



# **FDP-Bundestagsfraktion**

## **Positionspapier**

### **Bankeninsolvenz**

Beschluss der FDP-Bundestagsfraktion vom 30. Juni 2009

## Einleitung

Die Finanzmarktstabilität ist ein öffentliches Gut. Die Versorgung der Finanzmärkte in der akuten Krise nach der Insolvenz der amerikanischen Bank Lehman Brothers mit Liquidität und staatlichen Garantien war die geeignete Nothilfe, um die Kreditversorgung zu sichern und den Zusammenbruch des Finanzmarktsystems abzuwehren.

Indes rechtfertigt die hohe Bedeutung der Finanzmarktstabilität nicht die Subventionierung insolventer Banken. Denn konstitutive Prinzipien jeder Wettbewerbsordnung sind der Grundsatz der Finanzierungsverantwortung der Unternehmenseigentümer und das Prinzip der Haftung. Staatliche Nothilfe darf diese Kernelemente einer freiheitlichen Marktordnung nicht suspendieren. Denn wenn Marktteilnehmer davon ausgehen können, hohe Renditen aus riskanten Geschäften erzielen zu können, ohne einer Haftung ausgesetzt zu sein, sind Fehlentwicklungen auch für die Zukunft vorprogrammiert. Deswegen gilt es trotz der hohen Bedeutung der Finanzmarktstabilität, Banken und ihre Aktionäre auch bei Systemrelevanz nicht aus der Haftung zu entlassen.

Die Finanzkrise hat verschiedene Ursachen, die in wirtschaftlichen Fehleinschätzungen, die bis an die Grenzen der zulässigen Ausnutzung rechtlicher Gestaltungsspielräume reichen, und systembedingten Fehlanreizen der Niedrigzinspolitik begründet sind.

So haben Banken und Anleger lange Zeit die Entwicklung der Immobilienpreise falsch eingeschätzt. Die Kreditvermittlungskette wurde überdehnt. Banken, Anleger und Rating-Agenturen wussten am Ende wenig über die tatsächlichen Risiken der Asset-Backed Securities<sup>1</sup> sowie kreditverbriefter Special Purpose Vehicles<sup>2</sup>. Begleitet war diese Unkenntnis von fehlender Transparenz der Bankbilanzen hinsichtlich tatsächlicher Risiken und Verschuldungsgrade sowie einem überschätzten Risiko- Management auf der Grundlage mathematisch-statischer Bewertungssysteme der Rating-Agenturen und der Banken.

Hinzu traten systembedingte Fehlanreize. Eine lange Phase der Niedrigzinspolitik der Notenbanken, vor allem in den Vereinigten Staaten und Japan, begünstigte in funktionierenden Märkten bei niedrigen Zinssätzen das „Hochhebeln“ der Renditen durch die Aufnahme von Fremdkapital (sog. Leverage Effekt)<sup>3</sup> und eine Fristentransformation hin zu einer kurzfristigen Refinanzierung langfristiger Kredite<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Hierbei handelt es sich um ein forderungsbesichertes Wertpapier, welches Zahlungsansprüche gegen eine Zweckgesellschaft zum Gegenstand hat. Häufig wird eine Zweckgesellschaft gegründet, wenn ganze Kreditportfolios aus einer Bankbilanz übertragen werden.

<sup>2</sup> Dies sind Zweckgesellschaften (SPV), die für einen klar definierten und eingegrenzten Zweck gegründet werden. SPV erwerben z. B. Unternehmen oder Unternehmensteile. Sie erfüllen bestimmte Aufgaben in Transaktionen oder übernehmen Aktiv- bzw. Passivposten aus der Bilanz der Unternehmen, von denen sie eingeschaltet werden.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu ausführlich den Bericht des Sachverständigenrates BT-Drs. 16/7083, Textziffer 133 ff.

<sup>4</sup> Beeindruckend sind die Ausführungen von Prof. Rehm in der Anhörung des Finanzausschusses zum Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz (BT-Drs. 16/12224).

## 1. Notwendigkeit besonderer Regeln für Krisen sog. systemrelevanter Banken

Aufgabe der Politik ist es, klare Rahmenbedingungen zu schaffen. Dazu gehören scharfe rechtliche Grenzen und die Korrektur von Fehlanreizen. Das konstitutive Prinzip der Haftung für eigenes wirtschaftliches Handeln muss auch für sog. systemrelevante Banken gelten. Ultima Ratio im Wirtschaftssystem der sozialen Marktwirtschaft darf weder die Enteignung noch die Aufgabe des Haftungsprinzips für Marktteilnehmer sein. Deswegen bedarf es frühzeitig eingreifender Regeln, die ein Auffangen der Banken durch den Staat umgehen und damit letztendlich den Steuerzahler entlasten. Das Credo „too big to fail“ ist kein Grundsatz eines funktionierenden freien Marktes.

Das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht lässt ein am Haftungsprinzip orientiertes Reorganisationsverfahren vollständig unberücksichtigt. Die bloße Auflage zur Eigenkapitalvorsorge bei bereits festgestellten Risiken eines Bankinstitutes greift zu kurz. Deswegen wird dem Haftungsprinzip vor dem Hintergrund der hohen Bedeutung systemrelevanter Banken nicht gerecht. Stattdessen ist ein früh eingreifendes Reorganisationsverfahren in der Sache geboten und deshalb gesetzlich vorzusehen.

## 2. Einleitung des Reorganisationsverfahrens

Das geltende Insolvenzrecht sowie die Sonderregelungen im Kreditwesengesetz reichen nicht aus. Grund hierfür sind die Sachverhalte, an die das Insolvenzrecht und das Kreditwesengesetz anknüpfen. Sie greifen zu spät. Der Insolvenzantrag kann frühestens gestellt werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit droht. Die Bankenaufsicht kann frühestens einschreiten, wenn Eigenmittel oder Liquidität unzureichend sind (§ 45 KWG) oder Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Institutes besteht (§ 46 KWG).

Der vorgelegte Regierungsentwurf zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht (BT-Drs. 16/12783) schafft nur bedingte Abhilfe. Die vorgesehene Änderung des § 45 KWG sieht zwar eine Eingriffsmöglichkeit der Bankenaufsicht künftig bei drohender Unterschreitung von Eigenmitteln und Liquidität vor. Die maßgeblichen Brandsätze der aktuellen Finanzmarktkrise wären damit aber nicht zu entschärfen gewesen. Getrieben war die Störung der Finanzmärkte vom Verschuldungsgrad der Institute zusammen mit der Fristentransformation im Refinanzierungsgeschäft.

Verschuldungsgrad und Fristentransformation haben im funktionierenden Markt bei niedrigen Zinssätzen hohe Renditen bewirkt. Nach dem Wechsel in der Zinspolitik der Notenbanken im Hinblick auf die Geldwertstabilität haben Verschuldungsgrad und Fristentransformation sowohl die Eigenkapitalbasis der Banken als auch die Liquidität belastet<sup>5</sup>. Deswegen bedarf es eines Tatbestandes, der eine Reorganisation als Rechtsfolge vorsieht, wenn das Ausmaß der Verschuldung gemessen an Eigenkapital, Liquidität und Risikogewichtung unangemessen hoch oder die Fristen im Refinanzierungsgeschäft im Verhältnis zum Kreditgeschäft unangemessen stark inkongruent sind. Ein weiteres bewährtes Steuerungsinstrument in der Reorganisation zur Verbesserung der Liquiditätssituation ist der

---

<sup>5</sup> Aufschlussreich hierzu sind die Verfügung der Schweizer Bankenaufsicht und ihre Begründung, Rundschreiben 2008/6, Zinsrisiken Banken

Einsatz von weiteren Variablen: Generierung von liquiden Mitteln, Erhöhung oder zumindest Sicherung des Umsatzes bei gleichzeitiger Reduzierung der Kosten.

Dabei soll die Bankenaufsicht sowohl das Kennzahlen-Raster zwecks Analyse der individuellen Situation der Bank als auch die Mindestwerte bestimmen. Bei Unterschreitung dieser Mindestwerte der festgelegten Kennzahlen muss ein Reorganisationsverfahren durchgeführt werden. Die Entwicklung von Risikomodellen darf nicht den Banken überlassen werden.

### **3. Rechtsfolgen eines Reorganisationsverfahrens**

Ziel ist die Reorganisation einer krisengefährdeten Bank weit im Vorfeld der Maßnahmen bei unzureichenden Eigenmitteln und unzureichender Liquidität (§ 45 KWG) oder gar einer Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen des Institutes (§ 46 KWG).

Das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht lässt zwar neuerdings eine frühere Intervention zu, wenn die Anforderungen an Eigenkapital und Liquidität nicht dauerhaft erfüllt werden können, sieht aber keine Reorganisation des gefährdeten Institutes vor, um die Ursachen einer Fehlentwicklung zwingend zu korrigieren, insbesondere wenn sie im Geschäftsmodell der Bank begründet sind.

Eine Reorganisation muss gesetzlich geregelt werden. Sie muss frühzeitig greifen, um einen flächendeckenden Vertrauensschaden zu vermeiden. Mit einem Reorganisationstatbestand ausgehend von dem zu definierenden Kennzahlen-Raster sind für die betroffene Bank folgende Rechtsfolgen zu verknüpfen:

- Vorlage eines Reorganisationsplanes binnen einer angemessenen, von der Bankenaufsicht zu bestimmenden Frist;
- Bestätigung des Reorganisationsplanes durch die Bankenaufsicht;
- Bestellung eines Sachwalters zur Aufsicht über die Reorganisation.

Keine Sanierung ohne Plan: Daher muss ein Reorganisationsverfahren zwingend vorsehen, dass das krisengefährdete Institut einen Sanierungsplan vorlegt. Hierbei handelt es sich nicht um einen Insolvenzplan. In diesem Verfahrensstadium wird unterstellt, dass die krisengefährdete Bank noch in der Lage ist, aus eigener Kraft Sanierungsschritte einzuleiten und umzusetzen und alle hierfür erforderlichen Rechtsgeschäfte auf privatrechtlicher Grundlage gelöst werden können. Die Erstellung eines Reorganisationsplanes ist dennoch an verbindliche Fristen zu knüpfen. Ferner bedarf es einer Planbestätigung durch die Bankenaufsicht, damit der Reorganisationsplan einen rechtsverbindlichen Charakter im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde erhält und seine Umsetzung durch einen Sachwalter überwacht werden kann.

Nahezu alle Rechtsinstitute finden sich in der Insolvenzordnung und im KWG. Das Insolvenzrecht kennt das Institut der „Eigenverwaltung“. Hier verwaltet der Insolvenzschuldner die Insolvenzmasse selbst, unterliegt jedoch der Kontrolle eines Sachwalters.

Das KWG kennt gleichfalls das Institut des „Sonderbeauftragten“. Die maßgebliche Vorschrift des § 36 KWG wird durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und

Versicherungsaufsicht zwar erweitert, eine Sachwahrung im Rahmen eines Reorganisationsverfahrens ist aber nicht vorgesehen.

Da weit im Vorfeld der schwerwiegenden Rechtsfolgen von Maßnahmen nach § 45, 46 ff KWG und einer Insolvenz die Reorganisation eines krisengefährdeten Bankinstitutes ermöglicht werden soll, ist der Zwang zur fristgebundenen Vorlage, Bestätigung und nachfolgenden Überwachung des Reorganisationskonzeptes durch einen Sachwalter ein geeignetes Verfahren.

#### **4. Rechtsfolgen für den Fall des Scheiterns des Reorganisationsverfahrens**

Ein Reorganisationsverfahren kann scheitern, weil beispielsweise die Geschäftsleitung und die Aktionäre nicht in dem erforderlichen Umfang mitwirken, weil sich durch äußere Einflüsse die Krise der Bank verschärft oder weil es nicht in dem erforderlichen Umfang gelingt, Gläubiger an der Sanierung zu beteiligen. Für den Fall dieses Scheiterns muss von der Rechtsordnung eine Sanktion vorgesehen werden. Sanktionslosen Verfahren fehlt die Durchschlagskraft. Sie würden zwangsläufig das Schicksal der früheren Vergleichsordnung teilen.

Deswegen ist die Überleitung des zunächst außergerichtlichen, von der Bankenaufsicht überwachten Reorganisationsverfahrens in ein gerichtliches Planverfahren vorzusehen und zwar wie folgt:

- für den Fall des Scheiterns des außergerichtlichen Reorganisationsverfahrens kann die Bankaufsicht bei dem am Sitz der Bankenaufsicht ansässigen Amtsgericht die Durchführung eines gesonderten Planverfahrens beantragen;
- das Verfahren findet ohne insolvenzrechtliches Vorverfahren statt, es wird sofort eröffnet, die Anwendbarkeit der §§ 103 Inso damit unmittelbar hergestellt; Zugleich bedarf es damit auch einer Anpassung des § 104 Inso für den besonderen Fall der Bankeninsolvenz.
- das Gericht bestellt auf Vorschlag der Bankenaufsicht einen Verwalter, auf den die Verwertungs- und Verfügungsbefugnis übergeht;
- maßgeblich für die Durchführung des Planverfahrens sind die Vorschriften über das Insolvenzplanverfahren gem. den §§ 217 ff Inso.

## **5. Umwandlung von Verbindlichkeiten in Einlagen (Debt-Equity-Swap)**

Ein wichtiges Instrument für eine Sanierung von Banken und Unternehmen der Realwirtschaft ist die freiwillige Umwandlung von Verbindlichkeiten in bilanzielles und rechtliches Eigenkapital. Dieser sogenannte Debt-Equity-Swap bereitet bei Kapitalgesellschaften rechtliche Probleme und schafft damit wirtschaftliche Unsicherheiten für die Beteiligten. Die Umwandlung einer Gläubigerforderung in Eigenkapital ist rechtlich eine Kapitaleinbringung im Wege der Sacheinlage. Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen unterliegen strengen Formerfordernissen und Haftungsrisiken. Letztere resultieren regelmäßig aus der Frage, ob der Wert der eingebrachten Sache oder Forderung dem Wert der Kapitalerhöhung entspricht. In der Krise verschärft sich dieses Bewertungsproblem zusätzlich, weil große Unsicherheit besteht, wie eine notleidende Forderung gegen ein zu sanierendes Unternehmen zu bewerten ist. Deswegen bedarf es zu Vereinfachung außergerichtlicher Sanierungen klarer gesetzlicher Regelungen, zu welchen Bedingungen und Bewertungsmaßstäben die Umwandlung einer Gläubigerforderung in Eigenkapital erfolgen kann.