

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herrn Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern

[reto.schiltknecht@finma.ch](mailto:reto.schiltknecht@finma.ch)

Basel, 1. März 2012  
J.2. CWI/JSA

## **Bankeninsolvenzverordnung (BIV-FINMA)**

Sehr geehrte Frau Präsidentin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 16. Januar 2012 haben Sie die Anhörung zum Entwurf Ihrer Bankeninsolvenzverordnung (E-BIV-FINMA) eröffnet. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen und äussern uns nachstehend aus der Sicht der Bankwirtschaft wie auch der Mitglieder unserer Vereinigung.

Wir wissen es zu schätzen, dass Sie zur Vorbereitung des Entwurfs eine Arbeitsgruppe unter Beizug von Experten und Praktikern eingesetzt haben und so eine Grundlage bieten, die eine fundierte, kritische und dadurch konstruktive Auseinandersetzung ermöglicht. Dies gilt erst recht in einer Zeit, da der Gesetzgeber oft nur noch unter Zeitdruck arbeitet.

Uns ist bewusst, dass sich eine Verordnung im gesetzlichen Rahmen bewegen muss und der eine oder andere unserer Kritikpunkte letztlich an die Gesetzgebung zu richten ist. Wir benützen die Gelegenheit trotzdem, auf Nachbesserungsbedarf der Gesetzesstufe hinzuweisen.

## Zusammenfassung

Wir begrüssen den Ansatz der FINMA, gestützt auf die Arbeit einer Expertengruppe für einen schwierigen Bereich gangbare Lösungen zu suchen.

Soweit die Regelung abwicklungs- und verfahrenstechnischer Fragen betroffen ist, haben wir wenig Bemerkungen zum Entwurf. Wir unterstützen die entsprechenden Vorschläge. Jedoch enthält der Entwurf zentrale Bereiche, in denen materiellrechtliche Regelungen getroffen werden und die gesetzliche Grundlage leider fehlt oder noch mangelhaft ist. Die Verordnung kann solche Mängel nicht lösen. Das gilt einerseits, weil die vorhandene Grundlage in Art. 28 Abs. 2 BankG nur den Erlass verfahrensrechtlicher Bestimmungen abdeckt. Andererseits bedürfen sowohl die Abweichungen von den Regeln des OR und des SchKG wie auch sanierungsrechtliche Massnahmen mit Enteignungswirkung für die Anlegerinnen und Anleger einer klareren Gesetzesgrundlage, als sie Art. 31 Abs. 3 BankG bietet.

Wir schlagen deshalb vor, die sanierungsrechtlichen Bestimmungen des Bankengesetzes zu überprüfen und, wo nötig, zu ergänzen (insb. Art. 31 Abs. 3 BankG, s. nachstehend 1.2). Das liegt im Interesse der Rechtssicherheit und letztlich der Stabilität unseres Bankensystems. Gern sind wir bereit, zu dieser Arbeit das uns Mögliche beizutragen.

Insbesondere müssen die Sanierungsmassnahmen auf internationaler Ebene abgestimmt werden. Nur so lässt sich die internationale Anerkennung und Durchsetzung schweizerischer Entscheide gewährleisten. Andernfalls wäre schon die Sanierung einer mittelgrossen Bank nicht wirksam durchführbar. Internationaler Abstimmung bedürfen etwa die Ausnahmen für gewisse Gläubigerkategorien im Fall eines Bail-in (Art. 49 E-BIV-FINMA) und der vorübergehende Aufschub von Vertragsbeendigungsklauseln („Temporary Stay“, Art. 55–56 E-BIV-FINMA). Hier ist eine Koordination mindestens mit den wichtigsten Kapitalmarktplätzen erforderlich (EU, UK und USA). Das Financial Stability Board teilt die von uns vertretenen Ziele, insbesondere der grenzüberschreitend zu gewährleistenden Rechtssicherheit (vgl. die Präambel der FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions). In diesem, sich entwickelnden Umfeld besteht ausreichend Gelegenheit, in Abstimmung mit den anderen unser Sanierungsrecht der Gesetzesstufe zu überarbeiten und so auch die Rechtsgrundlage der Verordnung zu verbessern.

Der Verordnungstext selber enthält einerseits Regelungen, auf die mangels gesetzlicher Grundlage und deshalb fraglicher Durchsetzbarkeit u.E. verzichtet werden sollte (bspw. die „sinngemässe“ Anwendung des OR in Art. 47 E-BIV-FINMA, den angeordneten „Forderungsverzicht“ in Art. 50 E-BIV-FINMA und die Entprivilegierung der Nummernkonti in Art. 24 E-BIV-FINMA), andererseits z.T. solche, die durch rationalisierte Entscheidungsfindung umgekehrt der Rechtssicherheit dienen (insb. Art. 49 E-BIV-FINMA betr. Eingrenzung des zulässigen Debt-Equity Swaps unter Rückgriff auf die verschiedenen, jeweils einschlägigen Regelungen des BankG). Namentlich sind wir der Auffassung, nicht nur die privilegierten, sondern alle Kundeneinlagen im Rechtssinn sollten vom Swap ausgeschlossen bleiben (s. nachstehend 1.1).

## 1. Hauptanliegen

### 1.1 Verordnungsentwurf (E-BIV-FINMA)

Wir äussern uns zu einzelnen Bestimmungen des Verordnungsentwurfs unter dem Vorbehalt, dass **teilweise die gesetzliche Grundlage ungenügend** ist und ergänzt werden muss (nachstehend 1.2).

#### *Art. 24 E-BIV-FINMA*

Wir schlagen den **Verzicht auf die Ergänzung betr. Nummernkonti** vor (erster Satz in Art. 24 Abs. 2 E-BIV-FINMA). Nach unserer Auffassung sieht Art. 37a BankG nicht den Ausschluss der Nummernkonti vom Privileg vor, und wir halten einen solchen Verzicht auch nicht für richtig. Nach dem Grundsatz „Know Your Customer“ besteht in den rechtswesentlichen Gesichtspunkten kein Unterschied mehr zwischen Namen und Nummernkonti: Für beide müssen der Bank die Gegenparteien und „Beneficial Owners“ bekannt sein. Der Unterschied ist nur mehr technisch-organisatorischer Natur, indem die Kenntnis vom Namen des Kunden auf wenige Personen in der Bank beschränkt und für den weiteren Verkehr durch eine Nummer ersetzt wird. Dafür gibt es eine Vielzahl nachvollziehbarer, verständlicher Gründe. Manche Banken gehen sogar bei allen Konti für den bankinternen Verkehr so vor. Die vorgeschlagene Regelung nähme ganze Banken vom Anwendungsbereich der Einlagensicherung aus. Durch den Grundsatz „Know Your Customer“ (KYC) gibt es heute aber keinen Grund mehr, Nummernkonti mit Gegenanreizen zu benachteiligen.

Die Änderung in Art. 37a BankG betrifft die neu eingefügte Formulierung „auf den Namen des Einlegers lautend“. Nach dem KYC-Grundsatz lauten jedoch alle Konten auf den Namen eines Einlegers oder einer Einlegerin (abgesehen von gewissen Altguthaben, die nachrichtenlos geblieben sind). Nur der Zugriff auf die Identität des Einlegers oder der Einlegerin ist bei gewissen Konten innerhalb der Bank strenger geregelt als bei anderen. Der neue Gesetzeswortlaut schliesst u.E. direkt lediglich den „**Beneficial Owner**“ eines Kontos vom Privileg aus; er verdeutlicht einen Grundsatz, der schon bisher gültig war. Auch die Lektüre der Botschaft zur Gesetzesrevision führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Im Gegenteil, eine Gesetzesänderung von derart grosser Tragweite hätte ausdrücklich in der Botschaft erwähnt werden müssen. Auch die Bundesversammlung ging offenkundig nicht von einer entsprechenden Gesetzesänderung aus, denn die Nummernkonti wurden bei der Beratung mit keinem Wort angesprochen. Angesichts der Bedeutung der Frage ist es unwahrscheinlich, dass die Entprivilegierung von der Bundesversammlung diskussionslos beschlossen worden wäre. Vor diesem Hintergrund kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber keinen Ausschluss der Nummernkonti vom Privileg beabsichtigte.

Sodann widerspräche ein Ausschluss der Nummernkonti dem Gebot der Gleichbehandlung der Gläubigerinnen und Gläubiger. Art. 37a Abs. 1 BankG ist eine konkursrechtliche Norm. Somit gelten für sie auch die konkursrechtlichen Grundsätze (insbesondere das Gleichbehandlungsgebot), soweit das Bankengesetz nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges bestimmt. Auch ist kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung von Nummern- und Namenkonti ersichtlich.

Im Fall einer solchen Unterscheidung bestände ein erhebliches Risiko, dass Kunden mit Nummernkonti im Ernstfall ihre Privilegierung gerichtlich zu erstreiten versuchen. Dadurch würde das Verfahren der Einlagensicherung und Auszahlung von gesicherten Einlagen unnötigerweise verlängert, was mit der Ausnahme von Nummernkonti eigentlich gerade verhindert werden sollte.

Die „Entprivilegierung“ der Nummernkonti steht endlich auch im Widerspruch zu den weltweiten Rechtsentwicklungen, die einen **Ausbau der Einlagensicherung** zum Ziel haben.

Unsere Auffassung zu dieser Frage teilt Herr **Prof. Luc Thévenoz**, Genf, in seinem Rechtsgutachten vom 29. Februar 2012 für das Groupement des Banquiers Privés Genevois.

Aufgrund dieser Überlegungen vertreten wir die klare Auffassung, dass **technisch-organisatorische Lösungen** des angeführten Problems – „Single Customer View“ (Zusammenführung der Guthaben pro Einlegerin und Einleger innert nützlicher Frist, Vermeidung mehrfacher Meldungen) – heute möglich sind.

Wir schlagen deshalb den **Verzicht auf die vorgeschlagene Änderung von Art. 24** vor.

## *Art. 47 E-BIV-FINMA*

Der Entwurf sieht vor, dass die „**Vorschriften des Obligationenrechts sinngemäss**“ anzuwenden seien, allerdings nur für Kapitalmassnahmen des 1. Abschnitts („Reduktion und Schaffung von Eigenkapital“). Für solche des 2. und 3. Abschnitts („Wandlung“, „Andere Kapitalmassnahmen“) fehlt ein entsprechender Hinweis.

Auch hat u.E. **das Gesetz – wenigstens in den Grundzügen** – zu bestimmen, welche Vorschriften des OR davon betroffen sind und welche nicht. Sonst gerät das Schicksal manch einer Sanierung in die Hände kritischer Anlegerinnen und Anleger, was die angestrebte Rechtssicherheit beeinträchtigt. Zudem sollten lediglich Bestimmungen anwendbar erklärt werden, die sich dafür eignen.

Deshalb wäre im Gesetz festzulegen, welche Bestimmungen des OR **von der Anwendbarkeit ausgenommen** sein müssen. Das gilt insbesondere für zu schwerfällig wirkende Verfahrensregeln wie etwa:

- Art. 652a OR betr. den Emissionsprospekt;
- Art. 652e OR betr. den Bericht des Verwaltungsrates (an dessen Stelle wohl der Sanierungsplan treten muss);
- Art. 652f OR betr. die Prüfungsbestätigung;
- Art. 652h OR betr. die Eintragung in das Handelsregister. Sie hätte möglichst rasch und nur mit deklarativer Wirkung zu erfolgen.

Diese Gesetzesartikel sind hier als **Beispiele**, nicht vollständig aufgeführt, wobei es nicht nur um das Aktienrecht, sondern auch um das Recht der GmbH und Genossen-

schaft geht. Ähnliches gilt für die Prospektspflichten im Börsenbereich, wofür eine Anpassung des Börsengesetzes nötig sein wird.

Der **Ausschluss von Bezugsrechten** ist u.E. ohne ausdrückliche Grundlage im Gesetz nicht haltbar, weil sich betroffene Anlegerinnen und Anleger zur Anfechtung geradezu eingeladen sehen (vgl. Art. 652b Abs. 2 OR, wonach für den Ausschluss ein Beschluss der Generalversammlung aus wichtigem Grund nötig ist). Weil es hier nicht um eine Verfahrensregel, sondern um den Entzug von Eigentumsrechten geht, ist die Verankerung im Gesetz unabdingbar. Das gilt unabhängig davon, ob die Bezugsrechte ökonomisch noch einen Wert aufweisen oder nicht. Hinzu kommt, dass der Entzug des Bezugsrechts für die Wirkung der Kapitalmassnahmen keineswegs nötig ist und es keinen Grund dafür gibt, bestehende Aktionäre von einer Kapitalerhöhung auszuschliessen. Insoweit fehlt es für diese Massnahme an der Erforderlichkeit bzw. Verhältnismässigkeit im Sinn von Art. 36 Abs. 3 BV. Es mag zutreffen, dass die Gerichte vielleicht Art. 47 E-BIV-FINMA stützen werden, sofern das Bezugsrecht wertlos ist, doch die Dauer eines Pilotverfahrens wäre der Rechtssicherheit und damit dem Gesetzesziel in jedem Fall abträglich.

#### *Art. 48 E-BIV-FINMA*

Klärungsbedürftig erscheint in Art. 48 Abs. 1 E-BIV-FINMA das **Verhältnis einer vertraglichen zur behördlich angeordneten Massnahme**. Bspw. kann sich die Frage stellen, ob durch die Wandlung von Pflichtwandelanleihen entstandene Aktien mit dem Sanierungsplan sogleich wieder herabgesetzt werden dürfen. Nach Treu und Glauben wird jedenfalls eine vollständige Herabsetzung auszuschliessen sein, weil Anlegerinnen und Anleger das Wandlungskapital nicht als Liquidations-, sondern als Sanierungsinstrument wahrnehmen. Es geht um den Erhalt der Gesamtbank als Going Concern. Hoheitliche Massnahmen sollten deshalb i.d.R. erst Platz greifen, wenn trotz vertraglicher Wandlung weitere Massnahmen unabdingbar geworden sind. Das ergibt sich auch aus dem Erfordernis der Subsidiarität staatlicher Massnahmen und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs.3 BV).

Eine Klärung dieser Frage muss **im Gesetz** vorgenommen werden. Je anfechtungsträchtiger eine Massnahme ist, desto unwahrscheinlicher wird ihre Anwendung. Denn ein Sanierungsplan, über den gestritten wird, vermag seinen Zweck nicht zu erfüllen.

Wesentlich ist, dass jene Anleger und Anlegerinnen, die CoCos oder Write-down-Instrumente halten, den **Vorrang gegenüber Altaktionären** geniessen. Die Ansprüche solcher Anleger und Anlegerinnen werden vor dem Bail-in gewandelt oder völlig abgeschrieben: in einem Zeitpunkt, da die Altaktionäre noch keine Herabsetzung erlitten haben. Erfolgt danach ein Bail-in, muss der Grundsatz gelten, dass die Aktionäre den ersten Verlust tragen bzw. die Anleiensgläubiger vor den Aktionären zum Zug kommen. Anders gesagt, die Anleiensgläubiger müssen gegenüber den Altaktionären besser gestellt sein.

Denkbar sind bspw. folgende **Möglichkeiten**:

- Ausschluss des Bail-in hinsichtlich Aktien, die aus low-triggering Pflichtwandelanleihen stammen, etwa durch Schaffung einer besonderen Klasse von Aktien, die im Bail-in von der Herabsetzung ausgenommen werden;
- vollständige Herabsetzung nur der Altaktionäre ohne förmliche Herabsetzung der neuen Aktionäre, die aber der Verwässerung voll ausgesetzt werden;
- Beteiligung der CoCo-Anleger im anschliessenden Konkurs als nachrangige Gläubiger, aber vor den Altaktionären;
- Verpflichtung der FINMA, schon im Zeitpunkt der Wandlung festzulegen, ob zugleich ein Bail-in stattfinden soll; Ausschluss einer zweiten Wandlung mit Herabsetzung ursprünglicher CoCos.

Die Situation ist unterschiedlich zu beurteilen zwischen **Pflichtwandelanleihen und Fremdkapitalinstrumenten mit verlustabsorbierender Wirkung** (Write-down Bonds). Hier ist die Abschreibung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Aktionäre noch keine Herabsetzung erlitten haben. Es ist aber durchaus möglich, dass sich im Markt Instrumente entwickeln werden, die zwar diese Abschreibung vorsehen, aber einen Bail-in in Gestalt von Warrants oder anderen Formen eines Recovery-Potenzials überleben können. Wenn die vertragliche Abschreibung aber noch nicht oder nur z.T. erfolgt ist, könnte zudem ein hoheitlicher Bail-in für solche Anleger vorteilhafter sein.

Eine Regelung dieser Fragen ist **für ein funktionierendes Bankensanierungs- und -konkursrecht entscheidend**. Die involvierten Beträge sind für die Banken, ihre Anleger und Anlegerinnen beträchtlich. Auch hat die entsprechende Regelung unmittelbare Auswirkungen auf die Preisgestaltung bei gewissen Kapitalmarktinstrumenten. Da sich die Finanzierungsmöglichkeiten der Banken in einem globalen Markt entscheiden, müssen ausländische Regelungen des Zusammenspiels vertraglicher und gesetzlicher Wandlungsklauseln Berücksichtigung finden. Auch hier ist deshalb eine Abstimmung mit den internationalen Standards nötig.

In Art. 48 Abs. 2 E-BIV-FINMA ist eine **Präzisierung der für diesen Fall zu erfüllenden „Eigenmittelvorschriften“** zu erwägen (vgl. Art. 21c E-BankV). Handelt es sich um das gesetzliche Minimum, oder sind z.B. behördlich definierte Puffer mitgemeint?

#### *Art. 49 E-BIV-FINMA*

Wir begrüssen, dass beim Debt-Equity Swap die Wandlung mindestens für jene Verbindlichkeiten der Bank ausgeschlossen wird, für die das zwingend aus der gesetzlichen Konzeption und Systematik folgt, insbesondere **privilegierte Einlagen und Verbindlichkeiten, die Gegenstand von Netting-Vereinbarungen sind**. Diese bilden das nötige Substrat von Regelungen anderswo im Gesetz – bspw. der Eigenmittelvorschriften (Art. 47 Abs. 1 Bst. a ERV) oder der Einlagensicherung (Art. 37h BankG) – und dürfen deshalb nicht durch einen Swap zum Verschwinden gebracht werden. Das ergibt schon eine systematische Auslegung des Gesetzes und ist u.E., wie vorgeschlagen, in der Verordnung festzuhalten.

Daneben ist – wie schon einleitend ausgeführt – gerade hier eine **internationale Abstimmung von zentraler Bedeutung**, da in Gläubigerrechte eingegriffen wird. Wenn die Schweiz eine Regelung trifft, die mit jener in den wichtigsten Kapitalmärkten der Welt (v.a. UK) nicht vereinbar ist, besteht im Sanierungsfall ein hohes Erfolgsrisiko für

Anfechtungen, Arrestmassnahmen und dergleichen im Ausland. Eine erfolgreiche Sanierung erscheint dann praktisch kaum noch möglich.

Der Erfolg einer Sanierung ist aber auch gefährdet, wenn die **Frage, wie mit kurzfristigen Gläubigern umzugehen ist**, ungeklärt bleibt. Sind Einleger und Einlegerinnen, Gegenparteien, Korrespondenzbanken im kurz- und mittelfristigen Finanzierungsbe- reich (unterjährige Verpflichtungen) nicht vor einer Wandlung geschützt, werden sie im Krisenfall ihre ungeschützten Einlagen umso schneller abziehen bzw. keine Finanzi- erungen mehr anbieten und die Bank erst recht in eine Krise treiben. Es ist aber auch fraglich, ob Gegenparteien mangels Schutz mit einer Bank in Sanierung überhaupt Ge- schäfte tätigen würden (unterjährige Interbankfinanzierungsgeschäfte, Korrespondenz- banktätigkeiten, Devisen- und Derivatgeschäfte u.a.). I.d.R. wird die sanierte Bank nämlich auch erhebliche Liquiditätsprobleme haben und deshalb zur Finanzierung am kurz- und mittelfristigen Ende auf den Interbankenmarkt angewiesen sein. Ähnliches trifft auf die Einleger und Einlegerinnen zu.

Wie Ihnen bekannt ist, wird die Frage der **Ausnahmen von der Wandelbarkeit** auch international mit unterschiedlichen Standpunkten angesprochen (z.B. im Rahmen des EU Crisis Management Frameworks oder im ICB Report der UK Independent Commis- sion on Banking). Diese Diskussionen sind noch nicht abgeschlossen. Entsprechend möchten wir darauf hinweisen, das die EU vorschlägt, folgende Gläubiger von der Wandlung auszunehmen: „Swap, repo and derivative counterparties and other trade creditors, short-term debt (defined by a specified maximum maturity); retail and whole- sale deposits and secured debt (including covered bonds)“ (Technical Details of a Pos- sible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, Annex I, 2011, S. 88). Von der Wandelbarkeit sollte auch unterjährige Verpflichtungen wie Commercial Papers, Mo- ney-Market Transactions, Promissory Notes u.a. ausgenommen werden.

Diese Ausführungen zeigen auf, dass sich die **internationale Diskussion zu dieser Thematik noch nicht verfestigt** hat. Es gilt zahlreiche, sich widersprechende Interes- sen gegeneinander abzuwägen. Es darf nicht vergessen werden, dass die Definition der Ausnahmen eine erhebliche Auswirkung auf die betroffenen Märkte haben kann. Die Gefahr besteht, das gewisse Finanzierungsmärkte austrocknen, möglicherweise gerade in einer Krise. Aus diesem Grund sind wir der Ansicht, dass die Festlegung der Ausnahmen bereits zum heutigen Zeitpunkt eigentlich zu früh kommt. Die Finanze- rungsmöglichkeiten der schweizerischen Banken richten sich nach globalen Märkten. Entsprechend ist auch die Frage der Verlusttragung in der Gläubigerhierarchie breit zu diskutieren und im Einklang mit dem internationalen Standard umzusetzen. Aus unse- rer Sicht am Wesentlichsten sind die Märkte in USA, UK und EU, weil die Banken hauptsächlich dort ihr Kapital aufnehmen.

Will man bereits heute eine vertiefte Regelung treffen, ist diese u.E. wie folgt auszu- gestalten. Nach eingehender Abwägung von Überlegungen einerseits zur gesetzlichen Grundlage und zur Rechtssicherheit, andererseits zur Gleichbehandlung der Anleger und Anlegerinnen, die über den Bereich der Einlagensicherung hinaus dem Kapital- markt insgesamt gelten muss, schlagen wir vor, **weitere Gläubigerklassen vom An- wendungsbereich des Debt-Equity Swaps auszunehmen**. Das betrifft z.B. die privi- legierten und nicht-privilegierten Einlagen. Wir sind uns bewusst, dass für die von uns im Folgenden vorgeschlagenen Kategorien eine gesetzliche Grundlage zur Unter- scheidung teilweise noch fehlt, und empfehlen deshalb, die gesetzgeberischen Arbei-

ten an die Hand zu nehmen. Dadurch und aufgrund von Art. 190 BV (keine gerichtliche Normenkontrolle über Bundesgesetze) würde die Rechtssicherheit erhöht und das Anfechtungsrisiko erheblich vermindert. Für die Verordnung schlagen wir vor, deren Art. 49 Abs. 2 wie folgt zu ergänzen:

- „<sup>2</sup> Folgende Forderungen sind nicht in Eigenkapital wandelbar:
- a. gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung **einschliesslich Forderungen, die von einer Gruppengesellschaft garantiert werden, deren Zweck es ist, die Deckung für diese Forderungen zu halten, und die besicherte Forderung der Gruppengesellschaft gegenüber der Bank im Rahmen strukturierter Finanzierungen wie z.B. Covered Bonds;**
  - b. privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG;
  - c. alle weiteren Einlagen im Sinn von Artikel 25 Absatz 1 Ziffern 2.3–2.5 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, soweit sie über das Privileg nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG hinausgehen;
  - d. Forderungen, die Gegenstand von Aufrechnungsvereinbarungen sind (Art. 27 Abs. 3 BankG); ~~und~~
  - e. weitere ungesicherte Forderungen mit einer Laufzeit von weniger als 360 Tagen; und
  - f. Forderungen, die nach Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit Genehmigung des Sanierungsbeauftragten oder der FINMA zum Zweck der Umsetzung einer Sanierung begründet wurden.“

Die vorgesehene Möglichkeit der FINMA, andere Forderungen von der Wandelbarkeit auszunehmen, könnte zur Ungleichbehandlung von Gläubigern führen und läge weder im Interesse der Rechtssicherheit noch der Vorausssehbarkeit verwaltungsrechtlichen Handelns. Dafür besteht v.a. auch keine ausreichende Grundlage im Gesetz. Wir schlagen deshalb die **Streichung von Art. 49 Abs. 3 E-BIV-FINMA** in der Entwurfsfassung vor.

#### *Art. 50 E-BIV-FINMA*

Wir schlagen Ihnen die **Streichung der Worte „einen teilweisen oder vollständigen Forderungsverzicht“** vor. Ob – über einen Debt-Equity-Swap hinaus – den Anlegerinnen und Anlegern ein „Forderungsverzicht“ (richtiger: Forderungsentzug) soll auferlegt werden können, ist eine durchaus offene Frage. Sie wird vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Rechtsentwicklung in der EU zu beantworten sein. Die geltende Rechtsgrundlage (Art. 31 Abs. 3 BankG) reicht jedoch dafür nicht aus. Der behördlich angeordnete Forderungsverzicht kommt einer formellen Enteignung gleich, für die der Gesetzeswortlaut klarerweise keine Grundlage bietet (weil Art. 31 Abs. 3 BankG neben dem Debt-Equity-Swap nur die Kapitalreduktion mit anschliessender Neuemission abdeckt, weder „beispielsweise“ noch „insbesondere“). Hinzu kommt, dass der „Verzicht“ vollumfänglich die bestehenden Aktionären begünstigte, was Art. 31 Abs. 1 Bst. c BankG widerspräche.



Art. 51 E-BIV-FINMA

Wir schlagen Ihnen die **Streichung des zweiten Halbsatzes von Art. 51 Abs. 1 Bst. d E-BIV-FINMA** vor („und für den Fall der Übertragung von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank darlegen, wie die so beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden“). In solchen Fällen werden regelmässig nicht etwa neue Mittel „beschafft“, sondern bestehende Aktiven und Passiven übertragen. Hierzu genügt Art. 51 Abs. 1 Bst. b E-BIV-FINMA.

Alternativ wäre eine **Präzisierung** wie folgt denkbar:

„d. [...] und für den Fall der Übertragung von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank darlegen, wie die so beschafften Mittel Aktiven und Passiven zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden.“

1.2 Gesetzesstufe

Wir anerkennen Ihr Bemühen, mit der Verordnung die **Rechtssicherheit** zu verbessern – ein Bemühen, das jedoch an Grenzen stösst, wo die gesetzliche Grundlage entweder fehlt oder der nötigen Bestimmtheit und Steuerungskraft ermangelt. Im Unterschied zum Gesetz, das für die Gerichte „massgebend“ ist (Art. 190 BV), kann eine Verordnung auf ihre Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht und damit auf ihre Gültigkeit geprüft werden (Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., 2008, Rz. 1874). Das gilt besonders im Raum des Kapitalmarktrechts, wo es nicht genügt, wenn Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigte beim Ausschöpfen ihrer Rechtsmittel Mass halten, sondern es jeder unzufriedene Anleger in der Hand hat, Sanierungsmassnahmen und mit ihnen die entsprechenden Verordnungsartikel anzufechten. Die dadurch drohende Rechtsunsicherheit lässt sich erst über gerichtliche Präjudizienbildung abbauen. Damit wäre ein Hauptziel des Sanierungsrechts – neue Stabilität zu schaffen –, über längere Zeit verfehlt.

Das gilt zunächst für Art. 28 Abs. 2 BankG, der für die sanierungsrechtlichen Bestimmungen der Verordnung als Grundlage dient. Er ist nach Gesetzeswortlaut und Botschaft nur als Grundlage zu **verfahrensrechtlichen Artikeln** gedacht (BBI 2010, S. 4017: „vor allem [...] Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur“).

Wo teilweise mit **enteignender oder enteignungsähnlicher Wirkung** in Gläubigerrechte eingegriffen wird, verlangt die Bundesverfassung eine klare und der Schwere des Eingriffs angemessene Gesetzesgrundlage (Art. 36 Abs. 1 BV).

Insbesondere **Art. 31 Abs. 3 BankG** (Fassung vom 18. März 2011), lautend:

„<sup>3</sup> Kann eine Insolvenz der 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“,

(in Verbindung mit Art. 34 Abs. 3 BankG) genügt dem Erfordernis nicht, wonach „die **Grundzüge der delegierten Materie** bereits in der Delegationsgrundlage selbst ent-

halten“ sein müssen (Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, 2011, § 22 Rz. 29, ebenso Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2007, Art. 164 N. 13), und erweist sich als eigentliche „Blankodelegation“ (BGE 128 I 113 Erw. 3f). Das erscheint umso gravierender, als hier verfassungsmässig geschützte Eigentumsrechte von Anlegerinnen und Anlegern betroffen sind (Art. 26 BV).

Bestimmungen wie Art. 46–50 E-BIV-FINMA, auf die nachstehend zurückzukommen sein wird, sollten **zumindest stichwortartig** in Art. 31 Abs. 3 BankG eine Grundlage finden, bspw. zu den Fragen,

- welche „Vorschriften des Obligationenrechts sinngemäss“ anwendbar sein sollen (Art. 47 E-BIV-FINMA) und welche nicht: in jedem Fall weder Zuständigkeit noch Verfahren der Generalversammlung;
- ob tatsächlich „das Bezugsrecht entzogen werden kann“ (ebd.), weil dies auf den Entzug eines Eigentumsrechts hinausläuft;
- welches die Voraussetzungen und Grenzen eines Debt-Equity-Swaps sind (Art. 48–49 E-BIV-FINMA): insb. welche Verbindlichkeiten unwandelbar sein müssen, etwa die privilegierten Einlagen als Grundlage der Einlagensicherung (Art. 37h BankG).

Dafür sprechen **sowohl materielle Gründe (Erfordernis der klaren Gesetzesgrundlage für Enteignungstatbestände) als auch prozedurale (hohe Anfechtungswahrscheinlichkeit und lange Verfahrensdauern)**.

Ein **revidierter Art. 31 Abs. 3 BankG** muss einerseits die Kernelemente der zu treffenden Regelung beinhalten, andererseits Umfang und Ausrichtung der Delegation für den verbleibenden Regelungsbedarf genügend bestimmen. Er sollte sich – vor dem Hintergrund der International Standards – auf die Ausgestaltung der Kapitalmassnahmen und Eingriffe in existierende Verträge beschränken (bspw. dem „Forderungsverzicht“ eine Grundlage schaffen, die Reihenfolge der verschiedenen Massnahmen regeln, Abweichungen von der Gleichbehandlung der Gläubiger erlauben) und nicht zuletzt festlegen, welche Bestimmungen des OR anwendbar sind. Dabei ist Offenheit für die Umsetzung der Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions des FSB vom Oktober 2011 und vergleichbarer Richtlinien ausdrücklich zu gewährleisten.

Unter diesem **Vorbehalt der Nachbesserung der gesetzlichen Grundlage** sind unsere Ausführungen zum Verordnungsentwurf zu lesen (vorstehend 1.1, nachstehend 2).

## 2. Weitere Anliegen

*Art. 6, 12 Abs. 5 und 42 Abs. 5 E-BIV-FINMA*

Gemäss Art. 12 Abs. 5 handelt der Konkursliquidator und gemäss Art. 42 Abs. 5 der Sanierungsbeauftragte „hoheitlich“. Das erscheint uns richtig und wichtig, weil er nur durch die entsprechende **Immunität zumal in angelsächsischen Gerichtsverfahren** Schutz vor persönlicher Haftbarkeit geniesst (Erläuterungsbericht, S. 21 und 27).

Ob freilich der in Abs. 6 E-BIV-FINMA postulierte **Ausschluss der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensrechts** im Ernstfall Bestand haben wird, ist zweifelhaft. Denn ob sich eine Handlung des Konkursliquidators oder Sanierungsbeauftragten als Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG qualifiziert:

- „<sup>1</sup> Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:
- a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
  - b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten;
  - c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren.
- [...]“

Dabei handelt es sich um eine **materielle, vom Gesetzgeber aufgestellte Verfügungsdefinition**, die weder eine verfügende Behörde noch ein Ordnungsgeber formal wegbedingen kann durch die Erklärung, eine Akt, der materiell den Kriterien von Art. 5 VwVG entspricht, sei keine Verfügung (und damit nicht als solche anfechtbar). Wenn der Konkursliquidator oder Sanierungsbeauftragte „hoheitlich“ über Rechte und Pflichten von Gläubigern entscheidet, dürfte sein Entscheid die Verfügungsdefinition von Art. 5 VwVG erfüllen und damit anfechtbar sein. Vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., 1998, Rz. 188–199, Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz. 854–883. Ein Ausschluss der Anfechtbarkeit müsste wiederum vom Gesetzgeber selbst angeordnet werden, oder – die umgekehrte Lösung – man verzichtet auf Art. 6 Abs. 1 E-BIV-FINMA.

*Art. 20 Abs. 6 E-BIV-FINMA*

In Art. 20 Abs. 6 der Verordnung muss der **Verweis auf Art. 31**, nicht – wie irrtümlich geschrieben – auf Art. 30 lauten.

*Art. 41 Abs. 4 E-BIV-FINMA*

Dass die Publikation der Eröffnung des Sanierungsverfahrens während bis zu zehn Werktagen aufgeschoben werden kann, erachten wir als sehr problematisch. Kundinnen, Kunden und überhaupt die vertraglichen Gegenparteien der Bank müssen ein Recht darauf haben, **unverzüglich von der Eröffnung des Sanierungsverfahrens Kenntnis** zu erhalten. Es kann nicht sein, dass z.B. ein Kunde am Tag X ein Geschäft mit der Bank eingeht und an einem nachfolgenden Tag erfahren muss, dass die Bank bereits an jenem Tag X Gegenstand eines Sanierungsverfahrens war. Diese Bestimmung kann ausserdem zu einem Konflikt mit anderen Informationspflichten der Bank führen. Schliesslich enthalten viele Rahmenerträge (z.B. der EBF, ISDA und unserer Vereinigung) Default-Klauseln, die durch Sanierungsverfahren automatisch ausgelöst werden. Hier muss Rechtssicherheit bestehen.

Wir schlagen deshalb die **Streichung von Art. 41 Abs. 4 E-BIV-FINMA** vor.

Art. 44 Abs. 1 E-BIV-FINMA

Auf S. 29–30 des Erläuterungsberichts schreiben Sie, dass die Bewertung der Aktiven und Passiven auch der allgemeinen Wirtschaftslage und erwarteten konjunkturellen Entwicklung Rechnung tragen, bestehende und künftige Wertminderungen von Sicherheiten einbeziehen und die Wirtschaftslage für Drittunternehmen, gegenüber denen die Bank Forderungen und Beteiligungsrechte besitzt, vorsichtig beurteilen müsse. Diese Vorgaben werden in der Praxis äussert schwierig umzusetzen sein. U.E. muss die Bewertung **zwar in konservativer Weise, aber nach allgemein anerkannten, auf die jeweilige Bank anwendbaren Bewertungsgrundsätzen** erfolgen. Es kann nicht Aufgabe des Prüfers oder der FINMA sein, Spekulationen z.B. über die allgemeine Wirtschaftslage, die erwartete konjunkturelle Entwicklung oder künftige Wertverminderungen anzustellen. Dazu ist auch festzuhalten, dass grundsätzlich auf die Ermittlung von Fortführungswerten abzielen ist. Entsprechend bitten wir Sie, diese Aussage in der Erläuterung der genehmigten BIV-FINMA entsprechend zu korrigieren.

Art. 51 ff. E-BIV-FINMA

Auf S. 35 des Erläuterungsberichts schreiben Sie im ersten Absatz (vor der Überschrift zu 3.4.4.1): „Dies bedeutet, dass mit der **Rechtskraft der Sanierungsplangenehmigung** ein Verpflichtungsgeschäft vorliegt, auf Basis dessen nun ohne weiteres Zutun die Verfügungsgeschäfte vorgenommen werden können.“ Dieser Satz ist ein Irrtum: Der genehmigte Sanierungsplan wirkt dinglich bzw. löst eine Universalsukzession aus (so auch Art. 51 Abs. 2 E-BIV-FINMA). Entsprechend bitten wir Sie, diese Aussage in der Erläuterung der genehmigten BIV-FINMA zu korrigieren.

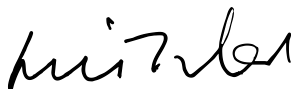
Art. 52 Abs. 2 E-BIV-FINMA

Die als Regel vorgesehene Befristung der **Bewilligung für die Übergangsbank** ist u.E. zu eng und deshalb zu streichen. Es kann durchaus die effizientere Lösung sein, z.B. Übergangsbank „auf Vorrat“ zu bewilligen und vielleicht die Bewilligung mit Auflagen zu versehen. Wird sie im Ernstfall benötigt, steht das rechtliche Gefäss dann schon bereit. Hinzu kommt, dass im Fall einer solchen Befristung der Übergangsbank ihre Prüfung als Going Concern und die entsprechende Bewertung der Aktiven nicht möglich wäre, sondern es wären Liquidationswerte anzusetzen. Dies dürfte einen erheblichen, und zwar nachteiligen Einfluss auf die Bilanz der Bank haben. Der Wert der Übergangsbank wäre just im Hinblick auf ihren möglichen Verkauf einer starken Erosion ausgesetzt, zum Nachteil der Restbank, ihrer Gläubigerinnen und Gläubiger.

Freundliche Grüsse  
Schweizerische Bankiervereinigung



Renate Schwob



Christoph Winzeler