

Das Bankentestament nach dem BIRG

Österreich eilt den europäischen Vorgaben voraus

Christopher Schrank / Florian Meister

Am 1. Jänner 2014 ist das Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz (BIRG) in Kraft getreten. Dieses Gesetz versucht, einen Teil der Ziele, welche durch die derzeit noch im Entwurfsstadium befindliche Richtlinie zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (BRRD) vorgegeben werden, in österreichisches Recht umzusetzen. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den Auswirkungen des BIRG für Kreditinstitute und Aufsichtsbehörden und bietet zudem einen Ausblick auf die geradezu revolutionären Änderungen, die durch die BRRD bevorstehen.

Stichwörter: Banken, Insolvenz, Auslöseereignis, Frühintervention, Restrukturierung, Sanierungs- und Abwicklungsplan, Abwicklungsinstrumente, Aufsichtsbefugnisse, BRRD.

Normen: BIRG; BRRD; §§ 1, 4, 20, 21, 30, 30a, 38 BWG; §§ 1 ff SpaltG; §§ 219 ff AktG; Art 130 B-VG; § 7 VwGVG; § 38 UGB; § 1409 ABGB; § 9 VStG.

JEL-Classifications: G 21, G 28, G 34, K 23.

This article discusses the impact of the Bank Intervention and Restructuring Act (Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz – BIRG), which came into force on 1 January 2014, on Austrian banks and supervisory authorities. Moreover, the authors provide a practice-oriented overview of the existing bank resolution tools as well as an outlook on the forthcoming changes by the European Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD).

1. Hintergrund und Ziele

Die weltweite Finanzkrise hat die Schwächen des europäischen Finanzsystems offenbart. Zahlreiche Kreditinstitute haben nur durch den Einsatz von öffentlichen Geldern vor einem Ausfall und den damit verbundenen schwerwiegenden volkswirtschaftlichen Nachteilen gerettet werden können. Die Regierungen der Mitgliedstaaten der Europäischen

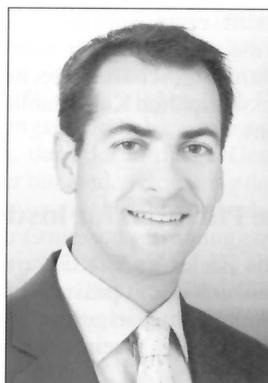


Photo: Helmreich

MMag. Dr. Christopher Schrank ist Partner der Kanzlei Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH; e-mail: schrank@btp.at



Photo: Helmreich

Dr. Florian Meister ist Rechtsanwaltsanwärter der Kanzlei Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH; e-mail: meister@btp.at

Union haben dabei – so die Auffassung der Europäischen Kommission – erkannt, dass Banken und andere systemrelevante Finanzinstitute in der Regel nicht einfach in die Insolvenz entlassen werden können [1].

Die wesentlichen Probleme des Finanzsystems hat die Europäische Kommission in der Mitteilung vom 20.10.2010, KOM (2010) 579 endg, veröffentlicht. In dieser Mitteilung skizzierte die Kommission politische Maßnahmen, um die Widerstandsfähigkeit des Finanzsystems zu erhöhen und sicherzustellen, dass Unternehmen künftig besser auf Probleme vorbereitet und in der Lage sind, sie frühzeitig abzuwenden [2]. Weiters trat die Kommission dafür ein, dass die Behörden der Mitgliedstaaten mit den nötigen Instrumenten und Finanzmitteln ausgestattet werden, um wirksam eingreifen und die Insolvenz einer Bank oder einer Wertpapierfirma auf geordnete Weise abwickeln zu können, damit die Auswirkungen auf das System und letztlich auch

die Kosten für die Staatshaushalte und die Steuerzahler minimiert werden.

In weiterer Folge arbeitete der Rat für Finanzstabilität (*Financial Stability Board*) die Kernelemente eines effektiven Abwicklungsregimes, die so genannten „Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions“ aus und legte diese im Oktober 2011 vor [3]. Die Staats- und Regierungschefs der G-20 billigten die „Key Attributes“ im November 2011 in Cannes. Deren Umsetzung sollte den Behörden der Mitgliedstaaten die Möglichkeit geben, Finanzinstitute auf geordnete Weise abzuwickeln, während gleichzeitig die Kontinuität der grundlegenden volkswirtschaftlichen Funktionen der betroffenen Institute gewährleistet wird. Zugleich zielen die „Key Amendments“ im Sinn der eingangs erwähnten Kommissionsmitteilung darauf ab, zu verhindern, dass öffentliche Gelder dazu verwendet werden müssen, marode Institute solvent zu erhalten [4].

[1] Kommission, Mitteilung vom 20.10.2010, KOM (2010) 579 endg.

[2] Vgl KOM (2010) 579 endg, S 20.

[3] http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf (15.3.2014).

[4] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanie-

rung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG und 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG und 2011/35/EG sowie der Verordnung (EU) Nr 1093/2010, KOM (2012) 280 endg/2, S 2.

Das Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz (BIRG), das mit BGBl I 2013/160 erlassen wurde und am 1.1.2014 in Kraft getreten ist, hat seine Grundlage im Ministerratsvortrag vom 9.11.2012 (164/4) und orientiert sich am Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, KOM (2012) 280 endg/2 – „*Bank Recovery and Resolution Directive*“ (im Folgenden „BRRD“) in der zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsprozesses aktuellsten Fassung vom 12.6.2012 [5].

Vor diesem Hintergrund ergeben sich folgende Ziele des BIRG: Die präventive Krisenplanung der Banken und der Aufsicht, das Ermöglichen frühzeitiger Eingriffe durch die Aufsicht und die Verhinderung des Einsatzes öffentlicher Mittel zur Stabilisierung der Banken [6].

Neben der BRRD sind insbesondere auch der Verordnungsvorschlag zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank [7] sowie der Verordnungsvorschlag zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen [8] als weitere geplante Maßnahmen zur europäischen Harmonisierung der Beaufsichtigung, Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten hervorzuheben [9].

2. Anwendungsbereich

Das BIRG ist auf Kreditinstitute gemäß § 1 Abs 1 BWG sowie auf Finanzholdinggesellschaften gemäß Art 4 Abs 1 Nr 20 [10], 30 [11] und 31 [12] der Verordnung 2013/575/EU [13] (im Folgenden „CRR“) und gemäß § 2 Z 15 Finanzkonglomeratengesetz (FKG [14]) [15] anwendbar [16]. Diese Rechtsträger definiert das BIRG jeweils als „Institut“

[17]. Im Sinn einer europäischen Harmonisierung verweist das BIRG weitgehend auf die Begriffsbestimmungen nach der CRR [18].

§ 2 BIRG enthält einen Ausnahmekatalog von Instituten, die generell nicht unter das BIRG fallen, nämlich die Rechtsträger gemäß § 3 Abs 1, 2 und 3 Z 1 bis 5 sowie § 3 Abs 4, 4a und 7 BWG. Dies betrifft etwa Spezialbanken oder Banken, die ausschließlich zum Betrieb des Investmentgeschäfts berechtigt sind (somit ausschließlich Kapitalanlagefonds verwalten).

3. Neue Pflichten für Institute

Um die Ziele des BIRG zu verwirklichen und sich damit präventiv über die Möglichkeiten ihrer eigenen Sanierung und Abwicklung auseinanderzusetzen, sind Institute seit 1.1.2014 mit zusätzlichen Pflichten konfrontiert: Sie müssen einen Sanierungsplan wie auch einen Abwicklungsplan erstellen und diese beiden Pläne regelmäßig aktualisieren.

3.1. Der Sanierungsplan

Grundsätzlich ist jedes Institut verpflichtet, einen Sanierungsplan zu erstellen und der Finanzmarktaufsicht (FMA) vorzulegen. Von dieser Verpflichtung sind Institute nur dann ausgenommen, wenn sie Teil einer Gruppe gemäß § 3 Z 4 BIRG sind [19].

Ein Institut muss im Sanierungsplan gemäß § 6 Abs 1 BIRG darlegen, mit welchen Maßnahmen die finanzielle Stabilität des Instituts wiederhergestellt werden kann, wenn sich die Finanzlage signifikant verschlechtert. Weiters hat der Sanierungsplan die in den Ziffern 1 bis 20 der Anlage zu § 6 BIRG genannten Informationen zu enthalten. Dazu zählen bspw eine zusammenfassende Darstellung der Hauptpunkte des Plans,

eine strategische Analyse und eine zusammenfassende Darstellung der gesamten Sanierungskapazität. Dabei ist auch der Zeitrahmen für die Umsetzung jedes einzelnen wesentlichen Aspekts des Plans abzuschätzen [20]. Außerdem sind im Sanierungsplan jene Kapital- und Liquiditätsmaßnahmen, die erforderlich sind, um die kritischen Funktionen und Geschäftsbereiche des Instituts aufrechtzuerhalten und zu finanzieren, anzugeben [21]. Schließlich sind im Sanierungsplan auch alle wesentlichen Hindernisse für eine effektive und rechtzeitige Durchführung des Sanierungsplans anzuführen [22]. Dieser Punkt ist insoweit interessant, als ein Institut hier dann selbst „zugeben“ müsste, dass sein eigenes Sanierungskonzept unter bestimmten Voraussetzungen gar nicht umsetzbar ist. Treten daher solche „wesentlichen Hindernisse“ auf, wird der FMA nichts anderes übrig bleiben, als dem Institut einen Verbesserungs-auftrag zu erteilen [23].

Um konkret beurteilen zu können, zu welchem Zeitpunkt die festgelegten Maßnahmen ergriffen werden sollen, sind im Sanierungsplan ein oder mehrere Auslöseereignisse anzugeben. Dazu hat das Institut im Sanierungsplan qualitative und quantitative Indikatoren festzulegen, anhand derer bestimmt werden kann, ob das jeweilige Auslöseereignis vorliegt. Diese Indikatoren müssen im Zusammenhang mit der Risikotragfähigkeit des Instituts stehen, zukunftsbezogen und leicht zu überwachen sein [24]. Dabei kommt unseres Erachtens bspw das Herabsinken der Eigenkapitalquote auf eine bestimmte Mindestquote in Betracht. Die FMA hat zu überprüfen, ob das Institut das Eintreten der Auslöseereignisse angemessen überwacht [25].

3.2. Der Abwicklungsplan

Neben einem Sanierungsplan hat jedes Institut, sofern es nicht Teil einer Gruppe

[5] ErlRV 2360 BlgNR 24. GP, S 11.

[6] ErlRV 2360 BlgNR 24. GP, S 1.

[7] KOM (2012) 511 endg, Vorschlag vom 12.9.2012, angenommen durch den Rat am 15.10.2013.

[8] KOM (2013) 520 endg, Vorschlag vom 10.7.2013.

[9] Vgl Ruzik, *ecolex* 2014, 142.

[10] Die „*Finanzholdinggesellschaft*“ im Sinne dieser Bestimmung ist als Finanzinstitut definiert, das keine gemischte Finanzholdinggesellschaft ist und dessen Tochterunternehmen ausschließlich oder hauptsächlich Institute oder Finanzinstitute sind, wobei mindestens eines dieser Tochterunternehmen ein Institut ist.

[11] Dies ist die „*Mutterfinanzholdinggesellschaft in einem Mitgliedstaat*“, also eine Finanzholdinggesellschaft, die nicht Tochter-

unternehmen eines im selben Mitgliedstaat zugelassenen Instituts oder einer im selben Mitgliedstaat errichteten Finanzholdinggesellschaft oder gemischten Finanzholdinggesellschaft ist.

[12] Dies ist die „*EU-Mutterfinanzholdinggesellschaft*“, also eine Mutterfinanzholdinggesellschaft in einem Mitgliedstaat, die nicht Tochterunternehmen eines in einem Mitgliedstaat zugelassenen Instituts oder einer anderen, in einem Mitgliedstaat errichteten Finanzholdinggesellschaft oder gemischten Finanzholdinggesellschaft ist.

[13] Verordnung (EU) Nr 575/2013 über Aufsichts-anforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 648/2012, ABI Nr L 176 vom 27.6.2013, S 1.

[14] BGBl I 2004/70.

[15] Diese Bestimmung definiert die „*gemischte Finanzholdinggesellschaft*“ als ein nicht der Aufsicht unterliegendes Mutterunternehmen, das zusammen mit seinen Tochterunternehmen, von denen mindestens eines ein beaufsichtigtes Unternehmen mit Sitz in den Vertragsstaaten ist, und anderen Unternehmen ein Finanzkonglomerat bildet.

[16] § 1 BIRG.

[17] § 3 Z 1 BIRG.

[18] Vgl § 3 BIRG.

[19] Siehe unten Punkt 3.3.

[20] Anlage zu § 6 BIRG, Z 6.

[21] Anlage zu § 6 BIRG, Z 5.

[22] Anlage zu § 6 BIRG, Z 7.

[23] Siehe unten Punkt 4.1.

[24] ErlRV 2360 BlgNR 24. GP, S 13.

[25] § 6 Abs 4 BIRG; siehe auch unten Punkt 4.3.

ist [26], auch einen Abwicklungsplan zu erstellen und der FMA vorzulegen. In einem solchen Abwicklungsplan hat das Institut darzulegen, wie eine geordnete Abwicklung oder Restrukturierung des Instituts erfolgen kann.

§ 13 Abs 3 BIRG und die Anlage zu § 13 BIRG zählen die Informationen auf, die im Abwicklungsplan anzugeben sind, wobei folgende Informationspflichten hervorzuheben sind [27]:

- ◆ Ausführungen, wie kritische Funktionen und Kerngeschäftsbereiche rechtlich und wirtschaftlich von anderen Funktionen getrennt werden könnten, um deren Fortführung im Fall einer Insolvenz des Instituts zu gewährleisten;
- ◆ detaillierte Darstellung der Abwickelbarkeit;
- ◆ Beschreibung etwaiger Maßnahmen zum Abbau oder zur Beseitigung von Hindernissen für die Abwickelbarkeit und
- ◆ detaillierte Beschreibung der Abwicklungsszenarien.

Die FMA hat zu prüfen, ob der Abwicklungsplan alle erforderlichen Informationen enthält [28]. Weiters hat die FMA zu bewerten, ob das jeweilige Institut abwickelbar ist. Nach der Definition des § 15 Abs 2 BIRG ist ein Institut als abwickelbar zu betrachten, „wenn es machbar erscheint und glaubwürdig ist, dass das Institut unter Anwendung der Bestimmungen zur Geschäftsaufsicht und Insolvenz von Kreditinstituten (§§ 81 ff BWG) zu sanieren, reorganisieren oder liquidieren ist, ohne dass dies im Kontext einer allgemeinen finanziellen Instabilität oder anderer systemweiter Ereignisse wesentliche negative Auswirkungen auf die Finanzsysteme hat“. Dabei muss der Abwicklungsplan die Möglichkeit bieten, dass kritische Funktionen aufrechterhalten werden.

Das Beurteilungskriterium, ob es „machbar erscheint und glaubwürdig ist“, dass das jeweilige Institut zu sanieren, reorganisieren oder liquidieren ist, räumt der FMA unseres Erachtens ein unzulässig weites, nicht hinreichend determiniertes Ermessen ein. Die FMA hat zwar gemäß § 15 Abs 3 BIRG eine gutachterliche Äußerung der Oesterreichischen Nationalbank (OeNB) über

das Vorliegen der Abwickelbarkeit iSd § 15 Abs 2 BIRG einzuholen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Begriffe „machbar erscheinen“ und „glaubwürdig sein“ nicht greifbar sind und damit der FMA eine ausschließliche, nicht an objektive Kriterien gebundene Entscheidungskompetenz einräumen. Vor dem Hintergrund des in Art 18 Abs 1 B-VG verankerten Rechtsstaatsprinzips müssen Gesetze einen Inhalt haben, durch den das Verhalten einer Behörde vorherbestimmt ist. Gemäß Art 130 Abs 3 B-VG ist es verfassungsgesetzlich zwar grundsätzlich zulässig, dass der einfache Gesetzgeber von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absieht und diese zur Ermessensausübung ermächtigt. In diesem Fall muss aber das Gesetz die Kriterien, welche für die Ermessensausübung maßgebend sind, normieren. Das Einräumen von Ermessen ohne die Eingrenzung, in welchem Sinn das Ermessen auszuüben ist, ist verfassungswidrig [29]. Ungeachtet dessen ist auch die gewählte Formulierung des „machbar Erscheinens“ für den Prüfungsmaßstab der FMA bemerkenswert. Offensichtlich geht der Gesetzgeber davon aus, dass es der FMA gar nicht möglich ist, die Frage der Umsetzbarkeit des Abwicklungsplans exakt zu prüfen, weshalb er nicht auf die konkrete Machbarkeit, sondern nur auf deren Anschein abstellt.

3.3. Der Gruppensanierungs- und -abwicklungsplan

Nach der Legaldefinition in § 3 Z 4 BIRG fallen unter den Begriff „Gruppe“ eine Kreditinstitutsgruppe gemäß § 30 BWG, ein Kreditinstitute-Verbund gemäß § 30a BWG und ein institutionelles Sicherungssystem gemäß Art 113 Abs 7 CRR. Innerhalb einer solchen Gruppe hat nicht jedes einzelne Institut einen eigenen Sanierungs- bzw Abwicklungsplan zu erstellen. Stattdessen sind ein Gruppensanierungs- [30] und ein -abwicklungsplan [31] für die gesamte Gruppe zu erstellen. Diese Gruppenpläne haben einen Sanierungs- bzw Abwicklungsplan für das übergeordnete Institut, die Zentralorganisation oder das Zentralinstitut, die gesamte Gruppe und für jedes *wesentliche* nachgeordnete, zugeordnete oder teilnehmende Institut zu enthalten. Im Sanierungsplan ist darzulegen, wie in

einer Stresssituation sowohl die gesamte Gruppe als auch die einzelnen Institute der Gruppe stabilisiert werden können [32].

Um beurteilen zu können, ob ein nachgeordnetes, zugeordnetes oder teilnehmendes Institut „wesentlich“ iSd § 7 Abs 3 Z 3 bzw § 14 Abs 2 Z 3 BIRG ist, hat die FMA die Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz-Verordnung (BIRG-V), BGBl II 2014/2, erlassen [33].

3.4. Fristen für das Erstellen eines Sanierungs- und eines Abwicklungsplans

Institute haben den ersten Sanierungsplan grundsätzlich bis spätestens 1.7.2015 an die FMA zu übermitteln. Übersteigt die Bilanzsumme eines Instituts oder einer Gruppe iSd § 3 Z 4 BIRG [34] aber EUR 30 Mrd, oder erfolgt eine direkte finanzielle Unterstützung durch die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) oder den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), ist der Sanierungsplan bereits ein Jahr früher, also bis spätestens 1.7.2014, an die FMA zu übermitteln [35].

Der Abwicklungsplan ist bis spätestens 31.12.2015 erstmals an die FMA zu übermitteln. Wenn die Bilanzsumme des Instituts oder der Gruppe EUR 30 Mrd übersteigt, oder wenn eine direkte finanzielle Unterstützung durch die EFSF oder den ESM erfolgt, hat die erstmalige Übermittlung des Abwicklungsplans bis spätestens 31.12.2014 zu erfolgen [36].

Dieses stufenweise Einführen der Sanierungs- und Abwicklungspläne soll Belastungsspitzen bei den Aufsichtsbehörden vermeiden [37]. In weiterer Folge haben Institute sowohl den Sanierungs- als auch den Abwicklungsplan jährlich zu aktualisieren. Die FMA kann den Instituten jedoch auch auftragen, die Pläne in kürzeren Intervallen zu aktualisieren [38]. Unabhängig davon sind der Sanierungs- und der Abwicklungsplan jedenfalls unverzüglich zu aktualisieren, wenn eine Änderung der Rechts- oder Organisationsstruktur, der Geschäftstätigkeit oder der Finanzlage stattfindet und sich die Änderung wesentlich auf den Sanierungs- bzw Abwicklungsplan auswirken könnte [39].

[26] Siehe unten Punkt 3.3.

[27] § 13 Abs 3 Z 3, 4, 5, 6 und 10 BIRG.

[28] § 15 Abs 1 BIRG.

[29] VfGH 30.6.2004, G 27/04 ua mwN.

[30] § 7 Abs 1 BIRG.

[31] § 14 Abs 1 BIRG.

[32] § 7 Abs 2 BIRG.

[33] Die Verordnungsermächtigung ergibt sich aus § 7 Abs 5 und § 14 Abs 6 BIRG.

[34] Bei der Berechnung der in § 27 Z 2 und 3 BIRG genannten Bilanzsumme einer Kreditinstitutsgruppe gemäß § 30 BWG sind jene nachgeordneten Institute nicht einzubeziehen, die nach einem in § 27 Z 1 BIRG genann-

ten Abwicklungs- oder Restrukturierungsplan abgewickelt werden.

[35] § 27 Z 2 BIRG.

[36] § 27 Z 3 BIRG.

[37] ErlRV 2360 BlgNR 24. GP, S 18.

[38] § 4 Abs 5 bzw § 11 Abs 5 BIRG.

[39] § 4 Abs 6 bzw § 11 Abs 6 BIRG.

4. Zusätzliche Aufsichtspflichten und -befugnisse der FMA und der OeNB

4.1. Im Hinblick auf den Sanierungsplan

Das BIRG bringt nicht nur neue Pflichten für Institute, sondern auch zusätzliche Befugnisse und Pflichten für die Aufsichtsbehörden. So hat die FMA, wie bereits erwähnt, bspw die Pflicht, den von einem Institut vorgelegten Sanierungsplan gemäß § 8 Abs 1 bis 3 BIRG zu prüfen und zu bewerten. Bezüglich der Frage, ob ein Sanierungsplan den Anforderungen des § 8 Abs 2 BIRG gerecht wird, hat die FMA eine gutachterliche Äußerung der OeNB einzuholen. Falls ein vorgelegter Sanierungsplan nach Ansicht der FMA bzw der OeNB Mängel aufweist, oder diesem potentielle Hindernisse bei der Umsetzung entgegenstehen, hat die FMA dem Institut binnen sechs Monaten einen Verbesserungsauftrag zu erteilen. Das jeweilige Institut hat diesem Auftrag binnen drei Monaten nachzukommen [40].

Kommt ein Institut einem Verbesserungsauftrag nicht fristgerecht nach, oder gelangt die FMA bei der Prüfung des verbesserten Sanierungsplans zu dem Ergebnis, dass die Mängel oder potentiellen Hindernisse nicht in angemessener Weise behoben wurden, kann die FMA dem Institut mit Bescheid [41] eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen anordnen [42]:

1. das Risikoprofil des Instituts zu verringern;
2. für die rechtzeitige Durchführbarkeit von Rekapitalisierungsmaßnahmen zu sorgen;
3. die Finanzierungsstrategie dahingehend zu ändern, dass die Widerstandsfähigkeit der Kerngeschäftsbereiche und kritischen Operationen erhöht wird, und/oder
4. die Governance-Struktur zu ändern.

Gegen einen solchen Bescheid der FMA kann ein Institut binnen vier Wochen ab Zustellung [43] das Rechtsmittel der Bescheidbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG an das Bundesverwaltungsgericht erheben.

Die FMA ist nicht nur befugt, präventive Verbesserungsmaßnahmen bei Vorlage eines Sanierungs- bzw Abwicklungsplans anzuordnen, sondern kann einem Institut auch Änderungen des

Sanierungsplans innerhalb einer „nach den Umständen angemessenen Frist“ auftragen, wenn dies aufgrund einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse erforderlich ist. Die FMA ist dabei nicht an gemäß § 4 Abs 3 BIRG bewilligte Ausnahmen hinsichtlich einzelner inhaltlicher Anforderungen gebunden [44].

4.2. Im Hinblick auf den Abwicklungsplan

Darüber hinaus hat die FMA zu prüfen, ob ein von einem Institut vorgelegter Abwicklungsplan alle gemäß § 13 BIRG erforderlichen Informationen enthält, und zu bewerten, ob das jeweilige Institut abwickelbar ist [45]. Sofern dies nicht der Fall ist und der Abwickelbarkeit potentielle wesentliche Hindernisse entgegenstehen (und die FMA demnach nicht von der Machbarkeit ausgehen sollte), hat die FMA gemäß § 16 Abs 1 BIRG einen Verbesserungsauftrag zu erteilen. Sofern ein Institut einem solchen Verbesserungsauftrag nicht nachkommt oder ein eingereichter, verbesserter Abwicklungsplan Hindernisse für die Abwickelbarkeit nicht in angemessener Weise beseitigt, kann die FMA einem Institut gemäß § 17 Abs 1 BIRG bescheidmäßig bestimmte Maßnahmen zur Beseitigung solcher Hindernisse, wie insbesondere das Veräußern bestimmter Vermögenswerte oder das Einschränken bzw Unterlassen bestimmter bestehender oder geplanter Tätigkeiten, anordnen. Die FMA hat hinsichtlich der Anordnung sämtlicher Maßnahmen gemäß § 17 BIRG das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten und stets das gelindeste Mittel zu wählen, um den angestrebten Erfolg voraussichtlich zu bewirken. Zu diesem Zweck hat die FMA eine Interessenabwägung vorzunehmen [46].

Die FMA kann einem Institut, wie beim Sanierungsplan, jederzeit Änderungen des Abwicklungsplans innerhalb einer „nach den Umständen angemessenen Frist“ auftragen, wenn dies aufgrund einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse erforderlich ist. Dabei ist die FMA ebenso nicht an gemäß § 11 Abs 3 BIRG bewilligte Ausnahmen hinsichtlich einzelner inhaltlicher Anforderungen gebunden. Eine solche Veränderung der Verhältnisse kann in der Situation des Instituts, dem wirtschaftlichen Umfeld oder in regulatorischen Anforderungen begründet sein [47].

4.3. Im Hinblick auf das Eintreten eines Auslöseereignisses

Eine weitere Aufsichtspflicht kommt der FMA hinsichtlich der Frühinterventionsmaßnahmen zu. Institute haben im Sanierungsplan, wie bereits ausgeführt, ein oder mehrere Auslöseereignisse anzugeben, bei deren Vorliegen Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden. Die FMA hat dabei zu prüfen, ob die Institute das Eintreten der jeweiligen Auslöseereignisse angemessen überwachen [48].

4.4. Frühinterventionsmaßnahmen der FMA

Schließlich werden der FMA durch eine flankierende Novellierung des BWG weitere Aufsichtsmaßnahmen eingeräumt, die dann greifen, wenn bei einem Institut „Frühinterventionsbedarf“ vorliegt. Dies ist gemäß § 71a BWG dann der Fall, wenn ein Institut gegen die Kapital- oder Liquiditätsvorgaben der CRR verstößt oder zu verstoßen droht. Ein drohender Verstoß liegt dann vor, wenn sich die Vermögens-, Ertrags- bzw Liquiditätslage oder die Refinanzierungssituation eines Instituts signifikant verschlechtern und sich deshalb die Annahme rechtfertigen lässt, dass eine Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen zu befürchten ist. Unterschreitet die Gesamtkapitalquote den Schwellenwert von 8,625% oder die harte Kernkapitalquote den Wert von 5%, ist – sofern das Institut nicht glaubwürdig darlegen kann, dass keine Frühinterventionsmaßnahmen notwendig sind – jedenfalls ein drohender Verstoß anzunehmen.

Als Frühinterventionsmaßnahmen kann die FMA nach § 71b BWG insbesondere [49] Folgendes anordnen:

- ◆ die Umsetzung einer oder mehrerer Sanierungsmaßnahmen gemäß dem erstellten Sanierungsplan;
- ◆ die unverzügliche Erstellung eines Sanierungsplans, sofern die FMA bis dahin auf die Erstellung oder Aktualisierung eines solchen verzichtet hat;
- ◆ Vornahme spezifischer Verbesserungen im Risikomanagement oder Verstärkung des Risikomanagements;
- ◆ Einberufung einer Hauptversammlung, vor allem für die Vornahme von Kapitalmaßnahmen; die FMA kann die Hauptversammlung auch selbst einberufen, falls dies erforderlich ist;
- ◆ Aufnahme einzelner Tagesordnungspunkte bei einer Hauptversammlung

[40] § 8 Abs 4 BIRG.

[41] ErlRV 2360 BlgNR 24. GP, S 15.

[42] § 9 BIRG.

[43] § 7 Abs 4 VwGVG idF BGBl I

2013/33.

[44] § 10 BIRG.

[45] Vgl oben Punkt 3.2.

[46] ErlRV 2360 BlgNR 24. GP, S 17.

[47] ErlRV 2360 BlgNR 24. GP, S 17.

[48] § 6 Abs 3 und 4 BIRG.

[49] Arg „unbeschadet anderer Maßnahmen“ gemäß dem BWG.

oder Vorschlag der Annahme bestimmter Beschlüsse;

- ◆ Erstellung eines Verhandlungsplans, der eine freiwillige Restrukturierung von Verbindlichkeiten des Kreditinstituts mit seinen Gläubigern vorsieht und/oder
- ◆ eine Vor-Ort-Prüfung durch die Oesterreichische Nationalbank mit dem Ziel, eine Bewertung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten des Instituts vorzunehmen.

Wesentlich ist, dass sich die genannten Rechte auf Anordnungsrechte beschränken, die FMA aber nach der aktuellen Rechtslage keine Abwicklungsrechte besitzt. Vor allem bei allen Maßnahmen rund um die Hauptversammlung eines Instituts wird deutlich, dass sich hier die Rolle der FMA überhaupt darauf beschränkt, auf die Dringlichkeit von einzelnen Maßnahmen hinzuweisen. Sämtliche gesellschaftsrechtlichen Entscheidungskompetenzen bleiben damit bei den Aktionären, die – da sie keinen Anweisungen der FMA unterliegen – durchaus auch gegen die von der FMA vorgeschlagenen Maßnahmen stimmen können.

5. Welche „Sonderbehandlungen“ können Institute im Einzelfall von der FMA erhalten?

5.1. Ausnahmen betreffend den Sanierungs- und den Abwicklungsplan

Unter bestimmten Voraussetzungen ist es möglich, dass ein Institut nicht alle Anforderungen an einen Sanierungs- bzw Abwicklungsplan zu erfüllen hat. Ein Institut kann im Zuge der Einreichung des Sanierungsplans gemäß § 4 Abs 3 BIRG bzw des Abwicklungsplans gemäß § 11 Abs 3 BIRG den begründeten Antrag stellen, von einzelnen inhaltlichen Anforderungen ausgenommen zu werden oder einem reduzierten Detaillierungsgrad hinsichtlich der einzureichenden Informationen zu unterliegen. Für die Bewilligung eines solchen begründeten Antrags hat die FMA darauf Bedacht zu nehmen, welche möglichen Folgen aufgrund einer Insolvenz des Instituts für die Finanzmärkte, andere Institute oder die Finanzierungsbedingungen zu befürchten wären. Dabei hat sie die Größe des Instituts, sein Geschäftsmodell und seine Verflechtungen mit anderen Instituten oder mit dem Finanzsystem im Allgemeinen zu berücksichtigen [50]. Dies soll sicherstellen, dass die Anforderungen an die Sanierungs- und Abwicklungspläne individuell abgestimmt werden können. Je größer ein Institut ist und je größer sei-

ne Verflechtungen mit anderen Instituten sind, desto weniger wahrscheinlich wird es sein, dass die FMA Ausnahmen gemäß § 4 Abs 3 bzw § 11 Abs 3 BIRG bewilligt. Sofern ein Kriterium, wie bspw die Größe eines Instituts, besonders eklatant ist, bedeutet dies jedoch nicht zwingend, dass eine Ausnahme nicht mehr zulässig ist. Vielmehr müssen nach unserer Auffassung in diesem Fall die übrigen Kriterien umso mehr den möglichen negativen Auswirkungen entgegenwirken, um eine entsprechende Ausnahme rechtfertigen zu können.

5.2. Ausnahmen nach dem Proportionalitätsgrundsatz

Um unwesentliche Effekte oder Institute von der Pflicht, einen Sanierungs- und Abwicklungsplan zu erstellen, auszunehmen, kann die FMA gemäß § 5 Abs 1 bzw § 12 Abs 1 BIRG nach der Diktion des Gesetzes „gänzlich auf die Erstellung oder Aktualisierung des Sanierungsplans verzichten“. Einen solchen „Verzicht“ hat die FMA mit Bescheid auf begründeten Antrag eines Instituts auszusprechen.

Unseres Erachtens sind diese Gesetzesbestimmungen unpräzise formuliert. Denn der Verzicht der FMA auf die Erstellung oder Aktualisierung des Sanierungsplans, wie es § 5 Abs 1 erster Satz bzw § 12 Abs 1 erster Satz BIRG vorsehen, erweckt den Eindruck bzw würde voraussetzen, dass nicht die Institute, sondern die FMA einen Sanierungs- bzw Abwicklungsplan zu erstellen und aktualisieren hat. Stattdessen müssten diese Bestimmungen dahingehend lauten, dass das Institut von der Erstellung bzw Aktualisierung des Sanierungs- und/oder Abwicklungsplans befreit wird. Die missverständliche Formulierung des § 5 Abs 1 erster Satz bzw § 12 Abs 1 erster Satz BIRG resultiert offenbar aus dem Umstand, dass nach der BRRD, auf deren Grundlage das BIRG erlassen wurde, nicht die Institute, sondern die Abwicklungsbehörden Abwicklungspläne zu erstellen haben [51]. Diese Pflicht erteilte der österreichische Gesetzgeber jedoch den Instituten. Die eben erwähnten Bestimmungen des BIRG bringen dies jedoch nicht hinreichend zum Ausdruck.

Gemäß §§ 5 Abs 2 und 12 Abs 2 BIRG kann die FMA Institute nur dann von der Pflicht, einen Sanierungs- und Abwicklungsplan zu erstellen bzw zu aktualisieren, befreien, wenn im Fall der Insolvenz eines Instituts aufgrund seiner Größe, seines Geschäftsmodells oder seiner Verflechtungen mit anderen Instituten oder mit dem Finanzsystem im Allgemeinen keine wesentlichen negativen Effekte auf die Finanzmärkte, andere wesentliche Institute oder die Finanzierungsbedingungen zu befürchten sind. Sofern einer der folgenden in §§ 5 Abs 3 bzw 12 Abs 3

BIRG genannten Umstände vorliegt, ist eine Befreiung („Verzicht“) jedenfalls unzulässig:

1. Das Institut oder die Gruppe hat ein oder mehrere Tochterunternehmen oder wesentliche Zweigstellen in einem anderen Mitgliedstaat oder einem Drittland;
2. die Bilanzsumme des Instituts oder der Gruppe übersteigt EUR 5 Mrd; oder
3. das Verhältnis der Bilanzsumme des Instituts oder der Gruppe zum österreichischen Bruttoinlandsprodukt übersteigt 3%.

Im Verfahren bezüglich eines möglichen „Verzichts“ gemäß § 5 Abs 1 und § 12 Abs 1 BIRG hat die FMA stets eine gutachterliche Äußerung der OeNB über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 5 Abs 2 bzw § 12 Abs 2 BIRG einzuholen [52].

6. Mögliche Hürden für die Abwicklung von Banken

Die BRRD sieht weitaus umfassendere Abwicklungsinstrumente vor, als der österreichische Gesetzgeber im BIRG bis dato umgesetzt hat, nämlich die in ihrer Durchschlagskraft geradezu revolutionären Instrumente der Unternehmensveräußerung, des Brückeninstituts, der Ausgliederung von Vermögenswerten und des Bail-in [53]. Nach dem BIRG kommen hingegen nur die „klassischen“ Abwicklungsinstrumente, wie insbesondere die Unternehmensübertragung in Form eines Asset oder Share Deals, einer Spaltung oder einer Verschmelzung in Betracht, die – mit Ausnahme der Übertragung der Anteile – entweder vertragliche Nachteile nach sich ziehen oder mit mehrwöchigen Abwicklungsfristen verbunden sind. Im Ergebnis führt dies freilich dazu, dass der Gesetzgeber mit dem BIRG zwar versucht, die Ziele der BRRD schon jetzt umzusetzen. Im Hinblick darauf, dass er den Behörden aber nicht jene Mittel in die Hand gibt, wie sie die BRRD vorsieht, werden diese Ziele nur dann erreicht werden können, wenn Institute bereits „in guten Zeiten“ so (um)strukturiert werden, dass sie im Fall einer Krise rasch abgewickelt werden können (idealerweise durch den Verkauf ihrer Anteile bzw durch den Verkauf von Tochtergesellschaften).

Im Folgenden wird daher darauf eingegangen, welche „Defizite“ die nach

[50] §§ 4 Abs 4 bzw 11 Abs 4 BIRG.

[51] Art 9 Abs 1 BRRD.

[52] § 5 Abs 4 BIRG.

[53] Siehe unten Punkt 8.

der derzeitigen Rechtslage bestehenden Abwicklungsinstrumente in Bezug auf die Abwicklung von Banken haben.

6.1. Asset Deal (Unternehmenskauf)

Ein Asset Deal ist eine Form der Unternehmensübertragung, bei dem es zur Änderung des Unternehmensträgers kommt, indem Vermögensgegenstände vom bisherigen Unternehmensträger auf einen neuen Unternehmensträger im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden. Im Zuge eines solchen Asset Deals können sowohl das gesamte Unternehmen aber auch nur einzelne Unternehmensteile übertragen werden [54].

Sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, kommt es zur Übernahme der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse gemäß § 38 Abs 1 UGB. Nach dieser Bestimmung übernimmt derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Unternehmen fortführt, zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis dahin entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten [55]. Dritte können der Übernahme ihrer Vertragsverhältnisse gemäß § 38 Abs 2 UGB innerhalb von drei Monaten nach Mitteilung der Übernahme sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber widersprechen. In einer solchen Mitteilung ist der Dritte auf das Widerspruchsrecht hinzuweisen. Im Ergebnis versucht § 38 Abs 2 UGB damit eine Gesamtrechtsnachfolge nachzubilden. Allerdings bleibt bei einem Asset Deal immer das Risiko bestehen, dass Vertragspartner (wie etwa Kunden) der Vertragsübernahme widersprechen und somit der an sich gewünschte Vertragsübergang gerade nicht stattfindet. Im Ergebnis besteht daher erst nach Ablauf von drei Monaten Gewissheit, ob und welche Verträge übergegangen sind. Um dieses Risiko zu vermeiden, ist Kreditinstituten zu empfehlen, sich bereits bei Abschluss von Verträgen das Recht einräumen zu lassen, im Fall der Übertragung des Betriebs bzw eines Teilbetriebs den Vertrag (einseitig) auf den Käufer zu überbinden.

Weiters kann auch das Erfordernis der Bankkonzession für die Übertragung eines Bankbetriebs in der Form eines Asset Deals hinderlich sein. Da ein Asset

Deal eine Einzelrechtsnachfolge nach sich zieht, geht eine Bankkonzession nicht auf den Erwerber über. Dies bedeutet, dass de facto nur Banken als Erwerber in Frage kommen, weil bei der Abwicklung in der Regel nicht so viel Zeit besteht, dass der Erwerber im Zuge des Akquisitionsprozesses noch eine bis dahin nicht bestehende Bankkonzession beantragen könnte.

Zudem sind schließlich auch die Restriktionen zu beachten, die sich durch das Bankgeheimnis ergeben: Der (potentielle) Erwerber eines Bankbetriebs wird nur dann an dem Geschäft interessiert sein, wenn er mit Übertragung des Unternehmens sogleich alle Kunden-, Konten- und Depotdaten bekommt, damit er die Kunden ohne Unterbrechung weiter betreuen kann. Einer solchen Weitergabe widerspricht zunächst der Wortlaut des § 38 Abs 1 BWG, gemäß dem Kreditinstitute Geheimnisse, die ihnen ausschließlich aufgrund der Geschäftsverbindungen mit Kunden oder aufgrund des § 75 Abs 3 BWG anvertraut oder zugänglich gemacht wurden, nicht offenbaren oder verwerten dürfen. § 38 Abs 2 BWG sieht zwar Ausnahmen vor, bei deren Vorliegen die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht besteht. Der Verkauf der Bank ist im Gesetz aber nicht als solche Ausnahme vorgesehen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes dürfen im Fall des Verkaufs eines Bankbetriebs – sofern nicht im Einzelfall schriftliche Zustimmungserklärungen der Kunden vorliegen – keine Kundendaten weitergegeben werden. Auch § 38 UGB bietet hier nach seinem Wortlaut keine Lösung, weil durch diese Bestimmung zwar der Übergang der Verträge als Regelfall festgelegt, aber auch dadurch die von § 38 BWG geforderte Zustimmungserklärung – von deren Schriftlichkeit nicht abgegangen werden darf [56] – nicht ersetzt wird.

Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre hat der Ausnahmekatalog des § 38 Abs 2 BWG jedoch bloß demonstrativen, dh nicht abschließenden Charakter; folglich kann es darüber hinaus auch in weiteren Fällen zulässig sein, das Bankgeheimnis zu durchbrechen [57]. In Bezug auf den Unternehmensübergang gilt nach der Literatur, dass – wenn der Kunde innerhalb der dreimonatigen Widerspruchsfrist nicht widerspricht und es damit zu einer endgültigen Vertragsübernahme kommt – die Übertragung der Daten nach Ablauf der drei Monate

zulässig sein soll, sofern der Erwerber dem Bankgeheimnis unterliegt (was in Folge des Konzessionserfordernisses aber ohnedies der Fall sein wird) [58]. Im Hinblick auf die zuletzt vom OGH im Zusammenhang mit der Durchbrechung des Bankgeheimnisses betonte Interessenabwägung [59], spricht freilich viel dafür, im Fall der krisenbedingten Übertragung der Bank auf ein anderes Institut die sofortige Übertragung der Daten (somit auch vor Ablauf der drei Monate) zuzulassen. Letztlich wird nicht nur die Bank, sondern auch der Kunde daran Interesse haben, dass die Geschäftsbeziehung möglichst rasch und nahtlos von der Erwerberbank umgesetzt wird.

6.2. Share Deal (Beteiligungskauf)

Als Alternative zum Asset Deal kann überlegt werden, alle Anteile an dem Institut zu übertragen. Da die Gesellschaft beim Share Deal (Beteiligungskauf) als Unternehmensträgerin gleich bleibt, bleiben grundsätzlich auch alle Verträge aufrecht. Bei einem Kontrollwechsel der Gesellschaft können jedoch gesetzliche (bspw § 12a MRG) bzw vertragliche *Change-of-Control*-Klauseln mit Kündigungs- bzw Vertragsanpassungsrechten verbunden sein [60]. In der Regel unterliegen das Bankgeschäft und die Kundenverträge aber keinen solchen Klauseln, sodass der Share Deal eine durchaus geeignete Maßnahme zur Übertragung von Instituten ist. Allerdings ist hinsichtlich des zeitlichen Ablaufs der Anteilsübertragung zu beachten, dass der direkte oder indirekte Erwerb einer Beteiligung an einem Kreditinstitut der zum Erreichen, Über- bzw Unterschreiten der Grenzen von 10%, 20%, 33% oder 50% der Stimmrechte oder des Kapitals eines Kreditinstitutes führt, der FMA anzuzeigen ist [61].

6.3. Spaltung und Verschmelzung

Als weitere, bereits jetzt zulässige Abwicklungsinstrumente kommen die Spaltung und die Verschmelzung in Betracht. Beide Umgründungsmaßnahmen führen zu einer Gesamtrechtsnachfolge. Somit gehen die bestehenden Vertragsverhältnisse vom Veräußerer auf den Erwerber über, ohne dass es einer Zustimmung der Vertragspartner bedarf. Aus diesem Grund sind die Spaltung und die Verschmelzung im Lichte des Übergangs

[54] Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 28 Rz 40.

[55] Vgl dazu im Detail U. Torggler, UGB § 38 Rz 1 ff.

[56] Laurer in Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz, BWG³ § 38 Rz 18.

[57] OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h;

Hirsch/Sommer in Dellinger, Kommentar zum BWG² § 38 Rz 161 mwN; aA Laurer in Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz, BWG³ § 38 Rz 2.

[58] Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht² I 2/12; Hirsch/Sommer in Dellinger, Kommentar zum BWG² § 38 Rz 99 mwN.

[59] OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h.

[60] Vgl auch Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 28 Rz 59 f.

[61] § 20 BWG.

der Kunden und des Bankgeheimnisses unproblematisch [62].

Im Zusammenhang mit der Restrukturierung eines Kreditinstituts kommt insbesondere die Abspaltung des „lebensfähigen“ Teils in Betracht. Allerdings ist es dabei nicht zulässig, die sog. „Good Bank“ abzuspalten und den überschuldeten „Rest“ zurückzulassen. Vielmehr muss der übertragenden Gesellschaft zumindest so viel Vermögen (bewertet zu Verkehrswerten) verbleiben, dass damit der Betrag des Nennkapitals samt gebundener Rücklagen erreicht wird [63].

Eine nicht verhältnismäßige Spaltung setzt einen entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung voraus, der gemäß § 8 Abs 3 SpaltG grundsätzlich mit einer Mehrheit von 90% des gesamten Nennkapitals gefasst werden muss [64]. In Vorbereitung dieses Beschlusses ist ein Spaltungsplan aufzustellen, der gemäß § 5 Abs 1 SpaltG durch einen Spaltungsprüfer geprüft und mindestens einen Monat vor der Hauptversammlung beim Firmenbuchgericht zur Einsicht aufgelegt oder auf der im Firmenbuch eingetragenen Internetseite des Kreditinstituts zugänglich gemacht werden muss [65]. Parallel dazu muss die Spaltung eines Kreditinstitutes gemäß § 21 Abs 1 Z 6 BWG von der FMA bewilligt werden. Sofern die übernehmende Gesellschaft an der Börse gelistet ist und im Zuge der Transaktion neue Aktien ausgibt, ist zudem ein Kapitalmarktprospekt für die jungen Aktien zu erstellen [66] und die Zulassung zum Handel an der Wiener Börse nach dem BörseG zu beantragen.

Bereits dieser grobe Überblick veranschaulicht den beträchtlichen Aufwand und Zeitbedarf, der für das Abwickeln einer Spaltung erforderlich ist. Selbst wenn die Spaltung friktionsfrei erfolgt (und somit keine Anfechtungsklagen erhoben werden), bedarf die Vorbereitung und Abwicklung der Spaltung mehrerer Wochen. Auch eine Verschmelzung ist mit einem ähnlichen Zeitaufwand verbunden [67].

7. Sanktionen

Für den Fall, dass ein Institut seine Pflicht, einen Sanierungs- bzw Abwicklungsplan zu erstellen und zu aktualisieren, verletzt oder in einem Sanierungs-

oder Abwicklungsplan unrichtige Angaben tätigt, sieht das BIRG Sanktionen vor. Die Verantwortlichen eines Instituts können in diesen Fällen gemäß § 9 VStG für eine Verletzung dieser Pflichten von der FMA mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 150.000,- bestraft werden, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet [68].

8. Bevorstehende Revolutionierung durch die BRRD

Wie bereits erwähnt, sieht die BRRD geradezu revolutionäre Instrumente zur Abwicklung von Banken vor, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Abwicklungsbehörde gerade nicht an die bestehenden gesellschafts-, vertrags- und aufsichtsrechtlichen Restriktionen gebunden sein soll [69]. Im Folgenden geben wir einen Überblick über diese neuen Abwicklungsinstrumente:

8.1. Das „Brückeninstitut“

Das Abwicklungsinstrument des Brückeninstituts gemäß Art 34 f BRRD besteht im Wesentlichen darin, bestimmte Vermögenswerte, Rechte und Verbindlichkeiten auf ein sogenanntes „Brückeninstitut“ zu übertragen. Brückeninstitut ist ein Rechtsträger, der ganz oder teilweise im Eigentum einer oder mehrerer öffentlicher Stellen steht, wobei es sich dabei auch um die Abwicklungsbehörde handeln kann. Dieser Rechtsträger soll eigens für die Durchführung bestimmter oder aller Funktionen eines in Abwicklung befindlichen Instituts und für das Halten bestimmter oder aller Vermögenswerte und Verbindlichkeiten eines in Abwicklung befindlichen Instituts gegründet werden [70].

Wesentlich ist, dass die Abwicklungsbehörde die Übertragung von Rechten, Vermögenswerten und Verbindlichkeiten vornehmen kann, ohne die Zustimmung der Anteilshaber des in Abwicklung befindlichen Instituts einholen und ohne irgendwelche Verfahrensvorschriften nach dem Gesellschafts- oder Wertpapierrecht einhalten zu müssen. Insbesondere muss für das Brückeninstitut auch keine Bankkonzession beantragt werden. Die Abwicklungsbehörde hat lediglich sicherzustellen, dass der Gesamtwert der

auf das Brückeninstitut übertragenen Verbindlichkeiten nicht den Gesamtwert der übertragenen Rechte und Vermögenswerte übersteigt. Das Brückeninstitut muss daher ein positives Vermögen aufweisen.

Das Instrument des Brückeninstituts zielt somit darauf ab, die „guten“ Vermögenswerte oder wesentlichen Funktionen einer abzuwickelnden Bank auf ein neu gegründetes Institut zu übertragen. In weiterer Folge soll dann das Brückeninstitut veräußert werden, um Kapital für die Bankgläubiger zu lukrieren. Die alte Bank mit den „schlechten“ Vermögenswerten bzw nicht wesentlichen Funktionen wird hingegen im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens liquidiert [71].

Im Gegensatz zum „Bad Bank“-Modell, bei dem die „schlechten“ Vermögenswerte auf ein anderes Unternehmen ausgelagert werden, um eine Bank zu sanieren, kommt das Abwicklungsinstrument des Brückeninstituts somit in jenen Fällen in Betracht, bei denen die „guten“ Vermögenswerte nicht ausreichen, um eine Bank zu sanieren, sondern nur mehr dazu verwendet werden können, den Ausfall der Gläubiger soweit wie möglich zu reduzieren.

8.2. Die Ausgliederung von Vermögenswerten

Das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten zielt, wie die Gründung eines Brückeninstituts, darauf ab, Vermögenswerte, die schlechte Leistungen erbringen oder im Wert gemindert sind, wie auch sonstige Rechte und Verbindlichkeiten auf eine andere Gesellschaft auszulagern [72]. Anders als beim Instrument des Brückeninstituts, bei dem „gute“ Vermögenswerte ausgelagert werden, werden bei diesem Abwicklungsinstrument „schlechte“ Vermögenswerte auf eine eigens für die Vermögensverwaltung errichtete „Zweckgesellschaft“ übertragen [73]. Die Zweckgesellschaft hat als eigenständiger Rechtsträger stets zur Gänze im Eigentum einer oder mehrerer öffentlicher Stellen zu stehen. Diese „öffentliche Stelle“ darf auch die Abwicklungsbehörde selbst sein [74].

Das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten zielt darauf ab, die Bilanz einer Bank zu bereinigen und den Wert der Bank zu maximieren. Zu die-

[62] Vgl hinsichtlich der Übertragung von Konten im Rahmen einer Spaltung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 2 SpaltG Rz 64.

[63] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 3 SpaltG Rz 46f.

[64] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 8 SpaltG Rz 25.

[65] Vgl bezüglich der Bereitstellung § 108 Abs 3 bis 5 AktG, auf die § 7 Abs 2 SpaltG verweist.

[66] Vgl auch *Temmel*, Börsegesetz – Praxiscommentar § 75 Rz 9; *Zib/Russ/Lorenz*, Kapitalmarktgesetz § 3 Rz 104.

[67] Vgl *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 219 Rz 26.

[68] § 22 Abs 1 und 2 BIRG.

[69] Vgl *Zotter*, WuG 2012, 692.

[70] Art 34 Abs 2 BRRD.

[71] Vgl *Fletzberger*, ZFR 2012, 239.

[72] ErwG 43 BRRD.

[73] Art 36 Abs 1 BRRD.

[74] Art 36 Abs 2 BRRD.

sem Zweck hat die Abwicklungsbehörde Vermögensverwalter zu bestellen, die mit der Verwaltung der auf die Zweckgesellschaft übertragenen Vermögenswerte betraut werden. Die Abwicklungsbehörden dürfen ihre Befugnis zur Übertragung von Vermögenswerten nur dann ausüben, falls eine Liquidation dieser Vermögenswerte im Rahmen des regulären Insolvenzverfahrens aufgrund der Lage auf dem spezifischen Markt für diese Vermögenswerte negative Auswirkungen auf den Finanzmarkt haben könnte [75].

Während die übrigen Abwicklungsinstrumente nach der BRRD sowohl einzeln als auch kombiniert angewandt werden können, dürfen die Abwicklungsbehörden das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nur in Kombination mit einem anderen Abwicklungsinstrument anwenden [76]. Dies hat den Zweck, Wettbewerbsverzerrungen und „Moral-Hazard“-Risiken, also die verminderte Achtsamkeit im Verhalten, wenn damit gerechnet werden kann, dass andere – wie etwa die Zentralbank, Sicherungsfonds, oder der Staat – allfällige Schäden (mit)tragen [77], so gering wie möglich zu halten [78]. Es soll sichergestellt werden, dass das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten stets mit einer Umstrukturierung des abzuwickelnden Instituts verbunden ist.

8.3. Der „Bail-in“

Durch das Abwicklungsinstrument des „Bail-in“ sollen die Abwicklungsbehörden die Befugnis erhalten, Forderungen von nicht abgesicherten Gläubigern eines ausfallenden Instituts abzuschreiben und Forderungen in Eigenkapital umzuwandeln [79]. Der Bail-in wird daher trefflich auch als „Schuldenabschreibungsinstrument“ bezeichnet [80]. Dieses Abwicklungsinstrument soll sicherstellen, dass die Anteilhaber und Gläubiger eines Instituts im Fall dessen Abwicklung die Verluste in einem angemessenen Umfang zu tragen und einen angemessenen Teil der Abwicklungskosten zu übernehmen haben [81]. Dadurch soll ein Bail-out, also eine Schuldentilgung oder Haftungsübernahme durch Dritte, wie insbesondere des Staates, wie es in der Praxis bisher in zahlreichen prominenten Fällen erfor-

derlich war (Stichwort „Bankenkrise“), vermieden werden.

Ein Beispiel für einen Bail-in ist die Rettung Zyperns und der zypriotischen Banken durch die Europäische Union im Frühjahr 2013. Ende März 2013 vereinbarten die Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit der Republik Zypern, die seit 2004 EU-Mitglied ist, ein Rettungspaket. Als Gegenleistung für Kredite in Höhe von EUR 10 Milliarden wurden erstmals die Abwicklung einer Bank sowie eine Beteiligung der Sparer vereinbart [82]. Als Gegenleistung für die Verlustbeteiligung erhielten die Sparer Aktien der Bank. Dieses Rettungspaket schnürten die Mitgliedstaaten der Europäischen Union für Zypern allerdings noch ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage. Eine solche Rechtsgrundlage für das Anwenden des Bail-in soll durch die BRRD geschaffen werden.

Die BRRD sieht vor, dass die Abwicklungsbehörden auf das Bail-in-Instrument zur Rekapitalisierung eines Instituts einerseits zurückgreifen können, wenn – eine realistische Aussicht auf Wiederherstellung der Überlebensfähigkeit des Instituts vorausgesetzt – die Geschäftstätigkeit des ausfallenden Instituts zu garantieren ist. Andererseits in Fällen, in denen systematisch wichtige Dienstleistungen auf ein Brückeninstitut übertragen werden und die verbleibende Geschäftstätigkeit des Instituts eingestellt, oder das Institut liquidiert wird [83]. Sofern ein Institut fortgeführt und mittels Bail-in abgewickelt werden soll, sieht die BRRD vor, dass sogleich auch die Geschäftsführung ausgewechselt und das Institut sowie seine Tätigkeiten umstrukturiert werden sollten.

Das Bail-in sollte jedoch nicht auf jene Einlagen angewandt werden, die unter die Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme [84] fallen sowie auf Verbindlichkeiten gegenüber Beschäftigten des ausfallenden Instituts bzw auf kommerzielle Forderungen im Zusammenhang mit den für das Funktionieren des Instituts notwendigen Gütern und Dienstleistungen [85].

Die Institute haben insbesondere sicherzustellen, dass sie jederzeit über einen ausreichend aggregierten Betrag an Ei-

genmitteln und abschreibungsfähigen Verbindlichkeiten verfügen. Diese sind als Prozentanteil der gesamten Verbindlichkeiten des Instituts, die nicht als Eigenmittel im Sinne von Titel V Kapitel 2 Abschnitt 1 der Richtlinie 2006/48/EG [86] oder im Sinne von Kapitel IV der Richtlinie 2006/49/EG [87] zu betrachten sind, anzugeben [88]. Die Abwicklungsbehörden haben entweder die bestehenden Anteile der Anteilhaber zu löschen oder abschreibungsfähige Verbindlichkeiten in Anteile des in Abwicklung befindlichen Instituts umzuwandeln, wobei eine solche Umwandlung zu einem Satz [89] zu erfolgen hat, der die bestehenden Anteile „stark verwässert“ [90].

Die BRRD sieht im Rahmen des Bail-in-Instruments eine bestimmte Rangfolge für die Abschreibung und Umwandlung von Forderungen vor, welche die im nationalen Insolvenzrecht der Mitgliedstaaten aufgestellte Ordnung ergänzen und gegebenenfalls ersetzen soll [91]. Dabei ist nach folgendem Modell schrittweise vorzugehen [92]:

Zunächst sind die Instrumente des harten Kernkapitals proportional zu den Verlusten bis zu ihrer Kapazitätsgrenze abzuschreiben und die betreffenden Anteile zu löschen. Sofern diese Abschreibung den aggregierten Betrag unterschreitet, hat die Behörde als weiteren Schritt den Nennwert der Instrumente des zusätzlichen Kernkapitals, bei denen es sich um Verbindlichkeiten handelt, und des Ergänzungskapitals auf null herabzusetzen. Dabei hat die Abwicklungsbehörde die im aggregierten Betrag ausgedrückten Verluste gleichmäßig allen Verbindlichkeiten gleichen Ranges zuzuweisen, indem sie den Nennwert dieser Verbindlichkeiten oder den in Bezug auf diese Verbindlichkeiten noch ausstehenden Restbetrag im gleichen Umfang proportional zu ihrem Wert herabsetzt [93]. Für den Fall, dass auch das Herabsetzen von Verbindlichkeiten auf diese Art und Weise insgesamt den aggregierten Betrag unterschreitet, haben die Behörden den Nennwert nachrangiger Verbindlichkeiten, bei denen es sich nicht um zusätzliches Kernkapital oder Ergänzungskapital handelt, im erforderlichen Umfang herabzusetzen, so dass sich zusammen mit der in den ersten

[75] Art 36 Abs 4 BRRD.

[76] Art 31 Abs 4 BRRD.

[77] *Merk*, Finanzlexikon 1247.

[78] BRRD, Begründung S 15.

[79] BRRD, Begründung S 15.

[80] Vgl BRRD, Begründung S 3 f; Art 38 Abs 4 lit b BRRD.

[81] ErwG 44 BRRD.

[82] *Münstermann*, IWP Ordnungspolitische Kommentar, 05/2013.

[83] ErwG 45 BRRD; vgl *Schubert*, WuG

2013, 524.

[84] Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl L 135 vom 31.5.1994, S 5–14.

[85] ErwG 47 BRRD; Art 38 Abs 2 BRRD.

[86] Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl L 177 vom 30.6.2006, S 1 ff.

[87] Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl L 177 vom 30.6.2006, S 201 ff.

[88] Art 39 Abs 1 BRRD.

[89] Vgl Art 45 BRRD.

[90] Art 42 Abs 1 BRRD.

[91] BRRD, Begründung S 13.

[92] Art 43 Abs 1 BRRD.

[93] Art 43 Abs 2 BRRD.

Schritten vorgenommenen Abschreibung der aggregierte Betrag ergibt. Als letzte Maßnahme hat die Abwicklungsbehörde dann, wenn die nach dem soeben erläuterten Stufenmodell erfolgte Minderung der Verbindlichkeiten insgesamt den aggregierten Betrag unterschreitet, den Nennwert der restlichen nach Artikel 38 BRRD abschreibungsfähigen Verbindlichkeiten, bei denen es sich um vorrangige Verbindlichkeiten handelt, oder den bei diesen noch ausstehenden Restbetrag im erforderlichen Umfang herabzusetzen, so dass sich zusammen mit der bereits erfolgten Abschreibung der aggregierte Betrag ergibt.

Als den Bail-in begleitende Maßnahmen sieht die BRRD außerdem die Bestellung eines Verwalters vor, der gemäß Art 47 BRRD einen Reorganisationsplan zu erstellen hat. Dieser Plan hat mit dem Umstrukturierungsplan, den das jeweilige Institut der Europäischen Kommission gemäß den Beihilfevorschriften vorlegen muss, vereinbar zu sein [94]. In einem Reorganisationsplan sind Maßnahmen festzulegen, die darauf abzielen, innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens, der zwei Jahre nicht überschreiten darf, die langfristige Existenzfähigkeit des Instituts oder von Teilen seiner Geschäftstätigkeit wiederherzustellen. Diese Maßnahmen haben sich auf realistische Annahmen hinsichtlich der Wirtschafts- und Finanzmarktbedingungen, unter denen das Institut tätig sein wird, zu stützen [95].

8.4. Sonstige Abwicklungsbefugnisse

Neben den soeben erläuterten Abwicklungsinstrumenten sieht die BRRD in

Kapitel V (Art 56 ff BRRD) zusätzliche Abwicklungsbefugnisse der Behörden vor, um die erforderlichen Instrumente umzusetzen. Art 56 Abs 1 zählt demonstrativ (arg „insbesondere“) jene Abwicklungsbefugnisse, wie bspw bestimmte Informationsrechte, oder die Befugnis, die von einem in Abwicklung befindlichen Institut ausgegebenen Schuldtitel zu übertragen, auf, über welche die Behörden jedenfalls verfügen müssen. Die Behörden können diese Befugnisse einzeln oder miteinander kombiniert anwenden. Der österreichische Gesetzgeber hat auch diese Abwicklungsbefugnisse bis dato jedoch noch nicht im BIRG umgesetzt.

9. Resümee

Das am 1.1.2014 in Kraft getretene BIRG ist ein erster Schritt, die Bestimmungen der BRRD in Österreich umzusetzen. Bis dato hat Österreich jedoch nur sehr eingeschränkt von den im Entwurf der BRRD vorgesehenen Möglichkeiten hinsichtlich der Abwicklungsinstrumente Gebrauch gemacht. Somit bleibt es bis auf weiteres dabei, dass sich mögliche Maßnahmen zur Restrukturierung von Banken im Wesentlichen auf Unternehmens- und Anteilsveräußerungen, Spaltungen sowie Verschmelzungen beschränken. Diese Maßnahmen sind in der Regel jedoch nicht nur mit einem großen Zeitaufwand verbunden, sondern können auch mit zahlreichen Hürden im Zusammenhang mit Zustimmungs- bzw Widerspruchsrechten von Vertragspartnern und der FMA verbunden sein, die eine rasche Restrukturierung von Kreditinstituten verhindern können.

Bei der Umsetzung der in der BRRD vorgesehenen weiteren Abwicklungsinstrumente gilt es, diese Hürden zu beseitigen. Nach dem derzeit vorliegenden Entwurf soll die BRRD am 1.1.2015 in

Kraft treten und bis dahin auch größtenteils umzusetzen sein. ♦

Literaturverzeichnis

Apathy / Iro / Koziol (Hrsg), Bankvertragsrecht², Band I: Geschäftsbeziehung (2006).

Dellinger (Hrsg), Kommentar zum BWG² (2008).

Fletzberger, Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ZFR 2012, 238.

Gruber / Kalss / Müller / Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010).

Jabornegg / Strasser (Hrsg), Aktiengesetz, 2. Band⁵ (2010).

Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010).

Laurer / Borns / Strobl / M. Schütz / O. Schütz, BWG³ (2010).

Merk, Finanzlexikon (2014).

Münstermann, Bail-In statt Bail-Out – Erkenntnisse aus der Zypern-Rettung, IWP Ordnungspolitische Kommentar, 05/2013.

Ruzik, Europäisches Bankeninsolvenzrecht – effektiv nur im „Einzelfall“?, *ecollex* 2014, 142.

Schuberth, Finanzmarktregulierung in der Europäischen Union – Fünf Jahre nach Lehman, *WuG* 2013, 509.

Temmel (Hrsg), Börsegesetz – Praxis-kommentar (2011).

U. Torggler (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch – Kommentar (2013).

Zib / Russ / Lorenz, Kapitalmarktgesetz (2008).

Zotter, Bankenrestrukturierung und -abwicklung, *WuG* 2012, 671.

[94] Art 47 Abs 1 BRRD.

[95] Art 47 Abs 2 BRRD.