

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Überblick	1
B. Regelungsfelder des Bankeninsolvenzrechts und Standortbestimmung	3
C. Beschränkung auf Instrumente zur Vermögensübertragung	6
D. Gang der Untersuchung	7
I. Die historischen Wurzeln	7
II. Die Übertragungsanordnung	8
III. Das neue europäische Abwicklungsrecht	10
Kapitel 1 Der systematische Kontext und die historischen Wurzeln des geltenden Rechts	13
A. G20, Financial Stability Board	13
I. Key Attributes of Effective Resolution Regimes	14
II. Eingriffsinstrumente	15
III. Verhältnis zum Rechtsetzungsprozess in Deutschland	17
B. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht	18
C. Internationaler Währungsfonds	19
I. Ökonomische Hintergründe	20
II. Elemente eines Restrukturierungsregimes	22
III. Zwischenfazit	23
D. Europäische Union, insbesondere RL 2001/24/EG	24
E. Die deutschen Finanzmarktstabilisierungsgesetze	25

I.	Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMStFG	25
1.	Garantien nach § 6 FMStFG	27
2.	Rekapitalisierungsmaßnahmen nach § 7 FMStFG	28
3.	Risikoübernahme nach § 8 FMStFG	29
a.)	Begriff des Risikos	30
b.)	In Betracht kommende Positionen	32
c.)	Übertragung und Übertragungshindernisse	33
II.	Maßnahmen durch die Änderungen vom 7. April 2009 („lex Hypo Real Estate“)	35
III.	Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilisierungsförderungsgesetz (FMStFortG) vom 17. Juli 2009	36
1.	Das Zweckgesellschaftsmodell nach den §§ 6a ff. FMStFG	37
2.	Die Abwicklungsanstalten nach §§ 8a und 8b FMStFG	38
a.)	Ziel	39
b.)	Umsetzung	40
c.)	Landesrechtliche Abwicklungsanstalten nach § 8b FMStFG	45
d.)	Bilanzierung durch die Abwicklungsanstalt	47
e.)	Erste Abwicklungsanstalt	48
f.)	FMS Wertmanagement	49
g.)	Bisherige Lehren	51
	Abwicklungsanstalten – ein Erfolgsmodell?	51
	Ausblick auf die Übertragungsanordnung nach KWG	54
IV.	Zwischenfazit	55
F.	Ausländische Rechtordnungen	56
I.	USA	57
1.	Entwicklung im späten 20. Jahrhundert bis 2010	57
2.	Der Dodd-Frank Act 2010	58
II.	Vereinigtes Königreich	60
1.	Entwicklung der Befugnisse in Insolvenznähe bis 2008/2009	60
2.	Das Special Resolution Regime unter dem Banking Act 2009	63
3.	Dunfermline Building Society	68

III.	Zwischenfazit zu den ausländischen Rechtsordnungen	69
G.	Zwischenfazit	70
Kapitel 2 2011 bis 2014: Die Übertragungsanordnung nach §§ 48a-t KWG a.F.		73
A. Die Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage, §§ 48a-t KWG		76
I.	Ziele der Regelungen	76
II.	Bundeskompetenz	78
1.	Internationale Zuständigkeit	79
2.	Föderale Kompetenzkollision	82
III.	Vereinbarkeit mit Art. 14 GG	84
1.	Schutzbereich	84
a.)	Eigentum der Gesellschafter	85
b.)	Eigentum der Gesellschaft	86
2.	Eingriff	87
3.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	89
IV.	Vereinbarkeit mit Art. 12 GG	91
V.	Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	92
VI.	Vereinbarkeit mit dem EU-Recht	93
1.	Beihilfenrecht	93
2.	Grundfreiheiten	96
a.)	Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit der Eigner des Instituts	96
b.)	Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit des Instituts	100
c.)	Niederlassungsfreiheit der Übernahme-Interessenten	102
3.	Grundrechtecharta und Europäische Menschenrechtskonvention	106
4.	Sekundärrecht	110
VII.	Thesen zu Abschnitt A.	110

B. Das Anordnungsverfahren	111
I. Rechtsnatur der Anordnung	111
II. Anwendungsbereich	111
III. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	113
1. Zuständigkeit	113
2. Verfahren	115
3. Inhalt und Form	120
IV. Thesen zu Abschnitt B.	121
C. Bestands- und Systemgefährdung, § 48b KWG	121
I. Bestandsgefährdung	123
II. Systemgefährdung	126
1. Einführung	126
2. Generalklausel, § 48b Abs. 2 S. 1 KWG	130
a.) Definition der Systemgefährdung	130
b.) Kausalität	131
3. Ansteckungskanäle	132
a.) Direkte vertragliche Beziehungen	133
b.) Ähnliche Geschäftsstrukturen	134
c.) Preisspiralen durch fire sales	136
d.) Sonstige Markterwartungen	137
e.) Zwischenfazit	139
4. Indikatoren	140
a.) Art und Umfang der Verbindlichkeiten, § 48b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 KWG	141
b.) Umfang der Einlagen, § 48b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KWG	143
c.) Eingegangene Risiken und Marktverhältnisse, § 48b Abs. 2 S. 2 Nr. 3 KWG	144
d.) Vernetzung, § 48b Abs. 2 S. 2 Nr. 4 KWG	149
e.) Verhältnisse auf den Finanzmärkten, insbesondere Markterwartungen und Marktvertrauen, § 48b Abs. 2 S. 2 Nr. 5 KWG	151
f.) Größe, § 48b Abs. 2 S. 2 Nr. 6 KWG	153

g.)	Ersetzbarkeit der von dem Institut angebotenen Dienstleistungen und Systeme, § 48b Abs. 2 S. 2 Nrn. 7 und 9 Var. 2 KWG	154
h.)	Komplexität der abgeschlossenen Geschäfte, § 48b Abs. 2 S. 2 Nrn. 8 und 9 Var. 1 KWG	157
i.)	Zwischenfazit zu den Indikatoren	158
5.	Behördlicher Entscheidungsspielraum	160
III.	Zwischenfazit zur Bestands- und Systemgefährdung	164
IV.	Thesen zu Abschnitt C.	165
D.	Die materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung	165
I.	Abwendungsfrist und Wiederherstellungsplan, § 48c Abs. 1 und 2 KWG	166
1.	Vorbereitung	166
2.	Vorlagefrist	167
3.	Inhalt des Wiederherstellungsplans und Umsetzungsfrist	169
a.)	Handlungsmöglichkeiten	169
b.)	Umsetzungsfrist	170
c.)	Voreinzahlung als Alternative	172
d.)	Fremdkapital	174
4.	Erlass der Übertragungsanordnung trotz Fristlaufs	175
II.	Auswahl des übernehmenden Rechtsträgers, § 48c Abs. 5 KWG	176
1.	Qualitätsschutz im Kreditwesenrecht, §§ 48c Abs. 5, 32 f. KWG	176
a.)	Inländische juristische Person	176
b.)	Vergaberecht	179
c.)	Sonstige Anforderungen	180
2.	Systemschutz und Schutz der Inhaber des Kreditinstituts	181
3.	Zwischenfazit	183
III.	Auswahl des Übertragungspotfolios	184
1.	Gesamtes Vermögen oder partielle Übertragung nach § 48k KWG	184

2. Auswahlkriterien und -schwierigkeiten	187
a.) Systemrelevanz und Überlebensfähigkeit als Kriterien	188
b.) Negative Abgrenzung	191
c.) Gesetzliche Regelung bestimmter Positionen	192
d.) Fehlerfolgen	193
3. Partielle Rückübertragung nach § 48j KWG	194
IV. Gegenleistung bzw. Ausgleichsverbindlichkeit § 48d KWG	195
1. Bewertung des Übertragungsportfolios	196
a.) Erlasszeitpunkt	196
b.) Andere Zeitpunkte	197
c.) Vorläufige Bewertung	200
d.) Besonderheiten	201
2. Gegenleistung in Anteilen	202
a.) Bewertung des übernehmenden Rechtsträgers	203
b.) Mindestausgabewert der Sacheinlage	204
c.) Bankaufsichtsrechtlicher Konsolidierungskreis nach § 10a KWG	204
d.) Zwischenfazit	207
3. Gegenleistung in Geld	208
4. Ausgleichsverbindlichkeit	209
5. Rechtsschutz gegen die Festsetzung	209
6. Zwischenfazit	210
V. Ermessensausübung der BaFin, insbesondere Verhältnismäßigkeit	210
1. Entschließungsermessen	211
2. Störerauswahl	211
3. Verhältnismäßigkeit	212
a.) Freiwillige Maßnahmen nach dem KredReorgG	213
Sanierungsverfahren	214
Reorganisationsverfahren	215
Wiederherstellungsplan	221
b.) Maßnahmen nach §§ 45, 45c und 6 Abs. 3 KWG	221
c.) Moratorien	224

§ 46 Abs. 1 S. 2 Nrn. 4 bis 6 KWG	225
§ 46g KWG	227
d.) Entschädigungseinrichtung und Insolvenzantrag	227
e.) Zwischenfazit	228
VI. Thesen zu Abschnitt D.	229
E. Ablauf und Folgen	230
I. Ablauf	231
II. Rechtsfolgen	232
III. Nach der Anordnung	234
1. Gesellschaftsrechtliche Stellung des Instituts gegenüber dem Übernehmer	234
2. Organhaftung	236
3. Anforderungen an die IT-Systeme	237
4. Abschluss des Verfahrens	237
IV. Rechtsschutz und Entschädigung	238
1. Beurteilungs- und Ermessensmaßstab	239
2. Folgenbeseitigung	240
3. Entschädigung	241
F. Gruppen und Konglomerate von Unternehmen, §§ 48o bis 48q KWG	243
I. Hintergrund und Begriffsbestimmungen	243
II. Sonderregelungen zur Übertragungsanordnung	245
1. Unterdeckung auf Gruppenebene	245
2. Bestandsgefährdung bei gruppenangehörigem Unternehmen	246
3. Übertragungsanordnung gegenüber dem übergeordneten Unternehmen	247
G. Auslandsberührungen	249
I. Übertragung von Positionen, die ausländischem Recht unterliegen	250
1. Grundsatz: Erfassung aller Gegenstände	251

a.) Konzeption	251
b.) Völkerrechtliche Fragen	252
Völkerrechtliche Abkommen und unionsrechtliche Regelungen über die Regelungshoheit	254
Völkerrechtliche Prinzipien über die Regelungshoheit	256
Die Behandlung völkerrechtlicher Fragen in den USA: Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States	258
Einschränkung nach dem „reasonable“-Grundsatz	260
2. Unwirksamkeit der Übertragung oder Zweifel an der Wirksamkeit	262
a.) Verwaltungstreuhand	263
b.) Unüberwindbare Hindernisse	264
3. Zwischenfazit	265
II. Ausschluss von Beendigungs- und Verrechnungsrechten	266
1. Grundsätzliches zum Netting und zu Beendigungsrechten	267
2. Funktionsweise des Close-out Netting nach dem ISDA Master Agreement 1992	270
a.) Events of Default und Termination Events	270
b.) Early Termination	274
c.) Netting	276
d.) Anerkennung des Close-out Netting in der Insolvenz	277
3. Bewertung des Close-out Netting	280
a.) Vorteile	280
b.) Nachteile	281
c.) Zwischenfazit	283
4. Lösung des Konflikts zwischen Close-out Netting und Sanierung	284
a.) Beendigungsausschluss nach § 48g Abs. 7 KWG und internationale Anerkennung	284
b.) Hindernisse aufgrund von grenzüberschreitenden Sachverhalten	289

Ermittlung des anwendbaren Rechts nach internationalem Privatrecht	289
Anwendung des ausländischen Recht	290
Rechtslage in England und den USA	294
c.) Unionsrecht	298
Richtlinie 2001/24/EG	298
Art. 9 Rom-I-VO	299
Richtlinie 2002/47/EG	303
Konkurrenz und Abwägung innerhalb von Art. 9 Abs. 3 Rom-I-VO	304
5. Bewertung und Fazit	305
III. Thesen zu Abschnitt G.	309
H. Fazit zur Übertragungsanordnung	310
I. Vergleich mit den Modellen des FMStFG	311
1. Ausgestaltung des Verfahrens	311
2. Portfolio	312
3. Modus der Übertragung	314
II. Vergleich mit internationalen Vorgaben	315
1. Financial Stability Board (FSB)	315
2. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS)	317
3. Internationaler Währungsfonds (IWF)	318
III. Bewertung der Übertragungsanordnung	320
1. Angestrebte Ziele	320
2. Privater Übernehmer oder staatliche Brückenbank	322
3. Weitere praktische Probleme bei der Umsetzung	324
4. Übertragung von Anteilen statt Vermögen	325
a.) Vorteile	326
b.) Nachteile	329
c.) Zwischenfazit	330
5. Einbeziehung der Gläubiger	330
IV. Überleitung	332

Kapitel 3	Seit 2015: Das unionsrechtliche Abwicklungsregime	333
A.	Der Single Resolution Mechanism im Gefüge des neuen europäischen Sanierungs- und Abwicklungsrechts und der Bankenunion	335
I.	Regelungsfelder des europäischen Sanierungs- und Abwicklungsrechts	336
1.	Inhalte der BRRD und des SAG im Überblick	336
2.	Inhalte der SRM-Verordnung im Überblick	338
II.	Das Verhältnis zwischen BRRD/SAG und der SRM-Verordnung	339
B.	Ziele des neuen Abwicklungsrechts	340
C.	Generelles zur Anwendung der Toolbox	343
I.	Ausfall oder Risiko eines Ausfalls, Art. 18 Abs. 1, Abs. 4 SRM-VO, §§ 62, 63 SAG	343
1.	Zulassungsanforderungen, Art. 18 Abs. 4 UAbs. 1 lit. a SRM-VO, § 63 Abs. 1 Nr. 1 SAG	344
2.	Überschuldung, Art. 18 Abs. 4 UAbs. 1 lit. b SRM-VO, § 63 Abs. 1 Nr. 2 SAG	344
3.	Zahlungsunfähigkeit, Art. 18 Abs. 4 UAbs. 1 lit. c SRM-VO, § 63 Abs. 1 Nr. 3 SAG	347
4.	Notwendigkeit einer außerordentlichen finanziellen Unterstützung, Art. 18 Abs. 4 UAbs. 1 lit. d SRM-VO, § 63 Abs. 2 SAG	347
II.	Subsidiarität, Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b SRM-VO, § 62 Abs. 1 Nr. 2 SAG	349
III.	Öffentliches Interesse	351
1.	Die Abwicklungsziele nach Art. 14 SRM-VO, § 67 SAG	353
a.)	Kontinuität kritischer Funktionen, Art. 14 Abs. 2 lit. a SRM-VO	353

b.)	Wahrung der Finanzstabilität, Art. 14 Abs. 2 lit. b SRM-VO	354
c.)	Schutz öffentlicher Mittel, Art. 14 Abs. 2 lit. c SRM-VO	357
d.)	Einleger- und Anlegerschutz, Art. 14 Abs. 2 lit. d SRM-VO	358
e.)	Schutz der Gelder und Vermögenswerte der Kunden, Art. 14 Abs. 2 lit. e SRM-VO	359
f.)	Vermeidung einer unnötigen Vernichtung von Werten	359
g.)	Zwischenfazit	360
2.	Kausalität	360
3.	Abwägung, insbesondere mit regulärem Insolvenzverfahren	361
IV.	„Allgemeine Grundsätze“, Art. 15 SRM-VO, § 68 SAG	362
1.	Verlusttragung der Anteilseigner	362
2.	Verlusttragung durch Gläubiger und Gläubigergleich- behandlung	364
3.	No creditor worse off	364
4.	Ersetzung der Geschäftsleiter	367
5.	Haftung von Personen nach Zivil- und Strafrecht	368
6.	Absicherung gedeckter Einlagen	368
7.	Sonstiges	369
V.	Thesen zu Abschnitt C.	369
D.	Die vier Resolution Tools im Einzelnen	370
I.	Sale of Business: Art. 24 SRM-VO, § 107 Abs. 1 Nr. 1 lit. a SAG	371
1.	Konzeption	371
2.	Anforderungen an den Übernehmer	372
3.	Auswahl des Übertragungsportfolios	374
a.)	Share oder Asset Deal	374
b.)	Partielle Übertragung	375
4.	Ablauf der Übertragung	378
5.	Gegenleistung	380
II.	Bridge Institution: Art. 25 SRM-VO, § 107 Abs. 1 Nr. 1 lit. b SAG	381

1. Das Brückeinstitut	382
2. Übertragungsporfolio	385
3. Gegenleistung und Schutzbestimmungen	387
4. Bewertung des Instruments des Brückeinstituts	389
III. Asset Separation: Art. 26 SRM-VO, § 107 Abs. 1 Nr. 2 SAG	390
1. Konzeption	390
2. Übertragungsporfolio	392
3. Gegenleistung und Schutzbestimmungen	393
4. Bewertung	395
IV. Bail-in: Art. 27 SRM-VO, §§ 89, 90 SAG	395
1. Anwendung des Bail-in	396
2. Aufriss ausgewählter Probleme	398
V. Thesen zu Abschnitt D.	399
E. Auslandsberührungen	400
I. Koordination und Kooperation bei grenzüberschreitend tätigen Instituten	400
1. Ermächtigung zum Abschluss von Kooperationsverein- barungen	401
2. Anerkennung von Maßnahmen von Drittstaaten	402
a.) Anerkennung nach § 169 SAG	402
b.) Nichtanerkennung nach § 170 SAG	404
c.) Bewertung	405
3. Abwicklung von Unionszweigstellen in einem Drittstaat ansässiger Institute	406
a.) Voraussetzungen	406
b.) Erfasstes Vermögen	408
c.) Ablauf	409
4. Zwischenfazit	410
II. Der Umgang mit vertraglichen Sicherungs- und Beendigungsrechten	410
1. Suspendierung von Beendigungsrechten	411
a.) Gesetzliche Suspendierung nach § 144 SAG	411

b.)	Behördliche Suspendierung nach § 84 SAG	413
2.	Schicksal der Kontrakte, die bei dem Institut verbleiben	414
3.	Schicksal der Kontrakte, die übertragen werden	415
III.	Übertragung von fremdem Recht unterstehenden Gegenständen	416
1.	§ 81 Abs. 2 SAG	416
a.)	Tatbestand	417
b.)	Rechtsfolge	418
2.	Vergleich mit § 48i KWG a.F.	419
a.)	Rechtsfolgen bezüglich des nicht übertragbaren Gegenstandes	419
b.)	Rechtsfolgen bezüglich der Vertragsverbünde	420
c.)	Bewertung	421
IV.	Thesen zu Abschnitt E.	422
F.	Bewertung des Abwicklungsregimes nach BRRD und SRM-VO	423
I.	Abwicklungsvoraussetzungen	423
II.	Abwicklungsinstrumente	426
III.	Auslandsberührungen	427
IV.	Fazit zur BRRD	429
Fazit		433
A.	Die Entwicklung von Brückenbanklösungen bis zur Übertragungsanordnung	433
B.	Die Übertragungsanordnung	435
C.	Das Unionsrecht	440
D.	Abschließende Stellungnahme	442
Literaturverzeichnis		445
Materialverzeichnis		463