

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	21
A. Anlass der Untersuchung	21
B. Gang der Untersuchung	23
1. Teil	
Legitimation besonderer Regelungen für systemrelevante Kreditinstitute	25
1. Kapitel	
Die Sonderstellung der Kreditinstitute im Wirtschaftskreislauf	29
A. Subjekte des Finanzsektors	29
I. Hoheitlicher Finanzsektor	29
II. Privater Finanzsektor	30
B. Funktionen des privaten Finanzsektors	36
I. Allokationsfunktion, Grundlagen	36
II. Die Allokationsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Banken	40
1. Einlagengeschäft	41
a) Begriff der Einlagen	41
b) Einlagenschutz	42
aa) Umfang und Art des Einlagenschutzes in Deutschland	42
bb) Sinn und Zweck des Einlagenschutzes	44
2. Kreditgeschäft	47
a) Hypothekendarlehen	48
b) Kommunaldarlehen	49
c) Konsortialkredite	49
III. Zahlungsverkehrsfunktion	50
1. Geld	51
2. Zahlungssysteme	52
a) Grundmodelle	54

b)	Zahlungssysteme in Deutschland bzw. in der Europäischen Union	54
C.	Zusammenfassung	56
2.	Kapitel	
	Systemrisiko & Systemrelevanz	59
A.	Bankrisiken und Folgerung für die Regulierung	59
I.	Überblick über Bankrisiken	60
II.	Risikobegrenzung durch Eigenkapitalvorschriften	61
1.	Anrechenbares Eigenkapital	62
2.	Angemessenheit der Eigenmittel	64
3.	Risikobegrenzung und Haftungspuffer	66
III.	Risikobegrenzung durch Risikomanagement, MaRisk	67
IV.	Liquiditätssicherung	68
V.	Risikobegrenzung und Liquiditätssicherung durch laufende Aufsicht	69
VI.	Zwischenergebnis	71
B.	Der Begriff „Systemrelevanz“, eine Annäherung	71
I.	Systemisches Risiko, Systemrelevanz und Finanzmarktstabilität	72
II.	Definitionsansätze des systemrelevanten Instituts in der Verwaltungs- und Gesetzgebungspraxis	74
1.	Verwaltungspraxis	74
2.	Das Restrukturierungsgesetz	76
3.	Internationale Ansätze	78
III.	Eigener Bestimmungsversuch anhand von Ansteckungskanälen	79
1.	Direkte Ansteckungskanäle	81
a)	Ersetzbarkeit	81
aa)	Echte Schaltstelleninstitute	81
bb)	Unechte Schaltstelleninstitute	82
b)	Zahlungsausfall	85
aa)	Ausfall des Vertragspartners	85
bb)	Erfüllungsrisiko (Herstatt-Risiko)	86
cc)	Dominoeffekte durch Wertverfall von Wertpapieren	87
2.	Indirekte Ansteckungskanäle, Vertrauensverlust	88
a)	Schalterstürme (Bank Runs)	88
b)	Vertrauensverlust auf dem Interbankenmarkt	91
c)	Vertrauensverlust in Finanzprodukte, der Fall der Hypo Real Estate	92
3.	Ergebnis und Definition des systemrelevanten Instituts	94

3. Kapitel	
Die Regelungen nach dem KWG zur Bewältigung von Krisen bei Kreditinstituten	97
A. Eingriffsbefugnisse der BaFin nach dem KWG, §§ 45 ff. KWG	97
I. Frühzeitige Maßnahmen	98
1. § 45 KWG	98
2. § 45b KWG	99
3. § 45c KWG, Sonderbeauftragter	100
4. Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz	100
a) Sanierungsverfahren	101
b) Reorganisationsverfahren	103
II. Maßnahmen bei konkreter Gefahr und Insolvenz	105
1. § 46 KWG	105
a) Voraussetzungen	107
b) Maßnahmen	109
c) Zivilrechtliche Auswirkungen eines Veräußerungs- und Zahlungsverbots	109
2. §§ 47, 48 KWG	111
3. Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, § 48a ff. KWG	112
a) Voraussetzung und Folgen der Übertragungsanordnung nach § 48a KWG	112
b) Bestimmtheit und Beurteilungsspielraum	114
B. Grundzüge des Insolvenzverfahren für Kreditinstitute	115
I. Insolvenzantrag durch die BaFin	115
II. Insolvenzeröffnungsgründe	116
1. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO und drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO	116
2. Überschuldung, § 19 InsO	117
III. Ablauf des gerichtlichen Insolvenzverfahrens	118
C. Bewertung und Zwischenfazit des 1. Teils	120
2. Teil	
Die Bewältigung systemischer Finanzkrisen	125
1. Kapitel	
Kriseneindämmung und frühzeitiges Eingreifen	129
A. Frühzeitiges Eingreifen (Early Intervention)	129
B. Kriseneindämmung	131

I.	Zentralbankmäßige Liquiditätsversorgung	132
1.	Die Aufgabe des ESZB	132
2.	Liquiditätsversorgung bei systemischen Finanzkrisen	134
II.	Administrative Maßnahmen	136
III.	Kriseneindämmung durch nationale Maßnahmen	137
1.	Garantievergabe	137
2.	Eigenkapitalmaßnahmen und Risikoübernahmen	139
2.	Kapitel	
	Übernahme von Risikowerten durch Abwicklungsanstalten und Zweckgesellschaften	141
A.	Sanierung des Bankensektors	141
I.	Notwendigkeit der Sanierung	141
II.	Möglichkeiten zur Sanierung	144
B.	Strukturelle Konzepte der AMCs	146
I.	Allgemeine Unterscheidung	146
II.	Anreize für staatliche Modelle	147
III.	Zentrales oder dezentrales Modell	148
C.	Zentrale, staatliche AMCs	151
I.	USA 1989: Resolution Trust Corporation (RTC)	151
1.	Purchase & Assumption Transaktionen	153
2.	Verbriefungen	154
II.	USA, Troubled Asset Relief Program (TARP), 2008/2009	155
1.	AIG und Maiden Lane	156
2.	PPIP	158
a)	LLP	158
b)	LSP	159
III.	Irland 2009, National Asset Management Agency	161
IV.	Übersicht über AMCs der Asienkrise, 1997-1998	163
1.	Indonesian Bank Restructuring Agency (IBRA)	164
2.	Korea Asset Management Corporation (KAMCO)	165
3.	Malaysia, Danaharta	166
4.	Thai Asset Management Company (TAMC)	167
5.	Taiwan und die Philippinen	169
V.	Japan, Resolution and Collection Corporation, RCC	170
D.	Dezentrale, staatliche AMCs	171
I.	Chinas AMCs, 1999/2000	171
II.	Schweden, 1993	173
III.	Schweiz, UBS	175
E.	Großbritannien 2009	176
F.	Das deutsche Modell nach dem FMStFG vom Juli 2009	177
I.	Modell bundesrechtlicher Abwicklungsanstalten, § 8a FMStFG	178

1.	Übertragung und Übertragungsgegenstände	179
2.	Grundsatz der Eigentümerverantwortung	180
3.	Das Modell in der Praxis	181
II.	Modell landesrechtlicher Abwicklungsanstalten, § 8b FMStFG	183
III.	Zweckgesellschaftsmodell	183
1.	Bewertung der notleidenden Wertpapiere	184
2.	Gegenleistung und Nachhaftung	185
G.	Dezentrale private Auslagerungsgesellschaften / NPL Transaktionen	187
I.	WestLB, Phoenix Light SF Limited	188
II.	Hypo Real Estate Holding AG	190
III.	Weitere private Auslagerungsgesellschaften	191

### 3. Teil

Die Übertragung von Vermögenswerten auf staatliche Abwicklungsanstalten	193
---	-----

### 1. Kapitel

Einzelrechtsübertragung	195
-------------------------	-----

A.	Übertragung notleidender Darlehensverträge	195
I.	Definition „notleidender Kredit“	195
II.	Forderungsabtretung oder Vertragsübernahme	197
1.	Abtretung von Forderungen aus dem Darlehensverhältnis	199
a)	Grundlagen	199
b)	Refinanzierungsregister	200
2.	Vertragsübernahme	202
a)	Grundlagen	202
b)	Das Zustimmungserfordernis	203
3.	Regelungen nach FMStFG und FMStBG	205
III.	Übergang von Grundschulden	206
1.	Übergang bei Zession	206
2.	Übergang bei Vertragsübernahme	208
IV.	Konsortialkredite	209
1.	Grundlagen	209
2.	Übertragung des Konsortialanteils	209
V.	KfW-refinanzierte Darlehen	211
B.	Übertragung von Wertpapieren, derivativen Positionen und Beteiligungen	212
I.	Grundlagen	212
II.	Übertragung	214
C.	Bewertung der Einzelrechtsübertragung	215

2. Kapitel	
Abspaltung und Ausgliederung nach § 123 Umwandlungsgesetz	217
A. Verschmelzung, Aufspaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel	217
B. Abspaltung, § 123 Abs. 2 UmwG und Ausgliederung, § 123 Abs. 3 UmwG	219
I. Ablauf einer Abspaltung / Ausgliederung zur Aufnahme nach §§ 123 ff. UmwG	220
1. Vorbereitungsphase	220
2. Beschluss und Eintragung in das Handelsregister	221
II. Rechtsfolge der Abspaltung / Ausgliederung zur Aufnahme	222
1. Grundsatz der partiellen Gesamtrechtsnachfolge	222
2. Erweiterter Gläubigerschutz	223
3. Grenzen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge	224
a) Forderungen, Verbindlichkeiten, Sicherheiten	226
b) Verträge, Wertpapiere und derivative Finanzinstrumente	228
c) Rechtsfolgen bei Vereinbarung einer Spaltung jenseits ihrer Grenzen	228
3. Kapitel	
Risikobeteiligungen	231
A. Solvabilitätsrechtliche Voraussetzungen der Gewährleistungen	232
I. Mindestanforderungen an alle berücksichtigungsfähigen Gewährleistungen	232
II. Besondere Anforderungen an Garantien, Kreditderivaten und Bareinlagen bei einem Drittinstitut	233
B. Die Unterbeteiligung	235
I. Die „klassische“ Unterbeteiligung an Gesellschaftsanteilen	235
II. Unterbeteiligung an Kreditgeschäften	236
1. Bedeutung und Arten von Unterbeteiligungen an Kreditgeschäften	236
2. Rechtsfragen der Unterbeteiligung an Kreditgeschäften	238
a) Rechtsnatur der Kreditunterbeteiligung	238
b) Errichtung und Auflösung der Unterbeteiligung	239
c) Geschäftsführung und Vertretung	239
d) Nachschusspflicht des Unterbeteiligten	240
C. Garantien	242
I. Rechtliche Einordnung des Garantievertrags	242
II. Garantien nach §§ 6, 6a, 8, 8a FMSStFG	243
D. Kreditderivate	244
I. Credit Default Swap (CDS)	245

II. Total Return Swap (TRS)	246
III. Credit Linked Note (CLN)	247
IV. Credit Spread Option (CSO)	247
V. Basket- oder Portfolio Produkte	248
E. Bewertung der Risikobeteiligungen im Hinblick auf eine nachhaltige Sanierung	248

#### 4. Teil

Rechtsprobleme der Übertragung von Vermögenswerten auf staatliche Abwicklungsanstalten	251
--	-----

#### 1. Kapitel

Umwandlung von im Ausland belegenem Vermögen	251
--	-----

A. Grundlagen	252
B. Die Spaltung von im Ausland belegenem Vermögen, ein Qualifikationsproblem	253
I. Das internationale Gesellschaftsrecht	254
II. Das Gesellschaftsstatut als Gesamtstatut	255
1. Der Begriff des Gesamtstatuts	255
2. Umfang des Gesellschaftsstatuts	256
III. Umwandlungsrechtlicher Vermögensübergang bei im Ausland belegenem Vermögen	258
1. Regelungen in der Praxis	259
a) Mitgliedstaaten der Europäischen Union	259
b) Schweiz, Artikel 164b IPRG	262
c) Der Deutsch-Amerikanische Freundschafts-, Handels-, und Schifffahrtsvertrag von 1954	264
2. Diskussionsstand im deutschen Recht	268
a) Vorrang des Gesellschaftsstatuts	268
b) Vorrang des Gesamtstatuts nur bei Kenntnis des Rechtsinstituts	270
3. Eigene Bewertung	272
a) Keine analoge Anwendung von Art. 3a Abs. 2 EGBGB	273
b) Keine Notwendigkeit der Anerkennung der Gesamtrechtsnachfolge im Ausland	274
c) Qualifikation nach materiellen Systembegriffen deutschen Rechts	276
d) Sachnäheres Recht	276
e) Durchsetzbarkeit der Entscheidung	278

f) Kollisionsrechtliche Interessenlehre, insb. internationaler Entscheidungseinklang	279
g) Zwischenergebnis	281
4. Lösung im Rahmen des FMStFG	282
C. Ergebnis und Folgerungen für die Praxis	287

## 2. Kapitel Bankaufsichtsrechtliche Fragestellungen

291

A. Vorbemerkung	291
B. Überblick über mögliche Erlaubnistatbestände des KWG	293
I. Einlagen- und Kreditgeschäft, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2	293
1. Kreditgeschäft	293
2. Einlagengeschäft	295
II. Diskontgeschäft, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KWG	296
III. Zahlungsdienste nach ZAG und Factoring gemäß § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 9 KWG	297
IV. Garantiegeschäft, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 KWG	298
V. Eigengeschäft, § 32 Abs. 1a KWG	299
VI. Weitere mögliche Erlaubnistatbestände	300
C. Europarechtliche Vorgaben	302
I. Bankenrichtlinie, Richtlinie 2006/48/EG	303
1. Inhalt der Richtlinie	303
2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie	304
3. Erlaubnispflichten für Abwicklungsanstalten	304
a) Begriff der Einlagen und andere rückzahlbare Gelder des Publikums	305
b) Begriff der Kreditgewährung i.S.v. Artikel 4 Nr. 1a Richtlinie 2006/48/EG	307
c) Übernahme notleidender Vermögenswerte durch die Abwicklungsanstalt	309
4. Konsolidierungspflichten für Abwicklungsanstalten	311
II. MiFID, Richtlinie 2004/39/EG	313
D. Ergebnis	315

## 3. Kapitel Beihilferechtliche Fragestellungen

319

A. Grundtatbestand der Beihilfe, Ausnahmen und Verfahren, Artikel 107 ff. AEUV	320
I. Grundtatbestand	320
II. Ausnahmetatbestände	321

III. Überblick Verfahrensrecht	323
IV. Überblick über die Leitlinien und Mitteilungen der Kommission für Beihilfemaßnahmen im Bankensektor	324
1. Die R&U Leitlinie	327
2. Die Erste Bankenmitteilung und die Rekapitalisierungsmitteilung	329
3. Die Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Aktiva (IAC)	331
4. Die Umstrukturierungsmitteilung	333
B. Die Übertragung von Risikopositionen auf eine staatliche Abwicklungsanstalt	334
I. Wirtschaftliche Vergünstigung	334
1. Auslagerung notleidender Werte durch Umwandlung	334
2. Auslagerung notleidender Werte durch Einzelrechtsübertragungen	337
3. Synthetischer Risikotransfer	337
II. Beihilferechtliche Zulässigkeit der Vermögensübertragung	338
1. Zulässige Vermögenswerte	339
2. Management und Übertragung der Vermögenswerte	341
3. Angemessener Eigenbetrag	342
a) Transparenz und Offenlegung der Wertminderungen	342
b) Bewertung der Aktiva nach dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert	343
c) Ordnungsgemäße Lastenverteilung	345
d) Vergütung	346
4. Wiederherstellung der Rentabilität	347
5. Umstrukturierung	349
III. Sonderproblem: Durchgriff auf Drittkäufer	350
C. Zusammenfassung	352
D. Übertragung notleidender Vermögenswerte auf EAA und FMS-WM	353
I. Lösung durch das FMStFG	353
II. Lösung durch EAA und FMS-WM	355
4. Kapitel	
Betriebsübergang, § 613a BGB	359
A. Ausschluss des § 613a BGB durch einfaches Bundesgesetz	360
I. Richtlinie 2001/23/EG	360
1. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich	362
2. Sachlicher Anwendungsbereich	363
II. Zwischenergebnis	366
B. Strukturierung der Übertragung auf Abwicklungsanstalten	367
I. Tatbestand des Betriebsübergangs	367

1.	Allgemeine Voraussetzungen	367
2.	Übergang eines Betriebsteils	369
	a) Vorüberlegungen	369
	b) Übertragung auf staatliche Abwicklungsanstalten	371
3.	Wechsel des Betriebsinhabers	373
	a) Vorüberlegungen	373
	b) Kein Wechsel der Organisations- und Leitungsmacht	374
	aa) Übertragung der Nutzungen	375
	bb) Ausschluss des Weisungsrechts	375
	cc) Ausschluss eines „doppelten“ Betriebsübergangs	377
II.	Besondere Fragestellungen	379
	1. Landesbanken	379
	2. Arbeitsverhältnisse ausländischer Tochter- oder Zweckgesellschaften	379
	a) Grundlagen	379
	b) Grenzüberschreitende Betriebsübergänge	380
C.	Ergebnis	383
5.	Kapitel	
	Datenschutz und Bankgeheimnis	385
A.	Inhalt des Bankgeheimnisses und des einschlägigen Datenschutzrechts	386
	I. Das Bankgeheimnis	386
	II. Das Bundesdatenschutzgesetz	387
B.	Verletzung des Bankgeheimnisses und des Datenschutzrechts	387
	I. Verletzung des Bankgeheimnisses	389
	1. Lösungsansätze	389
	2. Interessenabwägung	391
	II. Verletzung des Datenschutzrechts	392
C.	Folgen einer Verletzung des Bankgeheimnisses / Datenschutzrechts	393
	I. Vertragliches Abtretungsverbot, § 399 2. Alt. BGB	393
	II. Gesetzliches Abtretungsverbot, § 134 BGB i.V.m. § 203 Abs. 1 StGB	394
D.	Ergebnis	396
	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	397
A.	Legitimation besonderer Regelungen für systemrelevante Kreditinstitute	397
B.	Die Bewältigung systemischer Finanzkrisen	398
C.	Übertragung von Vermögenswerten auf staatliche Abwicklungsanstalten	400

D. Rechtsprobleme der Übertragung auf staatliche Abwicklungsanstalten	402
I. Umwandlung von im Ausland belegenem Vermögen	402
II. Aufsichtsrecht	403
III. Beihilferecht	403
IV. Betriebsübergang	405
V. Datenschutz und Bankgeheimnis	405
Literaturverzeichnis	407