

Roland Fischer / Rebecca Rötheli

Bail-in heute und morgen

Seit 2011 kennt die Schweiz den Bail-in als Sanierungsmassnahme für Banken – glücklicherweise bis anhin ohne Testfall. Die anwendbaren Regeln wurden seither bereits mehrfach modifiziert und an internationale Entwicklungen angepasst. Geblieben ist das rechtsstaatliche Defizit, dass die immer noch sehr schlanke Substanz der Regelung auf Verordnungs- und nicht auf Gesetzesstufe geregelt ist. Der Bundesrat hat nun am 8. März 2019 die Vernehmlassung zu einer Teilrevision des Bankengesetzes eröffnet, um dieses Manko zu korrigieren und gewisse weitere Systemanpassungen vorzunehmen. Dies bietet Gelegenheit, die Regeln des Bail-in heute und morgen etwas vertiefter anzusehen.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: SchKG; Bankrecht

Zitiervorschlag: Roland Fischer / Rebecca Rötheli, Bail-in heute und morgen, in: Jusletter
24. Juni 2019

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung
2. TLAC und Bail-in
 - 2.1. TLAC
 - 2.2. Internal TLAC
3. Bail-in: Geltendes Recht
 - 3.1. Gesetzliche Grundlage
 - 3.2. Rahmenbedingungen
 - 3.3. Allgemeine Voraussetzungen
 - 3.4. Dem Bail-in unterstehende Verbindlichkeiten
 - 3.4.1. Grundsatz
 - 3.4.2. Ausnahmen
 - a. Privilegierte Forderungen
 - b. Gesicherte Forderungen
 - c. Verrechenbare Forderungen
 - 3.5. Ablauf des Bail-in
 - 3.5.1. Grundsatz: Subsidiarität des Eingriffs in Gläubigerrechte
 - 3.5.2. Herabsetzung bzw. Wandlung des regulatorischen Kapitals
 - a. Regulatorisches Kapital, insbesondere CoCos und Write-off Bonds
 - b. Point of non-viability (PonV)
 - c. Anordnung des Bail-in
 - 3.5.3. Gläubigerhierarchie
 - 3.6. Umfang
 - 3.7. Forderungsreduktion anstelle Umwandlung
4. Bail-in: Vorgeschlagene Neuregelung
 - 4.1. Ausgangslage
 - 4.2. Vernehmlassungsvorlage (VE-BankG)
 - 4.2.1. Detailliertere Regelung im BankG
 - 4.2.2. Subsidiarität
 - 4.2.3. No creditor worse-off
 - 4.2.4. Von Bail-in ausgenommene Forderungen
 - 4.2.5. Vorbedingungen des Bail-in
 - a. Herabsetzung bzw. Wandlung des gesamten regulatorischen Kapitals
 - b. Low triggering CoCos?
 - 4.2.6. Gläubigerhierarchie
 - a. Gleiche Spielregeln für die Forderungsreduktion
 - b. Nachrangige Forderungen
 - c. Bail-in-Bonds
 - 4.2.7. Suspendierung von Mitwirkungsrechten
 - 4.2.8. Wertausgleich für vormalige Eigner
5. Würdigung

1. Einleitung

[Rz 1] Im Zuge der Finanzkrise von 2007/2008 mussten in einigen für das internationale Finanzsystem wichtigen Ländern grössere, z.T. sogar systemrelevante Banken mittels Staatshilfe und damit letztlich mit Steuergeldern gerettet werden.¹ Vor diesem Hintergrund wurden auf internationaler Ebene vor allem der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht («BCBS») und das Fi-

¹ Eidgenössisches Finanzdepartement, Änderung des Bankengesetzes (BankG) (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 8. März 2019, S. 11 f.

nancial Stability Board («FSB») aktiv. Das FSB erhielt im Jahre 2009 von den G20 den Auftrag, ein internationales Rahmenwerk zur Sanierung und Abwicklung systemrelevanter Finanzinstitute zu erarbeiten.² Im Oktober 2011 publizierte das FSB die *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*³ («**Key Attributes**») mit insgesamt zwölf Empfehlungen, welche anschliessend von den G20 als neuer internationaler Standard für Sanierungs- und Abwicklungsregimes gutgeheissen wurden.⁴ Auf einen einfachen Nenner gebracht sehen die Key Attributes vor, dass die FSB-Mitgliedsländer (darunter auch die Schweiz⁵) Behörden errichten, welche eine geordnete Abwicklung von Finanzinstituten ermöglichen, ohne dass dafür öffentliche Gelder beansprucht werden müssen, und diese hierfür mit den nötigen Instrumenten und Kompetenzen ausstatten.⁶ Zentral ist in diesem Zusammenhang der in Ziff. 3.2(ix) und Ziff. 3.5 der Key Attributes vorgesehene sog. Bail-in.⁷

[Rz 2] Bail-in bedeutet «eine 180°ige Umkehrung»⁸ des Bail-out, der Rettung einer Bank durch den Einsatz von Staatsmitteln.⁹ Es handelt sich um einen Oberbegriff für verschiedene Instrumente vertraglicher oder gesetzlicher Natur, welche die Passivseite einer Bankbilanz restrukturieren.¹⁰ Konkret wird unter Bail-in die zwangsweise Abschreibung von Verbindlichkeiten einer Bank (*debt write-down*) oder die zwangsweise Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (*debt-equity-swap*) verstanden.¹¹ Während sich bei einem vertraglichen Bail-in die Befugnis zur Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital oder zur Abschreibung der Verbindlichkeiten aus den Emissionsbedingungen des entsprechenden Fremdkapitalinstrumentes ergibt,¹² resultiert dieses Recht beim gesetzlichen Bail-in direkt aus dem Gesetz.¹³

[Rz 3] Der vorliegende Artikel fokussiert auf den gesetzlichen Bail-in. Dazu gehen wir zunächst kurz auf das TLAC-Konzept ein. Daran anschliessend folgt eine Darstellung des Bail-in gemäss der geltenden Rechtslage in der Schweiz. Dabei werden vorab die gesetzliche Grundlage des Bail-in, dessen Rahmenbedingungen sowie anwendbare allgemeine Voraussetzungen dargestellt. So-

² Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 12.

³ Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, online unter: http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf (zuletzt besucht am 14. Mai 2019). Das FSB publizierte im Oktober 2014 eine neue Version der Key Attributes, welche verschiedene Anhänge mit Erläuterungen zu den zwölf Key Attributes enthält; der ursprüngliche Text dieser zwölf Key Attributes von 2011 blieb aber unverändert (siehe: Key Attributes vom 15. Oktober 2014, S. 1 f.).

⁴ Communiqué G20 Leaders Summit, Cannes, 3-4 November 2011, Section 13.

⁵ FSB Members, Links to the member jurisdictions, international financial institutions, and international standard-setting and other bodies that comprise the FSB, siehe: <http://www.fsb.org/about/fsb-members/> (zuletzt besucht am 14. Mai 2019).

⁶ Key Attributes (Fn. 3), S. 3 f.

⁷ Im Juni 2018 hat das FSB die *Principles on Bail-in Execution* publiziert, welche auf gewisse praktische bzw. operationelle Aspekte des Bail-in eingehen, die in den anderen Publikationen des FSB bis anhin nicht adressiert wurden. Darauf wird nachstehend soweit relevant eingegangen.

⁸ PETER BÖCKLI/MARTIN BÖCKLI, «Bail-in»: Bankenrettung durch Gläubigeropfer, in: *Law & Economics Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, 2015, S. 322.

⁹ BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 322; HANS KUHN, Der gesetzliche Bail-in als Instrument zur Abwicklung von Banken nach schweizerischem Recht, *GesKR* 2014, S. 443 ff. (zit.: KUHN (Bail-in)), S. 444.

¹⁰ KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 444.

¹¹ SERAINA GRÜNEWALD/ROLF H. WEBER, Bail-in: Zaubertrank oder Pandorabüchse der Banksanierung?, *SZW* 2013, S. 554 ff., S. 555; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 444; BENJAMIN K. LEISINGER, From Bail-out to Bail-in – Sinn oder Unsinn, *EIZ – Europa Institut Zürich Band/Nr. 182*, 2017, S. 8.

¹² So insbesondere bei den sog. CoCoS. Siehe dazu hinten Rz. 26 ff.

¹³ BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 323; FINMA, Erläuterungsbericht zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, 16. Januar 2012, S. 32; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 444 f.

dann werden die von einem Bail-in erfassten Verbindlichkeiten beschrieben, der Ablauf eines Bail-in diskutiert und der Umfang des Bail-in erläutert. Danach werden die wichtigsten Anpassungen gemäss der vorgeschlagenen Neuregelung des Bail-in im Bankengesetz besprochen, wobei punktuell und ohne Anspruch auf Vollständigkeit auf die entsprechende EU-Regelung eingegangen wird. Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Würdigung der Vorschläge.

2. TLAC und Bail-in

2.1. TLAC

[Rz 4] Bevor wir näher auf den Bail-in zu sprechen kommen, drängt sich zum besseren Verständnis dieses Konzepts ein geraffter Blick auf die sog. *Total Loss Absorbing Capacity* («TLAC») einer Bank auf, welche eng mit dem Bail-in verknüpft ist¹⁴.

[Rz 5] Das TLAC-Konzept wurde, gleich wie der Bail-in, vom FSB in Zusammenarbeit mit dem BCBS entwickelt.¹⁵ Das FSB veröffentlichte im November 2015 die *Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution, Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet* («TLAC Principles»), welche auf den Key Attributes aufbauen^{16,17}. Im Unterschied zu den Key Attributes sind die TLAC Principles aber nur auf global systemrelevante Banken (sog. «G-SIBs») anwendbar.¹⁸

[Rz 6] Die TLAC einer Bank ergibt sich aus der Summe von *going concern capital* und *gone concern capital*:

- *Going concern capital*: Dies entspricht dem regulatorischen Kapital einer Bank bzw., in der Terminologie der ERV¹⁹, deren Eigenmitteln. Sie sollen die Krisenresistenz der Bank und deren Verlustabsorptionsfähigkeit ausserhalb eines förmlichen Verfahrens sicherstellen bzw. Letzteres gerade vermeiden.
- *Gone concern capital*: Die zusätzlichen TLAC-Anforderungen sind demgegenüber für die Phase nach der Feststellung der Insolvenz einer Bank (sog. *Point of Non Viability* oder *PonV*)²⁰ gedacht. Vereinfacht ausgedrückt sollen die *gone concern* Anforderungen sicherstellen, dass eine Bank in der Sanierung oder der geordneten Abwicklung über genügend Kapital für einen effektiven, rechtlich durchsetzbaren Bail-in verfügt.²¹ Der Bail-in ist zwar ein sehr

¹⁴ YVES MAUCHLE, Bail-In and Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC), Legal and Economic Perspectives on Bank Resolution with Functional Comparisons of Swiss and EU Law, in: International Banking and Finance Law Series, Volume 32, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2017, S. 142.

¹⁵ Financial Stability Board, Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution, Total Loss-absorbing Capacity (TLCA) Term Sheet, 9 November 2015 (online unter: <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/TLAC-Principles-and-Term-Sheet-for-publication-final.pdf> [zuletzt besucht am 14. Mai 2019]), S. 3.

¹⁶ HANS KUHN, TLAC – letzter Mosaikstein zur Lösung des TBTF-Problems?, GesKR 1/2016, S. 80 ff. (zit.: [KUHN TLAC]), S. 81.

¹⁷ Als FSB-Mitgliedsland muss die Schweiz die TLAC Principles umsetzen.

¹⁸ Siehe auch: Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuterungsbericht zu Änderungen der Eigenmittelverordnung und der Bankenverordnung (Eigenmittelanforderungen Banken – Rekalibrierung TBTF und Kategorisierung), 13. Mai 2016, S. 4.

¹⁹ Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler vom 1. Juni 2012 (ERV; SR 952.03).

²⁰ Siehe zum PonV hinten Rz. 29 f.

²¹ MAUCHLE (Fn. 14), S. 158 u. 168.

wirksames Instrument, um eine Bankbilanz innert kurzer Zeit zu sanieren, doch sind damit gerade auch im internationalen Kontext erhebliche Hindernisse und Risiken verbunden. Insbesondere greift die Anordnung eines Bail-in in die verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechte der betroffenen Eigner und Gläubiger ein, womit sich diese gegen den Bail-in rechtlich zur Wehr setzen und unter Umständen auch Entschädigungsansprüche geltend machen könnten.²² Vor diesem Hintergrund sollen die *gone concern* Anforderungen dazu beitragen, dass der Bail-in im Krisenfall tatsächlich als wirkungsvolles Abwicklungsinstrument eingesetzt werden kann.²³

[Rz 7] In der Schweiz sind die zusätzlichen *gone concern* Anforderungen in der ERV geregelt. Im Rahmen einer Revision der ERV führte der Bundesrat 2016 die *gone-concern* Kapitalanforderungen zunächst für die international tätigen systemrelevanten Banken (UBS und Credit Suisse) ein.²⁴ Diese müssen zusätzliches TLAC grundsätzlich im Umfang der Gesamtanforderungen für die Eigenmittel halten.²⁵ Dabei sind die *gone concern* Anforderungen gemäss Art. 132 Abs. 3 ERV im Wesentlichen durch die sog. Bail-in-Bonds zu erfüllen.²⁶ Seit Januar 2019 gelten die *gone concern* Anforderungen in abgeschwächter Form auch für die inlandorientierten systemrelevanten Banken (Raiffeisen, ZKB und PostFinance). Sie müssen nach Art. 132 Abs. 2 lit. b ERV TLAC nur im Umfang von 40% der Gesamtanforderungen für die Eigenmittel halten.²⁷ Nicht systemrelevante Banken müssen weiterhin keine *gone concern* Anforderungen erfüllen.

[Rz 8] Dem Zweck des *gone concern* Kapitals entsprechend, ein effektives gesetzliches Bail-in ohne erhebliche Rechtsrisiken zu ermöglichen, haben die Bail-in-Bonds eine Reihe von Anforderungen zu erfüllen, welche in Art. 126a ERV festgehalten sind.²⁸ Hervorgehoben sei hier vor allem die Voraussetzung, dass die Bail-in-Bonds «in ihren Bedingungen eine unbedingte und unwiderrufliche Klausel enthalten [müssen], wonach sich die Gläubiger mit einer allfälligen durch die Aufsichtsbehörde angeordneten Wandlung oder Forderungsreduktion in einem Sanierungsverfahren einverstanden erklären»²⁹. Damit soll das Risiko minimiert werden, dass Gläubiger rechtlich gegen den Bail-in vorgehen oder erfolgreich Entschädigungsansprüche geltend machen.³⁰ Weiter müssen Bail-in-Bonds grundsätzlich von der Konzernobergesellschaft ausgegeben werden (Art. 126a Abs. 1 lit. d ERV).

²² KUHN (TLAC) (Fn. 16), S. 81; siehe dazu hinten Rz. 57 ff..

²³ KUHN (TLAC) (Fn. 16), S. 82; zu den rechtlichen und praktischen Problemen des Bail-in s.a. die Einschätzung bei RETO SCHILTKNECHT, in: Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht, St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht. Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich 2018 (zit.: SCHILTKNECHT [2018]), §9 Rn. 157 ff.

²⁴ ERV, Änderung vom 11. Mai 2016 (AS 2016 1725).

²⁵ Art. 132 Abs. 2 lit. a ERV. Damit geht die Schweiz erheblich über die Anforderungen des FSB hinaus, vgl. TLAC Termsheet, Ziff. 4, wonach die Gesamtheit von *going concern capital* und *gone concern capital* grundsätzlich 16% (ab 1. Januar 2019) bzw. 18% (ab 1. Januar 2022) der risikogewichteten Aktiven sowie 6% (ab 1. Januar 2019) bzw. 6.75% (ab 1. Januar 2022) der ungewichteten Aktiven betragen muss. Demgegenüber betragen allein schon die Sockelanforderungen für die Eigenmittel von systemrelevanten Banken in der Schweiz 12.86% der risikogewichteten Aktiven bzw. 4.5% der ungewichteten Aktiven. Hinzu kommen Zuschläge nach Anhang 9 der ERV. Die so errechneten Prozentsätze verdoppeln sich für UBS und CS unter Berücksichtigung der zusätzlichen TLAC-Anforderungen nach Art. 132 Abs. 2 lit. a ERV.

²⁶ Vgl. Erläuterungsbericht TBTF (Fn. 18), S. 3.

²⁷ ERV, Änderung vom 21. November 2018 (AS 2018 5241).

²⁸ Für eine ausführlichere Diskussion dieser Kriterien s. LEISINGER (Fn. 11), S. 27 ff.; KUHN (TLAC) (Fn. 16), S. 85 ff.

²⁹ Art. 126a Abs. 1 lit. h ERV.

³⁰ KUHN (TLAC) (Fn. 16), S. 82.

2.2. Internal TLAC

[Rz 9] Die TLAC Principles enthalten in den Ziffern 16–19 des Term Sheet («TLAC Termsheet») Grundsätze zum sog. *internal TLAC*, welche durch die *FSB Guiding Principles on the Internal Total Loss-absorbing Capacity of G-SIBs* («Internal TLAC») vom 6. Juli 2017³¹ («Internal TLAC Principles») konkretisiert werden. Mit dem internal TLAC soll gerade im internationalen Kontext und bei Beteiligung von mehreren Aufsichtsbehörden sichergestellt werden, dass die verlustabsorbierenden Mittel innerhalb einer Finanzgruppe angemessen verteilt sind.³² Zu diesem Zweck müssen die relevanten Gesellschaften bzw. Sub-Gruppen im Konzern mit ausreichend Eigenmitteln für den Abwicklungsfall ausgestattet werden.³³

[Rz 10] Bei einer sog. *Single Point of Entry* Strategie, wie sie die FINMA für die Schweizer G-SIBs als bevorzugte Strategie erklärt hat³⁴, erfolgt der Bail-in externer Gläubiger zentral bzw. konzentriert auf Ebene der Konzernobergesellschaft. Durch die Ausgabe von konzerninternen Bail-in Instrumenten durch Tochtergesellschaften von relevanten Sub-Gruppen an die Konzernobergesellschaft soll erreicht werden, dass in einer Krisensituation die Verluste einer Tochtergesellschaft durch die Wandlung oder Abschreibung der internen TLAC-Instrumente bei der Konzernobergesellschaft konzentriert werden können.³⁵ Dabei ist der Hauptzweck der internen TLAC-Anforderungen, die Kooperation zwischen den Behörden des Heim- und des Aufnahmestaates bei der Abwicklung systemrelevanter Banken zu erleichtern.³⁶ Dies nicht zuletzt deshalb, weil in einer Krisensituation für die Aufsichtsbehörde des Aufnahmestaates gewichtige Anreize bestehen können, die Aktiven einer ihrer Aufsicht unterstehenden Tochtergesellschaft einzuzugrenzen (sog. *ring fencing*).³⁷

[Rz 11] Vor dem Hintergrund der noch ausstehenden Umsetzung der internen TLAC Vorgaben in der Schweiz hat das Eidgenössische Finanzdepartement am 5. April 2019 die Vernehmlassung zu einer entsprechenden Änderung der ERV eröffnet.³⁸ Konkret soll ein neuer Art. 126b ERV die Anforderungen an gruppeninterne Schuldinstrumente zur Verlusttragung bei Insolvenzmassnahmen festlegen. Den FSB Vorgaben entsprechend³⁹ wird vorgeschlagen, dass diese internen TLAC-Instrumente dieselben Eigenschaften erfüllen müssen wie die externen TLAC-Instrumente, womit auch die gruppeninternen Schuldinstrumente zur Verlusttragung bei Insolvenzmassnahmen grundsätzlich in Form von Bail-in-Bonds auszugeben sind.⁴⁰

³¹ Financial Stability Board, *Guiding Principles on the Internal Total Loss-absorbing Capacity of G-SIBs* (Internal TLAC'), online unter: <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/P060717-1.pdf> (zuletzt besucht am 14. Mai 2019).

³² Eidgenössisches Finanzdepartement, *Erläuternder Bericht zur Änderung der Eigenmittelverordnung* (Besonders liquide und gut kapitalisierte Institute, Hypotheken für Wohnrenditeliegenschaften, TBTF – Parent Banken), 5. April 2019, S. 34.

³³ TLAC Termsheet (Fn. 15), Ziff. 16; Internal TLAC Principles (Fn. 31), S. 1.

³⁴ Dazu hinten Rz. 14.

³⁵ KUHN (TLAC) (Fn. 16), S. 90.

³⁶ TLAC Termsheet (Fn. 15), Ziff. 16.

³⁷ Internal TLAC Principles (Fn. 31), S. 1: «*This should diminish any incentives on the part of host authorities to ring-fence assets domestically, either ex ante or ex post in a resolution, and thereby avoid the adverse consequences of such actions, including global fragmentation of the financial system, and disorderly resolutions of failed cross-border firms*».

³⁸ Eidgenössisches Finanzdepartement, *Eröffnung der Vernehmlassung zur Änderung der Eigenmittelverordnung*, Medienmitteilung, siehe: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-74588.html> (zuletzt besucht am 14. Mai 2019).

³⁹ TLAC Termsheet, Ziff. 19 S. 19.

⁴⁰ *Erläuterungsbericht Parent Banken* (Fn. 32), S. 36.

3. Bail-in: Geltendes Recht

3.1. Gesetzliche Grundlage

[Rz 12] Als FSB-Mitglied war und ist die Schweiz gehalten, die Key Attributes und somit insbesondere auch den Bail-in umzusetzen. Im Rahmen der Revision der Einlagensicherung wurde 2011 mit Art. 31 Abs. 3 BankG⁴¹ die Möglichkeit des Bail-in ausdrücklich gesetzlich verankert.⁴² Gemäss der aktuell geltenden Fassung von Art. 31 Abs. 3 BankG «kann der Sanierungsplan unter Wahrung der Rechte der Gläubiger [...] die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital, die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital sowie die Reduktion von Forderungen vorsehen» wenn «eine Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden kann». Diese knappe gesetzliche Regelung (das BankG enthält neben Art. 31 Abs. 3 keine weiteren Bestimmungen zum Bail-in) wird durch die Art. 47–50 BIV-FINMA⁴³ ergänzt, welche die FINMA zur Konkretisierung der Sanierungsvorschriften des BankG erlassen hat.

3.2. Rahmenbedingungen

[Rz 13] Der Bail-in ist eine Sanierungsmassnahme und kann entsprechend nur im Rahmen eines Sanierungsverfahrens nach Art. 28 ff. BankG angeordnet werden. Er steht weder als Schutzmassnahme noch in einem Bankkonkursverfahren zur Verfügung.⁴⁴

[Rz 14] Die FINMA kann einen Bail-in grundsätzlich für alle von ihr beaufsichtigten Banken anordnen, von besonderer Bedeutung ist er aber bei den systemrelevanten Banken und namentlich den G-SIBs. Bei Letzteren verfolgt die FINMA wie erwähnt die Strategie eines zentral gesteuerten Bail-in.⁴⁵ Ein solch zentral gesteuerter Bail-in basiert auf dem sog. *Single Point of Entry*-Ansatz («SPE»), wonach die Sanierung von der Heimataufsichts- und Insolvenzbehörde (in der Schweiz also von der FINMA) zentral geleitet wird und auf der Stufe der obersten Konzerngesellschaft ansetzt.⁴⁶ Damit soll erreicht werden, dass die Verluste von den Gläubigern des Stammhauses bzw. der obersten Holdinggesellschaft getragen werden, während die operativ tätigen Gesellschaften des Konzerns ihre Geschäftstätigkeit fortsetzen können.⁴⁷ Die oben erwähnte Anforderung an Bail-in-Bonds, wonach diese grundsätzlich von der Konzernobergesellschaft ausgegeben werden (Art. 126a Abs. 1 lit. d ERV), ist im Zusammenhang mit der SPE-Strategie zu sehen. Die Verteilung bzw. Absorption der Verluste der Tochtergesellschaften bzw. Sub-Gruppen wird dann wie erwähnt über das internal TLAC erfolgen.

⁴¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0).

⁴² BankG (Sicherung der Einlagen), Änderung vom 18. März 2011 (AS 2011 3919).

⁴³ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern vom 30. August 2012 (BIV-FINMA; SR 952.05).

⁴⁴ Vgl. Art. 31 Abs. 3 BankG; s.a. KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 445; LEISINGER (Fn. 11), S. 13; zum Ablauf eines Bail-in hinten Rz. 25 ff.

⁴⁵ FINMA, Sanierung und Abwicklung systemrelevanter Banken, FINMA-Positionspapier Sanierung und Abwicklung von G-SIBs, 7. August 2013, S. 3 und 6.

⁴⁶ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 3 und 6; Financial Stability Board, Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies, 16 July 2013 (online unter: http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_130716b.pdf (zuletzt besucht am 14. Mai 2019), S. 12.

⁴⁷ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 3 und 6 f.; FSB (SIFIs) (Fn. 46), S. 12 f.

3.3. Allgemeine Voraussetzungen

[Rz 15] Bereits aus dem Gesetzestext ist ersichtlich, dass ein Bail-in nur als *ultima ratio* angeordnet werden kann, nämlich erst dann, wenn die «Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden kann»⁴⁸. Beim Bail-in handelt es sich folglich um eine subsidiäre Sanierungsmassnahme.⁴⁹ Was damit konkret gemeint ist, lässt sich jedoch weder dem Gesetzestext selber noch den Materialien entnehmen.⁵⁰ Die Literatur will daraus bzw. aus dem damit zusammenhängenden Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 BV etwa ableiten, dass der Bail-in mangels Eignung bei Insolvenzen zufolge kurzfristiger Liquiditätsprobleme nicht zur Anwendung kommen soll bzw. dass der Bail-in nicht zu Luxussanierungen führen darf.⁵¹ Die Anordnung eines Bail-in wird allerdings immer ein erhebliches Mass an Ermessen seitens der FINMA erfordern.

[Rz 16] Weiter ist bei einem Bail-in das sog. *no creditor worse off*-Prinzip zu beachten, wonach die Gläubiger nach der Sanierung bzw. durch die Sanierungsmassnahme nicht schlechter gestellt sein dürfen als bei einer direkten Liquidation der Bank.⁵² Das geltende schweizerische Bankensanierungsrecht verlangt sogar (im internationalen Kontext nuanciert überschüssend), dass der Sanierungsplan «die Gläubiger voraussichtlich *besser* stellt als die sofortige Eröffnung des Bankenkurses»⁵³. Allerdings fehlen derzeit noch die nach den Principles on Bail-in Execution («**Execution Principles**»)⁵⁴ geforderten klaren gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich des Prozesses, der einzuhalten ist, um zu bestimmen, dass dieses Prinzip auch tatsächlich eingehalten ist bzw. unter welchen Umständen allenfalls eine Kompensationszahlung zu leisten ist.⁵⁵ Jedenfalls wird sich die FINMA bei Anordnung eines Bail-in im Rahmen des Sanierungsplans bereits jetzt auf der Basis von Bewertungen Rechenschaft darüber abgeben müssen, ob dieses Prinzip hinsichtlich sämtlicher Gläubigerkategorien eingehalten ist.⁵⁶

⁴⁸ Art. 31 Abs. 3 BankG.

⁴⁹ THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 31 N 17 (zit.: BSK BankG-AUTOR); Erläuterungsbericht BIV-FINMA (Fn. 13), S. 33; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 447.

⁵⁰ Vgl. Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010 (BBl 2010 3993), S. 4018 f. So auch GRÜNEWALD/ WEBER (Fn. 11), S. 555 und KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 447. Gemäss KUHN kommt ein Bail-in – in Anlehnung an das EU Bankeninsolvenzrecht – nur dann in Frage, wenn «alle Möglichkeiten ausgeschöpft wurden, die Bank durch privatrechtliche Massnahmen zu stabilisieren, und wenn keine andere, mildere Abwicklungsmassnahme zur Verfügung steht».

⁵¹ LEISINGER (Fn. 11), S. 17.

⁵² FINMA (Positionsrapport), S. 11; Key Attributes (Fn. 3), Ziff. 5.2. («*Creditors should have a right to compensation where they do not receive at a minimum what they would have received in a liquidation of the firm under the applicable insolvency regime* («*no creditor worse off than in liquidation*» *safeguard*»); Execution Principles (Fn. 54), S. 7; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 447.

⁵³ Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁴ Financial Stability Board, Principles on Bail-in Execution, online unter: www.fsb.org/2018/06/principles-on-bail-in-execution-2/ (zuletzt besucht am 14. Mai 2019).

⁵⁵ Execution Principles (Fn. 54), S. 7: «The resolution regime should clearly specify [...] the «*no creditor worse off than in liquidation*» (NCWOL) *safeguard and the process that would be followed to determine if any creditors and shareholders affected by the resolution are entitled to additional compensation beyond what is being distributed to these parties pursuant to the resolution action*» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁶ Execution Principles (Fn. 54), S. 10 f. spricht von konterfaktischer Bewertung bzw. «*counterfactual valuation*».

3.4. Dem Bail-in unterstehende Verbindlichkeiten

3.4.1. Grundsatz

[Rz 17] Im Grundsatz kann sämtliches Fremd- in Eigenkapital umgewandelt werden (Art. 49 BIV-FINMA). Ausgenommen vom Bail-in sind aber privilegierte (Art. 49 lit. a BIV-FINMA), gesicherte (Art. 49 lit. b BIV-FINMA) und verrechenbare (Art. 49 lit. b BIV-FINMA) Forderungen.

3.4.2. Ausnahmen⁵⁷

a. Privilegierte Forderungen

[Rz 18] Zu den privilegierten Forderungen, welche vom Bail-in ausgenommen sind, zählen gemäss Art. 49 lit. a BIV-FINMA die privilegierten Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Artikel 219 Abs. 4 SchKG⁵⁸. Ausgenommen vom Bail-in sind damit auch die Kundeneinlagen, soweit sie durch die Einlagensicherung gedeckt sind (Art. 49 lit. a BIV-FINMA i.V.m. Art. 219 Abs. 4 SchKG und Art. 37a BankG). Dies entspricht dem internationalen Konsens⁵⁹ und ist zudem vor dem Hintergrund des Zwecks des Einlagensicherungssystems zu sehen⁶⁰.

[Rz 19] Bei den übrigen privilegierten Forderungen der 1. und 2. Klasse handelt es sich im Wesentlichen um arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Forderungen, die sowohl aus sozialpolitischen Überlegungen als auch aus praktischen Gründen – die Bank ist zur Weiterführung ihrer Geschäftstätigkeit auf Arbeitnehmer angewiesen – vom Bail-in ausgenommen sind.⁶¹ Auch das EU-Bankeninsolvenzrecht⁶² kennt eine entsprechende Regelung.⁶³

b. Gesicherte Forderungen

[Rz 20] Gemäss Art. 49 lit. b BIV-FINMA sind gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung von einem Bail-in ausgeschlossen. Wie die Ausnahme der privilegierten Forderungen entspricht auch der Ausschluss von gesicherten Forderungen einem breiten internationalen Konsens und findet sich entsprechend auch im EU-Bankeninsolvenzrecht (Art. 44(2)(b) BRRD). Würden gesicherte Forderungen in ein Bail-in einbezogen, so würde dies das Institut der Kreditsiche-

⁵⁷ Keine eigentliche Ausnahme, aber vom Bail-in ebenfalls ausgenommen sind Verbindlichkeiten der Bank, welche eine Gegenpartei zur Absonderung von Vermögenswerten nach Art. 37d BankG i.V.m. Art. 16 BankG und Art. 17 u. 18 BEG oder zur Aussonderung nach Art. 401 OR befragen. Die entsprechenden Vermögenswerte fallen nicht in eine Insolvenzmasse der Bank und entsprechend können die zugrunde liegenden Auslieferungsansprüche der Gläubiger nicht dem Bail-in unterliegen. Dies nicht zuletzt auch infolge des *no creditor worse off*-Prinzips. Zu diesen Ausnahmen auch MAUCHLE (Fn. 14), S. 185. Art. 44(2)(c) und (d) BRRD sieht diesbezügliche Ausnahmen explizit vor.

⁵⁸ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG; SR 281.1).

⁵⁹ Vgl. Key Attributes (Fn. 3), Ziff. 5.2 und Art. 44(2)(a) BRRD.

⁶⁰ KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 451. Zweck der Einlagensicherung ist es, den Kunden die Gewissheit zu geben, dass sie jederzeit über ihre versicherten Einlagen verfügen können, damit ein Bankrun verhindert werden kann (KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 451).

⁶¹ KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 452.

⁶² Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinie 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates («BRRD»).

⁶³ Art. 44(2)(g) BRRD.

zung aushöhlen.⁶⁴ Zudem wird mit der Ausnahme der gesicherten Forderungen dem *no creditor worse off*-Prinzip Rechnung getragen, denn würden die gesicherten Forderungen in einen Bail-in einbezogen, so würden die Gläubiger dieser Forderungen dadurch schlechter gestellt als im Konkurs der Bank.⁶⁵

[Rz 21] Der Begriff der Besicherung erfasst im Grundsatz nicht nur Real-, sondern u.E. auch Personalsicherheiten.⁶⁶ Andernfalls würde etwa bei einer verbürgten Verbindlichkeit einer Bank mit dem Bail-in nicht nur die verbürgte Hauptschuld sondern zufolge Akzessorietät auch die Bürgschaftsschuld entfallen (Art. 492 Abs. 2 OR⁶⁷), was letztlich dem *no creditor worse off*-Prinzip zuwider läuft. Sodann ist u.E. unerheblich, ob die Sicherheiten von der vom Bail-in betroffenen Rechtseinheit oder von einer Drittpartei gestellt wurden. Andernfalls könnten sich bei akzessorischen Drittsicherheiten wiederum Probleme ergeben. Sodann ist unbeachtlich, ob es sich bei den Sicherheiten um akzessorische oder nicht-akzessorische Sicherheiten handelt.⁶⁸

c. Verrechenbare Forderungen

[Rz 22] Weiter sind im schweizerischen Recht «verrechenbare Forderungen im Umfang ihrer Verrechenbarkeit [ausgenommen], sofern der Gläubiger oder die Gläubigerin den Bestand, die Höhe und die Tatsache, dass die Forderung Gegenstand einer entsprechenden Vereinbarung ist, sofort glaubhaft machen kann oder dies aus den Büchern der Bank ersichtlich ist»⁶⁹.

[Rz 23] Allgemein würde ein Einbezug verrechenbarer Forderungen mit dem *no creditor worse off*-Prinzip im Widerspruch stehen, steht doch die Verrechnung in den Schranken von Art. 213 f. SchKG im Konkurs einer Bank weiterhin zur Verfügung.⁷⁰ Damit ist mit MAUCHLE davon auszugehen, dass entgegen dem zu engen Gesetzeswortlaut sämtliche einer Verrechnungsmöglichkeit unterstehenden Forderungen vom Bail-in ausgeschlossen sind, selbst wenn sich die Verrechenbarkeit aus dem Gesetz und nicht aus einer Vereinbarung ergibt.⁷¹ Die Ausnahme lässt sich sodann auch damit begründen, dass viele systemisch bedeutende Finanzverträge sog. Netting-Vereinbarungen enthalten, in welche nicht ohne destabilisierende Wirkung eingegriffen werden kann. Dies würde letztlich dem Zweck des Bail-in zuwiderlaufen.⁷²

[Rz 24] Die BRRD sieht zwar keine deckungsgleiche Regelung vor.⁷³ Allerdings ist auch im Anwendungsbereich der BRRD klar, dass Derivattransaktionen nur im Umfang der aus dem (u.U. behördlich angeordneten) Close-out bzw. der Glattstellung hervorgehenden Nettoverbindlichkeit

⁶⁴ KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 451.

⁶⁵ BENJAMIN LEISINGER/LEE SALADINO, TLAC and Bail-in, Extending the Capital Market Alphabet and Legal Thoughts on an Implementation by Swiss Issuers, GesKR 2/2015, S. 225 ff. S. 236; MAUCHLE (Fn. 14), S. 191.

⁶⁶ Zu gewissen Ausnahmen bei Personalsicherheiten s. LEISINGER/SALADINO (Fn. 65), S. 236; a.M. wohl BSK BankG-BAUER (Fn. 49), Art. 31 N 19, der nur pfandgesicherte Forderungen erfasst sieht.

⁶⁷ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

⁶⁸ Für Realsicherheiten gl. M. MAUCHLE (Fn. 14), S. 182 f.

⁶⁹ Art. 49 lit. b BIV-FINMA.

⁷⁰ S.a. KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 452, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass eine gegenteilige Regelung im Extremfall auch den Einleger treffen könnte, dessen nicht versicherte Einlage dem Bail-in unterliegen würde, während seine eigene Verbindlichkeit z.B. aus einem Darlehensgeschäft noch Bestand hätte.

⁷¹ MAUCHLE (Fn. 14), S. 185, mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte.

⁷² KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 451 f.

⁷³ KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 451; MAUCHLE (Fn. 14), S. 191

dem Bail-in unterliegen und damit für diese Verbindlichkeiten eine zu Art. 49 lit. b BIV-FINMA äquivalente Rechtslage besteht.⁷⁴

3.5. Ablauf des Bail-in⁷⁵

3.5.1. Grundsatz: Subsidiarität des Eingriffs in Gläubigerrechte

[Rz 25] Bei einem Bail-in gilt der Grundsatz der Subsidiarität des Eingriffs in die Gläubigerrechte,⁷⁶ d.h. die Gläubiger werden gegenüber den Eignern vorrangig behandelt⁷⁷. Entsprechend muss «vor der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital das Gesellschaftskapital vollständig herabgesetzt werden»⁷⁸ und «darf die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital erst vorgenommen werden, wenn die von der Bank ausgegebenen Schuldinstrumente im zusätzlichen Kernkapital oder Ergänzungskapital, wie insbesondere bedingte Pflichtwandelanleihen, in Eigenkapital gewandelt wurden»⁷⁹. Demnach muss zuerst das gesamte regulatorische Kapital gewandelt bzw. herabgesetzt werden, bevor ein gesetzlicher Bail-in angeordnet werden kann.⁸⁰

3.5.2. Herabsetzung bzw. Wandlung des regulatorischen Kapitals

a. Regulatorisches Kapital, insbesondere CoCos und Write-off Bonds

[Rz 26] Nach Art. 18 ERV setzen sich die anrechenbaren Eigenmittel einer Bank aus dem Kernkapital (Tier 1 Capital, T1) und dem Ergänzungskapital (Tier 2 Capital, T2) zusammen, wobei das Kernkapital aus hartem (Common Equity Tier 1, CET1) und zusätzlichem Kernkapital (Additional Tier 1, AT1) besteht. Als zusätzliches Kernkapital oder Ergänzungskapital angerechnet werden können insbesondere Kapitalinstrumente mit bedingter Wandlung⁸¹ (sog. *Contingent Convertible Bonds* bzw. CoCos) oder bedingtem Forderungsverzicht⁸² (sog. *Write-off* bzw. *Write-down Bonds*).⁸³ Obwohl CoCos und Write-off Bonds im Rahmen der TBTF-Vorlage eingeführt wurden und entsprechend primär den systemrelevanten Banken zur Krisenbewältigung dienen sollen,

⁷⁴ Art. 49 BRRD sowie die Delegierte Verordnung (EU) 2016/1401 der Kommission vom 23. Mai 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für Methoden und Grundsätze der Bewertung von aus Derivaten entstehenden Verbindlichkeiten.

⁷⁵ Ein anschaulicher Modellablauf eines Bail-in findet sich in BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 324 ff.

⁷⁶ BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH (Fn. 49), Art. 29 N 19.

⁷⁷ Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG; Art. 47 Abs. 1 lit. a BIV-FINMA.

⁷⁸ Art. 48 lit. b BIV-FINMA.

⁷⁹ Art. 48 lit. c BIV-FINMA.

⁸⁰ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 14; MAUCHLE (Fn. 14), S. 217 u. 282. Dies entspricht auch der Vorgabe von Art. 30 Abs. 3 ERV, wonach sämtliche anrechenbaren Eigenmittel «den nichtnachrangigen Forderungen aller übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger im Falle der Liquidation, des Konkurses oder eines Sanierungsverfahrens nachgehen».

⁸¹ Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. b BankG.

⁸² Vgl. Art. 11 Abs. 2 BankG.

⁸³ Die CoCos und Write-off Bonds stellen keinen definierten Kapitalbestandteil im Sinne von Art. 18 ERV dar (RETO SCHILTKNECHT/CHRISTOPHER McHALE, Erste Erfahrungen mit dem bedingten Wandlungskapital, GesKR 4/2012, S. 507 ff., S. 510. Ob sie zum AT1 oder zum T2 zählen, hängt entsprechend von deren Emissionsbedingungen ab (vgl. Art. 27 und Art. 30 ERV).

können alle Banken mit geeigneter Rechtsform mit Zustimmung der FINMA CoCos und Write-off Bonds ausgeben.⁸⁴

[Rz 27] Das in den Emissionsbedingungen der CoCos und Write-off Bonds vereinbarte auslösende Ereignis, der sog. *Trigger*, kann unterschiedlich hoch angesetzt sein, wobei die zulässige Höhe für jede Kapitalart gesondert zu bestimmen ist. Die massgebliche Höhe zur Anrechenbarkeit von CoCos und Write-off Bonds als regulatorisches Kapital ist dabei unterschiedlich für systemrelevante und andere Banken. Bei systemrelevanten Banken sind als AT1 nur CoCos mit einem hohen Trigger von 7% (hartes Eigenkapital beträgt weniger als 7% der risikogewichteten Aktiven) anrechenbar (sog. *high triggering* CoCos bzw. Write-off Bonds oder Wandlungskapital mit hohem Trigger; s. Art. 131 lit. a Ziff. 1 und lit. b Ziff. 1 ERV)⁸⁵. Demgegenüber können für die nicht systemrelevanten Banken auch CoCos bzw. Write-off Bonds mit einem Trigger von mindestens 5.25% an das AT1 angerechnet werden (Art. 27 Abs. 3 ERV). Die Anforderungen von T2 Kapital könnten demgegenüber auch weiterhin mit tieferen Triggern erfüllt sein; solange die Anforderungen nach Art. 30 ERV eingehalten sind, gibt es keine Mindestanforderungen an die Höhe des Triggers.⁸⁶ Allerdings sind T2 Instrumente für die systemrelevanten Banken allgemein seit der am 1. Juli 2016 in Kraft getretenen Revision der ERV nicht mehr ausreichend, um die *going concern* Kapitalanforderungen von systemrelevanten Banken zu erfüllen, während auch die dem T2 Kapital zuzuordnenden *low triggering* CoCos und Write-off Bonds bis zum 1. Juli 2016 noch für die progressive Komponente verwendet werden konnten, soweit der Trigger nicht tiefer als 5% war.⁸⁷ Die noch ausstehenden *low triggering* T2 CoCos und Write-off Bonds⁸⁸ können unter dem Übergangsrecht nach Massgabe von Art. 148c Abs. 2 lit. a und c ERV längstens bis zum 31. Dezember 2019 als Wandlungskapital mit hohem Trigger in Form von zusätzlichem Kernkapital und danach bis zu einem Jahr vor Ablauf der Laufzeit als *gone concern* Kapital angerechnet werden.

[Rz 28] Darüber hinaus müssen alle CoCos und Write-off Bonds einen zusätzlichen Trigger enthalten, welcher bei drohender Insolvenz – d.h. am sog. *Point of non-viability* («**PonV**»)⁸⁹ – durch die Aufsichtsbehörde (FINMA) auszulösen ist.⁹⁰

⁸⁴ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) vom 20. April 2011 (BBl 2011 4717), S. 4769; BSK BankG-REUTTER/RAUN (Fn. 49), Art. 11 N 16 u. 19.

⁸⁵ Übergangsrechtlich können unter früherem Recht ausgegebene sog. *low triggering* CoCos bzw. Write-off Bonds, welche bei Ausgabe die AT1 Anforderungen erfüllten, noch nach Massgabe von Art. 148b Abs. 1 lit. b ERV als zusätzliches Kernkapital angerechnet werden. Derzeit sind z.B. bei der UBS noch vier *low triggering* AT1 Write-off Bonds ausstehend, die den Trigger jeweils bei 5.125% haben (vgl. https://www.ubs.com/global/en/about_ubs/investor_relations/debt/capital_instruments.html [zuletzt besucht am 14. Mai 2019]).

⁸⁶ FINMA Rundschreiben 2013/1 Anrechenbare Eigenmittel – Banken, Rn. 63 f.

⁸⁷ Vgl. Art. 131 ERV und Art. 130 Abs. 2 aERV.

⁸⁸ Vgl. die Übersichten über die ausstehenden Kapitalinstrumente für die UBS https://www.ubs.com/global/en/about_ubs/investor_relations/debt/capital_instruments.html, für die CS <https://www.credit-suisse.com/corporate/de/investor-relations/information-for-debt-investors/low-trigger-capital-instruments.html> und für die ZKB <https://www.zkb.ch/de/uu/nb/investor-relations/kapitalinstrumente> (alle Websites zuletzt besucht am 14. Mai 2019).

⁸⁹ Dazu sogleich.

⁹⁰ Art. 29 Abs. 1 und 2 und Art. 30 Abs. 3 ERV; PETER BÖCKLI, CoCos, Write-offs: Eigenkapitalschaffung mit dem Zauberstab, SZW 2012, S. 181 ff., S. 183; SCHILTKNECHT/McHALE (2012) (Fn. 83), S. 508.

b. Point of non-viability (PonV)

[Rz 29] Gerät eine Bank in eine Krise⁹¹, würden zunächst die *high triggering* CoCos bzw. Write-off Bonds gewandelt.⁹² Genügt das so geschaffene neue Eigenkapital nicht, um eine Sanierung oder Abwicklung der Bank zu verhindern, ist der PonV – der Zeitpunkt, in dem eine Stabilisierung der Bank aus eigener Kraft nicht mehr möglich ist⁹³ – erreicht und die FINMA leitet (gegebenenfalls in Koordination mit ausländischen Aufsichtsbehörden) die Sanierungsphase ein.⁹⁴ Der PonV ist bei den G-SIBs nach Auffassung der FINMA spätestens dann erreicht, wenn das Gesamtkapital auf oder unter 8% der risikogewichteten Aktiven fällt oder wenn das harte Kernkapital 5% der risikogewichteten Aktiven erreicht oder unterschreitet.⁹⁵

[Rz 30] Bei Erreichen des PonV und als Voraussetzung für die Anordnung des Bail-in wird das noch verbleibende regulatorische Kapital vollständig abgeschrieben bzw. gewandelt.⁹⁶ Hat eine Bank (noch) *low triggering* CoCos ausstehend, werden insbesondere diese mit Eintritt des PonV gewandelt.⁹⁷ Anschliessend wird das Gesellschaftskapital auf null herabgesetzt (Art. 48 lit. b BIV-FINMA). Diese Herabsetzung betrifft das gesamte Gesellschaftskapital. Entsprechend ist auch Gesellschaftskapital erfasst, welches durch die Wandlung von *high triggering* CoCos vor Eintritt des PonV geschaffen wurde.⁹⁸ Unklar ist hingegen, ob auch das Gesellschaftskapital, welches erst durch die Wandlung von *low triggering* CoCos bei Eintritt des PonV geschaffen wurde, von der Herabsetzung erfasst sein soll. Sowohl der Bundesrat⁹⁹ wie auch die FINMA¹⁰⁰ scheinen dies anzunehmen.¹⁰¹ Damit beträgt das nominelle Gesellschaftskapital der Bank unmittelbar vor Anordnung des Bail-in zwingend 0.

c. Anordnung des Bail-in

[Rz 31] Nachdem bei Eintritt des PonV sämtliche Kapitalinstrumente des zusätzlichen Kernkapitals und Ergänzungskapitals abgeschrieben bzw. in Gesellschaftskapital gewandelt wurden und das Gesellschaftskapital sodann vollständig herabgesetzt wurde, kann der gesetzliche Bail-in angeordnet werden.

⁹¹ Bei systemrelevanten Banken, wenn das CET1 auf oder unter 7% der risikogewichteten Aktiven sinkt (siehe vorne Rz. 27).

⁹² Vgl. Art. 131 lit. a Ziff. 1 und lit. b Ziff. 1 ERV; FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 9; MAUCHLE (Fn. 14), S. 212; SCHILTKNECHT/McHALE (2012) (Fn. 83), S. 508.

⁹³ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 10; MAUCHLE (Fn. 14), S. 339; vgl. auch Art. 29 Abs. 1 und 2 ERV.

⁹⁴ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 9. Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 BankG ordnet die FINMA Sanierungsmassnahmen an, wenn begründete Besorgnis besteht, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder wenn diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist nicht erfüllt.

⁹⁵ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 10.

⁹⁶ MAUCHLE (Fn. 14), S. 282. Dies entspricht den Vorgaben von Art. 48 lit. c BIV-FINMA.

⁹⁷ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 10; GRÜNEWALD/WEBER (Fn. 11), S. 559; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 450.

⁹⁸ BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 327; MAUCHLE (Fn. 14), S. 217.

⁹⁹ Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015 (BBl 2015 8901), S. 9063.

¹⁰⁰ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 13.

¹⁰¹ Kritisch dazu: RETO SCHILTKNECHT/CHRISTOPHER McHALE, Entwicklungen des regulatorischen Bankenkapitals, GesKR 1/2015, S. 8 ff., S. 9 und 13; MAUCHLE (Fn. 14), S. 217 f. A.A. offenbar BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 327: Ihrer Auffassung zufolge werden die *low triggering* CoCos nach der Reduktion des Gesellschaftskapitals gewandelt. A.A. auch SCHILTKNECHT (2018) (Fn. 23), § 9 N 148.

3.5.3. Gläubigerhierarchie

[Rz 32] Nach Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG und Art. 47 Abs. 1 lit. a BIV-FINMA muss bei einem Bail-in die Gläubigerhierarchie berücksichtigt werden. Art. 48 lit. d BIV-FINMA hält die entsprechende Rangfolge, welche bei der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital zwingend einzuhalten ist, fest, wobei «Forderungen des nächsten Ranges erst gewandelt werden, wenn die Umwandlung von Forderungen des vorangehenden Ranges nicht ausreicht, um die Eigenmittelanforderungen nach Buchstabe a [von Art. 48 BIV-FINMA] zu erfüllen» (sog. Erschöpfungsgrundsatz¹⁰²). In erster Linie sind nachrangige Forderungen ohne Eigenmittelanrechnung zu wandeln (Art. 48 lit. d Ziff. 1 BIV-FINMA), in zweiter Linie die übrigen Forderungen, soweit sie nicht von der Wandlung ausgeschlossen sind, mit Ausnahme der Einlagen (Art. 48 lit. d Ziff. 2 BIV-FINMA), und als letztes die Einlagen, soweit diese nicht privilegiert sind (Art. 48 lit. d Ziff. 3 BIV-FINMA).

[Rz 33] Grundsätzlich entspricht diese Reihenfolge der Rangordnung im Konkurs nach Art. 219 Abs. 4 SchKG.¹⁰³ Eine gewichtige Ausnahme von diesem Grundsatz gilt allerdings für die nicht versicherten Einlagen. In Abweichung vom SchKG, wo die nicht privilegierten Einlagen im Konkursfall als Drittklassforderungen kolloziert würden, bilden die nicht versicherten Einlagen bei einem Bail-in eine eigene Gläubigerklasse, wobei ihre Forderungen unter allen Umständen als letztes gewandelt werden.¹⁰⁴ Diese Sonderbehandlung der Einleger rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht zuletzt deshalb, weil damit das Vertrauen der Einleger gestärkt wird, was für die Weiterführung der Bank unentbehrlich scheint.¹⁰⁵ Zudem ist das Konzept der *depositor preference* auch vielen anderen Rechtsordnungen bekannt.¹⁰⁶

[Rz 34] Eine andere Frage ist, ob diese Sonderbehandlung der Einleger durch die BIV-FINMA als Ausführungsverordnung eingeführt werden kann. Dies ist deshalb zu verneinen, weil es sich beim Eingriff in die Rangordnung der Gläubiger nicht um eine technische Ausführungsbestimmung, sondern um einen Grundsatzentscheid handelt, welcher immer vom Gesetzgeber selbst zu treffen ist (Art. 164 Abs. 1 lit. c BV¹⁰⁷).¹⁰⁸

[Rz 35] Innerhalb eines Ranges hat nach Auffassung der Autoren strikte das Gleichbehandlungsprinzip zu gelten. Die gegenteilige Auffassung von LEISINGER¹⁰⁹, die von einem überragenden Grundprinzip des schweizerischen Insolvenzrechts abweicht, überzeugt u.E. nicht bzw. eröffnet der FINMA ein zu grosses und v.a. gesetzlich nicht vorgesehenes Ermessen. Sie würde auch dem *no creditor worse off*-Prinzip widersprechen¹¹⁰.

¹⁰² BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 337; BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN, Art. 29 N 19; LEISINGER (Fn. 11), S. 20.

¹⁰³ LEISINGER (Fn. 11), S. 22.

¹⁰⁴ BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 336 f.; BSK BankG-WÜTHRICH/KESSELBACH (Fn. 49), Art. 37a N 3; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 452 f.; LEISINGER (Fn. 11), S. 23. Die versicherten Einlagen sind, wie bereits erwähnt, ganz von einem Bail-in ausgeschlossen.

¹⁰⁵ So auch BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 337 und KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 453.

¹⁰⁶ S.a. Art. 48(1)(e) und Art. 108 BRRD; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 453, mit Hinweis auf CLIFFORD CHANCE, Depositor Preference Issues, Briefing Note 2011, S. 1–4, S. 1.

¹⁰⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁰⁸ So auch BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 341; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 453; MAUCHLE (Fn. 14), S. 206.

¹⁰⁹ LEISINGER (Fn. 11), S. 22 f.

¹¹⁰ Vgl. Art. 220 SchKG.

3.6. Umfang

[Rz 36] Art. 48 lit. a BIV-FINMA bestimmt, dass «so viel Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt werden [muss], dass die Bank nach erfolgter Sanierung die für die Fortführung der Geschäftstätigkeit notwendigen Eigenmittelanforderungen zweifelsfrei erfüllt». Das Wort «zweifelsfrei» ist so zu verstehen, dass bei der Festlegung des Umfangs auch eine gewisse Sicherheitsmarge zulässig ist, damit sicher genügend Kapital umgewandelt wird, um die Eigenmittelanforderungen wieder zu erfüllen.¹¹¹

3.7. Forderungsreduktion anstelle Umwandlung

[Rz 37] Gemäss Art. 31 Abs. 3 BankG und Art. 50 BIV-FINMA kann der Sanierungsplan nicht nur die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorsehen. Die FINMA kann alternativ, neben oder anstelle der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, eine teilweise oder vollständige Forderungsreduktion (sog. *haircut*¹¹²) anordnen. Aufgrund dieser alternativen Formulierung hat die FINMA grundsätzlich die Wahl, ob sie eine Forderungsreduktion oder eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital anordnet oder die beiden Instrumente gar kombiniert.¹¹³

[Rz 38] Bei Einführung der BIV-FINMA fand sich im BankG keine explizite gesetzliche Grundlage für eine Forderungsreduktion nach Art. 50 BIV-FINMA.¹¹⁴ Dieses gesetzeshierarchische Defizit hat der Gesetzgeber erkannt und in der Zwischenzeit mit einer entsprechenden Anpassung von Art. 31 Abs. 3 BankG im Rahmen des Erlasses des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes behoben.¹¹⁵

[Rz 39] Die Forderungsreduktion unterliegt – mit einer noch näher zu beleuchtenden gewichtigen Ausnahme – den gleichen Spielregeln wie die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital. Nach Art. 50 BIV-FINMA gelten nämlich die Artikel 48 Buchstaben a–c und 49 BIV-FINMA bei einer Forderungsreduktion gleichermassen. Vom Verweis nicht erfasst ist demgegenüber Art. 48 Buchstabe d BIV-FINMA, der bei der Forderungsreduktion keine Anwendung finden soll. Entsprechend ist die FINMA bei der Forderungsreduktion nicht bzw. jedenfalls nicht absolut an die Rangfolge der Gläubiger und den Erschöpfungsgrundsatz gebunden.¹¹⁶ Die FINMA erklärte 2013 in ihrem Positionspapier hierzu Folgendes:¹¹⁷

Im Unterschied zur Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital ist die FINMA bei der Anordnung eines Forderungsverzichts nicht verpflichtet, zuerst die rangtieferen Gläubiger vollständig zu «enteignen», bevor sie die nächsthöhere Gläubigerkategorie am Verlust beteiligen

¹¹¹ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 12.; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 453; RETO SCHILTKNECHT, Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht, in: EIZ – Europa Institut Zürich Band/Nr. 138, 2013 (zit.: SCHILTKNECHT (2013)), S. 81. Mit LEISINGER (Fn. 11), S. 17, darf allerdings keine Luxussanierung erfolgen. Zu den Schwierigkeiten der betraglichen Festlegung insb. SCHILTKNECHT (2018) (Fn. 23), § 9 N 146.

¹¹² BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 342; BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN (Fn. 49), Art. 29 N 21; SCHILTKNECHT (2013) (Fn. 111), S. 82.

¹¹³ LEISINGER (Fn. 11), S. 23.

¹¹⁴ BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 343; BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN (Fn. 49), Art. 29 N 22; BSK BankG-BAUER (Fn. 49), Art. 31 N 20.

¹¹⁵ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG) (BBl 2015 4931), S. 4994.

¹¹⁶ BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 344; BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN (Fn. 49), Art. 29 N 21; MAUCHLE (Fn. 14), S. 204; SCHILTKNECHT (2013) (Fn. 111), S. 82.

¹¹⁷ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 13.

*kann. Die FINMA kann somit einen Verlust auf verschiedene Gläubigergruppen verteilen, was die Flexibilität erhöht.*¹¹⁸

[Rz 40] Die FINMA verfügt bei der Forderungsreduktion also über einen beträchtlichen Ermessensspielraum, dem es allerdings an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.¹¹⁹ Daran ändert nichts, dass die FINMA letztlich wohl nur mit grösster Zurückhaltung von diesem Ermessen Gebrauch machen würde. Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG sieht in genereller Form und ausdrücklich vor, dass der im Rahmen des Sanierungsplans angeordnete Bail-in die Rangfolge der Gläubiger zu berücksichtigen hat. Hiervon weicht Art. 50 BIV-FINMA mit dem selektiven Verweis auf Art. 48 BIV-FINMA ab, indem er eine Befreiung von eben dieser Gläubigerhierarchie und dem Erschöpfungsgrundsatz erlaubt.¹²⁰ Immerhin ist die FINMA auch im Rahmen der Forderungsreduktion an das *no creditor worse off*-Prinzip (Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG) gebunden, womit jede Abweichung von der Gläubigerhierarchie und dem Erschöpfungsprinzip nur dann zulässig ist, wenn alle betroffenen Gläubiger voraussichtlich besser gestellt werden als bei einer direkten Liquidation der Bank.¹²¹ Zudem ist auch die Forderungsreduktion im Sinne einer *ultima ratio* anzuordnen, also nur, wenn die Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden kann (Art. 31 Abs. 3 BankG).¹²² Dessen ungeachtet ist die geltende Regelung der Forderungsreduktion rechtsstaatlich fragwürdig.

4. Bail-in: Vorgeschlagene Neuregelung

4.1. Ausgangslage

[Rz 41] Die geltende Regelung des Bail-in, insbesondere die Festschreibung wichtiger Grundsätze lediglich auf Verordnungsebene wurde und wird von verschiedener Seite z.T. heftig kritisiert.¹²³ Vor diesem Hintergrund hatte der Bundesrat bereits 2015 im Rahmen der FIDLEG/FINIG Vorlage vorgeschlagen, den Bail-in detaillierter auf Gesetzesstufe zu verankern.¹²⁴ Das Parlament wies diese Anpassungen jedoch an den Bundesrat zurück und verlangte die Durchführung einer Vernehmlassung.¹²⁵

[Rz 42] Am 8. März 2019 hat nun der Bundesrat die entsprechende Vernehmlassung zu einer Teilrevision des Bankengesetzes eröffnet.¹²⁶ Die Vorlage enthält neben den überarbeiteten Regeln zur Bankensanierung auch Änderungen an der Einlagensicherung sowie ergänzende Bestimmungen

¹¹⁸ FINMA (Positionspapier) (Fn. 45), S. 14.

¹¹⁹ So auch: BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 344 f.; GRÜNEWALD/WEBER (Fn. 11), S. 558 Fn. 36; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 453.

¹²⁰ BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 345.

¹²¹ BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN (Fn. 49), Art. 29 N 21.

¹²² BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN (Fn. 49), Art. 29 N 21.

¹²³ So z.B. BÖCKLI/BÖCKLI (Fn. 8), S. 340 ff.; BSK BankG-BAUER (Fn. 49), Art. 28 N 28; BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN (Fn. 49), Art. 29 N 22; BSK BankG-BAUER (Fn. 49), Art. 31 N 20; KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 446; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3771/2012 vom 12. März 2013.

¹²⁴ Siehe Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 99), S. 9062 ff.

¹²⁵ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 2 u. 12.

¹²⁶ Eidgenössisches Finanzdepartement, Vernehmlassungsverfahren, Änderung des Bankengesetzes (Einlegerschutz, Insolvenz) (BBl 2019 2261); Unterlagen online unter: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html> (zuletzt besucht am 14. Mai 2019).

zur Segregierung von Bucheffekten.¹²⁷ Die vorgeschlagenen Änderungen zur Bankeninsolvenz sind insbesondere vor dem Hintergrund der oben dargestellten Kritik an der ungenügenden gesetzlichen Grundlage der BIV-FINMA zu sehen.¹²⁸ Dem Bundesrat erschien diese Kritik als berechtigt und er schlägt mit Verweis auf Art. 164 Abs. 1 lit. c BV deshalb vor, dass «[g]erade die im Sanierungsplan enthaltenen Kapitalmassnahmen (Art. 47 ff. BIV-FINMA) mit ihren weitgehenden Eingriffsmöglichkeiten in die Rechte der Eignerinnen und Eigner sowie der Gläubigerinnen und Gläubiger der Bank sowie auch die allfällig möglichen Gegenleistungen und Wertausgleiche (...) im Interesse der Rechtssicherheit mit der notwendigen Klarheit auf Gesetzesstufe geregelt werden [sollten]».¹²⁹

4.2. Vernehmlassungsvorlage (VE-BankG)

4.2.1. Detailliertere Regelung im BankG

[Rz 43] Wie oben ausgeführt, erwähnt das geltende BankG den Bail-in nur in Art. 31 Abs. 3, wobei alle Einzelheiten in den Art. 47–50 BIV-FINMA geregelt sind. In Anbetracht der berechtigten Kritik an der bestehenden Gesetzeshierarchie schlägt der Bundesrat vor, den Bail-in nunmehr umfassender auf Gesetzesstufe (BankG) zu regeln. Das ist zu begrüßen. Sodann soll der Detaillierungsgrad der Bail-in Regelung insgesamt leicht erhöht werden und es werden gewisse Anpassungen vorgeschlagen.

4.2.2. Subsidiarität

[Rz 44] Nach geltendem Recht ist der Bail-in *ultima ratio* und kann nur dann angeordnet werden, «wenn eine Insolvenz der Bank *nicht auf andere Weise* beseitigt werden kann».¹³⁰ Die Vernehmlassungsvorlage¹³¹ («**VE-BankG**») verzichtet bewusst auf diese Voraussetzung. Anders als im geltenden Recht könnte ein Bail-in in Zukunft also unter Umständen auch dann angeordnet werden, wenn sich die Insolvenz zwar auch mit einer anderen Massnahme hätte verhindern lassen, die FINMA den Bail-in im konkreten Einzelfall aber als die geeignetste Massnahme ansieht.¹³² Wie der Bundesrat ausführt, soll diese erhöhte Flexibilität der FINMA betreffend die Wahl der Sanierungsmassnahme die Chancen einer erfolgreichen Sanierung verbessern.¹³³ Da es dem Subsidiaritätserfordernis unter geltendem Recht ohnehin an einem genügenden Konkretisierungsgrad fehlt,¹³⁴ ist die Aufgabe des Prinzips u.E. nicht zu beanstanden. Angesichts der erheblichen Auswirkungen eines Bail-in auf eine potentiell sehr grosse Gläubigerpopulation ist

¹²⁷ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 2.

¹²⁸ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 2 u. 6.

¹²⁹ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 6.

¹³⁰ Hervorhebung hinzugefügt.

¹³¹ Vernehmlassungsvorlage zur Änderung des BankG (Insolvenz und Einlagensicherung) (zit.: VE-BankG), online unter: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3026/BankG_Entwurf_de.pdf (zuletzt besucht am 14. Mai 2019).

¹³² Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 28.

¹³³ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 28.

¹³⁴ Dazu vorne Rz. 15.

nicht davon auszugehen, dass das Instrument von der FINMA mit Aufgabe des Subsidiaritätsprinzips exzessiv bzw. unnötigerweise angewandt wird.

4.2.3. No creditor worse-off

[Rz 45] Das geltende schweizerische Bankensanierungsrecht verlangt, dass der Sanierungsplan nur genehmigt wird, wenn die Gläubiger durch die Sanierung voraussichtlich *besser* gestellt werden als durch die sofortige Liquidation der Bank.¹³⁵ Neu soll nicht mehr eine voraussichtliche Besserstellung verlangt werden, sondern die Gläubiger dürfen, nunmehr im Einklang mit den Key Attributes¹³⁶, durch die Sanierung *nicht schlechter* als im Konkurs gestellt werden.¹³⁷ Im Rahmen der FIDLEG/FINIG Vorlage hatte der Bundesrat noch vorgeschlagen, dass bei systemrelevanten Banken der Sanierungsplan unter bestimmten Voraussetzungen und bei entsprechender Entschädigung auch dann genehmigt werden kann, wenn er die Gläubiger (vorläufig) schlechter stellt als im Konkurs.¹³⁸ Diese erneute Abweichung von den Key Attributes wurde aber nicht in die jetzige Vernehmlassungsvorlage aufgenommen.

4.2.4. Von Bail-in ausgenommene Forderungen

[Rz 46] Die gemäss geltendem Recht (Art. 49 BIV-FINMA) von einem Bail-in ausgenommenen Forderungen¹³⁹ sollen weiterhin nicht für einen Bail-in herangezogen werden können.¹⁴⁰ Der Katalog der ausgenommenen Forderungen wird aber in zweifacher Hinsicht ergänzt:

- Zusätzlich ausgenommen sein sollen neu auch Forderungen aus Verbindlichkeiten, welche die Bank während der Dauer bestimmter Schutzmassnahmen oder während der Dauer eines Sanierungsverfahrens eingehen durfte.¹⁴¹ Diese Ausnahme bezweckt unmittelbar den Schutz von Dienstleistern und anderen Gläubigern, welche nach der Anordnung einer Sanierungsmassnahme oder der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens ihre Leistung weiterhin erbringen.¹⁴² Letztlich liegt sie aber v.a. auch im Interesse des Bankinstituts bzw. aller übrigen Gläubiger, da die neu vom Bail-in ausgenommenen Gläubiger bei fehlender Privilegierung u.U. nur noch gegen Vorkasse oder gar nicht mehr bereit wären, während laufender Schutzmassnahmen oder während eines Sanierungsverfahrens Dienstleistungen oder Sachlieferungen zu erbringen. Das EU-Recht sieht bereits eine ähnliche Regelung vor.¹⁴³ Sie steht auch im Einklang mit der Privilegierung von Masseverbindlichkeiten in Konkurs- und Nachlassverfahren.¹⁴⁴

¹³⁵ Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG.

¹³⁶ Key Attributes (Fn. 3), Ziff. 5.2.

¹³⁷ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 32.

¹³⁸ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 99), S. 9065.

¹³⁹ Dazu ausführlicher vorne unter Rz. 18 ff.

¹⁴⁰ Art. 30c Abs. 2 lit. a-c VE-BankG.

¹⁴¹ Art. 30c Abs. 2 lit. d VE-BankG.

¹⁴² Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 28.

¹⁴³ Siehe Art. 44(2)(g)(ii) BRRD.

¹⁴⁴ Art. 262 und 310 SchKG; s.a. Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 28.

- Zudem soll der FINMA ebenfalls in Anlehnung an die BRRD¹⁴⁵ zukünftig ein gesetzliches Ermessen zukommen, zusätzlich zu den in Art. 30c Abs. 2 VE-BankG genannten Forderungen unter Umständen weitere Forderungen, nämlich solche aus Warenlieferungen und Dienstleistungen, von einem Bail-in auszunehmen, soweit dies für die Weiterführung der Bank erforderlich ist.¹⁴⁶ Wie der Bundesrat ausführt, ist die Erforderlichkeit gemäss Art. 30c Abs. 2 VE-BankG gegeben, «wenn damit zu rechnen ist, dass die jeweilige Leistungserbringerin oder der jeweilige Leistungserbringer infolge Bail-in zukünftige Leistungen einstellen würde, und die in Frage stehende Leistung sowohl für die Weiterführung der Bank erforderlich ist als auch nicht innert nützlicher Frist substituierbar wäre».¹⁴⁷ Von der Regelung erfasst wären z.B. Outsourcing-Dienstleister, aber auch etwa Vermieter und sonstige Immobiliendienstleister.¹⁴⁸ Demgegenüber dürfte das Kriterium der mangelnden raschen Substituierbarkeit z.B. bei einem externen Caterer oder dem Papierlieferanten fehlen. Als Beispiele für Forderungen, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen, nennt der Bundesrat sodann explizit Forderungen aus Derivatverträgen und Interbankenforderungen.¹⁴⁹ Damit sollen die kurzfristigen Interbankenforderungen anders als im EU-Recht wie bis anhin¹⁵⁰ nicht von einem Bail-in ausgenommen sein, wobei der Bundesrat dies weiterhin mit Arbitrage Überlegungen rechtfertigt¹⁵¹.

4.2.5. Vorbedingungen des Bail-in

a. Herabsetzung bzw. Wandlung des gesamten regulatorischen Kapitals

[Rz 47] Das geltende schweizerische Bankeninsolvenzrecht sieht wie gezeigt vor, dass vor einem Bail-in zuerst das gesamte regulatorische Kapital abgeschrieben oder gewandelt werden muss (vgl. Art. 48 lit. c BIV-FINMA).¹⁵² An diesem Grundsatz soll sich auch inskünftig nichts ändern.¹⁵³ Insofern besteht eine Diskrepanz zum EU-Recht fort, wo es nach den Regeln der BRRD unter Umständen und gestützt auf die zu veranlassenden Bewertungen ausreicht, dass die Anteile der bestehenden Aktionäre erheblich verwässert werden. Die blossе Verwässerung ist dann anzuordnen, wenn die Bank vor der Anordnung des Bail-in noch einen positiven Nettowert aufweist und dem *going concern capital* damit ein Wert zukommt.¹⁵⁴ Eine solche Möglichkeit soll es in der Schweiz auch in Zukunft nicht geben.¹⁵⁵ Um den verfassungsrechtlichen Bedenken Rech-

¹⁴⁵ Siehe Art. 44(3) BRRD.

¹⁴⁶ Art. 30c Abs. 3 VE-BankG.

¹⁴⁷ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 29.

¹⁴⁸ Beispiele in Anlehnung an Art. 44(2)(g)(ii) BRRD; s.a. SCHILTKNECHT (2018) (Fn. 23), §9 Rn. 151.

¹⁴⁹ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 29.

¹⁵⁰ Vgl. MAUCHLE (Fn. 14), S. 192.

¹⁵¹ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 29. Zur Rechtfertigung auch SCHILTKNECHT (2018) (Fn. 23), §9 Rn. 149 f. mit Verweis auf die bereits im Rahmen der Anhörung zur BIV-FINMA geführte Diskussion.

¹⁵² Dazu vorne Rz. 30.

¹⁵³ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 14. Allerdings spricht der Erläuterungsbericht auf S. 15 davon, dass bei einem Bail-in künftig die Bail-in-Bonds «nach dem regulatorischen Kapital und allfälligen weiteren nachrangigen Forderungen, aber vor den übrigen Verbindlichkeiten» zu wandeln bzw. herabzuschreiben seien. Dies liest sich so, als müsste auch nach neuem Recht zuerst das gesamte regulatorische Kapital gewandelt bzw. herabgesetzt werden, und beim Bail-in anschliessend im ersten Rang «nur» die übrigen nachrangigen Forderungen, welche gerade nicht zum regulatorischen Kapital zählen, zu wandeln wären.

¹⁵⁴ Art. 47(1)(b) BRRD und dazu MAUCHLE (Fn. 14), S. 226 u. 284 f.

¹⁵⁵ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 14.

nung zu tragen bzw. zu vermeiden, dass gewisse Aktionäre von einem Bail-in unverhältnismässig stark betroffen wären, sieht die Vernehmlassungsvorlage aber vor, dass diese allenfalls eine Entschädigung erhalten.¹⁵⁶

[Rz 48] Auch wenn damit am Grundsatz der Abschreibung bzw. Wandlung des *gesamten* regulatorischen Kapitals festgehalten werden soll, sieht der Vorentwurf u.E. eine gewisse Abkehr von der umfassenden Geltung dieses Prinzips vor. Gemäss Art. 30c Abs. 4 Bst. a VE-BankG sind vor der Herabsetzung des Gesellschaftskapitals nämlich «lediglich» das Wandlungskapital und die Anleihen mit Forderungsverzicht zu wandeln bzw. zu reduzieren. Dem Erläuterungsbericht ist zudem zu entnehmen, dass künftig bei einem Bail-in in einem ersten Schritt alle nachrangigen Forderungen zu wandeln oder zu reduzieren sind (Art. 30c Abs. 5 lit. a VE-BankG), wobei «auch von der Bank ausgegebene Schuldinstrumente im Ergänzungskapital (T2), die als regulatorische Eigenmittel angerechnet werden können» zu diesen nachrangigen Forderungen zählen.¹⁵⁷ Vor diesem Hintergrund sind die Autoren der Auffassung, dass neu nicht mehr das gesamte regulatorische Kapital, sondern «nur» das Wandlungskapital und die Anleihen mit Forderungsverzicht vor der Durchführung eines Bail-in vollständig zu wandeln bzw. abzuschreiben sind, wohingegen andere Schuldinstrumente im übrigen Ergänzungskapital wie etwa nachrangige Anleihen von Kantonalbanken¹⁵⁸ in den ersten Rang nach Art. 30c Abs. 5 lit. a VE-BankG fallen. Eine diesbezügliche Klarstellung im endgültigen Gesetzeswortlaut wäre aber im Interesse der Transparenz zu begrüssen.

b. Low triggering CoCos?

[Rz 49] Nach geltendem Recht wird bei Erreichen des PonV das noch verbleibende regulatorische Kapital vollständig abgeschrieben bzw. gewandelt (Art. 48 lit. c BIV-FINMA) und anschliessend das Gesellschaftskapital auf null herabgesetzt (Art. 48 lit. b BIV-FINMA). Dabei scheint zwar klar, dass von dieser Herabsetzung auch das Aktienkapital erfasst ist, welches durch die Wandlung von *high triggering* CoCos vor Eintritt des PonV geschaffen wurde. Ob aber auch das durch die Wandlung von *low triggering* CoCos bei Eintritt des PonV geschaffene Aktienkapital von der Herabsetzung erfasst wird, gab in der Vergangenheit hingegen Anlass zu Diskussionen.¹⁵⁹

[Rz 50] Die vorgeschlagene Neuregelung in Art. 30c Abs. 4 VE-BankG verdeutlicht zwar, dass die Wandlung von bedingten Pflichtwandelanleihen bzw. die Herabsetzung von Anleihen mit Forderungsverzicht vor der Herabsetzung des Gesellschaftskapitals zu erfolgen hat, indem die Wandlung bzw. Herabsetzung der angesprochenen Schuldinstrumente in lit. a und die Herabsetzung des Eigenkapitals nachfolgend in lit. b verankert wird. Im geltenden Recht war die Herabsetzung des Gesellschaftskapitals (Art. 48 lit. b BIV-FINMA) demgegenüber noch vor der Wandlung bzw. Herabsetzung des übrigen regulatorischen Kapitals (Art. 48 lit. c BIV-FINMA) angesprochen. Ob diese vorgängige Wandlung bzw. Herabsetzung auch die *low triggering* CoCos erfasst, bleibt aufgrund des Wortlauts von Art. 30c Abs. 4 VE-BankG aber weiterhin unklar. Wie im geltenden Recht ist jedoch anzunehmen, dass diese ebenfalls erfasst sein sollen. Dies sollte in einer endgültigen Fassung des Gesetzestextes klargestellt werden.

¹⁵⁶ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 14; dazu hinten Rz. 57 ff.

¹⁵⁷ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 30.

¹⁵⁸ Vgl. FINMA RS 2013/1 (Fn. 86), Rn. 103.

¹⁵⁹ Dazu vorne Rz. 30.

4.2.6. Gläubigerhierarchie

a. Gleiche Spielregeln für die Forderungsreduktion

[Rz 51] Wie gezeigt ist die FINMA unter geltendem Recht bei der Anordnung eines Forderungsverzichts – anders als bei der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital – nicht verpflichtet, die Gläubigerhierarchie zu beachten. Dieses Ermessen der FINMA soll nun gestrichen werden. Damit gälte die Reihenfolge der Gläubiger gleichermassen bei einem *debt-equity-swap* und bei der Forderungsreduktion.¹⁶⁰ Diese Anpassung ist als Reaktion auf die vielgeäusserte Kritik¹⁶¹ am Ermessen der FINMA bei der Forderungsreduktion zu sehen und ist u.E. zu begrüssen.

b. Nachrangige Forderungen

[Rz 52] Nach Art. 30c Abs. 5 lit. a VE-BankG werden bei einem Bail-in vorab alle nachrangigen Forderungen gewandelt oder reduziert. Darunter fallen neu auch von der Bank ausgegebene Schuldinstrumente im Ergänzungskapital T2, die als regulatorische Eigenmittel angerechnet werden können, soweit sie nicht Wandlungskapital oder Anleihen mit Forderungsverzicht darstellen.¹⁶² Für diese Gläubiger resultiert entsprechend unter dem VE-BankG eine Besserstellung gegenüber dem geltenden Recht. Für die übrigen nachrangigen Forderungen ohne Eigenmittelqualität ändert sich demgegenüber nichts.

c. Bail-in-Bonds

[Rz 53] Gemäss dem Vernehmlassungsentwurf sind im zweiten Rang – vorbehältlich Art. 30c Abs. 6 VE-BankG – die oben erwähnten Bail-in-Bonds zu wandeln.¹⁶³ Dabei sollen grundsätzlich alle Bail-in-Bonds in den zweiten Rang fallen, namentlich auch solche, welche die Voraussetzung zur Anrechenbarkeit an das *gone concern* Kapital nicht mehr erfüllen.¹⁶⁴ Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Bail-in-Bonds, wie oben ausgeführt, in ihren Bedingungen eine unbedingte und unwiderrufliche Klausel enthalten, wonach sich die Gläubiger mit einer allfälligen durch die Aufsichtsbehörde angeordneten Wandlung oder Forderungsreduktion in einem Sanierungsverfahren einverstanden erklären (Art. 126a lit. h ERV). Anders als die übrigen Drittklassgläubiger nach Art. 219 Abs. 4 SchKG gehen die Gläubiger solcher Bail-in-Bonds also bewusst das Risiko ein, die Forderung inklusive künftiger Zinsen im Anwendungsfall des Bail-in zu verlieren, und lassen sich für dieses Risiko entsprechend entschädigen.¹⁶⁵ Deshalb ist es nach Auffassung des Bundesrates nicht sachgemäss, wenn die Bail-in-Bonds und die übrigen Forderungen der dritten Gläubigerklasse im selben Rang gewandelt werden.¹⁶⁶ Dem ist ohne Weiteres zuzustimmen.

¹⁶⁰ Art. 30c Abs. 5 VE-BankG.

¹⁶¹ Dazu vorne Rz. 40 f.

¹⁶² Dazu vorne Rz. 26.

¹⁶³ Art. 30c Abs. 5 lit. b VE-BankG.

¹⁶⁴ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 30. Damit sind insbesondere die Bail-in-Bonds gemeint, welche gemäss Art. 127a Abs. 1 ERV aufgrund ihrer kurzen Restlaufzeit nicht mehr voll angerechnet werden können.

¹⁶⁵ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 30.

¹⁶⁶ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 30.

[Rz 54] Die BIV-FINMA sieht keinen spezifischen eigenen Rang für die Bail-in-Bonds vor (vgl. Art. 48 lit. d BIV-FINMA). Es fragt sich somit, wie sich diese Instrumente heute in die Gläubigerhierarchie einreihen. Die Bail-in-Bonds müssen gemäss Art. 126a Abs. 1 lit. e ERV «gesetzlich oder vertraglich gegenüber übrigen Verpflichtungen des Emittenten oder strukturell gegenüber Verpflichtungen übriger Gruppengesellschaften nachrangig [sein]». Damit fallen die Bail-in-Bonds bereits unter geltendem Recht zumindest bei vertraglicher Nachrangigkeit unter Art. 48 lit. d Ziff. 1 BIV-FINMA.¹⁶⁷ Wie besprochen ist aber zweifelhaft, ob die gesetzliche Gläubigerrangfolge gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG durch die BIV-FINMA modifiziert werden kann.¹⁶⁸ Zudem ist Art. 48 lit. d Ziff. 1 BIV-FINMA bei der Variante der strukturellen Subordination von Bail-in-Bonds nicht anwendbar, soweit auf der Ebene der die Bail-in-Bonds ausgebenden Rechtsinheit noch andere dem Bail-in unterliegende Verbindlichkeiten bestehen. Aus diesen Gründen ist es begrüssenswert, den separaten Rang für Bail-in-Bonds explizit und für alle Varianten auf Gesetzesstufe zu verankern.

[Rz 55] Eine Ausnahme zur soeben dargestellten Rangordnung soll gemäss Art. 30c Abs. 6 VE-BankG für von einer Konzernobergesellschaft i.S.v. Art. 2^{bis} BankG an Drittgläubiger ausgegebenen Bail-in-Bonds gelten. Solche strukturell subordinierten Bail-in-Bonds sollen, gleich wie die übrigen Forderungen, in den Rang gemäss Art. 31c Abs. 5 lit. c VE-BankG fallen, sofern die übrigen Forderungen zum Zeitpunkt der Ausgabe der Bail-in-Bonds 5% des Nominalwerts der gesamthaft ausstehenden Bail-in-Bonds nicht übersteigen.¹⁶⁹ Mit dieser 5%-Schwelle soll sichergestellt werden, dass es sich beim Emittenten tatsächlich um eine reine bzw. Clean Holding handelt, denn nur in diesem Fall sind auf Stufe Holding nur vergleichsweise wenige andere Gläubiger von einem Bail-in betroffen und ist deshalb ein spezieller Rang für die Bail-in-Bonds nicht notwendig.¹⁷⁰ Diese Regelung scheint sachgerecht und entspricht insbesondere den von der Schweiz umzusetzenden FSB-Standards.¹⁷¹ Das Abstellen auf den Zeitpunkt der Ausgabe des entsprechenden Instruments für die Berechnung der 5%-Schwelle kann allerdings dazu führen, dass strukturell subordinierte Bail-in-Bonds je nach Ausgabetag unterschiedlich behandelt werden, wenn die Schwelle zu einem Zeitpunkt eingehalten, zu einem anderen Zeitpunkt demgegenüber überschritten war. Es ist allerdings davon auszugehen, dass eine Konzernobergesellschaft im Interesse der Gleichbehandlung der Bail-in-Bonds Investoren dieses Auseinanderklaffen nach Möglichkeit zu verhindern suchen wird. Weicht sie davon ab, würde nach dem Erläuterungsbericht BankG gegebenenfalls auch die FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit einschreiten.¹⁷²

¹⁶⁷ KUHN (TLAC) (Fn. 16), S. 89.

¹⁶⁸ Dazu vorne Rz. 34.

¹⁶⁹ Art. 30c Abs. 6 VE-BankG.

¹⁷⁰ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 31. Nicht zu den übrigen Forderungen gerechnet werden sollen Forderungen gegenüber der Konzernobergesellschaft aus Vergütungsplänen zugunsten von Mitarbeitern von Konzerneinheiten (Art. 30c Abs. 6 VE-BankG). Verworfen wurde demgegenüber eine weitere Ausnahme für konzerninterne Forderungen.

¹⁷¹ TLAC Termsheet (Fn. 15), Ziff. 11.

¹⁷² Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 31.

4.2.7. Suspendierung von Mitwirkungsrechten

[Rz 56] In der Botschaft zum FIDLEG/FINIG hatte der Bundesrat eine generelle Suspendierung aller Stimmrechte von qualifiziert beteiligten Eignern¹⁷³ bis zur Feststellung der Unbedenklichkeit der betroffenen Eigner durch die FINMA vorgeschlagen.¹⁷⁴ Diese Regelung hat indes keinen Eingang in die vorliegende Vernehmlassungsvorlage gefunden. Stattdessen soll die FINMA gemäss VE-BankG neu das Recht haben, nach einem Bail-in die Mitwirkungsrechte der neuen Eigentümer der Bank – unabhängig von der Höhe ihrer Beteiligung – vorübergehend vollständig zu suspendieren (Art. 30c Abs. 7 VE-BankG). Damit soll eine Übergangszeit geschaffen werden, welche es der Bank ermöglicht, die nötigen Sanierungsmassnahmen durchzuführen bzw. umzusetzen, ohne dass die neuen Eigner darauf Einfluss nehmen können.¹⁷⁵ Spätestens anlässlich der ersten Generalversammlung nach dem Bail-in sollen die neuen Eigner ihre Mitwirkungsrechte aber ausüben können; diese soll nach dem Erläuterungsbericht innerhalb von sechs bis zwölf Monaten nach Genehmigung des Sanierungsplans stattfinden.¹⁷⁶

4.2.8. Wertausgleich für vormalige Eigner

[Rz 57] Die Rechtsposition der vormaligen Eigner einer Bank, die von der Herabsetzung (allenfalls mit vorgängiger Wandlung) des regulatorischen Kapitals als Voraussetzung des Bail-in betroffen sind, qualifiziert als Eigentumsrecht i.S.v. Art. 26 BV und unterliegt damit der Wertgarantie. Die Herabsetzung ist entsprechend als formelle oder materielle Enteignung voll zu entschädigen.¹⁷⁷ Der zu ersetzende Betrag entspricht dabei dem positiven *gone concern* Nettoinventarwert der Bank.

[Rz 58] Die BRRD adressiert dieses Problem insofern, als nach Art. 47(1)(b) in solchen Fällen lediglich eine Verwässerung, aber keine vollständige Eliminierung der bisherigen Eigner erfolgen kann. Überdies besteht in ausdehnender Anwendung des *no creditor worse off*-Prinzips ein Anspruch der vormaligen Eigner auf Auszahlung des Differenzbetrages zu dem, was sie in einer Insolvenz erhalten hätten (Art. 73(b) i.V.m. Art. 75 BRRD).¹⁷⁸ Demgegenüber enthalten weder das BankG noch die BIV-FINMA eine entsprechende Regelung,¹⁷⁹ womit unklar ist, ob die vormaligen Eigner in einem konkreten Fall tatsächlich eine Entschädigung erhielten.¹⁸⁰

[Rz 59] Neu soll im BankG explizit ein möglicher Wertausgleich für die von einem Bail-in betroffenen Eigner vorgesehen werden.¹⁸¹ Konkret schlägt der Bundesrat vor, dass bei Kapitalmassnahmen der Sanierungsplan einen angemessenen Wertausgleich für die vormaligen Eigner vorsehen kann, wenn der Wert des den Gläubigern im Rahmen des Bail-in zugeteilten Eigenkapitals den

¹⁷³ Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis}BankG.

¹⁷⁴ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 99), S. 9064.

¹⁷⁵ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 31.

¹⁷⁶ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 31.

¹⁷⁷ KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 457; MAUCHLE (Fn. 14), S. 283 f.

¹⁷⁸ Dazu auch MAUCHLE (Fn. 14), S. 284.

¹⁷⁹ Der Bail-in könnte gemäss Art. 24 Abs. 3 BankG aber unter Umständen dann zu Entschädigungsansprüchen der betroffenen Eigner führen, wenn das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans gutheisst, weil dieser mangelhaft war (KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 459).

¹⁸⁰ Siehe dazu KUHN (Bail-in) (Fn. 9), S. 457 ff.

¹⁸¹ Art. 31c VE-BankG.

Nominalwert ihrer gewandelten oder reduzierten Forderungen übersteigt.¹⁸² Damit soll sichergestellt werden, dass die dem Bail-in unterliegenden Gläubiger nicht auf Kosten der vormaligen Eigner einen Vorteil aus dem Bail-in ziehen.¹⁸³ Gemäss Art. 31c Abs. 2 VE-BankG könnte dieser Wertausgleich «namentlich durch Zuteilung von Aktien, anderen Beteiligungsrechten, Optionen oder Besserungsscheinen erfolgen». Wie dem Wortlaut dieser Bestimmung entnommen werden kann, ist diese Aufzählung nicht abschliessend, womit auch andere auf den Einzelfall zugeschnittene Lösungen in Frage kämen.¹⁸⁴

[Rz 60] Die Regelung ist zu begrüssen. Nicht einleuchtend ist u.E. aber, dass die Entschädigung als «Kann-Vorschrift» ausgestaltet ist. Wenn die Bewertung einen positiven Nettoinventarwert zeigt, ist u.E. eine Entschädigung angesichts der verfassungsrechtlichen Grundlagen zwingend. Daran ändern auch die (durchaus richtigen) Feststellung im Erläuterungsbericht nichts, dass die Bewertung mit Unsicherheiten behaftet und ein positiver Nettoinventarwert die Ausnahme sei. Wenn er errechnet wurde, sollte die Entschädigung zwingend sein. Mit der Wahl des geeigneten Instruments besteht immer noch genügend Spielraum für eine massgeschneiderte Lösung.

5. Würdigung

[Rz 61] Die Neuregelung des Bail-in gemäss Vernehmlassungsvorlage ist insgesamt positiv zu werten. Die umfassendere Verankerung des Bail-in auf Gesetzesstufe beseitigt gesetzeshierarchische Defizite, trägt zur Rechtssicherheit bei und erhöht unter Einbezug des TLAC-Konzepts die Durchschlagskraft des Bail-in als Massnahme zur raschen Bereinigung der Bankbilanz. Begrüssenswert ist insbesondere die vorgeschlagene gesetzliche Verankerung der bei einem Bail-in zu beachtenden Gläubigerrangfolge. Da sie von der nach dem allgemeinen SchKG geltenden Rangordnung abweicht, handelt es sich nicht um eine bloss technische Ausführungsbestimmung, sondern um einen Grundsatzentscheid, welcher vom Gesetzgeber selbst zu treffen ist. Im Zusammenhang mit der Gläubigerhierarchie ist weiter erfreulich, dass die FINMA gemäss VE-BankG kein Ermessen mehr haben soll, bei der Forderungsreduktion von der Gläubigerrangfolge abzuweichen. Demgegenüber scheint das neue Ermessen der FINMA, Forderungen aus Waren und Dienstleistungen vom Bail-in insgesamt auszunehmen, soweit diese Waren und Dienstleistungen nicht substituierbar und für den Weiterbestand der Bank unentbehrlich sind, auch im internationalen Vergleich sehr viel zielgerichteter. Schliesslich ist aus verfassungsrechtlicher Sicht auch die explizite Statuierung eines Entschädigungsanspruchs der vormaligen Eigner zu begrüssen. Auch wenn vorstehend vereinzelt Details der neuen Regelung kritisch beleuchtet wurden, liessen sich diese im weiteren Gesetzgebungsprozess noch ohne Weiteres korrigieren; sie ändern nichts an der grundsätzlich positiven Einschätzung der Vernehmlassungsvorlage. Die Autoren würden weiter eine etwas ausführlichere Regelung der vorzunehmenden Bewertungen begrüssen (etwa als Grundlage für den *no creditor worse off*-Test bzw. zur Bestimmung des Entschädigungsanspruches der vormaligen Eigner), doch lässt sich dies auch auf Ebene der BIV-FINMA umsetzen.

¹⁸² Art. 31c Abs. 1 VE-BankG.

¹⁸³ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 34.

¹⁸⁴ Erläuterungsbericht BankG (Fn. 1), S. 35.

Dr. ROLAND FISCHER, Rechtsanwalt, LL.M., ist Partner bei Lenz & Staehelin.

MLaw REBECCA RÖTHELI, LL.M., ist Rechtsanwältin bei Lenz & Staehelin.