



Das neue Sonderinsolvenzrecht für Banken: die richtige Antwort auf die Finanzmarktkrise in Europa?

Dr. Rüdiger Theiselmann, LL.M oec. / Dr. Michael Burkert, LL.M.

Das am 1. 1. 2015 in Kraft tretende Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) als Sonderinsolvenzrecht für Banken soll im Rahmen des Single Resolution Mechanism (SRM) zukünftige Finanzmarktkrisen vermeiden oder zumindest eindämmen. Das SAG ermöglicht radikale Abwicklungsmaßnahmen, um eine systemische Bankenkrise sowie die Beteiligung der Steuerzahler an den Kosten für die Stabilisierung von Banken zu vermeiden. Stattdessen sollen diejenigen Beteiligten Sanierungsbeiträge leisten bzw. Verluste tragen müssen, die Eigentümer oder Gläubiger einer Bank sind, wobei Ausnahmen für Sparer/ Einleger gelten.

Dieser Beitrag beleuchtet die wesentlichen Neuerungen des SAG mit Blick auf den Zeitraum vor Eintritt eines Krisenfalls, gefolgt von einem Überblick der vier Abwicklungsinstrumente mit vertiefter Darstellung des „Bail-in“. Abschließend wird ein Ausblick auf die Sanierung und Abwicklung von Banken gegeben.

I. Einleitung

Unter dem prägenden Eindruck der Finanzmarktkrise in den Jahren ab 2007 verfolgt der Gesetz- bzw. Richtlinienggeber mit dem SAG die folgenden Ziele:

- ▶ Systemische Krisen müssen beherrschbar gemacht werden.
- ▶ Kosten für die Rettung von Finanzinstituten dürfen nicht mehr vom Steuerzahler getragen werden.

Ob sich diese hochgesteckten Ziele erreichen lassen, werden künftige Praxisfälle zeigen. Allerdings besteht bereits jetzt ausreichend Anlass, die Möglichkeiten dieses Sonderinsolvenzrechts überwiegend positiv zu würdigen.

II. Sanierungspläne

Geschäftsleiter, Aufsichtsräte und Gesellschafter von Kreditinstituten beschäftigten sich in der Vergangenheit mit Sanierungs- oder Insolvenzthemen regelmäßig nur dann, wenn das betreffende Institut sich wirtschaftlich in einem derart desolaten Zustand befand, dass sie ihre Interessen bedroht sahen. Dies wird sich mit der Einführung des SAG zum 1.1.2015 ändern. Denn es zwingt zur Auseinandersetzung mit der möglichen Restrukturierung oder Abwicklung bereits im „Normalbetrieb“, also fernab von Krisenindikatoren.

Damit sind die sogenannten Sanierungspläne angesprochen, in denen das Institut gemäß § 12 Abs. 1 SAG darzulegen hat, mit welchen von ihm zu treffenden Maßnahmen die finanzielle Stabilität gesichert oder wiederhergestellt werden kann, falls sich seine Finanzlage wesentlich verschlechtert und diese Verschlechterung zu einer Bestandsgefährdung führen kann. Dabei knüpft das Merkmal der Bestandsgefährdung in § 63 Abs. 1 SAG an die Voraussetzungen zur Aufhebung einer Erlaubnis nach § 32 KWG (Nr. 1), die (drohende) Nichtdeckung der Verbindlichkeiten mit Vermögenswerten (Nr. 2) sowie die (drohende) Zahlungsunfähigkeit (Nr. 3) an. Legt das Institut einen mangelhaften Sanierungsplan vor, drohen ihm nach § 16 SAG massive Sanktionsmaßnahmen. Diese können einen äußerst weitgehenden Eingriff in den originären Pflichtenkreis des Geschäftsleiters zur Folge haben, und u. a. vorsehen, dass er das Risikoprofil einschließlich des Liquiditätsrisikos zu verringern hat – beispielsweise durch die Ersetzung von weniger liquiden durch hochliquide Vermögenswerte.

Welche Bedeutung der Sanierungsplan haben wird, unterstreicht auch § 13 Abs. 5 SAG. Danach zeichnet jeder Geschäftsleiter – und zwar unabhängig von einer internen Zuständigkeitsregelung – für die Erstellung,

die Implementierung und die Aktualisierung des Sanierungsplans sowie für dessen Umsetzung im Krisenfall verantwortlich. Zur Aufgabe jedes betroffenen Bankenvorstands gehört es somit, die Inhalte des Sanierungsplans in die Geschäftsprozesse sowie die Risikosteuerungs- und Risikocontrollingprozesse des Instituts zu integrieren. Dazu gehören auch die Überwachung der den Sanierungsfall auslösenden Indikatoren sowie die Verankerung des damit verbundenen Eskalations- und Informationsprozesses.

Ob der Sanierungsplan seinen vom Gesetzgeber formulierten Zweck als „Krisenfahrplan“ erreichen wird, lässt sich schwer einschätzen, da der Krisenverlauf meist nicht abschließend planbar ist. Allerdings dürfte die eindeutige mitunter gesetzlich statuierte Verantwortung der Geschäftsleiter insofern zu einer Disziplinierung führen, als diese sich eingehend mit dem operativen Geschäft und internen Strukturen mit Blick auf eine mögliche Sanierung beschäftigen müssen. Damit wird einem Phänomen Einhalt geboten, welches in der Restrukturierungspraxis vor allem bei großen Unternehmen zu erheblichen Problemen und letztlich zu Wertvernichtung führt. Auch ein Arzt kann die Gesundheit („Sanierung“) seines Patienten nachhaltig nur dann herbeiführen, wenn er seinen Patienten vorher eingehend untersucht hat („Kenntnis“). Nur so ist er in der Lage, die passende Therapie („Maßnahmen“) einzuleiten.

III. Abwicklungsinstrumente

Liegen die Abwicklungsvoraussetzungen gemäß §§ 62, 64 SAG vor, so stehen der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA) als Abwicklungsbehörde vier Abwicklungsinstrumente zur Verfügung:

- ▶ Veräußerung der Bank
- ▶ Übertragung von Vermögenswerten auf ein Brückeninstitut
- ▶ Übertragung von Vermögenswerten auf eine Verwaltungsgesellschaft
- ▶ Herunterschreibung oder Wandlung von Forderungen in Eigenkapital (Bailin)

Diese Maßnahmen können allesamt als Verwaltungsakt i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG ergehen und bedürfen somit nicht einer Zustimmung der Geschäftsleiter, der Gesellschafter oder der Gläubiger der Bank.

1. Instrumente mit dem Erfordernis eines weiteren/ neuen Rechtsträgers

Ein mögliches Sanierungsinstrument ist die Unternehmensveräußerung. Unabhängig davon, ob sie als Asset Deal oder Share Deal ausgestaltet ist, erfordert dies ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren mit der FMSA in der Rolle der Verkäuferin. Dabei kann die



FMSA die bestehenden Verbindlichkeiten einem Schuldenschnitt unterziehen, um einen Sanierungsbeitrag der Fremdkapitalgeber zu erzwingen. Die erforderliche Zustimmung zum Erwerb wird der übernehmende Rechtsträger hiervon abhängig machen.

Auf das Brückeninstitut werden die systemrelevanten Vermögenswerte und Verbindlichkeiten der Bank übertragen sowie deren Anteile oder Vermögenswerte nach einer Phase der Stabilisierung am Markt weiterveräußert. Brückeninstitute können nach § 61 SAC vom Restrukturierungsfonds gegründet und für den Krisenfall vorgehalten werden.

Auf eine Verwaltungsgesellschaft werden Vermögenswerte übertragen, wenn die Verwertung der betreffenden Gegenstände angesichts der Lage auf dem Markt negative Auswirkungen auf den Finanzmarkt hätte und die Übertragung erforderlich ist, um die entsprechenden Verwertungserlöse zu maximieren.

Diese Abwicklungsinstrumente haben gemein, dass ihre Anwendung im Hinblick auf die rechtswirksame Übertragung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten auf den anderen Rechtsträger komplex und risikobehaftet ist. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn sich die Übertragung nicht nach dem Recht eines Mitgliedstaats, sondern dem eines Drittstaats richtet und die Anerkennung der Maßnahme einer nationalen Behörde durch das Gericht eines solchen Drittstaats nicht gesichert ist. Daher ist die Anwendbarkeit dieser Instrumente eingeschränkt, in Einzelfällen mögen sie dennoch sinnvoll sein.

2. Das „Bail-in“-Instrument

In der Praxis erheblich bedeutsamer wird die durch die FMSA vorzunehmende Zuweisung von Verlusten (oder positiv formuliert: die Zuweisung von Sanierungsbeiträgen) durch Anteilshaber und Fremdkapitalgeber sein. Dabei muss das Kreditinstitut – wiederum fernab von Krisenindikatoren – einen Mindestbetrag von Verbindlichkeiten und relevanten Kapitalinstrumenten – per definitionem bestehend aus zusätzlichem Kernkapital und Ergänzungskapital – vorhalten, der im Krisenfall die Anwendung des „Bail-in“ in seinen zwei Ausprägungen ermöglicht: der Herunterschreibung oder der Wandlung dieser Titel in Eigenkapital – beides auch gegen den Willen der Beteiligten.

a. Herunterschreibung

Im Verhältnis dieser Varianten zueinander ist zu beachten, dass zunächst eine Herunterschreibung in dem Umfang zu erfolgen hat, bis der Nettovermögenswert null erreicht. Dies ist der Fall, wenn die Vermögenswerte der Aktivseite gerade noch ausreichen, um alle Verbindlichkeiten der Passivseite zu decken. Somit ist sichergestellt, dass all die Anteilshaber und Fremdkapitalgeber aus der Gesellschaft kompensationslos ausscheiden bzw. ihre Investition verlieren, die bei Durchführung eines hypothetischen Insolvenzverfahrens – also bei der Erlösverteilung nach Verwertung des Aktivvermögens – mit keinerlei Zahlungen zu rechnen hätten.

Die Insolvenzhaftungskaskade wird dabei der Reihe nach abgearbeitet: Zunächst werden das harte Kernkapital (Anteile), daraufhin das zusätzliche Kernkapital und das Ergänzungskapital herangezogen. Erst nach erschöpfender Belastung dieser Gruppen müssen auch klassische Fremdkapitalgeber aufgelaufene Verluste tragen, bis der Nettovermögenswert null erreicht. Liegt er bereits bei null, darf eine Herunterschreibung nicht erfolgen.

b. Wandlung

In einem zweiten Schritt werden die stehen gebliebenen Forderungen oder auch relevanten Kapitalinstrumente – soweit noch vorhanden – in hartes Eigenkapital gewandelt, um das Kreditinstitut mindestens so zu kapitalisieren, dass die aufsichtsrechtlich geforderten Eigenkapitalanforderungen erfüllt werden können. Um ausreichendes Marktvertrauen herzustellen, darf die Abwicklungsbehörde über diesen Wert auch hinausgehen.

Kapital sowie Fremdkapitaltitel durch hoheitliche Anordnung der Abwicklungsbehörde herunterzuschreiben oder zu wandeln, soll Marktdisziplin durchsetzen. Denn auf diese Weise lassen sich die ökonomischen Ergebnisse eines Insolvenzverfahrens mit den entsprechenden Verlustzuweisungen nachzeichnen, ohne durch die Insolvenz eines Kreditinstituts der Gefahr eines systemischen Risikos zu nahe zu kommen. Aus diesem Grunde dürfte die Abwicklungsbehörde das ihr eingeräumte Ermessen nach § 91 SAC über Ausnahmen von der Verlustbeteiligung auch möglichst restriktiv handhaben. Das ökonomische Ergebnis wird zudem insofern nachgezeichnet, als dass Sicherungsgläubiger und Einleger geschützt sind.

IV. Ausblick

In Zukunft können sich weder Geschäftsleiter, Aufsichtsräte, Anteilshaber noch Gläubiger darauf verlassen, im Notfall auf den Staat bzw. den Steuerzahler als lender of last resort zurückgreifen zu können. Die mögliche Abwicklung eines Kreditinstituts muss im Bewusstsein dieser Personengruppen derart verankert sein, dass jegliche Entscheidungen an den Bedürfnissen der Bank im Hinblick auf ihre Sanierungs- sowie Abwicklungsfähigkeit zu messen sind.

Der Gesetz- bzw. Richtliniengeber war weitgehend kompromisslos und hat aus der vergangenen Bankenkrise konsequente Schlussfolgerungen gezogen. Die verpflichtende Erstellung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen, die kompensationslose Einziehung von Anteilen und die Wandlung in Eigenkapital – notfalls auch gegen den Willen aller Beteiligten – stellen eine Zäsur im Bereich des Restrukturierungs- bzw. Insolvenzrechts dar. Erweisen sich diese Instrumente in praxi als wirksam, so könnten diese Neuerungen durchaus Schule machen und auch außerhalb des Bankensektors zum Einsatz kommen.

Lesen Sie in der nächsten Folge: Teil 2: Das Zahlungsverbot

Zu den Personen



Dr. Rüdiger Theiselmann, LL.M. oec. ist Rechtsanwalt und Executive Partner in der auf Restrukturierungen und Insolvenzen spezialisierten Sozietät WELLENSIEK Rechtsanwälte. Zuvor war er mehr als acht Jahre für die Commerzbank AG tätig, zuletzt als Head of Corporate Center im Bereich Corporate Finance. Er ist zudem Lehrbeauftragter an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.



Dr. Michael Burkert, LL.M. ist Rechtsanwalt in der auf Restrukturierungen und Insolvenzen spezialisierten Sozietät WELLENSIEK Rechtsanwälte. Er ist außerdem Dozent an der Frankfurt School of Finance & Management im Studiengang „Bankfachwirt“.

Sonderdruck des Artikels, der im „Audit Committee Quarterly IV/2014“ erschien; Herausgeber: Audit Committee Institute e.V., assoziiert mit der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft