

Banking is necessary, banks are not.

(Bill Gates, 1994)

I. Einleitung

A. Problem- und Fragestellungen

Die Schieflage zahlreicher Banken nach dem Ausbruch der Subprime-Krise im Jahre 2007 setzte mehrere nationale Regierungen massiv unter Druck. Die Eröffnung eines gewöhnlichen Insolvenzverfahrens schien aufgrund der Ansteckungsgefahr auf das globale Finanzsystem zu groß, weshalb oftmals keine Alternative blieb, als diese Banken mit Mitteln des Staatshaushalts zu stützen und so einen Zusammenbruch der betroffenen Institute mit einer Dominowirkung auf weitere, auch international tätige Institute zu vermeiden.¹ Die Kosten dieser Bankenrettungen überstiegen sämtliche Erwartungen: So wurden alleine in der EU Hilfgelder in Höhe von über 5 Billionen EUR bewilligt, das entsprach wiederum mehr als 40% des EU-weiten Bruttoinlandsproduktes.² Bankenrettungen solchen Ausmaßes führten manche Staaten aber auch an die Grenzen ihrer fiskalischen und politischen Belastbarkeit oder sogar darüber hinaus.³ Selbst Österreich stand bereits im Fall der *Hypo Alpe-Adria-Bank International AG* (iF HBInt), deren Notverstaatlichung beinahe in einer Insolvenz des Bundeslandes Kärnten endete, vor einer ähnlichen Problematik.

Welch gravierende und weitreichende Folgen aber die Insolvenzeröffnung über eine systemrelevante Bank haben kann, ist spätestens seit dem Ausfall einer der größten US-amerikanischen Investmentbanken, *Lehman Brothers Holdings Inc.* (iF Lehman Brothers), im September 2008 bekannt. Dieser löste bspw beinahe alle systemischen Risiken aus, die ein Bankenkonkurs auslösen kann.⁴ Genau dieser Ausfall brachte gleichzeitig zum ersten Mal die unter den „Global Playern“ des Finanzsektors allseits gefestigte Doktrin des „**too big to fail**“ ins Wanken: Kaum jemand hätte es im Vorhinein für möglich gehalten, dass ein Staat die Insolvenzeröffnung über ein systemrelevantes Institut bzw die Liquidation eines solchen nicht verhindern würde.

Ein Institut, das „too big to fail“ ist, widerspricht jedoch den Prinzipien einer Marktwirtschaft, da die Sanktionsfunktion des Insolvenzrechts ausgehebelt wird. Der implizite Insolvenzschutz durch den Staat stellt weiters einen Anreiz für diese systemrelevanten Banken dar, noch größere Risiken einzugehen, da Gewinne in guten Zeiten privatisiert und Verluste in einer Krise sozialisiert werden können.⁵ Woran es nun in vielen Staaten und ebenso auf europäischer Ebene fehlte, waren glaubwürdige und effektive Lösungen für eine geordnete Restrukturierung oder

-
- 1 *Hebertinger/Hoppenburg/Schuck*, Bewertung und Prüfung im Rahmen der Abwicklung, in *Jahn/Schmitt/Geier* (Hrsg), Handbuch Bankensanierung und -abwicklung (2016) 431.
 - 2 *Frühaufl*, Milliardengrab Bankenrettung, FAZ vom 16. 8. 2013 (5. 11. 2022).
 - 3 Dänemark und Irland bspw bewilligten Hilfgelder, die das nationale BIP um ein Vielfaches überstiegen; vgl *Frühaufl*, FAZ vom 16. 8. 2013.
 - 4 *Zotter*, Bankenrestrukturierung und -abwicklung, WuG 2012, 671 (672).
 - 5 *Zotter*, WuG 2012, 671 (672).

Abwicklung von (insb systemrelevanten) Banken, ohne dabei auf öffentliche Gelder zurückgreifen zu müssen oder die Finanzmarktstabilität zu gefährden. *Benoît Cœuré*, Mitglied des EZB-Direktoriums, fasste die Dringlichkeit der Schaffung eines Abwicklungsregimes für Banken im Jahre 2013 folgendermaßen zusammen:

*“Excessive risk-taking by banks is at the origin of the financial crisis. One of the many factors contributing to their risk-taking behaviour was the distorted incentive structure resulting from the lack of an effective resolution mechanism. Establishing a strong approach to bank resolution is an essential component of properly realigning incentives towards risk.”*⁶

Die Kritik der Öffentlichkeit an den Bail-outs während der Finanzkrise und die Erkenntnis, dass ein reguläres Insolvenzverfahren für eine große und international vernetzte Bank aufgrund der hohen systemischen Risiken nicht durchführbar ist, führten zu zahlreichen Reformen im internationalen Finanzsystem. Auch die Europäische Kommission (iF EK) erkannte die Notwendigkeit, den Mitgliedstaaten Rettungsmaßnahmen und Instrumente zur Verfügung zu stellen, um – auch systemrelevante – Banken sanieren und abwickeln zu können sowie solchen globalen Finanzkrisen in Zukunft vorbeugen und gleichzeitig die Finanzmarktstabilität⁷ wiederherzustellen zu können.⁸ Dies soll durch die Aufrechterhaltung der systemisch wichtigen Funktionen des jeweiligen Instituts und einer Abwicklung desselben ohne Rückgriff auf das Geld der Steuerzahler ermöglicht werden.⁹

Daraufhin wurde im Jahre 2012 mit dem Aufbau einer Bankenunion in der EU begonnen, deren Grundlage ein einheitliches Regelwerk bildet (sog ‚Single Rulebook‘). Als Teil dieses Single Rulebooks wurde im Jahre 2014 die Bank Recovery and Resolution Directive¹⁰ (BRRD) auf Grundlage des Art 114 AEUV erlassen, um ein unionsweit harmonisiertes Abwicklungsrecht zu schaffen. Der nächste Schritt auf dem Weg zur Bankenunion bestand in der Errichtung eines einheitlichen Ab-

6 Cœuré, The implications of bail-in rules for bank activity and stability, Eröffnungsrede am 30. 9. 2013 zur Konferenz “Financing the recovery after the crisis – the roles of bank profitability, stability and regulation”, Bocconi University Milano, <ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130930.en.html> (5. 11. 2022).

7 Bei Zugrundelegung einer wirtschaftlichen und allgemeinen Betrachtungsweise ist unter Finanzmarktstabilität zu verstehen, dass ein Finanzsystem einer unerwarteten Entwicklung auf makroökonomischer Ebene insoweit widerstehen kann, dass es solche sich selbst verstärkenden Prozesse verhindert, die die Allokation von verfügbaren Mitteln auf Anlagegelegenheiten und die Zahlungsflüsse in der Wirtschaft beeinträchtigen, vgl *Pannen, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten*³ (2010) Kapitel 2 Rz 104.

8 *Hilkesberger/Schöller*, Sanierung und Abwicklung von Banken in Österreich nach dem BaSAG, ÖBA 2015, 553.

9 Vgl ErwG 1 BRRD.

10 Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 2014/173, 190.

wicklungsmechanismus durch die seit 1. Jänner 2016 in Kraft stehende Single Resolution Mechanism Verordnung¹¹ (iF SRM-VO). Dieser einheitliche Abwicklungsmechanismus baut auf den materiellen Regelungen der BRRD auf und ergänzt diese durch einen zentralisierten Entscheidungsprozess im Bereich der Abwicklung, indem eine europäische Abwicklungsbehörde, genannt Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (Single Resolution Board, iF SRB), eingerichtet wurde. Für alle direkt von der EZB beaufsichtigten Banken und Bankengruppen sowie für andere grenzüberschreitende Bankengruppen ist nunmehr dieser Ausschuss, und sind daher nicht mehr die einzelnen nationalen Abwicklungsbehörden, für die Erstellung der Abwicklungspläne und alle Beschlüsse im Zusammenhang mit einer Abwicklung zuständig.

In Umsetzung der BRRD wurde am 11. Dezember 2014 das Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken¹² (iF BaSAG) im Nationalrat beschlossen, welches fristgerecht am 1. Jänner 2015 in Kraft trat und wodurch auch in Österreich ein spezielles Insolvenz- bzw Abwicklungsregime für Banken geschaffen wurde. In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch des Öfteren die Frage nach der Notwendigkeit eines solchen Sonderinsolvenzrechts, da für ausfallende Kreditinstitute in Österreich bereits das reguläre Konkursverfahren¹³ nach der Insolvenzordnung (iF IO)¹⁴ sowie das Geschäftsaufsichtsverfahren nach den §§ 81 ff BWG¹⁵ zur Verfügung stünde.

Ziel des vorliegenden Werks ist es einerseits, die wirtschaftlichen und rechtlichen Argumente für die Etablierung eines Banken-Sonderinsolvenzrechts darzulegen und andererseits, das Verhältnis zwischen der für allgemeine Unternehmen geltenden IO und dem BaSAG zu untersuchen. Hierfür gilt es, die Frage zu beantworten, ob das BaSAG als *lex specialis* zur IO angesehen werden kann und in weiterer Folge, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen Insolvenz- und Abwicklungsverfahren zu verdeutlichen. Die zentralen zu beantwortenden Fragen lauten demnach:

*Welche Gründe rechtfertigen die Etablierung eines
Sonderinsolvenzrechts für Banken?*

*Ist das BaSAG als *lex specialis* zur IO anzusehen?*

Worin bestehen die Unterschiede zwischen IO und BaSAG?

*Welche Schnittstellen existieren zwischen Insolvenz- und
Abwicklungsverfahren?*

-
- 11 VO 806/2014/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl L 2014/225, 1.
 - 12 Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken, BGBl I 2014/98/2014.
 - 13 Da über Kreditinstitute gem § 82 Abs 1 BWG kein Sanierungsverfahren eröffnet werden darf, spricht man im Zusammenhang mit Kreditinstituten weiterhin von Konkursverfahren und nicht von Insolvenzverfahren.
 - 14 Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren, RGBl 337/1914.
 - 15 Bundesgesetz über das Bankwesen, BGBl 1993/532 idF BGBl 1993/639.

B. Aufbau des Werks

Am Beginn dieses Buches, in Kapitel II, steht die Auseinandersetzung mit der Finanzkrise und einem über (zu) lange Zeit verdrängten Problem des Finanzsektors: der „too big to fail“-Doktrin. Die Tatsache, dass systemrelevante Banken davon ausgehen konnten, im Ernstfall gerettet zu werden, war einer der Hauptgründe für das Entstehen der Finanzkrise im Jahre 2007/08. Um in Folge die Notwendigkeit eines effektiven (europäischen) Abwicklungsregimes zu erkennen, bedarf es als Einstieg für den Leser eines historischen Abrisses über die Geschehnisse während und nach der Finanzkrise, mit speziellem Augenmerk auf die Bankenrettungsmaßnahmen der einzelnen Staaten, insb Österreich.

Die folgenden Kapitel III und IV legen in vielerlei Hinsicht das Fundament für die weitere Untersuchung: Nach einer kurzen historischen Einführung über die Entstehung des Rechtsrahmens für die Abwicklung von Banken in der EU folgt eine Beschreibung des aus drei Säulen bestehenden Projektes „Bankenunion“, in dessen Säule 2 der einheitliche Abwicklungsmechanismus eingegliedert wurde. Außerdem widmet sich dieses Kapitel den rechtlichen Kernelementen der BRRD und der SRM-VO, die die unionsrechtlichen Grundlagen des österreichischen BaSAG bilden und geht auf die hierdurch neu geschaffenen Instrumentarien und Befugnisse für die Abwicklungsbehörden ein. Sodann werden die wesentlichen Änderungen im BaSAG im Vergleich zum österreichischen Vorgänger, dem Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz¹⁶ (BIRG), welches mit Inkrafttreten des BaSAG aufgehoben wurde, dargestellt.

Mit dem BaSAG schuf der österreichische Gesetzgeber zweifelsohne ein spezielles Insolvenzregime für Banken. Mit der Frage der Rechtfertigung eines Sonderinsolvenzrechts für Banken und insb mit den wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen, die die Etablierung eines speziellen Bankenabwicklungsregimes rechtfertigen, setzt sich Kapitel V auseinander. Dabei wird nicht nur die Sonderstellung von Banken im Wirtschaftssystem behandelt, sondern auch die bankensystemischen Risiken und die Folgen des Ausfalls eines Instituts analysiert, um im Anschluss auf die rechtlichen Besonderheiten von Bankeninsolvenzen einzugehen.

Im Rahmen des Kapitels VI wird das Verhältnis zwischen BaSAG und IO untersucht. Basierend auf einer Analyse des zugrundeliegenden Verfahrenszwecks von Insolvenz- und Abwicklungsverfahren soll im Anschluss die Frage beantwortet werden, ob das Abwicklungsverfahren in Zukunft auf jede ausfallende Bank anzuwenden ist. Weiters wird analysiert, ob das BaSAG eine *lex specialis* zur IO darstellt. Ebenso widmet sich dieses Kapitel der Frage nach der Einbeziehung der Abbaueinheit der HBIInt, genannt *HETA Asset Resolution AG* (iF HETA), in das neue Abwicklungsregime.

Kapitel VII setzt sich in Folge mit den Schnittstellen zwischen Abwicklungs- und Insolvenzverfahren auseinander. Dabei wird untersucht, inwieweit die diesen Verfahren zugrundeliegenden Vorschriften zusammenspielen und aufeinander Bezug

16 Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz, BGBl I 2013/160.

nehmen. In diesem Zusammenhang spielt bspw das „**no creditor worse off than in liquidation**“-Prinzip eine bedeutende Rolle. Des Weiteren werden in diesem Zusammenhang die allgemeinen insolvenzrechtlichen Bestimmungen innerhalb des BaSAG genauer in Betracht gezogen und die möglichen Kombinationen von Konkurs- und Abwicklungsverfahren bei einem Institut untersucht.

Neben den vielen Schnittstellen zwischen Insolvenz- und Abwicklungsverfahren existieren auch zahlreiche Unterschiede zwischen diesen beiden Verfahren, welche in Kapitel VIII näher betrachtet werden. Dabei rücken insb die Verfahrenseröffnung und die Stellung der FMA in ihrer Funktion als Abwicklungsbehörde in den Vordergrund. Aber auch der im Konkursverfahren seit 1982 geltende klassenlose Konkurs und der durch das Abwicklungsinstrument des Bail-in wieder eingeführte Klassenkonkurs im Abwicklungsverfahren spielen hierbei eine bedeutende Rolle. Des Weiteren wird auf den Zeitpunkt des Eingreifens der Behörden bzw des Gerichts sowie auf die unterschiedliche Verfahrensausgestaltung eingegangen. Kapitel IX resümiert die Ergebnisse dieses Werkes.

Des Weiteren sei anfangs noch darauf hingewiesen, dass aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit die männliche Form als geschlechtsneutrale Schreibweise verwendet wird.

II. Hintergrund: Die Finanzkrise von 2007/08 und das „too big to fail“-Problem

Krisen sind häufig Treiber der Rechtsentwicklung. Auch das Interesse an der Schaffung von Rechtsregeln zur Sanierung kriselnder Banken¹⁷ entfachte sich aufgrund einer Wirtschaftskrise, genauer aufgrund der Finanzkrise von 2007/08, auch unter dem Namen „**Subprime-Krise**“ bekannt. Ziel dieses Kapitels ist es, eine kurze Darstellung über die Entstehung dieser Finanzkrise zu geben, deren Höhepunkt – den Ausfall von Lehman Brothers – und dessen Konsequenzen für Österreich zu erläutern.

Darauffolgend schließt eine Darstellung des „too big to fail“-Problems an, denn – stellt man Überlegungen zu den Ursachen dieser globalen Systemkrise an – man kommt zweifelsohne nicht an dem Begriff des „too big to fail“ vorbei, der diese Finanzkrise prägte wie kein anderer und daher im Brennpunkt vieler nachfolgender Untersuchungen stand.¹⁸

Am Ende dieses Kapitels soll ein Überblick über die vom Ausschuss für Finanzstabilität (Financial Stability Board, iF FSB) veröffentlichten Kernelemente¹⁹ einer effektiven Abwicklung gegeben werden, die in Folge als Grundlage für die von der EU gesetzten Rechtsakte zur Bankenabwicklung dienen.

A. Von einer Liquiditätskrise zu einer Solvenzkrise

Dass die Finanzkrise von 2007/08 die schwerste Wirtschaftskrise seit der Großen Depression der 1930er Jahre darstellt, ist heute überwiegend anerkannt.²⁰ Über die Ursachen der Finanzkrise herrscht jedoch bis heute Uneinigkeit; sicher ist nur, dass diese ausgesprochen komplex und vielseitig sind und die Krise sowohl durch Markt-, Aufsichts- als auch durch Regulierungsversagen entstand.²¹ Einen Nährboden für den Ausbruch der Krise bildeten insb zwei Faktoren: Einerseits betrieb die Federal Reserve eine expansive Geld- und Zinspolitik durch bewusstes Niedrighal-

17 Die Begriffe „Kreditinstitut“, „Institut“ und „Bank“ werden in der vorliegenden Arbeit synonym verwendet und bezeichnen Kreditinstitute nach § 1 BWG, sofern nicht an einer konkreten Stelle anders bezeichnet.

18 Siehe bspw *Centrum für Europäische Politik*, Die „too big to fail“-Problematik und die Europäische Finanzmarktregulierung: Theorie und Praxis (2010); *Goldstein/Véron*, Too big to fail: The transatlantic debate, Bruegel Working Paper 2011/03; *Haentjens/Wessels*, Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector (2015); *Kübler*, Too Big to Fail? Der lange Weg zur Bankinsolvenz, ZKredW 2009, 228; *Pflock*, Europäische Bankenregulierung und das „Too big to fail-Dilemma“ (2014).

19 *Financial Stability Board*, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (2011) <fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf> (29. 12. 2022).

20 Stellvertretend für viele *Michler/Smeets*, Die Finanzkrise: Ursachen, Wirkungen und Maßnahmen, in *Michler/Smeets* (Hrsg), Die aktuelle Finanzkrise (2011) 3 (4); *Financial Crisis Inquiry Commission* (FCIC), The Financial Crisis Inquiry Report (2011) xv.

21 *FCIC*, Inquiry Report, xviii.

ten der Zinsen zu Beginn der Jahrtausendwende und in den darauffolgenden Jahren, was zu einem Überschuss an Liquidität führte.²² Diese Niedrigzinspolitik förderte zugleich den Anstieg der Immobilienpreise in den Vereinigten Staaten zwischen 2000 und 2006.²³ Zudem verlagerten viele exportstarke Länder wie China ihre Exporte in die USA, was wiederum eine erhöhte Liquidität in den Vereinigten Staaten zur Folge hatte.²⁴

Ein weiterer Motor, der die Entstehung der Krise vorantrieb, war das Verhalten der Banken zu Beginn der 2000er Jahre. Diese vergaben – um die steigende Nachfrage sättigen zu können – immer mehr Immobilienkredite, die nicht mit dem sonstigen Vermögen des Schuldners, sondern nur mit der Immobilie selbst besichert waren. Des Weiteren reduzierten sie ihre Bonitätsanforderungen für die Vergabe von Immobilienkrediten drastisch und vergaben sogenannte „**subprime mortgages**“. Charakteristisch für die Kreditnehmer dieser Subprime-Kredite war ihre bereits bei Kreditaufnahme bestehende verminderte Zahlungsfähigkeit bzw. ihr geringes Einkommen und Vermögen.²⁵ Zugleich änderten die Kreditinstitute ihre Geschäftsstrategie, indem sie die vergebenen Kredite durch Verbriefung (‘securitization’) zu „strukturierten Wertpapieren“ bündelten, aus ihren Geschäftsbüchern nahmen und mittels Zweckgesellschaften an Investoren verkauften. Mithilfe dieser Verbriefungstechniken schufen sie eine Möglichkeit, die bei Subprime-Krediten bestehenden höheren Ausfalls-Risiken an die Investoren auszulagern.²⁶ Das Ausmaß dieser Verbriefungen stieg im Jahre 2007 bis auf rund 40% aller ausständigen Kredite, dies entspricht ca 8,1 Billionen USD.²⁷

Als Auslöser der **Liquiditätskrise** wird der starke Anstieg an Ausfällen von Subprime-Krediten seit Beginn des Jahres 2007 angesehen.²⁸ Folge dieser Ausfälle waren eine zunehmende Verunsicherung aufgrund des Mangels an Information und Transparenz hinsichtlich der Qualität der den strukturierten Wertpapieren zugrunde liegenden Kredit-Portfolios sowie eine rasch schwindende Risikobereitschaft der Anleger aufgrund des erkannten höheren Ausfallrisikos der strukturierten Wertpapiere.²⁹ Die großen Rating-Agenturen, Standard & Poors, Moody’s und Fitch Ratings, begannen daraufhin mit einer erstmaligen Rating-Herabstufung dieser strukturierten Produkte, was wiederum zu einer überproportional negativen Auswirkung auf den Marktwert dieser Wertpapiere führte.³⁰ Die nun Mitte 2007 zu-

22 So sank die ‚effective one day federal funds rate‘ von 1,81% im Juni 2002 auf 1,08% im Juni 2003.

23 Dies spiegelt deutlich der Standard & Poor’s Case-Shiller Home Price Index wider.

24 China allein verachtachte seinen Bestand an US-Treasuries zwischen 2000 und 2008, s *U.S. Department of the Treasury, Major Foreign Holders of Treasury Securities*, <ticdata.treasury.gov/Publish/mfhhis01.txt> (29. 12. 2022).

25 Daher sprachen die Medien oft von sog ‚NINJA loans‘ (**n**o income, **n**o job, **n**o assets).

26 *Michler/Smeets* in *Michler/Smeets* 3 (10).

27 *Loutskina*, The role of securitization in bank liquidity and funding management, *Journal of Financial Economics* 2011/100 (3), 663.

28 *Brunnermeier*, Deciphering the Liquidity and Credit Crunch 2007–2008, *Journal of Economic Perspectives* 2009/23, 77 (82).

29 *Michler/Smeets* in *Michler/Smeets* 3 (10).

30 *Brunnermeier*, *Journal of Economic Perspectives* 2009/23, 77 (83).