

**Untersuchungen über das  
Spar-, Giro- und Kreditwesen**

---

**Abteilung B: Rechtswissenschaft**

Herausgegeben von Mathias Habersack, Peter O. Mühlbert  
und Uwe H. Schneider

**Band 166**

**Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld  
zwischen Bankaufsichts-  
und Insolvenzrecht**

**Von**

**Jens-Hinrich Binder**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JENS-HINRICH BINDER

Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld  
zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht

Untersuchungen über das  
Spar-, Giro- und Kreditwesen

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Schriften des Instituts für deutsches und  
internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens  
an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. Dr. Peter O. Mülbert  
und Prof. Dr. Uwe H. Schneider

Band 166

# Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht

Regelungsziele, Anwendungsprobleme  
und Reformansätze, dargestellt am Beispiel des deutschen  
und des englischen Rechts

Von

Jens-Hinrich Binder



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. hat diese Arbeit  
im Jahre 2003 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 25

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7352  
ISBN 3-428-11767-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Geleitwort

Die Insolvenz von Banken war lange Jahrzehnte in Deutschland kein sehr gefragtes wissenschaftliches Thema. Erfreulicherweise waren Bankinsolvenzen mit Gewicht die große Ausnahme, sodass die Beschäftigung mit der Bankinsolvenz sich nur allzu leicht dem Vorwurf der Realitätsferne aussetzen schien. Inzwischen aber ist die Bankinsolvenz zu einem durchaus aktuellen Thema geworden, wie dies die Liquidationsrichtlinie der Europäischen Union deutlich macht. Der Grund dafür liegt letztlich in der Europäisierung und Globalisierung der Finanzmärkte. Die Verflechtung der nationalen Märkte macht ein Übergreifen von Schwächeerscheinungen in anderen Ländern wahrscheinlicher, die Risikobereitschaft der deutschen und europäischen Banken ist – oft notgedrungen – gewachsen. Beim Rating von Wertpapieren und Finanzprodukten spielt die Insolvenzfestigkeit von Kapitalanlagen oder Deckungsmassen eine herausragende Rolle. All dies hat dazu geführt, dass die wissenschaftliche Befassung mit der Bankinsolvenz mehr und mehr einer Frage wirtschaftlichen Gewichts gilt. Im Bankinsolvenzrecht stehen sich weltweit und in Europa stark regulatorische und eher deregulierte Modelle der Krisenbewältigung gegenüber. Der Vergleich zwischen dem deutschen und englischen Modell, wie ihn Jens-Hinrich Binder in das Zentrum seiner Arbeit stellt, trägt dieser Gegensätzlichkeit der Regelungsmuster Rechnung und verspricht gerade deshalb vorzüglichen Ertrag für die gesamteuropäische und deutsche Diskussion.

Freiburg, Januar 2005

*Rolf Stürmer*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 2003/04 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen worden. Sie ist im Frühjahr 2004 mit dem Haarmann-Hemmelrath-Förderpreis des Vereins der Freunde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg ausgezeichnet worden. Die damit verbundene finanzielle Zuwendung, für die auch hier herzlich gedankt sei, hat die Drucklegung dieser Arbeit ermöglicht.

Änderungen der Rechtslage sowie die wichtigste neuere Literatur sind bis zum Sommer 2004 berücksichtigt worden. Die grundlegende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Staatshaftung für fehlsame Bankenaufsicht (EuGH, Urt. v. 12. Oktober 2004, Rs. C-222/02 – Paul u. a. ./). Deutschland, vgl. im einzelnen § 15 der Arbeit) konnte daher leider keine Berücksichtigung mehr finden (siehe hierzu u.a. *Binder*, GPR 2005, 28 ff.), ebenso das abschließende Urteil des III. Zivilsenats in dieser Sache (Urt. vom 20.1.2005 – III ZR 48/01, hierzu *Binder*, WM 2005, im Erscheinen).

Dem Verfasser ist während der Dauer der Forschungsarbeit überaus großzügige Hilfe seitens des Graduiertenkollegs „Internationalisierung des Privatrechts“ an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (März bis September 2000), der ZEIT-Stiftung Gerd und Ebelin Bucerus/Studienstiftung (Förderung des Auslandsaufenthalts) und der Studienstiftung des Deutschen Volkes (Oktober 2001 bis September 2002) gewährt worden. Auch und im besonderen für diese Unterstützung, die das Forschungsvorhaben erst ermöglicht hat, sei hier herzlich gedankt.

Wie es anders nicht sein kann und sein sollte, verdankt die Arbeit vielen vieles. Nicht alle, die Ideen vermittelten, Kritik übten und zur Selbstkontrolle anregten, können hier genannt werden. Die nachfolgend Erwähnten sind in diesem Sinne Stellvertreter. Dank gilt zunächst meinem hochverehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Rolf Stürner, für die Betreuung der Arbeit und die vielfältigen Anregungen, die ich während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Angestellter an seinem Institut erfahren durfte. Und Dank gilt Herrn Dr. Christos Hadjiemmanuil, Senior Lecturer in Law an der London School of Economics und derzeit Geschäftsführer der Greek Hellenic Olympic Properties SA, dessen Betreuung während des einjährigen Auslandsaufenthalts einen entscheidenden Anteil an der Entstehung der Arbeit trägt. Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., bin ich für die



außerordentlich rasche Erstellung des Zweitgutachtens sehr verbunden. Den Herren Professoren Mathias Habersack, Peter O. Mülbert und Uwe H. Schneider gilt Dank für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Meinem Chef während zweier Jahre als Hilfskraft am Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. I, der Universität Freiburg, Herrn Professor em. Dr. Dres. h.c. Peter Schlechtriem, verdanke ich die Unterstützung durch diverse Gutachten ebenso wie die Einführung in das Handwerkszeug der Rechtsvergleichung. Meinem früheren Kollegen an diesem Institut, Herrn Professor Dr. Martin Schmidt-Kessel, danke ich für die kritische Durchsicht von Teilen des Manuskripts und wertvolle Anregungen hinsichtlich Inhalt und Stil der Ausführungen während der gesamten Bearbeitungszeit.

Im Verlauf des Jahres 2002 konnte ich an der Vorbereitung einer Reihe von Konferenzen im Rahmen der „Bank Insolvency Initiative“ der Weltbank und des Internationalen Währungsfonds durch die Erstellung von Länderberichten und Problemübersichten sowie an den Entwürfen der „Bank Insolvency Principles“ im Rahmen dieser Initiative mitwirken, was eine willkommene Möglichkeit bot, die vorläufigen Arbeitsergebnisse der kritischen Diskussion in internationaler Atmosphäre auszusetzen. Dafür wie allgemein für die herzliche Aufnahme in einer gänzlich anderen Wissenschaftswelt danke ich Herrn Professor Joseph J. Norton, University of London und Dedman School of Law, Southern Methodist University, Dallas/Texas, stellvertretend für alle Mitglieder der International Financial Law Unit am Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary and Westfield College, University of London.

Für die abschließende Durchsicht des Manuskripts schließlich gilt Dank Frau Victoria Marini, Frau Anna Gruchol und Herrn Georgios Filioussis; ferner haben sich Frau Dr. Chryssa Papathanassiou, LL.M., und Herr Priv.-Doz. RA Dr. Andreas Piekenbrock in der Schlußphase der Mühe unterzogen, einzelne Teile kritisch zu lesen und sehr hilfreiche Anregungen zu geben.

Danken möchte ich schließlich meinen Eltern – für alles. Ihnen ist das vorliegende Buch gewidmet.

Freiburg i.Br., im März 2005

Dr. *Jens-Hinrich Binder*, LL.M.

# Inhaltsübersicht

## *1. Teil*

<b>Grundlagen</b>	39
<b>§ 1 Einleitung</b>	39
A. Überblick	39
B. Bankeninsolvenzrecht und Regulierung des Bankensektors	42
C. Bankeninsolvenzen und wirtschaftspolitischer Hintergrund	44
D. Zum Forschungsstand	45
E. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands und Gang der Darstellung	48
<b>§ 2 Historische Banken Krisen, Konsequenzen und Reaktionen</b>	51
A. Überblick	51
B. Die Entwicklung in Deutschland	52
C. Die Entwicklung in England	60
D. Vergleichende Zusammenfassung	70
<b>§ 3 Krisenbewältigung im Kontext präventiver Regulierung</b>	72
A. Einführung	72
B. Präventive Regulierung, Staatsaufsicht über das Kreditwesen und Anforderungen an den Geschäftsbetrieb	74
C. Besondere Krisenbewältigungsmechanismen	87
D. Zwischenzusammenfassung	89
<b>§ 4 Folgerungen: wirtschafts- und rechtspolitische Vorgaben für die Ausgestaltung des Bankeninsolvenzrechts</b>	90
A. Die Funktion des Insolvenzrechts in der Wirtschaftsordnung als Maßstab	90
B. Untersuchungsbedarf	99

## *2. Teil*

### **Die verfahrensförmige Krisenbewältigung** 127

#### 1. Abschnitt

### **Die Eingriffsinstrumentarien** 127

<b>§ 5 Der Eintritt in die Krisenbewältigung I: Tatbestandliche Voraussetzungen</b>	127
A. Einführung	127

B. Die Rechtslage in Deutschland .....	128
C. Die Rechtslage in England .....	161
<b>§ 6 Der Eintritt in die Krisenbewältigung II: Handlungsmöglichkeiten .....</b>	<b>196</b>
A. Einführung.....	196
B. Die Rechtslage in Deutschland .....	196
C. Die Rechtslage in England .....	261
<b>§ 7 Rechtsvergleich und Bewertung.....</b>	<b>281</b>
A. Überblick.....	281
B. Rechtsvergleich .....	281
C. Bewertung .....	290

## 2. Abschnitt

<b>Auswirkungen der verfahrensförmigen Krisenbewältigung</b>	311
<b>§ 8 Rechtsfolgen der Verfahrenseröffnung im allgemeinen.....</b>	<b>313</b>
A. Deutschland .....	313
B. England .....	317
<b>§ 9 Die Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den Zahlungsverkehr I: Schutz der Zahlungssysteme .....</b>	<b>321</b>
A. Grundlagen .....	321
B. Die EG-Finalitätsrichtlinie und die Finanzsicherheiten-Richtlinie .....	352
C. Schutz der Zahlungssysteme nach deutschem Recht .....	365
D. Schutz der Zahlungssysteme nach englischem Recht.....	389
E. Zusammenfassung und Bewertung .....	403
<b>§ 10 Die Auswirkungen auf den Zahlungsverkehr II: Rechtsbeziehungen im Überweisungsverkehr .....</b>	<b>408</b>
A. Einführung .....	408
B. Die Rechtslage in Deutschland .....	409
C. Die Rechtslage in England .....	426
D. Vergleichende Bewertung .....	432
<b>§ 11 Die Auswirkungen für bestimmte Finanzmarktverträge: Bankensolvenz und vertragliche Beendigungsklauseln .....</b>	<b>433</b>
A. Einführung .....	433
B. Vertragliche Regelungen für den Insolvenzfall im Überblick .....	435
C. Die Bewahrung der vertraglichen Absprachen in der Insolvenz .....	444
D. Bewertung.....	449
<b>§ 12 Einlagensicherung – Ziele, Rechtsgrundlagen und Abwicklung im Krisenfall.....</b>	<b>451</b>
A. Einführung .....	451
B. Ziele und Funktionen und technische Grundfragen der Einlagensicherung .....	452

C.	Die EG-Richtlinie über Einlagensicherungssysteme von 1994 – Grundkonzept und Regelungsgehalt .....	456
D.	Einlagensicherung in Deutschland .....	461
E.	Einlagensicherung in England .....	497
F.	Vergleichende Würdigung .....	505
<b>§ 13</b>	<b>Die Umsetzung der Verfahrensziele „Sanierung“ und „Liquidation“</b> ...	516
A.	Einführung .....	516
B.	Sanierung .....	517
C.	Liquidation .....	567
<b>§ 14</b>	<b>Die Rechtsstellung der Beteiligten: Rechtsschutzfragen</b> .....	572
A.	Überblick .....	572
B.	Rechtsschutz im deutschen Recht .....	573
C.	Rechtsschutz im englischen Recht .....	578
D.	Vergleichende Würdigung .....	582
<b>§ 15</b>	<b>Die Amtshaftung für fehlsame Bankenaufsicht im Gesamtgefüge der Haftungsverwirklichung</b> .....	583
A.	Einführung .....	583
B.	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben .....	587
C.	Die Amtshaftung nach nationalem Recht .....	623
D.	Vergleichende Würdigung .....	663

*3. Teil*

	<b>Sonderprobleme</b>	674
<b>§ 16</b>	<b>Die grenzüberschreitende Bankeninsolvenz</b> .....	674
A.	Überblick .....	674
B.	Problembeschreibung .....	677
C.	Der gemeinschaftsrechtliche Lösungsansatz .....	683
D.	Die Umsetzung der Bankeninsolvenzrichtlinie in England und Deutschland .....	712
<b>§ 17</b>	<b>Großinsolvenzen und sektorweite Krisen</b> .....	717
A.	Problembeschreibung .....	718
B.	Fallgruppen und Lösungsansätze .....	721
C.	Der institutionelle Rahmen für die Bewältigung von Großinsolvenzen .....	737
<b>§ 18</b>	<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> .....	740
A.	Vorbemerkung .....	740
B.	Die wesentlichen Ergebnisse in Thesen .....	742
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	750
	<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	784

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Teil*

### **Grundlagen** 39

<b>§ 1 Einleitung</b> .....	39
A. Überblick .....	39
B. Bankeninsolvenzrecht und Regulierung des Bankensektors .....	42
C. Bankeninsolvenzen und wirtschaftspolitischer Hintergrund .....	44
D. Zum Forschungsstand .....	45
E. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands und Gang der Darstellung .....	48
<b>§ 2 Historische Banken Krisen, Konsequenzen und Reaktionen</b> .....	51
A. Überblick .....	51
B. Die Entwicklung in Deutschland .....	52
I. Von der Bankenfreiheit zum Reichskreditwesengesetz 1934 .....	52
II. Die weitere Entwicklung nach 1934 .....	56
C. Die Entwicklung in England .....	60
I. Der Weg zum ersten Banking Act von 1979 .....	60
II. Die Entwicklung nach dem Banking Act 1979 bis heute .....	66
D. Vergleichende Zusammenfassung .....	70
<b>§ 3 Krisenbewältigung im Kontext präventiver Regulierung</b> .....	72
A. Einführung .....	72
I. Überblick .....	72
II. Der Einfluß des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht und der Gemeinschaftsrechtssetzung .....	73
B. Präventive Regulierung, Staatsaufsicht über das Kreditwesen und An- forderungen an den Geschäftsbetrieb .....	74
I. Genehmigungszwang und Überwachungskompetenzen .....	74
1. Deutschland .....	74
a) Beschränkter Marktzutritt .....	74
b) Informationspflichten und Prüfungsbefugnisse .....	75
2. England .....	76
a) Beschränkter Marktzutritt .....	76
b) Informationspflichten und Prüfungsbefugnisse .....	78
3. Europäisches Gemeinschaftsrecht .....	78
II. Mindeststandards für den Geschäftsbetrieb .....	79
1. Deutschland .....	80

2. England	81
3. Europäisches Gemeinschaftsrecht	83
a) Stellenwert der Eigenmittelanforderungen im Aufsichtsrecht	83
b) Zur Berechnung der Eigenmittelstandards	85
c) Konsolidierung und Beschränkung von Großkrediten	86
C. Besondere Krisenbewältigungsmechanismen	87
I. Deutschland	87
II. England	88
III. Europäisches Gemeinschaftsrecht	89
D. Zwischenzusammenfassung	89
<b>§ 4 Folgerungen: wirtschafts- und rechtspolitische Vorgaben für die Ausgestaltung des Bankeninsolvenzrechts</b>	<b>90</b>
A. Die Funktion des Insolvenzrechts in der Wirtschaftsordnung als Maßstab	90
I. Die wirtschaftspolitische Interpretation	90
II. Rechts- und wirtschaftspolitische Kritik	92
III. Bewertung und Konsequenzen	93
B. Untersuchungsbedarf	99
I. Die Problemstellung	99
II. Die Rechtfertigungsansätze im einzelnen	101
1. Die Sonderstellung der Banken in der Gesamtwirtschaft	101
2. Das „Marktversagen“ im Kreditwesen – Grundannahmen, Kritik und Folgerungen	102
a) Unmittelbare Auswirkungen auf Kunden und Gesamtwirtschaft	103
b) „Systemrisiko“ – mittelbare Auswirkungen der Einzelinsolvenz	104
aa) „Runs“	104
bb) „Ansteckung“ durch Forderungsausfall im Interbankengeschäft	106
cc) Die „Ansteckung“ durch Zahlungssysteme als Sonderfall	107
c) Bewertung	107
aa) Kundenschutz	108
bb) Systemrisiko durch „Runs“	114
cc) „Ansteckung“ im Interbankengeschäft	120
3. Folgerungen	121
a) Fallgruppen	122
b) „Verfahrenslösung“ und außerordentliche Eingriffe	123

## 2. Teil

**Die verfahrensförmige Krisenbewältigung** 127

## 1. Abschnitt

**Die Eingriffsinstrumentarien** 127

<b>§ 5 Der Eintritt in die Krisenbewältigung I: Tatbestandliche Voraussetzungen</b> .....	127
A. Einführung.....	127
B. Die Rechtslage in Deutschland .....	128
I. Einführung: System der Eingriffsbefugnisse .....	128
II. Aufsichtsrechtliche Eingriffstatbestände.....	129
1. § 45 I KWG .....	129
2. § 46 KWG.....	131
a) Gefahr für die Erfüllung von Verpflichtungen .....	131
aa) Der Begriff der „Verpflichtungen“ .....	131
bb) Der Begriff der „Gefahr“ .....	133
(a) Konkretisierung anhand des polizei- und ordnungsrechtlichen Gefahrenbegriffs .....	134
(b) Anknüpfung an § 35 II Nr. 4 KWG? .....	135
(c) Unzureichende Liquidität als alternativer Anknüpfungspunkt?.....	137
(d) Unzuverlässigkeit der Geschäftsleitung? .....	138
(e) Stellungnahme .....	138
(1) Notwendigkeit einer Abgrenzung des Tatbestands .....	138
(2) Konkretisierung in Anlehnung an die Insolvenzgründe nach §§ 17 ff. InsO?.....	141
(f) Zwischenzusammenfassung.....	146
b) Verdacht der Gefährdung einer wirksamen Aufsicht .....	147
3. § 46a KWG.....	148
a) Ein eigenständiger Tatbestand? .....	149
b) „Zur Vermeidung des Insolvenzverfahrens“ – eine Ermessensbeschränkung? .....	151
c) Die „unvermeidbare Insolvenzeröffnung“ – ein Sonderfall? .....	153
III. Insolvenzrechtliche Eingriffstatbestände und Antragstellung durch die Aufsicht – §§ 17–19 InsO und ihre Bedeutung für die Bankeninsolvenz .....	155
1. Das Verhältnis zu den aufsichtsrechtlichen Eingriffstatbeständen.....	155
2. Die Bedeutung der Insolvenzgründe (insbesondere § 18 InsO) ..	157
a) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung .....	157

b) Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) .....	158
IV. Zwischenzusammenfassung .....	160
C. Die Rechtslage in England .....	161
I. Einführung – System der Eingriffsbefugnisse .....	161
1. Aufsichtsrechtliche Eingriffstatbestände .....	161
2. Förmliche Insolvenzverfahren .....	161
a) Winding-up .....	162
b) Administrative receivership .....	163
c) Administration .....	164
d) Weitere Verfahrensarten .....	166
II. Aufsichtsrechtliche Eingriffsbefugnisse im einzelnen .....	167
1. Einführung .....	167
2. Einschränkung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb .....	168
a) Allgemeine Voraussetzungen .....	168
b) Maßnahmen in dringenden Fällen .....	171
3. Aufhebung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb .....	173
4. Vorgehen gegen Angestellte oder Geschäftsleiter .....	174
III. Insolvenzzrechtliche Eingriffstatbestände .....	176
1. Das Verhältnis zu den aufsichtsrechtlichen Eingriffstatbestän- den .....	176
2. Compulsory winding-up – ss. 122(1), 123 Insolvency Act 1986; 367(3), (4) FSMA 2000 .....	177
a) Inability to pay debts .....	178
b) Verfahrenseröffnung „just and equitable“ .....	181
3. Administration – ss. 8(1), 123 Insolvency Act; 359(1), (3) FSMA 2000 .....	183
4. Sonderprobleme der Verfahrenseinleitung .....	186
a) Anträge Dritter .....	187
b) Anträge der betroffenen Bank bzw. Verfahrenseinleitung durch diese selbst .....	189
c) Anträge der Aufsichtsbehörde .....	192
IV. Zwischenzusammenfassung .....	194
<b>§ 6 Der Eintritt in die Krisenbewältigung II: Handlungsmöglichkeiten</b> .....	196
A. Einführung .....	196
B. Die Rechtslage in Deutschland .....	196
I. Überblick .....	196
II. Aufsichtsrechtliche Eingriffskompetenzen .....	197
1. Vorfeldmaßnahmen nach § 45 KWG .....	197
a) Untersagung oder Beschränkung von Entnahmen .....	197
b) Beschränkung der Gewinnausschüttung .....	201
c) Untersagung oder Beschränkung der Kreditgewährung .....	203



aa) Eingrenzung auf künftige Verbindlichkeiten oder Zusagen? .....	204
bb) Zivilrechtliche Konsequenzen der anordnungswidrigen Kreditgewährung .....	205
d) Anwendbarkeit für Unternehmensgruppen .....	207
e) Zwischenergebnis .....	208
2. Maßnahmen nach § 46 KWG .....	209
a) Überblick .....	209
b) Anweisungen für die Geschäftsführung (§ 46 I 2 Nr. 1 KWG) .....	209
aa) Arten von „Anweisungen“ .....	209
bb) Zivilrechtliche Konsequenzen der „Anweisungen“? .....	210
(a) Aufforderung zu Handlungen nicht rechtsgeschäftlicher Natur .....	210
(b) Verbot der Gewinnausschüttung .....	210
(c) Verbot von Gewinnentnahmen .....	211
(d) Anweisungen hinsichtlich bestehender Rechtsverhältnisse .....	211
c) Verbot der Gewährung von Krediten (§ 46 II Nr. 2, 2. Alt. KWG) .....	214
d) Verbot der Annahme von Geldern oder Wertpapieren (§ 46 II Nr. 2, 1. Alt. KWG) .....	215
aa) Überblick .....	215
bb) Zivilrechtliche Wirkungen der Anordnungen? .....	217
(a) Lösungsansätze .....	217
(b) Stellungnahme .....	219
(1) Zur Anwendbarkeit der §§ 135, 136 BGB. ....	219
(2) Ein Fall des § 134 BGB? .....	219
(3) Zwischenergebnis .....	226
e) Maßnahmen gegenüber Inhabern und Geschäftsleitern (§ 46 I 2 Nr. 3 KWG) .....	226
aa) Überblick .....	226
bb) Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen .....	227
cc) Bestellung erforderlicher geschäfts- und vertretungsberechtigter Personen (§ 46 II KWG) .....	228
f) Bestellung von Aufsichtspersonen (§ 46 I 2 Nr. 4 KWG) ...	229
g) Zwischenzusammenfassung .....	230
3. Maßnahmen nach § 46a KWG .....	231
a) Veräußerungs- und Zahlungsverbote (§ 46a I 1 Nr. 1 KWG) .....	232
aa) Ratio und Verbotsinhalt .....	232
bb) Zivilrechtliche Wirkung der Verbote .....	233
(a) Absolute Unwirksamkeit anordnungswidriger Verfügungen nach § 134 BGB? .....	233

(b) Relative Unwirksamkeit anordnungswidriger Verfügungen nach §§ 135, 136 BGB?.....	234
(c) Stellungnahme .....	235
(1) Absolute Verbotswirkung? .....	235
(2) Zur Anwendbarkeit der §§ 135, 136 BGB .....	237
(3) Zwischenergebnis und Bewertung.....	238
b) Schließung des Instituts für den Verkehr mit der Kundschaft (§ 46a I 1 Nr. 2 KWG).....	238
c) Verbot der Entgegennahme von Zahlungen (§ 46a I 1 Nr. 3 KWG) .....	240
d) Vollstreckungsverbot (§ 46a I 5 KWG) .....	243
e) Bestellung geschäftsführungsberechtigter Personen (§ 46a II-VI KWG).....	243
f) Zwischenzusammenfassung .....	246
III. Insolvenzzrechtliche Eingriffskompetenzen .....	247
1. Überblick .....	247
2. Verfügungsverbote und -beschränkungen .....	248
a) Allgemeines Verfügungsverbot (§ 21 II Nr. 2, 1. Alt. InsO).....	249
b) Zustimmungsvorbehalt (§ 21 II Nr. 2, 2. Alt. InsO) .....	249
c) Allgemeine oder besondere Verfügungsverbote nach § 21 I InsO.....	250
3. Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 II Nr. 1 InsO) .....	251
a) Überblick .....	251
b) Einzelne Aufgaben und Befugnisse .....	253
aa) Vorläufiger Insolvenzverwalter mit Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis .....	253
bb) Vorläufiger Insolvenzverwalter ohne Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis .....	254
4. Untersagung und einstweilige Einstellung von Vollstreckungsmaßnahmen (§ 21 II Nr. 3 InsO) .....	254
5. Postsperr (§ 21 II Nr. 4 InsO).....	255
6. Zwischenzusammenfassung und Bewertung, insbesondere zum Verhältnis zu aufsichtsrechtlichen Anordnungen.....	255
a) Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21 ff. InsO im Kontext der §§ 46, 46a KWG .....	255
b) Maßnahmen nach §§ 21 ff. InsO im geltenden Recht .....	257
aa) Allgemeine Vorgaben .....	257
bb) Die „Überleitung“ aufsichtsrechtlicher Anordnungen ins Insolvenzeröffnungsverfahren .....	257
cc) Konsequenzen für die Ausgestaltung der Maßnahmen nach § 21 InsO.....	258
dd) Weitere Sicherungsmaßnahmen.....	260
C. Die Rechtslage in England.....	261

I. Überblick .....	261
II. Aufsichtsrechtliche Eingriffskompetenzen .....	262
1. Einschränkung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb .....	262
a) Überblick .....	262
b) Zulässige Einschränkungen .....	263
aa) Gesetzliche Regelung .....	263
bb) Inhalt der Anordnungen in der Praxis .....	264
cc) Rechtsfolgen bei anordnungswidrigem Verhalten .....	266
c) Verfahrensrechtliche Anforderungen .....	267
d) Zwischenzusammenfassung und Bewertung .....	268
2. Aufhebung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb .....	269
3. Vorgehen gegen Angestellte und Geschäftsleiter .....	270
4. Zwischenzusammenfassung .....	271
III. Insolvenzrechtliche Eingriffskompetenzen .....	271
1. Überblick .....	271
2. Winding-up .....	272
a) Überblick .....	272
b) Provisional liquidation .....	273
aa) Bedeutung und verfahrensrechtliche Vorgaben für die Anordnung .....	273
bb) Aufgaben und Kompetenzen des Provisional liquidators .....	274
c) Special management .....	276
d) Anordnungen bezüglich schwebender Rechtsstreitigkeiten .....	277
3. Administration .....	278
a) Sog. „Statutory moratorium“ .....	278
b) Der Administrator und seine Kompetenzen .....	278
4. Zwischenzusammenfassung .....	280
<b>§ 7 Rechtsvergleich und Bewertung .....</b>	<b>281</b>
A. Überblick .....	281
B. Rechtsvergleich .....	281
I. Eingriffstatbestände .....	281
1. Aufsichtsrechtliche „Vorfelddatbestände“ .....	281
2. Qualifizierte Eingriffstatbestände .....	282
II. Handlungsmöglichkeiten innerhalb der einzelnen Tatbestände .....	284
1. Einführung .....	284
2. Typen möglicher Anordnungen .....	285
a) Verbot oder Beschränkung von Gewinnentnahmen bzw. -ausschüttungen .....	285
b) Beschränkungen des Kreditgeschäfts .....	285
c) Beschränkung des Einlagengeschäfts .....	286
d) Sonstige allgemeine Anordnungen .....	287

e) Umfassende Sicherung und Kontrolle über das Vermögen der Bank .....	287
f) Entziehung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb .....	289
C. Bewertung .....	290
I. Grundkonzeption der Eingriffsbefugnisse und weiterer Untersuchungsbedarf .....	290
1. Die Rolle der Aufsicht in der Frühphase .....	290
2. Kompetenzen bei fortgeschrittener Krise .....	291
3. Grenzfälle und Abgrenzungskriterien.....	294
4. Konsequenzen für die zivilrechtliche Wirkung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen.....	296
II. Die Lösung des deutschen Rechts im Vergleich .....	297
1. Befugnisse nach § 45 KWG.....	297
2. Befugnisse nach § 46 KWG.....	298
3. Befugnisse nach § 46a KWG.....	299
III. Konzeptionelle Grundentscheidung de lege ferenda: aufsichtsrechtliches Ermessen oder stärkere Ermessensbindung?.....	303
1. Problembeschreibung .....	303
2. Exkurs: „Structured Early Intervention and Resolution“ im US-amerikanischen Bankenaufsichtsrecht als Alternativmodell.....	305
a) Hintergrund .....	305
b) Das Konzept im einzelnen.....	307
c) Bewertung .....	309

2. Abschnitt

**Auswirkungen der verfahrensförmigen Krisenbewältigung** 311

<b>§ 8 Rechtsfolgen der Verfahrenseröffnung im allgemeinen</b> .....	313
A. Deutschland .....	313
I. Die Auswirkungen der Anordnungen nach § 46a KWG.....	313
1. Fehlende gesetzliche Regelung als Ausgangspunkt .....	313
2. Zur sog. „Stundungswirkung“ des Moratoriums .....	313
a) Streitstand.....	313
b) Stellungnahme.....	314
II. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung und des Eröffnungsverfahrens.....	316
1. Der Eröffnungsbeschluß als Zäsur .....	316
2. Die Insolvenzaufrechnung .....	317
B. England.....	317
I. Überblick.....	317
II. Die Auswirkungen des Winding-up im Überblick .....	318
III. Die Auswirkungen der Administration.....	319

## § 9 Die Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den Zahlungsverkehr I:

<b>Schutz der Zahlungssysteme</b> .....	321
A. Grundlagen .....	321
I. Problembeschreibung .....	321
II. Netto- und Echtzeitabrechnungssysteme als Grundmodelle .....	322
III. Nutzen und Risiken von Zahlungssystemen und Konsequenzen .....	325
1. Grundlagen .....	325
2. Die fraglichen Risiken und ihre technische und rechtliche Bewältigung .....	325
a) Das „technische“ Systemrisiko der Bankeninsolvenz .....	325
aa) Grundlagen, Erscheinungsformen und weitere Implikationen .....	325
bb) Unmittelbare Ausfallrisiken: Kredit- und Liquiditätsrisiken .....	327
(a) Kreditrisiken .....	327
(b) Liquiditätsrisiken .....	329
cc) Besondere Risiken bei der Abwicklung von Devisengeschäften .....	330
(a) Grundlagen .....	330
(b) Beispielfälle .....	332
(1) Bankhaus Herstatt .....	332
(2) Drexel-Burnham-Lambert Group .....	333
(3) BCCI .....	334
(4) Barings .....	335
(c) Lösungsansätze .....	335
b) Spezifisch insolvenzrechtliche Probleme .....	337
aa) Überblick .....	337
bb) Risikominimierung im Zusammenhang mit dem Schließungszeitpunkt .....	337
cc) Insolvenzzrechtlicher Bestandsschutz für risikominimierende Gestaltungen – Ansatzpunkte .....	339
(a) Das Grundproblem .....	339
(b) Mögliche Konflikte mit dem allgemeinen Insolvenzrecht .....	340
c) Zwischenzusammenfassung .....	341
IV. Zahlungs- und Abrechnungssysteme in Deutschland und England sowie auf internationaler Ebene .....	342
1. Überblick .....	342
2. Grenzüberschreitend operierende Systeme .....	342
a) TARGET .....	342
b) Euro I-System der Euro Banking Association .....	344
c) Massenverkehrszahlungssysteme .....	345

3. Deutschland .....	346
a) Grundstrukturen .....	346
b) Zahlungssysteme der Deutschen Bundesbank .....	347
aa) RTGS-plus .....	347
bb) Elektronischer Massenzahlungsverkehr (EMZ) .....	348
4. England .....	349
a) Überblick .....	349
b) Die wesentlichen Zahlungssysteme .....	350
aa) NewCHAPS .....	350
bb) BACS .....	351
5. Zwischenzusammenfassung .....	351
B. Die EG-Finalitätsrichtlinie und die Finanzsicherheiten-Richtlinie .....	352
I. Die Finalitätsrichtlinie .....	352
1. Anwendungsbereich .....	353
2. Die Regelungen im einzelnen .....	354
a) Herstellung der Finalität von Abrechnungsvorgängen .....	354
b) Schutz gewährter Sicherheiten .....	355
II. Die EG-Richtlinie über Finanzsicherheiten .....	357
1. Grundlagen .....	357
2. Die Regelungen im einzelnen .....	359
a) Anwendungsbereich .....	359
b) Regelungen zur Bestellung von Sicherheiten .....	360
c) Regelungen zur Anerkennung bestimmter Finanzsicherheiten .....	361
d) Regelungen zur Verwertung der Sicherheiten .....	362
III. Zwischenzusammenfassung und -bewertung .....	364
C. Schutz der Zahlungssysteme nach deutschem Recht .....	365
I. Der schuldrechtliche Hintergrund .....	365
1. Der Überweisungs„auftrag“ als solcher .....	365
2. Die „Nettingabrede“ bei Nettosystemen .....	368
II. Die Behandlung in der Insolvenz im einzelnen .....	370
1. Überblick .....	370
2. Schuldrechtliche Unwiderruflichkeit erteilter Zahlungsaufträge .....	370
3. Abwicklung bereits erteilter Aufträge nach Verfahrenseröffnung .....	371
a) Die Rechtslage für in Bruttosystemen abzuwickelnde Aufträge .....	371
b) Die Rechtslage für über Nettosysteme abzuwickelnde Aufträge .....	374
aa) Das Sachproblem .....	374
bb) Lösungsansätze .....	375
cc) Stellungnahme .....	376

4.	Sonderprobleme bei der Auftragserteilung nach Verfahrenseröffnung .....	377
5.	Bereits ausgeführte und ggf. verrechnete Zahlungsaufträge .....	379
6.	Schutz der innerhalb eines Systems gewährten Sicherheiten .....	381
	a) Umsetzung der Finalitätsrichtlinie .....	381
	b) Umsetzung der Finanzsicherheitenrichtlinie .....	384
	aa) Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands .....	385
	bb) Änderungen im Zivilrecht .....	385
	cc) Änderungen im KWG .....	386
	(a) § 1 XVII KWG .....	386
	(b) Privilegierung im aufsichtsrechtlichen Moratorium ..	386
	cc) Änderungen in der InsO .....	387
7.	Privilegierte Systeme .....	387
8.	Zwischenzusammenfassung .....	388
D.	Schutz der Zahlungssysteme nach englischem Recht .....	389
	I. Der schuldrechtliche Hintergrund .....	389
	1. Der Zahlungs„auftrag“ als solcher .....	389
	2. Die Verrechnungsabrede in Nettingsystemen .....	391
	II. Die Behandlung in der Insolvenz im einzelnen .....	392
	1. Schuldrechtliche Unwiderruflichkeit erteilter Zahlungsaufträge ..	392
	2. Abwicklung bereits erteilter Aufträge nach Verfahrenseröffnung	393
	a) Privilegierung durch Regulation 14(1) der Settlement Finality Regulations .....	393
	b) Die Rechtslage für Bruttosysteme nach allgemeinen Regeln ..	394
	c) Die Rechtslage für Nettosysteme nach allgemeinen Regeln ..	395
	3. Sonderprobleme bei der Auftragserteilung nach Verfahrenseröffnung .....	397
	4. Bereits ausgeführte und verrechnete Zahlungsaufträge .....	398
	5. Schutz der innerhalb eines Systems gewährten Sicherheiten .....	400
	a) Änderungen durch die Umsetzung der Finalitätsrichtlinie ..	400
	aa) Sicherheit durch Verwertung der Guthaben auf Verrechnungskonten .....	400
	bb) Sonstige Sicherheiten .....	402
	b) Änderungen durch die Umsetzung der Finanzsicherheitenrichtlinie .....	403
E.	Zusammenfassung und Bewertung .....	403
	I. Die Privilegierung von Zahlungs- und Abrechnungssystemen .....	403
	II. Die Zielvorgaben und ihre Umsetzung .....	404
	1. Die Zielvorgaben im System des allgemeinen Insolvenzrechts ..	404
	2. Die rechtstechnische Umsetzung in Deutschland und England ..	405
	III. Abschließende rechtspolitische Bewertung .....	405

<b>§ 10 Die Auswirkungen auf den Zahlungsverkehr II: Rechtsbeziehungen im Überweisungsverkehr</b> .....	408
A. Einführung .....	408
B. Die Rechtslage in Deutschland.....	409
I. Überblick .....	409
II. Die Auswirkungen auf Girovertrag und Kontokorrent .....	410
1. Das Verhältnis der Bankeninsolvenz zur Insolvenz des Bankkunden.....	410
2. Die Auswirkungen des aufsichtsrechtlichen Moratoriums .....	412
a) Lösungsansätze .....	412
b) Bewertung .....	414
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit einer Verbuchung eingehender Beträge .....	414
bb) Das Schicksal des Kontokorrents bei Wirksamwerden der Maßnahmen gem. § 46a I KWG.....	414
cc) Zwischenergebnis .....	416
3. Die Auswirkungen der Insolvenzeröffnung bzw. des Insolvenzeröffnungsverfahrens .....	417
a) Der Fall der Insolvenz des Kontoinhabers als Ausgangspunkt .....	417
b) Unterschiede bei der Insolvenz der Bank als Kontoführerin .....	418
c) Die Beendigung des Kontokorrents insbesondere.....	419
4. Zwischenzusammenfassung .....	420
III. Sekundäransprüche und die Möglichkeit einer Aufrechnung.....	421
IV. Die schuldrechtliche Risikoverteilung zwischen Überweisendem und Überweisungsempfänger.....	422
1. Allgemeine Grundsätze .....	422
2. Der Sonderfall der „Hausüberweisung“.....	424
3. Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung zu Aufklärungs- und Warnpflichten beteiligter Kreditinstitute bei Fehlschlagen der Überweisung .....	425
C. Die Rechtslage in England.....	426
I. Einführung .....	426
II. Kontenführung und Zahlungsverkehr im englischen Recht .....	427
1. Grundlagen.....	427
2. Der Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr insbesondere.....	428
III. Die Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den Zahlungsverkehr .....	430
D. Vergleichende Bewertung.....	432
<b>§ 11 Die Auswirkungen für bestimmte Finanzmarktverträge: Bankeninsolvenz und vertragliche Beendigungsklauseln</b> .....	433
A. Einführung .....	433
B. Vertragliche Regelungen für den Insolvenzfall im Überblick .....	435



I.	Anwendungsbereich .....	435
II.	Ausfallrisiken und korrespondierende vertragliche Regelungen... ..	436
1.	Ausfallrisiken .....	436
2.	Korrespondierende vertragliche Regelungen.....	436
a)	Überblick.....	436
b)	Novationsnetting .....	437
c)	Liquidationsnetting .....	438
d)	Zwischenzusammenfassung.....	440
III.	Die aufsichtsrechtliche Dimension .....	440
1.	Die risikominimierende Funktion der Klauseln als Ausgangspunkt.....	441
2.	Die Position des geltenden Aufsichtsrechts.....	442
3.	Stärkung der Beendigungsklauseln durch die EG-Finanzsicherheitsrichtlinie .....	443
C.	Die Bewahrung der vertraglichen Absprachen in der Insolvenz .....	444
I.	Die Rechtslage in Deutschland .....	444
1.	Aufsichtsrechtliches Moratorium und Insolvenzfestigkeit .....	444
2.	Novationsnetting .....	445
3.	Liquidationsnetting .....	446
II.	Die Rechtslage im englischen Recht .....	446
1.	Novationsnetting .....	446
2.	Liquidationsnetting .....	446
a)	In der Administration .....	447
b)	Im Winding-up.....	447
3.	Sonderregeln für den Anwendungsbereich des Part VII Companies Act 1989 .....	448
D.	Bewertung.....	449
<b>§ 12</b>	<b>Einlagensicherung – Ziele, Rechtsgrundlagen und Abwicklung im Krisenfall.....</b>	<b>451</b>
A.	Einführung .....	451
B.	Ziele und Funktionen und technische Grundfragen der Einlagensicherung .....	452
I.	Zielvorgaben im Gesamtsystem der Bankenregulierung .....	452
II.	Grundfragen der Ausgestaltung von Einlagensicherungssystemen ..	455
C.	Die EG-Richtlinie über Einlagensicherungssysteme von 1994 – Grundkonzept und Regelungsgehalt.....	456
I.	Hintergrund und Motive der Gemeinschaftsrechtssetzung.....	456
II.	Mindestanforderungen nach der Richtlinie 94/19 .....	458
1.	Schwerpunkte der Harmonisierung .....	458
2.	Mindestabsicherung nach der Richtlinie 94/19 .....	458
3.	Finanzierung der Einlagensicherungssysteme und deren Rolle im Gesamtkonzept der Krisenbewältigung .....	460
III.	Zwischenzusammenfassung.....	461

D. Einlagensicherung in Deutschland .....	461
I. Überblick .....	461
II. Die Entwicklung der Einlagensicherung zu ihrer heutigen Gestalt .....	462
III. Der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands Deutscher Banken .....	465
1. Rechtsgrundlagen .....	465
2. Das „Mandat“ des Einlagensicherungsfonds .....	467
3. Die Frage der Mitgliedschaft .....	467
4. Höhe der Absicherung .....	468
a) Satzungsmäßige Grenzen des Leistungsversprechens .....	468
b) Das Problem des ausgeschlossenen Rechtsanspruchs auf Absicherung .....	469
aa) Der Ausschluß von Ansprüchen im Statut und die bis- herige Praxis der Einlagensicherung .....	469
bb) Einstandspflicht aus allgemeinen Grundsätzen? .....	470
(a) Unterstützende Stellungnahmen im Schrifttum .....	470
(b) Die ablehnende Ansicht der wohl herrschenden Meinung .....	471
(c) Stellungnahme .....	472
(1) Rechtsansprüche der Bank auf Leistungen aus dem Fonds? .....	472
(2) Rechtsansprüche der Einleger? .....	473
5. Finanzierung des Einlagensicherungsfonds .....	476
a) Die Fonds-Lösung: Ex ante-Finanzierung durch die Markt- teilnehmer .....	476
b) Beschränkte Risikogewichtung durch Klassifizierung .....	477
6. Zur „Verzahnung“ von Einlagensicherung und Krisenbewälti- gungsmechanismen .....	478
a) Handlungsalternativen .....	478
b) Direkte finanzielle Unterstützung .....	478
c) Leistungen im Zusammenhang mit Maßnahmen nach § 46a KWG .....	480
7. Zusammenfassung und Bewertung .....	482
a) Zusammenfassung und Einordnung in den internationalen Kontext .....	482
b) Zur Kritik am Finanzierungsmodell des Einlagensiche- rungsfonds .....	484
aa) Stellungnahmen im Schrifttum .....	484
bb) Finanzierung durch die Marktteilnehmer als wettbe- werbsswidrige „Quersubvention“ solider zugunsten un- solider Kreditinstitute? .....	484
c) Zur Höhe der Absicherung .....	487
IV. Die Entschädigungseinrichtung Deutscher Banken GmbH als Re- sultat der Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie .....	490

1. Überblick .....	490
2. Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Umsetzungslösung? .....	493
a) Die Kritik Drehers .....	493
b) Gegenstimmen .....	494
c) Stellungnahme .....	495
V. Zwischenzusammenfassung .....	496
E. Einlagensicherung in England .....	497
I. Die Entwicklung der gesetzlichen Einlagensicherung .....	497
II. Die heutige Rechtslage – das Financial Services Compensation Scheme .....	499
1. Rechtsgrundlagen .....	499
2. Das Mandat des Financial Services Compensation Scheme .....	500
3. Höhe der Absicherung .....	502
4. Finanzierung .....	502
5. Verzahnung von Sicherung und Krisenbewältigung durch Aufsichts- und Insolvenzrecht .....	503
III. Zwischenzusammenfassung und Bewertung .....	503
F. Vergleichende Würdigung .....	505
I. Einführung .....	505
II. Einlagensicherung in Deutschland und England im Vergleich .....	506
III. Einlagenversicherung als Gegenmodell zu Sicherungsfonds? .....	508
IV. Insolvenzprivilegien zugunsten der Einleger als Alternative zur Einlagensicherung? .....	510
1. Erwägungen im Schrifttum .....	510
2. Exkurs: Das schweizerische Privilegienmodell als Anwendungsbeispiel .....	511
3. Bewertung .....	512
V. Zusammenfassung .....	514
<b>§ 13 Die Umsetzung der Verfahrensziele „Sanierung“ und „Liquidation“ ..</b>	<b>516</b>
A. Einführung .....	516
B. Sanierung .....	517
I. Problemstellung .....	517
1. Der Begriff der Sanierung; Eingrenzung der Untersuchung .....	517
2. Der Einfluß der Eingriffsinstrumentarien auf die Sanierungsfähigkeit .....	518
a) Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit .....	518
b) Wechselwirkungen mit der Wahl der Eingriffsinstrumentarien .....	519
3. Das Verhältnis zwischen Eingriffsinstrumentarien und der Art der Sanierung .....	520
II. Die Sanierung im deutschen Recht .....	521
1. Die „Vorfeldsanierung“ im Frühstadium der Krise .....	521
a) Bedeutung der „Vorfeldsanierung“ im allgemeinen .....	521

b)	Die Rolle der Aufsicht .....	523
aa)	Das geltende Recht: § 45 KWG als Grundtatbestand .....	523
bb)	Weiterentwicklung des Grundtatbestandes de lege ferenda .....	523
(a)	Ausgangspunkt: Erfordernis erweiterter Eingriffskompetenzen im Frühstadium .....	523
(b)	Verlagerung der Eingriffskompetenzen nach § 46 II KWG auf § 45 KWG .....	524
c)	Zwischenzusammenfassung und Folgerungen .....	526
2.	Die Sanierung in der „fortgeschrittenen Krise“ – verfahrensförmige Sanierung und Sanierung aus dem Verfahren.....	527
a)	Einführung .....	527
b)	Sanierung durch gegenständlich beschränkte aufsichtsrechtliche Maßnahmen in der Krise? .....	528
aa)	Grundprobleme .....	528
bb)	Teilweise Beschränkung der Abflußseite als taugliches Sanierungsinstrument?.....	528
cc)	Zwischenzusammenfassung und -bewertung .....	532
c)	Die Sanierung im oder aus dem umfassenden Moratorium .....	532
aa)	Fehlschlagen der Sanierung im Moratorium als Regelfall in der Praxis .....	532
bb)	Begründung .....	533
cc)	Die verbleibende Bedeutung für die Sanierung aus dem Moratorium .....	535
(a)	Die maßgebliche Fallkonstellation .....	535
(b)	Die Instrumente der Sanierung .....	536
(c)	Die Umsetzung der Sanierungsmaßnahmen, insbesondere zur Frage des Initiativrechts .....	537
(1)	Maßgebliche Rechtsgrundsätze .....	537
(2)	Folgeprobleme .....	537
(3)	Das Verhältnis der Gesellschaftsorgane zu den gerichtlich bestellten Geschäftsführern.....	538
(4)	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, insbesondere die „Pafitis“-Entscheidung des EuGH.....	539
(d)	Zwischenzusammenfassung .....	541
dd)	Das Moratorium als Sanierungsinstrument – vorläufige Bewertung .....	542
d)	Die Sanierung im oder aus dem Insolvenzverfahren und Insolvenzeröffnungsverfahren .....	542
aa)	Sanierungsmöglichkeiten de lege lata .....	542
bb)	Die Rechtslage bei Aufgabe des aufsichtsrechtlichen Moratoriums de lege ferenda.....	543
(a)	Die „Sanierungsfeindlichkeit“ einer Verfahrenslösung als Ausgangspunkt .....	543

(b) Sanierung im Insolvenzplanverfahren? .....	544
(c) Sanierung im Rahmen einer Eigenverwaltung? ....	547
(d) Übertragende Sanierung im Eröffnungsverfahren bzw. im eröffneten Insolvenzverfahren? .....	547
III. Die Sanierung im englischen Recht .....	553
1. Überblick .....	553
2. Die „Vorfeldsanierung“ im Frühstadium der Krise .....	554
3. Die Sanierung in der fortgeschrittenen Krise – verfahrensför- mige Sanierung und Sanierung aus dem Verfahren .....	556
a) Sanierung in der Administration .....	556
aa) Überblick .....	556
bb) Fallstudien .....	557
(a) Chancery plc .....	557
(b) Barings .....	558
b) Sanierung in der Provisional liquidation? .....	561
IV. Vergleichende Würdigung .....	562
C. Liquidation .....	567
I. Einführung .....	567
II. Die Liquidation im deutschen Insolvenzrecht .....	568
1. Das Regelinsolvenzverfahren .....	568
2. Liquidationsplan im Insolvenzplanverfahren als Alternative zum Regelverfahren? .....	569
III. Die Liquidation im englischen Insolvenzrecht .....	570
1. Winding-up .....	570
2. Vorbereitung der Liquidation im Wege der Administration ....	571
IV. Vergleichende Würdigung .....	572
<b>§ 14 Die Rechtsstellung der Beteiligten: Rechtsschutzfragen .....</b>	<b>572</b>
A. Überblick .....	572
B. Rechtsschutz im deutschen Recht .....	573
I. Die Rechtsposition der betroffenen Bank .....	573
1. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen vor dem Insolvenzantrag ....	573
2. Rechtsschutz bezüglich der Insolvenzantragstellung .....	574
II. Die Rechtsposition der Gläubiger .....	576
C. Rechtsschutz im englischen Recht .....	578
I. Die Rechtsposition der betroffenen Bank .....	578
1. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen vor dem Insolvenzantrag ....	578
2. Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	581
II. Die Rechtsposition der Gläubiger .....	581
D. Vergleichende Würdigung .....	582

<b>§ 15 Die Amtshaftung für fehlsame Bankenaufsicht im Gesamtgefüge der Haftungsverwirklichung</b> .....	583
A. Einführung .....	583
I. Überblick .....	583
II. Der Untersuchungsbedarf im einzelnen.....	585
B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben.....	587
I. Einführung .....	587
II. Haftung wegen Verletzung primären Gemeinschaftsrechts?.....	588
III. Haftung wegen Verletzung sekundären Gemeinschaftsrechts? .....	589
1. Allgemeine Grundlagen im Überblick.....	589
a) Unmittelbare Rechtswirkung von und Gewährung subjektiver Rechte durch Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH.....	590
b) Die Bedeutung für die vorliegende Fallkonstellation .....	593
aa) Die Position des Bundesgerichtshofs.....	594
bb) Die Position der englischen Judikatur im „Three Rivers“-Fall .....	594
cc) Stellungnahme.....	596
c) Zwischenzusammenfassung .....	600
2. Die einzelnen Richtlinien .....	601
a) Überblick .....	601
b) Die Einlagensicherungsrichtlinie.....	601
aa) Überblick .....	601
bb) Die Haftung für die Nichtumsetzung der Richtlinie – Haftung in Höhe des garantierten Mindestschutzes.....	602
cc) Weitergehende Haftung mit Blick auf die Pflichtmitgliedschaft in einer Sicherungseinrichtung?.....	605
(a) Überblick.....	605
(b) Einlegerschützende Pflichten zum Einschreiten gegen ungesicherte Institute?.....	606
(1) Das Verfahren nach Art. 3 II-V der Richtlinie als Anknüpfungspunkt .....	606
(2) Bewertung .....	607
(c) Zum Haftungsumfang .....	608
c) Die Erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie als Grundlage für Haftungsansprüche?.....	610
aa) Überblick .....	610
bb) Die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie .....	611
cc) Bewertung .....	613
d) Die Rechtslage nach der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie und den damit zusammenhängenden Rechtsakten .....	615
aa) Die einschlägigen Bestimmungen in den Richtlinien ..	615

(a)	Die Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie . . . .	615
(b)	Die Eigenmittelrichtlinie . . . . .	616
(c)	Die BCCI-Folgerichtlinie und weitere Rechtsakte . .	617
bb)	Bewertung . . . . .	617
(a)	Der geschützte Personenkreis . . . . .	618
(b)	Fehlende Konkretisierung der Vorgaben an das aufsichtsrechtliche Vorgehen im Einzelfall . . . . .	619
(c)	Die Einlagensicherungsrichtlinie als abschließende Regelung? . . . . .	621
cc)	Zwischenzusammenfassung. . . . .	622
C.	Die Amtshaftung nach nationalem Recht . . . . .	623
I.	Deutschland. . . . .	623
1.	Überblick. . . . .	623
2.	Die Rechtsgrundlagen für Amtshaftungsansprüche (Art. 34 GG, § 839 BGB). . . . .	624
3.	Die Entwicklung in der Rechtsprechung . . . . .	625
a)	Urteile bis 1979 . . . . .	625
b)	Die Fälle „Wetterstein“ und „Herstatt“ und Nachfolgeent- scheidungen. . . . .	625
aa)	BGHZ 74, 144 („Wetterstein“). . . . .	626
bb)	BGHZ 75, 120 („Herstatt“). . . . .	628
cc)	Weitere höchstrichterliche Konkretisierung: BGHZ 90, 310 . . . . .	630
4.	Die Reaktion des Gesetzgebers . . . . .	631
5.	Der Streit um die Wirksamkeit des Haftungsausschlusses . . . .	632
6.	Stellungnahme . . . . .	633
a)	Der Inhalt möglicher Verhaltenspflichten . . . . .	633
b)	Entgegenstehende Rechtspositionen als Abwägungskriterium	636
aa)	Das öffentliche Interesse am Schutz der Stabilität des Finanzsystems. . . . .	637
bb)	Die Interessen der betroffenen Institute . . . . .	638
cc)	Die Bedeutung für die Drittschutzdiskussion . . . . .	638
c)	Die Begründung für die Annahme drittschützender Amts- pflichten. . . . .	639
aa)	Der Haftungsausschluß vor dem Hintergrund der Ge- setzgebungsgeschichte . . . . .	639
bb)	Die verfassungsrechtliche Dimension. . . . .	640
(a)	Das Sozialstaatsprinzip. . . . .	640
(b)	Grundrechtliche Schutzpflichten. . . . .	640
(c)	Verstoß gegen den Gleichheitssatz? . . . . .	646
(d)	Weitere möglicherweise entgegenstehende Verfas- sungsprinzipien. . . . .	648
7.	Zwischenzusammenfassung und -bewertung. . . . .	651

II. England.....	651
1. Überblick .....	651
2. Materielle rechtliche Grundlagen der Amtshaftung im Überblick .....	652
a) Allgemeine Grundlagen .....	652
b) Fahrlässigkeitshaftung und der Umfang des Haftungsaus-	
schlusses .....	653
aa) Allgemeine Regeln.....	653
bb) Beispielfälle .....	656
3. Die Bedeutung der Rechtsprechung im „Three Rivers“-Fall	
insbesondere.....	660
a) Der allgemeine Kontext der Entscheidung .....	660
b) Der Tatbestand der „Misfeasance in public office“ im ein-	
zelnen .....	661
4. Zusammenfassung.....	663
D. Vergleichende Würdigung .....	663
I. Bestandsaufnahme .....	663
II. Bewertung .....	665
1. Das Problem der Vergleichbarkeit und Konsequenzen .....	665
2. Die Funktion der Amtshaftung im einzelnen.....	668
3. Folgerungen .....	671

### 3. Teil

#### Sonderprobleme 674

<b>§ 16 Die grenzüberschreitende Bankeninsolvenz .....</b>	<b>674</b>
A. Überblick .....	674
B. Problembeschreibung .....	677
I. Die grenzüberschreitende Unternehmensinsolvenz im allgemeinen .....	677
II. Spezifische Probleme der Bankeninsolvenz.....	680
1. Anwendungsbereich .....	680
2. Auslösung des Verfahrens.....	682
C. Der gemeinschaftsrechtliche Lösungsansatz .....	683
I. Einführung .....	683
II. Das gemeinschaftsrechtliche Internationale Bankeninsolvenzrecht .....	683
1. Sachlicher Anwendungsbereich der Bankeninsolvenzrichtlinie ..	683
2. Modifizierte Universalität als Grundprinzip.....	685
3. Zwingende Aufhebung der aufsichtsrechtlichen Erlaubnis zum	
Geschäftsbetrieb .....	686
4. Sonderanknüpfungen für einzelne Rechtsverhältnisse .....	687
a) Art. 20: Wirkungen auf bestimmte Verträge und Rechte ...	687
b) Art. 21: Dingliche Rechte Dritter.....	688
c) Weitere Sonderanknüpfungen .....	691



d) Regelungen hinsichtlich einzelner banktypischer Geschäfte	691
5. Grenzüberschreitende Verfahrenskoordination	692
6. Verfahren über Kreditinstitute mit Sitz außerhalb der EG	692
7. Gemeinschaftsrechtliche Regeln für die Einlagensicherung bei grenzüberschreitenden Bankeninsolvenzen	693
III. Bewertung	693
1. Einführung	693
2. Notwendigkeit eines speziellen Rechtsrahmens für Bankeninsolvenzen	694
3. Die „technische“ Ausgestaltung der Rechtsakte	695
4. Die Berechtigung des Universalitätsprinzips insgesamt	697
a) Universalität als Korrelat zum Grundsatz der Herkunftslandkontrolle?	698
b) Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	700
c) Praktikabilitätserwägungen	703
d) Systemschutz und die Rolle der Aufsicht	704
aa) Verhältnis von Sanierungsmaßnahmen und Liquidationsverfahren	704
bb) Wirkungserstreckung für Sicherungsmaßnahmen	706
cc) Die Rolle der Aufsicht insbesondere hinsichtlich der Auslösung des Verfahrens	708
dd) Begrenzte Sonderanknüpfungen im Interesse der Systemstabilität	709
5. Harmonisierung der Krisenbewältigungsmechanismen als Alternative?	710
IV. Zusammenfassung	711
D. Die Umsetzung der Bankeninsolvenzrichtlinie in England und Deutschland	712
I. Deutschland	712
1. Überblick	712
2. Wirkungserstreckung für aufsichtsrechtliche Maßnahmen in der Krise	713
a) Überblick	713
b) Sanierungsmaßnahmen	713
c) Liquidationsverfahren	714
II. England	715
<b>§ 17 Großinsolvenzen und sektorweite Krisen</b>	717
A. Problembeschreibung	718
I. Überblick	718
II. Eingrenzung und Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	719
B. Fallgruppen und Lösungsansätze	721

I. Die Auswirkungen der Großinsolvenz – Übertragungsmechanismen und weitere Erwägungen .....	722
II. Handlungsmöglichkeiten zur Eingrenzung der Insolvenzfolgen ...	724
1. Liquiditätsunterstützung durch die Zentralbank als Lender of Last Resort .....	724
2. Förmliche Eingriffe in Liquiditätskrisen, insbesondere §§ 47, 48 KWG .....	726
III. Institutsbezogene Interventionen .....	728
1. Die Legitimation institutsbezogener Stützungsmaßnahmen .....	728
2. Arten institutsbezogener Unterstützungsmaßnahmen .....	731
a) Staatliche Sanierungsbeihilfen und Alternativen .....	731
b) Privat finanzierte informelle Stützungsaktionen .....	732
c) Koordinierte und subventionierte Übernahme durch eine andere Bank .....	733
d) „Überbrückungsbanken“ .....	734
3. Zusammenfassung und Bewertung .....	735
C. Der institutionelle Rahmen für die Bewältigung von Großinsolvenzen	737
<b>§ 18 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> .....	<b>740</b>
A. Vorbemerkung .....	740
B. Die wesentlichen Ergebnisse in Thesen .....	742
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>750</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	<b>784</b>

## Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABIEG.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
A.C.	Appeals Cases (Law Report)
a. E.	am Ende
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
All E.R.	All England Law Reports
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AußenwirtschaftsG	Außenwirtschaftsgesetz
BAFin	Bundesanstalt für Finanzaufsicht
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBankG	Bundesbankgesetz
BCC	British Company Cases
BCLC	Butterworth's Company Law Cases
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluß
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (Basel)
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bwPolG	Landespolizeigesetz Baden-Württemberg
BZ	Badische Zeitung
bzw.	beziehungsweise
CGFS	Committee on the Global Financial System
Ch.	Chancery Division (Law Report)
Ch.D.	Chancery Division
Cir.	Circuit (Gerichtsbezirk, USA)
Cmnd.	Commandment
CPSS	Committee on Payment and Settlement Systems
DepotG	Depotgesetz
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe, -en
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dok.	Dokument
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
-E	Entwurfassung
EAG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EG-InsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EGV	EG-Vertrag
eig.	eigen, -e
Einl.	Einleitung
entspr.	entsprechend
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fa.	Firma
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

FDIC	Federal Deposit Insurance Corporation (USA)
FDICIA	Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act (USA)
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichts-Errichtungsgesetz
FLF	Finanzierung, Leasing, Factoring (Zeitschrift)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSA	Financial Services Authority
FSMA	Financial Services and Markets Act 2000
F. Supp.	Federal Supplement (USA)
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H.C.	House of Commons
HGB	Handelsgesetzbuch
H.L.	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
IMF	International Monetary Fund (Internationaler Währungsfonds)
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
INSOL	International Federation of Insolvency Professionals
InVo	Insolvenz und Vollstreckung (Zeitschrift)
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i. S. d.	im Sinne des, der
i. V. m.	in Verbindung mit
IWiR	Insolvenz und Sanierungsrecht (Zeitschrift)
i. w. S.	im weiteren Sinne
J.	Justice (Richter)
Jh.	Jahrhundert
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
K.B.	King's Bench Division (Law Report)
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft

KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung. Zeitschrift für Insolvenzrecht
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
L.R. [...] Eq.	Law Reports [Bd.] Equity
l. Sp.	linke Spalte
m. E.	meines Erachtens
Mio.	Million, -en
M.R.	Master of the Rolls
Mrd.	Milliarde, -en
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis, -e
n. F.	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
N.Z.L.R.	New Zealand Law Report
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv (Zeitschrift)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
o. V.	ohne Verfasserangabe
OVG	Oberverwaltungsgericht
para.	paragraph
PC	Privy Council
Q.B.	Queens Bench Division (Law Report)
r.	rule
RegE	Regierungsentwurf
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RKWG	Reichskreditwesengesetz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
r. Sp.	rechte Spalte
S.	Seite, Satz
s.; ss.	section, sections
Sch.	Schedule
Schweiz.	schweizerisch, -e, -es
scil.	sci licet

SDNY	Southern District of New York
SI	Statutory Instrument
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
sog.	sogenannt, -e, -er, -es
Sonderbeil.	Sonderbeilage
Teilurt.	Teilurteil
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem, und andere
UmwG	Umwandlungsgesetz
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Urt.	Urteil
U.S.C.	United States Code
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	versus, vom
v. a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerglO	Vergleichsordnung
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfgKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
z. T.	zum Teil
zuf./Zusf.	zusammenfassend/Zusammenfassung
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

## 1. Teil

# Grundlagen

## § 1 Einleitung

### A. Überblick

Bankeninsolvenzen sind sicher kein „Normalfall“ einer Unternehmensinsolvenz. Wenn eine Bank, auch eine kleine, insolvenzhalber schließt, so ist dies auch überregionalen Tageszeitungen meist mehr als nur einen Bericht wert. Wenn eine Bank geschlossen wird, kommen Sorgen auf, die bei einem Unternehmen vergleichbarer Größenordnung häufig nicht denkbar sind, fürchten Einzelgläubiger und kleine Kreditnehmer der betroffenen Bank um ihre Existenz. Hohe Einzelverluste finden öffentliche Erwähnung, öffentlich wird über die Gründe für das geschäftliche Scheitern spekuliert und berichtet, die Höhe der Absicherung der Spareinlagen durch die Einlagensicherungseinrichtungen diskutiert. Während ansonsten die Öffentlichkeit auf insolvente Unternehmen meist nur dann blickt, wenn diese von erheblicher Bedeutung sind für eine ganze Stadt oder Region, was meistens vor allem aus der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer resultiert, so ist eine Bankeninsolvenz immer interessant, besorgniserregend – und allgemeines Gesprächsthema. Beispiele aus der jüngsten Zeit, wie die knapp einem Insolvenzverfahren entgangene Hofer *Schmidtbank*,<sup>1</sup> illustrieren die hohe Aktualität des Themas.

Von besonderem Interesse ist die Bankeninsolvenz auch für den Juristen – und für den Gesetzgeber. Daß Banken, die als Kreditversorger der Wirtschaft, Verwalter der Ersparnisse der Bevölkerung und Gewährleister des Zahlungsverkehrs geradezu eine Grundfeste jedes modernen Wirtschaftsverkehrs darstellen,<sup>2</sup> eine Sonderstellung gerade auch dann einnehmen, wenn es um die juristischen und ökonomischen Mechanismen für die Bewältigung einer Bankenkrise geht, entspricht der allgemeinen Auffassung in allen bekannten westlichen Volkswirtschaften. Die Grundannahme, derzufolge der Ausfall einer einzelnen Bank häufig nicht alleinsteht, daß er gerade aufgrund der besonderen Stellung der Banken in der Volkswirtschaft weite

---

<sup>1</sup> Siehe dazu noch unten § 12 sub D. III. 6. b).

<sup>2</sup> Näher dazu noch unten § 4 sub B. II. 1.



Teile derselben mit ins Chaos zu reißen droht, hat sich in politischen Maßnahmen niedergeschlagen, die von der wirtschaftlichen Unterstützung für in die Krise geratene Bankinstitute – bzw. den nationalen Bankensektor allgemein – bis hin zu besonderen rechtlichen Krisenbewältigungsmechanismen reichen. Kaum ein anderer Sektor ist überdies einer präventiven Staatsaufsicht unterworfen, die ähnlich weit ginge wie die Regelungen, die unter dem Eindruck einschneidender Krisen für das Kreditwesen entwickelt worden sind.

Die vorliegende Arbeit will den Gründen hierfür nachgehen, aber vor allem auch die geltenden Regelungen und üblichen Praktiken zur Krisenbereinigung im Bankensektor näher überprüfen. Sie steht im Kontext zunehmender wirtschaftswissenschaftlicher und auch juristischer Bemühungen um eine umfassende Klärung der involvierten Probleme.<sup>3</sup> Daß Bankeninsolvenzen immer häufiger zum Gegenstand wissenschaftlicher Analysen werden, ist dabei nicht ohne Grund. Seit dem Zusammenbruch des internationalen Finanzregimes von Bretton Woods in den 1970er Jahren haben die Märkte für Bankdienstleistungen weltweit eine rasante Deregulierungswelle durchlaufen, deren Konsequenzen als für den Kunden positiv gerühmt werden, aber die zugleich die Wahrscheinlichkeit von Bankeninsolvenzen erhöht und das gesamtwirtschaftliche Gefahrenpotential von individuellen Banken Krisen in gewaltigem Maße hat wachsen lassen. Mit massiver Expansion ins Ausland und immer neuen innovativen Finanzprodukten haben Banken die Chancen der Liberalisierung wahrgenommen (und angesichts des aggressiven internationalen Wettbewerbs wohl auch wahrnehmen müssen), ohne daß die eigenen Kontrollmechanismen mit der Sprengkraft der eigenen Geschäfte stets mitgehalten hätten.<sup>4</sup>

Ein Beispiel für derartige „neue“ Gefahren waren die mit dem liberalisierten Devisengeschäft in den 1970er Jahren verbundenen Risiken – an ihnen scheiterte, worauf noch zurückzukommen sein wird, im Jahre 1974 das Kölner *Bankhaus Herstatt*.<sup>5</sup> Neuerdings wird insbesondere die Explosivkraft fehlgeschlagener Transaktionen in derivativen Finanzinstrumenten diskutiert<sup>6</sup> – ein Problem, das letztlich zum Untergang der englischen

<sup>3</sup> Zum Stand der Forschung sogleich unten sub D.

<sup>4</sup> Siehe zum Ganzen etwa Dale, Regulation, S. 73 ff.; Davis, Financial Stability, in: Goodhart (Hrsg.), S. 15 ff.; Gardener, in: Norton (Hrsg.), Bank Regulation and Supervision in the 1990s, S. 106 ff.; Kapstein, (1989) 43:2 International Organization 323 ff.; Möschel, ZBB 1989, 168, 170 f.

<sup>5</sup> Hierzu unten § 2 sub B. II. und noch ausf. unten § 9 sub A. III. 2. a) cc) (b) (1).

<sup>6</sup> Vgl. etwa Burghof, S. 92 f.; De Bandt/Hartmann, in: Goodhart/Illing (Hrsg.), S. 249, 270 f. m. w. N.; zusf. Alworth/Bhattacharya, in: Goodhart (Hrsg.), S. 43, 58 ff. und unten § 11 sub D.

*Barings Bank* 1995 beitrug<sup>7</sup> und für dessen aufsichtsrechtliche Bewältigung wirklich befriedigende Lösungen offenbar noch nicht gefunden sind. Ferner geht es um möglicherweise aus der zunehmenden Konsolidierung zwischen verschiedenen Typen von Finanzdienstleistern resultierende Gefahren, etwa im Hinblick auf die zahlenmäßige Zunahme besonders großer und bedeutender Einheiten mit immer komplexeren Management-Strukturen oder Gefahren durch „Ansteckung“ aus Nichtbankgeschäften.<sup>8</sup> Schließlich ist das Verlustrisiko zu nennen, das aus hohen Engagements in und gegenüber Ländern resultieren kann, in denen sich eine umfassende Wirtschafts- und Finanzkrise vollzieht; ein aktuelles Beispiel hierfür bietet Argentinien.<sup>9</sup> Neben neuartigen Risiken erweist sich überdies auch in jüngster Zeit wieder in besonderer Schärfe, daß auch dichte staatliche Regulierung keineswegs besondere Vorsicht bei der Kreditvergabe in „guten“ Zeiten garantiert, was zu Kreditausfällen und damit zu einem durchaus klassischen Krisenpotential in Zeiten wirtschaftlicher Depression führen kann.<sup>10</sup>

Insoweit ist zwar festzuhalten, daß auch dann, wenn sich derartige Gefahren realisieren, im Regelfall keine „höhere Gewalt“ vorliegt, das Fehlschlagen also nicht zurückgeht auf unkontrollierbare Entwicklungen im Marktumfeld als solche, sondern in erster Linie – wie im übrigen bei fast allen Bankeninsolvenzen in der Vergangenheit<sup>11</sup> – auf Fehler der Geschäftsleitung, deren Aufgabe es gewesen wäre, entsprechenden Gefahren wirksam vorzubeugen. Auch wenn die eigentlichen Inolvenzursachen also trotz veränderter Rahmenbedingungen keineswegs neu sind, bleibt es indessen bei dem Befund, daß die Stabilität auf den Finanzmärkten in Anbetracht des veränderten Marktumfelds eher abnehmen als wachsen dürfte.

---

<sup>7</sup> Siehe noch unten § 2 sub C. II.

<sup>8</sup> Vgl. insoweit G-10, Consolidation, S. 3 f., 6 f. Anschaulich für die Risiken aus einer zunehmenden Dominanz von Handelsgeschäften im Geschäftsportfolio von Großbanken nunmehr auch *o.V.*, Banks: Trading wars, in: *The Economist* v. 28.8.2004, S. 13; *o.V.*, Deutsche Bank: A giant hedge fund, in: *The Economist* v. 28.8.2004, S. 61 f.

<sup>9</sup> Vgl. zu den Auswirkungen der Krise in Argentinien auf ausländische Banken etwa *o.V.*, Should I stay or should I go? Argentina's imploding banks, *The Economist* v. 19.1.2002, S. 65 f.; siehe auch *Asser*, S. 1 f., 9; allgemein zu Länderrisiken statt aller *Möschel*, ZBB 1989, 168, 169 f. m. w. N.; *Dale*, Regulation, S. 75 ff.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. die Studie des in London ansässigen Centre for the Study of Financial Innovation: „Banana Skins 2002: The CSFI's annual survey on the risks facing banks“, [www.csfi.fsnet.co.uk](http://www.csfi.fsnet.co.uk); siehe auch FSA, Risk Assessment 2003; BIZ, Bank Failures, S. 1 und passim sowie allgemein auch *Caprio/Klingebiel*, S. 9 ff. auf der Basis umfassender empirischer Analysen zu Bankenrisiken weltweit.

<sup>11</sup> Vgl. unten § 2 sub B. I. bei und in Fn. 59 (für Deutschland).