

§ 1 Einleitung

A. Einführung in die Thematik

Knapp zwölf Jahre sind nunmehr vergangen, seitdem die G20-Staaten im Herbst 2009 bei ihrem Gipfeltreffen in Pittsburgh in Reaktion auf die Finanzkrise einer umfassenden Reform der internationalen Finanzmarktregulierung den Weg bereiteten. Geleitet war sie von dem Anspruch, in Zukunft einen erneuten Kollaps des internationalen Finanzsystems und die „Rettung“ einzelner systemrelevanter Finanzinstitute auf Kosten der Allgemeinheit unter allen Umständen zu verhindern. Immerhin wurden im Zuge der damals gerade erst überwundenen Krise binnen kurzer Zeit Vermögenswerte im Wert von weltweit ca. 50 Billionen US-Dollar vernichtet,¹ das reale Bruttoinlandsprodukt der ökonomisch entwickelten Staaten ging in 2009 um ca. 3,4 Prozent zurück² und die Staatsschulden stiegen allerorten sprunghaft an. In Europa mündete die Reforminitiative in eine Generalüberholung weiter Teile des europäischen Aufsichtsrechts, angefangen unter anderem mit strengeren Solvabilitäts- und Liquiditätsregeln über gestiegene *Corporate-Governance*-Anforderungen bis hin zu neuen produkt- bzw. marktspezifischen Regulierungen, etwa im Bereich des außerbörslichen Derivatetrade. Allein das deutsche KWG erfuhr in der Folge zwischen 2008 und 2015 insgesamt 44 Gesetzesänderungen.³ Ergänzt wurden diese materiell-rechtlichen Neuregelungen durch umfassende Neuordnungen auch auf institutioneller Ebene: Einen ersten Schritt markierte im Januar 2011 die Einrichtung des Europäischen Systems der Finanzaufsicht (ESFS). 2014 folgte dann, vor allem als Konsequenz aus der sich zuspitzenden europäischen Staatsschuldenkrise, die Einrichtung der Europäischen Bankenunion – ein Integrationsschritt, der in seiner ganzen Wirksamkeit wohl erst in den kommenden Jahren vollständig zu erfassen sein wird. Schließlich formierte sich mit dem sog. Bankeninsolvenzrecht auch ein gänzlich neues Regelungssystem innerhalb des europäischen Aufsichtsrechts. Aufgeteilt in zwei Rechtsakte, die Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie (BRRD) und die Verordnung zum Einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM-VO), zielt es auf die Aufrechterhaltung der Finanzstabilität in finanziellen Belastungsphasen durch eine geordnete und systemschonende Sanierung und Abwicklung europäischer Banken.

¹ *Loser*, 1 Glob. J. Emerg. Mark. Econ. 137, 141, 153 (2009).

² *IMF*, World Economic Outlook, 10/2017, S. 242 f.

³ *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Einf. Rn. 70.

Wenngleich der Regulierungsprozess mittlerweile in eine Phase der Konsolidierung übergegangen zu sein scheint und die Praxiserfahrungen in der neuen Aufsichtsarchitektur wachsen, stellt der skizzierte Wandel die Rechtswissenschaft weiterhin vor gewichtige Herausforderungen. Zwar ist das finanzaufsichtsbezogene Schrifttum in seiner gesamten internationalen Breite heute kaum noch zu überblicken. Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung um das Bankenaufsichtsrecht der Postkrisenära hat jedoch lange noch nicht eine Durchdringungstiefe erreicht, wie sie in anderen Bereichen des (deutschen) Privat- oder Verwaltungsrechts vorzufinden ist.⁴ Und so mag es kaum überraschen, dass in der Literatur weiterhin eine umfassende Analyse der einzelnen Instrumente und Regelungsarrangements des neuen Rechtsrahmens gefordert wird, dies sowohl in isolierter als auch in instrumentenübergreifender Perspektive.⁵

Die vorliegende Arbeit möchte in diesem Zusammenhang einen Beitrag leisten, indem sie ein Aufsichtsinstrument herausgreift und vertieft betrachtet: die sog. Sanierungsplanung von Banken. Auf europäischer Ebene im Januar 2015 mit der BRRD eingeführt und gemeinsam mit der sog. Abwicklungsplanung international unter dem Stichwort „*Living Will*“ bzw. „Bankentestament“⁶ bekannt geworden, ist die Sanierungsplanung heute integraler Bestandteil des erweiterten Risikomanagements europäischer Banken. Sie dient der Vorbereitung auf zukünftige Krisensituationen, unter anderem durch Entwicklung von Früherkennungssystemen und Vorausplanung konkreter Sanierungsmaßnahmen. Die Sanierungsplanung soll damit die Widerstandsfähigkeit der Unternehmen in existenzbedrohenden Belastungsphasen erhöhen und im Bedarfsfall eine systemschonende Krisenbewältigung auf privatwirtschaftlicher Grundlage sowie „aus eigener Kraft“ der Unternehmen ermöglichen. Eine staatliche Abwicklung, deren Vorbereitung Gegenstand der behördlichen Abwicklungsplanung ist, soll damit nach Möglichkeit vermieden werden. Insbesondere aber soll ein ungeordneter Zusam-

⁴ Ähnl. *Augsberg*, DV 49 (2016), 369, 370 f. S. auch *Burgi*, in: Lange/Wall (Hrsg.), *Risikomanagement*, § 4 A. Rn. 1. Über die Hintergründe dieses – im Vergleich zu anderen (Teil-)Rechtsgebieten – geringeren Reflexionsgrades mag man streiten. Mitursächlich dürfte, neben der hohen Dynamik der Rechtsentwicklung, vor allem die stark ökonomische Prägung und Komplexität der Rechtsakte sein, die vor allem „Insidern“ zugutekommt, vgl. nochmals *Augsberg*, a. a. O.; krit. dazu *Paulus*, in: Nunner-Krautgasser/Garber/Jaufer (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, S. 271, 273.

⁵ Vgl. *Kaufhold*, DV 49 (2016), 339, 367.

⁶ Wie später im Einzelnen zu sehen sein wird, geht die metaphorische Umschreibung der Sanierungspläne als „Bankentestament“ bzw. „*Living Will*“ in vielerlei Hinsicht am tatsächlichen Regelungsgehalt des Instruments vorbei: Erstens ist gerade der Sanierungsplan nicht auf das „Ableben“, sondern auf die geordnete Fortführung der Bankunternehmung ausgerichtet. Zweitens ist der Sanierungsplan in seiner Ausgestaltung durch die Art. 5 ff. BRRD auch inhaltlich ein ungleich entwicklungsöffeneres und dynamischeres Papier als jedes Testament oder jede Patientenverfügung. Vgl. auch schon *Zimmer/Fuchs*, ZGR 2010, 597, 605; *Waschbusch/Rolle*, WiSt 2013, 453, 454; ferner *Bachmann*, BB Die erste Seite 2013, Nr. 10; *Pflock*, Europäische Bankenregulierung, S. 219.

menbruch von Bankinstituten, wie er im September 2009 paradigmatisch bei der US-amerikanischen Investmentbank *Lehman Brothers* zu beobachten war, der Vergangenheit angehören.

Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Instrument erscheint vor allem deshalb sinnvoll, weil es in seiner Struktur und Funktion auf Tendenzen verweist, die heute auf breiter Linie im gesamten krisenbezogenen Aufsichtsrecht sichtbar werden: Gemeint ist die zunehmende Verlagerung bzw. Ergänzung des aufsichtsrechtlichen Steuerungsschwerpunktes, weg allein vom Krisenmanagement im engeren Sinne, hin auch zu einer indirekten Krisensteuerung durch vorgelagerte Präventivinstrumente⁷ – und damit eng verbunden auch eine (Wieder-)Entdeckung der Planung als Werkzeug antizipativer Zukunftsvorsorge. Prägendstes Beispiel für diese Tendenz ist in der Tat die Sanierungs- und Abwicklungsplanung, die mit der BRRD ursprünglich nur für Depositen- und Wertpapierbanken eingeführt wurde, in Europa mittlerweile aber auch für zentrale Gegenparteien vorgesehen und für (Rück-)Versicherer zumindest in Planung ist.⁸ Aber auch im allgemeinen Risikomanagement nehmen präventiv-planerische Aspekte zunehmend breiten Raum ein. Deutlich wird dies etwa an den umfangreichen Anforderungen der EZB an die zukunftsbezogene Kapital- und Liquiditätsplanung als Teil der Risikotragfähigkeitsprozesse der Institute.⁹ Schließlich haben planerische Elemente zuletzt auch in ganz anderen Kontexten Eingang in das Recht der Finanzmarktaufsicht gefunden. So sind nach der Benchmark-VO die Verwender sog. Finanzmarktreferenzwerte¹⁰ heute allgemein dazu verpflichtet, spezielle Pläne für den Fall vorzuhalten, dass die von ihnen genutzten Referenzwerte unerwartet wegfallen oder wesentlich geändert werden.¹¹ All diesen Instrumenten ist gemeinsam, dass der europäische Gesetzgeber nicht länger auf die situative Handlungsfähigkeit der Aufsichtsbehörden und Marktteilnehmer vertraut. Stattdessen will er die Planung gezielt auch¹² im finanzmarktbezogenen Bereich als „methodisches Lenkungsmittel zukünftigen Geschehens“¹³ fruchtbar machen. Um die mit dieser Vorverlagerung des staatlichen Steuerungszugriffs verbundenen Herausforderungen, Strategien und Potentiale nachzuvollziehen, bietet die Sanierungsplanung wertvolles Anschauungsmaterial.

⁷ Ähnl. *Armour*, in: Oxf. Hdb. of Fin. Reg., S. 453, 467; *Thole*, Bank Crisis Management and Resolution, S. 4 f.

⁸ Dazu unten, Abschnitt § 2 B. V.

⁹ Dazu unten, Abschnitt § 6 A. II. 2. a) und c) bb).

¹⁰ Bekannt geworden sind infolge des gleichnamigen Manipulationsskandals vor allem die Referenzzinssätze LIBOR und EURIBOR.

¹¹ Vgl. Art. 28 Abs. 2 Benchmark-VO, dazu *Lorenz/Thomas*, WM 2019, 671.

¹² Ausf. zur Planung als staatlicher Handlungsform und zu dessen Wurzeln u. a. im Bereich des Raumordnungs-, Bau- und Umweltschutzrechts sowie im Recht der öffentlichen Daseinsvorsorge s. *Köck*, in: GVwR II, § 37.

¹³ *Stern*, Staatsrecht II, S. 704.