

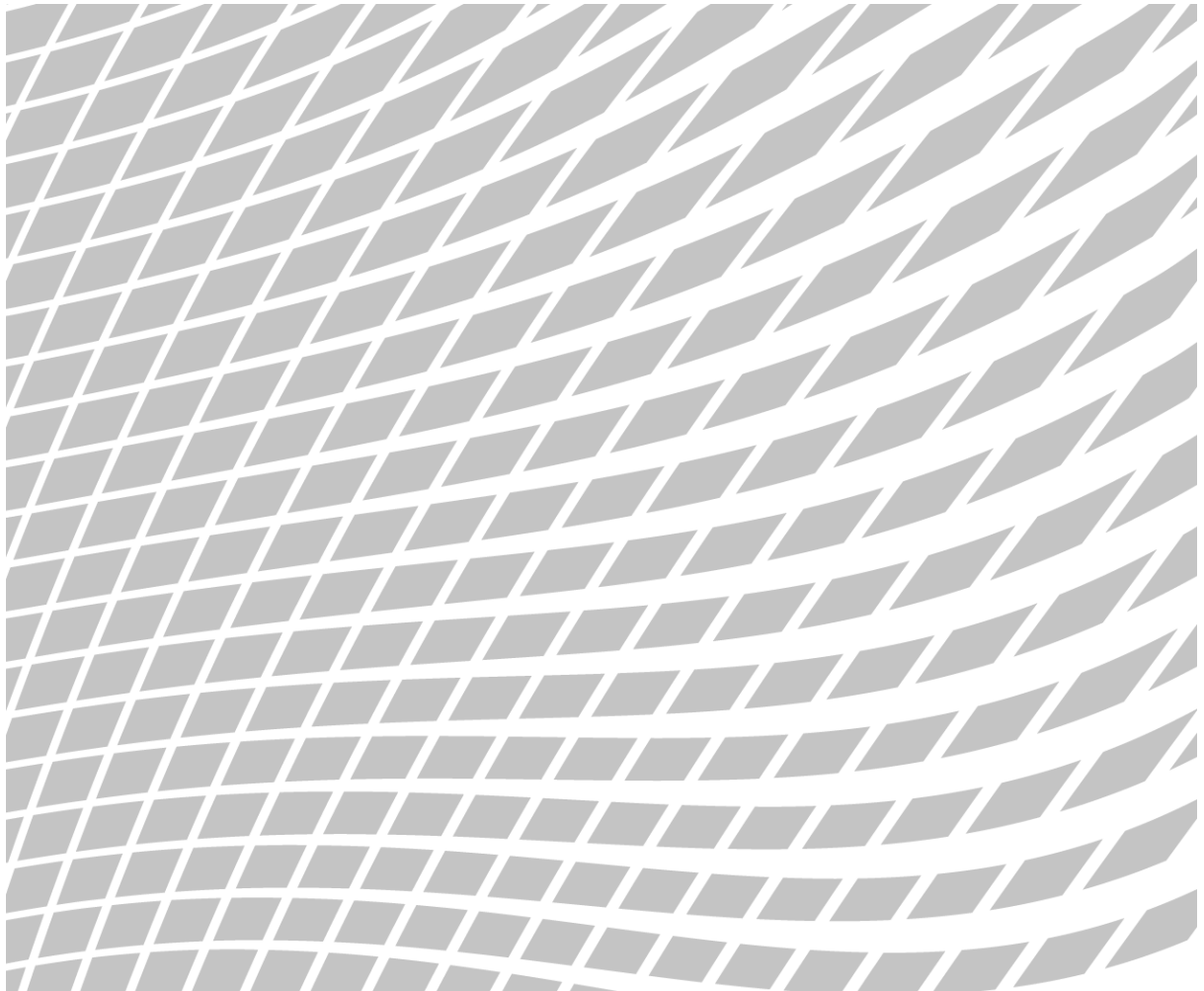
Reto Schiltknecht, 22. Oktober 2012

---

## **Die neue Bankeninsolvenzverordnung-FINMA**

Ein wichtiges Element zur effektiven Sanierung  
und zum geordneten Marktaustritt von Banken

---



**Mit der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA) verfügt die Schweiz als eines der ersten Länder über eine umfassende Sanierungsregelung für Banken. Die BIV-FINMA räumt der FINMA sämtliche Kompetenzen ein, um Banken zu sanieren und abzuwickeln. Damit erfüllt die Schweiz als eines der ersten Länder die Vorgaben des Financial Stability Boards (FSB).**

Am 1. September 2011 traten die revidierten Sanierungsbestimmungen des Bankengesetzes (BankG) in Kraft. Sie bilden eine wichtige Grundlage zur Aufrechterhaltung systemkritischer Funktionen im Krisenfall, indem sie Eigner und Gläubiger an Verlusten beteiligen und das Verfahren beschleunigen. Die FINMA legt nun als zweiten Schritt die BIV-FINMA vor. Ab 1. November 2012 vereinigt die BIV-FINMA die Bestimmungen zu Bankenkonkurs und -sanierung und schafft damit ein wirksames und kohärentes Regelwerk. Die BIV-FINMA macht das Handeln der FINMA transparent und erhöht damit die in kritischen Situationen besonders wichtige Rechtssicherheit.

## Bankensanierung neu geregelt

Die BIV-FINMA sieht Regelungen in *vier* zentralen Gebieten vor: *Erstens* beschreiben die *Allgemeinen Bestimmungen* Geltungsbereich, allgemeine Prinzipien und Verfahrensvorschriften. Die BIV-FINMA gilt für Banken, Effekthändler und Pfandbriefzentralen. Nach dem Prinzip der Universalität erfasst sie sämtliche in- und ausländischen Vermögenswerte. Geregelt sind hier auch die öffentlichen Bekanntmachungen, Mitteilungen, Akteneinsicht und der Insolvenzort. Die FINMA verpflichtet sich, ihre Insolvenzverfahren insbesondere mit ausländischen Behörden und Organen zu koordinieren. Ist es im Interesse der Gläubiger, kann die FINMA nun auch ohne Gegenrecht des anderen Staates ausländische Konkursdekrete und Massnahmen anerkennen.

*Zweitens* werden die heute geltenden Bestimmungen zum *Bankenkonkurs* im Wesentlichen unverändert aus der geltenden Bankenkonkursverordnung-FINMA übernommen. Geregelt werden das Verfahren, die Konkursaktiven (Inventaraufnahme, Herausgabe- und Meldepflichten, Aussonderung von Vermögenswerten Dritter etc.) und die Konkurspassiven (Kollokation, privilegierte Einlagen etc.) sowie die Verwertung und Verteilung.

Den eigentlichen Kern der Revision bilden *drittens* die Vorschriften über die *Banksanierung*, die in vier Abschnitten neu geregelt werden:

- Nur wenn die Gläubiger voraussichtlich besser gestellt sind als im Konkurs, kann es zu einer Sanierung kommen. Im Sanierungsplan werden die Grundelemente der Sanierung wie die künftige Kapitalstruktur und das Geschäftsmodell der Bank nach der Sanierung dargelegt. Die FINMA genehmigt den Sanierungsplan und macht ihn öffentlich bekannt. Eine Kapitalmehrheit der Gläubiger kann den Sanierungsplan ablehnen. Bei systemrelevanten Instituten haben die Gläubiger keine Möglichkeit, den von der FINMA genehmigten Sanierungsplan abzulehnen. Sie haben allenfalls Anspruch auf einen Wertausgleich.

- Zentral in einer Sanierung sind die *Kapitalmassnahmen*. Sie müssen die Gläubiger vor die Eigner stellen und gleichzeitig so viel neues Kapital schaffen, dass die Bank nach der Sanierung die Eigenkapitalanforderungen erfüllt. Bevor Fremd- in Eigenkapital umgewandelt wird, müssen Eigenkapital und Schuldinstrumente, die die Bank für solche Fälle ausgegeben hat (Additional Tier 1 oder Tier 2), vollständig herabgesetzt werden. Zuerst sind nachrangige Forderungen, dann alle anderen Forderungen und schliesslich Einlagen in neues Gesellschaftskapital umzuwandeln. Grundsätzlich sind sämtliche Forderungen wandelbar. Ausgenommen sind einerseits alle privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach dem normalen Konkursrecht, d.h. insbesondere Ansprüche der Mitarbeitenden. Auch Kundeneinlagen innerhalb der durch den Einlegerschutz erfassten Limite von 100'000 Schweizer Franken pro Einleger werden nicht in neues Aktienkapital umgewandelt. Nicht wandelbar sind andererseits gesicherte und verrechenbare Forderungen. Neben oder anstelle der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital sind teilweise oder vollständige Forderungsreduktionen möglich. In diesem Fall besteht keine feste Rangfolge zwischen den verschiedenen Forderungskategorien.
- Die *Weiterführung gewisser Bankdienstleistungen* ist auch möglich, wenn keine Sanierung der anderen Teile der Bank zustande kommt. Die BIV-FINMA legt fest, dass der neue Rechtsträger zu bezeichnen ist, auf den die Dienstleistungen und Vermögenswerte übertragen werden. Es ist festzuhalten, welche Bankdienstleistungen übertragen, welche Kapitalmassnahmen getroffen und wie die Aktiven zwischen der Bank und dem neuen Rechtsträger bzw. einer eigenständigen Übergangsbank abgegrenzt werden. Besonders in den Bereichen Zahlungsverkehr und Finanzmarkinfrastrukturen haben die Bank und ihre Nachfolgeorganisation bzw. die Übergangsbank Leistungsvereinbarungen („Service Level Agreements“) abzuschliessen und sich über allfällige Wertausgleiche zu verständigen. Eine Übergangsbank erhält eine Bewilligung, die auf zwei Jahre beschränkt, aber verlängerbar ist.

Um den Übergang von einer insolventen Bank auf einen neuen Rechtsträger oder eine Übergangsbank zu ermöglichen, braucht es eine gewisse Zeit. Deshalb legt die BIV-FINMA *viertens* fest, dass Verträge zwischen dem betroffenen Institut und seinen Gegenparteien während höchstens 48 Stunden nicht gekündigt werden dürfen. Unmittelbar nach Ablauf des Aufschubs kann die Gegenpartei von ihren vertraglichen (Beendigungs-)Rechten Gebrauch machen.

## Internationale Standards erfüllt

Mit der BIV-FINMA, die in der Anhörung mehrheitlich auf Zustimmung stiess, verfügt die Schweiz als eines der ersten Länder über eine umfassende Sanierungsregelung für Banken. Die FINMA erhält als Sanierungs- und Konkursbehörde sämtliche Kompetenzen, um Banken zu sanieren und abzuwickeln. Mit der BIV-FINMA werden die Vorgaben der „Key Attributes of Effective Resolution Regimes of Financial Institutions“ des FSB vom Oktober 2011 mit wenigen, eher untergeordneten Ausnahmen erfüllt. Gleichzeitig ist die BIV-FINMA kompatibel mit dem Vorschlag der EU-Richtlinie „Directive of the Recovery and Resolution of Credit Institutions and Investment Firms“ (EU RRD), welche von der EU-Kommission der Öffentlichkeit Anfang Juni 2012 präsentiert wurde.

Die FINMA hat mit der BIV-FINMA die letzte noch bestehende Regelungslücke geschlossen und ihr Instrumentarium zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Banken gestärkt. Die Beibehal-

tung der systemrelevanten Funktionen sollte auf dieser gesetzlichen Grundlage möglich werden. Dies verbessert die Finanzstabilität nicht nur in der Schweiz, sondern auch in allen ausländischen Volkswirtschaften, in welchen grenzüberschreitend tätige Schweizer Banken über systemkritische Funktionen verfügen.

## Der Sanierungsteil der BIV-FINMA

Die jüngsten regulatorischen Entwicklungen in wichtigen Ländern wie den USA oder Grossbritannien lassen den Schluss zu, dass es zu einem internationalen Standard werden könnte, die Gläubiger substantiell an einer Bankensanierung zu beteiligen. Die Kapitalsanierung schliesst zusätzliche (Restrukturierungs-)Massnahmen nicht aus, doch werden Kapitalmassnahmen künftig wohl bei jeder Banksanierung ein zentrales Element sein. Dies gilt besonders für die zwangsweise Anordnung der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital. Dabei wird der Gläubiger zum Anteilseigner wird. Ebenso besteht die Möglichkeit, die Gläubiger an Verlusten zu beteiligen: Durch einen Beschluss der zuständigen Behörde haben sie auf einen Teil oder – im Extremfall – auf ihre gesamten Forderungen zu verzichten. Beide Massnahmen sind international unter dem Stichwort „bail-in“ bekannt.

Zusätzlich zu den stark erhöhten internationalen Kapitalanforderungen gemäss den Vorschriften von Basel III und zusätzlich zu den Schweizer Anforderungen für die systemrelevanten Banken wird das „bail-in“-Kapital einen zusätzlichen „Schutzwall“ bilden, um die Sanierung von Banken ohne staatliche Hilfen realistischer zu machen. „bail-in“-Massnahmen ergänzen das Wandlungskapital („CoCo“), das vor allem die systemrelevanten Schweizer Banken in beträchtlichem Umfang halten müssen. Die CoCos können dazu beitragen, dass die Gläubiger bzw. ihr „bail-in“-Kapital möglicherweise später und in geringerem Umfang zum Tragen von Verlusten herangezogen werden.

Ob die Kapitalmassnahmen der BIV-FINMA wirksam sind, hängt davon ab, ob der Sanierungsbehörde eine ausreichende Menge an „bail-in“-Kapital am richtigen Ort zur Verfügung steht. Die Lösung, welche die BIV-FINMA anbietet, ist zweckmässig und ausgewogen und orientiert sich an der Verfügbarkeit des „bail-in“-Kapitals.

Grundsätzlich unterliegen sämtliche Forderungen gegenüber Banken, mit wenigen, abschliessend definierten Ausnahmen, dem Regime der zwangsweisen Wandlung von Fremd- in Eigenkapital oder dem zwangsweise angeordneten Forderungsverzicht. Die in der BIV-FINMA definierten Massnahmen können kombiniert werden. Im Unterschied zur Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital ist die FINMA bei der Anordnung eines Forderungsverzichts nicht verpflichtet, zuerst die rangtiefere Gläubiger vollständig zu „enteignen“, bevor sie die nächsthöhere Gläubigerkategorie am Verlust beteiligen kann. Die FINMA kann somit einen Verlust auf verschiedene Gläubigergruppen verteilen, was die Flexibilität entscheidend erhöht. In quantitativer Hinsicht dürfte bei vielen Schweizer Banken ausreichend „bail-in“-Kapital zur Verfügung stehen. Es fragt sich jedoch, ob sich dieses in der „richtigen“ Rechtseinheit befindet und in der richtigen Form, z.B. als nachrangige Anleihe, zur Verfügung steht.

In diesen Fragestellungen sind die Meinungen vor allem auf internationaler Ebene noch nicht gemacht. Die (internationalen) Entwicklungen sind daher aufmerksam zu verfolgen. So schlägt die EU in ihrem Richtlinienentwurf (EU RRD) einen Mindestumfang von „bail-in“ Kapital vor. Ungeachtet dieser Entwicklungen hat die Schweiz mit der BIV-FINMA bedeutende und international kompatible Verbes-

serungen erzielt. Die in der BIV-FINMA vorgesehenen Kapitalmassnahmen sind zudem geeignet, mehr Transparenz für die Investoren zu schaffen.

## Interpretation und Anwendung der BIV-FINMA

Die BIV-FINMA ist anwendbar auf sämtliche Forderungen, welche zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bestehen und nicht vollständig zurückbezahlt sind. Diese können somit gewandelt oder es kann der Forderungsverzicht angeordnet werden. Damit ändert sich allerdings nichts an der Rechtslage. So ist seit dem 1. September 2011 Art. 31 Abs. 3 BankG in Kraft, der der FINMA die Möglichkeit zum debt-to-equity-Swap einräumt. Zudem haben sich die Schweizer Behörden stets auf den Standpunkt gestellt, dass eine Wandlung bereits gestützt auf Art. 26 BankG (Schutzmassnahmen) hätte angeordnet werden können. Schliesslich ist die BIV-FINMA nur für Forderungen wirksam, die vor dem Inkrafttreten der BIV-FINMA begründet wurden und über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der BIV-FINMA hinaus weiterlaufen (z.B. Anleihen mit langen Laufzeiten). Im Rahmen der Ausgabebedingungen solcher Instrumente sind in der Regel Rechtsänderungen vorbehalten.

Die FINMA hat die Einlagen bewusst nicht vom „bail-in“ ausgenommen, sondern diese in der Rangfolge an die letzte Stelle gesetzt, d.h. bevor die Einleger auf ihre Forderungen verzichten müssen bzw. eine Umwandlung in Eigenkapital stattfindet, müssen alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft sein. Diese Lösung ist sachgerecht. Sie stellt einen gangbaren Kompromiss zwischen der Schaffung eines „Superprivilegs“ auch für nicht privilegierte und nicht durch den Einlegerschutz geschützte Kundenguthaben einerseits und einer undifferenzierten Gleichstellung mit allen anderen Gläubigern andererseits dar. Sie basiert auch auf dem Grundsatzentscheid des Gesetzgebers, Einleger nicht über die garantierten 100'000 Schweizer Franken hinaus vor Verlusten zu schützen.

Spezielsituationen dürften sich bei Banken ergeben, die als öffentlich-rechtliche Anstalten organisiert sind und folglich nicht über verlusttragendes Eigenkapital als ersten „Schutzwall“ verfügen. Bei solchen Instituten dürfte das Augenmerk neben dem zusätzlichen Kernkapital und dem Ergänzungskapital, ausgestattet mit sogenannten „point of non-viability“-Klauseln, verstärkt auch auf dem „bail-in“-Kapital liegen.