

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 138

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III

Herausgeber: Thomas Sprecher

Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht

Reto Schiltknecht

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III

Schwerpunkt: Das neue Bankeninsolvenzrecht

Schulthess § 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013
ISBN 978-3-7255-6803-1

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Gesetzgebungsvorhaben im Bereich SchKG/Sanierung	7
<i>Dr. iur. et phil. Thomas Sprecher, Rechtsanwalt, LL.M., Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Lehman Brothers – Lessons Learned	13
<i>Dr. iur. Christiana Suhr Brunner, Rechtsanwältin, Partner PriceWaterhouseCoopers AG, Zürich</i>	
Die kreditgebende Bank im Debt-Work-out Prozess ihres Schuldners – Handlungsalternativen und Risiken	27
<i>Dr. iur. Roland Fischer, Rechtsanwalt, LL.M., Lenz & Staehelin, Zürich</i>	
Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht	57
<i>Dr. iur. Reto Schiltknecht, Rechtsanwalt, Leiter Solvenz und Kapital, Banken, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern</i>	
Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme sowie Vereinbarungen zur Risikoreduktion – Abschirmung in der Insolvenz	87
<i>Dr. iur. Urs Pulver, Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Das Bankkundengeheimnis in der Insolvenz	129
<i>Dr. iur. Thomas Bauer, Advokat, Partner Ernst & Young AG, Basel und Zürich</i>	
Sanierungen aus Bankensicht – aus der Praxis der Recovery Abteilung einer Grossbank	155
<i>lic. oec. HSG Christoph Schmid, Leiter Special Credit Solutions Schweiz, Credit Suisse AG, Zürich</i>	
Anhang	
Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA vom 30. August 2012 (Stand am 1. November 2012)	183

Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht

Reto Schiltknecht*

Inhalt

I.	Einleitung.....	58
II.	Entstehung eines schweizerischen Bankeninsolvenzrechts.....	60
III.	Weiterentwicklung des schweizerischen Bankeninsolvenzrechts	61
	1. Internationale Rahmenbedingungen	61
	2. Jüngste Finanzkrise als Auslöser für Gesetzesanpassungen in der Schweiz	63
IV.	Wesentliche Neuerungen des schweizerischen Bankeninsolvenzrechts.....	65
	1. Präventive Massnahmen	65
	a) Notfallplanung.....	65
	b) Stabilisierungs- und Abwicklungspläne	66
	c) Verbesserung der Sanier- und Liquidierbarkeit	69
	2. Repressive Massnahmen.....	71
	a) Sanierungsverfahren – Übersicht.....	71
	b) Die Konzeption der Bankensanierung gemäss Bankengesetz und Bankeninsolvenzverordnung	72
	aa) Verfahrensgrundsätze und Sanierungsplan	72
	bb) Verfahrensbeschleunigung	74
	cc) Weiterführung von Bankdienstleistungen	76
	dd) Verlustbeteiligung der Gläubiger	78

* Der Autor äussert in diesem Artikel seine persönliche Meinung. Diese muss nicht mit der Position der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA übereinstimmen. Er dankt seinem Kollegen Dr. Urs Lendermann für seine tatkräftige Unterstützung und seine wertvollen Hinweise.

Im Rahmen des vorliegenden Artikels soll es darum gehen, die erst kürzlich in Kraft getretenen Insolvenzbestimmungen im Bankengesetz (in Kraft seit 1. September 2011 bzw. 1. März 2012), Bankenverordnung (in Kraft seit 1. Januar 2013) und Bankeninsolvenzverordnung der FINMA (in Kraft seit 1. November 2012) darzustellen. Eine weitergehende Behandlung insolvenzrechtlicher Aspekte oder der behördlichen Praxis ist nicht beabsichtigt.

V.	Spezialthemen im Bereich der Bankeninsolvenzverordnung.....	83
1.	Allgemeine Bestimmungen.....	83
2.	Konkurs.....	84
VI.	Fazit und Ausblick.....	85

I. Einleitung

Bevor auf das heute geltende Bankeninsolvenzrecht eingegangen wird, lohnt sich zum besseren Verständnis der Zusammenhänge ein Blick zurück. Bekanntlich wurde 1934 als Reaktion auf die Weltwirtschaftskrise das schweizerische Bankengesetz erlassen. Die Regelungen für die Sanierung und Liquidation von Banken beruhten aber im Wesentlichen auf dem für sämtliche Unternehmen geltenden Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.¹ Nachdem in den 1930-iger Jahren sieben Banken – wiederum als Folge der Weltwirtschaftskrise von 1929 – in Schwierigkeiten geraten waren und saniert werden mussten,² blieb es lange Zeit ruhig um das Bankeninsolvenzrecht. Die wirtschaftliche Aufbruchsstimmung nach dem zweiten Weltkrieg und die damit einher gehende wirtschaftliche Prosperität in Europa liess das Thema

¹ Die Krise führte 1936 zu einem dringlichen Bundesbeschluss, aufgrund dessen der Bundesrat das Nachlassrecht in einem vorerst bis Ende 1937 befristeten, nach dreimaliger Verlängerung aber erst Ende 1949 ausser Kraft getretenen Bundesratsbeschluss über die Sanierung von Banken (AS 1936 185) änderte. Das in einer zweiten Stufe neben der Bankenkommission zuständige Bundesgericht hat in der Verordnung vom 11. April 1935 betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen (VNB; SR 952.831) Sonderbestimmungen für das Nachlassverfahren von Banken erlassen. In der Folge existierten, verstreut auf verschiedene Erlasse (zu nennen sind insbesondere die früheren Art. 55 bis 61 der Bankenverordnung, die Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen [BankV; SR 952.821] sowie die weiterhin gültige VNB) folgende Bestimmungen: Präventive Massnahmen, Schliessung der Bank, Fälligkeitsaufschub durch den Bundesrat, Bankenstundung durch Stundungsrichter, Selbstliquidation, Liquidation infolge Bewilligungsentzugs der Bankenkommission, Bankenkonskurs durch die vom kantonalen Konkursgericht ernannte Konkursverwaltung.

² Vgl. ZULAUF URS, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken?, in: Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2010, 1525, 1529.

Bankeninsolvenz in den Hintergrund rücken. Wachstum war angesagt, und die Banken konnten als „Begleiter“ einer wachsenden Wirtschaft profitieren und ihre Bilanzen stärken. Diese Phase hielt bis Ende der 80-iger Jahre des vergangenen Jahrhunderts an. Erst mit der Immobilienkrise in der Schweiz, die Anfang der 1990-iger Jahre ihre volle Wirkung entfaltete und 1991 im Konkurs der Spar- und Leihkasse Thun („SLT“) kulminierte, wurde einer breiteren Öffentlichkeit wieder bewusst, dass auch Banken nicht „unsinkbare Schiffe“ sind und ins Wanken geraten, ja sogar untergehen können.

Bei der Abwicklung der SLT zeigten sich zahlreiche Schwächen des damals geltenden Rechts. Die Kompetenzen waren zum Teil unklar geregelt. So gab es Abgrenzungsprobleme zwischen den für die Insolvenzverfahren zuständigen Zivilgerichten und der Eidgenössischen Bankenkommission. Sodann traten Verfahrensmängel zutage. Aus diesen und weiteren Gründen, auf die hier nicht einzugehen ist, dauerte es bis zum Abschluss des SLT-Liquidationsverfahrens 15 Jahre, was auch bei einer grosszügigen Haltung gegenüber der Komplexität eines solchen Verfahrens mit den heutigen Erwartungen an eine zügige Verfahrensführung nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Man erinnert sich noch gut an die langen Schlangen vor den geschlossenen Bankschaltern der SLT. Die Bilder gingen um die Welt und haben dem Finanzplatz Schweiz, wenn auch nicht nachhaltig, so doch kurz- und mittelfristig einen Reputationsschaden zugefügt. Dies führte zum Ruf nach einem verstärkten Einlegerschutz und Forderungen nach einem verbesserten Instrumentarium zur Erhöhung der Finanzstabilität. Denn die Immobilienkrise und ihre Folgen führten klar vor Augen, dass eine solche Krise das System als Ganzes gefährden und nachteilige Auswirkungen im In- und Ausland zeitigen konnte. Der Gesetzgeber trat daher auf den Plan und machte sich an die Revision des Bankengesetzes, um die festgestellten Mängel zu beheben.

II. Entstehung eines schweizerischen Bankeninsolvenzrechts

Die Ziele der Revision des Bankengesetzes hatte der Bundesrat wie folgt formuliert:³ Schaffung eines Instrumentariums zur rechtzeitigen Sanierung von Banken im Interesse der Schadenminimierung für eine Vielzahl von Gläubigern; effiziente und kostengünstige Verfahren zur Abwicklung insolvenzgefährdeter Banken; Optimierung des Zusammenspiels von Aufsichts-, Sanierungs- und Liquidationsrecht; und die Bündelung und Konzentrierung der Vorschriften, um ein griffiges Sonderrecht zu schaffen. Daraus ergaben sich verschiedene neue Vorschriften, welche überblickartig wie folgt dargestellt werden können:

- Alleinzuständigkeit der Eidgenössischen Bankenkommission (heute FINMA) für die Verfahrensführung;
- Priorität des Sonderrechts mit der Kompetenz für die EBK bzw. FINMA, dieses durch die Schaffung neuer Normen zu erweitern. Das SchKG ist nur noch ergänzend anwendbar;
- Flexibles Sanierungsverfahren mit der Möglichkeit zur Einsetzung von Sanierungsbeauftragten;
- Auferlegung der Pflicht an die Banken, ein selbstreguliertes Einlagensicherungssystem zu schaffen;
- Erweiterung des Begriffs der privilegierten Einlagen, Anhebung dieser Einlagen in die 2. Konkursklasse gemäss SchKG und die Vorabbefriedigung von Kleingläubigern mit bis zu 5'000 Franken aus vorhandener Liquidität.

³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002, 8060.

III. Weiterentwicklung des schweizerischen Bankeninsolvenzrechts

1. Internationale Rahmenbedingungen

Die Finanzkrise, welche die Weltwirtschaft im Jahr 2007, vor allem aber dann im Jahr 2008 heimsuchte, hat nachhaltige Spuren hinterlassen. Beinahe sämtliche für das internationale Finanzsystem wichtigen Länder, wie z.B. die USA, England oder Deutschland, mussten als Folge der U.S. Subprime-Krise einen Grossteil ihrer Banken mit Steuermitteln in zig Milliardenhöhe vor dem Untergang bewahren (man spricht von sog. „bail-outs“). Da die internationale Gemeinschaft sich von der Bürde der gleichsam als Automatismus funktionierenden „bail-outs“ befreien will, musste der Rechtsrahmen für Bankeninsolvenzen angepasst werden. Ausgangspunkt für dieses Unterfangen war die Erkenntnis, dass es in Ermangelung eines weltweit gültigen Insolvenzrechts Grundsätze braucht, die anschliessend von den nationalen oder supranationalen⁴ Gesetzgebern in Gesetze überführt werden können. Das Financial Stability Board (FSB), das in Basel am Sitz der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich beheimatet ist, bot sich dafür aufgrund seines Mandates an. Das FSB publizierte im November 2011 Grundsätze für einen wirksamen Rechtsrahmen zur Sanierung und Abwicklung von ganz grossen Banken, sog. Systemically Important Banks oder SIBs.⁵ Diese Grundsätze müssen von den FSB-Mitgliedsländern, zu denen auch die Schweiz gehört, umgesetzt werden. Die „Key Attributes of Effective Resolution Regimes“ (Key Attributes), wie der Rechtsrahmen heisst, enthalten insgesamt 12 Empfehlungen, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen. Nachfolgend soll lediglich stichwortartig eine Auswahl von Themen wiedergegeben werden:

⁴ Gemeint ist hier die EU.

⁵ Die SIBs stellen für das internationale Finanzsystem die wesentliche Bedrohung dar, so dass es folgerichtig ist, sich auf diese zu konzentrieren. Neben den global wichtigen Banken soll aber ein ähnliches Konzept für Banken eingeführt werden, welche für nationale Finanzsysteme eine bedeutende Rolle spielen (vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Rahmenregelung für den Umgang mit national systemrelevanten Banken, Oktober 2012).

- *Hauptziele eines wirksamen Sanierungsrechts:* Kontinuität von Zahlungs- und Abwicklungssystemen zur Gewährleistung des Systemschutzes; primäre Verlusttragung durch Eigentümer und nicht gesicherte Gläubiger unter Beachtung der Gläubigerhierarchie; möglichst keine Staatshilfen, um einen geordneten Marktaustritt sicherzustellen; Informationsaustausch und Koordination der Verfahren mit ausländischen Insolvenzbehörden.
- *Konkrete Massnahmen:* Einführung von Sanierungsinstrumenten, wie Brückenbanken, Verlustbeteiligung von Gläubigern, Transfer von Aktiven und Passiven zur Gewährleistung systemkritischer Funktionen; Präventionsmassnahmen bei (noch) ordentlichem Geschäftsgang systemrelevanter Banken, Sanierungs- und Abwicklungsplanung,⁶ damit eine Sanierung bzw. geordnete Abwicklung glaubwürdig durchgeführt werden kann;⁷ institutsspezifische Kooperation durch regelmässige sog. Crisis Management Colleges und entsprechende grenzüberschreitende Kooperationsvereinbarungen, die die wichtigsten Behörden zur Zusammenarbeit verpflichten.

Was die Umsetzung der Key Attributes betrifft, sind die Arbeiten in den einzelnen Jurisdiktionen unterschiedlich weit fortgeschritten. Die Organe des FSB prüfen periodisch den Fortschritt der Umsetzung und die Konsistenz mit den FSB-Vorgaben mit Ländervergleichen, sog. Peer Reviews. Die USA, England und die EU haben wichtige Schritte in Richtung Umsetzung vollzogen. Die EU hat 2012 den Entwurf einer Richtlinie zu Recovery und Resolution vorgelegt. Die USA haben entsprechende Vorschriften im Dodd-Frank Act von 2010 vorgesehen und sind an der Ausführungsgesetzgebung. England hat bereits 2009 mit der Revision des Banking Act reagiert und ist mit der Umsetzung der Vorschläge der Independent Commission on Banking (sog. Vickers-Kommission) beschäftigt. Die Schweiz liegt bei der Umsetzung des FSB-Rechtsrahmens in der Spitzengruppe (vgl. die nachfolgenden

⁶ Geläufiger ist der englische Ausdruck „Recovery and Resolution Planning (RRP)“.

⁷ RRP stellt für die betroffenen Institute einen erheblichen Aufwand dar und rechtfertigt sich daher nur, wenn die Insolvenz einer Bank der Volkswirtschaft und/oder dem (nationalen) Finanzsystem voraussichtlich einen erheblichen Schaden zufügen würde.

Ausführungen unter III.2). Insgesamt kann festgestellt werden, dass die FSB-Mitgliedsländer, in welchen die wesentlichen Finanzplätze vertreten sind, ein klares Bekenntnis zur Verbesserung der Sanierbarkeit und Abwicklungsfähigkeit von G-SIBs und des geordneten Marktaustrittes solcher Institute, möglichst ohne Staatshilfe, abgelegt haben und die Um- und Durchsetzung der dafür notwendigen Massnahmen voranschreitet. Allerdings darf man sich keinen Illusionen hingeben: Die Implementierung des Rechtsrahmens und die erforderlichen (Folge-)Massnahmen werden noch Jahre in Anspruch nehmen. Bis es soweit ist und die Vorschriften den Praxistest bestanden haben, ist die Versuchung nach wie vor gross, zur Staatshilfe zu greifen.

2. Jüngste Finanzkrise als Auslöser für Gesetzesanpassungen in der Schweiz

In der Schweiz musste die UBS von der Schweizerischen Nationalbank (SNB), mit Unterstützung der Eidgenossenschaft, mittels Übertragung von sog. toxischen Aktiven auf eine Spezialgesellschaft in der Grössenordnung von CHF 60 Mia. „gerettet“ werden. Auch die Credit Suisse, obzwar sie keine staatliche Kapitalhilfe in Anspruch nehmen musste, war auf Kapitalspritzen privater Geldgeber in Milliardenhöhe angewiesen. Die Schweiz mit ihren zwei Grossbanken, deren kumulierte Bilanzsummen auch heute noch ein Mehrfaches des Bruttoinlandproduktes (BIP) betragen, wäre bei einer neuerlichen Bankenkrise nach wie vor besonders exponiert. Weil es unsicher ist, ob die Schweiz die Grossbanken bei einer neuerlichen Krise überhaupt retten könnte (man spricht in diesem Zusammenhang von Rettungskapazität), setzte der Bundesrat 2010 eine Expertenkommission ein. Diese sollte Vorschläge machen, um das Problem des „Too-big-to-fail“ zu entschärfen. Die Vorschläge der Expertenkommission⁸ wurden mit wenigen Abstrichen ins Bankengesetz bzw. in die Ausführungserlasse (Bankenverordnung [BankV], Eigenmittel- und Risikoverteilungsverordnung [ERV] und Liquiditäts-

⁸ Vgl. Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2010.

tätsverordnung [LiqV])⁹ übernommen. Sodann hat die FINMA die Bankeninsolvenzverordnung¹⁰ erlassen, welche am 1. November 2012 in Kraft getreten ist. Die BIV-FINMA ergänzt die revidierten Sanierungsvorschriften des Bankengesetzes. Ein Teil dieser Bestimmungen ist mit der Überführung des Dringlichkeitspakets zur Verbesserung des Einlegerschutzes¹¹ in Dauerrecht in der parlamentarischen Behandlung vorgezogen worden und am 1. September 2011 in Kraft getreten. Die Vorschriften des sog. „Too-big-to-fail“-Paketes, welches weitere Sanierungsbestimmungen auch für nicht systemrelevante Banken enthält, sind am 1. März 2012, die vorgenannten Verordnungen am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Diese Gesetzesbestimmungen sind Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen, soweit deren Inhalt insolvenzrechtlicher Natur ist.

⁹ Die neue LiqV ist seit dem 1. Januar 2013 in Kraft; die besonderen Vorschriften für systemrelevante Banken sollen im Verlaufe des Jahres 2013 in Kraft gesetzt werden.

¹⁰ SR 952.05; BIV-FINMA.

¹¹ Die Bundesversammlung hat am 19. Dezember 2008 in einer dringlich erklärten Gesetzesänderung als Reaktion auf die Krise an den Finanzmärkten fünf Sofortmassnahmen zur Verstärkung des Schutzes der Bankeinlagen beschlossen (BBl 2008, 8841).

IV. Wesentliche Neuerungen des schweizerischen Bankeninsolvenzrechts^{12,13}

1. Präventive Massnahmen

a) *Notfallplanung*

Erstmals verlangt das Gesetz (Art. 9 Abs. 2 Bst. d BankG) von systemrelevanten Banken, dass sie für gewisse, im Interesse der Schweizer Volkswirtschaft wichtige Bankdienstleistungen eine Notfallplanung erstellen. Ziel ist es, im Fall drohender Insolvenz die nahtlose Weiterführung der systemrelevanten Funktionen gemäss Art. 8 BankG¹⁴ zu gewährleisten. Die im Rahmen der Notfallplanung mindestens abzudeckenden Bereiche sind: Konzerninterne Kapital- und Liquiditätsflüsse, Struktur, Infrastruktur sowie Führung und Kontrolle. Die systemrelevante Bank hat der FINMA gegenüber darzulegen, dass der von ihr vorgelegte Notfallplan die gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Wenn dieser Nachweis nicht gelingt, ist die FINMA berechtigt, ersatzweise die notwendigen Massnahmen anzuordnen. Dem Beweismassstab kommt eine wichtige Bedeutung zu. Die Botschaft führt hierzu das Folgende aus:¹⁵

„Was den Beweismassstab betrifft, so ist zu beachten, dass der Beweisgegenstand im Wesentlichen einerseits Prognosen über die Wirksamkeit der im Notfallplan vorgesehenen organisatorischen Massnahmen sowie andererseits die Umsetzung der im Rahmen der Planung geforderten organisatorischen Vorkehren umfasst. Letzteres hat einem strengen Beweismassstab zu genügen, der darauf ausgerichtet ist, dass

¹² Insolvenz ist der Oberbegriff für sämtliche Vorschriften in den Bereichen Sanierungs- und Konkursrecht inklusive die neuen Bestimmungen der BankV zur Sanierungs- und Abwicklungsplanung.

¹³ Das 4. Kapitel der BIV-FINMA, Schutz der Systeme und Finanzmarktinfrastrukturen, ist nicht Gegenstand dieses Artikels (vgl. dazu den Beitrag von URS PULVER, hinten in diesem Band).

¹⁴ Die SNB legt fest, welches Institut systemrelevant ist und welche Funktionen dieses Instituts als systemrelevant zu qualifizieren sind (Art. 8 Abs. 3 BankG).

¹⁵ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) vom 20. April 2011, BBl 2011, 4760.

die geforderten Massnahmen umfassend umgesetzt worden sind. Ersteres richtet sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Beweismassstab bei Prognosen. In den Fällen, in denen ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern in gewisser Weise eine ‚Beweisnot‘ besteht (vgl. etwa BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275 mit weiteren Nachweisen), ist der Beweis bereits erbracht, wenn die Bank zeigen kann, dass die ergriffenen Massnahmen nach dem aktuellen Stand der Erkenntnis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den angestrebten Erfolg bringen werden.“

Die konkreten Pflichten der Banken und das Verfahren sind vom Bundesrat in den Art. 21-21c BankV umfassend geregelt worden. Art. 21 BankV beschreibt Inhalt und Umfang des Notfallplanes und äussert sich zudem zur Wirkungsweise sowie zur Art und Weise der Einreichung und Aktualisierung des Plans. Art. 21a BankV legt die Rahmenbedingungen der Überprüfung des Notfallplanes fest. Art. 21b BankV befasst sich mit der Mängelbehebung und Art. 21c BankV bestimmt, unter welchen Umständen der Notfallplan ausgelöst wird. Selbst wenn die dort genannten Voraussetzungen, so etwa die Erfüllung von Art. 25 Abs. 1 BankG,¹⁶ vorliegen, kann die FINMA davon absehen, den Notfallplan auszulösen. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn durch äquivalente Massnahmen die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen sichergestellt ist.

b) Stabilisierungs- und Abwicklungspläne

Systemrelevante Banken haben einen Stabilisierungs- und Abwicklungsplan (RRP, wie dieser Plan im internationalen Kontext genannt wird) zu erstellen. Es geht dabei im Wesentlichen darum, in Ermangelung eines globalen Insolvenzregimes, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um global tätige Bankkon-

¹⁶ Art. 25 Abs. 1 BankG lautet:

„Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat oder erfüllt diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist nicht, so kann die FINMA anordnen:

- a. Schutzmassnahmen nach Artikel 26;
- b. ein Sanierungsverfahren nach den Artikeln 28-32;
- c. die Konkursliquidation der Bank (Bankenkonkurs) nach den Artikeln 33-37g“.

zerne so aufzustellen, dass sie im Insolvenzfall ganz oder teilweise saniert bzw. abgewickelt werden könnten.¹⁷

Der Notfallplan Schweiz ist ein, wenn auch entscheidendes Element des globalen RRP. Andere Länder, wie z.B. die USA oder Grossbritannien, kennen der Schweiz vergleichbare Notfallkonzepte. Die Aufsichtsbehörde des Heimatstaates einer Finanzgruppe, im Fall der UBS und der Credit Suisse ist dies die FINMA, hat die verschiedenen nationalen Notfallpläne zu einem Gesamtplan zu konsolidieren und dabei auch die (grossen) Restaktivitäten ausserhalb der systemkritischen Funktionen miteinzubeziehen. Sie tut dies in enger und dauernder Abstimmung mit den wichtigsten Behörden der Gastländer. Dies sind diejenigen Länder, in welchen nebst dem Heimatstaat die bedeutendsten Gesellschaften oder Zweigniederlassungen ihren Sitz haben oder, bezogen auf die Bilanzsumme oder in anderer Weise, signifikante Geschäftsaktivitäten ausgeübt werden. Es soll – im Endzustand – ein globaler RRP entstehen, welcher es ermöglicht, auch bedeutende, weltweit tätige Finanzgruppen möglichst ohne Staatshilfe zu sanieren oder abzuwickeln und ohne dass die nationalen Volkswirtschaften dabei (übermässigen) Schaden nehmen. Die internationale Gemeinschaft ist von diesem Idealzustand noch einige Schritte entfernt; es gibt aber ermutigende Zeichen des Fortschritts und des Willens, dieses Ziel innert nützlicher Frist zu erreichen. Federführend ist hier in erster Linie das Financial Stability Board, welches die zur Erreichung dieses Ziels erforderlichen Massnahmen eingeleitet hat und diese konsequent umsetzt und überwacht.

Kernstück der präventiven Massnahmen im Bereich der Stabilisierung der Bank bei einer drohenden Krise ist Art. 22 Abs. 1 BankV. In dieser Situation ist die Bank noch in einer Phase, in welcher sie in der Verantwortung des Verwaltungsrates Massnahmen zur raschen Überwindung der (zeitweiligen) finanziellen Schieflage einleiten muss. Die Situation ist aber insgesamt noch derart stabil, dass bei rascher Umsetzung griffiger Massnahmen die Chance zur Gesundung und zum Übergang in den „courant normal“ besteht. Im Stabilisierungsplan oder „Recovery Plan“ zeigt die Bank auf, mit welchen

¹⁷ Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die Verbesserung der Sanierungs- und Liquidierbarkeit künftig auch auf Banken und Finanzgruppen erstrecken wird, welche eine wichtige Bedeutung für ein nationales Finanzsystem haben. Vgl. dazu auch oben, FN 5.

Massnahmen und Mitteln („recovery options“), z.B. in den Bereichen Liquidität oder Kapital, sie dieses Ziel erreichen will. Der Plan wird bankintern ausgelöst, sobald bestimmte Schwellenwerte, sog. „Triggers“ oder „Indicators“, erreicht oder unterschritten werden.

Ähnlich ist das Vorgehen beim Abwicklungsplan oder „Resolution Plan“ (Art. 22 Abs. 2 BankV), nur dass dieser auf eine Situation ausgerichtet ist, in welcher eine Fortführung der Geschäftstätigkeit im bisherigen Rahmen nicht mehr möglich ist. Die Aufsichtsbehörden und Zentralbanken übernehmen daher notwendigerweise das „Zepter“. Wir befinden uns in der Phase der Insolvenz, in welcher es – stark vereinfacht gesagt – darum geht, die Interessen der Gläubiger und Kunden der Bank zu schützen und gewisse, im Interesse der nationalen Volkswirtschaften und des globalen Finanzsystems zentrale Dienstleistungen aufrechtzuerhalten. Es geht im ersteren Fall um die Sicherstellung des Zugangs zur Liquidität, sprich darum, dass der Kunde über seine Konten verfügen und Geld beziehen kann. Sodann geht es darum, dass Firmen und Private weiterhin über die ihnen zugesagten Kreditlinien verfügen können und genügend Zeit zur Begründung neuer Kreditverhältnisse bei anderen Anbietern erhalten. Es können auch Handels- und Derivatebücher betroffen sein, die bei weltweit tätigen Finanzgruppen oftmals eine globale Ausrichtung haben. In der Resolution geht es darum, diese Bücher rasch ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen oder, wenn dies nicht gelingt, eine geordnete Abwicklung („wind down“) zu gewährleisten. Gelingt dies nicht, besteht aufgrund der hochgradigen Interdependenz und Vernetzung des internationalen Bankensektors die Gefahr eines Dominoeffektes mit den seit der Finanzkrise 2008 bekannten Folgen für die Weltwirtschaft.¹⁸

Wichtig ist zu sehen, dass zwar beide Pläne durch die FINMA unter Berücksichtigung der Vorgaben und in enger Abstimmung mit den ausländischen Behörden und Zentralbanken zu genehmigen sind. Während aber der Stabilisierungsplan als gesamter Plan durch das Institut selbst erstellt wird, soll dieses im Fall des Abwicklungsplans „lediglich“ die notwendigen Informationen liefern, auf deren Grundlage die Behörden den (globalen) Plan erstel-

¹⁸ Die Banken vertrauen einander gegenseitig nicht mehr, verlangen Sicherstellung („collateral“) und hören schliesslich auf, untereinander Geschäfte zu machen. Die Folge ist die Fälligestellung („close-out-netting“) von Handelspositionen und Kontrakten mit Verzugswirkungen („default“) für die betroffenen Institute.

len. Dies verdeutlicht die Situation, in welcher sich die Bank bzw. Finanzgruppe zu diesem Zeitpunkt befindet: Sie handelt nicht mehr eigenverantwortlich, sondern ist im Begriff, eine andere Gestalt anzunehmen und in anderer Form und mit anderer Führung und Eigentümerschaft weiter zu existieren.

c) *Verbesserung der Sanier- und Liquidierbarkeit*¹⁹

Die Schweiz hat sich entschieden, das Problem der (zu) grossen globalen Finanzinstitute und der damit verbundenen Folgen und Gefahren²⁰ auf der Kapitalseite mit Zuschlägen für den Grad der Systemrelevanz anzugehen. Art. 130 ERV Absätze 1 und 2 legen daher Folgendes fest:

„¹ Systemrelevante Banken haben dauernd eine progressive Komponente zu halten. Diese bestimmt sich durch Anwendung des Progressionssatzes nach Artikel 131 auf die risikogewichteten Positionen gemäss Artikel 42 Absatz 2.

² Die progressive Komponente ist mit Wandlungskapital zu erfüllen, dessen auslösendes Ereignis spätestens eintritt, wenn das anrechenbare harte Kernkapital 5 Prozent der risikogewichteten Positionen unterschreitet.“

Wie der Name „Progression“ indiziert, geht es demnach darum, Anreize zur Grössenreduktion zu setzen, in der Erkenntnis, dass Grösse bzw. deren Beschränkung ein zentrales Element zur Lösung des „Too-big-to-fail“-Problems darstellt. Dementsprechend ist der Progressionssatz gemäss Art. 131 ERV so kalibriert worden, dass er mit zunehmender Grösse, gemessen an der

¹⁹ International sind diese Bemühungen unter dem Terminus „Resolvability“ bekannt.

²⁰ Die von diesem Grössenproblem ausgehenden Gefahren können hier natürlich nicht dargelegt werden. Erwähnt sei lediglich, dass die Schweiz angesichts der kumulierten konsolidierten Bilanzsummen der beiden grossen Bankengruppen gemessen am Bruttoinlandprodukt (BIP) – die Bilanzsummen der Grossbanken betragen noch immer ein Mehrfaches des BIP der Schweiz – bei deren Zusammenbruch das Problem hätte, dass eine Bankenrettung durch den Staat dessen Rettungskapazität mutmasslich übersteigen oder zumindest das Land mit unabsehbaren Folgen für Wachstum und Wohlstand in Mitleidenschaft ziehen würde. Für die Schweiz gibt es mithin keine andere Alternative, als systemrelevante Banken auf glaubwürdige Art und Weise sanierungs- und abwicklungsfähig zu machen.

globalen Bilanzsumme (inkl. gewisser Ausserbilanzgeschäfte) und der inländischen Marktanteile im Einlagen- und Kreditgeschäft, ansteigt. Zusätzlich werden in Art. 22b BankV Anreize gesetzt, um die Sanier- und Liquidierbarkeit der Bankengruppe zu verbessern. Dies vor dem Hintergrund, dass die Komplexitäten und Abhängigkeiten innerhalb dieser Gruppen eine Sanierung oder geordnete Abwicklung, wenn nicht überhaupt verunmöglicht, so mind. sehr stark erschweren. Art. 22a BankV sieht daher vor, Massnahmen mit Rabatten (das Gesetz spricht von Erleichterungen) auf der progressiven Komponente zu fördern, welche die Sanier- und Liquidierbarkeit im In- und Ausland mit hoher Wahrscheinlichkeit verbessern. Folgerichtig ist der Notfallplan Schweiz davon ausgenommen, da sein Zweck in der Gewährleistung systemrelevanter Funktionen innerhalb der Schweiz und nicht in der Reduktion der „Resolvability“ besteht. Ganz entscheidend für die Wirksamkeit der von den Banken „offerierten“ Massnahmen ist deren nachhaltige Umsetzung im In- und vor allem auch im Ausland. Grundlage für die Rabattgewährung sind die in Artikel 22b BankV genannten Massnahmen. Rabatte werden nur gewährt, wenn die (wichtigsten) ausländischen Behörden deren Nutzen im Lichte des Gesetzeszweckes – Verbesserung der globalen Sanierbarkeit und Abwicklungsfähigkeit – anerkennen. Die Liste des Art. 22b BankV umfasst folgende Kategorien von Massnahmen:

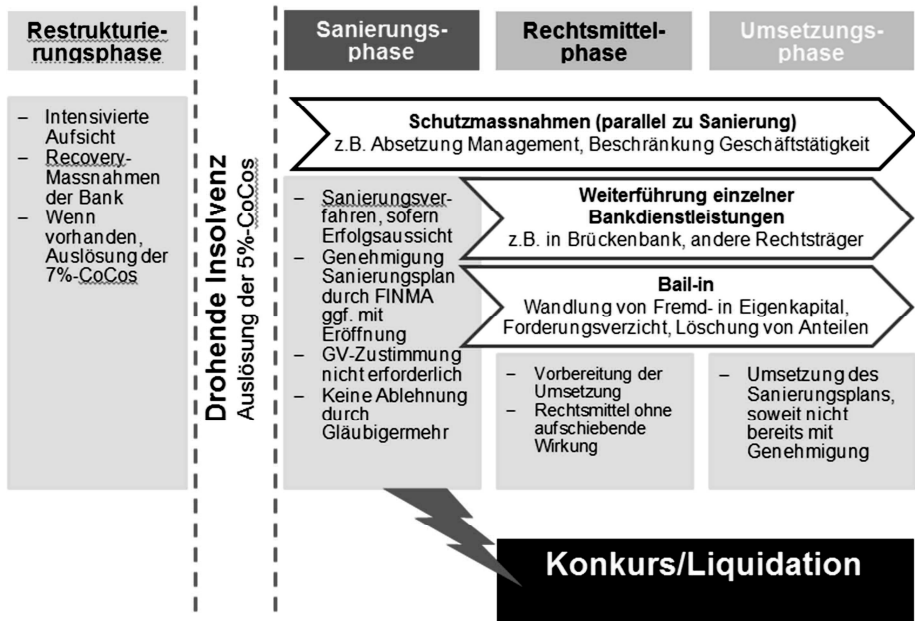
- *Verbesserungen und Entflechtungen im Bereich der Organisations- und/oder Rechtsstruktur*, wie z.B. die Übereinstimmung von Geschäftstätigkeit und Rechtseinheit (sog. „business aligned legal entities“);
- *Entflechtungen zur Begrenzung von Ansteckungsrisiken im Bereich der Konzernfinanzierung* wie z.B. die Beschränkung der Gewährung unbesicherter Kredite und Garantien innerhalb der Finanzgruppe;
- *Entflechtungen zur Datensicherung und Weiterführung wichtiger betrieblicher Dienstleistungen*, wie z.B. die Separierung wesentlicher Dienstleistungen, damit diese im Insolvenzfall möglichst störungsfrei weiterbetrieben werden können (sog. „bankruptcy remoteness“).

Das Gesetz nennt die wichtigsten Massnahmen, ohne freilich auszuschliessen, dass weitere hinzutreten können. Dies ist deshalb geboten, weil Bankmodelle als dynamische Organismen mitunter einem raschen Wandel unterliegen und auch die Rahmenbedingungen der internationalen Bankensanierung sich immer wieder ändern. Ein Beispiel dafür ist der sog. Bail-in,

also die Beteiligung der Gläubiger (in unterschiedlichem Umfang und Ausprägung) an der Bankensanierung. Das Konzept hat sich in wichtigen Ländern, wie z.B. den USA oder Grossbritannien, mittlerweile durchgesetzt.²¹ Nachdem der Bail-in eine tragende Säule der Sanierung von Banken geworden ist, darf er für die Gewährung von Rabatten nicht unberücksichtigt bleiben.

2. Repressive Massnahmen

a) Sanierungsverfahren – Übersicht



²¹ Vgl. dazu ausführlich unten, Verlustbeteiligung der Gläubiger, 78 ff.

b) Die Konzeption der Bankensanierung gemäss Bankengesetz und Bankeninsolvenzverordnung

aa) Verfahrensgrundsätze und Sanierungsplan

Das Sanierungsverfahren ist im Wesentlichen in den Art. 28 ff. BankG geregelt. Weiterführende Bestimmungen enthält die Bankeninsolvenzverordnung der FINMA. Bei begründeter Aussicht auf Sanierung der Bank oder neu auch auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen kann die FINMA ein Sanierungsverfahren einleiten (Art. 28 Abs. 1 BankG). Art. 40 BIV-FINMA führt dazu weiter aus, dass das Sanierungsverfahren zeitlich und sachlich durchführbar sein muss und dass kein Anspruch auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens besteht. Der Sanierungsplan muss sicherstellen, dass die Bank nach Durchführung der Sanierung die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften einhält (Art. 29 BankG).

Die FINMA macht die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens sofort öffentlich bekannt und trifft bereits in der Eröffnungsverfügung gewisse Anordnungen, wie z.B. ob Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 26 BankG weitergelten oder ob neue anzuordnen sind (Art. 41 Abs. 1-3 BIV-FINMA). Eine wichtige Klarstellung ist in Art. 41 Abs. 4 BIV-FINMA vorgesehen, wonach mit Eröffnung des Sanierungsverfahrens gleichzeitig der Sanierungsplan genehmigt werden kann. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die Knappheit der zur Verfügung stehenden Zeit dies gebietet. Es kann durchaus die Situation eintreten, dass das Vertrauen der Märkte und der Kunden in eine sanierte Bank nur dadurch zu gewinnen ist, dass man zwischen Börsenschluss am Freitagabend in Nordamerika bis zum Börsenstart am Montagmorgen im Fernen Osten den Sanierungsplan ausarbeitet und dessen Genehmigung vor der Handelsaufnahme am Montag publiziert.

Die Gläubiger müssen durch die Sanierung voraussichtlich besser gestellt sein, als sie dies bei sofortiger Konkurseröffnung wären (Art. 31 Abs. 1 Bst. b BankG; man spricht international vom Prinzip des „no creditor worse off“). Die FINMA als Sanierungsbehörde muss demnach das Ergebnis (für die Gläubiger) einer hypothetischen Vergleichsrechnung der Sanierung demjenigen des Konkurses gegenüberstellen. Dass dies ein schwieriges Unterfangen ist, weil es unter grossem Zeitdruck geschehen muss und bei mittleren und grösseren Bankengruppen, zumal mit bedeutender internationaler

Präsenz und Geschäftsaktivität, komplexe Bewertungs- und andere Fragen zu lösen sein werden, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Bei den systemrelevanten Banken und Finanzgruppen ist diese Rechnung, ohne dass entsprechende Vorbereitungen im Voraus im RRP-Prozess getroffen worden sind, nicht zu bewältigen. Das Resultat der Vergleichsrechnung mag womöglich dazu führen, dass einzelne Gläubiger oder ganze Gläubigergruppen im Konkurs besser fahren würden als in der Sanierung, die Gläubigermehrheit aber von einer Sanierung profitieren würde. Bei dieser Sachlage liegt es im Interesse der Gläubigermehrheit und muss auch zum Schutz des Finanzsystems erlaubt sein, Ausgleichsmechanismen zur Anwendung zu bringen. Diese können etwa darin bestehen, dass die Forderungen gewisser Gläubiger und/oder Gläubigergruppen, die in der Rechnung gut wegkommen, zu Gunsten derer gekürzt werden, die ansonsten das Zustandekommen der Sanierung verunmöglichen würden. Weitergehende allgemeine Prinzipien lassen sich nicht im Voraus aufstellen; es gilt die faire und sachgerechte Anwendung und Abwägung im jeweils anstehenden Sanierungsverfahren.

Zentral ist ferner Art. 44 BIV-FINMA, der die Grundelemente des Sanierungsplanes festlegt. Wegleitend ist dabei die Einhaltung der Grundsätze des Art. 31 Abs. 1 BankG. So muss u.a. das bereits erläuterte Prinzip des „no creditor worse off“ und die Kapitalhierarchie zwischen Eigentümern und Gläubigern eingehalten sein, damit der Plan genehmigt werden kann. Die eingangs genannte Bestimmung führt – beispielhaft – eine ganze Reihe von Elementen an, zu denen sich der Sanierungsplan zu äussern hat.²² Man verzichtet hier darauf, diese einzeln aufzuführen. Hingewiesen sei aber immerhin auf Art. 44 Abs. 2 Bst. d BIV-FINMA, wonach der Sanierungsplan aufzeigen muss, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der Plan in die Rechte der Gläubiger und Eigentümer eingreift. Ferner verdienen zwei Bestimmungen (Art. 44 Abs. 2 Bst. f und g BIV-FINMA) besondere Beachtung, die sich mit den Bankorganen der gescheiterten Bank befassen. Zum einen (Bst. f) muss dargelegt werden, ob und welche bisherigen Bankorgane für die Bankführung verantwortlich zeichnen sollen und weshalb dies im Interesse der

²² Die FINMA kann verlangen, dass der Sanierungsplan zusätzliche Elemente enthält (Art. 44 Abs. 3 BIV-FINMA). Damit ist auch implizit gesagt, dass die FINMA kaum je eine Sanierung in Eigenregie durchführen wird, sondern dies im Zusammenwirken mit einem Sanierungsbeauftragten tun wird (Art. 42 BIV-FINMA).

Bank, der Gläubiger und der Eigner sein soll. Zum anderen (Bst. g) sind die Abgangsregelungen ausscheidender Bankorgane offenzulegen.

Der genehmigte Sanierungsplan ist in den Grundzügen öffentlich bekannt zu machen (Art. 31 Abs. 4 BankG i.V.m. Art. 45 Abs. 2 BIV-FINMA). Er hat Auskunft über sämtliche für die Sanierung wesentlichen Tatsachen zu geben. Sollen einzelne Bankdienstleistungen separat weitergeführt werden, muss vertieft informiert werden. Die Genehmigungsverfügung der FINMA gibt ausserdem Auskunft darüber, wie Betroffene (Gläubiger und Eigentümer) den Sanierungsplan zwecks Wahrung ihrer Rechte einsehen können.

Schliesslich ist auf zwei Bestimmungen hinzuweisen, die zwar beim Erlass der BIV-FINMA nicht im Vordergrund standen, aber eine grosse praktische Bedeutung haben dürften. Der Sanierungsplan hat konstitutive Wirkung im Grundbuch bzw. Handelsregister für die Übertragung von Grundstücken bzw. für die Begründung dinglicher Rechte und Pflichten an solchen sowie für Änderungen des Gesellschaftskapitals (Art. 45 Abs. 3 BIV-FINMA). Die Registereinträge bzw. die Einträge ins Grundbuch, die mithin nur deklaratorische Wirkung haben, sind möglichst rasch vorzunehmen. Ferner sieht Art. 43 BIV-FINMA vor, dass Verbindlichkeiten, welche die Bank in der Sanierung während der Verfahrensdauer und mit Zustimmung des Sanierungsbeauftragten begründet, bei einem Scheitern der Sanierung vorab befriedigt werden. Dies ist deshalb wichtig, weil die FINMA bzw. der Sanierungsbeauftragte im Rahmen ihrer Prüfungshandlungen Dritte beauftragen (müssen) und diese nur unter den erwähnten Bedingungen zur Übernahme des Mandates bereit sein werden.

bb) Verfahrensbeschleunigung

Sanierungsmassnahmen müssen glaubwürdig sein, damit eine sofortige Beruhigung eintritt. Aus diesem Grund war es ein Ziel der Gesetzesrevision, das Verfahren zu straffen, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Entscheid zur Durchführung einer Bankensanierung unter sehr hohem Zeitdruck getroffen werden muss. Der Gesetzgeber hatte eine anspruchsvolle Abwägung zwischen den Rechtsschutzinteressen vor allem der Gläubiger und den Interessen der Öffentlichkeit an einem funktionierenden System-

schutz (Banken- und Finanzsystem) vorzunehmen. Es gelten neu die folgenden Verfahrensbestimmungen:²³

- Beschwerden in Bankensanierungs- und Konkursverfahren²⁴ haben keine aufschiebende Wirkung. Der Instruktionsrichter kann die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen.
- Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für Beschwerden gegen die Genehmigung des Sanierungsplans ist ausgeschlossen.
- Wird die Beschwerde eines Gläubigers oder eines Eigners gegen die Genehmigung des Sanierungsplans gutgeheissen, so kann das Gericht nur eine Entschädigung zusprechen.
- Es ist keine Zustimmung der Generalversammlung zum Sanierungsplan erforderlich.
- Die FINMA kann den Sanierungsplan neu sofort, d.h. zusammen mit der Eröffnungsverfügung, genehmigen, so dass dessen Rechtsfolgen sofort eintreten.
- Bei Eingriffen in die Gläubigerrechte setzt die FINMA den Gläubigern spätestens mit Genehmigung des Sanierungsplans eine Frist von mind. 10 Werktagen (Art. 46 Abs. 1 BIV-FINMA) an, innert der sie den Plan nur noch als Ganzes und nicht jedoch wie bisher aufgrund einzelner Einwendungen ablehnen können.
- Die FINMA muss den Konkurs anordnen, wenn mehr als die Hälfte der Forderungen der dritten Klasse den Sanierungsplan ablehnen. Dabei ist nicht die Anzahl Gläubiger, sondern der aus den Büchern hervorgehende Betrag der kumulierten Forderungen entscheidend.
- Die Ablehnung des Sanierungsplans findet auf die Sanierung einer systemrelevanten Bank keine Anwendung (Systemschutz).

²³ Vgl. Art. 24, 31a und 32bis BankG.

²⁴ Zum Konkursverfahren vgl. unten, V.2.

- Die Anfechtung nach den Artikeln 285-292 SchKG ist ausgeschlossen gegen Rechtshandlungen in Ausführung eines von der FINMA genehmigten Sanierungsplans.
- Sofern im Übrigen Anfechtungsrechte bestehen, verirken sie zwei Jahre nach der Genehmigung des Sanierungsplans.

cc) Weiterführung von Bankdienstleistungen

Überlebensfähige Teile der zu sanierenden Bank oder Bankengruppe sollen fortgeführt werden können unabhängig davon, ob die Sanierung zustande kommt bzw. erfolgreich durchgeführt werden kann (Aufteilung der Bank, Good Bank/Bad Bank Strategien). Systemrelevante Teile müssen bei systemrelevanten Banken von Gesetzes wegen fortgeführt werden können.²⁵ Der Sanierungsplan kann die Übertragung des Vermögens der Bank oder Teilen davon mit Aktiven und Passiven sowie Vertragsverhältnissen auf andere Rechtsträger oder auf eine Übergangsbank²⁶ vorsehen. Art. 51 BIV-FINMA enthält detaillierte Vorschriften über den Sanierungsplaninhalt im Bereich der Weiterführung von Bankdienstleistungen. Die Vorschriften sind zum grossen Teil aus sich selbst heraus verständlich, so dass auf eine vollständige Wiedergabe verzichtet wird. Hervorzuheben sind die folgenden Bestimmungen:

- Es sind die getroffenen Kapitalmassnahmen aufzuführen. Bei Übertragung von Aktiven und Passiven auf eine Übergangsbank ist die Aufteilung zwischen dieser und der (Rest-)Bank darzulegen;
- Es ist darzulegen, ob ein Wertausgleich (zwischen Übergangsbank und (Rest-)Bank) zu leisten ist. Gegebenenfalls ist dessen Berechnungsweise darzulegen. Es muss eine Aussage darüber gemacht werden, ob eine maximale Wertausgleichssumme anzuordnen ist.

²⁵ Art. 7 ff. BankG.

²⁶ Die Geschäftstätigkeit einer Übergangsbank ist per definitionem auf die Fortführung der ihr übertragenen Bankdienstleistungen beschränkt (Art. 52 Abs. 1 BIV-FINMA). Die Bankenbewilligung wird vorerst auf 2 Jahre erteilt, wobei eine Verlängerung möglich ist (Art. 52 Abs. 3 BIV-FINMA).

- Es sind Ausführungen darüber zu machen, auf welche Weise sichergestellt werden kann, dass Systeme und Applikationen bei der Aufteilung zwischen (Rest-)Bank und dem Rechtsträger, der die Dienstleistungen weiterführt, weiterhin funktionieren bzw. wie sie gemeinsam genutzt werden können. Werden die Dienstleistungen von einer Übergangsbank betrieben, muss der Zugang zur Finanzmarkt- und Zahlungsverkehrsinfrastruktur gewährleistet sein.

Werden Vertragsverhältnisse, das Vermögen der Bank oder Teile davon übertragen, so tritt der Übernehmer mit Genehmigung des Sanierungsplans, d.h. mit dessen Vollstreckbarkeit, an die Stelle der Bank. Als weiteres Prinzip gilt es bei der Übertragung die rechtliche oder wirtschaftliche Verbundenheit unter Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen zu berücksichtigen (Art. 31 Abs. 1 Buchst. d BankG). Als Beispiele können Forderungen genannt werden, die nur zusammen mit den Sicherheiten („collateral“) übertragbar sind.

Schliesslich ist auf das 5. Kapitel der BIV-FINMA, Aufschub der Beendigung von Finanzverträgen (Art. 56 und 57 BIV-FINMA) hinzuweisen. Während Art. 56 BIV-FINMA eine Definition der Finanzverträge enthält,²⁷ legt Art. 57 BIV-FINMA die Bedingungen fest, unter denen die Beendigung²⁸ von (Finanz-)Verträgen bei Übertragung auf einen anderen Rechtsträger aufgeschoben werden kann. Entscheidend ist, dass der Aufschub längstens 48 Stunden dauern kann und die FINMA dessen Beginn und Ende anordnet. Mit Hilfe dieses kurzen „Stillstandes“ soll eine geordnete Übertragung von Verträgen ermöglicht werden. In die Rechte der Vertragsparteien soll ansonsten nicht eingegriffen werden. Art. 57 Abs. 5 BIV-FINMA sieht denn auch folgerichtig vor, dass die Vertragsgegenpartei von ihrem Beendigungsrecht unmittelbar nach Ablauf des Aufschubs Gebrauch machen kann. Die Schweiz entspricht mit der dargestellten Regelung dem sog. „stay“ gemäss Key Attri-

²⁷ Nur Finanzverträge sind vom Aufschub erfasst (Art. 57 Abs. 2 BIV-FINMA).

²⁸ Es ist zudem durch Art. 57 Abs. 1 BIV-FINMA der Sachverhalt mit umfasst, dass die Beendigung des Vertrages nicht direkt durch die Übertragung eintritt, sondern dass der Gläubiger dies zum Anlass nimmt, den Vertrag durch entsprechende Willenserklärung aufzulösen.

butes, wie der Aufschub im internationalen Kontext genannt wird.²⁹ Allerdings muss der Aufschub, soll er seine Wirkung wirklich entfalten können, noch Eingang in die internationale Vertragspraxis, z.B. in die ISDA-Verträge, finden.

Die FINMA muss sodann eine unabhängige Bewertung von nur teilweise auf eine Brückenbank oder einen anderen Rechtsträger übertragenen Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse anordnen (Art. 31b BankG). Da die Übertragung dieser Vermögenswerte im Zuge der Genehmigung des Sanierungsplanes erfolgt und dafür bisweilen wenig Zeit zur Verfügung steht, ist die unabhängige Überprüfung der Angemessenheit der zugrunde gelegten Bewertungen zweckmässig. Diese soll auf den Zeitpunkt der Übertragung abstellen und innert einer von der FINMA festgelegten, vernünftig kurzen Frist erfolgen. Ergebnis der Bewertung ist gegebenenfalls der Ausgleich unter den betroffenen Rechtsträgern und die Ergänzung des Sanierungsplans in einem Nachtrag durch die FINMA.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass das Fusionsgesetz nicht auf die Übertragung von Dienstleistungen in der Bankensanierung anwendbar ist. Damit entfällt beispielsweise die Solidarhaftung der übertragenden Einheit bei Nicht- oder Schlechterfüllung von übertragenen Forderungen.

dd) Verlustbeteiligung der Gläubiger

Die Rekapitalisierung am freien Markt ist gerade für Banken, die sich in einem staatlichen Sanierungsverfahren befinden oder kurz davor stehen, schwierig, wenn nicht sogar unmöglich.³⁰ Die CoCos³¹ können zwar, je nach Ausmass der Krise, einen möglicherweise ausreichenden Beitrag zu deren Bewältigung leisten. Dennoch kann noch mehr verlustabsorbierendes Kapital erforderlich sein.

²⁹ Vgl. KA 4.3 und 4.4 sowie Annex IV.

³⁰ Instruktiv ist in diesem Zusammenhang der neueste Fall einer staatlichen Bankenrettung der niederländischen Finanzgruppe SNS Reaal. Eine private Sanierung bzw. ein Verkauf scheiterte ebenso wie der Versuch der Aufnahme zusätzlichen Kapitals (vgl. die ausführliche Berichterstattung in: NZZ vom 2. Februar 2013, Nr. 27, S. 27).

³¹ Vgl. Art. 11-13 BankG sowie Art. 126 ff. ERV.

Es hat sich – auch international – klar die Erkenntnis durchgesetzt, dass zunächst die Gläubiger der Bank haften sollen, bevor – wenn überhaupt – der Staat zur Kasse gebeten wird. Es ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass die Schweiz zwar kein vollständiges Verbot der Staatshilfe in der Bankenrettung kennt, dass aber Art. 7 BankG klar zum Ausdruck bringt, dass staatliche Beihilfen zu vermeiden sind.

Wenn man sich einig darüber ist, dass staatliche Rettung nicht oder nur subsidiär und eingeschränkt in Frage kommen kann, müssen zunächst die Eigenkapitalgeber mit einer (vollständigen) Reduktion ihres (Risiko-)Kapitals ihren Beitrag zur Sanierung leisten. Dies entspricht dem Zweck ihres Kapitaleinsatzes. Der Eigenkapitalgeber sollte im Bewusstsein³² der mit der Investition verbundenen Risiken investieren und sich stets bewusst sein, dass es im schlechtesten Fall zu einem Totalverlust kommen kann. Die BIV-FINMA bringt den Charakter des Eigenkapitals im Verhältnis zum Fremdkapital zum Ausdruck, indem

- gemäss Art. 47 Abs. 1 Bst. a die Interessen der Gläubiger Vorrang vor denjenigen der Eigentümer geniessen, m.a.W. die Gläubigerhierarchie eingehalten wird; und
- gemäss Art. 48 Bst. b vor der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital das Gesellschaftskapital vollständig herabgesetzt worden sein muss.

Die Grundlage im Bankengesetz für die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital („Debt-to-Equity Swap“) ist Art. 31 Abs. 3 BankG. Danach gilt:

„Kann die Insolvenz einer Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden, so kann der Sanierungsplan die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital sowie die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorsehen.“

³² Man fragt sich allerdings, ob die mit verlustabsorbierendem Eigenkapital verbundenen Risiken nicht manchmal drohen, in Vergessenheit zu geraten. Man nimmt gerne Börsengewinne und Dividenden mit, ist sich aber zu wenig bewusst, dass man „in der ersten Reihe“ steht, wenn es um die Verlusttragung geht. Die Investition in Aktien, und vor allem in Bankaktien, setzt mithin eine entsprechende Risikofähigkeit voraus.

Wir wollen uns im Folgenden nicht mit der Schaffung von neuem Kapital befassen. Nur so viel: Die Vorschriften des Obligationenrechts können sinngemäss Anwendung finden. Entscheidend ist hier das Wort „sinngemäss“, ist doch das Sanierungsverfahren von hoheitlichem Handeln (Verwaltungsverfahren) geprägt. Privatrechtliche Elemente finden nur insoweit Eingang in das Sanierungsverfahren, als es im Hinblick auf das Zustandekommen des Sanierungsplanes bzw. mit Blick auf die Nachhaltigkeit der Sanierung notwendig und sinnvoll ist. So kann beispielsweise die Suche nach frischem Kapital aus dem Kreis der Altaktionäre die Gewährung von besonderen Vorteilen,³³ wie insbesondere die Gewährung von Bezugsrechten, notwendig machen.³⁴

Den Kern des „bail-in“ stellen die Art. 48-50 der BIV-FINMA dar. Zu allererst sei die Feststellung erlaubt, dass die Bank oder Finanzgruppe über genügend Forderungen verfügen muss, die entweder in Aktienkapital gewandelt oder deren Nennbetrag herabgesetzt werden kann. Diese Grösse wird durch die Höhe des Verlustes bestimmt, den man im Voraus nicht kennt. Man verfügt aber über Erfahrungswerte. So wies die UBS AG im Krisenjahr 2008 einen Verlust in der Grössenordnung von 60 Milliarden Franken aus. Nichtsdestotrotz besteht die Herausforderung in der einigermaßen sicheren Bestimmung des Betrags, der als Krisenvorsorge zu halten ist. Überdies muss „bail-inable debt“ am richtigen Ort, d.h. dort wo die Verlustquelle ist, und in der richtigen Quantität vorhanden sein. Auch dies ist keine Kleinigkeit eingedenk des Umstandes, dass man nicht weiss, wo die nächste Krise sich manifestieren und welcher Art sie sein wird.³⁵

Die vorherigen Ausführungen waren notwendig, um Art. 48 Bst. a BIV-FINMA zu verstehen. Dieser Artikel besagt, dass so viel Fremd- in Eigenka-

³³ In Frage käme nach der hier vertretenen Ansicht aber auch die Zuteilung von Genussscheinen an Aktionäre, deren Kapital herabgesetzt worden ist (vgl. Art. 657 OR).

³⁴ Art. 47 Abs. 3 BIV-FINMA legitimiert den Bezugsrechtsentzug, falls bei dessen Einräumung die Sanierung gefährdet wäre.

³⁵ Je nachdem, ob es sich – wie die Krise 2008 – um Verluste in den Derivate- und Handelsbüchern handelt oder um eine Immobilienkrise in der Schweiz, sind, zumindest bei den Grossbanken, Einheiten in unterschiedlichen Weltregionen betroffen.

pital umzuwandeln ist, wie zur zweifelsfreien Erfüllung der Eigenmittelanforderung nach erfolgter Sanierung erforderlich ist. Das Wort „zweifelsfrei“ will andeuten, dass genügend Kapital umgewandelt werden soll und muss, also auch eine gewisse (vertretbare) Sicherheitsmarge erlaubt sein soll, um zu verhindern, dass die sanierte Bank von Anfang an schlechte Startchancen hat.

Sind die Eigenmittel vorab vollständig herabgesetzt worden, folgt die weitere Verlustbeteiligung einer klaren und strikten gesetzlichen Hierarchie. Dabei gilt, dass die in der Gläubigerhierarchie zuerst zur Verlusttragung heranzuziehenden Forderungen („more junior claims“) vollständig gewandelt sein müssen, bevor die höher in der Hierarchie platzierten Forderungen gewandelt werden dürfen. Die Kaskade der Verlustbeteiligung sieht wie folgt aus:

- Zunächst kommt das regulatorische Kapital an die Reihe (Art. 48 Bst. c BIV-FINMA);
- Dann trifft es die nachrangigen Forderungen (sog. „subordinated debts“; Art. 48 Bst. d Ziffer 1 BIV-FINMA);
- Sollte das zur Verlustabdeckung (inkl. Sicherheitsmarge) noch nicht ausreichen, sind die ungesicherten Forderungen heranzuziehen (sog. „senior debts“ und übrige Forderungen; Art. 48 Bst. d Ziffer 2 BIV-FINMA); und
- Wenn dies noch immer nicht genügt, darf auf die Bankeinlagen (Depositen) zurückgegriffen werden (Art. 48 Bst. d Ziffer 3 BIV-FINMA).

Die Möglichkeit, Depositen „einzubailen“ hat allenthalben zu reden gegeben und sorgt noch immer für Gesprächsstoff. Das Thema eignet sich, um vor allem auch Kleinsparer zu verunsichern. Es soll deshalb an dieser Stelle folgendes ausgeführt werden:

- Die Gleichbehandlung aller Gläubiger erfordert es, dass auch die Forderungen von Depositären im Sanierungsfall in Aktien gewandelt oder herabgesetzt werden können;
- Dies allerdings erst in letzter Linie, d.h. wenn sämtliche anderen Forderungen ihren Sanierungsbeitrag geleistet haben;

- Dem Konkursrisiko ist jeder Gläubiger ausgesetzt. Die Depositäre fahren aber mit der Sanierung in jedem Fall besser, als wenn die Bank abgewickelt würde;
- Die Einlagensicherung deckt in der Sanierung und im Konkurs Einlagen bis zu 100'000 Franken je Gläubiger;
- Die Schweiz steht mit diesem Konzept nicht alleine da. So sieht z.B. der Vorschlag für die EU-Richtlinie zur Bankensanierung ebenfalls die Möglichkeit vor, Depositen „einzubailen“.

Gewisse Forderungen sind im Umfang ihrer Privilegierung von der Wandlung bzw. Forderungsreduktion ausgenommen. Es handelt sich dabei um die Forderungen gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG, Privilegien der 1. und 2. Klasse (Art. 49 Bst. a BIV-FINMA), sowie um gesicherte und verrechenbare Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung bzw. Verrechenbarkeit (Art. 49 Bst. b BIV-FINMA).

Es verbleibt noch die Darstellung des wichtigen Art. 50 BIV-FINMA. Danach kann die FINMA neben oder anstelle einer Wandlung von Fremd- in Eigenkapital einen ganzen oder teilweisen Forderungsverzicht („haircut“) anordnen.³⁶ Die Bestimmungen betreffend die Wandlung gelten unverändert für „haircuts“, mit einer entscheidenden Ausnahme: Der Grundsatz der Erschöpfung, also das vollständige Heranziehen der „more junior“ Forderungen ist nicht anwendbar. Dies ermöglicht der Sanierungsbehörde einzelfallgerechte Lösungen und befreit vom Zwang zur vollständigen Forderungsreduktion. Die Ausnahme kann aber auch im Zusammenhang mit Ausgleichen unter den einzelnen Forderungskategorien hilfreich sein, wenn es darum geht, im Sinne des „no creditor worse off“ die Sanierung überhaupt erst zu ermöglichen.

³⁶ Einwänden, der Forderungsreduktion gemäss Art. 50 BIV-FINMA fehle die gesetzliche Grundlage (im Gegensatz zur Wandlung von Fremd- in Eigenkapital erwähnt Art. 31 Abs. 3 BankG die Forderungsreduktion nicht), kann entgegnet werden, dass Forderungsreduktionen für eine Sanierung geradezu begriffsnotwendig sind. Ohne Forderungsreduktionen ist eine Sanierung gar nicht denkbar. Gläubiger, die darin eine Rechtsverletzung erblicken, können den Sanierungsplan ablehnen, sofern die Bank nicht systemrelevant ist.

Die Anwendung des Bail-in im Rahmen einer Bankensanierung wird zeigen müssen, auf welche Weise nicht zuletzt das Instrument der Forderungsreduktion zielgerichtet und sinnvoll eingesetzt werden kann. Unbestritten ist, dass die Sanierungsbehörde über einen nicht unbeträchtlichen Ermessensspielraum verfügt, den sie verantwortungsbewusst und in einem fairen Ausgleich unter den verschiedenen beteiligten Interessen wird ausüben müssen. Ebenso wenig sind die Auswirkungen, die sich auf den Kapitalmärkten und bei den Refinanzierungsstrukturen und -kosten der Banken ergeben werden, derzeit bekannt. Klar ist indes, dass sich international eine Einigung abzeichnet, das Bail-in im Fall einer Bankenkrise in erster Linie zur Verlustabdeckung einzusetzen. Es wird nun in einem nächsten Schritt darum gehen, die Konzepte zu verfeinern und auf die offenen Fragen praktikable und von den Behörden, Banken und Investoren akzeptierte Lösungen zu finden.

V. Spezialthemen im Bereich der Bankeninsolvenzverordnung

1. Allgemeine Bestimmungen

Im Rahmen der Neugruppierung des Bankeninsolvenzrechts wurde die Bankenkursverordnung der FINMA mit den neuen sanierungsrechtlichen Vorschriften zu einer Verordnung, der Bankeninsolvenzverordnung der FINMA, vereinigt. Den eigentlichen Insolvenzvorschriften wurde ein allgemeiner Teil vorangestellt. Zum Teil waren diese Bestimmungen bereits in der Bankenkursverordnung enthalten. Hinzuweisen ist daher lediglich auf gewisse wesentliche Neuerungen.

Art. 6 BIV-FINMA, Anzeige an die FINMA, wurde geändert. Es wurde klargestellt, dass die Anzeige Entscheide, Handlungen oder Unterlassungen einer Person zum Gegenstand hat, die von der FINMA mit Aufgaben nach der Bankeninsolvenzverordnung betraut wurde. Im Auge hatte man insbesondere Konkurs- und Sanierungsbeauftragte. Nach wie vor sind die Entscheide solcher Personen keine Verfügungen im Sinne des VwVG. Neu ist aber Abs. 3, wonach die FINMA den angezeigten Sachverhalt beurteilt, die notwendigen Massnahmen trifft und, falls erforderlich, selbst eine Verfügung

erlässt. Dadurch sollen die Verfahrensrechte des Anzeigestellers gewahrt bleiben.

Hinsichtlich der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen (Art. 10 BIV-FINMA) wurde auf die Einforderung des Gegenrechts verzichtet. Die FINMA kann einem Anerkennungsersuchen auch ohne Vorliegen des Gegenrechts entsprechen, sofern dies im Interesse der betroffenen Gläubiger liegt. Dadurch kann den Besonderheiten des Bankeninsolvenzverfahrens Rechnung getragen werden. So ist es möglich, dass aus Sicht einer inländischen Bankensanierung bzw. eines Bankenkurses ein Interesse an einer Anerkennung besteht, auch wenn umgekehrt der ausländische Staat zur Anerkennung einer Schweizer Insolvenzmassnahme nicht bereit wäre. Die Neuerung erhöht die Flexibilität aus Sicht der Schweizer Insolvenzbehörde und führt zu keinen erkennbaren Nachteilen. Als Korrektiv dient das Gläubigerinteresse, das jeweils vorfrageweise bei Einreichung des Gesuchs der ausländischen Behörde zu prüfen ist.³⁷

2. Konkurs

Die Bestimmungen der Bankenkursverordnung sind grösstenteils unverändert in die BIV-FINMA übernommen worden. Hinzuweisen ist auch hier wiederum lediglich auf wesentliche Neuerungen.

Seit Erlass der Bankenkursverordnung sind die Bestimmungen betreffend die privilegierten Einlagen im Bankengesetz geändert worden.³⁸ Nachdem nur auf den Namen lautende Konten das Privileg geniessen und eine allgemein gültige Definition des Nummernkontos nicht existiert, hatte der Anhörungsentwurf dieses in Art. 25 BIV-FINMA, Privilegierte Einlagen (im Abschnitt Konkurspassiven), zunächst nicht aufgeführt mit der Folge der „Entprivilegierung“ im Konkurs- bzw. Sanierungsfall. In der Anhörung

³⁷ Das Bundesgericht erachtete im Übrigen die Geltung des Gegenrechtserfordernisses im Bankeninsolvenzrecht für nicht mehr zweckmässig (BGE 137 III 570, Erw. 3).

³⁸ Art. 37a Abs. 1 BankG lautet wie folgt: „Einlagen, die auf den Namen des Einlegers lauten, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind, werden bis zum Höchstbetrag von 100'000 Franken je Gläubiger der zweiten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG zugewiesen“.

stiess die „Entprivilegierung“ auf heftige Kritik. Es wurde daher entschieden, das Nummernkonto unter die privilegierten Konten einzureihen. Dies erscheint sachgerecht, ist doch der Inhaber bzw. der wirtschaftlich Berechtigte des Nummernkontos bankintern bekannt, wenn auch nur einem eingeschränkten Kreis von Personen. Sodann wurde glaubhaft dargestellt, dass die Banken in der Lage sind, den Nummernkonten rasch ihre Inhaber zuzuordnen. Dies ist deshalb wichtig, weil bei Konten gemäss Art. 37a Abs. 1 BankG im Konkurs- bzw. Sanierungsfall innert kurzer Frist Auszahlungen aus der vorhandenen Liquidität vorgenommen werden müssen.

Neu ist überdies Art. 27 Abs. 3 BIV-FINMA. Danach kann der Konkursliquidator mit Zustimmung der FINMA für registerpfandgesicherte Forderungen einen separaten Kollokationsplan erstellen, wenn Systemrisiken nur so begrenzt werden können. Diese Bestimmung bezweckt in erster Linie die Vermeidung von Liquiditätsengpässen für Pfandbriefinstitute als Folge der (zu) langen Dauer von Bankenkonkursen. Da diese Institute nachweisen konnten, dass angesichts ihrer Refinanzierungsstruktur der Konkurs einer grösseren oder mehrerer kleinerer Mitgliedsbanken nicht tragbare Liquiditätsrisiken zur Folge hätte, erschien die gesonderte Forderungskollokation und die Vorabverwertung im Sinne von Art 27 Abs. 3 BIV-FINMA gerechtfertigt. Das Pfandbriefgesetz³⁹ enthält strenge Vorschriften für die Besicherung der unterliegenden Pfänder, so dass sich Risiken für Dritte, z.B. aus dem Nichtbestehen von Pfandrechten, praktisch ausschliessen lassen.

VI. Fazit und Ausblick

Es darf festgestellt werden, dass das neue schweizerische Bankeninsolvenzregime die internationalen Vorgaben, wie sie in den Key Attributes festgeschrieben sind, erfüllt. Damit ist ein erster wichtiger Schritt auf dem Weg zur effektiven Sanier- und Liquidierbarkeit von (systemrelevanten) Banken erreicht. Auf dem Weg zur „effektiv funktionierenden“ Sanierungs- und Ab-

³⁹ SR 211.423.4.

wicklungsfähigkeit – möglichst ohne den Einsatz von staatlichen Mitteln –⁴⁰ bleibt indes noch einiges zu tun. Es geht in einem nächsten Schritt darum, die Gesetzgebung umzusetzen. Sodann werden noch vermehrte Anstrengungen im Bereich der internationalen Kooperation notwendig sein. Für die sehr stark global ausgerichteten Schweizer Grossbanken ist eine breit abgestützte und gut fundierte internationale Kooperation eine „conditio sine qua non“, welche für den Erfolg der Resolution Strategie (mit-)entscheidend sein wird.

Nicht zu vergessen ist aber auch, dass das neue Bankensanierungsrecht es wahrscheinlicher macht, dass inländische Banken im Fall einer Krise saniert werden oder, wenn die Sanierung nicht gelingt, innert angemessener Frist abwickelt werden können. Die Verbreiterung des Sanierungsinstrumentariums und die Straffung des Verfahrens tragen massgeblich dazu bei.

⁴⁰ Nach wie vor ist allerdings davon auszugehen, dass mind. begrenzte Staatshilfe im Sinne der Stabilisierung und der Gewinnung des Marktvertrauens notwendig sein wird.

