

Schriftliche Stellungnahme der EBA zur Bundestagsanhörung zum vorgeschlagenen deutschen Abwicklungsgesetz

Der von der Bundesregierung vorgelegte deutsche Gesetzentwurf zur Umsetzung des Bankenabwicklungsmechanismus (Umsetzung der EU-Richtlinie Nr. 806/2014) sieht verschiedene gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die verfahrenstechnischen und inhaltlichen Aspekte der Abwicklung vor, darunter Änderungen des deutschen Kreditwesengesetzes dahingehend, dass der Rang bestimmter handelbarer Schuldtitel geändert wird, um die Wirksamkeit des sog. Bail-in-Instruments zu erhöhen. Es ist sehr ermutigend, dass Mitgliedsstaaten rasche und konkrete Maßnahmen ergreifen, um den Bereich der Abwicklungsfähigkeit anzugehen. Wesentliche Fortschritte sind im Hinblick auf die Verbesserung der Kapital- und Liquiditätsausstattung der Banken und in anderen Regulierungsbereichen zur Stärkung ihrer Widerstandsfähigkeit erzielt worden, aber zur Behebung des „Too big to fail“ - Problems ist der Bereich der Abwicklung wesentlich und muss daher schnell vorangetrieben werden. Der Grundstein einer glaubwürdigen Abwicklung ist die Beteiligung der Aktionäre und Gläubiger an der Verlustübernahme.

Abgesehen vom Erfordernis einer ausreichenden Verlustdeckungsfähigkeit in quantitativer Hinsicht liegt das politische Hauptproblem im Hinblick auf die Qualität und Glaubwürdigkeit der Verlustteilnahme darin, wie mit den gesetzlichen und außerordentlichen Ausnahmen des Bail-in-Instruments und der daraus resultierenden Möglichkeit einer Ungleichbehandlung von Gläubigern im Rahmen einer Abwicklung umgegangen werden soll, wenn deren Ansprüche auf Verwertungserlöse aus den Vermögensgegenständen einer insolventen Bank in einem normalen Insolvenzprozess alle gleich wären.

Die Richtlinie zur Sanierung und Abwicklung von Banken („Bank Recovery and Resolution Directive“, „BRRD“) sieht wirksame Schutzvorkehrungen im Zusammenhang mit diesen Ausnahmen vor, erstens um die Eigentumsrechte der Gläubiger zu schützen, und zweitens um es Investoren zu ermöglichen, die Risiken zu verstehen und entsprechend zu bepreisen. Dies wird insbesondere den erfahrenen Investoren die Möglichkeit geben, eine wirksamere Überwachung der Risiken einzelner Banken durchzusetzen, und so den Banken einen Anreiz zu geben, ihre Geschäfte mit weniger Risiken zu führen. Die BRRD bietet mehrstufige Schutzvorkehrungen, darunter:

- i. Beschränkungen der Möglichkeit von der Insolvenzrangordnung abzuweichen (z.B. verlangt Art. 48, dass Eigenkapitalinstrumente zuerst die Verluste tragen müssen, bevor das Bail-in-Instrument zum Einsatz kommt) und Verpflichtung der Abwicklungsbehörden die Insolvenzrangordnung einzuhalten, außer die Richtlinie erlaubt ausdrücklich ein Abweichen (Artikel 34)
- ii. Ein Recht auf Entschädigung, wenn Gläubiger (oder Aktionäre) im Vergleich zu ihrer von einem unabhängigen Gutachter ermittelten Position im Rahmen einer Insolvenz deutlich schlechter behandelt werden (der sogenannte 'No Creditor Worse Off' (Kein Gläubiger darf schlechter gestellt werden) - Grundsatz)

In diesem Bereich folgt die BRRD den Empfehlungen des Finanzstabilitätsrats (“Financial Stability Board”) zu wesentlichen Ausgestaltungsmerkmalen effektiver Abwicklungssysteme (“Key Attributes of Effective Resolution Regimes”).¹

Die Abwicklungsbehörden werden natürlich versuchen die Verwendung von Geldern aus dem Abwicklungsfonds für die Zahlung von Entschädigungen an Gläubiger zu vermeiden, indem sie Abwicklungsstrategien verfolgen, bei denen Abweichungen von der Insolvenzrangfolge minimiert werden. Zusätzlich unterliegen Beiträge aus dem Abwicklungsfond zur Rekapitalisierung von sich in Abwicklung befindenden Instituten den Bedingungen und Einschränkungen gemäß Artikel 44 der BRRD.

Als ein Schritt zur Minimierung der Verwendung von Abwicklungsfondmitteln verlangen die technischen Grundsätze der EBA zur Abwicklungsplanung von den Abwicklungsbehörden, dass sie all die Verbindlichkeiten identifizieren, die im Rahmen ihrer vorgeschlagenen Abwicklungsstrategie keine Verluste decken werden.

Dies sollte im Rahmen eines Bail-Ins sowohl Verbindlichkeiten einschließen, die vollständig von der Anwendung des Bail-In-Instruments ausgeschlossen sind (wie z.B. besicherte Verbindlichkeiten), als auch solche, bei denen die Abwicklungsbehörde davon ausgeht, dass sie aufgrund der Ausnahmebefugnis in Artikel 44 ausgeschlossen werden. Des Weiteren verlangt der EBA Entwurf der technischen Grundsätze zu den Mindestanforderungen für zulässige Verbindlichkeiten (“Minimum requirement for eligible liabilities”, “MREL”), dass die Abwicklungsbehörden beurteilen, ob die Kosten dieser Ausnahmen ausreichend breit über die verlusttragenden Verbindlichkeiten verteilt werden, um einen Verstoß gegen den „No Creditor Worse Off“-Grundsatz vermeiden.

Es gibt mehrere mögliche Ansätze, um das Risiko eines solchen Verstoßes zu mindern. Eine Option ist, einfach mehr verlusttragende Schuldtitel auszugeben und damit die Kosten für den Schutz einiger Gläubiger besser verteilen zu können. Diese Möglichkeit wird von der BRRD oder den technischen Grundsätzen der EBA nicht ausgeschlossen, jedoch vertreten die vorgeschlagenen Regeln der FSB zur Gesamtverlustübernahmefähigkeit den Standpunkt, dass dies zumindest für die größten und global systemrelevanten Banken nicht ausreichend wäre.

Die anderen Möglichkeiten zielen auf eine Änderung der Insolvenzrangordnung ab, in dem Sinne, dass Verbindlichkeiten, die im Hinblick auf die finanzielle Stabilität zuerst die Verluste bei einer Abwicklung übernehmen sollten, dies auch im Insolvenzfall tun. Dies kann folgendermaßen erreicht werden:

- i. Durch vertragliche Bestimmungen bei bestimmten Verbindlichkeiten. Dies ist relativ einfach und kann von den Banken selbst umgesetzt werden. Jedoch kann es in einigen Fällen zu einem Konflikt mit den Vertragsbestimmungen bestehender nachrangiger Schulden kommen, und/oder viel Zeit zur Schaffung einer neuen Investorenbasis erfordern.
- ii. Durch die Ausgabe “strukturell” nachrangiger Schulden durch eine Holdinggesellschaft, die keine operative Bank ist, so dass die Gläubiger keinen direkten Anspruch auf den Großteil der Vermögensgegenstände der Bank haben. Dadurch wird vermieden, dass die operative Bank in einen Abwicklungsprozess gehen muss, was die Abwicklung vereinfachen könnte. Diese Lösung ist bisher in solchen

¹ Key Attribute 5: http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf

Rechtsordnungen attraktiv gewesen, in denen Banken bestehende Holdinggesellschaften haben und das Insolvenzrecht eine klare Unterscheidung zwischen den rechtlichen Einheiten in einer Gruppe erzwingt, wie zum Beispiel in den USA und Großbritannien. Es nimmt jedoch viel Zeit in Anspruch Banken in eine solche Struktur zu überführen, kann weitere Kosten verursachen, und kann für einige Arten von Banken (vor allem Genossenschaften) rechtlich unmöglich sein.

- iii. Durch eine Änderung der gesetzlichen Insolvenzrangfolge, wie es in dem zur Diskussion stehenden Gesetzesentwurf vorgeschlagen wird. Insbesondere verlangt die BRRD bereits von den Mitgliedsstaaten, dass sie gedeckten und zulässigen Einlagen einen bevorzugten Status in der Insolvenz einräumen. Dieser Ansatz hat den Vorteil, sofort eine große Verlustübernahmekapazität zur Verfügung zu stellen und rechtliche Sicherheit zu bieten. Allerdings ist er für ausländische Tochtergesellschaften von Banken unter Umständen nicht geeignet, und ist dann davon abhängig, dass eine ausländische Rechtsordnung die Zuständigkeit einer anderen Rechtsordnung für einen Insolvenzprozess anerkennt, was sich in Drittländern als besondere Herausforderung darstellen könnte.

Jeder Ansatz hat Vor- und Nachteile und die EBA hat keinen bevorzugten Ansatz. Jedoch besteht unter Umständen der Bedarf einer Überprüfung, ob Unterschiede in der Umsetzung in den Mitgliedsstaaten sich auf die Wettbewerbsfähigkeit oder die Umsetzbarkeit von grenzüberschreitenden Abwicklungen auswirken könnten. Einige Bereiche, in denen die Umsetzungen abweichen könnten, werden nachstehend dargestellt.

Ein wichtiger Unterschied zwischen dem vertraglichen und strukturellen Ansatz einerseits und dem vorgeschlagenen gesetzlichen Ansatz andererseits liegt in der jeweiligen Auswirkung auf die Finanzierungskosten für bestehende und neu emittierte Schulden. Während man davon ausgeht, dass die Kosten für neu emittierte vertraglich und strukturell nachrangige Schulden vergleichsweise höher sind, solange der Anteil nachrangiger Verbindlichkeiten an den Verbindlichkeiten eines Instituts niedrig ist, wären diese Kosten vergleichsweise niedriger, wenn die bestehenden Verbindlichkeiten nachrangig sind; in diesem Fall würden die Kosten von den Gläubigern der bestehenden Verbindlichkeiten getragen werden, die dann dem Risiko höherer Verluste ausgesetzt wären und in der Folge auch niedrigere Ratings für die betreffenden Schuldinstrumente hinnehmen müssten.

Ein weiterer zu berücksichtigender Unterschied ist der Anwendungsbereich. Der vertragliche und strukturelle Ansatz kann auf einzelne Banken fallweise angewandt werden (zum Beispiel nur für global bedeutende Finanzinstitute). Dies wäre für den gesetzlichen Ansatz kaum möglich, der klare und eindeutige Kriterien zur Feststellung der Anwendbarkeit der Nachrangigkeit benötigt.

Es gibt auch eine Reihe von technischen Problemstellungen, die bei der Gestaltung eines Nachrangigkeitsansatzes zu berücksichtigen sind. Dazu zählen a) wie eng sich die resultierende Insolvenzrangfolge an den Ausnahmetatbeständen vom Bail-in gemäß Artikel 44(2) der BRRD ausrichten, die beispielsweise Interbankenverbindlichkeiten mit einer Laufzeit von weniger als 7 Tagen befreien; b) ob eine stärkere Unterscheidung für die Behandlung von Verbindlichkeiten vorzunehmen ist, die nicht zu den MREL zählen (z.B. solche mit einer Restlaufzeit von weniger als einem Jahr), oder die nicht unter die vorgeschlagenen TLAC Anforderungen

gen fallen (z.B. strukturierte Schuldtitel); und c) wie sichergestellt werden kann, dass das Gesetz es den Investoren so deutlich wie nur möglich macht, auf welche Art von Verbindlichkeiten die Nachrangigkeit angewendet wird, auch im Hinblick auf Schuldtitel, die unter ausländischem und Drittlandsrecht begeben wurden.