

Julian Glas  
Studiengang: Rechtswissenschaft

Schwerpunktseminar zum Bank-, Kapitalmarkt und  
Gesellschaftsrecht

# **Bail-in als Kernelement des Single Resolution Mechanism**

bei

**Professor Dr. Thomas M.J. Möllers**

Ad personam Jean Monnet Chair  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

**Dr. Andreas Früh**

Chefsyndikus und Bereichsvorstand  
Legal, Corporate Affairs & Documentation

Hypovereinsbank (Unicredit Bank AG)

Universität Augsburg  
Wintersemester 2017/18

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	II
Literaturverzeichnis.....	III
<b>A. Der Bail-in als neuartige Alternative zur staatlichen Bankenrettung.....</b>	<b>1</b>
I. Die Finanzkrise der Jahre 2007 bis 2009 .....	1
II. Der Bail-in als innovativer Lösungsansatz .....	1
<b>B. Der Bail-in als Kernelement des Single Resolution Mechanism .....</b>	<b>3</b>
I. Der Bail-in im System von BRRD, SRMR und SAG.....	3
1. Der Rechtsrahmen für einen Bail-in .....	3
2. Begriffsklärung.....	3
3. Überblick über das Verfahren im SRM.....	4
II. Anwendungsvoraussetzungen für einen Bail-in .....	5
1. (Wahrscheinlicher) Ausfall des Instituts .....	5
a) Entzug der Zulassung .....	5
b) Überschuldung .....	6
c) Zahlungsunfähigkeit .....	6
d) Finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln.....	7
2. Alternative Maßnahmen.....	7
3. Öffentliches Interesse .....	7
a) Aufrechterhaltung kritischer Funktionen .....	8
b) Sicherung der Stabilität der Finanzmärkte.....	9
c) Weitere Abwicklungsziele.....	9
4. Zusammenfassung .....	10
III. Der Bail-in im Detail.....	10
1. Zum Bail-in herangezogene Rechtspositionen.....	10
a) Anteile und andere Instrumente des harten Kernkapitals .....	10
b) Relevante Kapitalinstrumente.....	10
c) Berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten.....	11
d) Ausnahmen von berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten.....	11
aa) Zwingende Ausnahmen .....	11
bb) Ausnahmen nach Ermessen der Abwicklungsbehörde .....	12
cc) Ausnahmen für Verbindlichkeiten aus Derivatepositionen.....	12
dd) Zusammenfassung .....	12
2. Höhe und Form der Heranziehung beim Bail-in .....	12
3. Die Reihenfolge der Heranziehung beim Bail-in: die Haftungskaskade.....	13
a) Eigenmittel .....	13
b) Berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten.....	13
c) Zusammenfassung.....	14
4. Rechtsfolgen und Sanierungswirkung des Bail-in .....	15
a) Herabschreibung.....	15
aa) Rechtsfolgen.....	15
bb) Sanierungswirkung .....	15
b) Umwandlung .....	16
aa) Rechtsfolgen.....	16
bb) Sanierungswirkung .....	16
c) Die Abwicklungsanordnung der FMSA .....	17
d) Zusammenfassung.....	17
<b>C. Zusammenfassung und Ausblick.....</b>	<b>18</b>

## Literaturverzeichnis

*Adolff, Johannes/Eschwey, Claudius*, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung, ZHR 177 (2013), 902.

*Binder, Jens-Hinrich*, Systemkrisenbewältigung durch Bankenabwicklung? Aktuelle Bemerkungen zu unrealistischen Erwartungen, ZBB 2017, 57 (zitiert als: *Binder*, Systemkrisenbewältigung durch Bankenabwicklung?, ZBB 2017, 57).

*Binder, Jens-Hinrich*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren? Krisenbewältigung und Krisenprävention nach der EU-Bankensanierungs- und -abwicklungsrichtlinie, ZHR 179 (2015), 83 (zitiert als: *Binder*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren?, ZHR 179 (2015), 83).

*Burkert, Michael/Cranshaw, Friedrich L.*, „Bail-in“ – Gläubigerbeteiligung in einer Bankenkrise und die Behandlung von Treuhandverhältnissen, DZWIR 2015, 443 (zitiert als: *Burkert/Cranshaw*, „Bail-in“, DZWIR 2015, 443).

*Engelbach, Sascha/Friedrich, Till*, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662.

*Hübner, Leonhard/Leunert, Steven*, Sanierung und Abwicklung von Banken nach SAG und SRM-VO, ZIP 2015, 2259.

*Lüthgerath, Nicholas*, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG auf das Aktienrecht sowie auf bank- und wertpapieraufsichtsrechtliche Kontrollverfahren, BKR 2016, 279 (zitiert als: *Lüthgerath*, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG, BKR 2016, 279).

*Skauradszun, Dominik*, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung nach dem SAG und deren Verzahnung mit dem (Banken-)Insolvenzrecht, DZWIR 2016, 501 (zitiert als: *Skauradszun*, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung, DZWIR 2016, 501).

*Steck, Andreas/Petrowsky, Janis*, Neue Voraussetzungen für die Abwicklung von Banken, Bestandsgefährdung als Ausgangspunkt für Abwicklungsmaßnahmen unter dem neuen Bankenabwicklungsrecht, DB 2015, 1391 (*Steck/Petrowsky*, Neue Voraussetzungen für die Abwicklung von Banken, DB 2015, 1391).

*Thole, Christoph*, Bankenabwicklung nach dem SAG, ZBB 2016, 57.

# A. Der Bail-in als neuartige Alternative zur staatlichen Bankenrettung

## I. Die Finanzkrise der Jahre 2007 bis 2009

Der Zusammenbruch der US-amerikanischen Großbank Lehman Brothers am 15. September 2008 gilt als Höhepunkt der globalen Finanzkrise von 2007 – 2009.<sup>1</sup> Anders als viele andere Kreditinstitute damals, wurde Lehman Brothers nicht durch staatliches Eingreifen gerettet, sondern über das Insolvenzrecht abgewickelt.<sup>2</sup> Die daraus resultierenden Folgen waren jedoch derart verheerend, dass die G7-Staaten schon kurz darauf, am 12. Oktober 2008, in einem Aktionsplan, der von allen 185 Mitgliedstaaten des Internationalen Währungsfonds unterstützt wurde, beschlossen, vorerst keine systemrelevanten Kreditinstitute mehr in die Insolvenz gehen zu lassen.<sup>3</sup> Denn es hatte sich gezeigt, dass schon der Zusammenbruch einer einzigen großen Bank durch die davon ausgehenden Ansteckungseffekte das gesamte Finanzsystem destabilisieren konnte.<sup>4</sup> Außerdem waren Funktionen der Banken, die für alle Wirtschaftszweige bedeutend waren, wie Einlagenannahme, Kreditvergabe und Durchführung des Zahlungsverkehrs,<sup>5</sup> stark beeinträchtigt worden, wodurch sich die Finanzkrise auf die gesamte Wirtschaft extrem negativ auswirkte und schließlich zu einer schweren Rezession führte.<sup>6</sup>

Damit wurde offenbar, dass große Banken *too big to fail* waren und das klassische Insolvenzrecht somit kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung der Finanzkrise war.<sup>7</sup> Damals bestanden nach Auffassung der Regierungen deshalb keine Alternativen zur „Bankenrettung“ mit öffentlichen Mitteln, sog. *Bail-out*.

## II. Der Bail-in als innovativer Lösungsansatz

Auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene wurde daher intensiv nach Antworten gesucht, wie in Zukunft auf die Krise systemrelevanter Banken reagiert werden könnte, ohne dabei Steuergelder einsetzen zu müssen.<sup>8</sup> Eines der wichtigsten Ergebnisse waren auf internationaler Ebene die *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* des *Financial Stability Boards*, FSB, aus dem Jahre 2011.<sup>9</sup> Diese stellten als Lösung einen umfassenden Katalog

<sup>1</sup> Adolff/Eschwey, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 906.

<sup>2</sup> Adolff/Eschwey, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 906.

<sup>3</sup> Adolff/Eschwey, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 907.

<sup>4</sup> Bundesbank, Monatsbericht Juni 2014, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, S. 31, 32.

<sup>5</sup> Bundesbank, Monatsbericht Juni 2014, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, S. 31, 32.

<sup>6</sup> Bundesbank, Monatsbericht Juni 2014, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, S. 31, 32.

<sup>7</sup> Adolff/Eschwey, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 913 f..

<sup>8</sup> Adolff/Eschwey, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 907.

<sup>9</sup> FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions v. 10.2011

an teilweise neuartigen Maßnahmen vor, der eine systemschonende Abwicklung oder Sanierung von Kreditinstituten ermöglichen sollte. Als Herzstück war darin die Möglichkeit vorgesehen, Anteilseigner und Gläubiger einer Bank möglichst umfassend an der Abwicklung oder Sanierung zu beteiligen, sog. **Bail-in** (im Gegensatz zum *Bail-out* durch Einsatz öffentlicher Mittel).<sup>10</sup>

Diese angestrebte Rückverlagerung des Risikos des Zusammenbruchs eines Kreditinstituts zurück auf die Anteilseigner und Gläubiger entsprach dem politischen Konsens, denn man versprach sich von der Möglichkeit eines Bail-in viele Vorteile. Zum einen würden die staatlichen Haushalte, deren Verschuldung schon im Zuge der Finanzkrise weltweit stark zugenommen hatte,<sup>11</sup> nicht belastet. Und zum anderen sollten hierdurch ökonomische Fehlanreize, sog. *moral hazards*, bekämpft werden, die durch die für systemrelevante Banken bestehenden impliziten Staatsgarantien, deren Existenz sich spätestens während der Finanzkrise offenbart hatte, entstanden waren.<sup>12</sup> Die „Drohkulisse“ des Bail-in sollte sowohl die Kreditinstitute selbst als auch deren Gläubiger zurück zu mehr Risikobewusstsein und damit mehr Marktdisziplin bringen.<sup>13</sup>

Wegen der von ihm erhofften positiven Effekte wurde der Bail-in als innovatives rechtliches Instrument zur Bewältigung einer künftigen Bankenkrise angesehen.

---

<sup>10</sup> FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, S. 8 f., 15 f.

<sup>11</sup> Burkert/Cranshaw, „Bail-in“, DZWIR, 2015, 443, 446.

<sup>12</sup> Hübner/Leunert, Sanierung und Abwicklung von Banken nach SAG und SRM-VO, ZIP 2015, 2259

<sup>13</sup> Adolff/Eschwey, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 907

## B. Der Bail-in als Kernelement des Single Resolution Mechanism

### I. Der Bail-in im System von BRRD, SRMR und SAG

#### 1. Der Rechtsrahmen für einen Bail-in

Die Schaffung eines umfassenden rechtlichen Rahmens zur systemschonenden Abwicklung und Sanierung von Kreditinstituten, in dem ein Bail-in möglich ist, wurde vor allem auf europäischer Ebene vorangetrieben. Das bedeutendste Vorhaben der EU war dabei die Schaffung der *Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD,<sup>14</sup> die im Mai 2014 verabschiedet wurde und sich in vielen Teilen auf die Vorarbeiten des FSB stützt. Neben präventiven Eingriffsrechten der Aufsichtsbehörden und einem von den Banken finanzierten Abwicklungsfonds sieht die BRRD als Herzstück vier Abwicklungsinstrumente vor: die Instrumente der Unternehmensveräußerung, des Brückeninstituts, der Ausgliederung von Vermögenswerten und das Bail-in-Instrument, Art. 37 Abs. 2 BRRD. In nationales Recht umzusetzen war die BRRD bis zum 1. Januar 2016, was in Deutschland mit Einführung des *Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes*, SAG,<sup>15</sup> schon zum 1. Januar 2015 geschah.

Zur Verwirklichung der zweiten Säule der Bankenunion wurde im Juli 2014 zusätzlich die *Single Resolution Mechanism Regulation*, SRMR,<sup>16</sup> beschlossen. Die SRMR schafft für alle Institute der Bankenunion einen gemeinsamen Verfahrensrahmen bei der Entscheidung über Abwicklungs- und Sanierungsmaßnahmen. Dadurch wurde der für die Bankenunion schon immer angestrebte einheitliche Abwicklungsmechanismus, *Single Resolution Mechanism*, SRM, etabliert.<sup>17</sup>

Anwendbar sind die Normen von SRMR und SAG auf Kreditinstitute, Wertpapierfirmen und Finanzholdinggesellschaften iSd *Capital Requirements Regulation*, CRR,<sup>18</sup> § 1 SAG iVm § 1 Abs. 3d KWG iVm Art. 4 Abs. 1 (1), (2), (20) CRR bzw. Art. 2 SRMR iVm Art. 4 Abs. (1), (2), (20) CRR.

#### 2. Begriffsklärung

Ganz allgemein kann unter dem Begriff „Bail-in“ die Heranziehung von Anteilseignern und Gläubigern einer Bank zur Tragung von Verlusten oder zur Sanierung verstanden werden. In BRRD, SRMR

<sup>14</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, ABl. Nr. L 173 v. 12.6.2014, S. 190.

<sup>15</sup> Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz – SAG) v. 10.12.2014, BGBl. I, S. 2091.

<sup>16</sup> Verordnung 806/2014/EU 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, ABl. Nr. L 225 v. 30.7.2014, S. 1.

<sup>17</sup> Bundesbank, Monatsbericht Juni 2014, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, S. 31, 46 f..

<sup>18</sup> Verordnung 575/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. Nr. L 176 v. 27.6.2013, S. 1.

und SAG wird allerdings noch weiter nach den betroffenen Rechtspositionen differenziert: Es wird zwischen Anteilen und anderen Instrumenten des harten Kernkapitals, sog. relevanten Kapitalinstrumenten und sog. berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten unterschieden (zu den Details s. B. III. 1.). Als Bail-in-Instrument wird speziell nur die Heranziehung der berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten bezeichnet, Art. 44 Abs. 1 BRRD, Art. 27 Abs. 1 SRMR.

Unabhängig von der Differenzierung nach Rechtspositionen kann eine Beteiligung immer nur in zwei verschiedenen Formen erfolgen. Es kann eine Umwandlung von Forderungen in Anteile am Institut durchgeführt werden, vergleichbar mit einem *debt-equity-swap*. Oder es kommt zu einer Herabsetzung der Forderungen, also einer Verringerung ihres Werts. Bei Anteilen ist nur eine Herabsetzung denkbar und möglich.

Die vorliegende Arbeit versteht den Begriff „Bail-in“ in seiner weiten Bedeutung: als Heranziehung von Anteilseignern und Gläubigern bzw. von Anteilen, relevanten Kapitalinstrumenten und berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten.<sup>19</sup> Ihre Schwerpunkte legt die Arbeit auf eine Behandlung der Anwendungsvoraussetzungen für einen Bail-in sowie auf Ausführungen dazu, welche Rechtspositionen in welcher Höhe und Reihenfolge betroffen sind und was für Folgen sich hieraus ergeben. Außen vor bleiben müssen aufgrund des begrenzten Umfangs dagegen Erläuterungen zu Rechtsschutz und Entschädigungsregelungen sowie Details zum Verfahren und der Entscheidungsfindung der involvierten Behörden. Im Juni 2017 wurden die ersten drei Beschlüsse zur Anwendung von Abwicklungsinstrumenten im SRM getroffen. Betroffen waren zwei italienische Banken, die *Banca Popolare di Vicenza* und die *Veneto Banca*, und eine spanische Bank, die *Banco Popular Español*. Es bietet sich daher besonders an, sich mit diesen Entscheidungen zu befassen, wobei sich die Arbeit in diesen Teilen dann auf die Normen der SRMR konzentriert.

### 3. Überblick über das Verfahren im SRM

Im SRM nehmen bei Entscheidungen über die Abwicklung eines Kreditinstituts die Abwicklungsbehörden die zentrale Rolle ein. Die deutsche Abwicklungsbehörde ist die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung, FMSA, eine Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Finanzen, § 3 Abs. 1 SAG, § 3a Abs. 1 S. 1 FMStFG<sup>20</sup>. Europäische Abwicklungsbehörde ist das durch die SRMR neu geschaffene *Single Resolution Board*, SRM, das eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und seinen Sitz in Brüssel hat, Art. 42 Abs. 1, 48 SRMR. Die Kompetenzverteilung ist dabei ähnlich wie im SSM. Das SRB ist für die als bedeutend eingestufteten Banken, also diejenigen unter EZB-Aufsicht, zuständig.<sup>21</sup> Für die anderen Banken sind die nationalen Abwicklungsbehörden verantwortlich.

<sup>19</sup> Ist die enge Bedeutung gemeint, so spricht die Arbeit von der Gesetzesbezeichnung „Bail-in-Instrument“.

<sup>20</sup> Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMStFG v. 17.10.2008, BGBl. I, S. 1982.

<sup>21</sup> Bundesbank, Monatsbericht Juni 2014, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, S. 31, 47.

Speziell für die Abwicklung bedeutender Banken besteht aber eine wichtige Besonderheit. Das SRB bestimmt lediglich das sog. Abwicklungskonzept, entscheidet also konkret, welche Abwicklungsinstrumente in welcher Form zum Einsatz kommen sollen, Art. 23 SRMR. Die Umsetzung erfolgt dann aber durch die nationale Abwicklungsbehörde, die an das Abwicklungskonzept gebunden ist, und zwar alleine auf Grundlage der im nationalen Recht eingeführten Befugnisse, Art. 16 Abs. 5, 29 Abs. 1 UA 2 SRMR. Erst der Abwicklungsanordnung der nationalen Abwicklungsbehörde kommt Rechtswirkung nach außen zu.

## II. Anwendungsvoraussetzungen für einen Bail-in

Für den Einsatz aller Abwicklungsinstrumente gelten drei allgemeine Anwendungsvoraussetzungen, Art. 18 Abs. 1 SRMR. Sind diese erfüllt, muss zunächst zwingend eine Heranziehung von Anteilseignern und den Inhabern relevanter Kapitalinstrumente erfolgen, Art. 21 Abs. 7 SRMR. Erst danach darf das eigentliche Abwicklungsinstrument, also z.B. das Bail-in-Instrument, angewendet werden, 22 Abs. 1, 2 SRMR.

Im Falle der Abwicklung der Banco Popular Español kam es folglich zu einer Heranziehung von Anteilen und relevanten Kapitalinstrumenten, obwohl nicht das Bail-in-Instrument eingesetzt wurde, sondern das Instrument der Unternehmensveräußerung.<sup>22</sup>

### 1. (Wahrscheinlicher) Ausfall des Instituts

Erste Abwicklungsvoraussetzung ist, dass das Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt, sog. *failing or likely to fail*, FOLTF, Art. 18 Abs. 1 lit a SRMR. Das Vorliegen dieses Merkmals wird von der EZB geprüft, weil sie sich in diesem Bereich als Aufsichtsbehörde des SSM bereits besonders große Expertise angeeignet hat, Art. 18 Abs. 1 UA 2 SRMR. Nachdem die EZB das Ergebnis ihrer Prüfung mitgeteilt hatte, Art. 18 Abs. 1 UA 3 SRMR, schloss sich das SRB in den bisherigen Fällen tatsächlich auch immer der Auffassung der EZB an und gab in seinen Beschlüssen nur eine Zusammenfassung der Bewertung der EZB wieder.<sup>23</sup>

Ein FOLTF des Instituts ist zwingend anzunehmen, wenn mindestens eine von vier konkretisierenden Voraussetzungen erfüllt ist, Art. 18 IV SRM-VO.

#### a) Entzug der Zulassung

Die erste Fallgruppe ist, dass das Institut in einer Weise gegen aufsichtsrechtliche Anforderungen verstößt, dass dies einen Entzug der Zulassung durch die EZB rechtfertigen würde, Art. 18 Abs. 4

<sup>22</sup> SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 6; FROB, Resolution concerning the adoption of the resolution scheme in respect of Banco Popular Español v. 7.6.2017, S. 5 ff.

<sup>23</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 2; SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 2.



lit. a SRM-VO. In Betracht kommen hierfür insbesondere eine nicht zuverlässige Geschäftsleitung, ein nicht tragfähiges Geschäftsmodell oder Verstöße gegen die Eigenmittelanforderungen der CRR.

So stellte die EZB bei den zwei italienischen Banken fest,<sup>24</sup> dass beide Institute versucht hatten, die Eigenmittelanforderungen zu umgehen und bereits seit langer Zeit gegen diese verstießen.<sup>25</sup> Die von den Kreditinstituten präsentierten Gegenmaßnahmen bewertete die EZB als nicht ausreichend.<sup>26</sup> IPOs waren an mangelndem Marktinteresse gescheitert und die im Rahmen eines Businessplans vorgeschlagene Verschmelzung der beiden Institute hielt die EZB für nicht plausibel.<sup>27</sup> Mit Blick auf Verluste von jeweils über einer Milliarde Euro und sehr hohe laufende Kosten kam die EZB außerdem zu dem Ergebnis, dass das Geschäftsmodell der Institute sich als unprofitabel und damit langfristig nicht tragfähig erwiesen hätte.<sup>28</sup> Die EZB stufte die beiden italienischen Banken folglich als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend ein.<sup>29</sup>

## b) Überschuldung

Die zweite Fallgruppe ist, dass das betroffene Institut überschuldet ist oder dies für die Zukunft zu befürchten ist, Art. 18 Abs 4 lit. b SRMR. Überschuldung bedeutet, dass die Vermögenswerte des Instituts geringer sind als die Höhe seiner Verbindlichkeiten.<sup>30</sup> Eine Überschuldung iSd Art. 18 Abs. 4 lit b SRMR kann dabei deutlich früher gegeben sein, als dies nach Insolvenzrecht der Fall wäre, da bereits objektive Anhaltspunkte ausreichend sind und außerdem der Bewertungsmaßstab des Art. 20 SRMR weniger streng ist als der des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO.<sup>31</sup>

## c) Zahlungsunfähigkeit

Die dritte Fallgruppe betrifft die Zahlungsunfähigkeit oder drohende Zahlungsunfähigkeit des Instituts, es also seine Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht begleichen kann, Art. 18 Abs. 4 lit. c SRMR. Auch diese Voraussetzung greift wiederum früh ein, weil erneut bereits objektive Anhaltspunkte genügen, während nach § 17 f. InsO eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit erforderlich ist.<sup>32</sup>

Ob Zahlungsunfähigkeit drohte, musste die EZB in ihrer FOLTF-Bewertung der Banco Popular Español untersuchen.<sup>33</sup> Bei dem Institut hatten schon seit geraumer Zeit Liquiditätsprobleme bestanden, die sich weiter verstärkten, als in Folge negativer Berichterstattung der Presse und Herabstufungen des Ratings immer mehr Kundengelder abgezogen wurden.<sup>34</sup> Angesichts des immer schnelleren Abflusses von Liquidität, dem kaum Aussichten gegenüberstanden, sich über den Markt Neue zu

<sup>24</sup> Da die Bewertungen der beiden Banken durch EZB und SRB vielfach wörtlich identisch waren, wird stellvertretend für beide immer nur eine der Entscheidungen zitiert.

<sup>25</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banca Società per Azioni v. 23.6.2017, Nr. 14.

<sup>26</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banca Società per Azioni v. 23.6.2017, Nr. 4, 8.

<sup>27</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banca Società per Azioni v. 23.6.2017, Nr. 5, 20.

<sup>28</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banca Società per Azioni v. 23.6.2017, Nr. 11, 20.

<sup>29</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banca Società per Azioni v. 23.6.2017, Nr. 27

<sup>30</sup> *Steck/Petrowsky*, Neue Voraussetzungen für die Abwicklung von Banken, DB 2015, 1391, 1395.

<sup>31</sup> *Thole*, Bankenabwicklung nach dem SAG, ZBB 2016, 57, 59.

<sup>32</sup> *Thole*, Bankenabwicklung nach dem SAG, ZBB 2016, 57, 59.

<sup>33</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banco Popular Español v. 6.6.2017.

<sup>34</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banco Popular Español v. 6.6.2017, Nr. 3-7.

verschaffen, befand die EZB, dass zu erwarten sei, dass die Bank in naher Zukunft ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht bedienen können werde.<sup>35</sup> Die EZB bewertete die Banco Popular Español daher als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend.<sup>36</sup>

#### d) **Finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln**

Die vierte Fallgruppe ist schließlich, dass ein Institut Unterstützung aus öffentlichen Mitteln benötigt, Art 18 Abs. 4 lit. d SRMR. Es sind jedoch auch bestimmte Ausnahmen zugelassen, die Einzelheiten können im Umfang dieser Arbeit aber nicht behandelt werden.

## 2. **Alternative Maßnahmen**

Wird festgestellt, dass das Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt, ist zu prüfen, ob dies in angemessener Zeit durch Maßnahmen des privaten Sektors, der Aufsichtsbehörden oder der institutsbezogenen Sicherungssysteme noch verhindert werden könnte, Art. 18 Abs. 1 lit b SRMR. Es kommen z.B. Handlungsoptionen aus dem Sanierungsplan, den jedes Institut aufstellen muss, oder Frühinterventionsmaßnahmen nach §§ 36 ff. SAG in Betracht. Speziell in Deutschland sind vor allem Maßnahmen der im Genossenschafts- und Sparkassensektor bestehenden Institutssicherungssysteme, mit denen in der Vergangenheit bereits gute Erfahrungen gemacht wurden, eine denkbare Alternative. Als Ausprägung des Erforderlichkeitsgrundsatzes macht Art. 18 Abs. 1 lit. b SRMR deutlich, dass es sich bei der Abwicklung um eine *Ultima ratio* handelt.<sup>37</sup>

Zur Prüfung sollen SRB und EZB eng zusammenarbeiten, Art. 18 Abs. 1 UA 4 SRMR. Tatsächlich ging die EZB in ihren bisherigen FOLTF-Bewertungen auch immer der Frage nach, ob alternative Maßnahmen in Betracht kommen könnten.<sup>38</sup> Die EZB befand bisher immer, dass dies nicht der Fall wäre, weil alternative Maßnahmen bei den betroffenen Kreditinstituten schon zuvor erfolglos versucht worden waren.<sup>39</sup> Das SRB befasste sich in seinen Beschlüssen zwar umfangreicher mit möglichen alternativen Maßnahmen als mit der FOLTF-Einschätzung, stützte sich aber erneut in großen Teilen auf die Vorarbeiten der EZB.<sup>40</sup>

## 3. **Öffentliches Interesse**

Als dritte Voraussetzung ist zu prüfen, ob eine Abwicklung im öffentlichen Interesse erforderlich ist, Art. 18 Abs. 1 lit. c, 5 SRMR. Öffentliches Interesse besteht, wenn durch eine Abwicklung nach

<sup>35</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banco Popular Español v. 6.6.2017, Nr. 17, 18.

<sup>36</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banco Popular Español v. 6.6.2017, Nr. 19.

<sup>37</sup> Adolff/Eschwey, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 956

<sup>38</sup> EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banca Società per Azioni v. 23.6.2017, Nr. 21; EZB, 'Failing or Likely or Fail'- Assessment of Veneto Banco Popular Español v. 6.6.2017, Nr. 18, 19.

<sup>39</sup> Siehe dazu schon B. II. 1. a)); EZB, 'Failing or Likely to Fail'- Assessment of Veneto Banca Società per Azioni v. 23.6.2017, Nr. 14, 22; EZB, 'Failing or Likely or Fail'- Assessment of Veneto Banco Popular Español v. 6.6.2017, Nr. 13, 18.

<sup>40</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 3; SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popular Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 3.

SRMR die Abwicklungsziele in größerem Maße verwirklicht würden, als dies bei Anwendung nationalen Insolvenzrechts der Fall wäre, Art. 18 Abs. 5 SRMR. Die Abwicklungsziele sind in Art. 14 Abs. 2 SRMR niedergelegt, wobei sich drei Zielrichtungen erkennen lassen. Die Stabilität der Finanzmärkte soll sichergestellt werden, indem kritische Funktionen aufrechterhalten und Ansteckungsgefahren vermieden werden, Art. 14 Abs. 2 lit. a, b SRMR. Öffentliche Mittel sollen möglichst überhaupt nicht eingesetzt werden, Art. 14 Abs. 2 lit. c SRMR. Und die Gelder von Kunden und Einlegern sollen möglichst geschützt werden, Art. 14 Abs. 2 lit. d, e SRMR.

Das SRB verglich, Art. 18 Abs. 5 SRMR entsprechend, in seinen Entscheidungen daher jeweils die zu erwartenden Ergebnisse der zwei verschiedenen Abwicklungsszenarien. In besonderem Maße befasste es sich dabei mit den Abwicklungszielen Art 14 Abs. 2 lit. a, b SRMR.<sup>41</sup>

### a) Aufrechterhaltung kritischer Funktionen

Kritische Funktionen sind solche vom Institut erbrachten Leistungen, die nur schwer substituierbar sind und deren Ausfall erhebliche negative Auswirkungen auf die anderen Wirtschaftssektoren oder die Finanzstabilität hätte, Art. 3 Abs. 2 SRMR, Art. 2 Abs 1 Nr. 35 BRRD. In den bisherigen Entscheidungen untersuchte das SRB jeweils die Funktionen der Einlagenannahme, der Kreditvergabe und der Durchführung von Zahlungsverkehr.<sup>42</sup>

Bei den italienischen Kreditinstituten stellte das SRB hierzu fest, dass beide in der Vergangenheit bereits massiv Einlagen verloren hatten, die dann aber direkt von konkurrierenden Banken angenommen wurden.<sup>43</sup> Die Kreditvergabe der Institute war bereits vor der Abwicklung stark eingeschränkt und machte nur einen sehr geringen, stetig sinkenden Marktanteil aus.<sup>44</sup> Und an Zahlungssystemen waren beide auch nicht in bedeutendem Umfang beteiligt.<sup>45</sup> Das SRB gelangte deshalb zu der Einschätzung, dass auch bei Abwicklung nach Insolvenzrecht kein Verlust kritischer Funktionen drohe, weil die Leistungen der italienischen Banken problemlos und sofort von anderen Kreditinstituten wahrgenommen werden könnten.<sup>46</sup>

Die Banco Popular Español war dagegen eine von wenigen Banken mit einem dichten Filialnetzwerk in ganz Spanien und hatte als Kunden vor allem Haushalte sowie kleine und mittlere Unternehmen.<sup>47</sup> Bei einem Ausfall des Instituts wurden insbesondere negative Auswirkungen auf die spanischen

<sup>41</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4.2.1, 4.2.2; SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 4, 4.4.1, 4.4.2.

<sup>42</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.1; SRB.

<sup>43</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.1.1 a) ii).

<sup>44</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.1.2 a).

<sup>45</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.1.3 a).

<sup>46</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.1.

<sup>47</sup> SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 4, 4.4.1 (i) a), b),

Betriebe befürchtet, da diese dann von Schwierigkeiten bei der Kreditaufnahme und Zahlungsdurchführung betroffen wären.<sup>48</sup> Bei der vom SRB angestrebten Anwendung des Instruments der Unternehmensveräußerung wären diese Funktionen aufrechterhalten worden.<sup>49</sup> Das Abwicklungsziel der Sicherstellung kritischer Funktionen wäre hierdurch somit in höherem Maße erreicht worden, als bei Anwendung des spanischen Insolvenzrechts.

## **b) Sicherung der Stabilität der Finanzmärkte**

Intensiv prüfte das SRB in den bisherigen Fällen außerdem die Frage, ob bei einer Abwicklung negative Auswirkungen auf die Finanzstabilität, insbesondere Ansteckungsgefahren, drohten. Hierzu befasste es sich vor allem mit der Größe der Kreditinstitute, wofür es die Bilanzgröße sowie die Marktanteile im Heimatland in den Blick nahm. Des Weiteren berücksichtigte das SRB die Systemrelevanz der Banken, wozu es auf den OSII-Score, der die Systemrelevanz eines Instituts angibt, und die bestehenden Vernetzungen mit anderen Banken abstellte.

Die Banco Popular Español hatte eine Bilanzgröße von 146 Milliarden Euro und überschritt mit einem OSII-Score von 402 den Schwellwert von 350 Punkten deutlich.<sup>50</sup> Das SRB nahm daher an, dass bei einer Abwicklung nach Insolvenzrecht Gefahren für die Finanzstabilität bestünden.

Die italienischen Banken lagen dagegen mit einer Bilanzgröße von nur ca. 30 Milliarden Euro gerade noch an der Mindestgrenze für die Einstufung als bedeutendes Institut und hatten nur geringen OSII-Scores.<sup>51</sup> Es bestand zudem nur eine geringe Vernetzung mit anderen Marktteilnehmern.<sup>52</sup> Weiterhin war die schlechte wirtschaftliche Lage der beiden Kreditinstitute bereits lange ersichtlich und öffentlich bekannt gewesen. Daraus schloss, dass SRB, dass bei einem Ausfall kein zusätzlicher Verlust an Marktvertrauen zu befürchten sei.<sup>53</sup> Es befand mithin, dass von einer Anwendung des italienischen Bankeninsolvenzrechts keine Gefahren für die Finanzstabilität ausgehen würden.<sup>54</sup>

## **c) Weitere Abwicklungsziele**

Bei der Entscheidung über das Abwicklungskonzept der Banco Popular Español prüfte das SRB das Erreichen der übrigen Abwicklungsziele nur recht knapp und kam zu dem Ergebnis, dass ihnen zumindest in gleichem Maße wie über das nationale Insolvenzrecht Rechnung getragen werde.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 4, 4.4.1 (i) b),

<sup>49</sup> SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 4, 4.4.1.

<sup>50</sup> SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 4, 4.2.

<sup>51</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.2 a), b).

<sup>52</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.2 c).

<sup>53</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.2 d) i).

<sup>54</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.2.

<sup>55</sup> SRB, Decision concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popolar Español, S.A. v. 6.6.2017, Article 4, 4.3

Bei den italienischen Banken ist die Feststellung des SRB erwähnenswert, dass die europäischen Richtlinien zur Einlagensicherung in Italien voll umgesetzt wurden und für Einleger somit im nationalen Insolvenzrecht der gleiche Schutz gewährleistet sei, wie im neuen Abwicklungsregime.<sup>56</sup>

## 4. Zusammenfassung

Insgesamt betrachtet, kommt es bei der Entscheidung über die Frage, ob die allgemeinen Abwicklungsvoraussetzungen vorliegen, damit zu einer intensiven Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. In ihren Beschlüssen halten sich SRB und EZB sehr eng an den englischen Wortlaut der SRMR und behandeln jedes Tatbestandsmerkmal der Art. 14, 18 SRMR genau. Für ihre Bewertungen nehmen SRB und EZB umfassend und tiefgehend die Entwicklung der Kreditinstitute innerhalb der letzten zwei Jahre in den Blick und leiten hieraus schlüssig Vorhersagen für die Zukunft der Institute ab. Dabei greifen sie auch auf die vielen Erkenntnisse zurück, die schon im Rahmen der Aufsicht gewonnen wurden. Damit werden SRB und EZB der enormen Bedeutung und Tragweite, die ihre Entscheidung für Anteilseigner und Gläubiger eines betroffenen Instituts hat, sowie dem Ultima-ratio-Charakters des Abwicklungsregimes gerecht.

## III. Der Bail-in im Detail

### 1. Zum Bail-in herangezogene Rechtspositionen

Eine zentrale Frage in der Diskussion um den Bail-in war, welche Rechtspositionen von Anteilseignern und Gläubigern ihm genau unterworfen sein sollten und welche dagegen Schutz genießen würden. In Anlehnung an die Eigenmittelvorschriften der CRR werden dabei mehrere Kategorien unterschieden.

#### a) Anteile und andere Instrumente des harten Kernkapitals

Unstreitig war dabei der Ausgangspunkt, dass, den marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechend, zunächst die Anteilsinhaber des Instituts sowie die Inhaber anderer Instrumente des harten Kernkapitals vollständig zur Verlusttragung und Sanierung herangezogen werden sollten. Betroffen sind damit alle Instrumente des harten Kernkapitals, sog. *Common Equity Tier 1*, CET1, Art. 26 ff. CRR, zu denen insbesondere die Stammaktien und Kapitalrücklagen eines Instituts zählen.<sup>57</sup>

#### b) Relevante Kapitalinstrumente

Weiterhin sollen zum Bail-in die Inhaber sog. relevanter Kapitalinstrumente herangezogen werden. Relevante Kapitalinstrumente sind gemäß § 2 Abs. 2 SAG die Instrumente des zusätzlichen Kernkapitals, sog. *Additional Tier 1*, AT1, Art. 51 ff. CRR, und des Ergänzungskapitals, sog. *Tier 2*, T2, Art. 62 ff. CRR. Hierbei handelt es sich um Instrumente, für die kennzeichnend ist, dass das Kapital

<sup>56</sup> SRB, Decision concerning the assessment of the conditions for resolution in respect of Veneto Banca S.p.A. v. 23.6.2017, Article 4, 4.2.3.

<sup>57</sup> Bundesbank, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital- und Liquiditätsregeln für Banken, 2011, S. 11.

dem Institut langfristig zur Verfügung steht und die Rückzahlung in der Insolvenz nachrangig ist, Art. 52 Abs. 1 lit. i, f, 63 lit. f, g CRR. Zum AT1 gehören vor allem hybride Kapitalinstrumente mit Eigen- und Fremdkapitalcharakteristika, wie etwa bedingte Pflichtwandelanleihen, sog. *Contingent Convertible Bonds*.<sup>58</sup> Typisches Beispiel für T2 sind langlaufende nachrangige Anleihen.<sup>59</sup>

Bei relevanten Kapitalinstrumenten handelt es sich folglich um regulatorische Eigenmittel, die nach den Vorschriften der CRR in gewissem Umfang für die von der Bank eingegangenen Risiken vorgehalten werden müssen. Es ist deshalb nur konsequent, dass relevante Kapitalinstrumente auch zum Bail-in vollständig herangezogen werden, denn sie sind gerade dazu bestimmt, im Krisenfall als Deckungsmasse zur Verfügung zu stehen.<sup>60</sup>

### c) Berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten

Alle anderen Verbindlichkeiten eines Instituts, die nicht schon zu den relevanten Kapitalinstrumenten gehören, können grundsätzlich unter die sog. berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten fallen, die ebenfalls von einem Bail-in betroffen sein können, § 91 Abs. 1 SAG. Es bestehen jedoch Regelungen, die für bestimmte Typen von Verbindlichkeiten eine zwingende Ausnahme vorsehen oder nach Ermessen der Abwicklungsbehörde zulassen, §§ 91 Abs. 2, 92 Abs. 1 SAG.

### d) Ausnahmen von berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten

#### aa) Zwingende Ausnahmen

Zunächst sind gemäß § 91 II SAG eine ganze Reihe von Verbindlichkeiten vollständig aus den berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten ausgenommen, wobei hier nur die wichtigsten Fallgruppen behandelt werden.

Gedekte Einlagen, also Einlagen bis zur Höhe von 100.000 € pro Person und Kreditinstitut, § 2 Abs. 3 Nr. 23 SAG, §§ 2 Abs. 5, 8 Abs. 1 EinSiG<sup>61</sup>, sind vom Bail-in ausgenommen, § 91 II Nr. 1 SAG. Das lässt sich damit rechtfertigen, dass Einleger die Risikobereitschaft einer Bank überhaupt nicht beeinflussen können, sich mangels Alternativen aber dennoch darauf einlassen müssen. *Moral hazards* würden in diesen Fällen daher trotz eines drohenden Bail-in nicht bekämpft und der eigentlich angestrebte Disziplinierungseffekt für Institut und Gläubiger bliebe aus. Auch wegen dieser Überlegungen ist der Schutz von Einlegern ein gesondertes Abwicklungsziel, § 67 Abs. 1 Nr. 4 SAG.<sup>62</sup> Sehr kurzfristige Interbankenverbindlichkeiten und Verbindlichkeiten aus der Teilnahme an Zahlungssystemen sind ausgenommen, § 91 Abs. 2 Nr. 5, 6 SAG, weil als ein Hauptanliegen des

<sup>58</sup> Bundesbank, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital- und Liquiditätsregeln für Banken, 2011, S. 12 f.

<sup>59</sup> Bundesbank, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital- und Liquiditätsregeln für Banken, 2011, S. 15.

<sup>60</sup> *Binder*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren?, ZHR 179 (2015), 83, 108

<sup>61</sup> Einlagensicherungsgesetz (EinSiG) v. 28.5.2015, BGBl. I S. 786.

<sup>62</sup> *Adolffi/Eschwey*, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 913 f.

neuen Abwicklungsregimes gerade eine systemschonende Abwicklung angestrebt wird, die Ansteckungsrisiken vermeidet.<sup>63</sup> Und Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern und operativen Geschäftspartnern sind ausgenommen, § 91 II Nr. 7 lit. a, b SAG, damit der operative Bankbetrieb aufrechterhalten werden kann, was die Kontinuität kritischer Funktionen sicherstellen soll.<sup>64</sup>

#### bb) Ausnahmen nach Ermessen der Abwicklungsbehörde

Die Abwicklungsbehörden dürfen darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen weitere Verbindlichkeiten vom Bail-in ausschließen, § 92 I SAG. Zusammengefasst darf eine Ausnahme erfolgen, wenn dies zur Sicherung der Finanzstabilität notwendig ist, § 97 Abs. 1 Nr. 2, 3 SAG oder die Abwicklungsmaßnahmen andernfalls so verzögert würden, dass deren Wirksamkeit stark beeinträchtigt wäre, § 97 Abs. 1 Nr. 1 SAG. Der Abwicklungsbehörde steht demnach ein Ermessen zu, das von den Abwicklungszielen- und Grundsätzen konkretisiert und geleitet wird.

#### cc) Ausnahmen für Verbindlichkeiten aus Derivatepositionen

Die Heranziehung von Verbindlichkeiten aus Derivatepositionen zum Bail-in ist aufgrund von in aller Regel bestehenden Rahmenverträgen und Saldierungsvereinbarung äußerst komplex.<sup>65</sup> Daher existieren hierfür Sondervorschriften, § 93 SAG, die im Rahmen dieser Arbeit aber nicht näher behandelt werden können.

#### dd) Zusammenfassung

Es bestehen somit für eine ganze Reihe von Verbindlichkeiten (teilweise ermessensabhängige) Ausnahmen vom Bail-in. Diese sind vor allem zugelassen, um eine möglichst reibungslose und systemschonende Abwicklung oder Sanierung sicherzustellen. Der besondere Schutz der Gelder von Einlegern und kleinen und mittlerer Unternehmen<sup>66</sup> kann mit einem Leerlaufen des Disziplinierungseffekts begründet werden. Damit zeigt sich, dass die Ausnahmen vom Bail-in mit der insgesamt Zielrichtung des neuen Abwicklungsregimes im Einklang stehen.

## 2. Höhe und Form der Heranziehung beim Bail-in

Bevor eine detaillierte Abwicklungsanordnung erlassen werden kann, muss entschieden werden, in welcher genauen Höhe ein Bail-in überhaupt erforderlich ist, und, ob eine Herabschreibung oder eine Umwandlung zu erfolgen hat. Hierzu muss von einem unabhängigen Prüfer eine Bewertung des Instituts vorgenommen werden, § 69 SAG, wobei aufgrund des typischerweise hohen Zeitdrucks auch eine nur vorläufige Bewertung zulässig ist, § 74 Abs. 1 SAG. Und tatsächlich war vor der Entscheidung über das Abwicklungskonzept der Banco Popular Español auch nur eine vorläufige Bewertung von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Deloitte gestellt worden.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> § 67 I Nr. 1, 2 SAG, *Adolff/Eschwey*, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 963.

<sup>64</sup> § 67 I Nr. 1 SAG; *Adolff/Eschwey*, Lastenverteilung bei der Finanzmarktstabilisierung ZHR 177 (2013), 902, 963.

<sup>65</sup> *Binder*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren?, ZHR 179 (2015), 83, 112 f.

<sup>66</sup> §§ 91 II Nr. 1, 92 I Nr. 3 SAG

<sup>67</sup> FROB, Resolution concerning the adoption of the resolution scheme in respect of Banco Popular Español v. 7.6.2017, S. 2.

Wichtigste Kennzahl ist der sog. Nettovermögenswert des Instituts.<sup>68</sup> Dieser berechnet sich aus der Differenz von allen Vermögenspositionen des Instituts und seinen gesamten Verbindlichkeiten. Ist der Nettovermögenswert kleiner als null, so reichen also sämtliche Vermögenswerte der Bank nicht aus, um alle ihre Verbindlichkeiten zu decken.<sup>69</sup> Eine Herabschreibung muss solange erfolgen, bis der Nettowert wieder auf null ansteigt, § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SAG. Durch den Bail-in soll zudem eine Rekapitalisierung erreicht werden, § 96 Abs. 1 Nr. 2 SAG, d.h. das Institut soll danach eine Kapitalausstattung haben, welche die Eigenmittelanforderungen erfüllt. Der hierfür zusätzlich nötige Betrag ist durch Umwandlungen aufzubringen, § 97 Abs. 2 SAG.

### **3. Die Reihenfolge der Heranziehung beim Bail-in: die Haftungskaskade**

Von entscheidender Bedeutung ist außerdem, in welcher Reihenfolge vom Bail-in betroffene Rechtspositionen herangezogen werden. Dazu wurde eine sog. Haftungskaskade festgelegt, die eine Rangfolge nach für die verschiedenen Kategorien der betroffenen Rechtspositionen bestimmt, § 97 Abs. 1 S. 1 SAG. Die Kapazität einer Kategorie muss dann immer erst voll ausgeschöpft werden und nur der dann noch überschießende benötigte Betrag darf an die nächste Kategorie weitergegeben werden, § 97 Abs. 1 S. 2 SAG. Innerhalb der letzten Kategorie, die noch herangezogen werden muss, werden alle Positionen proportional gleichmäßig belastet, § 97 II SAG.

#### **a) Eigenmittel**

Die drei Kategorien an Eigenmitteln CET1, AT1 und T2 haben in dieser Reihenfolge auch die ersten drei Ränge in der Haftungskaskade inne, § 97 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 SAG, was der Systematik der CRR und dem Zweck der Vorhaltung von Eigenmitteln entspricht.

#### **b) Berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten**

Den vierten und letzten Rang haben die berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten inne, § 97 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SAG. Allerdings ist innerhalb dieser Kategorie eine weitere Abstufung vorgesehen, die sich danach richtet, welchen Rang die Forderung bei einer regulären Insolvenz eingenommen hätte, § 97 Abs. 1 S. 3 SAG. Das bedeutet, dass eine Forderung umso später zum Bail-in herangezogen wird, je früher sie in der Insolvenz befriedigt worden wäre.<sup>70</sup>

Nach deutschem Insolvenzrecht Ab- und aussonderungsberechtigten Gläubiger sind im Rahmen des SAG bereits durch eine Ausnahme bei den berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten geschützt, § 91 Abs. 2 Nr. 2, 3 SAG.<sup>71</sup> Im Allgemeinen kennt die InsO drei Gläubigerklassen verschiedenen Rangs: Massegläubiger, § 53 InsO, einfache Insolvenzgläubiger, § 38 InsO, und nachrangige Insolvenzgläubiger, § 39 InsO.<sup>72</sup> Zudem sind weitere Vorschriften für die Stellung von Gläubigern bei

<sup>68</sup> Burkert/Cranshaw, „Bail-in“, DZWIR, 2015, 443, 448.

<sup>69</sup> Burkert/Cranshaw, „Bail-in“, DZWIR, 2015, 443, 448.

<sup>70</sup> Skauradszun, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung, DZWIR 2016, 501, 503.

<sup>71</sup> Skauradszun, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung, DZWIR 2016, 501, 504.

<sup>72</sup> Skauradszun, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung, DZWIR 2016, 501, 504.



Insolvenz eines Kreditinstituts in § 46f Abs. 4-8 KWG normiert. Danach sind noch vor den einfachen Insolvenzforderungen zunächst Forderungen aus gedeckten Einlagen sowie Ansprüche, die auf das Einlagensicherungssystem übergegangen sind, und danach entschädigungsfähige Einlagen, also Einlagen die den Betrag von 100.000 € übersteigen, § 2 Abs. 3 Nr. 18 SAG, §§ 2 Abs. 4, 6 EinSiG, von natürlichen Personen sowie kleinen und mittleren Unternehmen zu befriedigen, § 46f IV KWG. Da gedeckten Einlagen bereits gem. § 91 Abs. 2 Nr. 1 SAG vom Bail-in ausgenommen, spielen sie an dieser Stelle aber keine Rolle mehr.<sup>73</sup> Erst nach den einfachen Insolvenzforderungen sind bestimmte Schuldtitel zu befriedigen, § 46f Abs. 5, 6 KWG, zu denen insbesondere unbesicherte Anleihen zählen.<sup>74</sup> Die Klasse der einfachen Insolvenzgläubiger gem. § 38 InsO wird durch § 46f Abs. 4-8 KWG also in vier Stufen unterteilt.

Somit ergibt sich innerhalb der berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten folgende – im Vergleich zu den Insolvenzrängen umgekehrte – Reihenfolge der Heranziehung zum Bail-in:<sup>75</sup>

1. Nachrangige Insolvenzforderungen iSd § 39 InsO in der Reihenfolge: **(i)** Abs. 2, **(ii)** Abs. 1 Nr. 5, **(iii)** Abs. 1 Nr. 4, **(iv)** Abs. 1 Nr. 3, **(v)** Abs. 1 Nr. 2 und **(vi)** Abs. 1 Nr. 1.
2. Einfache Insolvenzforderungen iSd § 38 InsO, § 46f Abs. 4-8 KWG in der Reihenfolge: **(i)** Schuldtitel iSd § 46f Abs. 5, 6 KWG, **(ii)** „gewöhnliche“ einfache Insolvenzforderungen iSd § 38 InsO, **(iii)** entschädigungsfähige Einlagen von natürlichen Personen und KMU iSd § 46f Abs. 4 Nr. 2 KWG und **(iv)** Forderungen des Einlagensicherungssystems iSd § 46f Abs. 4 Nr. 1 KWG.
3. Masseforderungen, § 53 InsO

### c) Zusammenfassung

Im Ganzen betrachtet, folgt die Reihenfolge, in der Anteile, anderer Instrumente des harten Kernkapitals, relevanter Kapitalinstrumente und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten zum Bail-in herangezogen werden damit in weiten Teilen der Systematik der Eigenmittel und Insolvenzränge. An erster Stelle müssen die Anteilseigner für die Verlusttragung oder Sanierung des Instituts aufkommen. Anschließend werden relevanter Kapitalinstrumente herangezogen, denn diese haben als regulatorische Eigenmittel die Funktion, im Krisenfall vorrangig zur Verlustdeckung zur Verfügung zu stehen. Erst danach sind die übrigen Gläubiger berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten betroffen, wobei eine weitere Abstufung danach erfolgt, welches Ausfallrisiko in einem Insolvenzverfahren bestanden hätte. Einzelne Privilegierungen, wie z.B. die von entschädigungsfähigen Einlagen, lassen sich mit dem zusätzlichen Schutz, der für Einleger sowie kleine und mittlere Unternehmen angestrebt wird, rechtfertigen (s. ausführlich B. III. 1.). Die Risikotragung erfolgt im neuen Abwicklungsregime somit in der sowohl aus marktwirtschaftlicher als auch politischer Sicht erwünschten Weise.

<sup>73</sup> Skauradszun, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung, DZWIR 2016, 501, 508.

<sup>74</sup> Skauradszun, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung, DZWIR 2016, 501, 505.

<sup>75</sup> Skauradszun, Die Haftungskaskade bei der Bankenabwicklung, DZWIR 2016, 501, 508.

## 4. Rechtsfolgen und Sanierungswirkung des Bail-in

Schließlich stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus der Durchführung eines Bail-in für Anteilseigner, Gläubiger und das Institut selbst ergeben und welche Sanierungseffekte erzielt werden.

### a) Herabschreibung

Bei der Herabschreibung ist zwischen Anteilen am Institut und Verbindlichkeiten des Instituts zu unterscheiden.

#### aa) Rechtsfolgen

##### (1) *Anteile*

Werden Anteile an dem Institut auf null herabgeschrieben, so verlieren die Anteilsinhaber ihre Rechtsposition vollständig, § 100 Abs. 1 S. 2 SAG und scheiden damit aus dem Gesellschafterkreis aus. Dies entspricht gesellschaftsrechtlich den Wirkungen einer Einziehung oder Löschung von Gesellschaftsanteilen, § 101 Nr. 1 SAG.<sup>76</sup> Im SAG ist daher angeordnet, dass die Abwicklungsanordnung der FMSA alle eigentlich nach Gesellschaftsrecht erforderlichen Beschlüsse, Zustimmungen und rechtsgeschäftlichen Erklärungen ersetzt und Formvorschriften als beachtet gelten, § 99 Abs. 4 SAG.<sup>77</sup>

##### (2) *Verbindlichkeiten*

Werden Verbindlichkeiten auf null herabgeschrieben so gelten diese als dauerhaft beglichen, was einer Erfüllung entspricht, § 99 Abs. 1 SAG.<sup>78</sup> Die Ansprüche der Gläubiger erlöschen folglich gemäß § 362 Abs. 1 BGB. Bei nur teilweiser Herabschreibung gelten die Verbindlichkeiten in Höhe des herabgeschriebenen Betrages als beglichen, § 99 Abs. 2 Nr. 1 SAG. Nicht vom Bail-in berührt wird der Bestand von Sicherheiten, wie etwa Bürgschaften, die auf herabgeschriebene Verbindlichkeiten des Instituts gegeben wurden, § 99 Abs. 8 S. 1 SAG. Allerdings wird die Bank auch von solchen Ansprüchen befreit, die einem Sicherungsgeber, z.B. nach § 774 Abs. 1 BGB, dafür zustehen würden, dass anstelle der Bank er von einem betroffenen Gläubiger in Anspruch genommen wurde, § 99 Abs. 8 S. 2 SAG.<sup>79</sup> Denn andernfalls hätte der Bail-in für das Institut in vielen Fällen gar keine Entlastungswirkung.<sup>80</sup>

#### bb) Sanierungswirkung

##### (1) *Anteile*

Werden Anteile herabgeschrieben so verringert sich dadurch das Stammkapital des Instituts. In der Bilanz ist damit weniger gezeichnetes Kapital auszuweisen und der Betrag, um den das Stammka-

<sup>76</sup> Lütthgerath, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG, BKR 2016, 279, 282.

<sup>77</sup> Lütthgerath, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG, BKR 2016, 279, 282.

<sup>78</sup> Engelbach/Friedrich, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662, 667.

<sup>79</sup> Engelbach/Friedrich, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662, 667.

<sup>80</sup> Engelbach/Friedrich, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662, 667.

pital herabgesetzt wurde, kann in die Kapitalrücklage eingestellt und mit dem Verlustvortrag verrechnet werden.<sup>81</sup> Der Vorgang entspricht einer vereinfachten Kapitalherabsetzung nach den §§ 229 ff. AktG.<sup>82</sup>

Im Falle der Banco Popular Español erfolgte die Kapitalherabsetzung genau zur Bildung einer solchen Rücklage, die zur Absorption erwarteter Verluste dienen sollte.<sup>83</sup>

## (2) Verbindlichkeiten

Herabgeschriebenen Verbindlichkeiten gelten als (ggf. teilweise) erfüllt (s. gerade B. III. 3.) a) aa) (1)). Sie dürfen daher aus der Gewinn- und Verlustrechnung des Instituts ausgebucht werden, wodurch der Bank mehr bilanzielles Eigenkapital und mehr hartes Kernkapital zur Verfügung steht.<sup>84</sup>

## b) Umwandlung

### aa) Rechtsfolgen

Bei der Umwandlung werden relevante Kapitalinstrumente und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, vergleichbar mit einem *debt-equity-swap*,<sup>85</sup> in Anteile oder andere Instrumente harten Kernkapitals, in der Regel also Stammaktien, umgewandelt, §§ 89 Abs. 1 Nr. 1, 90 Abs. 1 Nr. 1 SAG. Der genaue Umwandlungssatz für die einzelnen Verbindlichkeiten wird von der Abwicklungsbehörde festgelegt, § 98 II SAG.

Die neuen Gesellschaftsanteile werden durch eine Kapitalerhöhung gewonnen, zu welcher als Sacheinlage die Forderungen gegen das Institut eingebracht werden, § 99 Abs. VI SAG.<sup>86</sup> Es handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Kapitalmaßnahme, sodass auch hier § 99 Abs. 4 SAG Anwendung findet.<sup>87</sup> Ein Erlöschen der umgewandelten Forderungen ist im SAG nicht ausdrücklich geregelt. Je nach vertretener Ansicht erlöschen sie entweder nach § 99 Abs. 1 SAG analog<sup>88</sup> oder durch Konfusion, da durch die Einbringung der Forderung in die Gesellschaft Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner zusammenfallen.<sup>89</sup>

Aus Sicht der bisherigen Anteilseigner treten bei der Umwandlung neue Gesellschafter hinzu. Das hat zur Folge, dass die Beteiligungen der bisherigen Anteilseigner am Institut entsprechend dem Umwandlungssatz verwässert werden, § 100 Abs. 1 S. 1 SAG.

### bb) Sanierungswirkung

Da die umgewandelten Verbindlichkeiten erlöschen, ergibt sich der gleiche Sanierungseffekt wie bei einer Herabschreibung.

<sup>81</sup> FROB, Resolution concerning the adoption of the resolution scheme in respect of Banco Popular Español v. 7.6.2017, S. 9.

<sup>82</sup> Lüthgerath, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG, BKR 2016, 279, 283 f.

<sup>83</sup> FROB, Resolution concerning the adoption of the resolution scheme in respect of Banco Popular Español v. 7.6.2017, S. 5: *non-distributable voluntary reserve*.

<sup>84</sup> Engelbach/Friedrich, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662, 666

<sup>85</sup> Lüthgerath, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG, BKR 2016, 279, 283.

<sup>86</sup> Lüthgerath, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG, BKR 2016, 279, 282.

<sup>87</sup> Lüthgerath, Die Auswirkungen der Bail-in-Instrumente des SAG, BKR 2016, 279, 282.

<sup>88</sup> Engelbach/Friedrich, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, 662, 667.

<sup>89</sup> Thole, Bankenabwicklung nach dem SAG, ZBB 2016, 57, 63.

### **c) Die Abwicklungsanordnung der FMSA**

Die soeben beschriebenen Rechtsfolgen werden durch eine Abwicklungsanordnung der FMSA herbeigeführt, die als Allgemeinverfügung ergeht, § 137 Abs. 1 S. 1 SAG, und auf der Internetseite der FMSA bekannt gemacht wird, § 137a SAG, § 17 Abs. 2 S. 2 FinDAG.<sup>90</sup> Wirksam wird die Abwicklungsanordnung folglich mit Eintritt des Bekanntgabezeitpunkts, der von der FMSA bestimmt wird, § 137a SAG, § 17 Abs. 2 S. 2 FinDAG, § 41 Abs. 4 S. 4, 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Damit dies uneingeschränkt möglich ist, sieht § 136 Abs. 4 S. 3 SAG vor, dass eigentlich erforderliche (Handels-)Registereinträge für die Wirksamkeit der angeordneten Maßnahmen nicht konstitutiv sind.

### **d) Zusammenfassung**

Für die Gläubiger einer Verbindlichkeit der Bank bedeutet eine Heranziehung zum Bail-in in jedem Fall, dass sie auf eine Erfüllung ihrer Forderung durch das Institut verzichten müssen. Bei der Umwandlung erhalten sie dafür zumindest eine Kompensation in Form von Anteilen, wodurch sie die Möglichkeit haben, an eventuellen zukünftigen wirtschaftlichen Erfolgen der Bank zu partizipieren. Die Anteilseigner müssen dagegen mit einer Verwässerung ihrer Beteiligung oder dem vollständigen Verlust ihrer Gesellschafterstellung rechnen. Aus Sicht des Instituts ist der Bail-in vor allem ein Mittel zur Verringerung der Verschuldung sowie zur Generierung von Eigenkapital und Eigenmitteln. Frische Mittel von außen fließen dem Institut durch den Bail-in dagegen nicht zu.

---

<sup>90</sup> Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG) v. 22.4.2002, BGBl. I, S. 1310.

## C. Zusammenfassung und Ausblick

Der neue Rechtsrahmen zur Bankenabwicklung und ganz besonders das neuartige Bail-in-Instrument werden als die Werkzeuge gegen eine Bankenrettung auf Kosten der Steuerzahler und zu hoher Risikobereitschaft an den Finanzmärkten erachtet. Tatsächlich ermöglicht es die Konzeption des Bail-in in der Theorie, nach geltendem Recht mit einer Insolvenz vergleichbare wirtschaftliche Ergebnisse zu erreichen, ohne dabei die Stabilität des Finanzsystems insgesamt zu gefährden.<sup>91</sup>

Seit Mitte dieses Jahres hat das Abwicklungsverfahren des SRM eine erste praktische Erprobung hinter sich, als das SRB in drei Fällen über eine mögliche Abwicklung entschied.<sup>92</sup> Einmal kam es dabei zur Anwendung eines Abwicklungsinstruments: Die spanische Banco Popular Español wurde erfolgreich an die *Banco Santander* verkauft.<sup>93</sup> Das Bail-in-Instrument wurde dagegen noch nicht eingesetzt. Es muss sich gerade angesichts der vielen möglichen Ausnahmen folglich erst noch zeigen, wie umfassend ein Bail-in in der Praxis zukünftig wirklich angewendet werden wird. Ob ein Bail-in für sich alleine damit wirklich in der Lage ist, die Krise einer großen Bank zu beenden, ist daher weiter abzuwarten.

Trotz dieser noch bestehenden Unsicherheiten ist der Bail-in zweifelsohne ein großer Fortschritt im Vergleich zur Rechtlage zu Zeiten der Finanzkrise, in der die Rettung von Banken mit öffentlichen Mitteln noch als „alternativlos“ angesehen wurde.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> *Binder*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren?, ZHR 179 (2015), 83, 111.

<sup>92</sup> Siehe dazu B. II.

<sup>93</sup> Holtermann, Santander rettet Banco Popular in letzter Minute, Handelsblatt v. 7.6.2017 abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/spanische-krisebank-santander-rettet-banco-popular-in-letzter-minute/19900498.html>

<sup>94</sup> *Binder*, Systemkrisenbewältigung durch Bankenabwicklung?, ZBB 2017, 57, 71.