November 2010.

⁸³ Financial Stability Board, Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision, Recommendations for enhanced supervision, 2 November 2010, Recommendations 1, 2, p. 3, 4.

⁸⁴ Financial Stability Board, Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision, Recommendations for enhanced supervision, 2 November 2010, Recommendations 3, 4, p. 5, 9.

Die bereits im Vorfeld des G20 Gipfeltreffens in Seoul⁸⁵ am 12. November 2010 bestehende Skepsis, ob sich auf dem Gipfeltreffen eine Übereinstimmung über mehr als einige wenige Grundsätze erzielen lassen werde⁸⁶, wurde im Nachhinein bestätigt: Die G-20 beschlossen, sich des moralischen Dilemmas (too-big to fail) anzunehmen (we will address)⁸⁷. Die weltweit systemisch wichtige Institutionen sollten eine ausgeprägte Fähigkeit, Krisen zu widerstehen (higher loss absorbency capacity) entwickeln und Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorhalten, die Aufsicht sollte verbessert werden und in den Krisengremien der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden abgestimmt werden⁸⁸. Offene Fragen, wie etwa die, ob das Augenmerk auf den Bankenerhalt oder auf die Abwicklung gelegt werden sollte und ob die Marktteilnehmer überhaupt bereit sein werden, die krisenbehafteten Institute zu erwerben⁸⁹, wurden nicht angesprochen.

Die EU-Kommission veröffentlichte im Dezember 2010 einen Rahmenplan für das Krisenmanagement⁹⁰, der insbesondere darauf abstellte, dass die öffentliche Finanzierung gescheiterter Institute in den Jahren 2007 bis 2009 sich negativ auf die Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt ausgewirkt habe⁹¹.

Die EU-Kommission schlug in ihrem Rahmenplan für das Krisenmanagement drei Kategorien von Maßnahmen zur Krisenvorbeugung und Krisenbekämpfung vor: zunächst die vorbereitenden (präparativen) und die vorbeugenden (präventiven) Maßnahmen des Finanzinstituts, weiterhin das frühzeitige Eingreifen der Finanzaufsichtsbehörden in Zusammenarbeit mit dem Finanzinstitut und schließlich die Abwicklungsinstrumente und –befugnisse der Verwaltungsbehörden, einschließlich der aufsichtsbehördlich angeordneten Änderungen der Geschäftsbereiche und der Unternehmensstruktur. Die EU-Kommission schlug vor, dieses Spektrum an Maßnahmen

⁸⁵ G20, the G20 Seoul Summit Leaders' Declaration, November 11 – 12, 2010; G20, The Seoul Summit Document, November 11 – 12, 2010.

⁸⁶ Vgl. Financial Stability Board, Overview of Progress in the Implementation of the G20 Recommendations for Strengthening Financial Stability, 18 June, 2010, S. 4.

⁸⁷ G20, The Seoul Summit Document, November 11 – 12, 2010, no. 9.

⁸⁸ G20, The Seoul Summit Document, November 11 – 12, 2010, no. 30 f.

⁸⁹ Paul Tucker, zitiert nach: Tom Braithwaite, Blow to bank crisis plans, FT 11 October, 2010.

⁹⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Zentralbank, Ein EU Rahmen für Krisenmanagement im Finanzsektor, 20. Oktober, 2010.

⁹¹ Europäische Kommission, a.a.O., 2.

in den gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Regelungen aller Staaten zu verankern⁹². Der detaillierte Maßnahmenkatalog der EU-Kommission⁹³ forderte einen Rahmenplan von den Finanzinstituten für eine konzernweite Risikominimierung, die Kapitalbeschaffung, die Liquiditätsvorsorge und die Sanierung, enthielt erweiterte Befugnisse der Aufsichtsbehörden und schlug Abwicklungspläne der Abwicklungs- und Aufsichtsbehörden auf Unternehmens- und Konzernebene vor.

Ein Legislativvorschlag zur Umsetzung des Diskussions- und Konsultationspapiers der EU-Kommission über Technische Details eines möglichen Rahmens für ein europäisches Krisenmanagement wurde vom Parlament mit einer Fristsetzung bis zum 31.12.2010 angefordert⁹⁴, aber nicht rechtzeitig geliefert.

Am 6. Januar 2011 veröffentlichte die EU-Kommission ein Arbeitsdokument als Diskussions- und Konsultationspapier über die Technischen Details eines möglichen Rahmens für ein europäisches Krisenmanagement⁹⁵. Der englische Titel beschreibt den Bezugspunkt genauer, nämlich Reorganisation und Restrukturierung (recovery and resolution). Das Arbeitsdokument über die Technischen Details ist der Entwurf eines ersten Bausteins für ein europäisches Krisenmanagement, neben der Harmonisierung der Konkursregime als zweitem Baustein und einem integrierten Krisenmanagementregime mit möglicherweise einer einzigen Abwicklungsbehörde als drittem Baustein⁹⁶.

Am 5. Mai 2011 wurde die Zusammenfassung der Rückmeldungen zur Konsultation veröffentlicht⁹⁷. Auf die Frage der Kommission in ihrem Konsultationspapier über die

⁹² Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Zentralbank, Ein EU Rahmen für Krisenmanagement im Finanzsektor, 20. Oktober 2010, S. 5.

⁹³ Europäische Kommission, a.a.O., S. 5 ff.

⁹⁴ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und die Europäische Zentralbank, Regulierung der Finanzdienstleistungen für nachhaltiges Wachstum, KOM (2010) 301, 2.6.2010, S. 9 f.

⁹⁵ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011.

⁹⁶ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 7.

⁹⁷ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011.

Technischen Details, welche Institute von einem Krisenmanagementregime erfasst sein sollen⁹⁸, antwortete die Mehrzahl der Industrievertreter, es sollten alle Kreditinstitute und Investmentfirmen unter Berücksichtigung von Proportionalitätsgesichtspunkten erfasst sein⁹⁹. Manche Stimmen schlugen die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von den Krisenmanagementregime auf Holdinggesellschaften vor¹⁰⁰.

Auf die Frage der EU-Kommission, was der angemessene Inhalt der Reorganisationspläne (Sanierungspläne, recovery plans) sein sollte, hoben die Stellung nehmenden Aufsichtsbehörden die Bedeutung einer Analyse darüber hervor, wie wahrscheinlich der Erfolg der Sanierungsmaßnahmen in bestimmten Arten von Krisen sei (assessment of the credibility of the recovery plan, including probability of the success in both an idiosyncratic and a market wide stress). Die Bankenvertreter stellten die Bedeutung der Krisenplanung auf Finanzgruppenebene heraus. Zur Frage der Angemessenheit und der Wirksamkeit einer Krisenbekämpfung durch einen Wertetransfer innerhalb einer Finanzgruppe waren die Meinungen geteilt. Abgewogen wurden in diesem Zusammenhang die Zeitnähe der Maßnahme und die Ansteckungsgefahr (contagion).

Zur Frage nach dem angemessenen Auslösungsmechanismus eines frühzeitigen Eingreifens¹⁰¹ wurde seitens der Industrie vorgebracht, eine bloße Wahrscheinlichkeit sei zu unpräzise, und ein frühzeitiges Eingreifen, das kaum geheim zu halten sei, könne den Verlauf der Krise beschleunigen und dadurch die Finanzstabilität schwächen¹⁰². Auf die Frage nach dem angemessenen Auslösungsmechanismus von Restrukturierungsplänen¹⁰³ wurden keine einheitlichen Antworten gegeben¹⁰⁴.

⁹⁸ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 11 ff, 31 ff.

⁹⁹ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 2, 5.

¹⁰⁰ Linklaters, European Commission consultation paper: Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution, 1.

¹⁰¹ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 39 ff.

¹⁰² European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 7.

¹⁰³ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 46 ff.

Auf die Frage der EU-Kommission nach der Vereinheitlichung des Inhalts von Restrukturierungsmaßnahmen¹⁰⁵ gab die Hälfte der Stellungnahmen dem Grundsatz der Vereinheitlichung der Anwendung den Vorrang, und die andere Hälfte dem Grundsatz der größtmöglichen Flexibilität¹⁰⁶.

Die Technischen Details eines möglichen Rahmens für ein europäisches Krisenmanagement wurden im Oktober 2011 durch den Financial Stability Board entwickelt¹⁰⁷.

Der Financial Stability Board schlug vor, den Anwendungsbereich eines Krisenmanagementregimes zunächst auf die Finanzholdings und auf die für die Finanzgruppe wesentlichen nicht regulierten Firmen innerhalb einer Finanzgruppe auszudehnen, weiterhin auf die unselbständigen Zweigniederlassungen ausländischer Firmen (so weit nicht die Geltung des Universalitätsprinzips für unselbständige Zweigniederlassungen ausländischer Firmen anerkannt sei)¹⁰⁸, auf die Finanzinfrastrukturanbieter (financial market infrastructures, FMIs)¹⁰⁹ und schließlich auf die Versicherungsunternehmen¹¹⁰.

Für alle weltweit systemrelevanten Institute (globally systemically relevant institutions, G-SIFIS) forderte der Financial Stability Board das Vorliegen von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen, sowohl auf Finanzinstituts- als auch auf Finanz-

¹⁰⁴ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 9.

¹⁰⁵ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 60.

¹⁰⁶ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 11.

¹⁰⁷ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011.

¹⁰⁸ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 5, 13.

¹⁰⁹ Definiert, Financial Stability Board, a.a.O., als "a multilateral system among participating financial institutions, including the operator of the system, used for the purposes of recording, clearing, or settlement payments, securities, derivatives, or other financial transactions. It includes payment systems, central securities depositories ("CSDs"), securities settlement systems ("SSSs"), central counterparties ("CCPs"), and trade repositories ("TRs").

¹¹⁰ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 9f.

gruppenbasis¹¹¹. Solche Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten regelmäßig auf ihre Wirksamkeit geprüft werden¹¹². Etwaigen Schwierigkeiten bei der grenzüberschreitenden Anwendung der Pläne sollten durch Kooperationsvereinbarungen der nationalen Aufsichtsbehörden begegnet werden¹¹³. Die in den Plänen beschriebenen Handlungsoptionen sollten im Falle des Verlustes der Ertragskraft des Finanzinstituts (no longer viable) zur Anwendung kommen, oder im Falle der Erwartung des Verlustes der Ertragskraft (likely to be no longer viable), vorausgesetzt dass nicht vernünftigerweise erwartet werden kann, dass die Firma wieder ertragskräftig werden wird (no reasonable prospect of becoming so). Vom Financial Stability Board wurden klare Kriterien zur Feststellung des Fehlens der Ertragskraft¹¹⁴ gefordert. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Krisenplanungsregime auf Nichtbanken und die Konkretisierung des Auslösungsmechanismus der Handlungsoptionen stellen nach Auffassung des Verfassers gegenüber dem Rahmenplan für Krisenmanagement der Europäische Kommission von Dezember 2010 einen erheblichen Fortschritt dar.

Auf dem G-20 Gipfeltreffen in Cannes am 18. November 2011 wurden der Rahmenplan des Financial Stability Board gebilligt und die Selbstverpflichtung ausgesprochen, die Empfehlungen des Financial Stability Board umzusetzen¹¹⁵. Die Teilnehmer des G-20 Gipfeltreffens erteilten dem Financial Stability Board und dem Basel Komitee das Mandat, im April 2012 einen Bericht vorzulegen, inwieweit ein Umsetzungsplan für die Krisenplanung für systemisch bedeutsame Finanzinstitute entwickelt wurde¹¹⁶. Der International Association of Insurance Supervisors wurde das Mandat erteilt, die Arbeit zu einem Rahmenplan zur Beaufsichtigung international aktiver Versicherungsunternehmen fortzuführen. Dem Committee of Payment and Settlement Systems und der International Organisation of Securities Commissions wurde das Mandat erteilt, die Untersuchung systemisch wichtiger Infrastruktureinrichtungen fortzuführen. Dem Financial Stability Board sowie der International Organisation of

¹¹¹ Im Detail s. Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, Annex III, 33 ff.

¹¹² Im Detail s. Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, Annex II, 27 ff.

¹¹³ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 5.

¹¹⁴ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 7.

¹¹⁵ G20, Cannes Summit Final Declaration, 18 November, 2011.

¹¹⁶ G20, Cannes Summit Final Declaration, 18 November, 2011, no. 28.

Securities Commissions wurde das Mandat erteilt, bis Ende des Jahres 2012 Methoden zur Bestimmung systemisch bedeutsamer Nichtbanken zu entwickeln¹¹⁷.

Nach einer Untersuchung¹¹⁸ der Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsfirma Ernst & Young hat derzeit nur eines von insgesamt 29 weltweit systemrelevanten Instituten (Global Systemically Important Financial Institutions, G-SIFIs) einen Entwurf der Reorganisations- und Restrukturierungspläne abgeschlossen. Alle drei US-amerikanischen Institute und drei der vier erfassten britischen Institute haben den Reorganisationsplan abgeschlossen, nicht aber den Restrukturierungsplan. Sechs der neun europäischen und alle drei japanischen Institute haben weniger als die Hälfte des Reorganisationsplans abgeschlossen. Ein Drittel aller Institute haben mit dem Entwurf eines Restrukturierungsplans noch nicht begonnen. Dies zeigt, dass die Zeitvorgaben an Reorganisations- und Restrukturierungspläne nicht eingehalten werden. Es zeigt auch, dass es unrealistisch ist, zu erwarten, die Reorganisations- und Restrukturierungspläne könnten in einer Krise in kurzer Zeit geschrieben und abgestimmt werden. Es handelt sich nämlich in der Praxis um einen Prozess, der Jahre dauert und eines Umdenkens der Organisation bedarf, weil eine Organisation strategisch auf den Geschäftsfortbestand ausgerichtet ist, und keine Strategien vorhält, um existentiellen Krisen zu begegnen. Die Komplexität des Vorhabens wird durch die Abschätzung der Umsetzungskosten durch die betroffenen Institute illustriert, die umso höher sind, je weiter das jeweilige Institut mit der Planung fortgeschritten ist, nämlich bis zu US\$ 48 Mio.¹¹⁹ Aus der Langwierigkeit und der Komplexität des Vorhabens folgt, dass mit dem Vorhaben ernsthaft begonnen werden muss, solange der „Leidensdruck“¹²⁰ der Krise von 2008 noch anhält. Aus diesseitiger Sicht ist daher die Bekämpfung der Krisensymptome durch die Bereitstellung der Kreditfazilitäten durch die Europäische Zentralbank kontraproduktiv, weil sie den Leidensdruck vermindert, und dadurch die Anreize verkleinert, die strukturellen und radikalen Problemlösungsstrukturen zu finden.

¹¹⁷ G20, Cannes Summit Final Declaration, 18 November, 2011, no. 29.

¹¹⁸ Zitiert nach Financial Times, Brooke Masters, 5 March, 2012, Companies and Markets, 1.

¹¹⁹ Financial Times, Brooke Masters, 5 March, 2012, 2.

¹²⁰ Urs Zulauf, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland -, WM 2010,1529.

(bb) Die Gesetzesentwürfe und die Gesetzesinitiativen¹²¹

Derzeit sind eine Reihe von Gesetzgebungsverfahren geplant, in einem fortgeschrittenem Stadium oder bereits abgeschlossen. Die Gerichtsverfahren haben bestimmte Klarlegungen geschaffen. Die Gesetzesentwicklung soll in diesem Abschnitt im Blickwinkel auf Deutschland, das Vereinigte Königreich, die USA und die Schweiz untersucht werden. Der Hintergrund der gesetzlichen Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung in Form der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren ist das Mandat an den Gesetzgeber, die Finanzmarktstabilität zu gewährleisten. Die öffentliche Diskussion wird durch die Beiträge aus der Politik¹²², aus den Rechtsanwaltskanzleien¹²³, aus den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften¹²⁴, sowie von den Vertretern der Aufsichtsorgane¹²⁵, Banken¹²⁶ und Industrieverbänden¹²⁷ befruchtet.

¹²¹ Der Begriff des Gesetzes soll hier als Gesetz im materiellen Sinne verstanden werden, also unter Einschluss der Verordnungen und aufsichtsrechtlicher Regelungen.

¹²² Vgl. z.B. David Davis, It's time to let the public hold banks to account, *The Independent*, 30 December, 2009, abrufbar unter <http://www.independent.co.uk/news/business/comment/david-davis-its-time-to-let-the-public-hold-banks-to-account-1852973.html>; sowie Vince Cable, speech to London Stock Exchange, 20 July, 2009, abrufbar unter http://birminghamlibdems.org.uk/speeches/000004/vince_cable_has_delivered_a_speech_on_reform_of_banking_regulation.html; sowie Vince Cable, *Financial Times*, 14 June, 2010, p.3, "There is no question that banks need to be broken up...The question is how...Without reforms to split up the "too big-to fail" banks, the next time this happens, it will break up the country. We'll go bankrupt...".

¹²³ Vgl. z.B. Clifford Chance, Client Briefing, December 2009, HM Treasury consults on resolution arrangements for investment banks, abrufbar unter http://www.cliffordchance.com/showimage/showimage.aspx%3FLangID%3DUK%26binaryname%3D/investment_bank_resolution_proposals.pdf; sowie Davis Polk, Summary of the Restoring American Financial Stability Act, Passed by the Senate on May 20, 2010, May 22, 2010, abrufbar unter <http://www.davispolk.com>; sowie Harvey Miller, Weil Gotshal & Manges, The Creation of The Financial Disaster That Sunk Lehman Brothers, 19 February, 2010 (unveröffentlicht).

¹²⁴ Vgl. z.B. Deloitte, Living Wills, Planning for bank recovery and resolution, 1 Dec 2009, abrufbar unter http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%2520Assets/Documents/Industries/Financial%2520Services/BCMI/UK_FS_BCMI_Dec09.pdf.

¹²⁵ Paul Tucker, Deputy Governor for Financial Stability at the Bank of England, speech at the European Commission Conference "Building a Crisis Management Framework for the Internal Market", Brussels, 19 March 2010, Resolution of large and complex financial institutions – the big issues, abrufbar unter

(aaa) Deutschland

Nach Art. 109 II Grundgesetz erfüllen der Bund und die Länder gemeinsam die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin und tragen in diesem Rahmen den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung. Die dauerhafte Sicherung der Finanzmarktstabilität zählt verfassungsrechtlich zu den Zielen, die sich dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht i.S.d. Art. 109 II GG zuordnen lassen. Die volkswirtschaftlichen Dienstleistungen der Finanzinstitute für den Zahlungsverkehr, die Kreditvergabe, die Risikoverlagerung und die Risikoabsicherung dienen der dauerhaften Sicherung der Finanzmarktstabilität¹²⁸. Die Kernaspekte einer Bankensanierung, wie etwa die Übertragungsanordnungen oder die Umwandlung der Forderungen in Eigenkapital, dienen letztlich der Erhaltung dieser volkswirtschaftlichen Dienstleistungen. Die staatliche Bankenaufsicht hatte vor der Krise der Jahre 2007 bis 2009 keine ausreichenden Eingriffskompetenzen und kein hinreichendes Instrumentarium zu der Erhaltung dieser volkswirtschaftlichen Dienstleistungen. Die Kompetenzen der Bankenaufsicht

http://www.bis.org/list/cbspeeches/from_01012010/index.htm; Tom Huertas, Vice Chairman, Committee of European Banking Supervisors, Director, Banking Sector, Financial Services Authority (UK), Living Wills: How Can the Concept be Implemented? Remarks before the Conference Cross-Border Issues in Resolving Systemically Important Financial Institutions, 12 February, 2010, Wharton School of Management, University of Pennsylvania, Philadelphia, abrufbar unter http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2010/0226_th.shtml; sowie Tom Huertas, Ending Too Big To Fail: Why It Should Be Done and How To Do It, Comments at the Centre for the Study of Financial Innovation, London, 12 May, 2010 (unveröffentlicht).

¹²⁶ Deutsche Bank, DB Research, Plädoyer für einen Finanzsektorstabilisierungsfonds, 10. Mai 2010, abrufbar unter http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD0000000000257257.pdf; Barclays Capital, Equity research, 5 January 2010, European banks: Too Big To Fail, Are Large Banks a Problem (unveröffentlicht).

¹²⁷ Institute of International Finance, Industry Contingent Capital Considerations, May, 2010, Cutting the Knot – An Industry Perspective on Effective Cross-border Resolution; sowie Institute of International Finance, A Global Approach to resolving Failing Financial Firms: An Industry Perspective, May 2010; sowie Institute of International Finance, Systemic Risk and Systemically Important Firms: An Integrated Approach, May 2010; sowie Institute of International Finance, A Fair and Substantial Contribution to the Financial Sector: Preliminary Industry Contribution; sowie Institute of International Finance, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, 22 December, 2009; sowie Institute of International Finance, Re: European Commission Services' Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector; alle abrufbar unter <http://www.iif.com/>; Association for Financial Markets in Europe, Response to HM Treasury IB Consultation, 19.03.10, (unveröffentlicht); British Bankers Association, Response to HMT CP on Resolution Arrangements for Investment Banks, 31 March, 2010; Bundesverband Deutscher Banken, Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmaerkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

¹²⁸ Christoph Ohler, Bankensanierung als staatliche Aufgabe, WiVerw 2010, 47.

stießen an ihre Grenzen, wenn Finanzinstitute dazu veranlasst werden sollten, ihre Risiken korrekt zu erfassen und zu bewerten¹²⁹. Der Gesetzgeber musste deshalb die erforderlichen Notfallinstrumente zur Verfügung stellen.

Die Hypo Real Estate wurde ohne Enteignung durch ein „squeeze-out“ im Gefolge einer Kapitalerhöhung verstaatlicht¹³⁰. Als Antwort auf die Krise der Hypo Real Estate wurden zunächst Krisengesetze als eine befristete Notlösung¹³¹ entwickelt. Am 17. Oktober 2008 wurde das Finanzmarktstabilisierungsgesetz¹³² verabschiedet, bestehend aus dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz¹³³ und dem Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz (Art. 2 Finanzmarktstabilisierungsgesetz)¹³⁴. Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz ermöglichte die Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes. Dafür wurde ein Rettungsfonds als Sondervermögen des Bundes errichtet, der Finanzmarktstabilisierungsfonds. Die Verwaltung des Finanzmarktstabilisierungsfonds wurde durch die Finanzmarktstabilisierungsfondsverordnung vom 20. Oktober 2008 der neu gegründeten Finanzmarktstabilisierungsanstalt, die bei der Deutschen Bundesbank angesiedelt ist, übertragen¹³⁵. Das Maßnahmenpaket zur Stabilisierung des Finanzmarktes umfasste im Wesentlichen die Garantien für die ausstehenden Verbindlichkeiten, die Beteiligung an einer Rekapitalisierung gegen einen Anteilserwerb an den Finanzinstituten und die Übernahme der Risikopositionen der Finanzinstitute. Das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung vom 17. Juli 2009 führte die Möglichkeit der Entlastung der Bankbilanzen von illiquiden Aktiva durch die Übertragung auf eine neu zu gründende und von dem Finanzmarktstabilisierungsfonds zu garantierende Zweckgesellschaft oder Abwicklungsgesellschaft (bad bank) ein¹³⁶.

Durch das Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz vom 9. April 2009 wurde dem Finanzmarktstabilisierungsfonds das Recht eingeräumt, Anteile an dem Unternehmen zu erwerben, wenn ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt¹³⁷. Das Ret-

¹²⁹ Vgl. Christoph Ohler, a.a.O., 48 f.

¹³⁰ Vgl. etwa http://www.focus.de/finanzen/börse/finanzkrise/hypo-real-estate-bank-aktionäre-koennen-enteignet-werden_aid_386866.html.

¹³¹ Gregor Bachmann, Das neue Restrukturierungsrecht der Kreditinstitute, ZBB 2010, 459.

¹³² <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/106/1610600.pdf>.

¹³³ Das Gesetz wurde durch Art. 4 des RestruktG neu gefasst.

¹³⁴ Das Gesetz wurde durch Art. 5 des RestruktG neu gefasst.

¹³⁵ § 4 (2) Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz.

¹³⁶ §§ 6, 8 Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz.

¹³⁷ Neuer § 5a Finanzmarktstabilisierungsgesetz.

tungsübernahmegesetz¹³⁸ regelt das Verfahren, wie der Staat die Kontrollmehrheit des Gesellschaftskapitals am betreffenden Unternehmen erreichen kann. Eine Enteignung eines systemrelevanten Unternehmens war nach dem Rettungsübernahmegesetz (Art. 3 Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz) nur zulässig, wenn die Rettung für die Sicherung der Finanzmarktstabilität erforderlich ist und keine alternative weniger einschneidende Lösung zur Verfügung steht¹³⁹.

Die Stabilisierungsmaßnahmen nach dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz waren bis zum 31. Dezember 2010 befristet und eine Rechtsverordnung zum Enteignungsverfahren nach dem Rettungsübernahmegesetz (Art. 3 Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz) war bis zum 31. Oktober 2009 befristet. Die bis zum 31. Dezember 2010 noch nicht in Anspruch genommenen Garantien des Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung wurden durch das Restrukturierungsgesetz auf den Restrukturierungsfonds bis zu einem Maximalbetrag von € 20 Mrd. übertragen (§ 12 VI Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute).

Als nächster Schritt der Krisengesetzgebung folgte ein eigenständiges Restrukturierungsrecht für Kreditinstitute, noch nicht jedoch eine Novelle der Insolvenzordnung, die alle Finanzinstitute erfassen würde. Die Bundesregierung beauftragte durch Kabinettsbeschluss vom 18. Februar 2009 das Bundesministeriums der Justiz und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie damit, gemeinsam ein Restrukturierungsmodell zu entwerfen, das eine nachhaltige Sicherung der Finanzmarktstabilität ermöglichen sollte und sich unterhalb der Schwelle der Enteignung des Rettungsübernahmegesetzes (Art. 3 Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz) bewegen sollte¹⁴⁰. Der Gegenstand dieses Auftrages berührte auch Materien, die im Kreditwesengesetz geregelt sind.

Ein erster Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur Zwangsverwaltung sanierungsbedürftiger Banken wurde nicht weiter verfolgt¹⁴¹,

¹³⁸ Art. 3 Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz.

¹³⁹ § 1 (4) Nr. 1, 2 Rettungsübernahmegesetz (Art. 3 Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz).

¹⁴⁰ Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage:

Zusammenarbeit des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie mit der Großkanzlei Linklaters, 4.9.2009, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/139/1613983.pdf>.

¹⁴¹ So der Spiegel am 7.8.2009,

obschon viele Elemente des Entwurfes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sich in dem nachfolgenden Gesetzesentwurf zur Änderung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen wieder finden. Der Diskussionsentwurf vom 26.8.2009 des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen eines Gesetzes zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems¹⁴² wurde im Eckpunktepapier des Bundeskabinetts vom 31.3.2010 für ein Gesetz zur Bankenrestrukturierung und Finanzmarktregulierung aufgegriffen¹⁴³.

Der Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie bestand im Kern aus einem Restrukturierungsplan, der von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht per Verwaltungsakt festzulegen war. Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen sah ein der Insolvenz vorgeschaltetes Sanierungs- und Reorganisationsverfahren vor, welches dem insolvenzrechtlichen Planverfahren nachgebildet war.

Die Deutsche Bank stellte im Mai 2010 ein Konzept eines Finanzsektorstabilisierungsfonds als Vorschlag für den Gesetzgeber vor¹⁴⁴. Der Fonds sollte nach diesem Vorschlag primär durch eine Abgabe der Finanzinstitute finanziert werden. Es wurde empfohlen, den Fonds auf EU-Ebene einzurichten. Die Deutsche Bank schätzte die Zielgröße auf € 120-150 Mrd. Als Rechtfertigung einer Verpflichtung zu Abgaben im Vorfeld einer Krise wurde angeführt, die Aktionäre, die Investoren und die Eigentümer seien in einer Krise häufig nicht mehr bereit oder in der Lage, frisches Kapital einzulegen. Weiterhin argumentierte die Deutsche Bank, dass Ansteckungseffekte vermieden werden müssten, die entstehen, wenn wirtschaftlich gesunde Konkurren-

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,641229,00.html>, Text abrufbar unter <http://www.bmwi.de/bmwi/redaktion/pdf/gesetzesentwurf-gesetz-ergaenzung-des-kreditwesengesetzes,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=derwb=tr>.

¹⁴² Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, abrufbar unter <http://www.bmj.de/files/-/3891/DiskE%20KredReorgG.pdf>.

¹⁴³ Eckpunktepapier des Bundeskabinetts vom 31.3.2010 für ein Gesetz zur Bankenrestrukturierung und Finanzmarktregulierung, abrufbar unter http://m.bundesfinanzministerium.de/nn_87570/DE/Wirtschaft__und__Verwaltung/Geld__und__Kredit/20100331-Eckpunkte-Finanzmarktregulierung.html.

¹⁴⁴ Deutsche Bank Research, Plädoyer für einen Finanzsektorstabilisierungsfonds, 10. Mai 2010, Finanzmarkt Spezial, EU-Monitor 73.

ten (peers) in einer Krise Kapitalhilfen aufbringen müssen, und wenn die Gläubiger obligatorisch zu Anteilseignern gemacht werden¹⁴⁵. Eine hinreichende Größe eines Fonds würde, so die Deutsche Bank, dem Markt signalisieren, dass kein Institut zu groß sei, um nicht abgewickelt werden zu können¹⁴⁶.

Das Restrukturierungsgesetz (Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung) nach einem Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen¹⁴⁷ setzte Kommentare aus einer Verbändeanhörung, aus den Ministerialkonsultationen sowie aus dem Arbeitskreis der Länder, Sparkassen, Sparkassenzentralbanken, Landesbausparkassen und Landesjustizverwaltungen um¹⁴⁸. Das Restrukturierungsgesetz wurde am 25. August 2010 als Regierungsentwurf beschlossen, am 27.9.2010 als Gesetzesentwurf der Bundesregierung vorgestellt, am 1. Oktober 2010 in erster Lesung im Bundestag beraten und an den Finanzausschuss überwiesen, am 9. Dezember 2010 beschlossen und am 14. Dezember 2010 verkündet. Die für die vorliegende Arbeit wesentlichen Bestimmungen traten am 1. Januar 2011 in Kraft¹⁴⁹. Das Restrukturierungsgesetz beinhaltet als Art. 1 das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, KredReorgG), als Art. 2 ein Gesetz zur Änderung des Kreditwesengesetzes, als Art. 3 das Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsgesetz, RStruktFG), als Art. 4 ein Gesetz zur Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes und als Art. 5 ein Gesetz zur Änderung des Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetzes sowie mehrere Begleitgesetze.

¹⁴⁵ DB, a.a.O., S. 5 f.

¹⁴⁶ DB, a.a.O., S. 10.

¹⁴⁷ Bundesministerium der Justiz/ Bundesministerium der Finanzen, Kabinettsbeschlusvorschlag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 20. August, 2010; Die Bundesregierung, Banken sollen Krisen selbst bewältigen, 25.8.2010, abrufbar unter http://www.bundesregierung.de/nn_1264/Content/DE/Artikel/2010/08/2010-08-25-restrukturierungsgesetz.html.

¹⁴⁸ Vgl. Gregor Bachmann, Stellungnahme zum Restrukturierungsgesetz-E, 5. Oktober 2010, 1 f.

¹⁴⁹ Art. 17, Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010, a.a.O.

Das Restrukturierungsgesetz wurde aus zwei unterschiedlichen Perspektiven entwickelt¹⁵⁰. Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz bildet das Insolvenzplanverfahren nach und beinhaltet Besonderheiten, die für die Kreditinstitute gelten und systemische Krisen erfassen sollen. Das Kreditwesengesetz beinhaltet hoheitliche Rettungsmaßnahmen in einer Krise. Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz beinhaltet ein Sanierungs- und ein Reorganisationsverfahren. Ob das Restrukturierungsgesetz in Anbetracht der Komplexität seines Anwendungsmechanismus in einer Krise zum Einsatz kommen wird, wird bezweifelt¹⁵¹.

Die "Bankenabgabe" nach dem Regierungsentwurf eines Artikel 3 des Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010 (Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfondsgesetz)), sollte der Gründung eines Stabilitätsfonds dienen, der von der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung verwaltet wird, wobei die Höhe der Abgabe sich am Risiko des Finanzinstituts, gemessen an seiner Größe und an seinem Vernetzungsgrad, orientieren sollte. Eine solche Bankenabgabe sollte der zukünftigen Krisenbekämpfung dienen. Die Sonderabgabe sollte aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in den allgemeinen Haushalt fließen, sondern einem gesonderten Haushaltstitel zugeführt werden¹⁵².

¹⁵⁰ Thorsten Höche, Das Restrukturierungsgesetz - Neue Wege in der Bankenaufsicht (mit Seitenblicken auf die Schweiz und das Vereinigte Königreich), WM 2011, 53.

¹⁵¹ Martin Hellwig, zitiert nach Frank Drost, Restrukturierungsgesetz ist zu umständlich, 2011, 1, und Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung Von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der Aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“ am 6. Oktober 2010, 5. Oktober 2010, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 1.

¹⁵² Antwort der Bundesregierung vom 26.4.2010, Nr. 6, Bundestagsdrucksache 17/1522, auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Die Linke v. 6.4.2010, Bundestagsdrucksache 17/1330.

(bbb) Das Vereinigte Königreich

Als wesentliche Gesetze und Aufsichtsrechtsentwicklungen im Vereinigten Königreich sind der Banking Act 2009¹⁵³ und der Financial Services Act 2010¹⁵⁴ (mit Begleitregelungen¹⁵⁵), das Her Majesty's Treasury Konsultationspapier, Establishing resolution arrangements for investment banks von December 2009¹⁵⁶ und das Konsultationspapier der Financial Services Authority mit Regelungsentwurf, Recovery and Resolution Plans, 2011¹⁵⁷ zu nennen.

Vor der Verstaatlichung der britischen Bank Northern Rock gab es im Vereinigten Königreich kein besonderes Restrukturierungsregime für Finanzinstitute. Die Grundlage für die Abwicklung von Bankeninsolvenzen bildete das allgemeine Unternehmensinsolvenzrecht, insbesondere der Insolvency Act 1986. Mit dem Banking Act 2008 wurde dem britischen Finanzministerium das Recht eingeräumt, Anteile und Sicherheiten auf staatliche Stellen zu übertragen¹⁵⁸. Der Banking Act 2009¹⁵⁹ des Vereinigten Königreichs hat ein besonderes Restrukturierungs- und Abwicklungsverfahren für die Einlageninstitute des Vereinigten Königreichs eingeführt (Special Resolution Regime). Den drei zuständigen Behörden (Tripartite Authorities), der Bank of England, Her Majesty's Treasury und der Financial Services Authority stehen drei Stabilisierungsoptionen¹⁶⁰ zur Verfügung, nämlich die Übertragung an eine Brückenbank, an eine private Drittbank, oder vorübergehend an die öffentliche Hand. Teil 2 des Banking Act 2009 behandelt die Abwicklung einer Bank in der Insolvenz (bank insolvency), Teil 3 die Abwicklung einer gescheiterten Bank (bank administration),

¹⁵³ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2009/pdf/ukpga_20090001_en.pdf.

¹⁵⁴ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100028_en.pdf.

¹⁵⁵ Vgl. Financial Services Authority, CP 10-3, Effective Corporate Governance, abrufbar unter 15/03/10, http://www.fsa.gov.uk/pubs/cp/cp10_03.pdf; CP 10-09; sowie Financial Services Authority, Enhancing the Clients Assets Sourcebook, March, 2010, abrufbar unter http://www.fsa.gov.uk/pubs/cp/cp10_09.pdf; sowie Financial Services Authority, The Turner review, A regulatory response to the global banking crisis, March, 2009, abrufbar unter http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf.

¹⁵⁶ HM Treasury, Consultation Paper, „Establishing resolution arrangements for investment banks“, December 2009, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf

¹⁵⁷ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011.

¹⁵⁸ Thorsten Höche, Das Restrukturierungsgesetz - Neue Wege in der Bankenaufsicht (mit Seitenblicken auf die Schweiz und das Vereinigte Königreich), WM 2011, 52.

¹⁵⁹ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2009/pdf/ukpga_20090001_en.pdf.

pdf.

¹⁶⁰ Sections 11, 12, 13 Banking Act, 2009.

wenn ein Teil der Bank übertragen werden soll. Ein auf Antrag der Bank of England durch Gerichtsbeschluss eingesetzter Verwalter sorgt dafür, dass die Restbank funktionsfähig bleibt¹⁶¹. Der Banking Act 2009 wurde unter dem Eindruck des Scheiterns von Northern Rock erlassen und ist auf Nicht-Einlageinstitute nicht anwendbar.

Der Konsultationsentwurf des Her Majesty's Treasury von Dezember 2009 "Establishing resolution arrangements for investment banks"¹⁶² schlug ein besonderes Abwicklungsverfahren für Investmentbanken mit dem Ziel vor, eine geordnete außerinsolvenzliche Abwicklung zu ermöglichen (Special Administration Regime, SAR). Der Konsultationsentwurf von Her Majesty's Treasury ging über die Beschreibung eines Besonderen Insolvenzverfahrens hinaus und enthielt Krisenplanungsvorgaben an die Investmentbanken. Letztere sind hier von besonderem inhaltlichem Interesse in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten.

Kapitel 3 des Konsultationsentwurfs sah eine neue Rolle eines internen Abwicklungsverantwortlichen auf Bankenvorstandsebene (Business Resolution Officers) vor¹⁶³, sowie Restrukturierungspläne (investment firm resolution plans), die Dokumentation wesentlicher Informationen (Business Information Pack)¹⁶⁴, weiterhin Maßnahmen, um die Kontinuität der Erfüllung der Aufgaben durch die Angestellten und die Zulieferer sicherzustellen (continuity of service measures), die Schaffung eines Abwicklungsfonds (liquid operational reserves) zur Sicherstellung der Bezahlung der Angestellten und der Dienstleister und schließlich das Erfordernis eines effektiven Kommunikationsplans.

Die britische Financial Services Authority hatte im Dezember 2009 vier ausgewählte systemrelevante internationale Finanzkonzerne¹⁶⁵ beauftragt, einen Rahmenplan zur Krisenbewältigung zu erstellen. Auf der Basis der vorgelegten Entwürfe wurden die aufsichtsrechtliche Anforderungen zur Umsetzung des Financial Services Act 2010

¹⁶¹ Section 136 (2) ©, Banking Act, 2009.

¹⁶² S.3, Entwurf des Finanzministeriums, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf

¹⁶³ S. 37 des Gesetzesentwurfs des Finanzministeriums.

¹⁶⁴ S.o., Lösungsstand und Kritik, Vereinigtes Königreich, Finanzministerium Konsultationsverfahren 2009.

¹⁶⁵ Dazu kamen im Juli 2010 weitere zwei.

des Vereinigten Königreichs gestaltet. Ein Konsultationsentwurf wurde im August 2011 vorgestellt¹⁶⁶. Der Konsultationsentwurf wurde durch ein Diskussionspapier ergänzt, sowie durch eine Anleitung¹⁶⁷ und den Entwurf eines Regelungstextes¹⁶⁸. Die Financial Services Authority hob in den Anforderungen an die Banken im Konsultationsentwurf die Bedeutung der Einbindung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen in einen Konzern-Risikorahmenplan hervor, damit die Krisenplanung ein integraler Bestandteil der Risikosteuerung eines Instituts wird. Weiterhin wurde betont, dass der Vorstand¹⁶⁹ den Plan prüfen¹⁷⁰ und genehmigen sollte. Der Vorstand sollte die Verantwortlichkeiten für die verschiedenen Bestandteile des Plans und für die laufende Aktualisierung des Plans zuweisen. Nach dem Konsultationsentwurf hatten die Reorganisations- und Restrukturierungspläne zum Ziel, dass die Erholungsoptionen des Instituts geprüft und dokumentiert werden sollten, dass diese Optionen schnell und wirkungsvoll mobilisiert werden könnten und dass den Aufsichtsbehörden diejenigen Informationen zur Verfügung stehen, die zu einer strukturierten Abwicklung notwendig sind¹⁷¹. Die Festsetzung der Anforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungsplanung sollte der Financial Services Authority obliegen, wohingegen das jeweilige Institut für die tatsächliche Angemessenheit seines Reorganisationsplans verantwortlich sein sollte, und die Bank of England für die Angemessenheit des Restrukturierungsplans.

Antworten auf den Konsultationsentwurf wurden bis zum 9. November 2011 angenommen. Der Regelungstext sollte im ersten Quartal 2012 Gesetzeskraft erfahren und ist etwas verzögert. Erste Pläne sollten bis Juni 2012 fertig gestellt werden¹⁷². Danach sollen die Pläne laufend (iterative) aktualisiert, verbessert und verfeinert werden und Bestandteil der Routineberichte an die Aufsicht werden. Die Pläne sollten einen vorgegebenen Kerngehalt haben, sollten aber zur Firmen(risiko)struktur verhältnismäßig sein, so dass der Inhalt der Pläne kleinerer Institute oder von Institu-

¹⁶⁶ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011.

¹⁶⁷ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, CP11/16, August 2011, 5ff: Module 2: Recovery Plan.

¹⁶⁸ Financial Services Authority, Draft Handbook text, CP11/16, August, 2011.

¹⁶⁹ Einstufig im Vereinigten Königreich, also unter Einschluss unabhängiger Vorstandsmitglieder.

¹⁷⁰ Etwa im Risikoausschuss des Vorstandes.

¹⁷¹ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, CP11/16, August 2011, 7.

¹⁷² Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 11.

ten mit weniger komplexen Geschäftsmodellen entsprechend weniger Informationen enthalten konnte (proportional)¹⁷³.

Der britische Financial Services Act 2010¹⁷⁴ beauftragte und ermächtigte die Financial Services Authority nach der Beratung mit Her Majesty's Treasury und der Bank of England Regeln aufzustellen, die die Banken verpflichten, einen Reorganisations- oder Krisenmanagementplan (Recovery Plan) und einen Restrukturierungs- oder Abwicklungsplan (Resolution Plan) aufzustellen. Der Financial Services Act 2010 enthält detaillierte Anweisungen zum Inhalt solcher Pläne¹⁷⁵. Solche Pläne decken eine Reihe von Krisenszenarien ab, z.B. eine Krise in einer Zweigniederlassung, wenn wegen Wechselkursveränderungen die Firmenkunden auf eine Veränderung der Rückzahlungsmodalitäten dringen, bis hin zu einer Liquiditätskrise für den Konzern, wenn kurzfristige Refinanzierungen nicht mehr zu Marktpreisen möglich sind. Ein Plan zur Abwicklung ist erforderlich für den Fall, dass eine Reorganisation fehlschlägt. Die Bank of England und Her Majesty's Treasury genießen ein Mitprüfungsrecht im Hinblick auf die Angemessenheit des Abwicklungsplans, und Her Majesty's Treasury hat das Recht, die Financial Services Authority aufzufordern, besondere Anforderungen an Finanzinstitute zu stellen¹⁷⁶. Dies mag von Informationsanforderungen bis zur Erhöhung der Kapital- und Liquiditätsstandards im Falle unangemessener Pläne reichen.

Um die im Gefolge der Abwicklung von Lehman Brothers entstandenen Schwierigkeiten zukünftig zu vermeiden, schlug das britische Finanzministerium¹⁷⁷ ein besonderes Abwicklungsverfahrens für Investmentbanken vor (Special Administration Regime, investment firm resolution plan)¹⁷⁸. In der Ausübung der in Abschnitt 233 und 234 des britischen Banking Act enthaltenen Ermächtigung traten die neuen Investment Bank Special Administration Regulations 2011 (SAR Regulations)¹⁷⁹ am 8. Feb-

¹⁷³ Financial Services Authority, a.a.O.

¹⁷⁴ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100028_en.pdf.

¹⁷⁵ S. 139B (1) und S. 139C (1) des Financial Services Act 2010.

¹⁷⁶ S. 139F (1) und (2) des Financial Services Act 2010.

¹⁷⁷ http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

¹⁷⁸ Vgl. Chapter 2, 3 des Gesetzesentwurfs des Finanzministeriums.

¹⁷⁹ Statutory Instruments, 2011 No. 245, FINANCIAL SERVICES AND MARKETS, The Investment Bank Special Administration Regulations 2011, abrufbar unter: <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2011/245/contents/made>.

ruar 2011 in Kraft und die ergänzenden Investment Bank Special Administration (England and Wales) Rules 2011 (SAR Rules)¹⁸⁰ am 30. Juni 2011. Am 31. Oktober 2011 wurde das neue Regime erstmals auf die Abwicklung des gescheiterten US-amerikanischen Finanzinstituts MF Global UK Limited angewendet. Gemäß Abschnitt 236 des Banking Act 2009 sind die SAR Regulations binnen zwei Jahren daraufhin zu überprüfen, ob sie nach wie vor ihren Zweck erfüllen und ob sie in Kraft bleiben sollen. Die SAR Regulations und Rules stellen ein besonderes Insolvenzverfahren für die britischen Investmentbanken dar.

Seit September 2012, und einem Vorschlag von Lord Turner, dem Chairman der britischen Financial Services Authority und der von der Regierung des Vereinigten Königreichs beauftragten Regierungskommission unter der Leitung von John Vickers¹⁸¹ folgend, sind britische Banken mit risikogewichteten Aktiva in Höhe von mindestens 3 von Hundert des Bruttozialprodukts des Vereinigten Königreichs verpflichtet, mehr Kernkapital, also Grundkapital und Gewinnrücklagen, vorzuhalten, als nach dem Basler Modell vorgesehen, nämlich 10%, bezogen auf die risikogewichteten Aktiva¹⁸².

(ccc) Die USA

Für die Gesetzgebungsentwicklung in den USA sind zu den Krisenverhütungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden, zum Insolvenz- und Abwicklungsrecht als dem Recht der Krisenbewältigung und zu den gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung in Form der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren der US Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 2010¹⁸³ und der Vorschlag der US Federal Reserve Board und der

¹⁸⁰ Statutory Instruments, 2011 No. 1301, FINANCIAL SERVICES AND MARKETS, INSOLVENCY, The Investment Bank Special Administration (England and Wales) Rules 2011, abrufbar unter: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/1301/contents/made>.

¹⁸¹ Independent Commission on Banking, Final Report, Recommendations, September, 2011, S. 212.

¹⁸² Brooke Masters/Patrick Jenkins, Regulator poised to set tougher capital rules, Financial Times, 22. September, 2010, S. 3.

¹⁸³ US Congress, The Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009, An Act to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too-big to fail", to protect the American taxpayer by ending bail-outs, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes, effective 21 July, 2010.

Federal Deposit Insurance Corporation von 2011¹⁸⁴ zu nennen. Der US Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act basiert auf den Entwürfen des US-amerikanischen House of Representatives¹⁸⁵ und des US-amerikanischen Senats¹⁸⁶. Der Vorschlag der US Federal Reserve Board und der Federal Deposit Insurance Corporation basiert auf einem Entwurf der Federal Deposit Insurance Corporation¹⁸⁷.

Der Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act¹⁸⁸ sah vor, dass große, vernetzte Banken ausführliche Pläne aufsetzen und unterhalten, die eine strukturierte schnelle Abwicklung ermöglichen (living wills)¹⁸⁹. Alle systemrelevanten Nichteinlageinstitute (Non-bank Financial Companies) und große, vernetzte Finanzholdings (Bank Holding Companies) sollten dem Federal Reserve Board, der Federal Deposit Insurance Corporation und der Financial Stability Oversight Council regelmäßig Pläne für eine ordentliche und rasche Abwicklung im Krisenfall vorlegen¹⁹⁰. Die Pläne sollten der Genehmigung durch den Federal Reserve Board und die Federal Deposit Insurance Corporation bedürfen. Die Vorlage inakzeptabler Pläne sollte

¹⁸⁴ Board of Governors of the Federal Reserve System (Board) and Federal Deposit Insurance Corporation (Corporation). Final rule. Federal Reserve System, 12 CFR Part 243, [Regulation QQ; Docket No. R-1414], RIN 7100 AD 73, Federal Deposit Insurance Corporation, 12 CFR Part 381, RIN 3064 AD 77, Resolution Plans Required, 13. September/17. Oktober 2011.

¹⁸⁵ US House of Representatives Bill 4173 "Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009" vom 11.12.2009, abrufbar unter http://financialservices.house.gov/Key_Issues/Financial_Regulatory_Reform/Financial_Regulatory_Reform.html.

¹⁸⁶ US Senate Bill "Restoring American Financial Stability Act" vom 20.5.2010, abrufbar unter http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=111_cong_bills&docid=f:s3217as.txt.pdf. oder http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=111_cong_bills&docid=f:h4173eas.txt.pdf.

¹⁸⁷ US Federal Deposit Insurance Corporation, Resolution and Receivership Rules, 11.5.2010, abrufbar unter <http://edocket.access.gpo.gov/2010/pdf/2010-11646.pdf>.

¹⁸⁸ An Act to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too-big to fail", to protect the American taxpayer by ending bail-outs, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes, effective 21 July, 2010.

¹⁸⁹ Zitiert nach, Davis Polk & Wardwell, Summary of the Restoring American Financial Stability Act, Passed by the Senate on May 20, 2010, May 22, 2010.

¹⁹⁰ Zitiert nach Davis Polk & Wardwell, Summary of Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Passed by the House of Representatives on June 30, 2010, 9 July, 2010, S. 10, abrufbar unter https://www.davispolk.com/files/Publication/7084f9fe-6580-413b-b870-b7c025ed2ecf/Presentation/PublicationAttachment/1d4495c7-0be0-4e9a-ba77-f786fb90464a/070910_Financial_Reform_Summary.pdf.

die betroffene Bank¹⁹¹ dem Risiko aufsichtsbehördlicher Sanktionen aussetzen, die die Forderung zur Begrenzung des Geschäfts und des Geschäftswachstums oder Forderungen nach einer Kapitalerhöhung beinhalten konnten. Falls die vorgelegten Pläne zwei Jahre lang inakzeptabel bleiben sollten, sind die Federal Deposit Insurance Corporation und der Federal Reserve Board ermächtigt, die Veräußerung von Aktiva zu verlangen.

Die Pläne sollten die Konkursgerichte, die Konkursverwalter und die anderen Institutionen mit Entscheidungsbefugnissen aber nicht inhaltlich binden. Dies reduzierte den Wert solcher Abwicklungspläne auf die Sicherstellung der Lieferung von Informationen für eine Abwicklung, die der Umsetzung durch konkursliche Strukturen noch bedarf.

Der Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act bevollmächtigte die Federal Deposit Insurance Corporation, einen inflationsangepassten Betrag von bis zu USD 150 Mrd. von den großen Finanzinstituten¹⁹² als einen Abwicklungsfonds einzutreiben. Die Federal Deposit Insurance Corporation, zusammen mit dem neuen Financial Stability Oversight Council,¹⁹³ sollte über die Risikoerkennung und die Auskehrung der Gelder entscheiden. Die gleichwertige Behandlung der Finanzinstitute sollte durch die Anwendung der Unterscheidungsmerkmale der Komplexität, der Verflechtung, der Größe und der Aktivitäten gewährleistet werden.

Die US-amerikanischen Gerichte hatten sich insbesondere mit der Abwicklung von den gescheiterten Finanzinstituten wie Lehman Brothers zu befassen¹⁹⁴.

¹⁹¹ "Banken" beinhalten Bank Holding Companies und systemwichtige Non-bank financial companies, die eine Bilanzsumme von mindestens USD 50 Mrd. aufweisen und durch Teilnahme am Kapitalisierungsprogramm Troubled Asset Relief Program (TARP) aufhörte eine Bank Holding Company zu sein (z.B. Goldman Sachs) – Hotel California Regel, frei nach dem Eagles Lied "You can check out any time you like, but you can never leave".

¹⁹² Auf die Gerechtigkeitsfragen der Einbeziehung von Nicht-Einlageinstituten oder Versicherern in ein Einlagensicherungsverbundsystem kann für Zwecke der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen werden.

¹⁹³ Ob die Federal Deposit Insurance Corporation und ein neu gegründeter Financial Stability Oversight Council die erforderliche Expertise haben, eine solche Analyse durchzuführen, mag für Zwecke dieser Untersuchung dahingestellt bleiben.

¹⁹⁴ Vgl. insbesondere United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, In re Lehman Brothers Holding Inc., Report of Anton Valukas, Examiner, March 11, 2010.

(ddd) Die Schweiz

Die beiden wesentlichen Stoßrichtungen¹⁹⁵ der schweizerischen Konkursgesetzgebung wurden bereits durch die Notrechtsmaßnahmen von 1936 festgelegt: Einerseits die Verlagerung der Verantwortung von den Gerichten zu den Aufsichtsbehörden, und andererseits die Beschränkung von den Eigner- und den Gläubigerrechten.

Die wesentlichen Bestimmungen des schweizerischen Bankenkonkursgesetzes traten im Jahre 2004 in Kraft. Die Sonderregelungen für das vom schweizerischen Konkursrecht abweichende Bankensanierungsrecht sind in den aufsichtsrechtlichen „Schutzmaßnahmen“ der schweizerischen Aufsichtsbehörde FINMA enthalten. Danach kann die FINMA ein Sanierungsverfahren anordnen, wenn die begründete Besorgnis besteht, dass der Verschuldungsgrad einer Bank den zulässigen Grenzwert überschritten hat oder die Liquiditäts- oder Kapitalvorgaben nicht mehr eingehalten werden. Die FINMA muss einen Sanierungsplan genehmigen und kann einen Zahlungsstopp verhängen, die Forderungsfälligkeit aufschieben und die Lizenz entziehen. Im Ergebnis tritt die FINMA erstinstanzlich in die Rolle des Konkursgerichts ein¹⁹⁶. Das Ziel des Gesetzes ist der Schutz der Gläubiger und der Eignern sowie der Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte.

Die Eidgenössische Bankenkommission beschloss in Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Nationalbank bereits im Herbst 2008, die Eigenmittelanforderungen an die systemwichtigen Großbanken zu erhöhen und durch eine ungewichtete Eigenkapitalanforderung zu ergänzen¹⁹⁷. Im Gefolge der neuen Kapitalanforderungen des Jahres 2010 zur Umsetzung der Basel III-Vereinbarung soll von den schweizerischen Großbanken zukünftig Kapital in Höhe von 19% der risikogewichteten Aktiva vorgehalten werden (Swiss finish). Dies sollte der Tatsache Rechnung tragen, dass

¹⁹⁵ Urs Zulauf, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland, WM 2010, 1529.

¹⁹⁶ Thorsten Höche, Das Restrukturierungsgesetz - Neue Wege in der Bankenaufsicht (mit Seitenblicken auf die Schweiz und das Vereinigte Königreich), WM 2011, 51; Urs Zulauf, a.a.O., 1350 ff.

¹⁹⁷ Zwischenbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 22.4.2010, S. 7

die addierte Bilanzsumme der beiden schweizerischen Großbanken etwa dem sechsfachen des schweizerischen Bruttosozialproduktes entspricht¹⁹⁸.

Im Auftrag der Eidgenössischen Räte hat eine schweizerische Expertenkommission am 22. April 2010 einen Zwischenbericht und am 30. September 2010 einen Schlussbericht zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen abgeliefert¹⁹⁹. Der Schlussbericht enthält Vorschläge zur Strukturierung von Eigenkapital unter Verwendung von Pflichtwandelschuldverschreibungen (Contingent Convertible Bonds) zum Liquiditätsmanagement und zur Risikosteuerung einschließlich von Krisensteuerungsmechanismen. Das schweizerische Bankensanierungsrecht gilt für alle, nicht nur für systemrelevante Finanzinstitute²⁰⁰.

(cc) Zwischenergebnis zu der gesetzlichen und der aufsichtsrechtlichen Entwicklung der Krisenverhütungsmaßnahmen der Behörden, des Insolvenz- und Abwicklungsrechts als das Recht der Krisenbewältigung und der Vorgaben an eine eigenverantwortliche Krisenplanung in Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

Im Oktober 2008 beschlossen die Finanzminister und die Zentralbankpräsidenten der G-8, dass ein Scheitern der systemrelevanten Finanzinstitute verhindert werden müsse, um den Steuerzahler vor den Folgen des Scheiterns eines systemrelevanten Finanzinstituts zu schützen. Der Beschluss der G-8 wurde durch die Vorschläge des Finanzstabilitätsforums, des Financial Stability Board, des Basel Komitees zur Bankenaufsicht, des Committee of European Banking Supervision, des Internationalen Währungsfonds und der Europäische Kommission weiterentwickelt. Diese Vorarbeiten mündeten im Dezember 2010 in einen Rahmenplan der EU-Kommission für das Krisenmanagement. Die EU-Kommission schlug in diesem Rahmenplan für das Krisenmanagement als Kategorien von Maßnahmen zur Krisenvorbeugung und Krisenbekämpfung die vorbereitenden und vorbeugenden Maßnahmen des Finanzinstituts, das frühzeitige Eingreifen der Finanzaufsichtsbehörden und die Abwicklungsin-

¹⁹⁸ Patrick Jenkins/Haig Simonian, Swiss urge bank capital boost, FT, 5 October, 2010, p. 21.

¹⁹⁹ Zwischenbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 22.4.2010.

²⁰⁰ Urs Zulauf, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland, WM 2010, 1535.

strumente und –befugnisse der Verwaltungsbehörden vor. Der detaillierte Maßnahmenkatalog der EU-Kommission forderte einen Rahmenplan von Finanzinstituten für die konzernweite Risikominimierung, die Kapitalbeschaffung, die Liquiditätsvorsorge und die Sanierung als Maßnahmen der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute.

In Deutschland trat am 1. Januar 2011 das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz als Art. 1 des Restrukturierungsgesetzes in Kraft. Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz dient der dauerhaften Sicherung der Finanzmarktstabilität, die wiederum dem verfassungsrechtlichen Ziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts dient. Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz fordert, dass die systemrelevanten Finanzinstitute als eine Maßnahme eigenverantwortlicher Krisenplanung ein Sanierungs- und ein Reorganisationsverfahren entwickeln und vorhalten sollen.

Der britische Financial Services Act 2010 beauftragte und ermächtigte die Financial Services Authority nach Beratung mit Her Majesty's Treasury und der Bank of England Regeln aufzustellen, die die Banken verpflichten, als eine Maßnahme eigenverantwortlicher Krisenplanung einen Reorganisationsplan oder Krisenmanagementplan (Recovery Plan) und einen Restrukturierungs- oder Abwicklungsplan (Resolution Plan) aufzustellen. Der Regelungstext sollte im ersten Quartal 2012 Gesetzeskraft erfahren.

Der US-amerikanische Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act sah vor, dass große, vernetzte Banken als eine Maßnahme eigenverantwortlicher Krisenplanung ausführliche Pläne aufsetzen und unterhalten, die eine strukturierte schnelle Abwicklung ermöglichen (Living Wills).

Die schweizerische Expertenkommission legte einen Schlussbericht zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen vor, der Vorschläge zur Risikosteuerung der Finanzinstitute einschließlich der Krisensteuerungsmechanismen als eine Maßnahme eigenverantwortlicher Krisenplanung enthielt.

(v) Zwischenergebnis zu den Grundlagen der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen

Der Begriff der international tätigen Finanzinstitute umfasst Finanzdienstleistungsunternehmen, die konsolidierte Firmen oder Ausgliederungsstrukturen im Ausland unterhalten. Eigenverantwortliche Krisenplanung umfasst vor allem unternehmensgesteuerte Reorganisations- und Restrukturierungsmaßnahmen zur Abwehr oder als Konsequenz einer erheblichen oder grundlegenden Sanierungsbedürftigkeit.

Die Notwendigkeit einer Krisenplanung ergibt sich aus der Vernetzung der Finanzinstitute, aus der Laufzeitinkongruenz, den Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung des Finanzinstituts oder aus dem systemrelevanten und schwer ersetzbaren Beitrag eines Finanzinstituts zu dem jeweiligen Markt.

Durch die Anerkennung der Systembedeutsamkeit eines Finanzinstituts wird ein faktischer Bestandsschutz für das Finanzinstitut geschaffen. Ein faktischer Bestandsschutz führt zu einem moralischen Dilemma für den betroffenen Staat, weil eine Rettungspflicht mit den marktwirtschaftlichen Grundsätzen unvereinbar ist. Im Ergebnis werden durch dieses moralische Dilemma die Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems erhöht.

Im Rahmen der Umsetzung eines G-8 Beschlusses zum Krisenmanagement von Finanzinstituten schlug die EU-Kommission einen Rahmenplan für eine konzernweite Risikominimierung, eine Kapitalbeschaffung, eine Liquiditätsvorsorge und die Sanierung als Maßnahme der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute vor. Das deutsche Restrukturierungsgesetz, der britische Financial Services Act und der US-amerikanische Dodd-Frank Act fordern von systemrelevanten Finanzinstituten einen Reorganisations- und einen Restrukturierungsplan.

Im Anschluss an die Grundlegung zu der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen soll im Folgenden die eigenverantwortlichen Krisenplanung in Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren von den alternativen Lösungsmodellen abgegrenzt werden. Als solche Alternativen zur Lösung einer Krise durch eine eigenverantwortliche Krisenplanung wurden Modelle zur Stärkung der

Kapitalisierungs- und Liquiditätsbasis der Finanzinstitute vorgeschlagen, Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden, die Einführung eines besonderen Insolvenzverfahrens zur Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts, die organisatorische Trennung des Einlagengeschäfts vom Eigenhandel eines Finanzinstituts, die Einrichtung von Krisenfonds und Abwicklungsfonds, das Erfordernis, riskante Geschäftsformen zentral abzuwickeln sowie Banksteuern und Transaktionssteuer zu erheben, um die Mittel zur Lösung einer Krise bereitzustellen.

b) Die Abgrenzung der eigenverantwortlichen Krisenplanung in der Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren von den Alternativen Lösungsmodellen

Im Gefolge der Kredit- und Liquiditätskrise der Jahre 2007 bis 2009 verloren die Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden das Vertrauen in die Wirksamkeit der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten. Gleichmaßen bestand ein Bedürfnis seitens der Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden, durch eine Veränderung der Rahmenbedingungen für das Wirken von Finanzinstituten das Vertrauen in die Bestandskraft des Finanzsystems wieder herzustellen. Die Vorschläge seitens der Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden zur Einführung veränderter Rahmenbedingungen mögen auch dazu gedient haben, Vorwürfen zu begegnen, die Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden seien für die Entstehung der Kredit- und Liquiditätskrise der Jahre 2007 bis 2009 insofern mitverantwortlich, als sie ungenügende Rahmenbedingungen für das Wirken der Finanzinstitute geschaffen hätten. Deshalb wurden seitens der Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden eine Reihe alternativer Lösungsvorschläge gemacht, wie anders als durch die eigenverantwortliche Krisenplanung von Finanzinstituten einer Krise vorgebeugt werden könne und wie eine Krise bewältigt werden könne.

Im zweiten Abschnitt des ersten Teils dieser Untersuchung werden diese alternativen Lösungsvorschläge der Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden vorgestellt und ihre Wirksamkeit als Mittel der Krisenvorbeugung und der Krisenbewältigung bewertet. Zunächst wird unter (i) der Lösungsvorschlag der Stärkung der Kapitalisierungs- und der Liquiditätsbasis von Finanzinstituten betrachtet und sodann unter (ii) der Lö-

sungsvorschlag der Liquiditätsunterstützung für krisenbetroffene Finanzinstitute durch staatliche Behörden. Im Anschluss daran wird unter (iii) der Lösungsvorschlag der Einführung eines besonderen Insolvenzverfahrens zur Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts betrachtet, sodann unter (iv) der Lösungsvorschlag der organisatorischen Trennung des Einlagengeschäfts vom Eigenhandel eines Finanzinstituts, unter (v) der Lösungsvorschlag der Einrichtung von Krisenfonds und Abwicklungsfonds, unter (vi) der Lösungsvorschlag, zu fordern, dass riskante Geschäftsformen zentral abzuwickeln sind und schließlich unter (vii) der Lösungsvorschlag, Banksteuern und Transaktionssteuer zu erheben, um die Mittel zur Lösung einer Krise bereitzustellen.

(i) Die Kapitalisierungsmodelle und die Modelle zur Stärkung der Liquiditätsbasis als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

In diesem Unterabschnitt wird untersucht, ob die Risikosteuerung eines Finanzinstituts durch eine Erhöhung der von den Finanzinstituten geforderten Kapital- und Liquiditätsbasis ein angemessenes und wirksames Mittel darstellt, um die Auswirkungen eines Scheiterns von Finanzinstituten für die Gesamtwirtschaft zu begrenzen. Wenn die Erhöhung der von den Finanzinstituten geforderten Kapital- und Liquiditätsbasis ein wirksames Mittel ist, um die Auswirkungen eines Scheiterns von Finanzinstituten für die Gesamtwirtschaft zu begrenzen, dann stellt eine Erhöhung der von den Finanzinstituten geforderten Kapital- und Liquiditätsbasis eine Alternative zu einer eigenverantwortlichen Krisenplanung in der Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dar. In diesem Unterabschnitt wird unter (aa) zunächst untersucht, ob eine Erhöhung der von den Finanzinstituten geforderten Kapital- und Liquiditätsbasis generell eine Alternative zu einer eigenverantwortlichen Krisenplanung darstellen kann. Sodann wird unter (bb) untersucht, ob die Anwendung von Kapital- und Liquiditätsstandards auf lokale Finanzinstitute durch eine Umwandlung ihrer Zweigniederlassungen in Tochterunternehmen eine Alternative zu einer eigenverantwortlichen Krisenplanung darstellen kann.

(aa) Die Erhöhung der von den Finanzinstituten geforderten Kapital- und Liquiditätsbasis als Alternative zu einer eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Die ertragsstarken Finanzinstitute Deutsche Bank und die englischen Großbank HSBC (früher "Hong Kong and Shanghai Banking Corporation") wären in der Lage, ihre Kapitalbasis um 200 Basispunkte (zwei vom Hundert) zu erhöhen. Die Forderung nach einer Erhöhung der Kapitalbasis um 200 Basispunkte würde aber etwa für die irische Großbank Allied Irish und die englische Großbank Royal Bank of Scotland zu einem Marktaustritt führen. Ein Scheitern der Royal Bank of Scotland hätte wegen ihrer weltweiten Verflechtung eine weltweite systemische Auswirkung²⁰¹. Eine Forderung der Erhöhung der Kapitalbasis von Finanzinstituten muss daher berücksichtigen, wie wahrscheinlich es ist, dass der Markt sich an einer Kapitalerhöhung des betreffenden Finanzinstituts beteiligen würde, und welche Auswirkungen eine Erhöhung der Kapitalbasis auf den Aktienpreis und die Refinanzierungskosten haben würde. Eine Forderung der Erhöhung der Kapitalbasis der Finanzinstitute muss daher an die Finanzkraft des betreffenden Finanzinstituts angepasst werden. Um sicherzugehen, dass die Erhöhung der Kapitalbasis auch zu einer Verringerung der Krisenwahrscheinlichkeit führt, sollte die verbesserte Risikoabsicherung durch eine Erhöhung der Kapitalbasis mit einer Anpassung des Risikoappetits und der Risikostruktur des Finanzinstituts einhergehen. Die britische Finanzgruppe Barclays²⁰² schätzt, dass das gescheiterte britische Finanzinstitut Northern Rock eine Kapitalbasis von 22% seiner risikogewichteten Aktiva gebraucht hätte, um seine Liquiditätskrise, die zu einem "run" auf die Bank führte, abzuwenden, wohingegen die schweizerische Finanzgruppe Credit Suisse mit einem Kapital von 8% seiner risikogewichteten Aktiva die Auswirkungen der letzten Krise ohne Risikoerhöhung gemeistert hätte. Eine Krisenabsicherung durch eine standardisierende und nicht einzelfallangepasste Erhöhung von Sicherheitsvorkehrungen erscheint nach diesseitigem Dafürhalten daher nicht angemessen²⁰³.

²⁰¹ Barclays Equity Research, 5 January, 2010, European Banks: Too Big to Fail, Are Large Banks a Problem?, S. 3.

²⁰² Barclays Equity Research, 5 January, 2010, European Banks: Too Big to Fail, Are Large Banks a Problem?, S. 3.

²⁰³ A.A. Gunnar Schuster/Lars Westpfahl, Neue Wege zur Bankensanierung – Ein Beitrag zum Restrukturierungsgesetz (Teil II), DB 2011, 288, "Eigenkapital schlägt alle anderen Hilfsmaßnahmen".

Generell ist davon auszugehen, dass ein Finanzinstitut keine Liquiditätsschwierigkeiten haben wird, wenn die Höhe der Darlehen die Höhe der Einlagen nicht übersteigt. Trotz einer Begrenzung des Gesamtbetrags aller Darlehen auf den Gesamtbetrag aller Einlagen kann ein Finanzinstitut aber Liquiditätsschwierigkeiten wegen der Laufzeitinkongruenz haben, die entsteht, wenn die Einlagen fällig werden bevor die Kredite zurückgeführt werden müssen. Eine international operierende Finanzgruppe mag auch in einem bestimmten Land oder in einer bestimmten Rechtseinheit mehr Darlehen verauslagen als sie Einlagen herein nimmt. In diesem Fall mag eine Liquiditätsschwierigkeit für eine Finanzgruppe dann entstehen, wenn die Finanzgruppe aufsichtsrechtlichen Beschränkungen unterliegt, grenzüberschreitend und rechtseinheitsübergreifend rechtzeitige Liquiditätsunterstützung innerhalb des Konzerns zu gewähren. Nach der Auffassung des Verfassers ist die Freiheit einer Finanzholding, grenzüberschreitend und rechtseinheitsübergreifend rechtzeitige Liquiditätsunterstützung innerhalb des Konzerns zu gewähren die beste Vorsorge, um Liquiditätsschwierigkeiten innerhalb des Konzerns vorzubeugen oder zu begegnen.

Weiterhin müsste nach Auffassung des Verfassers eine Erhöhung der Kapital- und Liquiditätsanforderungen auf die dann vorhandene Wirtschaftszyklusphase zeitlich gut abgestimmt werden. Solange sich die Wirtschaft oder die Finanzinstitute noch in einer Phase der Erholung befinden, wirkt eine Erhöhung der Kapital – und Liquiditätsanforderungen rezessionsverstärkend. Zumindest wird ein Aufschwung verlangsamt. Zwar konnten insbesondere die Investmentbanken in der ersten Hälfte des Jahres 2010 solide Gewinne mitteilen; die Gesamtwirtschaft war aber noch nicht erholt²⁰⁴. In einer solchen Umkehrphase eines Wirtschaftszyklus, solange die Erholung noch nicht vollständig ist, sollte die Vergabe von Darlehen, die Finanzierung von Projekten und die Diskontierung von Wechseln im Interesse der Gesamtwirtschaft nicht verteuert werden. Eine Erhöhung der Kapital- und Liquiditätsanforderungen verteuert im Ergebnis die Dienstleistungen der Finanzinstitute, weil der erhöhte Kostendruck durch eine Anpassung der Preisgestaltung an die Kunden der Finanzinstitute weitergegeben wird und weil gegebenenfalls bestimmte Dienstleistungen nicht mehr ange-

²⁰⁴ Vgl. FT, 5 July 2010, p. 19, “German output rebounds strongly, ...orders for export-driven sectors are pouring in” – Produktion und Ordereingang gehen der Bezahlung typischerweise viele Monate vor. Von Erholung kann nach hiesigem Dafürhalten erst gesprochen werden, wenn kurz- und mittelfristige Verbindlichkeiten durch Gewinnverwendung rückgeführt werden können.

boten werden. Dieses Risiko, dass aufgrund einer Erhöhung der Kapital- und Liquiditätsanforderungen bestimmte Dienstleistungen nicht mehr angeboten werden, realisiert sich besonders augenfällig in einer Beschränkung der Darlehensverauslagung an die kreditschwächeren Kundengruppen. Die Beschränkung der Darlehensverauslagung wiederum hat eine Beschränkung der volkswirtschaftlichen Kaufkraft zur Folge.

Eine Erhöhung der Kapital- und der Liquiditätsanforderungen hätte nach der Auffassung des Verfassers die Kredit- und Liquiditätskrise der Jahre 2007 bis 2009 um einige Wochen verzögert und ihre Auswirkungen abgemildert. Eine Erhöhung der Kapital- und Liquiditätsanforderungen hätte aber die unrichtige Bewertung von Risikopositionen nicht verhindert. Die unrichtige Bewertung von Risikopositionen hätte trotz der Erhöhung der Kapital- und Liquiditätsanforderungen nach diesseitigem Dafürhalten zu einer Kredit- und Liquiditätskrise geführt.

(bb) Die eigenständige Kapital- und Liquiditätsausstattung der Finanzinstitute auf Landesebene als eine Alternative zu einer eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Die Komplexität der Abwicklung eines internationalen Finanzinstituts und die Risiken für das Finanzsystem und die Volkswirtschaft, die mit der Abwicklung eines großen Finanzinstituts einhergehen, haben zu Vorschlägen geführt, die Struktur der rechtlichen Einheiten eines internationalen Finanzinstituts nach Ländern zu gliedern, d.h. keine grenzüberschreitenden Zweigniederlassungen zuzulassen. Die Abwicklung einer Finanzgruppe, die lediglich aus Tochterunternehmen auf Landesebene besteht (Subsidiarisierung, subsidiarisation), erscheint durch die organisatorische Verselbständigung und durch die eigenständige Kapital- und Liquiditätsausstattung der Tochterunternehmen unproblematischer zu sein als die Abwicklung einer Finanzgruppe mit grenzüberschreitenden Zweigniederlassungen.

Eine Finanzgruppe mit grenzüberschreitenden Zweigniederlassungen ist aber durch die gemeinsame Kapital- und Liquiditätsausstattung eher in der Lage, eine grenzüberschreitende Geschäftseinheit im Vorfeld einer Krise oder in einer Krise derart zu unterstützen, dass der Eintritt der Krise weniger wahrscheinlich ist oder die Auswir-

kungen der Krise geringer sind. Eine Subsidiarisierung der Struktur einer Finanzgruppe auf Landesebene würde auch die erforderliche Kapital- und Liquiditätsbasis auf Gruppenebene erhöhen. Die britische Finanzgruppe Barclays²⁰⁵ schätzte, dass sogar die "lokale Bank der Welt", die britische Großbank HSBC, eines zusätzlichen Kapitalbedarfs von USD 19 Mrd. bedürfte, wenn die Firma gezwungen wäre, in jedem Land ein lokales Tochterunternehmen mit ausreichender und eigenständiger Kapitalbasis auszustatten. Die Forderung nach einer Aufgliederung in rechtliche Einheiten nach Ländern mit dem Erfordernis einer eigenständigen Kapital- und Liquiditätsbasis ist daher im Ergebnis abzulehnen.

(cc) Zwischenergebnis zu den Kapitalisierungsmodellen und den Modellen zur Stärkung der Liquiditätsbasis als einer Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Im Ergebnis sollten die Kapitalisierungs- und die Liquiditätsanforderungen nach der Auffassung des Verfassers derzeit von den Aufsichtsbehörden nicht generell erhöht werden. Die Freiheit einer Finanzholding, grenzüberschreitend und rechtseinheitsübergreifend rechtzeitige Liquiditätsunterstützung innerhalb des Konzerns zu gewähren ist die beste Vorsorge, um etwaigen Liquiditätsschwierigkeiten innerhalb des Konzerns vorzubeugen oder zu begegnen. Eine Erhöhung der Kapital- und Liquiditätsanforderungen verteuert im Ergebnis die Dienstleistungen der Finanzinstitute. Eine Aufgliederung in rechtliche Einheiten nach Ländern würde die Kapital- und die Liquiditätsbasis auf Konzernebene schwächen und die Wirksamkeit der Krisenplanung vermindern.

Die Reorganisations- und die Restrukturierungspläne vermindern die Wahrscheinlichkeit, dass das Kapital und die Liquiditätsreserven benutzt werden müssen, um das Finanzinstitut in einer Krise zu retten. Folglich sollte die Existenz von (akzeptablen) Reorganisations- und Restrukturierungsplänen die Erhöhung der Anforderungen an die Kapital- und Liquiditätsbasis überflüssig machen²⁰⁶. Akzeptable Reorganisati-

²⁰⁵ Barclays, Barclays Equity Research, 5 January, 2010, European Banks: Too Big to Fail, Are Large Banks a Problem?, S. 2.

²⁰⁶ Vgl. BBA, Recovery & Resolution Plans, Some Wider Principles, Memorandum to FSA, BoE, HMT, 31 March 2010.

ons- und Restrukturierungspläne sollten generell dazu führen, dass die Kapital- und die Liquiditätsanforderungen stabil bleiben können.

Die Kapitalisierungs- und die Liquiditätserhöhungsmodelle als ein Instrumentarium der Aufsichtsbehörden können nicht zum Kreis der eigenverantwortlich gesteuerten Krisenbekämpfungsmechanismen gerechnet werden. Deshalb werden die Kapitalisierungs- und Liquiditätserhöhungsmodelle im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter betrachtet.

Im Anschluss an die Betrachtung der Kapitalisierungsmodelle und der Modelle zur Stärkung der Liquiditätsbasis als einer Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute wird die Liquiditätsunterstützung für krisenbetroffene Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute untersucht.

(ii) Die Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

In diesem Unterabschnitt werden unter (aa) die Formen einer Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds anhand von Beispielen illustriert und sodann wird unter (bb) der Zusammenhang der Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds mit der eigenverantwortlich gesteuerten Krisenplanung betrachtet.

(aa) Die Formen der Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds

In diesem Unterabschnitt werden die Formen einer Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds anhand US-amerikanischer, britischer, deutscher und europäischer Beispiele illustriert.

- Der US-amerikanische Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act²⁰⁷ sieht vor, dass die US-amerikanische Federal Deposit Insurance Corporation denjenigen Banken, deren Scheitern ein Systemrisiko bedeuten würde, eine Unterstützung gewähren darf, falls die Bank in der Abwicklung begriffen ist. Die Federal Deposit Insurance Corporation darf die Verbindlichkeiten solventer Banken garantieren.
- Die US-amerikanischen Einlageninstitute können von dem US-amerikanischen Federal Reserve Board nach Abschnitt 13(3)(a) Federal Reserve Act (FRA) zum Zwecke der Beleihung, des Wertpapierkaufs oder der Absicherung Kredit erhalten. Der US-amerikanische Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act²⁰⁸ führte eine Beschränkung der staatlichen Liquiditätsunterstützung für solche US Einlageinstitute ein, die riskante²⁰⁹ Swap-Geschäfte²¹⁰ betreiben.
- Das Beleihungsfenster der britischen Bank of England²¹¹ erlaubt es seit dem Jahre 2008 den britischen Banken und Building Societies, Staatsanleihen gegen eine Gebühr²¹² und Sicherheiten bis zu 364 Tagen zu leihen. Bis zum 30. Januar 2010 bot eine Anlagenübernahmefazilität²¹³ die Möglichkeit, vorübergehend illiquide Anlagen gegen Staatsemissionen einzutauschen²¹⁴.
- Der Restrukturierungsfonds als Sondervermögen des Bundes nach dem Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute als Art. 3 des

²⁰⁷ Zitiert nach, Davis Polk & Wardwell, Summary of the Restoring American Financial Stability Act, Passed by the Senate on May 20, 2010, May 22, 2010, S. 21.

²⁰⁸ Allen & Overy, US Financial Services Regulatory Update – 8 June 2010, House and senate Talks on Compromise Regulatory Reform Bill to Start This Week, USRegulatoryUpdate@AllenOvery.com.

²⁰⁹ Interest rates, fx, gold/silver, cleared investment grade cds, hedges of bank's own risk.

²¹⁰ Non-cleared CDS, CDS against ABS, commodities, agriculture, equities, energy, metals excluding gold/silver. Zu Swap Geschäften der Einlageinstitute, vgl. Davis Polk & Wardwell, Client Commentary, Senate-House Conference Agrees on Swap Push-out Rule, 28 June 2010, abrufbar unter http://www.davispolk.com/files/Publication/887082b2-ba41-45b2-890c-993d5f7b360d/Presentation/PublicationAttachment/83d7a359-459b-4b12-bc8f-9d0e8422389e/062810_swap_pushout.pdf.

²¹¹ Discount Window Facility.

²¹² Vgl.

<http://www.bankofengland.co.uk/markets/dwfspreadsheet090203.xls>.

²¹³ Asset Purchase Facility.

²¹⁴ <http://www.bankofengland.co.uk/publications/news/2009/002.htm>.

Restrukturierungsgesetzes stellt nach seinen §§ 3, 6, 7 den Kreditinstituten Mittel zur Gewährung von Garantien und Rekapitalisierungen zur Verfügung.

- Im Dezember 2011 verlieh die Europäische Zentralbank € 498 Mio. an 523 Banken des Euroraumes für eine Laufzeit von drei Jahren. Der Hauptzweck dieser Maßnahme war, das Misstrauen am Interbankenmarkt zu durchbrechen, das zu einer Verkleinerung des Gesamtdarlehensvolumens geführt hatte. Im Februar 2012 wurde 800 Instituten ein Betrag von € 529 Mio. zu einem Zinssatz von Eins pro Hundert geliehen. Von dem Betrag von € 529 Mio. stellten € 310 Mio. keine Umschuldung, sondern neue Verbindlichkeiten dar. Der volkswirtschaftliche Nutzen dieser Darlehen ist nach Auffassung des Verfassers zweifelhaft, da keine Verpflichtung bestand, den Kreditrahmen zu erweitern, und damit die Darlehen an die weitere Volkswirtschaft weiterzureichen. Erste Stimmen²¹⁵ wurden laut, die eine neue Bankenkrise vorhersagen, wenn diese Kredite im Jahr 2014 fällig werden.

(bb) Die Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds als eine Maßnahme außerhalb des Bereichs der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten

In diesem Unterabschnitt wird der Zusammenhang der Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds mit der eigenverantwortlich gesteuerten Krisenplanung betrachtet. Fraglich ist, ob eine Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds noch der Phase der eigenverantwortlich gesteuerten Reorganisation oder bereits der Restrukturierung zugeordnet werden sollte.

Bereits im Vorfeld eines Antrages auf eine Liquiditätsunterstützung sind Gespräche mit den Aufsichtsbehörden zu erwarten, um den angemessenen Zeitpunkt eines möglichen Überganges einer eigenverantwortlichen Krisenplanung in ein aufsichtsbehördlich gesteuertes Bankenreorganisations- oder Restrukturierungsverfahren zu bestimmen. Der Grund für diese Überschneidung der Phasen einer Krisenbekämpfung ist darin zu finden, dass die Entscheidungen über eine Bankenreorganisation

²¹⁵ Peter Sands, CEO, Standard Chartered, FT, 1. März 2012, 1; Jens Weidmann, Präsident der Deutschen Bundesbank, FT, 3. März 2012, 2 f.

oder –restrukturierung oft während eines Wochenendes zu treffen sind²¹⁶, weil das Entwicklungstempo einer Krise sich kurzfristig vervielfachen kann, und weil ein “run” auf die gescheiterte Bank und ein schneller Verfall der Kredit- und Liquiditätswürdigkeit der Bank in der Krise verhindert werden soll²¹⁷. Eine geordnete Krisenbewältigung vermindert auch das Ansteckungsrisiko und bewahrt daher das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Marktes.

Zwar wird der Antrag auf eine Liquiditätsunterstützung von der Firmenleitung gestellt, die Entscheidung steht aber letztendlich im Ermessen der Aufsichtsbehörde oder der Zentralbank. Daher sollte nach der Auffassung des Verfassers die Liquiditätsunterstützung nicht mehr zum Maßnahmenkatalog eines eigenverantwortlich gesteuerten Krisenmanagementplans gerechnet werden.

(cc) Zwischenergebnis zu der Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Die Maßnahmen zur Liquiditätsunterstützung zur Krisenvermeidung oder –verzögerung sind immer wirksam, zumindest vorübergehend. Die Liquiditätsunterstützung durch die Aufsichtsbehörden, die Zentralbanken oder die Solvenzfonds ist das letzte Mittel der bankgesteuerten Meisterung einer Krise. Weil aber die Zuteilungskompetenz für die Liquiditätsunterstützung bei den Aufsichtsbehörden verbleibt, sind solche Maßnahmen nicht dem Kreis der eigenverantwortlich gesteuerten Krisenmanagementplänen zuzurechnen. Die Maßnahmen zur Liquiditätsunterstützung verbleiben daher nicht im Blickwinkel dieser Untersuchung.

Im Anschluss an die Betrachtung der Kapitalisierungsmodelle und der Modelle zur Stärkung der Liquiditätsbasis der Finanzinstitute, sowie der Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden wird die Einführung der besonderen Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute untersucht.

²¹⁶ Ende der Handelszeit in Kalifornien bis Anfang der Handelszeit in Neuseeland/Japan.

²¹⁷ Die Werthaltigkeit einer Bank als “going concern” ist höher als die eines “gone concern” weil der Marktwert der Positionen eines “gone concern” rasch abnimmt, bis schließlich die Konkursquote erreicht ist.

(iii) Die Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Wettbewerbspolitisch sind die Insolvenzverfahren für die Finanzinstitute notwendig, um glaubwürdig zu vermitteln, dass ein Marktaustritt auch für Marktteilnehmer, die systemisch verflochten sind und systemische Risiken tragen, möglich ist²¹⁸.

Im Folgenden werden die für die besonderen Insolvenzverfahren geltenden allgemeinen Grundsätze, die besondere Problematik für die Finanzinstitute und die Lösungsansätze in Deutschland aus rechtsvergleichender Sicht dargestellt. Es wird untersucht, welche Rolle die besonderen Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts spielen können. Zunächst werden unter (aa) die allgemeinen Grundsätze besonderer Insolvenzverfahren und die Bestimmung des anwendbaren Rechtsstatuts unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Umsetzbarkeit der Entscheidungen zu der Sanierung oder der Abwicklung gescheiterter internationaler Finanzgruppen betrachtet. Die auf die Einlagen in einem besonderen Insolvenzverfahren anwendbaren Regelungen werden in diesem Rahmen untersucht. Im Anschluss werden unter (bb) die Übertragungsanordnungen durch die Aufsichts- und die Abwicklungsbehörden in Bezug auf ein Finanzinstitut einer gescheiterten Finanzgruppe in einem besonderen Insolvenzverfahren als ein Beitrag zur seiner Sanierung oder Abwicklung untersucht.

(aa) Die allgemeinen Grundsätze besonderer Insolvenzverfahren und die Bestimmung des anwendbaren Rechtsstatuts unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Umsetzbarkeit von Entscheidungen zu der Sanierung oder der Abwicklung gescheiterter internationaler Finanzgruppen

Zunächst werden die allgemeinen Grundsätze besonderer Insolvenzverfahren unter besonderer Berücksichtigung des anwendbaren Rechtsstatuts der Sanierung oder der Abwicklung gescheiterter internationaler Finanzgruppen betrachtet.

²¹⁸ Vgl. Urs Zulauf, a.a.O.

Eine einseitig erklärte Absicht, den nationalen Konkursentscheiden universelle Geltung zukommen zu lassen²¹⁹, ändert an der grundsätzlich nationalen Geltungskraft nationaler Entscheidungen nichts. Konflikte können zwischen dem Insolvenzrechtsstatut (*lex fori concursus*) als dem Eröffnungsstatut einerseits und dem Wirkungsstatut andererseits bestehen. Nach deutschem Insolvenzrecht wird das Recht eines Dritten an einem Gegenstand der Insolvenzmasse von dem ausländischen Insolvenzrechtsstatut insofern nicht berührt, als dem Dritten nach inländischem Recht ein Aussonderungsrecht oder ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zusteht²²⁰. Das Wirkungsstatut ist in diesem Falle deutsches Recht, und die potentiell universalistische Wirkungserstreckung des ausländischen Insolvenzverfahrens wird eingeschränkt, um das Vertrauen des Wirtschaftsverkehrs in die Insolvenzsicherungsinstitute aufrechtzuerhalten. Dingliche Rechte an der Insolvenzmasse sind durch das Belegenheitsrechts- und das Sachenrechtsstatut (*lex rei sitae*, *lex rei cartae sitae*) insofern eingeschränkt, als solche Rechtswirkungen, die nach deutschem Recht nicht bestehen können, nicht begründet werden können²²¹. Die Wirkung des anzuwendenden Insolvenzrechts richtet sich daher nach den anzuwendenden Rechtsordnungen, die in einer Einzelfallbestimmung zu ermitteln sind. Wegweisend ist der Ansatz der Schweiz, die die schweizerische Aufsichtsbehörde FINMA befugt hat, ausländische Konkurs-, Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen anzuerkennen.²²²

Nach Auffassung des Verfassers erfordert der Grundsatz der Rechtsklarheit, noch über die Anerkennung ausländischer Maßnahmen durch eine Aufsichtsbehörde hinausgehend, nicht nur eine Befugnis sondern eine klar eingegrenzte Verpflichtung, ausländische Konkurs-, Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen anzuerkennen.

Im Folgenden wird untersucht, welchen Beitrag der gerichtliche Aufschub eines Insolvenzverfahrens in Bezug auf ein Finanzinstitut einer gescheiterten Finanzgruppe zur seiner Sanierung und Liquidationsverhinderung leisten kann.

²¹⁹ So die Schweizerische Bankenkonkursverordnung: Der Bankenkonkurs umfasst sämtliche verwertbaren Vermögenswerte, die der Bank zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehören, gleichviel, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden, Urs Zulauf, a.a.O., 1532.

²²⁰ Stefan Smid, *Kreditsicherheiten in der Insolvenz*, S. 331.

²²¹ Schmid, a.a.O., S. 332.

²²² Urs Zulauf, a.a.O.

Parallel zur Entwicklung des Bankenreorganisationsrechts hat das Bundesministerium der Justiz einen Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vorgelegt, dessen Instrumente unabhängig sind vom Unternehmensgegenstand und damit auch in Schieflage geratenen Finanzinstituten zur Verfügung stehen.

Nach dem durch Art. 1 Nr. 46 des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 (ESUG) in die Insolvenzordnung neu eingefügten § 270 b I kann das Insolvenzgericht als Sanierungsverfahren zwischen dem Eröffnungsantrag und der Verfahrenseröffnung auf Antrag eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans von höchstens drei Monaten gewähren, und dem Unternehmen damit einen Schutzschirm zur Sanierung zur Verfügung stellen. Die Voraussetzung eines Antrags auf Gewährung einer Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans für den Schuldner, der Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt hat, ist dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Ob ein solcher dreimonatiger Schutzschirm angemessen ist, um ein Finanzinstitut im Angesicht eines bereits eingetretenen Vertrauensschwundes zu sanieren, muss bezweifelt werden, weil wenige Marktteilnehmer ohne gesonderte Absicherung bereit sein werden, mit dem Finanzinstitut in Schieflage zu kontrahieren. Solche fortlaufenden Transaktionen sind aber notwendig, weil die bankspezifischen Kredit-, Zins, Währungsrisiken nicht statisch sind und die zugrundeliegenden Positionen der fortlaufenden Umschichtung bedürfen.

Nach der Darstellung der allgemeinen Grundsätze besonderer Insolvenzverfahren und der Bestimmung des anwendbaren Rechtsstatuts wird im Folgenden untersucht, ob die Entscheidungen zu der Sanierung oder der Abwicklung gescheiterter internationaler Finanzgruppen international umsetzbar sind.

Die EU-Ratsverordnung zum Insolvenzverfahren vom 29. Mai 2000²²³ sieht in ihrer Präambel unter Nr. 9 und in Art. 1 Nr. 2 vor, dass die Kreditinstitute vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sind, weil besondere Regelungen notwendig erscheinen und weil den lokalen Aufsichtsbehörden weitgehende Eingriffs-

²²³ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency proceedings, Official Journal of the European Communities L 160/1, 30.6.2000.

rechte zukommen. Die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten²²⁴ versucht die Lücke zu schließen, die dadurch entstanden ist, dass die Kreditinstitute vom Anwendungsbereich der Verordnung zum Insolvenzverfahren ausgenommen wurden²²⁵.

Die Verordnung über die Sanierung und die Liquidation von Kreditinstituten erkennt in ihrer Präambel für Sanierungsmaßnahmen grundsätzlich das Prinzip der Rechtseinheit eines Unternehmens an (Universalitätsprinzip)²²⁶. Die Verordnung über die Sanierung und die Liquidation von Kreditinstituten ist anwendbar auf eine Konzernholding, die Zweigniederlassungen in einem anderen EU-Mitgliedsstaat hat (Art.1, Nr. 1 VO) und auf eine Konzernholding, die ihren Sitz außerhalb der EU hat, aber Zweigniederlassungen in mindestens zwei verschiedenen EU-Mitgliedstaaten hat (Art. 1, Nr. 2 VO). Die Entscheidungen der Behörden des EU-Mitgliedstaates von Sanierungsmaßnahmen sind in anderen EU-Mitgliedstaaten wirksam (Art. 3, Nr. 2 VO).

Für die Sanierung ausländischer Tochterunternehmen aber, und für die Sanierung ausländischer Zweigniederlassungen, wenn solche in weniger als zwei EU-Mitgliedstaaten vorhanden sind, gilt das Territorialitätsprinzip (ring fencing). Die Sanierung unterliegt also in diesem Fall der Rechtsordnung der Belegenheit der ausländischen Tochterunternehmen oder Zweigniederlassungen. Das Territorialitätsprinzip gilt nach der Verordnung über die Sanierung und die Liquidation von Kreditinstituten auch für die Abwicklung von Finanzinstituten (Art.10 VO).

Die US-amerikanische Federal Deposit Insurance Corporation ist nach ihrem eigenen Sachverständnis für Konkurse aller in den USA einlagenversicherten Institute zuständig, eingeschlossen der Zweigniederlassungen ausländischer Kreditinstitute. Dies mag zu einem Konflikt der anwendbaren aufsichts-, reorganisations- und konkursrechtlichen Regelungskompetenzen führen. Im Ergebnis kann nach der Auffas-

²²⁴ Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganisation and winding up of credit institutions, OJ L 125, 5.5.2001, S. 15–23.

²²⁵ Andrew Campbell, Issues in Cross-Border Bank Insolvency: The European Community Directive on the Reorganization and Winding-Up of Credit Institutions, 2003, S. 11.

²²⁶ Vgl. Nr. 4 der Präambel „It would be particularly undesirable to relinquish such unity between an institution and its branches where it is necessary to adopt reorganisation measures or open winding-up proceedings“.

sung des Verfassers erwartet werden, dass die Federal Deposit Insurance Corporation kraft ihrer geographisch durchsetzbaren Zuständigkeit alle in den USA belegenen Vermögenswerte einer US-nationalstaatlichen Lösung zuführen wird.

Die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998²²⁷ über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungssystemen, Wertpapierliefer-systemen und Wertpapierverrechnungssystemen sieht in ihrem Art. 3 Nr. 1 vor, dass die vorinsolvenzlichen Zahlungs- und Wertpapierlieferaufträge sowie die vorinsolvenzlichen Verrechnungsabreden im Konkurs Bestand haben sollen. Die Zuordnung von Wertpapieren und Wertrechten am Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens soll vom Insolvenzverfahren unangetastet bleiben.

Nunmehr werden die auf die Einlagen in einem besonderen Insolvenzverfahren anwendbaren Regelungen untersucht.

In Großbritannien wurden die gesetzlichen Grundlagen für die Rückführung von Einlagen und anderen Kundenvermögen neu geregelt²²⁸. Die besondere Notwendigkeit der Sicherstellung der Kontinuität der Handels-, der Abwicklungs- und der Kontrollfähigkeiten während der Abwicklungsphase wurde vom englischen Finanzministerium Her Majesty's Treasury in einem Gesetzesentwurf eines besonderen Abwicklungsverfahrens für Investmentbanken hervorgehoben²²⁹. Die Ziele des besonderen Abwicklungsverfahrens für die Investmentbanken (special administration objectives, SAOs) sind die vorrangige Rückführung der Kundenvermögen, die Kontinuität der Dienstleistungen für Unternehmensteile, die übertragen werden sollen, bis zu ihrer Übertragung, der zeitige Informationsaustausch mit den Zahlungs-, den Abwicklungs- und den Verrechnungsinstitutionen des Marktes und letztlich eine Abwicklung im besten Gläubigerinteresse²³⁰. Der Vorrang der Rückführung der Kundenvermögen soll einen zeitlichen Vorrang begründen, nicht aber die konkursliche Rechtsstellung der

²²⁷ 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, 1998 L 166/ 5, 11. Juni 1998.

²²⁸ BBA, Establishing Resolution Arrangements for Investment Banks, BBA response to the HM Treasury Consultation Document, 31 Mach, 2010, no. 1.

²²⁹ S. 51ff des Gesetzesentwurfs des Finanzministeriums; HM Treasury, Special administration regime for investment firms, Consultation paper, September 2010.

²³⁰ S. 20 des Gesetzesentwurfs des Finanzministeriums; HM Treasury, Special administration regime for investment firms, Consultation paper, September 2010.

verschiedenen Gläubigergruppen verändern. Das Gesetz nach dem Entwurf von Her Majesty's Treasury ist nach seinem Schedule 1 und 2 auch auf die Einlageninstitute anzuwenden, so dass das Special Administration Regime gleichgeordnet neben dem Special Resolution Regime steht. Nach dem Special Administration Regime sollen Einlagen vorrangig vor dem anderen Kundenvermögen behandelt werden²³¹.

Diese Vorrangregelung hat nach der Auffassung des Verfassers seinen Ursprung in der Erwartung, dass die im Entschädigungsfonds des britischen Financial Services Compensation Scheme enthaltenen An- und Einlegerentschädigungsvolumina für den Falle des Scheiterns eines mittelgroßen Instituts ausreichen mögen, nicht aber für den Falle des gleichzeitigen Scheiterns mehrerer mittelgroßer Institute, und schon gar nicht für ein Scheitern einer Großbank, wie etwa der britischen Bank Lloyds TSB. Die Nachführungs- und die Aufstockungsverpflichtungen würden nach diesseitigem Dafürhalten in vielen Fällen nicht mit der erforderlichen Zeitnähe umsetzbar sein. Die Inanspruchnahme des Entschädigungsfonds würde einen allgemeinen Vertrauensverlust auslösen. Dieser Vertrauensverlust würde zu einem weiteren Abzug von Einlagen führen, was wiederum Nachführungs- und Aufstockungsverpflichtungen der nicht gescheiterten Finanzinstitute nach sich zöge.

Die unzureichende Ausstattung bestehender Einlegerschutzfonds macht daher die Vorrangstellung von Einlegern im Konkurs notwendig. Die von Her Majesty's Treasury vorgeschlagene Lösung der vorrangigen Behandlung der Einlagen vor anderem Kundenvermögen sollte auch in anderen Rechtsordnungen umgesetzt werden.

(bb) Die Übertragungsanordnungen durch die Aufsichts- und Abwicklungsbehörden in Bezug auf ein Finanzinstitut einer gescheiterten Finanzgruppe in einem besonderen Insolvenzverfahren als Beitrag zur seiner Sanierung oder Abwicklung

In diesem Unterabschnitt wird untersucht, welchen Beitrag die Übertragungsanordnungen der Aufsichts- oder Abwicklungsbehörden in Bezug auf ein Finanzinstitut einer gescheiterten Finanzgruppe in einem besonderen Insolvenzverfahren leisten können.

²³¹ Vgl. Box 2.A, S. 28 des Gesetzesentwurfs des Finanzministeriums; HM Treasury, Special administration regime for investment firms, Consultation paper, September 2010.

Die Beachtung der Rangfolge der Gläubiger im Insolvenzverfahren mag einer effizienten Bankenrestrukturierung oder schnellen Bankenabwicklung im Wege stehen. In den USA etwa genießt die Federal Deposit Insurance Corporation das Recht, ausgewählte Vermögenspositionen und Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf eine Gläubigerrangfolge (cherry-picking) zu übertragen oder zu veräußern, vorausgesetzt dass die finanzielle Stabilität in den USA durch diese Maßnahmen nicht gefährdet wird und dass die Liquidierung einer Bank durch einen Konkursverwalter durchgeführt wird. Die Federal Deposit Insurance Corporation kann durch einen Beschluss des US District Court for the District of Columbia oder aufgrund eines Beschlusses des Vorstands der betreffenden Bank als Konkursverwalter eingesetzt werden.

Der durch den Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act neu geschaffene Financial Stability Oversight Council kann als letztes Mittel zur Wahrung der Finanzplatzstabilität mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen eine Entscheidung der Federal Reserve Board ratifizieren, einer großen, komplexen Bank aufzuerlegen, Aktiva zu veräußern²³².

Die Übertragungsanordnungen sind innerhalb der EU bzw. innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums umsetzbar, sofern diese Staaten die Sanierungsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt haben. Eine solche Umsetzung hilft aber nur, falls sich die betroffenen Institute und die Werte innerhalb der EU/des Europäischen Wirtschaftsraums befinden. Weiterhin dienen die Übertragungsanordnungen nicht der Sanierung, sondern der Stabilisierung des Finanzsystems, so dass es sich hier nicht um Sanierungsmaßnahmen i.S.d. Sanierungsrichtlinie handelt²³³.

Nach § 48 a des deutschen Kreditwesengesetzes kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht anordnen, dass das Vermögen und die Verbindlichkeiten eines Finanzinstituts gegen die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger im Wege der Ausgliederung übertragen werden, sofern neben einer Bestandsgefährdung auch eine Systemgefährdung besteht, die vorliegt, wenn sich

²³² Zitiert nach Davis Polk, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 28 June 2010, S.3.

²³³ A.A. Gunnar Schuster/Lars Westpfahl, Neue Wege zur Bankensanierung – Ein Beitrag zum Restrukturierungsgesetz (Teil II), DB 2011, 285, die die Sanierungsrichtlinie aus "funktionalen" Gründen angewendet sehen möchten.

die Bestandsgefährdung des Finanzinstituts in erheblicher Weise negativ auf die anderen Unternehmen des Finanzsektors, auf die Finanzmärkte oder auf das allgemeine Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems auswirkt. Dabei dürfen mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen und insbesondere muss ein Wiederherstellungsplan des Instituts zur Abwendung der Bestandsgefährdung gescheitert sein, §§ 48 a I, II, 48b I, II, 48 c I Kreditwesengesetz.

Problematisch erscheint das zur Verfügung stehende Zeitfenster zur gerichtlichen Überprüfung einer Übertragungsanordnung. Die Frist zur Anfechtung einer Übertragungsanordnung beträgt lediglich vier Wochen. Nach § 48 q des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems musste über eine Anfechtungsklage binnen zwei Monaten entschieden sein. Diese Frist ist nach § 48 r Kreditwesengesetz entfallen. Im Ergebnis mag dies wenig Bedeutung haben, denn nach zwei Monaten sind gegebenenfalls nur noch nominelle Werte zu verteilen.

Nach § 48 i I des deutschen Kreditwesengesetzes ist ein Kreditinstitut verpflichtet, auf die Vornahme der Akte hinzuwirken, die nach dem ausländischen Recht für den Rechtsübergang auf den übernehmenden Rechtsträger erforderlich sind, falls die Ausgliederungsgegenstände einem ausländischen Recht unterliegen, nach welchem die Rechtswirkungen der Übertragungsanordnung nicht gelten. Nach § 48 i II Kreditwesengesetz sind die Parteien verpflichtet, sich in Bezug auf die hiervon betroffenen Ausgliederungsgegenstände gegenseitig so zu stellen, als wäre der Rechtsübergang nach den Vorschriften der ausländischen Rechtsordnung erfolgt. Die zeitnahe Umsetzbarkeit solcher Vorschriften ist fraglich. Nach § 48 i III Kreditwesengesetz gehören die Vermögensgegenstände, deren Übertragung nach Absatz I durch die ausländische Rechtsordnung nicht anerkannt wird, in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kreditinstituts nicht zur Insolvenzmasse.

Das Rückübertragungsrisiko nach § 48 j Kreditwesengesetz macht einen Übertragungsvorschlag für einen potentiellen Übernehmer gegebenenfalls uninteressant, denn die Kosten der Vorbereitung einer Übertragung stellen ohne Rechtssicherheit ein unangemessenes Risiko dar.

Nach § 48 d I, S.2 Kreditwesengesetz besteht die Gegenleistung aus Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger. Nach S. 3 ist aber die Gegenleistung in Geld zu bemessen, wenn die Anteilsgewährung für den übernehmenden Rechtsträger unzumutbar ist oder den Zweck der Übertragungsanordnung zu vereiteln droht. Der Gewährung von Anteilen an übernehmenden Rechtsträger durch den Anteilseigner des übertragenden Unternehmens nach § 48 d Kreditwesengesetz stehen praktische Schwierigkeiten entgegen: Die Wertermittlung der übertragenen Anteile hängt vom Zeitpunkt der Ermittlung und den generellen Marktgegebenheiten ab. Eine Übernahme mag wegen ihrer riskanten Natur den Marktwert des übernehmenden Unternehmens schmälern, so dass die Anteilseigner des übernehmenden Unternehmens entschädigt werden müssten, wofür im Kreditwesengesetz keine Rechtsvorsorge getroffen ist. Ohne eine Absicherung des übernehmenden Unternehmens für den Fall eines Wertverfalls mag kein ausreichendes Übernahmeinteresse bestehen. Die Prüfung der Angemessenheit der Gegenleistung nach § 48 d III Kreditwesengesetz durch einen sachverständigen Prüfer bedarf vieler Wochen und vergrößert daher die Unsicherheit und das Risiko für das übernehmende Unternehmen, und verringert insofern die Attraktivität einer Übernahme. Eine Vorläufigkeit einer Bewertung nach § 48 d iv Kreditwesengesetz macht nach der Auffassung des Verfassers eine Übernahmeentscheidung gegenüber den Eignern des übernehmenden Unternehmens unvertretbar, wenn nicht der Kaufpreis die niedrigste mögliche Gegenleistung reflektiert. In diesem Falle erfordert es aber keiner nachträglichen Gegenleistung, sondern sie kann unmittelbar zum Zeitpunkt der Übernahme angesetzt werden.

(cc) Zwischenergebnis zu der Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Zusammenfassend richtet sich die Wirkung des anzuwendenden Insolvenzrechts nach den anzuwendenden Rechtsordnungen, die in einer Einzelfallbestimmung zu ermitteln sind. Nach der Auffassung des Verfassers sollten die Aufsicht- und die Abwicklungsbehörden verpflichtet sein, die ausländischen Konkurs-, Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen anzuerkennen.

Ein Aufschub der Einleitung eines Sanierungsverfahren, um dem Finanzinstitut einen Schutzschirm zur Sanierung zur Verfügung stellen, ist nach diesseitiger Auffassung nicht zweckdienlich. Ob ein solcher dreimonatiger Schutzschirm angemessen ist, um ein Finanzinstitut im Angesicht eines bereits eingetretenen Vertrauensschwundes zu sanieren, muss bezweifelt werden, weil wenige Marktteilnehmer ohne gesonderte Absicherung bereit sein werden, mit dem Finanzinstitut in Schieflage zu kontrahieren.

Nach der EU-Verordnung über die Sanierung und die Liquidation von Kreditinstituten ist eine konzernweit vereinheitlichte Sanierung nur möglich, wenn nur Zweigniederlassungen betroffen sind, und solche lediglich in EU-Mitgliedsstaaten belegen sind. Die Verordnung über die Sanierung und die Liquidation von Kreditinstituten bietet für die Abstimmung der anwendbaren Regelungen über die Abwicklung von grenzüberschreitend tätigen Finanzinstituten und für die Sanierung von Konzerngruppen mit Tochniederlassungen in anderen EU-Mitgliedstaaten oder Tochniederlassungen oder Zweigniederlassungen mit Belegenheit außerhalb der EU keine Lösung an. Damit leistet die Verordnung keinen entscheidenden Beitrag für die Sanierung oder die Abwicklung globaler Finanzgruppen²³⁴.

Das Bankaufsichtsrecht, das Bankenreorganisations- und Bankenrestrukturierungsrecht und das Konkursrecht sind nicht vereinheitlicht und in ihrer Anwendung nicht verzahnt. Diese Anpassungslücke verringert die Durchgriffskraft eines jeglichen Lösungsansatzes zur Bankenrestrukturierung erheblich.

Die unzureichende Ausstattung bestehender Einlegerschutzfonds macht die Vorrangstellung der Einleger vor anderen Kundenvermögen im Konkurs notwendig.

Die Übertragungsanordnungen sind innerhalb der EU bzw. innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums umsetzbar, sofern die betreffenden Staaten die Sanierungsrichtlinie in ihr nationales Recht umgesetzt haben. Eine solche Umsetzung hilft aber nur, falls sich die betroffenen Institute und Werte innerhalb der EU/des Europäischen Wirtschaftsraums befinden.

²³⁴ Bob Wessels, European Insolvency Law: Statutory Scheme or Messy Mixture? International Insolvency Institute, 6 June 2005, S. 2.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kann anordnen, dass das Vermögen und die Verbindlichkeiten eines Finanzinstituts gegen die Gewährung von Anteilen an übernehmenden Rechtsträger im Wege der Ausgliederung übertragen werden, sofern neben einer Bestandsgefährdung auch eine Systemgefährdung besteht. Die Frist zur Anfechtung einer Übertragungsanordnung beträgt lediglich vier Wochen.

Ein deutsches Kreditinstitut ist verpflichtet, auf die Vornahme der Akte hinzuwirken, die nach dem ausländischen Recht für den Rechtsübergang auf den übernehmenden Rechtsträger erforderlich sind, falls die Ausgliederungsgegenstände einem ausländischen Recht unterliegen. Die Parteien sind verpflichtet, sich in Bezug auf die hiervon betroffenen Ausgliederungsgegenstände gegenseitig so zu stellen, als wäre der Rechtsübergang nach den Vorschriften der ausländischen Rechtsordnung erfolgt. Die zeitnahe Umsetzbarkeit solcher Vorschriften ist fraglich.

Nach dem Kreditwesengesetz ist die Gegenleistung in Geld zu bemessen, wenn die Anteilsgewährung für den übernehmenden Rechtsträger unzumutbar ist oder den Zweck der Übertragungsanordnung zu vereiteln droht. Eine Übernahme mag wegen ihrer riskanten Natur den Marktwert des übernehmenden Unternehmens schmälern, so dass die Anteilseigner des übernehmenden Unternehmens entschädigt werden müssten, wofür im Kreditwesengesetz keine Rechtsvorsorge getroffen ist. Ohne eine Absicherung des übernehmenden Unternehmens für den Fall eines Wertverfalls mag kein ausreichendes Übernahmeinteresse bestehen.

Allen Vorschlägen zur Einrichtung eines besonderen Insolvenzverfahrens ist gemeinsam, dass sie eingreifen, wenn das Finanzinstitut in der Krise nicht mehr eigenverantwortlich zur Krisenbekämpfung tätig wird. Die Vorschläge zur Einrichtung eines besonderen Insolvenzverfahrens werden daher im Rahmen dieser Untersuchung keiner vertieften Betrachtungsweise unterzogen.

Im Anschluss an die Betrachtung von Kapitalisierungsmodellen und den Modellen zur Stärkung der Liquiditätsbasis der Finanzinstitute, sowie der Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden und der Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines

gescheiterten Finanzinstituts wird die Einführung des Trennbankensystems als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute untersucht.

(iv) Das Trennbankensystem als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

In diesem Abschnitt werden zunächst unter (aa) die bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu einem Trennbankensystem in den USA und im Vereinigten Königreich dargestellt, und sodann unter (bb) die Auswirkungen der bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu einem Trennbankensystem und die Geeignetheit des Trennbankensystems als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute.

(aa) Die bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu einem Trennbankensystem als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

In diesem Unterabschnitt werden die bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu einem Trennbankensystem in den USA und im Vereinigten Königreich dargestellt.

Das Trennbankensystem wurde in den USA im Jahre 1933 durch den zweiten Glass-Steagall Act im Gefolge des Börsenkrachs des Jahres 1929 eingeführt²³⁵. Als Konsequenz des Glass-Steagall Acts wurde das Einlagengeschäft der Einlagebanken vom Wertpapiergeschäft der Investmentbanken getrennt. 1999 wurde das Trennbankensystem in den USA wieder aufgehoben.

Die Vorschläge der britischen Expertenkommission Independent Commission on Banking von 2010 für eine Begrenzung der grundsätzlich zulässigen Geschäfte der Finanzinstitute (narrow banking, limited purpose banking)²³⁶ gehen noch weiter als der Maßnahmenkatalog des Glass-Steagall Acts und sichern die Einlagen aus dem

²³⁵ Banking Act 1933.

²³⁶ Vgl. Independent Commission on Banking, Issues Paper, Call for Evidence, September, 2010, p. 34.

Massengeschäft und den Transaktionsdienstleistungen durch liquide Staatssicherheiten ab und isolieren sie so vom wirtschaftlichen Schicksal anderer Bankgeschäfte.

Die britische Regierung hat sich entschieden, dem Vorschlag ihrer Expertenkommission zu folgen, nämlich das Einlagengeschäft, den Zahlungsverkehr und die Kreditvergabe von den risikobehafteten Aktivitäten abzuschirmen (ringfence)²³⁷. Die Abschirmung wird durch Lizenzauflagen erzwungen. Die Abschirmung soll die Auswirkungen der Verflechtungsrisiken zwischen den Geschäftsaktivitäten abmildern. Insbesondere sind nach dem Abschirmungsgrundsatz für die Finanzinstitute, die das Einlagengeschäft, den Zahlungsverkehr und die Kreditvergabe anbieten, Dienstleistungen für Kunden außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums unzulässig. Weiterhin sind die Geschäfte mit den Banken, die nicht dem Abschirmungsgrundsatz unterliegen, die Geschäfte, die eines Handelsbuches bedürfen, solche die einer Kapitalausstattung zur Absicherung gegen die Marktrisiken bedürfen, der Kauf oder die Emission von Derivaten, die einer Kapitalbasis zur Absicherung gegen Kreditrisiko bedürfen und der Handel von Darlehen im Wege der Abtretung unzulässig. Die Trennung der Kapitalbasis von den abgeschirmten und anderen Aktivitäten erfordert eine Trennung der Rechtseinheiten, nicht aber der Eigentümerstruktur.

Nach einem Antrag von Abgeordneten der Bundestagsfraktion die Linke²³⁸ sollte per Gesetz deutschen Banken untersagt werden, Eigenhandelsgeschäfte auf eigenes Risiko zu tätigen oder sich an Hedge Fonds oder Private Equity-Fonds zu beteiligen. Zur Begründung wurde angeführt, ohne strenge Regulierung würden neue Spekulationsblasen drohen.

Die US-amerikanische Volcker-Regel²³⁹ als Bestandteil des Dodd-Frank The Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009 schlug vor, dass die Banken, die das Einlagengeschäft betreiben, keine Hedge Fonds auflegen dürfen, keine direkten Risikoanlagen (Private Equity) kaufen dürfen, und keinen Eigenhandel (außer um

²³⁷ Independent Commission on Banking, Final Report, Recommendations, September, 2011, S. 35 ff; auch im Folgenden.

²³⁸ 23.3.2010, Bundestagsdrucksache 17/1151.

²³⁹ Vorschlag des ehemaligen US Notenbankpräsidenten Paul Volcker als Grundlage einer Umsetzungsregelung des Dodd-Frank Act. Die Volcker-Regel wurde am 21. Januar 2010 von US Präsident Obama verkündet. Abrufbar unter <http://www.whitehouse.gov/blog/2010/01/21/president-obama-never-again-will-american-taxpayer-be-held-hostage-a-bank-too-big-fa>

Kundenaufträge zu bedienen) betreiben dürfen. Der Entwurf des US Senates²⁴⁰ des Jahres 2010 zur Umsetzung des Dodd Frank Acts legte der US-amerikanischen Notenbank Federal Reserve Board auf, ebensolche Beschränkungen zu erlassen oder die Firmen zu zerschlagen²⁴¹, falls eine systemwichtige Bank mit einer Bilanzsumme von mindestens USD 50 Mrd. eine schwerwiegende Bedrohung (grave threat) für die finanzielle Stabilität der USA darstellt. Der Entwurf des US Repräsentantenhauses wollte bereits eine Bedrohung der Bank als Grund eines Verbots von Eigenhandel ausreichen lassen. Eine solche Beschränkung würde aber einer Bank im Falle einer Bedrohung nicht erlauben, ihre Positionen werterhaltend und ohne das Risiko eines Marktkurssturzes zu verringern.

Manche Vorschläge gehen weiter als die Volcker-Regel und wollen Investmentbankaktivitäten aufteilen und z.B. die Anlageberatung von der Geschäftsausführung trennen²⁴². Solche Maßnahmen würden nach diesseitiger Auffassung die Finanzdienste für Kunden verlangsamen, verteuern und gegebenenfalls verschlechtern, weil eine effektive Beratung eines Verständnisses des Markt“flows“, also der Gegebenheiten der Geschäftsausführung, bedarf.

Eine abgemilderte Form der Volcker-Regel wurde in der Konferenz des US Senats und des US Repräsentantenhauses²⁴³ als ein Gesetzesentwurf am 25.6.2010 als neue Bestimmungen 13 des Bank Holding Company Acts 1956 und als Bestimmung 27B des Securities Acts 1933 beschlossen²⁴⁴. Den Banken (banking entities) war danach der Eigenhandel und eine Einlage in Hedge Fonds oder in Private Equity verboten. Systemwichtige Nichteinlageinstitute (non-bank financial companies) muss-

²⁴⁰ Zitiert nach Davis Polk & Wardwell, Summary of the Restoring American Financial Stability Act, Passed by the Senate on May 20, 2010, May 22, 2010.

²⁴¹ Eine Zerschlagung setzt voraus, dass mindestens zwei Drittel der Mitglieder des Council zustimmen und dass die risikominimierenden Aktionen unzureichend erscheinen.

²⁴² Which? Big Banking debate, Davis, David, The Future of Banking Commission, Report, 9 June 2010, S. 6, abrufbar unter http://commission.bnbb.org/banking/sites/all/themes/whichfobtheme/pdf/commission_report.pdf.

²⁴³ Allen & Overy, US Financial Services Regulatory Update – 8 June 2010, House and senate Talks on Compromise Regulatory Reform Bill to Start This Week, USRegulatoryUpdate@AllenOvery.com.

²⁴⁴ Zitiert nach Davis Polk Client Memorandum, Senate-House Conference Agrees on Final Volcker Rule, abrufbar unter https://www.davispolk.com/files/Publication/fc554a6c-8944-445c-bf78-067d27dfd107/Presentation/PublicationAttachment/c05dc6b1-c895-4aac-aafc-919e31d24b78/062510_volcker_final.pdf; Morrison & Foerster, The Dodd-Frank Act: a cheat sheet, 19.

ten zusätzliche Eigenmittel vorhalten, wenn sie den Eigenhandel betreiben wollten oder eine Einlage in Hedge Fonds oder in Private Equity vornehmen wollten. Ausgenommen vom Trennungsgrundsatz waren die Geschäfte in den Staatsanleihen, die Aktivitäten der regelmäßigen Preisfestsetzung aufgrund einer bestehenden Kontrahierungsbereitschaft (market-making) auf dem erwarteten Niveau von Kundengeschäften und weiterhin die Absicherungsgeschäfte (hedging) und die Maklertätigkeiten. Schließlich waren die Bankgeschäfte außerhalb der USA vom Trennungsgrundsatz ausgenommen, vorausgesetzt sie wurden von einer Rechtseinheit getätigt, die nicht von einer US-amerikanischen Bank kontrolliert wird, es sei denn, die Aktivitäten würden einen Kundenkonflikt hervorrufen oder ein wesentliches Risiko für die Bank oder die Stabilität des Finanzsystems darstellen. Die letzteren Einschränkungen von Verbotsausnahmen sind durch aufsichtsbehördliche Regelungen ausfüllungsbedürftig. Die Anlagen in Hedge Fonds und in Private Equity sollten Sponsoring einschließen (mit Ausnahme von einem Startinvestment, sofern das Investitionsvehikel nicht den Namen des Sponsors trägt).

(bb) Die Auswirkungen der bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu einem Trennbankensystem und die Geeignetheit des Trennbankensystems als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

In diesem Unterabschnitt wird untersucht, welche Auswirkungen die Vorgaben zu einem Trennbankensystem auf die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Finanzinstitute haben, und ob die Einführung des Trennbankensystems die Risiken, die durch das Scheitern eines internationalen Finanzgruppe für das Finanzsystem entstehen, in relevanter Art und Weise verringert.

Es wird erwartet, dass die Einschränkungen durch den Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act die US-amerikanischen Finanzinstitute JPMorgan, Citibank und Bank of America, als die drei großen Derivatehändler mit Banklizenz, zwingen werden, 30% ihres Handels auf kapitalintensivere Schwesterfirmen auszulagern²⁴⁵.

²⁴⁵ FT, 28 June 2010, p. 23.

Die Reform des Trennbankengrundsatzes durch den Dodd-Frank Act verkennt nach Auffassung des Verfassers, dass die Fondsmanager aus Reputationsgründen typischerweise ihre Fonds in einer Liquiditätskrise unterstützen. Eine Stützung durch eine Investmentbank, die kapitalintensiver ist als ein Einlageninstitut, ist teurer als eine Stützung durch eine Einlagenbank weil die Steigerung der Kapitalkosten auf die Geschäftsaktivitäten umgelegt wird. Wenn solche Stützungen teurer werden, können die Anleger nur verlieren, entweder weil die Kurse nicht stabil bleiben, oder weil die Ausgabekurse höher sind. Wenn sich die Handelshäuser wie die US-amerikanische Investmentbank Goldman Sachs von nicht gesponserten Fonds zurückziehen, werden die Kurse fallen. Die US-amerikanischen Finanzgruppen werden daher durch die Einführung des Trennbankengrundsatzes gegenüber ihren internationalen Wettbewerbern einen Wettbewerbsnachteil erfahren.

Nicht der Eigenhandel, sondern die falsche Risikobewertung bestimmter Positionen war nach diesseitigem Verständnis der Auslöser für die Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009. Eine zutreffende Risikobewertung kann auf einer vom Verkäuferinteresse unabhängigen Basis arrangiert werden. Eine Einschränkung der Eigenhandelsaktivitäten ist nach diesseitigem Verständnis zur Krisenvorbeugung nicht zielführend.

Die Finanzierung von Risikobeteiligungsgesellschaften hat wegen ihrer Finanzierung von innovativen jungen Unternehmen und wegen der besonderen Governance-Kontrolle, die solche "venture capital" Firmen ausüben,²⁴⁶ eine wichtige gesellschaftliche Funktion. Der Verfasser sieht in der Einführung des Trennbankensystems keinen hilfreichen Beitrag zur Verhinderung einer nächsten Krise, hingegen einen Ausdruck der Unzufriedenheit der Wirtschaft mit ihrer Abhängigkeit vom Finanzsektor.

Im Folgenden wird anhand eines vereinfacht dargestellten Geschäftsmodells des Vertriebs verbriefter Forderung (Securitisations, securitisation) gezeigt, dass das Trennbankensystem nicht geeignet ist, die Risiken eines Scheiterns einer Finanzgruppe für das Finanzsystem zu verringern.

²⁴⁶ S. die Übernahmeveruche der Deutschen Börse gegenüber der London Stock Exchange.

Im Falle einer Securitisation vergibt z.B. eine Bank Kredite, die dann gebündelt und an eine Zweckgesellschaft (special purpose vehicle) abgetreten werden. Die Zweckgesellschaft emittiert dann Wertpapiere, die durch die Kreditforderungen abgesichert sind. Die Bank verwaltet die Kreditforderungen für die Zweckgesellschaft. Die Bank sponsert die Zweckgesellschaft und ihr guter Ruf gilt als Ausweis der Verlässlichkeit der Zweckgesellschaft. Die Zweckgesellschaft ist ein Tochterunternehmen der Bank. Das Kreditgeschäft ist ein klassisches Geschäft einer Einlagenbank. Das Emissionsgeschäft ist ein klassisches Geschäft einer Investmentbank. Die Verbriefung eines Forderungsbündels erlaubt den Risikotransfer auf einen anderen Gläubiger und eine verschiedene Risikobündelung (verbriefte Forderungen werden in verschiedenen Risikotranchen angeboten, die ein unterschiedliches Bedienungsrisiko widerspiegeln). Im Ergebnis ist die Securitisation daher ein Kernelement des Finanzsystems einer Volkswirtschaft.

Um die Risiken, die sich in der letzten Krise manifestiert haben, zu verringern, könnte z.B. an eine Verpflichtung eines Wertpapierverbriefers der Forderungen (securitiser)²⁴⁷ gedacht werden, 5% der Sicherungsmasse im Eigenportfolio zu halten. Wenn die Finanzinstitute ein wirtschaftliches Eigeninteresse am Geschäftserfolg der von ihnen vermittelten Anlagen haben, ist ihr Interesse mit dem des Erwerbers im Gleichlauf. Ein solcher Gleichlauf wäre nach Einführung des Trennbankengrundsatzes unmöglich, weil das wirtschaftliche Interesse der Bank von der Rückzahlungswahrscheinlichkeit der verbrieften Forderungen abgekoppelt wäre.

Der Vorschlag, dass der Verkäufer oder der Vermittler von wertpapierverbrieften Forderungen einen Teil der Sicherungsmasse im Eigenportfolio halten sollen, scheint auf den ersten Blick dem Ansatz zu widersprechen, dass der Eigenhandel auf niedrigem Niveau und im Verhältnis zu der Gesamtheit der Geschäftsaktivitäten zu halten sei. Die Banken als die Sponsoren der Emittenten wertpapierverbriefter Forderungen sollen und wollen aber aus Reputationsgründen die Wertpapiere im Eigenportfolio halten und deshalb oft selbst als Garant des Zahlungsflusses auftreten. Weil die Bank die zugrundeliegende Forderung begründet hat, kennt die Bank das Risiko der Sicherungsmasse am besten. Die Bank sollte daher in das Risiko einer Verbriefung

²⁴⁷ Finanzinstitut, das durch ein Zweckvehikel Forderungen erwirbt und dann durch dieses Vehikel Wertpapiere emittiert.

eingebunden bleiben. Wichtig ist also, dass die Geschäftsaktivitäten der Einlageninstitute und der Investmentbanken verschmolzen bleiben. Das zugrunde liegende Risiko der verbrieften Forderungen durch ein Bankrisiko zu ersetzen, falls eine Bank als Garant der verbrieften Forderung auftritt, würde wirtschaftlich keinen Sinn machen, weil der Markt gerade ein Interesse daran hat, das verbrieftete Forderungsrisiko zu tragen. Der Vorschlag, das Risiko einer Securitisation durch eine Eigenanlage der Bank in die verbrieften Wertpapiere zu verringern, erscheint nach Auffassung des Verfassers gegenüber dem Trennbankengrundsatz vorzugswürdig.

Die Auswirkungen der britischen und der US-amerikanischen Gesetzesvorschläge zur Einführung des Trennbankengrundsatzes werden als weniger einschneidend angesehen als die früher geltenden Regelungen nach dem US-amerikanischen Glass-Steagall Act²⁴⁸, weil die Finanzinstitute nach den derzeit vorgeschlagenen Modellen zur Umsetzung des Trennbankengrundsatzes nach wie vor groß, diversifiziert, grenzüberschreitend und vernetzt sein dürfen. Die krisenrelevanten Änderungen des US-amerikanischen Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Acts werden mehr im Bereich von besserer und schneller, grenzüberschreitend verfügbarer Information gesehen, und damit intelligenterer und Erfolg versprechender Krisenbekämpfung²⁴⁹. Im Ergebnis führt die Einführung des Trennbankengrundsatzes zu einem verringerten Einkommen der betroffenen Finanzgruppen. Die "Bestrafung" der Großbanken durch Einkommensausfall²⁵⁰ mag ein politischer Preis für die Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 sein. Im Ergebnis wird dieser Preis dann aber an die weitere Volkswirtschaft weitergegeben werden.

(cc) Zwischenergebnis zu dem Trennbankensystem als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Der Trennbankengrundsatz ist ein Bestandteil der US-amerikanischen Volcker-Regel als ein Bestandteil des Dodd-Frank The Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009 und ist auch ein Bestandteil der Vorschläge der britischen Expertenkommission Independent Commission on Banking von 2010. Das Trennbankensystem

²⁴⁸ Im Hinblick auf die Trennung von JPMorgan und Morgan Stanley.

²⁴⁹ Vgl. FT, A Line is Drawn, 1 July 2010, S. 9.

²⁵⁰ FT, a.a.O.: Bank of England, JPM, GS 9-10% Reduktion der earnings per share als Konsequenz der Auslagerung bestimmter Produkte.

tem ist inhaltlich abzulehnen, weil es als Krisenvermeidungsinstrument ungeeignet ist. Nicht der Eigenhandel, sondern die falsche Risikobewertung von bestimmten Positionen war nach diesseitigem Verständnis der Auslöser für die Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009. Die Vorgaben des Trennbankensystems sind von den Finanzinstituten umzusetzen, lassen aber keinen Spielraum für eine eigenverantwortliche Krisenvorsorge und -bekämpfung. Der Vorschlag, das Risiko einer Securitisation durch eine Eigenanlage der Bank in die verbrieften Wertpapiere zu verringern, erscheint nach der Auffassung des Verfassers gegenüber dem Trennbankengrundsatz vorzugswürdig.

Das Trennbankensystem ist als Vorgabe der Gesetzgeber nicht ein Bestandteil einer eigenverantwortlichen Krisenplanung und wird daher im Weiteren nicht vertieft behandelt.

Im Anschluss an die Betrachtung der Kapitalisierungsmodelle und der Modellen zur Stärkung der Liquiditätsbasis der Finanzinstitute, der Liquiditätsunterstützung für krisenbetroffene Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden und der Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts sowie der Einführung des Trennbankensystems wird im Folgenden die Einrichtung von Rettungsfonds und Abwicklungsfonds als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute untersucht.

(v) Die Einrichtung von Rettungsfonds und Abwicklungsfonds als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute (the best offence is a good defense)

Ein Rettungsfonds soll den Erhalt eines krisenbetroffenen Finanzinstituts ermöglichen. Das Ziel eines Abwicklungsfonds ist es, eine ordentliche Abwicklung, nicht aber eine Rettung zu ermöglichen und einen Notverkauf zu vermeiden²⁵¹.

In diesem Unterabschnitt wird zunächst die Gesetzgebungsentwicklung zu den Rettungs- und Abwicklungsfonds im Gefolge der Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 anhand des deutschen Finanzmarktstabilisierungsgesetzes und des Restrukturierungsfondsgesetzes illustriert. Danach wird unter (aa) die Finanzierung

²⁵¹ Kommission, a.a.O., S. 3.

der Rettungs- und Abwicklungsfonds untersucht, und sodann unter (bb) die Geeignetheit und die Notwendigkeit der Rettungs- und Abwicklungsfonds zur Krisenvermeidung und –bekämpfung sowie der ordnungspolitische Aspekt einer solchen Bereitstellung von Mitteln.

Der Finanzmarktstabilisierungsfonds als Rettungsfonds und Sondervermögen des Bundes wurde vom Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17. Oktober 2008 vorgesehen. Die Verwaltung des Finanzmarktstabilisierungsfonds wurde durch die Finanzmarktstabilisierungsfondsverordnung vom 20. Oktober 2008 der neu gegründeten Finanzmarktstabilisierungsanstalt übertragen²⁵².

Das Restrukturierungsgesetz vom 9. Dezember 2010 beinhaltet als Art. 3 das Restrukturierungsfondsgesetz, das eine "Bankenabgabe" einführt, die der Gründung eines Stabilitätsfonds diene: Nach § 1 des Restrukturierungsfondsgesetzes wird bei der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung ein Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute errichtet. Der Restrukturierungsfonds dient nach § 3 des Restrukturierungsfondsgesetzes der Stabilisierung des Finanzmarktes durch die Überwindung von Bestands- und Systemgefährdungen sowie durch die Maßnahmen zur Finanzmarktstabilisierung zugunsten von den Unternehmen. Eine solche Bankenabgabe soll daher der zukünftigen Krisenbekämpfung dienen. Die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung entscheidet nach § 4 des Restrukturierungsfondsgesetzes über die Maßnahmen des Restrukturierungsfonds.

(aa) Die Finanzierung der Rettungs- und Abwicklungsfonds

Die Finanzierung der Rettungs- und Abwicklungsfonds wird im Folgenden aus zwei Blickwinkeln betrachtet. Zunächst werden die Synergien zwischen der Einlagensicherung und den Rettungs- und Abwicklungsfonds als ein Beitrag zu ihrer Finanzierung untersucht. Sodann wird betrachtet, ob die Rettungs- und Abwicklungsfonds ex-ante oder ex-post, also im Vorfeld einer Krise oder nach Eintritt einer Krise, finanziert werden sollten.

²⁵² § 4 (2) Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz.

Im Rahmen der Rückmeldungen²⁵³ zur Konsultation der EU-Kommission vom 6. Januar 2011 über Technische Details eines möglichen Rahmens für ein europäisches Krisenmanagement²⁵⁴ schlugen Bankenvertreter vor, die Synergien zwischen der Einlagensicherung und den Rettungs- und Abwicklungsfonds zu nutzen. Gemeint war damit, dass die Einlagensicherungsbeiträge auf die Beiträge zu einem Rettungs- und Abwicklungsfonds anzurechnen sein sollten. Eine Anrechnung der Einlagensicherungsbeiträge auf die Beiträge zu einem Rettungs- und Abwicklungsfonds ist aber nach Auffassung des Verfassers nicht zielführend, weil sich der Zweck und der Einsatzbereich von der Einlagensicherung einerseits und den Rettungs- und Abwicklungsfonds andererseits grundsätzlich unterscheiden.

Die Einlagensicherung dient der Aufrechterhaltung des Vertrauens in die Kraft von Finanzinstituten, Einlagenrückforderungen in gesetzten Grenzen zu bedienen. Insofern verhindert die Einlagensicherung einen Banken"run". Ein Einlagensicherungsverbundsystem darf andererseits nicht zu groß sein, damit die Anreize zu einer konservativen Risikosteuerung für die Kreditinstitute nicht übermäßig herabgesetzt werden. Die Höhe der gesicherten Einlagen muss so lange hinreichen, bis sich das Finanzinstitut für den Fall, dass weitere Einlagen abgezogen werden, am Markt refinanzieren kann, oder bis seine Aktiva fällig werden oder zu einem angemessenen Marktpreis verkauft werden können. Im Ergebnis gleichen daher Einlagensicherungssysteme die Laufzeitinkongruenz zwischen den Aktiva und den Passiva aus.

Die Rettungs- und die Abwicklungsfonds hingegen dienen der Finanzierung der Bewahrung, der Auflösung oder der Umwandlung eines gescheiterten Instituts und schützen insofern den Steuerzahler. Die Einlagensicherung verhindert eine Krise, weil sie das Vertrauen in die Kraft des Finanzsystems aufrechterhält. Die Rettungs- und Abwicklungsfonds hingegen erhalten das Vertrauen, dass eine Krisenlösung durch die Finanzinstitute als die Verursachergruppe selbst finanziert werden kann.

Vor allem aber vernachlässigt ein Vorschlag, die Rettungs- und Abwicklungsfonds durch eine Vorfinanzierung der Versicherungsprämie auf die Einlagen der nächsten

²⁵³ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011.

²⁵⁴ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011.

Jahre auszustatten, bis ein Schwellenwert erreicht ist, dass die Krisenanfälligkeit von Nichteinlegerinstituten wie Lehman Brothers nicht kleiner ist als die von Einlegerinstituten.

Im Ergebnis können daher keine Synergien zwischen der Einlagensicherung und den Rettungs- und Abwicklungsfonds festgestellt werden, die der Finanzierung der Rettungs- und Abwicklungsfonds durch die Anrechnung der Einlagensicherungsbeiträge auf die Beiträge zu einem Rettungs- und Abwicklungsfonds dienen können.

Im Folgenden wird untersucht, ob die Rettungs- und Abwicklungsfonds ex-ante oder ex-post finanziert werden sollten.

Eine Vorkrisenfinanzierung mag wegen der ungeklärten Zuteilungskriterien für die grenzüberschreitenden Krisen auf nationaler Ebene eine größere Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Finanzierung darstellen²⁵⁵. Dies würde aber gegebenenfalls als staatliche Bestandsgarantie systemrelevanter Marktteilnehmer mit der Konsequenz einer verzerrten Risikoanalyse und Preisfindung missverstanden werden.

Als ein Argument für eine Vorfinanzierung wurde vorgebracht, dass ein im Gefolge einer Krise finanziertes System zyklusverstärkend wirke. Je nachdem, wie kurzzeitig nach einer Krise ein Fonds eingerichtet wird, wirkt allerdings nach Auffassung des Verfassers eine solche Vorfinanzierung gleichermaßen als zyklusverstärkend²⁵⁶. Je nach der Ausstattungsgröße des Fonds, und dem Zeitrahmen eines voll ausgestatteten Rettungs- und Abwicklungsfonds ohne dass eine Bankenkrise eingetreten wäre, ist der Bremseffekt für die Konjunktur größer als der abzuwendende Schaden, sobald die Krise eintritt. Eine weltweite Bankenkrise wird nicht öfter als alle dreißig Jahre einmal erwartet²⁵⁷.

²⁵⁵ Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, S. 20, <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmaerkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

²⁵⁶ Promontory Financial, Analysis of Funding Mechanisms for Systemic Dissolution Fund, February, 2010, abrufbar unter <http://www.promontory.com/assets/0/78/110/286/6c56a04f-dd14-4571-9d99-5588dd86e13e.pdf>.

²⁵⁷ Promontory Financial, Analysis of Funding Mechanisms for Systemic Dissolution Fund, February, 2010, abrufbar unter <http://www.promontory.com/assets/0/78/110/286/6c56a04f-dd14-4571-9d99-5588dd86e13e.pdf>.

Eine Vorkrisenfinanzierung erscheint aus den folgenden Überlegungen heraus auch als nicht notwendig: Nicht jedes Finanzinstitut hat zur letzten Krise beigetragen. Manche Finanzinstitute wurden von der Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 wegen ihres Diversifizierungsgrades und ihrer sorgfältigen Risikokontrolle kaum tangiert. Manche Finanzinstitute wurden durch kluges und rasches aufsichtsbehördliches Handeln geschützt. Kanadische und australische Finanzinstitute etwa galten als sehr gut beaufsichtigt. Manche Finanzinstitute haben die Konsequenzen der Krise abgemildert durch die Bereitstellung von Liquidität und durch die Bereitschaft, als Vertragspartner zur Verfügung zu stehen. Für eine Vorkrisenfinanzierung wird angeführt, dass die nicht gescheiterten Banken in einer Krise zu geschwächt seien, um zu einem Rettungs- oder Abwicklungsfonds beizutragen²⁵⁸. Dies ist aber nicht unbedingt der Fall, wie die Entwicklung der letzten Krise nahe legt: Finanzgruppen wie die Deutsche Bank, die britische HSBC-Gruppe und die britische Barclays-Gruppe, sowie asiatische, australische und kanadische Häuser waren kaum betroffen.

Anstatt eines ex-ante finanzierten Rettungs- und Abwicklungsfonds schlug der Financial Stability Board im Oktober 2011 eine ex-post Fremdfinanzierung zur Wahrung der gesamtwirtschaftlich wesentlichen Funktionen der betroffenen Finanzinstitute vor. Falls trotz der Abschreibung oder der Umwandlung der Gläubigerrechte die Finanzkraft des gescheiterten Finanzinstituts nicht derart wiederhergestellt sei, dass die gesamtwirtschaftlich wesentlichen Funktionen ausgeübt werden könnten, dann solle seine Finanzkraft per ex-post Finanzierung (d.h. Finanzierung nach der Krise) gestärkt werden. Diese zusätzliche Finanzierung des Finanzinstituts sollte nach dem Vorschlag des Financial Stability Boards vom weiteren Finanzmarkt gefordert werden dürfen²⁵⁹. Dies mag aus dem Blickwinkel des weiteren Finanzmarktes als weniger einschneidend empfunden werden als eine Verpflichtung zu einer ex-ante Finanzierung der Krisen- oder Abwicklungsfonds.

Nach Auffassung des Verfassers begründet eine Verpflichtung zu einer ex-ante Finanzierung eine Ansteckungsgefahr des weiteren Finanzmarktes und ist daher abzulehnen. Wegen des notwendigen Fondsvolumens steht auch zu erwarten, dass die zahlungspflichtigen Finanzinstitute im Vorfeld einer Krise geschwächt würden, und

²⁵⁸ Dean Baker, Center for Economic and Policy Research, zitiert nach Alain Sherter, How Not to Solve the Too Big To Fail Problem, 3. 11. 2009, BNET Financial Services Blog.

²⁵⁹ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 9, 12.

dem Markt Liquidität entnommen würde. Eine Vorkrisenfinanzierung würde die risikoarmen Marktteilnehmer übermäßig belasten und keine sachgerechte Lastenverteilung erlauben (level playing field). In Anbetracht der vorgehenden Überlegungen erscheinen nachkrisenfinanzierte Rettungs- und Abwicklungsfonds²⁶⁰ gegenüber vorfinanzierten vorzugswürdig²⁶¹.

(bb) Die Geeignetheit und die Notwendigkeit der Rettungs- und Abwicklungsfonds zur Krisenvermeidung und -bekämpfung und der ordnungspolitische Aspekt einer solchen Bereitstellung von Mitteln

Nach der Betrachtung der Finanzierung der Rettungs- und Abwicklungsfonds wird in diesem Unterabschnitt untersucht, ob die Rettungs- und Abwicklungsfonds geeignet und notwendig sind, um eine Krise zu vermeiden oder zu bekämpfen, und wie die Einrichtung von Rettungs- und Abwicklungsfonds ordnungspolitisch zu werten ist.

Die Geeignetheit und die Notwendigkeit der Rettungs- und Abwicklungsfonds zur Krisenvermeidung und –bekämpfung wird unter dem Blickwinkel betrachtet, was die Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds sein soll, und welche Finanzinstitute zu dem Kreis der beitragspflichtigen Unternehmen zu einem Rettungs- oder Abwicklungsfonds gehören sollen.

Die Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds könnte sich an allgemein gültigen Kriterien oder aber an den besonderen Risikoaspekten eines Finanzinstituts orientieren. Die Höhe der Aktiva, der Passiva oder die Höhe der Gewinne wären generalisierende, allgemein gültige Kriterien. Die Kundentypen, die Stärke der Risikomodelle und der Diversifizierungsgrad der Produktpalette, die Volatilität der Profite, oder der Anteil des Eigenhandels an dem Konzerngewinn oder das Verhältnis der Aktiva zu den Abschreibungen der letzten 5 Jahren stellen besondere Risikoaspekte eines Finanzinstituts dar.

²⁶⁰ So richtig also US Senate Bill, vgl. NY times, 20 May 2010, abrufbar unter <http://www.nytimes.com/interactive/2010/05/20/business/20100520-regulation-graphic.html>.

²⁶¹ So auch Institute of International Finance, Charles Dallara, Letter to Ministers and Governors of the Group of 20, 23 April 2010, A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector: Preliminary Industry Comment.

Die Konsequenz der Einführung einer risikoorientierten Berechnungsgrundlage wäre es, dass riskantere Unternehmen einen höheren Beitrag zu leisten hätten, wodurch ihr Risiko noch weiter wachsen würde. Ordnungspolitisch würde der Unterschied des Risikopotentials zwischen den verschiedenen Finanzinstituten noch verstärkt. Sofern aber alle Unternehmen nach ihrer Größe oder ihrer Ertragskraft beitragspflichtig gemacht werden, dann wird das Risikopotential solcher großer oder ertragsstarker Unternehmen in stärkerem Masse vergrößert als dasjenige der kleineren oder ertragschwachen Unternehmen. Im Ergebnis erscheinen daher weder allgemein gültige Kriterien, noch solche die sich an den besonderen Risikoaspekten eines Finanzinstituts orientieren, als geeignet zur Bestimmung der Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds. Ohne eine geeignete Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds aber sind die Rettungs- und Abwicklungsfonds nicht als Mittel zur Krisenvermeidung und –bekämpfung geeignet.

Nach der Betrachtung der Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds wird im Folgenden im Hinblick auf die Geeignetheit und die Notwendigkeit der Rettungs- und Abwicklungsfonds zur Krisenvermeidung und –bekämpfung untersucht, welche Finanzinstitute zu dem Kreis der zu einem Rettungs- oder Abwicklungsfonds beitragspflichtigen Unternehmen gehören sollen.

Die beitragspflichtigen Unternehmen nach § 2 des Restrukturierungsfondsgesetzes i.V.m. § 1 der Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute und i.V.m. § 340 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs und § 53 Abs. 1 des Kreditwesengesetzes sind alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, die Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen. Dasselbe gilt für die Zweigstellen der Unternehmen mit Sitz in einem Staat, der kein Mitglied der Europäischen Union und auch kein Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist.

Nach Auffassung des Verfassers sollten die Zweigstellen und die Tochterunternehmen ausländischer Finanzinstitute vom Anwendungsbereich der Bankenabgabe ausgenommen sein. Eine solche Ausnahme erscheint nach Auffassung des Verfassers besonders angemessen im Hinblick auf diejenigen Zweigstellen ausländischer Fi-

nanzgruppen, die bereits in ihrem Heimatstaat einer Bankenabgabepflicht unterliegen, die nach der Größe der Finanzgruppe berechnet wird.

In der Diskussion um die Bankenabgabe wurde generell die Notwendigkeit einer zwischenstaatlichen Abstimmung gesetzlicher und aufsichtsbehördlicher Vorgaben zur Vermeidung von Arbitragemöglichkeiten, von Wettbewerbsverzerrungen und von Doppelbelastungen unterstrichen. Bankenabgaben sind derzeit etwa in Schweden, im Vereinigten Königreich, in Ungarn, in Österreich und in Frankreich vorgesehen. Es wurde vorgeschlagen, vor der Einführung einer Bankenabgabe die Vorschläge der Europäischen Kommission abzuwarten²⁶². Besonders wurde auf die Problematik hingewiesen, dass sowohl die Zweigstellen der Finanzinstitute, die nicht dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören, als auch alle Tochtergesellschaften ausländischer Finanzgruppen zum Kreis der Zahlungspflichtigen zählen sollen, obwohl sie nur in Bezug auf die inländischen systemischen Risiken in den Begünstigtenkreis aufgenommen worden sind. Weiterhin wurde vorgetragen, dass die systemischen Risiken, die von den Zweigstellen und den Tochtergesellschaften ausländischer Finanzgruppen ausgehen können, reduziert sind, weil die Zweigstellen das Schicksal des Heimatinstituts teilen und die Tochtergesellschaften wirtschaftlich mit dem Mutterkonzern durch Gewinn- und Verlustabführungsverträge verbunden sind²⁶³.

Im Ergebnis sind daher diejenigen Rettungs- und den Abwicklungsfonds, die die Zweigstellen und Tochtergesellschaften ausländischer Finanzgruppen zum Kreis der Zahlungspflichtigen zählen, abzulehnen weil sie den Kreis der verpflichteten Finanzgruppen in unnötiger Weise vergrößern.

Nach der Betrachtung, ob die Rettungs- und Abwicklungsfonds unter dem Blickwinkel der Berechnungsgrundlage und des Kreises der beitragspflichtigen Unternehmen zu einem Rettungs- oder Abwicklungsfonds geeignet und notwendig sind, um eine Krise zu vermeiden oder zu bekämpfen, wird im Folgenden untersucht, wie die Einrichtung von Rettungs- und Abwicklungsfonds ordnungspolitisch zu werten ist.

²⁶² Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Stellungnahme Artikel 2, 3 und 7 des Entwurfs zum Restrukturierungsgesetz, 19. Juli 2010, S. 2.

²⁶³ Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Stellungnahme Artikel 2,3 und 7 des Entwurfs zum Restrukturierungsgesetz, 19. Juli 2010, S. 3, 5.

Im Rahmen ihrer Konsultation vom 6. Januar 2011 über Technische Details eines möglichen Rahmens für ein europäisches Krisenmanagement²⁶⁴ fragte die EU-Kommission, wie eine Abwicklung durch einen Abwicklungsfonds angemessenen finanziert werden solle. Im Rahmen der Rückmeldungen zur Konsultation der EU-Kommission wiesen Bankenvertreter darauf hin, dass ein im Vorfeld einer Krise gebildeter Fonds Anreize zu einer eigenverantwortlichen Krisenvorsorge herabsetze und dadurch das moralische Dilemma (moral hazard) vergrößere und Ressourcen binde, die der Gesamtwirtschaft zur Verfügung stehen sollten²⁶⁵.

Diejenigen Fonds, die zum Ziel haben, ein gescheitertes Institut zu retten, sind nach Auffassung des Verfassers zur Lösung systemweiter Krisen nicht geeignet, weil sie nicht die nötige Ausstattung erhalten werden, um gleichzeitig eine Vielzahl systemisch bedeutsamer Institute zu retten. Selbst ein Ausstattungsvolumen von USD 150 Mrd. mag nicht ausreichend sein um etwa gleichzeitig zwei große US-Finanzgruppen wie etwa die Citibank oder die JPMorgan Chase aufzulösen. Die Größe eines Rettungsfonds müsste wohl mindestens viele hundert Mrd. USD betragen, um mehrere Finanzinstitute in einer industriesegmentweiten Krise gleichzeitig erhalten zu können.

Nach Auffassung des Verfassers können gut ausgestattete Rettungsfonds sogar kontra-produktiv wirken, denn sie können in einem falsch verstandenen nationalen Interesse, etwa Arbeitsplätze vor einer Wahl zu erhalten, missbraucht werden.

Ein Abwicklungsfonds kann die nächste Krise nicht verhindern, weil er nicht als Rettungsfonds fungieren soll, der den wirtschaftlichen Fortbestand von systemrelevanten Finanzinstituten garantiert. Rettungs- und Abwicklungsfonds sind nach Auffassung des Verfassers auch nicht notwendig, wenn eine zureichende eigenverantwortliche und aufsichtsrechtliche Krisenvorsorge betrieben wird. Eine Zuteilung von Mitteln aus einem Abwicklungsfonds nach dem Prinzip, dass die Institute mit dem größtem Risikopotential und der geringsten Risikotoleranz, also die am schlechtesten aufgestellten und verwalteten Institute, in den Genuss von Geldern kommen sollen, die die

²⁶⁴ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011.

²⁶⁵ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011.

gesamte Industrie aufgebracht hat, erscheint ordnungspolitisch bedenklich (survival of the fittest)²⁶⁶.

Die Fondsanlagen sind während des Anlagezeitraums einem erheblichen Marktrisiko ausgesetzt, insbesondere in der Krise, die es gerade zu vermindern oder abmildern gilt. Ob die Fondsverwaltungen frei von einer politischen Einflussnahme sind, wenn es um Missbrauchsschutz bei der Verwendung von Geldern geht, müsste sich in der Praxis beweisen.

Schließlich darf nicht unterschätzt werden, dass die Existenz eines Rettungs- und Abwicklungsfonds die Risikopreissetzung gegenüber den zahlungspflichtigen Instituten beeinflussen kann, weil die bloße Existenz eines Fonds implizieren mag, dass die systemrelevanten Teile eines solchen Instituts übertragen, also "gerettet" werden, auch wenn die Rechtseinheit des gescheiterten Institutes als solche nicht mehr weiter besteht²⁶⁷. Die Gläubiger eines solchen Institutes mögen daher besser stehen als im Falle eines Konkurses.

Im Ergebnis ist die Einrichtung von Rettungs- und Abwicklungsfonds daher aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten abzulehnen.

(cc) Zwischenergebnis zu der Einrichtung von Rettungsfonds und Abwicklungsfonds als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Im Ergebnis können keine Synergien zwischen der Einlagensicherung und den Rettungs- und Abwicklungsfonds festgestellt werden, die der Finanzierung der Rettungs- und Abwicklungsfonds durch eine Anrechnung der Einlagensicherungsbeiträge auf die Beiträge zu einem Rettungs- und Abwicklungsfonds dienen können. Die Rettungs- und Abwicklungsfonds sollten ex-post finanziert werden.

²⁶⁶ Vgl. David Hoelscher / Stefan Ingves, International Monetary Fund, Bank Restructuring and Resolution, 2006, The Resolution of Systemic Banking System Crises, p.12 – „a bank restructuring strategy should identify measures to strengthen viable banks“.

²⁶⁷ Vgl. Promontory Financial, Analysis of Funding Mechanisms for Systemic Dissolution Fund, February, 2010, S. 7, abrufbar unter <http://www.promontory.com/assets/0/78/110/286/6c56a04f-dd14-4571-9d99-5588dd86e13e.pdf>.

Weder allgemein gültige Kriterien, noch solche die sich an den besonderen Risikoaspekten eines Finanzinstituts orientieren, erscheinen zur Bestimmung der Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds als geeignet. Ohne eine geeignete Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds ist die Einführung von Rettungs- und den Abwicklungsfonds nicht als Mittel zur Krisenvermeidung und –bekämpfung geeignet.

Ein nationalstaatlicher Fonds könnte grenzüberschreitende Krisen nicht lösen. Wegen der globalen Verzahnung des Finanzwesens sind aber fast alle Krisen grenzüberschreitender Natur. Im Ergebnis sind diejenigen Rettungs- und den Abwicklungsfonds, die die Zweigstellen und die Tochtergesellschaften ausländischer Finanzgruppen zum Kreis der Zahlungspflichtigen zählen, abzulehnen weil sie den Kreis der verpflichteten Finanzgruppen in unnötiger Weise vergrößern.

Eine Zuteilung von Mitteln aus einem Abwicklungsfonds nach dem Prinzip, dass die Institute mit dem größtem Risikopotential und der geringsten Risikotoleranz in den Genuss von Geldern kommen sollen, die die gesamte Industrie aufgebracht hat, erscheint ordnungspolitisch bedenklich.

Die Einrichtung von Rettungsfonds und den Abwicklungsfonds ist im Ergebnis keine gleichwertige Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute. Für Zwecke der vorliegenden Untersuchung sollen Rettungsfonds und den Abwicklungsfonds nicht weiter verfolgt werden, weil Abgaben zum Zwecke, einen Fonds zu bilden, sich außerhalb des Maßnahmenkatalogs eigenverantwortlich gesteuerter Krisenvorbeugung und –prävention bewegen.

Im Anschluss an die Betrachtung von Kapitalisierungsmodellen und den Modellen zur Stärkung der Liquiditätsbasis der Finanzinstitute, der Liquiditätsunterstützung für krisenbetroffene Finanzinstitute durch die staatliche Behörden und der Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts sowie der Einführung des Trennbankensystems und der Einrichtung von den Rettungsfonds und den Abwicklungsfonds wird im Folgenden das Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute untersucht.

(vi) Das Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs (central clearing) als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

In diesem Unterabschnitt wird betrachtet, in welchem Stadium einer Krise das Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs Wirksamkeit entfalten kann, und welche Relevanz dies für die eigenverantwortliche Krisenplanung der Finanzinstitute hat. Zunächst wird ein Vorschlag der EU-Kommission untersucht und sodann die Einführung einer neuen Bestimmung in die deutsche Insolvenzordnung.

(aa) Der Vorschlag der EU-Kommission und die Einführung einer neuen Bestimmung in die deutsche Insolvenzordnung

In der Umsetzung eines Beschlusses des G-20 Gipfeltreffens²⁶⁸ schlug die Europäische Kommission vor²⁶⁹, alle außerbörslich abgeschlossenen Derivategeschäfte zentral abzuwickeln. Für alle standardisierbaren Geschäfte sollte eine Zentrale Gegenpartei als Kontrahent beider Geschäftspartner bestimmt werden (central counterparty, CCP). Das Kreditrisiko eines jeden Geschäftspartners sollte durch das Kreditrisiko der Zentrale Gegenpartei ersetzt werden. Die Finanzkraft der Zentralen Gegenpartei sollte durch die Gemeinschaft aller Geschäftspartner abgesichert werden. Durch die Vielzahl der Geschäftsabschlüsse für die Zentrale Gegenpartei könnte diese das Ausfallrisiko in Bezug auf alle gleichartigen Forderungen durch die Verrechnung dieser Forderungen begrenzen. Eine Insolvenz eines der beiden Geschäftspartner würde die Abwicklung eines in der Insolvenz noch offenen Geschäfts für den anderen Geschäftspartner nicht beeinträchtigen. Die Sicherheit der Lieferung diene der Stabilität des Finanzmarktes. Direktgeschäfte zwischen den Marktteilnehmern, die ohne Einschaltung einer Zentralen Gegenpartei vorgenommen werden, sollten nach dem Vorschlag der EU-Kommission zu erhöhten Kapitalanforderungen führen. Die Geschäftsinformationen sollten den Aufsichtsbehörden zugänglich sein. Die zentrale Lieferung von Geschäftsinformationen sollte den Informationsfluss erheblich beschleunigen und vermeiden, dass die Aufsichtsbehörden eine Gesamtschau der Da-

²⁶⁸ <http://www.pittsburghsummit.gov/resources/129665.htm>.

²⁶⁹ EU Commission, Public Consultation on Derivatives and Market Infrastructures, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/derivatives/100614_derivatives.pdf.

ten aller Marktteilnehmer vornehmen müssten, die erst mit einer gewissen Verzögerung berichten würden.

Von dem Erfordernis der Einschaltung einer Zentralen Gegenpartei sollten nach dem Vorschlag der EU-Kommission bloße Absicherungsgeschäfte ausgenommen sein, die dem Endnutzer dienen (wobei allerdings erhöhte Kapitalanforderungen gelten sollten). Im Einzelfall mochte aber unklar sein, ob ein Geschäft der Absicherung eines anderen dient, insbesondere dann, wenn die zugrundeliegenden Risiken nur teilweise oder auf mehrere Absicherungsgeschäfte verteilt abgesichert werden sollen. Es ist auch nach Auffassung des Verfassers nicht ersichtlich, dass die Absicherungsgeschäfte im Insolvenzfall mit geringeren Auswirkungen für die Stabilität des Marktes als die Eigenhandelsgeschäfte abgewickelt werden können. Soweit die Geschäftsarten vom zentralisierten Abrechnungsverfahren ausgenommen sind, muss nach der Auffassung des Verfassers sichergestellt werden, dass die Ansteckungseffekte schwebender Transaktionen für den Konkursfall minimiert werden.

Die Londoner Vereinigung von Investmentbanken (Investment Banking Association)²⁷⁰ hat ein Protokoll entwickelt, wonach die ausstehenden Positionen im Konkurs verrechnet werden sollen. Der Gesetzesentwurf des Finanzministeriums²⁷¹ des Vereinigten Königreichs zu den Abwicklungsstrukturen für die Investmentbanken, unter Hinweis auf die Vorschläge des Financial Markets Law Committee, eines unabhängigen Beratungsgremiums der Bank of England, schlug vor, das Protokoll²⁷² der London Investment Banking Association²⁷³ vom bloßen Aktienhandel auf alle außerbörslich gehandelten Produkte auszudehnen. Eine solche Maßnahme würde die Risiken und die Rechtsunsicherheit im Konkurs eines Geschäftsteilnehmers erheblich vermindern.

Durch den Art. 1 Nr. 11 des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 (ESUG) in die Insolvenzordnung neu eingefüg-

²⁷⁰ Jetzt: Association for Financial Markets in Europe (AFME).

²⁷¹ HM Treasury, Establishing resolution arrangements for investment banks, December, 2009, S. 99, abrufbar unter: http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

²⁷² Financial Markets Law Committee, Issue 140 – Unsettled OTC Trades, September 2009, abrufbar unter <http://www.fmlc.org/papers/Issue140Sept09.pdf>.

²⁷³ Jetzt: Association for Financial Markets in Europe (AFME).

ten § 104 a I, II war ermöglicht worden, dass ein zentraler Kontrahent i.S.d. § 1 XXXI Kreditwesengesetz die Rechte und Pflichten des Schuldners kraft einer Vereinbarung mit den anderen Teilnehmern auf der Grundlage einer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossenen Vereinbarung und in Bezug auf die in die Vereinbarung einbezogenen Geschäfte auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf andere Teilnehmer des Verrechnungssystems übertragen kann. Ein zentraler Kontrahent i.S.d. § 1 XXXI Kreditwesengesetz ist ein Unternehmen, das bei den Kaufverträgen innerhalb eines oder mehrerer Finanzmärkte zwischen den Käufer und den Verkäufer tritt, um als Vertragspartner für jeden der beiden zu dienen, und dessen Forderungen aus Kontrahentenausfallrisiken gegenüber allen Teilnehmern an seinen Systemen auf Tagesbasis hinreichend besichert sind.

Anstelle einer Übertragung nach § 104 a I Insolvenzordnung kann der zentrale Kontrahent nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Leistungspflichten des Schuldners und der mittelbaren Teilnehmer ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters durch den Abschluss von Gegengeschäften mit dem Schuldner und den mittelbaren Teilnehmern, denen der aktuelle Markt- oder Börsenpreis der jeweiligen Leistungspflicht zugrunde liegt, glattstellen.

(bb) Zwischenergebnis zu dem Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Im Ergebnis wurde durch den durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen neu in die Insolvenzordnung eingefügten § 104 a eine Rechtssicherheit für die standardisierten Geschäfte geschaffen und die Krisenplanung und –vorsorge für die teilnehmenden Institute für den Konkursfall erleichtert. Eine Erhöhung der Rechtssicherheit um ausstehende Transaktionen in der Insolvenz ist zu begrüßen.

Für Zwecke der vorliegenden Untersuchung soll dies nicht vertieft werden, weil solche Regelungen nicht vor der Insolvenz eingreifen und die eigenverantwortlichen Maßnahmen zur Krisenverhütung und –bekämpfung nicht ersetzen können.

Im Anschluss an die Betrachtung der Kapitalisierungsmodelle und der Modellen zur Stärkung der Liquiditätsbasis der Finanzinstitute, der Liquiditätsunterstützung für die krisenbetroffenen Finanzinstitute durch die staatlichen Behörden und der Einführung besonderer Insolvenzverfahren zu der Sanierung oder der Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts sowie der Einführung des Trennbankensystems, der Einrichtung von Rettungs- und Abwicklungsfonds und dem Erfordernis eines zentralisierten Abrechnungsverkehrs wird die Einführung der Banksteuer und der Transaktionssteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute untersucht.

(vii) Die Einführung der Banksteuer und der Transaktionssteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

In diesem Unterabschnitt wird zunächst unter (aa) die Einführung einer Banksteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute untersucht, und sodann unter (bb) die Einführung einer Transaktionssteuer unter diesem Blickwinkel.

(aa) Die Einführung einer Banksteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Eine Erhöhung der nationalen Besteuerung der Finanzinstitute wurde als Alternative zur Bildung eines Krisenfonds diskutiert. Der englische Schatzkanzler verkündete am 22.6.2010 die Einführung einer solchen Steuer mit einem Zielvolumen von £ 2 Mrd. für die Finanzinstitute des Vereinigten Königreichs und für die britischen Tochtergesellschaften ausländischer Finanzinstitute²⁷⁴. 4 Basispunkte²⁷⁵ der bilanzierten Verbindlichkeiten eines Instituts sollten das Steueraufkommen in 2011 bestimmen, und 7 Basispunkte in 2012, wobei das Eigenkapital, die staatsanleihenbesicherte Finanzierungen und die versicherten Einlagen abzuziehen sind und die langfristigen Verbindlichkeiten mit lediglich 50% anzusetzen waren²⁷⁶.

²⁷⁴ S. Pressenotiz des Guardian, abrufbar unter <http://www.guardian.co.uk/uk/2010/jun/22/budget-2010-key-points>.

²⁷⁵ 100 Basispunkte entsprechen einem Prozent.

²⁷⁶ Riskaudit Pressenotiz, abrufbar unter <http://www.riskaudit.co.uk/news/?area=Stop%20Press>.

Das Steueraufkommen sollte dem Ausgleich der staatlichen Rettungsaktionen der Vergangenheit dienen, nicht zweckgebunden sein und nicht als Reserve für zukünftige Krisen vorgehalten werden. Eine solche Steuer erzielt die finanzielle Mitverantwortung des Finanzsektors für die Finanzkrisen, kann aber nicht als Krisenfonds verstanden werden. Wäre die Abgabe krisenbezogen, so hätte der Anknüpfungspunkt für eine Besteuerung das Handelsbuch, und nicht das Anlagebuch sein müssen, weil die Risiken der letzten Krise von den Produkten im Handelsbuch (nämlich mit Hypothekarkrediten unterlegte Collateralised Debt Obligations, und Credit Default Swaps) ausgelöst wurde. Eine generell erhöhte Besteuerung des Finanzsektors mag, wenn falsch terminiert, zyklusverstärkend wirken, und zu Wettbewerbsnachteilen führen²⁷⁷.

Eine generelle Bankensteuer sanktioniert auch die diversifizierten, und risikoarmen Institute unverhältnismäßig und setzt falsche Anreize für eine zukünftige Risikopreisbildung. Im Ergebnis sind allgemein erhöhte Steuern für den Finanzsektor ein Mechanismus, um das Haushaltsdefizit zu mildern, sind aber ungeeignet zur Krisenvorsorge und wirken im besten Falle neutral.

Letztlich sollten die Staaten vorsichtig sein, die risikoarmen Institute, die in erster Linie den internationalen Handel befördern und den Schwerpunkt ihrer Geschäftsaktivitäten außerhalb des betreffenden Staates haben, jedoch wegen ihres Hauptsitzes und ihrer Verbuchungsstruktur Steuern im betreffenden Staate zahlen, nicht dazu zu verleiten, den Steuersitz zu verlegen – ansonsten verringert sich das Steueraufkommen, und die Maßnahme war im Ergebnis kontraproduktiv.

Im Ergebnis sind die Banksteuern kein Mittel der Krisenplanung und somit keine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute.

bb) Die Einführung einer Transaktionssteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

Als eine Alternative zu einer allgemeinen Bankenabgabe wird eine Finanztransaktionssteuer (auch Tobin-Steuer²⁷⁸ genannt) für den Devisenhandel mit dem Ziel, die

²⁷⁷ BBA Statement, 22.6.2010, <http://www.bba.org.uk/newsroom>.

²⁷⁸Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Tobin-Steuer>.

Spekulation als die Ursache einer Instabilität und einer Krise einzudämmen²⁷⁹, diskutiert. Eine solche Transaktionssteuer knüpft geographisch an den Verbuchungsort der Transaktionen an, und nicht etwa an den Abschlussort, den Vermarktungsort oder den Besicherungsort.

Die Konsequenz dieser Anknüpfung an den Verbuchungsort ist eine ungleiche Verteilung des Steueraufkommens mit einer hohen Konzentration in den globalen Finanzzentren wie London, New York, Singapur und Hong Kong und, mit Abstrichen, Tokyo und Frankfurt. Ein nationales Vorgehen in diesen globalen Zentren würde, im Vergleich zu einer allgemeinen Bankenabgabe, die an die Bilanzgröße eines Unternehmens anknüpfen soll, lediglich den Erhebungsmechanismus verändern. Ein internationales Vorgehen setzt eine Übereinkunft über die Steuerverteilung voraus. Eine Transaktionssteuer im nationalen oder europäischen Rahmen wird seitens des Verfassers nicht als ein erfolgsversprechendes Konzept zur Krisenvermeidung oder -bekämpfung angesehen²⁸⁰.

Devisentransaktionen dienen nach Auffassung des Verfassers überwiegend der Risikoabsicherung und eine Spekulation schafft einen Markt für die Preisfindung zu dieser Risikoabsicherung. Die letzte Krise wurde nicht von Spekulanten ausgelöst, sondern von der unrichtigen Bewertung des Risikos strukturierter Finanzprodukte. Eine Finanztransaktionssteuer hätte die Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009 weder verhindert noch ihre Konsequenzen abgemildert. Als zusätzlicher Kostenfaktor würde die Steuer aber die Erholung von einer Krise verlangsamen und wegen fehlender internationaler Übereinkommen den Wettbewerb verzerren²⁸¹. Eine Finanztransaktionssteuer ist also nach Auffassung des Verfassers kein geeignetes Mittel zur Sanierung von Banken oder der Krisenprävention, und somit keine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute.

(cc) Zwischenergebnis zu der Einführung der Banksteuer und der Transaktionssteuer als eine Alternative zu der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute

²⁷⁹ Vgl. Bundesverband Deutscher Banken, De facto, Auswirkungen einer möglichen Finanztransaktionssteuer, Januar 2010, <https://shop.bankenverband.de/broschüren/defacto>.

²⁸⁰ Europäische Kommission, zitiert nach City A.M., 8. Oktober, 2010, S. 1.

²⁸¹ So Bundesverband Deutscher Banken, a.a.O. De facto, Auswirkungen einer möglichen Finanztransaktionssteuer, Januar 2010, S. 4.

Die Bank- und die Transaktionssteuern erscheinen ungeeignet als Mittel der Krisenvorsorge oder –bekämpfung.

Für Zwecke dieser Untersuchung mag dies dahinstehen, weil solche Maßnahmen die Notwendigkeit eigenverantwortlicher Maßnahmen zur Krisenverhütung und –bekämpfung unberührt lassen – einmal abgesehen von der Tatsache dass nach der erhöhten Besteuerung dem Finanzunternehmen geringere Mittel zur Verfügung stehen, um eine Krisenvorsorge und –bekämpfung zu betreiben.

(viii) Zwischenergebnis zu der Abgrenzung der eigenverantwortlichen Krisenplanung in der Form von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren von den Alternativen Lösungsmodellen

Die Kapitalisierungs- und die Liquiditätsanforderungen sollten derzeit nicht generell erhöht werden. Die Freiheit einer Finanzholding, grenzüberschreitend und rechtseinheitsübergreifend rechtzeitige Liquiditätsunterstützung innerhalb des Konzerns zu gewähren ist die beste Vorsorge, um etwaigen Liquiditätsschwierigkeiten innerhalb des Konzerns vorbeugen und begegnen zu können. Die Existenz akzeptabler Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollte die Erhöhung der Anforderungen an die Kapital- und Liquiditätsbasis überflüssig machen.

Die Maßnahmen zur Liquiditätsunterstützung sind immer wirksam zur Krisenvermeidung oder –verzögerung, zumindest vorübergehend. Weil aber die Zuteilungskompetenz für die Liquiditätsunterstützung bei Aufsichtsbehörden verbleibt, sind solche Maßnahmen nicht dem Kreis der eigenverantwortlich gesteuerten Krisenmanagementpläne zuzurechnen.

Die Aufsichts- und die Abwicklungsbehörden sollten verpflichtet sein, ausländische Konkurs-, Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen anzuerkennen. Ein Aufschub der Einleitung eines Sanierungsverfahren, um dem Finanzinstitut einen Schutzschirm zur Sanierung zur Verfügung stellen, ist nach diesseitiger Auffassung nicht zweckdienlich, weil wenige Marktteilnehmer ohne eine gesonderte Absicherung bereit sein werden, mit dem Finanzinstitut in Schieflage zu kontrahieren.

Die EU-Verordnung über die Sanierung und die Liquidation von Kreditinstituten leistet keinen entscheidenden Beitrag für die Sanierung oder die Abwicklung globaler Finanzgruppen, weil sie für die Abstimmung der anwendbaren Regelungen über die Abwicklung der grenzüberschreitend tätigen Finanzinstitute und für die Sanierung von Konzerngruppen mit Tochniederlassungen in anderen EU-Mitgliedstaaten oder Tochniederlassungen oder Zweigniederlassungen mit Belegenheit außerhalb der EU keine Lösung anbietet. Das Bankaufsichtsrecht, das Bankenreorganisations- und das Bankenrestrukturierungsrecht und Konkursrecht sind nicht vereinheitlicht und in ihrer Anwendung nicht verzahnt. Diese Anpassungslücke verringert die Durchgriffskraft eines jeglichen Lösungsansatzes zur Bankenrestrukturierung erheblich.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kann anordnen, dass das Vermögen und die Verbindlichkeiten eines Finanzinstituts gegen die Gewährung von Anteilen am übernommenen Rechtsträger im Wege der Ausgliederung übertragen werden, sofern neben einer Bestandsgefährdung auch eine Systemgefährdung besteht. Allen Vorschlägen zur Einrichtung eines besonderen Insolvenzverfahrens ist gemeinsam, dass sie erst dann eingreifen, wenn das Finanzinstitut in der Krise nicht mehr eigenverantwortlich zur Krisenbekämpfung tätig wird.

Das Trennbankensystem ist inhaltlich abzulehnen, weil es als Krisenvermeidungsinstrument ungeeignet ist. Nicht der Eigenhandel, sondern die falsche Risikobewertung von bestimmten Positionen war der Auslöser für die Liquiditäts- und Kreditkrise der Jahre 2007 bis 2009.

Im Ergebnis können keine Synergien zwischen der Einlagensicherung und den Rettungs- und Abwicklungsfonds festgestellt werden, die der Finanzierung der Rettungs- und Abwicklungsfonds dienen können. Die Rettungs- und Abwicklungsfonds sollten ex-post finanziert werden. Ohne eine geeignete Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds ist die Einführung von Rettungs- und Abwicklungsfonds nicht als Mittel zur Krisenvermeidung und -bekämpfung geeignet. Eine Zuteilung von Mitteln aus einem Abwicklungsfonds nach dem Prinzip, dass die Institute mit dem größtem Risikopotential und der geringsten Risikotoleranz in den

Genuss von Geldern kommen sollen, die die gesamte Industrie aufgebracht hat, erscheint ordnungspolitisch bedenklich.

Im Ergebnis wurde durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen eine Rechtssicherheit für standardisierte Geschäfte geschaffen und die Krisenplanung und –vorsorge für die teilnehmenden Institute für den Konkursfall erleichtert. Die Bank- und Transaktionssteuern erscheinen als Mittel der Krisenvorsorge oder –bekämpfung ungeeignet.

(c) Zwischenergebnis zum ersten Teil, der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen

Der Begriff der international tätigen Finanzinstitute umfasst die Finanzunternehmen, die konsolidierte Firmen oder Ausgliederungsstrukturen im Ausland unterhalten. Die eigenverantwortliche Krisenplanung umfasst vor allem die unternehmensgesteuerten Reorganisations- und Restrukturierungsmaßnahmen zur Abwehr oder als Konsequenz einer erheblichen oder grundlegenden Sanierungsbedürftigkeit.

Die Notwendigkeit einer Krisenplanung ergibt aus der Vernetzung von Finanzinstituten, aus der Laufzeitinkongruenz, den Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung des Finanzinstituts oder aus dem systemrelevanten und schwer ersetzbaren Beitrag eines Finanzinstituts für den jeweiligen Markt.

Durch die Anerkennung der Systembedeutsamkeit eines Finanzinstituts wird ein faktischer Bestandsschutz für das Finanzinstitut geschaffen. Ein faktischer Bestandsschutz führt zu einem moralischen Dilemma für den betroffenen Staat.

Der Ansatz zu Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sollte konzernweit sein. Die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten abgestuft, individualisiert und strukturneutral sein. Die internationale Durchsetzbarkeit der Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollte bereits im Vorfeld einer Krise geklärt sein.

Im Rahmen der Umsetzung eines G-8 Beschlusses zum Krisenmanagement von Finanzinstituten schlug die EU-Kommission Maßnahmen eigenverantwortlicher Krisen-

planung von Finanzinstituten vor. Das deutsche Restrukturierungsgesetz, der britische Financial Services Act und der US-amerikanische Dodd-Frank Act fordern von systemrelevanten Finanzinstituten einen Reorganisations- und einen Restrukturierungsplan.

Die Freiheit einer Finanzholding, grenzüberschreitend und rechtseinheitsübergreifend rechtzeitige Liquiditätsunterstützung innerhalb des Konzerns zu gewähren, ist die beste Vorsorge um etwaigen Liquiditätsschwierigkeiten innerhalb des Konzerns vorzubeugen und zu begegnen. Maßnahmen zur Liquiditätsunterstützung sind zur Krisenvermeidung oder –verzögerung immer wirksam, zumindest vorübergehend.

Die Aufsichts- und die Abwicklungsbehörden sollten verpflichtet sein, die ausländischen Konkurs-, Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen anzuerkennen. Das Bankaufsichtsrecht, das Bankenreorganisations- und das Bankenrestrukturierungsrecht und Konkursrecht sind nicht vereinheitlicht und in ihrer Anwendung nicht verzahnt. Diese Anpassungslücke verringert die Durchgriffskraft eines jeglichen Lösungsansatzes zur Bankenrestrukturierung erheblich.

Das Trennbankensystem ist inhaltlich abzulehnen, weil es als Krisenvermeidungsinstrument ungeeignet ist. Ohne eine geeignete Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds ist die Einführung von Rettungs- und den Abwicklungsfonds nicht als Mittel zur Krisenvermeidung und –bekämpfung geeignet. Eine Zuteilung von Mitteln aus einem Abwicklungsfonds nach dem Prinzip, dass die Institute mit dem größtem Risikopotential und der geringsten Risikotoleranz in den Genuss von Geldern kommen sollen, die die gesamte Industrie aufgebracht hat, erscheint ordnungspolitisch bedenklich.

Im Ergebnis wurde durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen eine Rechtssicherheit für standardisierte Geschäfte geschaffen und die Krisenplanung und –vorsorge für teilnehmende Institute für den Konkursfall erleichtert. Die Bank- und Transaktionssteuern erscheinen als Mittel der Krisenvorsorge oder –bekämpfung ungeeignet.

Die Kapitalisierungsanforderungen und die Liquiditätsunterstützung sind Instrumentarien der Aufsichtsbehörden. Die besondere Insolvenzverfahren greifen erst, wenn das Finanzinstitut in der Krise nicht mehr eigenverantwortlich tätig ist. Die Vorgaben des Trennbankensystems, die Abgaben zum Zwecke, einen Krisenfonds zu bilden, sowie die Bank- und Transaktionssteuern lassen den Finanzinstituten einen geringeren Spielraum zu eigenverantwortlichen Maßnahmen. Die oben untersuchten Ansätze zur Krisenvorbeugung und -bekämpfung stellen im Ergebnis keine Alternativen zu den eigenverantwortlichen Maßnahmen der Finanzinstitute für die Krisenvermeidung oder Krisenbekämpfung dar.

Im Anschluss an die Betrachtung der Krisenverhütung und der Krisenbewältigung im Allgemeinen werden im zweiten Teil dieser Untersuchung die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren als Mittel der Krisenvermeidung oder Krisenbekämpfung im Besonderen betrachtet.

ZWEITER TEIL: DAS REORGANISATIONS- UND DAS RESTRUKTURIERUNGSVERFAHREN IM BESONDEREN

Im zweiten Teil werden unter (a) die allgemeinen Grundsätze, die Inhalte und die wesentlichen technischen Aspekte der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren betrachtet, und sodann unter (b) die besonderen Umsetzungsschwierigkeiten der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren.

a) Die allgemeinen Grundsätze, die Inhalte und die wesentlichen technischen Aspekte der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

Im diesem Kapitel werden unter (i) zunächst die Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren untersucht. Anschließend werden unter (ii) die Inhalte der Reorganisationspläne erörtert, unter (iii) die Inhalte der Restrukturierungspläne und unter (iv) die wesentlichen technischen Aspekte von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen und –verfahren aus deutscher Sicht.

(i) Die Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

In diesem Abschnitt werden die Grundsätze der Krisenplanung der Finanzinstitute für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dargestellt. Zunächst wird unter (aa) das Ziel, der Zweck und die Struktur von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren untersucht, dann unter (bb) die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf die systemrelevanten Finanzinstitute, unter (cc) die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf bestimmte Arten von Finanzinstituten und die Einbeziehung der inländischen Zweigniederlassungen und der Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen in den Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne, unter (dd) die Beschränkung des An-

wendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Größe eines Kreditinstituts, die Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, dahingehend dass eine Bestandsgefährdung erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte, unter (ee) die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts, die erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen könnte, unter (ff) die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts, unter (gg) die Verantwortlichkeit der Aufsichtsbehörden für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und unter (hh) die generelle Forderung nach einer eigenverantwortlichen Entwicklung der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne durch die Finanzinstitute als eine Abkehr der vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgeschlagenen Kriterien zur Bestimmung seines Anwendungsbereichs.

Die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren, im Hinblick auf die eigenverantwortliche Krisenbekämpfung und –bewältigung, meinen im Wesentlichen die Umsetzung der Reorganisations- und Restrukturierungspläne. Die Reorganisationspläne und die Restrukturierungspläne sind eine wichtige Grundlage für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren. Der Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne sollte daher mit dem Anwendungsbereich der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren gleichlaufen, soweit die eigenverantwortliche Krisenplanung von Finanzinstituten betroffen ist. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird daher der Anwendungsbereich für Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne als mit dem Anwendungsbereich von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren austauschbar betrachtet, soweit die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten offenstehen.

(aa) Das Ziel, der Zweck und die Struktur der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

In diesem Unterabschnitt wird zunächst das Ziel und der Zweck von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dargestellt. Danach wird untersucht, ob die Reorganisations- und die Restrukturierungsverfahren einer vorgegebenen Struktur folgen sollen.

Das Ziel der Reorganisationsverfahren ist die Krisenabsicherung und die Krisenvorsorge durch Mechanismen, um eine Krise zu vermeiden oder um ihre Auswirkungen abzumildern. Die Restrukturierungsverfahren dienen der Krisenabwicklung durch Mechanismen, um ein kontrolliertes Scheitern zu ermöglichen (structured resolution) und um dadurch die Auswirkungen eines Scheiterns großer Finanzinstitute auf die Gesamtwirtschaft zu begrenzen. Die Krisenplanung für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren ist der eigenverantwortlichen Planung von Finanzinstituten in besonderem Masse zugänglich.

Die Krisenplanung hat zur Aufgabe, die grundsätzlichen Interessenkonflikte der betroffenen Parteien zu identifizieren und zu lösen oder abzumildern. Die Kunden wollen darauf vertrauen dürfen, dass ihr Vermögen im Falle einer Krise sicher ist²⁸². Die Eigentümer sind am Erhalt des Finanzinstituts interessiert, die Gläubiger an der fristgerechten Bedienung der Verbindlichkeiten, der Markt an einer Aufrechterhaltung der Dienstleistungen und an der Vermeidung einer Übertragung der Krise auf andere Marktteilnehmer oder auf andere Märkte, der Steuerzahler daran, dass er nicht wirtschaftlich für das Versagen eines einzelnen Marktmitglieds einzutreten hat, eine Rechtseinheit an ihrem rechtlichen Fortbestand und ein Finanzkonzern an einer Isolierung der Folgen des Scheiterns auf die gescheiterten Rechtseinheiten, Produktgruppen oder Dienstleistungen. Die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und -pläne sollen die Krisenwiderstandsfähigkeit und Krisenbewältigungskapazität eines Finanzinstituts sicherstellen, erhöhen und demonstrieren, die Verletzbarkeit eines Instituts in verschiedenen Stresssituationen aufzeigen, und die Mittel darstel-

²⁸² Financial Services Authority, Enhancing the Client Assets Sourcebook, Consultation Paper 10/09, March 2010, S. 6, abrufbar unter http://www.bba.org.uk/content/1/c6/01/79/32/BBA_response_to_CP_10_9_Enhancing_the_Client_Assets_Sourcebook.pdf.

len, wie diesen Verletzbarkeiten begegnet werden kann. Die Kernfunktionen eines Finanzinstituts und das Finanzinstitut als solches sollen trotz und während einer Krise erhalten bleiben²⁸³.

Im Folgenden wird zunächst untersucht, bis zu welchem Grade die Reorganisations- und Restrukturierungspläne und die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren standardisiert sein sollen und bis zu welchem Grade sie individualisiert sein dürfen, und ob die Anforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren unternehmensstrukturneutral sein sollen oder ob eine bestimmte Unternehmensstruktur seitens des Gesetzgebers und der Finanzaufsicht vorgegeben werden soll. Im Anschluss daran wird untersucht, ob der Ansatz zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen landesbezogen, rechtseinheitsbezogen oder konzernweit sein sollte.

Die Reorganisations- und die Restrukturierungspläne eines Finanzinstituts sollen eine Krisenabwicklung des Finanzinstituts erleichtern, ohne die Krisenwiderstandsfähigkeit des Finanzinstituts zu verringern. Die Krisenwiderstandsfähigkeit ist grundsätzlich in geographisch und nach Geschäftseinheiten diversifizierten und grenzüberschreitend nach gleichen Risikominimierungsgrundsätzen geführten Firmen besonders hoch. Die strukturellen Vorgaben eines Gesetzgebers oder einer Aufsichtsbehörde bilden notwendigerweise eine Rechtseinheits- und Landesperspektive ab. Die strukturellen Vorgaben eines Gesetzgebers oder einer Aufsichtsbehörde an die Rechtseinheits-, die Geschäfts-, die Aufbau- und die Ablaufstruktur eines Finanzinstituts vermindern die natürliche Krisenwiderstandsfähigkeit eines international tätigen Finanzinstituts aufgrund seiner Diversifizierung. Daraus folgt nach der Auffassung des Verfassers, dass die strukturellen Vorgaben eines Gesetzgebers oder einer Aufsichtsbehörde an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne gegenüber der Rechtseinheits-, der Geschäfts-, der Aufbau- und der Ablaufstruktur eines Finanzinstituts neutral sein müssen.

Um die Risiken der Liquiditäts- und der Kreditkrisen finanzsektorweit limitieren zu können, sollten die Anforderungen an die Darlegung der Grundstrukturen der Risiko-

²⁸³ Vgl. BBA, Recovery & Resolution Plans, Some Wider Principles, to FSA, HMT, BoE, 31 March, 2010, no. 4, 5.

anpassung, der Kapital- und der Liquiditätsvorkehrungen und der Informationen für eine rasche Auflösung nach der Auffassung des Verfassers an alle Finanzinstitute gleichermaßen adressiert sein. Der geforderte Grad an Detaildarstellung und -planung aber muss notwendigerweise das Risikoprofil einer spezifischen Firma, die Größe und die Wahrscheinlichkeit eines möglichen Ausfalls und die Auswirkungen eines solchen Ausfalls abbilden²⁸⁴. Die Produktstruktur, der Grad an Diversifizierung, die Qualität der Risikomodelle, der Grad an interner und externer grenzüberschreitender Vernetzung und die Krisenerfahrung der Firmenleitung sind Kriterien, die die Wahrscheinlichkeit und die Auswirkungen eines Ausfalls beeinflussen können.

Im Ergebnis erscheint daher eine abgestufte, individualisierte und strukturneutrale Vorgehensweise, angepasst an die Risikostruktur und die Komplexität des jeweiligen Finanzinstituts (proportionality, individuality, neutrality), als angemessen. Die notwendigen Informationen für einen wirksamen Krisenplan müssen folglich einzelfallbezogen von den Aufsichtsbehörden und den Finanzinstituten gemeinsam bestimmt werden²⁸⁵. Die Geschäfts- und die Rechtseinheitenstruktur und die operationelle Einrichtung des jeweiligen Finanzinstituts bietet sich als maßgeblicher Rahmen eines Reorganisations- oder Restrukturierungsplans an, damit ein größtmöglicher Wirkungsgrad des Reorganisations- und Restrukturierungsplans erreicht wird. Die Individualisierung des Plans wird konsequenterweise nach Auffassung des Verfassers durch institutsangepasste, zeitlich beschränkte²⁸⁶ und nicht standardisierte (non-hard coded intervention benchmarks and triggers²⁸⁷) Maßnahmen der Aufsichtsbehörden ergänzt²⁸⁸.

Für eine abgestufte, individualisierte und strukturneutrale Vorgehensweise an die Reorganisations- und Restrukturierungsplanung spricht auch der Grundsatz unter-

²⁸⁴ So auch European Commission, COM(2010) 579, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank, An EU Framework Crisis Management in the Financial Sector (unveröffentlichter Entwurf), S. 5.

²⁸⁵ Vgl. Institute of International Finance, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, 22 December, 2009, S. 12.

²⁸⁶ Committee of European Banking Supervisors, CEBS's Advice on the EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 15 June, 2010, S. 2.

²⁸⁷ British Bankers Association, BBA Response to Commission Staff Working Document on EU Cross-Border Crisis Management Framework, 2 February, 2010, Nr. 5.

²⁸⁸ Institute of International Finance, Urs Rohner, Re: European Commission Services' Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 20 January, 2010, S. 9.

nehmerischer Freiheit. Die rechtliche Struktur eines Konzerns ist vom gewählten Geschäftsmodell sowie von den lokalen gesetzlichen, aufsichtsrechtlichen, und steuerlichen Aspekten beeinflusst. Die Reorganisations- und Restrukturierungspläne dürfen nach den ordnungspolitischen Grundsätzen nicht ein Mittel für die Aufsichtsbehörden darstellen, um in die unternehmerische Freiheit eingreifen und das Firmenmodell grundlegend umgestalten zu können. Es erscheint allerdings im Hinblick auf diese unternehmerische Freiheit nach Auffassung des Verfassers legitim zu fordern, dass die firmenstrukturbedingte Verlässlichkeit der Abwicklung und die firmenstrukturbedingte Flexibilität der Risikoanpassung in Bezug auf die geforderte kapital- und liquiditätsmäßige Ausstattung des Finanzinstituts aufsichtsrechtliche Konsequenzen haben soll, die finanzinstitutsspezifisch sind. Der Übergang zwischen der Routineaufsicht der Aufsichtsbehörden, den Berichtspflichten des Finanzinstituts in Bezug auf seine eigenverantwortliche Krisenmanagementmaßnahmen und dem aufsichtsrechtlichen Einschreiten ist notwendigerweise fließend²⁸⁹.

Im Folgenden wird untersucht, ob der Ansatz zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen landesbezogen, rechtseinheitsbezogen oder konzernweit sein sollte.

Die anwendbaren gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Regelungen stellen Landesrecht dar. Dies mag für einen landesbezogenen Ansatz von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sprechen. Eine Mehrzahl landesbezogener Reorganisations- und Restrukturierungspläne zuzulassen birgt aber das Risiko, dass die Ziele und die Vorgehensweise der Krisenplanung unkoordiniert oder gar widersprüchlich sind und damit die Wirksamkeit einer Krisenvorsorge und einer Krisenbekämpfung in Frage stellen. Den lokalen besonderen Schutzinteressen kann grundsätzlich durch lokale Regelungen Rechnung getragen werden, etwa durch einen Auskehrungsschutz für die Einleger oder durch Anforderungen an die Liquiditätsausstattung der Zweigniederlassung eines ausländischen Finanzinstituts. Ein landesbezogener Ansatz zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen ist daher nicht notwendig und auch nicht vorzugswürdig.

²⁸⁹ Committee of European Banking Supervisors, CEBS's response to the European Commission's Communication on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 19 January, 2010, S. 10.

Die anwendbaren gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Regelungen betreffen immer diejenigen Rechtseinheiten, die dem entsprechenden Landesrecht unterfallen. Dies mag für einen rechtseinheitsbezogenen Ansatz zu Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sprechen. Die Rechtseinheiten sind aber durch ihre Ablauf- und Aufbauorganisation rechtseinheitsübergreifend aufgestellt. In Anbetracht des Grades an der Vernetzung der Rechtseinheiten ist ein rechtseinheitsbezogener Ansatz zu Reorganisations- und Restrukturierungsplänen daher ebenso wie ein landesbezogener Ansatz abzulehnen.

Sowohl die Auswirkungen einer Krise als auch die Krisenvorsorge- und Krisenbekämpfungsoptionen betreffen immer eine ganze Konzerngruppe, was einen konzernweiten Ansatz nahe legen mag. Eine Krise in einer Zweigniederlassung oder in einem konsolidierten Unternehmen einer international tätigen Konzerngruppe wird typischerweise durch eine Unterstützung auf der Konzernebene gelöst, damit die Kreditwürdigkeit des Konzerns nicht Schaden leidet. Daraus folgt, dass das Hauptaugenmerk der Krisenplanung auf solchen Krisen liegen sollte, die konzernrelevant sind (material). Eine eigenverantwortliche Krisenplanung ist notwendigerweise besonders effektiv, wenn sie sich nahtlos in die Konzernstruktur einfügt. Der Ansatz zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sollte also konzernweit sein.

Daraus folgt nicht, dass die Reorganisations- und die Restrukturierungsplanung keine Antwort auf die gesetzlichen und die aufsichtsbehördlichen Vorgaben auf Landes- und Rechtseinheitsebene haben muss, die in die entsprechenden Pläne einfließen müssen. Die Komplexität des Ansatzes zu den Reorganisations- und den Restrukturierungsplänen liegt darin, dass auf der einen Seite der Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden auf Landes- und Rechtseinheitsebene handeln, und dass auf der anderen Seite die Krisenplanung besonders effektiv ist, wenn sie sich nahtlos in die Konzernstruktur einfügt.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren, im Hinblick auf die eigenverantwortliche Krisenbekämpfung und –bewältigung, die Umsetzung der Reorganisations- und Restrukturierungspläne meinen. Die Reorganisations- und Restrukturierungspläne eines Finanzinstituts sollen eine Krisenabwicklung des Finanzinstituts erleichtern, ohne die Krisenwi-

derstandsfähigkeit des Finanzinstituts zu verringern. Die strukturellen Vorgaben eines Gesetzgebers oder einer Aufsichtsbehörde an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne müssen gegenüber der Rechtseinheits-, der Geschäfts-, der Aufbau- und der Ablaufstruktur eines Finanzinstituts neutral sein. Eine abgestufte, individualisierte und strukturneutrale Vorgehensweise, angepasst an die Risikostruktur und die Komplexität des jeweiligen Finanzinstituts, erscheint als angemessen. Der Ansatz zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sollte konzernweit sein.

Nach der Darstellung des Ziels, des Zwecks und der Struktur der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren wird im Folgenden betrachtet, ob der Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf systemrelevante Finanzinstitute beschränkt sein sollte.

(bb) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf die systemrelevanten Finanzinstitute

Die Diskussion um die Notwendigkeit von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen wurde durch eine Besorgnis um das Scheitern systemrelevanter Finanzinstitute ausgelöst. Nicht-systemrelevante Finanzinstitute, so dieses Verständnis, könnten ohne dramatische Folgewirkungen für das Finanzsystem und darüber hinausgehend für die Gesamtwirtschaft und ohne Konsequenzen für den Steuerzahler in Konkurs gehen.

Oben zu der Notwendigkeit der Krisenplanung von Finanzinstituten wurde dargestellt, dass sich aus der bloßen Größe eines Finanzinstituts die Notwendigkeit einer Krisenplanung für dieses Finanzinstitut nicht ableiten lässt. Es wurde weiter dargestellt, dass sich aber die Notwendigkeit einer Krisenplanung aus der Vernetzung von nicht konzernverbundenen Finanzinstituten miteinander, aus der Vernetzung von Finanzinstituten innerhalb eines Konzerns, aus der Laufzeitinkongruenz, den Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung des Finanzinstituts oder aus dem systemrelevanten und nur schwer ersetzbaren Beitrag eines Finanzinstituts für den jeweiligen Markt ergeben kann.

Nach Art. 1, § 1 I S.1 des gemeinsamen Diskussionsentwurfs des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems (Referentenentwurf), i.d. Fassung vom August 2009, dem Entwurf eines Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes, war die grundsätzliche Anwendbarkeit des Gesetzesentwurfs auf systemrelevante Kreditinstitute beschränkt.

Unzweifelhaft würde das Scheitern mancher Institute größere Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft haben als das Scheitern anderer. Daraus folgt aber nach diesseitigem Dafürhalten nicht von vorneherein, dass nicht systemrelevante Finanzinstitute oder weniger systemrelevante Finanzinstitute vom Kreis derjenigen Finanzinstitute, die Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzulegen haben, ausgenommen werden sollten.

Eine Systemrelevanz ist nach § 1 I, S.2 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf gegeben, wenn eine Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts durch seine Größe, die Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte. Die Definition der Systemrelevanz in § 1 I, S.2 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf wird gleichermaßen verwendet in der Aufsichtsrichtlinie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht²⁹⁰, die eine intensiviertere laufende Überwachung systemrelevanter Institute durch die Anstalt vorsieht.

Es wurde diskutiert, den Kreis der betroffenen Institute noch weiter zu fassen, den Begriff der Systemrelevanz gänzlich außen vor zu lassen, und alle lizenzierten Finanzinstitute zu erfassen:

²⁹⁰ Art. 6 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie (der BaFin) zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank (AufsichtsRL) in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.2.2008, abrufbar unter http://www.bafin.de/SharedDocs/Aufsichtsrecht/DE/Richtlinien/rl__080221__aufsichtsrichtlinie.html.

Untersucht wurde, ob nicht die Forderung nach der Sanierungs- und Reorganisationsvorsorge und nach Plänen zur Sanierung oder Reorganisation, für den Fall dass die Vorsorge fehlgeschlagen ist, für alle Finanzinstitute gelten sollte, und nicht lediglich für systemrelevante. Der Bundesverband Deutscher Banken schlug vor, alle Unternehmen zu erfassen, die systemische Risiken begründen können²⁹¹, im Ergebnis also alle Finanzinstitute. Falls die Pläne nur von den systemwichtigen Banken gefordert werden, mag ein Missverständnis im Markt dahingehend entstehen, dass zu erwarten ist, dass diese Institute im Falle ihres Scheiterns so umgewandelt werden, dass sie ihre Schuldner bedienen können, was zu Ungleichgewichten in der Refinanzierungsstruktur vor dem Krisenfall führt²⁹². Um ein solches Missverständnis zu vermeiden, sollten deshalb, so der Bundesverband Deutscher Banken, Vorsorgepläne von allen lizenzierten Finanzinstituten gefordert werden.

Systemische Risiken (anstatt Systemrelevanz) auf die der Bundesverband Deutscher Banken abstellte, verdienen eine vertiefte Betrachtung: Die Unterschiedlichkeiten der möglichen Ansätze zur Krisenbewältigung, anknüpfend an entweder systemwichtige Institute oder an systemische Risiken, wurde vom Institute of International Finance (IIF) in einer Untersuchung herausgearbeitet²⁹³. Systemische Risiken sind nach dem Institute of International Finance dann anzunehmen, wenn eine Beeinträchtigung von zumindest Teilen des Finanzsystems negative Konsequenzen für die Gesamtwirtschaft hat²⁹⁴. Systemische Risiken sind grenzüberschreitender Natur, so dass die Lösung systemischer Krisen grenzüberschreitende Ansätze zeitigen muss²⁹⁵. Das Institute of International Finance beschreibt systemwichtige Institute als große, grenzüberschreitend tätige Institute, die den Welthandel und das Wachstum befördern, und den Zugang zu den Fremdwährungs- und den Absicherungsprodukten gewährleisten. Systemwichtige Institute, so das Institute of International Finance, mildern die Auswirkung von Wirtschaftskrisen ab, weil sie die Übernahme gescheiterter

²⁹¹ Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, S. 9, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmärkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

²⁹² Thomas Huertas, Vice Chairman, Committee of European Banking Supervisors, and Director, Banking Sector, Financial Services Authority (UK), Policy of too big to fail is too costly to continue, Financial Times, March 23, 2010.

²⁹³ Institute of International Finance, Systemic Risk and Systemically Important Firms: An Integrated Approach, May 2010.

²⁹⁴ IIF, a.a.O., S. 18.

²⁹⁵ IIF, a.a.O., S. 73.

Institute ermöglichen, die Refinanzierung von Firmen sichern, und Kapital für Bedarfsregionen zur Verfügung stellen²⁹⁶.

Ein systemisches Risiko hat nach dem Institute of International Finance seine Ursache in der Verflochtenheit (interconnectedness) und der mangelnder Ersetzbarkeit (substitutability) und ist nur zum Teil von der Größe (size) abhängig²⁹⁷. Das Institute of International Finance schlägt daher vor, die Lösung von systemischen Krisen darin zu suchen, dass das Finanzsystem durch die Stärkung der Krisenresistenz aller Finanzinstitute robuster gemacht wird, etwa durch die Stärkung der Kapital- und Liquiditätsbasis, der Überarbeitung von Positionsbewertungsmodellen und -verfahren und der Kompensationsmodelle²⁹⁸.

Rechtsvergleichend sei auf den Schlussbericht der schweizerischen Expertenkommission hingewiesen, der eine Abtrennbarkeit der systemrelevanten Funktionen vorschlägt, entweder durch die rechtliche Ausgliederung oder durch die Beschränkung der Verflechtungen²⁹⁹. Auch das Augenmerk der Expertenkommission ist also auf die Systemrelevanz der Funktionen und Risiken, nicht aber der Finanzinstitute selbst gerichtet.

Nach Auffassung des Verfassers spricht für die Aufgabe des Erfordernisses der Systemrelevanz der Finanzinstitute insbesondere die folgende Überlegung: Ex-ante ist kaum bestimmbar, welche Unternehmen in Schieflagen geraten können. Eine Produktkrise mag sich in einem kleineren Bankhaus, wie z.B. der britischen Bradford & Bingley, manifestieren und mag, falls die Krise nicht mit schnellen klaren Lösungen begrenzt wird, auf alle Anbieter dieses Produktsegmentes übergreifen, gegebenenfalls verstärkt durch die Erhöhung oder die Verwirklichung von Kreditrisiken. Ob eine Krise Ansteckungsgefahren für andere Marktteilnehmer birgt, hängt mehr von den psychologischen Wahrnehmungsmustern anderer Marktteilnehmer ab als von den messbaren Beiträgen zu systemischen Schaltstellenfunktionen³⁰⁰. Nach der hier vertretenen Auffassung ist daher mindestens ebenso viel Augenmerk zu legen auf die

²⁹⁶ IIF, a.a.O., S. 10 f.

²⁹⁷ IIF, a.a.O., S. 12.

²⁹⁸ IIF, a.a.O., S. 24, 56 f.

²⁹⁹ Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 30.9.2010, S. 38.

³⁰⁰ Christoph Ohler, Bankensanierung als staatliche Aufgabe, WiVerw 2010, 57.

Krisenvorsorge wie auf ihre Bewältigung, und die Vorsorgeplanung sollte ein Bestandteil von Krisenbewältigung sein.

Es dient nach diesseitiger Auffassung der Stabilisierung des Finanzmarktes, wenn eine Krisenvorsorge und eine entsprechende Vorsorgeplanung von allen Finanzinstituten verlangt wird.

Der noch im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems verwendete Begriff der Systemrelevanz von Kreditinstituten wurde im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz aufgegeben. Daraus folgt, dass das Sanierungsverfahren auch für nicht systemrelevante Institute durchzuführen ist³⁰¹. Dies ist nach Auffassung des Verfassers zu begrüßen, weil es nach der Auffassung des Verfassers auf die Systemik von Risiken und nicht auf diejenige von Finanzinstituten ankommen soll, und das Hauptaugenmerk auf die Krisenvorsorge und -bekämpfung gelegt werden sollte und weil die Vorgaben nicht erst bei der Lösung einer bereits eingetretenen Krise ansetzen sollten³⁰². Nach der Begründung der Entwürfe eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für die Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010, war das aber nicht gewollt³⁰³. Die-

³⁰¹ Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Insolvenzrechtsausschuss

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), (gemeinsamer Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen, Stand: 05.07.2010), 27. Juli 2010, S.6.

³⁰² Die Familienunternehmer ASU, Stellungnahme, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Anhörung Bundesfinanzministerium, 22. Juli 2010, 19. Juli 2010, unveröffentlicht, S. 2: "Weiter kommt der grundlegenden Frage Bedeutung zu, wie die Anreize bankenseitig dazu verbessert werden können, Sanierungsmaßnahmen rechtzeitig einzuleiten. Nur eine früh eingeleitete Sanierung ist eine auch Erfolg versprechende. Solange es den betroffenen Kreditinstituten überlassen bleibt, die Sanierung (früh) einzuleiten, müssen bei diesen auch die Anreize für frühe Sanierungsstarts gesetzt werden".

³⁰³ Die Begründungen weisen mehrfach auf Systemrelevanz hin: Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium der Finanzen, Referentenentwurf, Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Bearbeitungsstand 05.07.2010, 16:14 Uhr, S. 1, 54; Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium der Finanzen, Kabinettsbeschlussvorschlag, Geset-

se Unschärfe ist nach diesseitiger Auffassung nicht problematisch, weil nach diesseitiger Auffassung die Systemrelevanz als Einschränkungskriterium der Anwendbarkeit eines Sanierungsverfahrens abzulehnen ist.

Im Ergebnis sollten nach der Auffassung des Verfassers nicht alle Institute als systemrelevant bezeichnet werden, sondern, dem Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010 folgend, es sollte der Begriff der Systemrelevanz von Kreditinstituten gänzlich aufgegeben werden, um Missverständnisse auszuschließen³⁰⁴. Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten grundsätzlich von allen Finanzinstituten gefordert werden.

Nach der Darstellung des Ziels, des Zwecks und der Struktur der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und des Anwendungsbereichs der Reorganisationsplänen und Restrukturierungspläne auf grundsätzlich alle und nicht nur auf die systemrelevanten Finanzinstitute wird im Folgenden untersucht, ob der Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf bestimmte Arten von Finanzinstituten beschränkt sein sollte und ob die inländischen Zweigniederlassungen und die Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen in den Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne einbezogen werden sollten.

(cc) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf bestimmte Arten von Finanzinstituten und die Einbeziehung der inländischen Zweigniederlassungen und der Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen in den Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne

In diesem Unterabschnitt wird zunächst betrachtet, ob der Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne auf bestimmte Arten von Finanzinstituten beschränkt werden sollte.

zesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 20. August 2010, S. 65.

³⁰⁴ Albrecht Müller, Die Lüge von der Systemrelevanz, FAZ, 23.11.2011.

Der Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems ist lediglich auf *Kreditinstitute* anzuwenden. Es muss daher geklärt werden, welche Typologien von Finanzinstituten vom Anwendungsbereich von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen erfasst sein sollen.

Wie oben im Ersten Teil unter Begrifflichkeiten ausgeführt, soll die vorliegende Fragestellung umfassend in Bezug auf alle Arten von Banken, Händlern und Finanzdienstleistern untersucht werden. Die Begrifflichkeiten "Banken", "Kreditinstitute", "Finanzkonzerne", "Händler", "Makler" oder dergleichen sollen daher für Zwecke dieser Untersuchung ersetzbar gebraucht werden und zusammenfassend als "Finanzinstitute" bezeichnet werden.

Soweit allerdings auf den Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems verwiesen wird, ist der Anwendungsbereich dieser Untersuchung auf Kreditinstitute beschränkt. Kreditinstitute sind nach § 1 I Kreditwesengesetz Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Die Bankgeschäfte umfassen im Wesentlichen das Einlagengeschäft, das Kreditgeschäft, das Diskontgeschäft, das Finanzkommissionsgeschäft, das Depotgeschäft, das Garantiegeschäft und das Emissionsgeschäft. Nach § 1 I Kreditwesengesetz kann ein Kreditinstitut i.S.d. § 1 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz³⁰⁵ also auch ein solches sein, das keine Kredite vergibt und kein Kreditrisiko trägt. Die Finanzdienstleistungsinstitute i.S.v. § 1 I a Kreditwesengesetz, die Finanzunternehmen i.S.v. § 1 III Kreditwesengesetz, die Finanzholding-Gesellschaften i.S.v. § 1 III a Kreditwesengesetz, die gemischten Unternehmen i.S.v. § 1 III b Kreditwesengesetz, die Anbieter von Nebendienstleistungen i.S.v. § 1 III c Kreditwesengesetz, die Wertpapierhandelsunternehmen i.S.v. § 1 III d Kreditwesengesetz, deren Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen sich auf Devisen oder Rechnungseinheiten beschränken und die Wertpapier- oder Terminbörsen i.S.v. § 1 III e Kreditwesengesetz sind keine Kreditinstitute i.S.d. Kreditwesengesetz, und damit

³⁰⁵ Klarstellend insofern der Kabinettsentwurf, der Kreditinstitute als solche i.S.d. § 1 I Kreditwesengesetz definiert.

vom Anwendungsbereich des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems ausgeschlossen.

Das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz) v. 9.12.2010 knüpft ausdrücklich an den Begriff des Kreditinstituts i.S.d. § 1 I Kreditwesengesetz an. Inhaltlich entspricht dies dem Anknüpfungspunkt des Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems. Durch die ausdrückliche Verweisung auf das Kreditwesengesetz im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz besteht aber keine Möglichkeit einer weiten Auslegung.

Zu untersuchen ist die Sachgerechtigkeit der Beschränkung des Anwendungsbereichs des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes auf lediglich Kreditinstitute.

Diese Untersuchung soll zunächst am Beispiel eines multilateralen Handelssystems (s. § 1, I a, Nr. 1 b Kreditwesengesetz) vorgenommen werden. Ein multilaterales Handelssystem ist eine börsenähnliche Handelsplattform eines Finanzdienstleistungsinstituts, an der Wertpapiere in direkter Konkurrenz mit den geregelten Märkten gehandelt werden. Der wichtigste Unterschied zwischen einem multilateralen Handelssystem und einem geregelten Markt ist darin zu sehen, dass keinerlei Anforderungen an die Emittenten zur Einbeziehung der Finanzinstrumente in den Handel bestehen und dass die Marktteilnehmer keinen Zulassungsfolgepflichten unterliegen. Die Wahrscheinlichkeit von Informationsdefiziten auf Seiten der Teilnehmer an einem multilateralen Handelssystem ist dadurch im Vergleich mit dem geregelten Markt erhöht. Informationsdefizite bergen das Risiko einer unzureichenden Risikoabsicherung. Multilaterale Handelssysteme stellen daher im Vergleich mit dem geregelten Markt im Krisenfälle ein größeres Risikopotential für die systemische Ausbreitung einer Krise dar. In Anbetracht des Wirkungsgrades dieser potentiell systemischen Auswirkungen eines multilateralen Handelssystems erscheint es daher sachgerecht, die Begriffsabgrenzung eines Kreditinstitutes i.S.d. Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes weiter zu ziehen, und die Finanzdienstleistungsinstitute mit einzubeziehen.

Nach der Betrachtung der Sachgerechtigkeit der Beschränkung des Anwendungsbereichs des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes auf die Kreditinstitute und des Ausschlusses von multilateralen Handelssystemen wird im Folgenden betrachtet, ob die Finanzholdinggesellschaften in den Anwendungsbereich eines Gesetzes zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens einbezogen sein sollten. Finanzholdinggesellschaften i.S.d § 1 III a Kreditwesengesetz sollten nach Auffassung des Verfassers in den Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes einbezogen sein, denn eine Krise im Holding-Mutterhaus, etwa ausgelöst durch eine branchenfremde Spekulation, wirkt sich unmittelbar auf die Kreditwürdigkeit einer Tochtergesellschaft aus. Falls die Tochtergesellschaft ein Kreditinstitut ist, bedeutet daher eine Krise der Finanzholdinggesellschaft auch gleichzeitig eine Krise der Banktochtergesellschaft.

Finanzkonglomerate i.S.v. § 51 a Kreditwesengesetz und Finanzunternehmen i.S.d § 1 III Kreditwesengesetz sollten nach Auffassung des Verfassers gleichfalls in den Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes einbezogen werden. Es ist nach diesseitigem Dafürhalten weiterhin nicht ersichtlich, warum Versicherungsunternehmen i.S.d. § 1 VI Kreditwesengesetz vom Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes³⁰⁶ ausgeschlossen sein sollen, denn sie sind eng verzahnt mit Finanzinstituten und sind den Risiken ausgesetzt, wie sie durch die Nutzung und das Angebot von Finanzprodukten entstehen, wie etwa die Krise um den weltgrößten Versicherer American International Group (AIG) gezeigt hat. Es kann daher de lege ferenda gefolgert werden, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten grundsätzlich auf alle Formen von Finanzinstituten angewendet werden sollte³⁰⁷.

Diskutiert wurde, ob die Sparkassen und die Landesbanken als öffentlich-rechtliche Anstalten vom Anwendungsbereich des des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes

³⁰⁶ So auch, in Bezug auf den Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf, Bankenfachverband, Referentenentwurf eines Restrukturierungsgesetzes, Artikel 3: Bankenabgabe, S. 3.

³⁰⁷ So im Ergebnis David Hoelscher / Stefan Ingves, International Monetary Fund, Bank Restructuring and Resolution, 2006, The Resolution of Systemic Banking System Crises, p.19 – „[to] follow a principle of equity and fair treatment...restructuring policies should be applied to all banks on a uniform basis“, und Gunnar Schuster / Lars Westpfahl, Neue Wege zur Bankensanierung – Ein Beitrag zum Restrukturierungsgesetz (Teil1), DB 2011, 222.

ausgenommen bleiben sollen, damit nicht in die Regelungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Sparkassenrechts und Verwaltungsorganisationsrechts eingegriffen wird³⁰⁸. Dem wurde aber entgegengehalten, dass im Hinblick auf die freiwillige Einleitung des Sanierungsverfahrens durch das Kreditinstitut sowie der Entscheidungskompetenz der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht über die Antragstellung hinreichend sichergestellt ist, dass nur solche Institute das Verfahren durchlaufen, für die dieses auch geeignet ist, und dass die Besonderheiten, die sich aus der Rechtsform des Kreditinstituts ergeben, wie etwa die fehlende Eignung bestimmter Instrumente für dieses Institut, im Rahmen der Prüfung des vorgelegten Sanierungs- bzw. Reorganisationsplans durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht hinreichend berücksichtigt werden können³⁰⁹. Auf der Basis der vorgehenden Überlegung ist keine Notwendigkeit ersichtlich, die Sparkassen und die Landesbanken als öffentlich-rechtliche Anstalten nicht de lege ferenda in den Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes einzubeziehen.

In Anbetracht des vorgeschlagenen Grundsatzes, alle Formen von Finanzinstituten in den Anwendungsbereich des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten mit einzubeziehen, ist fraglich, ob dies auch für die Zweigniederlassungen und die Tochterunternehmen ausländischer Finanzinstitute gelten soll.

Die Zweigniederlassungen ausländischer Institute sind nach § 53 Kreditwesengesetz, der in seinem Abs. I auf den Begriff des Kreditinstituts nach § 1 I Kreditwesengesetz verweist, grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems ein-

³⁰⁸ Bundesrat, Drucksache 534/1/10, Empfehlungen der Ausschüsse, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 4.10.2010, S.5.

³⁰⁹ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Oktober 2010 zum Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) – BR-Drucksache – Entwurf.

geschlossen³¹⁰. Dasselbe gilt für das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten vom 9.12.2010.

Fraglich ist, ob dies auch Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen, die kein Kreditgeschäft betreiben (also Nichteinlageinstitute, Versicherer etc.), einschließen soll. Wie oben dargelegt, sind die Nicht-Kreditinstitute je nach ihrer Geschäftsausrichtung denselben Produkt- und Marktrisiken wie die Kreditinstitute ausgesetzt, und die Auswirkungen ihres Scheiterns auf die Stabilität des Finanzsystems müssen nicht geringer sein, so dass eine Gleichbehandlung der Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen, die kein Kreditgeschäft betreiben, mit den Zweigniederlassungen ausländischer Kreditinstitute als angemessen erscheint.

Eine Einschränkung der Anwendbarkeit des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes sollte nach der Auffassung des Verfassers allerdings für die Zweigniederlassungen der ausländischen Finanzinstitute gelten, deren Konzerngruppe solchen Aufsichtsrechtsordnungen unterliegt, die vom Standard und der Umsetzung her den deutschen gesetzlichen Regelungen vergleichbar sind. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Reorganisations- und Restrukturierungspläne am wirksamsten, wenn sie auf einer Finanzgruppenbasis erstellt werden. Es wäre danach nicht sinnvoll, die Zweigniederlassungen anderen Standards zu unterstellen als den für die Konzerngruppe geltenden.

Kraft europaweiter Angleichung sollte eine Vergleichbarkeit der ausländischen Aufsichtsrechtsordnungen mit den deutschen gesetzlichen Regelungen im Falle von Konzernen mit einer Niederlassung *innerhalb* des Europäischen Wirtschaftsraums und von Zweigniederlassungen *innerhalb* des Europäischen Wirtschaftsraums angenommen werden. Entsprechend nimmt § 53 b Kreditwesengesetz die Zweigniederlassungen der Unternehmen mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes von einer lokalen Erlaubnispflicht einer Niederlassung aus. Die Zweigstellen ausländischer Institute des Europäischen Wirtschaftsraums sollten daher nach Auffassung des Verfassers nicht als Kreditinstitut i.S.d. Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes verstanden werden.

³¹⁰ So, zum Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, Gunnar Schuster / Lars Westpfahl, Neue Wege zur Bankensanierung – Ein Beitrag zum Restrukturierungsgesetz (Teil1), DB 2011, 222.

Im Folgenden wird untersucht, ob eine Vergleichbarkeit ausländischer Aufsichtsrechtsordnungen mit den deutschen gesetzlichen Regelungen auch für die Zweigniederlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums von Finanzgruppen mit einer Niederlassung *außerhalb* des Europäischen Wirtschaftsraums angenommen werden soll. Die Finanzgruppen mit einer Niederlassung außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums unterliegen bereits den an ihrem Heimatort geltenden Planungsvoraussetzungen. Wenn solche Finanzgruppen zusätzlich noch den am Gastort geltenden Planungsvoraussetzungen unterliegen, dann unterliegen sie durch die Doppelregelung im Ergebnis höheren Anforderungen als denjenigen, die für die Finanzgruppen mit Niederlassung innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums gelten. Fraglich ist daher, ob die Zweigniederlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums von den Finanzgruppen mit einer Niederlassung außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums, etwa von US-amerikanischen oder japanischen Instituten, höheren Anforderungen unterliegen sollen als denjenigen, die für die Finanzgruppen mit einer Niederlassung innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums gelten. In der praktischen Umsetzung wird dies wenig Besorgnis auslösen, da alle globalen Institute in London ein Tochterunternehmen unterhalten, das einen Europa-Pass besitzt: Geschäfte etwa einer deutschen Zweigstelle eines US-amerikanischen Konzerns können unschwer auf eine deutsche Zweigstelle der Londoner Tochtergesellschaft übertragen werden. Es scheint aber keinen sachlichen Grund zu geben, etwa die Zweigstellen von Finanzgruppen aus den G-20 Staaten, die nach dem Beschluss des Gipfeltreffens von Pittsburgh Reorganisationspläne zu erstellen haben, einer Doppelregelung zu unterwerfen, nämlich der des Heimat- und der des Gaststaates. Die möglichen Risiken einer Doppelregelung im Falle einer unzureichenden Abstimmung und der Unvereinbarkeit der regulatorischen Vorgaben erscheinen beträchtlich. Es erscheint auch unangemessen und praktisch schwer durchführbar, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht die Vergleichbarkeit der Regelungen des Konzernmutterstaates mit dem Heimatrecht im Einzelfall feststellen zu lassen.

Es sollten daher nach der Auffassung des Verfassers alle Zweigniederlassungen aller ausländischer Unternehmen *de lege ferenda* vom Anwendungsbereich des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten ausgeschlossen werden. Dem Vernehmen nach wurde in der Verbände-Anhörung zum Referentenentwurf die Auffas-

sung, dass die Zweigstellen ausländischer Institute des Europäischen Wirtschaftsraums nicht als Kreditinstitut i.S.d. Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems verstanden werden sollten, auch im Bundesministerium der Finanzen geteilt, ohne dass der Regierungsentwurf oder der Gesetzesentwurf aber eine Änderung gebracht hätten.

Dieselben Überlegungen sollten für die Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen gelten. Die Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen sind als Kreditinstitute i.S.d. Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes fraglos in den Anwendungsbereich des Gesetzes miteinbezogen³¹¹. Reorganisations- und Restrukturierungspläne sind aber nach Auffassung des Verfassers weniger wirksam, wenn sie nicht auf Finanzgruppenbasis erstellt werden. Eine Lösung auf Finanzgruppenbasis ist daher nach diesseitiger Auffassung der Stabilität des Finanzsystems zuträglich. Daher sollten alle Tochterunternehmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten ausgeschlossen sein. Konsequenterweise sollte dies auch so im Ausland gehandhabt werden.

Seitens des Verfassers wird *de lege ferenda* daher empfohlen, als Anknüpfungspunkt des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten alle Formen von Finanzinstituten einzuschließen, aber unter Ausschluss aller Zweigniederlassungen ausländischer Finanzgruppen unselbständiger wie selbständiger Art (sprich Tochterunternehmen).

Eine Änderung erscheint umso mehr erforderlich, als die Beitragspflicht nach § 2 des Gesetzes zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute solche Institute, die nicht rechnungslegungspflichtig sind, vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausschließt, was nach § 1 RechKredV und § 340 I, S.1 und IV S.1 HGB die Zweigniederlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums ausschließt. Es ist unklar, ob der Anwendungsbereich des Gesetzes zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, wonach Zweigniederlassungen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind, gegenüber dem Anwendungsbereich des Kre-

³¹¹ Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Rundschreiben, Anwendungsbereich Bankenabgabe, 25. August 2010.

ditinstitute-Reorganisationsgesetzes bewusst eingeschränkt wurde. Eine Klarstellung im Gesetz de lege ferenda erscheint deshalb erforderlich.

Rechtsvergleichend sei auf den Anwendungsbereich des Konsultationsvorschlags der Financial Services Authority zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen hingewiesen³¹². Dieser Konsultationsvorschlag beschreibt die Anforderungen an eine *Vorkrisenplanung*, wohingegen das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz die Anforderungen an eine *Krisenplanung* beschreibt. Der Anknüpfungspunkt ist also zeitlich verschieden, und die inhaltlichen Anforderungen demgemäß unterschiedlich, aber das Ziel der Bestimmung des Anwendungsbereiches ist dasselbe, weil der Erfassungsbereich der betroffenen Institute entscheidend dafür ist, welche Institute den Vorgaben zu der Erhaltung oder der Wiederherstellung der Stabilität der Finanzmärkte ausgesetzt sind. Der Anwendungsbereich des Konsultationsvorschlags der Financial Services Authority zu Reorganisations- und Restrukturierungsplänen soll über die Einlageinstitute hinaus alle Investmentfirmen erfassen, die Risiken für die Stabilität der Finanzmärkte darstellen können, insbesondere die 730 Investmentfirmen mit einer Bilanzsumme von mindestens £ 15 Mrd.³¹³ Alle wesentlichen internationalen Konzernbestandteile sollen erfasst sein, wohingegen unselbständige Zweigstellen ausländischer Institute vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sein sollen. Eine inhaltliche Ausdehnung des Anwendungsbereiches über Investmentfirmen hinaus auf Versicherer und andere Formen in Finanzinstituten ist angedacht³¹⁴. Dies entspricht der oben dargelegten Auffassung des Verfassers.

Zu untersuchen ist, ob durch den Ausschluss von sowohl Zweigniederlassungen als auch von Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen vom Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes Risiken für die Stabilität des Finanzsystems entstehen können. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ist nach § 25 Kreditwesengesetz und den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) berechtigt, generelle Anforderungen an die Sorgfalt und an die

³¹² Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011.

³¹³ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 10; Financial Services Authority, Draft Handbook text, CP11/16, August, 2011, Amendments to Financial Stability and Market Confidence Sourcebook (FINMAR), Recovery and Resolution Plans (FINMAR 4), 4.1.1 R (2).

³¹⁴ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 8.

Umfänglichkeit einer Notfallplanung von Zweigstellen und Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen geltend zu machen³¹⁵. Spezifische Anforderungen und Besorgnisse seitens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht können über die Heimataufsicht als Leiter des Krisenplanungsausschusses des Gremiums der Aufsichtsbehörden (Crisis Management Group of the College of Regulators) geltend gemacht werden. Im Interesse der Wahrung der Finanzstabilität sollte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nicht in direkter Einwirkung tätig werden. Im Ergebnis gibt es demzufolge Mechanismen, um zu verhindern, dass durch den Ausschluss von sowohl Zweigniederlassungen als auch von Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen vom Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisations-gesetzes Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems entstehen können.

Im Ergebnis sollte nach der Auffassung des Verfassers der Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisations-gesetzes grundsätzlich auf alle Formen von Finanzinstituten angewendet werden. Alle Zweigniederlassungen unselbständiger wie selbständiger Art (sprich Tochterunternehmen) sind vom Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisations-gesetzes de lege ferenda auszunehmen.

Nach der Darstellung des Ziels, des Zwecks und der Struktur der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und des Anwendungsbereichs von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen auf grundsätzlich alle und nicht nur auf die systemrelevanten Finanzinstitute sowie des Anwendungsbereichs von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen auf bestimmte Arten von Finanzinstituten und der Einbeziehung inländischer Zweigniederlassungen und der Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen in den Anwendungsbereich von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen werden im Folgenden weitere Beschränkungen des Anwendungsbereichs von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen untersucht. Solche weiteren Beschränkungen könnten sich aus der Größe eines Kreditinstituts, der Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, dahingehend dass eine Bestandsgefährdung erhebliche

³¹⁵ Rundschreiben 11/2010 (BA) vom 15.12.2010, An alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in der Bundesrepublik Deutschland, Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk.

negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte, ergeben.

(dd) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen im Hinblick auf die Größe eines Kreditinstituts, die Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, dahingehend dass eine Bestandsgefährdung erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte

Oben im Rahmen der Untersuchung des Anwendungsbereichs von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen wurde dargestellt, dass nach § 1 I, S.2 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf eine Systemrelevanz dann gegeben ist, wenn eine Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts durch die Größe, die Intensität seiner Interbankbeziehungen und die engen Verflechtungen mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte.

Es erscheint zunächst unklar, welches Maß anzulegen ist, um feststellen zu können, ob ein Kreditinstitut hinreichend groß ist, und ob seine Interbankbeziehungen hinreichend intensiv sind, dass eine Bestandsgefährdung des Instituts negative Folgeeffekte bei anderen Instituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte. Nach dem Wortlaut des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems kommt es nicht auf die Größe des Instituts als solche an, sondern auf die Auswirkungen der Größe und der Intensität der Interbankbeziehungen. Das Abstellen auf die Kausalität der Größe und der Intensität der Interbankbeziehungen auf die Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten und auf die Instabilität des Finanzsystems wird durch das Wort „durch“ verdeutlicht. Es erscheint daher angemessen, lediglich auf die möglichen Auswirkungen einer Bestandsgefährdung abzustellen, und ein jedes Finanzinstitut, dessen Bestandsgefährdung entsprechende Konsequenzen haben könnte, als hinreichend groß und als hinreichend intensiv mit anderen Banken verbunden anzusehen.

Die kumulative Aufzählung der Konsequenzen einer Bestandsgefährdung (*und* seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland ...) im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems schließt solche Kreditinstitute, die keine engen Auslandsbeziehungen unterhalten, vom Anwendungsbereich des Begriffsmerkmals der Systemrelevanz aus. Der Anwendungsbereich des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems ist demnach auf grenzüberschreitend tätige Kreditinstitute begrenzt. Es erscheint zutreffend, das Finanzsystem als ein globales zu begreifen. Es gibt wohl auch kaum lediglich lokal tätige Finanzinstitute, wie etwa die Genossenschaftsbanken und die kleineren Sparkassen, deren Bestandsgefährdung zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte. Die Auslandsbeziehungen sollten nach der Auffassung des Verfassers institutionalisierte Beziehungen sein, so dass bloße Dienstleistungen für ausländische Bankkunden nicht hinreichen, um einen engen Auslandsbezug zu begründen. Alle grenzüberschreitend tätigen Finanzinstitute hingegen haben intensive Verflechtungen mit anderen Finanzinstituten im Ausland durch syndizierte Kreditfazilitäten, durch Tagesgeldkredite und weil Liquiditätsverstärkungsaktionen wie das Freisetzen von Wertpapierpositionen die Marktpreise und -werte direkt und grenzüberschreitend beeinflussen. Im Ergebnis sollte der Begriff der „Enge“ der Verflechtungen mit dem Ausland nach der Auffassung des Verfassers daher zur Begriffsschärfung durch die Voraussetzung der Teilnahme des Kreditinstituts an einem Regelsystem mit ausländischen Marktteilnehmern, das ein Verhalten des Kreditinstituts erwartbar macht, also einer „Institutionalisierung“ der Auslandsbeziehungen, ersetzt werden.

Nach der Untersuchung der Größe und der Intensität der Interbankbeziehungen, sowie der engen Natur der Auslandsbeziehungen, muss bestimmt werden, ob dadurch ausgelöste negative Folgeeffekte bei anderen Instituten *direkte* Wirkung entfalten müssen, oder ob es ausreichen soll, dass sie *indirekt* über andere Marktteilnehmer weitergegeben werden könnten. Im Hinblick auf das Ziel des Reorganisationsverfahrens, der Stabilisierung des Finanzsystems zu dienen, erscheint es sachgerecht, indirekte über den Markt weitergegebene Effekte mitzuberücksichtigen.

Weiterhin ist zu bestimmen, welchen Wirkungsgrad die negativen Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen können müssen (Erheblichkeit der Folgeeffekte). Diese Erheblichkeitsschwelle bei anderen Kreditinstituten muss nicht die Schwelle einer Gefährdung des Fortbestands des anderen Kreditinstituts erreichen, weil der Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems keine Bestandsgefährdung des anderen Instituts voraussetzt, sondern lediglich negative Folgeeffekte. Das Risikopotential bei den anderen Kreditinstituten muss demnach nicht gleichwertig sein mit dem Risikopotential des bestandsgefährdeten Instituts. Im Hinblick auf das in § 1 I, S.1 des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes verwiesene Ziel, die Stabilität des Finanzsystems zu schützen, sollte eine Erheblichkeit nach der Auffassung des Verfassers als ein erhöhter Wahrscheinlichkeitsgrad verstanden werden, dass die Auswirkungen der negativen Folgeeffekte die Stabilität des Finanzsystems beeinträchtigen werden. Eine Erheblichkeit der Folgeeffekte ist demnach gegeben, wenn ein erhöhter Wahrscheinlichkeitsgrad *indirekter* Folgewirkungen auf die Stabilität des Finanzsystems vorliegt. Diese Schwelle eines erheblichen Risikopotentials beim risikoempfangenden Finanzinstitut ist nach der Auffassung des Verfassers also einerseits niedrig, weil indirekte Folgewirkungen Beachtung finden, aber andererseits hoch, weil die Folgewirkungen tatsächlich erwartet werden müssen. Die Voraussetzung der Tatsächlichkeit der Erwartung von Folgewirkungen wurde dann abgemildert durch die vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf eingeführte Voraussetzung, wonach die reine Möglichkeit, nicht aber Wahrscheinlichkeit, von Folgeeffekten ausreichen soll, eine Systemrelevanz zu begründen.

Im Ergebnis sollte nach der Auffassung des Verfassers ein jedes Finanzinstitut, dessen Bestandsgefährdung negative Folgeeffekte auf die Stabilität des Finanzsystems haben könnte, als hinreichend groß und als hinreichend intensiv mit anderen Banken verbunden angesehen werden. Der Begriff der „Enge“ der Auslandsbeziehungen sollte de lege ferenda durch den Begriff der „Institutionalisierung“ von Auslandsbeziehungen ersetzt werden. Die Erheblichkeit der Folgeeffekte ist nach der Auffassung des Verfassers bereits dann gegeben, wenn ein erhöhter Wahrscheinlichkeitsgrad indirekter Folgewirkungen auf die Stabilität des Finanzsystems vorliegt.

Im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz wurden die noch im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems enthaltenen Tatbestandsmerkmale der Größe, der Intensität der Interbankbeziehungen des Kreditinstituts und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, sowie der erheblichen negativen Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten aufgegeben. Dies wird auf Seiten des Verfassers begrüßt, weil diese Tatbestandsmerkmale nach diesseitiger Auffassung kein hilfreiches Instrumentarium zur Bestimmung derjenigen Kreditinstitute bieten, die einer Reorganisation bedürfen.

Nach § 1 I, S.1 des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf ist ein weiteres Kriterium einer Systemrelevanz, dass die Bestandsgefährdung des Finanzinstitutes zu einer *Instabilität* des Finanzsystems führen könnte. Das Tatbestandsmerkmal des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, dass die Bestandsgefährdung des Finanzinstitutes zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte, wurde im Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), vom 27.9. 2010, und noch gültig in der elektronischen Vorabfassung mit Stand vom 12.10.2010, ersatzlos gestrichen. Kurz vor der Verabschiedung des Gesetzes am 22.12.2010 wurde dann allerdings die Bedingung eingeführt, dass ein Reorganisationsverfahren nach § 1 I, S.2 des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten eine Gefährdung der *Stabilität* des Finanzsystems voraussetzt.

Der Begriff der Stabilität bzw. Instabilität ist nicht legal definiert. Sprachlich (lat. *stabilis* bedeutet standhaft) bedeutet Stabilität, dass ein System frei von starken Schwankungen ist (weil schwache Schwankungen keine Auswirkungen auf die Standhaftigkeit haben), und Instabilität (lat. *instabilis* bedeutet ohne festen Stand), dass ein System nicht frei ist von starken Schwankungen. Fraglich ist, welche Auswirkungen

die starken Schwankungen auf das System haben müssen, damit dieses als instabil anzusehen ist. Sprachlich wird nicht gefordert, dass die Schwankungen so stark sein müssen, damit das System nicht von selbst in seinen Ruhezustand zurückkehrt, also nicht robust ist. Sprachlich wird auch nicht gefordert, dass das System gegenüber kleinen Schwankungen stabil, gegenüber größeren Schwankungen aber instabil ist, also metastabil. Der Begriff der Instabilität ist daher von den Auswirkungen der Schwankungen auf den Ruhezustand unabhängig. Im Ergebnis wird also lediglich das Nichtfreisein von starken Schwankungen gefordert. Es wird nicht gefordert, dass die Bestandsgefährdung zu konkreten Schwankungen eines bestimmten Grades führt oder führen könnte. Es wird lediglich gefordert, dass die Bestandsgefährdung zu einer Situation führen könnte, in der das Finanzsystem nicht frei von starken Schwankungen ist. Es werden keine Anforderungen an die Häufigkeit der Schwankungsausschläge gestellt. Das Begriffsmerkmal der Instabilität nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems bzw. das Begriffsmerkmal der Stabilität des Finanzsystems nach dem Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten ist daher schon dann erfüllt, wenn starke Schwankungen unregelmäßig und sogar selten auftreten. Es wird nicht einmal gefordert, dass das Finanzsystem durch eine Bestandsgefährdung instabil geworden ist. Das Finanzsystem muss lediglich im Gefolge einer Bestandsgefährdung instabil werden können bzw. seine Stabilität gefährdet sein.

Die Finanzindustrie war immer abhängig von der allgemeinen Wirtschaftslage und von den geltenden politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Von daher war die Ertragslage, die Verlässlichkeit der Erbringung von Dienstleistungen (wie z.B. die Verlässlichkeit des Zahlungsverkehrs) und die Risikobereitschaft des Instituts (wie z.B. zur Verauslagung von Krediten) immer zyklenabhängig. Es hat auch häufig finanzindustrieinterne Zyklen gegeben, wie z.B. kurzfristige Refinanzierungsverknappungen, die als das Transformationsrisiko langfristiger Refinanzierungen gegenüber kurzfristigen Rückzahlungsverpflichtungen an die Einleger weitergegeben wurden. Historisch und strukturell erscheint das Finanzsystem also niemals frei von starken Schwankungen gewesen zu sein. Das Kausalitätserfordernis, dass die Bestandsgefährdung zu einer Instabilität führen können muss bzw. dass die Stabilität des Finanzsystems gefährdet ist, läuft daher nach Auffassung des Verfassers im Ergebnis

leer. Eine jede Bestandsgefährdung könnte zu einer Instabilität des Finanzsystems führen und die Stabilität des Finanzsystems ist immer gefährdet, weil das Finanzsystem ohnehin instabil ist. Das Begriffsmerkmal der Stabilität bzw. Instabilität muss daher nach Auffassung des Verfassers nicht gesondert geprüft werden.

Fraglich ist allerdings, ob das Begriffsmerkmal der Stabilität bzw. Instabilität durch ein geeigneteres ersetzt werden sollte. Nach Sinn und Zweck des Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf soll ein Reorganisationsverfahren eingeleitet werden im Falle einer erheblichen wirtschaftlichen Schwächung eines Instituts, die sich auf das gesamte Finanzsystem so erheblich auswirken kann, dass, um das gesamte Finanzsystem funktional zu erhalten, das bestandsgefährdete Institut durch eine Reorganisation, entgegen den Marktkräften, als ein Teilnehmer am Wirtschaftskreislauf erhalten werden muss. Die Auswirkungen der Bestandsgefährdung müssen also das Finanzsystem dergestalt aus seiner Ruhelage bringen können, dass es von selbst nicht wieder in seine Ruhelage zurückfinden würde. Nach diesseitigem Dafürhalten sollte der Begriff der Stabilität bzw. der Instabilität also durch den Begriff der Robustheit ersetzt werden.

Im Ergebnis sollte nach der Auffassung des Verfassers das Begriffsmerkmal der Instabilität, wie im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems vorgesehen bzw. das Begriffsmerkmal der Stabilität, wie im Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten vorgesehen, aufgegeben werden. Der Anwendungsbereich des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten sollte de lege ferenda alle Situationen erfassen, wenn die Gefährdung eines Finanzinstituts die Widerstandskraft des Finanzsystems derart schwächt, dass es anfällig für systemweite Folgeeffekte der Gefährdung des Instituts werden kann (Verlust der Robustheit).

Nach der Darstellung des Ziels, des Zwecks und der Struktur von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren wurden bisher im Rahmen der Betrachtung der Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten der An-

wendungsbereich der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren auf grundsätzlich alle und nicht nur auf die systemrelevanten Finanzinstitute sowie auf bestimmte Arten von Finanzinstituten betrachtet, und weiterhin die Einbeziehung inländischer Zweigniederlassungen und der Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen in den Anwendungsbereich der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne. Weiterhin wurde die Relevanz der Größe eines Kreditinstituts, der Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, der erheblichen negativen Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten und einer Instabilität des Finanzsystems untersucht. Im Folgenden wird der Begriff der Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts näher betrachtet.

(ee) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts, die erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen könnte

Oben wurde dargestellt, dass nach § 1 I, S.1 Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und nach § 1 I, S.2 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf eine Systemrelevanz gegeben ist, wenn eine Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts durch die Größe, die Intensität seiner Interbankbeziehungen und die engen Verflechtungen mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte. Es ist daher zu klären, was unter einer Bestandsgefährdung in diesem Sinne zu verstehen ist.

Zur Vermeidung einer babylonischen Sprachverwirrung ist zunächst hervorzuheben, dass nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems die *Bestandsgefährdung* ein Kriterium zur Begründung einer *Systemrelevanz* ist, wohingegen die *Sanierungsbedürftigkeit* einen Sanierungsplan bedingen soll. Eine Sanierungsbedürftigkeit unterhalb einer Systemrelevanzschwelle soll daher nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems unberücksichtigt bleiben.

Die vom Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems verwendete Terminologie unterscheidet sich von der hier vorgeschlagenen: Eine Sanierungsbedürftigkeit *für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung* ist eine Voraussetzung für die Untersuchungsrelevanz einer Reorganisations- oder Restrukturierungsbedürftigkeit von Finanzinstituten überhaupt. Ob auch für die nicht systemrelevanten Finanzinstitute Reorganisations- oder Restrukturierungspläne gefordert werden sollen, ist gerade Bestandteil dieser Untersuchung und soll nicht von vorneherein ausgeschlossen sein, wie vom Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems vorgesehen.

Im Gefolge des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems führte der in Art. 1, § 7 II des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurfs vom 20.8.2010 enthaltene Verweis auf den Art. 2, § 48 b I des Entwurfs einer Änderung des Kreditwesengesetzes zu einer Arbeitsdefinition der Bestandsgefährdung. § 48 b I des Kreditwesengesetzesentwurfs definiert die Bestandsgefährdung als die Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs des Kreditinstituts für den Fall des Unterbleibens korrigierender Maßnahmen, wobei eine Bestandsgefährdung vermutet wird, wenn eine zehn-prozentige Unterdeckung des Kernkapitals, des Eigenkapitals oder der Liquidität eintritt³¹⁶. Dasselbe gilt, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine solche Unterdeckung eintreten wird, sofern nicht korrigierenden Maßnahmen ergriffen werden, insbesondere wenn nach der Ertragslage des Instituts mit einem Verlust zu rechnen ist, infolgedessen eine kapitalmäßige Unterdeckung eintreten würde. Die Wahl des Bezugspunktes der Bestandsgefährdung als eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Standards, solange das Institut noch einen positiven Bilanzwert aufweist, soll eine geordnete und strukturierte

³¹⁶ Alexander Gridgen, Vorbemerkung Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, § 48 b, Rz.6, in Karl-Heinz Boos (Hrsg.), Kreditwesengesetz, 4. Aufl., 2012, meint, dies sei eine unwiderlegbare Vermutung.

Abwicklung ermöglichen³¹⁷. Die Prognose der Ertragslage des Instituts wird nach der Auffassung des Verfassers in der Praxis schwierig sein und einen erheblichen Spielraum für Fehlbeurteilungen bieten³¹⁸.

Die Vermutung des Vorliegens einer Bestandsgefährdung im Falle einer Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs für den Fall des Unterbleibens korrigierender Maßnahmen i.S.d. § 48 b I des Entwurfs einer Änderung des Kreditwesengesetzes ist nach dem Wortlaut des Entwurfs einer Änderung des Kreditwesengesetzes nicht ausschließlich.

Es erschien nach der Auffassung des Verfassers im Ergebnis vertretbar und angemessen, eine Bestandsgefährdung im Falle des Zusammenbruchs der britischen Barings Bank bereits zu einem Zeitpunkt anzunehmen, als die Nachbesicherungsfordernungen (margin) für Nick Leeson's Börsengeschäfte³¹⁹ zwar noch gedeckt waren, aber die Firmenleitung bereits Aufsichtsfunktionen delegiert hatte, ohne sichergestellt zu haben, dass den Aufsichtspersonen die Risikostruktur der zugrundeliegenden Positionen bekannt war. Nach diesseitigem Dafürhalten kann eine Gefährdung daher schon vorliegen, solange sich die Gefahr noch nicht verwirklicht hat.

Wenn eine Landesbank Derivategeschäfte abschließt, die nicht von der Satzung gedeckt sind, und demgemäß ultra vires und nichtig sind, dann setzt dies das Finanzinstitut dem Marktrisiko aus, weil die zugrunde liegenden Positionen nicht abgesichert sind. Je nach der Höhe der Positionen, und je nach der Marktentwicklung, mag ein solches Marktrisiko zu einer Bestandsgefährdung führen. Wenn die Risikoakzeptanzschwelle eines Finanzinstituts überschritten ist, dann kann dies nach der Auffassung des Verfassers zu einer Bestandsgefährdung führen, weil für die Manifestation des zugrunde liegenden Risikos keine Vorsorge getroffen wurde. Wenn ein Finanzinstitut unzureichende Kontrollsysteme hat, kann es keine Vorsorge treffen gegen die Auswirkungen ungesicherter Eigenhandelsgeschäfte. Jérôme Kerviel's Transakti-

³¹⁷ Tobias Riethmüller, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2298.

³¹⁸ Alexander Gridgen, Vorbemerkung Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, § 48 b, Rz.3 und 8, in Karl-Heinz Boos (Hrsg.), Kreditwesengesetz, 4. Aufl., 2012.

³¹⁹ Börsenmakler Leeson ruinierte durch nicht abgesicherte und unkontrollierte Derivatspekulationen die Investmentbank Barings, vgl. www.nickleeson.com/.

onen³²⁰ bedeuteten für die französische Großbank Société Générale einen Verlust von € 4.9 Mrd. Nach diesseitigem Dafürhalten bestand die Gefährdung schon, als die Verluste sich noch nicht realisiert hatten.

Der Begriff der Bestandsgefährdung war nach dem Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010, keine Voraussetzung für eine Systemrelevanz mehr. Der Begriff der Bestandsgefährdung ist auch nicht mehr, wie noch im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems vorgesehen, Voraussetzung der Anwendbarkeit des Gesetzes: Der Begriff der Bestandsgefährdung ist nunmehr eine Voraussetzung für die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens nach §§ 7 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, 48 b I des Artikel 2 des Restrukturierungsgesetzes zur Änderung des Kreditwesengesetzes: Eine Bestandsgefährdung, die zu einer Systemgefährdung führt, erlaubt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, durch Maßnahmen in die Positionen Dritter einzugreifen³²¹.

Rechtsvergleichend kann auf den britischen Banking Act 2009 verwiesen werden, der als Anknüpfungspunkt für das Special Resolution Regime in Part 1, S. 7 Nr. 32 Banking Act 2009 i.V.m. S. 41 I und in Schedule 6 des Financial Services and Markets Act 2000 auf Verstöße gegen die allgemeinen Voraussetzungen (threshold conditions) zum Erhalt der Lizenz abstellt, zu denen die Ressourcen, die zum Risikomanagement zur Verfügung stehen, gehören (Nr. 4 II (b) (ii) des Schedule 6), und auch die Geeignetheit (fit and proper) der verantwortlichen Personen für eine kluge Geschäftsführung (Nr. 5 (c) des Schedule 6).

Es wird im Ergebnis vorgeschlagen, den Begriff der Bestandsgefährdung i.S.d. Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des

³²⁰ Der Händler Kerviel überschritt in betrügerischer Absicht und unkontrolliert Limite und verursachte einen Schaden von € 5 Mrd., vgl. <http://www.spiegel.de/international/business/rogue-trader-jerome-kerviel-i-was-merely-a-small-cog-in-the-machine-a-729155.html>.

³²¹ Vgl. die Begründung zum Referentenentwurf, S. 55.

Finanzsystems und i.S.d. Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurfs weit auszulegen, nämlich unter Einschluss von Finanzinstituten, die insolvent oder von der Insolvenz bedroht sind, die lizenzrelevante aufsichtsbehördliche Vorgaben nicht einhalten, weiterhin und generell, wenn aufsichtsrechtliches Einschreiten zulässig ist, wenn satzungsmäßige Vorgaben nicht eingehalten werden, oder wenn die von den Eigentümern (in der Hauptversammlung) beschlossene Risikostrategie und Risikoakzeptanz nicht mehr erreicht werden kann.

In diesem Abschnitt der Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten wurde oben zunächst das Ziel, der Zweck und die Struktur von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren, dann der Anwendungsbereich von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren auf grundsätzlich alle und nicht nur auf die systemrelevanten Finanzinstitute sowie auf bestimmte Arten von Finanzinstituten und schließlich die Einbeziehung inländischer Zweigniederlassungen und der Tochterunternehmen ausländischer Finanzgruppen in den Anwendungsbereich von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen dargestellt. Weiterhin wurde die Relevanz der Größe eines Kreditinstituts, der Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, der erheblichen negativen Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten und einer Instabilität bzw. einer Gefährdung der Stabilität des Finanzsystems im Hinblick auf eine Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts betrachtet. Im Folgenden wird die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen im Hinblick auf die Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts untersucht.

(ff) Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Reorganisationspläne und Restrukturierungspläne im Hinblick auf die Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts

Nach § 1 II und § 2 I des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems sollte die Anzeige der *Sanierungsbedürftigkeit* durch das Kreditinstitut bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Einleitung eines Reorganisationsverfahrens führen. Der Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf und dem nachfolgend das Kreditinstitute-

Reorganisationsgesetz hält in seinem § 2 I an dem Erfordernis der Sanierungsbedürftigkeit fest, nennt das Reorganisationsverfahren allerdings ein Sanierungsverfahren.

Gewisse Grundstrukturen aus dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems sind unverändert in das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz übernommen worden. Wie bereits im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems vorgesehen, hat nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz das Kreditinstitut nach § 2 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz mit der Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht einen Sanierungsplan vorzulegen. Hält ein Kreditinstitut ein Sanierungsverfahren für aussichtslos, kann es nach § 7 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz sogleich ein Reorganisationsverfahren durch Anzeige bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unter Vorlage eines Reorganisationsplans einleiten.

Die Sanierungsbedürftigkeit war in § 1 II, S. 2 des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems als ein Verstoß gegen die Verpflichtungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung i.S.d. §§ 10,11 Kreditwesengesetz definiert. Der Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf enthielt keine Definition der Sanierungsbedürftigkeit. In § 1 II, S. 2 des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes wird die Sanierungsbedürftigkeit dann angenommen, wenn die Voraussetzungen des § 45 I, S. 1 und 2 des Kreditwesengesetzes erfüllt sind. § 45 I, S. 1 des Kreditwesengesetzes knüpft wie der Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems an die Verpflichtungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung an. Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz knüpft aber im Gegensatz zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems

nicht an einen Verstoß gegen die Verpflichtungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung an, sondern verlangt in seinem § 45 I, S. 1 des Kreditwesengesetzes, dass die Vermögens-, Finanz- oder Ertragsentwicklung eines Instituts die Annahme rechtfertigt, dass es die Anforderungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung nicht dauerhaft erfüllen können wird. § 45 I, S. 1 des Kreditwesengesetzes definiert, wann eine solche Annahme gerechtfertigt ist.

Die im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz verwendete Terminologie und die Voraussetzungen der vorgesehenen Reorganisationsmaßnahmen erfuhren im Vergleich mit dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems also wesentliche Veränderungen. Diese Veränderungen, und die Relevanz dieser Veränderungen werden im Folgenden genauer untersucht.

Die Sanierungsbedürftigkeit nach § 1 II des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems war als ein Verstoß gegen die Verpflichtungen zur Eigenmittelausstattung oder die Zahlungsbereitschaftsgewährleistung i.S.d. §§ 10 I, 11 I Kreditwesengesetz definiert. Weil nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems eine Bestandsgefährdung Voraussetzung war für die Systemrelevanz, und demnach für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Kreditinstitute-Reorganisationsplanverfahrens, und weil die Sanierungsbedürftigkeit die Anwendbarkeit weiterer Bestimmungen des Kreditinstitute-Reorganisationsplanverfahrens auslösen sollte, mussten nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems an die Sanierungsbedürftigkeit strengere Anforderungen zu stellen sein als an die Bestandsgefährdung. Die Bestandsgefährdung war also als eine Vorstufe zur Sanierungsbedürftigkeit zu sehen.

Die Bestandsgefährdung i.S.d. § 1 des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems war definiert als die Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs für den Fall des Unterbleibens korrigierender Maßnahmen. Danach musste Sanierungsbedürftigkeit mindestens eine sich bereits konkret realisierende Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs für den Fall des Unterbleibens korrigierender Maßnahmen sein. Ein Verstoß gegen die Verpflichtungen zur Eigenmittelausstattung oder Zahlungsbereitschaftsgewährleistung musste demnach eine sich bereits konkret realisierende Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs darstellen für den Fall des Unterbleibens korrigierender Maßnahmen. Nach Sinn und Zweck des Kreditinstitute- Reorganisationsplanverfahrens, einen konkreten Plan zur Lösung einer bereits eingetretenen Krise vorzulegen, erscheint dieses Verständnis der Begrifflichkeiten des Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems angemessen.

Eine Definition von Sanierungsbedürftigkeit fehlte im Gesetzesentwurf des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurfs, Stand 12.Oktober 2010³²². Damals konnte festgestellt werden, dass eine Definition der Sanierungsbedürftigkeit notwendig erschien, weil sich zwar im Sanierungsverfahren die Eingriffe noch nicht direkt realisieren würden, aber die Rechte der Gläubiger und der Anteilseigner durch die im Sanierungsverfahren vorgenommenen Maßnahmen faktisch betroffen sein konnten, was im Ergebnis zu einer Einschränkung der Rechte der Gläubiger und Anteilseigner führen mochte, bevor es zu einem Reorganisations- oder Insolvenzverfahren kommen konnte³²³. In der Entwurfsbegründung des Gesetzesentwurfs vom Oktober 2010³²⁴

³²² Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Insolvenzrechtsausschuss zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), (gemeinsamer Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen, Stand: 05.07.2010), 27. Juli 2010, S. 4: „problematisch“.

³²³ Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Zum Thema: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 19. Juli 2010, S.3.

³²⁴ S. 65.

wird zum Begriffsverständnis von Sanierungsbedürftigkeit lediglich auf „Schieflagen“ hingewiesen. Damals konnte festgestellt werden, dass dies zu unbestimmt erschien.

Im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz wird die Sanierungsbedürftigkeit wieder definiert, allerdings anders als im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems. Nach § 2 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz liegt Sanierungsbedürftigkeit vor, wenn die Voraussetzungen des § 45 I, S. 1, 2 Kreditwesengesetz erfüllt sind. Danach liegt eine Sanierungsbedürftigkeit vor, wenn die Vermögens-, Finanz- oder Ertragsentwicklung eines Instituts die Annahme rechtfertigt, dass es die Anforderungen des § 10 I oder Ib, des § 45b I, S. 2 oder des § 11 Kreditwesengesetz nicht dauerhaft erfüllen können wird. Der Verweis auf § 10 Ib Kreditwesengesetz stellt einen Unterschied dar im Vergleich mit dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, denn § 10 Ib Kreditwesengesetz erlaubt es der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, zusätzliche Eigenmittel zu fordern, um etwa der besonderen Risikotragfähigkeit eines Instituts gerecht werden zu können, um den Aufbau eines zusätzlichen Eigenmittelpuffers für Perioden wirtschaftlichen Abschwungs sicherzustellen oder um einer besondere Geschäftssituation des Instituts Rechnung tragen zu können. Im Ergebnis kann daher die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Vorfeld einer Krise die Vorgaben an Eigenmittel derart heraufsetzen, und also die Voraussetzungen an die Sanierungsbedürftigkeit derart herabsetzen, dass das Institut wegen Sanierungsbedürftigkeit einen Sanierungsplan vorlegen muss. Das Recht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, ein Sanierungsverfahren einzuleiten, ist in § 2 III, S. 1 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz ohnehin vorgesehen. Die Einbeziehung des § 10 Ib Kreditwesengesetz in § 45 I, S. 1, 2 Kreditwesengesetz läuft daher im Ergebnis leer.

Im Vergleich mit der Struktur des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems scheint das im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht eingeräumte Recht, ein Sanierungsverfahren einzuleiten, einen wesentlichen Unterschied

darzustellen, denn nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems stand der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kein besonderes Recht auf Einleitung des Sanierungsverfahrens zu. Hinzuweisen ist darauf, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kraft aufsichtsrechtlichen Instrumentariums aber das Institut gegebenenfalls anweisen konnte, einen Sanierungsplan vorzulegen³²⁵. Dazu treten die Befugnisse, die Geschäftsleitung abzuempfehlen, den einzelnen Mitgliedern ihre Tätigkeit zu untersagen, die Ausschüttung von Gewinnen zu beschränken, und Vergütungsbeschränkungen einzuführen³²⁶. Im Vergleich des Ansatzes des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems mit dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz bleibt festzuhalten, dass der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz letztlich das Recht eingeräumt wird, über Sanierungsbedürftigkeit zu entscheiden, wohingegen nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht aufsichtsrechtliches Instrumentarium hätte geltend machen müssen, das für eine Vorkrisensituation gedacht ist. Ob ein Unternehmen im Falle von Sanierungsbedürftigkeit ein Sanierungsverfahren einleiten muss, oder ob die Einleitung des Verfahrens freiwillig ist³²⁷, kann in der Praxis daher dahinstehen, weil im Falle von Sanierungsbedürftigkeit die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht entweder einen Antrag auf Einleitung des Verfahrens selber stellt oder aufsichtlich das Unternehmen anweisen wird, einen entsprechenden Antrag zu stellen.

Sanierungsbedürftigkeit führt zu zwei Arten von Krisenplänen, dem *Sanierungsplan*, vom Kreditinstitut mit Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit vorzulegen, und dem *Re-*

³²⁵ Vgl. Einführung zum Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010, S. 3.

³²⁶ Vgl. Klaus Wimmer, Das Restrukturierungsgesetz für Kreditinstitute, Juris PR – Insolvenzrecht, 17/2010 Anm. 1

³²⁷ Gregor Bachmann, Stellungnahme zum Restrukturierungsgesetz-E, 5. Oktober 2010, 3.

organisationsplan, der entweder vom Kreditinstitut vorgelegt werden kann, wenn eine Sanierung offensichtlich aussichtslos ist, oder vom Reorganisationsberater, wenn eine Sanierung auf der Grundlage des Sanierungsplans gescheitert ist oder aussichtslos ist. Das Reorganisationsverfahren nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems kannte einen Sanierungsplan und einen Reorganisationsplan. Nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz ist das Krisenbewältigungsverfahren getrennt in ein *Sanierungsverfahren*, das einen *Sanierungsplan* bedingt, und ein *Reorganisationsverfahren*, das einen *Reorganisationsplan* bedingt. Das Reorganisationsverfahren nach den § 2 II und § 6 III des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems kann zu einem Sanierungsplan oder einem Reorganisationsplan führen. Die Terminologie nach § 2 II und § 7 I des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurfs und des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes ist insofern anders als die des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems als das Sanierungsverfahren nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf und dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz nur einen Sanierungsplan kennt, und ein Reorganisationsplan Bestandteil eines Reorganisationsverfahrens ist.

Der Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz unterscheiden sich hinsichtlich der Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, um ein Reorganisationsverfahren einzuleiten. Nach dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems war ein Reorganisationsplan vom Kreditinstitut vorzulegen, wenn eine Sanierung offensichtlich aussichtslos ist, oder vom Reorganisationsberater, wenn eine Sanierung auf der Grundlage des Sanierungsplans gescheitert ist oder aussichtslos ist. Maßstab der Reorganisationsbedürftigkeit des Kreditinstituts als Rechtfertigung eines Reorganisationsplans sollte nach § 6 III des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines

Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems die Bestandsgefährdung nach § 48b I Kreditwesengesetz sein. Weil aber, wie oben gezeigt, jedes Kreditinstitut, das als systemrelevantes dem Anwendungsbereich des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems unterlag, auch bestandsgefährdet ist, war demnach jedes systemrelevante Kreditinstitut reorganisationsbedürftig. Diese Struktur konnte nach Auffassung des Verfassers nicht überzeugen, weil danach kein Anwendungsbereich für einen Drittrechte schonenden Sanierungsplan blieb.

Diese strukturelle Schwäche des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems wurde im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz gelöst. Nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz stellt nicht ein Reorganisationsberater einen Antrag auf Durchführung eines Reorganisationsplanverfahrens, sondern nach § 7 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. Voraussetzung für einen Antrag der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ist eine *Bestandsgefährdung* nach § 48b I Kreditwesengesetz, *die zu einer Systemgefährdung* nach § 48b II Kreditwesengesetz *führt*. Eine Bestandsgefährdung nach § 48b I Nr. 4 Kreditwesengesetz liegt vor, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine kapitalmäßige Unterdeckung eintreten wird, wenn keine korrigierenden Maßnahmen ergriffen werden. Eine Systemgefährdung nach § 48 b II des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass sich die Bestandsgefährdung des Kreditinstituts in erheblicher Weise negativ auf andere Unternehmen des Finanzsektors, auf die Finanzmärkte, oder auf das allgemeine Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems auswirkt. Eine Systemgefährdung kann sich nach § 48 b II S.2 des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes insbesondere aus Art und Umfang der Verbindlichkeiten des Kreditinstituts gegenüber anderen Instituten und sonstigen Unternehmen des Finanzsektors sowie aus seiner Vernetztheit ergeben. Systemgefährdung wird daher auch als Ausdruck der Systemrelevanz der entsprechenden Bank angesehen³²⁸. Die Unschärfe des Begriffs der Systemgefährdung ist der Auslegung

³²⁸ Sven Schelo, Neue Restrukturierungsregeln für Banken, NJW 2011, 188.

je nach Krisenausprägung und Zustand des Bankensektors zugänglich³²⁹. Nach § 48 b III Kreditwesengesetz beurteilt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht nach Anhörung der Deutschen Bundesbank, ob eine Bestands- und Systemgefährdung im Sinne der Absätze 1 und 2 vorliegt. Im Sinne der Rechtssicherheit bedarf dies einer Konkretisierung im Verwaltungsverfahren, damit Gläubiger abschätzen können, ob mit einem Reorganisationsverfahren zu rechnen ist, oder eher nicht³³⁰. Die Unklarheit des Begriffes der Systemgefährdung erscheint unangemessen in Anbetracht dessen, dass im Reorganisationsverfahren in Rechte Dritter eingegriffen werden kann, etwa im Falle eines überstimmten Anteilsinhabers. Nach diesseitigem Dafürhalten ist der Konflikt zwischen dem notwendigen Handlungsspielraum der Aufsichtsbehörde für rasche und erfolgreiche Restrukturierungsmaßnahmen und der Grundrechtsrelevanz der Bestimmung der Systemgefährdung nicht gut gelöst³³¹. Drittrechtsbeschneidende Maßnahmen könnten im Rahmen einer Vorkrisenplanung mit Eignern, Aufsichtsbehörden und Gläubigern abgestimmt werden, so dass der Grundrechtsbetroffenheitscharakter von Reorganisationsmaßnahmen abgemildert würde oder gar entfiel. In diesem Falle wäre eine schärfere Bestimmung von Systemgefährdung entbehrlich. Die hier vorgeschlagene Lösung auf die Frage nach der besten Reorganisationsstruktur ist eine Vorkrisenplanung. Eine Vorkrisenplanung erlaubt es der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unbeschränkten Entscheidungsspielraum auszuüben, was der Forderung nach der Zeitnähe und der Maßgeblichkeit anstattlicher Entscheidungen entgegenkommt.

Eine mögliche Maßnahme im gestaltenden Teil des Reorganisationsplans ist eine Ausgliederung von Vermögen nach §§ 7 I, 10 I, 48a, 48b I, II des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes. Eine Übertragungsanordnung einer solchen Ausgliederung bedarf sowohl der *Bestands-* als auch der *Systemgefährdung*. Bestandsgefährdung

³²⁹ Schelo, a.a.O.

³³⁰ Christoph Kaserer, Ein neuer Rechtsrahmen für die Reorganisation von Kreditinstituten, Oktober 2010, 15, und Christoph Kaserer, Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) vom 5. Juli 2010, 26. Juli 2010, 2.

³³¹ A.A. Thorsten Höche, Das Restrukturierungsgesetz - Neue Wege in der Bankenaufsicht (mit Seitenblicken auf die Schweiz und das Vereinigte Königreich), WM 2011, 56, zum Spagat zwischen Grundrechtsrelevanz und Handlungsspielraum; s.a. Urs Zulauf, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland-, WM 2010, 1527, zum Konflikt zwischen Zeitnot und fairem Verfahren.

als Voraussetzung einer Übertragungsanordnung ist derselbe Begriff wie das Tatbestandsmerkmal der Systemrelevanz von Kreditinstituten. Ein jedes Kreditinstitut, für das ein Reorganisationsplan erstellt wird, ist damit von vorneherein bestandsgefährdet, und eine Übertragungsanordnung bedarf lediglich der Feststellung einer Systemgefährdung.

Eine Schwäche des Reorganisationsverfahrens ist darin zu sehen, dass die Ermittlung einer angemessenen Kompensation für etwa die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital (debt-equity swap), die sich nach der Gesetzesbegründung am Fortführungswert des betroffenen Instituts orientieren soll³³², wohl nur begrenzt einzelfallgerecht sein kann und etwa die unterschiedlichen Laufzeiten der Anleihen und ihre relative Werthaltigkeit nach der Zinskurve kaum berücksichtigen kann.

Die Voraussetzung für das Reorganisationsverfahren, dass nicht nur eine Bestandsgefährdung, sondern auch eine Systemgefährdung vorliegen muss, begründet eine höhere Schwelle für eine Einleitung eines Reorganisationsverfahrens als für ein Insolvenzverfahren nach § 217ff Insolvenzordnung. Neben die Gefahr einer kapitalmäßigen Unterdeckung (Bestandsgefährdung) bzw. einer drohenden Zahlungsunfähigkeit (Insolvenzplanverfahren) muss noch eine Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems treten (Systemgefährdung), um ein Reorganisationsverfahren einleiten zu können. Eine Systemgefährdung ist demnach eine Voraussetzung des Reorganisationsverfahrens als zweiter, noch freiwillig eingeleiteter Stufe von Maßnahmen zum Schutze der Funktionsfähigkeit des Finanzsystems und auch einer dritten, hoheitlich angeordneten Stufe einer Übertragungsanordnung. Nach diesseitiger Auffassung erscheint dies angemessen, weil bereits im Reorganisationsverfahren in Rechte Dritter eingegriffen werden kann³³³.

Rechtsvergleichend sei auf den Entwurf eines Rahmenplans der EU-Kommission³³⁴ hingewiesen, der im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Reorganisation auf die

³³² BT-Dr 17/3024, 51.

³³³ Im Ergebnis a.A. Gregor Bachmann, Stellungnahme zum Restrukturierungsgesetz-E, 5. Oktober 2010, 4.

³³⁴ European Commission, COM(2010) 579, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank, An EU Framework Crisis Management in the Financial Sector (unveröffentlichter Entwurf), S. 7.

Wahrscheinlichkeit von mindestkapitalrelevanten Verlusten abstellt, auf Verbindlichkeiten, die die Aktiva übersteigen, auf die Zahlungsunfähigkeit, und die unzureichende Ausstattung mit Ressourcen.

Angesichts des Umstandes, dass das Sanierungsverfahren keine Eingriffe in Drittrechte erlaube, wurde eine Entformalisierung vorgeschlagen³³⁵: Einem Unternehmen stehe es ohnehin frei, einen Sanierungsplan unter Zuhilfenahme eines Beraters aufzustellen, weshalb die praktische Bedeutung des Sanierungsverfahrens gering bleibe. Anerkannt ist aber die Bedeutung von Anreizen an die Geschäftsleitung, ein Verfahren einzuleiten, das gegebenenfalls zu ihrer Selbstentmachtung führen kann³³⁶.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz zur Einleitung eines Sanierungsverfahrens führt. Hält ein Kreditinstitut ein Sanierungsverfahren für aussichtslos, kann es sogleich ein Reorganisationsverfahren einleiten. Der Begriff der Sanierungsbedürftigkeit im Kreditwesengesetz nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz verlangt, dass die Vermögens-, die Finanz- oder die Ertragsentwicklung eines Finanzinstituts die Annahme rechtfertigt, dass es die Anforderungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung nicht dauerhaft erfüllen können wird. Im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems war als Voraussetzung für das Vorliegen einer Sanierungsbedürftigkeit noch ein Verstoß gegen die Verpflichtungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung gefordert worden. Im Ergebnis macht diese scheinbare Erleichterung der Anforderungen an die Sanierungsbedürftigkeit keinen wesentlichen Unterschied, denn die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kann auf gesetzlicher und aufsichtsrechtlicher Grundlage ohnehin jederzeit zusätzliche Eigenmittel und Zahlungsmittel fordern. Ebenso wenig macht es einen Unterschied, ob die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kraft gesetzlicher oder kraft aufsichtsrechtlicher Anordnung die Sanierungsbedürftigkeit feststellt. Nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz stellt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ei-

³³⁵ Gregor Bachmann, Stellungnahme zum Restrukturierungsgesetz-E, 5. Oktober 2010, 2.

³³⁶ Bachmann, a.a.O.

nen Antrag auf die Durchführung eines Reorganisationsverfahrens, wenn eine Bestandsgefährdung nach dem Kreditwesengesetz zu einer Systemgefährdung nach dem Kreditwesengesetz führt. Im Sinne der Rechtssicherheit bedarf dies einer Konkretisierung im Verwaltungsverfahren, damit die Gläubiger abschätzen können, ob mit einem Reorganisationsverfahren zu rechnen ist und weil im Reorganisationsverfahren in die Rechte Dritter eingegriffen werden kann.

In diesem Abschnitt der Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten wurde bisher das Ziel, der Zweck und die Struktur der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und der Anwendungsbereich von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dargestellt. Weiterhin wurde die Relevanz der Größe eines Kreditinstituts, der Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, der erheblichen negativen Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten und einer Instabilität bzw. einer Gefährdung der Stabilität des Finanzsystems und die Bestandsgefährdung und die Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts als eine Anwendungsvoraussetzung von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren betrachtet. Im Folgenden wird untersucht, welche Verantwortlichkeit die Aufsichtsbehörden für Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren tragen, und bis zu welchem Grade die Einleitung von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten zuzurechnen ist.

(gg) Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsbehörden für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

In diesem Abschnitt werden die Voraussetzungen, die an ein Eingreifen der Aufsichtsbehörden zu stellen sind, zunächst in Bezug auf ein frühzeitiges Eingreifen der Aufsichtsbehörden zur Rettung eines Finanzinstituts und danach in Bezug auf die Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts untersucht. Danach wird betrachtet, wer die Reorganisation und die Restrukturierung genehmigen sollte, und bis zu welchem Grade die Einleitung von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten zuzurechnen ist.

Nach dem Entwurf der EU-Kommission eines Rahmenpapiers für das Krisenmanagement³³⁷ soll ein *frühzeitiges Eingreifen* der Aufsichtsbehörden dann zulässig sein, wenn es wahrscheinlich ist, dass das Finanzinstitut die Anforderungen an die Kapital- oder Liquiditätsausstattung nicht mehr erfüllen kann. Der von der EU-Kommission vorgeschlagene Maßnahmenkatalog für ein solches frühzeitiges Eingreifen enthält u.a. Refinanzierungsverbote, die Änderung der Geschäftsbereiche und die Auswechslung der Geschäftsleitung³³⁸.

Solche Maßnahmen durch die Aufsichtsbehörden können nicht rückgängig gemacht werden. Deshalb sollte nach diesseitigem Dafürhalten in die Abwägung, ob es wahrscheinlich ist, dass das Finanzinstitut die Anforderungen an die Kapital- oder Liquiditätsausstattung nicht mehr erfüllen kann, eine Beurteilung dessen einfließen, ob es gleichermaßen wahrscheinlich ist, dass die erforderliche Kapital- und Liquiditätsausstattung durch eigene Notfallplanungsmaßnahmen der Unternehmensführung in akzeptabler Zeit nicht wieder erreicht werden kann. Die Aufsichtsbehörden sollten nach Auffassung des Verfassers nicht in die eigenverantwortliche Unternehmensführung eintreten, ohne vorher die zu erwartende Wirksamkeit der dem Unternehmen selbst zur Verfügung stehenden Krisenrettungsoptionen in Betracht gezogen zu haben.

Nach dem Entwurf der EU-Kommission eines Rahmenpapiers für das Krisenmanagement soll die *Abwicklung* eines gescheiterten Finanzinstituts dann zulässig sein, wenn die Insolvenz des Finanzinstituts erwartet wird, oder wenn erwartet wird, dass das Finanzinstitut die Voraussetzungen für seine Zulassung zum Bank- oder Wertpapiergeschäft nicht mehr erfüllen wird, z.B. weil die Eigenkapitalanforderungen dauerhaft unterschritten werden³³⁹. Die EU-Kommission schlägt die Festlegung von Indikatoren und die Vereinbarung von Methoden vor, um eine Orientierungshilfe für die Feststellung der Erwartung der Insolvenz, oder dass die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, zu geben und um sicherzustellen, dass die Aufsichtsbehörden die Abwicklung nicht hinauszögern³⁴⁰. Solche Indikatoren und Methoden

³³⁷ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Zentralbank, Ein EU Rahmen für Krisenmanagement im Finanzsektor, 20. Oktober, 2010.

³³⁸ Europäische Kommission, a.a.O., S. 9.

³³⁹ Europäische Kommission, a.a.O., 8.

³⁴⁰ Europäische Kommission, a.a.O.

bedeuten im Ergebnis, dass als Bedingung der Abwicklung eine Erwartung der Insolvenz, oder dass die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, konkretisiert und objektivierbar sein muss. Eine Bedingung der Konkretisierbarkeit und Objektivierbarkeit stellt sicher, dass eine sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Interessen vorgenommen wird, bevor die Aufsichtsbehörden über die Abwicklung des Finanzinstituts entscheiden. Eine zusätzliche Bedingung für die Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts, dass auch ein öffentliches Interesse an der Abwicklung besteht, erscheint als kaum konkretisierbar und wenig praktikabel, und ist nach Auffassung des Verfassers daher im Ergebnis abzulehnen.

Nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, und insofern unverändert übernommen aus dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, leitet ein Kreditinstitut im Falle des Vorliegens bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen ein Sanierungsverfahren bzw. Reorganisationsverfahren ein. Dies ist als tatsächliche Feststellung gemeint. Es besteht nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz keine Rechtspflicht des Kreditinstituts, solche Maßnahmen einzuleiten³⁴¹. Insofern stellen die Sanierungs- und die Reorganisationsverfahren Maßnahmen eigenverantwortlicher Krisenplanung der Kreditinstitute dar. Der Entscheidungsspielraum der Kreditinstitute, Sanierungs- und Reorganisationsverfahren einzuleiten, ist aber in der Praxis durch die Vorgaben der Aufsichtsbehörden (etwa durch Anweisungen an die Geschäftsführung, oder die Drohung der Abberufung der Geschäftsleiter³⁴²) und rechtlich durch die Verpflichtungen gegenüber den Eignern eingegrenzt. Die Natur der Freiwilligkeit der Einleitung eines Verfahrens begegnet daher nach Auffassung des Verfassers grundsätzlich keinen Bedenken³⁴³. Ob die Vorgaben der Aufsichtsbehörden aber zeitnahe gegeben werden, ob solche Vorgaben die Schwachstellen des betroffenen Instituts umfänglich erfassen und ob sie zielführend sind, ist abhängig von der Qualität der Unterneh-

³⁴¹ Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 17/3024, 17/3362, 28. 10. 2010, 6; vgl. auch Tobias Riethmüller, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2298, und Karsten Müller-Eising, Tim Oliver Brandt, Michael Sinhart, Mark Lorenz, Hans-Peter Löw, Das Banken-Restrukturierungsgesetz, BB 2011, 66.

³⁴² Rainer Wiegmann, Restrukturierungsgesetz, Veranstaltung am 26.10.2010, Juristische Gesellschaft Ruhr, Ausgangsrechtslage, 1, 2.

³⁴³ A.A. Kester-Häusler-Stiftung, Das neue Restrukturierungsgesetz, 2.

mensdaten, die den Aufsichtsbehörden zur Verfügung stehen³⁴⁴. Ohne umfängliche Krisenpläne, die einen darstellenden und einen gestaltenden Teil enthalten, im Vorfeld einer Krise erstellt werden, mit den Eignern, den Aufsichtsbehörden und den Gläubigern abgestimmt sind, und regelmäßig aktualisiert werden, kann die notwendige Qualität an Information für aufsichtliche Kontrolle und Vorgaben nicht dargestellt werden. Bankentestamente sind daher nach diesseitigem Dafürhalten eine notwendige Voraussetzung für die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren.

Die Bestimmung der Sanierungs- und Reorganisationsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden im Einzelfall steht im Ermessen der Aufsichtsbehörde, vgl. §§ 2 III, S. 1, 7 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, §§ 45 I, S.1, I, S. 1, 45c I, S. 1, 48 I Kreditwesengesetz. Historisch beobachtete Tendenzen zu einer übermäßigen Nachsicht der Aufsichtsbehörden, frühzeitig entscheidend einzugreifen, haben zu den Vorschlägen einer Eingriffspflicht der Aufsichtsbehörden im Falle des Unterschreitens quantitativer Zielgrößen geführt³⁴⁵. Die Bestimmung solcher quantitativer Zielgrößen und der frühzeitigen Maßnahmen (Vorfeldmaßnahmen, prompt corrective actions, structured early intervention and resolution) sind schwierig, haben erheblichen Einfluss auf das Eigentum und den Wettbewerb und sind historisch gesehen nicht immer erfolgreich gewesen. Eine Krisenplanung im Vorfeld einer Krise erscheint daher nach diesseitigem Dafürhalten für vorzugswürdig.

In der Literatur³⁴⁶ wird gefragt, ob der Maßnahmenkatalog nach § 45 I, S. 1 Kreditwesengesetz bereits einer Vorfeldkrisenplanung gleichkommt, insbesondere unter Bezug auf das Recht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, nach § 45 I, S. 1 Nr. 2 Kreditwesengesetz Maßnahmen zur besseren Abschirmung oder zur Reduzierung der vom Institut als wesentlich identifizierten Risiken und damit verbundener Risikokonzentrationen anzuordnen, wobei auch Konzepte für den Ausstieg aus einzelnen Geschäftsbereichen oder die Abtrennung von Instituts- oder Gruppenteilen

³⁴⁴ Martin Hellwig, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der Aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“ am 6. Oktober 2010, 5. Oktober, 2010, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 6.

³⁴⁵ Tobias Riethmüller, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2299.

³⁴⁶ Thorsten Höche, Das Restrukturierungsgesetz - Neue Wege in der Bankenaufsicht (mit Seitenblicken auf die Schweiz und das Vereinigte Königreich), WM 2011, 55.

erwogen werden sollen. Hinzuweisen ist aber darauf, dass ein solcher Maßnahmenkatalog erst auf die Anforderung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, wenn sich die Krise manifestiert hat, indem die Kernkennzahlen nicht mehr erreicht werden, verlangt werden kann. Ausführungen zu den Notfallplänen nach § 45 I, S. 1 Nr. 2 Kreditwesengesetz stellen demnach keinen „deutschen living will“³⁴⁷ dar.

Im Folgenden wird untersucht, wer befugt sein soll, die Reorganisations- und Restrukturierungspläne zu genehmigen.

Die Reorganisations- und Restrukturierungspläne als Bestandteil des firmeninternen Risikoabstimmungs- und Genehmigungsverfahrens sollen nach den Grundsätzen von guter „Corporate Governance“ vom Vorstand genehmigt werden. Es mag nahe liegen, die Aufsichtsbehörde des Heimatstaates der Konzernmuttergesellschaft eine grundsätzliche Angemessenheitskontrolle ausüben zu lassen.

Diskutiert wird, ob die rechtlichen und aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Reorganisations- und Restrukturierungspläne in einer internationalen und grenzüberschreitenden Abstimmung festgelegt werden sollen, bevor die Institute aufgefordert werden, finanzinstitutsbezogene Einzelpläne vorzulegen. Zwar beschreiben solche Einzelpläne lediglich Arbeitsablaufbeschreibungen und sind konkrete Einzelfalllösungen im Kontext einer bestimmten Krise zu bestimmen, aber ohne eine grenzüberschreitende Abstimmung im Vorfeld einer Krise mögen die Pläne eines Finanzinstituts im internationalen Kontext nicht durchsetzbar sein.

Im Rahmen einer solchen Vor-Krisenabstimmung von nationalen Rechts- und Aufsichtsrechtsordnungen würde auch überprüft werden, ob bestimmte Regelungen das Potential haben, die eigenverantwortliche Krisenbewältigung der Finanzinstitute zu verhindern, z.B. durch ein Verbot konzerninterner Positionsübertragungen dorthin, wo nach Konzernansicht das größte Bedürfnis besteht³⁴⁸ (group interest³⁴⁹). Die Be-

³⁴⁷ Offenbleibend insofern Thorsten Höche, a.a.O.

³⁴⁸ European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, p. 66, Annex II, Extract from the De Larosiere Report Dealing with Crisis Management and Resolution.

schränkungen konzerninterner Positionsübertragungen mögen die Kreditwürdigkeit des betroffenen Finanzinstituts und seiner Tochterunternehmen in einer Krise des Finanzunternehmens herabsetzen, weil keine Klarheit über die verfügbaren Aktiva und die Durchsetzbarkeit von Garantien durch konzernverbundene Unternehmen besteht³⁵⁰.

Damit ein Plan der individuellen Geschäftsstruktur und der Infrastruktur des aufzulösenden Finanzinstituts gerecht werden kann, muss er von diesem Finanzinstitut aufgesetzt und laufend aktualisiert werden. Die Verantwortlichkeit des Vorstandes des Finanzinstituts für den Inhalt und die Aktualisierung der Reorganisations- und Restrukturierungspläne wird durch den Diskussionsvorschlag des britischen Finanzministeriums³⁵¹ illustriert, ein Vorstandsmitglied solle als für eine Auflösung des Finanzinstituts direkt verantwortliches Vorstandsmitglied (Board Resolution Officer) den Plan intern genehmigen müssen. Ein Treuhänder für das Kundenvermögen (Client Asset Trustee) soll nach diesem Diskussionsvorschlag³⁵² für die Klarheit der Dokumentation der Kundenwerte (Einlagen, Anlagen und Sicherheiten) und für die zügige Rückführung der Kundenwerte im Insolvenzfall zuständig sein.

Die Entscheidung ob eine Bank aufgelöst oder umgewandelt werden muss, wird von den Aufsichtsbehörden oder von den Gerichten getroffen. Restrukturierungspläne, die von den Aufsichtsbehörden oder von einem Verwalter eingeleitet oder umgesetzt werden, verändern das Entscheidungs- und das Ordnungsgefüge des Finanzinstituts und die wirtschaftliche oder rechtliche Stellung der Anteilsinhaber und Gläubiger grundlegend. Sie sollten daher ein letztes Mittel darstellen. Im Vereinigten Königreich entscheidet etwa die Financial Services Authority aufgrund der Feststellung, dass die Schwellenbedingungen (threshold conditions) nicht mehr eingehalten sind³⁵³. Die

³⁴⁹ Institute of International Finance, Urs Rohner, Re: European Commission Services' Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 20 January, 2010, S. 5.

³⁵⁰ British Bankers Association, BBA Response to Commission Staff Working Document on EU Cross-Border Crisis Management Framework, 2 February, 2010, Nr. 8.

³⁵¹ HM Treasury, Establishing resolution arrangements for investment banks, December 2009, S. 35 ff.

³⁵² HM Treasury, Establishing resolution arrangements for investment banks, December 2009, S. 63 ff.

³⁵³ Vergleiche auch § 1 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes-entwurf, wonach die Sanierungsbedürftigkeit festgestellt werden kann, wenn die Eigenmittel oder die Zahlungsmittel nicht mehr ausreichend sind.

Aufsichtsbehörden³⁵⁴ entscheiden über die Ausübung von Optionen zu einer Anteilsübertragung an eine andere Bank oder an eine "Brückenbank" in öffentlicher Hand oder über eine Auflösung³⁵⁵. Nach dem deutschen Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz³⁵⁶ entscheiden die Gerichte über die Abwicklungsoptionen.

In den USA wurde nach einem Vorschlag des Repräsentantenhauses die Einrichtung eines Finanzstabilitätsrates (Financial Stability Council) vorgesehen, der große, vernetzte und systemrelevante Finanzkonzerne identifizieren und beaufsichtigen soll. Ein strukturierter Prozess wurde eingeführt, damit eine neue Auflösungsbehörde (Dissolution Authority) große und sanierungsbedürftige Finanzkonzerne auflösen kann, ohne den Steuerzahler zu belasten³⁵⁷.

Im Ergebnis besteht nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz keine Rechtspflicht des Kreditinstituts, Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren einzuleiten. Insofern stellen die Sanierungs- und die Reorganisationsverfahren Maßnahmen eigenverantwortlicher Krisenplanung der Kreditinstitute dar. Der Entscheidungsspielraum der Kreditinstitute, Sanierungs- und Reorganisationsverfahren einzuleiten, ist aber in der Praxis durch die Vorgaben der Aufsichtsbehörden und rechtlich durch die Verpflichtungen gegenüber den Eignern eingegrenzt. Im Ergebnis sollten die Reorganisations- und Restrukturierungspläne vom Vorstand des Finanzinstituts genehmigt werden. Eine Aufsichtsbehörde des Heimatstaates des Finanzkonzerns sollte eine Angemessenheitskontrolle ausüben. Eine Entscheidung über die Abwicklung oder die Umwandlung des Finanzinstituts sollte von den Aufsichtsbehörden oder von den Gerichten getroffen werden, weil in Rechte Dritter eingegriffen wird.

³⁵⁴Nach Art. 142 (1) Banking Act 2009 des Vereinigten Königreichs stellt die Bank of England Antrag bei Gericht auf "bank administration order". Nach § 2 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf wird das Verfahren durch Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit durch das Kreditinstitut bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht eingeleitet.

³⁵⁵ Nach Art. 95 (1) Banking Act 2009 des Vereinigten Königreichs stellt die Bank of England, die FSA oder der Staatssekretär Antrag bei Gericht auf "bank insolvency order".

³⁵⁶ Artikel 1 des Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010.

³⁵⁷ Bill Summary, House Financial Services Committee, abrufbar unter http://financialservices.house.gov/Key_Issues/Financial_Regulatory_Reform/FinancialRegulatoryReform/4173summary120809.pdf.

In diesem Abschnitt der Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten wurde bisher das Ziel, der Zweck und die Struktur der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und der Anwendungsbereich der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren dargestellt. Weiterhin wurde die Relevanz der Größe eines Kreditinstituts, der Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland, der erheblichen negativen Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten und einer Instabilität bzw. einer Gefährdung der Stabilität des Finanzsystems und die Bestandsgefährdung und die Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts als eine Anwendungsvoraussetzung von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren betrachtet. Danach wurden die Voraussetzungen, die an ein Eingreifen der Aufsichtsbehörden zu stellen sind, und bis zu welchem Grade die Einleitung von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten zuzurechnen ist, untersucht. Im Folgenden wird untersucht, ob die eigenverantwortliche Entwicklung von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen durch die Finanzinstitute als eine Abkehr der vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgeschlagenen Kriterien zur Bestimmung seines Anwendungsbereichs generell gefordert werden sollte.

(hh) Die generelle Forderung nach einer eigenverantwortlichen Entwicklung von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen durch die Finanzinstitute als eine Abkehr der vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgeschlagenen Kriterien zur Bestimmung seines Anwendungsbereichs

De lege ferenda ist nach Auffassung des Verfassers zu fragen, ob die Kreditinstitute nicht verpflichtet werden sollten, Sanierungs- und Reorganisationspläne im Vorfeld einer Krise zu entwickeln, um diese sowohl zur Krisenvermeidung als auch zur Abmilderung ihrer Folgen einsetzen zu können, und nicht erst zu ihrer Lösung im Gefolge der Manifestation einer Krise³⁵⁸. Eine negative Publizitätswirkung³⁵⁹ verbunden mit der Entwicklung von Sanierungs- und Reorganisationsplänen könnte vermieden

³⁵⁸ So Deutscher Juristentag, Abteilung Öffentliches und Privates Wirtschaftsrecht, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? 68. Deutscher Juristentag Berlin 2010: “Es sollte eine Pflicht zur vorsorglichen Aufstellung von Plänen zur Krisenlösung („Bankentestamente“) bestehen, um im Falle der Insolvenz eine geordnete Krisenbewältigung und – falls eine solche Bewältigung nach den Plänen nicht möglich erscheint – ein präventives Eingreifen der Finanzaufsicht mit dem Ziel der Komplexitätsminderung zu ermöglichen”.

³⁵⁹ Gregor Bachmann, Stellungnahme zum Restrukturierungsgesetz-E, 5. Oktober 2010, 3.

werden, wenn die Pläne als „Reserveinstrumentarium“ im Vorfeld einer Krise entwickelt werden. Dass Bankentestamente schwer umzusetzen sind, und für die Institute mit erheblichem Aufwand verbunden sind³⁶⁰, steht außer Frage. Der wichtigste Beitrag von Sanierungs- und Reorganisationsplänen ist nach diesseitiger Auffassung in ihrem Beitrag zur Vermeidung einer Krise zu sehen, weil sie dem Institut ein schnelles und strukturiertes Verhalten erlauben und eine klare Abschätzung der Konsequenzen der Maßnahmen unter der Einbeziehung aller Verflechtungen. Die Schnelligkeit von Sanierungs- und Reorganisationsmaßnahmen ist für ihren Erfolg maßgeblich. Die Sanierungs- und Reorganisationsverfahren gefährden nach der Auffassung des Verfassers das Vertrauen der Märkte und der Anleger in die Bank³⁶¹ und damit die Grundlage für den Verbleib der Einlagen und die Einräumung von Kreditspannen. Bereits die bloße Erwartung, ein Finanzinstitut könne in Schieflage geraten, kann zu einem „Sturm auf die Bank“ (run on the bank) führen³⁶². Der wichtigste Beitrag von Sanierungs- und Reorganisationsplänen ist daher ihr Beitrag zur Erhaltung des Vertrauens, damit das Institut zeitnahe und hinreichende Maßnahmen treffen kann, um den Auswirkungen einer Krise vorzubeugen oder sie gar zu vermeiden. Dieses Vertrauen kann nur geschaffen werden, wenn die Kreditinstitute Sanierungs- und Reorganisationspläne im Vorfeld einer Krise entwickelt haben. Überspitzt formuliert: Kommt es zu einem Sanierungs- und Reorganisationsverfahren, ist es bereits zu spät und ein Sanierungs- und Reorganisationsverfahren, sollte es zur Durchführung kommen, ist wenig aussichtsreich. Erfolgreiche Maßnahmen zur Erhaltung oder zur Wiederherstellung des Vertrauens mögen die Aufgaben der Restrukturierung und der Abwicklung abgewerteter Aktiva³⁶³ obsolet machen. Alle Institute sollten einer Pflicht unterliegen, Sanierungs- und Reorganisationspläne im Vorfeld einer Krise zu entwickeln, denn es ist nicht vorhersehbar, welches Unternehmen des Finanzsektors, welcher Markt oder welches Finanzinstrument eine Gefährdung der Finanzmarktstabilität verwirklichen mag³⁶⁴. Eine Geheimhaltung der Interventionsmaßnahmen ist mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht vereinbar, ist praktisch kaum durchhaltbar und schafft Verantwortlichkeiten gegenüber den Kontrahenten in Bezug auf

³⁶⁰ Bachmann, a.a.O., 6.

³⁶¹ Sven Schelo, Neue Restrukturierungsregeln für Banken, NJW 2011, 189.

³⁶² Tobias Riethmüller, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2303.

³⁶³ Zu diesen drei Zielen einer Krisenbewältigung vgl. Tobias Riethmüller, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2296.

³⁶⁴ Thorsten Höche, Neue Pfade in der Finanzmarktregulierung, BB 11.10.2010, 1.

die Geschäfte, die abgeschlossen wurden, nachdem die Schieflage den Interventionsstellen bekannt wurde³⁶⁵.

Eine Einleitung eines Prozesses zur Entwicklung eines Sanierungsplans (lediglich) unmittelbar vor einer Meldung an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht des Nichteinhaltens von Vorgaben wird auch praktischen Schwierigkeiten begegnen:

Nicht nur wird ein Reorganisationsverfahren Monate in Anspruch nehmen³⁶⁶; auch Sanierungs- und Reorganisationspläne können nicht über Nacht entwickelt werden, sondern brauchen bis zur Reinform in der Praxis Monate an Entwicklungszeit. Der Grund für diese notwendige Entwicklungszeit ist darin zu finden, dass, selbst wenn die Krisenbewältigungsmechanismen und Risikominimierungsverfahren vollständig entwickelt, aktualisiert und dargestellt sind, die Zusammenführung solcher Mechanismen und Verfahren in einen konsolidierten Plan einer komplexen konzerninternen Abstimmung und Genehmigung, gegebenenfalls unter einer Einbeziehung der Aufsichtsbehörden, bedarf. Ein weiterer Grund ist, dass fast alle grenzüberschreitend tätigen Finanzinstitute nach Kunden- oder Produktlinien organisiert sind, und nicht nach Rechtseinheiten. Das Unterfangen, einen Sanierungsplan nach dem Eintreten der Sanierungsbedürftigkeit zu entwickeln, während das Finanzinstitut versucht, sein Überleben zu sichern, während der Wert der Handelsbuchpositionen täglich abnimmt, und während die Tagesgelder laufend teurer werden, ist kaum zu bewältigen. Eine Krisenbewältigung erfordert eine rasche und entschiedene Reaktion, die auf den umfassenden aktuellen Informationen aufbauen kann. Ein Sanierungsplan sollte daher vor einer Bestandsgefährdung i.S.d. Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes und vor einer tatsächlichen Sanierungsbedürftigkeit entwickelt werden, und unabhängig davon, ob ein engerer Begriff der Sanierungsbedürftigkeit, wie vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgeschlagen, zugrunde gelegt wird oder ein weiterer Begriff, wie hier vorgeschlagen³⁶⁷.

³⁶⁵ Tobias Riethmüller, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2303.

³⁶⁶ Sven Schelo, Neue Restrukturierungsregeln für Banken, NJW 2011, 188.

³⁶⁷ S.o.; es wurde vorgeschlagen, den Begriff der Bestandsgefährdung und damit auch der Sanierungsbedürftigkeit, weiter zu fassen als im Artikel 2 des Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010 (Entwurf) zur Änderung des Kreditwesengesetzes, nämlich unter Einschluss von Finanzinstituten, die insolvent oder von

Es wird daher empfohlen, dass das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz zukünftig, also im Gefolge einer Rechtsänderung, die Entwicklung von Sanierungsplänen im Vorfeld einer Krise verlangt. Durch solche, laufend zu aktualisierenden Vorfeldpläne wird erreicht, dass das Institut sich des Grades seiner Krisenfestigkeit bewusst ist, dass der Dialog über die Konsequenzen eines Scheiterns mit der Aufsicht institutionalisiert wird, dass der Aufsicht aktualisierte Daten zur Krisenbewältigung zur Verfügung stehen, und daher das notwendige Zeitfenster bis zu einem aufsichtlichen Eingreifen verkleinert werden kann³⁶⁸. Der Ansatz des Gesetzes, den Kreditinstituten das Sanierungsverfahren als ein „Angebot“ zur Verfügung zu stellen, „frühzeitig“ initiativ zu werden, um einer wirtschaftlichen Schieflage entgegen zu steuern³⁶⁹, greift nach diesseitigem Dafürhalten zu spät und zu fakultativ. Seitens des Verfassers wird empfohlen, den Finanzinstituten aufzuerlegen, einen Sanierungsplan binnen sechs Monaten nach der Verkündung eines solchen „Kreditinstitute-Reorganisationsänderungs-gesetzes“ bereitzuhalten, und auf Verlangen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vorzulegen. Das Verfahren des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes, das der Geschäftsführung einen größten zeitlichen Spielraum zur Bestimmung einräumt, wann ein Sanierungsplan als eine Problemlösungshilfe eingesetzt werden soll, ist wohl eher praxisfern, weil er mit der Entmachtung der Geschäftsleitung enden wird³⁷⁰. Die Geeignetheit des im Gesetz vorgese-

der Insolvenz bedroht sind, die lizenzrelevante aufsichtsbehördliche Vorgaben nicht einhalten, wenn aufsichtsrechtliches Einschreiten zulässig ist, wenn satzungsmäßige Vorgaben nicht eingehalten werden, und wenn die Risikostrategie und Risikoakzeptanz nicht mehr erreicht werden kann.

³⁶⁸ Tobias Riethmüller, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2300.

³⁶⁹ Klaus Wimmer, Das Restrukturierungsgesetz für Kreditinstitute, Juris PR – Insolvenzrecht, 17/2010 Anm. 1.

³⁷⁰ Horst Eidenmüller, Restrukturierung systemrelevanter Finanzinstitute, S 12, abrufbar unter [http://www.jura.uni-](http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultät/lehrstühle/eidenmueller/_dokumente/fs_hopt.pdf)

[muenchen.de/fakultät/lehrstühle/eidenmueller/_dokumente/fs_hopt.pdf](http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultät/lehrstühle/eidenmueller/_dokumente/fs_hopt.pdf); Deutscher Sparkassen- und Giroverband (DSGV), Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) gegenüber dem Bundesministerium der Justiz sowie dem Bundesministerium der Finanzen, Stand: 19. Juli 2010, S. 4: „Potential für eine schnelle und damit erfolgreiche Durchführung bietet aus unserer Sicht insoweit allein das Sanierungsverfahren der ersten Stufe, das allein auf eine einvernehmliche Konsenslösung der am Verfahren beteiligten Hauptgläubiger ausgerichtet ist. Hier besteht die Möglichkeit, sich bereits mit einem vorab mit den wesentlichen Gläubigern und der Bankenaufsicht abgestimmten Plan in das Verfahren hineinzubegeben (sogenannter „Pre-Packaged Plan“). Das Reorganisationsverfahren dagegen dürfte trotz der durch einen

nenen Maßnahmenkatalogs und die Zeitnähe der vorgesehenen Rettungsmaßnahmen wurde von den Verfassern des Gesetzesentwurfs in ihrer Bedeutung für den Erfolg oder den Misserfolg von Krisenbekämpfungs- und Kriseneindämmungsverfahren nach diesseitigem Dafürhalten überschätzt³⁷¹. Eine generelle Verpflichtung, einen Sanierungsplan im Vorfeld einer Krise bereit zu halten, schützt die Stabilität des Finanzmarktes besser, als das Modell des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes, einen solchen Plan erst bei Eintritt einer Krise zu verlangen, und gibt den Aufsichtsbehörden ein breiteres Aktionsfeld und die Möglichkeit eines früheren Einschreitens. Die Finanzinstitute werden in ihrer Autonomie nicht eingeschränkt, solange sie sich diszipliniert im Rahmen der aufsichtsrechtlichen, der satzungsmäßigen und der internen Risikovorgaben bewegen.

Es wird auf Seiten des Verfassers anerkannt, dass die vorgeschlagene Lösung, dass die Finanzinstitute eigenverantwortliche Krisenplanungsmechanismen entwickeln, mit der aufsichtsrechtlichen Praxis, die wichtigen Banken in einer Krise nicht zu zerlegen, sondern sie mit anderen gesunden zu fusionieren, in Kontrast steht³⁷². Diesseits werden „Zwangsehen“ von gescheiterten und leistungsfähigen Instituten mit Skepsis betrachtet, weil die wirtschaftliche Zukunft der gesunden Bank in Frage gestellt sein kann, und weil die Anreizsysteme an die Wirtschaft verschoben sind. Zu fragen ist, ob die Risikoabsicherung durch eine Erhöhung der wirtschaftlichen Verflechtung, und mithin der Verstärkung systemischer Relevanz, für ein Institut billiger ist als die Diversifizierung oder die Risikoübertragungsmechanismen. Die eigenverantwortlichen Krisenplanungsmechanismen erfüllen alle grundsätzlichen Voraussetzungen erfolgreicher Sanierungsmaßnahmen, nämlich die Frühzeitigkeit, die Eigeninitiative des Instituts, die Unterstützung durch die Eigner und die Gläubiger, die in die Entwicklung eigenverantwortlicher Krisenplanungsmechanismen mit einbezogen werden können, sowie die Schnelligkeit, die Zuverlässigkeit, die Vorhersehbarkeit für

eingeschränkten Rechtsschutz erreichten Beschleunigung immer noch zu viel Zeit in Anspruch nehmen“.

³⁷¹ S. aber (Ministerialrat) Klaus Wimmer, Das Restrukturierungsgesetz für Kreditinstitute, Juris PR – Insolvenzrecht, 17/2010 Anm. 1: „Mit diesem Instrumentarium ist das Restrukturierungsgesetz *hervorragend* geeignet, die der jeweiligen Situation angemessene Maßnahme zu ergreifen ...Die ...Regelungen bieten ein breites und flexibles Reaktionsinstrumentarium, um künftig *frühzeitig* auf Krisenanzeichen im Finanzmarkt reagieren zu können“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

³⁷² Vgl. Christoph Ohler, Bankensanierung als Staatliche Aufgabe, WiVerw. 2010, 58f.

alle Beteiligten, und die Möglichkeit des Marktaustritts, falls die Mindestanforderungen des Krisenplans nicht mehr gegeben sind³⁷³.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der wichtigste Beitrag von Sanierungs- und Reorganisationsplänen ihr Beitrag zur Erhaltung des Vertrauens ist, damit das Finanzinstitut zeitnahe und hinreichende Maßnahmen treffen kann, um den Auswirkungen einer Krise vorzubeugen oder sie gar zu vermeiden. Dieses Vertrauen kann nur geschaffen werden, wenn die Kreditinstitute Sanierungs- und Reorganisationspläne im Vorfeld einer Krise entwickelt haben. Anknüpfend an die Diskussion zur Bestandsgefährdung, sollten nach der hier vertretenen Auffassung, im Interesse der Stabilisierung des Finanzmarktes, also alle lizenzierten Finanzinstitute Sanierungspläne im Vorfeld einer Krise vorhalten. In diesem Falle dienen die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren nur der Umsetzung der Sanierungs- und Reorganisationspläne. Die eigenverantwortliche Entwicklung von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen durch die Finanzinstitute als Abkehr der vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgeschlagenen Kriterien zur Bestimmung seines Anwendungsbereichs sollte also generell gefordert werden.

(ii) Zwischenergebnis zu den Grundsätzen der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren, im Hinblick auf die eigenverantwortliche Krisenbekämpfung und –bewältigung von Finanzinstituten, die Umsetzung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen meinen. Die Reorganisations- und Restrukturierungspläne eines Finanzinstituts sollen eine Krisenabwicklung des Finanzinstituts erleichtern, ohne die Krisenwiderstandsfähigkeit des Finanzinstituts zu verringern. Die strukturellen Vorgaben eines Gesetzgebers oder einer Aufsichtsbehörde an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne müssen gegenüber der Rechtseinheits-, der Geschäfts-, der Aufbau- und der Ablaufstruktur eines Finanzinstituts neutral sein. Eine abgestufte, individualisierte und strukturneutrale Vorgehensweise, angepasst an die

³⁷³ Vgl. Manfred Obermüller / Karen Kuder, Die Entwicklung der Gesetzgebung zu Bankinsolvenzen, ZInsO 2010, 2017.

Risikostruktur und Komplexität des jeweiligen Finanzinstituts, erscheint als angemessen.

Der Ansatz zu Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sollte konzernweit sein. Im Ergebnis sollte der Begriff der Systemrelevanz von Kreditinstituten gänzlich aufgegeben werden, um Missverständnisse auszuschließen. Die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten grundsätzlich von allen Finanzinstituten gefordert werden.

Der Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes sollte grundsätzlich auf alle Formen von Finanzinstituten angewendet werden. Alle Zweigniederlassungen inländischer Kreditinstitute unselbständiger wie selbständiger Art (sprich Tochterunternehmen) sollten vom Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes de lege ferenda ausgenommen werden.

Das Begriffsmerkmal einer Gefahr für die Stabilität des Finanzsystems als Voraussetzung einer Forderung nach Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sollte nach der Auffassung des Verfassers aufgegeben werden. Der Anwendungsbereich des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten sollte de lege ferenda alle Situationen erfassen, wenn die Gefährdung eines Finanzinstituts die Widerstandskraft des Finanzsystems derart schwächt, dass es anfällig für systemweite Folgeeffekte der Gefährdung des Instituts werden kann (Verlust der Robustheit).

Der Begriff der Bestandsgefährdung sollte weit ausgelegt werden, nämlich die Finanzinstitute einschließen, die insolvent oder von der Insolvenz bedroht sind, die lizenzrelevante aufsichtsbehördliche Vorgaben nicht einhalten, weiterhin wenn aufsichtsrechtliches Einschreiten zulässig ist, wenn satzungsmäßige Vorgaben nicht eingehalten werden, oder wenn die von den Eigentümern (in der Hauptversammlung) beschlossene Risikostrategie und Risikoakzeptanz nicht mehr erreicht werden kann.

Die Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts führt nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz zur Einleitung eines Sanierungsverfahrens. Hält ein Kreditinstitut ein Sanierungsverfahren für aussichtslos, kann es sogleich ein Reorganisationsverfahren einleiten. Der Begriff der Sanierungsbedürftigkeit im Kreditwe-

sengesetz nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz verlangt, dass die Vermögens-, die Finanz- oder die Ertragsentwicklung eines Finanzinstituts die Annahme rechtfertigt, dass es die Anforderungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung nicht dauerhaft erfüllen können wird. Im Entwurf des Gesetzes war noch ein Verstoß gegen die Verpflichtungen zur Eigenmittelausstattung oder zur Zahlungsbereitschaftsgewährleistung gefordert worden. Im Ergebnis macht dieser scheinbare Erleichterung der Anforderungen an die Sanierungsbedürftigkeit keinen wesentlichen Unterschied, denn die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kann auf gesetzlicher und aufsichtsrechtlicher Grundlage ohnehin jederzeit zusätzliche Eigenmittel und Zahlungsmittel fordern. Ebenso wenig macht es einen Unterschied, ob die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kraft gesetzlicher oder kraft aufsichtsrechtlicher Anordnung die Sanierungsbedürftigkeit feststellt. Nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz stellt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht einen Antrag auf die Durchführung eines Reorganisationsverfahrens, wenn eine Bestandsgefährdung nach Kreditwesengesetz zu einer Systemgefährdung nach Kreditwesengesetz führt. Im Sinne der Rechtssicherheit bedarf dies einer Konkretisierung im Verwaltungsverfahren, damit Gläubiger abschätzen können, ob mit einem Reorganisationsverfahren zu rechnen ist und weil im Reorganisationsverfahren in die Rechte Dritter eingegriffen werden kann.

Es besteht nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz keine Rechtspflicht des Kreditinstituts, Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren einzuleiten. Insofern stellen die Sanierungs- und Reorganisationsverfahren Maßnahmen eigenverantwortlicher Krisenplanung der Kreditinstitute dar. Der Entscheidungsspielraum der Kreditinstitute, Sanierungs- und Reorganisationsverfahren einzuleiten, ist aber in der Praxis durch die Vorgaben der Aufsichtsbehörden und rechtlich durch die Verpflichtungen gegenüber den Eignern eingegrenzt. Im Ergebnis sollten die Reorganisations- und Restrukturierungspläne vom Vorstand des Finanzinstituts genehmigt werden. Eine Aufsichtsbehörde des Heimatstaates des Finanzkonzerns sollte eine Angemessenheitskontrolle ausüben. Eine Entscheidung über die Abwicklung oder die Umwandlung des Finanzinstituts sollte von den Aufsichtsbehörden oder von den Gerichten getroffen werden, weil in Rechte Dritter eingegriffen wird.

Der wichtigste Beitrag von Sanierungs- und Reorganisationsplänen ist ihr Beitrag zur Erhaltung des Vertrauens, damit das Finanzinstitut zeitnahe und hinreichende Maßnahmen treffen kann, um den Auswirkungen einer Krise vorzubeugen oder sie gar zu vermeiden. Dieses Vertrauen kann nur geschaffen werden, wenn die Kreditinstitute Sanierungs- und Reorganisationspläne im Vorfeld einer Krise entwickelt haben. Im Interesse der Stabilisierung des Finanzmarktes sollten also alle lizenzierten Finanzinstitute Sanierungspläne im Vorfeld einer Krise vorhalten. In diesem Falle dienen die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren nur der Umsetzung von Sanierungs- und Reorganisationsplänen. Die eigenverantwortliche Entwicklung von Reorganisationsplänen und Restrukturierungsplänen durch Finanzinstitute als Abkehr der vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgeschlagenen Kriterien zur Bestimmung seines Anwendungsbereichs sollte also generell gefordert werden.

Im Anschluss an die Darstellung der Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren wird im Folgenden der Inhalt von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen betrachtet.

Falls nach seinem Anknüpfungspunkt und Auslösungsmechanismus das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz Anwendung findet, sind Sanierungs- oder Reorganisationspläne vorzulegen – nach der hier vorgeschlagenen Terminologie, und in Anlehnung an die international verbreiteten Sprachgepflogenheiten, Reorganisations- und Restrukturierungspläne. Im Folgenden soll der Ansatz des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes zum Inhalt von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen vorgestellt und einer rechtsvergleichenden Untersuchung unterworfen werden und im Rahmen einer Kritik der Lösungsansätze der geforderte und der angemessene Inhalt solcher Pläne diskutiert werden.

(ii) *Der Inhalt der Reorganisationspläne*

In diesem Unterabschnitt werden zunächst unter (aa) die Bestandteile eines Reorganisationsplans dargestellt, und sodann unter (bb) die Optionalität der Maßnahmen eines Reorganisationsplans und das Ermessen des Finanzinstituts bei der Wahl der

spezifischen Maßnahmen eines Reorganisationsplans und schließlich unter (cc) die Bestimmung der Auswirkungen der Maßnahmen eines Reorganisationsplans und die Zusammenführung der Maßnahmen eines Reorganisationsplans in einem Mitteilungskonzept.

Ein Krisenmanagementplan besteht aus zwei Teilen, einem Reorganisationsplan und einem Restrukturierungsplan. Hervorzuheben ist, dass die Firmenleitung die Entscheidungen trifft, welche Maßnahmen eines Reorganisationsplans zur Krisenbewältigung einzusetzen sind. Die Verantwortung der Firmenleitung für den Restrukturierungsplan beschränkt sich auf die Zusammenführung der Informationen über die Struktur der Firma und eine Diskussion der Möglichkeiten, wie die Firma aufgelöst oder ihr Fortbestand gesichert werden kann (going concern).

(aa) Die Bestandteile eines Reorganisationsplans

In diesem Unterabschnitt wird der Ansatz des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes zu den erforderlichen Bestandteilen eines Reorganisationsplans mit dem Ansatz des Bundesverbandes Deutscher Banken und dem Ansatz der britischen Financial Services Authority verglichen.

Mit Ausnahme einer negativen Abgrenzung in § 2 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, dass ein Sanierungsplan Maßnahmen enthalten könne (sic), die geeignet seien, eine Sanierung des Instituts zu erreichen, ohne in Drittrechte einzugreifen, gibt das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz keinen Hinweis auf den angemessenen oder erforderlichen Inhalt eines solchen Sanierungsplanes.

Nach dem Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken³⁷⁴ zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010 sollte eine verbesserte Krisenprävention in einer Phase 1 eines zukünftigen Rechtsrahmens die angemessene Notfallplanung (Living

³⁷⁴ Bundesverband Deutscher Banken, Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmarkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>; sowie Bundesverband Deutscher Banken, Kurzfassung in defacto: Sanierung und Restrukturierung von Unternehmen des Finanzsektors, April 2010, abrufbar unter <https://shop.bankenverband.de/broschüren/defacto/shopitem/678d1ae38d44cd2a2e8b0bbd981d62c7>.

Will) eines Instituts sicherstellen, sowie die außerinsolvenzliche, eigenverantwortliche Sanierung. Nur im Falle eines Scheiterns dieser Bemühungen sollte in einer Phase 2 ein von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht geleitetes Sanierungs- und Restrukturierungsverfahren für die systemrelevanten Unternehmensteile folgen, und in einer Phase 3 die insolvenzliche Abwicklung von nicht systemrelevanten Unternehmensteilen³⁷⁵. Notfallpläne sollten die Wahrscheinlichkeit einer notwendigen Sanierung oder Abwicklung reduzieren, ohne die Organisationsstruktur des Unternehmens in Frage zu stellen.

Das Sanierungs- und das Restrukturierungsverfahren in der Phase 2 nach dem Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken vom 25.3.2010 sollte zur Vermeidung systemischer Krisen erst nach dem Fehlschlag der bankautonomen Bemühungen eingreifen und oft die Bildung und Erhaltung einer Bank für Niedrigrisikoaktiva (good bank) beinhalten, sowie die Abwicklung einer Bank für Hochrisikoaktiva (bad bank), gegebenenfalls nach der Übertragung in eine staatliche Überbrückungsbank (bridge bank), die über einen staatlichen Stabilisierungsfonds finanziert sein sollte. Die Erfolgswahrscheinlichkeit der autonom veranlassten Sanierungsmaßnahmen wurde für höher gehalten, weil diese rasch und ohne eine negative Publizität und im Einvernehmen mit institutionellen Anteilshabern und den größten Gläubigern durchgeführt werden können³⁷⁶.

Nach dem Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen vom 25.3.2010 sollte ein Scheitern der eigenverantwortlichen Sanierungsbemühungen aufsichtsbehördliches Einschreiten notwendig machen. Zur Schadensbegrenzung sollten hinreichende Informationen durch das Institut vorgehalten werden. Dies mochte die Übertragung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten auf eine Überbrückungsbank³⁷⁷ in einem Zeitfenster ermöglichen, das einen größeren Wertverfall verhindert.

³⁷⁵ Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, a.a.O., S. 3.

³⁷⁶ Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, a.a.O., S. 15.

³⁷⁷ Vgl. den Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, a.a.O., S. 18.

Der Financial Services Act 2010 beauftragte und ermächtigte die Financial Services Authority, nach Beratung mit Her Majesty's Treasury und der Bank of England, Regeln aufzustellen, die die Banken verpflichten, einen Reorganisations- oder Krisenmanagementplan (Recovery Plan) und einen Restrukturierungs- oder Abwicklungsplan (Resolution Plan) aufzustellen. Die Financial Services Authority hatte im Dezember 2009 vier ausgewählte systemrelevante internationale Finanzkonzerne beauftragt, einen solchen Rahmenplan zur Krisenbewältigung auf einer Pilotbasis zu erstellen. Ein Konsultationsentwurf der britischen Financial Services Authority von August 2011³⁷⁸ zur Umsetzung des Financial Services Act 2010 des Vereinigten Königreichs, der ergänzt war durch ein Diskussionspapier sowie durch eine Anleitung³⁷⁹ und den Entwurf eines Regelungstextes³⁸⁰ schlug eine Reihe von Bausteinen eines Reorganisations- oder Krisenmanagementplans vor. Die vorgeschlagenen Bausteine beinhalteten die Entwicklung und die Überwachung (Governance) der Maßnahmen zur Erhaltung und zur Wiederherstellung der erforderlichen und einer angemessenen Kapital- und Liquiditätsbasis für eine entweder systemweite oder institutsbegrenzte Belastung (idiosyncratic or market-wide stress) des Finanzinstituts von milderer oder massiver Natur, weiter Liquiditätsnotmaßnahmen, Risikominimierungsoptionen und schließlich anorganische Maßnahmen. Der Reorganisations- oder Krisenmanagementplan³⁸¹ nach dem Konsultationsentwurf der britischen Financial Services Authority sollte insbesondere die Einbindung (integration) der Maßnahmen in bestehende Prozesse beschreiben, damit die Ausführbarkeit glaubwürdig wird, sowie die Auslösemechanismen des Plans (triggers), damit die Disziplin der Ausführung glaubwürdig wird. Die notwendige Zeit zur Umsetzung einzelner Maßnahmen, die Schranken der Anwendung der einzelnen Maßnahmen und die Auswirkung der einzelnen Maßnahmen auf die Kapital- und Liquiditätsbasis des Instituts müssen im Einzelnen im Reorganisations- oder Krisenmanagementplan beschrieben werden, sowie die Wahrscheinlichkeit (credibility), dass diese erwarteten Auswirkungen in einer Krise, die nur das Institut oder den weiteren Markt betrifft (idiosyncratic or market wide stress), eintreten werden. Ein detaillierter Veräußerungsplan (disposals) für einzelne Geschäftsteile ist zu erstellen, unter der Angabe möglicher Erwerber und unter der

³⁷⁸ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011.

³⁷⁹ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, CP11/16, August 2011, 5ff: Module 2: Recovery Plan.

³⁸⁰ Financial Services Authority, Draft Handbook text, CP11/16, August, 2011.

³⁸¹ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, CP11/16, August 2011, 7ff.

Angabe zustimmungspflichtiger, steuerlicher und personeller Aspekte, und der Auswirkungen auf den Konzern (franchise impact).

Die noch im Pilotprogramm der Financial Services Authority genannten Aspekte der Ansteckungskontrolle (Maßnahmen zur Begrenzung der Auswirkungen einer Krise einer systemwichtigen Vertragspartei), der Auswirkungen einer Krise des Finanzinstituts auf die Stabilität des Finanzmarktes, und die Forderung nach einem strukturierten Mitteilungskonzept werden nicht mehr gesondert erwähnt, fallen aber unter den allgemeinen Aspekt der Arbeitsablaufbeschreibungen für eine Durchführungsplanung (firms must ensure that processes are in place ...for the implementation of the plan...) ³⁸².

Anders als noch in den Vorgaben an das Pilotprogramm darf nach dem Konsultationsentwurf der britischen Financial Services Authority ein Reorganisationsplan nicht lediglich in einer Zusammenschau einer Mehrzahl bereits bestehender definierter Aktionsmöglichkeiten für die Firmenleitung und den Vorstand bestehen. Diese müssen im Ergebnis in einem Rahmenplan zur Krisenbewältigung zusammengeführt werden, damit sichergestellt ist, dass die einzelnen Maßnahmen aufeinander abgestimmt sind, damit die Auslösemechanismen einzelner Maßnahmen abgestuft sind und damit eine ganzheitliche Übersicht gewährleistet werden kann.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz keinen relevanten Hinweis auf den angemessenen oder den erforderlichen Inhalt eines solchen Sanierungsplanes gibt. Nach dem Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken soll eine verbesserte Krisenprävention die angemessene Notfallplanung eines Instituts sicherstellen. Nur im Falle eines Scheiterns dieser Bemühungen soll ein von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht geleitetes Sanierungs- und Restrukturierungsverfahren für systemrelevante Unternehmensteile folgen. Die vorgeschlagenen Bausteine der Financial Services Authority beinhalteten die Entwicklung und die Überwachung von Maßnahmen zur Erhaltung und zur Wiederherstellung der Kapital- und der Liquiditätsbasis für eine entweder systemweite oder institutsbegrenzte Belastung des Finanzinstituts, weiterhin Liquidi-

³⁸² Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 23.

tätsnotmaßnahmen, Risikominimierungsoptionen und schließlich anorganische Maßnahmen.

(bb) Die Optionalität der Maßnahmen eines Reorganisationsplans und das Ermessen des Finanzinstituts bei der Wahl der spezifischen Maßnahmen eines Reorganisationsplans

In diesem Unterabschnitt wird die Optionalität der Maßnahmen eines Krisenplans dargestellt und das notwendige Ermessen des Finanzinstituts in der Wahl der entsprechenden Maßnahme herausgestellt. Die Zulässigkeit des Abstellens auf eine Zentralbankunterstützung wird dargestellt. Die Angemessenheit einer Einbeziehung der Maßnahmen mit einem Anwendungszeitpunkt vor Eintritt einer Krise in einen Reorganisationsplan wird untersucht. Die Einbettung der Reorganisationsplanung in die Planung der Liquiditäts- und Kapitalbelastungsszenarien wird beschrieben. Die Schwierigkeiten einer Auflistung anorganischer Maßnahmen in einem Reorganisationsplan werden betrachtet.

Die Pläne, die im Vorfeld einer Krise entwickelt werden, können notwendigerweise keine dezidierte Antwort auf die spezifischen Gegebenheiten einer Krise geben, sondern können lediglich eine Bandbreite möglicher Aktionen als Optionen zur Krisenbewältigung beschreiben (Instrumentenkasten, toolbox of options). Von daher stellt der Konsultationsentwurf der britischen Financial Services Authority an die optionalen Maßnahmen zur Krisenbewältigung nur die folgenden Bedingungen: Sie müssen zeitnahe, d.h. binnen sechs Monaten zu verwirklichen sein, sie müssen wirksam sein (move the dial), sie müssen der Firma eine Wahlmöglichkeit einräumen und sie müssen nach außen hin glaubwürdig sein³⁸³. Ein dezidiertes System von Auslösungsmechanismen (trigger), das in verschiedensten Stresssituationen anwendbar ist, qualitative und quantitative Aspekte berücksichtigt, Klarheit bietet, ob die auslösenden Momente gegeben sind und das leicht überwacht werden kann stellt nach der britischen Financial Services Authority sicher, dass die Optionen wirksam eingesetzt werden können³⁸⁴. Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Hervorhebung, dass nach der britischen Financial Services Authority die Auslösungsmechanismen die Optionen

³⁸³ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 26.

³⁸⁴ Financial Services Authority, a.a.O., 27.

anwendbar machen und dass eine Auswahl möglicher Maßnahmen besteht. Die Auslösungsmechanismen führen danach nicht automatisch zu einer Aktion und lösen nicht eine vorherbestimmte Maßnahme aus. Dies erscheint nach diesseitigem Dafürhalten als richtig, weil die Fortentwicklung einer Krise eine Modifizierung oder ein Abgehen der ursprünglich ins Auge gefassten Maßnahmen notwendig machen kann, und ein Plan, der eine Bandbreite möglicher Aktionen beschreibt, der Firmenleitung oder dem Reorganisationsberater die notwendige Freiheit einräumt. Die Auslöschungsschwellen eines Plans sollten unternehmensinterne Faktoren und die Risikostruktur des Instituts berücksichtigen³⁸⁵.

Ein Reorganisations- oder Restrukturierungsplan sollte nach der Auffassung des Verfassers keine strategischen Informationen darüber enthalten, welche spezifischen Beteiligungen oder Tochterunternehmen in welchem Typus und Stadium einer Krise verkauft werden sollen. Solche Einzelaufstellungen sind nach diesseitigem Dafürhalten wenig verlässlich, weil die Veräußerungswahrscheinlichkeit und der erzielbare Marktpreis von der Art und dem Stadium der Krise abhängen. Stattdessen erscheint es angemessen, dass ein Plan lediglich die Vorgehensweise zur Krisenbewältigung definiert³⁸⁶. Anorganische Maßnahmen sollten nach diesseitigem Dafürhalten die Beteiligungspositionen (Private Equity, joint ventures) auflisten, die voraussichtlich einen Krisenveräußerungserlös von mindestens 30% des letztjährigen Konzernreingewinns nach Steuern erbringen – kleinere Summen sind kaum geeignet, das langfristige Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit des Instituts wiederherzustellen. Die Financial Services Authority beschreibt dies als Sicherstellung der langfristigen Überlebensfähigkeit von Unternehmen (long-term viability of the firm post-transaction)³⁸⁷. Sofern die Geschäftseinheiten konzernverschränkt sind und als Kundenbasis separat veräußert werden können, sollten diese nach Auffassung des Verfassers genannt wer-

³⁸⁵ So der Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, S. 11, mit dem Beispiel, dass die Vorlaufzeit von Maßnahmen wie einer Kapitalerhöhung gegenüber einer aufsichtsrechtlichen Schwelle im Plan widergespiegelt werden muss: Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmärkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

³⁸⁶ Bundesverband Deutscher Banken, Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, S. 13, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmärkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

³⁸⁷ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 25.

den. Dasselbe mag für verselbständigte Abwicklungseinheiten gelten, die nach der Veräußerung das Finanzinstitut im Rahmen eines Insourcing weiterhin in derselben Art und Weise unterstützen könnten.

Hervorzuheben ist, dass bestimmte Maßnahmen zu ihrer Umsetzung noch der Zustimmung der Kunden (etwa zur Kontenübertragung auf ein übernehmendes Institut) oder der Aktionäre (etwa zu einer Kapitalerhöhung) oder der Gerichte (etwa zu einer Übertragung ohne Kundenzustimmung) bedürfen, es sei denn, solche Umsetzungsmaßnahmen sind durch wirksames öffentliches Recht überlagert. Die zustimmungsbedürftigen Handlungen sollten in den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen allenfalls als mögliche Optionen aufgelistet werden. Im Ergebnis sollten die Reorganisations- und Restrukturierungspläne aus Gründen der mangelnden Verlässlichkeit keine konkreten Veräußerungsvorhaben enthalten.

Wie Kapital(standard)wiederherstellungsmaßnahmen bzw. Kapitalbeschaffungsmaßnahmen (capital restoration plan, CRP), Liquiditätssicherungsmaßnahmen (liquidity contingency plan, LCP), und Risikominimierungsmaßnahmen beschaffen sein sollen, ist von der britischen Financial Services Authority dem Ermessen des jeweiligen Finanzinstituts anheimgestellt worden (wobei allerdings die Financial Services Authority die Angemessenheit der Bestimmung des Finanzinstituts prüft).

Das Ermessen des jeweiligen Instituts ist auch von anderen Aufsichtsstellen anerkannt worden. Um die unternehmerische Freiheit nicht zu beschneiden, und um den Besonderheiten des jeweiligen Finanzinstituts gerecht werden zu können, schlägt etwa die schweizerische Expertenkommission in ihrem Schlussbericht lediglich vor, dass die Banken einen Notfallplan vorzuhalten haben, der die „Weiterführung der systemrelevanten Funktionen durch Umsetzung dieses Plans in der in einer Krise zur Verfügung stehenden Zeit spätestens auf den Zeitpunkt einer allfälligen Insolvenz“ sicherstellt³⁸⁸.

Nach der Auffassung des Verfassers sollte die Beschreibung der Kapitalwiederherstellungsmaßnahmen die ganze Bandbreite der Kostenreduzierung, der Verzögerung

³⁸⁸ Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 30.9.2010, S. 40.

von Investments, des Auflegens von Wertpapieren, der Verbriefung von Forderungen (securitisation), der Dividendenkürzung, der Aktienplatzierung, und des Verkaufs von Geschäftseinheiten abdecken. Die Risikominimierungsaktionen umfassen nach diesseitigem Dafürhalten die Beschränkung der Limite zur Kreditvergabe, und die Verschärfung der Kriterien zur Akzeptanz neuer Risiken, die Kürzung der Laufzeit bestehender Verbindlichkeiten, die Streichung nicht verbindlicher Fazilitätszusagen, die Absicherung und die Versicherung von Anlagen, die Verkäufe von Positionen, und die Abwicklung von Handels- und Anlagebüchern. Der Katalog der Liquiditätsstützungs- und Liquiditätsnotmaßnahmen sollte nach Auffassung des Verfassers eine Erhöhung des liquiden Anteils an den Sicherheiten umfassen, die Reduzierung des Anlagenerwerbs und der Laufzeiten von Positionen, die Erhöhung der Preise, die Verlängerung der Refinanzierungsfristen, den Verkauf oder repo von Anlagen, und den Zugang zur Zentralbankunterstützung³⁸⁹.

In der Anleitung der Financial Services Authority zum Pilotprogramm war noch ein Hinweis enthalten, dass ein Plan ohne Zentralbankunterstützung erstellt werden müsse, um akzeptabel zu sein. Dies wurde von den Banken in Frage gestellt, weil die Zentralbankunterstützung ja gerade für die Situation einer Liquiditätsverknappung vorgesehen ist. Konsequenterweise erlaubt der Konsultationsvorschlag der Financial Services Authority, auf den Bank of England Indexed Long-Term Repo (ILTR) und die Bank of England Discount Window Facility (DWF) Bezug zu nehmen, und erwartet einen Plan, wann solche Liquiditätsfazilitäten eingesetzt werden soll³⁹⁰.

Wichtig ist nach diesseitigem Dafürhalten die Präzisierung der Anwendungszeitpunkte einzelner Risikominimierungsaktionen. Diese Anwendungszeitpunkte mögen vor dem Eintritt einer Krise liegen, weil die Krise für das Institut durch die Maßnahmen gerade abgewendet werden kann. Die Heraufsetzung eines Hypothekenzinssatzes für ein Marktgebiet, dessen Risikobewertung einen bestimmten Grenzwert (threshold) erreicht hat und das Ansteckungseffekte in einer Krise zeigen mag (bubble), mag als Beispiel einer Maßnahme mit einem Anwendungszeitpunkt vor dem Eintritt einer Krise dienen. Technisch betrachtet sind solche Risikominimierungsaktionen dann nicht Bestandteil eines Reorganisationsplans. Es erscheint aber

³⁸⁹ S.u., Alternative Lösungsmodelle, Liquiditätsunterstützung.

³⁹⁰ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 25.

hilfreich, alle solche Risikominimierungsaktionen als Abschnitt eines Reorganisationsplans zu dokumentieren, damit die Sachnähe deutlich gemacht wird und die Übergänge ohne Bruch erfolgen können.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Reorganisations- oder Krisenmanagementplan insbesondere die Einbindung in bestehende Prozesse beschreiben sollte, damit die Ausführbarkeit glaubwürdig wird. Notwendigerweise können Pläne, die im Vorfeld einer Krise entwickelt werden, lediglich eine Bandbreite möglicher Aktionen als Optionen zur Krisenbewältigung beschreiben. Nach Auffassung des Verfassers sollte die Beschreibung von Kapitalwiederherstellungsmaßnahmen die ganze Bandbreite der Kostenreduzierung, der Verzögerung von Investments, des Auflegens von Wertpapieren, der Verbriefung von Forderungen, der Dividendenkürzung, der Aktienplatzierung, und des Verkaufs von Geschäftseinheiten abdecken. Ein Reorganisations- oder Restrukturierungsplan sollte nach der Auffassung des Verfassers aber keine konkreten strategischen Informationen enthalten, welche spezifischen Beteiligungen oder Tochterunternehmen in welchem Typus und Stadium einer Krise verkauft werden sollen. Die anorganischen Maßnahmen sollten die Beteiligungspositionen auflisten, die voraussichtlich einen Krisenveräußerungserlös von mindestens 30% des letztjährigen Konzernreingewinns nach Steuern erbringen. Zustimmungspflichtige Handlungen sollten in den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen allenfalls als mögliche Optionen aufgelistet werden.

(cc) Die Bestimmung der Auswirkungen der Maßnahmen eines Reorganisationsplans und die Zusammenführung der Maßnahmen eines Reorganisationsplans in einem Mitteilungskonzept

In diesem Unterabschnitt wird untersucht, ob die Krisenplanung der Finanzinstitute auch eine Ansteckungskontrolle berücksichtigen sollte. Die notwendige Darstellung der Auswirkungen der einzelnen Maßnahmen wird erklärt und die Zulässigkeit von Annahmen zu dem Ausmaß und der Entwicklung einer Krise wird diskutiert. Die Bedeutung eines Mitteilungskonzepts wird erklärt.

Ein aus Sicht der ultima ratio der Reorganisationspläne, nämlich der Sicherung der Finanzsystemstabilität wesentlicher Aspekt ist die Bestimmung der Auswirkungen

von Reorganisationsmaßnahmen auf die Vertragspartner und auf das Finanzsystem – aus Sicht der Financial Services Authority - in Bezug auf das Vereinigte Königreich und international³⁹¹. Die Bestimmung der Auswirkungen auf die Finanzstabilität ist von der Financial Services Authority nicht als Regelung vorgesehen. Lediglich eine Generalverweisung im Entwurf eines geänderten Regelwerks auf den Wegweiser zur Reorganisations- und Restrukturierungsplanung verweist auf den Aspekt der Ansteckungskontrolle und Finanzsystemstabilität³⁹². Die Ansteckungskontrolle und die Finanzsystemstabilität sind nach diesseitigem Dafürhalten keine vom Vorstand eines Finanzinstituts geschuldete Aufgabe, sondern liegen in der Verantwortlichkeitssphäre der Aufsichtsbehörden. Der Vorstand eines Finanzinstituts sollte allerdings die Ansteckungseffekte berücksichtigen, um die Wahl zwischen den verschiedenen Reorganisationsinstrumenten richtig treffen zu können und um den richtigen Zeitpunkt zu bestimmen, wann solche Reorganisationsinstrumente eingesetzt werden sollen. Insofern decken sich die Interessen des Institut und der Aufsicht, und insofern wird die Ansteckungskontrolle im Ergebnis ein Bestandteil der Reorganisationsplanung. Die Ansteckungskontrolle sollte nach der Auffassung des Verfassers insbesondere die Adressausfall- und Dokumentationsauswirkungen des Scheiterns eines wichtigen Vertragspartners beschreiben, weil sich solche Ansteckungseffekte besonders stark auf die Ertragslage oder Geschäftslage des jeweiligen Instituts auswirken.

Die Bedeutung der Einbettung der Reorganisationsplanung in die Planung der Liquiditäts- und Kapitalbelastungsszenarien (liquidity and capital stress testing) sowie die Planung der Reaktion auf die Umstände, die die Überlebensfähigkeit des Instituts in Frage stellen (reverse stress testing) wird von der Financial Services Authority besonders herausgestellt³⁹³. Die Identifikation der Situationen mit erheblichem Risikopotential für das Finanzinstitut (stress testing) soll nach den Vorgaben der Financial Services Authority helfen, den Kreis angemessener Optionen angemessen zu bestimmen und einzugrenzen. Die Ergebnisse der Belastungsszenarien stellen demnach einen grundlegenden Baustein für die Reorganisationsplanung dar. Der Kreis

³⁹¹ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, CP11/16, August 2011, Module 2, 2.2.2, p. 7: „Are there any financial system wide implications both in the UK and internationally of implementing a recovery option?“

³⁹² Draft Handbook text, CP11/16, August, 2011, Amendments to Financial Stability and Market Confidence Sourcebook (FINMAR), Recovery and Resolution Plans (FINMAR 4), 4.2.6.

³⁹³ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 19 f.

der untersuchten Risikosituationen soll sowohl die Krisen erfassen, deren Wirkung auf das Institut begrenzt ist, als auch solche, die mehrere Institute oder ganze Industrie-segmente betreffen.

Nach den Anforderungen des Konsultationsvorschlags der Financial Services Authority sollen die Voraussetzungen einer jeden Aktionsmöglichkeit (triggers) beschrieben werden, sowie ihre internen Auswirkungen (impact) insbesondere auf die kapitalmäßige und auf die Liquiditätsausstattung des Instituts, sowie auf seine Profitabilität, seine Infrastruktur, auf die Konzernbestandteile und auf das Konzernrating. Weiterhin sollen die Auswirkungen auf die externe Finanzsysteme beschrieben werden, etwa zur Abwicklung und auf die Finanzstabilität generell, die intern erforderlichen Entscheidungsprozesse, der benötigte Zeithorizont zur Umsetzung, die möglichen Hindernisse, die Auswirkungen, die Risiken und die Kosten.

Es ist offensichtlich, dass solche Details nur beschrieben werden können, wenn bestimmte Annahmen gemacht zu dem Ausmaß und der Entwicklung einer Krise werden. Solche Annahmen aber sind notwendigerweise spekulativ, weil jede Krise anders als eine vorhergehende ist und solche Annahmen stufen die Planung zur Qualität einer bloßen Illustration herab. Nach der Auffassung des Verfassers sollte es ausreichen, den Typus verschiedener möglicher Aktionen zu beschreiben. Soweit die Rahmenbedingungen, in denen eine Aktionsmöglichkeit wirksam sein kann, beschrieben werden können ist dies hilfreich zum besseren Verständnis des Wirkungsbereichs der Aktionsmöglichkeit. Es muss aber nach diesseitigem Dafürhalten vor unberechtigten Erwartungen dahingehend gewarnt werden, dass solche Beschreibungen den Gegebenheiten einer spezifischen Krise gerecht werden können.

Nach Auffassung des Verfassers ist ein Mitteilungskonzept (communication plan), das das Vertrauen des Finanzmarktes in die Bestandskraft des Unternehmens aufrechterhält, von zentraler Bedeutung für den Erfolg oder den Misserfolg von Reorganisationsplänen und –maßnahmen. Bankkrisen, die der Umsetzung von Reorganisationsplänen bedürfen, sind typischerweise gleichzeitig Marktkrisen, die eine Mehrzahl von Teilnehmern betreffen. Der Finanzmarkt ist von daher bereits sensibilisiert, und wenn Reorganisationsmaßnahmen vorgenommen werden, mag der Markt dies als Anzeichen von Schwäche deuten, und demgemäß die Marktteilnahme des betroffe-

nen Instituts verteuern, wodurch die Krise vertieft, und der Verlauf der Krise beschleunigt wird. Ein erfolgreiches Mitteilungskonzept kann den Eindruck vermitteln, dass die Maßnahmen entweder Bestandteil der tagtäglichen Risikosteuerung sind oder zwar eine besondere Maßnahme darstellen, aber die Ertragskraft langfristig gesichert haben. Das Mitteilungskonzept sollte nach Auffassung des Verfassers Konzepte für die verschiedenen Phasen einer Krise bereithalten, um die Aufseher, die Kunden, die Märkte, die Öffentlichkeit, die Rating Agenturen, die Börsen und die Informationsdienste und die Angestellten informiert zu halten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ansteckungskontrolle und die Finanzsystemstabilität keine vom Vorstand eines Finanzinstituts geschuldete Aufgabe sind, sondern in der Verantwortlichkeitssphäre der Aufsichtsbehörden liegen. Der Vorstand eines Finanzinstituts sollte allerdings die Ansteckungseffekte berücksichtigen, um die Wahl zwischen den verschiedenen Reorganisationsinstrumenten richtig treffen zu können und um den richtigen Zeitpunkt zu bestimmen, wann solche Reorganisationsinstrumente eingesetzt werden sollen. Die Bedeutung der Einbettung der Reorganisationsplanung in die Planung der Liquiditäts- und Kapitalbelastungsszenarien wird von der Financial Services Authority besonders herausgestellt. Es ist offensichtlich, dass die Details einer Reorganisationsplanung nur beschrieben werden können, wenn bestimmte Annahmen gemacht werden zu dem Ausmaß und der Entwicklung einer Krise. Solche Annahmen aber sind notwendigerweise spekulativ. Nach der Auffassung des Verfassers sollte es ausreichen, den Typus verschiedener möglicher Aktionen zu beschreiben. Es muss nach diesseitigem Dafürhalten vor unberechtigten Erwartungen dahingehend gewarnt werden, dass solche Beschreibungen den Gegebenheiten einer spezifischen Krise gerecht werden können.

(dd) Zwischenergebnis zu dem Inhalt von Reorganisations-plänen

Ein Krisenmanagementplan besteht aus zwei Teilen, einem Reorganisationsplan und einem Restrukturierungsplan. Die Firmenleitung trifft die Entscheidungen, welche Maßnahmen eines Reorganisationsplans zur Krisenbewältigung einzusetzen sind.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass, falls nach dem Anknüpfungspunkt und dem Auslösungsmechanismus das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz Anwendung findet, Sanierungs- oder Reorganisationspläne vorzulegen sind – nach der hier vorgeschlagenen Terminologie Reorganisations- und Restrukturierungspläne.

Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz gibt keinen relevanten Hinweis auf den angemessenen oder den erforderlichen Inhalt eines solchen Sanierungsplanes. Nach dem Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010 soll eine verbesserte Krisenprävention die angemessene Notfallplanung eines Instituts sicherstellen. Nur im Falle eines Scheiterns dieser Bemühungen soll ein von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht geleitetes Sanierungs- und Restrukturierungsverfahren für systemrelevante Unternehmensteile folgen.

Der Financial Services Act 2010 beauftragte und ermächtigte die Financial Services Authority, nach Beratung mit Her Majesty's Treasury und der Bank of England, Regeln aufzustellen, die die Banken verpflichten, einen Reorganisations- oder Krisenmanagementplan (Recovery Plan) und einen Restrukturierungs- oder Abwicklungsplan (Resolution Plan) aufzustellen. Die Financial Services Authority beauftragte im Dezember 2009 vier ausgewählte systemrelevante internationale Finanzkonzerne, einen solchen Rahmenplan zur Krisenbewältigung zu erstellen. Die vorgeschlagenen Bausteine beinhalteten die Entwicklung und die Überwachung von Maßnahmen zur Erhaltung und zur Wiederherstellung der Kapital- und Liquiditätsbasis für eine entweder systemweite oder institutsbegrenzte Belastung des Finanzinstituts, weiterhin Liquiditätsnotmaßnahmen, Risikominimierungsoptionen und schließlich anorganische Maßnahmen. Der Reorganisations- oder Krisenmanagementplan sollte insbesondere die Einbindung in bestehende Prozesse beschreiben, damit die Ausführbarkeit glaubwürdig wird.

Notwendigerweise können Pläne, die im Vorfeld einer Krise entwickelt werden, lediglich eine Bandbreite möglicher Aktionen als Optionen zur Krisenbewältigung beschreiben. Die Bedeutung der Einbettung der Reorganisationsplanung in die Planung der Liquiditäts- und der Kapitalbelastungsszenarien wird von der Financial Services

Authority besonders herausgestellt. Es ist offensichtlich, dass solche Details nur beschrieben werden können, wenn bestimmte Annahmen gemacht werden zu dem Ausmaß und zu der Entwicklung einer Krise. Solche Annahmen aber sind notwendigerweise spekulativ. Nach der Auffassung des Verfassers sollte es ausreichen, den Typus verschiedener möglicher Aktionen zu beschreiben. Es muss nach diesseitigem Dafürhalten vor unberechtigten Erwartungen dahingehend gewarnt werden, dass solche Beschreibungen den Gegebenheiten einer spezifischen Krise gerecht werden können.

Die Identifikation der Situationen mit erheblichem Risikopotential für das Finanzinstitut soll helfen, den Kreis angemessener Optionen angemessen zu bestimmen und einzugrenzen. Stresstestergebnisse stellen demnach einen grundlegenden Baustein für die Reorganisationsplanung dar. Der Kreis der Risikosituationen soll sowohl Krisen erfassen, deren Wirkung auf das Institut begrenzt sind, als auch solche, die mehrere Institute oder ganze Industriesegmente betreffen.

Im Anschluss an die Darstellung der Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und im Anschluss an die Darstellung des Inhalts von Reorganisationsplänen wird im Folgenden der Inhalt von Restrukturierungsplänen untersucht.

(iii) Der Inhalt der Restrukturierungspläne

In diesem Unterabschnitt wird der Inhalt der Restrukturierungspläne diskutiert. Zunächst werden unter (aa) die deutschen Vorschläge untersucht, danach unter (bb) die US-amerikanischen, und schließlich unter (cc) die britischen.

Die Darstellung des obigen Unterkapitels zu dem Inhalt der Reorganisationspläne folgte einer thematischen Gliederung. Die Darstellung dieses Unterkapitels zum Inhalt von Restrukturierungsplänen folgt einer geographischen Gliederung. Der Grund für diese unterschiedliche Gliederungsstruktur liegt darin begründet, dass die Reorganisationspläne zwar nach gesetzlichen und aufsichtlichen Vorgaben gestaltet wer-

den, aber letztlich Pläne der jeweiligen Finanzinstitute sind. Die Finanzinstitute entscheiden über die Anwendung ihrer Reorganisationspläne und die Wahl der jeweiligen Planmaßnahme. Die Restrukturierungspläne dagegen basieren zwar auf den Informationen, die von den jeweiligen Finanzinstituten nach den gesetzlichen und aufsichtlichen Vorgaben geliefert werden. Die Restrukturierungspläne selbst sind aber Pläne der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden, und diese entscheiden über die Anwendung eines Plans und die Wahl einer Planmaßnahme. Die gesetzliche und die aufsichtsrechtliche Einbindung ist in Bezug auf die Restrukturierungspläne daher für ihren Inhalt, ihre Anwendung und die Wahl der Maßnahme entscheidend. Im Folgenden wird der Inhalt der Restrukturierungspläne im Rahmen einer geographischen Gliederung dargestellt, um dieser besonderen Bedeutung der gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Einbindung gerecht werden zu können. Der Unterabschnitt über die britischen Vorschläge zum Inhalt von Restrukturierungsplänen nimmt im Folgenden den größten Raum ein, denn diese Vorschläge sind im Vergleich mit den deutschen und den US-amerikanischen Vorschlägen am weitesten entwickelt.

(aa) Die deutschen Vorschläge zum Inhalt der Restrukturierungspläne

In diesem Unterabschnitt wird der zunächst der Ansatz des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes dargestellt und sodann der alternative Lösungsvorschlag eines Restrukturierungsplans nach dem Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. Anschließend werden diese Ansätze einer Kritik unterworfen.

Die Restrukturierungspläne (nach der Terminologie des Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 27.9.2010, Reorganisationspläne genannt) sind Anleitungen für Situationen, in denen die eigenverantwortliche Sanierung fehlgeschlagen ist, und in denen die Aufsichtsbehörden und die öffentlichen Abwicklungseinrichtungen eine maßgebliche Rolle spielen. Die Planungsverantwortung für solche Situationen verbleibt aber zum großen Teil beim Finanzinstitut, so dass es angebracht erscheint, den Inhalt von Restrukturierungsplänen als Teil der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten zu diskutieren.

Der Reorganisationsplan nach § 7 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz besteht aus einem darstellenden und einem gestaltenden Teil. Der darstellende Teil nach § 8 I, S. 2 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz beschreibt die Maßnahmen, die getroffen werden sollen, um die Grundlagen für die Gestaltung der Rechte der Betroffenen zu schaffen. Im gestaltenden Teil des Reorganisationsplans kann vorgesehen werden, dass die Gläubigerforderungen in Gesellschaftsanteile umgewandelt werden (§ 9 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz), Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen, weiterhin ein Ausschluss des Bezugsrechts (§ 9 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz), die Ausgliederung des Vermögens gegen die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger (§ 11 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz), und schließlich die Kürzung oder die Stundung der Gläubigerrechte (§ 12 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz).

Der Mindestinhalt nicht nur eines Sanierungsplans, sondern auch des darstellenden Teils eines Reorganisationsplans sollte nach der hier vertretenen Auffassung de lege ferenda im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz geregelt sein, um sicherzustellen, dass die relevanten Informationen rechtzeitig für die Krisenbewältigung verfügbar sind und um sicherzustellen, dass die strukturellen Grundlagen zur Krisenbewältigung im Vorfeld einer Krise bereits gelegt sind (etwa die Quantifizierung der erwarteten Wirkung risikominimierender Mechanismen, sowie die Anweisungen zur Einbeziehung relevanter Abteilungen, die Bezeichnung der Risikotypverantwortlichen in einer Krisensituation sowie der Ablaufprozessbeschreibungen).

Der Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, der nicht weiter verfolgt wurde, und der keine direkte Grundlage für den Referentenentwurf oder für den Kabinettsentwurf zum Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz bildete, schlug das Konzept eines Restrukturierungsplans vor.

Der Restrukturierungsplan nach § 48 d I, II Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, sollte Maßnahmen, um das Institut langfristig rentabel führen zu können, beschreiben oder Maßnahmen zu seiner Abwicklung unter Berücksichtigung von Auswirkungen auf die

Gesamtwirtschaft. Beispiele solcher Maßnahmen sollten die Reduzierung der Risiken in Bezug auf die Geschäftsarten, die Produkte und die Systeme, sowie die Verringerung des Geschäftsumfangs sein. Die Ziele, die Zwischenziele und die Fristen für die Umsetzung der Maßnahmen sollten benannt werden (§ 48 d IV Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie). Der Restrukturierungsplan nach § 48 d I, II Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie unterscheidet sich demnach grundlegend von den gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsmaßnahmen, die im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgesehen sind. Der Restrukturierungsplan nach dem Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie beschreibt die Änderungen des Geschäftsmodells und der Geschäftsstruktur ohne Zuhilfenahme gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungsmaßnahmen. Nach der Auffassung des Verfassers ist dies praxisnahe und hilfreich zur Krisenbewältigung. Es erscheint diesseits unklar, inwiefern bloße gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungsmaßnahmen ein Geschäftsmodell und eine Geschäftsstruktur, die nicht erfolgreich waren, um den wirtschaftlichen Fortbestand des Unternehmens zu sichern, in ein Geschäftsmodell mit wirtschaftlichem Erfolg umwandeln sollen. Eine bloße gesellschaftsrechtliche Verlustverteilung und Verlustabschreibung stellt kein Geschäftsmodell und keine Geschäftsstruktur dar, die das Unternehmen wieder in einen wirtschaftlich gesunden Grundbestand zurückführt. Der Inhalt des Restrukturierungsplans in Bezug auf das Geschäftsmodell und die Geschäftsstruktur ist nach Auffassung des Verfassers entscheidend für seinen Erfolg. Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz gibt keine Hinweise in dieser Hinsicht, wohingegen der Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie einen Schritt in die richtige Richtung gemacht hatte. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass eine Restrukturierung nach diesseitiger Auffassung aus mehreren Phasen besteht und dass ein Restrukturierungsplan, wie er im Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorgesehen ist, nach der hier vertretenen Auffassung der umfassenden Vorabinformation eines Sanierungsplans und des dort niedergelegten umfassenden Instrumentariums zur Krisenbekämpfung bedarf.

Erfolgversprechende Modelle für ein Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren von Finanzinstituten erfordern nach diesseitigem Dafürhalten einen raschen Kontroll- und Eigentümerwechsel: Die negative Publizität einer Krise lässt sich durch wenig komplexe und daher zügige Arbeitsabläufe begrenzen. Ein Verfahren auf der Grundlage eines Plans, der der gruppenbezogenen Abstimmung bedarf, ist nach diesseitigem Dafürhalten so kompliziert und fehleranfällig, dass sich ein Restrukturierungsverfahren, bei dem es auf schnelles Handeln ankommt, auf dieser Grundlage nicht realisieren lässt³⁹⁴. In der Praxis erfolgen Bankenübertragungen sehr rasch und müssen auch sehr rasch erfolgen³⁹⁵.

Beispiele sind die Übertragung von Bear Stearns Companies Inc. auf JPMorgan Chase und des Investmentbankgeschäfts von Lehman Brothers Holdings Inc. auf Barclays PLC, wie im Folgenden illustriert.

Lehman Brothers' Klage gegen Barclays wegen unfairer Bewertung von Lehmans US-amerikanischem Maklergeschäft gibt den Wert des Vermögens vor der Insolvenz mit USD 690 Mrd. an, was auf eine Liquiditäts- und nicht eine Strukturkrise hinweist, und den Verlust durch die unstrukturierte Abwicklung mit USD 50-75 Mrd. Durch die Verzögerung der schnellen Abwicklung von Lehman Brothers machte JPMorgan als Verrechnungspartner von Lehman Brothers Forderungen für Sicherheiten im Werte von USD 8.6 Mrd. geltend.³⁹⁶

Am Donnerstag, 14. März 2008 hatte der New York Federal Reserve Board der Bear Stearns ein Darlehen von USD 25 Mrd. zugesagt, aber dieses Angebot am Freitag, 15. März 2008 widerrufen und den Abschluss eines Eigenverkaufs an JPMorgan über das folgende Wochenende gefordert³⁹⁷. Das Darlehen an Bear Stearns wurde dann durch ein Darlehen von USD 30 Mrd. an JPMorgan zum Kauf von Bear Stearns

³⁹⁴ Horst Eidenmüller, Restrukturierung systemrelevanter Finanzinstitute, S.5, 8, abrufbar unter http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultät/lehrstuehle/eidenmueller/_dokumente/fs_hopt.pdf.

³⁹⁵ Andrew Bailey, Executive Director for Banking Services and Chief Cashier, Bank of England, The Financial Crisis reform Agenda, Annual International Banking Conference, Merchant Taylor's Hall London, 13 July, 2010, S. 7, abrufbar unter <http://www.bankofengland.co.uk/publications/speeches/2010/speech441.pdf>.

³⁹⁶ Zitiert nach Financial Times, 21.6.2010, S. 22.

³⁹⁷ Hank Paulsen's Telefonanruf am Freitag, 15.3.2008, nach Geschäftsschluss, an Alan Schwartz, CEO Bear Stearns. Das Ultimatum wurde begründet mit einem befürchteten Kurssturz des DOW Jones um 1000 oder mehr Punkte am darauffolgenden Montag.

für USD 2 pro Aktie³⁹⁸ ersetzt, was weniger als 7% des lediglich 2 Tage zuvor noch geltenden Marktpreises bedeutete, und eine drastische Reduzierung des Marktpreises von USD 172 im Januar 2007, von USD 93 im Februar 2008, und noch USD 70 am 10. März 2008. Der Federal Reserve Board übernahm das Risiko zukünftiger Verluste bis zu einem Betrag von USD 29 Mrd., weil das abgekürzte Due Diligence Verfahren es JPMorgan als Erwerber nicht ermöglichte, eine umfassende Risikoprüfung zu betreiben³⁹⁹.

Eine Konsequenz des komplexen und gegebenenfalls langwierigen Verfahrens, wie vom Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf vorgeschlagen, ist es, dass eine Krisenreaktion unter Zuhilfenahme öffentlicher Gelder erforderlich sein mag, um Verwerfungen auf den Finanzmärkten zu verhindern⁴⁰⁰. Die Inanspruchnahme öffentlicher Gelder zu verhindern, war aber gerade das Ziel des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes. Die wirksamste Methode, um die Inanspruchnahme öffentlicher Gelder zu verhindern, ist nach diesseitigem Dafürhalten die Stärkung der eigenverantwortlichen Krisenbewältigungsmechanismen von Finanzinstituten.

Vom Blickwinkel der Zügigkeit eines Reorganisations- oder Restrukturierungsverfahrens her gesehen, und im Vergleich mit dem Modell des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes, scheint das Verfahren nach dem Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorzugswürdig, weil der Restrukturierungsplan nach dem Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aufgrund einer Anordnung der Restrukturierungsverwaltung durch Verwaltungsakt nach § 48 c V des Gesetzesentwurfs zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie eines komplizierten Abstimmungsverfahrens nicht bedarf. Gegen das Modell des Gesetzesentwurfs zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirt-

³⁹⁸ So Frontline News, abrufbar unter <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/video/flv/generic.html?s=frol02s1f81q752>; Preis nachträglich erhöht, vgl. <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&refer=worldwide&sid=a7coicThgaE> E.

³⁹⁹ Francesco Guerrera, JPMorgan eyes growth beyond its US shores, Financial Times, 22. September, 2010, S. 25.

⁴⁰⁰ So auch die Begründung zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, S. 33.

schaft und Technologie wurde angeführt, dass Verfahrensverzögerungen durch Rechtsmittel aber möglich bleiben. Vor allem aber wurde vorgetragen, dass eine Suspendierung der Aktionärsrechte zum Wegfall ihrer Befugnisse führt, ohne dass die Aktionäre für die Entwertung ihrer Anteile entschädigt werden⁴⁰¹.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass das Verfahren nach dem nicht weiter verfolgten Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gegenüber dem Verfahren nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz aufgrund der größeren Praxisnähe, Relevanz und Zeitnähe der vorgeschlagenen Maßnahmen als vorzugswürdig erscheint.

(bb) Die US-amerikanischen Vorschläge zum Inhalt der Restrukturierungspläne

In diesem Abschnitt wird zunächst der Ansatz der US-amerikanischen Bankenaufsicht (Board of Governors of the Federal Reserve System) dargestellt, und sodann der Ansatz der US-amerikanischen Einlagenversicherungsaufsicht (Federal Deposit Insurance Corporation).

Nach dem Vorschlag des US-amerikanischen Federal Reserve Board⁴⁰² müssen die Restrukturierungspläne Informationen über die Abschirmung von den Einlagenaktivitäten enthalten, über die Risiken, die in Nichtbanktochterunternehmen entstehen, über die Eigentümer, die bilanzierten Positionen und die vertraglichen Forderungen, die konzerninternen Garantien, die Hauptgeschäftspartner, über den Mechanismus, um Pfandgläubiger zu bestimmen, sowie andere Informationen, die der Federal Reserve Board oder die Federal Deposit Insurance Corporation benötigen.

Kapitel 3(c) des Bank Holding Company Act of 1956 (BHC Act, BHCA) ermächtigt den Federal Reserve Board im Rahmen einer Überprüfung eines Antrags auf Genehmigung einer Bankenverschmelzung oder -übernahme die Auswirkungen der beantragten Maßnahme auf die Stabilität des US-amerikanischen Finanzsystems zu berücksichtigen. Kapitel 4(j)(2) des BHC Act ermächtigt den Federal Reserve Board,

⁴⁰¹ Horst Eidenmüller, Restrukturierung systemrelevanter Finanzinstitute, S.15, abrufbar unter http://www.jura.uni-münchen.de/fakultät/lehrstühle/eidenmüller/_dokumente/fs_hopt.pdf.

⁴⁰² Board of Governors of the Federal Reserve System (Board) and Federal Deposit Insurance Corporation (Corporation). Final rule. Federal Reserve System, 12 CFR Part 243, [Regulation QQ; Docket No. R-1414], RIN 7100 AD 73.

im Rahmen einer Überprüfung eines Antrags auf die Genehmigung einer Aufnahme von Nichtbankaktivitäten durch eine Bank die Auswirkungen auf die Stabilität des US-amerikanischen Finanzsystems zu berücksichtigen. Im Dezember 2011 wurde der Maßstab der Auswirkungen auf die Stabilität des US-amerikanischen Finanzsystems im Genehmigungsverfahren der Übernahme der RBC Bank (USA) durch die PNC Financial Services Group, Inc. angewendet. Trotz allenfalls regionaler Bedeutung der betroffenen Institute prüfte der Federal Reserve Board die Größe der Institute, den Grad ihrer Verflochtenheit mit dem Finanzsystem, den Grad ihrer Ersetzbarkeit als Dienstleistungserbringer und die grenzüberschreitende Natur ihrer Aktivitäten im Rahmen einer Analyse der Auswirkungen auf die Finanzstabilität i.S.d. Abschnitts 604(d) des Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. Die Umsetzung von Bankenverschmelzungen international bedeutender Institute ist nach dieser Regelung schwieriger geworden. Im Ergebnis ist die Anwendung vorkonkurslicher Regelungen und der Aufsichtsmaßnahmen auf die Phase vorverlegt worden, bevor sich eine Krise für ein Institut manifestiert hat. Ohne einen Krisenplan der betroffenen Institute lassen sich die Auswirkungen einer Bankenverschmelzung oder -übernahme auf die Stabilität des US-amerikanischen Finanzsystems kaum beurteilen, weil diese Analyse eine unternehmensbezogene Betrachtungsweise voraussetzt. Im Ergebnis erfordert damit ein Antrag auf die Genehmigung einer Bankenverschmelzung oder -übernahme einen bestehenden Krisenplan für sowohl das übernehmende als auch das zu übernehmende Institut, damit die Auswirkungen einer Bankenverschmelzung oder -übernahme auf die Stabilität des US-amerikanischen Finanzsystems abgeschätzt werden können.

Als Resultat des Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act und der Anwendung des BHCA durch den Federal Reserve Board müssen daher nicht nur große und vernetzte, sondern alle dem BHCA unterliegenden Institute Krisenpläne entwickeln und vorhalten. Nach diesseitiger Auffassung ist dies zu begrüßen.

Die Federal Deposit Insurance Corporation, ein Einlagenversicherungsverband mit Pflichtmitgliedschaft und die Aufsichtsbehörde für seine Mitglieder, legte am 17.5.2010 einen Beratungsvorschlag für die Abwicklungs- und die Verwaltungsregeln

vor⁴⁰³. Die Bedeutung des Vorschlags der Federal Deposit Insurance Corporation lag auch darin, dass die Federal Deposit Insurance Corporation sehr eng mit dem Federal Reserve Board zusammenarbeitet, und der Vorschlag der Federal Deposit Insurance Corporation bereits erste Ansätze zur Umsetzung des Gesetzesentwurfs des Kongresses durch den Federal Reserve Board darstellte. Am 17. Januar 2012 wurde der Vorschlag vom Vorstand der Federal Deposit Insurance Corporation angenommen⁴⁰⁴. Am 1. April 2012 bekam der Vorschlag Regelungskraft. Bis ersten April 2012 galt eine Übergangsregelung, die am 1. Januar 2012 in Kraft trat, und vom Vorstand der FIDC am 13. September 2011 angenommen wurde. Die Beschlussfassung der Federal Deposit Insurance Corporation vom 13. September 2011 war eine gemeinsame⁴⁰⁵ mit dem Federal Reserve Board, der am 17. Oktober 2011 zustimmte. Die Institute, die der Aufsicht der FED unterliegen, sind demnach seit 1. Januar 2012 vom Anwendungsbereich der Regelung erfasst. Die Institute mit einer Bilanzsumme von mehr als USD 250 Mrd. an Nichtbankaktiva sind verpflichtet, bis zum 1. Juli 2012 Krisenpläne vorzulegen, die Institute mit einer Bilanzsumme von zwischen USD 100 Mrd. und USD 250 Mrd. an Nichtbankaktiva bis zum 1. Juli 2013, und die Institute mit einer Bilanzsumme von mindestens USD 50 Mrd. bis 31. Dezember 2013. Ausländische Institute (Zweigniederlassungen oder Tochterunternehmen) mit einer *weltweiten* Bilanzsumme von mehr als USD 50 Mrd. an Nichtbankaktiva sind in den Anwendungsbereich der Regelung miteinbezogen, wobei die Bilanzgröße der ausländischen Institute nach dem Volumen der *US-amerikanischen* Nichtbankaktiva zu beurteilen ist. Sofern ausländische Institute weniger als USD 50 Mrd. an Nichtbankaktiva *in den Vereinigten Staaten* vorhalten, sind weniger detaillierte Pläne erforderlich.

Es ist offensichtlich, dass der Entwurf der Federal Deposit Insurance Corporation durch das dem Pilotprogramm der Financial Services Authority zugrunde liegende Gedankengut befruchtet wurde.

⁴⁰³ Part 360 – Resolution and Receivership Rules, Federal Register, Vo. 75, No.94, S. 27464 ff, abrufbar unter <http://edocket.access.gpo.gov/2010/pdf/2010-11646.pdf>.

⁴⁰⁴ Davis Polk & Wardwell, Credible Living Wills Under the U.S. Regulatory Framework, September 19, 2011.

⁴⁰⁵ Board of Governors of the Federal Reserve System (Board) and Federal Deposit Insurance Corporation (Corporation). Final rule. FEDERAL RESERVE SYSTEM, 12 CFR Part 243, [Regulation QQ; Docket No. R-1414], RIN 7100-AD73, FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, 12 CFR Part 381, RIN 3064 AD 77, Resolution Plans Required, abrufbar unter: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-11-01/pdf/2011-27377.pdf>.

Der Vorschlag sah eine Verpflichtung der zunächst nur 40⁴⁰⁶ größten⁴⁰⁷ und über den Federal Deposit Insurance Corporation einlagenversicherten Finanzinstitute vor, einen Plan vorzulegen; nunmehr sind aber insgesamt etwa 190 Institute vom Anwendungsbereich der Regelung erfasst. Sheila Bair, Chairman der Federal Deposit Insurance Corporation, sagte, sie würde nicht zögern, Banken aufzulösen, falls diese keine akzeptablen „Living Wills“ vorlegen würden⁴⁰⁸. Die Vielzahl der zu prüfenden und zu genehmigenden Pläne macht eine frühzeitige Kontaktaufnahme durch das betroffene Institut mit der Aufsichtsbehörde notwendig, damit die Pläne im Dialog entwickelt werden können und am Ende akzeptabel sind⁴⁰⁹.

Der Einbeziehung der ausländischen Institute in den Anwendungsbereich der Regelung wird diesseits mit Ablehnung begegnet. Die Abstimmung lokaler und globaler Pläne wird durch die Hinzufügung der Federal Deposit Insurance Corporation und des Federal Reserve Board als Genehmigungsbehörden deutlich erschwert. Lokale Genehmigungen werden auf die Bewahrung lokaler Werte fokussiert sein, so dass diese Werte zur Krisenbewältigung auf Gruppenbasis nicht mehr zur Verfügung stehen.

Die Regelung der Federal Deposit Insurance Corporation beschreibt, wie das Institut im Falle seiner Insolvenz, oder der Insolvenz seines Mutterunternehmens oder eines Schwesterunternehmens, in geordneter, kostengünstiger und zügiger Weise aufgelöst werden kann. Die wesentlichen Hindernisse und Verflechtungen (interconnections and inter-dependencies) sind anzugeben und die Mittel, wie diese Schwierigkeiten überwunden werden sollen. Ein wichtiges Augenmerk ist auf die Ersetzbarkeit des Produkt- und Dienstleistungsangebots zu legen (substitutability).

⁴⁰⁶ Geschätzt nach Federal Deposit Insurance Corporation, Notice of proposed rulemaking, Special Reporting, Analysis and Contingent Resolution Plans at Certain Large Insured Depository Institutions, Supplementary Information, III, Paperwork Reduction Act, abrufbar unter <http://edocket.access.gpo.gov/2010/pdf/2010-11646.pdf>.

⁴⁰⁷ § 360.10 (b) (2): sofern Bilanzsumme grösser als USD10Mrd und konsolidiert in ein Finanzinstitut mit Bilanzsumme von mind. USD 100 Mrd.

⁴⁰⁸ Tom Braithwaite, FDIV chief says watchdogs „succumbing“ to bank lobby, FT, 21 July, 2010, p. 5.

⁴⁰⁹ Joseph T. Lynyak, III, „Living Wills“ for Bank Holding Companies, Depository Institutions and Foreign Banking Organizations, Client Alert, Pillsbury, November 4, 2011, 4.

Der Plan muss die Informationen⁴¹⁰ über die bedeutenden Risiken, die Geschäftszweige, die Abwicklung, die Tochterunternehmen, die Finanzen, das Kapital und die Abwicklungsschwierigkeiten enthalten, sowie eine Strategie, die den Wert des Unternehmens erhält, die die Auskehr an die Gläubiger maximiert und die Auswirkungen auf das Finanzsystem minimiert. Die Rechtseinheitsstruktur ist anzugeben und die wichtigen Funktionen im Personalbereich sind zu nennen. Die Verflechtungen der Geschäftszweige sind aufzuzeigen. Die konzerninterne Finanzierungsstrukturen sind zu beschreiben und die Positionen sind zu nennen. Die Risikokonzentrationen sind aufzulisten. Der Plan muss erklären, ob zentralisierte Dienstleistungen, etwa im Technologie-, im Abwicklungs- oder im Personalbereich nach der Abwicklung in selbständige Einheiten weiterhin erbracht werden können. Das Unternehmen muss seine Einbindung in externe, systemisch wichtige, Zahlungs-, Verwahrungs-, Refinanzierungs- und Abwicklungssysteme erklären. Die Belegenheit und die Größe der Kundenvermögen im grenzüberschreitenden Verkehr ist aufzuzeigen.

Der Plan muss dem Risikoprofil des Unternehmens, seiner Komplexität und seiner Größe angemessen sein und die Ausführungsmaßnahmen müssen innerhalb kurzer Frist durchführbar sein. Der erwartete Projektzeitrahmen ist anzugeben. Der Plan muss vom Vorstand oder von einem Vorstandskomitee genehmigt werden und zumindest jährlich überprüft und aktualisiert werden. Die Federal Deposit Insurance Corporation ist berechtigt, die Anforderungen des Plans an die besondere Situation des Unternehmens anzupassen. Informationen, die im Plan enthalten sind, und die die Ertragskraft (safety and soundness) des Unternehmens negativ beeinträchtigen können, müssen vertraulich behandelt werden.

Als Beispiel für die Abwicklungsschwierigkeiten wird die Abhängigkeit von konzernverbundenen Unternehmen, die wichtige Dienstleistungen erbringen, genannt. Als Beispiel, wie solche Abwicklungsschwierigkeiten bewältigt werden können, wird eine vertragliche Regelung genannt, wonach solche Dienstleistungen im Falle einer Übertragung auf eine Brückenbank oder einen Erwerber weiterhin zu erhalten sind.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die US-amerikanische Gesetzgebung durch aufsichtliche Maßnahmen durch den Federal Reserve Board, die

⁴¹⁰ Federal Deposit Insurance Corporation, § 360.10, a.a.O.,(c) (3).

Federal Deposit Insurance Corporation und den Financial Stability Oversight Council konkretisiert worden ist. Die Zweigstellen ausländischer Institute sind erfasst. Die Regelung des Federal Reserve Board und der Federal Deposit Insurance Corporation zu Abwicklungsplanverfahren (Resolution Plans) erscheint inhaltlich angemessen und umfänglich. Die Verpflichtung sollte aber nach der hier vertretenen Auffassung alle (inländischen) Finanzinstitute betreffen und nicht nur systemrelevante oder einlagenversicherte.

(cc) Die britischen Vorschläge zum Inhalt der Restrukturierungspläne

In diesem Unterabschnitt wird unter (aaa) die Struktur und die Dokumentation der Restrukturierungspläne dargestellt, unter (bbb) der Schutz der Kundenvermögen in Restrukturierungsplänen, unter (ccc) die Verantwortlichkeiten für Restrukturierungspläne und unter (ddd) die Sicherstellung der Abwicklungskapazität in Restrukturierungsplänen.

(aaa) Die Struktur und die Dokumentation der Restrukturierungspläne

Aus dem Vereinigten Königreich liegen zwei Vorschläge vor, ein Entwurf des britischen Finanzministeriums und ein Entwurf der Financial Services Authority. Wie das britische Bankengesetz des Jahres 2010, erfasste der Entwurf des britischen Finanzministeriums alle entsprechend lizenzierten Finanzinstitute, obschon der Regelungszweck des Entwurfes war, die Abwicklungsschwierigkeiten großer und komplexer Institute zu lösen. Das Finanzministerium ist sich der Überschneidung seines Entwurfes mit dem Bankengesetz in Bezug auf die Einlageninstitute, die Investmentbankgeschäft betreiben, bewusst und schlägt vor, den Anwendungsbereich auf Firmen zu begrenzen, die schwerpunktmäßig (primary focus) das Investmentbankgeschäft betreiben⁴¹¹. Ob ein solcher Schwerpunkt nach der Bilanzgröße, dem Gewinn oder den Risiken für das jeweilige Finanzinstitut oder den Finanzmarkt zu bestimmen ist, bleibt unklar. Das Finanzministerium hat auch die Möglichkeit, ein jedes Finanzinstitut als Investmentbank zu bestimmen. Das Finanzministerium mag aufgrund des besonderen Schutzinteresses für Kundenvermögen, das im Bankengesetz nicht

⁴¹¹ Entwurf des Finanzministeriums, S. 40, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

ausgeprägt ist, geneigt sein, in der Praxis den Anwendungsbereich seines Gesetzes weit zu ziehen. Die Financial Services Authority hat in den Anforderungen für Phase 2 für Pilotbanken darauf hingewiesen, dass zumindest die Bestimmungen für den Schutz von Kundenvermögen aus dem Entwurf des Finanzministeriums für die Einlageinstitute Anwendung finden sollen. Dies ist im nachfolgenden Konsultationspapier der Financial Services Authority dann auch so geschehen.

Die Dokumentation (Business Information Pack) der Restrukturierungspläne sollte nach dem Konsultationsentwurf des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs insbesondere die Informationen über die Kundenvermögen und den Schutz der Kundenvermögen vor der Eigenzweckverwendung durch die Bank umfassen. Weiterhin sollten Restrukturierungspläne nach dem Konsultationsentwurf des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs die Nettohandelspositionen, die Abschirmung der Geschäftseinheiten von den Auswirkungen des Interbankmarktes durch die internen Finanzierungen, die Identifizierung möglicher Verkaufsobjekte und möglicher Käufer und die laufende Informationsübermittlung an den Vorstand und den Abwicklungsverwalter enthalten⁴¹².

Die Nettohandelspositionen verändern sich sekundlich, so dass nach diesseitigem Dafürhalten ein elektronischer Zugang für den Abwicklungsverwalter zu möglichst aktuellen Positionen geschaffen werden sollte. Von eigenständigen Berichten zum Stande der Krisenprävention an den Vorstand sollte nach Auffassung des Verfassers aber Abstand genommen werden, weil solche Berichte bei Drucklegung bereits überholt sind. Eine Dokumentation eines Restrukturierungsplans in der Form eines virtuellen Datenraums, der direkte Verknüpfungen mit den Arbeitsablaufbeschreibungen und zu den Daten über die Geschäftsentwicklung bietet, erscheint nach diesseitigem Dafürhalten gegenüber eigenständigen Berichten zum Stande der Krisenprävention als vorzugswürdig.

Zur Abwicklung des Handelsbuches sollten nach Auffassung des Verfassers, unter Zugrundelegung historischer Daten, die verschiedenen Portfolien gegliedert und in Zeitfenster zur möglichen Abwicklung gruppiert werden. Annahmen, etwa zum Funk-

⁴¹² Entwurf des Finanzministeriums, S. 43, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

tionieren eines bestimmten Marktes⁴¹³, oder zur ausreichenden Liquidität des Instituts, um Besicherungsforderungen gerecht zu werden⁴¹⁴, sollten offen gelegt werden. Methodische Ansätze, etwa die Erhöhung von Adressausfallrisiken durch bestimmte Aktionen zur Verminderung von Marktrisiken, sollten nach Auffassung des Verfassers geklärt und sodann erklärt werden. Betroffene Kontroll- und Abwicklungseinheiten sollten benannt werden.

Ein Schwerpunkt des Konsultationspapiers des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs lag auf der Nennung von Veräußerungsobjekten (disposals) mit Details zum Verfahren: Die Genehmigungs- und Zustimmungserfordernisse, die kartellrechtlichen und vertraglichen Aspekte, steuerliche und personelle Fragen, die Informationsbedürfnisse und die Konsequenzen einer Loslösung sollten erklärt werden. Die Forderung der Financial Services Authority, die Finanzinstitute sollten einen detaillierten Abwicklungsplan vorlegen (organise their winding-up in advance), der die Abspaltung autonomer individueller Geschäftseinheiten vorsieht (separability of self-sufficient individual units), ist gleich gerichtet. Die Identifizierung von Verkaufsobjekten und möglichen Käufern ist nach der Auffassung des Verfassers im besten Falle hypothetisch und nicht hilfreich⁴¹⁵, weil der Preis und die Kaufwilligkeit von der Struktur und Entwicklung einer konkreten Krise abhängen und die Annahmen der Erfolgsaussichten und der möglichen Erträge durch die Veräußerung von Aktiva notwendigerweise spekulativ bleiben. Schließlich sind die Informationen über die Verkaufsobjekte höchst marktsensitiv und könnten im Falle der Offenlegung zu feindlichen Übernahmeangeboten und zur Irritation lokaler Aufsichtsbehörden führen.

Der Entwurf des Finanzministeriums machte detaillierte Vorgaben an den Informationsgehalt eines Abwicklungsplans⁴¹⁶:

⁴¹³ Z.B., ob market maker ihren Verpflichtungen gerecht werden und Kurse stellen, und ob diese Kurse auf einem Niveau gestellt sind, dass sie ggf. angenommen werden von anderen Marktteilnehmern.

⁴¹⁴ Vgl. HM Treasury, Resolution of investment banks: summary of consultation responses, July, 2010, S. 9.

⁴¹⁵ Institute of International Finance, A Global Approach to Resolving Failing Financial Firms: An Industry Perspective, May 2010, S. 22.

⁴¹⁶ Entwurf des Finanzministeriums, S. 47ff, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

Die Informationen über die Geschäftsstruktur sollten nach dem Entwurf die Rechtsstruktur, den Ort der Niederlassung und die operationellen, die finanziellen, und die rechtlichen Verflechtungen und die grenzüberschreitenden Aktivitäten mit Abschluss- und Verbuchungsort umfassen. Die Informationen über das Risikomanagement sollten die Datenverwahrungsmethode und den Datenverwahrungsort beschreiben, weiterhin die Verbuchungsdetails mit den Verrechnungsbanken und den Verwahrstellen, die Benutzung von Daten für eine Risikoschau und schließlich die Informationen über die Hochrisikobereiche. Die Informationen über die grenzüberschreitenden Entscheidungsstrukturen sollen die Informationen über die Verknüpfung der Geschäftsaktivitäten mit den Rechtseinheiten und den Lizenzen enthalten und weiterhin die Länderaktivitätsschwerpunkte, die Zeitzone- und die Verantwortungstransfermechanismen (follow-the sun management). Diese Informationen sollten nach dem Entwurf des Finanzministeriums durch Daten über das Personal ergänzt werden, insbesondere aus den Bereichen der Risikomanagement- und der Kontrollfunktionen, weiterhin die Krisenmanagementpläne (business continuity), die Auflistung der externen Dienstleistungsfirmen und der Zulieferungsfirmen, der Outsourcing Verträge und eine Beschreibung der IT Infrastruktur sowie der internen und der externen Refinanzierungsstrukturen.

Die Vorgaben der Financial Services Authority an die Restrukturierungspläne für Pilotprogramme⁴¹⁷ wurden in ein Konsultationspapier überführt⁴¹⁸. Einige wesentlich, die Restrukturierungspläne betreffende Aspekte sind daneben in dem Diskussionspapier⁴¹⁹ enthalten, das dem Konsultationspapier angehängt wurde. Als solche wesentliche Aspekte sind insbesondere die Rolle der Aufsicht für die Restrukturierung zu nennen (regulatory approach to improving resolvability), weiterhin die Schranken einer Restrukturierung (barriers to resolution), die Anforderungen an das Handelsbuch (trading book) sowie die Abschreibung und die Umwandlung von Forderungen (bail-in).

Der Annex 4 zum gemeinsamen Konsultations- und Diskussionspapier der Financial Services Authority beschreibt die notwendigen Maßnahmen zum Einlegerschutz und

⁴¹⁷ Vorgaben für die zweite Phase des Pilotprogramms im Juli, 2010.

⁴¹⁸ Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011.

⁴¹⁹ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 51ff.

zum Anlegerschutz (Investment business client money and custody assets, CASS Resolution Pack – detailed policy). Der Annex 5 zum gemeinsamen Konsultations- und Diskussionspapier der Financial Services Authority beschreibt die strukturellen Schranken (structural barriers), der Annex 6 die konzerninternen Verschränkungen (operational and financial dependencies) und der Annex 7 die Einbindung des Konzerns in die Zahlungs-, die Abrechnungs- und die Verrechnungssysteme (payments, clearing and settlement systems). Die im Konsultations- und Diskussionspapier der Financial Services Authority vorgestellten Prinzipien sind in einen dem Konsultationspapier angehängten Entwurf eines Regelungstextes überführt worden⁴²⁰.

Detaillierte Anweisungen an die Finanzinstitute finden sich in einer Anleitung⁴²¹ an die Finanzinstitute, die zusammen mit dem Konsultations- und Diskussionspapier der Financial Services Authority vorgestellt wurde. In Baustein 3⁴²² dieser Anleitung (group structure and key legal entity information) wurde eine Darstellung gefordert, welche Geschäftseinheiten (business units) und welche gesamtwirtschaftswichtigen Funktionen (economic functions) von welchen Rechtseinheiten ausgeübt werden, damit die Verflechtungen der Geschäftseinheiten mit den Rechtseinheiten, den Abwicklungseinheiten, den Kontrolleinheiten und den Verbuchungseinheiten klargestellt werden. Zusätzlich sollte das Interbankrisiko (interbank exposures) gegenüber den 6 wichtigsten britischen Schuldern und den 20 weltweit wichtigsten Schuldern, nach der Produktgruppe und der Fälligkeit strukturiert, aufgelistet werden. In Baustein 4⁴²³ der Anleitung an die Finanzinstitute der Financial Services Authority wird die Struktur einer Matrix zur Darstellung wichtiger Funktionen, die das betreffende Institut für die Gesamtwirtschaft (society) ausübt (UK Economic Function Identification Matrix), vorgegeben. Solche wichtigen Funktionen sind etwa die Zahlungsdienste (payment services), die Kreditbereitstellung (intermediation of credit and capital), und die Absicherungsgeschäfte (risk management products and services)⁴²⁴. Zusätzlich wurden detaillierte tabellarische Darstellungen des Derivatrisikos (Table 1) gefordert, der Wertpapierleihe (securities lending) und von Rückkaufgeschäften (repo) (Table 2),

⁴²⁰ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, Draft Handbook text.

⁴²¹ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, August, 2011, 29.

⁴²² Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, August, 2011, 10 ff.

⁴²³ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, August, 2011, 36 ff.

⁴²⁴ Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 35.

sowie des Handelsbuches (trading portfolio, Table 3). In Baustein 5⁴²⁵ der Anleitung an die Finanzinstitute der Financial Services Authority wird beschrieben, dass die Finanzinstitute die wichtigen Funktionen aus Baustein 3 einer Belastungsprobe unterziehen müssen, die eine Planung zur verselbständigten Ausgliederung (unplugging)⁴²⁶ dieser wichtigen Funktion für den Fall des Scheiterns des betroffenen Finanzinstituts beinhaltet (UK Critical Function Contingency Analysis, CFCA). In Baustein 5 der Anleitung an die Finanzinstitute der Financial Services Authority sind etwa die Auswirkungen eines Rückzugs des Finanzinstituts von der Wertpapierverwaltung, der Wertpapierverwahrung und vom Interbankverkehr und die Abwicklung des Handelsbuches darzustellen. Die Kunden- und die Marktkonsequenzen eines Rückzugs müssen erläutert und ein Abwicklungsplan mit Zeitrahmen vorgestellt werden. Wie in Baustein 4 werden in Baustein 5 der Anleitung an die Finanzinstitute der Financial Services Authority zusätzlich detaillierte tabellarische Darstellungen⁴²⁷ der Derivatepositionen (Table on derivative positions) gefordert und eine Kostenmodellrechnung einer Abwicklung des Handelsbuches (Table on wind-down of derivative positions supporting 5.5, Table on wind-down of securities financing positions, Table on wind-down of trading portfolio assets and liabilities- (excluding derivatives and securities financing positions). In Baustein 6⁴²⁸ der Anleitung an die Finanzinstitute der Financial Services Authority wird eine Darstellung der Beschränkungen einer Restrukturierung (barriers to resolution) nebst der Lösungsvorschläge (solutions) und der Aufgaben der Aufsichtsbehörden (actions for authorities) gefordert. Die Modalitäten einer konzerninternen Übertragung der Guthaben, insbesondere in einer sich anbahnenden Krise, die Beschränkungen eines rechtseinheits- und landesübergreifenden Datenaustauschs, die Vertragsbestimmungen über die vorzeitigen Fälligkeiten, die Absicherungsbeschränkungen und die Verrechnungen sind Beispiele einer solcher darzustellenden Beschränkungen einer Restrukturierung.

Das Ziel, den Fortbestand der Firma zu sichern, unterscheidet das Konsultationspapier vom Entwurf des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs, der auf den Schutz von den Kundenvermögen als dem Ziel einer Restrukturierung abstellt. Der Entwurf des Finanzministeriums greift auch erst, wenn unternehmensgesteuerte Re-

⁴²⁵ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, August, 2011, 44 ff.

⁴²⁶ Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 35.

⁴²⁷ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, August, 2011, 47 ff.

⁴²⁸ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, August, 2011, 57 f.

organisationsmaßnahmen gescheitert sind. Der Anwendungsbereich des Entwurfs des Finanzministeriums ist daher eher dem Restrukturierungsplan (Resolution Plan) vergleichbar.

Ein Restrukturierungsplan wirft in der Praxis eine Vielfalt von Schwierigkeiten auf:

Gesamtwirtschaftlich wichtige „kritische“ Funktionen sind oft rechtseinheitenübergreifend angelegt und mit nicht-kritischen Aktivitäten verschränkt⁴²⁹.

Die Forderung nach der Darstellung von Interbankrisiken ist nach der Auffassung des Verfassers aus mehreren Gründen problematisch. Die Daten sind besonders geschäftssensitiv, weil sie anzeigen, wann ein Institut Liquidität im Markt nachfragen wird. Das ist problematisch, weil zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden, die einen Zugang zum Restrukturierungsplan haben, kein Geheimhaltungsprotokoll abgeschlossen wurde und weil eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Veröffentlichungserfordernisse besteht. Fraglich ist auch, welche Relevanz die Daten haben sollen, die zum Zeitpunkt der Einreichung des Plans und der halbjährlichen Aktualisierung⁴³⁰ schon überholt sind. Die Datenerhebung, die Datenabgleichung und die Qualitätskontrolle erfordert in der Praxis einen Zeithorizont von vier bis acht Wochen, so dass die Über-Nacht- und die Dreimonatspositionen von geringer Aussagekraft sind. Es werden weiterhin nur die Forderungen gegenüber den Banken und den Eigenhändlern⁴³¹ gesammelt, nicht aber etwa gegenüber den Versicherern. Schließlich kann ein Konzern die Veröffentlichungspflicht unterlaufen, wenn etwa eine Nichtbanktochter eines Nichtbankkonzerns die Risiken als konzerninternes Darlehen weiterreicht, die als konzerninterne Risiken (intercompany exposures) nicht dargestellt werden müssen⁴³².

Die Darstellung der Derivatepositionen unterliegt denselben grundsätzlichen Schwierigkeiten und Bedenken bestehen gegenüber der Relevanz der Interbankderivatepositionen und in Bezug auf die Zeitnähe der Darstellung der Derivatepositionen, ihrer

⁴²⁹ Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 30.

⁴³⁰ In Bezug auf Interbankdaten, vgl. Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 32.

⁴³¹ Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, August, 2011, 19.

⁴³² Financial Services Authority, a.a.O.

Vollständigkeit und den tatsächlichen Umgehungsmöglichkeiten. Die Forderung, Derivatepositionen nur einmalig zur Illustrierung der Fähigkeit des Finanzinstituts, die Informationen kurzfristig zu beschaffen und darzustellen, anzufordern⁴³³ ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Nach der Auffassung des Verfassers sollten daher die Derivatepositionen und die Interbankrisiken nur einmalig dargestellt werden.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass eine umfängliche Dokumentation nach dem Entwurf des britischen Finanzministeriums von Restrukturierungsplänen zum Kundenvermögen, zum Eigenvermögen, zu den Geschäftseinheiten und –strukturen, zur Risikosteuerungsstruktur und zu einem Abwicklungsplan in einem virtuellen Datenraum mit direkten Verknüpfungen zu den Arbeitsablaufbeschreibungen und den Daten über die Geschäftsentwicklung abgelegt werden sollte. Die Vorgaben der Financial Services Authority an die Restrukturierungspläne für die Pilotprogramme wurden in ein Konsultationspapier überführt. Einige wesentliche die Restrukturierungspläne betreffende Aspekte sind daneben in dem Diskussionspapier enthalten, das dem Konsultationspapier der Financial Services Authority angehängt wurde. Hilfreiche detaillierte Anweisungen an die Finanzinstitute finden sich in einer Anleitung an die Finanzinstitute, die zusammen mit dem Konsultations- und Diskussionspapier der Financial Services Authority vorgestellt wurde. Das Ziel, den Fortbestand der Firma zu sichern, unterscheidet das Konsultationspapier vom Entwurf des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs, der auf den Schutz der Kundenvermögen als dem Ziel einer Restrukturierung abstellt. Die Forderung nach der Darstellung der Interbankrisiken ist problematisch, weil die Daten besonders geschäftssensitiv sind, weil zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden, die einen Zugang zum Restrukturierungsplan haben, kein Geheimhaltungsprotokoll abgeschlossen wurde und weil Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Veröffentlichungserfordernisse besteht. Fraglich ist auch, welche Relevanz die Daten haben sollen, die zum Zeitpunkt der Einreichung des Plans und der halbjährlichen Aktualisierung schon überholt sind. Bedenken bestehen weiterhin gegenüber der Relevanz der Interbankderivatepositionen und in Bezug auf die Zeitnähe der Darstellung der Derivatepositionen, ihrer Vollständigkeit und der tatsächlichen Umgehungsmöglichkeiten. Nach der Auffassung des Ver-

⁴³³ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 34.

fassers sollten daher die Derivatepositionen und die Interbankrisiken nur einmalig dargestellt werden.

(bbb) Der Schutz der Kundenvermögen in den Restrukturierungsplänen

Im Gefolge der Abwicklung der Insolvenz von Lehman Brothers mussten USD 1,2 Mrd. an Kundenvermögen⁴³⁴ und weitere USD 3 Mrd. an nachkonkurslichem Wertzuwachs an Kundenvermögen⁴³⁵ rückgeführt werden. Diese Summen illustrieren die Bedeutung der raschen Identifizierung und Rückführung der Kundenvermögen.

Das Kapitel 4 des Konsultationsentwurfs des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs beschrieb die geforderten Vorkehrungen, um im Falle einer Abwicklung eines Finanzinstituts die zügige Auskehrung des Kundenvermögens zu ermöglichen. Das Kundenvermögen besteht aus den Anlagen, den Einlagen und den Sicherheiten. Als die Problemfelder einer Rückführung der Kundenvermögen werden die Trennung von den Kundengemeinschaftskonten genannt, weiterhin die Trennung der Bankvermögen von den Kundenvermögen, die Verwendung der Kundenvermögen für Eigenbankzwecke (im Falle einer grenzüberschreitenden Weiterverpfändung von Sicherheiten, rehypothecation) und schließlich der Transfer der Kundenvermögen in Länder mit nicht vergleichbarem aufsichtsrechtlichem Schutz, die Übertragung dem Kundenvermögen an Zweckgesellschaften, die Verrechnungsklauseln betreffend der Kundenvermögen und die Klarheit der Dokumentation der Kundenvermögen.

Die Eigenzweckverwendung der Kundenvermögen erscheint typischerweise als oft grenzüberschreitende Weiterverpfändung von Sicherheiten, die die Kunden ihrer Bank gewähren. Im Bankenkonkurs unterfallen diese Sicherheiten dann oft ausländischem Recht, und ihre Rückführung mag von dem anwendbaren Konkursrecht verhindert werden. Solange die Weiterverpfändung als solche zulässig ist, sollte von den Banken nicht verlangt werden, auf dieses Mittel, den wirtschaftlichen Wert von Sicherheiten umfänglich zu nutzen, zu verzichten. Die angemessene Lösung des Problems, internationale Sicherheiten konkursfest zu machen, liegt nach Auffassung des Verfassers in einer Vorranggewährung des Universalitätsprinzips im Konkurs. Es er-

⁴³⁴ http://www.pwc.co.uk/pdf/lehmans_order_240909.pdf.

⁴³⁵ http://www.pwc.co.uk/eng/issues/lehman_client_money_update_211009.html.

scheint unbillig, den wirtschaftlichen Wert der Sicherheiten zuungunsten von Finanzinstituten zu beschneiden, nur weil der Grad an einer Verwirklichung der Rechtsangleichung and –verzahnung noch ungenügend ist.

Während die aufsichtsrechtlichen und konkursrechtlichen Maßnahmen zur Verbesserung des Schutzes der Kundenvermögen diskutiert werden, bieten sich eine Reihe von Maßnahmen für die Finanzinstitute an, die nach der Auffassung des Verfassers im Vorfeld einer Krise getroffen werden sollten:

Es muss Klarheit über die Zuordnung der Vermögen und das Recht des jeweiligen Finanzinstituts, die Werte zu eigenen Zwecken zu verwenden, bestehen. Ohne eine solche Klarheit kann das Kunden- von dem Bankvermögen nicht verlässlich getrennt und der entsprechenden Berichtspflicht an die Aufsichtsbehörden nicht genügt werden. Die US-amerikanische Großbank JP Morgan wurde im Juni 2010 von der britischen Financial Services Authority mit einer Strafe von £ 33 Mio. für Verstöße während eines Zeitraums von 7 Jahren gegen die Pflicht, Kundenvermögen von Eigenvermögen zu trennen, belegt⁴³⁶. Das höchste Risiko für die Kunden betrug während des Verstoßzeitraums £ 14 Mrd. Kein Kunde kam zu Schaden, und JP Morgan identifizierte, berichtete und korrigierte den Verstoß selbst; nichtsdestotrotz wurde eine Sanktion in Rekordhöhe verhängt.

Zuordnungsschwierigkeiten können nach diesseitigem Verständnis entstehen, wenn das Kundenvermögen als Sicherheit für die Verbindlichkeiten aller konzernverbundenen Unternehmen gegeben wird, wenn das Kundenvermögen als Sicherheit für mehrere Produktarten dient und wenn die Dokumentation der Produktarten verschieden ist, gegebenenfalls sogar verschiedenen Rechtsordnungen unterliegt, wenn die Höhe der Sicherheiten sich fortlaufend ändert (margining Abreden), im Falle von grenzüberschreitenden Besicherungen und der Bestimmung des dann anzuwendenden Rechts (z.B. im Hinblick auf die gesetzlichen Verrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte) und wenn eine grenzüberschreitende Weiterverpfändung von Sicherheiten (rehypothecation) der Höhe, dem Zwecke nach oder dem Produktbereich nach nur begrenzt zulässig ist oder wenn gleichartige Wertpapiere für solche, die berechtigterweise der rehypothecation unterlagen, in das Kundenkonto vor der Insolvenz zu-

⁴³⁶ Reuters, abrufbar unter <http://www.reuters.com/article/idUSTRE6521J520100603>.

rückgeführt wurden. Die Einlageninstitute im Vereinigten Königreich, die auch Investmentbankgeschäft betreiben, dürfen Kundengelder (client money) mit Eigengeldern vermischen⁴³⁷, wohingegen Kundenvermögen, das nicht Kundengelder darstellt, also Anlagen und Sicherheiten, typischerweise nicht vermischt werden darf⁴³⁸.

Die Rückführung von Kundenvermögen in Gemeinschaftskonten (pooled assets in client omnibus accounts) ist notwendigerweise verzögert, weil der Abwickler zunächst prüfen muss, ob genügend Werte zur vollständigen Bedienung aller Eigentümer vorhanden sind oder ob eine pro-rata Aufteilung vorgenommen werden muss. Forderungen, für die Kunden auf deren Anforderung getrennte Konten einzurichten, sind nur angemessen, wenn eine entsprechende Kostenstruktur angesetzt werden darf, und berücksichtigen nicht, dass auf der Verwahrungsseite die Industrie oft nur Gemeinschaftskonten kennt⁴³⁹.

Die Klarheit der anzuwendenden Dokumentation und des anzuwendenden Rechts sowie der Art und Höhe der Positionen, die einer bestimmten Dokumentation unterfallen ist nach diesseitigem Dafürhalten nicht nur ein Zeichen einer umsichtigen Risikoschau (best practice), sondern bereits de lege lata notwendig, um aufsichtsrechtlichen organisatorischen Bestimmungen (Trennung und Bericht) Genüge zu tun. Ein Handeln im Einklang mit den bestehenden Verpflichtungen beseitigt daher bereits die Unklarheiten in Bezug auf den Schutz der Kundenvermögen und schafft die notwendigen Voraussetzungen dafür, dass die Kundenvermögen im Gefolge einer Abwicklung rasch ausgekehrt werden können. Die entsprechenden Maßnahmen für die Fi-

⁴³⁷ CASS 7.1.8: "The client money rules do not apply to a BCD credit institution in relation to deposits within the meaning of the BCD held by that institution." Die Buchführung muss die Identifizierung von Kundengeldern erlauben, auch wenn die Bank die Kundengelder für eigene Zwecke, etwa die Finanzierung einer ausländischen Zweigniederlassung oder Tochter, benutzen darf.

⁴³⁸ Ausnahmen nach CASS, wann Vermischung zulässig ist: Collateral / margin transfers in respect of non-MiFID / non designated investment business; collateral / margin transfers in respect of MiFID / designated investment business where the firm has a "right to use arrangement" and exercises such a right meaning full legal title is taken to the transfer or is taken under a pledge arrangement that permits the firm to re-use the money; money received in respect of delivery versus payment ("dvp") transactions where payment occurs before the close of business on the third business day following date of payment or delivery of investments by the client; money properly due and payable to the firm; and money paid to discharge fiduciary duties.

⁴³⁹ Vgl. Association for Financial Markets in Europe, Comment on the HM Treasury consultation paper dated 16 December, 2009 "Establishing resolution arrangements for investment banks", 19 March 2010, S. 18 ff.

nanzinstitute sind daher der Phase der eigenverantwortlichen Krisenbekämpfung zuzuordnen.

Der Vorschlag des Finanzministeriums, die interne Klarheit der anwendbaren Dokumentation und ihrer Folgewirkungen durch Warnhinweise an den Kunden (look-through principle) zu ergänzen, insbesondere zu den Konsequenzen einer grenzüberschreitenden Weiterverpfändung von Sicherheiten (rehypothecation), erscheint hilfreich und ist nach Meinung des Verfassers zu unterstützen. Solche Warnhinweise könnten standardisiert von der Industrie entwickelt werden⁴⁴⁰, wie bereits für derivate Produkte geschehen. Ein standardisierter Anhang mit Warnhinweisen wird insbesondere für die Abwicklung und Finanzierung von Finanzgeschäften für Investmentfonds mit spekulativer Anlagestrategie (Hedge Fonds) vorgeschlagen⁴⁴¹ (Prime Brokerage⁴⁴² Verträge). Solche Warnhinweise sind besonders wichtig, wenn der Endinvestor den Auftrag nicht direkt erteilt und etwa ein Fonds günstigere Konditionen für eine Anlage erhält, wenn er im Gegenzug seine Einwilligung zu einer grenzüberschreitenden Weiterverpfändung von Sicherheiten (rehypothecation) erteilt und der Endinvestor gegebenenfalls keine umfassende Klarheit über das Rückführungsrisiko hat⁴⁴³.

Die Vorschläge, die Finanzinstitute darüber auskunftspflichtig zu machen, ob die Kundenaufträge ausgeführt sind, ob das Vermögen teilweise oder ganz getrennt ist, und welche Vermögensbestandteile der grenzüberschreitenden Weiterverpfändung von Sicherheiten (rehypothecation) unterfallen, wurden durch Vorschläge ergänzt, lediglich 20% der Kundengelder dürften durch konzernverbundene Unternehmen gehalten werden⁴⁴⁴. Entscheidend für den Kundenschutz sind aber wohl die vertraglichen Abreden zwischen den betroffenen Rechtseinheiten und nicht, ob die Firmen

⁴⁴⁰ BBA, Establishing Resolution Arrangements for Investment Banks, BBA, response to the HM Treasury Consultation Document, 31 March, 2010, no. 15.

⁴⁴¹ FSA, Enhancing the Client Assets Sourcebook, Consultation Paper 10/09, March 2010, S. 7, abrufbar unter http://www.bba.org.uk/content/1/c6/01/79/32/BBA_response_to_CP_10_9_Enhancing_the_Client_Assets_Sourcebook.pdf.

⁴⁴² Verträge, die Maklertätigkeiten vorsehen (ggf. mit Kauffinanzierung und flexibler Besicherung), sowie Verantwortlichkeiten für Abwicklung, Verrechnung, Wertpapierleihe/ repo, tägliche Rechnungslegung und Verwahrung für institutionelle Investoren.

⁴⁴³ Entwurf des Finanzministeriums, S. 70, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

⁴⁴⁴ FSA, Enhancing the Client Assets Sourcebook, Consultation Paper 10/09, March 2010, S. 8, abrufbar unter http://www.bba.org.uk/content/1/c6/01/79/32/BBA_response_to_CP_10_9_Enhancing_the_Client_Assets_Sourcebook.pdf.

konzernverbunden sind. Wenn die Financial Services Authority der Auffassung ist, das Ansteckungsrisiko sei zwischen konzernverbundenen Unternehmen größer, verkennt sie, dass wenige Krisen einen Konzern alleine betreffen, und dass die lokale Rechts- und Aufsichtsrechtslage dafür entscheidend ist, ob Gelder im Konkurs ausgekehrt werden können. Die Rückführung der Kundenvermögen durch ein nicht verbundenes Unternehmen in der gleichen Rechtsordnung mag oft rascher zu erreichen sein als die Rückführung durch ein verbundenes Unternehmen im Ausland. Der Hinweis, die Kunden erführen ein unangemessenes Adressausfallrisiko, wenn ihre Gelder bei konzernverbundenen Unternehmen eingelegt werden⁴⁴⁵, geht nach Auffassung des Verfassers fehl, weil die Kunden zur Diversifizierung eben Gelder bei verschiedenen Unternehmen hätten einlegen müssen⁴⁴⁶. Es erscheint diesseits unverständlich, warum die Finanzinstitute für die Risikovorschau ihrer Kunden sorgen müssen, wenn diese es versäumten, umsichtig zu diversifizieren.

Die Financial Services Authority schlägt vor, Pfanderklärungen in Verwahrungsverträgen zu untersagen, soweit ein Recht gegen andere konzernverbundene Unternehmen abgesichert werden soll⁴⁴⁷. Solche Einschränkungen der Vertragsfreiheit erscheinen diesseits aber problematisch, wenn Klarheit über die Risiken bereits durch Warnhinweise besteht. Die Wirksamkeit eines solchen Verbots von Pfanderklärungen in Verwahrungsverträgen, soweit ein Recht gegen andere konzernverbundene Unternehmen abgesichert werden soll, ist auch deshalb nach der Auffassung des Verfassers fraglich, weil die meisten Verwahrer ihren Sitz nicht im Vereinigten Königreich haben und der Vertrag etwa New Yorker Recht unterworfen sein mag, so dass ein gesetzliches Verbot keinen Ansatzpunkt finden würde. Wenn die Anwendbarkeit des Verbots von Pfanderklärungen in Verwahrungsverträgen, soweit ein Recht gegen andere konzernverbundene Unternehmen abgesichert werden soll, einen Kontrahie-

⁴⁴⁵ FSA, Enhancing the Client Assets Sourcebook, Consultation Paper 10/09, abrufbar unter http://www.bba.org.uk/content/1/c6/01/79/32/BBA_response_to_CP_10_9_Enhancing_the_Client_Assets_Sourcebook.pdf.

⁴⁴⁶ BBA response to FSA, Enhancing the Client Assets Sourcebook, Consultation Paper 10/09, March 2010, Paper1 0/unter http://www.bba.org.uk/content/1/c6/01/79/32/BBA_response_to_CP_10_9_Enhancing_the_Client_Assets_Sourcebook.pdf.

⁴⁴⁷ FSA, Enhancing the Client Assets Sourcebook, Consultation Paper 10/09, March 2010, S. 8f, abrufbar unter http://www.bba.org.uk/content/1/c6/01/79/32/BBA_response_to_CP_10_9_Enhancing_the_Client_Assets_Sourcebook.pdf.

rungszwang für die im Vereinigten Königreich lizenzierten Direktmakler (Prime Broker) für Investmentfonds mit alternativer Anlagestrategie (Hedge Fonds) mit inländischen Verwahrern bedeutet, dann sind diese gegenüber ausländischen Prime Brokern und Zweigstellen ausländischer Institute im Vereinigten Königreich schlicht einem Wettbewerbsnachteil ausgesetzt, denn die höheren Risiken für die Verwahrer werden in schlechtere Konditionen für die institutionellen Kunden des betroffenen Finanzinstituts umgelegt. Hedge Fonds sind aber keinesfalls gebunden, mit Prime Brokern aus dem Vereinigten Königreich zu kontrahieren. Der Prime Brokerage Markt ist ein Markt, bei dem der Nachfrager einen höheren Grad an Kontrahierungsspielraum genießt als der Anbieter (buy-side market).

Die Anforderungen der Financial Services Authority im Pilotprogramm an Restrukturierungspläne umfassten die Beschreibungen der elektronischen Zusammenführung der Kundeneinlagen (Single Customer View, SCV), die vom Einlagensicherungssystem (Financial Services Compensation Scheme, FSCS) garantiert sind. Dies war nach der Auffassung des Verfassers zu begrüßen, weil ein wirksamer Einlegerschutz im besonderen Konkursverfahren eines Umsetzungsmechanismus bedarf. Weitere zum Einlegerschutz wichtige Informationen sind die Angabe der Drittbanken, die in den Zahlungsfluss, die Verwaltung oder die Verwahrung eingebunden sind⁴⁴⁸.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Vorkehrungen zu einer raschen Identifizierung und Rückführung der Kundenvermögen als gesetzliche Vorgaben an die Restrukturierungspläne von den Finanzinstituten getroffen werden sollten. Es muss Klarheit über die Zuordnung von Vermögen und das Recht des jeweiligen Finanzinstituts, die Werte zu eigenen Zwecken zu verwenden, bestehen. Die Klarheit der anzuwendenden Dokumentation und des anzuwendenden Rechts sowie der Art und Höhe der Positionen, die einer bestimmten Dokumentation unterfallen, ist nach diesseitigem Dafürhalten nicht nur Zeichen einer umsichtigen Risikoschau, sondern bereits *de lege lata* notwendig, um aufsichtsrechtlichen organisatorischen Bestimmungen Genüge zu tun. Die interne Klarheit der anwendbaren Dokumentation und ihrer Folgewirkungen sollte durch Warnhinweise an die Kunden ergänzt werden, insbesondere zu den Konsequenzen einer grenzüberschreitenden Weiterverpfän-

⁴⁴⁸ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, A4:2.

derung der Sicherheiten. Pfanderklärungen in Verwahrungsverträgen, soweit ein Recht gegen andere konzernverbundene Unternehmen abgesichert werden soll, sollten nicht untersagt werden. Die angemessene Lösung des Problems, internationale Sicherheiten konkursfest zu machen, liegt nach der Auffassung des Verfassers in einer Vorranggewährung des Universalitätsprinzips im Konkurs.

(ccc) Die Verantwortlichkeiten für die Restrukturierungspläne

Nach der Anleitung an die Finanzinstitute der Financial Services Authority trifft die Firmenleitung die Entscheidungen darüber, welche Maßnahmen eines *Reorganisationsplans* zur Krisenbewältigung einzusetzen sind. Im Rahmen einer Reorganisation mögen die Aufsichtsbehörden wegen der Verpflichtung eines Finanzinstituts, seiner Aufsichtsbehörde wichtige Entwicklungen mitzuteilen, in den Informationsfluss eingebunden sein, aber eben nicht in die Entscheidungsfindung. Die Entscheidung hingegen, welches Vorgehen zur Abwicklung eines Finanzinstituts im Rahmen einer *Restrukturierung* zu wählen ist, treffen die Aufsichtsbehörden und die Verantwortlichkeit des Finanzinstituts ist darauf beschränkt, die notwendigen Informationen vorzuhalten. Die Verantwortung der Firmenleitung für den Restrukturierungsplan beschränkt sich daher auf die Zusammenführung der Informationen über die Struktur der Firma und eine Diskussion der Möglichkeiten, wie die Firma aufgelöst werden kann, so dass ihr (Teil-)Fortbestand gesichert ist (going concern).

Nicht nur die Restrukturierung als solche, sondern auch die Erstellung eines Restrukturierungsplans (Resolution Plan) soll nach der Financial Services Authority in die Verantwortlichkeit der Aufsichtsbehörde fallen und der Restrukturierungsplan, anders als der Reorganisationsplan, muss nach den Vorgaben der Financial Services Authority nicht vom Firmenvorstand genehmigt werden⁴⁴⁹. Die Finanzinstitute haben die notwendigen Basisinformationen und die detaillierten Planungsdaten zu liefern, damit die Aufsichtsbehörde kurzfristig, gegebenenfalls innerhalb eines einzigen Wochenendes⁴⁵⁰, wirksame Ausgliederungs- oder Übertragungsmaßnahmen im Rahmen des

⁴⁴⁹ Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 41.

⁴⁵⁰ Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 31.

besonderen Insolvenzverfahrens ergreifen kann⁴⁵¹. Ein Restrukturierungsplan soll nach der Financial Services Authority benutzt werden, sobald ein Finanzinstitut die Kapital-, die Liquiditäts- oder die organisatorischen Anforderungen der Financial Services Authority nicht mehr erfüllt (threshold conditions) und die Firma in ein besonderes Abwicklungsverfahren (Special Resolution Regime, SRR) eingebracht wird. Die Auswahl des Abwicklungsinstrumentariums (tools) ist dabei in das Ermessen der Aufsichtsbehörde gelegt⁴⁵². Ein solches besonderes Abwicklungsverfahren ist nur auf Einlageninstitute anwendbar; Makler und Eigenhändler fallen unter das besondere Verwaltungsverfahren für Investmentbanken (Special Administration Regime, SAR)⁴⁵³.

Der Entwurf des britischen Finanzministeriums sah vor, dass ein Direktor⁴⁵⁴ die Verantwortung für die Abwicklung übernimmt (Business Resolution Officer). Eine Begründung einer direkten Risikoverantwortung auf Vorstandsebene ist nach Auffassung des Verfassers als Beispiel guter „Corporate Governance“ zu begrüßen – ob ein Vorstandsmitglied allerdings operative Verantwortung übernehmen sollte, erscheint nach Auffassung des Verfassers zweifelhaft, weil dann die unabhängige Kontrolle wegfällt (das Vereinigte Königreich kennt keinen Aufsichtsrat). Problematisch erscheint diesseits auch, dass der Abwicklungsverantwortliche die aufsichtsrechtliche Verantwortung⁴⁵⁵ für die interne Produktion, die Aktualisierung, die Vorstandsgenehmigung und die Jahresprüfung der Reorganisations- und Restrukturierungspläne (einschließlich der Sicherstellung der Kontinuität der Angestellten und der Dienstleistungen in der Krise und der Abwicklung) übernehmen soll, und gleichzeitig eine aufsichtsgesteuerte Abwicklung implementieren soll⁴⁵⁶. Die Rolle des Vorstandes sollte es nach der Auffassung des Verfassers sein, in Zusammenschau mit der Aufsicht zu entscheiden, wann aufsichtlich gesteuerte Maßnahmen eingreifen sollen. Den Abwicklungsverantwortlichen zum Ausführungsinstrument der Aufsicht zu machen, würde ihm nicht erlauben, die Interessen aller anderen berechtigten Interessenten (sta-

⁴⁵¹ Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 29.

⁴⁵² Financial Services Authority, Consultation Paper CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 31.

⁴⁵³ Zu Details s.u., Kapitel Besondere Insolvenzverfahren, unter Abgrenzungen zu alternativen Lösungsmodellen.

⁴⁵⁴ D.h. Mitglied des einstufigen Vorstandes.

⁴⁵⁵ Als FSA „Approved Person“.

⁴⁵⁶ Entwurf des Finanzministeriums, S. 35ff, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

keholder), wie der Aktionäre, der Kunden, der Gläubiger, der Vertragspartner usw. zu wahren, eine Verantwortlichkeit die ihm aber als Vorstandsmitglied zukommt. Im Falle einer existenzbedrohenden Krise werden die Entscheidungen typischerweise gemeinsam durch die Firmenleitung, den Vorstand und die Aufsichtsbehörden getroffen, wobei die Entscheidungskompetenz letztlich bei den Aufsichtsbehörden verbleibt. Es wäre unrealistisch anzunehmen dass ein einzelner Direktor nach wie vor die Entscheidungen in einer Alleinverantwortung per Delegation trifft. Die Rolle als "oberster Informationsbeschaffer" braucht eine Unterstützung durch ein Team, und wird in der Praxis, so das Verständnis des Verfassers, ohnehin "nach unten" delegiert werden.

Der Vorschlag der Financial Services Authority, ein Vorstandsmitglied *aus der Firmenleitung* mit der Verantwortung für den Reorganisations- und den Restrukturierungsplan inklusive der Aktualisierung und der Umsetzung des Plans zu betrauen⁴⁵⁷, begegnet diesseits Bedenken, weil er den Grundsatz der Gesamtverantwortung des Vorstandes außer Acht lässt, und die im Vereinigten Königreich geltende Struktur eines einstufigen Vorstandes aufbricht. Nach diesseitigem Dafürhalten besteht kein Grund dafür, warum ein unabhängiges Vorstandsmitglied weniger Verantwortung für die Krisenplanung tragen sollte als ein abhängiges. Im Gegenteil, die Unabhängigkeit mag einen weiteren Blickwinkel zulassen, vor „Betriebsblindheit“ schützen und vor Interessenkonflikten zwischen kurzfristigem Geschäftserfolg und davon abhängiger Jahressondervergütung einerseits und kostspieliger langfristiger Krisenvorsorge andererseits bewahren.

Es wird im Konsultationspapier des britischen Finanzministeriums weiterhin diskutiert, den Schutz der Kundenvermögen einem Sachwalter für Kundenvermögen mit rechtlicher Verantwortlichkeit (client asset trustee) zu übertragen. Die Zuteilung einer solchen Verantwortlichkeit ist nach Auffassung des Verfassers nicht wichtig, solange die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zum Schutze der Kundenvermögen getroffen wurden.

⁴⁵⁷ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 42.

Soweit die Restrukturierungsbeschränkungen aber weder im Ermessen des Instituts, noch im Ermessen der Aufsicht stehen, sondern noch der internationalen Abstimmung bedürfen, haben nach diesseitigem Dafürhalten die entsprechenden Restrukturierungspläne nur rechtspolitische Bedeutung, und sind insofern irreführend, als sie den Eindruck einer Umsetzbarkeit vermitteln, der der Wirklichkeit nicht entspricht. Die Schwierigkeiten eines Restrukturierungsplans, die einer Wirksamkeit entgegenstehen, entziehen sich der eigenverantwortlichen Kontrolle, müssen aber mit all diesen Schwierigkeiten im Plan widergespiegelt werden. Die rechtlichen, aufsichtsrechtlichen und steuerlich anwendbaren Regelungen in den verschiedenen Ländern sind nicht harmonisiert. Die Übernahmekodifizierungs- und Kartellregeln und die Staatsunterstützungsbeschränkungen müssen eingehalten werden. Der Einlagenschutz ist in den verschiedenen Ländern unterschiedlich ausgeprägt. Die Anlagen mögen dem Kundenschutz am Belegungsort unterliegen. Das Aufsichts- und Konkursrecht stellt auf die lokalen Besonderheiten ab. Der Datenschutz mag den Austausch der Kundendaten mit der Konzernleitung gerade dann beschränken, wenn die Daten benötigt werden, nämlich in der Krise.

Die Financial Services Authority fragt insbesondere auch nach detaillierten Angaben zur kapitalmäßigen Verschränkung im Konzern, insbesondere zur Grundausstattung und zur Unterstützung der Konzerneinheiten in der Krise, zu den rechtlichen und den aufsichtsrechtlichen Beschränkungen des Kapitaltransfers, der Gesamtsumme transferierbaren Kapitals im Konzern und dem Zeithorizont eines Transfers von nicht aufsichtsrechtlich geforderten Kapitalbeträgen zur Konzernmutter, einem Tochterunternehmen oder einer Zweigstelle, die von einer Krise betroffen ist. Diese Informationsanforderungen der Financial Services Authority müssen vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Aufsichtsbehörden noch nicht über die Prinzipien eines Lastenausgleichs (burden sharing) übereingekommen sind.

Dies soll anhand von Beispielen illustriert werden: Ein britisches Tochterunternehmen eines US-Finanzkonzerns weist eine Kapitalunterdeckung auf. Fraglich ist, ob der Federal Reserve Board dem Finanzkonzern erlaubt, die gesunde Kapitalbasis des Tochterunternehmens wiederherzustellen, wenn dies eine erhebliche Schwächung des Finanzkonzerns bedeutet. Fraglich ist etwa, ob dem Mutterunternehmen erlaubt sein wird, Positionen, die US-amerikanisches Kundenvermögen darstellen, zu trans-

ferien (etwa per Wertpapierleihe). Umgekehrt, falls der Konzern selbst in Schwierigkeiten ist, ist zu fragen, ob die Financial Services Authority dem britischen Tochterunternehmen erlauben wird, Reserven aus lokalen Profiten aufzulösen und die Bilanz an die Finanzholding zu übertragen. Unklar ist aus Unternehmenssicht, welche Maßnahmen in welchem Stadium einer Krise gestattet sein werden. Der Hintergrund dieser Fragen ist die ungelöste Frage, welches Land letztlich in welchem Maße die Last eines Scheiterns zu tragen hat. Es erscheint fraglich, welchen Nutzen die Darstellung technischer Übertragungsaspekte hat, solange die Grundsätze grenzüberschreitender Krisenabwicklung seitens der Aufsicht ungeklärt sind. Nach derzeitiger internationaler Aufsichtsrechtslage müssen die Gerichte die Frage der Zulässigkeit von Übertragungen entscheiden, etwa von Lehman Brothers Europe zum Finanzkonzern in den USA.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass eine direkte Vorstandverantwortung auf operativer Ebene für die Reorganisations- und Restrukturierungspläne abzulehnen ist. Die Rolle des Vorstandes sollte es nach Auffassung des Verfassers sein, in Zusammenschau mit der Aufsichtsbehörde zu entscheiden, wann aufsichtlich gesteuerte Maßnahmen eingreifen sollen. Die Entscheidung, welches Vorgehen zur Abwicklung eines Finanzinstituts im Rahmen einer Restrukturierung zu wählen ist, treffen letztlich die Aufsichtsbehörden und die Verantwortlichkeit des Finanzinstituts ist darauf beschränkt, die notwendigen Informationen vorzuhalten. Die Anforderungen im Konsultationspapier der britischen Financial Services Authority zur Entwicklung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen erscheinen hilfreich und ein guter Ausgangspunkt für zukünftige aufsichtsrechtliche Regelungen zu sein. Es erscheint nach diesseitigem Dafürhalten allerdings grundsätzlich unangemessen, wenn die Gesetze und die Aufsichtsbehörden detaillierte Abwicklungspläne von den Finanzinstituten verlangen, solange nicht die Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden die notwendigen Grundlagen für die Wirksamkeit und die Klarheit über die Umsetzung solcher Pläne durch ein Mindestmaß an Harmonisierung im Vorfeld einer Krise geschaffen haben. Die Darstellung statischer Informationen sowie von Arbeitsablaufbeschreibungen ist unzweifelhaft für die Verwalter und die Aufsichtsbehörden hilfreich, aber die Darstellung konkreter Abwicklungsmodelle sollten nicht gefordert werden, solange deren praktischer Wert zweifelhaft ist. Ansonsten besteht das Risiko, dass sich die Aufseher und die Regierungsvertreter in der falschen Sicherheit wiegen, die

nächste systemweite Krise könne durch eine rasche Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts verhindert oder abgemildert werden. Eine bloße Kooperation und ein Informationsaustausch reichen nach Auffassung des Verfassers eben nicht hin⁴⁵⁸.

(ddd) Die Sicherstellung der Abwicklungskapazität in den Restrukturierungsplänen

Die Gewährleistung der bankinternen Abwicklungskapazität im Abwicklungs- und im Insolvenzfall bildete einen besonderen Schwerpunkt eines Abwicklungsplanes nach dem Vorschlag des britischen Finanzministeriums⁴⁵⁹. Die Gewährleistung der Abwicklungskapazität erfordert vertragliche Abreden mit dem krisenwichtigen Personal, die die solchermaßen identifizierten Angestellten daran hindern, während einer Krise zu kündigen. Der Kreis des krisenwichtigen Personals erstreckt sich von den Eigenhändlern über das Personal mit der Verantwortung für die Bewertung, die Produktkontrolle, die Risikomanager, der Rechtsabteilung und der Research Abteilung bis zu der Abwicklungsabteilung und der IT Unterstützung. Die Verträge mit den wichtigen Zuliefererfirmen und Dienstleistungspartnern müssen vor einer außerordentlichen Kündigung und vor einer Vertragsanpassung im Falle einer Krise oder Abwicklung geschützt sein. Dasselbe gilt für die Outsourcing-Strukturen innerhalb des Konzernverbundes zwischen den verschiedenen Rechtseinheiten. In der vorkonkurslichen Phase hängt die Fortgeltung der Verträge von den einzelvertraglichen Regelungen ab, vorausgesetzt, dass kein besonderes Insolvenzrecht für Finanzinstitute in der Form eines Verbots von Lösungsklauseln eingreift. Eine operationelle Reserve (operational funding reserve) ist erforderlich, damit der Abwicklungsverwalter die Löhne und die Vertragspartner in einer Krise oder in der Abwicklung bezahlen kann. Der anzusetzende Zeithorizont für eine solche operationelle Reserve mag dabei durchaus sechs oder mehr Monate betragen.

Die operationelle Reserve könnte entweder dem Abwicklungsverwalter ohne eine Anwendungsbeschränkung zur Verfügung gestellt werden, oder auf spezifische Abwicklungsaktivitäten beschränkt sein, oder auf wesentliche Abwicklungsaktivitäten (essential services to the administration). Eine Gewährleistung wesentlicher Aktivitä-

⁴⁵⁸ So aber die abschließende Beschlussfassung der G-20: Toronto Summit Update, June 26-27, 2010, Annex 2, Nr. 16, abrufbar unter <http://g20.gc.ca/toronto-summit/summit-documents/the-g-20-toronto-summit-declaration/>.

⁴⁵⁹ Entwurf des Finanzministeriums, S. 51ff, abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_investmentbank161209.pdf.

ten wie die Zahlungen für das Kernpersonal und die Zulieferer erscheint nach der Auffassung des Verfassers im Interesse einer Limitierung von Ansteckungsrisiken für die Vertragspartner und damit einer Stabilisierung des Finanzsystems notwendig. Die Konsequenz der Einrichtung einer operationellen Reserve wäre eine konkursrechtliche Besserstellung bestimmter Ansprüche, also ein besonderes Konkursverfahren.

Die Diskussion um die operationelle Reservenbildung sollte vorangetrieben werden, um eine Vorgehensweise zu finden wie die Reserve zu berechnen ist, wie regelmäßig sie anzupassen ist, welche Produkte zulässig sind und wo die Reserve zu halten ist, wie die Reserve kapitalmäßig und bilanziell zu behandeln ist und um Klarlegung über den Zugang des Abwicklungsverwalters zu der Reserve zu schaffen, über die Kontrollstruktur und über die Nutzung der Reserve, sowie über die Zugangs- oder Nutzungsbeschränkungen in Bezug auf die Krisen in spezifischen Geschäftsbereichen (insbesondere ausgelagerten und Zuliefererbetrieben), in spezifischen Ländern oder in den Rechtseinheiten⁴⁶⁰.

Um sicherzustellen, dass das abwicklungsrelevante Personal die gescheiterte Firma nicht vorzeitig verlässt, gibt es die Möglichkeit, Arbeitsverbote in die Verträge einzubauen oder lange Kündigungsfristen zu vereinbaren oder Prämien als besondere Anreize zur Verfügung zu stellen. Arbeitsverbote und Kündigungsschutzklauseln sind nach der Auffassung des Verfassers in der Praxis kaum durchsetzbar und ein Schaden schwer nachweisbar. Positive Anreize erscheinen daher nach Auffassung des Verfassers vorzugswürdig.

Von besonderer Bedeutung für das krisenbetroffene Institut ist die Kontinuität der Zulieferungsdienste, etwa von Bewertungs- und Marktinformationsmedien wie Reuters und Bloomberg, aber auch etwa die Versorgung mit Strom und Wasser. Die Zulieferungsverträge enthalten typischerweise vorzeitige Beendigungsklauseln für einen Zahlungsverzug oder den Drittverzug des betroffenen Unternehmens. Die Zulieferer- und Outsourcingverträge sollten nach der Auffassung des Verfassers mindestens Klauseln dahingehend enthalten, dass die Dienste im Falle einer Krise oder Insolvenz weiterhin erbracht werden, vorausgesetzt, dass der Abwicklungsverwalter sei-

⁴⁶⁰ Association for Financial Markets in Europe, Comment on the HM Treasury consultation paper dated 16 December, 2009, "Establishing resolution arrangements for investment banks", 19 March 2010, S. 11.

nen Teil der Verbindlichkeiten erfüllt. Demnach würden die Zuliefererverträge von einem Drittverzug des betroffenen Unternehmens unbeeinträchtigt bleiben. Die Erfüllungsverpflichtung des betroffenen Unternehmens sollte auf die Nachfolgefirmer im Falle einer (teilweisen) Übernahme durch Rechtsnachfolgeklauseln unter einem Bezug auf die Übergangsverträge (Transitional Services Agreements) erstreckt werden. Die britischen Investment Bank Special Administration Regulations 2011 sehen in Abschnitt 14 (1) und (2) vor, dass eine Zulieferung erst dann vorzeitig beendet werden darf, wenn die fälligen Zahlungen für mehr als 28 Tage ausstehen. Diese Vorschrift wirkt nicht in der kritischen Phase vor der Einleitung eines Besonderen Verwaltungsverfahrens nach den britischen Investment Bank Special Administration Regulations. Das Zeitfenster von 28 Tagen ist nach Auffassung des Verfassers zu kurz bemessen, weil die Umstrukturierung nach dem Besonderen Verwaltungsverfahren länger dauert. Das Unternehmen sollte daher, nach Auffassung des Verfassers, vor dem Eintritt einer Krise die Zuliefererverträge nachverhandeln, so dass ein angemessenes Zeitfenster für eine Umstrukturierung bleibt, ohne dass die Zulieferungsdienste unterbrochen werden. Das entstehende Restrisiko für den Zulieferer muss dann preismäßig abgebildet werden. Wenn die hier vorgeschlagene vertragliche Lösung für Zulieferungsdienste genutzt wird, ist im Hinblick auf die Zulieferungen die Diskussion um die Aussetzung der Wirkungen von Lösungsklauseln obsolet.

Lösungsvorschläge in Bezug auf die Beschränkungen einer Restrukturierung, soweit ihre Umsetzung aber in das Ermessen des betreffenden Instituts gestellt ist, sind zu begrüßen, weil sie die Restrukturierung durch eine Vorkrisen-Umsetzung einer Vorfeldplanung erleichtern. Im Konsultationspapier der Financial Services Authority genannte Beispiele solcher Vorkrisen-Umsetzung sind die Vereinfachung der Rechtseinheitsstruktur eines Konzerns und die Anpassung von Verträgen⁴⁶¹. Beispielsweise mögen die Geschäftseinheiten gemeinsam Systeme benutzen, etwa zur Kundenansprache, zur aufsichtlichen Meldung von Geschäften, zur Kontrolle auf Geldwäsche, oder zur Zahlungsabwicklung.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Gewährleistung der bankinternen Abwicklungskapazität im Abwicklungs- und im Insolvenzfall einen besonde-

⁴⁶¹ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 38.

ren Schwerpunkt eines Abwicklungsplanes bildet. Die Gewährleistung der Abwicklungskapazität erfordert vertragliche Abreden mit krisenwichtigem Personal. Die Verträge mit den wichtigen Zuliefererfirmen und Dienstleistungspartnern müssen vor einer außerordentlichen Kündigung und vor einer Vertragsanpassung im Falle einer Krise oder Abwicklung geschützt sein. Dasselbe gilt für die Outsourcing-Strukturen innerhalb des Konzernverbundes. Positive vertragliche Anreize werden diesseits vorgeschlagen, um sicherzustellen, dass das abwicklungsrelevante Personal die gescheiterte Firma nicht vorzeitig verlässt. Die Zulieferer- und die Outsourcingverträge sollten Klauseln dahingehend enthalten, dass die Dienste im Falle einer Krise oder Insolvenz weiterhin erbracht werden, vorausgesetzt dass der Abwicklungsverwalter seinen Teil der Verbindlichkeiten erfüllt.

(eee) Zwischenergebnis zu den britischen Vorschlägen zum Inhalt der Restrukturierungspläne

Eine umfängliche Dokumentation der Restrukturierungspläne zu den Kundenvermögen, zum Eigenvermögen, zu den Geschäftseinheiten und –strukturen, zur Risikosteuerungsstruktur und zu einem Abwicklungsplan sollte in einem virtuellen Datenraum mit direkten Verknüpfungen zu den Arbeitsablaufbeschreibungen und den Daten über die Geschäftsentwicklung abgelegt werden. Das Ziel, den Fortbestand der Firma zu sichern, unterscheidet das Konsultationspapier der Financial Services Authority vom Entwurf des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs, das auf den Schutz der Kundenvermögen als dem Ziel einer Restrukturierung abstellt. Die Forderung nach der Darstellung von Interbankrisiken ist problematisch, weil diese Daten besonders geschäftssensitiv sind. Fraglich ist auch, welche Relevanz die Daten haben sollen, die zum Zeitpunkt der Einreichung des Plans und der halbjährlichen Aktualisierung schon überholt sind. Bedenken bestehen auch gegenüber der Relevanz der Interbankderivatepositionen und in Bezug auf die Zeitnähe der Darstellung der Derivatepositionen, ihrer Vollständigkeit und der tatsächlichen Umgehungsmöglichkeiten.

Vorkehrungen zu einer raschen Identifizierung und Rückführung der Kundenvermögen sollten als gesetzliche Vorgaben an die Restrukturierungspläne von den Finanzinstituten getroffen werden. Es muss Klarheit über die Zuordnung der Vermögen,

und das Recht des jeweiligen Finanzinstituts, die Werte zu eigenen Zwecken zu verwenden, bestehen. Die Dokumentation sollte durch Warnhinweise an den Kunden ergänzt werden, insbesondere zu den Konsequenzen einer grenzüberschreitenden Weiterverpfändung von Sicherheiten. Pfanderklärungen in Verwahrungsverträgen, soweit ein Recht gegen andere konzernverbundene Unternehmen abgesichert werden soll, sollten nicht untersagt werden. Die angemessene Lösung des Problems, internationale Sicherheiten konkursfest zu machen, liegt nach der Auffassung des Verfassers in einer Vorranggewährung des Universalitätsprinzips im Konkurs. Die Entscheidung, welches Vorgehen zur Abwicklung eines Finanzinstituts im Rahmen einer Restrukturierung zu wählen ist, treffen letztlich die Aufsichtsbehörden und die Verantwortlichkeit des Finanzinstituts ist darauf beschränkt, die notwendigen Informationen vorzuhalten. Die Anforderungen im Konsultationspapier der britischen Financial Services Authority zur Entwicklung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen erscheinen hilfreich und ein guter Ausgangspunkt zu sein für zukünftige aufsichtsrechtliche Regelungen. Es erscheint nach diesseitigem Dafürhalten allerdings grundsätzlich unangemessen, wenn die Gesetze und die Aufsichtsbehörden detaillierte Abwicklungspläne von den Finanzinstituten verlangen, solange die Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden nicht die notwendigen Grundlagen für die Wirksamkeit und die Klarheit über die Umsetzung solcher Pläne durch ein Mindestmaß an Harmonisierung im Vorfeld einer Krise geschaffen haben. Die Darstellung statischer Informationen sowie von Arbeitsablaufbeschreibungen ist unzweifelhaft hilfreich für die Verwalter und die Aufsichtsbehörden, aber die Darstellung von Abwicklungsmodellen sollte nicht gefordert werden, solange deren praktischer Wert zweifelhaft ist. Ansonsten besteht das Risiko, dass sich die Aufsichtsbehörden und die Regierungsvertreter in der falschen Sicherheit wiegen, die nächste systemweite Krise könne durch eine rasche Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts verhindert oder abgemildert werden. Die Gewährleistung der bankinternen Abwicklungskapazität im Abwicklungs- und im Insolvenzfall bildet einen besonderen Schwerpunkt eines Abwicklungsplanes. Die Gewährleistung der Abwicklungskapazität erfordert vertragliche Abreden mit krisenwichtigem Personal. Die Verträge mit den wichtigen Zuliefererfirmen und Dienstleistungspartnern müssen vor einer außerordentlichen Kündigung und vor einer Vertragsanpassung im Falle einer Krise oder Abwicklung geschützt sein. Dasselbe gilt für die Outsourcing-Strukturen innerhalb des Konzernverbundes.

(ee) Zwischenergebnis zum Inhalt der Restrukturierungsplänen

Das Verfahren nach dem nicht weiter verfolgten Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie erscheint gegenüber dem Verfahren nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz aufgrund der größeren Praxisnähe, Relevanz und Zeitnähe der vorgeschlagenen Maßnahmen als vorzugswürdig.

Die US-amerikanische Gesetzgebung wurde durch aufsichtliche Maßnahmen durch den Federal Reserve Board, die Federal Deposit Insurance Corporation und den Financial Stability Oversight Council konkretisiert. Die Regelung des Federal Reserve Board und der Federal Deposit Insurance Corporation zu Abwicklungsplanverfahren erscheint inhaltlich angemessen und umfänglich. Die Verpflichtung sollte aber nach der hier vertretenen Auffassung alle (inländischen) Finanzinstitute betreffen und nicht nur systemrelevante oder einlagenversicherte.

Aus dem Vereinigten Königreich liegen zwei Vorschläge vor, ein Entwurf des britischen Finanzministeriums und ein Entwurf der Financial Services Authority. Das Ziel, den Fortbestand der Firma zu sichern, unterscheidet das Konsultationspapier der Financial Services Authority vom Entwurf des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs, das auf den Schutz von den Kundenvermögen als dem Ziel einer Restrukturierung abstellt.

Eine umfängliche Dokumentation von Restrukturierungsplänen sollte nach der Auffassung des Verfassers in einem virtuellen Datenraum abgelegt werden. Die Forderung nach der Darstellung von Interbankrisiken und Derivatepositionen ist nach diesseitigem Dafürhalten problematisch. Es sollten Vorkehrungen zu einer raschen Identifizierung und Rückführung der Kundenvermögen getroffen werden. Die angemessene Lösung des Problems, internationale Sicherheiten konkursfest zu machen, liegt in einer Vorranggewährung des Universalitätsprinzips im Konkurs.

Die Entscheidung, welches Vorgehen zur Abwicklung eines Finanzinstituts im Rahmen einer Restrukturierung zu wählen ist, treffen letztlich die Aufsichtsbehörden und die Verantwortlichkeit des Finanzinstituts ist darauf beschränkt, die notwendigen In-

formationen vorzuhalten. Es erscheint unangemessen, wenn die Gesetze und Aufsichtsbehörden detaillierte Abwicklungspläne von den Finanzinstituten verlangen, solange nicht die Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden die notwendigen Grundlagen für die Wirksamkeit solcher Pläne durch ein Mindestmaß an Harmonisierung im Vorfeld einer Krise geschaffen haben. Ein Restrukturierungsplan soll daher in die Verantwortlichkeit der Aufsichtsbehörde fallen, und dieser die notwendigen Basisinformationen und detaillierten Planungsdaten liefern, damit die Aufsichtsbehörde wirksame Ausgliederungs- oder Übertragungsmaßnahmen nach dem besonderen Insolvenzverfahren ergreifen kann. Die Darstellung statischer Informationen ist unzweifelhaft hilfreich, aber die Darstellung konkreter Abwicklungsmodelle sollten nicht gefordert werden, solange ihr praktischer Wert zweifelhaft ist. Ansonsten besteht das Risiko, dass sich die Aufsichtsbehörden und die Regierungsvertreter in der falschen Sicherheit wiegen, die nächste systemweite Krise könne durch eine rasche Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts verhindert oder abgemildert werden. Die Gewährleistung der bankinternen Abwicklungskapazität im Abwicklungs- und im Insolvenzfall bildet einen besonderen Schwerpunkt eines Abwicklungsplanes.

Im Anschluss an die Darstellung der Grundsätze der eigenverantwortlichen Krisenplanung der Finanzinstitute im Hinblick auf das Ziel, den Zweck und die Struktur, den Anwendungsbereich und den Auslösungsmechanismus von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und im Anschluss an die Darstellung des Inhalts der Reorganisationspläne und der Restrukturierungspläne werden im Folgenden wesentliche technische Aspekte von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen und –verfahren aus deutscher Sicht untersucht.

(iv) Wesentliche technische Aspekte von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen und –verfahren aus deutscher Sicht

In diesem Unterabschnitt werden wesentliche technische Aspekte von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen und –verfahren aus deutscher Sicht besprochen, nämlich unter (aa) das Verfahren zur Einleitung und zur Kontrolle eines Reorganisations- und Restrukturierungsverfahrens, unter (bb) die Wirksamkeit und die Angemessenheit von Lösungsklauseln im Rahmen einer Reorganisation oder Restruktu-

rierung von Finanzinstituten und unter (cc) die de lege lata bereits bestehenden Verpflichtungen, Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzuhalten.

(aa) Das Verfahren zur Einleitung und zur Kontrolle eines Reorganisations- und Restrukturierungsverfahrens

In diesem Unterabschnitt soll das Verfahren nach dem Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung beschrieben werden. Diese Beschreibung kann sich, soweit Bereiche betroffen werden, die nicht einer eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten zuzuordnen sind, kurz fassen.

Einleitend wird das Sanierungsverfahren besprochen und anschließend das Reorganisationsverfahren. Den Entscheidungskompetenzen in einem Reorganisationsverfahren wird besonderer Raum eingeräumt. Die europarechtlichen Aspekte werden erwähnt; die gerichtliche Kontrolle, das Verhältnis der Maßnahmen nach dem Restrukturierungsgesetz und nach der Insolvenzordnung und die Fragen einer Entschädigung für die Reorganisationsmaßnahmen werden problematisiert.

Das Sanierungsverfahren nach § 2 I, II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz wird durch die Selbstanzeige des Kreditinstituts bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht mit einem Sanierungsvorschlag eines Sanierungsberaters eingeleitet. Das zuständige Oberlandesgericht entscheidet über den Antrag der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht auf Durchführung des Sanierungsverfahrens, und bestellt den Sanierungsberater, §§ 2 III, 3 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz. Der Sanierungsplan wird vom Sanierungsberater umgesetzt, § 6 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz. Das Gericht kann nach Anhörung und auf Vorschlag des Bundesamtes weitere notwendige Maßnahmen zur Sanierung ergreifen, §§ 5 I, II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz.

Das Reorganisationsverfahren nach § 7 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz wird vom Kreditinstitut durch die Anzeige bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unter Vorlage eines Reorganisationsplans eingeleitet, wenn das Kreditinstitut

ein Sanierungsverfahren für aussichtslos hält, oder, nach S.2, durch die Anzeige des Sanierungsberaters nach Scheitern eines Sanierungsverfahrens. Nach § 7 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht den Antrag auf Durchführung des Reorganisationsverfahrens stellen, wenn eine Bestandsgefährdung des Kreditinstituts zu einer Systemgefährdung beitragen kann. Der Sanierungsberater nach § 4 I Nr. 3, 4 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz bzw. der Sonderbeauftragte nach § 45 c II Nr. 7 Kreditwesengesetz erstellen den Plan; es ist daher unrichtig, festzustellen, das Unternehmen habe die Möglichkeit, durch die rechtzeitige Einleitung eines Sanierungs- bzw. Reorganisationsverfahrens die Kontrolle über die Beseitigung der eigenen Bestandsgefährdung zu behalten⁴⁶². Das Oberlandesgericht entscheidet über die Anträge zur Durchführung eines Reorganisationsverfahrens und über die Annahme eines Reorganisationsplans, § 7 III, IV Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz.

Die stimmberechtigten Gläubiger und die Anteilseigner stimmen über den Reorganisationsplan ab, die Gläubiger über die Umwandlung, die Stundung, die Besicherung und dergleichen, und die Anteilseigner über die Annahme des Planes, §§ 16,17,18, 19 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz.

Im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens war noch vorgesehen gewesen, dass die Mehrheit der Stimmen in der Hauptversammlung in der Mehrheit der Gruppen zur Annahme eines Reorganisationsplans ausreicht, sofern die Maßnahmen dazu dienen, erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten infolge der Bestandsgefährdung des Kreditinstituts und weiterhin eine Instabilität des Finanzmarktes zu verhindern, und dazu geeignet, erforderlich und angemessen sind, §§ 18, IV Nr. 2 des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems. Die Bedingungen zur Annahme eines Reorganisationsplans wurden im Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz allerdings verschärft. Die Annahme eines Reorganisationsplans nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz bedarf nunmehr der Mehrheit der Stimmen in jeder Gläubigerabstimmungsgruppe (es sei denn, die Betei-

⁴⁶² A.A. Alexander Gridgen, Vorbemerkung Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, Rz. 3, in Karl-Heinz Boos (Hrsg.), Kreditwesengesetz, 4. Aufl., 2012.

ligten hätten in der Insolvenz nicht mehr erhalten, sind angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt, und die Mehrheit der Abstimmungsgruppen hat zugestimmt, § 19 II Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz).

Die Zweite Gesellschaftsrechtliche Richtlinie ist der europarechtliche Maßstab für die Reorganisations- und Restrukturierungsmaßnahmen und fordert einen Hauptversammlungsbeschluss für eine Kapitalerhöhung, einen Ausschluss des Bezugsrechts und eine Kapitalherabsetzung⁴⁶³. Der EuGH hat die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auch für außergewöhnliche Situationen bestätigt⁴⁶⁴. Ob dies auch für solche außergewöhnlichen Krisensituationen gilt, wenn die Finanzmarktstabilität auf dem Spiel steht⁴⁶⁵, kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung letztlich dahinstehen, da der Antrag auf die Durchführung des Reorganisationsverfahrens von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gestellt werden muss und der Reorganisationsplan gerichtlich genehmigt werden muss⁴⁶⁶, und daher außerhalb der eigenverantwortlichen Tätigkeit des Finanzinstituts liegt.

Die Sanierungs- und die Reorganisationsverfahren nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz sind der gerichtlichen Kontrolle unterworfen: Abschließend bedarf der Plan der gerichtlichen Bestätigung binnen einen Monats, § 20 I Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz. Die Frist wurde von im Diskussionsentwurf noch vorgeschlagenen drei Monaten verkürzt, § 19 I Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems. Nach § 1 III Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz sind die im Verfahren getroffenen gerichtlichen Entscheidungen unanfechtbar. Es wurde vorgetragen, dass diese Regelung mit Art. 19 Abs. 4 GG bzw. dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz nicht zu vereinbaren ist.

⁴⁶³ Art 5. 25 I, 29 IV, 30 RL 77/91/EWG v. 31.12.1976, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977I0091:EN:HTML>.

⁴⁶⁴ EuGH v. 30.5.1991, Rs C 19/90, C 20/90 (Karella/Karellas); und 12.3.1996 Rs C-441/93 (Pafitis), abrufbar unter <http://www.ena.lu/judgment-court-justice-pafitis-case-c-441-93-12-march-1996-020006986.html>.

⁴⁶⁵ Zur Diskussion vgl. Begründung zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, S. 32 f.

⁴⁶⁶ S. Begründung, S. 56.

Grundsätzlich ist eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung ausreichend, um dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch Genüge zu tun⁴⁶⁷. Allerdings überprüft das Oberlandesgericht im Falle einer gerichtlichen Bestätigung nach dem Kreditinstitute-Reorganisations-gesetz keine Entscheidungen einer anderen Organisation, z.B. der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, sondern entscheidet selbst. Ob des Oberlandesgerichts damit als „Ausgangsbehörde“ eine dem Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz und dem Rechtsstaatsgebot genügende Funktion wahrnimmt, erscheint fraglich. Eine gerichtliche Prüfung einer möglichen Rechtsverletzung⁴⁶⁸ kann nach Auffassung des Verfassers nicht stattfinden, weil eine Rechtsverletzung erst durch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts entstehen würde.

Des Weiteren wird die Kompetenz der Oberlandesgerichte, die Sanierungspläne auf ihre Tauglichkeit zu überprüfen, bezweifelt⁴⁶⁹. Gegen die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts spricht, dass die Oberlandesgerichte im Gegensatz zu den Amtsgerichten kaum Erfahrung mit Konkursverfahren haben. Dem wird entgegengehalten, dass Fragen von „essentieller Bedeutung für die Volkswirtschaft von einem Kollegialorgan entschieden werden sollten“ und dass Oberlandesgerichte Erfahrung im Bankrecht haben.

Unklar ist, in welchem Verhältnis die Vorschriften des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes zur Insolvenzordnung stehen. Zwar greift die Insolvenzordnung grundsätzlich erst bei Zahlungsunfähigkeit, das Insolvenzverfahren kann nach § 18 Insolvenzordnung aber bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit beantragt werden. Es ist unklar, wie die Sanierungsbedürftigkeit nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz von der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach der Insolvenzordnung abzugrenzen ist.

⁴⁶⁷ Vgl. BVerfGE 107, 395, 402.

⁴⁶⁸ Vgl. BVerfGE 107, 395, 402 f.

⁴⁶⁹ Bundesministerium für Justiz, Bundesministerium für Finanzen, Bundesministerium des Innern, Zusammenfassung der Anhörung der Verbände zum Bundesministerium der Justiz / Bundesministerium der Finanzen - Entwurf eines Restrukturierungsgesetzes, 22. Juli 2010, S.1.

Nach §2 III Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz stellt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unverzüglich einen Antrag auf die Durchführung des Sanierungsverfahrens, wenn sie dies für zweckmäßig hält. Die Zweckmäßigkeit als Kriterium für einen Antrag der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht auf Durchführung des Sanierungsverfahrens ist unbestimmt, und nicht justiziabel. De lege ferenda sollte der Begriff der Zweckmäßigkeit der Durchführung des Sanierungsverfahrens daher präzisiert werden.

Nach Art. 2, § 48 b II des Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung liegt eine Systemgefährdung vor, wenn zu besorgen ist, dass sich die Bestandsgefährdung des Kreditinstituts in erheblicher Weise negativ auf andere Unternehmen des Finanzsektors, auf die Finanzmärkte oder auf das allgemeine Vertrauen der Einleger und anderen Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems auswirkt. Der Begriff der Systemgefährdung nach § 48 b II des Restrukturierungsgesetzes wird durch die allgemeinen Tatbestandsmerkmale der „erheblichen Auswirkung“ und des „allgemeinen Vertrauens“ umschrieben. Wegen der möglichen Konsequenz einer Übertragungsanordnung als die Folge einer solchen Systemgefährdung steigen die Anforderungen an die Regelungsdichte als Folge eines möglichen Grundrechtseingriffs. Der Begriff der Systemgefährdung sollte daher nach Auffassung des Verfassers de lege lata präzisiert werden.

Die Terminologie zu den Sanierungs- und den Reorganisationsplänen wird nicht einfacher, wenn das Kreditwesengesetz in der Form des Restrukturierungsgesetzes einen *Restrukturierungsplan* nach § 45 II Nr. 7 zur Wiederherstellung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität des Instituts einführt, und einen *Wiederherstellungsplan* zur Abwendung der Bestandsgefährdung nach § 48 c I Kreditwesengesetz. Hinzuweisen ist darauf, dass der *Restrukturierungsplan* nach dem Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie einen anderen Regelungsgehalt hatte als der nach dem Kreditwesengesetz in der Form des Restrukturierungsgesetzes.

Eine Übertragungsanordnung nach § 48 a Kreditwesengesetz stellt einen Eingriff i.S.v. Art. 14 Grundgesetz dar. Zu prüfen sind die Gemeinwohlbelange, die einen solchen Eingriff rechtfertigen, weiterhin, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist, und schließlich, ob eine entschädigungspflichtige Enteignung vorliegt. Die Finanzstabilität kann als Gemeinwohlbelang angesehen werden, und die Interessen der Gläubiger treten hinter die Interessen der Allgemeinheit zurück. Ob eine entschädigungspflichtige Enteignung vorliegt, ist allerdings nicht leicht zu entscheiden. Die grundsätzliche Frage einer Entschädigungspflichtigkeit bedeutet in der Praxis eine Frage nach der Höhe der Entschädigung, die gegebenenfalls auch nur einen symbolischen Wert betragen kann. Ein positiver Wert nach § 48 d Kreditwesengesetz ist in der Praxis kaum zu erwarten, weil aufgrund des langwierigen Verfahrens zu erwarten ist, dass ein etwaiger Restwert vernichtet ist. Fraglich ist, ob auf einen späteren Zeitpunkt abzustellen ist, nämlich auf einen Zeitpunkt, wenn sich der Wert wieder „erholt“ hat. Unklar wäre aber, auf welchen Zeitpunkt abzustellen wäre, und ob eine Wertermittlung nach dem Abschluss des Verfahrens noch durchgeführt werden kann. Es ist auch denkbar, dass die Aufsichtsbehörden eine gesunde Bank als Übernehmer „bestimmt“ (white knight). In einem solchen Falle hat die gesunde Bank gegebenenfalls wenig Verhandlungsspielraum, sich einem solchen Ansinnen zu entziehen, und kann gegebenenfalls nur auf einen niedrigen Übernahmepreis dringen. Aus Sicht der Anteilsinhaber des übernehmenden Unternehmens kann sich eine faktisch erzwungene Übernahme negativ auf den Marktpreis des übernehmenden Unternehmens auswirken, und die Anteilsinhaber des übernehmenden Unternehmens mögen ihrerseits eine solche Übernahme als Enteignung ansehen⁴⁷⁰. Falls der Übernehmer den Übernahmepreis als eine Bedingung des Überlebens des übernommenen Unternehmens diktieren kann, ist faktisch kein Raum für die Bestimmung einer angemessenen Entschädigung.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Verfahren des Restrukturierungsgesetzes nicht nur wenig praktikabel, sondern auch möglicherweise grundrechtswidrig und mit anderen Regelungen abstimmungsbedürftig ist. Das vom Restrukturierungsgesetz eingeführte Verfahren bedarf der Abstimmung mit anderen Gesetzen und der grundrechtlichen Überprüfung. Grundsätzlich erscheint es praxisfern,

⁴⁷⁰ Vgl. Die Konsequenzen zu teurer Übernahmen: Der Marktpreis der BoA wurde gedrückt durch Übernahme von ML, und der von Lloyds TSB durch die Übernahme von HBOS.

Abwicklungsmodelle zu entwickeln, die auf einen langen Zeithorizont für die Abstimmung der beteiligten Parteien und die gerichtliche Überprüfung abzielen, wohingegen nach diesseitigem Dafürhalten eine Übertragung in der Praxis über ein Wochenende erfolgen sollte, um eine Wertvernichtung zu vermeiden. Der eigenverantwortlichen Krisenvorbeugung und –bekämpfung kommt daher umso größere Bedeutung zu.

Im Anschluss an die Darlegung des Verfahrens zur Einleitung und zur Kontrolle eines Reorganisations- und Restrukturierungsverfahrens wird im Folgenden die Wirksamkeit und die Angemessenheit der Lösungsklauseln im Rahmen einer Reorganisation oder Restrukturierung von Finanzinstituten als ein wesentlicher technischer Aspekt von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen und –verfahren besprochen.

(bb) Die Wirksamkeit und die Angemessenheit von Lösungsklauseln im Rahmen einer Reorganisation oder Restrukturierung von Finanzinstituten

In diesem Unterabschnitt wird die Wirksamkeit von Lösungsklauseln im Rahmen einer Reorganisation oder Restrukturierung von Finanzinstituten im Hinblick auf die Notwendigkeit einer (zeitweisen) Abbedingung (Lösung) von vertraglichen Regelungen zur (Erleichterung oder) Ermöglichung einer Restrukturierung oder Abwicklung untersucht. Vertragliche Kündigungsrechte waren im Falle der Hypo Real Estate ein maßgeblicher Grund, auf ein Insolvenzverfahren zu verzichten, und die Bank unter Schonung der Gläubiger in das Staatseigentum zu übernehmen⁴⁷¹.

Verrechnungs- oder Vorfälligkeitsabreden erlauben es einem Vertragspartner, eine seinerseits geschuldete Gegenforderung gegen eine ihm geschuldete Forderung an Erfüllung statt zu verrechnen oder eine ihm geschuldete Forderung vorzeitig geltend zu machen. Im Ergebnis erlauben es daher Verrechnungs- oder Vorfälligkeitsabreden einem Gläubiger, sich vom Kredit- oder Liquiditätsrisiko des Schuldners zu lösen (Lösungsklauseln). Im Rahmen der Diskussion der gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Maßnahmen zur Vorsorge für Krisen und zur Bekämpfung von Krisen von Finanzinstituten wird diskutiert, ob die Verrechnungs- oder die Vorfälligkeitsabreden für

⁴⁷¹ Christoph Kaserer, Ein neuer Rechtsrahmen für die Reorganisation von Kreditinstituten, Oktober 2010, 13.

den Zeitraum, während dessen sich die Krise eines Finanzinstituts manifestiert, ausgesetzt sein sollen oder aussetzbar sein sollen. Eine solche Aussetzung soll verhindern, dass die Krise eine Kettenreaktion von Gläubigern auslöst und dadurch der Verlauf der Krise derart beschleunigt wird, dass eine geordnete Reorganisation oder Restrukturierung nicht mehr möglich ist.

Die Relevanz der Diskussion um die Lösungsklauseln entstand durch den weitverbreiteten Mechanismus, zivilrechtliche Sicherungsklauseln mit dem Ziel, Forderungen konkursfest zu machen, einzusetzen und damit im Ergebnis die Systemrisiken zu beschränken. Rechtstechnisch wurden solche Ereignisse (default events), die einen Schuldnerverzug (default) oder einen Drittverzug (cross default) auslösen und zur Schuldverrechnung ohne eine vorzeitige Beendigung des zugrundeliegenden Vertrages (netting), oder mit einer vorzeitiger Beendigung des zugrundeliegenden Vertrages (close-out netting) berechtigen, vom Anwendungsbereich des Konkursverfahrens ausgenommen, also zeitlich dem Konkurs „vorverlegt“⁴⁷². Insbesondere wegen der Abreden einer Schuldverrechnung, die einen Drittverzug auslösen, werden Anreize gesetzt, möglichst frühzeitig zu kündigen (Windhundprinzip), damit nicht andere Verpflichtungen vorzeitig fällig werden. Solche Abreden einer Schuldverrechnung, die einen Drittverzug auslösen, wirken daher systemdestabilisierend. Vor diesem Hintergrund wird die Beschränkung der Wirksamkeit von Schuldverrechnungsabreden diskutiert.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsklauseln wurde einerseits angesichts der Weigerung der International Swaps and Derivatives Association (ISDA) deutlich, am 1. März 2012 einen Schuldnerverzug Griechenlands im Gefolge der Vorrangstellung der Europäischen Zentralbank festzustellen, und andererseits an der nachträglichen Zwangseinbeziehung aller Gläubiger in den Schuldverschreibungstausch.

Der Financial Stability Board schlug vor, dass die gesetzlichen oder vertraglichen Verrechnungs- oder Vorfälligkeitsabreden zwischen einem gescheiterten Finanzinstitut und einer Drittpartei oder außerordentliche Kündigungsrechte gegenüber einem gescheiterten Finanzinstitut im Falle einer Abwicklung des gescheiterten Finanzinsti-

⁴⁷² Urs Zulauf, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland -, WM 2010, 1528.

tuts entweder grundsätzlich nicht ausübbar sein sollen, oder aber durch die Abwicklungsbehörden vorübergehend abdingbar sein sollen, einmal vorausgesetzt, dass die vom krisenbetroffenen Institut vertraglich geschuldeten Gegenleistungen erbracht werden⁴⁷³.

Am 6. Januar 2011 veröffentlichte die EU-Kommission ein Arbeitsdokument als Diskussions- und Konsultationspapier über Technische Details eines möglichen Rahmens für ein europäisches Krisenmanagement⁴⁷⁴. Am 5. Mai 2011 wurde die Zusammenfassung der Rückmeldungen zur Konsultation veröffentlicht⁴⁷⁵. Im Rahmen der Rückmeldungen zur Konsultation wurden Bedenken seitens der Industrievertreter und von Mitgliedstaaten geäußert hinsichtlich der Frage, ob die Verpflichtungen eines gescheiterten Finanzinstituts und seiner Verrechnungsabreden *vorübergehend* außer Kraft gesetzt sein sollten, um die Abwicklung zu erleichtern⁴⁷⁶: Ansteckungsgefahren und eine mögliche Belastung der Finanz-Infrastruktur wurden als mögliche Folgen einer vorübergehenden Außerkraftsetzung gesehen. Vor allem aber wurden Ausnahmen vom Grundsatz der vorübergehenden Außerkraftsetzung von Verpflichtungen des gescheiterten Instituts und seiner Verrechnungsabreden gegenüber den Zentralbanken, den zentralen Verrechnungsstellen und den Zahlungs- und Abwicklungssystemen gefordert⁴⁷⁷. Die Kommission erkannte, wie bedeutend es ist, die Verrechnungsabreden in der Abwicklung nicht *dauerhaft* durch die Wahl des Abwicklungsverwalters, welche Verpflichtungen er erfüllen will (Rosinenpicken, cherry picking), auszuhebeln⁴⁷⁸. Die Kommission schlug weiterhin vor, dass die Verrechnungsabreden und die betroffenen besicherten Verpflichtungen nur zusammen in der

⁴⁷³ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 10f.

⁴⁷⁴ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011.

⁴⁷⁵ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011.

⁴⁷⁶ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 64 ff.

⁴⁷⁷ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 12 f.

⁴⁷⁸ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 69.

Abwicklung übertragen werden dürfen⁴⁷⁹, und die Kommentatoren schlossen sich an⁴⁸⁰.

Die Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit, sowie der Antrag auf die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens und die Durchführung des Reorganisationsverfahrens selbst stellen nach § 12 Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems keinen wichtigen Grund zur Kündigung eines Schuldverhältnisses dar (default, material adverse change, Wegfall der Geschäftsgrundlage) und führten nicht zur automatischen Beendigung von Schuldverhältnissen. Entgegenstehende vertragliche Bestimmungen sollten unwirksam sein. § 13 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz verändert den Anknüpfungspunkt gegenüber demjenigen des Diskussionsentwurfs für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems dahingehend, dass die Schuldverhältnisse ab einer Anzeige der Notwendigkeit eines Reorganisationsverfahrens nach § 7 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz nicht beendet werden können, was nach der Begründung⁴⁸¹ des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes die Kündigungen und die sonstigen Beendigungstatbestände umfassen soll. Die Veränderung des Anknüpfungspunktes, der nicht mehr auf die Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit abstellt, ist lediglich rechtstechnischer Natur, weil das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz im Gegensatz zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems gänzlich auf eine Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit verzichtet.

⁴⁷⁹ DG Internal Market and Services Working Document, a.a.O.

⁴⁸⁰ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 14 ff.

⁴⁸¹ Bundesministerium der Justiz/ Bundesministerium der Finanzen, Referentenentwurf, Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Bearbeitungsstand 05.07.2010, 16:14 Uhr, S. 71.

Ein Aufschub der Beendigung von Schuldverhältnissen bis zum Ablauf des auf die Anzeige folgenden Geschäftstages erscheint nicht hilfreich⁴⁸², denn an einem Tag kann nicht wirksam mit einer Vielzahl von Geschäftspartnern verhandelt werden.

Ein krisenbehaftetes Institut kann durch rechtzeitige eigenverantwortliche Krisenplanung in der Form von vertraglichen Anpassungen der Fälligkeit von seinerseits geschuldeten Leistungen in der Krise die Anwendbarkeit von Verrechnungs- oder Vorfälligkeitsabreden oder außerordentlichen Kündigungsrechten verhindern. Nach der Auffassung des Verfassers sind daher Regelungen zur Nichtanwendbarkeit oder zur Aussetzung von Verrechnungs- oder Vorfälligkeitsabreden oder außerordentlichen Kündigungsrechten unnötig, vorausgesetzt, dass die betroffenen Finanzinstitute als Maßnahme eigenverantwortlicher Krisenplanung durch vertragliche Anpassungen der Fälligkeit von ihrerseits geschuldeten Leistungen in der Krise die Anwendbarkeit von Verrechnungs- oder Vorfälligkeitsabreden oder außerordentlichen Kündigungsrechten verhindert hat.

Der Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010 weist darauf hin, dass ein Recht zur zeitweisen Suspendierung vertraglicher Bedingungen die Risikosteuerung für Finanztermingeschäfte durch Netting-Regelungen⁴⁸³ beeinträchtigen kann⁴⁸⁴, und damit Wettbewerbsnachteile für den Finanzplatz darstellen kann⁴⁸⁵: Die Groß- und Millionenkreditverordnung (Gro-MiKV) ermöglicht die ermäßigte Anrechnung von Sicherheiten, die ein Institut einem Geschäftspartner zur Absicherung zur Verfügung stellt, vorausgesetzt, dass anerkannte zweiseitige Liquidationsnettingvereinbarungen (Close-out netting) einbezogen sind⁴⁸⁶.

⁴⁸² Sven Schelo, Neue Restrukturierungsregeln für Banken, NJW 2011, 189.

⁴⁸³ Vertragliche Bestimmungen über Saldierung wechselseitiger Ansprüche (in Rahmenverträgen für Finanztermingeschäfte und Regelwerken für Clearing- und Settlement Systeme) zur Reduzierung des Ausfallrisikos auf den Saldobetrag und zur entsprechenden Reduzierung der notwendigen Eigenkapitalunterlegung.

⁴⁸⁴ So auch Institute of International Finance, Urs Rohner, Re: European Commission Services' Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 20 January, 2010, S. 7.

⁴⁸⁵ Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, a.a.O., S. 7.

⁴⁸⁶ Bundesverband Deutscher Banken, Fachinformationen Bankaufsichtsrecht, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/fachinformationen/finanzmaerkte/bankaufsichtsrecht>.

Regelungen zur Nichtanwendbarkeit oder zur Aussetzung von Verrechnungs- oder Vorfälligkeitsabreden oder außerordentlichen Kündigungsrechten sollten im Interesse der Erhaltung der Risikominimierungsoptionen der Marktteilnehmer und der Vermeidung von Ansteckungseffekten gegenüber den Geschäftspartnern daher nach Auffassung des Verfassers nicht weiter verfolgt werden.

Ohnehin würden Lösungsklauseln nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz im grenzüberschreitenden Finanzverkehr weitgehend leer laufen, weil das anzuwendende Recht für Finanztermingeschäfte oder syndizierte Fazilitäten meist englisches oder New Yorker ist. Lösungsklauseln im deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte wären im internationalen Finanzverkehr nicht verhandlungsfähig und die deutschen Finanzinstitute wären gezwungen, ihre Geschäfte nach ISDA⁴⁸⁷ abzuschließen. Dasselbe gilt für die Wertpapierleihgeschäfte, und die Repos (Repurchase Agreements) sowie die Anleihen und die Kreditverträge, die ausländischem Recht unterliegen⁴⁸⁸. Eine Rückübertragungsanordnung nach § 48 j Kreditwesengesetz würde im grenzüberschreitenden Verkehr der Umsetzung bedürfen, die außerhalb der Europäischen Union/des Europäischen Wirtschaftsraums nicht zu erreichen wäre. Eine Rückübertragungsanordnung würde demnach lediglich die Rechtsunsicherheit vergrößern, und ihre praktische Wirksamkeit von der Niederlassung des Nettoschuldners und der Belegenheit der Sicherheiten abhängen. Die Möglichkeit einer Rückübertragungsanordnung würde daher keinen Anreiz setzen, Kündigungs- und Beendigungsverbote anzuerkennen⁴⁸⁹.

Konsequenterweise wurde vorgeschlagen⁴⁹⁰, solche Schuldverhältnisse, die nicht deutschem Recht unterliegen, von der Anwendbarkeit des § 13 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz auszunehmen. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass eine Produkt- und Risikoklasse für Zwecke der Reorganisation aufzusplitten wäre, je nachdem, welcher Rechtsordnung der Vertrag unterliegt. Dies erscheint nicht nur schwer handhabbar, sondern würde auch solche Verträge, die deutschem Recht un-

⁴⁸⁷ 2002 International Swaps and Derivatives Organisation Master Agreement (Multicurrency Cross-border).

⁴⁸⁸ Vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juni 2011, Grundzüge des Restrukturierungsgesetzes, 80.

⁴⁸⁹ A.A. Gunnar Schuster, Lars Westpfahl, Neue Wege zur Bankenrestrukturierung – Ein Beitrag zum Restrukturierungsgesetz (Teil II), DB 2011, 286.

⁴⁹⁰ Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Stellungnahme Artikel 1 des Entwurfs zum Restrukturierungsgesetz (KredReorgG), 21 Juli 2010, unveröffentlicht, S. 3.

terliegen, verteuern und die deutschen Finanzinstitute und solche mit schwerpunktmäßig deutschen Kunden benachteiligen. Ein nur teilweiser Ausschluss von Lösungsklauseln ist nach diesseitiger Auffassung im Ergebnis daher abzulehnen.

Lösungsklauseln bergen das Risiko einer erheblichen Wertverschlechterung in sich, weil in Krisenzeiten hohe Volatilitäten zu verzeichnen sind⁴⁹¹. Das gilt auch für die kurzzeitige Aussetzung der Verrechnungs- und der Beendigungsrechte. Zentrale Kontrahenten wie die Eurex Clearing AG würden durch die Konzentration von Risikopositionen aufgrund der Aussetzung der Verrechnungs- und der Beendigungsrechte besonders beeinträchtigt, weil die Nachbesserungsrechte gegenüber den Verrechnungsteilnehmern ausgesetzt sind⁴⁹². Anstatt die Betreiber von zentralen Verrechnungsstellen vom Anwendungsbereich der Aussetzung von Lösungsklauseln auszunehmen⁴⁹³, sollte nach diesseitigem Dafürhalten die Zulässigkeit von Lösungsklauseln gänzlich unbeeinträchtigt bleiben.

Der Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen vom 25.3.2010 weist darauf hin, dass ein Suspendierungsrecht mit der EU-Finanzsicherheitenrichtlinie und mit der Richtlinie über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten unvereinbar sein dürfte⁴⁹⁴. Anders mag die Situation in Bezug auf eine zeitlich und inhaltlich eng begrenzte aufsichtliche Suspendierung vertraglicher Abreden sein⁴⁹⁵. Zur inhaltlichen Begrenzung wurde etwa vorgeschlagen, die Beendigungsrechte nur im Falle einer Ausgliederung nach § 11 RestruktG auszuschließen⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Deutsche Börse Group, Stellungnahme zum Referentenentwurf „Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung“ („Restrukturierungsgesetz“) sowie zum Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute („Bankenabgabe“), 19. Juli 2010, S.4.

⁴⁹² Deutsche Börse, a.a.O.

⁴⁹³ So Deutsche Börse, a.a.O.

⁴⁹⁴ Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, a.a.O., S. 26, unter Verweis auf Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten (geändert durch Richtlinie 2009/44/EG), sowie Art. 25 der Richtlinie 2001/24/EG über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten.

⁴⁹⁵ Institute of International Finance, Urs Rohner, Re: European Commission Services' Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 20 January, 2010, S. 8.

⁴⁹⁶ Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Stellungnahme Artikel 1 des Entwurfs zum Restrukturierungsgesetz (KredReorgG), 21 Juli 2010, unveröffentlicht, S. 3.

Weiterhin würde eine sich anbahnende Krise beschleunigt werden, wenn die vorzeitige Fälligkeit im Falle von wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht mehr vertragswirksam wäre, weil die Vertragspartner versuchen würden, Gegenpositionen zur Absicherung des Kredit- und Marktrisikos abzuschließen. Das Windhundprinzip mag in einem solchen Falle ähnlich wie ein „run auf die Bank“ im Privatkundengeschäft wirken, und dem Finanzinstitut in der Krise nicht mehr erlauben, Geschäfte zu Marktpreisen abzuschließen, und insbesondere seine Liquidität zu sichern. Schließlich muss ein Finanzinstitut während seiner Abwicklung ein Marktteilnehmer bleiben und Vertragspartner werden ohne die Möglichkeit effizienter Risikosteuerung durch die wirksame Saldierung von Forderungen nur zu erhöhten Preisen zu finden sein⁴⁹⁷. Die Refinanzierungskosten des Finanzinstituts in der Krise könnten erheblich steigen, denn die Bewertung der Kreditsicherheiten (Rating) mag an die Voraussetzung geknüpft sein, dass die Absicherungsgeschäfte im Wege einer Liquidationsverrechnung (Close-out netting) beendet werden können⁴⁹⁸. In einer Krise müssen Neugeschäfte zur Risikosteuerung möglich bleiben, und das mag rechtssicherer Verrechnungs- und Beendigungsklauseln bedürfen⁴⁹⁹. Das Ziel der Krisenverwaltungsbehörde und der Aufsichtsinstanz muss es sein, die Beanspruchung öffentlicher Gelder zu verringern und die Drittfinanzierung weitestgehend zu ermöglichen. Dies wiederum erfordert eine Risikosteuerung zu Marktkonditionen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Einschränkungen von Lösungsklauseln im Ergebnis nach der Auffassung des Verfassers abzulehnen sind. Ein Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken, den Ausschluss von Lösungsrechten sachlich und zeitlich zu begrenzen, berücksichtigt nicht die wirtschaftlichen Folgen eines Reputationsverlusts des Finanzinstituts in der Krise für die Stabilität des Finanzmarktes. Sollte, wie hier vorgeschlagen, eine aufsichtsbehördlich geleitete Restrukturierung im Verlauf eines Wochenendes stattfinden, läuft die Besorgnis über die Konsequenzen von Lösungsrechten ohnehin leer. Lösungsklauseln erschei-

⁴⁹⁷ Erhöhte Preise wälzen das erhöhte Kredit- und Marktpreisrisiko um, berechnet auf der Basis von Absicherungsgeschäften.

⁴⁹⁸ So zutreffend der Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, a.a.O., S. 28.

⁴⁹⁹ International Swaps and Derivatives Association, Inc., Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 19. Juli 2010, S. 4.

nen nicht durchsetzbar und für eine angemessene Risikoplanung und Risikosteuerung schädlich.

Im Anschluss an die Darlegung des Verfahrens zur Einleitung und zur Kontrolle eines Reorganisations- und Restrukturierungsverfahrens und der Wirksamkeit und der Angemessenheit von Lösungsklauseln im Rahmen einer Reorganisation oder Restrukturierung von Finanzinstituten werden im Folgenden die de lege lata bereits bestehenden Verpflichtungen, Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzuhalten, untersucht.

(cc) Die de lege lata bereits bestehenden Verpflichtungen, Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzuhalten

Oben wurde mehrfach die Auffassung des Verfassers deutlich gemacht, alle Finanzinstitute sollten Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorhalten. In diesem Unterabschnitt wird aus der Sicht der geltenden deutschen Rechts- und Aufsichtsrechtsslage untersucht, ob bereits Verpflichtungen bestehen, Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzuhalten oder ob es eines neuen gesetzlichen oder aufsichtsrechtlichen Instrumentariums zur Umsetzung solcher Verpflichtungen bedarf. Es ist daher zu prüfen, ob, die Krisenprävention als Phase 1 des Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010 bereits in den bestehenden rechtlichen und aufsichtlichen Vorgaben angelegt ist.

Nach § 25 a Kreditwesengesetz unterliegen die Kreditinstitute einer Pflicht, über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation zu verfügen, was insbesondere ein angemessenes und wirksames Risikomanagement umfassen soll, auf dessen Basis ein Institut die Risikotragfähigkeit laufend sicherzustellen hat. Das Risikomanagement schließt die Festlegung eines angemessenen Notfallkonzepts, insbesondere für IT-Systeme ein, sowie angemessener Regelungen, anhand derer sich die finanzielle Lage des Instituts jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt, und eine vollständige Dokumentation der Geschäftstätigkeit. Nach § 25 a Absatz II Kreditwesengesetz muss ein Institut, abhängig von der Art, dem Umfang, der Komplexität und dem Risikogehalt einer Auslagerung der Aktivitäten und der Prozessen auf ein anderes Unternehmen, die für die Durchführung von den Bankgeschäften, den Finanz-

dienstleistungen oder den sonstigen institutstypischen Dienstleistungen wesentlich sind, angemessene Vorkehrungen treffen, um übermäßige zusätzliche Risiken zu vermeiden.

Die Anforderungen an die Kreditinstitute werden konkretisiert in den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)⁵⁰⁰.

In der Säule 2 des aufsichtlichen Überprüfungsverfahrens nach dem Risikomanagementgrundsatz Basel II, der als Kapitalakkord gleichberechtigt neben den Mindestkapitalanforderungen und neben der Forderung nach der Markttransparenz steht, wird die Notwendigkeit einer qualitativen Bankenaufsicht besonders betont. Die wesentlichen Ziele des aufsichtlichen Überprüfungsverfahrens können wie folgt zusammengefasst werden: Die Banken sollen ermutigt werden, ihre internen Verfahren zur Beurteilung ihrer institutsspezifischen Risikosituation sowie einer angemessenen Kapitalausstattung kontinuierlich zu verbessern. Gleiches gilt für die ständige Anpassung und die Weiterentwicklung neuerer Methoden des Risikomanagements und der internen Kontrollen. Das aufsichtliche Überprüfungsverfahren ist darauf ausgerichtet, die externen Faktoren, zum Beispiel den Einfluss der Konjunkturentwicklung und solche Risikobereiche abzudecken, die bei der Berechnung der Mindesteigenkapitalanforderungen nicht, beziehungsweise nicht vollständig, berücksichtigt wurden (z.B. die Zinsänderungsrisiken im Anlagebuch und die Unsicherheiten bei der Bemessung operationeller Risiken).

Die Notwendigkeit einer Krisenprävention und Krisenbekämpfung ließe sich gegebenenfalls unter die generellen Konzepte der Risikosteuerung, der Risikotragfähigkeit, der Strategie, des Kontrollsystems, des Risikomanagements, der technisch-organisatorischen Ausstattung, des Notfallkonzepts, des Outsourcing und der Berichtspflicht usw. subsumieren. Ohne eine Konkretisierung wäre aber kein verlässlicher Mindeststandard von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen zu erwarten. Bestehende gesetzliche und aufsichtliche Regelungen bedürfen daher nach hieriger Auffassung lediglich der Ausfüllung, aber eben doch einer solchen Ausfüllung.

⁵⁰⁰ Rundschreiben der BaFin 15/2009 vom 14. August 2009, abrufbar unter http://www.bafin.de/cln_108/nn_722758/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Service/Rundschreiben/2009/rs__0915__ba__marisk.html.

Es wird auch diskutiert, ob § 45 I Nr. 2, 2. Halbsatz Kreditwesengesetz in deklaratorischer Weise auf ein Recht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht verweist, Reorganisationspläne und im Besonderen, Restrukturierungspläne von den aufsichtsunterworfenen Kreditinstituten zu verlangen. § 45 I Nr. 2, 2. Halbsatz Kreditwesengesetz sieht vor, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, falls die Entwicklung eines Kreditinstituts die Annahme rechtfertigt, dass es die an es gestellten Anforderungen nicht dauerhaft erfüllen können wird, bestimmte Maßnahmen anordnen kann, *wobei auch Konzepte für den Ausstieg aus einzelnen Geschäftsbereichen oder die Abtrennung von Instituts- oder Gruppenteilen erwogen werden sollen.*

Dieser deklaratorische Verweis auf bestimmte Maßnahmen ist insofern mit § 25 a Kreditwesengesetz und den Mindestanforderungen an das Risikomanagement vergleichbar, als diese Bestimmungen durch das neue Restrukturierungsgesetz keine Konkretisierung erfahren haben. Ein Verweis auf die bestehende Regelungskompetenz der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für die Ausstiegs- und Abtrennungsplanung der Kreditinstitute könnte daher eine Regelungskompetenz der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für die Erstellung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen im Vorfeld einer Krise bedeuten.

Zunächst würde ein solches Verständnis wegen seiner Unbestimmtheit der näheren Ausfüllung bedürfen. Weiterhin würde eine Ausstiegs- und Abtrennungsplanung die Reorganisation und die Restrukturierung zur Krisenprävention nicht umfassen, soweit die einzusetzenden Optionen unterhalb der Schwelle eines Ausstiegs oder einer Ablösung bleiben. Schließlich gibt der Wortlaut des Kreditwesengesetzes keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Ausstiegs- und Abtrennungskonzepte nicht ein Bestandteil der nach § 45 I Kreditwesengesetz durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht angeordneten Maßnahmen selbst sind, sondern Bestandteil eines nicht näher umrissenen eigenverantwortlich erstellten Krisenplans des betreffenden Finanzinstituts sein sollen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die de lege lata bestehenden gesetzlichen und aufsichtlichen Regelungen der Ausfüllung bedürfen, und dass auch das Kreditwesengesetz keine Pflicht von Finanzinstituten zu begründen vermag, eigenverant-

wortliche Reorganisations- und Restrukturierungspläne im Vorfeld einer Krise zu entwickeln.

Dem Vernehmen nach gibt es gegensätzliche Meinungen, insbesondere auf Seiten der Bundesregierung, die durch die (berechtigte) Besorgnis bedingt sein mögen, das Restrukturierungsgesetz setze den G-20 Beschluss des Gipfeltreffens von Pittsburgh in inhaltlicher Hinsicht nicht zureichend um.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Notfallplanungsvorschriften des § 25 a Kreditwesengesetz und der Mindestanforderungen an das Risikomanagement zu unbestimmt sind, um eine hinreichende Planungsschärfe von den Finanzinstituten bei der Erstellung von Krisenpräventionsplänen und Krisenbekämpfungsplänen sicherstellen zu können. Sie bilden aber eine Grundlage für die Phase 1 der Planungsnotwendigkeit nach dem Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen vom 25.3.2010, die sich mit der hier vertretenen Auffassung deckt, Reorganisations- und Restrukturierungspläne seien im Vorfeld einer Krise zu entwickeln. Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten nach diesseitigem Dafürhalten auf der Basis der Erhaltung von systemrelevanten Funktionen und Risiken gefordert werden, nicht aber der Systemrelevanz von Instituten.

(dd) Zwischenergebnis zu den wesentlichen technischen Aspekte von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen und –verfahren aus deutscher Sicht

Das Verfahren des Restrukturierungsgesetzes ist nicht nur wenig praktikabel sondern auch möglicherweise grundrechtswidrig und mit anderen Regelungen abstimmbedürftig. Es erscheint praxisfern, Abwicklungsmodelle zu entwickeln, die auf einen langen Zeithorizont für die Abstimmung der beteiligten Parteien und die gerichtliche Überprüfung abzielen, wohingegen nach diesseitigem Dafürhalten eine Übertragung in der Praxis über ein Wochenende erfolgen sollte um Wertvernichtung zu vermeiden. Der eigenverantwortlichen Krisenvorbeugung und –bekämpfung kommt daher umso größere Bedeutung zu.

Die Einschränkungen von Lösungsklauseln sind im Ergebnis nach Auffassung des Verfassers abzulehnen. Lösungsklauseln erscheinen nach diesseitigem Dafürhalten als nicht durchsetzbar und für eine angemessene Risikoplanung und Risikosteuerung schädlich. Sollte, wie hier vorgeschlagen, eine aufsichtsbehördlich geleitete Restrukturierung im Verlauf eines Wochenendes stattfinden, läuft die Besorgnis über die Konsequenzen von Lösungsrechten ohnehin leer.

Die de lege lata bestehenden gesetzlichen und aufsichtlichen Regelungen bedürfen nach der Auffassung des Verfassers der Ausfüllung. Das Kreditwesengesetz vermag nach diesseitigem Dafürhalten keine Pflicht von Finanzinstituten zu begründen, eigenverantwortliche Reorganisations- und Restrukturierungspläne im Vorfeld einer Krise zu entwickeln.

(v) Zwischenergebnis zu den allgemeinen Grundsätzen, den Inhalten und den wesentlichen technischen Aspekten von Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

Ein Krisenmanagementplan besteht aus zwei Teilen, einem Reorganisationsplan und einem Restrukturierungsplan. Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren meinen im Hinblick auf die eigenverantwortliche Krisenbekämpfung und –bewältigung von Finanzinstituten die Umsetzung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen. Sanierungs– oder Reorganisationspläne nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz werden in dieser Untersuchung Reorganisations- und Restrukturierungspläne genannt.

Die Firmenleitung trifft die Entscheidungen, welche Maßnahmen eines Reorganisationsplans zur Krisenbewältigung einzusetzen sind. Die Entscheidung, welches Vorgehen zur Abwicklung eines Finanzinstituts im Rahmen einer Restrukturierung zu wählen ist, treffen letztlich die Aufsichtsbehörden und die Verantwortlichkeit des Finanzinstituts ist darauf beschränkt, die notwendigen Informationen vorzuhalten.

Es besteht nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz keine Rechtspflicht des Kreditinstituts, Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren einzuleiten. Insofern stellen die Sanierungs- und die Reorganisationsverfahren Maßnahmen eigenverant-

wortlicher Krisenplanung der Kreditinstitute dar. Der Entscheidungsspielraum der Kreditinstitute, Sanierungs- und Reorganisationsverfahren einzuleiten, ist aber in der Praxis durch die Vorgaben der Aufsichtsbehörden und rechtlich durch die Verpflichtungen gegenüber den Eignern eingegrenzt.

Der wichtigste Beitrag von Sanierungs- und Reorganisationsplänen ist ihr Beitrag zur Erhaltung des Vertrauens, damit das Finanzinstitut zeitnahe und hinreichende Maßnahmen treffen kann, um den Auswirkungen einer Krise vorzubeugen oder sie gar zu vermeiden. Dieses Vertrauen kann nur geschaffen werden, wenn die Kreditinstitute Sanierungs- und Reorganisationspläne im Vorfeld einer Krise entwickelt haben.

Die strukturellen Vorgaben eines Gesetzgebers oder einer Aufsichtsbehörde an Reorganisations- und Restrukturierungspläne müssen gegenüber der Rechtseinheits-, der Geschäfts-, der Aufbau- und der Ablaufstruktur eines Finanzinstituts neutral sein. Eine abgestufte, individualisierte und strukturneutrale Vorgehensweise, angepasst an die Risikostruktur und die Komplexität des jeweiligen Finanzinstituts, erscheint als angemessen.

Das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz gibt keinen relevanten Hinweis auf den angemessenen oder erforderlichen Inhalt eines Sanierungsplans. Die britischen Vorschläge zum Inhalt eines Reorganisationsplans beinhalteten die Entwicklung und die Überwachung von Maßnahmen zur Erhaltung und zur Wiederherstellung der Kapital- und Liquiditätsbasis für eine entweder systemweite oder institutsbegrenzte Belastung des Finanzinstituts, weiterhin Liquiditätsnotmaßnahmen, Risikominimierungsoptionen und schließlich anorganische Maßnahmen. Der Reorganisations- oder Krisenmanagementplan soll insbesondere die Einbindung in bestehende Prozesse beschreiben, damit die Ausführbarkeit glaubwürdig wird. Der Kreis der Risikosituationen soll sowohl Krisen erfassen, deren Wirkung auf das Institut begrenzt sind, als auch solche, die mehrere Institute oder ganze Industriesegmente betreffen. Notwendigerweise können Pläne, die im Vorfeld einer Krise entwickelt werden, lediglich eine Bandbreite möglicher Aktionen als Optionen zur Krisenbewältigung beschreiben. Es sollte ausreichen, den Typus verschiedener möglicher Aktionen zu beschreiben.

Im Ergebnis sollte der Begriff der Systemrelevanz von Kreditinstituten gänzlich aufgegeben werden. Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten grundsätzlich von allen Finanzinstituten gefordert werden. Alle Zweigniederlassungen inländischer Kreditinstitute unselbständiger wie selbständiger Art sollten vom Anwendungsbereich des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes de lege ferenda ausgenommen werden. Der Anwendungsbereich des Gesetzes zur Reorganisation von Kreditinstituten sollte de lege ferenda alle Situationen erfassen, wenn die Gefährdung eines Finanzinstituts die Widerstandskraft des Finanzsystems derart schwächt, dass es anfällig für systemweite Folgeeffekte der Gefährdung des Instituts werden kann. Der Begriff der Bestandsgefährdung sollte diejenigen Finanzinstitute einschließen, die insolvent oder von der Insolvenz bedroht sind, die lizenzrelevante aufsichtsbehördliche Vorgaben nicht einhalten, weiterhin wenn aufsichtsrechtliches Einschreiten zulässig ist, wenn satzungsmäßige Vorgaben nicht eingehalten werden, oder wenn die von den Eigentümern beschlossene Risikostrategie und Risikoakzeptanz nicht mehr erreicht werden kann.

Die Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit eines Kreditinstituts führt nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz zur Einleitung eines Sanierungsverfahrens. Hält ein Kreditinstitut ein Sanierungsverfahren für aussichtslos, kann es sogleich ein Reorganisationsverfahren einleiten. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kann jederzeit zusätzliche Eigenmittel und Zahlungsmittel fordern. Nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz stellt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht einen Antrag auf die Durchführung eines Reorganisationsverfahrens, wenn eine Bestandsgefährdung nach Kreditwesengesetz zu einer Systemgefährdung nach Kreditwesengesetz führt. Im Sinne der Rechtssicherheit bedarf dies einer Konkretisierung im Verwaltungsverfahren.

Aus dem Vereinigten Königreich liegen zwei Vorschläge zu Restrukturierungsverfahren vor, ein Entwurf des britischen Finanzministeriums, und ein Entwurf der Financial Services Authority. Das Ziel, den Fortbestand der Firma zu sichern, unterscheidet das Konsultationspapier der Financial Services Authority vom Entwurf des Finanzministeriums des Vereinigten Königreichs, das auf den Schutz der Kundenvermögen als dem Ziel einer Restrukturierung abstellt.

Eine umfängliche Dokumentation von Restrukturierungsplänen sollte nach der Auffassung des Verfassers in einem virtuellen Datenraum abgelegt werden. Die Forderung nach der Darstellung von Interbankrisiken und Derivatepositionen ist nach diesseitigem Dafürhalten problematisch. Es sollten Vorkehrungen zu einer raschen Identifizierung und Rückführung der Kundenvermögen getroffen werden. Die angemessene Lösung des Problems, internationale Sicherheiten konkursfest zu machen, liegt in einer Vorranggewährung des Universalitätsprinzips im Konkurs.

Es erscheint unangemessen, wenn die Gesetze und die Aufsichtsbehörden detaillierte Abwicklungspläne von den Finanzinstituten verlangen, solange nicht die Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden die notwendigen Grundlagen für die Wirksamkeit solcher Pläne durch ein Mindestmaß an Harmonisierung im Vorfeld einer Krise geschaffen haben.

Das Verfahren des Restrukturierungsgesetzes zur Einleitung und zur Durchführung von Restrukturierungsverfahren ist nicht nur wenig praktikabel sondern auch möglicherweise grundrechtswidrig und mit anderen Regelungen abstimmsbedürftig. Es erscheint praxisfern, Abwicklungsmodelle zu entwickeln, die auf einen langen Zeithorizont für die Abstimmung der beteiligten Parteien und die gerichtliche Überprüfung abzielen, wohingegen nach diesseitigem Dafürhalten eine Übertragung in der Praxis über ein Wochenende erfolgen sollte um Wertvernichtung zu vermeiden. Der eigenverantwortlichen Krisenvorbeugung und Krisenbekämpfung kommt daher umso größere Bedeutung zu.

Die Einschränkungen von Lösungsklauseln sind im Ergebnis nach Auffassung des Verfassers abzulehnen. Die de lege lata bestehenden gesetzlichen und aufsichtlichen Regelungen zu Reorganisations- und Restrukturierungsplänen bedürfen nach Auffassung des Verfassers der Ausfüllung. Das Kreditwesengesetz vermag nach diesseitigem Dafürhalten keine Pflicht von Finanzinstituten zu begründen, eigenverantwortliche Reorganisations- und Restrukturierungspläne im Vorfeld einer Krise zu entwickeln.

Im Anschluss an die Darstellung der allgemeinen Grundsätze, der Inhalten und der wesentlichen technischen Aspekten von Reorganisations- und Restrukturierungsver-

fahren werden im Folgenden die besonderen Umsetzungsschwierigkeiten der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren betrachtet.

b) Die besonderen Umsetzungsschwierigkeiten von den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

In diesem Unterabschnitt werden unter (i) zunächst die Verknüpfungen und die Verflechtungen der Firmenstruktur und der Geschäftseinheiten dargestellt sowie die Ausgliederungsstrukturen und die Einbindung in banken- und länderübergreifende Steuerungs- und Abwicklungssysteme, und sodann unter (ii) die Internationale Abstimmung des Insolvenz- und des Bankaufsichtsrechts, der Vorgaben zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfall als Voraussetzung für die Wirksamkeit eigenverantwortlicher Krisenplanung, und schließlich unter (iii) die Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und der Informationszugang der Behörden und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen.

(i) Die Verknüpfungen und die Verflechtungen der Firmenstruktur und der Geschäftseinheiten; die Ausgliederungsstrukturen und die Einbindung in banken- und länderübergreifende Steuerungs- und Abwicklungssysteme

In diesem Unterabschnitt wird unter (aa) die angemessene Struktur der Rechtseinheiten innerhalb eines internationalen Finanzkonzerns zu Zwecken der erfolgreichen Reorganisations- und Restrukturierungsplanung dargestellt, und sodann unter (bb) der Grad einer typischen und einer notwendigen internationalen Verflochtenheit der Rechts- und Geschäftseinheiten eines internationalen Finanzkonzerns und unter (cc) die Optionen eines internationalen Finanzkonzerns zur Begrenzung der Auswirkungen einer Verflochtenheit von Rechts- und Geschäftseinheiten.

(aa) Die angemessene Struktur der Rechtseinheiten innerhalb eines internationalen Finanzkonzerns zu Zwecken der erfolgreichen Reorganisations- und Restrukturierungsplanung

Größere internationale Bankkonzerne haben oft mehr als 1000 Rechtseinheiten, eine Struktur, die aus aufsichtsrechtlichen, aus steuerlichen und aus Geschäftsstrukturgründen entstanden sein mag. Die Firmenleitung muss ein gutes Verständnis der Rechtseinheitenstruktur des Finanzkonzerns mitbringen (know your structure)⁵⁰¹. Der Hinweis, Finanzkonzerne seien, schon aus Eigeninteresse, daran interessiert, ihre Struktur zu vereinfachen⁵⁰², ist nur zum Teil richtig. Oft werden Firmen für eine einzige Transaktion gegründet (Special Purpose Vehicle, SPV) und werden nach Abwicklung dieser Transaktion nicht aufgelöst, um ein Vehikel für etwaige Folgetransaktionen zur Verfügung zu haben.

Die meisten Finanzkonzerne haben auch die Verwaltung ihrer Rechtseinheiten nicht zentralisiert. Die folgenden Beispiele mögen dies illustrieren: Die Steuervehikel werden von der Steuerabteilung verwaltet, die stillen Gesellschaften, entstanden aus Firmenübernahmen, und notwendig zur Abwicklung möglicher Einlagerückzahlungsforderungen, werden von der Privatkundenabteilung verwaltet, und die Gesellschaften zur Ausübung von Stimmrechten vom Vorstandssekretariat.

Ein konzernweites Projekt zur Vereinheitlichung der Firmen ist kostspielig und für die Geschäftsentwicklung und den Kundenservice von begrenztem Nutzen. Die Frage, ob etwa die britische Barclays PLC statt 1300 Rechtseinheiten mit z.B. 650 auskäme, mag aber durchaus berechtigt sein.

Es besteht Einigkeit darüber, dass die Geschäftseinheiten angemessen durch die Rechtseinheiten abgebildet werden sollen, ohne dass dies aber notwendigerweise die Verwendung von nur einer Rechtseinheit für eine Mehrzahl von Aktivitäten aus-

⁵⁰¹ Institute of International Finance, Urs Rohner, Re: European Commission Services' Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 20 January, 2010, S. 4.

⁵⁰² So der Vorschlag des Bundesverbandes Deutscher Banken zur Vermeidung systemischer Krisen v. 25.3.2010, S. 14, Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmärkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

schließt. Grundsätzlich macht die Bildung von zu vielen Rechtseinheiten eine Abwicklung komplizierter.

Es wird vorgetragen, eine schnelle Reorganisation oder Restrukturierung bedürfe einer einfachen Rechtsstruktur, nämlich auf Landesebene und konsequenterweise müssten landesübergreifende Zweigniederlassungen als Tochtergesellschaften mit unabhängiger und autarker Kapital- und Liquiditätsstruktur (subsidiarisation) verselbständigt werden. Die Abwicklung einer Tochtergesellschaft oder die Übertragung auf einen Rechtsnachfolger ist tatsächlich einfacher, wenn das Sachvermögen der Zweigniederlassung nicht erst ausgegliedert werden muss. Die Abwicklung selbständiger Rechtseinheiten bleibt aber komplex, wie die Abwicklung des US-amerikanischen Finanzkonzerns Lehman Brothers mit seinen Hunderten von Tochtergesellschaften als selbständige Rechtseinheiten zeigte.

Die an eine Zweigstelle gerichteten Kapital- und Liquiditätsanforderungen sind aber nicht notwendigerweise geringer als die für eine Tochtergesellschaft geltenden⁵⁰³. Eine kapitalkräftige, länderübergreifend tätige Firma kann auch leichter eine ihrer Zweigniederlassungen in einem Krisenland stützen. Eine länderübergreifende Kapitalstruktur ist daher nicht nur aus Unternehmenssicht günstiger, sondern auch krisenresistenter als eine Konzernstruktur mit Tochtergesellschaften auf Landesebene. Eine konsequent durchgehaltene Subsidiarisation wäre auch mit der hinter dem Gemeinsamen Markt der EU und dem freien Welthandel stehenden Gedankenguts der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Vgl. etwa Indien, wo dieselben Minimum-Kapitalanforderungen für Zweigniederlassungen wie für Tochterunternehmen gelten. In Singapur unterliegen Zweigniederlassungen besonderen Adjusted Capital Funds und Asset Maintenance Ratios.

⁵⁰⁴ Vgl. European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, p. 39.

(bb) Der Grad einer typischen und einer notwendigen internationalen Verflochtenheit (interconnectedness) der Rechts- und Geschäftseinheiten eines internationalen Finanzkonzerns

Der Grad an *innerer und äußerer* Verbundenheit und Vernetztheit eines internationalen Finanzkonzerns (interconnectedness) ist hoch.

Eine innere Verbundenheit und Vernetztheit steht für die länder- und rechtseinheitsübergreifende Unterstützungsmaßnahmen und die Dienstleistungen zwischen den konzernverbundenen Geschäfts-, Abwicklungs-, Kontroll-, Risikosteuerungs- und Planungseinheiten. Beispiele für solche Unterstützungsmaßnahmen und Dienstleistungen sind etwa die Kundenansprache, um ein Darlehen gegen Fremdwährungsrisiken abzusichern, die geschäftseinheitsübergreifenden Vermarktungskonzepte (cross-selling), die postalische Versendung aller Privatkundenstatements aus einem Niedrigpreisland, die weltweite Prüfung von Werbematerial für Lehman „mini-bonds“ und die vergleichende Festlegung von Länder-Risikostatus.

Eine äußere Verbundenheit und Vernetztheit steht einerseits für das Outsourcing der Funktionen des Finanzinstituts (z.B. den Vertrieb der Fonds, die vom Finanzinstitut verwaltet werden, durch Drittinstitute), die Einbindung externer Dienstleistungen (z.B. die Marktdateneinspeisung von Marktdatenanbietern wie Reuters oder Bloomberg) und von Zulieferern (z.B. Telekommunikationsanbietern) und andererseits die Anbindung von Abwicklungs-, Verrechnungs-, Berichtsaktivitäten usw. des Finanzinstituts an externe Einrichtungen, z.B. an das SWIFT Kommunikationssystem, ein Börsenauftragsmeldesystem und das Target2-Interbankzahlungssystem.

Der Grad der *notwendigen* Verbundenheit und Vernetztheit soll zunächst anhand einer Reihe von Beispielen illustriert werden:

Bestimmte Aspekte des Zusammenwirkens in einem internationalen Finanzkonzern sind notwendigerweise konzerngesteuert oder konzernunterstützt: Die Leitlinien für die Strategiefindung und die Festlegung des Risikoappetits etwa müssen notwendigerweise von der Konzernzentrale oder vom Konzernvorstand festgelegt werden. Innerhalb des Konzerns muss es konzernleitungsgesteuerte liquiditätserhaltende und

kapitalunterstützende Maßnahmen geben. Beispiele solcher konzernleitungsgesteuerter Maßnahmen sind Garantien, etwa zur Zulassung als Verrechnungsmakler an einer Börse und als Voraussetzung zur Erteilung der Lizenz für ein Tochterunternehmen durch eine lokale Aufsichtsbehörde, und Schadloserklärungen gegenüber Drittparteien, etwa um die Zustimmung von den Zulieferungsfirmen zur Lieferung auf ein Zahlungsziel zu erhalten. Komitees, die konzernweite Risiko- und Verhaltensstandards festlegen, müssen auf einer funktionalen länder-, aktivitäten- und rechtseinheitsübergreifenden Basis agieren. Das Personal auf der Konzernleitungs- und der Funktionsleitungsebene ist notwendigerweise länder-, aktivitäten- und rechtseinheitsübergreifend tätig.

Die internationalen Finanzinstitute haben internationale Kunden mit internationalen Bedürfnissen: Globale Kunden erwarten einen lokalen Kundenservice mit globaler Perspektive, z.B. in Bezug auf die Absicherungsprodukte und die Positionsberichte. Die Kundenberatung muss den Zugang zu den globalen Positionen, denen von Konkurrenten und den generellen Marktentwicklungen haben. Im Firmenkundenbereich orientiert sich die Produktentwicklung an industriefunktionalen weltweiten Standards, gegebenenfalls angepasst an lokale Bedürfnisse, z.B. die Shariah-vorgabengerechte Verpackung eines Produkts, etwa durch die Ersetzung einer Zinsstruktur durch die Verminderung des Endauszahlungsbetrags. Die Verbuchungsrechtseinheiten übertragen die Geschäftsannahme und den Kundenkontakt nach Geschäftsschluss (after-hour dealing) an konzernverbundene Rechtseinheiten in einer zeitzonengesteuerten Reihenfolge (follow-the sun), um eine Auftragsausführung und eine nachvertragliche Kundenbetreuung (after-sales service) „rund um die Uhr“ bieten zu können. Eine zentrale Verbuchung ist zum Teil auch aufsichtsrechtlich bedingt, etwa durch Großkrediteinschränkungen.

Die Genehmigung, die Abwicklung und die Kontrolle der Transaktionen erfordern eine daten- und systemmäßige Verknüpfung über die Rechtseinheitsgrenzen und die Ländergrenzen hinweg: Die zentralisierten Verbuchungsstrukturen benötigen einen Zugang zu den lokalen Kunden- und Transaktionsdaten. Ein zentraler Zugang zu den lokalen Daten erfordert eine Systemunterstützung, die mit allen statischen und dynamischen Datenträgern verknüpft ist. Die aufsichtsrechtlichen Vorgaben, etwa zur Berichtspflicht an den Börsen, falls Investmentsschwellen für börsengehandelte Wert-

papiere überschritten sind, erfordern die weltweite Zusammenführung und die Abstimmung von Daten, in diesem Beispiel etwa von dem Eigenhandel, den fiduziarischen Verpflichtungen im Maklergeschäft, der Wertpapierverwaltung (corporate services) und den Eigenpositionen im Kapitalmarktgeschäft (underwriting). Ein Kaufauftrag erfordert eine Geldwäsche- und Kreditprüfung, die Auftragserteilung an einen zentralen Geschäftspartner (market maker), die Verrechnung der Zahlungsströme, die Verbuchungen, die Transaktionsdokumentation, die Transaktionsberichte an die Aufsichtsbehörden usw. Fast alle Systeme zur Unterstützung solcher Aktivitäten müssen global sein, um den an sie gestellten Anforderungen genügen zu können: Die Geldwäschepflichtung etwa benötigt Industrievergleichsdaten, die Verbuchung und die Risikodarstellung muss die Gewinne in Rechtseinheiten, in Produktgruppen, in Bezug auf die globalen Kunden, Länder und Regionen erfassen; die Zahlungsstromverrechnung erfolgt auf konsolidierter Basis für jeden Teilnehmer und die Kreditprüfung muss die Verschuldung der konsolidierten Firmen auf der Kundenseite berücksichtigen.

Bestimmte Funktionen lassen sich nicht anders als länderübergreifend, aktivitätenübergreifend oder rechtseinheitsübergreifend darstellen: Die Gesetze und das Aufsichtsrecht verlangen eine Aufsicht (Governance), eine Risikoschau und eine Berichtskonsolidierung auf Landes- und Rechtseinheitsebene, also aktivitätenübergreifend. Die Gebäude werden typischerweise von mehreren Rechtseinheiten genutzt. Die Systeme zu den Berichten, den Zahlungsvorgängen, der Buchhaltung, der Betrugs- und Geldwäschekontrolle, der Kreditprüfung und dergleichen müssen aktivitätenübergreifend und oft auch rechtseinheitsübergreifend genutzt werden. Die Datenverarbeitungszentren und die Dienstleistungszentren benötigen eine lokale Infrastruktur an ausgebildetem Personal, so dass etwa die Finanzinstitute in kleineren Staaten im Mittleren Osten gezwungen sind, auf indische und asiatische Anbieter auszuweichen.

Bestimmte Verknüpfungen der Geschäftseinheiten erscheinen sachgerecht: Die Geschäftseinheiten, die Lösungen für die Industriekunden anbieten, benötigen eine Einlagenbasis von den Privatkunden. Die Darlehen sind der „Türöffner“ für lukrative Kapitalmarktmandate. Die Darlehen, die Projektfinanzierungen, die Handelsfinanzierungen und die Zahlungsdienstleistungen sind die Kernprodukte für langfristige, enge

Kundenbeziehungen (relationship banking). Das Privatkundengeschäft im unteren Marktsegment (retail und premium banking) ist lokal, steht aber in allen entwickelten Märkten unter einem besonderen Kostendruck, so dass etwa die Marktansprache-entwicklung, die Kundenbetreuung und die Abwicklung zentralisiert werden müssen, um wettbewerbsfähige Preisstrukturen anbieten zu können.

Es wurde vorgeschlagen, bestimmte Produktlinien in bestimmten Geschäftseinheiten zu zentralisieren, damit die Abwicklung einer Produktlinie im Falle der Abwicklung des Finanzinstituts leichter fällt. Von der Verbuchungs- und Besicherungsstruktur her betrachtet, ist oft eine Zentralisierung der Produktlinien zu finden. Die Systemunterstützung und die Abwicklung sind aus Effizienzgründen oft zentralisiert. Eine Ausgliederung einer Aktivität im Krisenfall muss zwischen den Kundeninformationen, der Produktentwicklung, der Kontrolle, der Abwicklung und der Systemunterstützung unterscheiden. Oft ist es nicht möglich, alle solchen Aspekte mit zu übertragen, ohne dem verbleibenden Geschäft seine Kernkompetenzen zu nehmen.

Bestimmte externe Verknüpfungen und Verflechtungen sind unabdingbar: Die Abwicklung ist oft zentralisiert, um eine wirksame und zeitnahe Anbindung an externe Systeme zu ermöglichen. Im Außenverhältnis sind die Bankkonzerne mit industrie-weit gemeinsam genutzten Abwicklungsstrukturen verflochten. Ein börslicher Auftrag zum Erwerb eines an einer bestimmten Wertpapierbörse gelisteten Wertpapiers muss von einem an dieser Börse zugelassenen Makler gegeben werden. Die Bezahlung eines iranischen Exporteurs durch einen kanadischen Importeur in EUR muss von einem Institut verarbeitet werden, das Mitglied im Target2⁵⁰⁵ oder EBA Euro1 System⁵⁰⁶ ist. Globale Zulieferer, wie z.B. Cable & Wireless, bieten Dienste als ein globales Paket an (das dann intern weiter“vermittelt“ werden muss).

(cc) Die Optionen eines internationalen Finanzkonzerns zur Begrenzung der Auswirkungen einer Verflochtenheit der Rechts- und Geschäftseinheiten

Die Notwendigkeit und die grundsätzliche Angemessenheit von Verknüpfungen und von Verflochtenheit anzuerkennen, heißt nicht, dass es nicht angemessen wäre, An-

⁵⁰⁵ Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer System.

⁵⁰⁶ Euro Banking Association.

sätze zu entwickeln, wie die Auswirkungen solcher Verknüpfungen und Verflechtungen für eine Abwicklung eines Finanzinstituts gemildert werden können. In der Diskussion zum Restrukturierungsgesetz wurde darauf hingewiesen, dass ein gegen die Gesellschaft gerichtetes Erpressungspotential durch die Gepflogenheiten einer Branche, sich unter- und miteinander zu verschränken, mit den Instrumenten aus dem Restrukturierungsgesetz nicht wirksam relativiert werden kann, und dass es hilfreich wäre, Instrumente gegen die Risiken, die sich aus den Verknüpfungen und Verflechtungen ergeben, zu entwickeln und zu erproben⁵⁰⁷.

Solche Maßnahmen zu einer Milderung der Auswirkungen der Verknüpfungen und der Verflechtungen sollten im Interesse des Finanzinstituts sein (no-regret actions), weil sie geeignet sind, die innere Ordnung und Struktur (systems and controls) des Finanzinstituts klarstellen oder zu vereinfachen.

Als einen ersten Schritt, um die Instrumente gegen die Risiken, die sich aus den Verknüpfungen und Verflechtungen ergeben, zu entwickeln und zu erproben, sollten die Finanzinstitute nach Auffassung des Verfassers verpflichtet werden, umfängliche elektronische Datenbanken über ihre Verknüpfungen und ihre Verflechtungen vorzuhalten. Die Datenbanken haben zum Ziel, dass die Abwicklungsverwalter bzw. die Sanierungsberater den Zugang zu den relevanten und aktuellen Daten haben. Wichtig ist, dass solche Datenbanken direkt an die zugrunde liegenden Informationen angeknüpft sind, so dass keine Unrichtigkeiten durch eine Verzögerung aufgrund einer Aktualisierungsnotwendigkeit entstehen. Der Datenzugang in der Konzernzentrale muss für den Fall einer Krise durch vertragliche, rechtliche und aufsichtsrechtliche Beschränkungen sowie aufsichtliche Maßnahmen sichergestellt werden.

Als ein weiterer Schritt, um die Instrumente gegen die Risiken, die sich aus den Verknüpfungen und Verflechtungen ergeben, zu entwickeln und zu erproben, sollte die Qualität, die Verlässlichkeit, die Nützlichkeit und die Verfügbarkeit der Informationen sichergestellt werden. Beispiele für mögliche Verbesserungsmaßnahmen sind die Datensicherungsstrukturen für eine Zuliefererdatenbank, die Verringerung des Zeit-

⁵⁰⁷ Die Familienunternehmer ASU, Stellungnahme, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Anhörung Bundesfinanzministerium, 22. Juli 2010, 19. Juli 2010, unveröffentlicht, S. 3.

verzugs bis zur elektronischen Erfassung und bis zur Datensynchronisierung, der Abgleich lokaler und globaler Datenbanken, die unabhängigen Kontrollstrukturen zur Qualitätssicherung, und die Klarlegung der Aktualisierungsarbeitsabläufe für die Kontaktdaten. Die konzerninternen und die externen Vertragsdatenbanken, etwa über die Dienstleistungen, sollten nach den Rechtseinheiten gegliedert sein, und nicht nach den Ländern oder den Funktionen.

Weiterhin sollte die Erbringbarkeit der Dienstleistungen in der Krise sichergestellt werden⁵⁰⁸. Solange keine grenzüberschreitend harmonisierte zeitweilige Abbedingung vertraglicher Bedingungen eingeführt ist⁵⁰⁹, sollten, wie oben dargestellt, die Verträge nachverhandelt werden, wenn sie Bestimmungen enthalten, die in einer Krise oder im Konkurs eine vorzeitige Kündigung oder Vertragsanpassung zulassen (material adverse change, early termination clauses, events of default). Falls sich solche Nachverhandlungsklauseln als Industriestandard durchsetzen, haben die Finanzinstitute auch die entsprechende Verhandlungsmacht. Die zwingenden lokalen Schutzrechtsbestimmungen sollten identifiziert werden, z.B. falls eine Abbedingung eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage wegen Sittenwidrigkeit unwirksam wäre. Idealerweise sollten die internen und die externen Dienstleistungs- und Zulieferverträge (outsourcing und supplier contracts) solche Bestimmungen enthalten, die für den Falle der Fortentrichtung des Entgelts eine Kontinuität der vertraglichen Leistung vorsehen, insbesondere auch für den Fall einer Krise oder einer Insolvenz und auch für den Fall einer Krise oder einer Insolvenz eines konzernverbundenen Unternehmens, einer Brückenbank oder eines Drittfinanzinstituts als Rechtsnachfolger. Beispiele für mögliche Maßnahmen sind die Durchsicht der Beendigungsklauseln aus wichtigem Grund in den Verträgen mit der höchsten Entgeltleistung und die Entwicklung eines Mustervertrages für den Übergang auf einen Drittrechtsnachfolger als Vorbild für Vertragsanpassungen.

Abschließend sollte die Krisenresistenz der Dienstleistungsfirmen und der Zulieferungsfirmen gewährleistet sein. Entsprechende organisatorische Vorhaltungen (Disaster Recovery Plans, Business Continuity Plans) sollten von den Vertragspartnern

⁵⁰⁸ Vgl. HM Treasury, Special administration regime for investment firms, Consultation paper, September 2010, S. 14.

⁵⁰⁹ Committee of European Banking Supervisors, CEBS's Advice on the EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 15 June, 2010, S. 3.

gefordert werden und sie sollten regelmäßig aktualisiert und auf ihre Wirksamkeit geprüft werden (fire-drill testing“). Vertragliche Vorkehrungen mögen erforderlich sein, um die externen Anbieter dazu zu veranlassen, ihre Notfallpläne offen zu legen. Aufsichtsrechtliche Vorgaben an die Finanzinstitute wären hilfreich, um sicherzustellen, dass die marktmächtigen Anbieter solchen Anfragen gegenüber positiv stehen, weil in kleineren Märkten mit weniger ausgeprägten Wettbewerbsschutzstrukturen bestimmte Anbieter eine monopolartige Stellung genießen mögen. Beispiele für Krisenresistenztests sind die Arbeitsablaufbeschreibungen für einen Stromausfall, die grenzüberschreitenden Optionen, falls ein lokales Telefonnetzwerk oder eine Datenapplikation ausfällt, die internen Dienstleistungen, die extern abgeordnetes Personal benötigen und die Resultate bisheriger Krisenresistenztests.

(dd) Zwischenergebnis zu den Verknüpfungen und den Verflechtungen der Firmenstruktur und der Geschäftseinheiten; die Ausgliederungsstrukturen und die Einbindung in banken- und länderübergreifende Steuerungs- und Abwicklungssysteme

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gesetzliche oder aufsichtsbehördliche Anreize hilfreich erscheinen, damit die Finanzinstitute eine Firmenstruktur für Krisensituationen vorhalten, die überschaubar und handhabbar ist. Eine Verpflichtung zu einer Subsidiarisation als ein Mittel zur Vereinfachung einer Bankenabwicklung ist nach Auffassung des Verfassers nicht hilfreich. Die Verflechtung und die Vernetzung der Aktivitäten und der Funktionen über die Rechtseinheits- und Ländergrenzen hinweg ist sachnotwendig, solange ein weltweiter Handel bestehen soll. Hilfreiche Maßnahmen zur Eindämmung der Konsequenzen der Verknüpfungen und der Verflechtungen in einer Krise sind in Bezug auf konzerninterne und externe Anbieter die Bildung einer elektronischen Datenbank, die Ordnung der Dienstleistungen und der Zulieferer nach den Rechtseinheiten, die Anpassung der Outsourcing- und Zuliefererverträgen, um eine fortdauernde Leistung in der Krise zu gewährleisten und die Überprüfung der Krisenresistenz der Dienstleister und Zulieferer.

Im Anschluss an die Darstellung der Verknüpfungen und der Verflechtungen der Firmenstruktur und der Geschäftseinheiten, sowie der Ausgliederungsstrukturen und der Einbindung in banken- und landesübergreifende Steuerungs- und Abwicklungssysteme, wird im Folgenden die internationale Abstimmung des Insolvenz- und

Bankaufsichtsrechts, der Vorgaben zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfälle als eine Voraussetzung für die Wirksamkeit eigenverantwortlicher Krisenplanung betrachtet.

(ii) Die internationale Abstimmung von Insolvenz- und Bankaufsichtsrecht, der Vorgaben zu Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie von Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfälle als Voraussetzung für die Wirksamkeit eigenverantwortlicher Krisenplanung

In diesem Abschnitt wird gezeigt, dass bereits im Vorfeld von eigenverantwortlicher Krisenplanung die internationale Abstimmung des Insolvenz- und Bankaufsichtsrechts, die internationale Abstimmung der Vorgaben zu Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie die internationale Abstimmung möglicher Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfälle notwendig ist, um den Krisenplänen eine Wirksamkeit für den Krisenfall zu verleihen.

Die Aktivitäten internationaler Finanzinstitute und konsequenterweise eine Reorganisation und Restrukturierung internationaler Finanzinstitute berühren eine Mehrzahl von Rechtsordnungen. Eine solche Berührung einer Mehrzahl von Rechtsordnungen geschieht beispielsweise durch die verschiedenen Registrierungsorte ausländischer Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen, durch die Nutzung ausländischer Wertpapierverwahrungsgesellschaften, durch die Belegenheit von Vermögen im Ausland und durch die Einrichtungen zur Kundenwerbung oder zu Verkaufsaktivitäten im Ausland oder an ausländische Kunden. Die Zulassung von Wertpapieren an einer ausländischen Börse, eine ausländische Handelszulassung oder eine ausländische Lizenzierung der Mutterfirma oder von den Händlern der Mutterfirma können gleichfalls ein Einschreiten ausländischer Aufsichtsbehörden in einer Krise oder im Konkurs hervorrufen oder die Anwendbarkeit ausländischen Aufsichtsrechts bedingen.

Eine Abstimmung der anzuwendenden Rechtsbestimmungen und der Maßnahmen der zuständigen Aufsichtsbehörden verbleibt außerhalb des Kompetenzbereichs von Finanzinstituten, und damit auch außerhalb des Bereichs der eigenverantwortlichen Krisenplanung von Finanzinstituten. Eine Unklarheit über das anzuwendende Recht und das Fehlen eines Rahmenplans zur Abstimmung aufsichtlichen Handelns bedeu-

tet für ein Finanzinstitut einen erhöhten Prüfungsaufwand, ob seine vertraglichen Vereinbarungen krisen- und konkursfest sind, und eine erhöhte Planungsunsicherheit, ob die Reorganisations- und die Restrukturierungspläne durchführbar sind.

Das Basel-Komitee⁵¹⁰ weist in seinem Konsultationspapier von September 2009 ausdrücklich darauf hin, dass die Anpassung nationaler Lösungsmechanismen und eine grenzüberschreitende Kooperation nationaler Behörden notwendig ist, um nationalstaatliche Befugnisse und Rahmenregelungen zur Krisenbewältigung wirksam werden zu lassen. Die EU-Kommission bezeichnete im Dezember 2009 die fehlende Abstimmung zwischen der grenzüberschreitenden Natur der Aktivitäten und der Struktur internationaler Finanzinstitute einerseits, und der nationalen Natur des existierenden legislativen und aufsichtlichen Maßnahmenkatalogs zum Krisenmanagement andererseits, als das Grundproblem von Krisenmanagement- und Abwicklungsplanverfahren⁵¹¹. Das Problem der fehlenden internationalen Abstimmung von Insolvenz- und Bankaufsichtsrecht, der Vorgaben zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfall im Vorfeld von eigenverantwortlicher Krisenplanung wurde von den Gesetzgebern und den Aufsichtsbehörden also verstanden. Im Folgenden wird gezeigt, dass das Problem der fehlenden internationalen Abstimmung aber noch nicht ansatzweise gelöst ist⁵¹².

Der Financial Stability Board schlug vor, die Abwicklungsbehörden sollten die gruppenangehörigen Firmen sowie deren Rechtsnachfolger und auch Dritte verpflichten können, wesentliche Dienstleistungen und Funktionen in der Abwicklungsphase weiterhin zu erbringen⁵¹³. Nach Auffassung des Verfassers bleibt dies im grenzüberschreitenden Bereich ohne vertragliche Umsetzung mit Dritten vor einer Krise Programmsatz und ist in Bezug auf die Rechtsnachfolger ohnehin von der harmonisier-

⁵¹⁰ A.a.O., Recommendations 1-4, p.1.

⁵¹¹ European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, Summary of the Impact Assessment, p. 2.

⁵¹² Vgl. British Bankers Association, Response to FSA CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, 9 November, 2011, 3.

⁵¹³ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 7.

ten Gesetzgebung und von der Abstimmung der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden abhängig.

Die fehlende Abstimmung des Insolvenz- und Bankaufsichtsrechts, der Vorgaben zu Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfall wird im Folgenden anhand des Beispiels der gescheiterten Fortis Bankgruppe illustriert.

(aa) Die fehlende Abstimmung illustriert anhand des Beispiels der gescheiterten Fortis Bankgruppe

Die fehlende Abstimmung der grenzüberschreitenden Natur der Aktivitäten und der Struktur internationaler Finanzinstitute einerseits, und der nationalen Natur des existierenden legislativen und aufsichtlichen Maßnahmenkatalogs zum Krisenmanagement andererseits, machte im Falle der gescheiterten belgischen Bankholding Fortis eine Abwicklung nach geographischen Grenzen anstatt nach grenzüberschreitenden Geschäftseinheiten notwendig⁵¹⁴.

Die Fortis Bank S.A./N.V. war eine belgische Bankholding mit Banktochterfirmen in den Niederlanden (Fortis Bank Nederland (Holding) N.V.) und in Luxemburg (Fortis Banque Luxembourg S.A.) sowie einer Vermögensverwaltungstochter Fortis Investment Management S.A./N.V. in Belgien. Zusätzlich hatte die belgische Bankholding Fortis Bank S.A./N.V. ihr Versicherungsgeschäft in ihrer Tochterfirma, der Fortis Insurance N.V., Belgien, die wiederum drei Tochterunternehmen, nämlich Fortis Insurance Netherlands N.V. in den Niederlanden und Fortis Insurance International S.A./N.V. sowie Fortis Insurance Belgium S.A./N.V. in Belgien hatte. Weitere Tochterunternehmen der belgischen Bankholding Fortis Bank S.A./N.V. existierten im Vereinigten Königreich, in Frankreich, in Deutschland, in der Türkei, in Russland und in der Ukraine.

⁵¹⁴ European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, p. 16 f.

Die Kunden der Fortisgruppe verloren im September 2008 das Vertrauen in die Finanzkraft der Fortisgruppe und zogen binnen lediglich zweier Arbeitstage Kundeneinlagen in Höhe von € 50 Mrd. ab, was zu einem Liquiditätsengpass der Fortisgruppe führte. Im Gefolge musste die Fortisgruppe durch staatliche Einlagen und Teileigentumserwerb teilverstaatlicht werden. Belgien wurde Teileigentümer der Fortis Bankholding, die Niederlande wurden Teileigentümer der Fortis Bank Nederland und Luxemburg wurde Teileigentümer der Fortis Banque Luxembourg. Im Oktober 2008 machte ein weiterer Abzug von Kundeneinlagen die Erhöhung der staatlichen Teileigentumsanteile an der Bankholding, der Fortis Bank Nederland und der Fortis Bank Luxemburg notwendig. Belgien verkaufte dann seine Mehrheitsbeteiligung an der belgischen Fortis Bankholding an die französische Großbank BNP Paribas, die danach als Bank Paribas Fortis firmierte. Die Fortis Bank Nederland wurde von den Niederlanden in die neu strukturierte ABN Amro überführt, und ein Teil der staatlichen Beteiligung verkauft. Die Fortis Banque Luxembourg S.A. wurde von Luxemburg in die Banque Générale du Luxembourg umfirmiert und dann an die BNP Paribas teilverkauft. Die Fortis Insurance Nederland N.V. wurde von den Niederlanden in eine neu gegründete ASR Nederland N.V. überführt. Die Fortis Corporate Insurance wurde von Belgien in eine neu gegründete Versicherungsgesellschaft Ageas N.V./S.A. überführt. Die neuen Mehrheitseigentümer Belgien, Niederlande und Luxemburg führten ihre Rechtseinheiten als selbständige Geschäftseinheiten fort, ohne dass die bisherige Geschäftsverschränkung der Rechtseinheiten in der bisherigen Fortisgruppe fortgeführt worden wäre. Im Ergebnis bedeutete dies eine Zerschlagung der Fortisgruppe. Die Zerschlagung der Fortisgruppe und seiner auf Konzernbasis und bisher (rechtseinheitsübergreifend) produkt- und kundenkreisverbundenen Geschäftseinheiten resultierte in einem erheblichen Wertverlust.

Nach der Illustrierung der fehlenden Abstimmung anhand des Beispiels der gescheiterten Fortis Bankgruppe wird im Folgenden die fehlende Harmonisierung von nationalem Umstrukturierungs- und Abwicklungsrecht und die fehlende grenzüberschreitende Wirksamkeit der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen nationaler Behörden betrachtet. Es wird gezeigt werden, dass die Konsequenz der fehlenden Abstimmung zu einem Souveränitätsverzichts der einzelnen Staaten führen sollte.

(bb) Die fehlende Harmonisierung des nationalen Umstrukturierungs- und Abwicklungsrechts, die grenzüberschreitende Wirksamkeit der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen nationaler Behörden und die Notwendigkeit eines Souveränitätsverzichts der einzelnen Staaten

Der rechtliche Hintergrund dafür, dass Belgien, die Niederlande und Luxemburg ihre Rechtseinheiten der Fortisgruppe ohne deren bisherige Geschäftsvernetzung fortführten, liegt darin begründet, dass die Entscheidungen der nationalen Behörden, ein gescheitertes Finanzinstitut umstrukturieren oder aufzulösen, auf ausländische Tochterunternehmen des gescheiterten Finanzinstituts keine Anwendung finden. Diese Einschränkung reduziert den Wirkungsgrad nationaler Entscheidungen in Bezug auf grenzüberschreitend strukturierte Finanzunternehmen erheblich⁵¹⁵. Dies wurde an Hand der Zerschlagung der Fortisgruppe deutlich, als die Entscheidungen Belgiens keine Wirksamkeit entfalten konnten auf die Tochtergesellschaften der Fortis Bank S.A./N.V. in den Niederlanden und in Luxemburg.

Die Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen der nationalen Behörden sind nach Art. 3, Nr. 1 der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten landesgrenzübergreifend insoweit wirksam, als Zweigniederlassungen betroffen sind⁵¹⁶. Allerdings ist diese Wirksamkeit auf die Zweigniederlassungen in der Praxis oft abgeschwächt oder ausgehebelt durch das Recht lokaler Behörden, lokale Kapital- und Liquiditätsstandards für Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen zu setzen. In diesem Falle lassen lokale Aufsichtsbehörden keine Abwicklungsmaßnahmen durch ausländische Behörden zu, die die Einhaltung dieser lokalen Kapital- und Liquiditätsstandards in Frage stellen. Ohnehin ist die Verordnung über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten weder auf Tochtergesellschaften noch über europäische Grenzen hinaus anwendbar.

Im Ergebnis fehlt daher eine wirksame Rechtsgrundlage für die grenzüberschreitende Wirksamkeit der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen nationaler

⁵¹⁵ Martin Čihák / Luc Everaert / Erlend Nier, International Monetary Fund, Working Paper, The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions – The Case of the European Union, September 2009, 23 f.

⁵¹⁶ Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganisation and winding up of credit institutions, OJ L 125, 5.5.2001, S. 15–23.

Behörden sowohl in Bezug auf die ausländischen Tochtergesellschaften als auch in Bezug auf die ausländischen Zweigniederlassungen. Ein Mechanismus zur Abstimmung der grenzüberschreitenden Natur der Aktivitäten und zur Abstimmung der Struktur internationaler Finanzinstitute einerseits und der nationalen Natur des existierenden legislativen und aufsichtsrechtlichen Maßnahmenkatalogs zum Krisenmanagement andererseits ist notwendig.

Die Wirksamkeit eines integrierten Abwicklungsmodells für grenzüberschreitende Bankengruppen ist nicht nur insofern eingeschränkt, als die Entscheidungen nationaler Behörden auf ausländische Tochterunternehmen nicht und auf Zweigniederlassungen nur selten Anwendung finden, sondern auch insofern, als die auf die Rechtsinheiten des betroffenen Konzerns anwendbaren Insolvenzordnungen nicht harmonisiert sind⁵¹⁷. Die Harmonisierung der anwendbaren lokalen rechtlichen Bestimmungen oder zumindest die Klarlegung der anwendbaren Rechtsordnung und des einschlägigen lokalen zwingenden Rechts erscheint notwendig, damit die Finanzinstitute verlässliche und durchführbare Restrukturierungspläne aufstellen können und damit die Finanzinstitute verlässlich abgewickelt werden können.

Die EU-Kommission⁵¹⁸ hat vorgeschlagen, bestimmte Rechtsaspekte der Abwicklung einem neuen europaweit vereinheitlichten Regelungswerk zu unterwerfen, nämlich die Aktionärsrechte, die Rechte der Aufsichtsbehörden, die Entschädigungen, die Rangfolge unbesicherter Gläubiger und die Rückführung von Positionen innerhalb des Konzerns. Andere Rechtsaspekte der Abwicklung sollen dem lokalem Recht unterworfen bleiben, nämlich die Verrechnungsabreden und –rechte und das Arbeitsrecht. Europaweit anwendbare Modelle vermögen Standards für die eigenverantwortliche Krisenvorbeugungs- und Krisenfolgenminimierungsplanung zu setzen und sind insofern gegenüber rein nationalen Lösungen vorzugswürdig. Sie sind aber nach diesseitigem Dafürhalten zur Umstrukturierung oder die Abwicklung eines Finanz-

⁵¹⁷ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Zentralbank, Ein EU Rahmen für Krisenmanagement im Finanzsektor, 20. Oktober, 2010.

⁵¹⁸ European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, December, 2009, p. 53.

konzerns, der über EU-Grenzen hinaus tätig oder vernetzt ist, nicht geeignet. Zur Umstrukturierung oder Abwicklung eines internationalen Finanzkonzerns ist eine internationale Lösung erforderlich. Der Vorschlag der EU-Kommission, bestimmte Rechtsaspekte der Abwicklung einem neuen europaweit vereinheitlichten Regelungswerk zu unterwerfen, vernachlässigt also, dass das Finanzsystem international vernetzt ist und nicht nur europaweit besteht, und bedürfte der komplexen Abgleichung von nationalen Insolvenzgesetzen und auch langwieriger nationaler Genehmigungsverfahren. Ob ein Vorschlag wie derjenige von der EU-Kommission geeignet ist, größere internationale Rechtssicherheit zu schaffen, muss daher bezweifelt werden.

Die Rechtsunsicherheit würde noch vergrößert, wenn den systemrelevanten Finanzinstituten das Recht eingeräumt würde, sich für die Anwendbarkeit einer solchen teilvereinheitlichten Rechtsordnung zu entscheiden⁵¹⁹. Der Vorschlag, internationalen Rechtseinheiten die Möglichkeit zu geben, sich wahlweise den aufsichtlichen und konkursrechtlichen Bestimmungen des Heimatstaates der Konzernmutter zu unterwerfen (opt-in)⁵²⁰, bedarf zu seiner Wirksamkeit und Umsetzbarkeit der Abstimmung oder der Anerkennung der zugrunde liegenden Regelungen. Ohne eine solche Abstimmung oder Anerkennung würde eine Rechtswahlmöglichkeit die Rechtsunsicherheit noch vergrößern.

Nicht nur Umstrukturierungs- und Abwicklungsmaßnahmen der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden sollten eine internationale Perspektive haben, sondern auch die vorbeugende Einrichtung von Rettungs- und Abwicklungsfonds. Im Ergebnis sollten daher die Rettungs- und Abwicklungsfonds in den verschiedenen Rechtsordnungen der international grenzüberschreitenden Struktur internationaler Konzerne Rechnung tragen, und der Möglichkeit, dass ein Rettungs- oder Unterstützungsbedarf im internationalen Ausland besteht.

⁵¹⁹ European Commission, a.a.O., S. 54.

⁵²⁰ Vgl. Association for Financial Markets in Europe, Comment on the HM Treasury consultation paper dated 16 December 2009 "Establishing resolution arrangements for investment banks", 19 March 2010, S. 7; vgl. zu Konsequenzen für Geschäftsbanken als Vertragspartner öffentlich-rechtlicher Finanzinstitute Weber-Schwidrowski, Andreas, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Staatliche Beihilfe i.S.d. EG-Vertrages, Europa-Institut Saarbrücken EF10-104, 1997.

Die Internationale Durchsetzungskraft von Umstrukturierungs- und Abwicklungsmaßnahmen der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden kann nicht wirksam auf Maßnahmen der betroffenen Finanzinstitute übertragen werden. Nach § 48 i Kreditwesengesetz ist das Kreditinstitut verpflichtet, die für die Übertragung erforderlichen Handlungen unverzüglich vorzunehmen, sofern die Gegenstände, deren Übertragung sich nach ausländischem Recht vollzieht, nicht bereits durch das Wirksamwerden der Ausgliederung auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Das britische Bankengesetz 2009⁵²¹ sieht in Abschnitt 39 vor, dass die aufsichtsbehördlich angeordneten Übertragungsanordnungen, die Tochterunternehmen im Ausland oder Vermögen im Ausland betreffen, eine fingierte vertragliche Verpflichtung zwischen übertragendem und übernehmendem Unternehmen begründen. Die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit solcher Bestimmungen im Ausland erscheint aber in Anbetracht oft zwingender Bestimmungen ausländischen Konkursrechts und der Wirtschaftsordnung (etwa von Übernahmekodifizierungen) fraglich.

Dem Mangel an Harmonisierung des nationalen Umstrukturierungs- und Abwicklungsrechts einerseits und einer grenzüberschreitenden Wirksamkeit der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen nationaler Behörden andererseits kann letztlich nur durch einen Souveränitätsverzicht der einzelnen Staaten abgeholfen werden. Ein solcher Souveränitätsverzicht der einzelnen Staaten würde auch eine internationale, europäische Grenzen überwindende, Lösung darstellen. Im Ergebnis bedeutet ein Souveränitätsverzicht die Anerkennung des Universalitätsprinzips und ausländischer Entscheidungen, auch in Bezug auf die Behandlung ausländischer Zweigstellen durch die Aufsichtsbehörden im Gastland⁵²². Das Universalitätsprinzip steht für das Prinzip der Einheit einer konsolidierten Unternehmensgruppe, wohingegen das Territorialitätsprinzip für die geographische Regelungskompetenz des jeweiligen Sitzstaates für lokale Finanzinstitute steht. Bestimmungen, die die Anerkennung der Entscheidungen der ausländischen Gerichte und Abwicklungsverwalter erlauben, einschließlich der Kontrolle über die im Inland belegenen Werte erscheinen hilfreich, um rasche Teilerfolge zur Erhöhung der Rechtsklarheit zu erzielen⁵²³.

⁵²¹ Banking Act 2009.

⁵²² Institute of International Finance, A Global Approach to Resolving Failing Financial Firms: An Industry Perspective, May 2010, S. 41.

⁵²³ Vgl. Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Documents, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, September 2009, S. 27 unter Bezug auf Rechte der schweizerischen FINMA.

Derzeit haben aber die Nationalstaaten auf ihre Souveränität, Umstrukturierungs- und Abwicklungsrecht unter der Ausnutzung ihrer nationaler Autorität zu setzen, nicht verzichtet. Im Folgenden wird daher ein Modell betrachtet, wie nach derzeitiger nicht harmonisierter Rechtslage ein internationaler Finanzkonzern umstrukturiert und abgewickelt werden kann.

(cc) Die Harmonisierung von Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden durch die internationale Abstimmung dieser Aufsichts- und Abwicklungsbehörden im Vorfeld einer Krise

In diesem Abschnitt wird untersucht, wie die Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden im Vorfeld einer Krise abgestimmt werden können und ob eine solche Abstimmung europaweit oder nur auf internationaler Ebene möglich ist.

Bis zu einer Harmonisierung der nationalen Insolvenz- und Bankenabwicklungsregelungen scheint es noch ein weiter Weg zu sein. Im (eher unwahrscheinlichen⁵²⁴) Falle einer solchen Harmonisierung bliebe auch noch Abstimmungsbedarf in Bezug auf die konkreten Unterstützungsmaßnahmen für eine Bank bestehen, insbesondere welchen Firmen in welchen Ländern eine Unterstützung zukommen soll und wie die Last durch solche Unterstützungen zwischen den verschiedenen Zentralbanken und Aufsichtsbehörden verteilt werden soll. Eine effektive grenzüberschreitende Abstimmung erfordert eine grenzüberschreitende Rahmenvereinbarung über die aufsichtsbehördlichen Entscheidungskompetenzen und die grenzüberschreitende Lastenverteilung

⁵²⁴Bundesverband Deutscher Banken, Referentenentwurf für ein Gesetz zur Restrukturierung und geordneter Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) sowie Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, hier: Anmerkungen zu Artikel 2 (Änderungen des Kreditwesengesetzes), Artikel 3 (Restrukturierungsfondsgesetz), Artikel 4 (Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes), Artikel 7 (Änderung des Einkommensteuergesetzes) und Artikel 13 (Inkrafttreten) sowie zum Verordnungsentwurf, 19. Juli 2010, S.2: Das Bestreben nach einem international abgestimmten Vorgehen hat deutlich nachgelassen.

im Vorfeld einer Krise⁵²⁵. Die Einrichtung von Abwicklungsfonds auf europaweiter oder auf globaler Ebene bedarf der Vorabklärung, wie das Finanzaufkommen und die Gelderverteilung geregelt werden soll.

Bereits im Juli 2008 wurde eine Absichtserklärung (Memorandum of Understanding, MoU) zwischen den europäischen Finanzministern, den Aufsichtsbehörden und den Zentralbanken vereinbart, um die Kooperation zur Krisenbewältigung zu verbessern⁵²⁶. Nach diesseitigem Dafürhalten sollte die Abstimmung der Landesbehörden den Bestimmungen einer bindenden Vereinbarung (protocol) folgen, das von dem Krisengremium (Crisis Management Group, CMG) der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden der konsolidierten Rechtseinheiten eines Finanzkonzerns (College of Regulators) verabschiedet wurde. Die federführende Behörde sollte die Aufsichtsbehörde der Konzernholding sein. Auf die Frage der EU-Kommission in ihrer Konsultation von 2011⁵²⁷, welche Behörden für das Krisenmanagement zuständig sein sollten, wurde seitens der Industrievertreter geantwortet, es sollten nationale Behörden sein mit klarer Zuständigkeit und Abstimmung in den Krisengremien der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden⁵²⁸.

Nach Auffassung des Verfassers ist eine solche Abstimmung der Gemeinschaft nationaler Aufsichtsbehörden zu begrüßen, die im Dialog über die notwendigen Maßnahmen entscheidet. Dann geben die einzelnen Staaten ihre Souveränität zugunsten einer Entscheidung der nationalen Aufsichtsbehörden auf. Solche Entscheidungen sollten auf der Basis der Umstrukturierungs- und Abwicklungsrechtsordnung des Heimatstaates der Konzerngruppe getroffen werden. Die Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden der konsolidierten Rechtseinheiten eines Finanzkonzerns sollte in

⁵²⁵ So etwa Governor Daniel K. Tarullo in seiner Ansprache beim Symposium on Building the Financial System of the 21st Century, Armonk, New York, March 18, 2010, "Toward an Effective Resolution Regime for Large Financial Institutions".

⁵²⁶ EU - Memorandum of Understanding on Cooperation between Financial Supervisory Authorities, Central Banks and Finance Ministries of the European Union on Cross Border Stability, 1 June 2008; so auch European Commission, COM(2010) 579, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank, An EU Framework Crisis Management in the Financial Sector (unveröffentlichter Entwurf), S. 12.

⁵²⁷ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, 13 f.

⁵²⁸ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 3.

kollegialer Abstimmung über die Abwicklung einer Finanzgruppe entscheiden⁵²⁹. Eine solche kollegiale Abstimmung würde eine Mehrzahl nationaler und nicht abgestimmter Maßnahmen ersetzen. Die Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden der konsolidierten Rechtseinheiten eines Finanzkonzerns sollte dabei von der Aufsichtsbehörde des Heimatstaates der Konzerngruppe angeführt werden. Von der Kommission vorgeschlagene Kooperationsvereinbarungen zwischen den Aufsichtsbehörden⁵³⁰ erfordern einen gewissen Souveränitätsverzicht, der aber kleiner ist als der Souveränitätsverzicht, der sich in einer Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder in der Harmonisierung des anwendbaren Rechts ausdrückt.

Im Folgenden wird betrachtet, ob Kooperationsvereinbarungen auf europaweiter oder auf internationaler Basis geschlossen werden sollten. Europarechtliche Beschränkungen, etwa im Hinblick auf die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung (State Aid) machen Abstimmungen im Vorfeld nationaler Maßnahmen, beispielsweise zur finanziellen Unterstützung oder zur Übertragung auf eine Brückenbank notwendig⁵³¹. Der Bundesverband Deutscher Banken weist auf die Bedeutung der Abstimmung von Notfallplanungen auf europäischer Ebene hin, damit Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden⁵³². Entsprechendes muss nach diesseitiger Auffassung aber auch auf internationaler Ebene gelten, da die Bankgeschäfte nicht an der Europagrenze halt machen. Die Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden sollten nach der Auffassung des Verfassers daher auf Konzernebene, und nicht nur europaweit, gebildet werden.

Der European Banking Authority die Rolle eines Schlichters⁵³³ zugestehen würde die Abstimmung in unnötiger Weise verkomplizieren. Nach Auffassung des Verfassers vermag die European Banking Authority nichts Grundlegendes zur Abstimmung der beteiligten Aufsichtsbehörden beizutragen.

⁵²⁹ Europäische Kommission, a.a.O., 14.

⁵³⁰ Europäische Kommission, a.a.O., 15.

⁵³¹ Committee of European Banking Supervisors, CEBS's response to the European Commission's Communication on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 19 January, 2010, S. 5.

⁵³² Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, S.3, abrufbar unter <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmärkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

⁵³³ Europäische Kommission, a.a.O., 16.

Nach dem Beratungsentwurf der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich⁵³⁴ sollen die Krisengremien der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden den Informationsaustausch zwischen den Aufsichtsbehörden verbessern und es erleichtern, für ein grenzüberschreitend tätiges Finanzinstitut gemeinsam Risikovorschau und –vorsorge durch den Beschluss und die Umsetzung von Aufsichtsprinzipien zu betreiben. Unklar erscheint derzeit, ob die Krisengremien der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden die Prinzipien für den Informationsaustausch festlegen sollten oder ob dort auch der Informationsaustausch stattfinden sollte, und wie die Rolle der Krisengremien der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden von den Rollen der Aufsichtsbehörden und der Krisenverwaltungsanstalten abzugrenzen ist.

Klare Abreden sollten nach diesseitigem Dafürhalten für den Austausch von marktsensitiven Informationen getroffen werden. Informationen von strategischer Relevanz für die Konzerngruppe sollten nicht mit den lokalen Aufsichtsbehörden ausgetauscht werden. Das Krisengremium der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden sollte dem Finanzinstitut seinen Blickwinkel zu den Risiken und den Abhängigkeiten mitteilen, so dass das Finanzinstitut angemessene Risikovorsorge betreiben kann. Es muss Klarheit geschaffen werden, wer ausländische Zweigniederlassungen beaufsichtigt und wo die Aufsicht einer lokalen Behörde über eine lokale Konzerntochtergesellschaft oder eine lokale Zweigniederlassung enden soll.

Im Ergebnis ist es die Konsequenz einer fehlenden Harmonisierung von nationalem Umstrukturierungs- und Abwicklungsrecht und einer fehlenden grenzüberschreitenden Wirksamkeit der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen nationaler Behörden, dass die Gemeinschaft der internationalen und nicht nur europaweiten Aufsichtsbehörden der konsolidierten Rechtseinheiten eines Finanzkonzerns in kollegialer Abstimmung und angeführt von der Aufsichtsbehörde des Heimatstaates der Konzerngruppe über die Abwicklung einer Finanzgruppe entscheiden soll. Abreden sollen für den Austausch von marktsensitiven Informationen getroffen werden, aber unter Ausschluss von Informationen von strategischer Relevanz für die Konzerngruppe, die mit den lokalen Aufsichtsbehörden nicht ausgetauscht werden sollten. Dies bedeutet einen gewissen Souveränitätsverzicht der betroffenen Nationalstaaten.

⁵³⁴ Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Good Practice Principles on Supervisory Colleges, March, 2010.

Im Folgenden wird untersucht, welche Konsequenzen die Bildung einer Gemeinschaft der internationalen Aufsichtsbehörden der konsolidierten Rechtseinheiten eines Finanzkonzerns auf die Entscheidungen über die Abwicklung der Finanzgruppe auf die inhaltliche Gestaltung der Krisenplanung der Finanzgruppe haben soll.

(dd) Die Bildung von Umstrukturierungs- und Abwicklungsplänen auf Finanzgruppenbasis als Konsequenz der Umstrukturierungs- und Abwicklungsentscheidungen der Aufsichtsbehörden auf internationaler Gemeinschaftsbasis

In diesem Abschnitt wird untersucht, ob die internationalen Finanzgruppen eine Mehrzahl lokaler Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorlegen sollten oder ob ein einziger konzernweiter Plan ausreichen soll.

Zunächst schienen Aufsichtsbehörden von dem Grundsatz auszugehen, dass ein Gruppenplan ausreichen soll, um die konzernweite Krisenplanung einer Finanzgruppe zu beschreiben. Dieser konzernweite Ansatz wurde illustriert durch den Ansatz der britischen Financial Services Authority gegenüber ihren Pilotbanken für die Schaffung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen. Nach diesem Ansatz sollten die britischen Aufsichtsbehörden die Entwicklung von gruppenweiten Reorganisations- und Restrukturierungsplänen von Konzernen, deren Finanzholding im Vereinigten Königreich lizenziert ist, koordinieren.

Von diesem Grundsatz scheinen Aufsichtsbehörden aber nunmehr abzuweichen. Dies wird illustriert durch den Hinweis im Konsultationspapiers der britischen Financial Services Authority, lokale Aufsichtsbehörden würden lokale Anforderungen, insbesondere an Restrukturierungspläne, in dem Krisengremium der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden geltend machen. Der Anwendungsbereich des US-amerikanischen Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act⁵³⁵ schloss ausländische Banken mit US-Zweigniederlassungen und systemrelevante ausländische Finanzdienstleistungsgesellschaften (Non-bank financial companies) mit ein. "Systembedeutsam" wird in diesem US-amerikanischen Gesetz als erhebli-

⁵³⁵ Zitiert nach, Davis Polk & Wardwell, Summary of the Restoring American Financial Stability Act, Passed by the Senate on May 20, 2010, May 22, 2010.

che Geschäftsaktivität in den USA (insbesondere als Kreditgeber und Bereitsteller von Liquidität) oder als erhebliche Wertanlagen (ob bilanziert oder als Bestandteil des Handelsbuches) oder als operationelle Aktivitäten in den USA definiert. Die Regelung der US-amerikanischen Aufsichtsbehörde für Einlageninstitute, die Federal Deposit Insurance Corporation⁵³⁶ sieht vor, dass diejenigen Banken, die am Einlagensicherungssystem teilnehmen, und die von einer Mutterorganisation kontrolliert werden und die eine Bilanzsumme von mindestens USD 50 Mrd. aufweisen, einen Abwicklungsplan vorlegen müssen, unabhängig davon, ob die Muttergesellschaft selbst einen solchen vorlegen muss. Unklar ist, inwieweit in der Praxis ein solcher Plan ein lokaler Plan der Bank sein muss oder inwieweit ein Plan des Mutterhauses im Ausland als Gruppenplan hinreicht. Ein Gruppenplan mag ausreichen, falls er den Erfordernissen des Federal Reserve Board und der Federal Deposit Insurance Corporation entspricht. Die Gleichwertigkeit der Regeln, die im Heimatstaat der Mutterfirma gelten, begründet noch keine Ausnahme von der extraterritorialen Anwendbarkeit des US-amerikanischen Gesetzes.

Die Deutsche Bank etwa hat der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht Krisenpläne vorzulegen, und ist gleichfalls von der Federal Deposit Insurance Corporation und dem Federal Reserve Board sowie dem (US) Office of the Comptroller of the Currency erfasst worden. Die Banco de España, die Zentralbank Spaniens, hat die spanische Banco Santander beauftragt, einen Krisenmanagementplan vorzulegen. Diese Bank ist aber auch eine Pilotbank der britischen Financial Services Authority, und ist vom Anwendungsbereich der zukünftigen britischen Regelung erfasst. Es ist derzeit nicht ersichtlich, welche Abstimmungen zwischen der Banco de España, der britischen Financial Services Authority sowie der Bank of England im Vorfeld getroffen wurden und welcher zukünftige Abstimmungsbedarf entstehen mag.

Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten nach der Auffassung des Verfassers auf Finanzgruppenbasis entwickelt werden, und weder auf individueller Rechtseinheitenbasis noch auf Landesbasis. Wenn die Umstrukturierungs- und Abwicklungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden in den Krisengremium der Gemeinschaft der Aufsichtsbehörden koordiniert werden, reicht ein einziger Krisenplan auf

⁵³⁶ Zitiert nach, Davis Polk & Wardwell, Summary of the Restoring American Financial Stability Act, Passed by the Senate on May 20, 2010, May 22, 2010, S. 8.

Finanzgruppenbasis aus. Ein einziger Krisenplan auf Finanzgruppenbasis erscheint insofern vorzugswürdig, als die Flexibilität und der Reichtum an möglichen Aktionen auf Gruppenebene ungleich höher ist als auf niedrigerer Organisationsebene, und die Abstimmung einer Mehrzahl von Plänen im Einzelfall nicht gelingen mag, insbesondere wenn die Entscheidungsbefugnisse und die Lastenverteilung zwischen den relevanten Landesaufsichtsbehörden im Vorfeld einer Krise nicht abgesprochen wurden. Die Abwicklungsbesonderheiten komplexer Produkte bedürfen weiterhin einer dynamischen Vorgehensweise unter Einbeziehung aller relevanten Weltmärkte, um die Werte zu erhalten. Dies gilt etwa für die Abwicklung eines Handelsbuches mit Derivatepositionen, die einer Absicherung der Kredit- und Marktrisiken bedürfen, die laufend angepasst werden muss.

Im Ergebnis sind lokale Lösungsansätze nach der hier vertretenen Auffassung nicht geeignet, die Krisen in grenzüberschreitend tätigen Instituten zu lösen: Ein Globales Bankgeschäft muss im Krisenfall auch global restrukturiert werden⁵³⁷.

(ee) Zwischenergebnis zu der internationalen Abstimmung des Insolvenz- und Bankaufsichtsrechts, der Vorgaben zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfall als Voraussetzung für die Wirksamkeit eigenverantwortlicher Krisenplanung

Die fehlende Abstimmung zwischen der grenzüberschreitenden Natur der Aktivitäten und der Struktur internationaler Finanzinstitute einerseits, und der nationalen Natur des existierenden legislativen und aufsichtsrechtlichen Maßnahmenkatalogs zum Krisenmanagement andererseits, ist das Grundproblem der Krisenmanagement- und Abwicklungsplanverfahren. Die Zerschlagung der Fortisgruppe und seiner produkt- und kundenkreisverbundenen Geschäftseinheiten resultierte in einem erheblichen Wertverlust. Die Insolvenzordnungen sind nicht harmonisiert und die Aufsichtsbehörden haben lediglich nationale Zuständigkeiten. Dieser Konflikt zwischen den Staaten kann durch einen Souveränitätsverzicht der einzelnen Staaten gelöst werden. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung und ihres Untersuchungsschwerpunktes

⁵³⁷ Paul Tucker, Deputy Governor for Financial Stability at the Bank of England speech at the European Commission Conference “Building a Crisis Management Framework for the Internal Market”, Brussels, 19 March 2010, Resolution of large and complex financial institutions – the big issues.

der Eigenverantwortlichkeit der Krisenlösung soll die internationale Einbindung der Reorganisations- und Restrukturierungspläne nicht weiter vertieft werden. Festzuhalten bleibt aber, dass die Wirksamkeit der Vorkehrungen eines Finanzinstituts begrenzt bleibt, so lange der internationale rechtliche und aufsichtsrechtliche Rahmen für eine Reorganisation oder Restrukturierung nicht geschaffen ist und keine hinreichende Abstimmung erreicht wurde.

Die Konsequenz eines internationalen Krisenlösungsansatzes ist die Aufgabe nationaler Souveränität und die Notwendigkeit, im Vorfeld einer Krise die Prinzipien für die Zuteilung der Verluste und die Verantwortlichkeiten für Stützungsmaßnahmen verbindlich festzulegen. Damit die internationalen Krisenlösungsansätze ihre volle Wirksamkeit entfalten können, müssen die nationalen Abwicklungsregelungen einen Grad an Anpassung erfahren und die Gläubiger gleichbehandelt werden, unabhängig davon, in welchem Staat sie Rechte geltend machen und mit welcher Rechtseinheit sie kontrahiert haben⁵³⁸.

Im Anschluss an die Untersuchung der internationalen Abstimmung des Insolvenz- und des Bankaufsichtsrechts, der Vorgaben zu den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren sowie der Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörden im Krisenfall als Voraussetzung für die Wirksamkeit eigenverantwortlicher Krisenplanung wird im Folgenden die Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und der Informationszugang zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen untersucht.

(iii) Die Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und der Informationszugang der Behörden und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen

In diesem Unterabschnitt wird zunächst unter (aa) die Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren betrachtet, und sodann unter (bb) der Informationszugang der Behörden im In- und Ausland und

⁵³⁸ Tucker, a.a.O.

seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen von den Finanzinstituten.

(aa) Die Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

Grundsätzlich sind die Kosten einer Sanierung zunächst von dem Finanzinstitut selbst zu tragen. Sollten die Eigenmittel des Finanzinstituts nicht ausreichen und der Markt nicht refinanzierungswillig sein oder bereit, die erforderliche Liquidität zur Verfügung zu stellen, und sollten die Anteilseigner nicht zu einer Kapitalerhöhung bereit sein, dann müssen die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die Anteilseigner und die nachrangigen Gläubiger umgewälzt werden. In diesem Unterabschnitt wird die Bedienung nachrangiger Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren untersucht. Unter (aaa) werden die Optionen dargelegt und diskutiert, wie die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger umgewälzt werden können. Unter (bbb) werden die Erleichterungen, um das Fremdkapital in Eigenkapital umwandeln zu können, durch das deutsche Gesetz der Sanierung von Unternehmen von 2011 betrachtet.

Dem ersten Anschein nach ist die Frage der Lastenverteilung im Konkurs keine Frage der eigenverantwortlichen Krisenbekämpfung von Finanzinstituten mehr, weil solche Lasten erst entstehen, wenn die Krisenvermeidungs- oder Krisenbekämpfungspläne des Finanzinstituts nicht zum Erfolg geführt haben. Je nach den rechtlichen Rahmenbedingungen für eine solche Lastenverteilung können die Finanzinstitute aber in einer Phase der noch bestehenden Eigenverantwortlichkeit Vorsorgemaßnahmen treffen, um den in einer Krise notwendigen Bedarf an Kapital- und Liquiditätskrisenausstattung zu verkleinern, etwa durch die Umwandlung von Schuldverschreibungen in Aktien im Vorfeld einer Krise oder mit Wirksamkeit in einer Krise. Entsprechende Maßnahmen können in den Emissionsbedingungen getroffen werden, gegebenenfalls unter dem Vorbehalt einer Genehmigung durch einen Hauptversammlungsbeschuß. Sofern die getroffenen Maßnahmen das Vertrauen im Markt begründen, dass solche eigenverantwortlichen Maßnahmen geeignet sind, eine Krise abzumildern oder gar zu beseitigen, mag die Krise gar nicht erst entstehen, eine sich selbst bewahrheitende Voraussage. Für die Zwecke dieser Untersuchung der eigen-

verantwortlichen Verfahren mag es dahinstehen, wie eine Beschneidung der Gläubigerrechte auf *grenzüberschreitender* Ebene durch ein aufsichtsrechtliches Verfahren verwirklicht werden kann.

Das Bankensanierungsrecht und der Einlegerschutz bedürfen der besonderen Einordnung in den Insolvenzverfahren. Der Begriff des Insolvenzverfahrens für die Finanzinstitute ist daher ein „weiter“. Der Wirkungsbereich eines besonderen Insolvenzverfahrens für Finanzinstitute ist vor das Stadium der Zahlungsunfähigkeit vorverlegt und setzt bereits frühe Anreize zur Vermeidung oder zur Steuerung eines Krisenfalles. Nach einer Reihe von Vorschlägen für ein besonderes außerinsolvenzliches Abwicklungsverfahren soll es den Aufsichtsbehörden, den Abwicklungsverwaltern und den Gerichten ermöglicht werden, die Rechte der Anteilseigner und der Gläubiger zu beschneiden.

Es ist zu erwarten, dass die Stabilisierungsfonds und die öffentliche Hand eine Unterstützung gescheiterter Finanzinstitute ablehnen, solange und insoweit nicht die Anteilseigner und die Gläubiger an den Kosten angemessen beteiligt werden. Der Einsatz öffentlicher oder hoheitlich verwalteter Mittel mag ein vorrangiges Befriedigungsrecht der öffentlichen Hand im Falle einer wirtschaftlichen Erholung des Finanzinstituts garantieren. Diese Erholung des Finanzinstituts ist aber nicht garantiert. Deshalb sind z.B. nach dem Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act die Kosten der Abwicklung zunächst von den Aktionären und den Gläubigern zu tragen, und erst danach durch einen Abwicklungsfonds von bis zu USD 150 Mrd., der wiederum von den großen⁵³⁹ Finanzkonzernen vorzufinanzieren ist⁵⁴⁰. Eine Rettung gescheiterter Finanzinstitute solle es nicht geben⁵⁴¹. Eine Zahlungsunfähigkeit soll insbesondere zu einer fehlenden Deckung nachrangiger Forderungen führen⁵⁴².

⁵³⁹ Financial companies oder hedge funds mit mehr als USD50 Millionen in Bilanzaktiva.

⁵⁴⁰ Bill Highlights, House Financial Services Committee, abrufbar unter http://financialservices.house.gov/Key_Issues/Financial_Regulatory_Reform/FinancialRegulatoryReform/4173highlightsFINAL.pdf.

⁵⁴¹ Title I, Summary, http://financialservices.house.gov/Key_Issues/Financial_Regulatory_Reform/FinancialRegulatoryReform/HR4173_summaries_by_title/Title_I_FISA_120309.pdf.

⁵⁴² So etwa Governor Daniel K. Tarullo in seiner Ansprache beim Symposium on Building the Financial System of the 21st Century, Armonk, New York, March 18, 2010, "Toward an Effective Resolution Regime for Large Financial Institutions".

(aaa) Die Optionen, wie die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger umgewälzt werden können

Die Insolvenzverfahren umfassen die Abwicklungsmechanismen für die zahlungsunfähigen oder die überschuldeten Schuldner. Die Abwicklungsmechanismen basieren wiederum auf den materiellrechtlichen Prinzipien für die Behandlung der Gläubigerrechte. Wie oben dargestellt, werden die bankinsolvenzrechtlichen Regelungen vom Grundsatz der Reorganisation und der Restrukturierung geprägt, und vom Ziel der Erhaltung der für das Finanzsystem bedeutsamen Funktionen. Grundsätzlich stehen fünf Optionen zur Umwälzung der Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger zur Verfügung: Zunächst hoheitliche Rechte im Ermessen der Abwicklungsbehörden, bestimmte oder alle Verbindlichkeiten des Finanzinstituts abzuschreiben und weiterhin die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit entweder hoheitlicher, automatischer oder vertraglicher Auslösung, und im Falle einer vertraglichen Auslösung, entweder vor oder nach der Insolvenzzreife.

In ihrem Diskussions- und Konsultationspapier über die Technischen Details eines möglichen Rahmens für ein europäisches Krisenmanagement diskutierte die EU-Kommission die Frage einer wirtschaftlichen Entwertung der Verbindlichkeiten eines gescheiterten Finanzinstituts in seiner Abwicklung⁵⁴³ und stellte zwei Modelle einer solchen wirtschaftlichen Entwertung seiner Verbindlichkeiten vor⁵⁴⁴.

Das erste Entwertungsmodell der EU-Kommission sah hoheitliche Rechte im Ermessen der Abwicklungsbehörden vor, bestimmte oder alle Verbindlichkeiten des Finanzinstituts abzuschreiben (comprehensive approach). Das erste Entwertungsmodell wurde beispielsweise seitens des Financial Stability Boards unterstützt. Nach einem Vorschlag des Financial Stability Boards sollten die Abwicklungsbehörden berechtigt sein, die Verpflichtungen des Finanzinstituts gegenüber seinen Gläubigern unter Berücksichtigung der Rangstelle dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise und unter Ausschluss von besicherten Verpflichtungen abzuschreiben oder in Eigenkapital der Gläubiger umzuwandeln, einmal vorausgesetzt, dass die Gläubiger nicht schlechter

⁵⁴³ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, Annex, 86 ff.

⁵⁴⁴ DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011, Annex, 86 ff.

als im Konkurs stehen (no worse off than in liquidation)⁵⁴⁵. Gegen das erste Modell eines hoheitlichen Entwertungsrechts wurde vorgebracht, dass die Möglichkeit der Emission vorrangiger Verbindlichkeiten eine wirtschaftliche Bedeutung habe, so dass die emittierten vorrangigen Verbindlichkeiten vom Anwendungsbereich einer hoheitlicher Abschreibung ausgenommen bleiben sollten⁵⁴⁶.

Das zweite Entwertungsmodell die EU-Kommission sah die Verpflichtung der Finanzinstitute vor, Verbindlichkeiten zu emittieren, die im Krisenfall in Eigenkapital zu wandeln oder abzuschreiben sind (bail-inable debt). Nach dem zweiten Entwertungsmodell sollten die Emissionsbedingungen auf das Recht der Abwicklungsbehörden verweisen, den Zeitpunkt, die Instrumente, das Rechtsinstitut und den abzuschreibenden oder in Eigenkapital umzuwandelnden Teil der Verbindlichkeiten zu bestimmen (targeted approach). Beispielsweise schlug ein Vertreter der Bank of England⁵⁴⁷ ein besonderes Abwicklungsverfahren (super special resolution framework) vor, das es erlauben würde, während des Fortbestehens eines Finanzinstituts (going concern) die nachrangigen Gläubiger zu enteignen (Bedingte Pflichtwandelanleihe mit hoheitlicher Auslösung, wipe out, bail-in), bevor die Rechte vorrangiger Gläubiger beschnitten werden (haircut)⁵⁴⁸. Die besonderen Bankinsolvenzverfahren etwa des Vereinigten Königreichs beinhalten die Befugnisse der Aufsichtsbehörden, die Finanzinstitute im Vorfeld einer Krise zu verpflichten, Pflichtwandelschuldverschreibungen (Contingent Convertible Capital, Co-Cos) oder Abschreibungsschuldverschreibungen (write-downs) zur Kapitalbeschaffung in einer Krise zu emittieren. Das zweite Entwertungsmodell die EU-Kommission wurde also umgesetzt.

Gegen das zweite Modell der Emission abschreibbarer oder umwandelbarer Verbindlichkeiten wurden Bedenken vorgebracht, die auf die Unmöglichkeit verwiesen, im

⁵⁴⁵ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, 9, 11.

⁵⁴⁶ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 20.

⁵⁴⁷ Paul Tucker, Deputy Governor for Financial Stability at the Bank of England speech at the European Commission Conference "Building a Crisis Management Framework for the Internal Market", Brussels, 19 March 2010, Resolution of large and complex financial institutions – the big issues.

⁵⁴⁸ So auch Financial Stability Board, Reducing the moral hazard by systemically important financial institutions, Interim report to G20 Leaders, 18 June, 2010, Nr. 2, abrufbar unter http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_100627b.pdf.

Vorfeld einer Krise einen angemessenen Abschreibungs- oder Wandlungsbetrag als Emissionsbetrag zu bestimmen⁵⁴⁹. Generell wurde kommentiert, dass kein Gläubiger schlechter als in einer Abwicklung nach der Insolvenzordnung stehen solle.⁵⁵⁰ Bedenken gegen das zweite Modell der Emission abschreibbarer oder umwandelbarer Verbindlichkeiten ergeben sich auch daraus, dass die Investoren wenig Interesse daran zu haben scheinen, Schuldverschreibungen zu erwerben, die wirtschaftlich Bankenrettungsfonds darstellen⁵⁵¹. Die Vertreter der Aufsichtsbehörden haben unterschiedliche Auffassungen zur Wirksamkeit bedingter Pflichtwandelanleihen mit hoheitlicher Auslösung. Vertreter der US-amerikanischen Aufsichtsbehörden wiesen darauf hin, dass die Regelungen zur Beschneidung der Gläubigerrechte eine Krisenplanung durch Reorganisations- und Restrukturierungspläne nicht ersetzen können⁵⁵², wohingegen Vertreter deutscher Aufsichtsbehörden die Einführung bedingter Pflichtwandelanleihen mit hoheitlicher Auslösung befürworteten⁵⁵³.

Neben den zwei Entwertungsmodellen der EU-Kommission, die hoheitliches Ermessen vorschlagen, ohne (so das erste Entwertungsmodell) oder auf vertraglicher Grundlage (so das zweite Entwertungsmodell), wurde als drittes Entwertungsmodell eine Umwandlung auf automatischer Anwendungsbasis vorgeschlagen. Der Bundesverband Deutscher Banken schlug zur Vermeidung systemischer Krisen am 25.3.2010 vor, dass eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (debt-equity swaps) bereits in den Anleihebedingungen festgelegt werden solle und dass bei Erreichen eines Schwellenwertes (z.B. bei Unterschreiten einer Kapitalquote) das Fremdkapital sich automatisch in Eigenkapital umwandeln solle⁵⁵⁴.

Als viertes Entwertungsmodell wurden Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung anstatt hoheitlicher Anordnung vorgeschlagen. Die bedingten Pflichtwandelan-

⁵⁴⁹ European Commission, a.a.O.

⁵⁵⁰ European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011, 21.

⁵⁵¹ Vgl. etwa Raj Singh, CRO Swiss Re, zitiert nach: Braithwaite, Tom, Blow to bank crisis plans, FT 11 October, 2010.

⁵⁵² Sheila Blair, Federal Deposit Insurance Corporation Chairman, FDIC urges bank action on living wills, Financial Times, 28 September, 2010, S. 22.

⁵⁵³ Jochen Sanio, BaFin, zitiert nach Masters, Brooke, Bank „bail-ins“ are best option, says regulator, FT, 5 October, 2010, p. 26.

⁵⁵⁴ Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010, S. 6; <http://www.bankenverband.de/themen/finanzmärkte-konjunktur/analysen-standpunkte/eckpunkte-zur-sanierung-von-unternehmen-des-finanzsektors>.

leihen mit hoheitlicher Auslösung sind von den bedingten Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung zu unterscheiden, die vom Unternehmen in Krisensituationen vor Eintritt einer Insolvenzreife (well in advance of the firm reaching the point of non-viability) umgewandelt werden können (Contingent Convertible Capital, Co-cos)⁵⁵⁵. Bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung vor Eintritt einer Insolvenzreife sind unzweifelhaft der eigenverantwortlichen Krisenplanung zuzuordnen. Die Umwandlung von Verbindlichkeiten in Kapital sollte auf vertraglicher Grundlage sowohl für inländische als auch für ausländische Gläubiger Wirksamkeit entfalten. Die Hauptversammlung sollte den Anleihebedingungen als Kapitalerhöhung im Falle einer Umwandlung vorab in der Hauptversammlung zustimmen. Bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung können auch gesetzlich als Kapitalbaustein angeordnet werden. Eine gesetzlich festgelegte Umwandlung in Eigenkapital wird typischerweise als „bail-out“ bezeichnet.

Bedenken gegen die Wirksamkeit bedingter Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung weisen auf die zweifelhafte Attraktivität dieser Anlagemöglichkeit für Investoren hin (trigger risk) und auf ihre Konkurrenz zur Kernkapitalbildung⁵⁵⁶. Die Preisbewegungen bedingter Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung sind ein guter Indikator für die Aufsichtsbehörden, wie der Markt das Risiko eines Scheiterns des emittierenden Finanzinstituts einschätzt. Die Preisbildung für bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung wäre wohl sehr nahe an der für eine Kapitalerhöhung, so dass es sich preislich wohl nicht um eine neue Produktklasse handeln würde. Die Auflegung bedingter Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung ist daher problematisch, weil zu erwarten ist, dass die Investoren das Risiko preismäßig wie Eigenkapital einordnen werden. Insofern kommt die Forderung, bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung aufzulegen, der Forderung nach einer Kapitalerhöhung gleich.

Eine erwartete oder eine drohende Umwandlung mag einen institutionellen „run“ auf die Bank auslösen mit der unmittelbaren Folge einer Begrenzung des Liquiditätsspielraums des Finanzinstituts. Bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Aus-

⁵⁵⁵ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 70.

⁵⁵⁶ House of Commons, Treasury Committee, Too important to fail - too important to ignore, Ninth report of Sessions 2009-10, 22 March, 2010, S. 37.

lösung sind daher nicht zur Anwendung geeignet, weil die Auslösung einen Liquiditäts“runs“ auf das Finanzinstitut auslöst, und weil ein solcher Liquiditäts“run“ Ansteckungseffekte zeitigen mag, die dann wiederum die Finanzstabilität vermindern. Bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung riskieren daher, kontraproduktiv zu wirken. Daher sollte die Auflegung bedingter Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung nach der Auffassung des Verfassers nicht verpflichtend sein⁵⁵⁷, oder die möglichen Konsequenz eines Verlustes an Marktvertrauen abgemildert sein durch mehrpreisige Strukturen (dual-level trigger structure“), die der Firmenleitung das Recht geben, eine Umwandlung nicht vorzunehmen, auch wenn festgelegte Grenzwerte erreicht sind⁵⁵⁸.

Das fünfte Entwertungsmodell der Verbindlichkeiten eines gescheiterten Finanzinstituts stellen Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung nach Insolvenzreife dar. Als Mischform zwischen den oben dargestellten Strukturen der bedingten Pflichtwandelanleihe mit hoheitlicher Auslösung nach Insolvenzreife und der bedingten Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung vor Insolvenzreife steht grundsätzlich auch die bedingte Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung nach Insolvenzreife zur Verfügung. Letztere wird gleichfalls der Gruppe der „bail-ins“ zugerechnet⁵⁵⁹. Bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung nach Insolvenzreife erscheinen diesseits problematisch, weil im Falle einer Insolvenzreife die Aufsichtsbehörden ein Ermessen haben sollten, wann die Anleihen in Kapital umgewandelt werden sollen und zu welchem Grade sie abgeschrieben oder zu welchem Preis sie umgewandelt werden sollten.

Als Alternativen zu Pflichtwandelanleihen können Finanzinstituten für den Fall einer Krise bindende Liquiditätsfazilitäten zur Verfügung stehen, die durch die Übertragung von (im Vorfeld einer Krise verpfändeten) Wertpapieren auf einen Treuhänder im Falle einer Krise abgesichert sind.

⁵⁵⁷ Institute of International Finance, Comments by the Institute of International Finance on the Basel Committee for Banking Supervision's Consultative Documents „Strengthening the Resilience of the Banking Sector“ and „International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring“, April, 2010, S. 11.

⁵⁵⁸ Institute of International Finance, David Schraa, A Global Approach to Resolving Failing Financial Firms: An Industry Perspective, May, 2010, S. 3.

⁵⁵⁹ Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011, 70.

Im Anschluss an die Betrachtung der grundsätzlichen Optionen, wie die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger umgewälzt werden können, werden im Folgenden die Erleichterungen, um das Fremdkapital in Eigenkapital umwandeln zu können, durch das deutsche Gesetz der Sanierung von Unternehmen von 2011 dargestellt.

(bbb) Die Erleichterungen durch das deutsche Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen von 2011, um das Fremdkapital in Eigenkapital umwandeln zu können

Der von Art. 1 Nr. 19 des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 neu eingeführte § 225 a Insolvenzordnung brachte Erleichterungen, um das Fremdkapital in Eigenkapital umwandeln zu können und stellt damit ein wichtiges Instrument zur Sanierung von Unternehmen, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind, dar. Nach § 225 a II, S. 1 Insolvenzordnung kann im gestaltenden Teil des Insolvenzplans die Umwandlung von Forderungen in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte vorgesehen werden. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs⁵⁶⁰ des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen hat die Finanzmarktkrise erneut gezeigt, dass eine Sanierung der Unternehmen häufig Eingriffe in die Rechte der Anteilhaber erfordert. Das geltende deutsche Insolvenzrecht lasse die Rechte der Anteilhaber des insolventen Unternehmens bei einer Sanierung durch einen Insolvenzplan unberührt und Änderungen dieser Rechte seien nur mit Zustimmung der Inhaber nach den Vorschriften des Gesellschaftsrechts zulässig. Künftig solle die strikte Trennung von Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht überwunden werden, und es solle im Interesse einer Optimierung der Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens zulässig sein, in einem Insolvenzplan Kapitalmaßnahmen vorzusehen, insbesondere die Umwandlung von Forderungen in Gesellschaftsanteile (debt-equity swap). Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings, dass außerhalb eines Insolvenzplans eine solche Umwandlung nicht möglich ist. Diese Einschränkung reduziert die Geltungswirkung der Umwandlungsmöglichkeit auf einen Zeitpunkt, wenn sich die Krise bereits manifestiert hat. Weiterhin beschränkt § 225 a II, S. 2 Insolvenzordnung die Umwandlung auf

⁵⁶⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, Drucksache 17/ 5712, 4. Mai 2011, Begründung zu Nr. 17, S. 31.

Fälle des Einverständnisses des Gläubigers, soweit nicht ein Mehrheitsbeschluss nach § 5 III, Nr. 5 Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen zulässig ist⁵⁶¹. Dadurch wird die Geltungswirkung der Umwandlungsmöglichkeit weiter reduziert. Im Ergebnis bietet das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen daher nur ein begrenztes Instrumentarium zur Krisenlösung.

Zu untersuchen ist daher, ob das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen im Rahmen der Anwendbarkeit des Reorganisationsverfahrens nach dem Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz bzw. dem Kreditwesengesetz für Kreditinstitute in Bezug auf die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital relevante Neuerungen bringt, nachdem ein entsprechendes Verfahren bereits in §§ 9, 17, 18 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vorgesehen ist. Im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems wurde der Begriff der Systemrelevanz als Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes-entwurfs verwendet. Eine Systemrelevanz war nach § 1 I, S. 2 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzesentwurf gegeben, wenn eine Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts durch seine Größe, die Intensität seiner Interbankbeziehungen und seiner engen Verflechtungen mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte.

Wie oben dargestellt, nahm das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, wie am 1.1.2011 in Kraft getreten, Abstand von dieser Voraussetzung, so dass grundsätzlich das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz, und auch die in ihm enthaltene Option einer Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital im Rahmen eines Reorganisationsverfahrens, auf alle Kreditinstitute Anwendung findet. Der Begriff der Bestandsgefährdung ist nach dem Restrukturierungsgesetz keine Voraussetzung für Systemrelevanz mehr und ist nicht mehr, wie noch im Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems vorgesehen, eine Voraussetzung der Anwendbarkeit des Gesetzes. Der Begriff der Bestandsgefährdung ist nunmehr Voraussetzung für ein Reorganisationsverfahren nach §§ 7 II Kre-

⁵⁶¹ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, a.a.O.

ditinstitute-Reorganisationsgesetz, 48 b I Kreditwesengesetz: Eine Bestandsgefährdung, die zu einer Systemgefährdung führt, erlaubt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, durch Maßnahmen in die Positionen Dritter einzugreifen.

Im Ergebnis steht das Reorganisationsverfahren der Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital daher nur ausgewählten Kreditinstituten zur Verfügung, und daher nicht allen *Finanzinstituten*, und auch nicht solchen *Kreditinstituten*, deren Schieflage keine systemische Gefährdung auslösen kann⁵⁶². Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen erweitert daher den Anwendungsbereich eines Reorganisationsverfahrens um die Möglichkeit der Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital auf Finanzinstitute ohne systemisches Gefährdungspotential. Dies ist nach diesseitiger Auffassung grundsätzlich zu begrüßen, weil die Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital entscheidend sein kann, um den wirtschaftlichen Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Der Eingriffszeitpunkt einer solchen Maßnahme liegt aber so spät, dass sich die Krise schon manifestiert hat, und eine Umwandlung von Forderungen allenfalls als Krisenlösungsmechanismus geeignet ist, nicht aber zur Krisenvermeidung oder zur Krisenvorbeugung.

(ccc) Zwischenergebnis zu der Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass grundsätzlich die Kosten einer Sanierung zunächst von dem Finanzinstitut zu tragen sind. Sollten die Eigenmittel des Finanzinstituts nicht ausreichen, müssen die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die Anteilseigner und Gläubiger umgewälzt werden. Die Finanzinstitute können in einer Phase der noch bestehenden Eigenverantwortlichkeit Vorsorgemaßnahmen treffen, um den in einer Krise notwendigen Bedarf an Kapital- und Liquiditätskrisenausstattung zu verkleinern. Insofern gehören solche Vorsorgemaßnahmen zu der eigenverantwortlichen Krisenbekämpfung von Finanzinstituten. Grundsätzlich stehen fünf Optionen zur Umwälzung der Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger zur Verfügung: Zunächst hoheitliche Rechte im Ermessen der Abwicklungsbehörden, bestimmte oder alle Verbind-

⁵⁶² Vgl. Klaus Pannen, Das geplante Restrukturierungsgesetz für Kreditinstitute, ZInsO 2010, 2027.

lichkeiten des Finanzinstituts abzuschreiben und weiterhin die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit entweder hoheitlicher, automatischer oder vertraglicher Auslösung, und, im Falle einer vertraglichen Auslösung, entweder vor oder nach der Insolvenzreife. Bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung vor Eintritt einer Insolvenzreife sind unzweifelhaft der eigenverantwortlichen Krisenplanung zuzuordnen. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung weisen auf die zweifelhafte Attraktivität für die Investoren hin und auf die Konkurrenz zur Kernkapitalbildung. Zumindest sollte die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung nicht verpflichtend für die Finanzinstitute sein oder die möglichen Konsequenz eines Verlustes von Marktvertrauen abgemildert werden durch mehrpreisige Strukturen. Nach hiesigem Dafürhalten sollten bedingte Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung nicht verfügbar sein, weil sie als Auslöser eines Liquiditäts“runs“ auf das Finanzinstitut die Finanzstabilität vermindern und daher kontraproduktiv wirken können. Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen erweitert den Anwendungsbereich eines Reorganisationsverfahrens auf alle Finanzinstitute und um die Möglichkeit der Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital ohne systemisches Gefährdungspotential. Der Eingriffszeitpunkt einer solchen Maßnahme liegt aber so spät, dass eine Umwandlung von Forderungen allenfalls als Krisenlösungsmechanismus geeignet ist.

Im Anschluss an die Betrachtung von der Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren wird im Folgenden der Informationszugang von den Behörden im In- und Ausland und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen von den Finanzinstituten untersucht.

(bb) Der Informationszugang der Behörden im In- und Ausland und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen der Finanzinstitute

Stimmen aus der Politik haben vorgeschlagen, dass die Reorganisations- und Restrukturierungspläne öffentlich gemacht werden. In diesem Unterabschnitt wird unter (aaa) die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Informationen der Reorganisations- und Restrukturierungspläne betrachtet, und unter (bbb) die Verpflichtungen der Auf-

sichtsbehörden zur Weitergabe und Veröffentlichung von erhaltenen Informationen und Vertraulichkeitsprotokolle zwischen den Aufsichtsbehörden und den Finanzinstituten als Maßnahme zur Gewährleistung der Geheimhaltung von erhaltenen Informationen seitens der Aufsichtsbehörden.

(aaa) Die Geheimhaltungsbedürftigkeit der in den Re-organisations- und Restrukturierungsplänen enthaltenen Informationen

Die vertrauliche Behandlung der Reorganisations- und der Restrukturierungspläne ist zunächst aus einer strategischen Unternehmenssicht wichtig, weil die öffentlich gemachten Informationen eine Verteidigung gegen eine feindliche Übernahme unmöglich machen könnten. Ein Bekanntwerden der Detailinformationen etwa über die Vermarktungsfähigkeit einzelner Konzernteile mag das Finanzinstitut oder das jeweilige Tochterunternehmen dem Risiko einer feindlichen Übernahme aussetzen. Die Gefahr einer Übernahme ist in einer Krise besonders hoch, weil der Marktwert der Unternehmensanteile in einer Krise niedriger liegen mag als vor der Krise.

Eine Kenntnis von der Anwendung der Reorganisations- und Restrukturierungspläne mag in den Anfängen einer Krise weiterhin einen „run“ auf das Finanzinstitut⁵⁶³ von privater wie von Firmenkundenseite auslösen, und insbesondere von anderen Finanzinstituten mit der Konsequenz der Ausdünnung der Liquiditätsdecke.

Es wird schließlich diskutiert, ob alle Aspekte eines Abwicklungsplans mit den lokalen Aufsichtsbehörden abgesprochen werden sollten, denn die strategischen Entscheidungen, die die Stärke und die Struktur eines nationalen Finanzmarktes betreffen können, würden gegebenenfalls nicht die Zustimmung der lokalen Aufsichtsbehörden finden. Lokale Aufsichtsbehörden mögen auch weniger einschneidenden Veröffentlichungs*verboten* ausgesetzt sein als die Heimataufsichtsbehörden, und gegebenenfalls sogar Veröffentlichungs*plichten*.

Die Weitergabe von allgemeinen Informationen unterhalb der Schwelle der Weitergabe spezifischer Informationen (general briefing) wird als gerechtfertigt angesehen.

⁵⁶³ British Bankers Association, BBA Response to Commission Staff Working Document on EU Cross-Border Crisis Management Framework, 2 February, 2010, Nr. 7.

Es ist aber offensichtlich, dass ein gutes Urteil gefordert ist, um im Einzelfall angemessen zwischen allgemeinen und spezifischen Informationen unterscheiden zu können. Je näher die Entwicklung einer Krise an die Schwelle heranrückt, wenn eine Unterstützung durch öffentliche Gelder erforderlich ist, desto mehr Informationen müssen den Regierungsvertretern notwendigerweise zur Verfügung gestellt werden.

(bbb) Die Verpflichtungen der Aufsichtsbehörden zur Weitergabe und zur Veröffentlichung erhaltener Informationen und die Vertraulichkeitsprotokolle zwischen den Aufsichtsbehörden und den Finanzinstituten als Maßnahme zur Gewährleistung der Geheimhaltung von erhaltenen Informationen seitens der Aufsichtsbehörden

Im Vereinigten Königreich ist es Aufsichtsbehörden rechtlich nicht möglich, Informationen vor dem Finanzministerium zurückzuhalten. Die Arbeitsablaufbeschreibungen zur Weiterleitung von Informationen an das Finanzministerium des Vereinigten Königreichs ist geregelt in Art. 3, 9 und 12 der „Gateway Regulations“ in den Financial Services and Markets Act (Disclosure of Confidential Information) Regulations 2001. Danach ist eine Informationsweiterleitung zwischen der Financial Services Authority, der Bank of England und Her Majesty's Treasury verpflichtend, wenn der Empfänger diese zu hoheitlichen Zwecken benötigt. Dies stellt die Informationsweiterleitung von der Aufsichtsbehörde an das Finanzministerium des Vereinigten Königreichs sicher. Der Zugang zu den Restrukturierungsplänen für die Finanzministerien im Gegensatz zu den unabhängigen Aufsichtsbehörden erhöht nach diesseitigem Dafürhalten das Risiko, dass die Informationen an die Regierungsvertreter oder die Parlamentsmitglieder weitergegeben werden. Dem britischen Finanzministerium wird nachgesagt, durch die Weitergabe von geheimhaltungsbedürftigen Informationen die Krise um die britische Bank Northern Rock noch verschärft zu haben.

Die Regelungen zur Informationsweitergabe sollten einerseits zwischen einer Weitergabe innerhalb einer Abwicklungs- oder Aufsichtsbehörde (diagonal information sharing) und der Weitergabe von einer Abwicklungs- oder Aufsichtsbehörde an eine andere („L-shape information sharing“) unterscheiden, und andererseits zwischen einer nationalen und einer grenzüberschreitenden Weitergabe von Informationen. Die Informationsbedürfnisse mögen je nach Land und Abwicklungs- oder Aufsichtsbe-

hörde verschieden sein und es mögen unterschiedliche Beschränkungen einer Informationsweitergabe zur Anwendung kommen⁵⁶⁴.

Im Jahre 2011 konsultierte die EU-Kommission die Finanzindustrie zur Frage, ob eine generelle Verpflichtung der Abwicklungsbehörden, Informationen von Instituten vertraulich zu behandeln (bound by the requirements of professional secrecy) genüge. Die Industrievertreter antworteten dahingehend, dass eine Klarlegung dahingehend erforderlich sei, dass die Krisenplanungsinformationen von den nationalen Regelungen, die einen öffentlichen Informationszugang ermöglichen, ausgenommen sein sollten.

Eine Veröffentlichung der Restrukturierungspläne könnte im Vereinigten Königreich gegebenenfalls auf der Basis der Geltendmachung eines öffentlichen Interesses erzwungen werden. Abschnitt 44 des Freedom of Information Act 2000 verpflichtet den Empfänger der Informationen zur Veröffentlichung, wenn nicht schutzwürdige Interessen entgegenstehen, wie beispielsweise die Vertraulichkeit der Informationen. Vertrauliche Informationen dürfen nach Abschnitt 348 des Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) ohne Zustimmung der schutzwürdigen Person nicht weitergegeben werden. Vertrauliche Informationen i.S.d. Bestimmung schließen geschäftliche Informationen ein, die in direkter oder indirekter Weise aufgrund einer hoheitlichen Funktion erhalten wurden. Die Aufsichtsbehörden im Vereinigten Königreich und das britische Finanzministerium scheinen die Informationen aus Reorganisations- und Restrukturierungsplänen als solche vertrauliche Geschäftsdaten anzusehen, aber dies wurde im Rahmen eines öffentlichen Auskunftersuchens noch nicht gerichtlich überprüft.

Die Federal Deposit Insurance Corporation und der Federal Reserve Board haben ausdrücklich die Besorgnis anerkannt, dass eine Veröffentlichung, etwa auf der Basis des US-amerikanischen Freedom of Information Act (FOIA) von Restrukturierungsplänen die Wettbewerbsfähigkeit des betreffenden Unternehmens beeinträchtigen

⁵⁶⁴ Vgl. Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Documents, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, September 2009, recommendation 7, S. 34f.

kann⁵⁶⁵. Konsequenterweise sollte nach diesseitigem Dafürhalten der Vertraulichkeitsverpflichtung nach Abschnitt 112(d)(5)(A) des Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Acts durch eine Einzelfalleinordnung der dargestellten Informationen als vor einer Veröffentlichung geschützten Handelsgeheimnissen⁵⁶⁶ nach Ausnahmetatbestand 4 und 8 des FOIA, 5 U.S.C. 552(b)(4) und 552(b)(8) auf der Basis eines begründeten Ersuchens des betreffenden Instituts Genüge getan werden⁵⁶⁷. Nicht geheimhaltungsbedürftige Informationen sollten nach diesseitigem Dafürhalten in einem zu veröffentlichenden Teil (public section) dargestellt werden. Die US-amerikanischen Finanzinstitute wurden von den US-amerikanischen Aufsichtsbehörden aufgefordert, die Daten zu ihren Derivatestrukturen, die Namen der an der Krisenplanung beteiligten Angestellten, und die Bandbreite möglicher Erwerber auf der Basis öffentlich zugänglicher Daten darzustellen.

Hinzuweisen ist auf das Risiko, dass die geheimhaltungsbedürftigen Aspekte der Pläne von nicht US-amerikanischen Finanzkonzernen, die nach dem auf die Muttergesellschaft anzuwendenden Recht vor der Veröffentlichung geschützt sind, durch die Vernetzung mit dem Plan eines Tochterunternehmens im Landes des Tochterunternehmens öffentlich gemacht werden.

Als vertrauensbildende Maßnahme haben sich die Financial Services Authority, die Bank of England und Her Majesty's Treasury gegenüber den britischen Pilotbanken zur Erstellung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen verpflichtet, durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Informationen nicht durch einen Verstoß gegen gesetzliche Regelungen öffentlich gemacht werden. Insiderlisten werden von den Behörden geführt, um zu dokumentieren, wer was wann

⁵⁶⁵ Board of Governors of the Federal Reserve System (Board) and Federal Deposit Insurance Corporation (Corporation). Final rule. Federal Reserve System, 12 CFR Part 243, [Regulation QQ; Docket No. R-1414], RIN 7100 AD 73, Federal Deposit Insurance Corporation, 12 CFR Part 381, RIN 3064 AD 77, Resolution Plans Required, 13. September/ 17. Oktober 2011, 67326.

⁵⁶⁶ "Trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential" and information that is "contained in or related to examination, operating, or condition reports prepared by, on behalf of, or for the use of an agency responsible for the regulation or supervision of financial institutions".

⁵⁶⁷ Board of Governors of the Federal Reserve System (Board) and Federal Deposit Insurance Corporation (Corporation). Final rule. Federal Reserve System, 12 CFR Part 243, [Regulation QQ; Docket No. R-1414], RIN 7100 AD 73, Federal Deposit Insurance Corporation, 12 CFR Part 381, RIN 3064 AD 77, Resolution Plans Required, 13. September/ 17. Oktober 2011, 67332.

wusste, die Banken müssen vorab zustimmen, bevor die Informationen an die externen Berater der Behörden weitergegeben werden (sofern keine besondere gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht) und die Banken müssen konsultiert werden, bevor die Informationen an die lokalen Aufsichtsbehörden (und nur auf der Basis weiterer Vertraulichkeitsprotokolle) weitergegeben werden. Die organisatorischen Maßnahmen der Vertraulichkeitsprotokolle sind nicht mehr anwendbar, sobald die britischen Aufsichtsregelungen für Reorganisations- und Restrukturierungspläne in Kraft treten und damit die Pilotphase endet. Nachfolgeregelungen zu den organisatorischen Maßnahmen der Vertraulichkeitsprotokolle scheinen nicht in Sicht zu sein. Die betroffenen Finanzinstitute haben nach Abschluss der Pilotphase keinen Verhandlungsspielraum gegenüber den Aufsichtsbehörden mehr. Im Ergebnis sind nach der Auffassung des Verfassers daher Vertraulichkeitsprotokolle zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen zwischen den Finanzinstituten und den Aufsichtsbehörden im Heimatstaat des Finanzkonzerns und in den relevanten Gaststaaten notwendig, um den schutzwürdigen Interessen des Finanzinstituts Rechnung zu tragen. Gesetzliche Vorgaben mögen eine noch größere Rechtssicherheit bieten als Protokolle.

Die durch den Referentenentwurf zur Ergänzung des Referentenentwurfes⁵⁶⁸ neu eingefügten Regelungen des § 3 b Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz und § 9 I Kreditwesengesetz zur Konkretisierung der ansonsten „aufgrund Natur der Sache geltenden“ Verschwiegenheitspflicht zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und zur Abwehr nachteiliger Auswirkungen auf die Stabilisierungsaufgaben der Anstalt mögen insofern als Vorbild für Kodifizierungen dienen.

(ccc) Zwischenergebnis zu dem Informationszugang der Behörden im In- und Ausland und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen von den Finanzinstituten

⁵⁶⁸ Bundesministerium der Justiz/ Bundesministerium der Finanzen, Referentenentwurf zur Ergänzung des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Bearbeitungsstand 08.07.2010, 15:08 Uhr, Zu Artikel 4, § 3b, und entsprechende Begründung.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Vertraulichkeit der Informationen in den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Finanzinstitute ist. Es sollten Protokolle zur Regelung der Informationsweitergabe zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden und den Regierungen verabschiedet werden, bevor die Finanzinstitute verpflichtet werden, ihre Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzulegen. Die Inhaltsanforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten die Rechtslage in den betroffenen Ländern widerspiegeln, nämlich ob ein Risiko einer Veröffentlichungspflicht oder Mitteilungspflicht an andere Behörden, an Regierungsvertreter oder an Parlamentsangehörige besteht.

(cc) Zwischenergebnis zu der Bedienung der nachrangigen Forderungen in den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren und dem Informationszugang der Behörden und seitens der Öffentlichkeit zu den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen

Die Kosten einer Sanierung sind zunächst grundsätzlich von dem Finanzinstitut zu tragen. Sollten die Eigenmittel des Finanzinstituts nicht ausreichen, müssen die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die Anteilseigner und Gläubiger umgewälzt werden. Grundsätzlich stehen fünf Optionen zur Umwälzung der Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger zur Verfügung: Zunächst hoheitliche Rechte im Ermessen der Abwicklungsbehörden, bestimmte oder alle Verbindlichkeiten des Finanzinstituts abzuschreiben und weiterhin die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit entweder hoheitlicher, automatischer oder vertraglicher Auslösung, und im Falle einer vertraglichen Auslösung, entweder vor oder nach der Insolvenzzreife. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Emission bedingter Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung weisen auf die zweifelhafte Attraktivität für Investoren hin, und auf die Konkurrenz zur Kernkapitalbildung. Bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung sollten nicht verfügbar sein, weil sie als Auslöser eines Liquiditäts“runs“ auf das Finanzinstitut die Finanzstabilität vermindern und daher kontraproduktiv wirken können. Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen erweitert den Anwendungsbereich eines Reorganisationsverfahrens auf alle Finanzinstitute und um die Möglichkeit der Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital ohne systemisches Gefährdungspotenti-

al. Der Eingriffszeitpunkt einer solchen Maßnahme liegt aber so spät, dass eine Umwandlung von Forderungen allenfalls als Krisenlösungsmechanismus geeignet ist.

Die Vertraulichkeit der Informationen in den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen ist ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Finanzinstitute. Es sollten Protokolle zur Regelung der Informationsweitergabe zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden und den Regierungen verabschiedet werden, bevor die Finanzinstitute verpflichtet werden, ihre Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzulegen. Die inhaltlichen Anforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollen die Rechtslage in den betroffenen Ländern widerspiegeln, nämlich ob ein Risiko einer Veröffentlichungspflicht oder Mitteilungspflicht an andere Behörden, an Regierungsvertreter oder an Parlamentsangehörige besteht.

(iv) Zwischenergebnis zu den besonderen Umsetzungsschwierigkeiten der Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren

Anreize erscheinen hilfreich, damit die Finanzinstitute eine Firmenstruktur vorhalten, die überschaubar und handhabbar ist. Eine Verpflichtung zu einer Subsidiarisation ist aber nicht hilfreich. Hilfreiche Maßnahmen zur Eindämmung der Konsequenzen der Verknüpfungen und der Verflechtungen über die Rechtseinheits- und Landesgrenzen hinweg sind die Bildung einer elektronischen Datenbank, die Ordnung der Dienstleistungen und der Zulieferer nach den Rechtseinheiten, die Anpassung der Outsourcing- und Zuliefererverträge, um die fortdauernde Leistung in der Krise zu gewährleisten und die Überprüfung der Krisenresistenz der Dienstleister und Zulieferer.

Die fehlende Abstimmung zwischen der grenzüberschreitenden Natur der Aktivitäten und der Struktur internationaler Finanzinstitute einerseits, und der nationalen Natur des existierenden legislativen und aufsichtsrechtlichen Rahmens zum Krisenmanagement andererseits ist das Grundproblem der Krisenmanagement- und Abwicklungsplanverfahren. Dieser Konflikt kann durch einen Souveränitätsverzicht der einzelnen Staaten gelöst werden. Die Wirksamkeit der Vorkehrungen eines Finanzinstituts bleibt begrenzt, so lange keine hinreichende Abstimmung zwischen den Staaten erreicht wurde. Damit die internationalen Krisenlösungsansätze ihre volle Wirksamkeit entfalten können, müssen nationale Abwicklungsregelungen einen Grad an An-

passung erfahren und die Gläubiger gleichbehandelt werden, unabhängig davon, in welchem Staat sie Rechte geltend machen und mit welcher Rechtseinheit sie kontrahiert haben.

Sollten die Eigenmittel des Finanzinstituts für die Kosten einer Sanierung nicht ausreichen, dann müssen die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die Anteilseigner und die Gläubiger umgewälzt werden. Grundsätzlich stehen fünf Optionen zur Umwälzung der Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger zur Verfügung: Zunächst hoheitliche Rechte im Ermessen der Abwicklungsbehörden, bestimmte oder alle Verbindlichkeiten des Finanzinstituts abzuschreiben und weiterhin die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit entweder hoheitlicher, automatischer oder vertraglicher Auslösung, und, im Falle einer vertraglichen Auslösung, entweder vor oder nach der Insolvenzreife. Bedingte Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung sollten nicht verfügbar sein, weil sie als Auslöser eines Liquiditäts“runs“ auf das Finanzinstitut die Finanzstabilität vermindern und daher kontraproduktiv wirken können. Der Eingriffszeitpunkt einer Umwandlungsmaßnahme nach dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen liegt so spät, dass eine Umwandlung von Forderungen allenfalls als Krisenlösungsmechanismus geeignet ist.

Die Vertraulichkeit der Informationen, die in den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen enthalten sind, ist ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Finanzinstitute. Es sollten Protokolle zur Regelung der Informationsweitergabe zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden und Regierungen verabschiedet werden. Die Inhaltsanforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten widerspiegeln, ob ein Risiko einer Veröffentlichungspflicht oder Mitteilungspflicht an andere Behörden, an Regierungsvertreter oder an Parlamentsangehörige besteht.

c) Zwischenergebnis zum zweiten Teil, den Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren im Besonderen

Die Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren meinen im Hinblick auf die eigenverantwortliche Krisenbekämpfung und –bewältigung von Finanzinstituten die Umsetzung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen.

Die Firmenleitung trifft die Entscheidungen, welche Maßnahmen eines Reorganisationsplans zur Krisenbewältigung einzusetzen sind. Die Entscheidung, welches Vorgehen zur Abwicklung eines Finanzinstituts im Rahmen einer Restrukturierung zu wählen ist, treffen letztlich die Aufsichtsbehörden und die Verantwortlichkeit des Finanzinstituts ist darauf beschränkt, die notwendigen Informationen vorzuhalten.

Der wichtigste Beitrag von Sanierungs- und Reorganisationsplänen ist ihr Beitrag zur Erhaltung des Vertrauens, damit das Finanzinstitut zeitnahe und hinreichende Maßnahmen treffen kann, um den Auswirkungen einer Krise vorzubeugen oder sie gar zu vermeiden. Dieses Vertrauen kann nur geschaffen werden, wenn die Finanzinstitute Reorganisations- und Restrukturierungspläne im Vorfeld einer Krise entwickelt haben. Das Kreditwesengesetz begründet keine Pflicht von Kreditinstituten, eigenverantwortliche Reorganisations- und Restrukturierungspläne im Vorfeld einer Krise zu entwickeln. Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten von allen Finanzinstituten gefordert werden. Pläne, die im Vorfeld einer Krise entwickelt werden können lediglich Optionen zur Krisenbewältigung beschreiben. Eine abgestufte, individualisierte und strukturneutrale Vorgehensweise, angepasst an die Risikostruktur und die Komplexität des jeweiligen Finanzinstituts, erscheint als angemessen.

Ein Reorganisationsplan sollte die Kapital- und die Liquiditäts- Maßnahmen für eine systemweite oder institutsbegrenzte Belastung des Finanzinstituts beschreiben, die Risikominimierungsoptionen und die anorganischen Maßnahmen. Der Reorganisations- oder Krisenmanagementplan sollte insbesondere die Einbindung in bestehende Prozesse beschreiben, damit die Ausführbarkeit glaubwürdig wird.

Restrukturierungsverfahren verfolgen entweder das Ziel, den Fortbestand der Firma zu sichern oder stellen auf den Schutz von den Kundenvermögen ab. Die Forderung nach der Darstellung von Interbankrisiken und Derivatepositionen ist problematisch. Abwicklungsmodelle sollten eine Übertragung über ein Wochenende planen. Die fehlende Abstimmung zwischen der grenzüberschreitenden Natur der Aktivitäten und der Struktur internationaler Finanzinstitute einerseits, und der nationalen Natur des existierenden legislativen und aufsichtsrechtlichen Rahmens zum Krisenmanagement andererseits ist das Grundproblem der Krisenmanagement- und Abwicklungs-

planverfahren. Dieser Konflikt kann durch einen Souveränitätsverzicht der einzelnen Staaten gelöst werden.

Eine Verpflichtung zu einer Subsidiarisation ist abzulehnen. Hilfreiche Maßnahmen zur Eindämmung der Konsequenzen der Verknüpfungen und der Verflechtungen über die Rechtseinheits- und Landesgrenzen hinweg sind die Bildung einer elektronischen Datenbank, die Ordnung der Dienstleistungen und der Zulieferern nach den Rechtseinheiten, die Anpassung der Outsourcing- und Zuliefererverträge, um die fortdauernde Leistung in der Krise zu gewährleisten und die Überprüfung der Krisenresistenz von Dienstleistern und Zulieferern. Einschränkungen der Lösungsklauseln sind im Ergebnis nach Auffassung des Verfassers abzulehnen.

Sollten die Eigenmittel des Finanzinstituts für die Kosten einer Sanierung nicht ausreichen, dann müssen die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die Anteilseigner und die Gläubiger umgewälzt werden. Grundsätzlich stehen fünf Optionen zur Umwälzung der Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger zur Verfügung: Zunächst hoheitliche Rechte im Ermessen der Abwicklungsbehörden, bestimmte oder alle Verbindlichkeiten des Finanzinstituts abzuschreiben und weiterhin die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit entweder hoheitlicher, automatischer oder vertraglicher Auslösung, und, im Falle einer vertraglichen Auslösung, entweder vor oder nach der Insolvenzreife. Bedingte Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung sollten nicht verfügbar sein, weil sie als Auslöser eines Liquiditäts“runs“ auf das Finanzinstitut die Finanzstabilität vermindern und daher kontraproduktiv wirken können.

Es sollten Protokolle zur Regelung von Informationsweitergabe zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden und Regierungen verabschiedet werden. Die Inhaltsanforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten die Veröffentlichungspflichten oder Mitteilungspflichten an andere Behörden, an Regierungsvertreter oder an Parlamentsangehörige widerspiegeln.

Zusammenfassung der Ergebnisse zu dem rechtlichen Rahmen für eine eigenverantwortliche Krisenplanung international tätiger Finanzinstitute und dem möglichen Beitrag der Finanzwirtschaft zur Vermeidung und Bewältigung zukünftiger Liquiditäts- und Kreditkrisen in einer Auseinandersetzung mit der Entwicklung des Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes im internationalen Vergleich und in der Abgrenzung zu alternativen Lösungsmodellen

Der Begriff der international tätigen Finanzinstitute umfasst Finanzunternehmen, die konsolidierte Firmen oder Ausgliederungsstrukturen im Ausland unterhalten. Die eigenverantwortliche Krisenplanung umfasst vor allem unternehmensgesteuerte Reorganisations- und Restrukturierungsmaßnahmen zur Abwehr oder als Konsequenz einer erheblichen oder grundlegenden Sanierungsbedürftigkeit.

Die Notwendigkeit einer Krisenplanung ergibt aus der Vernetzung der Finanzinstitute, aus der Laufzeitinkongruenz, den Konzentrationsrisiken und der Hebelwirkung des Finanzinstituts oder aus dem systemrelevanten und schwer ersetzbaren Beitrag eines Finanzinstituts für den jeweiligen Markt. Durch die Anerkennung der Systembedeutsamkeit eines Finanzinstituts wird ein faktischer Bestandsschutz für das Finanzinstitut geschaffen, der zu einem moralischen Dilemma für den betroffenen Staat führt. Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten deshalb von allen Finanzinstituten gefordert werden. Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren meinen im Hinblick auf die eigenverantwortliche Krisenbekämpfung und –bewältigung der Finanzinstitute die Umsetzung von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen.

Im Rahmen der Umsetzung eines G-8 Beschlusses zum Krisenmanagement von Finanzinstituten schlug die EU-Kommission Maßnahmen eigenverantwortlicher Krisenplanung von Finanzinstituten vor. Das deutsche Restrukturierungsgesetz, der britische Financial Services Act und der US-amerikanische Dodd-Frank Act fordern von systemrelevanten Finanzinstituten Reorganisations- und einen Restrukturierungspläne. Der wichtigste Beitrag der Sanierungs- und Reorganisationspläne ist ihr Beitrag zur Erhaltung des Vertrauens. Dieses Vertrauen kann nur geschaffen werden, wenn die Finanzinstitute Reorganisations- und Restrukturierungspläne im Vorfeld einer Krise entwickelt haben. Das Kreditwesengesetz begründet keine solche Pflicht.

Das Trennbankensystem ist inhaltlich abzulehnen, weil es als Krisenvermeidungsinstrument ungeeignet ist. Ohne eine geeignete Berechnungsgrundlage für die Beiträge zu den Rettungs- oder Abwicklungsfonds ist ihre Einführung nicht als Mittel zur Krisenvermeidung und –bekämpfung geeignet. Eine Zuteilung von Mitteln aus einem Abwicklungsfonds nach dem Prinzip, dass die Institute mit dem größtem Risikopotential und der geringsten Risikotoleranz in den Genuss von Geldern kommen sollen, die die gesamte Industrie aufgebracht hat, erscheint ordnungspolitisch bedenklich. Bank- und Transaktionssteuern erscheinen ungeeignet als Mittel der Krisenvorsorge oder –bekämpfung. Im Ergebnis gibt es keine Alternative zu den eigenverantwortlichen Maßnahmen der Finanzinstitute für die Krisenvermeidung oder Krisenbekämpfung.

Die Firmenleitung trifft die Entscheidungen, welche Maßnahmen eines Reorganisationsplans zur Krisenbewältigung einzusetzen sind. Die Entscheidung, welches Vorgehen zur Abwicklung eines Finanzinstituts im Rahmen einer Restrukturierung zu wählen ist, treffen letztlich die Aufsichtsbehörden und die Verantwortlichkeit des Finanzinstituts ist darauf beschränkt, die notwendigen Informationen vorzuhalten.

Die Aufsichts- und die Abwicklungsbehörden sollten verpflichtet sein, ausländische Konkurs-, Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen anzuerkennen. Die fehlende Abstimmung zwischen der grenzüberschreitenden Natur der Aktivitäten und der Struktur internationaler Finanzinstitute einerseits, und der nationalen Natur des existierenden legislativen und aufsichtsrechtlichen Rahmens zum Krisenmanagement andererseits ist das Grundproblem von Krisenmanagement- und Abwicklungsplanverfahren. Dieser Konflikt kann durch einen Souveränitätsverzicht der einzelnen Staaten gelöst werden.

Pläne, die im Vorfeld einer Krise entwickelt werden, können lediglich Optionen zur Krisenbewältigung beschreiben. Im Ergebnis wurde durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen eine Rechtssicherheit für standardisierte Geschäfte geschaffen und die Krisenplanung und –vorsorge für die teilnehmenden Institute für den Konkursfall erleichtert. Der Ansatz zu Reorganisations- und Restrukturierungsplänen sollte konzernweit sein. Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten abgestuft, individualisiert und strukturneutral sein.

Ein Reorganisationsplan sollte Kapital- und Liquiditätsmaßnahmen für eine systemweite oder institutsbegrenzte Belastung des Finanzinstituts sowie Risikominimierungsoptionen und anorganische Maßnahmen beschreiben. Die Freiheit einer Finanzholding, grenzüberschreitend und rechtseinheitsübergreifend rechtzeitige Liquiditätsunterstützung innerhalb des Konzerns zu gewähren, ist die beste Vorsorge, um Liquiditätsschwierigkeiten innerhalb des Konzerns vorbeugen und begegnen zu können. Ein Reorganisations- oder Krisenmanagementplan soll insbesondere die Einbindung in bestehende Prozesse beschreiben, damit die Ausführbarkeit glaubwürdig wird.

Restrukturierungsverfahren verfolgen entweder das Ziel, den Fortbestand der Firma zu sichern oder sie stellen auf den Schutz der Kundenvermögen ab. Die Forderung nach der Darstellung von Interbankrisiken und Derivatepositionen ist problematisch. Abwicklungsmodelle sollten eine Übertragung über ein Wochenende planen.

Eine Verpflichtung zu einer Subsidiarisation ist abzulehnen. Hilfreiche Maßnahmen zur Eindämmung der Konsequenzen der Verknüpfungen und der Verflechtungen über die Rechtseinheits- und Landesgrenzen hinweg sind die Bildung einer elektronischen Datenbank, die Ordnung der Dienstleistungen und den Zulieferer nach den Rechtseinheiten, die Anpassung der Outsourcing- und Zuliefererverträge, um die fortdauernde Leistung in der Krise zu gewährleisten und die Überprüfung der Krisenresistenz der Dienstleister und Zulieferer. Die Einschränkungen von Lösungsklauseln sind im Ergebnis nach der Auffassung des Verfassers abzulehnen.

Sollten die Eigenmittel des Finanzinstituts für die Kosten einer Sanierung nicht ausreichen, dann müssen die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die Anteilseigner und die Gläubiger umgewälzt werden. Grundsätzlich stehen fünf Optionen zur Umwälzung der Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die nachrangigen Gläubiger zur Verfügung: Zunächst hoheitliche Rechte im Ermessen der Abwicklungsbehörden, bestimmte oder alle Verbindlichkeiten des Finanzinstituts abzuschreiben und weiterhin die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit entweder hoheitlicher, automatischer oder vertraglicher Auslösung, und, im Falle einer vertraglichen Auslösung, entweder vor oder nach der Insolvenzreife. Bedingte Pflichtwan-

delanleihe mit vertraglicher Auslösung sollten nicht verfügbar sein, weil sie als Auslöser eines Liquiditäts“runs“ auf das Finanzinstitut die Finanzstabilität vermindern und daher kontraproduktiv wirken können.

Es sollten Protokolle zur Regelung von Informationsweitergabe zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden und Regierungen verabschiedet werden. Die Inhaltsanforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten die bestehenden Veröffentlichungspflichten oder Mitteilungspflichten widerspiegeln.

STELLUNGNAHME

15 Thesen und Grundsätze

1. *Der Sinn und Zweck eines Krisenmanagementplans*
2. *Die Struktur eines Krisenmanagementplans*
3. *Die Reorganisation als ein Kernbestandteil eines Krisenmanagementplans*
4. *Die Restrukturierung als ein Kernbestandteil eines Krisenmanagementplans*
5. *Die von der Forderung, einen Krisenmanagementplan vorzuhalten, betroffenen Institute*
6. *Die Vorbedingungen für die Wirksamkeit eines Krisenmanagementplans*
7. *Die Verantwortlichkeiten für einen Krisenmanagementplan*
8. *Der Zeithorizont für einen Krisenmanagementplan*
9. *Der realistische Erwartungshorizont für einen Krisenmanagementplan*
10. *Die bestehenden Rechtsgrundlagen für einen Krisenmanagementplan*
11. *Die Dokumentation eines Krisenmanagementplans*
12. *Die Alternativen zu den Krisenmanagementplänen*
13. *Die Umgestaltung von Finanzinstituten als eine Konsequenz der Krisenmanagementpläne*
14. *Die Kostenlast von Krisenmanagementplänen*
15. *Die Vertraulichkeit von Krisenmanagementplänen*

Die eigenverantwortlich gesteuerten Reorganisations- und Restrukturierungsverfahren für sanierungsbedürftige internationale Finanzinstitute sollen im Wesentlichen aus einem Krisenmanagementplan des jeweiligen Instituts bestehen.

Der Sinn und Zweck eines Krisenmanagementplans

1. Die Reorganisations- und die Restrukturierungspläne sichern die Krisenwiderstandsfähigkeit und die Krisenbewältigungsfähigkeit der Finanzinstitute. Es ist mindestens ebenso viel Augenmerk zu legen auf die Krisenvorsorge wie auf ihre Bewältigung. Die Vorsorgeplanung der Finanzinstitute sollte ein Bestandteil der Krisenbewältigungskonzepte der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden sein.

Die Struktur eines Krisenmanagementplans

2. Ein Krisenmanagementplan sollte aus zwei Teilen bestehen, einem Reorganisationsplan und einem Restrukturierungsplan. Die Firmenleitung sollte die Entscheidungen treffen, welche Maßnahmen eines Reorganisationsplans zur Krisenbewältigung einzusetzen sind. Die Verantwortung der Firmenleitung für den Restrukturierungsplan hingegen sollte sich auf die Zusammenführung der Informationen über die Struktur der Firma und eine Diskussion der Möglichkeiten, wie die Firma aufgelöst oder transferiert werden kann beschränken.

Die Reorganisation als ein Kernbestandteil eines Krisenmanagementplans

3. Ein Reorganisationsplan sollte im Wesentlichen aus den Bausteinen der Maßnahmen zur Erhaltung und zur Wiederherstellung der erforderlichen und einer angemessenen Kapital- und Liquiditätsbasis bestehen, sowie aus den Liquiditätsnotmaßnahmen, den Risikominimierungsoptionen, den anorganischen Maßnahmen, der Ansteckungskontrolle als den Maßnahmen zur Begrenzung der Auswirkungen einer Krise einer systemwichtigen Vertragspartei, den Auswirkungen einer Krise des Finanzinstituts auf die Stabilität des Finanzmarktes und aus einem strukturierten Mitteilungskonzept.

Die Identifikation der Situationen mit erheblichem Risikopotential für das Finanzinstitut (stress testing) soll helfen, den Kreis der angemessenen Optionen angemessen zu bestimmen und einzugrenzen. Die Stresstestergebnisse stellen demnach einen grundlegenden Baustein für die Reorganisationsplanung dar. Der Kreis der Risikosituationen sollte sowohl Krisen erfassen, deren Wirkung auf das Institut begrenzt sind, als auch solche, die mehrere Institute oder ganze Industriesegmente betreffen.

Die Restrukturierung als ein Kernbestandteil eines Krisenmanagementplans

4. Ein Restrukturierungsplan sollte in die Verantwortlichkeit der Aufsichts- und Abwicklungsbehörden fallen und diesen die notwendigen Basisinformationen und detaillierten Planungsdaten liefern, damit die Aufsichts- und Abwicklungsbehörden wirksame Ausgliederungs- oder Übertragungsmaßnahmen nach den besonderen

Insolvenzverfahren ergreifen können. Ein Restrukturierungsplan sollte benutzt werden, sobald eine Firma die Mindestbedingungen an die Kapital-, Liquiditäts- oder organisatorische Ausstattung nicht mehr erfüllt.

Klarheit muss bestehen über die Zuordnung der Kundenvermögen und das Recht des jeweiligen Finanzinstituts, die Kundenvermögen zu eigenen Zwecken zu verwenden. Ohne eine solche Klarheit kann das Kunden- von dem Bankvermögen nicht verlässlich getrennt und der entsprechenden Berichtspflicht an die Aufsichtsbehörden nicht genügt werden.

Die von der Forderung, einen Krisenmanagementplan vorzuhalten, betroffenen Institute

5. Die Reorganisations- und die Restrukturierungspläne sollten von allen Finanzinstituten gefordert werden und nicht nur von den systemrelevanten Finanzinstituten. Die Reorganisations- und die Restrukturierungspläne sollten auf der Basis der Erhaltung der systemrelevanten Funktionen und Risiken gefordert werden, nicht aber der Systemrelevanz der Institute. Der Kreis der betroffenen Finanzinstitute sollte nicht nur die grenzüberschreitend tätigen sondern auch die lokalen Finanzinstitute einschließen. Alle Arten der Finanzinstitute sollten von den gesetzlichen Vorgaben erfasst werden, inklusive Versicherer, nicht aber die Zweigstellen und die Tochterunternehmen ausländischer Finanzkonzerne. Die Pläne sollten konsolidiert auf einer Finanzkonzernbasis entwickelt werden.

Die Vorbedingungen für die Wirksamkeit eines Krisenmanagementplans

6. Die Wirksamkeit der Vorkehrungen eines Finanzinstituts bleibt begrenzt, so lange nicht ein internationaler rechtlicher und aufsichtsrechtlicher Rahmen für eine Reorganisation oder Restrukturierung geschaffen und eine hinreichende Abstimmung erreicht ist. Internationale rechtliche und aufsichtliche Rahmenbedingungen bedürfen eines Mindestmaßes an Harmonisierung, damit die Pläne wirksam und ein verlässliche Mittel der Krisenbewältigung sein können. Es erscheint unangemessen, wenn die Gesetze und die Aufsichtsbehörden detaillierte Abwicklungspläne von den Finanzinstituten verlangen, solange die Gesetzgeber und die Aufsichtsbehörden nicht die

notwendigen Grundlagen für die Wirksamkeit solcher Pläne durch ein Mindestmaß an Harmonisierung im Vorfeld einer Krise geschaffen haben. Die Reorganisations- und die Restrukturierungspläne sollten von der Heimataufsichtsbehörde genehmigt werden.

Die Verantwortlichkeiten für einen Krisenmanagementplan

7. Die Verantwortlichkeiten für die verschiedenen Aspekte der Krisenprävention, -bekämpfung oder -lösung sind in den verschiedenen Gesetzen und Gesetzesentwürfen unterschiedlich geregelt. Die Einbindung der Finanzinstitute, des Vorstands (und gegebenenfalls der Eigner und Gläubiger), der Aufsichtsbehörden und der Abwicklungsfondsverwalter erscheint angemessen, wobei die Detaillösungen sich an den Notwendigkeiten des jeweiligen nationalen Rechts- und Aufsichtsrahmens orientieren sollten.

Der Zeithorizont für einen Krisenmanagementplan

8. Es erscheint grundsätzlich praxisfern, Abwicklungsmodelle zu entwickeln, die auf einen Zeithorizont von mehreren Monaten für die Abstimmung der beteiligten Parteien und eine gerichtliche Überprüfung abzielen, weil eine Übertragung in der Praxis über ein Wochenende erfolgen sollte, um eine Wertvernichtung zu vermeiden.

Im Gegensatz zu den Abwicklungsmodellen können die Sanierungs- und die Reorganisationspläne nicht über Nacht entwickelt werden, sondern brauchen bis zur Reinform in der Praxis eine Entwicklungszeit von Monaten. Der Grund für diese lange Entwicklungszeit ist darin zu finden, dass, selbst wenn die Krisenbewältigungsmechanismen und die Risikominimierungsverfahren vollständig entwickelt, aktualisiert und dargestellt sind, die Zusammenführung solcher Mechanismen und Verfahren in einen konsolidierten Plan einer komplexen konzerninternen Abstimmung und Genehmigung, gegebenenfalls unter Einbeziehung der Aufsichtsbehörden, bedarf.

Ein weiterer Grund ist, dass fast alle grenzüberschreitend tätigen Finanzinstitute nach Kunden- oder Produktlinien organisiert sind, und nicht nach Rechtseinheiten. Das Unterfangen, einen Sanierungsplan nach Eintreten der Sanierungsbedürftigkeit

zu entwickeln, ist kaum zu bewältigen. Eine Krisenbewältigung erfordert eine rasche und entschiedene Reaktion, die auf umfassenden aktuellen Informationen aufbauen kann. Ein Sanierungsplan sollte daher vor einer Bestandsgefährdung und vor einer Sanierungsbedürftigkeit entwickelt werden.

Der realistische Erwartungshorizont für einen Krisenmanagementplan

9. Notwendigerweise können Sanierungspläne, die im Vorfeld einer Krise entwickelt werden, keine dezidierte Antwort auf die spezifischen Gegebenheiten einer Krise geben, sondern lediglich eine Bandbreite möglicher Aktionen als Optionen zur Krisenbewältigung beschreiben. Dies erscheint nicht nachteilig, weil die Fortentwicklung einer Krise eine Modifizierung oder ein Abgehen der ursprünglich ins Auge gefassten Maßnahmen notwendig machen kann.

Eine detaillierte Diskussion hypothetischer Auflösungs- und Abwicklungsszenarien erscheint nicht hilfreich, weil die Gegebenheiten einer bestimmten Krise, der Grad der Betroffenheit der Märkte, der Kunden und der Wettbewerber nicht vorausgesagt werden kann, und weil die Annahmen der Erfolgsaussichten und der möglichen Erträge durch die Veräußerung von Aktiva notwendig spekulativ bleiben. Es sollten keine Abwicklungsmodelle gefordert werden, solange ihr Wert zweifelhaft ist. Ansonsten besteht das Risiko, dass sich die Aufsichtsbehörden und die Regierungsvertreter in der falschen Sicherheit wiegen, die nächste systemweite Krise könne durch eine rasche Abwicklung eines gescheiterten Finanzinstituts verhindert werden.

Die Pläne sollten individualisiert sein und proportional zum Risikoprofil und zu der Produktstruktur des Finanzinstituts sein. Lösungsklauseln erscheinen nicht durchsetzbar und für angemessene Risikoplanung kontraproduktiv.

Die bestehenden Rechtsgrundlagen für einen Krisenmanagementplan

10. Die Notwendigkeit einer Krisenprävention und Krisenbekämpfung ließe sich gegebenenfalls subsumieren unter die generellen Konzepte der Risikosteuerung, der Risikotragfähigkeit, der Strategie, des Kontrollsystems, des Risikomanagements, der technisch-organisatorischen Ausstattung, des Notfallkonzepts, des Outsourcing, der

Berichtspflichten und dergleichen. Ohne eine Konkretisierung dieser generellen Konzepte wäre aber kein verlässlicher Mindeststandard von Reorganisations- und Restrukturierungsplänen zu erwarten. Die bestehenden gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Regelungen bedürfen daher der Ausfüllung.

Die Dokumentation eines Krisenmanagementplans

11. Es sollte von eigenständigen Berichten an den Vorstand zum Stande der Krisenprävention Abstand genommen werden, weil solche Berichte bei ihrer Drucklegung bereits überholt sind. Ein Geschäftsinformationsbericht in der Form eines virtuellen Datenraums, der direkte Verknüpfungen mit den Arbeitsablaufbeschreibungen und den Daten über die Geschäftsentwicklung bietet, erscheint gegenüber einem eigenständigen Berichten vorzugswürdig.

Die Alternativen zu den Krisenmanagementplänen

12. Die Kapitalisierungsmodelle als Instrumentarium der Aufsichtsbehörden können nicht zum Kreis der eigenverantwortlich gesteuerten Krisenbekämpfungsmechanismen gerechnet werden. Die Kapitalisierungsanforderungen sollten derzeit von den Aufsichtsbehörden nicht generell erhöht werden. Akzeptable Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollten generell dazu führen, dass die Kapital- und die Liquiditätsanforderungen erniedrigt werden. Die Kapitalisierungsanforderungen und die Liquiditätsunterstützung sind Instrumentarien der Aufsichtsbehörden. Die besonderen Insolvenzverfahren greifen erst dann ein, wenn das Finanzinstitut in einer Krise nicht mehr eigenverantwortlich tätig wird. Die Vorgaben des Trennbankensystems, die Abgaben zum Zwecke, einen Krisenfonds zu bilden, sowie die Bank- und die Transaktionssteuern lassen den Finanzinstituten keinen Spielraum für eigenverantwortliche Maßnahmen.

Die Umgestaltung der Finanzinstitute als eine Konsequenz der Krisenmanagementpläne

13. Die rechtliche Struktur eines Finanzinstituts sollte eigenbestimmt bleiben. Die gesetzlichen oder aufsichtsbehördlichen Anreize erscheinen aber hilfreich, damit die

Finanzinstitute eine Firmenstruktur für Krisensituationen vorhalten, die überschaubar und handhabbar ist. Eine Verpflichtung zu einer Subsidiarisation als ein Mittel zur Vereinfachung einer Bankenabwicklung ist nicht hilfreich.

Die Verflechtung und die Vernetzung der Aktivitäten und der Funktionen über die Rechtseinheits- und Landesgrenzen hinweg erscheint sachnotwendig, solange ein weltweiter Handel bestehen soll. Hilfreiche Maßnahmen zur Eindämmung der Konsequenzen der Verflochtenheit in einer Krise sind in Bezug auf die konzerninternen und externen Anbieter von Dienstleistungen die Bildung einer elektronischen Datenbank, die Ordnung der Dienstleistungen und Zulieferer nach Rechtseinheiten, die Anpassung der Outsourcing und Zuliefererverträge um fortwirkende Leistungen in einer Krise zu gewährleisten und die Überprüfung der Krisenresistenz der Dienstleister und Zulieferer.

Eine operationelle Reserve sollte von den Finanzinstituten als eine Maßnahme vorsichtiger Krisenvorsorge gebildet werden. Denkbar wäre es, eine solche Reserve in Staatsschuldverschreibungen zu halten, so dass die Verzinsung und die Liquidität im Krisenfall gewährleistet sind. Das abwicklungsrelevante Personal sollte identifiziert und ein Konzept von Prämien für das Personal für den Krisenfall entwickelt werden. Der Wortlaut der Verträge mit den wichtigen Zulieferern und Dienstleistern sollten angepasst werden, sodass eine vorzeitige Kündigung und eine Vertragsanpassung im Krisenfall ausgeschlossen ist.

Die Kostenlast von Krisenmanagementplänen

14. Grundsätzlich sind die Kosten einer Sanierung zunächst von dem Finanzinstitut zu tragen. Sollten die Eigenmittel nicht ausreichen, müssen die Kosten einer Sanierung oder Restrukturierung auf die Anteilseigner und die Gläubiger umgewälzt werden. Bedenken gegen die Wirksamkeit bedingter Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung werden wegen ihrer zweifelhaften Attraktivität für die Investoren geltend gemacht und wegen ihrer Konkurrenz zur Kernkapitalbildung. Zumindest sollte die Emission bedingter Pflichtwandelanleihe mit vertraglicher Auslösung nicht verpflichtend sein. Nach hiesigem Dafürhalten sollten bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung nicht verfügbar sein, weil sie das Potential haben, als

Auslöser eines Liquiditäts“runs“ auf das Finanzinstitut die Finanzstabilität zu vermindern und dann kontraproduktiv wirken.

Die Vertraulichkeit von Krisenmanagementplänen

15. Krisenmanagementpläne sind marktsensitiv. Die Vertraulichkeit der Informationen in den Reorganisations- und Restrukturierungsplänen ist daher ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Finanzinstitute. Es sollten Protokolle zur Regelung der Informationsweitergabe zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden verabschiedet werden, bevor die Finanzinstitute verpflichtet werden, Reorganisations- und Restrukturierungspläne vorzulegen. Die inhaltlichen Anforderungen an die Reorganisations- und Restrukturierungspläne sollen die Rechtslage in den betroffenen Ländern widerspiegeln, nämlich ob ein Risiko einer Veröffentlichungspflicht oder Mitteilungspflicht besteht.

LITERATURVERZEICHNIS

1. Allen & Overy, US Financial Services Regulatory Update – 8 June 2010, House and Senate Talks on Compromise Regulatory Reform Bill to Start This Week.
2. Association for Financial Markets in Europe, Comment on the HM Treasury consultation paper dated 16 December 2009, Establishing resolution arrangements for investment banks, 19 March 2010.
3. Association for Financial Markets in Europe, Response to HM Treasury IB Consultation, 19.03.10.
4. Bailey, Andrew, Executive Director for Banking Services and Chief Cashier, Bank of England, The Financial Crisis Reform Agenda, Annual International Banking Conference, Merchant Taylor's Hall London, 13 July, 2010.
5. Bachmann, Gregor, Das neue Restrukturierungsrecht der Kreditinstitute, ZBB 2010, 459.
6. Bachmann, Gregor, Stellungnahme zum RestrukturierungsgesetzE, 5.10.2010.
7. Baker, Dean, Center for Economic and Policy Research, zitiert nach Alain Sherter, How Not to Solve the Too Big To Fail Problem, 3. 11. 2009.
8. Bankenfachverband, Referentenentwurf eines Restrukturierungsgesetzes, Artikel 3: Bankenabgabe, (unveröffentlicht).
9. Barclays Capital, Equity research, European banks: Too Big To Fail, Are Large Banks a Problem, 5 January, 2010.
10. Blair, Sheila, Federal Deposit Insurance Corporation Chairman, Remarks at the Institute of International Bankers Conference, New York, 10 November, 2009.
11. Blair, Sheila, Federal Deposit Insurance Corporation Chairman, FDIC urges bank action on living wills, Financial Times, 28 September, 2010.
12. Braithwaite, Tom, FDIV chief says watchdogs „succumbing“ to bank lobby, FT, 21 July, 2010, 5.
13. Braithwaite, Tom, Blow to bank crisis plans, FT 11 October, 2010.
14. Braithwaite, Tom, Democrats concede Tarp is no vote winner, FT, 4 October, 2010.
15. BVerfGE 107, 395.

16. Cable, Vince, speech to London Stock Exchange, 20 July, 2009.
17. Cable, Vince, Financial Times, 14 June, 2010.
18. Boos, Karl-Heinz (Hrsg.), Kreditwesengesetz, 4. Aufl., 2012.
19. Bowles, Sharon, Chair of ECON Committee of the European Parliament, EU Conference on Cross-border Crisis Management, 19 March, 2010.
20. British Bankers Association, BBA Response to Commission Staff Working Document on EU Cross-Border Crisis Management Framework, 2 February, 2010.
21. British Bankers Association, Recovery & Resolution Plans, Some Wider Principles, to FSA, HMT, BoE, 31 March, 2010.
22. British Bankers Association, Response to HMT CP on Resolution Arrangements for Investment Banks, 31 March, 2010.
23. British Bankers Association, Response to CP 10/09.
24. British Bankers Association, Response to FSA CP 11/16, Recovery and Resolution Plans, 9 November, 2011.
25. Bundesverband deutscher Banken, Sanierung von Unternehmen des Finanzsektors, 29.3.2010.
26. Bundesverband deutscher Banken, De facto, Auswirkungen einer möglichen Finanztransaktionssteuer, Januar 2010.
27. Bundesverband Deutscher Banken, Referentenentwurf für ein Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) sowie Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, hier: Anmerkungen zu Artikel 2 (Änderungen des Kreditwesengesetzes), Artikel 3 (Restrukturierungsfondsgesetz), Artikel 4 (Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes), Artikel 7 (Änderung des Einkommensteuergesetzes) und Artikel 13 (Inkrafttreten) sowie zum Verordnungsentwurf, 19. Juli 2010, unveröffentlicht.
28. Bundesverband Öffentlicher Banken, Stellungnahme zu den Referentenentwürfen eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten und zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsgesetz) sowie einer Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute, 19. Juli 2010, unveröffentlicht.

29. Campbell, Andrew, Issues in Cross-Border Bank Insolvency: The European Community Directive on the Reorganization and Winding-Up of Credit Institutions, 2003.
30. Čihák, Martin / Everaert, Luc / Nier, Erlend, International Monetary Fund, Working Paper, The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions – The Case of the European Union, September 2009.
31. Clifford Chance, HM Treasury consults on resolution arrangements for investment banks, Client briefing December, 2009.
32. Davis, David, It's time to let the public hold banks to account, The Independent, 30 December, 2009.
33. Davis, David, Conservative MP and chairman of the Future of Banking (cross-party) Commission, Interview im Telegraph, 3 April 2010.
34. David Polk & Wardwell, Client Memorandum, Collins Amendment – Minimum Capital and Risk-Based Capital Requirements.
35. Davis Polk & Wardwell, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 28 June, 2010.
36. Davis Polk & Wardwell, Summary of Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Passed by the House of Representatives on June 30, 2010, 9 July, 2010.
37. Davis Polk & Wardwell, Client Commentary, Senate-House Conference Agrees on Swap Push-out Rule, 28 June, 2010.
38. Davis Polk & Wardwell, Credible Living Wills Under the U.S. Regulatory Framework, September 19, 2011.
39. Deloitte, Living Wills, Planning for bank recovery and resolution, 1 December, 2009.
40. Deloitte, Positioning for a new financial landscape: Rolling out a recovery and resolution plan, 13 July, 2010.
41. Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Insolvenzrechtsausschuss zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), (gemeinsamer Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums der Finanzen, Stand: 05.07.2010), 27. Juli 2010, unveröffentlicht.

42. Deutsche Bank, DB Research, Plädoyer für einen Finanzsektorstabilisierungsfonds, 10. Mai 2010.
43. Deutsche Börse Group, Stellungnahme zum Referentenentwurf „Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung“ („Restrukturierungsgesetz“) sowie zum Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute („Bankenabgabe“), 19. Juli 2010, unveröffentlicht.
44. Deutsche Bundesbank, Grundzüge des Restrukturierungsgesetzes, Monatsbericht, Juni, 2011.
45. Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Zum Thema: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 19. Juli 2010, unveröffentlicht.
46. [Stellungnahme des] Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) gegenüber dem Bundesministerium der Justiz sowie dem Bundesministerium der Finanzen, Stand: 19. Juli 2010, unveröffentlicht.
47. Deutscher Juristentag, Abteilung Öffentliches und Privates Wirtschaftsrecht, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? 68. Deutscher Juristentag Berlin 2010.
48. Drost, Frank M., Restrukturierungsgesetz ist zu umständlich, Handelsblatt online, 14.2.2011.
49. Davis Polk & Wardwell, Summary of the Restoring American Financial Stability Act, Passed by the Senate on May 20, 2010, May 22, 2010.
50. The Economist, Briefing reforming banking, Base Camp Basel, 23 January 2010.
51. Eidenmüller, Horst, Restrukturierung systemrelevanter Finanzinstitute, Mai 2010..

52. Die Familienunternehmer ASU, Stellungnahme, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Anhörung Bundesfinanzministerium, 22. Juli 2010, 19. Juli 2010, unveröffentlicht.
53. Guerrero, Francesco, JPMorgan eyes growth beyond its US shores, Financial Times, 22. September, 2010.
54. Hellwig, Martin, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung Von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der Aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“ am 6. Oktober 2010, 5. Oktober, 2010, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern.
55. Höche, Thorsten, Das Restrukturierungsgesetz - Neue Wege in der Bankenaufsicht (mit Seitenblicken auf die Schweiz und das Vereinigte Königreich), WM 2011, 49.
56. Höche, Thorsten, Regierungsentwurf für ein Restrukturierungsgesetz - Neue Pfade in der Finanzmarktregulierung, BB 2010, Heft 42, 1.
57. Höche, Thorsten, Restrukturierungsgesetz, Übersicht und Kurzbewertung, 26. Oktober, 2010.
58. Hoelscher, David, and Ingves, Stefan, International Monetary Fund, Bank Restructuring and Resolution, The Resolution of Systemic Banking System Crises, 2006.
59. Hoelscher, David / Quintyn, Marc, Managing Systemic Banking Crises, International Monetary Fund, 28 August, 2003, Occasional Paper 224.
60. Hoelscher, David / Qintin, Marc, (Hrsg.) Managing Systemic Banking Crisis, International Monetary Fund, 2003, A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector, Interim report for the G-20, 16 April, 2010.
61. Huertas, Tom, Vice Chairman, Committee of European Banking Supervisors, Director, Banking Sector, Financial Services Authority (UK), Living Wills: How Can the Concept be Implemented? Remarks before the Conference Cross-Border Issues in Resolving Systemically Important Financial Institutions, 12

- February, 2010, Wharton School of Management, University of Pennsylvania, Philadelphia.
62. Huertas, Tom, Ending Too Big To Fail: Why It Should Be Done and How To Do It, Comments at the Centre for the Study of Financial Innovation, London, 12 May, 2010.
 63. Huertas, Thomas, Vice Chairman, Committee of European Banking Supervisors, and Director, Banking Sector, Financial Services Authority (UK), Policy of too big to fail is too costly to continue, Financial Times March 23, 2010.
 64. Institute of International Finance, Industry Contingent Capital Considerations, Cutting the Knot – An Industry Perspective on Effective Cross-border Resolution, 25 May, 2010.
 65. Institute of International Finance, David Schraa, A Global Approach to Resolving Failing Financial Firms: An Industry Perspective, May, 2010.
 66. Institute of International Finance, Charles Dallara, Letter to Ministers and Governors of the Group of 20, 23 April 2010, A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector: Preliminary Industry Comment.
 67. Institute of International Finance, Systemic Risk and Systemically Important Firms: An Integrated Approach, May, 2010.
 68. Institute of International Finance, A Fair and Substantial Contribution to the Financial Sector: Preliminary Industry Contribution.
 69. Institute of International Finance, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, 22 December, 2009.
 70. Institute of International Finance, Re: European Commission Services' Public Consultation regarding an EU framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 20 January, 2010.
 71. Institute of International Finance, Comments by the Institute of International Finance on the Basel Committee for Banking Supervision's Consultative Documents „Strengthening the Resilience of the Banking Sector“ and „International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring“, April, 2010.
 72. International Swaps and Derivatives Association, Inc., Referentenentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur

- Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 19. Juli 2010, unveröffentlicht.
73. International Swaps and Derivatives Association, International Swaps and Derivatives Organisation Master Agreement (Multicurrency Cross-border), 2002.
 74. Jenkins, Patrick, and Simonian, Haig, Swiss urge bank capital boost, Financial Times, 5 October, 2010.
 75. Kaserer, Christoph, Der neue rechtliche Rahmen zur Restrukturierung von Kreditinstituten, Oktober, 2010, Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft, Position.
 76. Kaserer, Christoph, Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) vom 5. Juli 2010, 26. Juli 2010.
 77. Kester-Häusler-Stiftung, Forschungsinstitut für Bank- und Kapitalanlagerecht, Das neue Restrukturierungsgesetz, 2012.
 78. Kratz, Claudia, Was ist Basel III (Zusammenfassung), Erhöhung der Kapitalausstattung der Banken, Zehn-De, 26.9.2010.
 79. Linklaters, European Commission consultation paper: Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution.
 80. Lynyak, Joseph T. III, "Living Wills" for Bank Holding Companies, Depository Institutions and Foreign Banking Organizations, Client Alert, Pillsbury, November 4, 2011.
 81. Masters, Brooke, Bank „bail-ins“ are best option, says regulator, FT, 5 October, 2010
 82. Masters, Brooke and Jenkins, Patrick, Regulator poised to set tougher capital rules, Financial Times, 22. September, 2010.
 83. Meyer, Heinrich, Kapitalmarktrecht, Restrukturierungsgesetz - Oder: In der Ruhe liegt die Kraft, BB 2011, Heft 2,1.
 84. Miller, Harvey, Weil Gotshal & Manges, Re: October 22, 2009 Hearing on: Too Big to Fail – The Role for Bankruptcy and Antitrust Law in Financial Regulation Reform, 27. Oktober 2009.
 85. Miller, Harvey, Weil Gotshal & Manges, The Creation of The Financial Disaster That Sunk Lehman Brothers, 19 February, 2010.

86. Morrison & Foerster, The Dodd-Frank Act: a cheat sheet.
87. Müller, Albrecht , Die Lüge von der Systemrelevanz, FAZ, 23.11.2011.
88. Müller-Eising, Karsten / Brandt, Tim Oliver / Sinhart, Michael / Lorenz, Mark / Löw, Hans-Peter, Das Banken-Restrukturierungsgesetz, BB 2011, 66.
89. Oakley, David / Murray Brown, John, Irish Face E50bn bank rescue, Financial Times, 1 October, 2010.
90. Obermüller, Manfred / Kuder, Karen, Die Entwicklung der Gesetzgebung zu Bankinsolvenzen, ZInsO 2010, 2016.
91. Ohler, Christoph, Bankensanierung als staatliche Aufgabe, WiVerw 2010, 47.
92. Pannen, Klaus, Das geplante Restrukturierungsgesetz für Kreditinstitute, ZInsO 2010, 2026.
93. Price Waterhouse Coopers, 14 October 2009, Lehman Brothers International (Europe) – Joint Administrators’ progress report for the period 15 March 2009 to 14 September, 2009.
94. Profumo, Alessandro, Europe’s banks need a recovery fund, FT, 12 July 2010, 13.
95. Promontory Financial, Analysis of Funding Mechanisms for Systemic Dissolution Fund, February, 2010.
96. Riethmüller, Tobias, Das Restrukturierungsgesetz im ökonomischen und internationalen Kontext, WM 2010, 2295.
97. Schelo, Sven, Neue Restrukturierungsregeln für Banken, NJW 2011, 186.
98. Schuster, Gunnar / Westpfahl, Lars, Neue Wege zur Bankensanierung - Ein Beitrag zum Restrukturierungsgesetz (Teil I), DB.2011 , 221.
99. Schuster, Gunnar / Westpfahl, Lars, Neue Wege zur Bankensanierung - Ein Beitrag zum Restrukturierungsgesetz (Teil II), DB.2011 , 282.
100. Spetzler, Sophie, Insolvenzrechtsreform und Bankenreorganisation, KTS 2010, 433.
101. Schweizerische Bankiervereinigung, Our Position on your Consultative Document “Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, 31 December, 2009.
102. Smid, Stefan, Kreditsicherheiten in der Insolvenz, 2. Aufl., 2008.
103. Tarullo, Daniel K., at the Symposium on Building the Financial System of the 21st Century, Armonk, New York, March 18, 2010, Toward an Effective Resolution Regime for Large Financial Institutions.

104. Tucker, Paul, Deputy Governor for Financial Stability at the Bank of England, speech at the European Commission Conference, Building a Crisis Management Framework for the Internal Market, Brussels, Resolution of large and complex financial institutions – the big issues, 19 March 2010.
105. United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, In re Lehman Brothers Holding Inc., Report of Anton Valukas, Examiner, March 11, 2010
106. Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Stellungnahme Artikel 1 des Entwurfs zum Restrukturierungsgesetz (KredReorgG), 21 Juli 2010, unveröffentlicht.
107. Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Stellungnahme Artikel 2,3 und 7 des Entwurfs zum Restrukturierungsgesetz, 19. Juli 2010, unveröffentlicht.
108. Verband der Auslandsbanken in Deutschland, Rundschreiben, Anwendungsbereich Bankenabgabe, 25. August, 2010.
109. Weber-Schwidrowski, Andreas, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Staatliche Beihilfe i.S.d. EG-Vertrages, Europa-Institut Saarbrücken EF10-104, 1997.
110. Wessels, Bob, European Insolvency Law: Statutory Scheme or Messy Mixture?, International Insolvency Institute, 6 June 2005.
111. Which? Big Banking debate, Davis, David, The Future of Banking Commission, Report, 9 June 2010.
112. Wiegmann, Rainer, Restrukturierungsgesetz, Veranstaltung am 26.10.2010, Juristische Gesellschaft Ruhr.
113. Wimmer, Klaus, Das Restrukturierungsgesetz für Kreditinstitute, Juris PR – Insolvenzrecht, 17/2010 Anm. 1.
114. Zulauf, Urs, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland-, WM 2010, 1525.

WESENTLICHE GESETZE UND GESETZESENTWÜRFE, EINSCHLISSLICH VON ENTWÜRFEN UND REGELUNGEN VON AUFSICHTSORGANEN, VON STELLUNGNAHMEN VON REGIERUNGEN UND REGIERUNGSKOMMISSIONEN, SOWIE VON INSTITUTIONEN DER EUROPÄISCHEN UNION UND SUPRANATIONALEN ORGANISATIONEN

115. Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, September 2009.
116. Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Strengthening the Resilience of the Banking Sector, December 2009.
117. Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Good Practice Principles on Supervisory Colleges, March, 2010.
118. Basel Committee on Banking Supervision, International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring, December 2009.
119. Basel Committee on Banking Supervision, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, March 2010.
120. Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements, Group of Governors and Heads of Supervision announces higher global minimum capital standards, 12 September, 2010.
121. Basel Committee on Banking Supervision, Global Systemically Important Banks: Assessment Methodology and the Additional Loss Absorbency Requirement, November, 2011.
122. Board of Governors of the Federal Reserve System (Board) and Federal Deposit Insurance Corporation (Corporation). Final rule. Federal Reserve System, 12 CFR Part 243, [Regulation QQ; Docket No. R-1414], RIN 7100 AD 73, Federal Deposit Insurance Corporation, 12 CFR Part 381, RIN 3064 AD 77, Resolution Plans Required, 13. September/17. Oktober 2011.
123. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank (AufsichtsRL) in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.2.2008.

124. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Rundschreiben 15/2009 vom 14. August 2009.
125. Bundesministerium der Justiz, Bundesministerium für Finanzen, Bundesministerium des Innern, Zusammenfassung der Anhörung der Verbände zum Bundesministerium der Justiz / Bundesministerium der Finanzen - Entwurf eines Restrukturierungsgesetzes, 22. Juli 2010, unveröffentlicht.
126. Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium der Finanzen, Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, Referentenentwurf, i.d. Fassung vom August 2009.
127. Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium der Finanzen, Referentenentwurf, Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Bearbeitungsstand 05.07.2010, 16:14 Uhr.
128. Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium der Finanzen, Referentenentwurf zur Ergänzung des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Bearbeitungsstand 08.07.2010, 15:08 Uhr.
129. Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium der Finanzen, Kabinettsbeschlussvorschlag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 20. August, 2010.
130. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Gesetz zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes, Entwurf, Juli 2009.
131. Bundesrat, Drucksache 534/1/10, Empfehlungen der Ausschüsse, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 4.10.2010.

132. Bundesregierung, Antwort auf kleine Anfrage: Zusammenarbeit des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie mit der Großkanzlei Linklaters, 4.9.2009.
133. Bundesregierung, Antwort vom 26.4.2010, Nr. 6, auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Die Linke v. 6.4.2010, Bundestagsdrucksache 17/1330.
134. Bundesregierung, Banken sollen Krisen selbst bewältigen, 25.8.2010.
135. Bundesregierung, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Oktober 2010 zum Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) – BR-Drucksache – Entwurf
136. Bundesregierung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, Drucksache 17/ 5712, 4. Mai 2011.
137. Committee of European Banking Supervisors, CEBS's Response to the European Commission's Communication on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 19 January, 2010.
138. Committee of European Banking Supervisors, CEBS's Advice on the EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 15 June, 2010.
139. Deutscher Bundestag, Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 17/3024, 17/3362 – Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), Drucksache 17/3547, 28. 10. 2010.
140. Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), 27.9. 2010, Drucksache 17/3024, elektronische Vorabfassung, Stand 12.10.2010.

141. Deutscher Bundestag, Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds, für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz, RStruktG), Art. 1, Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (Kreditinstitute - Reorganisationsgesetz – KredReorgG), Art. 2, Änderung des Kreditwesengesetzes (KWG), v. 9.12.2010, verkündet am 14.12.2010, BGBl. I, S. 1900.
142. Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, Drucksache 17/5712, Drucksache 17/7511, 26.10.2011.
143. Deutscher Bundestag, Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 07.12.2011, BGBl. 2011, Teil 1 Nr. 64, S. 2582.
144. DG Internal Market and Services Working Document, Technical Details of a possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, 6 January, 2011.
145. Eckpunktepapier des Bundeskabinetts vom 31.3.2010 für ein Gesetz zur Bankenrestrukturierung und Finanzmarktregulierung.
146. [Auftrag der] Eidgenössischen Räte, Zwischenbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 22.4.2010.
147. [Auftrag der] Eidgenössischen Räte, Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Großunternehmen, 30.9.2010.
148. EG, Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten (geändert durch Richtlinie 2009/44/EG), sowie Art. 25 der Richtlinie 2001/24/EG über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten.
149. EuGH v. 30.5.1991, Rs C 19/90, C 20/90 (Karella/ Karellas).
150. EuGH v. 12.3.1996 Rs C-441/93 (Pafitis).
151. EU - Memorandum of Understanding on Cooperation between Financial Supervisory Authorities, Central Banks and Finance Ministries of the European Union on Cross-Border Stability, 1 June, 2008.
152. European Commission, COM (2009) 561/4, Impact Assessment, Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court

- of Justice and the European Central Bank on an EU Framework for Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 20 October, 2009.
153. European Commission, COM(2010) 254, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank, Bank Resolution Funds, 26.5.2010.
 154. European Commission, COM(2010) 579, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank, An EU Framework Crisis Management in the Financial Sector (unveröffentlichter Entwurf).
 155. European Commission, Internal Market and Services DG, Financial Institutions, Banking and financial conglomerates, Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery, 5 May, 2011.
 156. European Commission, Public Consultation on Derivatives and Market Infrastructures.
 157. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Zentralbank, Ein EU Rahmen für Krisenmanagement im Finanzsektor, 20. Oktober, 2010.
 158. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und die Europäische Zentralbank, Regulierung der Finanzdienstleistungen für nachhaltiges Wachstum, KOM (2010) 301, 2.6.2010.
 159. European Parliament, Ferreira, Elisa, Rapporteur, resolution of 7 July 2010 with recommendations to the Commission on Cross-Border Crisis Management in the Banking Sector, 7 July, 2010.
 160. Federal Deposit Insurance Corporation, Part 360 – Resolution and Receivership Rules, Federal Register, Vo. 75, No.94, 27464, 17. Mai 2010.
 161. Federal Deposit Insurance Corporation, Notice of proposed rulemaking, Special Reporting, Analysis and Contingent Resolution Plans at Certain Large Insured Depository Institutions, Supplementary Information, III, Paperwork Reduction Act.

162. Financial Markets Law Committee, Issue 140 – Unsettled OTC Trades, September 2009.
163. Financial Services Authority, CP 10-3, Effective Corporate Governance, 15/03/10.
164. Financial Services Authority, CP 10-09, Enhancing the Clients Assets Sourcebook, March, 2010.
165. Financial Services Authority, Consultation Paper CP11/16, Recovery and Resolution Plans, August, 2011.
166. Financial Services Authority, RRP Guidance pack for firms, CP11/16, August 2011.
167. Financial Services Authority, Draft Handbook text, CP11/16, August, 2011.
168. Financial Services Authority, The Turner Review, A regulatory response to the global banking crisis, March, 2009.
169. Financial Stability Board, Principles for Cross-Border Cooperation on Crisis Management, 2 April, 2009.
170. Financial Stability Board, International Monetary Fund and Bank for International Settlements, Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations, October, 2009.
171. Financial Stability Board, International Monetary Fund and Bank for International Settlements, Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations - Background Paper, October, 2009.
172. Financial Stability Board, Overview of Progress in the Implementation of the G20 Recommendations for Strengthening Financial Stability, 18 June, 2010.
173. Financial Stability Board, Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions, 4. November, 2011.
174. Financial Stability Board, Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision, Recommendations for enhanced supervision, 2 November 2010.
175. [Report of the] Financial Stability Board to G20 Leaders.
176. Financial Stability Board, Reducing the moral hazard by systemically important financial institutions, Interim report to G20 Leaders, 18 June, 2010.
177. Financial Stability Board, Reducing the moral hazard by systemically important financial institutions, FSB Recommendations and Time Lines, 20 October, 2010.

178. Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011.
179. G20, abschließende Beschlussfassung: Toronto Summit Update, June 26-27, 2010, Annex 2.
180. G20, abschließende Beschlussfassung: Pittsburgh Summit Update, September 24-25, 2009.
181. G20, the G20 Seoul Summit Leaders' Declaration, November 11 – 12, 2010.
182. G20, The Seoul Summit Document, November 11 – 12, 2010.
183. G20, Cannes Summit Final Declaration, 18 November, 2011.
184. Group of Thirty, Enhancing Financial Stability and Resilience, Macroprudential Policy, Tools, and Systems for the Future, October, 2010.
185. House of Commons, Treasury Committee, Too important to fail - too important to ignore, Ninth report of Sessions 2009-10, 22 March, 2010.
186. HM Treasury, Consultation Paper, Establishing resolution arrangements for investment banks, December, 2009.
187. HM Treasury, Resolution of investment banks: summary of consultation responses, July, 2010.
188. HM Treasury, Special administration regime for investment firms, Consultation paper, September 2010.
189. Independent Commission of Banking, Issues Paper, Call for Evidence, September 2010.
190. Independent Commission on Banking, Final Report, Recommendations, September, 2011.
191. International Monetary Fund, A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector, Interim Report for the G-20, Meeting of the G-20 Ministers, April 2010, 16 April 2010.
192. International Monetary Fund, Financial Sector Assessment Program Update, Germany, Crisis Management Arrangements, Technical Note, July 2011.
193. International Monetary Fund, The Role of the Fund in reshaping the Financial Sector landscape, Keynote remarks by Min Zhu, Special Adviser to the Managing Director, 3 June 2010.
194. US Congress, The Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009, An Act to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too-big to fail", to

protect the American taxpayer by ending bail-outs, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes, effective 21 July, 2010.

195. US Federal Deposit Insurance Corporation, Resolution and Receivership Rules, 11.5.2010.
196. US House of Representatives Bill 4173 "Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009" vom 11.12.2009.
197. US Senate Bill "Restoring American Financial Stability Act" vom 20.5.2010.