

Stand: 16. Juni 2014

Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten

Im Zuge der seit 2007 andauernden Finanzkrise sahen sich Staaten mit Blick auf die Finanzstabilität wiederholt veranlasst, in Schieflage geratene Kreditinstitute unter Einsatz öffentlicher Mittel zu retten. Um derartige Bail-outs in Zukunft zu vermeiden und auch komplexere Banken ohne Einsatz von Steuermitteln abwickeln zu können, wurden auf globaler Ebene Grundzüge von Abwicklungsregimen entwickelt. In der Europäischen Union (EU) sind zur Umsetzung dieses Konzeptes zwei Gesetzgebungsprojekte initiiert worden: Zum einen eine für alle EU-Mitgliedstaaten geltende Richtlinie (Bank Recovery and Resolution Directive: BRRD), die die Sanierungs- und Abwicklungsinstrumente harmonisiert, ihre Anwendung aber in der Zuständigkeit nationaler Abwicklungsbehörden belässt; zum anderen eine Verordnung zur Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism: SRM). Letztere setzt auf den Instrumenten der BRRD auf und ergänzt den bereits weit vorangeschrittenen Aufbau eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus für Banken (Single Supervisory Mechanism: SSM). Die Banken derjenigen Mitgliedstaaten, die am SSM teilnehmen – das sind die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, sowie etwaige freiwillig hinzutretende Mitgliedstaaten von außerhalb des Euro-Währungsgebiets – unterfallen dem SRM, einem institutionellen Mechanismus mit einem Abwicklungsgremium auf europäischer Ebene sowie einem einheitlichen Abwicklungsfonds. Die dem Abwicklungsfonds zur Verfügung gestellten nationalen Finanzmittel werden über eine Übergangszeit von acht Jahren sukzessive vergemeinschaftet.

Die BRRD stellt einen wichtigen Schritt zur Wiederherstellung marktwirtschaftlich konformer Grundsätze dar. Demgemäß sollten bei Scheitern einer Bank zunächst die Anteilseigner und Gläubiger Risiken und Verluste tragen und erst danach ein dedizierter, von der Bankenindustrie finanzierter Abwicklungsfonds. Die BRRD verfolgt dieses Ziel vor allem durch das neuartige Instrument des Bail-in, sieht allerdings auch Ausnahmen vor, durch die vom Grundsatz abgewichen wird, dass primär die Anteilseigner und Gläubiger Verluste tragen. Der SRM ist Bestandteil des umfassenden Reformprojekts Bankenunion und eine notwendige Ergänzung zum bereits beschlossenen SSM, der planmäßig im November 2014 die Verantwortung für die Aufsicht über die Banken des Euro-Währungsgebiets übernehmen wird. Mit dem SRM liegen dann wieder Haftung und Kontrolle in einer Hand. Allerdings weist das jetzt gefundene Konstrukt komplexe institutionelle Entscheidungsmechanismen auf und ist mit rechtlichen Risiken verbunden, die sich aufgrund des derzeit geltenden primärrechtlichen Rahmens ergeben. Die jetzige Form des SRM sollte daher nur Übergangscharakter haben, bis eine solide primärrechtliche Basis geschaffen ist. Die politischen Entscheidungsträger bleiben aufgefordert, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, damit Anreize für eine nachhaltig tragfähige Politik bestehen. Das setzt voraus, dass die Einflussmöglichkeiten auf die Qualität von Bankbilanzen einerseits und die Verantwortung für die Konsequenzen von Bankinsolvenzen andererseits auf derselben Ebene angesiedelt sind. Dies gilt für die Zukunft ebenso wie für den Umgang mit bereits in den Bankensektoren vorhandenen Altlasten.

Stand: 16. Juni 2014

Hintergrund der beiden Rechtsakte

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über eine systemrelevante Bank ist mit Gefahren für die Finanzstabilität und die Realwirtschaft verbunden, ...

Die Erfahrungen aus der seit dem Jahr 2007 andauernden Finanzkrise belegen anschaulich, wie notwendig die Errichtung eines spezifischen Abwicklungsregimes für Kreditinstitute ist. In der Krise zeigte sich, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über eine zahlungsunfähige oder überschuldete Bank wegen ihrer Vernetzung mit anderen Marktteilnehmern mit gravierenden Nachteilen für das Finanzsystem insgesamt verbunden sein kann (sog. Ansteckungseffekte, „contagion“). Diese Effekte führten zu einem Vertrauensverlust der Banken untereinander; sie wirkten zudem über den Finanzsektor hinaus, weil auch realwirtschaftlich bedeutsame Funktionen von Banken (Hereinnahme von Einlagen, Kreditvergabe, Durchführung des Zahlungsverkehrs) beeinträchtigt wurden, sodass die Krise auf die Realwirtschaft übergriff. Dies war ein entscheidender Grund, warum die Finanzkrise in eine der gravierendsten Rezessionen seit der Weltwirtschaftskrise der zwanziger und dreißiger Jahre des letzten Jahrhunderts mündete.

... was nicht zuletzt auf geänderte Geschäftsmodelle zurückzuführen ist ...

Verschärft wurde diese Gefahrenlage durch strukturelle Veränderungen im Bankensektor. Das Geschäftsmodell eines Teils der Banken in der Europäischen Union (EU) entwickelte sich in den letzten Jahrzehnten weg von der traditionellen Konzentration auf das Kredit- und Einlagengeschäft hin zu einer immer stärkeren Gewichtung des Handels-/Kapitalmarktgeschäfts. Als im Jahr 2007 die Finanzkrise ausbrach, war der EU-Bankensektor folglich deutlich größer, komplexer, vernetzter und über Grenzen hinweg integrierter als zuvor. Damit waren diese Banken nicht nur zu groß, sondern auch zu vernetzt und insgesamt zu bedeutsam für die Gesamtwirtschaft, als dass ihre Insolvenz ohne gravierende Auswirkungen auf das Finanzsystem sowie die Realwirtschaft möglich schien („too big to fail“).

Um derartige nicht abschätzbare systemische Folgewirkungen zu verringern, sahen sich im

Verlauf der Krise die europäischen Staaten gezwungen, von der Insolvenz bedrohte Banken durch staatliche Rettungsprogramme zu erhalten. Diese sogenannten Bail-outs haben verschiedene Formen angenommen. Beispielsweise haben Staaten im Wege einer Kapitalerhöhung Anteile an Instituten erworben und so deren Eigenkapitalbasis gestärkt. Auch wurden staatliche Garantien für Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten abgegeben.

Der beispiellose Umfang an geleisteter staatlicher Hilfe verstärkte die Rettungserwartungen und führte zu Marktverzerrungen und Ineffizienzen. Antizipieren Investoren, dass Verluste sozialisiert und folglich nicht mehr von ihnen selbst getragen werden müssen, setzt dies Anreize, höhere Risiken einzugehen, als es ökonomisch effizient wäre (sog. „moral hazard“). Ein solches Verhalten ist nicht nur gesamtwirtschaftlich schädlich, sondern ruft auch erheblichen öffentlichen und politischen Widerstand hervor und belastet die Akzeptanz der marktwirtschaftlichen Ordnung. Demgemäß sahen sich die Bail-outs in der öffentlichen Diskussion wiederholt starker Kritik ausgesetzt. Oberstes Ziel der ergriffenen Maßnahmen ist daher, Banken widerstandsfähiger gegen Krisen zu machen und sie im Insolvenzfall ohne Unterstützung vom Steuerzahler abwickeln zu können, sodass Risiken und Chancen – marktwirtschaftskonform – wieder in den gleichen Händen liegen.

Dieses Dilemma zwischen aus systemischer Sicht gefährlichen Insolvenzverfahren einerseits und ökonomisch sowie politisch bedenklichen Bail-outs andererseits soll mit dem neuen Abwicklungsregime für Banken aufgelöst werden. Ziel ist es, Instrumente zur Verfügung zu stellen, die eine Abwicklung von Banken ohne den Einsatz von Steuergeldern ermöglichen.

Das Thema wurde nach Ausbruch der Krise auf globaler Ebene behandelt. Federführend war hier vor allem der Finanzstabilitätsrat (Financial Stability Board: FSB), in dem Regierungen, Finanzaufsichtsbehörden und Zentralbanken

... und während der Krise wiederholt zu Bail-outs führte

Abwicklungsregime als dritte Option neben Insolvenz und Bail-out

„Key Attributes“ des FSB

Stand: 16. Juni 2014

der 24 wichtigsten Industrie- und Schwellennationen der Erde vertreten sind. Auch inter- und supranationale Institutionen wie etwa der IWF, die Europäische Kommission oder die Europäische Zentralbank (EZB) nahmen an den Arbeiten teil. Der FSB wurde von den G20 beauftragt, ein internationales Rahmenwerk zur Sanierung und Abwicklung systemrelevanter Finanzinstitute zu erarbeiten. Im Oktober 2011 legte er die „Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions“ (nachfolgend KA) vor, die von den G20 verabschiedet wurden.¹⁾ In diesem Dokument werden die Anforderungen skizziert, die die Abwicklungsregime der beteiligten Staaten erfüllen sollen. Insbesondere wird gefordert, dass die Staaten Abwicklungsbehörden errichten und mit Instrumenten ausstatten sollen, die eine geordnete Abwicklung von Finanzinstituten ohne Kosten für den Steuerzahler ermöglichen. Die KA geben dabei die Grundzüge der vorzusehenden Instrumente, der dabei anzuwendenden Prinzipien sowie der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der beteiligten Behörden vor. Die im FSB vertretenen Staaten haben sich verpflichtet, die KA bis zum Jahr 2015 in nationales Recht umzusetzen, womit eine stärkere Konkretisierung der Regeln einhergehen wird. Damit tragen die KA maßgeblich zur Lösung des weltweiten „too big to fail“-Problems bei.

Abwicklungsregime auf europäischer Ebene als Teil des Gesamtprojekts Bankenunion

Das Vorhaben fiel in der EU mit dem 2012 von den Staats- und Regierungschefs erklärten Willen zusammen, die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion durch eine Bankenunion zu ergänzen, die eine gemeinsame Bankenaufsicht, einen gemeinsamen Rahmen für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und eine vertiefte Harmonisierung der Einlagensicherung umfassen sollte. Die erste Säule dieser Bankenunion, der einheitliche Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism: SSM), mit dem die Aufsicht auf die EZB übertragen wird, wurde mit einer bereits im November 2013 in Kraft getretenen Verordnung in Angriff genommen. Der SSM wird seine aufsichtliche Tätigkeit voraussichtlich am 4. November 2014 vollumfänglich aufnehmen.²⁾ Hin-

sichtlich der dritten Säule, der Einlagensicherung, wurde ein Kompromiss für eine Richtlinie gefunden, die die nationalen Einlagensicherungssysteme weiter harmonisiert.

■ Gesetzgebungsverfahren

Die KA sind weder rechtlich verbindlich noch unmittelbar in den beteiligten Staaten anwendbar. Sie bedürfen daher zu ihrer praktischen Anwendbarkeit der Umsetzung durch legislative Akte in den jeweiligen Staaten. Hierzu hatte sich auch die EU als Jurisdiktion zwar nicht rechtlich, doch aber politisch verpflichtet.

Umsetzung der KA in der EU durch BRRD und SRM als Teile der Bankenunion

Die Europäische Kommission legte dementsprechend am 6. Juni 2012 einen Entwurf für eine Richtlinie zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (Bank Recovery and Resolution Directive: BRRD³⁾) sowie am 10. Juli 2013 einen Entwurf für eine Verordnung zur Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism: SRM-VO) für Banken vor.⁴⁾

Beide Dokumente sind rechtlich eigenständige Rechtsakte, allerdings baut die SRM-VO auf der BRRD auf. Die BRRD, die für alle 28 Mitgliedstaaten der EU gilt, harmonisiert das materielle

Wechselseitiges Verhältnis der beiden Rechtsakte

¹ Im Internet abrufbar unter: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf.

² Siehe hierzu: Deutsche Bundesbank, Gemeinsame europäische Bankenaufsicht – Erster Schritt auf dem Weg zur Bankenunion, Monatsbericht, Juli 2013, S. 15 ff.

³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG und 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG und 2011/35/EG sowie der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010. Kommissionsdokument Nr. COM/2012/0280 final.

⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Bankenabwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates. Kommissionsdokument Nr. COM(2013) 520 final.

Stand: 16. Juni 2014

Abwicklungsrecht, das heißt, sie sieht Abwicklungsinstrumente vor und enthält damit in Zusammenhang stehende Vorschriften etwa über die Sanierungs- und Abwicklungsplanung und das frühzeitige Eingreifen. Sie belässt aber die Zuständigkeit für die Anwendung dieser Befugnisse auf nationaler Ebene und sieht demgemäß – soweit noch nicht national geschehen – die Errichtung von nationalen Abwicklungsbehörden und Abwicklungsfinanzierungsmechanismen durch die Mitgliedstaaten vor. Sie ist aus europarechtlicher Sicht eine Richtlinie, die durch nationale Gesetzgebung in nationales Recht umgesetzt werden muss und auf diesem Wege zur Anwendung gelangt.

Die SRM-VO überträgt demgegenüber auch die Entscheidungsfindung auf die europäische Ebene. Sie errichtet ein europäisches Abwicklungsgremium, das mit Befugnissen ausgestattet wird, die im Rahmen der BRRD von den nationalen Abwicklungsbehörden ausgeübt werden. Dieser Zielsetzung entsprechend, wird der SRM über eine EU-Verordnung und damit einen unmittelbar anwendbaren Rechtsakt errichtet. Soweit die BRRD den Mitgliedstaaten Wahlrechte und Gestaltungsspielräume belässt, werden diese von der SRM-VO in einer bestimmten Weise ausgeübt. Auch wenn die SRM-VO in allen 28 Mitgliedstaaten gilt, umfasst der SRM faktisch nicht alle Mitgliedstaaten, sondern nur diejenigen, die auch am SSM teilnehmen. Streng genommen ist daher nur der SRM, nicht auch die BRRD, Teil des Projekts Bankenunion, das nur die Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets sowie Staaten, die eine enge Zusammenarbeit mit der EZB auf dem Gebiet der Bankenaufsicht eingehen (sog. Opt-In), umfasst. Dennoch können die beiden Rechtsakte nur in einer Gesamtschau sinnvoll betrachtet werden, da die materiellen Regelungen weitgehend deckungsgleich sind.

Beide Rechtsakte sollen auf Grundlage des Artikels 114 AEUV (Rechtsangleichung im Binnenmarkt) erlassen werden und bedürfen daher der Zustimmung des Rates und des Europäischen Parlaments im Wege des ordentlichen Gesetz-

gebungsverfahrens. Die sogenannten Trilog-Verhandlungen zwischen den EU-Gesetzgebungsorganen konnten Ende März 2014 erfolgreich abgeschlossen werden. Auf Grundlage dieser politischen Einigung gab das Plenum des Europäischen Parlaments am 15. April seine Zustimmung zu beiden Gesetzesvorhaben; die BRRD wurde am 12. Juni 2014 im Amtsblatt der EU veröffentlicht.⁵⁾ Etwaige Änderungen an Detailpunkten der SRM-VO sollen in der ersten Plenarsitzung des neugewählten Parlaments nach den Europawahlen im Zuge eines Korrigendums beschlossen werden. Daran anschließend kann der Rat sein förmliches Votum abgeben. Damit kann auch die SRM-VO noch im Sommer 2014 im Amtsblatt veröffentlicht werden.

Darüber hinaus zeigte sich während der Verhandlungen zur SRM-VO, dass wichtige Fragen zur Vergemeinschaftung der Abwicklungsfinanzierung nicht in Form einer EU-Verordnung geregelt werden können, sondern eines zusätzlichen zwischenstaatlichen Abkommens der Mitgliedstaaten („intergovernmental agreement“: IGA) bedürfen (Näheres dazu unten). Ein entsprechendes Abkommen wurde deshalb parallel zur SRM-VO ausgehandelt und von allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Großbritanniens und Schwedens am 21. Mai 2014 unterzeichnet. Nun schließt sich ein Ratifikationsverfahren gemäß den nationalen verfassungsrechtlichen Vorschriften an.

Bank Recovery and Resolution Directive – BRRD

Allgemeines

Der Anwendungsbereich der BRRD umfasst in der EU niedergelassene Institute, das heißt Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (Art. 1 Abs. 1 lit. a, Art. 2 Abs. 23 BRRD). Der Begriff „Kreditinstitut“ ist dabei im europarechtlichen Sinne des Einlagen- und Kreditgeschäfts zu verstehen, so dass nicht alle Unternehmen, die den weiteren

Anwendungsbereich

Trilog wurde durchgeführt

⁵ ABl. EU Nr. L 173/190 vom 12. Juni 2014.

Stand: 16. Juni 2014

Begriff des Kreditinstituts im deutschen Recht (§ 1 Abs. 1 Gesetz über das Kreditwesen, KWG) erfüllen, von der BRRD erfasst sind. Erfasst sind daneben auch in der EU bestehende Zweigstellen von Banken aus Drittstaaten sowie bestimmte Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, gemischte Holdinggesellschaften und Mutterfinanzholdinggesellschaften und Finanzinstitute (Einzelheiten in Art. 1 Abs. 1 lit. b bis e BRRD).

BRRD regelt Sanierungs- ebenso wie Abwicklungs- verfahren

Ähnlich wie bereits bestehende nationale Rechtsordnungen – in Deutschland etwa das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz⁶⁾ – differenziert auch die BRRD grundsätzlich zwischen zwei verschiedenen Verfahren, die im Falle der Schieflage eines Instituts ergriffen werden können und die bereits im Titel der Richtlinie ihren Niederschlag gefunden haben: Einerseits, die Sanierung („recovery“), andererseits die Abwicklung im engeren Sinne („resolution“).

Sanierungsverfahren

Sanierungs- verfahren durch das Institut selbst

Das Sanierungsverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es in Eigenverantwortung des Instituts durchgeführt wird. Zu diesem Zweck steht der Geschäftsleitung eine von der BRRD nicht abschließend vorgegebene Bandbreite an Optionen zur Verfügung. Beispielsweise können bestimmte Aktiva oder Geschäftszweige des Instituts an andere Rechtsträger veräußert oder bestimmte Aktivitäten eingestellt, umorganisiert oder reduziert werden. Allen Sanierungsmaßnahmen gemein ist, dass sie auf rein privatrechtlicher Grundlage ohne Nutzung hoheitlich-behördlicher Befugnisse ergehen. Sie gestatten daher keinen Eingriff in die Rechte von Investoren (Anteilseignern oder Gläubigern) gegen deren Willen. Die Aufsichtsbehörde kann im Rahmen des frühzeitigen Eingreifens das Institut verpflichten, Sanierungsmaßnahmen zu treffen.

Pflicht zur Sanierungs- planung

Im Falle einer Institutsschieflage kann wertvolle Zeit verlorengehen, wenn die Geschäftsleitung erst dann damit beginnt, Konzepte für eine

Sanierung auszuarbeiten. Daher verpflichtet Artikel 5 BRRD die Institute zur Aufstellung von Sanierungsplänen. In diesen Dokumenten sollen die in der Sanierung zu treffenden Maßnahmen ex ante, das heißt vor Eintreten des Sanierungsfalles, entwickelt und vorbereitet werden, um im Bedarfsfall auf bereits vorhandene Konzepte zurückgreifen zu können. Anders als im geltenden deutschen Recht, das eine Sanierungsplanung nur für potenziell systemgefährdende Institute vorschreibt, ist dies in der BRRD im Grundsatz für alle Institute vorgesehen; allerdings findet für Banken, die einer der konsolidierenden Aufsicht unterliegenden Gruppe angehören, keine individuelle Planung statt, da sie stattdessen im Gruppensanierungsplan (Art. 7 BRRD) behandelt werden. Für kleine Institute – insbesondere solche, die wie die deutschen Sparkassen und Genossenschaftsbanken einem Institutssicherungssystem angehören oder deren Liquidation im Insolvenzverfahren keine schädlichen Auswirkungen auf die Finanzstabilität erwarten lässt – sieht Artikel 4 BRRD Erleichterungen bei der Sanierungsplanung vor. Die Sanierungspläne sind mindestens jährlich oder bei bedeutsamen Änderungen zu aktualisieren und werden der zuständigen Aufsichtsbehörde zur Prüfung vorgelegt. Bei Unzulänglichkeiten im Plan kann die Aufsichtsbehörde Abhilfe verlangen und auch Maßnahmen wie etwa Änderungen an der Governance-Struktur oder dem Risikoprofil des Instituts vorschreiben.

Zur Vorbereitung auf spätere Schieflagen können in Gruppen auch Vereinbarungen über gruppeninterne finanzielle Unterstützung der angehörigsten Unternehmen untereinander geschlossen werden, die allerdings der Prüfung durch die Aufsicht unterliegen.

Gruppeninterne finanzielle Unterstützung

Frühzeitiges Eingreifen

Ein wesentlicher Zweck der BRRD besteht auch darin, eine sich anbahnende Schieflage bereits

⁶⁾ Erlassen als Art. 1 des Restrukturierungsgesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I, S. 1900).

Zusätzliche Eingriffsbefugnisse für die Aufsichtsbehörden

im Vorfeld abzuwenden. Zu diesem Zweck sehen Artikel 27 bis 30 BRRD unter dem Schlagwort frühzeitiges Eingreifen („early intervention“) umfangreiche zusätzliche Eingriffsbefugnisse für die Aufsichtsbehörden vor. Insbesondere können Änderungen an der Geschäftsstrategie verlangt, ein vorläufiger Verwalter bestellt oder das Durchführen von Maßnahmen aus dem Sanierungsplan vorgeschrieben werden.

Abwicklung

Abwicklungsverfahren erlaubt Eingriffe in Gläubigerrechte

Im Idealfall bewirkt die Bankenaufsicht durch frühzeitiges Eingreifen eine hinreichende Risikotragfähigkeit des Instituts, oder die Bank stellt diese unter Berücksichtigung der Aufsichtsempfehlungen durch das Sanierungsverfahren wieder her. Extremfälle, in denen dies nicht genügt oder ein Sanierungsversuch von vornherein aussichtslos ist, lassen sich jedoch nicht ausschließen, sodass Maßnahmen bis hin zu Eingriffen in die Rechte von Anteilseignern und Gläubigern gegen deren Willen erforderlich werden können. Derartige Eingriffe sind hoheitlicher Art und bedürfen daher der Einbindung einer Behörde, die hierfür mit gesetzlichen – also von vertraglichen Klauseln unabhängigen – Befugnissen ausgestattet ist. Diesem Zweck dienen das Abwicklungsverfahren und die Abwicklungsbehörde. Die Abwicklungsziele, an denen die Behörde ihr Vorgehen auszurichten hat, werden dabei in Artikel 31 BRRD vorgegeben und umfassen die Sicherstellung der Kontinuität kritischer Funktionen; die Vermeidung erheblicher negativer Auswirkungen auf die Finanzmarktstabilität, vor allem durch die Verhinderung einer Ansteckung; den Schutz öffentlicher Mittel durch geringere Inanspruchnahme außerordentlicher finanzieller Unterstützung aus öffentlichen Mitteln; den Schutz von einlagengesicherten Einlegern sowie den Schutz der Gelder und Vermögenswerte der Kunden.

Abwicklungsplanung durch Abwicklungsbehörde

Auch hinsichtlich der Abwicklung findet bereits im Vorfeld eine Planung statt, um die Wahl der notwendigen Maßnahmen im Bedarfsfall zu

erleichtern. Entscheidender Unterschied zur Sanierung ist aber, dass die Pflicht zur Erstellung eines Abwicklungsplanes nicht beim Institut, sondern bei der Abwicklungsbehörde liegt (Art. 10 BRRD). Hierbei ist das Institut zur Kooperation und zur Bereitstellung der erforderlichen Daten verpflichtet (Art. 11 BRRD). Auch hier finden sich Erleichterungen für kleinere Institute sowie die Möglichkeit, gruppenangehörige Institute in einem Gruppenabwicklungsplan zu behandeln.

Im Prozess, der zur Erstellung des Abwicklungsplanes führt, können sich Hindernisse zeigen, die ein geordnetes Abwicklungsverfahren erschweren können. Beispielsweise ist es denkbar, dass verschiedene Geschäftszweige des Instituts derart komplex vernetzt sind, dass die systemischen Konsequenzen eines Abwicklungsverfahrens unübersehbar wären. Die BRRD beauftragt daher die Abwicklungsbehörden, die Abwicklungsfähigkeit („resolvability“) eines Instituts zu überprüfen; sie ist bei festgestellten Mängeln an der Abwicklungsfähigkeit befugt, den Abbau oder die Beseitigung von Hindernissen für die Abwicklungsfähigkeit zu verlangen (Art. 17 BRRD). Die Überprüfung der Abwicklungsfähigkeit ist in einem iterativen Prozess mit der Sanierungs- und Abwicklungsplanung verbunden. Dieser Prozess setzt eine enge Zusammenarbeit zwischen Aufsichts- und Abwicklungsbehörde voraus. Hat die Aufsichtsbehörde beispielsweise Zweifel an der Durchführbarkeit eines ihr vorgelegten Sanierungsplanes, muss sie auf Änderungen hinwirken, die sich positiv auf die Abwicklungsfähigkeit auswirken und auch die Abwicklungsplanung beeinflussen werden. Umgekehrt können Erkenntnisse der Abwicklungsbehörde aus ihrer Bewertung der Abwicklungsfähigkeit dazu führen, dass die Sanierungs- und Abwicklungsplanung verändert werden muss.

Zur Eröffnung eines Abwicklungsverfahrens müssen nach Artikel 32 Absatz 1 BRRD drei Voraussetzungen (sog. Trigger) kumulativ erfüllt sein:

Prüfung der Abwicklungsfähigkeit ex ante und Zusammenhänge zur Sanierungs- und Abwicklungsplanung

Drei kumulative Voraussetzungen für Abwicklungsverfahren

Stand: 16. Juni 2014

- Das Institut fällt aus, oder sein Ausfall ist wahrscheinlich. Mit diesem Kriterium, das in Artikel 32 Absatz 4 BRRD näher ausformuliert wird, wird neben der Überschuldung und Zahlungsfähigkeit des Instituts auch auf Verstöße gegen die an eine dauerhafte Zulassung geknüpften Anforderungen abgestellt, beispielsweise ein Verlust, der einen wesentlichen Teil der Eigenmittel aufbraucht. Soweit nicht bestimmte Ausnahmen greifen, wird zudem das Kriterium „Ausfall“ oder „wahrscheinlicher Ausfall“ als erfüllt angesehen, wenn ein Institut eine außerordentliche finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln erhält. Diese Vorschrift senkt Anreize zu frühzeitigen Bail-outs.⁷⁾
- Es besteht nach vernünftigem Ermessen keine Aussicht, dass alternative Maßnahmen der Privatwirtschaft oder der Aufsichtsbehörden (wie z. B. Frühinterventionsmaßnahmen) den Ausfall innerhalb eines angemessenen Zeitraums abwenden können. Diese Regelung ist aus deutscher Sicht von besonderer Bedeutung, da institutsbezogene Sicherungssysteme, wie sie vor allem in den Garantie- und Haftungsverbänden des deutschen Genossenschafts- und Sparkassensektors anzutreffen sind, explizit als alternative Maßnahmen angesprochen werden. Dies ist sachgerecht, da die Erfahrung der Vergangenheit gezeigt hat, dass Zusammenbrüche verbandsangehöriger Institute effizient und oft mit geringeren Kosten durch die jeweiligen Institutssicherungen abgewendet werden können. Die Regelung verdeutlicht den Charakter des Abwicklungsregimes als Ultima Ratio.
- Die Abwicklung ist im öffentlichen Interesse. Im Rahmen dieses Kriteriums wird ein Vergleich zum Insolvenzverfahren gezogen: Ein Abwicklungsverfahren liegt nur dann im öffentlichen Interesse, wenn es für das Erreichen eines oder mehrerer Abwicklungsziele erforderlich und verhältnismäßig ist und die Liquidation des Instituts im Insolvenzverfahren diese Ziele nicht in gleichem

Umfang ermöglichen würde. Das Kriterium zeigt, dass das bisherige Insolvenzrecht durch das neue Abwicklungsregime nicht verdrängt, sondern dass eine zusätzliche Alternative zur Verfügung gestellt wird; im Falle einer konkreten Schieflage ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein Insolvenz- oder ein Abwicklungsverfahren durchzuführen ist. Hierbei gilt der Grundsatz, dass kein Gläubiger durch ein Abwicklungsverfahren schlechter gestellt sein darf, als er es durch eine Insolvenz wäre („no creditor worse off“).

Sobald die Voraussetzungen für eine Abwicklung erfüllt sind und ein Abwicklungsverfahren eingeleitet wurde, stehen der Abwicklungsbehörde mehrere Instrumente („resolution tools“) zur Verfügung, die sie zum Erreichen der genannten Ziele einsetzen kann. Diese Abwicklungsinstrumente sind in Artikel 37 Absatz 3 BRRD aufgezählt. Es handelt sich um:

- Unternehmensveräußerung („sale of business“),
- Brückeninstitut („bridge institution“),
- Ausgliederung von Vermögenswerten („asset separation“),
- Bail-in.

Die Instrumente können einzeln oder in Kombination mit anderen eingesetzt werden, mit der Ausnahme, dass das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nicht einzeln eingesetzt werden darf.

⁷ Die BRRD sieht in diesem Kontext eine wichtige Übergangsvorschrift für den Start der Bankenunion vor: Unter bestimmten Voraussetzungen löst außerordentliche finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln nicht den Abwicklungsfall aus, wenn sie vorbeugend, vorübergehend und geeignet ist, den Folgen schwerer Störungen abzuwehren. Die Bestimmung zielt vor allem auf Stresstests der Europäischen Bankenaufsicht sowie die derzeit unter Führung der EZB stattfindende Bilanzüberprüfung derjenigen Banken ab, über die die EZB ab November 2014 voraussichtlich die direkte Aufsicht übernehmen wird (vgl. auch den Wortlaut von Art. 32 Abs. 4 lit. d BRRD). Diese Regelung ermöglicht es, Kapitallücken, die sich im Rahmen dieser Verfahren zeigen, erforderlichenfalls auch unter Einsatz öffentlicher Mittel zu schließen, um so die Bankenunion frei von Altlasten beginnen zu können. Details hinsichtlich der genauen Voraussetzungen für eine solche Rekapitalisierung ohne Auslösung der Abwicklung sind noch umstritten.

*Staatliche
Stabilisierungsinstrumente als
letztes Mittel*

Als Ultima Ratio stellen Artikel 56 ff. BRRD auch staatliche Stabilisierungsinstrumente bereit. Bei Ihnen handelt es sich in der Sache um einen von der BRRD legitimierten Bail-out mit öffentlichen Mitteln. Da dies im Gegensatz zu den Zielen der BRRD steht, dürfen sie erst eingesetzt werden, nachdem die übrigen Abwicklungsinstrumente so umfassend wie möglich erwogen und eingesetzt wurden.

Unternehmensveräußerung

Mit dem Instrument der Unternehmensveräußerung können Anteile an dem abzuwickelnden Unternehmen oder seine Vermögenswerte, Rechte oder Verbindlichkeiten – ganz oder teilweise – auf einen übernehmenden Rechtsträger übertragen werden. In der Sache handelt es sich um einen Verkauf von Geschäftsaktivitäten an ein anderes Institut, das hierfür einen durch vorherige Bewertung zu ermittelnden Preis zahlt. Dadurch kann die Fortführung kritischer Funktionen durch einen anderen Geschäftsträger ermöglicht werden. Die Zustimmung des abzuwickelnden Instituts oder seiner Anteilseigner ist ebenso wenig erforderlich wie die der Gläubiger oder Schuldner, deren Forderungen beziehungsweise Verbindlichkeiten übertragen werden, da die Veräußerung hoheitlich durch die Abwicklungsbehörde erfolgt; erforderlich ist allerdings die Zustimmung des übernehmenden Rechtsträgers.

Brückeninstitut

Anstatt auf dem Markt nach einem kaufwilligen übernehmenden Rechtsträger zu suchen oder wenn kein solcher Rechtsträger gefunden werden kann, kann von der Abwicklungsbehörde auch ein Brückeninstitut errichtet werden, um kritische Funktionen in einem solchen zu erhalten. Auf dieses können Anteile an dem abzuwickelnden Unternehmen oder Vermögenswerte, Rechte oder Verbindlichkeiten ganz oder teilweise übertragen werden, wobei der Gesamtwert der übertragenen Verbindlichkeiten nicht den Gesamtwert der Rechte und Vermögenswerte übersteigen darf. Auch hier ist ein angemessener, durch Bewertung zu ermittelnder Kaufpreis zu zahlen. Der Unterschied zur Unternehmensveräußerung liegt vor allem darin, dass das Brückeninstitut von der Abwick-

lungsbehörde gezielt für diesen Zweck gegründet und gesteuert wird (Art. 41; Art. 40 Abs. 2 BRRD); allerdings können Brückeninstitute – wie dies bereits jetzt in Deutschland durch die FMSA auf Grundlage des Restrukturierungsfondsgesetzes möglich ist – auch ohne konkreten Anlass „auf Vorrat“ als Mantel gegründet werden, um im Bedarfsfall schneller zur Verfügung zu stehen. Das Brückeninstitut oder seine Vermögenswerte, Rechte oder Verbindlichkeiten sollen sobald wie möglich, im Regelfall innerhalb von zwei Jahren, weiterverkauft werden, wobei Verlängerungsmöglichkeiten bestehen (Art. 41 Abs. 5, 6 BRRD).

Das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten weist gewisse Ähnlichkeiten zum Brückeninstitut dahingehend auf, dass auch hier Vermögenswerte, Rechte oder Verbindlichkeiten des abzuwickelnden Instituts auf einen von der Abwicklungsbehörde kontrollierten Rechtsträger übertragen werden. Anders als beim Brückeninstitut ist der Zweck dieses als Zweckgesellschaft („asset management vehicle“) ausgestalteten Rechtsträgers aber nicht die Fortführung kritischer Funktionen, sondern im Gegenteil deren spätere Veräußerung oder geordnete Liquidation (Art. 42 Abs. 3 BRRD). Auf die Zweckgesellschaft können also die nicht bewahrenswerten Aktivitäten ausgelagert werden (sog. Bad Bank). Auch hier ist ein angemessener Kaufpreis zu entrichten.

Kein Abwicklungsinstrument im engeren Sinne, aber in der BRRD als Handlungsoption für die Abwicklungsbehörden vorgesehen und einem Bail-in vorgeschaltet, ist die Möglichkeit zur Herabschreibung oder Umwandlung von Kapitalinstrumenten (Art. 60 BRRD). Dort kann zunächst hartes Kernkapital (Common Equity Tier 1: CET1) proportional zu den Verlusten herabgeschrieben, das heißt in seinem Nennbetrag verringert werden. Ist dies zur Verwirklichung der Abwicklungsziele unzureichend, findet in der nächsten Stufe eine Herabschreibung von zusätzlichen Kernkapitalinstrumenten (Additional Tier 1: AT1) oder die Wandlung dieser Instrumente in hartes Kernkapital statt. Auf einer

*Ausgliederung
von Vermögenswerten*

*Herabschreibung
oder Umwandlung von
Kapitalinstrumenten*

Stand: 16. Juni 2014

weiteren Stufe ist auch bei Ergänzungskapital (Tier 2: T2) eine Umwandlung in hartes Kernkapital oder eine Herabschreibung möglich.⁸⁾ Trotz der strukturellen Ähnlichkeiten zum an späterer Stelle behandelten Bail-in-Instrument handelt es sich bei diesen Optionen nicht um Abwicklungsinstrumente im eigentlichen Sinne, da die betreffenden Passiva bereits von vornherein mit der Maßgabe der Nachrangigkeit und Verlustabsorption emittiert wurden.

Bail-in als Kernstück des Systems der Abwicklungsinstrumente

Die bisher genannten Instrumente wurden in ähnlichen Formen in der Krise bereits angewandt; sie finden daher funktionale Gegenstücke etwa im geltenden deutschen Recht (§§ 48a ff. KWG für die Übertragungsanordnung, § 5 Restrukturierungsfondsgesetz für die Errichtung von Brückeninstituten, § 8a Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz für die Errichtung von Abwicklungsanstalten für bis zum 30. September 2012 erworbene Risikopositionen). Ein echtes Novum aus juristischer Sicht und daher das in der politischen Debatte am kontroversesten diskutierte Abwicklungsinstrument ist demgegenüber der Bail-in, der eine unmittelbare Verlusttragung durch Investoren ermöglichen soll und damit im Zentrum des Anliegens der BRRD steht, eine Alternative zum bisherigen Bail-out bereitzustellen. Er ähnelt der bereits dargestellten Herabschreibung oder Umwandlung von Kapitalinstrumenten, mit dem Unterschied, dass er im Grundsatz sämtliche Verbindlichkeiten des Instituts erfasst und nicht auf Instrumente mit expliziter Nachrangabrede beschränkt ist.

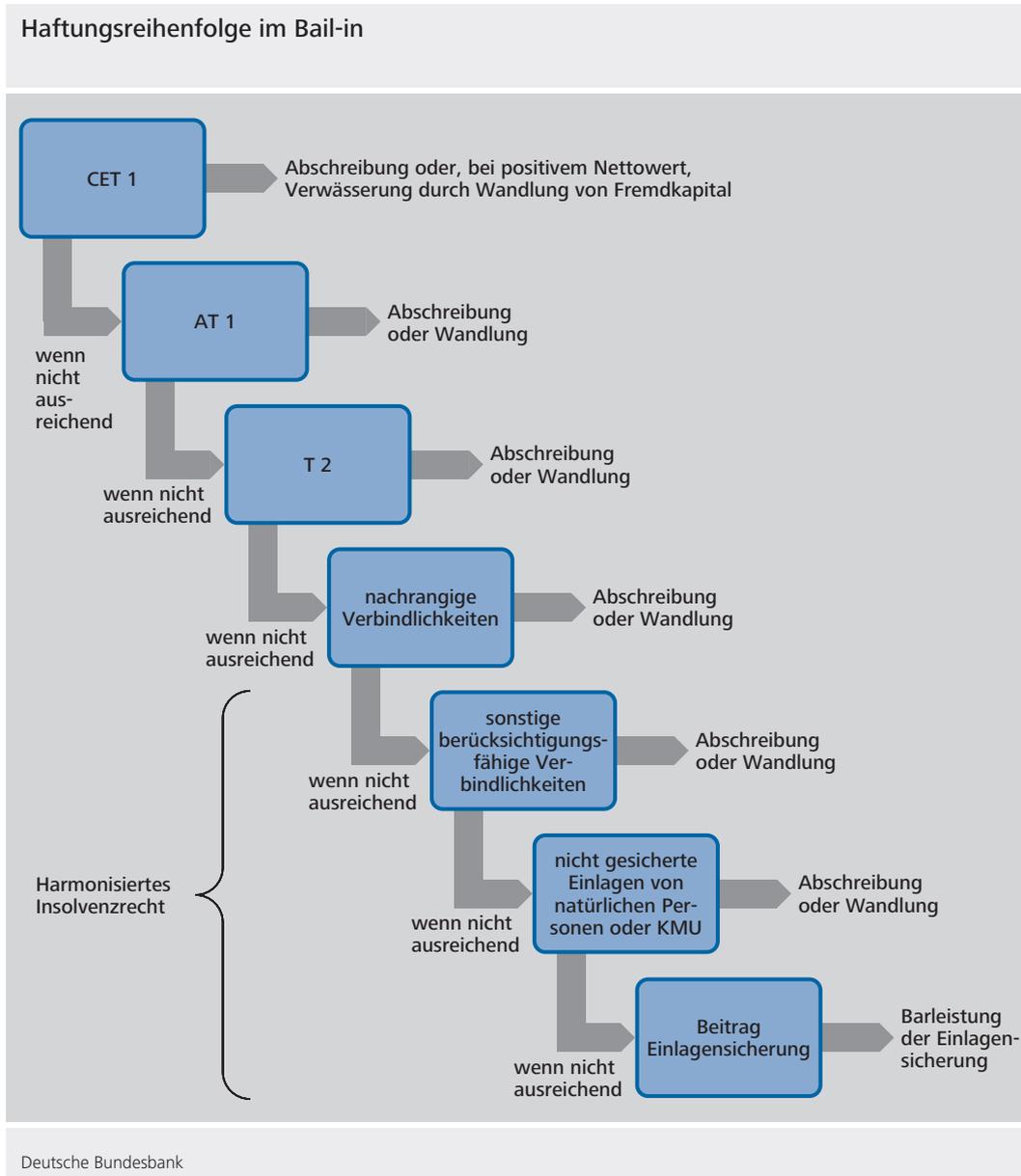
Ermittlung des durch Bail-in aufzubringenden aggregierten Betrages

Zur Anwendung des Bail-in wird zunächst im Rahmen einer Bewertung ein aggregierter Betrag ermittelt, der zur Absorption der aufgelaufenen Verluste und damit zur Wiederherstellung eines Nettowerts des abzuwickelnden Instituts von null erforderlich ist. So kann der aggregierte Betrag auch höher angesetzt werden, um neben der Absorption der aufgelaufenen Verluste eine harte Kernkapitalquote größer null im Sinne der CRR wieder herzustellen (Art. 46 BRRD).

Nach der Bewertung wird der aufzubringende aggregierte Betrag einschließlich des Betrages, der im Rahmen einer Herabschreibung oder Umwandlung nach den Artikeln 59 und 60 BRRD aufzubringen ist, gemäß einer in der BRRD definierten Haftungskaskade auf die Anteilseigner und Gläubiger verteilt (Art. 48 BRRD; vgl. Schaubild auf S. 40). Zunächst werden im Einklang mit Artikel 60 Absatz 1 lit. a BRRD CET1-Instrumente herabgeschrieben. Ist dies zur Erreichung des Zielbetrages nicht ausreichend, erfolgt eine Herabschreibung von AT1-Instrumenten und auf der dritten Stufe eine Herabschreibung von T2-Instrumenten. Anders als unter Artikel 60 BRRD endet die Hierarchie hier jedoch nach Aufzehrung der regulatorisch anerkannten Kapitalinstrumente nicht. Stattdessen können in einer nächsten Stufe auch sonstige nachrangige Verbindlichkeiten im Einklang mit der Rangfolge der Forderungen im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens im erforderlichen Umfang herabgeschrieben werden. Zuletzt ist zudem eine Heranziehung aller sonstigen, das heißt auch vorrangigen, Gläubiger möglich, wobei hierfür jedoch eine durch Artikel 108 BRRD vorgegebene Rangfolge der Forderungen eingehalten werden muss, die auch im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens zu übernehmen ist: Demgemäß genießen Einlagen von natürlichen Personen oder kleinen oder mittleren Unternehmen (KMUs) – sogenannte „eligible deposits“ – die an sich der Einlagensicherung unterliegen, allerdings wegen Überschreitung der Einlagensicherungsgrenze von 100 000 € je Institut und Einleger nicht von der Einlagensicherung profitieren, Vorrang vor sonstigen Gläubigern. Den höchsten Rang nehmen über Einlagensicherungssysteme gedeckte Einlagen und Einlagensicherungssysteme, die an die Stelle geschützter Ein-

BRRD sieht Hierarchie von Anteilseignern und Gläubigern vor

⁸ Die Begriffe CET1, AT1 und T2 fassen unterschiedliche Klassen von Kapitalinstrumenten, die sich hinsichtlich ihrer Qualität und daran anknüpfend ihrer aufsichtlichen Behandlung unterscheiden. Beispiele für CET1-Instrumente sind Aktien im Falle einer Aktiengesellschaft. Beispiele für AT1-Instrumente sind zeitlich unbefristete Schuldverschreibungen ohne starre Zahlungs- oder Tilgungsanreize, während zu den T2-Instrumenten etwa nachrangige Darlehen mit einer Ursprungslaufzeit von mindestens fünf Jahren gezählt werden können.



leger treten, ein. Auch im Bail-in-Falle kann die Beteiligung von Gläubigern sowohl in Form von Herabschreibungen, das heißt Verringerungen des Nennwerts, oder in Form von Umwandlungen in CET1-Instrumente erfolgen. Investoren von CET1-Instrumenten können sowohl durch Herabschreibung ihrer Anteile als auch durch deren Verwässerung an Verlusten beteiligt werden, die dadurch eintritt, dass andere Instrumente in CET1 umgewandelt werden und sich so der prozentuale Anteil der ursprünglichen Investoren am Institut verringert. Voraussetzung für diese, auf eine CET1-Herabschreibung verzichtende Vorgehensweise ist allerdings, dass das Institut trotz der aufgelaufenen Ver-

luste einen positiven Nettowert⁹⁾ aufweist (Art. 47 Abs. 1 BRRD). Hintergrund dieser Regelung ist der Gedanke, dass der im Institut noch vorhandene positive Wert den bisherigen Anteilseignern gebührt und eine Herabschreibung der Anteile daher unangemessen wäre.

Die genannten Sonderregelungen zur Behandlung von Einlagen greifen den Gedanken des Einlegerschutzes auf, der in Artikel 31 Absatz 2 BRRD zu einem von mehreren Abwicklungszie-

⁹ „Positiver Nettowert“ in diesem Sinne bedeutet letztlich, dass das Vermögen des Instituts die Verbindlichkeiten übersteigt.

Stand: 16. Juni 2014

Einlegerschutz durch Befreiung vom Bail-in, aber Kostenbeiträge der Einlagensicherungssysteme

len erhoben wird. Zu diesem Zweck sind Einlagen, die unter den Schutz der europäisch harmonisierten gesetzlichen Einlagensicherungssysteme fallen, bis zu einer gesetzlich definierten Höchstgrenze von derzeit 100 000 € je Institut und Einleger vom Bail-in ausgenommen; die Einlage bleibt ungekürzt und ungewandelt als Forderung des Einlegers gegen das Institut (oder ggf. ein Brückeninstitut) erhalten. Dennoch findet indirekt eine Kostentragung dahingehend statt, dass die für die geschützten Einleger zuständigen Einlagensicherungssysteme zur Tragung der Kosten der Abwicklung eine Barleistung in Höhe des Betrages leisten, der auf die Einleger entfallen wäre, wenn sie nicht vom Bail-in befreit wären (Art. 109 BRRD). Diese Regelung ist dadurch motiviert, dass so die Einlagensicherung an den Kosten der Abwicklung in dem gleichen Ausmaß beteiligt werden kann, in dem sie auch in Anspruch genommen würde, wenn anstelle der Abwicklung eine Insolvenz mit dann fälliger Entschädigung der Einleger durchgeführt würde. Für die Berechnung des Kostenbeitrags der Einlagensicherungssysteme werden diese am Ende der Haftungskaskade – das heißt der am stärksten begünstigten Stellung – angesiedelt.

Gesetzliche und diskretionäre Ausnahmen vom Bail-in

Weitere Ausnahmen von dem Grundsatz, dass die gesamte Passivseite über die Herabschreibungs- und Umwandlungsbefugnis und den Bail-in erfasst werden kann, sind im Wortlaut der Richtlinie vorgesehen; nennenswert ist hier insbesondere die Ausnahme zugunsten von Interbankverbindlichkeiten mit einer Ursprungslaufzeit von weniger als sieben Tagen. Die Regelung ist augenscheinlich dadurch motiviert, den für die Transmission geldpolitischer Impulse wichtigen Interbankengeldmarkt zu schonen, setzt allerdings Anreize hin zu einer kurzfristigen und damit weniger stabilen Refinanzierung von Banken und ist unter diesem Gesichtspunkt nicht unkritisch zu sehen.

Neben diesen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen besitzt die Abwicklungsbehörde auch unter in Artikel 44 Absatz 3 BRRD umrissenen Bedingungen die Möglichkeit, bestimmte Ver-

bindlichkeiten auf diskretionärer Basis ganz oder teilweise vom Bail-in zu befreien und so die skizzierte Haftungskaskade zu modifizieren. Die so entstehende Lücke, das heißt der auf die befreiten Gläubiger entfallende Anteil der Lasten, kann entweder auf andere Gläubiger verteilt werden, deren Last entsprechend steigt (Art. 44 Abs. 3 BRRD a. E.), oder kann durch den Abwicklungsfinanzierungsmechanismus aufgefangen werden (Art. 44 Abs. 4 BRRD). Voraussetzung für die zweite Variante, die im Ergebnis auf einen Ausgleich der Verluste innerhalb des Bankensektors hinausläuft, ist aber, dass bereits eine Kostentragung durch die Anteilseigner und gegebenenfalls Gläubigern von insgesamt mindestens 8% der Bilanzsumme stattgefunden hat. Ferner ist der Kostenbeitrag des Abwicklungsfinanzierungsmechanismus auf 5% der Bilanzsumme beschränkt. In Ausnahmefällen gestattet Artikel 44 Absatz 8 BRRD auch eine Befreiung von diesen Grenzen unter bestimmten Voraussetzungen.

Um im Bedarfsfall sicherzustellen, dass eine hinreichend große Masse an bail-in-fähigen Mitteln zur Verfügung steht, sieht Artikel 45 BRRD Mindestanforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten vor („minimum requirement for own funds and eligible liabilities“: MREL). Damit konkretisiert der europäische Gesetzgeber ein Konzept, das der FSB – einem Auftrag der G20 vom Gipfel in St. Petersburg folgend – unter dem Schlagwort GLAC („gone-concern loss-absorbing capacity“) auf internationaler Ebene mit höchster Priorität vorantreibt. Gemeinsam ist dem europäischen und dem internationalen Ansatz die Idee, dass die Sicherstellung einer ausreichenden Verlustabsorptionskapazität zum Zeitpunkt der Abwicklung eine operationelle Durchführung des vorab vereinbarten Abwicklungsplanes erst ermöglicht und damit die gesamte Abwicklung glaubwürdig machen soll. Während die europäische MREL-Regelung jedoch für alle Institute im Anwendungsbereich der BRRD gilt und den Aufsichtsbehörden hierzu diskretionäre Entscheidungsspielräume belässt, soll die international vereinbarte GLAC-Anforderung nur für

Mindestanforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten und internationale Mindestanforderungen an eine Verlustabsorptionsmasse („gone-concern loss-absorbing capacity“)

Stand: 16. Juni 2014

global systemrelevante Banken gelten und als international verbindlicher Mindeststandard definiert werden.

Die MREL berechnen sich als Quotient aus Eigenmitteln und bail-in-fähigen Verbindlichkeiten dividiert durch die Gesamtverbindlichkeiten und Eigenmittel des Instituts, wobei derivative Verbindlichkeiten auf genetteter Basis in den Nenner einbezogen werden. Die Höhe des einzuhaltenden Prozentsatzes wird für jedes Institut individuell von der Abwicklungsbehörde festgesetzt; die Mittel müssen eine Restlaufzeit von mindestens einem Jahr aufweisen. Als Referenzgröße für die Berechnung von MREL dienen die Gesamtverbindlichkeiten des Instituts, da ein Abstellen auf risikogewichtete Aktiva (RWA) einer Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten angesichts deren möglicher mangelnder Aussagekraft in Krisensituationen nicht zielführend erschien. Diese nicht risikoadjustierte Berechnung der Quote auf der Basis ungewichteter Bilanzwerte birgt zwar die Gefahr, hochriskante und daher margenstarke, kleinvolumige Geschäftsaktivitäten gegenüber risikoarmen, margenschwachen und daher in hohen Volumina durchgeführten Geschäften zu bevorzugen. Andererseits vermeidet sie die Nachteile, die sich in der Vergangenheit bei einem Abstellen auf risikogewichtete Kennziffern infolge unzulänglicher Risikogewichtung (etwa als Resultat der Verwendung interner Modelle oder der Nullgewichtung bestimmter Aktiva wie etwa Staatsanleihen) gezeigt haben. Die auf globaler Ebene diskutierten Anforderungen an weltweit systemrelevante Institute („global systemically important banks“: G-SIBs) für GLAC könnten allerdings bezüglich der Berechnungsgrundlage, zumindest für die europäischen G-SIBs, zu Änderungen führen, da im internationalen Kontext noch über die Berechnungsgrundlage verhandelt wird.

Die MREL-Quote ist in einem gewissen Konkurrenzverhältnis zu den in der CRR geregelten Eigenmittelquoten zu sehen, da es sich bei beiden aus Sicht der Bank um verbindliche, jederzeit einzuhaltende Kennziffern handelt und es im Ergebnis die im jeweiligen Einzelfall strengere Vor-

schrift ist, aus der sich aus Sicht der Bank Auswirkungen auf das Geschäftsverhalten ergeben.

Abwicklungsfinanzierung

Ausgangspunkt der BRRD ist der bereits angesprochene Leitgedanke, dass es im Grundsatz die Anteilseigner und Gläubiger des betreffenden Instituts sind, die – in dieser Reihenfolge – Verluste zu tragen haben. Andererseits kann es nicht ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall doch externe Finanzierungsquellen in einem Abwicklungsverfahren benötigt werden. Um die dadurch entstehenden Kosten nicht Steuerzahlern insgesamt aufzubürden, verpflichtet die BRRD die Mitgliedstaaten zur Errichtung von Abwicklungsfinanzierungsmechanismen, im Regelfall in der Form eines Abwicklungsfonds.

Finanziert werden diese Fonds im Regelfall durch im Voraus erhobene Beiträge. Beitragspflichtig sind nach Artikel 103 BRRD alle in den EU-Mitgliedstaaten lizenzierten Institute sowie die in der EU bestehenden Zweigstellen von Instituten aus Drittstaaten (Art. 2 Abs. 89 BRRD). Berechnungsgrundlage für diese Beiträge sind die Verbindlichkeiten (unter Außerachtlassung der Eigenmittel) des Beitragspflichtigen, abzüglich der geschützten Einlagen, da für diese bereits Beiträge zu den Einlagensicherungssystemen geleistet werden. Diese Berechnungsgrundlage wird in das Verhältnis zum entsprechenden Aggregat aller Beitragspflichtigen im jeweiligen Mitgliedstaat gesetzt und in Relation zum Risikoprofil des Instituts adjustiert. Die eigentliche Beitragsberechnung ist so auszugestalten, dass der Zielwert¹⁰ von 1% der geschützten Einlagen im jeweiligen Mitgliedstaat bis Ende des Jahres 2024 erreicht ist (Art. 102 BRRD). Zur Ausgestaltung der Details dieser BRRD-Vorgaben wird die Kommission zum Erlass eines delegierten Rechtsaktes ermächtigt.

Haftungskaskade nach BRRD: Anteilseigner/ Gläubiger – Abwicklungsfonds – Fiskalischer Backstop

Ex-ante-Beiträge als Regelfall der Abwicklungsfinanzierung

¹⁰ Während geschützte Einlagen also die Basis für die Berechnung der Zielgröße des Abwicklungsfonds bilden, sind sie bei der Berechnungsgrundlage der Beitragspflicht des einzelnen Instituts explizit ausgeklammert.

Stand: 16. Juni 2014

Für Deutschland ergäbe sich nach aktuellen Schätzungen ein Gesamtvolumen an geschützten Einlagen von derzeit etwa 2 Billionen € und somit ein notwendiges jährliches Beitragsaufkommen von etwa 2 Mrd € über zehn Jahre hinweg. Dies stellt gegenüber der derzeit national erhobenen Bankenabgabe, deren Gesamtaufkommen im Jahr 2013 etwa 520 Mio € betrug,¹¹⁾ eine deutliche Steigerung dar. Da die SRM-VO die Aufbaufrist für den von ihr vorgesehenen Fonds von zehn auf acht Jahre verkürzt (siehe dazu S. 51), könnte die jährliche Belastung dementsprechend nochmals zunehmen.

besichert oder erworben oder Kapital für ein Brückeninstitut oder eine Zweckgesellschaft bereitgestellt werden. Ferner kann der Abwicklungsfonds in den Fällen einer Befreiung bestimmter Gläubigerklassen vom Bail-in eingesetzt werden, sofern bereits eine Lastentragung durch Privatinvestoren in Höhe von mindestens 8% der Bilanzsumme stattgefunden hat. Ferner leistet der Abwicklungsfonds Entschädigungen, falls ein Anteilseigner oder Gläubiger in einem Abwicklungsverfahren höhere Verluste erleiden sollte als in einem hypothetisch stattfindenden Insolvenzverfahren.

Bei unzureichenden Mitteln des Abwicklungsfonds Ex-post-Beiträge

Reichen die durch Ex-ante-Beiträge thesaurierten Mittel nicht zur Deckung der Aufwendungen des Fonds, so besteht die Möglichkeit zur Erhebung von Sonderumlagen. Deren Größenordnung ist auf drei reguläre Ex-ante-Jahresbeiträge begrenzt. In Fällen, in denen die Pflicht zur Zahlung von Ex-post-Beiträgen die Solvenz oder Liquidität eines beitragspflichtigen Instituts gefährden würde, gestattet die BRRD eine Stundung der Zahlungspflicht.

Artikel 100 Absatz 2 BRRD gestattet es den Mitgliedstaaten, für den Abwicklungsfinanzierungsmechanismus dieselbe Verwaltungsstruktur zu nutzen wie für das Einlagensicherungssystem. Die nach den beiden Regelungskomplexen erhobenen Mittel sind jedoch separat zu verwalten und dürfen nur für die jeweiligen Zwecke eingesetzt werden.

Möglichkeit zur Kombination des Abwicklungsfinanzierungsmechanismus mit der Einlagensicherung

Als Ultima Ratio gestattet Artikel 105 BRRD die Nutzung alternativer Finanzierungsmöglichkeiten in Form von Kreditaufnahme oder sonstiger Unterstützung. Als Vertragspartner zur Bereitstellung solcher Mittel werden Institute und Finanzinstitute beispielhaft genannt; ausdrücklich kommen aber auch „sonstige Dritte“ in Betracht. Auf dieser Basis aufgenommene Kredite sind aus zukünftigen Fondsbeiträgen zurückzuführen. Als kreditgewährende Dritte kommen dabei jedenfalls keine Zentralbanken in Betracht, da es sich bei der Abwicklung um eine öffentliche Aufgabe handelt und eine Kreditgewährung durch die Zentralbank an den Abwicklungsfonds damit letztlich gegen das Verbot der monetären Staatsfinanzierung (Art. 123 AEUV) verstieße.

Bedenklich ist demgegenüber Artikel 100 Absatz 6 BRRD. Er gibt Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Abwicklungsfinanzierungsmechanismus nicht in Form eines dedizierten Fonds zu errichten. Stattdessen können die Beiträge der beitragspflichtigen Institute in den Staatshaushalt eingehen; der Mitgliedstaat ist dann verpflichtet, seiner Abwicklungsbehörde im Bedarfsfall auf deren Ersuchen einen Betrag in Höhe dieser Beiträge unverzüglich zur Verfügung zu stellen (sog. fiskalische Lösung).

„Fiskalische Lösung“ als Option für Mitgliedstaaten vorgesehen, aber bedenklich

Diese Bestimmung dient augenscheinlich dem Zweck, Mitgliedstaaten, die ein derartiges Konzept bereits praktizieren, die Notwendigkeit einer Änderung dieser Vorgehensweise zu ersparen. Dennoch ist diese Art des Abwicklungsfinanzierungsmechanismus mit Gefahren für die von der BRRD verfolgten Zwecke verbunden. Es steht zu befürchten, dass die Mittel aus den Beiträgen der Banken, sobald sie einmal dem Staatshaushalt zur Verfügung stehen, aus politischem Druck heraus zu abwicklungsfrem-

Mögliche Verwendungszwecke für die Mittel aus dem Abwicklungsfonds

Die Zwecke, zu denen der Abwicklungsfonds genutzt werden darf, sind in Artikel 101 BRRD aufgezählt. So können etwa Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten des Instituts, eines Brückeninstituts oder einer Zweckgesellschaft

¹¹⁾ Pressemitteilung der FMSA vom 22. November 2013.

Stand: 16. Juni 2014

den Zwecken verbraucht werden, anstatt sie für eine spätere Verwendung in der Abwicklung zu thesaurieren. Gerade in Krisensituationen, die den Einsatz der Abwicklungsinstrumente erfordern, ist es aber fraglich, ob der jeweilige Mitgliedstaat im Bedarfsfall Anleihen zu tragbaren Konditionen an den Märkten platzieren kann. Im Ergebnis wird so eines der Grundanliegen des Abwicklungsregimes konterkariert, nämlich die Verknüpfung von Staatsfinanzen und Bankbilanzen zu lockern.

Grenzüberschreitende Verfahren

Errichtung von Abwicklungskollegien nach Vorbild des im Rahmen der Aufsicht verfolgten Konzeptes

Die BRRD geht von der grundsätzlichen Zuständigkeit nationaler Abwicklungsbehörden zur Anwendung der von ihr vorgesehenen Instrumente aus. Dieser auf die Mitgliedstaaten fokussierte Ansatz steht vor Herausforderungen, sobald es um grenzüberschreitend tätige Bankengruppen geht. Zur Lösung dieses Problems sieht die BRRD umfangreiche Kooperations- und Koordinationspflichten der nationalen Abwicklungsbehörden untereinander vor. Zu diesem Zweck werden Abwicklungskollegien errichtet (Art. 88, 89 BRRD). In diesem Rahmen sollen etwa gemeinsame Entscheidungen über den Gruppenabwicklungsplan getroffen werden. Bei fehlendem Konsens über eine gemeinsame Entscheidung entscheidet die für die Gruppenabwicklung zuständige Behörde, das heißt in der Regel die Abwicklungsbehörde des Heimatstaates des Mutterunternehmens (Art. 13 Abs. 5 BRRD). Entsprechende Regelungen gelten für die Bewertung des Gruppen-sanierungsplanes durch die zuständigen Aufsichtsbehörden der jeweiligen Mitgliedstaaten.

Ideal einer gemeinsamen Entscheidung über ein Abwicklungskonzept für die gesamte Gruppe; aber Widerspruchsmöglichkeiten der nationalen Behörden

Kommt es tatsächlich zur Abwicklung einer grenzüberschreitend tätigen Gruppe, so ruft die BRRD die beteiligten nationalen Abwicklungsbehörden dazu auf, eine gemeinsame Entscheidung über ein Gruppenabwicklungskonzept zu finden, in dem die für die einzelnen gruppenangehörigen Institute zu treffenden Maßnahmen festgelegt und die Verteilung der

Kosten auf die beteiligten nationalen Abwicklungsfonds geregelt werden. Lässt sich diesbezüglich kein Konsens herstellen, so kann jede nationale Behörde hinsichtlich der in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen gruppenangehörigen Institute selbst Maßnahmen ergreifen (Art. 92 Abs. 4 BRRD). In einem solchen Fall wird letztlich ein „multiple point of entry“-Ansatz gewählt, das heißt, Abwicklungsmaßnahmen werden bei jedem rechtlich selbstständigen Unternehmen separat angesetzt, anstatt einen Ansatz der Instrumente nur auf der Ebene des Mutterunternehmens für die gesamte Gruppe vorzunehmen („single point of entry“-Ansatz).

Nationale Umsetzung in Deutschland

Als europäische Richtlinie bedarf die BRRD eines nationalen Umsetzungsaktes. Aus diesem Grund wird derzeit von BMF und BMJ der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der BRRD erarbeitet.

Dieses Umsetzungsgesetz ist als Artikelgesetz ausgestaltet. Einerseits wird ein Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz: SAG) eingeführt; andererseits werden die notwendigen Folgeänderungen an bestehenden Gesetzen, wie zum Beispiel dem KWG und dem durch das Restrukturierungsgesetz (RStruktG) eingeführten Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten (KredReorgG), vorgenommen. Künftig soll das neu eingeführte SAG die Maßnahmen zur Vorbereitung und Durchführung der Sanierung und Abwicklung abdecken, weshalb die derzeitigen Regelungen zu Sanierungs- und Abwicklungsfragen im KWG aufgehoben werden. Hinsichtlich des generellen Anwendungsbereichs des neuen Gesetzes wird nach dem jetzigen Stand ein Gleichlauf zu den Vorgaben der BRRD hergestellt, das heißt, der Anwendungsbereich ist enger als der des KWG.

Laufende Arbeiten am BRRD-Umsetzungsgesetz

SAG als Artikelgesetz mit materiellen Bestimmungen sowie Änderungen an anderen Gesetzen

Stand: 16. Juni 2014

Sanierungsplanung bisher nur für potenziell systemgefährdende Institute, in Zukunft grundsätzlich für alle

Die zukünftigen Regelungen des SAG werden nicht nur für die als potenziell systemgefährdend eingestuften Institute gelten; vielmehr werden nach Inkrafttreten des nationalen Umsetzungsgesetzes grundsätzlich alle vom SAG erfassten Institute Sanierungspläne erstellen müssen. In Einzelfällen werden jedoch Befreiungsanträge gestellt werden können oder vereinfachte Anforderungen für die Erstellung der Sanierungspläne anwendbar sein.

Frage der zuständigen Abwicklungsbehörde noch nicht geklärt

Im Rahmen der Umsetzung der BRRD wird die Errichtung einer nationalen Abwicklungsbehörde erforderlich. Um möglichen Interessenkonflikten entgegenzuwirken, ist diese getrennt von den mit der Bankenaufsicht betrauten Stellen zu errichten. Eine Entscheidung über die konkrete Verteilung der Zuständigkeiten steht noch aus. Die Prüfung der Sanierungspläne ist demgegenüber eine Aufgabe der laufenden Aufsicht, sodass sich hier – im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen, vergleiche § 7 KWG und Aufsichtsrichtlinie – eine Einbindung der Bundesbank anbietet.

Vorzeitige Einführung des Bail-in in Deutschland bereits 2015

Das SAG soll gemäß der Vorgabe durch die BRRD spätestens zum 1. Januar 2015 in Kraft treten. Für das Instrument des Bail-in ist in der BRRD eine Umsetzungsfrist bis spätestens 1. Januar 2016 vorgesehen. In Deutschland wird angestrebt, die Anwendbarkeit des Bail-in-Instruments bereits vorzeitig parallel zu den übrigen Instrumenten zum 1. Januar 2015 einzuführen.¹²⁾

Gesamtbewertung der BRRD

BRRD trägt zur Verringerung von „moral hazard“ und Wiederherstellung einer marktwirtschaftlichen Risikoverteilung bei, ...

Das Grundanliegen der BRRD, eine Sozialisierung von Risiken aus Bankgeschäften und den bei ihrer Realisierung auftretenden Verlusten zu verhindern, verdient Unterstützung; es erlaubt die Wiederherstellung des marktwirtschaftlichen Grundsatzes, dass Investoren die aus ihrer Entscheidung resultierenden Risiken selbst tragen sollten, und verringert so „moral hazard“.

Dieser Grundansatz wird allerdings an zahlreichen Stellen durch gesetzlich vorgesehene oder durch diskretionäre Ausnahmen durchbrochen. Zu nennen ist insbesondere der diskretionäre Ermessensspielraum zur Befreiung bestimmter Gläubiger vom Bail-in. Auch die Möglichkeit zur Nutzung des Abwicklungsfonds zur indirekten Verlustabsorption oder der in Ausnahmefällen mögliche Bail-out mit öffentlichen Mitteln im Rahmen der staatlichen Stabilisierungsinstrumente schränken die Gläubigerhaftung weiter ein. Allerdings ist es immer noch vorzuzugswürdig, eine Sozialisierung von Verlusten auf dem Umweg über den Abwicklungsfonds innerhalb der Kreditwirtschaft zu halten, anstatt sie auf dem Umweg über fiskalische Bail-outs auf die Gesamtheit aller Steuerzahler umzulegen.

Zwar ist ein gewisser Spielraum an Flexibilität notwendig, um das Abwicklungsregime auch praktisch handhabbar zu gestalten; ohne Ausnahmemöglichkeiten ist es denkbar, dass das Regime auf einzelne Instrumente aufgrund ihrer Komplexität oder Vernetzung nicht ohne Gefahren für die Finanzstabilität angewandt werden und so ein Abwicklungsverfahren als dritte Option neben Insolvenz oder Bail-out unmöglich werden könnte. Dennoch muss sichergestellt sein, dass die Anwendung derartiger Befreiungen tatsächlich auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleibt und nicht de facto zur Regel wird.

Herausfordernd ist die Einbeziehung auch kleiner Institute in den Anwendungsbereich der BRRD. Zunächst erscheint es unangemessen, solche Banken den Vorgaben der BRRD zu unterwerfen und zur Finanzierung eines Sys-

... sieht allerdings zahlreiche Ausnahmen vor, die nicht über Gebühr ausgedehnt werden dürfen

Geltung der BRRD auch für kleine Institute ist unter Rückgriff auf Finanzmarktstabilisierung zu rechtfertigen

¹² Um den Anreiz für die Mitgliedstaaten zur frühzeitigen Umsetzung der BRRD-Regelung zur Gläubigerbeteiligung (Bail-in der Gläubiger) zu erhöhen, konnte eine breite Mehrheit der Euro-Finanzminister sich darauf verständigen, dass direkte Bankhilfen durch den ESM nur dann gewährt werden können, wenn indirekte Hilfen über den Heimatstaat nicht möglich sind und wenn zuvor Anteilseigner und Gläubiger zu mindestens 8% der Bilanzsumme an den Verlusten der Bank beteiligt wurden, vgl. Ausführungen von J. Dijsselbloem bei der Pressekonferenz nach der Sitzung der Eurogruppe vom 5. Mai 2014.

tems beizutragen, dessen Nutznießer sie selbst voraussichtlich nicht werden, da sie aufgrund ihrer aktuellen Größe keine Gefahr für die Finanzstabilität darstellen. Andererseits profitieren auch kleine Institute von der Stabilisierung der Finanzmärkte insgesamt, zu der ein sachgerechtes Abwicklungsregime beitragen kann. Konkrete Erfahrungen aus der Finanzkrise im Ausland zeigen zudem, dass auch eine Vielzahl kleiner Verbundinstitute („too many to fail“) über Zwangsfusionen zu einem systemrelevanten Institut werden können. Vor diesem Hintergrund sollten gerade die umstrittenen Fondsbeiträge bei ökonomischer Betrachtung nicht als eine Art Versicherungsprämie für den Fall des späteren Scheiterns des Beitragspflichtigen verstanden werden, sondern eher als eine Art Abgabe zugunsten der Finanzstabilität.

Erhöhung der Refinanzierungskosten ist für sich genommen kein Argument gegen das Abwicklungsregime, sondern Ausdruck einer Verringerung der impliziten Staatsgarantie

Kein überzeugendes Gegenargument gegen das neue Abwicklungsregime ist die gelegentlich geäußerte Kritik, es führe zu einer Erhöhung der Refinanzierungskosten der Kreditinstitute und damit letztlich entweder zu einer Verschlechterung der Ertragslage oder zu einer Belastung für die Realwirtschaft in Form höherer Kreditzinsen. Verschiedene Indizien¹³⁾ weisen darauf hin, dass insbesondere bei den „too big to fail“-Instituten im gegenwärtigen Regime nach wie vor implizite Staatsgarantien bestehen: Investoren antizipieren, dass ein Institut im Falle einer Schieflage mit öffentlichen Mitteln gerettet würde, und gewähren diesem Institut daher eine Refinanzierung, die günstiger ist, als sie bei vollständiger Internalisierung der Risiken sein müsste. Eine Erhöhung der Refinanzierungskosten für Banken infolge eines glaubwürdigen Abwicklungsregimes ist in solchen Fällen nicht etwa ein unerwünschter Nebeneffekt, sondern ganz im Gegenteil ein Ausdruck einer angemessenen Bepreisung der tatsächlich vorhandenen Risiken und daher ein wirkungsvolles Instrument zur Reduzierung von „moral hazard“.

Single Resolution Mechanism – SRM

Allgemeines

Die BRRD harmonisiert zwar das materielle Abwicklungsrecht sowie damit zusammenhängende Vorschriften etwa im Bereich der Sanierungs- und Abwicklungsplanung, belässt aber die institutionelle Zuständigkeit auf der nationalen Ebene. Die Verordnung zur Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM-VO) geht darüber sachlich hinaus, indem sie einen gemeinsamen institutionellen Rahmen zur Entscheidungsfindung über die Anwendung der durch die BRRD harmonisierten Instrumente errichtet. Ihr räumlicher Anwendungsbereich bleibt hingegen hinter der BRRD zurück: Die SRM-VO gilt nur für die Banken, die unter die SSM-VO fallen und damit faktisch nur für diejenigen Mitgliedstaaten der EU, die am einheitlichen Aufsichtsmechanismus SSM¹⁴⁾ teilnehmen, das heißt diejenigen Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, sowie etwaige Nicht-Euro-Staaten, die sich zur freiwilligen Teilnahme am SSM im Rahmen einer engen Zusammenarbeit mit der EZB (Opt-In) entschieden haben.

SSM und SRM bilden wesentliche Bausteine des Gesamtprojekts Bankenunion; nach der Vereinheitlichung der Geld- und Währungspolitik werden auch andere, damit im Zusammenhang stehende Bereiche wie Bankenaufsicht und Bankenabwicklung auf die europäische Ebene gehoben. Das Aufsichts- und das Abwicklungsregime ergänzen sich zudem gegenseitig: Ähnlich wie bei privaten Investoren gilt auch auf der regulatorischen Seite, dass dieje-

BRRD harmonisiert Instrumente, SRM vereinheitlicht ihre Anwendung

SRM als Baustein der Bankenunion

¹³ Für eine Abschätzung des Ausmaßes der impliziten Staatsgarantien siehe z. B.: Schich, Bijlsma und Mocking, *Financial Market Trends*, OECD Journal, März 2014, abrufbar als Vorabversion unter http://www.oecd.org/finance/financial-markets/Improving_monitoring_guarantees_bank_debt.pdf. Siehe auch den *Global Financial Stability Report* des IWF vom April 2014, S. 101 ff.

¹⁴ Für Einzelheiten zum SSM siehe: Deutsche Bundesbank, *Gemeinsame europäische Bankenaufsicht – Erster Schritt auf dem Weg zur Bankenunion*, Monatsbericht, Juli 2013, S. 15 ff.

Stand: 16. Juni 2014

nige Ebene, die die Kontrolle über die Solidität der Bankbilanzen ausübt, die Konsequenzen tragen sollte, falls Schäden entstehen – andernfalls fehlen Anreize zu nachhaltig solidem Verhalten. Der bereits eingeleiteten Europäisierung der Bankenaufsicht in Form des SSM muss daher ein gemeinsamer Abwicklungsmechanismus folgen; beide Bausteine dürfen nicht dauerhaft unterschiedlichen Ebenen zugeordnet werden. Dieser Grundsatz wird unter dem Schlagwort „Gleichlauf von Haftung und Kontrolle“ diskutiert.

Fehlende rechtliche Grundlagen für europäische Abwicklungsbehörde

Allerdings stößt die Gründung des SRM auf zwei Schwierigkeiten: Auf der juristischen Ebene ergibt sich eine Schwierigkeit daraus, dass die derzeit geltenden europäischen Verträge nicht in Hinblick auf die Bankenunion entworfen wurden. Sie enthalten daher keine Rechtsgrundlagen, welche die Gründung einer eigenständigen europäischen Abwicklungsbehörde mit umfassenden Entscheidungsbefugnissen ermöglichen würden. Der nunmehr gefundene Ansatz ist deshalb vor dem Hintergrund der geltenden primärrechtlichen Grenzen zu sehen (vgl. Erläuterungen auf S. 49 f.). Dennoch kann eine europäische Abwicklungsbehörde nur mit beschränkten Entscheidungsbefugnissen ausgestattet werden.

Graduelle statt sofortige Vergemeinschaftung der Haftung

Auch auf der ökonomischen Ebene kann sich ein Problem stellen, das einer sofortigen vollständigen Vergemeinschaftung der Bankenabwicklung entgegensteht: Zwar ist in Form des SSM die Bankenaufsicht zumindest für die Euro-Staaten nun weitgehend europäisiert. Andere Bereiche wie Finanz-, Wirtschafts- oder Steuerpolitik, die nach wie vor unter nationaler Kontrolle sind, können aber ebenfalls zumindest indirekt erhebliche und anhaltende Auswirkungen auf die Solidität der Bankwirtschaft haben.¹⁵⁾ Eine graduelle Vergemeinschaftung der Haftung steht insofern im Einklang mit der Verantwortung der Mitgliedstaaten für frühere Fehlentwicklungen.

Entscheidungsprozesse

Kernstück des institutionellen Rahmens des SRM ist die Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsgremiums (Single Resolution Board: SRB), das als europäische Agentur mit eigener Rechtspersönlichkeit errichtet wird. Es entscheidet über die Abwicklung aller Banken unter direkter EZB-Aufsicht, sonstige Banken mit Tochtergesellschaften in anderen teilnehmenden Mitgliedstaaten, sowie dann, wenn Mitgliedstaaten die Kompetenz übertragen haben. Zu diesem Zweck beschließt das SRB ein Abwicklungskonzept, das die zu treffenden Maßnahmen bestimmt und von den nationalen Abwicklungsbehörden umzusetzen ist (Art. 16 Abs. 5 SRM-VO). In den übrigen Fällen verbleibt die Zuständigkeit für die Abwicklung bei den nationalen Abwicklungsbehörden. Sie sind dabei allerdings auf Maßnahmen beschränkt, die ohne Nutzung des europäischen Abwicklungsfonds SBRF durchgeführt werden können, da der Einsatz von SBRF-Mitteln ebenfalls nur auf Grundlage eines Abwicklungskonzeptes des SRB erfolgen kann (Art. 6a Abs. 3 SRM-VO).

Errichtung des einheitlichen Abwicklungsgremiums SRB

Das SRB kann in der Exekutiv- sowie der Plenarzusammensetzung tagen. In der Exekutivzusammensetzung besteht es aus einem Exekutivdirektor¹⁶⁾ und vier weiteren hauptamtlichen Mitgliedern. Im Plenum nehmen darüber hinaus Vertreter der nationalen Abwicklungsbehörden teil. Damit wird neben der europäischen Perspektive die Einbringung nationaler Expertise ermöglicht. Die Europäische Kommission und die EZB sind in beiden Zusammensetzungen nicht als Mitglieder, sondern lediglich als Beobachter vertreten. Grund dafür sind mögliche Interessenkonflikte, die im Zusammenhang mit

Mitglieder des SRB in der Exekutiv- sowie Plenarzusammensetzung

¹⁵ Ein Beispiel wären etwa Regelungen zur steuerlichen Absetzbarkeit von Zinsen auf Baudarlehen, welche die Entwicklung einer Immobilienblase begünstigen kann.

¹⁶ Der SRM-Verordnungsentwurf nennt darüber hinaus an einigen Stellen einen stellvertretenden Vorsitzenden, der laut Art. 52 ebenfalls auf europäischer Ebene ernannt wird. Er taucht allerdings in den Artikeln über die Zusammensetzung des SRB nicht auf und dürfte daher, wenn nicht der Vorsitzende verhindert ist, keinen eigenen Sitz mit Stimmrecht im SRB besitzen. Auch die Erwägungsgründe bringen hier keine völlige Klarheit.

anderen Aufgaben in deren Rollen als Wettbewerbshüterin beziehungsweise als Bankenaufsichtsbehörde entstehen könnten. Die „europäischen“ Mitglieder des SRB, also Exekutivdirektor mit Stellvertreter und die vier weiteren hauptamtlichen Mitglieder, werden im Rahmen eines offenen Auswahlverfahrens vom Rat der EU auf Vorschlag der Europäischen Kommission und mit Zustimmung des Europäischen Parlaments für eine Amtszeit von fünf Jahren ernannt (Art. 52 SRM-VO). Die Vertreter der nationalen Abwicklungsbehörden werden von diesen bestimmt.

Entscheidung über Bankenabwicklung in der Exekutivzusammensetzung

Für den Fall der konkreten Abwicklung einer Bank ist die an den praktischen Notwendigkeiten orientierte Exekutivzusammensetzung relevant. Dabei sind neben dem Vorsitzenden und den hauptamtlichen Mitgliedern nur diejenigen Mitgliedstaaten beteiligt, in denen das betroffene Institut tätig ist. Zusätzliche Beobachter können auf Ad-hoc-Basis eingeladen werden. Die Zusammensetzung orientiert sich damit an den praktischen Notwendigkeiten und beteiligt vorrangig nur die unmittelbar betroffenen Mitgliedstaaten.

Aufgaben des SRB

Zu den Aufgaben des SRB zählen die Erarbeitung von Abwicklungsplänen, die Prüfung der Abwicklungsfähigkeit eines Instituts sowie die Vorbereitung der konkreten Abwicklungsentscheidungen. Um seine Aufgaben wahrnehmen zu können, verfügt das Board über weitgehende Ermittlungsbefugnisse. So kann es beispielsweise nicht nur auf sämtliche Informationen zurückgreifen, die der EZB oder den nationalen Aufsichtsbehörden zur Verfügung stehen, sondern auch selbst direkt oder durch die nationalen Behörden alle notwendigen Nachforschungen anstellen und Vor-Ort-Prüfungen durchführen. Zudem hat es weitreichende Befugnisse zur Beseitigung von Hindernissen für die Abwicklungsfähigkeit eines Instituts. Beispielsweise kann das Institut verpflichtet werden, Vermögenswerte zu veräußern. Darüber hinaus kann verlangt werden, dass es seine rechtlichen oder operativen Strukturen oder die der von ihm kontrollierten Gruppengesellschaft

ändert, um Komplexität zu reduzieren und sicherzustellen, dass kritische Funktionen und nichtkritische Funktionen durch die Abwicklungsinstrumente getrennt werden können.

Steht die Abwicklung einer Bank bevor, soll zunächst grundsätzlich die EZB die Tragfähigkeit des Instituts („failing or likely to fail“) beurteilen. Um Aufsichtsversäumnisse zu verhindern, kann das SRB in seiner Exekutivzusammensetzung jedoch auch selbst die Entscheidung auslösen, wenn die EZB drei Tage nach Aufforderung durch das SRB keine Entscheidung getroffen hat. Die übrigen Voraussetzungen für eine Abwicklung (öffentliches Interesse, keine Abwendung des Ausfalls durch andere Maßnahmen) sollen demgegenüber in jedem Fall vom SRB selbst beurteilt werden.

Im Fall einer Entscheidung für eine Abwicklung entwickelt das SRB das Abwicklungskonzept. Aufgrund der Meroni-Rechtsprechung (siehe hierzu die Erläuterungen auf S. 49 f.) darf jedoch nur ein vom Primärrecht selbst errichtetes EU-Organ Entscheidungen unter Ausübung eines eigenen Ermessens treffen. Das von der SRM-VO (Art. 16 Abs. 6) entwickelte Konzept zur Einbindung von Kommission und Rat als primärrechtlich legitimierte Organe sieht daher vor, dass das Abwicklungskonzept nur dann in Kraft tritt, wenn innerhalb von 24 Stunden von keinem dieser Organe Einwände erhoben wurden. Bei Einwänden muss das SRB das Abwicklungskonzept innerhalb von acht Stunden anpassen.

Die Kommission kann ihre Einwände auf die Nutzung des Ermessensspielraums durch den SRB stützen. Der Rat darf hingegen nicht auf eigene Initiative tätig werden, sondern nur auf Vorschlag der Kommission hin. Er kann zum einen bei fehlendem öffentlichen Interesse eine Entscheidung des SRB ablehnen. Zum anderen kann er bei einer wesentlichen (5% oder mehr) Abänderung der verwendeten Fondsmittel die Abänderungsentscheidung der Kommission ablehnen oder ihr zustimmen. In beiden Fällen beschließt er mit einfacher Mehrheit.

Kompetenzverteilung zwischen SRB und EZB beim Abwicklungstrigger

Komplexes institutionelles Zusammenspiel zwischen SRB, Kommission und Rat als Folge der Meroni-Rechtsprechung

Stand: 16. Juni 2014

Primärrechtliche Grenzen für die Arbeitsweise des einheitlichen Abwicklungsgremiums (Single Resolution Board: SRB)

Mit Blick auf die dem SRB zu übertragenden Befugnisse stellt sich – mehr noch als bei der Diskussion zur Errichtung der europäischen Aufsichtsbehörden (denen in geringerem Umfang Entscheidungsbefugnisse übertragen worden sind) – die Frage, ob die gewählte Rechtsgrundlage eine solche Übertragung von Befugnissen erlaubt. Es geht im Wesentlichen um die Frage, mit welchem Ermessensspielraum EU-Einrichtungen, die – wie das SRB – nicht in den europäischen Verträgen vorgesehen sind, im Fall der Übertragung hoheitlicher Entscheidungsbefugnisse auf der Grundlage von Artikel 114 AEUV ausgestattet werden dürfen. Nach einer seit 1958 entwickelten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) darf von einem EU-Organ eine EU-Einrichtung nur errichtet und dürfen an diese im Rahmen der Kompetenz des Organs Entscheidungsbefugnisse nur delegiert werden, wenn genaue Vorgaben für die Wahrnehmung dieser Befugnisse gemacht werden und dadurch der Ermessensspielraum der Einrichtung von vornherein begrenzt wird. Dadurch soll eine Entscheidung der Einrichtung über ihre beschränkten Aufgaben hinaus vermieden und zugleich eine Kontrolle durch das delegierende Organ sowie die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung gewährleistet werden (sog. Meroni-Rechtsprechung).¹⁾

Zur Übertragung von Befugnissen auf EU-Einrichtungen hat sich der EuGH erst jüngst mit Blick auf die europäische Wertpapieraufsichtsbehörde ESMA²⁾ wieder detailliert geäußert. Hinsichtlich der Grenzen der auf die EU-Einrichtung zu übertragenden Entscheidungsbefugnisse weist der EuGH einerseits ausdrücklich auf den Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers bei den „Maßnahmen der Angleichung“ gemäß Artikel 114 AEUV hin. Nach Auffassung des EuGH ist der Unionsgesetzgeber demnach

zur Schaffung von EU-Einrichtungen befugt, wenn er auf der Grundlage einer Sachwürdigung eine solche Einrichtung für notwendig erachtet. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn die zu ergreifenden Maßnahmen ein spezifisches Fachwissen und eine entsprechende Reaktionsfähigkeit voraussetzen. Andererseits stellt der EuGH aus den vorgenannten Gründen auch die Voraussetzung auf, dass die übertragenen Befugnisse eingegrenzt sein müssen. In der Gesamtschau hat er diese Vorgabe gerade in der Entscheidung zur ESMA insoweit präzisiert, als bei der Frage, wie eng die Grenzen im Einzelfall zu ziehen sind, auch die mit der Schaffung der jeweiligen EU-Einrichtung festgelegten Ziele zu berücksichtigen sind.

Der Rechtsdienst des Rates hatte in Bezug auf einen früheren Entwurf der SRM-VO im Oktober 2013 bemängelt, dass dieser dem SRB teilweise ein zu weites Ermessen einräumt, welches mit der Meroni-Rechtsprechung nicht mehr vereinbar sei (etwa in Bezug auf die Erstellung eines Abwicklungsplanes oder die Nutzung von Mitteln des Abwicklungsfonds). Entweder müssten die kritisierten Befugnisse so detailliert ausgestaltet werden, dass das SRB kein weites Ermessen ausüben könne. Oder aber die betroffenen Befugnisse würden von (in den europäischen Verträgen bereits vorgesehenen) Unionsorganen mit exekutiven Befugnissen wahrgenommen.

Auch die nunmehr vorliegende Fassung des Verordnungsentwurfs sieht weiterhin Entscheidungsspielräume für das SRB vor, die vor dem Hintergrund der Meroni-Rechtsprechung kritisch zu sehen sind. Die Kompetenzen des SRB sind trotz einiger im Ge-

¹ EuGH, Urteil vom 13. Juni 1958–9/56.

² EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014–C-270/12.

setzungsverfahren vorgenommener Ergänzungen weiterhin großzügig gefasst. Es könnte deshalb auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH zu den ESMA-Befugnissen hinterfragt werden, ob den Vorgaben des EuGH ausreichend Rechnung getragen wird. Zwar werden die Kommission und der Rat in das Entscheidungsverfahren eingebunden. Ob diese Einbindung geeignet ist, den Spielraum des SRB entsprechend der Meroni-Doktrin einzugrenzen, kann aber aus zwei Gesichtspunkten heraus zweifelhaft sein: Zum einen sind beide Organe nur eingeschränkt befugt, Abwicklungsentscheidungen des SRB zu kontrollieren, da sowohl die Zurückweisungs- als auch die Änderungsbefugnisse auf bestimmte Aspekte beschränkt sind (Kommission: „discretionary aspects“ des Abwicklungsprogramms; Rat auf Vorschlag der Kommission: fehlendes öffentliches Interesse oder wesentliche Änderung bei der Verwendung von Fondsmitteln). Zum

anderen lässt der aus Gründen der Handlungsfähigkeit nachvollziehbar knapp bemessene zeitliche Fristenrahmen von maximal 24 Stunden Zweifel aufkommen, ob Kommission und Rat die ihrer Kontrolle unterliegenden Aspekte angemessen werden prüfen können. Letztlich wird der dem SRB zugebilligte Entscheidungsspielraum durch diese Kontrollmechanismen von Rat und Kommission nur schwach begrenzt. Wegen der Eingriffstiefe von Abwicklungsmaßnahmen dürfte vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen werden können, dass die Frage der Zulässigkeit der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf das SRB Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung wird. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit wäre eine Verankerung des SRB und seiner Befugnisse in den europäischen Verträgen deshalb wünschenswert.

Die Zustimmung der Kommission ist ferner in den Fällen erforderlich, in denen öffentliche Beihilfen im Sinne des Europarechts (Art. 107 AEUV) oder SBRF-Mittel eingesetzt werden sollen. In solchen Situationen besteht die Gefahr der Verzerrung des Wettbewerbs, weshalb hier die Kommission in ihrer Eigenschaft als Wettbewerbsaufsichtsbehörde den Einsatz der Mittel genehmigen muss (Art. 16a SRM-VO).

Das Plenum des SRB ist zunächst für Grundsatzfragen (z. B. Jahresarbeitsplan, Budget, Investitionsentscheidungen) zuständig. Zudem entscheidet es über individuelle Abwicklungen dann, wenn der Fonds in einer Höhe von mindestens 5 Mrd € genutzt beziehungsweise 10 Mrd € Liquiditätshilfe gegeben werden sollen. Unterhalb dieser Schwellen entscheidet die Exekutivzusammensetzung. Das Plenum trifft Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit, wobei jedem Mitglied eine Stimme zukommt. Bei Stimmgleichheit gibt der Vorsitzende den Stichentscheid. Bei einer Ent-

scheidung über Fondsmittel sowie deren Vergemeinschaftung beschließt das Board mit einfacher Mehrheit der Mitglieder. Sollte über die vorhandenen Fondsmittel hinaus eine externe Finanzierung benötigt werden, ist eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder, die darüber hinaus 30% (in den ersten acht Jahren: 50%) der Beiträge repräsentieren, notwendig.

Wird über die Abwicklung einer Bank entschieden, entscheidet die Exekutivzusammensetzung im Konsens. Sollte innerhalb einer festgelegten Frist keine Einigung möglich sein, treffen der Vorsitzende sowie die vier hauptamtlichen Mitglieder eine Entscheidung mit einfacher Mehrheit. Im Ergebnis wird dadurch der Einfluss der mitgliedstaatlichen Vertreter auf die Abwicklungskonzepte erheblich reduziert. Ein von der Exekutivzusammensetzung verabschiedetes Abwicklungskonzept, das der Zustimmung des Plenums bedarf, gilt als angenommen, wenn nicht mindestens ein Plenumsmitglied binnen einer Frist von drei Stunden die

Stand: 16. Juni 2014

Einberufung einer Plenumsitzung verlangt, in der dann die Entscheidung über das Abwicklungskonzept getroffen wird.

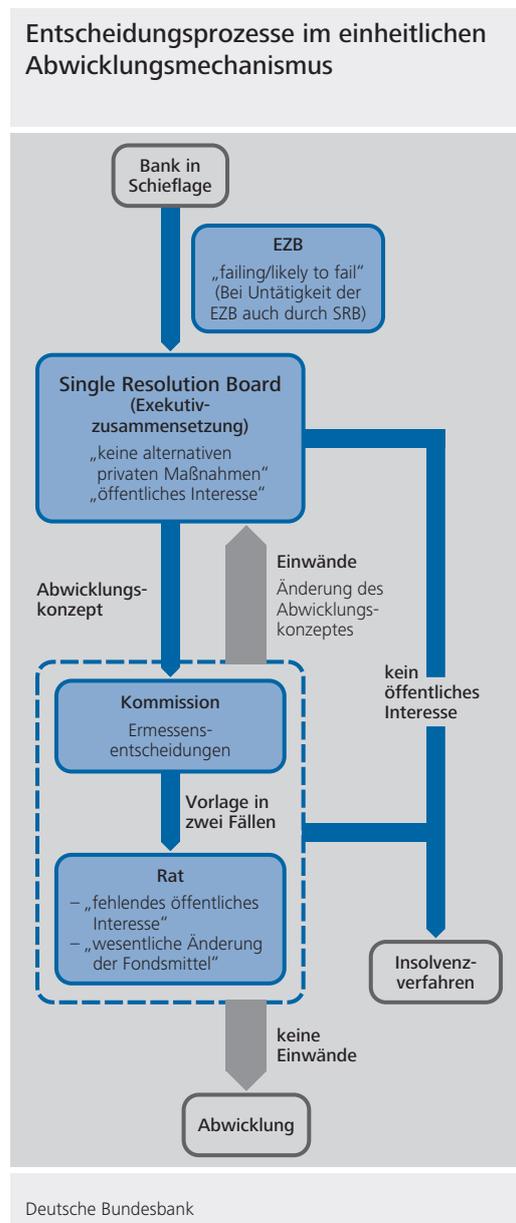
Komplexität der Entscheidungsprozesse erfordert auf mittlere bis längere Sicht eine Primärrechtsänderung

Es soll zwar versucht werden, über diese vielschichtig ausgestalteten Verfahrensschritte (vgl. nebenstehendes Schaubild) den genannten (primär-)rechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen. Sie tragen jedoch auch zur Komplexität des Entscheidungsprozesses bei und haben damit Einfluss auf dessen Effektivität und Glaubwürdigkeit. Sie stellen einen Kompromiss dar zwischen dem Verlangen der mitgliedstaatlichen Regierungen nach Einbindung im Rahmen des Rates und dem teilweise vonseiten des Europäischen Parlaments vertretenen Wunsch, die Europäische Kommission als Exekutivorgan der EU einzubinden. Obwohl diese Entscheidungsprozesse im Vergleich zu früheren Verfahrensständen des Verordnungsentwurfs deutlich vereinfacht wurden, stellt sich die Frage nach der Praxistauglichkeit dieser komplexen Prozesse. Die Strukturen bleiben nach wie vor umständlich und sind mit Nachteilen in puncto Effizienz verbunden. Daher sollte weiterhin eine Primärrechtsänderung angestrebt werden, die eine Rechtsgrundlage für eine echte europäische Abwicklungsbehörde mit effizienten eigenen Entscheidungsbefugnissen schafft. Ziel sollte es sein, dass eine Bank über das Wochenende (also vom Zeitpunkt der Schließung der Märkte in den USA am Freitagabend bis zur Eröffnung der Märkte in Asien am Montagmorgen) abgewickelt werden kann. Ob dies unter den genannten Voraussetzungen realistisch ist, bleibt abzuwarten.

Abwicklungsfinanzierung

Nationale Abwicklungsfinanzierungsmechanismen werden durch europäischen Fonds ersetzt

Zweites Hauptelement der SRM-VO neben der Errichtung des SRB und den damit zusammenhängenden Entscheidungsprozessen ist die Gründung eines einheitlichen europäischen Abwicklungsfonds für Banken (Single Bank Resolution Fund: SBRF). Er wird vom SRB verwaltet und tritt für die SRM-Staaten an die Stelle der nationalen Abwicklungsfinanzierungsmecha-



nismen im Sinne der BRRD (Art. 85 SRM-VO). Zielwert für die Finanzausstattung des SBRF sind wie in der BRRD 1% der geschützten Einlagen, nach derzeitigem Stand etwa 55 Mrd €, die binnen acht Jahren aufgebaut werden sollen. Die Beitragspflicht umfasst alle in den SRM-Staaten niedergelassenen Institute unabhängig davon, ob sie im SSM unter die direkte Aufsicht der EZB oder einer nationalen Behörde fallen.

Einige Mitgliedstaaten haben bereits durch autonome, das heißt nicht auf europäische Vorgaben zurückgehende, nationale Gesetzgebung Mechanismen geschaffen, die den Abwicklungsfinanzierungsmechanismen nach

Stand: 16. Juni 2014

BRRD und SRM-VO funktional und strukturell ähneln. Hierzu zählt etwa Deutschland, das mit Wirkung vom 1. Januar 2011 den aus Bankenabgaben gespeisten Restrukturierungsfonds errichtet hat. Er kann zur Gründung von Brückeninstituten, zum Anteilserwerb an übernehmenden Rechtsträgern, zur Gewährung von Garantien, zur Durchführung von Rekapitalisierungen oder zur Erfüllung von Ansprüchen, die im Zusammenhang mit einer solchen Maßnahme entstehen, eingesetzt werden.¹⁷⁾ Er wies per Ende 2013 einen Betrag von etwa 1,8 Mrd € auf.

Mit Inkrafttreten des SRM wird der Fortbestand derartiger nationaler Fonds gegenstandslos, da der SBRF als nationaler Abwicklungsfinanzierungsmechanismus der teilnehmenden Mitgliedstaaten im Sinne der BRRD gilt (Art. 85 SRM-VO). Eine Nutzung der angesammelten Mittel zu einem anderen als dem Zweck, zu dem sie erhoben wurden, wäre rechtlich fragwürdig. Zudem ist eine unreflektierte Übertragung dieser Mittel auf den SBRF nicht zielführend, da damit im Ergebnis die Bankensektoren derjenigen Mitgliedstaaten, die bereits auf nationaler Ebene derartige Systeme errichtet haben, schlechter gestellt würden als solche, in denen das nicht geschehen ist. Eine Doppelbelastung von Instituten, die erst in den nationalen Fonds und nun erneut in den SBRF einzahlen müssten, gilt es zu vermeiden. Artikel 66 Absatz 2b SRM-VO gestattet es daher, die vorhandenen Mittel aus solchen nationalen Fonds für Entschädigungen an Institute für die neuen Beitragspflichten gegenüber dem SBRF zu nutzen. Die vorhandenen nationalen Mittel werden so graduell aufgezehrt, bis sie im wirtschaftlichen Ergebnis ohne eine Doppelbelastung für die Beitragspflichtigen in den SBRF überführt wurden.

Nationale Abwicklungsfonds bleiben für kleine Wertpapierfirmen erhalten

Ein punktueller Auseinanderfallen von BRRD und SRM-VO führt dazu, dass es für einen – betragsmäßig voraussichtlich nicht sehr großen – Bereich bei nationalen Fonds bleiben wird: Der SRM umfasst Wertpapierfirmen nur dann, wenn sie von der konsolidierten Aufsicht eines

Mutterunternehmens durch die EZB im Sinne der SSM-VO unterliegen. Kleine, nicht zu einer signifikanten Gruppe gehörende Wertpapierfirmen fallen daher nicht unter den Geltungsbereich des SRM und des SBRF. Auch für sie gilt aber wegen Artikel 2 Absatz 23 BRRD die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Errichtung eines Abwicklungsfinanzierungsmechanismus.

Mit dem SBRF wird im Ergebnis eine Vergemeinschaftung der Haftung für Bankenschieflagen erzielt. Um die Europäisierung der Haftung mit der Europäisierung der Kontrolle grob zu synchronisieren, sieht das Konzept einen graduellen Übergang hin zu einer Abwicklungsfinanzierung auf europäischer Ebene vor. Damit wird dem Gleichlauf von Haftung und Kontrolle allerdings nur ansatzweise Rechnung getragen. So bleibt der SBRF während einer Übergangszeit von acht Jahren in nationale Kammern („compartments“) unterteilt, die sich aus den Beiträgen der Banken der jeweiligen Staaten speisen. Die Details dieser Vergemeinschaftung sind nicht in der SRM-VO selbst geregelt, da es rechtlich fragwürdig ist, ob die EU durch einen auf Basis von Artikel 114 AEUV erlassenen Rechtsakt derart weitreichend über nationale Mittel verfügen kann. Stattdessen haben die betroffenen Mitgliedstaaten (dies sind alle Mitgliedstaaten der EU außer Großbritannien und Schweden) parallel zur SRM-VO ein zwischenstaatliches Abkommen („intergovernmental agreement“: IGA) unterzeichnet, das nach Ratifikation im Einklang mit den nationalen verfassungsrechtlichen Bestimmungen die Rechtsgrundlage für die Vergemeinschaftung der SBRF-Mittel bilden wird.

Diese graduelle Vergemeinschaftung erfolgt in Form eines mehrstufigen Lastenteilungsprozesses zwischen den nationalen Kammern. Ausgangspunkt ist die Regelung, dass bei einer Nutzung von SBRF-Mitteln zunächst die Kammern derjenigen Mitgliedstaaten in Anspruch

Graduelle Vergemeinschaftung der Haftung durch das Konzept nationaler SBRF-Kammern

Kostenverteilungsprozess zwischen den verschiedenen Kammern des SBRF während der ersten acht Jahre

¹⁷ § 3 des Restrukturierungsfondsgesetzes, das als Art. 3 des Restrukturierungsgesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I, S. 1900) erlassen wurde.

Stand: 16. Juni 2014

genommen werden sollen, in denen die abzuwickelnde Bank beziehungsweise Bankengruppe tätig war. Die Verteilung der Kosten zwischen diesen Kammern soll proportional zu den in der Vergangenheit von der Gruppe an die jeweiligen Kammern gezahlten Beiträge sein. Diese Inanspruchnahme der Kammern der „Heimat-Mitgliedstaaten“ ist allerdings in ihrer Größenordnung begrenzt: Können im ersten Jahr noch 100% dieser Kammern aufgezehrt werden, so sinkt dieser Prozentsatz im zweiten Jahr auf 60%, im dritten Jahr auf 40% und danach linear weiter. Ist diese Obergrenze erreicht, so findet auf einer zweiten Stufe ein der Höhe nach ebenfalls begrenzter Rückgriff auf die Kammern aller übrigen Mitgliedstaaten statt, also auch derer, in denen die Gruppe nicht tätig war. Der Prozentsatz für die zulässige Höhe der Inanspruchnahme dieser Kammern steigt graduell an. Folge dieses Prozesses ist, dass nach Ablauf der Übergangszeit von acht Jahren keinerlei Differenzierung mehr zwischen nationalen Kammern stattfindet und die Haftung vollständig europäisiert ist. Die Kammern werden also nach Ablauf des Übergangszeitraums zugunsten eines einheitlichen Fonds aufgelöst.

Vergemeinschaftung in SRM-VO und IGA ist schneller, als es bei kursorischem Blick auf die Prozentsätze scheinen mag

Bei der Bewertung der Geschwindigkeit dieser Vergemeinschaftung sind mehrere Aspekte zu berücksichtigen. Zum Ersten ist der Prozess, mit dem die Haftung während dieser acht Jahre von der nationalen auf die europäische Ebene verlagert wird, nicht linear, sondern sieht bereits ab dem zweiten Jahr einen deutlichen Rückgang der nationalen Haftung und eine damit korrespondierende Ausweitung der europäischen Haftung vor. Zum Zweiten beziehen sich die genannten Prozentsätze nicht auf die Kosten der Abwicklung, sondern auf die Größe der jeweiligen Kammer; die Kammern großer Mitgliedstaaten werden also stärker belastet, als es die Prozentsätze suggerieren, da die Berechnungsbasis für die Obergrenze höher liegt. Zum Dritten kann auch die im IGA vorgesehene Bestimmung, wonach während der Übergangszeit Kredite zwischen verschiedenen nationalen Kammern des SBRF möglich sind (sog. „tempo-

rary transfer“), zu einer vorgezogenen Vergemeinschaftung führen. Über derartige Kredite befindet das SRB in Plenarsitzung mit einfacher Mehrheit. Dem betroffenen Mitgliedstaat, aus dessen Kammer der Kredit gewährt werden soll, steht nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Vetorecht zu. Zwar bestimmt das IGA, dass die gewährten Kredite noch vor Ablauf der Übergangszeit mit Zinsen zurückzuzahlen sind. Allerdings ist bis dahin durch Zeitablauf ein höherer Vergemeinschaftungsgrad eingetreten, sodass die Unterteilung des SBRF in Kammern wegen der zunehmend europäisierten Haftung an Bedeutung verliert. Im Ergebnis wird so die Vergemeinschaftung der Kammern über das im IGA vorgesehene Maß hinaus weiter beschleunigt.

Sind auch nach Erschöpfung der bereits dargestellten zwei Stufen die auf den SBRF zukommenden Kosten nicht gedeckt, so findet in einer dritten Stufe ein weiterer, diesmal unbegrenzter Rückgriff auf die Kammern der „Heimat-Mitgliedstaaten“ statt. Auf einer vierten Stufe kommt es zu außerordentlichen Ex-post-Beiträgen im Einklang mit den oben dargestellten Grundsätzen, und auf einer fünften Stufe zur Kreditaufnahme durch das SRB auf Rechnung des SBRF bei Dritten oder zu den oben dargestellten „temporary transfers“. Die in Artikel 69a angesprochene Formulierung, Kredite bei „public financial arrangements“ aufzunehmen, legt nahe, dass hier an nationale Haushaltsmittel oder an den fiskalisch finanzierten Europäischen Stabilitätsmechanismus ESM gedacht wird (vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 55 ff.). Dies ist unbedenklich, solange die SRM-VO nicht dahingehend genutzt wird, einen rechtlichen oder faktischen Zwang auf den ESM zur Bereitstellung von Mitteln auszuüben, sondern die Entscheidung über die Gewährung von Krediten durch die entscheidungsfindenden Organe des ESM im Einklang mit den dafür geltenden Verfahren geschieht.

Weitere Stufen der Haftungsverteilung nach IGA

Gesamtbewertung

SRM-VO im Grundsatz zu begrüßen, allerdings bleibt Politik zur Schaffung dauerhafter Rechtsgrundlagen aufgefördert

Zwar ist die Schaffung der zweiten Säule der Bankenunion in Gestalt eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus durch SRM-VO und IGA grundsätzlich zu begrüßen: Im Sinne des Gleichlaufs von Haftung und Kontrolle erfordert die durch den SSM auch institutionell europäisierte Bankenaufsicht eine Europäisierung der Bankenabwicklung ebenfalls auf institutioneller Ebene anstatt, wie in der BRRD vorgesehen, lediglich auf der Ebene des materiellen Rechts. Allerdings sind die in der SRM-VO vorgesehenen Entscheidungsprozesse komplex und schwerfällig, was letztlich die Glaubwürdigkeit des Mechanismus beeinträchtigt. Die Mitgliedstaaten sollten daher einen absehbaren Abschluss des Gesetzgebungsprojekts SRM nicht zum Anlass nehmen, die Geschwindigkeit, mit der erforderliche institutionelle Reformen in Angriff genommen werden, zu verringern. Vielmehr sollten zügig die notwendigen Vertragsänderungen angegangen werden, um eine Rechtsgrundlage für einen effizienteren SRM zu schaffen; die nunmehr gefundene Lösung kann wegen der auf den dargestellten primärrechtlichen Schranken beruhenden Unzulänglichkeiten nur Übergangscharakter haben. Im Zuge dieser primärrechtlichen Reformen sollte auch angedacht werden, wie sich etwaige verbliebene Spannungsverhältnisse zwischen der bis dahin eingetretenen vollständigen Vergemeinschaftung der Abwicklungsfinanzierung und dem Einfluss der nationalen Politikbereiche auf die Stabilität der Banken ausräumen lassen. Dazu könnten entweder weitere wirtschafts-, fiskal- und steuerpolitische Kompetenzen auf die europäische Ebene übertragen werden, oder es werden bei weiterhin weitreichender wirtschafts- und finanzpolitischer Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten der Modus der Abwicklungsfinanzierung und damit im Ergebnis der Grad der Vergemeinschaftung modifiziert (vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 51 ff.).

Insbesondere in den Mitgliedstaaten mit stabileren Bankensektoren dürfte die über den

Umweg des SBRF eintretende Vergemeinschaftung der Haftung unter Banken kritisch betrachtet werden. Der Eindruck, solider aufgestellte Institute müssten nun auf dem Umweg über SBRF-Beiträge für die Realisierung der Risiken einstehen, die andere, weniger konservativ agierende Institute in anderen Staaten in der Vergangenheit eingegangen sind, erscheint naheliegend. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass mit dem Inkrafttreten des SSM zumindest ab November 2014 die aufsichtliche Kontrolle auf eine einheitliche Grundlage gestellt wird und dass der gemeinsame Abwicklungsmechanismus eine Vergemeinschaftung der Haftung gerade bezwecken soll, um das Zusammenwachsen des Marktes zu fördern. Eine dauerhafte Differenzierung von Instituten je nach Heimatstaat für die Zwecke der Abwicklung würde jedoch die Fragmentierung des europäischen Bankensektors in einer mit den Prinzipien des Binnenmarkts unvereinbaren Weise perpetuieren. Zu beachten ist ferner, dass die Alternative zu einer Europäisierung der Haftung der Bankensektoren letztlich nur ein fiskalischer Backstop auf nationaler Ebene und damit eine Verlusttragung durch die Steuerzahler sein kann. Dies würde den Zielen des Abwicklungsregimes widersprechen. Vor diesem Hintergrund kann der gefundene Kompromiss als Wertentscheidung aufgefasst werden: Im Rahmen des Grundsatzes der doppelten Subsidiarität (Haftung des Privatsektors sollte vor der des öffentlichen Sektors stehen und, zumindest während der Übergangszeit, Haftung des Mitgliedstaates vor der europäischen Ebene) wird der ersten Dimension Vorrang gegenüber der zweiten eingeräumt. Diese Wertentscheidung ist im Ergebnis vertretbar.

Nicht sachgerecht wäre demgegenüber eine Vergemeinschaftung der Haftung für bereits bestehende Kapitallücken in den Bankbilanzen (sog. Altlasten, „legacy assets“): Solche Lücken sind noch unter nationaler Bankenaufsicht entstanden und müssen daher national bereinigt werden, ehe die Haftung europäisiert wird. Erst danach kann die Bankenunion mitsamt europäisierter Haftung für Versäumnisse, die unter

Führt der SRM zu einem Bail-out risikofreudiger Kreditinstitute auf Kosten der konservativer agierenden?

Altlastenproblematik ist vor Start des SRM zu klären

Stand: 16. Juni 2014

Die vorgesehene Rolle der öffentlichen Haushalte bei der europäischen Bankenabwicklung

Das neue Regime zur Abwicklung von Banken zielt auch darauf, zukünftig die öffentlichen Haushalte und damit die Steuerzahler möglichst nicht mehr mit staatlichen Stützungsmaßnahmen für Finanzinstitute zu belasten. Insbesondere mit Blick auf gravierende systemische Krisen ist es jedoch nicht realistisch, eine Beteiligung der öffentlichen Haushalte vollkommen auszuschließen.¹⁾ Der einheitliche Abwicklungsmechanismus sieht daher im Anschluss an die Haftungskaskade neben der Kreditgewährung zwischen den einzelnen nationalen Kammern des einheitlichen europäischen Abwicklungsfonds für Banken (Single Bank Resolution Fund: SBRF) die Möglichkeit vor, dass dieser Fonds Kredite – auch von öffentlicher Seite – aufnimmt (eine Darstellung der Haftungskaskade findet sich auf S. 39 ff. in Verbindung mit S. 51 ff.). Gemäß dem Beschluss der Eurogruppe vom 18. Dezember 2013 sollen diese Kredite während der Übergangszeit zunächst national bereitgestellt werden, bedarfsweise mit Rückgriff auf den Europäischen Stabilisierungsmechanismus (European Stability Mechanism: ESM). Während der Übergangsphase soll die Ausgestaltung eines gemeinsamen Absicherungsmechanismus (sog. Backstop) erarbeitet werden, der auch einen Rückgriff auf öffentliche Mittel enthalten kann.

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung eines solchen Mechanismus ist es zu begrüßen, dass nach der Richtlinie zur Festlegung eines Sanierungs- und Abwicklungsrahmens (Bank Recovery and Resolution Directive: BRRD) und dem einheitlichen Abwicklungsmechanismus ein fiskalischer Absicherungsmechanismus bei Bankenschief-lagen zum Schutz der Steuerzahler allenfalls als Ultima Ratio in Anspruch genommen werden soll. Zuvor sollen die Eigen- und Fremdkapitalgeber möglichst umfassend – zum Beispiel über den Bail-in – beteiligt

werden und gegebenenfalls der Bankensektor über den SBRF Lasten tragen. Allerdings könnten Ausnahmen von diesem Grundsatz dazu führen, dass de facto doch bereits früher Steuermittel zur Bankenstützung herangezogen werden. So können bestimmte Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen vom Bail-in befreit werden (vgl. S. 41). Und auch eine vorbeugende Rekapitalisierung mit öffentlichen Mitteln könnte das Haftungsprinzip durchbrechen. Sie wird in der BRRD dadurch ermöglicht, dass unter bestimmten Voraussetzungen solvente Institute finanzielle Unterstützung durch den Staat erhalten können, ohne dass automatisch eine Abwicklung ausgelöst wird und somit möglicherweise keine oder nur eine geringe Beteiligung der Eigen- und Fremdkapitalgeber stattfindet.²⁾

Die Einführung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus als zweiter Baustein der Bankenunion neben dem einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism: SSM) gewährleistet die Kongruenz von Haftung und Kontrolle im Bereich der Bankenaufsicht und ist insoweit folgerichtig. Allerdings kann ein gemeinsamer Absicherungsmechanismus in der Bankenunion Fehlanreize setzen, die soliden Staatsfinanzen und einer nachhaltigen Wirtschaftspolitik entgegenstehen. Eine gemeinschaftliche Haftung von Banken oder Staaten für die

¹ In einer Erklärung der Eurogruppe hierzu ist eine Beteiligung der öffentlichen Haushalte angedacht, diese soll jedoch mittelfristig fiskalisch neutral ausgestaltet werden. Vgl. dazu: Stellungnahme der Eurogruppe und ECOFIN-Minister zum SRM-Backstop vom 18. Dezember 2013.

² Im Falle einer vorbeugenden Rekapitalisierung gelten zusätzlich die Vorschriften des europäischen Beihilferechts. Gemäß der von der Europäischen Kommission im Juli 2013 veröffentlichten Bankenmitteilung (Banking Communication) wird vor der Genehmigung von Staatsbeihilfe eine nicht im Detail spezifizierte angemessene Verlustbeteiligung der Anteilseigner, Hybridkapitalgeber und nachrangigen Gläubiger verlangt, sofern dies die Finanzstabilität nicht gefährdet.

Kosten einer Bankenabwicklung kann nationale Regierungen zu einer riskanteren Wirtschafts- und Finanzpolitik verleiten, wenn deren Vorteile vor allem auf der nationalen Ebene anfallen, die potenziellen Kosten hingegen teilweise gemeinschaftlich getragen werden. Solche Fehlanreize resultieren bereits aus der – in der Übergangsperiode zunehmenden – gemeinschaftlichen Haftung im Rahmen des SBRF. Durch einen gemeinsamen fiskalischen Absicherungsmechanismus würden sie weiter verstärkt werden.

Derartige Anreizprobleme treten vor allem dann auf, wenn nationale Politiken nationale Banken in Schief lagen bringen können. In dem Ausmaß, in dem Institute durch eine internationale Diversifizierung ihrer Anlagen oder Strukturen nationalen Risiken ausweichen, fallen die zusätzlichen Fehlanreize aufgrund gemeinschaftlicher Haftung geringer aus. Die Anreizprobleme für die nationale Wirtschafts- und Finanzpolitik werden auch durch die vorgelagerte Beteiligung von Eigen- und Fremdkapitalgebern gemindert, da die Investoren durch die drohende Haftung im Abwicklungsfall einen Anreiz haben, eine übermäßige Risikoübernahme von Banken zu verhindern. Allerdings hängt die Wirksamkeit dieses Korrektivs entscheidend davon ab, inwieweit diese Beteiligung ex ante glaubhaft ist und strikt angewendet wird.

Zudem können die europäischen Verfahren zur Wirtschafts- und Haushaltsüberwachung sowie die makroprudenzielle Aufsicht Fehlanreize mildern, indem sie einer stabilitätsgefährdenden nationalen Wirtschafts- und Finanzpolitik frühzeitig und konsequent entgegenwirken. Allerdings stellt sich die Frage, ob es in jedem Fall gelingen wird, den Aufbau übermäßiger Risiken im Bankensektor mit den im Rahmen dieser Verfahren zur Verfügung stehenden Mitteln rechtzeitig zu erkennen und zu korrigieren.

Je nachdem als wie schwerwiegend diese Anreizprobleme angesehen und als wie

effektiv die genannten Korrekturen eingeschätzt werden, könnte ein nationaler Selbstbehalt in der Haftungskaskade vor, parallel zu oder nach dem Abwicklungsfonds eingesetzt werden. In den ersten beiden Fällen würde das Bestreben, dass Steuerzahler grundsätzlich erst nach dem Bankensektor haften, insoweit durchbrochen, als der nationale Steuerzahler in Höhe des Selbstbehalts vor beziehungsweise parallel zu dem Bankensektor haften würde. Um Eigen- und Fremdkapitalgeber nicht aus der Haftung zu nehmen, käme der Selbstbehalt in jedem Fall erst nach deren möglichst umfassender Beteiligung infrage.

Während die Ausgestaltung eines gemeinsamen fiskalischen Absicherungsmechanismus noch aussteht, hat die Eurogruppe zuletzt eine politische Einigung über das neue Instrument einer direkten Bankenrekapitalisierung durch den ESM erzielt.³⁾ Die grundsätzliche Absicht, eine direkte Bankenrekapitalisierung durch den ESM zu ermöglichen, wurde auf politischer Ebene bereits im Juni 2012 verkündet, und dieses Instrument soll zusammen mit der einheitlichen Aufsicht im November 2014 in Kraft treten. Im Gegensatz zu dem bereits bestehenden ESM-Instrument einer indirekten Rekapitalisierung durch Kreditvergabe an den Staat sollen die ESM-Mittel zur Bankenstützung bereitgestellt werden, ohne dass der jeweilige Mitgliedstaat dafür gegenüber dem ESM haftet. Dann käme der ESM für eine Kreditgewährung an den SBRF infrage und entspräche – da die Kosten der Bankenabwicklung gemeinschaftlich getragen werden – insoweit einem gemeinsamen fiskalischen Absicherungsmechanismus.

Einige wesentliche Aspekte des neuen Instruments wurden bereits umrissen. Demnach soll eine direkte Bankenrekapitalisierung

³ Vgl.: Bemerkungen von J. Dijsselbloem auf der Pressekonferenz nach dem Treffen der Eurogruppe am 5. Mai 2014 und die Erklärung des Präsidenten der Eurogruppe zum ESM-Instrument der direkten Rekapitalisierung vom 10. Juni 2014.

Stand: 16. Juni 2014

rung durch den ESM bis Ende 2015 erst nach einem Bail-in von 8% der Gesamtverbindlichkeiten des betroffenen Kreditinstituts und einem Rückgriff auf den jeweiligen nationalen Abwicklungsfonds erfolgen. Diese Voraussetzungen für eine direkte Bankenrekapitalisierung entsprechen dem in der BRRD geregelten Mindestumfang eines Bail-ins, bevor es zu einem Rückgriff auf nationale Abwicklungsfonds kommen kann.⁴⁾ Ab 2016 soll dann die Anwendung der Bail-in-Regeln nach BRRD eine Vorbedingung sein. Damit wird verhindert, dass diese Bail-in-Regeln durch das direkte Bankenrekapitalisierungsinstrument des ESM unterlaufen werden. Darüber hinaus soll das bereits bestehende ESM-Instrument der indirekten Bankenrekapitalisierung vorrangig angewendet werden.⁵⁾ Je enger die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der direkten Bankenrekapitalisierung gefasst werden, desto eher werden während der Übergangsperiode – nach Ausschöpfen der

im SBRF für eine Stützung verfügbaren Mittel – noch die jeweiligen Mitgliedstaaten die Absicherung finanzieren. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Mittelbereitstellung durch den ESM im Rahmen der direkten Bankenrekapitalisierung hat eine Kreditvergabe gegenüber Garantien den Vorteil, dass die Höhe der eingegangenen Risiken für die Steuerzahler transparenter wird und die vereinbarte Begrenzung des Umfangs der ESM-Mittel für direkte Rekapitalisierungen auf 60 Mrd € nicht so leicht umgangen werden kann.

4 Das Bail-in-Instrument der BRRD muss allerdings erst bis zum 1. Januar 2016 in nationales Recht umgesetzt sein.

5 Bei Inanspruchnahme des indirekten Bankenrekapitalisierungsinstruments des ESM müssten bis zur Umsetzung der BRRD zum 1. Januar 2015 nur die europäischen Beihilferegulungen eingehalten werden.

europäischer Kontrolle entstehen, starten. Vor diesem Hintergrund kommt der umfassenden Bilanzüberprüfung („comprehensive assessment“) der SSM-Banken, die unter Leitung der EZB derzeit (bis Sommer 2014) durchgeführt wird, entscheidende Bedeutung zu. Sie erlaubt die Identifizierung der Altlasten, die anschließend unter nationaler Verantwortung zu bereinigen sind. Die SRM-VO gibt den Mitgliedstaaten hierfür ausreichend Zeit, da zwar vorbereitende Befugnisse für das SRB bereits zum 1. Januar 2015 in Kraft treten, die vollumfänglichen Abwicklungsbefugnisse aber erst zum 1. Januar 2016 (Art. 88 SRM-VO). Die Mitgliedstaaten sollten die dadurch gewonnene Zeit für eine gründliche Klärung der Altlastenproblematik nutzen, und zwar – wie vom europäischen Beihilferecht gefordert¹⁸⁾ – in einer Weise, die den Zugriff auf öffentliche Mittel erst dann ermöglicht, wenn angemessene Kos-

tenbeiträge seitens der privaten Investoren stattgefunden haben.

Die Bankenunion im Allgemeinen und der einheitliche Abwicklungsmechanismus im Besonderen dürfen insofern nicht als schnelle und bequeme Lösung für bereits bestehende Probleme verstanden werden. Hingegen soll der Abwicklungsmechanismus die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Finanzkrisen verringern und ihre Auswirkungen, sollte es dennoch dazu kommen, mildern. Für die Lösung der gegenwärtigen Finanzkrise, die auf Versäumnisse der Vergangenheit zurückgeht, ist allerdings ein umfassenderer Ansatz erforderlich.

Bankenunion ist kein „quick fix“ für bereits bestehende Probleme im Zuge der gegenwärtigen Krise

18 Siehe die Mitteilung der Europäischen Kommission zu den Bedingungen, zu denen sie öffentliche Rekapitalisierungen von Banken unter dem Beihilferecht genehmigen wird („Bankenmitteilung“. ABl. EU Nr. C 216/1 vom 30. Juli 2013.).

Stand: 16. Juni 2014