

ROMAN ANDRÉ KOWOLIK

# Das Bail-in-Instrument

*Schriften zum  
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht  
56*

---

**Mohr Siebeck**

# Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

56





Roman André Kowolik

# Das Bail-in-Instrument

Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung bei der  
Abwicklung systemrelevanter Banken

Mohr Siebeck

*Roman André Kowolik*, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft und Regionalstudien Asien/Afrika an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2013 Erstes juristisches Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Humboldt-Universität zu Berlin; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bremen; 2017 Promotion; 2018 LL.M. an der Cornell Law School, USA; derzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Mannheim und Referendar in Berlin.

orcid.org/0000-0001-5691-9081

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch-Gedächtnis-Stiftung, Hamburg und der Stiftung Geld und Währung, Frankfurt am Main

ISBN 978-3-16-156236-5 / eISBN 978-3-16-156237-2

DOI 10.1628/978-3-16-156237-2

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Meiner Mutter und meinem Vater*



## Vorwort

Dieses Buch beschäftigt sich mit einer der spannendsten Entwicklungen im Recht, die in den letzten Jahren zu beobachten war: die Entstehung des Bankabwicklungsrechts. Die Arbeit wurde im Herbsttrimester 2017 von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Das Rigorosum fand am 18. Dezember 2017 statt. Die Dissertation entstand im Kern zwischen Anfang 2014 und Frühjahr 2017, berücksichtigt aber gleichwohl Rechtsentwicklungen und rechtswissenschaftliche Beiträge bis einschließlich Juli 2018. Ich bin meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Rüdiger Veil für die Betreuung der Arbeit und seine Unterstützung in andere Belangen zu großem Dank verpflichtet. Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Die Dissertation wurde durch ein Promotionsstipendium der Konrad-Adenauer-Stiftung finanziell gefördert. Durch die Menschen, die ich in dieser Zeit kennenlernen, und die Erfahrungen, die ich in dieser Zeit machen durfte, bin ich der Stiftung in tiefer Dankbarkeit verbunden. Darüber hinaus gebührt der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg und der Stiftung „Geld und Währung“ großer Dank für die großzügige finanzielle Förderung bei der Verlegung der Arbeit.

Eine Dissertation zu verfassen ist kein leichtes Unterfangen. Am Anfang steht man bildlich gesprochen auf einer Anhöhe der Motivation und Faszination über das gewählte Thema. Das Ringen um den erfolgreichen Abschluss einer solchen Forschungsarbeit wird aber nicht auf dieser Anhöhe, sondern in der Tiefe der Ebene, in der langen und erschöpfenden Detailarbeit gewonnen. Dies wäre mir ohne die Unterstützung zahlreicher Menschen so nicht möglich gewesen. Einen großen Anteil am Erfolg dieser Arbeit hat Tim Engel, für dessen außerordentlich konstruktive Kritik und stete Bereitschaft zur Auseinandersetzung mit meinen Gedanken ich sehr tiefe Dankbarkeit empfinde. Großer Dank gebührt auch Nicholas Palenker, der meine Forschung mit zahlreichen Anregungen und Ideen bereichert hat. Ich danke ebenfalls Johannes Ulrich und meinem Bruder Alexander Kowolik für ihre stets unermüdliche Unterstützung sowie Prof. Dr. Matthias Wendel und Dr. Sebastian Leuschner für den fruchtbaren fachlichen Austausch am Walter Hallstein-Institut.

Berlin, August 2018

Roman André Kowolik



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
<b>Einführung . . . . .</b>	<b>1</b>
Teil 1: Anlass der Untersuchung – vom Bail-out zum Bail-in . . . . .	1
Teil 2: Zielsetzung und Gang der Untersuchung . . . . .	3
<b>Kapitel 1: Das Bail-in-Instrument – Eine Einordnung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung . . . . .</b>	<b>7</b>
Teil 1: Sonderregime für Bankinsolvenzen . . . . .	7
§ 1 Strukturelle Fragilität des Bankgeschäfts . . . . .	8
§ 2 Systemrelevanz des Bankgeschäfts . . . . .	9
§ 3 Entwicklungsstufen eines Sonderinsolvenzrechts . . . . .	12
Teil 2: Ausgestaltung und Einhegung in die deutsche Rechtsordnung . . . . .	17
§ 1 Verhältnis von BRRD, nationalem Recht und SRM-VO . . . . .	17
§ 2 Kerninstrumente des Abwicklungsregimes . . . . .	21
§ 3 Das Bail-in-Instrument de lege lata – ein Überblick . . . . .	30
Teil 3: Begriffliche Abgrenzung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung . . . . .	50
§ 1 Eigenständiges Instrument zur Wiederherstellung einer marktgerechten Lastenverteilung . . . . .	51
§ 2 Zentralisierung der Entscheidungsgewalt . . . . .	53
§ 3 Beschränkung auf die Abwicklung systemrelevanter Banken . . . . .	65
Teil 4: Ergebnis und Schlussfolgerungen für den weiteren Gang der Untersuchung . . . . .	81

Kapitel 2: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Vermeidung systemweiter Ansteckungseffekte . . . . .	83
Teil 1: Einzelfallunabhängige Ausnahmetatbestände . . . . .	84
§ 1 Ausnahmetatbestände . . . . .	85
§ 2 Reduktion zielaverser Instrumentalisierungspotentiale . . . . .	95
§ 3 Zwischenfazit . . . . .	103
Teil 2: Befugnisse zur Haftungsausnahme im Einzelfall . . . . .	104
§ 1 Erfordernis von Ausnahmebefugnissen . . . . .	106
§ 2 Normative Anforderungen an die Ausnahmeentscheidung und Verlustdistribution . . . . .	115
§ 3 Sicherung einer aufgabengerechten Informationsgrundlage . . . . .	162
Teil 3: Ergebnis . . . . .	190
 Kapitel 3: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Gläubigerschutz . . . . .	 193
Teil 1: Schutzbestimmungen . . . . .	193
§ 1 Kapitallücke und Umwandlungssatz . . . . .	193
§ 2 Haftungsausnahmen . . . . .	198
§ 3 Haftungskaskade . . . . .	200
§ 4 Par conditio creditorum . . . . .	203
§ 5 No-creditor-worse-off-Grundsatz . . . . .	205
Teil 2: Mechanismen zur Durchsetzung der Schutzbestimmungen . . . . .	207
§ 1 Rechtsschutz bei Verletzung normativer Beschränkungen . . . . .	208
§ 2 No-creditor-worse-off-Grundsatz . . . . .	218
§ 3 Korrekturbedarf durch endgültige Ex-post-Bewertung . . . . .	232
Teil 3: Ergebnis . . . . .	234
 Schlussbetrachtung . . . . .	 235
Teil 1: Einordnung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung . . . . .	235
Teil 2: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Vermeidung systemweiter Ansteckungseffekte . . . . .	237
Teil 3: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Gläubigerschutz . . . . .	241
 Literatur- und Quellenverzeichnis . . . . .	 245
Sachregister . . . . .	263

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
<b>Einführung . . . . .</b>	<b>1</b>
Teil 1: Anlass der Untersuchung – vom Bail-out zum Bail-in . . . . .	1
Teil 2: Zielsetzung und Gang der Untersuchung . . . . .	3
<b>Kapitel 1: Das Bail-in-Instrument – Eine Einordnung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung . . . . .</b>	<b>7</b>
Teil 1: Sonderregime für Bankinsolvenzen . . . . .	7
§ 1 Strukturelle Fragilität des Bankgeschäfts . . . . .	8
§ 2 Systemrelevanz des Bankgeschäfts . . . . .	9
§ 3 Entwicklungsstufen eines Sonderinsolvenzrechts . . . . .	12
Teil 2: Ausgestaltung und Einhegung in die deutsche Rechtsordnung . . . . .	17
§ 1 Verhältnis von BRRD, nationalem Recht und SRM-VO . . . . .	17
§ 2 Kerninstrumente des Abwicklungsregimes . . . . .	21
A. Abwicklungsplanung . . . . .	21
B. Abwicklungsverfahren . . . . .	22
I. Abwicklungsvoraussetzungen . . . . .	23
II. Abwicklungsinstrumente . . . . .	24
III. Abwicklungsfinanzierungsmechanismus . . . . .	27
§ 3 Das Bail-in-Instrument de lege lata – ein Überblick . . . . .	30
A. Zuständigkeit für die Anwendung des Bail-in-Instruments . . . . .	31
B. Anwendungsmöglichkeiten . . . . .	33
I. Rekapitalisierung der abzuwickelnden Bank . . . . .	33
II. Verknüpfung mit anderen Abwicklungsinstrumenten . . . . .	34
III. Verhältnis von Abschreibung und Umwandlung . . . . .	36
C. Anwendungsbereich . . . . .	38

D. Abgrenzung zur Abschreibung und Umwandlung relevanter Kapitalinstrumente . . . . .	40
E. Rechtstechnik der Abschreibung und Umwandlung . . . . .	42
I. Hoheitliche Handlungsform und Verdrängung privatrechtlicher Vorgaben . . . . .	42
1. Abschreibung . . . . .	43
2. Umwandlung . . . . .	44
a) Umwandlungsbefugnis der Abwicklungsbehörde . . . . .	44
b) Rechtsformspezifische Sonderfälle . . . . .	46
II. Rechtsgestaltende Umsetzung im SRM . . . . .	49
Teil 3: Begriffliche Abgrenzung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung	50
§ 1 Eigenständiges Instrument zur Wiederherstellung einer marktgerechten Lastenverteilung . . . . .	51
§ 2 Zentralisierung der Entscheidungsgewalt . . . . .	53
A. Mitwirkungserfordernisse beim Debt-Equity-Swap . . . . .	54
I. Debt-Equity-Swap außerhalb eines Insolvenzverfahrens . . . . .	55
II. Wandelschuldverschreibung . . . . .	58
III. Debt-Equity-Swap innerhalb eines Insolvenzverfahrens . . . . .	60
IV. Debt-Equity-Swap innerhalb eines Reorganisationsverfahrens . . . . .	62
B. Mitwirkungserfordernisse beim Forderungsverzicht . . . . .	64
§ 3 Beschränkung auf die Abwicklung systemrelevanter Banken . . . . .	65
A. Beschränkung de lege lata durch Abwicklungsvoraussetzungen	66
B. Beschränkung durch die Zielsetzung des deutschen Insolvenzrechts . . . . .	69
I. Praktikabilität eines partizipatorischen Sonderinsolvenzverfahrens . . . . .	70
II. Verbleibende Erfolgsgewissheit eines partizipatorischen Verfahrens . . . . .	73
C. Eingeschränkte praktische Relevanz wegen Institutssicherung . . . . .	74
D. Beschränkung durch Grundrechtsschutz . . . . .	78
Teil 4: Ergebnis und Schlussfolgerungen für den weiteren Gang der Untersuchung . . . . .	81

Kapitel 2: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Vermeidung systemweiter Ansteckungseffekte . . . . .	83
Teil 1: Einzelfallunabhängige Ausnahmetatbestände . . . . .	84
§ 1 Ausnahmetatbestände . . . . .	85
A. Gedeckte Einlagen . . . . .	85
I. Zieldualismus und Leistungsfähigkeit der Einlagensicherung	85
II. Vermeidung systemweiter Ansteckungseffekte durch den Ausnahmetatbestand . . . . .	88
B. Kurzfristige Interbankenverbindlichkeiten . . . . .	89
C. Verbindlichkeiten innerhalb von Finanzmarktinfrastrukturen . . . . .	91
D. Verbindlichkeiten aus dem laufenden Geschäftsbetrieb . . . . .	95
§ 2 Reduktion zielaverser Instrumentalisierungspotentiale . . . . .	95
A. Zielaverse Instrumentalisierungspotentiale . . . . .	95
B. Regulatorische Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungskapazität als Korrektiv . . . . .	96
I. Quantitative Determination . . . . .	98
II. Qualitative Determination . . . . .	100
III. Reduktion von Instrumentalisierungspotentialen . . . . .	102
§ 3 Zwischenfazit . . . . .	103
Teil 2: Befugnisse zur Haftungsausnahme im Einzelfall . . . . .	104
§ 1 Erfordernis von Ausnahmebefugnissen . . . . .	106
A. Entscheidungsträger benötigen Reaktionsspielräume . . . . .	107
B. Überfordernde Erwartungshaltung gegenüber der Gläubigerhaftung und Anreizsetzung . . . . .	113
C. Zwischenfazit . . . . .	115
§ 2 Normative Anforderungen an die Ausnahmeentscheidung und Verlustdistribution . . . . .	115
A. Zuständigkeitsverteilung für die Ausnahmeentscheidung . . . . .	115
B. Aufrechterhaltung systemrelevanter Geschäftsbereiche . . . . .	117
I. Tatbestand . . . . .	117
1. Kritische Funktionen . . . . .	118
a) Normative Vorgaben auf Gesetzesebene (Level-1). . . . .	118
b) Normative Vorgaben durch Level-2-Maßnahmen . . . . .	119
aa) Begriff der Funktion und Abgrenzung zu kritischen Dienstleistungen . . . . .	119
bb) Kritische Funktionen und zweistufige Bewertung . . . . .	121
c) Schlussfolgerungen für die Bewertung durch die zuständigen Entscheidungsträger . . . . .	124

aa) Administrativer Entscheidungsspielraum . . . . .	124
bb) Keine Beschränkung auf finanzmarktbezogene Ansteckungseffekte . . . . .	133
cc) Kein Schutzautomatismus für unterstützende Dienste . . . . .	135
dd) Zweistufige Bewertung . . . . .	136
2. Kerngeschäftsbereiche . . . . .	137
3. Störung kritischer Funktionen durch die Gläubigerhaftung . . . . .	140
a) Normative Vorgaben auf Level-1 und Level-2 . . . . .	140
b) Schlussfolgerungen für die Ausnahmeentscheidung . . . . .	141
aa) Keine Substituierbarkeit der Haftungsausnahme . . . . .	141
bb) Geeignete Alternativmaßnahmen . . . . .	143
II. Rechtsfolge . . . . .	144
1. Ermessen auf Rechtsfolgenseite . . . . .	145
2. Normative Vorgaben für die Ermessensentscheidung . . . . .	146
C. Vermeidung externer Ansteckungseffekte . . . . .	147
I. Tatbestand . . . . .	148
1. Normative Vorgaben auf Level-1 und Level-2 . . . . .	148
2. Schlussfolgerungen für die Bewertung . . . . .	150
a) Administrativer Entscheidungsspielraum . . . . .	150
b) Doppelt qualifizierte Ansteckung . . . . .	151
II. Rechtsfolge . . . . .	152
D. Verlustdistribution . . . . .	152
I. Gläubigerebene und SRF . . . . .	152
1. Zuständigkeitsverteilung für den Einsatz des SRF . . . . .	154
2. Bedeutung der 8 %-Grenze . . . . .	154
II. Alternative Finanzierungsquellen . . . . .	159
E. Bewertung . . . . .	161
§ 3 Sicherung einer aufgabengerechten Informationsgrundlage . . . . .	162
A. Informationsordnung . . . . .	163
I. Kategorien innerhalb der abwicklungsrechtlichen Informationsordnung . . . . .	163
II. SRB . . . . .	164
1. Zusammenarbeit und Informationsaustausch . . . . .	164
a) Generalvorschriften . . . . .	164
b) Vorkrisenphase . . . . .	167
c) Krisenphase . . . . .	168
2. Informationsrechte gegenüber dem Sonderregime unterfallenden Banken . . . . .	169

a) Generalvorschriften . . . . .	169
b) Vorkrisenphase . . . . .	171
c) Krisenphase . . . . .	171
3. Informationsrechte gegenüber nicht dem Sonderregime unterfallende Dritte . . . . .	171
III. Deutsche Abwicklungsbehörde . . . . .	174
1. Zusammenarbeit und Informationsaustausch . . . . .	175
a) Generalvorschriften . . . . .	175
b) Vorkrisenphase . . . . .	176
c) Krisenphase . . . . .	177
2. Informationsrechte gegenüber dem Sonderregime unterfallenden Banken . . . . .	177
a) Keine Generalvorschrift . . . . .	177
b) Vorkrisenphase . . . . .	177
c) Krisenphase . . . . .	178
3. Informationsrechte gegenüber nicht dem Sonderregime unterfallende Dritte . . . . .	179
a) Vorkrisenphase . . . . .	179
b) Krisenphase . . . . .	180
B. Bewertung . . . . .	180
I. Finanzmarktaufsicht und Informationsordnung – Lehren aus der Finanzkrise . . . . .	181
II. Anforderungsäquivalenz aufsichtsrechtlicher und abwicklungsrechtlicher Informationsordnung . . . . .	184
III. Defizite der abwicklungsrechtlichen Informationsordnung . . . . .	185
Teil 3: Ergebnis . . . . .	190
<b>Kapitel 3: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Gläubigerschutz . . . . .</b>	<b>193</b>
Teil 1: Schutzbestimmungen . . . . .	193
§ 1 Kapitallücke und Umwandlungssatz . . . . .	193
A. Berechnung der Kapitallücke . . . . .	194
B. Festsetzung des Umwandlungssatzes . . . . .	197
§ 2 Haftungsausnahmen . . . . .	198
§ 3 Haftungskaskade . . . . .	200
§ 4 Par conditio creditorum . . . . .	203
§ 5 No-creditor-worse-off-Grundsatz . . . . .	205

Teil 2: Mechanismen zur Durchsetzung der Schutzbestimmungen . . . . .	207
§ 1 Rechtsschutz bei Verletzung normativer Beschränkungen . . . . .	208
A. Kein verwaltungsinternes Kontrollverfahren . . . . .	209
B. Klageverfahren . . . . .	209
C. Rechtsfolge einer Verletzung normativer Beschränkungen . . . . .	215
§ 2 No-creditor-worse-off-Grundsatz . . . . .	218
A. Gesonderter Ausgleichsanspruch . . . . .	218
I. Anspruchsgrundlage . . . . .	219
II. Spezifisches Bewertungsverfahren . . . . .	222
III. Ausgleichsanspruch und Leistungsfähigkeit des SRF . . . . .	224
1. Grenzen der Leistungsfähigkeit . . . . .	225
2. Nachrangigkeit des Ausgleichsanspruchs im Aufgabenspektrum des SRF . . . . .	226
B. Weitere Wirkungen einer Verletzung des NCWO-Grundsatzes . . . . .	228
§ 3 Korrekturbedarf durch endgültige Ex-post-Bewertung . . . . .	232
Teil 3: Ergebnis . . . . .	234
Schlussbetrachtung . . . . .	235
Teil 1: Einordnung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung . . . . .	235
Teil 2: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Vermeidung systemweiter Ansteckungseffekte . . . . .	237
Teil 3: Hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung und Gläubigerschutz . . . . .	241
Literatur- und Quellenverzeichnis . . . . .	245
Sachregister . . . . .	263

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
AG	Die Aktiengesellschaft
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebs-Berater
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BIS/BIZ	Bank for International Settlement/Bank für Internationalen Zahlungsausgleich
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
bspw.	beispielsweise
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive; Richtlinie 2014/59/EU
BRRD-E Komm-Änd.	Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der BRRD
BRRD-E Komm.	Vorschlag der EU-Kommission zur BRRD
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CMLR	Common Market Law Review
CPSS	Committee on Payment Settlement Systems
CRD IV	Capital Requirements Directive IV; Richtlinie 2013/36/EU
CRR	Capital Requirements Regulation; Verordnung (EU) Nr. 575/2013
CRR Komm-Änd.	Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der CRR
DB	Der Betrieb
DNS	Deferred Net Settlement System
DSF	Duisenberg School of Finance
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EBA	European Banking Authority
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
ECB/EZB	European Central Bank/Europäische Zentralbank
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECOFIN	Economic and Financial Affairs Council/Rat der Wirtschafts- und Finanzminister der Europäischen Union
EFSF	European Financial Stability Facility/Europäisches Finanzstabilisierungsfazilität
ESFS	European System of Financial Supervision/Europäische Finanzaufsichtssystem
ESM	European Stability Mechanism/Europäischer Stabilitätsmechanismus
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESRB	European Systemic Risk Board

EuConst	European Constitutional Law Review
EuR	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FMSA	Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung
FSB	Financial Stability Board
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
IFLR	International Financial Law Review
IIF	Institute of International Finance
IILR	International Insolvency Law Review
IMF	International Monetary Fund
INSEAD	Institut Européen d'Administration des Affaires
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	JuristenZeitung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LSE	London School of Economics and Political Science
MIFID II	Markets in Financial Instruments Directive; Richtlinie 2014/65/EU
MREL	Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities/ Mindestanforderung an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
RdF	Recht der Finanzinstrumente
RTGS	Real-Time Gross Settlement System
SAFE	Sustainable Architecture for Finance in Europe (Research Center)
SAG	Sanierungs- und Abwicklungsgesetz
sog.	sogenannt
SRB	Single Resolution Board
SRF	Single Resolution Fund/Einheitlicher Abwicklungsfonds
SRM	Single Resolution Mechanism/Einheitlicher Bankabwicklungsmechanis- mus
SRM-VO Komm.- Änd.	Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der SRM-Verordnung
SSM	Single Supervisory Mechanism/Einheitlicher Bankaufsichtsmechanismus
TLAC	Total Loss-Absorbing Capacity
u. a.	unter anderem
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium



# Einführung

## Teil 1: Anlass der Untersuchung – vom Bail-out zum Bail-in

Die große Finanzmarktkrise am Ende des zurückliegenden Jahrzehnts beschädigte die Gewissheit westlicher Ökonomien, über eine funktionierende marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung zu verfügen.<sup>1</sup> Die Krise bewegte die Politik zu umfangreichen Rettungsmaßnahmen, um die Finanzmärkte zu stabilisieren und die Realwirtschaft zu schützen. Existentiell für den Erfolg dieser Rettungspolitik waren die unter Zeitdruck beschlossenen finanziellen Hilfsmaßnahmen der öffentlichen Hand für wirtschaftlich angeschlagene Banken.<sup>2</sup> Dem tradierten Insolvenzrecht wurde hingegen die Fähigkeit abgesprochen, zu einer Lösung beizutragen, welche in der Lage gewesen wäre, systemweite Ansteckungseffekte zu unterbinden und gleichzeitig staatliche Rettungsmaßnahmen entbehrlich zu machen.<sup>3</sup> Die Hilfsmaßnahmen schonten die Eigentümer und Gläubiger der geretteten Banken und setzten damit die insolvenzrechtliche Haftungswertung außer Kraft. Das staatliche Vorgehen führte zu einem umfangreichen *Bail-out*.<sup>4</sup> Allerdings lag auf der Hand, dass die Haftung des Steuerzahlers für die Risiken von privaten Marktakteuren schnell berechtigten Widerstand hervorrufen würde, dessen Kernforderung für eine marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung schlichtweg konstitutiv ist: Wer ein Risiko eingeht, um von den damit verbundenen Chancen zu profitieren, soll auch haften, wenn sich das Risiko realisiert.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Eingehend zur jüngsten Finanzmarktkrise *Hellwig*, Finanzkrise und Reformbedarf, 2010, S. 7–36; *BIZ*, 79. Jahresbericht, 29.06.2009, S. 3–42.

<sup>2</sup> Innerhalb der EU wurden laut EU-Kommission zwischen Oktober 2008 und Oktober 2011 staatliche Hilfsmaßnahmen in Höhe von rund 4500 Mrd. Euro bereitgestellt, *Europäische Kommission*, Zusammenfassung der Folgenabschätzung zum Kommissionsvorschlag der BRRD, SWD(2012) 167 final, 06.06.2012, S. 2f.; siehe zu den Rettungsmaßnahmen in Deutschland *Monopolkommission*, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, 2012/2013, Rn. 1442–1458.

<sup>3</sup> Siehe dazu Kap. 1, Teil 1, § 3.

<sup>4</sup> Für Beispiele aus der Zeit vor der jüngsten Finanzmarktkrise siehe *Huertas*, in: Haentjens/Wessels (Hg.), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, 2015, 3 (6f.).

<sup>5</sup> Zur herausragenden Bedeutung des Haftungsprinzips in einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage, 1990, S. 280f.

Denn eine durch finanzielle Ressourcen der öffentlichen Haushalte ermöglichte Entkopplung von Chance und Risiko setzt den Moment der Marktberreinigung aus und führt zu massiven Fehlanreizen. Wenn Kapitalgeber davon ausgehen können, nicht selbst für die Verluste haften zu müssen, reduziert dies ihre Motivation, eine effektive Kontrolle über die Geschäftstätigkeit des jeweiligen Unternehmens auszuüben. Damit erhöhen übersteigerte Risiken den Risikoaufschlag bei der Kapitalvergabe nicht, so dass es zu einer Fehlallokation von Kapital und zu einer irrational risikohaften Geschäftspolitik kommt.<sup>6</sup> Neben dieser Kritik aus marktwirtschaftlicher Perspektive birgt die staatliche Stützung angeschlagener Marktakteure die Gefahr, dass die öffentlichen Haushalte finanziell überfordert werden und damit die Leistungsfähigkeit staatlicher Strukturen ernsthaft herausgefordert wird. Die Ausweitung der jüngsten Finanzmarktkrise hin zu einer Krise innerhalb des Euroraums, in deren Kontext die Solvenz zahlreicher Volkswirtschaften hinterfragt wird, sich enorme innen- und außenpolitische Fliehkräfte entfalten und gar der Zusammenbruch einer der global wichtigsten Währungen im Raum steht, zeigt das zerstörerische Potential einer umfassenden staatlichen Bankenrettung.<sup>7</sup>

Um eine an marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgerichtete Verlustverteilung wiederherzustellen, öffentliche Haushalte zu schützen und gleichzeitig systemweite Ansteckungseffekte zu vermeiden, hat sich in den vergangenen Jahren in Deutschland und anderen Ländern ein Sonderregime für die Bewältigung von Bankinsolvenzen herausgebildet, welches die besonderen Probleme bei dem Ausfall einer Bank adressieren soll.<sup>8</sup> Im Jahr 2014 wurden in diesem Zusammenhang auf europäischer Ebene die Richtlinie 2014/59/EU<sup>9</sup> (BRRD<sup>10</sup>) und die Ver-

---

<sup>6</sup> Zum Zusammenhang von Haftungsverwirklichung, Marktberreinigung und Anreizsetzung bereits *Stern/Feldman*, Too Big to Fail, 2004, S. 23 ff.; unter Rückgriff auf aktuelle Studien *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2014/2015, S. 171–174; für weitere Nachweise siehe Fn. 261 in Kap. 1.

<sup>7</sup> Zur Verknüpfung von staatlicher Bankenrettung und Überforderung öffentlicher Haushalte siehe *Acharya/Drechsler/Schnabl*, *The Journal of Finance* 69 (2014), 2689.

<sup>8</sup> Siehe dazu Kap. 1, Teil 1, § 3.

<sup>9</sup> Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates.

<sup>10</sup> BRRD steht für Bank Recovery and Resolution Directive.

ordnung (EU) Nr. 806/2014<sup>11</sup> (SRM-VO<sup>12</sup>) erlassen. Diese Rechtsakte führen das *Bail-in-Instrument* in die deutsche Rechtsordnung ein, mit dem hoheitliche Entscheidungsträger die Befugnis erhalten, eine bilanzielle Restrukturierung vorzunehmen, indem sie Verbindlichkeiten einer ausfallenden Bank abschreiben oder in Eigenkapital umwandeln.<sup>13</sup> Durch diese Befugnis, mit der die Haftung der Gläubiger für die Verluste ihres Schuldners hoheitlich angeordnet werden kann – im Folgenden hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung –, soll eine marktgerechte Verlustzuweisung ermöglicht und die Konditionalität von Chance und Risiko wiederhergestellt werden.<sup>14</sup> Mit dem *Bail-in-Instrument* ist ein Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsordnung verbunden, da es ohne jedwede Zustimmung der Gläubigerseite bisher nicht möglich war, die Forderungsposition eines Gläubigers abzuschreiben oder in Eigenkapital umzuwandeln.<sup>15</sup> Eine dermaßen einschneidende Reform im Umgang mit der wirtschaftlichen Schieflage eines Marktakteurs verlangt nach einer fundierten rechtswissenschaftlichen Durchdringung, zu dem diese Untersuchung einen Beitrag leisten soll.

## Teil 2: Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Das Erkenntnisinteresse der Untersuchung liegt zunächst in einer Systematisierung. Die Arbeit konzentriert sich auf das *Bail-in-Instrument* als Untersuchungsgegenstand – auf andere Mechanismen zur Gläubigerhaftung bei der Restrukturierung angeschlagener Banken wird punktuell Bezug genommen.<sup>16</sup> In einem ersten Schritt wird dieses Instrument in der deutschen Rechtsordnung verortet,

---

<sup>11</sup> Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

<sup>12</sup> SRM steht für Single Resolution Mechanism.

<sup>13</sup> Die Idee des *Bail-in* Konzepts wird auf den früheren Vorsitzenden der Investmentbankabteilung der Credit Suisse *Paul Caello* und den früheren Risikovorstand der Credit Suisse *Wilson Ervin* zurückgeführt, *Caello/Ervin*, *The Economist* 28.01.2010; *Ervin*, *IFLR The Switzerland Guide* 2015, 1.

<sup>14</sup> Siehe dazu insb. Kap. 1, Teil 3, § 1.

<sup>15</sup> Siehe dazu Kap. 1, Teil 3, § 2.

<sup>16</sup> Der Begriff *Bail-in* ist ein schillernder und wird regelmäßig verwendet, wenn Anteilseigner und Gläubiger zur Verlusttragung herangezogen werden. In Europa wurden in den letzten Jahren auf Grundlage von nationalen Regelungen zahlreiche Maßnahmen getroffen, die sich unter diesen Begriff zusammenfassen lassen. Siehe hierzu etwa die Aufarbeitung verschiedener Fälle in *World Bank Group*, *Bank resolution and “bail-in” in the EU: selected case studies pre and post BRRD*, 2016; *Mesnard*, “Bail-ins” in recent banking resolution and State aid

indem dessen spezifische Charakteristika herausgearbeitet und es zu vergleichbaren Instrumenten abgegrenzt wird (Kapitel 1). In dem zweiten und dritten Kapitel wird sodann analysiert, inwieweit die Konzeption des Bail-in-Instruments diesen Charakteristika Rechnung trägt. Dafür werden die geltenden Regeln mithilfe der hergebrachten juristischen Argumentationstechniken reflektiert und auf dessen Grundlage die Leistungsfähigkeit der hoheitlich angeordneten Gläubigerhaftung untersucht, den sie umgebenden Spannungsfeldern zu begegnen. Die Einordnung auf erster Stufe steckt also die weiteren zu bearbeitenden Problemstellungen ab. Da sich der Untersuchungsgegenstand in der Schnittstelle zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht bewegt sowie durch europäische und nationale Regelungen determiniert ist, müssen die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebiets bei der Auslegung der entsprechenden Rechtsvorschriften berücksichtigt werden. Die Untersuchung des Bail-in-Instruments unter einer umfassenden Fokussierung auf zum Beispiel allein verwaltungsrechtsdogmatischen Gesichtspunkten wird nicht angestrebt.

Die Kernthese des ersten Kapitels ist ein Begriffsverständnis von dem Bail-in-Instrument als *ein hoheitliches Instrument zur bilanziellen Restrukturierung bei der Abwicklung einer systemrelevanten Bank, mit dem Forderungspositionen ohne Zustimmungserfordernis der Gläubigerseite abgeschrieben oder in Eigenkapital umgewandelt werden können*. Dieses Verständnis offenbart zwei Spezifika, die das Bail-in-Instrument aus Sicht der deutschen Rechtsordnung prägen.

Erstens muss das Bail-in-Instrument in einer besonderen Situation eingesetzt werden, nämlich bei der wirtschaftlichen Schieflage eines Marktakteurs, dessen Ausfall zum Zusammenbruch von wesentlichen Teilen des Finanzsystems bzw. der Realwirtschaft führen kann. Die hoheitlich angeordnete Gläubigerhaftung muss auf dieses fordernde Umfeld reagieren, um nicht selbst Auslöser von systemweiten Ansteckungseffekten zu sein. Die vorliegende Untersuchung nimmt daher in ihrem zweiten Kapitel das Spannungsfeld zwischen der Zielsetzung des Bail-in-Instruments, eine marktgerechte Lastenverteilung zu ermöglichen, und der Anforderung, systemweite Ansteckungseffekte selbst zu vermeiden, in den Blick. Ausgangspunkt ist die Frage, ob die Ausgestaltung des Instruments das besagte Spannungsfeld in einer Weise adressiert, welche eine Wahrnehmung der Befugnisse zur Gläubigerhaftung durch die hoheitlichen Entscheidungsträger ermöglicht oder eher verhindert. Die Arbeit wird zeigen, dass das Bail-in-Instrument zwar über Ausnahmetatbestände verfügt und den zuständigen Entscheidungsträgern die Befugnis einräumt, im Einzelfall bestimmte Verbindlichkeiten

---

cases, PE 574.395, 07.07.2016. Insoweit die Fälle für diese Arbeit relevant sind, wird auf sie verwiesen.

von der Verlusttragung auszunehmen, damit sie das Instrument anwenden können, ohne systemweite Ansteckungseffekte auszulösen. Gleichsam eröffnen die Ausnahmen Möglichkeiten, sie zu instrumentalisieren – sowohl auf Seiten der Banken und Gläubiger als auch auf Seiten der hoheitlichen Entscheidungsträger – und damit eine marktgerechte Lastenverteilung zu unterlaufen. An der Fähigkeit, diese Möglichkeiten zur Instrumentalisierung einzufangen, hängt die Funktionsfähigkeit des Bail-in-Instruments. Dabei wird die Untersuchung zu dem Schluss kommen, dass der Instrumentalisierung seitens der Banken und Gläubiger durch eine neue regulatorische Anforderung an die Passivseite der Bilanz einer Bank begegnet werden kann, wohingegen die Instrumentalisierung seitens der zuständigen Entscheidungsträger ungleich schwieriger zu verhindern ist. Diese können nämlich die ihnen zur Verfügung stehenden Ausnahmebefugnisse in einer Überforderungssituation als Ventil missbrauchen. Jene Ausnahmebefugnisse zu beseitigen bietet keine adäquate Lösung. Als zentrale Faktoren zur Begrenzung dieser Möglichkeit zur Instrumentalisierung nimmt das zweite Kapitel die normativen Anforderungen an die Ausnahmeentscheidung und die rechtlichen Grundlagen für die Informationsversorgung der Entscheidungsträger in den Blick. Ersteres wird zeigen, dass zwar zahlreiche normative Anforderungen bestehen, welche den Handlungsspielraum der hoheitlichen Entscheidungsträger einschränken und eine gerichtliche Kontrolle ermöglichen. Allerdings bestehen auf verschiedenen Ebenen administrative Entscheidungsfreiräume, welche die gerichtliche Kontrolle zurücktreten lassen und Raum für einen behördlichen Missbrauch in einer Überforderungssituation belassen. Die Untersuchung der Regelungen zur Informationsversorgung wird wiederum zu der Erkenntnis führen, dass diese eine Lücke aufweisen, welche geschlossen werden sollte, um den hoheitlichen Entscheidungsträgern eine umfassende Versorgung mit erforderlichen Informationen zu ermöglichen. Dadurch sollen Ungewissheiten mit Blick auf die Auswirkung der hoheitlich angeordneten Gläubigerhaftung auf die Systemstabilität beseitigt und damit Überforderungssituationen vorgebeugt werden.

Das zweite herauszustellende Charakteristikum des Bail-in-Instruments ist der Umstand, dass Forderungspositionen von Gläubigern abgeschrieben oder in Eigenkapital umgewandelt werden können, ohne dass es deren Zustimmung bedarf. Die Gläubigerseite nimmt damit nicht mehr am Entscheidungsprozess über die Restrukturierung des Schuldners und ihren Verlustbeitrag teil, wodurch sie den wesentlichen Hebel zur Wahrung der eigenen Interessen verliert. Im dritten Kapitel der Arbeit werden daher jene Schutzbestimmungen in den Blick genommen, welche die Gläubiger bei der Anwendung des Bail-in-Instruments vor einem willkürlichen Zugriff auf ihre Forderungspositionen schützen sollen. Die Untersuchung wird zeigen, dass die zuständigen Entscheidungsträger bei der Anwendung der hoheitlichen Gläubigerhaftung durch zahlreiche Schutzbestim-

mungen beschränkt werden. Gleichsam offenbaren die Mechanismen zur Durchsetzung dieser Bestimmungen eine Grundausrichtung des Schutzkonzepts dahingehend, dass vorrangig der Schutz der Vermögensposition des Gläubigers im Fokus steht und weniger dessen Rechtsposition als Forderungsinhaber gegen die ausfallende Bank.

## Kapitel 1

# Das Bail-in-Instrument – Eine Einordnung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung

In diesem Kapitel werden das Bail-in-Instrument aus Sicht der deutschen Rechtsordnung eingeordnet und dessen spezifische Charakteristika herausgearbeitet. Dadurch sollen die Problemschwerpunkte für den weiteren Verlauf der Untersuchung abgesteckt werden. Das Bail-in-Instrument ist Teil eines Sonderregimes für die Bewältigung von Bankinsolvenzen. Um seine Bedeutung zu verstehen, wird im Folgenden zunächst die Herausbildung des Sonderregimes erörtert (dazu Teil 1). Anschließend werden zentrale Eckpunkte des Bail-in-Instruments und dessen Einhegung in die deutsche Rechtsordnung systematisch dargestellt, um ein Fundament für den dritten Teil des Kapitels zu legen (dazu Teil 2). Dieser dritte Teil stellt die aus deutscher Sicht bestehenden Spezifika des Bail-in-Instruments heraus (dazu Teil 3).

### Teil 1: Sonderregime für Bankinsolvenzen

Die große Finanzmarktkrise am Ende des zurückliegenden Jahrzehnts führte zu der sukzessiven Herausbildung eines umfassenden Sonderregimes zur Bewältigung der (drohenden) Insolvenzsituation von Banken, welches zum Ziel hat, systemweite Ansteckungseffekte zu vermeiden. Die auch bereits im deutschen Recht bestehenden vereinzelt Sonderregeln für Bankinsolvenzen wurden dadurch ergänzt bzw. abgelöst.<sup>1</sup> Den grundlegenden Ausgangspunkt dieser Entwicklung bilden zwei Besonderheiten der Tätigkeit von Banken, welche das traditionelle Insolvenzrecht nicht im Stande war, einzuhegen – die strukturelle Fragilität und die Systemrelevanz des Bankgeschäfts.

---

<sup>1</sup> Zur Rechtslage vor der jüngsten Finanzmarktkrise eingehend *Binder*, Bankensolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht, 2005.

## § 1 Strukturelle Fragilität des Bankgeschäfts

Der zentrale Geschäftsgegenstand einer Bank ist Geld. Das damit verbundene operative Geschäft zeichnet sich einerseits dadurch aus, dass die Bank mehrere Transformationsleistungen erbringt, die für eine prosperierende Volkswirtschaft grundsätzlich unverzichtbar sind. Das typische Beispiel ist die Annahme von jederzeit abrufbaren Einlagen, um mit diesem Kapital Kredite zu vergeben.<sup>2</sup>

Andererseits ist ein Teil des operativen Geschäfts einer Bank zwangsläufig damit verbunden, dass sie Verbindlichkeiten gegenüber anderen Gläubigern eingeht. Diese Verbindlichkeiten finanzieren dann nicht nur andere Geschäftsaktivitäten der Bank wie etwa die Kreditvergabe, sondern mit ihnen ist selbst eine Dienstleistung gegenüber den Gläubigern verbunden.<sup>3</sup> Zum Beispiel nimmt eine Bank Einlagen nicht nur an, um mit diesem Kapital andere Geschäftsbereiche zu finanzieren. Einlagekonten stellen auch eine Dienstleistung gegenüber den Einlegern dar, deren Funktion sich nicht allein in der späteren Rückzahlung der Einlage erschöpft. Sie eröffnen gleichzeitig die Möglichkeit einer liquiden, das heißt kurzfristig verfügbaren Verwahrstelle von Kapital. Als weitere Beispiele können Verbindlichkeiten genannt werden, die eine Bank bei der Abwicklung des Zahlungsverkehrs eingeht oder im Rahmen von Derivateverträgen übernimmt, die dazu dienen, dass der Vertragspartner Risiken diversifizieren kann.<sup>4</sup>

Die von einer Bank erbrachten Transformationsleistungen führen dazu, dass ihre Bilanz geprägt ist durch die langfristige (illiquide) Investition von regelmäßig kurzfristigerem (liquiden) Fremdkapital.<sup>5</sup> Die Kehrseite dieser Fristentransformation ist die daraus resultierende starke Abhängigkeit von der stetigen Bereitstellung von „frischem“ Fremdkapital, um die angebotenen Dienstleistungen zu erbringen. Ist beispielsweise die mit den Einlagekonten versprochene Leistung schnell verfügbarer Barmittel nicht einlösbar, weil die angenommenen Einlagen für die Kreditvergabe verwendet wurden, dann muss das finanzielle Leistungsversprechen durch andere Finanzierungswege erfüllt werden. Diese Abhän-

<sup>2</sup> Siehe zu den einzelnen Kategorien von Transformationsleistungen etwa *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre, 6. Auflage, 2015, S. 12–14.

<sup>3</sup> *Sommer*, Economic Policy Review 20 (2014), 207 (209f.) spricht – unter Einbeziehung von weiteren Akteuren wie Versicherungen – von *financial liabilities*; vgl. auch *Huertas*, The Road to Better Resolution, LSE Financial Markets Group Paper Series, Special Paper 195, Dezember 2010, S. 11; *Huertas*, in: Dombret/Kenadjian (Hg.), The Bank Recovery and Resolution Directive, 2013, 167 (168).

<sup>4</sup> Zu den genannten Beispielen siehe *Sommer*, Economic Policy Review 20 (2014), 207 (210); vgl. *Huertas*, The Road to Better Resolution, LSE Financial Markets Group Paper Series, Special Paper 195, Dezember 2010, S. 11.

<sup>5</sup> *Allen/Carletti/Gu*, in: Berger/Molyneux/Wilson (Hg.), The Oxford Handbook of Banking, 2. Auflage, 2015, 27 (32).

gigkeit ist umso größer und kritischer, desto höher der Fremdkapitalanteil und desto exzessiver die Fristentransformation ist.<sup>6</sup> Gleichsam sind Banken im Rahmen des Kapitalmarktgeschäfts davon abhängig, dass Geschäftspartner ihre Geschäftsbeziehungen aufrechterhalten, das heißt neue Kontrakte auch zukünftig abschließen und bestehende Geschäftsverhältnisse nicht kündigen. Die operative Geschäftstätigkeit einer Bank ist demnach in einem ungleich stärkeren Maße als bei einem Unternehmen aus der Realwirtschaft abhängig vom Vertrauen der übrigen Marktteilnehmer. Diese Vertrauensanfälligkeit führt dazu, dass eine Bank, der das Marktvertrauen einmal entzogen wurde, ihre wesentlichen Geschäftspartner verliert und keine Möglichkeit mehr hat, sich zu refinanzieren.<sup>7</sup> Der Vertrauensverlust führt zu Absicherungsreaktionen wie etwa den Abzug kurzfristig verfügbaren Fremdkapitals<sup>8</sup>, durch die die Bank in einer rasanten Geschwindigkeit operativ tot ist. Eine geschäftliche Wiederbelebung ist dann nur schwer möglich.<sup>9</sup> Das Bankgeschäft ist also durch eine besondere strukturelle Fragilität geprägt.

## § 2 Systemrelevanz des Bankgeschäfts

Der Ausfall einer Bank kann erhebliche negative Rückkopplungen auf das Finanzsystem und die Realwirtschaft haben. Die auf verschiedensten Wegen zustande kommende Abhängigkeit der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems vom dem Schicksal einer Bank wird unter dem nunmehr recht prominenten Begriff

---

<sup>6</sup> Der hohe Verschuldungsgrad und die exzessive Fristentransformation sind kennzeichnend für die Jahre vor der jüngsten Finanzkrise und haben zu dieser Krise beigetragen, *Hellwig*, Finanzkrise und Reformbedarf, 2010, S. 17 ff., 23 f. Das Problem der schwachen Eigenkapitaldecke der Banken wird trotz neuer Reformbemühungen im Zuge des Basel III Akkords teilweise nach wie vor als nicht gelöst angesehen, *Admati/Hellwig*, Des Bankers neue Kleider, 2014, S. 135 ff.

<sup>7</sup> Vgl. zur Vertrauensanfälligkeit des Bankgeschäfts und den damit verbundenen Auswirkungen etwa *Adolff/Eschwey*, ZHR 177 (2013), 902 (910 ff.); *Binder*, KTS 74 (2013), 277 (298 ff.); *Bandt/Hartmann/Peydró-Alcalde*, in: *Berger/Molyneux/Wilson* (Hg.), *The Oxford Handbook of Banking*, 2. Auflage, 2015, 667 (670 f.).

<sup>8</sup> Vgl. das Austrocknen der Interbankenmärkte in der jüngsten Finanzkrise, *BIZ*, 79. Jahresbericht, 29.06.2009, S. 23 ff.

<sup>9</sup> *Adolff/Eschwey*, ZHR 177 (2013), 902 (911 f.); *Binder*, KTS 74 (2013), 277 (299 f.); prägnant *Gleeson*, *Legal Aspects of Bank Bail-Ins*, LSE Financial Markets Group Paper Series, Special Paper 205, Januar 2012, S. 3: „A bank is not like an ordinary commercial company, in that although an ordinary commercial company can continue to trade whilst in insolvency, a bank cannot, since no-one would voluntarily deal with an insolvent bank. An insolvent bank cannot trade even for a short period while its debts are restructured. Simply put, the essence of banking is solvency, and an insolvent bank is by definition not a going concern.“

der *Systemrelevanz*<sup>10</sup> zusammengefasst. Dabei zeichnet sich die destabilisierende Wirkung des Ausfalls einer so zu klassifizierenden Bank durch eine Qualität aus, die über die Auswirkungen der Insolvenz eines bedeutenden Unternehmens der Realwirtschaft hinausgeht.<sup>11</sup> Es haben sich unterschiedliche Transmissionsriemen herausgebildet, durch die der Wegfall einer Bank systemweite Ansteckungseffekte zeichnen kann.

Erstens ist die spezifische Funktion einer Bank zu nennen, durch die diese als systemrelevant einzuordnen ist.<sup>12</sup> Eine Bank kann in einem Marktsegment eine derart herausgehobene Stellung einnehmen, dass bei dem Ausfall dieser Bank die von ihr ausgefüllte zentrale Rolle nicht zeitnah substituiert werden kann und es zu erheblichen negativen Rückkopplungen im Finanzsystem und in der Realwirtschaft kommt. Eine solch herausgehobene Stellung kann aus Dienstleistungen resultieren, die eine Bank für das Funktionieren der Finanzmärkte und des Zahlungssystems erbringt: Dazu gehören beispielsweise die Funktion als Market-maker, die Bereitstellung von Marktinfrastrukturen für die Wertpapierabwicklung und den Zahlungsverkehr oder Dienstleistungen im Derivatehandel. Weiterhin kann sich diese Stellung aus dem starken Engagement in einzelnen Sektoren der Realwirtschaft ergeben – zum Beispiel durch ein starkes Engagement als Kredit- oder Liquiditätsgeber.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Zu unterscheiden ist der Begriff der *Systemrelevanz* vom Begriff des *systemischen Risikos*, welcher einerseits Vorbedingung für die Systemrelevanz ist und andererseits weiter geht, indem er etwa auch systemweite Schocks aus Marktzusammenbrüchen erfasst, vgl. *Günther*, WM 64 (2010), 825 (826); *Mülbert*, in: Burgard/Hadding/Mülbert/Nietsch/Welter (Hg.), Festschrift für Uwe H. Schneider, 2011, 855 (858). Siehe zum Begriff des systemischen Risikos im Finanzsystem *Schwarz*, The Georgetown Law Journal 97 (2008), 193 (198–204); *Kaufhold*, Systemaufsicht, 2016, S. 26–123.

<sup>11</sup> Diesen Aspekt unterstreichend *Adolff/Eschwey*, ZHR 177 (2013), 902 (915).

<sup>12</sup> Siehe zum Folgenden *BCBS*, Global systemrelevante Banken, November 2011, S. 9 f.; *Adolff/Eschwey*, ZHR 177 (2013), 902 (915) sprechen vom Ansteckungskanal der Funktionen; *Binder*, in: Binder/Singh (Hg.), Bank Resolution, 2016, 25 (36); *Binder*, KTS 74 (2013), 277, (301); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2011/12, S. 156.

<sup>13</sup> Vgl. mit Blick auf die Stellung der UBS in der Schweiz *Schweizer Bundesrat*, Botschaft des Schweizer Bundesrates zu einem Massnahmepaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5. November 2011, BBL 2008 8943 (8958): „Für den Fall, dass eine Grossbank ihre zentrale Rolle in den inländischen Depositen- und Kreditmärkten nicht mehr wahrnehmen könnte, wären Haushalte und Unternehmen infolge der Blockierung ihrer Konten und der Unterbrechung ihrer Kreditbeziehungen ausserstande, laufende Ausgaben und Investitionen zu tätigen. Dies würde zu einer Lahmlegung des Zahlungssystems führen. Im Fall der UBS AG wären in der Schweiz rund 128 000 KMU-Beziehungen und einschliesslich Privatpersonen weit über 3 Millionen Konten betroffen. Blockiert wäre sodann die Auszahlung der Löhne von rund einem Viertel der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die Einlagenversicherung könnte die negativen Folgen kaum abschwächen, denn die durch das Gesetz vorgesehene Obergren-

## Sachregister

- Abschreibung 30, 33–37, 40 f., **42 f.**, 47, 60, 64 f.
- Absonderungsrecht 199
- Abwicklung
- Abwicklungsanordnung 42–47, 49, 209–211, 214 f.
  - Abwicklungsbefugnis 42–49, 169, 174
  - Abwicklungsbehörde 17, 21, **30–33**, 42–49, 71, 98, 100–102, 115 f., 129, 146, 151, 161, 166 f., 169 f., 171, 173–180, 184–190, 194, 196 f., 209–214, 217, 228 f., 242
  - Abwicklungsfähigkeit 22, 168, 171
  - Abwicklungsfinanzierungsmechanismus 22, **27–30**, 32, 219, 221, 225, 229
  - Abwicklungsgrundsätze 140, 142, 146, 197 f., 200, 220, 227–230, 233
  - Abwicklungshindernis 22, 171
  - Abwicklungsinstrument 22, **24–27**, 34, 36 f., 41, 48, 52 f., 66, 169, 174, 195, 229–231
  - Abwicklungskonzept 32, 49, 115 f., 154, 169, 209–213
  - Abwicklungsmechanismengesetz (AbwMechG) 19, 27, 66, 202
  - Abwicklungsplanung 15, **21 f.**, 31, 99, 129, 134, 167 f., 171, 176–178
  - Abwicklungsverfahren 21 f., **22–32**, 36 f., 41, 49, 67, 88 f., 96, 107, 109 f., 113, 153, 165, 167 f., 171, 174, 178, 187, 194, 203, 207, 226, 235 f., 240
  - Abwicklungsvoraussetzungen **23 f.**, 41, **66–69**, 109, 171, 174, 180
  - Abwicklungsziele 24, 41, 66–69, 138 f., 140, 146, 215, 227, 233 f.
  - Zuständigkeit 18 f., 31–33, 49, 98–102, 115 f., 154, 197
- Andelskassen J.A.K. Slagelse 35
- Anfechtungsklage 210 f., 214, 216
- Ansteckung
- Ansteckungskanal **9–12**, 104, 107, 113, 123, 152, siehe auch systemweite Ansteckungseffekte
  - systemweite Ansteckungseffekte 1–5, **9–12**, 16, 22, 38, 51, 53, 79, 81, 83–90, 92–96, 99, 103 f., 106–115, 117, 122 f., 133–135, 138, 147–152, 156, 161 f., 181, 184–187, 190–192, 200, 208, 210, 227, 234–238, 240 f.
- Ausfall 2–4, 6, 9–12, 14–16, 21, **23 f.**, 25, 39, 51, 54, 66, 78, 81, 83, 92 f., 99, 107, 109 f., 113 f., 120–123, 129, 134–136, 144, 147, 149, 235, 237, 243
- Ausgliederung von Vermögenswerten **26 f.**, 35
- Aussonderungsrecht 199
- Bad Bank 26
- Bail-in-Bonds 39
- Bail-out **1–3**, **51–53**, 108, 112
- Banca Marche 68
- Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. (BMPS) 84, **109–114**, 152
- Banca Popolare dell’Etruria e del Lazio 68
- Banco Popular Español S.A. 25
- Banco Santander S.A. 25
- Bankenabgabe 28–30, 32, 225
- Bankenunion 18 f.
- Bank of Cyprus Public Co. Ltd. 33 f.
- Bank Run 86–89
- Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) 15
- Beurteilungsspielraum 124–127, siehe auch Entscheidungsfreiraum, administrativer
- BRRD 2 f., 15, **17–21**
- Brückeninstitut **26**, 34–37, 44, 194, 233

- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) 32 f., 100, 115, 175, 217, 232
- Cassa di Risparmio di Chieti 68
- Cassa di Risparmio di Ferrara 68
- Central Counterparties (CCP) 16
- Contingent Convertible Bonds (Co-co-Bonds) 59 f.
- Co-operative Bank p.l.c. 73
- Cooperative Bank of Peloponnese Coop Ltd. 25
- Debt-Equity-Swap 44 f., **54–64**, 236
- Deferred Net Settlement System (DNS) 92–94
- Economic and Financial Affairs Council (ECOFIN) 29 f.
- Eigenkapital 3–5, 25, 30, 34, 36, 37, 40, 42, 46, 50, 54 f., 59, 75, 81, 87, 97, 99, 100, 197, 200 f., 216, 236 f., 241
- Eigentumsgarantie 78–81
- Einlagen
- Einleger 8, 24, 66 f., 76, 79, **85–89**, 102
  - Einlagensicherung 74–80, 85–89, 99, 201 f.
- einstweiliger Rechtsschutz 210
- Entscheidungsfreiraum, administrativer 5, **124–133**, **144–147**, **150–152**, 154 f., 161 f., 191, 212, 221 f., 226, 232 f., 240
- Ergänzungskapital 40, 201
- Ermessen 116, 124–133, 144–147, 152, 154 f., 161 f., 212, 221 f., 226, 232 f. siehe auch Entscheidungsfreiraum, administrativer
- Eurogruppe 29
- European Banking Authority (EBA) 122, 167 f., 182 f., 197
- Europäische Kommission 32, 39, 97, 115 f., 119, 131–133, 139, 154, 161, 164, 182
- European Securities and Markets Authority (ESMA) 131–133, 182 f.
- European Stability Mechanism (ESM) 29 f., 159–161
- European System of Financial Supervision (ESFS) 166, 175, 182 f., 185, 189
- European Systemic Risk Board (ESRB) 131, 168, 181 f., 185 f.
- Europäische Zentralbank (EZB) 31, 100, 133, 164, 167–170, 173, 175, 181
- Eurozone 18, 20, 118
- Finanzierungsquelle, alternative 116, 133, 152, 156 f., **159–161**
- Finanzmarktinfrastruktur 16, **91–95**, 238
- Finanzmarktstabilisierungsgesetzgebung 14 f.
- Finanzstabilität 22, 24, 63, 66–68, 110, 118, 128, **133 f.**, 139, 146, 227
- Financial Stability Board (FSB) 15 f., 97, 206
- Fragilität 7, **8 f.**, 70, 90, 235
- Fremdkapital 8 f., 30, 52, 55, 90, 95 f., 107, 207, 225
- Fristentransformation 8 f., 86
- Frühinterinterventionsmaßnahmen 165, 169
- Forderungsverzicht 54, 64 f., 236
- Gläubiger
- Gläubigerausschuss 72
  - Gläubigerautonomie 69 f., 74
  - Gläubigerbefriedigung 69
- Gleichbehandlungsgrundsatz 198, **203–205**, 242
- Haftungskaskade 200–205, 212
- Heta Asset Resolution AG 36
- Hypo Group Alpe Adria 36, 204
- Individualnichtigkeitsklage 209–216, 242
- Informationsordnung 162–190, 192, 241
- Insolvenzplanverfahren 13, 60–65
- Insolvenzverfahren, reguläres 13, 15, 22–24, 45, 54 f., 60, 64 f., 70 f., 74, 77 f., 88, 94, 101, 168, 196 f., 203, 206 f., 219, 222–224, 231, 234, 242
- Institutssicherung 24, 65, **74–78**, 236
- Instrument
- Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten siehe Ausgliederung von Vermögenswerten
  - Instrument des Brückeninstituts siehe Brückeninstitut

- Instrument der Unternehmensveräußerung siehe Unternehmensveräußerung
- Kapital
  - Kapitalerhöhung 44 f., 55, 57, 59, 109
  - Kapitalherabsetzung 55–57
  - Kapitalinstrumente, relevante **40 f.**, 153
  - Kapitallücke 35–37, 40, 48, 96, 107, 109, 115 f., 147, 152, 154–160, 191, **193–198**, 200 f., 205, 212, 224, 232, 240, 242 f.
- Kerngeschäftsbereich 117, 137–140
- Kernkapital 30, 35, 37, 40, 44 f., 59 f., 194, 197, 200 f., 205
- Klageverfahren 209–215
- Kollektivhandlungsrisiko 54, 61
- kritische Dienstleistung 119 f., 135, 139, 144
- kritische Funktion 68, **117–139**, 141, 144, 146 f.
- Liikanen-Bericht 39
- Liquidation 24, 43, 60, 70, 156, 168, 196 f., 205, 219, 222–224, 231, 234, 242
- Liquidität 10 f., 55, 75, 86, 90, 93, 134, 195, 226
- Market-Maker 123
- Meroni-Rechtsprechung 130–133
- Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities (MREL) **96–102**, 105, 239
- Nachrang 88, 101, 110, 143, 198, 202–205, 218, 221, 226 f.
- National Bank of Greece S.A. 25
- Nettovermögenswert (Net Asset Value) 37, 194
- No-creditor-worse off (NCWO) 133, 197 f., **205–207**, **218–231**, 234, 242 f.
- Pfandrecht 198
- Plaumann-Formel 213
- Precautionary Recapitalization siehe vorsorgliche Rekapitalisierung
- Prepackaged Plan 72
- Rangfolge 37, 79, 101, 142, 202, 212
- Real-Time Gross Settlement System (RTGS) 92–94
- Rechtsformwechsel 46–49
- Rechtsschutz 129, **208–218**
- Rekapitalisierung 33, 45, 84, 98, 109–111, 153, 157, 160, 194, 236
- Reorganisationsverfahren 62–64, 70 f.
- Restrukturierung
  - bilanzielle Restrukturierung 3 f., 31, 36, 42, 50–52, 54, 61 f., 65, 81, 193, 197, 200, 213, 216, 232, 236 f.
  - Restrukturierungsfonds 27, 219
  - Restrukturierungsgesetz 14 f., 25, 62
- Sanierung
  - Sanierungsplanung 21, 72
  - Sanierungsverfahren 62, 71 f.
- Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) 17–21
- Schuldverschreibungsgesetz (SchVG) 57 f., 62, 64 f.
- Single Resolution Board (SRB) 19, 21, 31–33, 42, 49, 68, 98, 100–102, 115 f., 129–133, 146, 151, 154, 159, 161, 163–177, 185–189, 194, 196 f., 209–213, 217 f., 221, 228 f., 232 f., 236, 242
- Single Resolution Fund (SRF) **27–32**, 115, 133, 144, **152–160**, **217–227**, 228, 230
- Single Resolution Mechanism (SRM) 17–21
- Single Supervisory Mechanism (SSM) 18–20, 31, 165–170, 173, 177, 183
- Sonderinsolvenzrecht 2, **7–16**, 21 f., 40, 46, 50 f., 54, 69 f., 72, 83, 96, 107, 113, 115, 118, 135, 137, 139, 146, 163, 165, 169, 171–177, 179, 184, 186, 188, 191 f., 194, 196 f., 205, 207–209, 215, 218, 224, 230–234, 235, 237, 239–241
- Sonderinsolvenzverfahren 23, 50, 65, 70–74, 235, siehe auch Sonderinsolvenzrecht
- Sonderregime siehe Sonderinsolvenzverfahren
- SRM-VO 2 f., 15, **17–21**
- Staatsgarantien, implizite 52 f., 74
- Substituierbarkeit 121, 123, 136, 139, 141, 143 f.
- Systemgefährdung 66, siehe auch systemweite Ansteckungseffekte

- Systemrelevanz 7, **9–12**, 107, 134, 136,  
siehe auch systemweite Ansteckungseffekte
- Systemstabilität 5, 38, 69, 79, 84, 105 f.,  
115, 161, 184, 190 f., 198, 227, 233 f.,  
238, 240, 243, siehe auch systemweite  
Ansteckungseffekte
- systemisches Risiko 113, siehe auch  
systemweite Ansteckungseffekte
- Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC) 97
- Transformationsleistung 8 f., 86
- Übertragungsanordnung 15, 25, 51 f., 206,  
216
- Umwandlung  
– Umwandlungsbefugnis 44–49  
– Umwandlungssatz 193, **197 f.**, 205, 242
- Unternehmensveräußerung 25 f., 34 f.
- Verbindlichkeiten  
– besicherte Verbindlichkeit 157, 160,  
198 f.  
– Interbankenverbindlichkeiten 89–91, 96,  
238
- Verlustabsorptionskapazität 96–102, 140
- Vermögensverwalter 16, 171, 186
- Vermögensverwaltungsgesellschaft 26 f.,  
35–37
- Versicherung 16, 171, 186
- Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch 207,  
209, 215 f., 228, 233 f., 242
- Vorabentscheidungsverfahren 211, 214
- vorsorgliche Rekapitalisierung 84, 109–111
- Wandelschuldverschreibung 55, 58–60
- zentrale Gegenpartei 16