

Kapitel 2: Frühzeitiges Eingreifen

A. EU

Nach den Äußerungen der Kommission zum BRRD-Vorschlag sollte dieser die Befugnisse der Aufsichtsbehörden, frühzeitig einzugreifen, erweitern und die in Art. 136 RL 2006/48/EG (*Capital Requirements Directive*, CRD) vorgesehenen Befugnisse der Aufsichtsbehörden ergänzen.²²⁴ Somit geht die Kommission davon aus, dass Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens in Art. 136 CRD bereits vorhanden waren.

Nach der Ersetzung der CRD durch die RL 2013/36/EU (CRD IV) finden sich die maßgeblichen Vorschriften nunmehr in Art. 104 i.V.m. Art. 102 CRD IV.²²⁵

Bevor also die neuen Maßnahmen der BRRD erläutert werden, sollen zunächst die Maßnahmen der CRD IV diskutiert werden.

a. Art. 104 i.V.m. Art. 102 CRD IV

i. Vorbemerkung

Nach Art. 102 RL 2013/36/EU wird das Kreditinstitut zunächst aufgefordert, die notwendigen Abhilfemaßnahmen zu ergreifen. Dies entspricht der früheren Regelung des Art. 136 Abs. 1 RL 2006/48/EG.²²⁶

Schon über Art. 136 RL 2006/48/EG wurde geäußert, dass es sich bei den dort geregelten Befugnissen um „Kann“ Befugnisse handelt,²²⁷ der Behörde daher ein Ermessen zusteht. Diese Aussage muss jedoch präzisiert werden. Es muss nach dem Entschließungsermessen (dem „Ob“) und dem Handlungsermessen (dem „Wie“) unterschieden werden.

Der Wortlaut der Norm besagt, dass „die Behörden das Institut zu erforderlichen Maßnahmen verpflichten“. Es wird weder das Wort „kann“ benutzt, noch andere Einschränkungen vorgenommen. Dies spricht dafür, dass bezüglich des „Ob“ gerade kein Ermessen der Behörden besteht.²²⁸ Sobald die *Trigger*²²⁹ greifen, muss die Behörde tätig werden.

Für eine solche Interpretation spricht auch, dass gerade die Ansicht, welche Art. 136 CRD als eine Ermessensnorm ansieht, widersprüchliche Angaben macht, indem sie selbst äußert, dass Art. 136 CRD die Aufsichtsbehörden im einleitenden Satz zum Tätigwerden verpflichtet, wenn das Institut die Anforderungen nicht erfüllt.²³⁰

²²⁴ Europäische Kommission, BRRD-Vorschlag, a.a.O., Rn. 4.4.6.

²²⁵ Anhang II der RL 2013/36/EU.

²²⁶ Anhang II der RL 2013/36/EU.

²²⁷ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 1e.

²²⁸ Binder, Die Auswirkungen der Basel II-Umsetzung auf die aufsichtsrechtlichen Eingriffskompetenzen nach dem Kreditwesengesetz, WM 2006, S. 2114 (2122).

²²⁹ Zu den Triggern siehe: S. 250.

²³⁰ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 10.

Dagegen ist das „Wie“ sehr weit formuliert, denn welche Maßnahmen als erforderliche Abhilfemaßnahmen anzusehen sind, kann unterschiedlich beurteilt werden.

Zwar zählt sowohl der alte Art. 136 RL 2006/48/EG als auch der neue Art. 104 RL 2013/36/EU Maßnahmen auf. Jedoch ist dies keine abschließende Aufzählung, denn im alten Art. 136 heißt es, dass die Behörden „unter anderem“ die folgenden Möglichkeiten haben. Die neuen Regelungen besagen, dass die Behörden „insbesondere“ die aufgezählten Befugnisse haben (Art. 102 Abs. 2 RL 2013/36/EU) bzw. dass die Behörden „mindestens“ die folgenden Befugnisse haben (Art. 104 Abs. 1 RL 2013/36/EU).

Damit stellen sich die Maßnahmen des CRD Pakets als Generalklauseln dar. Da es sich jedoch um Richtlinien handelt, die in nationales Recht umgesetzt werden müssen, muss beachtet werden, dass die Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung diesen generalklauselartigen Charakter nicht beibehalten müssen, solange sie den Mindeststandard, der von der Richtlinie vorgegeben wird, beachten. Zählt das nationale Recht die in der Richtlinie enthaltenen Befugnisse abschließend auf, hat es die Mindestvorgaben erfüllt und muss nicht darüber hinausgehen und den Behörden eine Generalklausel zur Verfügung stellen.

ii. Die einzelnen Maßnahmen

1. Zusätzliche Eigenmittel – Art. 104 Abs. 1 a) und Abs. 2 CRD IV

Bereits der alte Art. 136 Abs. 1 S. 2 a) CRD gewährte den Behörden die Möglichkeit, die Kreditinstitute zu verpflichten, mehr Eigenmittel vorzuhalten, als die festgelegte Mindestausstattung. Ähnlich verhält es sich mit Art. 104 Abs. 1 a) RL 2013/36/EU. Auch dieser erlaubt die Verpflichtung zur Vorhaltung von zusätzlichen Eigenmitteln. Der Unterschied ist lediglich der Verweis auf die nunmehr geltenden neuen Regeln über die Eigenmittelausstattung, die sich aus der RL 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 ergeben.

Diese beiden gleich gerichteten Regelungen sind im Zusammenhang mit dem jeweiligen Absatz 2 zu lesen. Im Gegensatz zu Abs. 1 enthalten sowohl Art. 136 Abs. 2 RL 2006/48/EG, als auch Art. 104 Abs. 2 RL 2013/36/EU eine Mindestverpflichtung, zusätzliche Eigenmittelanforderungen bei Vorliegen der dort geregelten Voraussetzungen vorzuschreiben. Hierdurch wird Art. 104 Abs. 1 a) i.V.m. Abs. 2 RL 2013/36/EU zu einer gebundenen Entscheidung. Der Behörde steht kein Ermessen bei der Entscheidung zu, ob sie die Maßnahme ergreift oder nicht.

2. Verstärkung bestimmter Anforderungen – Art. 104 Abs. 1 b) CRD IV

Nach Art. 136 Abs. 1 S. 2 b) RL 2006/48/EG konnte die Verstärkung der in den Artikeln 22 und 123 vorgesehenen Anforderungen verlangt werden. Art. 22 RL 2006/48/EG regelte, dass das Kreditinstitut über eine solide Unternehmenssteuerung verfügt, wozu eine klare Organisationsstruktur, wirksame Risikomanagementverfahren und angemessene Kontrollmechanismen gehören. Art. 123 RL 2006/48/EG verlangte, dass das Kreditinstitut über eigene Verfahren zur

Bewertung und Aufrechterhaltung der Eigenkapitalausstattung verfügt und diese regelmäßig überprüft.

Der neue Art. 104 Abs. 1 b) RL 2013/36/EU entspricht zum großen Teil dieser Regelung. Er verweist auf Art. 73 RL 2013/36/EU, welcher dem Art. 123 RL 2006/48/EG entspricht. Weiterhin verweist er auf Art. 74 RL 2013/36/EU, wobei Abs. 1 und Abs. 2 größtenteils Art. 22 RL 2006/48/EG entsprechen. Der Aspekt einer angemessenen Vergütungspolitik ist hingegen neu.

3. Rückkehrplan – Art. 104 Abs. 1 c) CRD IV

Bei der Maßnahme nach Art. 104 Abs. 1 c) RL 2013/36/EU handelt es sich um eine neu eingeführte Maßnahme, die sich in der alten RL 2006/48/EG nicht findet.

Danach können die zuständigen Behörden von den Instituten die Vorlage eines Planes für die Rückkehr zur Erfüllung der Aufsichtsanforderungen verlangen, eine Frist für die Durchführung des Plans setzen und gegebenenfalls Nachbesserungen hinsichtlich seines Anwendungsbereichs und Zeitrahmens verlangen.

Ein Plan erfordert stets die Erforschung und Feststellung der Probleme, die zu bewältigen sind und die Entwicklung von Maßnahmen zu ihrer Lösung.

Dies erinnert an die viel diskutierten so genannten Sanierungs- und Abwicklungspläne (*Living Wills*).²³¹ Auch dort geht es um Problem- und Maßnahmenidentifikation. Dennoch macht die Einführung von *Living Wills* in der BRRD die Maßnahme nach Art. 104 Abs. 1 c) RL 2013/36/EU nicht überflüssig, denn zwischen den beiden Konzepten bestehen erhebliche Unterschiede, welche der Maßnahme nach Art. 104 Abs. 1c) ihre Daseinsberechtigung verleihen.

Bei der Entwicklung der *Living Wills* handelt es sich um *ex ante* Maßnahmen, welche lange vor einer Krise ansetzen. Sie gehen von Prognosen und Vermutungen aus und treffen Vorkehrungen für eventuelle Problemfälle.²³² Die Überlegungen, die darin für die Lösung einer Krise angestellt werden, sind abstrakter Natur. Es handelt sich nicht um Maßnahmen der Vor-Insolvenz.

Dagegen setzt die Maßnahme nach Art. 104 Abs. 1 c) voraus, dass eine Krise sich bereits anbahnt. Sie erlaubt daher, auf tatsächlich aufgetauchte Probleme zu reagieren und maßgeschneiderte Lösungen vorzuschlagen. Sie eignet sich daher dazu die *Living Wills* zu ergänzen, wenn diese die Problemlagen nicht hinreichend vorhergesehen haben und daher Maßnahmen zunächst nicht vorhanden sind. Der zu entwickelnde Plan nach Art. 104 Abs. 1 c) ermöglicht es dann, die Situation zu überdenken, neue Maßnahmen zu entwickeln und Lücken zu schließen. Damit wird sichergestellt, dass jedes Problem – auch unvorhersehbare Fälle – bekämpft werden

²³¹ Hierzu siehe u.a.: S. 52.

²³² Hierzu siehe u.a.: S. 52.

kann.

4. Rückstellungspolitik und spezielle Behandlung der Aktiva – Art. 104 Abs. 1 d) CRD IV

Nach dem alten Art. 136 Abs. 1 S. 2 c) RL 2006/48/EG konnten die Behörden von den Kreditinstituten verlangen, eine spezielle Risikovorsorge zu treffen oder in Bezug auf die Eigenkapitalanforderungen für ihre Aktiva eine spezielle Behandlung vorzusehen.

Die Forderung nach der speziellen Behandlung der Aktiva ist auch in Art. 104 Abs. 1 d) RL 2013/36/EU festgeschrieben. Die Forderung nach der speziellen Risikovorsorge findet sich in der neuen Richtlinie hingegen nicht. Dafür erlaubt Art. 104 Abs. 1 d), von den Instituten eine bestimmte Rückstellungspolitik zu fordern.

5. Einschränkung von Tätigkeiten u.a. – Art. 104 Abs. 1 e) CRD IV

Nach Art. 136 Abs. 1 S. 2 d) RL 2006/48/EG hatte die Behörde die Möglichkeit, den Geschäftsbereich, die Tätigkeit oder das Netzwerk von Kreditinstituten einzuschränken.

Dieselbe Regelung findet sich in Art. 104 Abs. 1 e) RL 2013/36/EU mit der Erweiterung, dass auch die Veräußerung von Geschäftszweigen, die für die Solidität des Instituts mit zu großen Risiken verbunden sind, verlangt werden kann.

Bei dieser Regelung handelt es sich um eine sehr weite Formulierung. Insbesondere die Möglichkeit die Tätigkeit von Kreditinstituten einzuschränken, ermöglicht es, eine ganze Reihe von Maßnahmen unter diese Regelung zu subsumieren.

6. Herabsetzung des Risikos – Art. 104 Abs. 1 f) CRD IV

Nach Art. 136 Abs. 1 S. 2 e) RL 2006/48/EG kann die Behörde „die Herabsetzung des mit den Tätigkeiten, Produkten und Systemen von Kreditinstituten verbundenen Risikos verlangen“. Im CRD IV Paket findet sich die entsprechende Regelung in Art. 104 Abs. 1 f) RL 2013/36/EU.

7. Beschränkung der variablen Vergütung – Art. 104 Abs. 1 g) CRD IV

Nach Art. 136 Abs. 1 S. 2 f) RL 2006/48/EG kann von den Instituten verlangt werden, dass die variable Vergütung auf einen Prozentsatz der gesamten Nettoeinnahmen begrenzt wird, wenn diese Vergütung mit der Aufrechterhaltung einer soliden Eigenkapitalausstattung unvereinbar ist.

Eine entsprechende Regelung findet sich auch in der neuen Richtlinie in Art. 104 Abs. 1 g) RL 2013/36/EU.

8. Verwendung der Nettogewinne – Art. 104 Abs. 1 h) CRD IV

Nach Art. 136 Abs. 1 S. 2 g) RL 2006/48/EG konnte von den Kreditinstituten verlangt werden, Nettogewinne zur Stärkung der Eigenkapitalausstattung zu verwenden. Dies entspricht dem neuen Art. 104 Abs. 1 h) RL 2013/36/EU.

9. Beschränkung von Auszahlungen – Art. 104 Abs. 1 i) CRD IV

Gemäß Art. 104 Abs. 1 i) RL 2013/36/EU kann die Behörde Ausschüttungen oder Zinszahlungen eines Instituts an Anteilseigner, Gesellschafter oder Inhaber von Instrumenten des zusätzlichen Kernkapitals einschränken oder untersagen, sofern die Nichtzahlung kein Ausfallereignis für das Institut darstellt.

10. Informationsbeschaffung – Art. 104 Abs. 1 j) und l) CRD IV

Nach dem neu eingeführten Art. 104 Abs. 1 j) RL 2013/36/EU können zusätzliche Meldepflichten oder häufigere Meldungen, auch zur Eigenmittel- und Liquiditätslage vorgeschrieben werden. Nach Art. 104 Abs. 1 l) RL 2013/36/EU können ergänzende Informationen verlangt werden.

11. Besondere Liquiditätsanforderungen – Art. 104 Abs. 1 k) CRD IV

Nach Art. 104 Abs. 1 k) RL 2013/36/EU kann die Behörde besondere Liquiditätsanforderungen, einschließlich der Beschränkung von Laufzeitkongruenzen zwischen Aktiva und Passiva vorschreiben. Art. 104 Abs. 1 k) regelt für die Liquidität, was Art. 104 Abs. 1 a) für die Eigenmittel regelt. Seine Einführung ist konsequent, denn das neue CRD IV Paket richtet seinen Blick nunmehr nicht nur auf die Eigenmittel, sondern auch auf die Liquidität.

b. Art. 27 BRRD

i. Umsetzung des Sanierungsplans – Art. 27 Abs. 1 a) BRRD

1. Vorbemerkung

Gemäß Art. 27 Abs. 1 a) BRRD sollen die zuständigen Behörden die Möglichkeit haben, von dem Institut verlangen zu können, dass im Sanierungsplan genannte Maßnahmen und Regelungen umgesetzt werden oder der Sanierungsplan nach Art. 5 Abs. 2 BRRD aktualisiert wird.

2. Exkurs: Sanierungs- und Abwicklungspläne

Auch wenn Sanierungs- und Abwicklungspläne weit im Vorfeld einer Krise erstellt werden und damit als in die „grüne“ Phase gehörenden Maßnahmen der Prävention nicht *per se* Gegenstand dieser Arbeit sind, soll Art. 27 Abs. 1 a) BRRD hier, aufgrund untrennbarer Einheit mit diesen, zum Anlass für eine kurze Darstellung genommen werden.

Sanierungspläne (*Recovery Plans*) gehören zu den so genannten *Living Wills*, welche die Abwicklungs- und Sanierungsplanung umfassen.²³³ Sie wurden durch den FSB als Teil eines effektiven Abwicklungsregimes vorgeschlagen.²³⁴ Die Kommission berücksichtigte dies bei

²³³ Avgouleas/Goodhart/ Schoenmaker, *Living Wills as a Catalyst for Action*, Duisenberg School of Finance (DSF) Policy Paper, No. 4 (Mai 2010), S. 2.

²³⁴ *Financial Stability Board*, *Key Attributes*, a.a.O., Rn. 11 ff.

der Entwicklung der BRRD.²³⁵

Vorteile solcher *Living Wills* ergeben sich aus den Lektionen der Finanzkrise, welche gezeigt hat, dass Probleme sich häufig aus dem Mangel an Vorbereitung ergeben, zum Beispiel aus dem Mangel an Informationen über die Firmenstruktur.²³⁶ Um im Bedarfsfall schnell handeln zu können, die Folgen gewisser Maßnahmen abschätzen zu können und Konflikte zwischen nachgeordneten Unternehmen und Jurisdiktionen zu lösen, bedarf es Notfallpläne und gut durchdachter Maßnahmen.²³⁷

Living Wills sollen bewirken, dass die Beteiligten Überlegungen über das Geschäft anstellen, Vorsichtsmaßnahmen für schwierige Zeiten ergreifen und die Komplexität der Bankstruktur reduzieren, um zu verhindern, dass Banken darauf vertrauen, dass die Behörden aufgrund der intransparenten Struktur keine andere Wahl haben, als die gesamte Bank zu retten.²³⁸ Systemrelevante und weniger wichtige Teile der Bank sollen identifiziert werden, um in Krisenzeiten schnell zu handeln und unwichtige Teile zu verkaufen oder zu liquidieren und systemrelevante zu retten.²³⁹

Die Tatsache, dass die BRRD *Living Wills* nicht nur als Instrument fordert, sondern auch ihre Umsetzung im konkreten Fall verlangt werden kann, erlaubt eine schnelle Reaktion der Behörden auf die Krise.²⁴⁰

Art. 5 Abs. 1 BRRD schreibt vor, dass die Institute einen Sanierungsplan zu erstellen haben, der Maßnahmen für den Fall einer signifikanten Verschlechterung der Finanzlage des Instituts vorschreibt. Die Sanierungspläne sind mindestens jährlich zu aktualisieren (Art. 5 Abs. 2). Bei der Erstellung des Plans darf nicht von einer außerordentlichen finanziellen Unterstützung aus öffentlichen Mitteln ausgegangen werden (Art. 5 Abs. 3). Informationen, die in den Plänen anzugeben sind, sind in Abschnitt A des Anhangs aufgeführt (Art. 5 Abs. 5) und werden in den von der EBA zu entwickelnden technischen Standards festgelegt (Art. 5 Abs. 10).

Im Sanierungsplan sind verschiedene Szenarien in Betracht zu ziehen und geeignete Bedingungen und Verfahren für die rechtzeitige Durchführung von Sanierungsmaßnahmen festzulegen. (Art. 5 Abs. 6). Die zugrunde zu legenden Szenarien werden durch die von der EBA und die

²³⁵ Zur Berücksichtigung der FSB Key Attributes bei der Entwicklung der BRRD allgemein Vgl.: *Europäische Kommission*, BRRD-Vorschlag, a.a.O., S. 2; *Europäische Kommission*, IMPACT ASSESSMENT, a.a.O., u.a. S. 4, 17, 50.

²³⁶ *Financial Stability Board*, Consultative Document: Effective Resolution of Systemically Important Financial Institutions (19.07.2011), S. 17, http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_110719.pdf?page_moved=1 (letzter Zugriff am 08.02.2015).

²³⁷ *Financial Stability Board*, Consultative Document, a.a.O., S. 17.

²³⁸ *Avgouleas/Goodhart/Schoenmaker*, a.a.O., S. 3.

²³⁹ *Avgouleas/Goodhart/Schoenmaker*, a.a.O., S. 4.

²⁴⁰ Der FSB sieht gerade in der Umsetzbarkeit schneller und durchdachter Maßnahmen den Vorteil von Notfallplänen (*Financial Stability Board*, Consultative Document, a.a.O., S. 17).

ESRB zu entwickelnden technischen Standards festgelegt (Art. 5 Abs. 7).

Die Sanierungspläne werden der zuständigen Behörde zur Bewertung vorgelegt (Art. 6 Abs. 1 und 2), welche diese der Abwicklungsbehörde zur Prüfung vorlegt (Art. 6 Abs. 4). Bei Unzulänglichkeiten wird das Institut zur Überarbeitung des Plans aufgefordert (Art. 6 Abs. 5). Kommt das Institut dem nicht nach, oder nicht zufriedenstellend, greift Art. 6 Abs. 6 ein.

Dieser erlaubt in einem ersten Schritt die Forderung, innerhalb eines angemessenen Zeitraumes aufzuzeigen, welche Änderungen das Institut in seiner Geschäftstätigkeit vornehmen kann, um die Unzulänglichkeiten zu beheben (Art. 6 Abs. 6 S. 1). Misslingt auch dies, kann die Behörde das Institut anweisen „Maßnahmen zu treffen, die sie – unter Berücksichtigung der Schwere der Unzulänglichkeiten und Hindernisse und der Auswirkungen der Maßnahmen auf die Geschäftstätigkeit des Instituts – als erforderlich und verhältnismäßig betrachtet“. In Art. 6 Abs. 6 S. 3 folgt die Aufzählung von konkreten Anweisungen, die unbeschadet des Art. 104 RL 2013/36/EU erfolgen können.

Auffällig ist hier, dass die Aufzählung hier im Gegensatz zu der Fassung im Kommissionsvorschlag²⁴¹ nicht durch das Wort „insbesondere“ eingeleitet wird. Daher stellt sich die Frage, ob die Aufzählung abschließend ist, oder auch andere erforderliche und verhältnismäßige Maßnahmen getroffen werden können.

Die von der EBA entwickelten technischen Regulierungsstandards²⁴² enthalten sehr ausführliche Regelungen über den Inhalt von Sanierungsplänen. Es enthält Anforderungen an die Zusammenfassung, an die Angaben über die Unternehmensführung, an die strategische Analyse einschließlich kritischer Funktionen und wesentlicher Schritte in einer Stresssituation, an einen Kommunikations- und Offenlegungsplan und an vorbereitende Maßnahmen.

Trotz der Vorteile, welche die Sanierungspläne bieten, werden sie als ein erheblicher Eingriff in die Geschäftsleitung zum Teil kritisiert.²⁴³ Durch die Möglichkeit der Behörden die Sanierungspläne zu prüfen, Nachbesserungen zu verlangen und sogar Änderungen in der Geschäftstätigkeit zu verlangen, würden diese faktisch in eine „eigene Vorstandsposition“ erhoben.²⁴⁴ Dies sei nicht zu begrüßen, da zu bezweifeln ist, dass „Staatsdiener ein Kreditinstitut besser leiten können als gelernte Banker“, was sich in der Krise bereits bestätigt habe.²⁴⁵

²⁴¹ Vgl.: *Europäische Kommission*, BRRD-Vorschlag, a.a.O., Art. 6 Abs. 4 S. 2.

²⁴² *European Banking Authority*, EBA final draft Regulatory Technical Standards on the content of recovery plans under Article 5 (10) of Directive 2014/59/EU establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (18.07.2014), <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/760167/EBA-RTS-2014-11+Draft+RTS+on+content+of+recovery+plans.pdf/60899099-2dc6-4915-879d-8b779a3797cc> (letzter Zugriff am 10.02.2015).

²⁴³ *Philipp*, Systemänderung: Amputiertes Aktienrecht für Banken – Das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz, AG 2015, S. 77 (80).

²⁴⁴ *Philipp*, a.a.O., S. 80.

²⁴⁵ *Philipp*, a.a.O., S. 81.

Die Erstellung von Abwicklungsplänen durch die Abwicklungsbehörden wird in Art. 10 ff. BRRD geregelt. Es werden Abwicklungshindernisse identifiziert, Maßnahmen zur ihrer Beseitigung erläutert und unter Berücksichtigung unterschiedlicher Szenarien Abwicklungsmaßnahmen für den Fall eines Ausfallereignisses vorgesehen. Die Unterstützung aus öffentlichen Mitteln darf im Abwicklungsplan nicht vorausgesetzt werden.

Eine detaillierte, jedoch nicht abschließende, Beschreibung der Elemente des Abwicklungsplans findet sich in Art. 10 Abs. 7 BRRD. Im Wesentlichen spiegeln die Elemente die negativen Erfahrungen aus der Finanzkrise wider und richten sich darauf, in Zukunft ähnliche Probleme zu verhindern. Hervorzuheben sind hier beispielsweise Ausführungen darüber, wie wesentliche und kritische Geschäftsaktivitäten im erforderlichen Umfang rechtlich und wirtschaftlich von anderen Funktionen getrennt werden können, um deren Fortführung im Falle einer Abwicklung des Kreditinstituts zu gewährleisten (Art. 10 Abs. 7 c)), eine Beschreibung der verlangten Maßnahmen zur Beseitigung von Hindernissen für die Abwicklungsfähigkeit (Art. 10 Abs. 7 f)), eine detaillierte Beschreibung der verschiedenen Abwicklungsstrategien (Art. 10 Abs. 7 j)), Erläuterungen zu kritischen Vernetzungen (Art. 10 Abs. 4 k)) sowie einen Plan für die Kommunikation mit den Medien und der Öffentlichkeit (Art. 10 Abs. 7 n)).

Die Institute sollen bei der Abwicklungsplanung zur Unterstützung verpflichtet sein (Art. 10 Abs. 5 BRRD). Beispielsweise sollen von ihnen detaillierte Aufzeichnungen über Finanzkontrakte verlangt werden können²⁴⁶ und Informationen angefordert werden können (Art. 11 Abs. 1 S. 1 b), S. 2 i.V.m. Anhang B BRRD).

Zur Konkretisierung der Anforderungen an die Abwicklungspläne hat die EBA technische Regulierungsstandards formuliert.²⁴⁷ Der Plan muss insbesondere eine Zusammenfassung der Abwicklungsstrategie, eine Beschreibung der Informationen und Informationsbeschaffungsmechanismen, die zur effektiven Umsetzung der Abwicklungsstrategie notwendig sind, eine Beschreibung der Maßnahmen zur Gewährleistung der Kontinuität kritischer Funktionen, eine Beschreibung der Finanzierungsmechanismen, einen Plan für die Kommunikation mit kritischen Anteilseignergruppen, das Ergebnis der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit und eventuelle Äußerungen der Kreditorganisation zum Abwicklungsplan enthalten. Die inhaltlichen Anforderungen an diese Punkte werden im Detail geregelt.

ii. Aktionsprogramm – Art. 27 Abs. 1 b) BRRD

Art. 27 Abs. 1 b) BRRD erlaubt es den Behörden, zu verlangen, dass die Leitung des Instituts

²⁴⁶ Eine ähnliche allgemeine Befugnis findet sich auch in Art. 71 Abs. 7 BRRD.

²⁴⁷ *European Banking Authority*, *EBA final draft Regulatory Technical Standards on the content of resolution plans and the assessment of resolvability* (19.12.2014), <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/933992/EBA-RTS-2014-15+%28Final+draft+RTS+on+Resolution+Plan+Contents%29.pdf> (letzter Zugriff am 10.02.2015).

die Situation analysiert, Maßnahmen zur Problemüberwindung bestimmt und ein „Aktionsprogramm“ nebst Zeitplan für die Umsetzung entwickelt.

Wie bei Art. 104 Abs. 1 c) RL 2013/36/EU und bei den *Living Wills*, geht es bei dem Aktionsplan um eine Problem- und Maßnahmenidentifikation.²⁴⁸ Ein Aktionsprogramm ist jedoch im Gegensatz zu den *Living Wills* keine *ex ante* Maßnahme, sondern setzt voraus, dass eine Krise sich bereits anbahnt. Wie Art. 104 Abs. 1 c) RL 2013/36/EU eignet sich das Aktionsprogramm dafür, die Situation zu überdenken, auf tatsächlich aufgetauchte Probleme zu reagieren, maßgeschneiderte Lösungen vorzuschlagen und Lücken zu schließen.

Aufgrund dieser ähnlichen Zielrichtung, stellt sich die Frage, ob dem Aktionsprogramm, neben dem Art. 104 Abs. 1 c), eine Daseinsberechtigung zukommt. Trotz der unterschiedlichen Formulierung lässt sich eine Ähnlichkeit nicht leugnen. Lässt man die Auslöser der Maßnahme zunächst außer Betracht,²⁴⁹ ergibt sich Folgendes:

Das Verlangen nach einer Analyse der Situation, der Bestimmung der Maßnahmen zur Problemüberwindung und der Entwicklung eines „Aktionsprogrammes“ nach Art. 27 Abs. 1 b) ist nichts anderes, als die Aufstellung eines Planes, wie sie in Art. 104 Abs. 1 c) verlangt wird. Eine zusätzliche Bestimmung in Art. 104 Abs. 1 c) ist lediglich die Zweckbestimmung, die Rückkehr zur Erfüllung der Aufsichtsanforderungen, die in Art. 27 Abs. 1 b) nicht explizit getroffen wird.

Während in Art. 104 Abs. 1 c) RL 2013/36/EU eine Frist für die Durchführung des Plans gesetzt werden kann, muss nach Art. 27 Abs. 1 b) ein Zeitplan für die Umsetzung entwickelt werden. Damit besteht zwar bei beiden Maßnahmen eine zeitliche Komponente, welche die Institute zur Umsetzung anhalten soll, Art. 104 Abs. 1 c) ist jedoch strenger, denn eine Fristsetzung hat einen deutlich zwingenderen Charakter als die bloße Aufstellung eines Zeitplanes.

Eine zusätzliche Komponente des Art. 104 Abs. 1 c) RL 2013/36/EU besteht zudem darin, dass die Behörden danach bezüglich des Planes gegebenenfalls Nachbesserungen hinsichtlich seines Anwendungsbereichs und Zeitrahmens verlangen können. Wie die oben erwähnte Fristsetzung hat diese Befugnis einen zwingenden Charakter und verleiht Art. 104 Abs. 1 c) im Vergleich zum Art. 27 Abs. 1 b) zusätzliche Durchsetzungskraft.

Vorbehaltlich der *Trigger*, die in die in Kapitel 6: Eingriffsvoraussetzungen, zusätzliche Eingriffe in Vertragsbeziehungen und Schutzbestimmungen ausführlich behandelt werden, ergibt sich zusammenfassend, dass sich Art. 27 Abs. 1 b) nahezu vollständig in Art. 104 Abs. 1 c) wiederfindet. Art. 104 Abs. 1 c) ist strenger und verleiht den Behörden mehr Durchsetzungskraft.

²⁴⁸ Vgl.: S. 48, 52.

²⁴⁹ Zu den Auslösern der Maßnahmen siehe: S. 250.

iii. Einberufung der Hauptversammlung und Vorschlägen der Tagesordnung – Art. 27 Abs.1 c) BRRD

Gemäß Art. 27 Abs.1 c) BRRD soll es den Behörden ermöglicht werden, an die Leitung des Instituts heranzutreten und zu verlangen, dass diese die Hauptversammlung einberuft und die Tagesordnung und Annahme bestimmter Beschlüsse vorschlägt. Kommt die Institutsleitung dieser Aufforderung nicht nach, ist die Behörde selbst befugt, die Hauptversammlung einzuberufen, die Tagesordnung und Annahme bestimmter Beschlüsse vorzuschlagen.

Diese Maßnahme ermöglicht eine frühe Einbeziehung der Anteilsinhaber und übt gleichzeitig Druck auf die Geschäftsleitung aus, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, bevor ein solcher Eingriff der Behörden notwendig wird.

Die Wirkung dieser Maßnahme sollte nicht überschätzt werden. Wie die Anteilsinhaber letztlich ihr Stimmrecht ausüben, kann nicht vorhergesehen werden und der Versuch, eine bestimmte Entscheidung der Anteilsinhaber zu erreichen, kann wertvolle Zeit kosten und die notwendigen Maßnahmen ineffektiv machen. Wenn schnelles Handeln erforderlich ist, um größere Schäden zu vermeiden, sollten die notwendigen Maßnahmen ohne eine solche Anteilseignerentscheidung ergriffen werden können.

Art. 27 Abs.1 c) BRRD als Maßnahme des Frühzeitigen Eingreifens ist daher nur dann von Vorteil, wenn die Behörden genügend Zeit haben, um auf eine Anteilseignerentscheidung zu warten, oder wenn andere Möglichkeiten des Eingreifens nicht verfügbar sind, um einen bestimmten Effekt herbeizuführen.

iv. Entlassung und Ersetzung von Mitgliedern des Leitungsorgans – Art. 27 Abs. 1 d) BRRD

Art. 27 Abs. 1 d) BRRD gibt den Behörden die Möglichkeit, Einfluss auf die Zusammensetzung des Leitungsorgans zu nehmen und die Entlassung und Ersetzung ihrer Mitglieder zu verlangen.

Voraussetzung dafür ist, dass die jeweiligen Mitglieder nach Art. 13 RL 2013/36/EU oder Art. 9 RL 2014/65/EU zur Ausübung ihrer Funktionen nicht geeignet sind. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Mitglieder nicht ausreichend gut beleumdet sind und keine ausreichenden Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzen.²⁵⁰

v. Erstellung eines Verhandlungsplans zur Umschuldung – Art. 27 Abs. 1 e) BRRD

Art. 27 Abs. 1 e) BRRD erlaubt es den Behörden, einen Plan für Verhandlungen über eine Umschuldung (*restructuring of debt*) zu verlangen.

²⁵⁰ Art. 13 Abs. 1 S. 2 RL 2013/36/EU bzw. Art. 9 Abs. 1 S. 2 RL 2014/65/EU i.V.m. Art. 91 Abs. 1 S. 1 RL 2013/36/EU.

Der Begriff der Umschuldung wird im Zusammenhang mit dem Bail-in Instrument der Abwicklungsphase verwendet.²⁵¹ Er beinhaltet die Umwandlung von Schuld in Eigenkapital und eine Schuldenabschreibung. Konsequenterweise scheint ein Plan zur Umschuldung den Bail-in vorzubereiten.

Auch wenn ein solcher Plan dem Bail-in dienlich sein kann, weil es Schulden identifiziert, welche sich für eine Restrukturierung eignen, liefert der Plan mehr als nur eine Vorbereitung des Bail-in.

Im Gegensatz zum Bail-in, der eine gesetzliche Eingriffsbefugnis mit engen Voraussetzungen darstellt, basiert die Umschuldung nach dem Restrukturierungsplan auf Verhandlungen. Hierdurch wird es möglich, auch Schulden umzustrukturieren, welche nicht unter den Bail-in fallen. Die Folge einer solchen „freiwilligen“ Umstrukturierung könnte sein, dass es nicht mehr notwendig ist, die eingriffsintensivere Befugnis des Bail-in auszuüben. Eine solche Lösung stellt einen kleineren Schaden für die Reputation der Bank und ihren Stand auf dem Markt dar. Auch die Stimmung der Gläubiger wird durch eine solche freiwillige Teilnahme gefördert, sodass sie möglicherweise bereitwilliger sind, das Institut zu unterstützen.

vi. Änderung der Geschäftsstrategie – Art. 27 Abs. 1 f) BRRD

Nacht Art. 27 Abs. 1 f) BRRD kann die zuständige Behörde eine Änderung der Geschäftsstrategie verlangen. Diese Variante war im ursprünglichen Kommissionsvorschlag vom 06.06.2012 nicht vorhanden und wurde erst durch das Europäische Parlament vorgeschlagen.²⁵²

Es spiegelt das gesteigerte Interesse der Aufsicht an tragfähigen Geschäftsstrategien infolge der Finanzkrise wider.²⁵³

Unter Geschäftsstrategie wird der konkrete Ausfluss des Geschäftsmodells verstanden, in dem beschrieben wird, in welchen Märkten mit welchen Produkten ein Institut am Markt auftreten und sich im Wettbewerb positionieren möchte, um Gewinne zu erwirtschaften.²⁵⁴

Problematisch, im Hinblick auf eine Aufforderung nach der Änderung der Geschäftsstrategie, ist zum einen, dass es einen tiefgreifenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellt. So wurde bereits bei Ausweitung aufsichtsrechtlicher Kompetenzen auf die Überprüfung der

²⁵¹ Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, Discussion paper on the debt write-down tool – bail-in, S. 3, 20, http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/discussion_paper_bail_in_en.pdf (letzter Zugriff am 10.02.2015).

²⁵² Bowles, Änderungsantrag 2, Abänderungen des Europäischen Parlaments zum Vorschlag der Kommission (10.04.2014), S. 209, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONGML+AMD+A7-2013-0196+002-002+DOC+PDF+V0/DE> (letzter Zugriff am 10.02.2014).

²⁵³ Zum gesteigerten Interesse der Aufsicht an Geschäftsstrategien siehe: Lutz, Aufsichtliche Überprüfung von Geschäftsmodellen der Kreditinstitute – Status quo und zukünftige Entwicklungen, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (15. Februar 2014), S. 168.

²⁵⁴ Lutz, a.a.O., S. 168.

Geschäftsstrategie in Deutschland im Rahmen der MaRisk kritisiert, die Überwachung der Geschäftsstrategie sei nicht die Aufgabe der Aufsicht.²⁵⁵

Zum anderen kann sich ein Problem im Hinblick auf die Bestimmtheit der Aufforderung ergeben, wenn die zuständige Behörde zwar fordert, dass die Geschäftsstrategie geändert wird, jedoch nicht hinreichend konkretisiert, wie dies geschehen soll. Je mehr die Behörde aber vorschreibt, wie die Strategie geändert werden soll, desto intensiver ist der Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Dieser sollte sich im Rahmen halten, denn schließlich soll die Aufsichtsbehörde nicht das Geschäft betreiben. Das Handeln der Behörde wird so zu einem Drahtseilakt.

vii. Änderung der rechtlichen und operativen Strukturen – Art. 27 Abs. 1 g) BRRD

Auch Art. 27 Abs. 1 g) BRRD wurde erst durch das Europäische Parlament vorgeschlagen.²⁵⁶

Die Änderung von rechtlichen und operativen Strukturen kann bereits in der Vorbereitungsphase nach Art. 17 Abs. 5 g) BRRD verlangt werden. Somit stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer Wiederholung dieser Befugnis in Art. 27 Abs. 1 g) BRRD.

viii. Informationsgewinnung – Art. 27 h) BRRD

Nach Art. 27 h) BRRD sollen die Behörden „sich unter anderem im Rahmen von Vor-Ort-Kontrollen alle Informationen beschaffen können, die sie benötigen, um den Abwicklungsplan zu aktualisieren, gegebenenfalls die Abwicklung des Instituts vorzubereiten und eine Bewertung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten des Instituts nach Art. 36 vorzunehmen, und diese Informationen der Abwicklungsbehörde zur Verfügung stellen können“.

Soweit es um die Aktualisierung des Abwicklungsplanes geht, erscheint die Maßnahme unbedenklich, denn wie die Erstellung eines Abwicklungsplanes, der bereits in der Präventionsphase erfolgt, sagt seine Aktualisierung noch nichts über die Abwicklungsreife eines Instituts aus.

Die Vorbereitung der Abwicklung und die Bewertung nach Art. 36, welche für die Zwecke der Abwicklung erfolgt, nehmen demgegenüber eine Sonderstellung unter den Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens ein. Während der Sinn und Zweck der anderen Maßnahmen in erster Linie darin besteht „to guide a credit institution towards recovery“²⁵⁷, verfolgt die Vorbereitung einen anderen Zweck. Sie soll die Abwicklung erleichtern. Bereits das Sammeln von Informationen für diesen Zweck kann eine Signalwirkung haben. Kapitalgeber könnten hierdurch abgeschreckt werden und eine Sanierung könnte erschwert werden. Aufgrund dieser „Nähe zu der Abwicklung“ bedarf die Maßnahme einer besonderen Rechtfertigung.

²⁵⁵ Balling/Rathmann, BdB attackiert Kompetenzzuweisung der BaFin; Gespräch mit der Verbandsdirektorin Zattler und Geschäftsführer von Kenne – Überwachung der Geschäftsstrategie ist nicht Aufgabe der Aufsicht, Börsen-Zeitung Nr. 168, (1. September 2005), S. 4.

²⁵⁶ Bowles, a.a.O., S. 209.

²⁵⁷ Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, a.a.O., S. 8.

Der Vorteil einer Informationsgewinnung zur Abwicklungsvorbereitung liegt darin, dass es den Eintritt in die Abwicklung, wenn eine solche am Ende trotz aller Bemühungen notwendig ist, erleichtert. Das Institut könnte schneller und effektiver abgewickelt werden. Weitere Verluste durch verzögertes Handeln könnten vermieden werden.

Die Nähe zu den Abwicklungsbefugnissen wird dadurch relativiert, dass es sich um eine bloße Informationsgewinnungsmaßnahme handelt, die nicht zwingend nach außen dringen und den Eindruck erwecken muss, dass das Institut vor der Abwicklung steht.²⁵⁸ Dennoch muss klargestellt werden, dass andere Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens, die auf eine Sanierung abzielen, Vorrang haben und durch Art. 27 Abs. 1 h) BRRD nicht behindert werden dürfen.

Eine Überschneidung kann sich im Hinblick auf die bereits diskutierten, neuen Befugnisse aus Art. 104 Abs. 1 j) und l) RL 2013/36/EU ergeben. Auch diese zielen auf eine Informationsgewinnung.²⁵⁹

Ein Unterschied ergibt sich jedoch im Hinblick auf die Zweckbestimmung der Vorschriften. Während sich für Art. 104 Abs. 1 j) und l) aus den einleitenden Sätzen der Art. 104 Abs. 1 und Art. 102 ergibt, dass es sich um Abhilfemaßnahmen handelt, also um Maßnahmen, die das Institut aus der Krise führen sollen, richtet sich Art. 27 Abs. 1 h), wie bereits ausgeführt, auf die Abwicklung, denn der Zugang zu den Informationen wird nur zum Zwecke der Vorbereitung der Abwicklung gewährt. Der Vergleich der Zweckbestimmungen zeigt, dass Art. 104 Abs. 1 j) und l) RL 2013/36/EU viel eher als Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens einzustufen sind.

Damit stellt Art. 27 Abs. 1 h) BRRD eine Zwischenstufe zwischen den übrigen Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens und der Abwicklung dar. Sie als die „orangene Phase“ zu bezeichnen, drängt sich auf.

c. *Entlassung der Mitglieder der Geschäftsleitung – Art. 28 BRRD*

Zusätzlich zu Art. 27 Abs. 1 d) BRRD regelt Art. 28 BRRD die Möglichkeit zur Entlassung einzelner oder aller Mitglieder der Geschäftsleitung.

Die BRRD bewertet diese Maßnahme als einen gegenüber Art. 27 gravierenderen Eingriff,

²⁵⁸ Anders war dies im Kommissionsvorschlag, wonach die Behörden die Möglichkeit haben sollten „an potenzielle Käufer heranzutreten und die Abwicklung des Instituts vorzubereiten“ (*Europäische Kommission*, BRRD-Vorschlag, a.a.O., Art. 23 Abs. 1 g)). Diese Möglichkeit wurde im Verlauf des Gesetzgebungsprozesses jedoch zurecht gestrichen. Zur Begründung siehe: *Europäisches Parlament: Ausschuss für Wirtschaft und Währung*, DRAFT REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010 (11.10.2012), S. 49, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-497.897+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN> (letzter Zugriff am 10.02.2015).

²⁵⁹ Siehe: S. 51.

denn er darf nur erfolgen, wenn „andere Maßnahmen nach Art. 27 nicht ausreichen, um Abhilfe zu schaffen“.

Die selbstständige Bedeutung dieser Vorschrift ergibt sich daraus, dass Art. 28 im Gegensatz zu Art. 27 Abs. 1 d) keine Prüfung der Geeignetheit der betroffenen Personen zur Ausübung ihrer Funktionen fordert.

B. Deutschland

a. *Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität – § 45 KWG*

i. Die Generalklausel des § 45 Abs. 1 S. 1 KWG

Nach § 45 Abs. 1 S. 1 KWG kann die BaFin Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und Liquidität ergreifen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Institut die Anforderungen nicht dauerhaft erfüllen können wird. Eingeleitet durch das Wort „insbesondere“ folgt eine Aufzählung der in Betracht kommenden Maßnahmen.

Aus diesem Wortlaut ergibt sich, dass die in § 45 Abs. 1 S. 1 KWG genannten Maßnahmen keine abschließende Aufzählung darstellen und daher auch andere Maßnahmen in Betracht kommen. Das macht § 45 Abs. 1 S. 1 KWG zu einer Generalklausel, welche der Behörde das Ermessen einräumt, auch andere angemessene Maßnahmen zu ergreifen.

Diesen Wortlaut hat die Klausel erst seit dem 01.01.2011. Vor der Änderung durch das Restrukturierungsgesetz führte die Norm abschließend die Handlungsmöglichkeiten auf und eröffnete der Behörde damit nicht die Möglichkeit, auf eine Generalklausel zurückzugreifen. Damit schöpft die Norm nunmehr die Möglichkeit, welche durch die offene Formulierung des Art. 136 RL 2006/48/EG bzw. Art. 104 CRD IV eröffnet wird, aus und soll ein möglichst frühzeitiges Eingreifen ermöglichen.²⁶⁰

Eine solche Generalklausel bringt einige Vorteile mit sich. Den Behörden wird die Flexibilität eingeräumt, auf unterschiedlichste Störungen zu reagieren, die durch den Gesetzgeber nicht vorhergesehen wurden.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob diese Generalklausel eine so umfassende Ermächtigung darstellt, dass sie alle auf europäischer Ebene denkbaren Maßnahmen umfasst und sogar darüber hinausgeht.

Betrachtet man lediglich den Wortlaut des § 45 Abs. 1 S. 1 KWG, ist eine solche Auslegung durchaus denkbar. Bei Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen darf danach die BaFin nämlich „Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und Liquidität ergreifen“. Diese Formulierung ist sehr weit und die einzige unmittelbare Einschränkung, der die „Maßnahmen“ unterliegen, ist, dass deren Zweck die Verbesserung der Eigenmittelausstattung und Liquidität

²⁶⁰ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 17/3024, a.a.O., S. 59.

sein soll.

Eine solche Interpretation wäre jedoch aus dem Zusammenhang gerissen. Die aufgeführten Regelbeispiele müssen bei der Interpretation berücksichtigt werden. Zwar liegt ihr Wesen gerade darin, dass ihre Aufzählung nicht abschließend ist, sodass auch andere Maßnahmen, als die genannten getroffen werden können. Jedoch muss berücksichtigt werden, dass Regelbeispiele eine Konkretisierung der vorangehenden Generalklausel darstellen.²⁶¹ Teilweise ist von einer „strukturellen Einheit“ die Rede.²⁶² Daher ist es unzulässig, die Generalklausel „exzessiv“ anzuwenden.²⁶³ Bei der Anwendung wird eine gewisse Gleichwertigkeit im Vergleich mit den Regelbeispielen gefordert.²⁶⁴

Daraus folgt für § 45 Abs. 1 S. 1 KWG, dass darauf nur Maßnahmen gestützt werden können, die in ihrer Wirkung denen in Nrn. 1-4 aufgezählten gleichwertig sind. Da es sich bei diesen lediglich um zusätzliche „Darstellungs-, Prüfungs- und Berichtspflichten“²⁶⁵ handelt, darf die BaFin nicht wesentlich darüber hinausgehen und die Generalklausel nur zur Informationsbeschaffung und dazu benutzen, die Aufmerksamkeit des Instituts zu erregen.

Diese Interpretation wird auch durch Zusammenschau mit anderen Vorschriften des KWG unterstützt. Ebenso wie „ausgedehnte Beispielskataloge in objektivierter Weise vom Willen des Gesetzgebers nach Abgrenzung und Differenzierung zeugen“²⁶⁶ und es damit verbieten, die Generalklausel zu missbrauchen, zeigen die weiteren ausführlichen Regelungen mit ihren abgestuften Eingriffsschranken, dass § 45 Abs. 1 nur so verstanden werden kann, dass es nur andere Berichtspflichten oder Maßnahmen zulässt, die sich thematisch nicht mit denen des § 45 Abs. 2 überschneiden und in ihren Wirkungen hinter § 45 Abs. 2 zurückbleiben.²⁶⁷ Andernfalls hätten die weiteren Regelungen der §§ 45 ff. KWG keinen Sinn.

ii. Die Informationsgewinnungsbefugnisse des § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-4 KWG

Die in § 45 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-4 KWG beispielhaft aufgezählten Maßnahmen sind zunächst lediglich zusätzliche „Darstellungs-, Prüfungs- und Berichtspflichten“²⁶⁸. Nach Nr. 1 kann die Vorlage einer begründeten Darstellung der Entwicklung der wesentlichen Geschäftsaktivitäten verlangt werden. Nach Nr. 2 prüft und berichtet das Institut von Maßnahmen zur besseren Abschirmung oder Reduzierung von Risiken, nach Nr. 3 über Maßnahmen zur Erhöhung von

²⁶¹ Schünemann, Generalklausel und Regelbeispiele, JZ 2005, S. 271 (272), m.w.N.

²⁶² Schünemann, a.a.O., S. 275.

²⁶³ Schünemann, a.a.O., S. 276.

²⁶⁴ Schünemann, a.a.O., S. 276, m.w.N.

²⁶⁵ Willemsen/Rechel, in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, Kreditwesengesetz (KWG): Kommentar zum KWG inklusive SolvV, LiqV, GroMiKV, MaRisk (2. Aufl. 2011), § 45, Rn. 3.

²⁶⁶ Schünemann, a.a.O., S. 276.

²⁶⁷ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 15 d.

²⁶⁸ Willemsen/Rechel, in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, a.a.O., § 45, Rn. 3.

Kernkapital, der Eigenmittel und der Liquidität. Nach Nr. 4 kann die Entwicklung eines Konzepts zur Abwendung einer möglichen Gefahrenlage verlangt werden.

Diese Maßnahmen beschränken sich zunächst darauf, „die Aufmerksamkeit des Instituts auf die Verhinderung der Krise zu lenken“.²⁶⁹ Zum anderen eignen sie sich dazu, der BaFin die notwendigen Informationen zu verschaffen und weitere Entscheidungen darauf zu stützen.²⁷⁰

Dabei beschränken sich die Forderungen nicht auf den passiven Zugang zu vorhandenen Informationen, etwa durch Einsicht in Unterlagen oder Vor-Ort-Kontrollen. Vielmehr fordern sie von der Bank eine aktive Beschaffung der Informationen, nämlich durch Anfertigung bestimmter Darstellungen, Prüfungen und Konzepte. Es wird verhindert, dass die Bank sich auf die Position zurückziehen kann, dass keine Informationen vorhanden sind. Die Führung einer mangelhaften Dokumentation wird nicht belohnt.

Die Ratio der Vorschriften zielt auf die Verbesserung der Eigenmittelausstattung und Liquidität und damit auch auf die Erholung des Instituts, was der Ratio des Frühzeitigen Eingreifens entspricht. Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2-4 KWG verlangen von der Bank die Vorlage von Konzepten und Berichten über geeignete Maßnahmen zur Verbesserung der Lage. Jede der Maßnahmen benennt einen speziellen Zweck, nämlich bessere Absicherung oder Reduzierung der als wesentlich erkannten Risiken (§ 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 2), Erhöhung des Kernkapitals, der Eigenmittel und der Liquidität (§ 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 3) sowie die Abwendung einer möglichen Gefahrenlage im Sinne des § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG (§ 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4).

iii. Die Eingriffsbefugnisse des § 45 Abs. 2 KWG

In § 45 Abs. 2 KWG sind Maßnahmen aufgeführt, welche die BaFin ergreifen kann, wenn das Institut die Eigenmittelanforderungen nicht mehr erfüllt. Da er auf eine tatsächliche Verletzung der Anforderungen und nicht mehr nur auf ihr Drohen abstellt, wie in § 45 Abs. 1 KWG, stellt er die zweite Stufe in einem abgestuften System dar. Nur ausnahmsweise genügt nach § 45 Abs. 1 S. 3 KWG eine drohende Rechtsverletzung. Anders als in § 45 Abs. 1 erfolgt eine abschließende Aufzählung der möglichen Eingriffe.

1. Untersagung/Beschränkung von Entnahmen und Ausschüttungen von Gewinnen – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KWG

Die erste Möglichkeit ist die Untersagung oder Beschränkung von Entnahmen und Ausschüttungen von Gewinnen (§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KWG). Dadurch soll das Eigenkapital des Unternehmens geschont²⁷¹ und Rücklagen gebildet werden²⁷².

²⁶⁹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 1a.

²⁷⁰ Willemssen/Rechel, in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, a.a.O., § 45, Rn. 3.

²⁷¹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 16.

²⁷² Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 19.

Diese Möglichkeit existierte bereits in § 45 KWG in der Fassung vom 11.07.1985. Es handelt sich bei dieser Norm also nicht um eine Umsetzung der RL 2006/48/EG oder der RL 2013/36/EU. Zumindest eine Parallele zu Art. 104 Abs. 1 i) CRD IV lässt sich jedoch nicht leugnen.

Von der Regelung betroffen sind in erster Linie Inhaber und Gesellschafter. Da jedoch auch die Ausschüttung von Gewinnen einbezogen ist, ist es zumindest denkbar, dass auch andere Betroffene in Frage kommen, soweit sie eine Ausschüttung von Gewinnen beanspruchen können. § 45 Abs. 5 S. 4 KWG stellt klar, dass aus vertraglichen Regelungen, die den Anordnungen nach Abs. 2 und 3 widersprechen, keine Rechte hergeleitet werden können. Dadurch soll sichergestellt werden, dass eine Anordnung der Bundesanstalt nicht mit vertraglichen Verpflichtungen des Instituts kollidiert,²⁷³ wobei der Anordnung Vorrang eingeräumt wird.

2. Untersagung/Beschränkung von bilanziellen Maßnahmen – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 KWG

Als zweite Variante sollen bilanzielle Maßnahmen untersagt oder beschränkt werden, „die dazu dienen, einen entstandenen Jahresfehlbetrag auszugleichen oder einen Bilanzgewinn auszuweisen“.

Diese Maßnahme zielt darauf ab, bilanzabhängige Mittelabflüsse zu beschränken, um so den Kapitalpuffer wieder aufzubauen.²⁷⁴ Bereits die Kompensation des Jahresfehlbetrages, welche erst die Ausweisung eines Bilanzgewinns und damit bilanzgewinnabhängige Auszahlungen ermöglicht, soll zulasten von Rücklagen des Instituts vermieden werden.²⁷⁵

Damit hat die Maßnahme eine ähnliche Wirkung wie ein direktes Verbot einer Auszahlung (z.B. Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 6). Sie wird jedoch als das mildere Mittel gesehen, „da lediglich verhindert wird, dass das Institut in handelsrechtlich erlaubter Weise Umstände schafft, die eine Auszahlungskontinuität gewährleisten würden“.²⁷⁶ Durch die Maßnahme sollen Rücklagen des Instituts geschützt werden sollen.²⁷⁷

3. Untersagung/Beschränkung von Auszahlungen auf Eigenkapitalbestandteile – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KWG

In Nr. 3 ist die Befugnis geregelt „Auszahlungen von Erträgen auf Eigenkapitalbestandteile ganz oder teilweise zu untersagen, wenn sie nicht vollständig durch einen erzielten Jahresüberschuss gedeckt sind“.²⁷⁸

²⁷³ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht (27.04.2009) (RegE BT-Drs. 16/12783), S. 17, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/127/1612783.pdf> (letzter Zugriff am 10.02.2015)

²⁷⁴ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 24b.

²⁷⁵ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 16/12783, a.a.O., S. 17.

²⁷⁶ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 24c.

²⁷⁷ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 24e.

²⁷⁸ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 24f.

Diese Regelung ergänzt das in § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KWG geregelte Ausschüttungsverbot. Es sollen nicht nur Entnahmen und Ausschüttungen von Gewinnen verboten werden, sondern Auszahlungen jeglicher Art von Erträgen auf Eigenmittelinstrumente, wenn sie nicht durch einen erzielten Jahresüberschuss gedeckt sind.²⁷⁹

Begründet wurde diese Regelung damit, dass solche Zahlungen die Rücklagen und die Substanz des Instituts schwächen und daher in Krisenzeiten zu einer weiteren Destabilisierung des Instituts führen können.²⁸⁰

Die Inhaber der Eigenmittelinstrumente wurden insoweit als nicht schutzwürdig erachtet, da dem Eigenmittelcharakter das Risiko innewohnt, dass ein Ertrag nur anfällt, wenn im Geschäftsjahr ein entsprechender Überschuss generiert worden ist.²⁸¹

4. Untersagung/Beschränkung der Kreditgewährung – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KWG

Gemäß § 45 Abs. 2 Nr. 4 KWG kann die Gewährung von Krediten untersagt oder beschränkt werden. Dies ermöglicht eine Erhöhung, sowohl der durch Eigenmittel gewährten Sicherheit als auch der Liquidität²⁸², da der Abfluss von Kapital verhindert wird. Es verhindert, dass Banken ihre Situation verschlimmern, indem sie immer höhere Risiken auf sich nehmen und immer mehr Kapital verlieren, in der Hoffnung ihre Situation zu verbessern, insbesondere in Zeiten, in denen sie „nichts mehr zu verlieren haben“.

Die Beschränkung der Kreditgewährung wie sie in § 45 Abs. 2 Nr. 4 KWG geregelt ist, findet sich auch in § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KWG²⁸³ und in § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 2. Eine solche war bereits nach § 45 KWG in seiner Fassung vom 11.07.1985 möglich.²⁸⁴

5. Reduzierung von Risiken – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 KWG

Gemäß § 45 Abs. 2 Nr. 5 KWG kann angeordnet werden, dass „das Institut Maßnahmen zur Reduzierung von Risiken ergreift, soweit sich diese aus bestimmten Arten von Geschäften und Produkten oder der Nutzung bestimmter Systeme ergeben“. Diese Regelung basiert auf Art. 136 Abs. 1 e) RL 2006/48/EG und ist weitgehend wortgleich mit § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, ist jedoch enger, da sie die Risiken nicht erfasst, die sich aus der Auslagerung von Geschäftsaktivitäten ergeben.²⁸⁵

Aufgrund der Wortgleichheit stellt sich die Frage nach der Konkurrenz der beiden Vorschriften.

²⁷⁹ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 16/12783, a.a.O., S. 17.

²⁸⁰ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 16/12783, a.a.O., S. 17.

²⁸¹ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 16/12783, a.a.O., S. 17.

²⁸² Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 24k.

²⁸³ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 15.

²⁸⁴ Dort hieß es: „(1) Entspricht bei einem Kreditinstitut 1. das haftende Eigenkapital nicht den Anforderungen des § 10 Abs. 1 Satz 1 oder 2. die Anlage seiner Mittel nicht den Anforderungen des § 11 Satz 1 oder § 12, so kann das Bundesaufsichtsamt Entnahmen durch die Inhaber oder Gesellschafter, die Ausschüttung von Gewinnen und die Gewährung von Krediten (§ 19 Abs. 1) untersagen oder beschränken.“

²⁸⁵ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 28a.

Diese wird danach entschieden, welche Sachlage das Eingreifen der Behörden begründet. Besteht sie in der Nichteinhaltung der Eigenkapitalkennziffern, wird § 45 angewendet; liegt hingegen eine unzureichende Geschäftsorganisation vor, findet § 45b Anwendung.²⁸⁶

6. Beschränkung der variablen Vergütung – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a, Nr. 6 KWG

Nach § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a KWG kann die BaFin die Beschränkung des Gesamtbetrages der variablen Vergütungen auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses oder vollständige Streichung anordnen. Nach § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 KWG kann die BaFin „die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile untersagen oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses beschränken“.

Die Regelungen spiegeln Art. 104 Abs. 1 g) RL 2013/36/EU sowie die vom FSB entwickelten Prinzipien für solide Vergütungspraktiken (*Principles for Sound Compensation Practices*) wider.²⁸⁷ Außerdem wurden auch die Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik (*High-level Principles for Remuneration Policies*) des Ausschusses der europäischen Bankenaufsichtsbehörden (CEBS) berücksichtigt.²⁸⁸

§ 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a KWG erlaubt schon im Vorfeld der Planungen des Instituts über den Gesamtbetrag der variablen Vergütungen, eine Reduzierung bzw. Streichung dieser Beträge anzuordnen.²⁸⁹ Da zu diesem Zeitpunkt eine Allokation auf verschiedene Unternehmensebenen und Personen noch nicht erfolgt ist und damit individuelle Ansprüche in der Regel noch nicht entstanden sind, ist die Maßnahme leichter durchzusetzen.²⁹⁰ Ist eine Allokation bereits erfolgt und sind individuelle Ansprüche entstanden, ist § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 KWG anzuwenden.

Eine Regelung, die an dieser Stelle ebenfalls zu erwähnen ist, ist § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 6 KWG i.V.m. Abs. 2 S. 2. § 25a KWG stellt die Anforderung einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation auf, die nach S. 3 ein angemessenes Risikomanagement umfasst, zu dem nach Nr. 6 ein angemessenes, transparentes und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtetes Vergütungssystem für Geschäftsleiter und Mitarbeiter gehört. § 25a Abs. 2 S. 2 KWG erlaubt es der BaFin, Anordnungen zu erteilen, um die Einhaltung dieses Erfordernisses sicherzustellen.

Der wesentliche Unterschied zu § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a, Nr. 6 KWG besteht darin, dass es sich

²⁸⁶ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 4, 28a.

²⁸⁷ Vgl. zu § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 6: Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen (31.03.2010) (RegE BT-Drs. 17/1291), S. 9, 11, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/012/1701291.pdf> (letzter Zugriff am 12.02.2015).

²⁸⁸ Vgl. zu § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 6: Bundesregierung, RegE BT-Drs. 17/1291, a.a.O., S. 9.

²⁸⁹ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr..../2012 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz) (15.10.2012) (RegE BT-Drs. 17/10974), S. 91, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/109/1710974.pdf> (letzter Zugriff am 13.02.015).

²⁹⁰ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 17/10974, a.a.O., S. 91.

hierbei um eine Regelung in der „grünen Phase“, also eine Präventivvorschrift handelt.

Im Hinblick auf Krisenvermeidung können Vergütungsregelungen in zweierlei Hinsicht Bedeutung erlangen.²⁹¹ Zum einen können sie „falsche Anreize“ für eine übermäßige Eingehung von Risiken setzen.²⁹² Um dies bereits in der „grünen Phase“ zu vermeiden, wurde § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 6 und Abs. 2 S. 2 eingeführt.²⁹³ Zum anderen kann die Vergütungspolitik durch unangemessen hohe Zahlungen die *Finanzkraft des Instituts schwächen*.²⁹⁴ Um eine solche Schwächung in der „gelben Phase“ einzudämmen, soll § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 5a, Nr. 6 KWG eingesetzt werden.

Die Regelungen werden durch die Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (InstitutsVergV) ergänzt.²⁹⁵ Sie beruht auf § 25a Abs. 6 KWG und enthält nähere Bestimmungen über die Anforderungen an Vergütungssysteme.²⁹⁶

Wegen der Nähe des § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a, Nr. 6 zu § 25a, der die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation regelt, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu § 45b KWG. Im System des frühzeitigen Eingreifens, stellt dieser nämlich die Eingriffsnorm dar, die bei einer unzulänglichen Geschäftsorganisation greifen soll. Daher könnte daran gedacht werden, anstelle einer direkt auf die Änderung der Vergütungspolitik gerichteten Anordnung nach § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5a, Nr. 6, risikomindernde Maßnahmen nach § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 zu ergreifen.²⁹⁷ Es wäre zumindest denkbar, auch die Untersagung einer Auszahlung variabler Vergütungen als eine risikomindernde Maßnahme zu begreifen, insbesondere wenn die ungenügende Geschäftsorganisation in einem unangemessenen Vergütungssystem besteht.²⁹⁸

Für eine solche Interpretation wird vorgebracht, dass „eine solche Reaktion sich unmittelbar gegen das Problem wenden und Abhilfe schaffen würde“.²⁹⁹ Dagegen wird die gesteigerte Eingriffsintensität in Individualrechte gegenüber den anderen Katalogmaßnahmen vorgebracht und gefolgert, dass der Gesetzgeber ein solches *aliud* entsprechend der Änderung des § 45 ausdrücklich in § 45b geregelt hätte, wenn er eine solche Möglichkeit hätte vorsehen wollen.³⁰⁰

7. Restrukturierungsplan – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 KWG

Nach § 45 Abs. 2 Nr. 7 KWG kann ein so genannter Restrukturierungsplan verlangt werden,³⁰¹

²⁹¹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 30.

²⁹² Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 30.

²⁹³ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 30.

²⁹⁴ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 30.

²⁹⁵ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 31.

²⁹⁶ Siehe: Eingangsformel InstitutsVergV.

²⁹⁷ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 31.

²⁹⁸ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 9a.

²⁹⁹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 9a.

³⁰⁰ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 9a.

³⁰¹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 48.

sowie ein Bericht über den Fortschritt der Maßnahmen dieses Plans. In dem Restrukturierungsplan soll dargelegt werden, „wie und in welchem Zeitraum die Eigenmittelausstattung oder Liquidität des Instituts nachhaltig wiederhergestellt werden soll“. ³⁰² Diese Befugnisse erhielt die BaFin durch das Restrukturierungsgesetz vom 09.12.2010. ³⁰³

In den Sätzen 2 – 5 sind die Anforderungen an den Restrukturierungsplan konkretisiert und weitere Befugnisse der BaFin in Bezug auf diesen Plan geregelt. Unter anderem muss er transparent, plausibel und begründet sein, konkrete Ziele, Zwischenziele und Fristen für die Umsetzung der dargelegten Maßnahmen benennen, die von der Bundesanstalt überprüft werden können. Die BaFin hat ein jederzeitiges Einsichtnahmerecht (S. 4), kann Änderungen verlangen und hierfür Vorgaben machen (S. 5).

Im Gegensatz zu den so genannten *Living Wills* ³⁰⁴ wird ein Restrukturierungsplan nicht als Präventionsmaßnahme im Vorfeld gefordert, wenn noch keine Anzeichen für eine Krise bestehen, sondern wenn die Eigenmittel- oder Liquiditätsanforderungen nicht mehr erfüllt werden.

Der Restrukturierungsplan ist auch zu unterscheiden vom Sanierungsplan und dem Reorganisationsplan i.S.d. KredReorgG. ³⁰⁵ Es handelt sich eher um eine gesteigerte Berichtspflicht. ³⁰⁶ Zum Zwecke der Ausarbeitung und Umsetzung eines Restrukturierungsplans kann gemäß § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 KWG ein Sonderbeauftragter eingesetzt werden. ³⁰⁷

Es wird kritisiert, dass § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 KWG in seiner Wirkung an einen Zwang zur Durchführung einer Eigenkapitalerhöhung herankommen kann. ³⁰⁸ Dies widerspricht dem Grundsatz, dass die Gesellschafter gesetzlich nicht verpflichtet sind, neues Kapital zu investieren; sie sollen grundsätzlich nicht der Gefahr ausgesetzt sein, mehr zu verlieren, als von ihnen freiwillig zur Verfügung gestellt. ³⁰⁹

Daher ist § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 KWG einschränkend auszulegen. Zwar soll die BaFin nach Art. 45 Abs. 2 S. 5 KWG Vorgaben machen dürfen für eventuelle Änderungen des Restrukturierungsplans. Allerdings dürfen diese Vorgaben nicht die Rechte der Gesellschafter und Anteilseigner ausschalten. Daher soll es bei Vorgaben, die eine Zustimmung der Gesellschafter und Anteilseigner erfordern, genügen, dass das Kreditinstitut angemessene Anstrengungen unternimmt, um die Vorgaben zu erfüllen. Schließlich richtet sich die Anordnung gegen das Institut und nicht gegen seine Gesellschafter. Da diese aus § 45 KWG nicht verpflichtet sind, ihre

³⁰² § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 KWG.

³⁰³ Siehe: *Bundesregierung*, RegE BT-Drs. 17/3024, a.a.O., S. 59.

³⁰⁴ Unter dem Begriff *Living Wills* werden Sanierungs- und Abwicklungspläne zusammengefasst, im Detail siehe: *Avgouleas/Goodhart/Schoenmaker*, a.a.O., S. 2.

³⁰⁵ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 48.

³⁰⁶ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 48.

³⁰⁷ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 48.

³⁰⁸ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 49.

³⁰⁹ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 49.

Zustimmung abzugeben, kann es für das Institut aus rechtlichen Gründen unmöglich sein, der Aufforderung nachzukommen. Dieser Konflikt muss vermieden werden.

Eine ähnliche Interpretation ergibt sich für § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 KWG aus der Gesetzesbegründung.³¹⁰ Bei dem Verlangen nach der Umsetzung des Sanierungsplans sollen angemessene Anstrengungen des Instituts ebenfalls genügen, wenn eine Zustimmung der Anteilseigner und Gesellschafter erforderlich ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies nicht auch für den Restrukturierungsplan gelten soll.

8. Umsetzung des Sanierungsplans – § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 KWG

a) Vorbemerkung

Nach § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 KWG, der durch Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 07.08.2013 eingefügt wurde, kann die BaFin anordnen, dass das Kreditinstitut eine oder mehrere Handlungsoptionen aus einem Sanierungsplan umsetzt.

Diese neue Maßnahme ist überwiegend durch internationale Regulierungsvorhaben, wie die des FSB und der Europäischen Union, motiviert und an diese angelehnt.³¹¹

Der Vorteil dieser Maßnahme liegt darin, dass das Institut den Sanierungsplan selbst erstellt hat und sich daher mit den darin enthaltenen Handlungsmöglichkeiten auseinandergesetzt und sich auf ihre Umsetzung vorbereitet hat.³¹² Dennoch sind der BaFin bei der Anwendung der Maßnahme Grenzen gesetzt. Werden nämlich wesentliche Änderungen der Geschäftspolitik, welche der Zustimmung der Gesellschafter oder Anteilseigner bedürfen oder die Veräußerung von Vermögensgegenständen oder Unternehmensteilen erwogen, beschränkt sich die Anordnung der BaFin darauf, dass das Kreditinstitut angemessene Anstrengungen unternimmt, die Handlungsoption umzusetzen.³¹³

Da diese Maßnahme unmittelbar mit der Entwicklung der Sanierungs- und Abwicklungspläne zusammenhängt, soll hier im Rahmen eines Exkurses ein kurzer Einblick in diese Materie erfolgen.

b) Exkurs: Sanierungs- und Abwicklungspläne

Mit dem Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung

³¹⁰ Hierfür siehe unten.

³¹¹ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen (04.03.2013) (RegE BT-Drs. 17/12601), S. 1 f., <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/126/1712601.pdf> (letzter Zugriff am 13.02.2015); Chattopadhyay, Der Vorschlag für eine Richtlinie zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, WM 2013, S. 405 (408).

³¹² Bundesregierung, RegE BT-Drs. 17/12601, a.a.O., S. 34.

³¹³ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 17/12601, a.a.O., S. 34.

von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 7. August 2013 wurde die Entwicklung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen in das KWG aufgenommen. Die BaFin gab ein Rundschreiben heraus, welches den Rahmen für die Ausgestaltung von Sanierungsplänen weiter konkretisierte.³¹⁴ Bereits zu diesem Zeitpunkt orientierte sich der deutsche Gesetzgeber an den Vorgaben des FSB und der Europäischen Union.³¹⁵ Daher entsprechen die Konkretisierungen der MaSan im Wesentlichen den von der EBA aufgestellten Anforderungen, erreichen jedoch nicht denselben Detaillierungsgrad.

Durch das BRRD-Umsetzungsgesetz wurden die Regelungen über die Sanierungs- und Abwicklungsplanung nunmehr in das neu verabschiedete Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) verschoben und weiter an die BRRD angepasst.

Die Sanierungsplanung ist nunmehr in Art. 12 ff. SAG geregelt. Dort werden die Art. 5 ff. BRRD umgesetzt,³¹⁶ sodass grundsätzlich auf die Ausführungen dort verwiesen werden kann.

Entsprechend den Anforderungen der BRRD hat das Umsetzungsgesetz den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Sanierungsplanung erweitert. Im Gegensatz zum § 47 Abs. 1 S. 1 KWG a.F., der sich nur an potenziell systemgefährdende Institute richtete, ist nunmehr jedes Institut grundsätzlich zur Erstellung eines Sanierungsplans verpflichtet.³¹⁷ Es besteht jedoch die Möglichkeit, Institute nach § 20 SAG zu befreien oder vereinfachte Anforderungen nach § 19 SAG festzuschreiben.³¹⁸

In den Genuss einer Befreiung nach § 20 SAG können jedoch nur Mitglieder eines institutsbezogenen Sicherungssystems kommen. Hierdurch wird Art. 4 Abs. 8 b) BRRD umgesetzt.³¹⁹ In erster Linie soll hierdurch die Belastung für kleine Institute gesenkt werden.³²⁰ Ohne eine explizite Grundlage in der BRRD schließt § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SAG daher potenziell systemgefährdende Institute von der Privilegierung aus.

Die inhaltlichen Anforderungen an den Sanierungsplan, die in § 13 Abs. 2 SAG geregelt sind, entsprechen im Wesentlichen den bereits aus § 47a KWG a.F. bekannten Anforderungen.³²¹

In Bezug auf die Abwicklungsplanung brachte das BRRD-Umsetzungsgesetz eine wesentliche Änderung mit sich. Es entzieht der BaFin die Hauptverantwortung für die Abwicklungspla-

³¹⁴ BaFin, Rundschreiben 3/2014 – Mindestanforderungen an die Ausgestaltung von Sanierungsplänen (MaSan), http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1403_masan_ba.html?nn=2818068#doc5147084bodyText3 (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³¹⁵ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 17/12601, a.a.O., S. 1 f.; Chattopadhyay, a.a.O., S. 408.

³¹⁶ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 191.

³¹⁷ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 191.

³¹⁸ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 191.

³¹⁹ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 195.

³²⁰ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 196.

³²¹ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 192.

nung. Nach § 40 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 SAG ist nunmehr die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FSMA) als Abwicklungsbehörde mit der Abwicklungsplanung befasst.

Nach § 40 SAG erstellt die Abwicklungsbehörde einen Abwicklungsplan für jedes Institut, das nicht Teil einer Gruppe ist, die der Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis unterliegt. Da die Vorschrift Art. 10 BRRD widerspiegelt, wird auf die Ausführungen hierzu verwiesen.³²²

Die inhaltlichen Anforderungen an den Abwicklungsplan, die in Umsetzung des Art. 10 Abs. 7 BRRD in § 40 Abs. 3 SAG geregelt sind, entsprechen in weiten Teilen den Anforderungen aus § 47f Abs. 5 KWG a.F. Dies ist nicht verwunderlich, denn wie bereits erwähnt, hat sich der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 47a ff. KWG a.F. an den BRRD-Entwürfen orientiert. Nicht in den Katalog des § 40 Abs. 3 SAG aufgenommen wurde jedoch § 47f Abs. 5 Nr. 3 KWG a.F., da dieser keine Entsprechung im Katalog des Art. 10 Abs. 7 BRRD findet. Seine Anforderungen finden sich im Anhang B BRRD als Informationen, welche vom Institut zur Erstellung von Abwicklungsplänen gefordert werden können. Dieser Katalog wurde im SAG nicht umgesetzt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich damit begnügt, eine allgemeine Mitwirkungspflicht des Instituts in § 42 Abs. 1 S. 1 SAG zu regeln und Näheres der Regelung im Verordnungswege zu überlassen (§ 42 Abs. 4 SAG). Der Katalog in Anhang B stellt eine wesentliche Konkretisierung der erforderlichen Informationen dar. Daher sollte er Eingang in das deutsche Recht finden. Es genügt, wenn die gemäß § 42 Abs. 4 SAG zu erlassende Verordnung diesen Katalog aufgreift. Im Übrigen setzt § 42 SAG die Art. 10 Abs. 5, 7 und Art. 11 um.³²³

§ 41 SAG macht von der Möglichkeit nach Art. 4 Abs. 1 und 8 BRRD Gebrauch, die Anforderungen für bestimmte Institute zu vereinfachen.³²⁴ Im Gegensatz zu Sanierungsplänen ist aber keine vollständige Befreiungsmöglichkeit vorgesehen.³²⁵

§ 43 SAG enthält eine wichtige Hilfsbefugnis für die Aufsichts- und für die Abwicklungsbehörde. Danach kann die zentrale Verwahrung und Verwaltung von Finanzkontrakten angeordnet werden. Nach der Gesetzesbegründung stellt § 43 die Umsetzung von Art. 71 Abs. 7 BRRD dar.³²⁶ Allerdings ist zu beachten, dass Art. 10 Abs. 8 S. 1 BRRD mit Art. 71 Abs. 7 S. 1 BRRD nahezu wortgleich ist. Da Art. 10 Abs. 8 S. 1 BRRD systematisch bei der Abwicklungsplanung eingeordnet ist, ist er zumindest auch als Grundlage für § 43 SAG anzusehen.

§ 44 SAG soll allgemein dazu dienen, den Informationsfluss zu gewährleisten.³²⁷

§ 45 SAG nimmt eine besondere Stellung unter den Normen des SAG ein, denn ihm liegt keine

³²² Siehe: S. 54.

³²³ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 203.

³²⁴ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 203.

³²⁵ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 203.

³²⁶ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 204.

³²⁷ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 204.

entsprechende Norm der BRRD zugrunde.³²⁸ Die dort geregelte Informationserhebung von Dritten wird aber, im Hinblick auf die Analyse von Abhängigkeiten zu Dritten und die Feststellung von Sekundäreffekten, als erforderlich betrachtet.³²⁹

b. *Maßnahmen gegenüber Finanzholding-Gesellschaften und gemischten Finanzholding-Gesellschaften – § 45a KWG*

Bei den Maßnahmen nach § 45a KWG handelt es sich um Maßnahmen, die den Besonderheiten einer Finanzholding-Gruppe Rechnung tragen sollen. Als eine gruppenspezifische Maßnahme wird sie daher im Kapitel 5 über gruppenspezifische Regelungen behandelt.³³⁰

c. *Maßnahmen bei organisatorischen Mängeln – § 45b KWG*

i. *Vorbemerkung*

Die Vorschrift des § 45b KWG beruht auf Art. 136 RL 2006/48/EG.³³¹ Es handelt sich um eine Ermessensnorm. Dies wurde kritisiert, da Art. 136 RL 2006/48/EG zu einem Tätigwerden verpflichtet und nur im Hinblick auf die Auswahl der Maßnahme ein Ermessen einräumt.³³² Dieses Auswahlermessen wird teilweise als Rechtfertigung dafür verstanden, dass der Gesetzgeber sich bei der Umsetzung „mit einer verwaltungsrechtlich üblichen Formulierung begnügt hat“.³³³

Diese Ansicht muss in Frage gestellt werden, denn sie unterscheidet nicht hinreichend zwischen dem Handlungsermessen und dem Auswahlermessen. Es ist durchaus erheblich, ob die Behörde bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen verpflichtet ist, zu handeln und nur hinsichtlich der Art der Maßnahme ein Auswahlermessen hat oder ob sie trotz der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale entscheiden kann, nicht tätig zu werden.

Bei den aufgeführten Maßnahmen handelt es sich um keine abschließende Aufzählung, da sie mit dem Wort „insbesondere“ eingeleitet werden.³³⁴ Damit folgt die Vorschrift der gleichen Systematik wie der oben diskutierte § 45 Abs. 1.³³⁵

ii. *Reduzierung von Risiken – § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG*

Nach § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG kann von dem Institut verlangt werden, dass es „Maßnahmen zur Reduzierung von Risiken ergreift, soweit sich diese aus bestimmten Arten von Geschäften und Produkten oder der Nutzung bestimmter Systeme oder der Auslagerung von Aktivitäten und Prozessen auf ein anderes Unternehmen ergeben“.

³²⁸ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 205.

³²⁹ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 205.

³³⁰ Siehe: S. 228.

³³¹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 1.

³³² Binder, Die Auswirkungen der Basel II-Umsetzung, a.a.O., S. 2122.

³³³ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 10.

³³⁴ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 1.

³³⁵ Siehe: S. 63; Vgl. außerdem: S. 82, 89, 157.

Die Wortgleichheit der Norm mit § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 KWG wurde oben bereits diskutiert.³³⁶ Ebenso wie § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 beruht die Norm auf Art. 136 Abs. 1 e) RL 2006/48/EG.³³⁷ § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG ist jedoch erweitert um die Risiken, die sich aus der Auslagerung von Geschäftsaktivitäten ergeben.³³⁸

iii. Beschränkung der Errichtung von Zweigstellen – § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KWG

Nach § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KWG kann die BaFin anordnen, dass weitere Zweigstellen nur mit Zustimmung der Bundesanstalt errichtet werden dürfen.

Diese Regelung beruht auf Art. 136 Abs. 1 S. 2 d) RL 2006/48/EG.³³⁹ Im Allgemeinen ist die Errichtung von Zweigstellen nämlich nicht zustimmungspflichtig, und eine Anzeigepflicht ergibt sich nur wenn eine Zweigstelle außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes errichtet werden soll (§ 24 Abs. 1 Nr. 6).³⁴⁰ Ziel der Regelung ist die Verhinderung der Vertiefung von bestehenden Organisationsmängeln, die eine Ausweitung der Betriebsorganisation mit sich bringen kann.³⁴¹

iv. Beschränkung von Geschäftsarten – § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KWG

Gemäß § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KWG kann die BaFin bestimmen, dass das Institut „einzelne Geschäftsarten, namentlich die Annahme von Einlagen, Geldern oder Wertpapieren von Kunden und die Gewährung von Krediten nach § 19 Abs. 1 nicht oder nur in beschränktem Umfang betreiben darf“.

Wie oben bereits erwähnt, enthält die Maßnahme nach Nr. 3 die Beschränkung der Kreditgewährung wie sie in § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KWG geregelt ist.³⁴² Jedoch geht § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 darüber hinaus. Eine weitere nahezu wortgleiche Norm findet sich in § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG, der sowohl die Beschränkung der Kreditgewährung, als auch die Beschränkung der Annahme von Einlagen, Geldern und Wertpapieren enthält.³⁴³ Auch darüber geht § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 hinaus, denn er beschränkt sich nicht auf diese Varianten, sondern nennt sie nur als Beispiele der Beschränkung einzelner Geschäftsarten. Daher geht § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 KWG von diesen Maßnahmen am weitesten, denn er eröffnet die Möglichkeit auch andere Geschäftsarten, die nicht explizit genannt sind, zu beschränken.

Zu beachten ist jedoch, dass zumindest im Rahmen des § 46 die Behörden die Möglichkeit

³³⁶ Siehe: S. 69.

³³⁷ Für § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 siehe: *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 28a.

³³⁸ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45, Rn. 28a.

³³⁹ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 14.

³⁴⁰ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 14.

³⁴¹ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 14.

³⁴² Siehe: S. 68; Vgl. *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 15.

³⁴³ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 45b, Rn. 15.

haben, andere Geschäftsarten über die Generalklausel zu beschränken, denn die explizit genannten Maßnahmen in § 46 KWG stellen lediglich Regelbeispiele dar. Anders ist dies bei § 45 Abs. 2 KWG. Dort ist die Aufzählung abschließend, sodass die Möglichkeit der Beschränkung anderer, nicht explizit genannter Geschäftsarten, nach § 45 Abs. 2 den Behörden verschlossen ist.

Aufgrund der Tatsache, dass § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KWG zumindest teilweise mit § 45 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 KWG und § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG übereinstimmt und diese Regelungen bereits lange vor der RL 2006/48/EG Geltung beanspruchten, kann nicht gesagt werden, dass § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KWG vollständig auf der RL 2006/48/EG basiert. Der Gedanke der Beschränkung der Kreditgewährung und der Annahme von Einlagen, Geldern und Wertpapieren entstammt den §§ 45, 46 KWG. Lediglich die Erweiterung der Norm auf andere Geschäftsarten und die Auslösung der Norm durch mangelhafte Geschäftsorganisation lässt sich auf Art. 136 RL 2006/48/EG zurückführen.³⁴⁴ Jedenfalls lässt sich § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KWG – ähnlich wie seine „Geschwister“ – als Beschränkung der Tätigkeit des Instituts im Sinne des Art. 136 Abs. 1 S. 2 d) RL 2006/48/EG bzw. Art. 104 Abs. 1 e) RL 2013/36/EU auffassen.

v. Erhöhte Eigenmittelanforderungen – § 45b Abs. 1 S. 2 KWG

Nach § 45b Abs. 1 S. 2 KWG a.F. konnte die BaFin „an Stelle der in Satz 1 genannten Maßnahmen oder zusammen mit diesen auch anordnen, dass das Institut Eigenmittelanforderungen einhalten muss, die über die Anforderungen der Rechtsverordnung nach § 10 Abs. 1 Satz 9 und eine Anordnung nach § 10 Abs. 1b hinausgehen.“

Hierbei ist zu beachten, dass es um die Erhöhung der Eigenmittelkennziffer geht und nicht darum, dass das Institut zusätzliche Eigenmittel vorhält.³⁴⁵ Das Institut kann grundsätzlich frei darüber entscheiden, wie es die geforderte Eigenmittelkennziffer erreicht, beispielsweise ist auch die Einschränkung der Geschäftstätigkeit oder die Reduzierung von Risiken möglich.³⁴⁶

Der Zweck der Regelung besteht darin, die Institute in Krisenfällen, aufgrund von damit verbundenen Kosten für das Institut, zu einer schnelleren Verbesserung des Risikomanagements und zu einem Abbau von Risikopositionen zu bewegen.³⁴⁷

Auch die Regelung des Art. 104 Abs. 2 RL 2013/36/EU gehört hierher, denn auch sie sieht die Erhöhung der Eigenmittelanforderungen vor. Zu beachten ist jedoch, dass diese Regelung im Gegensatz zu § 45b Abs. 1 S. 2 KWG eine gebundene Entscheidung zum Gegenstand hat. Die Behörde hat bei Eingreifen der entsprechenden Tatbestandsmerkmale, erhöhte Eigenmittel zu fordern.

³⁴⁴ Zu den Triggern siehe: S. 250.

³⁴⁵ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 16/12783, a.a.O., S. 17.

³⁴⁶ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 16/12783, a.a.O., S. 17.

³⁴⁷ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 16/12783, a.a.O., S. 17.

Die Änderung des Wortlauts durch das CRD IV Umsetzungsgesetz war missverständlich.³⁴⁸ Sie erweckte den Anschein, dass die Erhöhung der Eigenmittelanforderungen nur zusätzlich zu den Maßnahmen nach Satz 1 vorgesehen ist. Hintergrund dieser Änderung war nicht zu bestimmen. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung war zunächst lediglich eine redaktionelle Anpassung vorgesehen.³⁴⁹ Erst mit der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses wurde der genannte Wortlaut vorgeschlagen.³⁵⁰ Im Bericht des Finanzausschusses findet sich keine Stellungnahme zu diesem Vorschlag.³⁵¹

Daher ist die Anpassung des Wortlauts durch das Gesetz zur Anpassung von Gesetzes auf dem Gebiet des Finanzmarktes vom 15.07.2014 zu begrüßen.³⁵² Hiernach stellt § 45b Abs. 1 S. 2 KWG lediglich klar, dass Maßnahmen nach S. 1 weiterhin ergänzend zu der Erhöhung der Eigenmittelanforderungen ergriffen werden können.³⁵³

d. *Sonderbeauftragter – § 45c KWG*

Zu dem Sonderbeauftragten wird in Kapitel 3 Stellung genommen.³⁵⁴

e. *Maßnahmen bei Gefahr – § 46 KWG*

i. Die Generalklausel des § 46 Abs. 1 S. 1 KWG

Der Aufbau der Vorschrift ähnelt dem des oben diskutierten § 45 Abs. 1 S. 1 KWG. In Satz 1 ist eine Generalklausel enthalten, die durch die beispielhafte Aufzählung in Satz 2 konkretisiert wird. Auf die obigen Ausführungen zu der Generalklausелеigenschaft wird daher verwiesen.³⁵⁵

³⁴⁸ § 45b Abs. 1 S. 2 KWG in der Fassung vom 01.01.2014 lautete: „Die Bundesanstalt ist berechtigt, zusätzlich zu Maßnahmen nach Satz 1 eine Erhöhung der Eigenmittelanforderungen nach § 10 Absatz 3 Satz 2 Nummer 10 oder bei Wohnungsunternehmen mit Spareinrichtung nach § 51a Absatz 2 Nummer 4 anzuordnen“.

³⁴⁹ Bundesregierung, RegE BT-Drs. 17/10974, a.a.O., S. 92.

³⁵⁰ Deutscher Bundestag Finanzausschuss, Beschlussempfehlung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 17/10974, 17/11474 – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. .../2012 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz) (15.05.2013) (BT-Drs. 17/13524), S. 102, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/135/1713524.pdf> (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³⁵¹ Deutscher Bundestag Finanzausschuss, Bericht zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 17/10974, 17/11474 – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. .../2012 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz) (15.05.2013) (BT-Drs. 17/13541), <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/135/1713541.pdf> (letzter Zugriff am 23.02.2015).

³⁵² Der Wortlaut des § 45b Abs. 1 S. 2 KWG lautet nunmehr: „Die Bundesanstalt ist berechtigt, Maßnahmen nach Satz 1 zusätzlich zu einer Festsetzung erhöhter Eigenmittelanforderungen nach § 10 Absatz 3 Satz 2 Nummer 10 sowie zusammen oder zusätzlich zu einer Festsetzung erhöhter Eigenmittelanforderungen nach § 51a Absatz 2 Nummer 4 anzuordnen“.

³⁵³ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung von Gesetzes auf dem Gebiet des Finanzmarktes (05.05.2014) (RegE BT-Drs. 18/1305), S. 41, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/013/1801305.pdf> (letzter Zugriff am 12.04.2015).

³⁵⁴ Siehe: S. 115.

³⁵⁵ Siehe: S. 63, 78; Vgl. außerdem: S. 89, 157.

Jede Maßnahme, die geeignet, erforderlich und angemessen ist, um Gefahren im Sinne der Vorschrift abzuwenden, kann im Rahmen der Generalklausel ergriffen werden. Dazu gehören auch Maßnahmen, die in § 45 KWG genannt sind.³⁵⁶

Allerdings ermächtigt § 46 KWG nur zu einstweiligen Maßnahmen.

ii. Die Ermächtigungen des § 46 Abs. 1 S. 2 KWG

1. Anweisungen an die Geschäftsführung – § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG

§ 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG gibt die Möglichkeit, „Anweisungen für die Geschäftsführung des Instituts zu erlassen“. Es handelt sich um eine sehr weite Befugnis, da die Anweisungen unterschiedlich ausfallen können.³⁵⁷ Es gibt speziellere Regelungen, welche in dieselbe Richtung gehen, wie z.B. solche nach Nr. 2, welche „das Verbot der Annahme von Einlagen oder Geldern oder Wertpapieren von Kunden und die Gewährung von Krediten“ enthält.³⁵⁸

Daher kommt dieser Vorschrift eine gewisse Auffangwirkung zu. Da allerdings diese Wirkung schon durch die Generalklausel des Abs. 1 S. 1 erreicht wird, stellt sich die Frage nach dem Mehrwert dieser Vorschrift. Mehr als eine Klarstellung, dass Anweisungen an die Geschäftsführung erteilt werden können, wird durch sie nicht erreicht.

2. Verbot der Annahme von Wertgegenständen und der Kreditgewährung – § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG

Das Verbot der Annahme von Einlagen, Geldern oder Wertpapieren von Kunden und der Gewährung von Krediten nach § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG ist, wie bereits oben ausgeführt,³⁵⁹ nahezu wortgleich mit § 45b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KWG bzw. ist in dieser Norm enthalten. Bezüglich der Gewährung von Krediten ähnelt sie außerdem § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KWG.

Wie bei § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KWG kann nicht gesagt werden, dass die Regelung auf Art. 136 d) RL 2006/48/EG beruht, denn im Ansatz bestand diese Regelung bereits in ihrer Fassung vom 11.07.1985.³⁶⁰

Es wird deutlich, dass nur eine geringe Umformulierung erfolgt ist.

³⁵⁶ VG Frankfurt a.M., *Beschluss* vom 22.06.2006 - 1 G 1738/06, BeckRS 2006, 24799.

³⁵⁷ Eine Aufzählung von Beispielen findet sich bei *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 56.

³⁵⁸ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 56.

³⁵⁹ Siehe: S. 79.

³⁶⁰ § 46 Absatz 1 in der Fassung vom 11.07.1985 lautete wie folgt: „Besteht Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstituts gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte, so kann das Bundesaufsichtsamt zur Abwendung dieser Gefahr einstweilige Maßnahmen treffen. Es kann insbesondere [...], die Annahme von Einlagen und die Gewährung von Krediten (§ 19 Abs. 1) verbieten oder begrenzen, [...]“.

3. Verbot der Geschäftsleitertätigkeit – § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 3

§ 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 KWG ermöglicht es der BaFin, Inhabern und Geschäftsleitern die Ausübung ihrer Tätigkeit zu untersagen oder zu beschränken. Es werden Mitglieder aus der Leitung des Instituts entfernt. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist eine Prüfung ihrer Ungeeignetheit oder sonstiger Ursächlichkeit für die Probleme des Instituts nicht vorgesehen, solange eine Gefahr im Sinne der Vorschrift objektiv gegeben ist. Ermessenserwägungen gebieten jedoch, dass die Maßnahme zur Abwendung der Gefahr geeignet ist, was nur angenommen werden kann, wenn das Verhalten der Geschäftsleiter zumindest mitursächlich für die Gefahr ist.³⁶¹ Aufgrund des vorläufigen Charakters bedarf es jedoch weder einer letzten Gewissheit der Mitverantwortung – Anhaltspunkte genügen – noch einer fachlichen Ungeeignetheit oder Unzuverlässigkeit.³⁶²

Im Hinblick auf Art. 12 GG kann die Verantwortlichkeit der Personen bei der Entscheidung über ihre Entfernung nicht völlig außer Betracht gelassen werden. Mit Rücksicht auf die Effektivität der Gefahrenabwehr, ggf. auch mit Blick auf eine Eilbedürftigkeit, muss jedoch eine summarische Prüfung aus der *ex ante* Perspektive genügen. Den Interessen der betroffenen Personen wird dadurch Rechnung getragen, dass die Beschränkung nur vorübergehend ist.

Den Bedenken, ungeeignete Personen aus der Institutsleitung dauerhaft entfernen zu können, wird durch § 36 KWG hinreichend Rechnung getragen.

4. Das „Moratorium“ – § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 4-6

Der Erlass eines vorübergehenden Veräußerungs- und Zahlungsverbots (§ 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 4), die Schließung des Instituts für den Verkehr mit der Kundschaft (§ 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 5) sowie das Verbot der „Entgegennahme von Zahlungen, die nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Institut bestimmt sind“ (§ 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 6), waren bis zum 31.12.2010 im Wesentlichen in § 46a KWG geregelt und wurden allgemein als Moratorium bezeichnet, obwohl das Gesetz diese Bezeichnung nur im Zusammenhang mit § 46g KWG (§ 47 KWG a.F.) vorsieht.³⁶³ Die Überführung nach § 46 KWG hat dazu geführt, dass das Moratorium nunmehr einen Unterfall der Maßnahmen bei Gefahr darstellt und unter den gleichen Voraussetzungen und damit früher angeordnet werden kann.³⁶⁴

³⁶¹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 66; Schwennicke/Haß/Herweg, in: Schwennicke/Auerbach, Kreditwesengesetz (KWG) mit Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG): Kommentar (2. Aufl. 2013), § 46, Rn. 30 m.w.N.; Vgl. auch: Willemsen/Rechel, in: Luz/Neus/Schaber/Scharpf/Schneider/Weber, a.a.O., § 46 Rn. 19.

³⁶² Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 66; Schwennicke/Haß/Herweg, in: Schwennicke/Auerbach, a.a.O., § 46, Rn. 30, m.w.N.; Abweichend: Schork, Gesetz über das Kreditwesen, Erg.-Lfg. 4 (Oktober 1979), § 46, Rn. 12; Bähre/Schneider, KWG-Kommentar (3. Aufl. 1986), § 46 Anm. 5.

³⁶³ Pannen, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten (3. Aufl. 2010), S. 36; Höpfner, Kapitel A: Präventive Bankenaufsicht, in: Brogl, a.a.O., S. 27 (61).

³⁶⁴ Pannen, Auslöser für ein Sonderinsolvenzverfahren für Banken, in: Kenadjan, Too Big to Fail – Brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken? (2012), S. 85 (97).

Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, zu verhindern, dass die Vermögenswerte des Instituts während der Krise abgebaut werden, einzelne Gläubiger zu Lasten der anderen befriedigt werden und neue Verbindlichkeiten aufgebaut werden.³⁶⁵

Es besteht die Gefahr, dass sie nicht nur positive Wirkungen haben. Maßnahmen, welche dermaßen nach außen dringen, haben einen unvermeidbaren Öffentlichkeitseffekt.³⁶⁶ Er kann zu einem Vertrauensverlust kommen und die Situation verschlimmern.³⁶⁷ Es kann einen *Bank Run* verursachen und es erschweren, neues Kapital zu beschaffen.

Entsprechend wird davon ausgegangen, dass eine Verhinderung von *Bank Runs* nur erreicht werden kann, wenn Anlegern ein nahezu ununterbrochener Zugang zu ihrem Kapital garantiert wird und die meisten Einlagen von einer Versicherung abgedeckt werden.³⁶⁸ Das ist plausibel, weil eine solche Absicherung die Angst, Kapital zu verlieren, mindern und das Risiko von *Bank Runs* schwächen würde. Aus dieser Überlegung heraus, wären manche der Maßnahmen, z.B. eine faktische Schließung der Bank nach § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 5. KWG, konterproduktiv.

Dennoch machen die Maßnahmen unter gewissen Gesichtspunkten Sinn. Sie sind durchaus dazu geeignet, die Krise einzudämmen, indem sie verhindern, dass Neukunden Kapital in eine kränkelnde Bank einzahlen und dadurch riskieren, es zu verlieren.³⁶⁹ Dies reduziert die Anzahl der Betroffenen – je weniger Kunden tangiert sind, desto weniger entsteht ein *Moral Hazard*.

Das Veräußerungs- und Zahlungsverbot nach § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG verhindert, dass eine faire Verteilung zwischen den Gläubigern und eine effektive Sanierung während der Vor-Insolvenz Phase unterminiert werden.³⁷⁰ Die faktische Schließung des Instituts nach § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 KWG hat zur Folge, dass Kunden keinen Zugang zu den Schaltern und Geldautomaten haben³⁷¹ und verhindert, dass sie ihre Gelder abheben. Dies entspricht der Idee, die Anleger daran zu hindern, ihr Kapital abzuziehen und die Bank „trockenzulegen“. ³⁷² Außerdem sind Garantien, welche die Einlagen sichern sollen, nicht unbedingt ein Garant dafür, dass die Anleger in Krisenzeiten ihr Kapital bei der Bank belassen. In Krisenzeiten könnten die Anleger ebenso gut ihr Vertrauen in die Garantien verlieren, wie sie es in Banken verlieren und trotz Garantien einen *Bank Run* auslösen.

³⁶⁵ Statt aller: *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht (2005), S. 232; *Höpfner*, in: Brogl, a.a.O., S. 61.

³⁶⁶ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 58.

³⁶⁷ *Pannen*, in: Kenadjian, a.a.O., S. 88.

³⁶⁸ *Mayes*, Early Intervention and Prompt Corrective Action in Europe, Bank of Finland Research Discussion Papers 17/2009, S. 7, <http://www.suomenpankki.fi/en/julkaisut/tutkimukset/keskustelualoitteet/Documents/0917netti.pdf> (letzter Zugriff am 12.04.2015).

³⁶⁹ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 57.

³⁷⁰ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 73.

³⁷¹ *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 46, Rn. 117 f.

³⁷² Vgl. hierzu: *Singh/Labrosse*, a.a.O., S. 12.

Obwohl ein Moratorium einige nützliche Aspekte aufweist, zeigt die Erfahrung, dass eine Sanierung von Banken auf diesem Wege in der Regel nicht erfolgreich war.³⁷³ Daher wurde das Moratorium zunehmend als eine Vorbereitungsmaßnahme für die Abwicklung betrachtet,³⁷⁴ obwohl ihr eigentlicher Zweck die Sanierung des kriselnden Instituts sein sollte.³⁷⁵

Vor dem bereits erörterten Hintergrund der Besonderheiten von Banken und der damit verbundenen Ungeeignetheit eines Insolvenzverfahrens verwundert dies nicht,³⁷⁶ denn ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot kommt den Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, nämlich dem Stillstand der Bankgeschäftstätigkeit, sehr nahe. Daher erscheint es besonders fragwürdig, dass eine solche umfassende Befugnis bereits im Stadium des Frühzeitigen Eingreifens eingeräumt wurde. Selbst für das Abwicklungsregime, welches später eingreifen soll, wird gefordert, dass die Fortführung des Kundengeschäfts gewährleistet sein muss.³⁷⁷

Aus diesem Grund erscheint die Tatsache, dass auf eine solche ausdrückliche Regelung auf europäischer Ebene verzichtet wurde, nachvollziehbar.

In der Praxis sind Maßnahmen nach § 46 eher selten.³⁷⁸ Beispielsweise gab es im Jahr 2006 lediglich 11 Maßnahmen nach § 46 KWG,³⁷⁹ im Jahr 2007 8 Maßnahmen,³⁸⁰ im Jahr 2008 wurden 2 Maßnahmen nach § 46 KWG ergriffen,³⁸¹ im Jahr 2009 gab es sogar gar keine Maßnahmen nach § 46 KWG,³⁸² 2010 gab es dann wieder 8 Maßnahmen nach § 46 KWG,³⁸³ 2011 waren es 3 Maßnahmen nach § 46 KWG.³⁸⁴ Im Jahr 2012 führte die BaFin das erste Mal neben den Maßnahmen nach § 46 KWG auch Maßnahmen nach §§ 45, 45b und 46 KWG in ihrem

³⁷³ Pannen, in: Kenadjian, a.a.O., S. 88; Pannen, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten, a.a.O., S. 36 f.; Beger, Bankenkrisen und Insolvenzrecht – Potenzial des Insolvenzplanverfahrens zur Sanierung systemrelevanter Kreditinstitute (2013), S. 90.

³⁷⁴ Pannen, in: Kenadjian, a.a.O., S. 88; Beger, a.a.O., S. 91.

³⁷⁵ Pannen, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten, a.a.O., S. 36 f.

³⁷⁶ Siehe: S. 30.

³⁷⁷ Huertas, in: Kenadjian, a.a.O., S. 70.

³⁷⁸ Lehnhoff, in: Reischauer/Kleinhans, KWG, Erg.-Lfg. 1/10, § 46, Rn. 1.

³⁷⁹ BaFin, Jahresbericht 2006 (2007), S. 129, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2006.pdf?jsessionid=0E54827629A27A29FB8C89C06E500487.1_cid381?__blob=publicationFile&v=5 (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³⁸⁰ BaFin, Jahresbericht 2007 (2008), S. 134, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2007.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³⁸¹ BaFin, Jahresbericht 2008 (2009), S. 130, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2008.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³⁸² BaFin, Jahresbericht 2009 (2010), S. 147, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2009.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³⁸³ BaFin, Jahresbericht 2010 (2011), S. 167, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2010.pdf?__blob=publicationFile&v=15, (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³⁸⁴ BaFin, Jahresbericht 2011 (2012), S. 169, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2011.pdf?__blob=publicationFile&v=4, (letzter Zugriff am 13.02.2015).

Jahresbericht auf.³⁸⁵ Insgesamt beläuft sich die Ziffer dieser Verfahren auf 11 Verfahren im Jahr 2012.³⁸⁶

Bemerkenswert ist, dass gerade in den Krisenjahren 2007-2009 Maßnahmen nach § 46 bzw. § 46a KWG a.F. immer weniger ergriffen wurden.³⁸⁷

f. *Moratorium, Einstellung des Bank- und Börsenverkehrs – § 46g KWG*

Die Maßnahmen nach § 46g KWG (§ 47 KWG a.F.) stellen die eingriffsintensivsten und extremsten Maßnahmen dar. Sie ermächtigen die Regierung zu zeitlich beschränkten Maßnahmen in höchstem Notfall, wenn kriselnde Institute die Gesamtwirtschaft bedrohen.³⁸⁸

Nach § 46g Abs. 1 Nr. 1 KWG kann die Bundesregierung „einem Kreditinstitut einen Aufschub für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gewähren und anordnen, dass während der Dauer des Aufschubs Zwangsvollstreckungen, Arreste und einstweilige Verfügungen gegen das Kreditinstitut sowie das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kreditinstituts nicht zulässig sind“.

Sie kann die Schließung aller Institute für den Kundenverkehr anordnen und alle entsprechenden Zahlungen verbieten (§ 46g Abs. 1 Nr. 2 KWG).

Die drastischste Maßnahme ist die Schließung des Börsenverkehrs (§ 46g Abs. 1 Nr. 3 KWG). Diese soll Interaktionen zwischen den kriselnden Instituten und dem Markt verhindern, um „Ansteckung“ zu vermeiden.³⁸⁹ Die Sinnhaftigkeit dieser Maßnahme ist nicht ganz klar. Einerseits ist es bekannt, dass die Börse dazu tendiert, abrupt auf Bedrohungen der Wirtschaft zu reagieren,³⁹⁰ sodass es durchaus sinnvoll sein kann, die Börse zu schließen. Andererseits ist zu bedenken, dass diese Vorschrift, obwohl schon 1931 als Reaktion auf die damalige Bankenkrise eingeführt, noch nie erprobt wurde.³⁹¹

Die Zurückhaltung der Regierung ist mehr als verständlich. Da die Reaktion der Öffentlichkeit unvorhersehbar ist, besteht die Gefahr, dass eine solche drastische Maßnahme mehr Schaden anrichtet, als Nutzen bringt.

Hinzu kommt, dass diese Notfallmaßnahme nur innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland wirksam ausgeübt werden kann.³⁹² Eine solche territoriale Beschränkung ist bei den heutigen globalen Marktverhältnissen wenig sinnvoll, wenn nicht sogar absolut ineffektiv.

³⁸⁵ BaFin, Jahresbericht 2012 (2013), S. 151, http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2012.pdf?__blob=publicationFile&v=1, (letzter Zugriff am 13.02.2015).

³⁸⁶ BaFin, Jahresbericht 2012 (2013), a.a.O., S. 151.

³⁸⁷ Lehnhoff, in: Reischauer/Kleinhans, a.a.O., § 46, Rn. 1.

³⁸⁸ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 47, Rn. 1 f.

³⁸⁹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 47, Rn. 21.

³⁹⁰ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 47, Rn. 21.

³⁹¹ Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 47, Rn. 1 f.

³⁹² Lindemann, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, a.a.O., § 47, Rn. 3.

Schließt die deutsche Börse, während andere Börsen ihre Tätigkeit uneingeschränkt weiterführen, führt dies zu einer Isolierung Deutschlands und könnte im Chaos resultieren. Ausländische Börsen könnten negativ auf die Schließung reagieren und eine gefährliche Kettenreaktion auslösen, welche die Krise weiter verschlimmert.

Man könnte also darüber nachdenken, ob diese Maßnahme, welche zu einer Zeit entstand, als die Märkte noch nicht in diesem Maße miteinander verknüpft waren, als veraltet anzusehen ist und aus dem Gesetz gestrichen oder zumindest angepasst werden sollte. Der Gesetzgeber hat jedoch auch in der kürzlichen Reformierung des KWG keine entsprechenden Änderungen vorgenommen.

g. Maßnahmen nach dem SAG

i. Frühinterventionsmaßnahmen – § 36 SAG

§ 36 SAG setzt Art. 27 BRRD um und deckt sich im Wesentlichen mit dessen Wortlaut.³⁹³ Diesbezüglich wird daher auf die Ausführungen oben verwiesen.³⁹⁴ Da Art. 27 BRRD jedoch lediglich eine Mindestharmonisierung vorsieht, können die Mitgliedsstaaten den zuständigen Behörden auch weitere Maßnahmen zur Verfügung stellen. § 36 SAG macht von dieser Möglichkeit Gebrauch, indem er § 36 Abs. 1 SAG als eine Generalklausel mit Regelbeispielen ausgestaltet. Damit folgt § 36 SAG der Tradition der §§ 45 Abs. 1, 45b, 46 Abs. 1 KWG und erlaubt der Behörde somit ein flexibles Eingreifen.³⁹⁵

Beim Betrachten der einzelnen Varianten des § 36 Abs. 1 SAG lassen sich Überschneidungen mit §§ 45 ff. KWG feststellen. § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 b) entspricht beispielsweise § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 KWG. Nach beiden Vorschriften kann die Aufsichtsbehörde anordnen, dass Maßnahmen aus dem Sanierungsplan umgesetzt werden. Allerdings greift § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 KWG grundsätzlich erst bei Verletzung der Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen und damit später als § 36 Abs. 1 SAG, für den auch eine drohende Verletzung genügt.³⁹⁶

Andere Varianten des § 36 Abs. 1 SAG sind zwar nicht deckungsgleich mit Maßnahmen nach dem KWG, jedoch lässt sich eine Ähnlichkeit in ihrer Wirkung feststellen. § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 c) SAG lässt sich beispielsweise annähernd in den Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 KWG wiederfinden. Wie bei § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 c) geht es bei den Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 KWG im Kern um die Analyse der Situation und Entwicklung von Plänen zur Überwindung der Probleme.

§ 36 Abs. 2 SAG erinnert an § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 KWG. Beide Vorschriften erlauben die Entfernung der Geschäftsleitung. § 36 Abs. 2 SAG geht jedoch in seiner Wirkung weiter. Die

³⁹³ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 200 f.

³⁹⁴ Siehe: S. 51.

³⁹⁵ Siehe: S. 63, 78, 82; Vgl. außerdem: S. 157.

³⁹⁶ Zu den Triggern siehe: S. 250.

Entfernung der Geschäftsleitung erfolgt nicht wie bei § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 KWG nur vorübergehend, sondern ist als endgültige Entfernung vorgesehen. Konsequenz ist daher, dass die Voraussetzungen für eine solche Entfernung strenger sind. Für § 36 Abs. 2 SAG muss nämlich die Ungeeignetheit der Geschäftsleiter feststehen. Eine summarische Prüfung wie bei § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 KWG reicht nicht aus.

Die Nähe des § 36 SAG zu den Maßnahmen nach dem KWG wirft mehrere Fragen auf. Beispielsweise stellt sich die Frage nach der Konkurrenz der Vorschriften.

Es wurde bereits erläutert, dass die Grenzziehung zwischen Maßnahmen der regulären Aufsicht und Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens schwierig ist.³⁹⁷ Im Zuge der Finanzkrise rückte jedoch der Begriff des Frühzeitigen Eingreifens als eine neue Form der Krisenbewältigung in den Vordergrund. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der regulären Aufsicht eine gewisse Form der Krisenbewältigung immanent ist, da sie schon von ihrer Grundidee her die Aufgabe der Gefahrenabwehr wahrnimmt. Diesem Zweck dienen die §§ 45 ff. KWG und die §§ 36 ff. SAG. Sie werden auch beide durch die Aufsichtsbehörde angewendet. Aufgrund dieser gleichen Zielrichtung und der zahlreichen Überschneidungen, empfiehlt es sich daher die §§ 36 SAG in das KWG durch Anpassungen der §§ 45 ff. KWG zu implementieren. Insbesondere § 45 Abs. 1 KWG eignet sich dazu, die in § 36 Abs. 1 S. 2 SAG aufgeführten Varianten aufzunehmen, da er bereits jetzt hinsichtlich des Aufbaus und der *Trigger* dem § 36 SAG ähnelt. Eine andere Alternative wäre die Zweistufigkeit des § 45 (zwischen Abs. 1 und Abs. 2) abzuschaffen und einen einheitlichen *Trigger* einzuführen, der einheitlich bei drohendem Verstoß gegen die Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen einen Eingriff erlaubt.

Es wird vorgeschlagen, § 45 Abs. 2 S. 1 früher greifen zu lassen und Maßnahmen des § 36 SAG ins KWG zu implementieren. Frühzeitiges Eingreifen ist ohnehin eine Sache der Aufsicht, sodass es einen Fremdkörper in der BRRD darstellt.

ii. Abberufung der Geschäftsleitung – § 37 SAG

§ 37 SAG setzt Art. 28 BRRD um und erlaubt der Aufsichtsbehörde, die Abberufung der Geschäftsleitung anzuordnen.³⁹⁸ Entsprechend ist auch das Verhältnis von § 37 SAG zu § 36 Abs. 2 SAG wie das Verhältnis von Art. 27 Abs. d) BRRD zu Art. 28 BRRD. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen.³⁹⁹

Es ist zu beachten, dass die Regelung mit § 46 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 KWG vergleichbar ist, da auch dieser die Entfernung der Geschäftsleitung erlaubt. Der Wortlaut beider Vorschriften erfordert keine Prüfung einer Verantwortlichkeit, Ungeeignetheit oder ähnliches in Bezug auf die Geschäftsleitung. Bei § 46 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 KWG wurde jedoch oben bereits festgestellt, dass die

³⁹⁷ Siehe: S. 18.

³⁹⁸ Bundesregierung, BR-Drs. 357/14, a.a.O., S. 201.

³⁹⁹ Siehe: S. 62.

Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Geeignetheit der Maßnahme eine zumindest summarische Prüfung der Mitverantwortlichkeit der Geschäftsleitung für die Probleme des Instituts erfordert. Entsprechendes muss auch für § 37 SAG gelten. Da jedoch § 37 SAG im Gegensatz zu § 46 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 eine endgültige Entfernung erlaubt, kann hier eine summarische Prüfung nicht als ausreichend betrachtet werden. Ist aber eine Prüfung erforderlich, überschneidet sich der Anwendungsbereich des § 37 SAG mit § 36 Abs. 2 SAG. Dies lässt § 37 SAG überflüssig erscheinen.

iii. Vorläufiger Verwalter – § 38 SAG

§ 38 SAG trifft Regelungen über den so genannten „Vorläufigen Verwalter“. Dieses Themenfeld wird in Kapitel 3 gesondert behandelt.⁴⁰⁰

iv. Koordinierung der Frühinterventionsmaßnahmen und Bestellung eines Vorläufigen Verwalters bei Gruppen – § 39 SAG

Bei § 39 SAG handelt es sich um eine gruppenspezifische Maßnahme, da sie die Koordinierung der Frühinterventionsmaßnahmen und die Bestellung eines Vorläufigen Verwalters für Fälle regelt, in denen eine Unternehmensgruppe betroffen ist. Sie wird daher in Kapitel 5 näher vorgestellt.⁴⁰¹

C. Großbritannien

a. *Own-Initiative-Power*

Wie oben ausgeführt,⁴⁰² wurden die Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens der BRRD teilweise in Teil 8 BRRD (No. 2) Order durch Verweis auf die BRRD umgesetzt. Faktisch wurde damit Art. 27 BRRD in Großbritannien für unmittelbar anwendbar erklärt. Daher kann auf die Ausführungen zu Art. 27 BRRD verwiesen werden.⁴⁰³

Materiell betrachtet, ist jedoch zu bedenken, dass hinter dem Mantel der regulären Aufsicht, die unter Umständen zu einer Erhöhten Aufsicht heraufgestuft wird, sich umfangreiche Kompetenzen verbergen, die ebenfalls als Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens eingeordnet werden können.

Dies ergibt sich auch aus den Äußerungen der *HM Treasury*, die im Hinblick auf die Erhöhte Aufsicht äußerte, dass umfangreiche Maßnahmen durch die *Own-Initiative-Powers* bereits möglich sind, aber Raum für eine Erweiterung besteht.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ Zu § 38 SAG siehe: S. 117.

⁴⁰¹ Zu § 39 SAG siehe: S. 233.

⁴⁰² Siehe: S. 23.

⁴⁰³ Siehe: S. 51.

⁴⁰⁴ *HM Treasury*, A New Approach to Financial Regulation: Judgment, Focus and Stability (Juli 2010), Rn. 6.17, http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_financial_regulation_condoc.pdf (letzter Zugriff am 14.02.2015).

Der *Financial Services Act 2012* brachte einige Änderungen in der Aufsichtsstruktur Großbritanniens. Erhebliche materielle Änderungen in Bezug auf die *Own-Initiative-Powers* waren damit jedoch nicht verbunden. Zuvor ergab sich die *Own-Initiative-Power* aus Art. 45 i.V.m. Art. 44 und 43 FSMA a.F. Es konnte eine regulierte Tätigkeit hinzugefügt werden, eine regulierte Tätigkeit entfernt, die Beschreibung einer regulierten Tätigkeit geändert, eine Anforderung aufgehoben oder eine solche Anforderung geändert werden (Art. 44 Abs. 1 FSMA a.F.). Die Anforderungen wurden von der Behörde nach ihrer Angemessenheit bestimmt. Insbesondere konnte die Vornahme oder Unterlassung einer spezifizierten Handlung gefordert werden (Art. 43 Abs. 1, 2 FSMA a.F.).

Nunmehr wird die *Own-Initiative-Power* in die *Own-Initiative-Variation-Power* und die *Own-Initiative-Requirement-Power* unterteilt. Die *Own-Initiative-Variation-Power* ist in Art. 55J FSMA geregelt und die *Own-Initiative-Requirement-Power* in Art. 55L ff. FSMA.⁴⁰⁵ Eine Neuerung ergibt sich im Wortlaut bei der *Own-Initiative-Requirement-Power* daraus, dass nunmehr auch die Auferlegung einer neuen Anforderung ausdrücklich zugelassen ist (Art. 55L Abs. 3 a), 55M Abs. 3 a) FSMA).⁴⁰⁶ Inhaltlich ändert sich dadurch nichts, da bereits nach Art. 45 Abs. 4 FSMA a.F. sämtliche Anforderungen neu angeordnet werden konnten, wie sie bei erstmaliger Erteilung hätten angeordnet werden können.⁴⁰⁷ Auch im Übrigen ergeben sich keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen.

Die Eingriffsbefugnisse der jeweils zuständigen Behörde resultieren dabei aus den folgenden Überlegungen. Die Behörde kann jeweils die Erlaubnis variieren, indem sie dem Unternehmen neue Anforderungen auferlegt, diese ändert oder aufhebt (Art. 55L Abs. 3, 55M Abs. 3 FSMA).⁴⁰⁸ Sie übt diese Befugnis so aus, wie sie es für erforderlich hält (Art. 55L Abs. 1, 55M Abs. 1 FSMA).⁴⁰⁹

In Kapitel 8 des *Enforcement Guide* sind einige Beispiele aufgeführt, die aufzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen ergriffen werden können. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend, sodass auch andere Maßnahmen denkbar sind.⁴¹⁰

Beispielsweise könnte die Behörde die Anzahl und Kategorie der Kunden, die Anzahl spezifizierter Investments, mit denen ein Unternehmen handeln kann, sowie die Aktivitäten eines Unternehmens beschränken.⁴¹¹ Es könnte verboten werden, neue Geschäfte zu übernehmen, Kundengelder zu halten oder zu kontrollieren und mit bestimmten Kategorien von Investments zu

⁴⁰⁵ Art. 11 Abs. 2 Financial Services Act 2012.

⁴⁰⁶ Art. 11 Abs. 2 Financial Services Act 2012.

⁴⁰⁷ Binder, Bankensolvenzen im Spannungsfeld, a.a.O., S. 263.

⁴⁰⁸ Art. 11 Abs. 2 Financial Services Act 2012.

⁴⁰⁹ Art. 11 Abs. 2 Financial Services Act 2012.

⁴¹⁰ *Financial Conduct Authority*, Handbook, EG 8.1A, <http://fshandbook.info/FS/html/FCA/> (letzter Zugriff am 14.04.2015).

⁴¹¹ *Financial Conduct Authority*, Handbook, a.a.O., EG 8.11.

handeln.⁴¹² Weiterhin könnte ein Verbot oder eine Beschränkung der Disposition über jegliches Vermögen des Unternehmens oder anderer Handel mit diesem ausgesprochen werden.⁴¹³ Außerdem könnte angeordnet werden, dass jegliches Unternehmensvermögen oder jegliches Investorenvermögen, das durch das Unternehmen gehalten wird, an einen von der Behörde genehmigten Treuhänder übertragen wird.⁴¹⁴

Da es sich bei den oben genannten Aufzählungen lediglich um Beispiele handelt, ist es für den Regulator zumindest denkbar auch andere Maßnahmen zu ergreifen. Da die Konkretisierung der Beispiele durch den Regulator selbst erfolgt und diese Beispiele zudem nicht abschließend sind, ist der Aufsicht ein immenser Ermessensspielraum eröffnet.

Der Vorteil eines solchen Ermessensspielraums liegt darin, dass der Aufsicht die Möglichkeit eröffnet wird, auf unterschiedlichste Weise einzugreifen und dadurch eine Krise effektiv zu verhindern bzw. zu managen.⁴¹⁵ Andererseits führt ein zu weiter Ermessensspielraum zu Unsicherheiten und mangelnder Orientierung. Er kann dazu führen, dass den Behörden im Ernstfall nicht klar ist, was in einem bestimmten Szenario zu tun ist, was von ihnen erwartet wird und ob ihr Vorgehen von der Ermächtigung gedeckt ist. Empfehlenswert ist ein Mittelweg, der der Behörden zwar einen Ermessensspielraum belässt, aber dennoch einen gewissen Katalog an Maßnahmen vorsieht.

Die nun erfolgte Umsetzung der BRRD in Art. 107 ff. BRRD (No. 2) Order stellt einen solchen Mittelweg dar, denn es erlaubt weiterhin die Anwendung der *Own-Initiative-Power*, stellt aber durch den Verweis auf Art. 27 BRRD einen Mindestkatalog zur Verfügung und löst eine Signalwirkung aus. Hierdurch wird sichergestellt, dass der Verschlimmerung der Situation einer Bank hinreichend Aufmerksamkeit gewidmet wird und der Zeitpunkt, in dem Handlungsbedarf besteht, nicht verpasst wird.

Zu kritisieren ist die Umsetzung des Art. 27 BRRD in einem gesonderten Akt und nicht im FSMA, denn systematisch handelt es sich um besondere Aufsichtsmaßnahmen. Sie können als ein Unterfall der *Own-Initiative-Power* angesehen werden, die weniger neu geschaffene Befugnisse darstellen, sondern mehr eine Konkretisierung der bereits vorhandenen, weiten Befugnisse. Empfehlenswert wäre die Neuformulierung der *Own-Initiative-Power* als offener Tatbestand, der die Katalogbefugnisse als Regelbeispiele formuliert.

Unverständlich ist auch der Umgang des britischen Gesetzgebers mit Art. 28 BRRD. Dieser wurde im Gegensatz zu Art. 27 BRRD nicht durch die BRRD (No. 2) Order inkorporiert. Er

⁴¹² *Financial Conduct Authority*, Handbook, a.a.O., EG 8.12.

⁴¹³ *Financial Conduct Authority*, Handbook, a.a.O., EG 8.12.

⁴¹⁴ *Financial Conduct Authority*, Handbook, a.a.O., EG 8.12.

⁴¹⁵ *Ruzik*, Banken Krisen und -insolvenzen – Ein besonderes Phänomen, BKR 2009, S. 133 (138).

soll durch die Nutzung der vorstehend diskutierten *Own-Initiative-Power* verwirklicht werden.⁴¹⁶ Dies ist inkonsequent. Es sollte eine einheitliche Handhabung der Art. 27 ff. BRRD erfolgen.

b. *Own-Initiative-Power in dringenden Fällen*

Maßnahmen in dringenden Fällen werden wie reguläre Maßnahmen auf Art. 55J FSMA gestützt, sodass grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen zu prüfen sind.⁴¹⁷ Allerdings wird vorgebracht, dass durch die Unterscheidung in den Handbüchern und Richtlinien der Regulator zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine gesonderte Behandlung eines dringenden Falles wollte.⁴¹⁸

Kapitel 8 Enforcement Guide widmet dem „*use of the own-initiative powers in urgent cases*“ eine eigenständige Überschrift.⁴¹⁹

Auch wenn die genannten Fälle auf der allgemeinen *Own-Initiative-Power* aufbauen, werden sie im Hinblick auf die gesteigerten Anforderungen, als eigenständige Eingriffstatbestände bewertet.⁴²⁰ Es sei danach eine gesteigerte Gefahrensituation gefordert oder besonders schwere Verstöße gegen das Aufsichtsrecht.⁴²¹

Jedenfalls äußert sich auch hier der umfassende Beurteilungsspielraum des Regulators, der letztlich eine eigenständige Konkretisierung der im Gesetz nur vage formulierten Eingriffstatbestände erfordert.⁴²²

c. *Maßnahmen gegen das Personal und die Leitung*

Der Vollständigkeit halber erwähnt, seien hier die möglichen Maßnahmen gegen das Personal und die Leitung.⁴²³

Nach Art. 56 FSMA besteht die Möglichkeit, gegenüber Personen, die ungeeignet sind, ihre Funktionen in Bezug auf eine regulierte Tätigkeit einer lizenzierten Person auszuüben, Verbote auszusprechen. Außerdem kann ihnen nach Art. 63 FSMA die Zustimmung entzogen werden und es können andere disziplinarische Maßnahmen nach Art. 66 FSMA ergriffen werden.

Diese Maßnahmen können zwar Abhilfe schaffen, indem sie ungeeignete Personen entfernen, jedoch ergehen sie unabhängig von einer eventuellen Schieflage des Instituts und sind daher

⁴¹⁶ *HM Treasury*, Transposition of the Bank Recovery and Resolution Directive: response to the consultation (März 2015), Rn. 2.11, 2.15, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/417789/transposition_of_BRRD_consultation_response.pdf (letzter Zugriff am 14.04.2015).

⁴¹⁷ *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld, a.a.O., S. 171.

⁴¹⁸ *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld, a.a.O., S. 171.

⁴¹⁹ *Financial Conduct Authority*, Handbook, a.a.O., EG 8.6 ff.

⁴²⁰ *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld, a.a.O., S. 172.

⁴²¹ *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld, a.a.O., S. 172 f.

⁴²² *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld, a.a.O., S. 173.

⁴²³ Vgl.: *Binder*, Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld, a.a.O., S. 174 f.

nicht als solche, den Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens zuzuordnen. Es handelt sich eher um reguläre bzw. disziplinarische Maßnahmen der Aufsicht.

d. *The Capital Requirements Regulations 2013*

Die *Capital Requirements Regulations 2013* (CRR 2013) ersetzen die *Capital Requirements Regulations 2006*, dienen teilweise der Umsetzung der RL 2013/36/EU und treffen die notwendigen Regelungen in Bezug auf die Verordnung (EU) Nr. 575/2013.⁴²⁴

Entsprechend der RL 2013/36/EU finden sich in Art. 34 ff. CRR 2013 auch Aufsichtsbefugnisse. Art. 34 setzt Art. 104 Abs. 1 a), Abs. 2 RL 2013/36/EU um. Auf die Ausführungen dort wird verwiesen.⁴²⁵

Art. 35 CRR 2013 befasst sich mit besonderen Liquiditätsanforderungen und enthält damit die Umsetzung des Art. 104 Abs. 1 k) CRD IV. Art. 36 CRR 2013 befasst sich zwar mit der Mitarbeitervergütung, enthält jedoch nur die Verpflichtung zum Sammeln von Informationen.

Andere Befugnisse aus Art. 104 RL 2013/36/EU finden sich in der CRR 2013 nicht. Dies ist verwunderlich, denn in der widerrufenen *Capital Requirements Regulation 2006* waren mehr Regelungen aus der Vorgänger-Norm Art. 136 RL 2006/48/EG umgesetzt.⁴²⁶

e. *Exkurs: Sanierungs- und Abwicklungsplanung*

Noch vor Inkrafttreten der BRRD wurden in Großbritannien Regelungen über die Sanierungs- und Abwicklungsplanung geschaffen. Den Rahmen bildeten im Wesentlichen die Art. 137G, 137J, 137K FSMA⁴²⁷, die durch das so genannte *Recovery and Resolution Instrument 2013* und das *Supervisory Statement* der PRA ausgefüllt wurden.⁴²⁸

Im Zuge der Umsetzung der BRRD wurde daher geäußert, dass jedenfalls die Sanierungsplanung in Großbritannien grundsätzlich bereits im Einklang mit der BRRD geregelt ist.⁴²⁹ In Be-

⁴²⁴ *HM Treasury*, Explanatory Memorandum to the Capital Requirements Regulation 2013, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/3115/pdfs/uksiem_20133115_en.pdf (letzter Zugriff am 14.04.2015), Rn. 2.

⁴²⁵ Siehe: S. 47.

⁴²⁶ Vgl.: Art. 26 Abs. 2 Capital Requirements Regulations 2006. Ihr Widerruf ergibt sich aus Art. 3 Capital Requirements Regulations 2013.

⁴²⁷ Art. 24 Financial Services Act 2012.

⁴²⁸ *Bank of England*, <http://www.bankofengland.co.uk/pru/Pages/publications/recoveryresolution.aspx> (letzter Zugriff am 22.02.2015); *Bank of England Prudential Regulation Authority*, Recovery and resolution plans, Policy Statement PS 8/13 (Dezember 2013), <http://www.bankofengland.co.uk/pru/Documents/publications/policy/2013/recoveryresolution8-13.pdf> (letzter Zugriff am 22.02.2015); *Bank of England Prudential Regulation Authority*, Recovery Planning, Supervisory Statement SS 18/13 (Dezember 2013), <http://www.bankofengland.co.uk/pru/Documents/publications/policy/2013/recoveryplanning1813.pdf> (letzter Zugriff am 22.02.2015).

⁴²⁹ *HM Treasury*, Transposition of the BRRD, a.a.O., Rn. 2.2.

zug auf die Abwicklungsplanung waren Anpassungen erforderlich. Auch wenn die BoE Abwicklungspläne vorbereitet hatte, bestand bisher keine gesetzliche Pflicht, dies zu tun.⁴³⁰

Die Umsetzung der Regelungen der BRRD zur Sanierungs- und Abwicklungsplanung erfolgt durch die BRRD (No. 2) Order, Änderungen des *PRA Rulebooks* und des *FCA Handbooks*.

Die materiellen Anforderungen in Bezug auf Sanierungspläne, welche von den Banken zu erfüllen sind, sind dem *PRA Rulebook* zu entnehmen.⁴³¹ Sie wurden durch das *PRA Rulebook: CRR Firms and Non-Authorised Persons: Recovery Plan Instrument 2015*⁴³² an die BRRD angepasst.

Die Regelungen des Instruments spiegeln die Regelungen der BRRD über die Sanierungsplanung wider. Hinsichtlich des Inhalts wird vollumfänglich auf Abschnitt A des Annexes der BRRD verwiesen.⁴³³

Eine weitere Konkretisierung erfahren die Regelungen durch das so genannte *Supervisory Statement* der PRA, welches ebenfalls im Zuge der Umsetzung der BRRD aktualisiert wurde.⁴³⁴ Dort findet sich insbesondere eine Tabelle, welche die inhaltlichen Anforderungen an den Sanierungsplan näher beschreibt.

Die Verpflichtungen der Aufsichtsbehörden in Bezug auf die Sanierungspläne, insbesondere ihre Bewertung, sind in Teil 4 BRRD (No. 2) Order enthalten. Dabei widmet sich Kapitel 1 (Art. 11 – 15) BRRD (No.2) Order der Bewertung der Individualsanierungspläne und setzt damit Art. 6 BRRD um.⁴³⁵

Teil 5 der BRRD (No. 2) Order widmet sich den Abwicklungsplänen. Nach Art. 37 BRRD (No. 2) Order ist die BoE verpflichtet für jedes Institut, das von der PRA oder FCA zugelassen wurde und keiner konsolidierten Aufsicht unterliegt, einen Abwicklungsplan zu erstellen. Hiermit wird Art. 10 BRRD umgesetzt.

⁴³⁰ *HM Treasury*, Transposition of the BRRD, a.a.O., Rn. 2.5.

⁴³¹ Die Regelungen des FCA Handbooks beziehen sich auf Investment Firmen und sollen hier daher außer Betracht bleiben (siehe: *Financial Conduct Authority*, Recovery and Resolution Directive: Feedback on CP 14/15 and final rules (Januar 2015), Appendix 1, Recovery and Resolution Directive Instrument 2015, Annex B, <http://www.fca.org.uk/static/documents/policy-statements/ps15-02.pdf> (letzter Zugriff am 22.02.2015)).

⁴³² *Bank of England Prudential Regulation Authority*, Implementing the Bank Recovery and Resolution Directive – response to CP13/14, Policy Statement PS 1/15 (Januar 2015), Appendix 1.1, <http://www.bankofengland.co.uk/pr/Documents/publications/ps/2015/ps115.pdf> (letzter Zugriff am 22.02.2015).

⁴³³ *Bank of England Prudential Regulation Authority*, Implementing the Bank Recovery and Resolution Directive, a.a.O., Appendix 1.1, Rn. 2.7.

⁴³⁴ *Bank of England Prudential Regulation Authority*, Recovery planning, Supervisory Statement SS 18/13, (Dezember 2013, zuletzt aktualisiert am 16. Januar 2015), <http://www.bankofengland.co.uk/pr/Documents/publications/ss/2015/ss1813update.pdf> (letzter Zugriff am 22.02.2015).

⁴³⁵ Vgl.: Art. 11 Abs. 1 b) Bank Recovery and Resolution (No. 2) Order 2014.

Grundlage der Abwicklungspläne sind gemäß Art. 37 Abs. 3, Art. 40 Abs. 4 BRRD (No.2) Order Informationen, die von den Instituten selbst oder den Aufsichtsbehörden geliefert werden und alle übrigen relevanten Informationen.

Die Sammlung von Informationen durch die Aufsichtsbehörden erfolgt über das so genannte Abwicklungspaket, welches im *PRA Rulebook* geregelt ist und durch das *PRA Rulebook: CRR Firms and Non-Authorised Persons: Resolution Pack Instrument 2015* weiter an die BRRD angepasst wurde.⁴³⁶ Hiernach müssen die Institute ein Abwicklungspaket mit den relevanten Informationen erstellen und es der zuständigen Aufsichtsbehörde vorlegen.⁴³⁷ Die Aufsichtsbehörden sind damit weiterhin für das Abwicklungspaket zuständig und leiten es an die BoE als Abwicklungsbehörde weiter.⁴³⁸ Die BoE erhält jedoch auch selbst Informationsgewinnungsbefugnisse, um Informationen von den Unternehmen auch direkt fordern zu können.⁴³⁹ Hierdurch wird Art. 11 BRRD umgesetzt. Dies soll jedoch nur eine Auffangregelung darstellen, die selten zum Einsatz kommt.⁴⁴⁰

Eine weitere Konkretisierung der Regelungen findet sich im so genannten *Supervisory Statement* der PRA zu der Abwicklungsplanung.⁴⁴¹

Diese Nachbesserungen im Zuge der Umsetzung der BRRD sind ein wichtiger Schritt, denn der zuvor geltende *Recovery and Resolution Instrument 2013* regelte die Sanierungs- und Abwicklungsplanung nur oberflächlich und ging kaum über das hinaus, was bereits in Art. 137J f. FSMA⁴⁴² enthalten war.

D. Russland

a. Vorbemerkung

Das russische Bankaufsichtssystem nahm seinen Anfang zu Beginn der 90er Jahre nach dem Zerfall der Sowjetunion und ist deshalb im Vergleich zu der hundertjährigen Entwicklung in Westeuropa und USA sehr schnell und teilweise anarchisch entstanden.⁴⁴³ Eine gewachsene Aufsichtsstruktur fehlte und die Entwicklung erfolgte eher weniger stabil und durchdacht.⁴⁴⁴ Eine Reihe von föderalen Gesetzen und Anordnungen und ihre mehrfache Änderung waren

⁴³⁶ *Bank of England Prudential Regulation Authority*, Implementing the Bank Recovery and Resolution Directive, a.a.O., Appendix 1.2.

⁴³⁷ *Bank of England Prudential Regulation Authority*, Implementing the Bank Recovery and Resolution Directive, a.a.O., Appendix 1.2, Rn. 2.3, 2.4, 3.3, 3.4.

⁴³⁸ *HM Treasury*, Transposition of the BRRD, a.a.O., Rn. 2.7.

⁴³⁹ Art. 8 Abs. 3 a) Bank Recovery and Resolution (No. 2) Order 2014; *HM Treasury*, Transposition of the BRRD, a.a.O., Rn. 2.9.

⁴⁴⁰ *HM Treasury*, Transposition of the BRRD, a.a.O., Rn. 2.9.

⁴⁴¹ <http://www.bankofengland.co.uk/prd/Documents/publications/ss/2015/ss1913update.pdf>.

⁴⁴² Art. 24 Financial Services Act 2012.

⁴⁴³ *Plakitkina*, Bankenstrukturen und Systemrisiken: Eine ökonomische Analyse Russlands im internationalen Vergleich (2005), S. 99.

⁴⁴⁴ *Plakitkina*, a.a.O., S. 99; *Gejvandov*, Social'nye i pravovye osnovy bankovskoj sistemy Rossijskoj Federacii (2003), Predislovie, <http://www.lawmix.ru/commlaw/1678> (letzter Zugriff am 11.04.2015).

erforderlich, was noch heute für den russischen aufsichtsrechtlichen Rahmen charakteristisch ist.⁴⁴⁵ Dies erschwert die Auffindung von relevanten Normen und ihre systematische Einordnung.

So enthält das russische Aufsichtsrecht eine Reihe von Eingriffsnormen, die in verschiedenen Gesetzen zu finden sind und unterschiedlichen Zwecken, beispielsweise der Gewinnung von Informationen, der Ahndung und Behebung von Gesetzesverstößen, der Sicherung der Einhaltung bestimmter Vorschriften, der besseren Kontrolle über den Einsatz von staatlich gewährten Mitteln sowie dem Entzug von Lizenzen, dienen.⁴⁴⁶

Zum Zwecke der Durchführung von Eingriffsmaßnahmen hat die CBR eine Reihe von untergesetzlichen Rechtsakten erlassen.⁴⁴⁷ Hervorzuheben ist hier die Instruktion der CBR über die Anwendung von Eingriffsmaßnahmen gegenüber Kreditinstituten (*Инструкция Банка России о применении к кредитным организациям мер воздействия*, Eingriffsmaßnahmeninstruktion, EingrMaßIns).⁴⁴⁸

Dort findet eine Einteilung der Eingriffsbefugnisse in vorbeugende (*предупредительные*) und zwingende (*принудительные*) Befugnisse statt.⁴⁴⁹

Ein Katalog vorbeugender Befugnisse ist in Art. 1.9 EingrMaßIns enthalten. Es beinhaltet die Information der Kreditorganisation über die Mängel in ihrer Tätigkeit und über die diesbezügliche Besorgnis des Aufsichtsorgans, Empfehlungen über die Korrektur der Mängel, Vorschläge, dem Aufsichtsorgan ein Programm zur Beseitigung der Mängel vorzulegen sowie die Begründung einer zusätzlichen Kontrolle über die Kreditorganisation. Diese Maßnahmen haben kaum Eingriffsintensität. Sie können zwar eine erste Reaktion auf Mängel in der Tätigkeit der Kreditorganisation sein. Bei gravierenderen Mängeln, die im Sinne der Phase des Frühzeitigen Eingreifens ein Anzeichen für eine sich anbahnende Krise sein können, reichen sie jedoch in der Regel nicht aus. Sie sind daher eher der Präventionsphase zuzuordnen.

Ein Katalog zwingender Befugnisse ist in Art. 1.15 EingrMaßIns enthalten. Er enthält die Verhängung von Geldbußen, Verlangen von Sanierungsmaßnahmen, Verlangen nach der Anpassung der Eigenmittel und des Stammkapitals, Verlangen nach Reorganisation, Beschränkung

⁴⁴⁵ Plakitkina, a.a.O., S. 99; Gejvandov, a.a.O., Predislovie.

⁴⁴⁶ Siehe z.B.: Art. 19 BankG, Art. 20 BankG, Art. 48 Gesetz über die Einlagensicherung von natürlichen Personen (Федеральный закон о страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации), Art. 73 ZenBG, Art. 75 ZenBG, Art. 76 ZenBG.

⁴⁴⁷ Soldatova/Sapozhnikova, Kommentarij k Federal'nomu Zakonu o Central'nom banke Rossijskoj Federacii (postatejnyj) (2011), S. 391; Die CBR ist nach Art. 7 ZenBG befugt, eigene Rechtsakte zu erlassen (Suchanov, a.a.O., Rn. 25).

⁴⁴⁸ Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii, Prikas Banka Rossii o vvedenii v dejstvie Instrukcii o primenenii k kreditnym organizacijam mer vosdejstvija za narushenija prudencial'nykh norm dejatel'nosti (26.01.2010), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_97067/ (letzter Zugriff am 14.04.2015).

⁴⁴⁹ Soldatova/Sapozhnikova, a.a.O., S. 392.

der Durchführung bestimmter Operationen für die Dauer von 6 Monaten, Verbot von Banktätigkeiten für die Dauer von 1 Jahr, Verbot der Eröffnung neuer Filialen für die Dauer von 1 Jahr, Verlangen nach Ersetzung der Geschäftsleitung, Ernennung einer Vorübergehenden Verwaltung und Entzug der Lizenz. Es zeigt sich, dass das EingrMaßIns die unterschiedlichsten Eingriffsmaßnahmen als zwingende Befugnisse begreift. Sowohl Maßnahmen nach Art. 20 BankG, Art. 74 ZenBG als auch Maßnahmen nach dem RFInsG sind im Katalog aufgeführt.

Damit bildet das EingrMaßIns eine allgemeine Grundlage für die Ergreifung von Eingriffsmaßnahmen aller Art. Es beantwortet nicht die Frage, ob es sich um Maßnahmen der regulären Aufsicht, des Frühzeitigen Eingreifens oder der Abwicklung handelt. Diesbezüglich müssen die jeweiligen Gesetze befragt werden. Bei der Anwendung der Maßnahmen ist dann die EingrMaßIns ergänzend hinzuzuziehen.

Als zentrale Norm des Frühzeitigen Eingreifens ist Art. 74 ZenBG anzusehen.⁴⁵⁰ Art. 19 BankG nennt zwar nahezu identische Eingriffsvoraussetzungen, verweist aber hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen auf das ZenBG.⁴⁵¹

Wie bereits im Rahmen der Bestimmung des Begriffes des Frühzeitigen Eingreifens erörtert, sind nicht alle in Art. 74 ZenBG geregelten Maßnahmen als Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens zu qualifizieren.⁴⁵² Auszuschließen sind bloße Forderungen nach einer Beseitigung der Rechtsverstöße und bloße Pönalisierungen des vorangegangenen Verhaltens.⁴⁵³ Dies gilt für die ersten beiden Maßnahmen des Art. 74 Abs. 1 ZenBG und für Art. 74 Abs. 2 Nr. 1 ZenBG.

b. *Beschränkung der Operationen – Art. 74 Abs. 1 ZenBG*

Unter den Maßnahmen des Art. 74 Abs. 1 ZenBG geht nur die dritte Maßnahme über eine bloße Bestätigung des Geltungsanspruchs des Aufsichtsrechts hinaus.

Die CBR kann einzelne Operationen der Kreditorganisation für eine Dauer von bis zu 6 Monaten beschränken.⁴⁵⁴ Dies gilt auch für Operationen innerhalb einer Unternehmensgruppe.

Der Wortlaut der Maßnahme ist weit, sodass eine Reihe von Operationen darunter subsumiert werden kann. Beispielsweise ist es denkbar, die Annahme neuer Einlagen zu beschränken. Damit steht Art. 74 Abs. 1 Var. 3 ZenBG in einem Konkurrenzverhältnis zu Art. 48 des Gesetzes über die Einlagensicherung von natürlichen Personen (*Федеральный Закон о страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации*), wonach das Recht zur Annahme

⁴⁵⁰ Vgl.: S. 25.

⁴⁵¹ *Chalov*, Kommentarij k Federal'nomu Zakonu o Central'nom banke Rossijskoj Federacii (Banke Rossii) (postatejnyj) (2010), Art. 74, Rn. 1-2, <http://www.lawmix.ru/commlaw/99> (letzter Zugriff am 01.04.2015).

⁴⁵² Vgl.: S. 26.

⁴⁵³ Vgl.: S. 26.

⁴⁵⁴ *Suchanov*, § 78 Länderteil – Russland, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht (2. Aufl. 2009), Rn. 19.

von Einlagen suspendiert werden kann. Gemeinsam ist beiden Vorschriften, dass sie der Stabilisierung der Situation dienen, indem sie die Anhäufung von Risiken verhindern.⁴⁵⁵ Im Jahr 2014 waren 70 Banken von Beschränkungen bzw. Verboten der Annahme von Einlagen betroffen.⁴⁵⁶

Im Einzelfall kann auch die Beschränkung anderer Operationen die Anhäufung von Risiken verhindern.

c. Art. 74 Abs. 2 ZenBG

i. Sanierungsmaßnahmen – Art. 74 Abs. 2 Nr. 2 ZenBG

Art. 74 Abs. 2 Nr. 2 ZenBG erlaubt es, von dem Institut verlangen zu können, dass es Sanierungsmaßnahmen durchführt. Dies umfasst u.a. eine Veränderung der Struktur der Aktiva des Instituts, die Ersetzung der Geschäftsleitung, die Begrenzung der Entgelt- oder Bonuszahlungen an diese Personen oder eine Reorganisation.⁴⁵⁷

Die Regelungen sind als sehr eingriffsintensive Maßnahmen formuliert. Das Verlangen nach Sanierungsmaßnahmen oder Reorganisation können in ihrer Wirkung an einen Zwang zur Durchführung einer Eigenkapitalerhöhung herankommen.⁴⁵⁸ Das Verlangen von Sanierungsmaßnahmen ist außerdem in Art. 189.20 RFInsG vorgesehen.⁴⁵⁹ Das Verlangen nach einer Reorganisation findet sich auch in Art. 189.45 RFInsG.⁴⁶⁰ Damit lässt sich eine Überschneidung zwischen den Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens und der Abwicklung feststellen. Die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis wirkt sich jedoch erst aus, wenn entschieden werden muss, welche Voraussetzungen für ein Eingreifen gelten.⁴⁶¹

Durch die Tatbestandsvoraussetzungen, die entweder eine Verletzung von Vorschriften oder eine durch bestimmte Operationen der Bank verursachte Gefahr für die Gläubigerinteressen voraussetzen, ist der Vorschrift zwar eine gewisse Verantwortlichkeit der Geschäftsführung immanent, sie setzt jedoch grundsätzlich keine Prüfung ihrer Ungeeignetheit voraus.

Aus den Berichten der CBR ergibt sich eine eher untergeordnete Rolle des Art. 74 Abs. 2 Nr. 2 ZenBG in der Praxis.⁴⁶² Im Jahr 2006 wurden lediglich 5 Kreditorganisationen aufgefordert,

⁴⁵⁵ Vgl.: Sukhov, Aktual'nye voprosy razvitiya bankovskogo sektora Rossijskoj Federacii, Den'gi i kredit, No. 10/2014, S. 3 (6), http://www.cbr.ru/publ/MoneyAndCredit/sukhov_10_14.pdf (letzter Zugriff am 23.03.2015).

⁴⁵⁶ Vgl.: Sukhov, a.a.O., S. 6.

⁴⁵⁷ Suchanov, a.a.O., Rn. 20.

⁴⁵⁸ Vgl.: S. 73 für eine ähnliche Argumentation bei § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 7.

⁴⁵⁹ Siehe: S. 183.

⁴⁶⁰ Siehe: S. 188.

⁴⁶¹ Hierzu siehe: S. 300, 301.

⁴⁶² Central Bank of the Russian Federation, Banking Supervision Reports 2002-2013 (2003-2014), <http://www.cbr.ru/Eng/publ/?PrtlId=nadzor> (letzter Zugriff am 20.02.2015).

ihre Geschäftsleitung zu ersetzen.⁴⁶³

ii. Beschränkung von Banktätigkeiten und der Eröffnung von Zweigstellen – Art. 74 Abs. 2 Nr. 3 ZenBG

Nach Art. 74 Abs. 2 Nr. 3 kann dem Kreditinstitut für einen Zeitraum bis zu einem Jahr untersagt werden, bestimmte Banktätigkeiten, welche von seiner Banklizenz gedeckt sind, auszuführen, sowie neue Zweigstellen zu eröffnen.⁴⁶⁴

Beschränkungen und Untersagungen bestimmter Banktätigkeiten sind im Jahr 2006 in 156 Fällen angeordnet worden.⁴⁶⁵ Im Jahr 2007 hat sich diese Zahl halbiert.⁴⁶⁶ Im Jahr 2008 gibt es keine genauen Angaben über die Beschränkung und Untersagung von Banktätigkeiten. Es wird aber erwähnt, dass die Anwendung von Zwangsmaßnahmen insgesamt um 8 % abgenommen hat.⁴⁶⁷ Im Jahr 2009 fehlen genaue Angaben in dem Bericht der CBR. Der Bericht konzentriert sich vielmehr auf Maßnahmen, die auf der nächsten Stufe in Kapitel 4 diskutiert werden. Im Jahr 2010 wurden 76 Banken in ihrer Tätigkeit beschränkt, 42 Banken wurden bestimmte Banktätigkeiten untersagt und 31 Banken wurde verboten, Filialen zu eröffnen.⁴⁶⁸ Im Jahr 2011 wurden 68 Kreditorganisationen in ihrer Tätigkeit beschränkt, in 25 Fällen wurden bestimmte Banktätigkeiten verboten und in 35 Fällen wurde ein Verbot zur Eröffnung neuer Filialen ausgesprochen.⁴⁶⁹ Für das Jahr 2012 fehlen genaue Angaben zu diesen Maßnahmen. Im Jahr 2013 wurden in Bezug auf 194 Banken Beschränkungen ihrer Tätigkeit ausgesprochen, bei 45 Banken waren es Tätigkeitsverbote und bei 51 Banken Verbote zur Eröffnung neuer Filialen.⁴⁷⁰

Es zeigt sich also, dass Art. 74 Abs. 2 Nr. 3 ZenBG eine effektiv genutzte Maßnahme darstellt.

iii. Vorübergehende Verwaltung – Art. 74 Abs. 2 Nr. 4 ZenBG

Nach Art. 74 Abs. 2 Nr. 4 kann die CBR eine Vorübergehende Verwaltung (*Временную Администратцию*) ernennen, um das Kreditinstitut für einen Zeitraum von bis zu 6 Monaten zu führen.⁴⁷¹ Hierbei wird das Verfahren für die Ernennung durch Gesetze⁴⁷² und normative

⁴⁶³ *Central Bank of the Russian Federation*, Banking Supervision Report 2006, S. 63, http://www.cbr.ru/eng/publ/archive/root_get_blob.aspx?doc_id=7449 (letzter Zugriff am 20.02.2015).

⁴⁶⁴ *Suchanov*, a.a.O., Rn. 20.

⁴⁶⁵ *Central Bank of the Russian Federation*, Banking Supervision Report 2006, a.a.O., S. 63.

⁴⁶⁶ *Central Bank of the Russian Federation*, Banking Supervision Report 2007, S. 65, http://www.cbr.ru/eng/publ/archive/root_get_blob.aspx?doc_id=8152 (letzter Zugriff am 20.02.2015).

⁴⁶⁷ *Central Bank of the Russian Federation*, Banking Supervision Report 2008, S. 62, http://www.cbr.ru/eng/publ/archive/root_get_blob.aspx?doc_id=8488 (letzter Zugriff am 20.02.2015).

⁴⁶⁸ *Central Bank of the Russian Federation*, Banking Supervision Report 2010, S. 61, http://www.cbr.ru/eng/publ/archive/root_get_blob.aspx?doc_id=9065 (letzter Zugriff am 20.02.2015).

⁴⁶⁹ *Central Bank of the Russian Federation*, Banking Supervision Report 2011, S. 64, http://www.cbr.ru/eng/publ/archive/root_get_blob.aspx?doc_id=9267 (letzter Zugriff am 20.02.2015).

⁴⁷⁰ *Central Bank of the Russian Federation*, Banking Supervision Report 2013, S. 65, http://www.cbr.ru/eng/publ/archive/root_get_blob.aspx?doc_id=9526 (letzter Zugriff am 20.02.2015).

⁴⁷¹ *Suchanov*, a.a.O., Rn. 20.

⁴⁷² Art. 189.25 ff. RFInsG.

Akte⁴⁷³ der CBR bestimmt. Die Vorübergehende Verwaltung wird unten in Kapitel 3 erläutert.

iv. Verbot von Reorganisationsmaßnahmen – Art. 74 Abs. 2 Nr. 5 ZenBG

Nach Art. 74 Abs. 2 Nr. 5 kann die CBR die Durchführung von Reorganisationsmaßnahmen verbieten, wenn diese dazu führen würden, dass eine Grundlage für die Durchführung von Maßnahmen zur Verhinderung der Insolvenz nach dem Gesetz über die Insolvenz von Kreditinstituten geschaffen wird.⁴⁷⁴

v. Erhöhung des Eigenkapitals – Art. 74 Abs. 2 Nr. 6 ZenBG

Nach Art. 74 Abs. 2 Nr. 6 kann die CBR von den „Mitgliedern“ der Kreditorganisation, die in der Lage sind, Einfluss auf die Entscheidungen der Institutsleitung zu nehmen, verlangen Maßnahmen zu ergreifen, welche darauf gerichtet sind, das Eigenkapital des Instituts bis zu einem Level zu erhöhen, das die Einhaltung von zwingenden Normen gewährleistet.

Durch die Änderung des Wortlauts durch das Föderale Gesetz vom 22.12.2014 über die Änderung und Außerkraftklärung einzelner gesetzlicher Bestimmungen der Russischen Föderation (*Федеральный Закон от 22.12.2014 о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации*, Änderungsgesetz, ÄndG) hat die Regelung an Durchschlagskraft gewonnen, denn nunmehr wird die Ergreifung von Maßnahmen nicht mehr nur „vorgeschlagen“ sondern „verlangt“.

vi. Obergrenze für die Zinsrate – Art. 74 Abs. 2 Nr. 7 ZenBG

Art. 74 Abs. 2 Nr. 7 erlaubt, eine Obergrenze für die Zinsrate einzuführen, welche die Bank ihren Einlegern anbietet, sei es bei Vertragsschluss oder bei Verlängerung des Vertrages während des Beschränkungszeitraumes. Die Beschränkung darf jedoch nicht niedriger sein als 2/3 der Refinanzierungsrate der CBR auf Bankeinlagen in Rubel und nicht niedriger als LIBOR auf Bankeinlagen in ausländischer Währung zum Zeitpunkt der Auferlegung der Beschränkung für einen Zeitraum von bis zu einem Jahr. Diese Nummer ist durch Gesetz vom 02.07.2013 eingefügt worden.⁴⁷⁵ Der Sinn und Zweck könnte darin liegen, zu verhindern, dass die Bank sich durch Anbieten hoher Zinssätze übernimmt und zu hohe Verpflichtungen schafft, die sie am Ende nicht bedienen kann. Zu hohe Zinsen durch eine Bank können zudem eine Marktstörung

⁴⁷³ *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii*, Polozhenie o vremennoj administracii po upravljeniju kreditnoj organizaziej (18.12.2013), <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=158756;from=143142-0;rnd=0.26651223004162883> (letzter Zugriff am 14.04.2015).

⁴⁷⁴ *Suchanov*, a.a.O., Rn. 20.

⁴⁷⁵ Föderales Gesetz vom 02.07.2013 über die Änderung einzelner gesetzlicher Bestimmungen der Russischen Föderation (*Федеральный закон от 02.07.2013 о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации*), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_148458/?frame=2#p409 (letzter Zugriff am 12.04.2015).

verursachen, indem sie einen „umgekehrten *Bank Run*“ auslösen.

d. *Exkurs: Sanierungs- und Abwicklungsplanung*

Verbindliche Regelungen für die Aufstellung von Sanierungsplänen bzw. Plänen zur Wiederherstellung der finanziellen Stabilität (*планы восстановления финансовой устойчивости*) wurden durch das ÄndG durch Änderungen der Art. 24 BankG und Art. 57 ZenBG geschaffen.

Als Teil der Gewährleistung der finanziellen Stabilität der Kreditorganisation sieht Art. 24 Abs. 5 BankG vor, dass Kreditorganisationen auf Verlangen der CBR Sanierungspläne erstellen und aktualisieren, die unter anderem Maßnahmen vorsehen, welche die Einhaltung der Vorschriften der CBR gewährleisten. Ein entsprechendes Verlangen der CBR ist in Art. 57 Abs. 3 ZenBG geregelt.

Systemrelevante Kreditorganisationen sind nach Art. 24 Abs. 6 BankG, Art. 57 Abs. 7 ZenBG *per se* verpflichtet Sanierungspläne zu erstellen, zu aktualisieren und der CBR vorzulegen.

Die CBR bewertet die ihr vorgelegten Pläne (Art. 57 Abs. 8 ZenBG). Bei systemrelevanten Kreditorganisationen erstellt sie auf ihrer Grundlage Pläne, die Maßnahmen für den Fall vorsehen, dass die Sanierungspläne keine Abhilfe schaffen (Art. 57 Abs. 10 ZenBG). Diese können als Abwicklungspläne bezeichnet werden.

Näheres im Hinblick auf den Inhalt, das Verfahren, die Fristen, Anforderungen an die Änderungen und die Bewertung soll durch normative Akte der CBR geregelt werden (Art. 24 Abs. 10 BankG, Art. 57 Abs. 9 ZenBG).

Detaillierte Anforderungen an Sanierungspläne sind als unverbindliche Empfehlung in einem Rundschreiben der CBR vom 29. Dezember 2012 enthalten.⁴⁷⁶ Sie basieren auf den *FSB Key Attributes*.⁴⁷⁷

Der Anhang zu dem Rundschreiben der CBR enthält ausführliche methodische Empfehlungen über die Erarbeitung eines Sanierungsplans.⁴⁷⁸ Der Anhang ist in 6 Kapitel unterteilt: Allgemeine Regelungen (Kapitel 1), Bedingungen für eine effektive Sanierungsplanung (Kapitel 2),

⁴⁷⁶ *Shelepov*, Finance: Systemically Important Financial Institutions, Russia, in: G20 Research Group: 2012 Los Cabos G20 Final Compliance Report (4. September 2013), S. 387, <http://www.g20.utoronto.ca/compliance/2012loscabos-final/08-2012-g20-compliance-final.pdf> (letzter Zugriff am 23.02.2015); *Shvecov*, Informacionno analiticheskij dokument o sovremennykh rekomendacijakh mezhdunarodnykh finansovykh institutov, ustanavlivajushchikh standarty finansovoj dejatel'nosti, v oblasti korporativnogo upravlenija i sistem upravlenija riskami i o polnote i stepeni realizatii ehtikh rekomendacij krupnejshimi rossijskimi kreditnymi organizacijami-uchastinikami „Samoocenki sistemy upravlenija riskami i korporativnogo upravlenija v banke“ (März 2013), S. 20, http://www.cbr.ru/analytics/bank_system/ssurkub.pdf (letzter Zugriff am 23.02.2015); *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii*, Pis'mo Banka Rossii ot 29.12.2012 No 193-T o metodicheskikh rekomendacijakh po razrabotke kreditnymi organizacijami planov vosstanovlenija finansovoj ustojchivosti, VESTNIK BANKA ROSSII Nr. 1 (1397) (16.01.2013), S. 40 ff., <http://www.cbr.ru/publ/vestnik/ves130116001.pdf> (letzter Zugriff am 22.02.2015).

⁴⁷⁷ *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii*, Pis'mo Banka Rossii ot 29.12.2012 No 193-T, a.a.O., S. 40.

⁴⁷⁸ *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii*, Pis'mo Banka Rossii ot 29.12.2012 No 193-T, a.a.O., S. 42.

Struktur und Inhalt des Sanierungsplans (Kapitel 3), Mögliche Maßnahmen der Sanierung (Kapitel 4), Kriterien der Bewertung des Sanierungsplans (Kapitel 5) und Besonderheiten bei der Erarbeitung von Sanierungsplänen durch Kreditorganisationen, die Funktionen der Finanzinfrastruktur übernehmen (Kapitel 6). Ein weiterer Anhang enthält Regelungen über Stresstests, deren Ergebnisse in den Sanierungsplan einfließen⁴⁷⁹ und ein dritter Anhang detailliert Indikatoren, welche die Realisierung der unterschiedlichen, im Sanierungsplan vorgesehenen Maßnahmen, einleiten sollen.⁴⁸⁰

Kapitel 3 des Anhangs zu dem Rundschreiben der CBR vom 29.12.2012 regelt sehr ausführlich, welchen Inhalt der Sanierungsplan haben soll. Zu den wesentlichen Aspekten gehören eine zusammenfassende Darstellung der wesentlichen Strategien zur Sanierung, Informationen über die Organisationsstruktur des Instituts, ihr Haupttätigkeitsfeld, ihre Untergliederungen sowie bedeutende Funktionen, Festlegung einer Strategie zur Sanierung des Instituts und ihre wesentlichen Elemente einschließlich Stress-Szenarien, Schlüsselmaßnahmen und eventuellen Finanzierungsquellen. Außerdem sollen Parameter festgelegt werden, bei deren Eintreffen die Realisierung der Maßnahmen des Sanierungsplans gestartet werden soll. Beispiele für mögliche Parameter sind im weiteren Anhang zum Rundschreiben aufgeführt. Es sollen auch vorbereitende Maßnahmen vorgesehen werden, die bei Eintreten der Situation, in der die Realisierung des Sanierungsplans notwendig wird, gewährleisten, dass Instrumente wie IT-Systeme, Clearing- und Abrechnungssysteme sowie andere innere Prozesse funktionieren. Die Verantwortlichkeiten für den Start der Realisierung des Sanierungsplans und die damit verbundenen Befugnisse sollen genau festgelegt werden.

Kapitel 4 äußert sich ausführlich über Eigenschaften und Varianten von Sanierungsmaßnahmen. Es muss darauf geachtet werden, dass kurzfristige Lösungen die langfristige finanzielle Lebensfähigkeit nicht gefährden. Beispielsweise kann vorgesehen werden, dass Auszahlungen von Dividenden, Boni und Kompensationen ausgesetzt werden, und Schulden konvertiert werden. Es können Standardinstrumente zur Aufrechterhaltung der Liquidität und Beseitigung von Liquiditätsengpässen, zusätzliche Finanzierungsquellen unter Berücksichtigung von Möglichkeiten einer Unterstützung innerhalb der Gruppe sowie Schaffung eines Garantiefonds festgelegt werden. Es kann auch ein Verkauf von Aktiva vorgesehen werden; eventuell auch unter Angabe potentieller Käuferkreise. Auch die Schuldenrestrukturierung ist eine empfohlene Sanierungsmaßnahme, die im Plan vorgesehen werden kann.

Auf die weiteren Empfehlungen soll hier nicht im Detail eingegangen werden. Hervorzuheben sind hier lediglich einige Regelungen in Bezug auf Kreditinstitute, die Infrastrukturfunktionen auf dem Finanzmarkt übernehmen, z.B. zentrale Gegenparteien, zentrale Verwahrstellen und

⁴⁷⁹ *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii, Pis'mo Banka Rossii* ot 29.12.2012 No 193-T, a.a.O., S. 50.

⁴⁸⁰ *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii, Pis'mo Banka Rossii* ot 29.12.2012 No 193-T, a.a.O., S. 51.

Clearingorganisationen. Bei diesen sind Sanierungspläne ausgehend von dem Prinzip der ununterbrochenen Erfüllung der Infrastrukturfunktion zu erstellen.⁴⁸¹ Zudem wird bei zentralen Gegenparteien empfohlen, den Sanierungsplan durch das Komitee der Nutzer, das Risikokomitee oder ein anderes Kollegialorgan, dem die Kunden angehören, absegnen zu lassen.⁴⁸² Kreditorganisationen, die nicht selbst als zentrale Gegenpartei fungieren aber unter Beteiligung einer zentralen Gegenpartei *Clearing* durchführen, wird empfohlen, ihren Sanierungsplan in Abstimmung mit der zentralen Gegenpartei zu erstellen.⁴⁸³

Da das Rundschreiben bereits ausführlich die Anforderungen beschreibt und damit auch die Position der CBR wiedergibt, ist zu erwarten, dass sich die normativen Akte über Sanierungspläne nach dem neuen Art. 57 ZenBG an diesen Anforderungen orientieren werden.

E. Fazit

Im Hinblick auf die Sanierungs- und Abwicklungsplanung lässt sich feststellen, dass inhaltlich in allen vier diskutierten Rechtsordnungen eine große Ähnlichkeit besteht. Dies liegt daran, dass vor der Finanzkrise 2007/2008 in keiner dieser Rechtsordnungen vergleichbare Regelungen vorhanden waren. Die von der FSB entwickelten Grundsätze haben hier einen großen Einfluss, da sie auf einen vollständig regelungsfreien Raum einwirken. Daher finden sich viele der von der FSB aufgestellten Regelungen fast wortgleich in den vier Rechtsordnungen wieder. Dies ist ein immenser Fortschritt, der zu begrüßen ist. Die *ex ante* Krisenbekämpfung scheint, von allen neuen Entwicklungen, die am meisten vielversprechende.⁴⁸⁴

Positiv hervorzuheben ist der Detaillierungsgrad der CBR-Empfehlung zu Sanierungsplänen. Hier könnten sich die europäischen Regelungen teilweise inspirieren lassen. Dies gilt insbesondere für die Empfehlungen in Bezug auf zentrale Gegenparteien und die Teilnehmer eines Clearingsystems. Hier erscheint es sinnvoll, eine Zusammenarbeit und Abstimmung der betroffenen Kreditorganisationen vorzusehen.

Zu kritisieren bleibt in Russland, dass für nicht-systemrelevante Institute keine unmittelbare Verpflichtung zur Erstellung von Sanierungsplänen gegeben ist. Außerdem sollte sich Russland von den europäischen Vorgaben an die Abwicklungspläne inspirieren lassen und regeln, wie Abwicklungspläne durch die CBR zu erstellen sind.

Das Regime des Frühzeitigen Eingreifens hat in allen vier untersuchten Rechtsordnungen noch Verbesserungspotenzial.

⁴⁸¹ *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii*, Pis'mo Banka Rossii ot 29.12.2012 No 193-T, a.a.O., Anhang, Rn. 6.1.

⁴⁸² *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii*, Pis'mo Banka Rossii ot 29.12.2012 No 193-T, a.a.O., Anhang, Rn. 6.4.

⁴⁸³ *Central'nyj Bank Rossijskoj Federacii*, Pis'mo Banka Rossii ot 29.12.2012 No 193-T, a.a.O., Anhang, Rn. 6.6.2.

⁴⁸⁴ Vgl.: *Binder*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren?, a.a.O., S. 132.

Maßnahmen auf europäischer Ebene sind auf zwei Rechtsquellen – die CRD IV und die BRRD – verteilt. Insbesondere aufgrund inhaltlicher Überschneidungen, ist dies nicht zu begrüßen. Auch aus systematischer Sicht wäre es zweckmäßig, diese Maßnahmen zu konsolidieren und ein einheitliches Regelwerk zu schaffen. Da es sich bei Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens um besondere Aufsichtsmaßnahmen handelt, wäre es konsequent, sie neben anderen Aufsichtsmaßnahmen in der CRD IV zu regeln. Die Schaffung eines gesonderten Abschnitts würde der Grenzziehung zwischen Frühzeitigem Eingreifen und regulärer Aufsicht hinreichend Rechnung tragen. Da Sanierungspläne in unmittelbarem Zusammenhang mit Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens stehen, wären auch diese in die CRD IV zu verschieben.

Das oben genannte Problem der Zersplitterung der Rechtsquellen setzt sich in Deutschland fort, da die Umsetzung der BRRD vorwiegend im SAG und der CRD IV im KWG erfolgt. Es stellen sich Fragen des Konkurrenzverhältnisses der Normen und ihrer teilweisen Überflüssigkeit. Systematische Klarheit geht hierdurch verloren. Auch hier ist eine Konsolidierung erforderlich. Es wäre empfehlenswert gewesen, Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens durch Anpassung des KWG vorzunehmen und diese nicht in das SAG aufzunehmen.

Ähnlich kritisch gestaltet sich die Umsetzung der Maßnahmen des Frühzeitigen Eingreifens in Großbritannien. Statt einer Änderung des FSMA und Implementierung der Maßnahmen in die vorhandene Aufsichtsstruktur begnügt sich das die BRRD (No. 2) Order mit einem Verweis auf die BRRD. Hierdurch entstehen Fragen des Verhältnisses der Normen zueinander. Zudem ist die Implementierung teilweise uneinheitlich und inkonsequent. Positiv ist immerhin die Definition des Begriffes des Frühzeitigen Eingreifens.

Wie zuvor in Großbritannien ist in Russland das System des Frühzeitigen Eingreifens nicht klar definiert. Es existiert zwar ein Maßnahmenkatalog, dieser ist jedoch nicht klar abgegrenzt. Insbesondere sind die Eingriffsbefugnisse teilweise so einschneidend, wie Abwicklungsbefugnisse und schreiben auch inhaltlich das Gleiche vor. Damit fehlen Abgrenzungskriterien und ein Stufenverhältnis. Ein weiterer Kritikpunkt im Vergleich zu den untersuchten europäischen Systemen ist, dass das russische System sehr starr ist. Neben dem Katalog existiert keine Auffangnorm, die im Rahmen des Ermessens auch andere Maßnahmen als die explizit aufgeführten zulässt.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Ob solche Rechtskonstrukte wie „Ermessen“ nach russischem Recht grundsätzlich geeignet sind, die Befugnisse von Behörden zu beschreiben, bedarf jedoch näherer Untersuchung, die den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde.

Maßnahmen der Vor-Insolvenz zur Vermeidung von
Bankenkrisen

Eine rechtsvergleichende Analyse

Uffelman, H.

2017, XXV, 284 S., Softcover

ISBN: 978-3-658-16689-2