

RECHT UND KAPITALMARKT

Banken in der Krise 2.0

Ist die Insolvenzordnung das richtige Instrument zur Abwicklung nicht systemrelevanter Institute? – Der Fall Maple Bank

Von Mathias Hanten und
Konstadinos Massuras *)

Börsen-Zeitung, 27.2.2016

Das laufende Insolvenzverfahren der Maple Bank GmbH gibt Anlass, einen Blick auf die für Kreditinstitute relevanten Verfahren in der Krise zu werfen. Dabei drängt sich die Frage auf, ob sich, post Lehman, für Banken in der Krise durch die Umsetzung der Banking Resolution and Recovery Directive (BRRD), das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) und die Schaffung des Single Resolution Mechanism (SRM) etwas geändert hat. Für nicht systemrelevante Banken bleibt das allermeiste beim Alten. Dies ergibt sich, zumindest mittelbar, aus § 67 SAG, der als Abwicklungsziele die Vermeidung der Systemgefährdung (Abs. 1 Nr. 2) oder den Schutz öffentlicher Mittel (Abs. 1 Nr. 3) definiert.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) prüft zuerst, ob von der Bestandsgefährdung der relevanten Bank eine Systemgefährdung oder eine Gefahr für öffentliche Mittel ausgeht. Nur wenn das zu bejahen ist, kommen die Abwicklungsinstrumente des SAG in Betracht. Diese können in der Gläubigerbeteiligung (Bail-in) oder der Übertragung von Anteilen, Vermögenswerten, Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnissen auf Dritte zur Abwicklung oder Sanierung bestehen.

Wenn die Systemgefährdung oder eine Gefahr der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel verneint wird, muss die BaFin auf die nationalen Instrumente des Kreditwesengesetzes (KWG) zurückgreifen. Das meistgenutzte Instrument in unübersichtlicher Situation ist das Moratorium nach § 46 KWG. Hierfür ist nach Maßgabe des verwaltungs- und verfassungsrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeitsprinzips zu prüfen, welche einstufigen Maßnahmen zur Gefahrenabwendung geeignet und erforderlich sind.

Üblicherweise wird ein modifiziertes Veräußerungs- und Zahlungsverbot angeordnet, um die Vermögenswerte der Bank während der Prüfung der Sanierungsfähigkeit zu sichern. Ziel des Moratoriums ist eine Betriebsfortführungsprognose,

die entweder eine Unternehmensfortführung, eventuell mit Unterstützung Dritter, oder die Feststellung des Entschädigungsfalls nach § 10 Einlagensicherungsgesetz (EinSiG) vorsieht. § 10 Abs. 2 EinSiG verlangt, dass der Entschädigungsfall spätestens sechs Wochen nach Verhängung des Moratoriums festzustellen ist. Diese Frist verhindert die theoretische Sackgasse, die sich bei einem zeitlich unbegrenzten Moratorium ergeben könnte.

Atempause

Kurz: Das Moratorium soll eine Art Atempause verschaffen. In der Praxis stellt sich jedoch das besondere Problem, dass wegen des Zahlungsverbots offene Derivatepositionen nicht geschlossen werden können und die Vertragsparteien ihre Sicherheiten verwerten. Maßnahmen der Gläubiger im Moratorium sind auf Grund der in den Master Agreements immer vereinbarten Cross-Default-Klauseln zulässig und aus Gläubigersicht wohl auch geboten. Sicherheitenverwertungen führen aber, weil sie häufig im Wege des Fire Sale erfolgen, regelmäßig zu Verlusten. Insoweit wird die Atempause gerade nicht erreicht, sondern Anlegervertrauen verloren.

Die – sich dem Moratorium regelmäßig anschließende – Feststellung des Entschädigungsfalls nach § 10 EinSiG kommt der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Insolvenzordnung (InsO) sehr nahe. Denn sie setzt das Urteil der BaFin voraus, dass das Institut vorerst nicht in der Lage ist, fällige Einlagen zurückzuzahlen, und gegenwärtig auch keine Aussicht besteht, dass es in absehbarer Zeit hierzu in der Lage sein wird.

Die Insolvenzgründe – Überschuldung und (drohende) Zahlungsunfähigkeit – sind für Kreditinstitute nicht speziell geregelt. Im aktuellen Maple-Fall hat die BaFin jedenfalls bilanzielle Überschuldung wegen des Erfordernisses zur Bildung von Steuerrückstellungen angenommen.

Die bilanzielle Überschuldung ist generell nur ein Indiz einer möglichen Überschuldung im Sinne des § 19 InsO. Letztere liegt vor, wenn das Vermögen des Kreditinstituts

die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Sie stellt jedoch bei positiver Fortführungsprognose keinen Insolvenzantragsgrund dar.

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn das Kreditinstitut nicht in der Lage ist, fällige Zahlungspflichten zu erfüllen. Eine Geringfügigkeitsgrenze kann mit unter 10 % der Gesamtverbindlichkeiten angesetzt werden. Wird das Kreditinstitut voraussichtlich nicht in der Lage sein, die bestehenden Zahlungspflichten bei Fälligkeit zu erfüllen, ist es (nur) drohend zahlungsunfähig. Die Zahlungsunfähigkeit löst eine zwingende Insolvenzantragspflicht aus, die jedoch nicht den Geschäftsleitern obliegt. Sie haben nur eine Anzeigepflicht gegenüber der BaFin, die das „Insolvenzantragsmonopol“ für Kreditinstitute hat. Allerdings bedarf sie für den Insolvenzantrag bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit der Zustimmung des betroffenen Kreditinstituts. Während für sonstige Gläubiger keine Abweichungen von der InsO vorgesehen sind, weist das Entschädigungsverfahren für die Einlagengläubiger einige Besonderheiten auf. Ist das Kreditinstitut in privater Rechtsform organisiert, so ist es der Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH zugeordnet. Diese Einrichtung, eine nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 EinSiG Beliehene, entschädigt allerdings nur bis zu 100 000 Euro.

Wirkt das Institut am – privaten – Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken (ESF) mit, so entschädigt dieser Fonds nach § 6 Abs. 1 seines Statuts pro Gläubiger bis zu einer Sicherungsgrenze von aktuell 20 % der Eigenmittel im Sinne von Art. 72 EU-Verordnung Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRR). Diese Sicherungsgrenze wird sukzessive, ab 1. Januar 2020 auf 15 % und ab 1. Januar 2025 auf 8,75 % abgesenkt.

Nach § 5 Abs. 10 des Statuts besteht kein Rechtsanspruch auf Entschädigung. Trotz dieses Ausschlusses, dem deutsche Gerichte bereits Wirksamkeit attestiert haben, hat der ESF bisher in jedem Fall, in dem nach seiner Auffassung ein Entschädigungstatbestand vorlag, entschä-

digt. Selbst bei sehr großen Summen, wie etwa im Fall der Lehman Brothers Bankhaus AG, konnte der ESF entschädigen, wenn auch nur aus einer Art Sonderumlage der mitwirkenden Kreditinstitute und auf Grund einer beihilferechtlich relevanten Garantie der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA).

Das Entschädigungsverfahren nach dem Statut des ESF hat zwei wesentliche Anknüpfungspunkte: Es muss sich um eine entschädigungsfähige Einlage und um einen berechtigten Einlagegläubiger handeln. Der ESF entschädigt ausschließlich Einlagen, die in der Bilanz der Bank als „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“ im Sinne von § 21 Abs. 2 der Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute (RechKredV) ausgewiesen sind und, nach Auffassung des ESF, zu Recht in dieser Bilanzposition ge-

bucht waren. Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten sind deshalb nicht gesichert. Ebenfalls ausgeschlossen sind Verbindlichkeiten, über die die Bank Inhaberpapiere ausgestellt hat – dies ergibt sich aus § 6 Abs. 1a des Statuts des ESF.

Hohe Quoten

In der letzten Zeit lagen die Insolvenzquoten in Deutschland abgewickelter Kreditinstitute nahe 100%. Die bestellten Insolvenzverwalter sind entweder als Wundertäter einzustufen, oder es stellt sich die Frage, ob die Insolvenz wirklich das geeignete Abwicklungsverfahren für Einlagenkreditinstitute ist. Eine hohe Quote kann zwar durchaus an der rechtzeitigen, aber auch an einer verfrühten Insolvenzantragstellung liegen. Dann muss aber gefragt werden, ob nicht andere Maßnahmen des § 46 KWG zur Abwendung der

Insolvenz hätten führen können. Das gilt besonders in einem Fall wie der Maple Bank GmbH, in dem eine bilanzielle Überschuldung infolge durchaus umstrittener Steuerverbindlichkeiten im Raume steht.

Kurz gefasst lassen sich durch den Fall der Maple Bank GmbH zwar keine neuen Erkenntnisse über die Anwendung des europäischen SRM gewinnen. Interessant ist aber auch hier die Insolvenzquote. Wenn sich diese Quote wieder bei rund 100% bewegt, kommt die Frage auf, ob die InsO wirklich das richtige Instrument zur Abwicklung nicht systemrelevanter Kreditinstitute ist, oder ob nicht besser auch kleinere Institute den europäischen Sanierungs- und Abwicklungsmechanismen unterworfen werden sollten.

.....
*) Dr. Mathias Hanten ist Partner und Leiter Banking & Finance, Dr. Konstadinos Massuras ist Partner bei Deloitte Legal.