Hans Kuhn*

Der gesetzliche Bail-in als Instrument zur Abwicklung von Banken nach schweizerischem Recht

Inhaltsübersicht

I. Einleitung und Fragestellung
II. Begriff
III. Rechtsgrundlagen
  1. Bankengesetz
  2. BIV-FINMA
  3. Abwicklungsstrategie der FINMA
IV. Rahmenbedingungen eines Bail-in
  1. Abwicklungsspezifische Rahmenbedingungen
    1.1 Subsidiarität
    1.2 No creditor worse off
  2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen
V. Ablauf eines Bail-in
  1. Auslösung
    1.1 Zeitpunkt
    1.2 Umwandlung des bedingten Wandlungskapitals
  2. Gegenstand und Umfang des Bail-in
    2.1 Vom Bail-in erfasste Forderungen *(Bail-inable debt)*
    2.2 Gläubigerhierarchie und Gläubigergleichbehandlung
    2.3 Umfang der Wandlung oder Abschreibung
    2.4 Herabsetzung und Ausgabe von Eigenkapital
  3. Verfahren
    3.1 Erarbeitung des Sanierungsplans
    3.2 Genehmigung durch FINMA
    3.3 Mitwirkungsrechte der Gläubiger
  4. Rechtsschutz
VI. Entschädigung und Ausgleichszahlungen
  1. Der Bail-in als Enteignung?
    1.1 Enteigung oder enteignungsähnlicher Tatbestand?
    1.2 Bestimmung der Entschädigung
  2. Entschädigungsansprüche aus Investitionsschutzabkommen
  3. Finanzierung der Entschädigung
VII. Der Bail-in im internationalen Verhältnis
VIII. Ergebnisse und Thesen

I. Einleitung und Fragestellung

Die 2007 ausgebrochene Finanzkrise hat offenkundig gemacht, dass gewisse Banken und andere Finanzinstitute zu gross oder zu vernetzt sind, um Konkurs gehen zu können *(«too big to fail»).* Dass privatwirtschaftliche Unternehmen der disziplinierenden Wirkung einer Insolvenz entzogen sein sollen, ist mit den Grundlagen einer marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung nicht vereinbar, führt zu einer Verzerrung des Wettbewerbs[1] und hat manche Staaten bis an die Grenzen ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit belastet.[2] Die Lösung des *too big to fail*-Problems steht deshalb auf der Reformagenda ganz weit oben, in der Schweiz ebenso wie in vielen anderen Staaten.

Ein Lösungsansatz setzt bei den Hindernissen an, die es bisher verunmöglicht haben, systemrelevante Banken untergehen zu lassen. Dazu wurde in den vergangenen Jahren ein Sonderinsolvenzrecht entwickelt, das die geordnete Abwicklung von Banken bei gleichzeitiger Weiterführung von für die Volkswirtschaft vitalen Funktionen ermöglichen soll *(resolution).* Dazu steht den Behörden ein Instrumentenkasten zur Verfügung, der typischerweise den zwangsweisen Verkauf der Bank, die Übertragung von Unternehmensteilen oder Vermögenswerten auf einen neuen Rechtsträger oder auf eine Brückenbank *(bridge bank),* die Aufspaltung einer Bank in einen guten und einen schlechten Teil *(good/bad bank)* oder sogar ihre vorübergehende Verstaatlichung umfasst.

Ein Abwicklungsinstrument, das in den vergangenen Jahren immer mehr in den Vordergrund getreten ist, ist der Bail-in. Als Bail-in wird die Befugnis bezeichnet, zur Sanierung einer Bank die Passivseite einer Bankbilanz – also Fremd- und Eigenkapital – zu restrukturieren. Sowohl in der Abwicklungsstrategie der Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA) für global systemrelevante Banken[3] wie auch im neuen Bankeninsolvenzrecht der Europäischen Union (EU)[4] ist der Bail-in das bevorzug-

* Dr. iur.; LL.M. (Tulane); Rechtsanwalt; Konsulent bei Schellenberg Wittmer AG, Zürich/Genf.

1 Der Internationale Währungsfonds (International Monetary Fund, IMF) schätzt den Wert der impliziten Staatsgarantie für TBTF-Banken auf bis zu USD 70 Mrd. in den USA und bis zu USD 300 Mrd. in der Eurozone; die Zahlen für die Schweiz werden auf USD 5–20 Mrd. veranschlagt (alle Zahlen für 2012). Vgl. IMF, How Big is the Implicit Subsidy for Banks Considered Too Important to Fail?, Global Financial Stability Report, April 2014, 101 ff., 118.

2 Paul Melaschenko/Noël Reynolds, Ein Regelungsvorschlag für die Rekapitalisierung von Banken, die «too big to fail» sind, BIZ-Quartalsbericht, Juni 2013, 1–17, 2.

3 Vgl. FINMA, Sanierung und Abwicklung global systemrelevanter Banken (7.8.2013), 6 ff. [«Zentral gesteuerter Bail-in als bevorzugte Sanierungsstrategie»].

4 Der Rechtsrahmen der EU zur Bankenabwicklung umfasst einerseits die Richtlinie 2014/59/EU vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditin-

te Abwicklungsinstrument.[5] Das hat seinen Grund darin, dass der Bail-in bis auf weiteres das einzige Instrument bleiben dürfte, das realistischerweise die Abwicklung einer insolventen Bank unter Einbezug der Eigentümer und Gläubiger und ohne staatliche Unterstützung erlaubt. Denn jedenfalls bei grossen, international tätigen Banken dürften andere Instrumente wie die Aufspaltung der Bank oder die Übertragung kritischer Funktionen auf eine Brückenbank bis auf weiteres innert nützlicher Frist nur sehr schwer umzusetzen sein.[6]

Bei näherer Betrachtung erweist sich allerdings auch der gesetzliche Bail-in als überaus anspruchsvolles Instrument.[7] Das hat seinen Grund nicht zuletzt darin, dass ein Bail-in in einschneidender Weise in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Gläubiger und Eigentümer eingreift. Daraus ergeben sich zunächst einmal qualifizierte Anforderungen an die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Eingriffs, insbesondere an die Qualität der Rechtsgrundlagen. Darüber hinaus ist die Anwendung des Bail-in-Instruments mit einer ganzen Reihe von Zielkonflikten verbunden, für deren Auflösung das geltende Recht keinen gangbaren Weg aufzeigt. Schliesslich ergeben sich aus einem Bail-in Entschädigungs- und Ausgleichsansprüche, deren Finanzierung zurzeit in den Sternen steht. Es ist entscheidend für die Glaubwürdigkeit des Bail-in-Instruments, dass dieses auf robusten Rechtsgrundlagen beruht und die Abwicklungsbehörde alle sich stellenden Fragen befriedigend beantworten kann.[8] Diese Voraussetzungen für eine Anwendung des Bail-in-Instruments nach schweizerischem Recht dürften heute noch nicht erfüllt sein.[9]

Dieser Artikel erläutert zunächst den Begriff und die Herkunft des Bail-in-Konzepts (II) und analysiert sodann die Rechtsgrundlagen im schweizerischen Bankeninsolvenzrecht (III). Ein weiterer Abschnitt stellt die Rahmenbedingungen dar, die im Zuge eines Bail-in zu beachten sind, insbesondere das Subsidiaritäts- und das *No creditor worse off*-Prinzip sowie die Anforderungen, die sich aus verfassungsrechtlichen Vorgaben ergeben (IV). Der Hauptteil (V) stellt den Ablauf eines Bail-in dar, angefangen von der Auslösung des Sanierungsverfahrens (V/1) über die Bestimmung der vom Bail-in erfassten Forderungen und die dabei zu beachtende Gläubigerhierarchie (V/2) bis zum Verfahren (V/3) sowie zum Rechtsschutz (V/4). Ein weiterer Abschnitt diskutiert Entschädigungsfragen, die sich insbesondere stellen, sofern der Bail-in als Enteigung oder enteignungsähnlicher Tatbestand zu qualifizieren ist (VI/2). Entschädigungsansprüche können sich auch aus Investitionsschutzabkommen ergeben (VI/3). Nach einem knappen Überblick über Restriktionen, die sich im internationalen Verhältnis für die Anwendung des Bail-in-Instruments ergeben können (VII), schliesst die Darstellung mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (VIII).

II. Begriff

Bail-in ist ein ökonomisch-aufsichtsrechtlicher Sammelbegriff für verschiedene vertragliche oder gesetzliche Instrumente, denen gemeinsam ist, dass zur Abwicklung einer Bank die Passivseite einer Bankbilanz restrukturiert wird. Das Konzept umfasst die Befugnis, Fremd- in Eigenkapital umzuwandeln *(debt-eqity-swap)* oder Fremdkapital ganz oder teilweise abzuschreiben *(debt write-down).* Zur Wahrung der Gläubigerhierarchie sind dazu auch Eingriffe in die Eigenkapitalstruktur notwendig, indem bestehendes Eigenkapital herabgesetzt und neues Eigenkapital ausgegeben wird. Die Bezeichnung Bail-in ist ein bewusstes Antonym zum Begriff Bail-out, der die Haftungsübernahme durch den Staat zur Rettung von Banken oder anderen Unternehmen bezeichnet.[10] Beim Bail-in wird diese Sozialisierung von Haftungsrisiken vermieden, indem Eigentümer und Gläubiger der Bank zur Rekapitalisierung herangezogen werden.

Je nach Rechtsgrundlage spricht man von vertraglichem oder gesetzlichem Bail-in. Beim *vertraglichen Bail-in* ergibt sich das Recht zur Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital oder zur Abschreibung von Fremdkapitalpositionen aus den Emissionsbedingungen von Fremdkapitalinstrumenten. Wichtigstes Beispiel für vertragliche Bail-in-Instrumente sind bedingte Pflichtwandelanleihen *(contingent convertible bonds,* CoCos).[11] Beim *gesetzlichen Bail-in* ergibt sich die Befugnis zum

---

stituten und Wertpapierfirmen, ABl. 12.6.2014, L 173/19 (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD) und anderseits die Verordnung (EU) Nr. 806/2014 vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds, ABl. 30.7.2014, L 225/1 (SRM-Verordnung). Die SRM-Verordnung findet grundsätzlich auf Banken der Eurozone Anwendung, die im Rahmen des Single Supervisory Mechanism (SSM) neu der Aufsicht der EZB unterstehen, während die BRRD bzw. die jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetze für die übrigen EU-Banken gilt.

5 Vgl. auch Seraina Grünewald/Rolf H. Weber, Bail-in: Zaubertrank oder Pandorabüchse der Bankensanierung? SZW 2013, 554–562, 554 [«…Herzstück der jüngsten Revision…»].

6 Simon Gleeson, Legal Aspects of Bank Bail-Ins, LSE Financial Markets Group Paper Series, Special Papier 205 (January 2012), 13 f.

7 So auch Gleeson (FN 6), 4.

8 Das betont auch Gleeson (FN 6), 16 [«A bail-in regime will be useless unless it is immediately accepted by the bank's customers and counterparties as legally effective.»].

9 So wohl auch Grünewald/Weber (FN 5), 555.

10 Der Begriff Bail-out (englisch aus der Klemme helfen) bzw. Rettungsschirm bezeichnet in den Wirtschaftswissenschaften den Vorgang der Schuldenübernahme und Tilgung oder Haftungsübernahme durch Dritte, insbesondere durch den Staat oder staatliche Institutionen, im Fall einer Wirtschafts-, Finanz- oder Unternehmenskrise; vgl. Grünewald/Weber (FN 5), 555.

11 Dazu Reto Schiltknecht/Christopher McHale, Erste Erfahrungen mit dem bedingten Wandlungskapital (CoCos), GesKR

Eingriff in Fremd- oder Eigenkapitalpositionen direkt aus dem Gesetz. Aus rechtlicher Sicht ist der gesetzliche Bail-in weit problematischer als der vertragliche, der in diesem Artikel deshalb ausser Betracht bleibt.[12]

Während andere Abwicklungsinstrumente eine Aufspaltung der Bankbilanz bewirken, die Positionen auf der Aktiv- und der Passivseite umfasst, beschränkt sich der Bail-in auf eine Restrukturierung der Passivseite. Wird Fremd- in Eigenkapital umgewandelt oder Fremdkapital direkt herabgeschrieben, so wird damit das Eigenkapital einer Bank gestärkt. Einerseits verringert sich damit die Verschuldungsquote der Bank (Verhältnis Eigenkapital/Fremdkapital; *leverage ratio).* Wird das Eigenkapital gesamthaft erhöht, so verbessert sich anderseits auch das Verhältnis des Eigenkapitals zu den risikogewichteten Aktiven, welches das regulatorische Kapital bestimmt. Mittelbar vermindern sich nach einem Bail-in auch Liquditätsabflüsse, weil Zins- und Kapitalrückzahlungen nicht mehr vollständig geleistet werden müssen.[13] Umgekehrt fliesst der Bank durch einen Bail-in jedoch auch kein einziger Franken frisches Geld zu. Ein glaubwürdiger Bail-in kann jedoch geeignet sein, das Vertrauen von Kunden, Gegenparteien und Behörden in die Bank zu stärken und damit den Abfluss von Einlagen («Bank-run») zu beenden oder der Bank wieder Zugang zum Interbankenmarkt zu verschaffen.[14]

III. Rechtsgrundlagen

1. Bankengesetz

Die Schweiz hatte ihr Bankeninsolvenzrecht bereits vor der Finanzkrise vollständig erneuert und damit die Lehren aus dem Konkurs der Spar- und Leihkasse Thun Anfang der 1990er-Jahre gezogen.[15] Die Bankeninsolvenznovelle vom 3. Oktober 2003 trat am 1. Juli 2004 in Kraft.[16] Im Nachgang zur Finanzkrise wurde das neue Recht 2011[17] und erneut 2012[18] punktuell angepasst, um Lücken zu schliessen und die sich entwickelnden internationalen Standards einzuarbeiten. Strukturell steht das Gesetz noch auf dem Vorkrisenstand, weshalb das Konzept der Abwicklung als Sonderinsolvenzverfahren zwischen freiwilliger Sanierung und Liquidation im Gesetz kaum erkennbar ist.

Die Möglichkeit einer zwangsweisen Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital war implizit bereits im Bankeninsolvenzrecht 2003 vorgesehen;[19] die Botschaft des Bundesrats erwähnte den *debt-equity-swap* ausdrücklich als eine mögliche Sanierungsmassnahme.[20] Allerdings war stets klar, dass ein derart weitgehender Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen einer formellgesetzlichen Grundlage bedarf.[21] Diese wurde 2011 im Rahmen der Revision der Einlagensicherung durch Einfügung von Art. 31 Abs. 3 BankG geschaffen,[22] der folgenden Wortlaut hat:

> [3] Kann eine Insolvenz einer Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden, so kann der Sanierungsplan die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital sowie die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorsehen.

Der Bundersrat hat im Entwurf zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz[23] eine erneute Revision von Art. 31 Abs. 3 BankG vorgeschlagen, um auf Gesetzesstufe klarzustellen, dass ein Bail-in auch eine Forderungsreduktion umfassen kann.

Das Gesetz regelt den Bail-in (wie auch die übrigen Abwicklungsinstrumente) im Rahmen des Sanierungsverfahrens (Art. 28–32 BankG). Dieses kann eingeleitet werden bei «begründeter Aussicht auf Sanierung der Bank oder auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen» (Art. 28 Abs. 1 BankG). Das Sanierungsverfahren kann also sowohl eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der Bank wie auch ihre geordnete Zerschlagung durch Übertragung von Aktiven und Passiven auf eine Brückenbank oder durch Aufspaltung *(good bank/bad bank;* Art. 28 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 BankG) zum Ziel haben. Geht es um die Weiterführung des Geschäfts-

---

2012, 507–523; Lukas Glanzmann, Neue Finanzinstrumente am Beispiel von CoCos und hybriden Anleihen, GesKR 2011, 489–497.

12 Vgl. Gleeson (FN 6), 14 f. für einen Vergleich zwischen vertraglichen und gesetzlichen Bail-in-Instrumenten.

13 Grünewald/Weber (FN 5), 560.

14 Gleeson (FN 6), 16.

15 Vgl. dazu Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz, Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission, Bern, Oktober 2000 (zit. *Bericht Scherrer*), 93 f.; EBK, Bankinsolvenz – Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Bern, Januar 2008 (zit. *EBK-Bankinsolvenzbericht*), 7.

16 BG. v. 3. 10. 2003 (Bankeninsolvenznovelle), AS 2004, 2767, 2776; Botschaft in BBl 2002, 8060.

17 BG. v. 18.3.2011 (Sicherung der Einlagen), AS 2011, 3919; Botschaft in BBl. 2010, 3993 [Änderung von Art. 27 Abs. 2, 2bis, 3, Art. 28, 29, 30, 31a, 32 Abs. 3bis, 35, 37a-37k BankG].

18 BG. v. 30.9.2011 (*too big to fail*), AS 2012, 6679, Botschaft in BBl. 2011, 4717 [Änderung von Art. 27 Abs. 1, 30 Abs. 3, 32 Abs. 1, Abs. 4, 31a Abs. 3, 31b, 32 Abs. 3bis BankG].

19 Die Befugnis wurde aus Art. 29 Abs. 1 BankG i.d.F. v. 1.7.2004 abgeleitet (heute Art. 31a BankG), der das Verfahren regelte, wenn der Sanierungsplan «einen Eingriff in die Rechte der Gläubiger oder der Eigner vor[sieht]».

20 Vgl. Botschaft Bankeninsolvenznovelle, BBl. 2002, 8086 [Sanierungsplan kann ... «Umwandlung von notleidenden Forderungen durch Verrechnungsliberierung in Eigenkapital (*debt equity swap*)» vorsehen.].

21 Grünewald/Weber (FN 5), 555.

22 BG vom 18. März 2011 (Sicherung der Einlagen), in Kraft seit 1. Sept. 2011 (AS 2011, 3919; BBl 2010, 3993).

23 Vgl. Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG), Entwurf vom 9. September 2014, BBl. 2014, 7647, 7709. Der vom Bundesrat vorgeschlagene Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 BankG lautet wie folgt:
«[3] Kann eine Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden, so kann der Sanierungsplan unter Wahrung der Rechte der Gläubiger nach Absatz 1 die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital, die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital sowie die Reduktion von Forderungen vorsehen.»

betriebs *(going concern)*, so ist sicherzustellen, dass die Bank die Bewilligungsvoraussetzungen wieder einhält (Art. 29 BankG), namentlich, dass sie wieder über ausreichend Eigenkapital verfügt. Ist Ziel demgegenüber die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen (Art. 30 BankG), so dient der Bail-in der Finanzierung einer ordentlichen Abwicklung beispielsweise durch Kapitalisierung einer Brückenbank.

2. BIV-FINMA

Die knappe gesetzliche Regelung des Bail-in wird in den Art. 47–50 der Bankeninsolvenzverordnung der FINMA (BIV-FINMA)[24] konkretisiert und weiter ausgeführt. Unter dem Titel «Kapitalmassnahmen» legt die Verordnung Grundsätze für die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital fest (Art. 48 f. BIV-FINMA) und umschreibt den Kreis der Forderungen, die Gegenstand eines Bail-in sein können (Art. 49 BIV-FINMA). Ausserdem sieht sie vor, dass die FINMA neben oder anstelle der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital eine teilweise oder vollständige Forderungsreduktion anordnen kann (Art. 50 BIV-FINMA) – eine Massnahme, die das Bankengesetz so nicht vorsieht und für die deshalb bis auf weiteres keine ausreichende Rechtsgrundlage bestehen dürfte.[25]

Die BIV-FINMA ist nicht durch den Bundesrat, sondern den Verwaltungsrat der FINMA[26] auf Grundlage der Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG erlassen worden.[27] Bundesverfassungsrechtlich ist die Delegation von Rechtsetzungszuständigkeiten zulässig, wenn sie in einem formellen Gesetz enthalten ist, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selber enthält, soweit die Stellung der Rechtsunterworfenen schwerwiegend berührt wird (Art. 164 BV).[28] Welche Regelungen so bedeutend sind, dass sie in einem formellen Gesetz enthalten sein müssen, und wie detailliert diese gesetzliche Regelung sein sollte, lässt sich nicht ein- für allemal sagen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten strengere Anforderungen, wenn es um eine Einschränkung von Grundrechten geht.[29] Auch für wichtige politische Entscheide ist ein formelles Gesetz erforderlich.[30] Schliesslich berücksichtigt das Bundesgericht auch die Rechtswirklichkeit: Eine Regelung auf Verordnungsstufe ist eher zulässig, wenn sie dem allgemein üblichen Standard entspricht, während für bisher unübliche Regelungen ein formelles Gesetz erforderlich ist.[31]

Ob die Bestimmungen der BIV-FINMA zum Bail-in diesen Anforderungen genügen, ist alles andere als sicher.[32] Zwar hat der Gesetzgeber der FINMA die Befugnis eingeräumt, mittels Verordnung das bankengesetzliche Sanierungsrecht zu konkretisieren, doch hatte er dabei «Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur» im Auge.[33] Der Bail-in ist ein neuartiges Instrument, das politisch umstritten ist und in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen eingreift. Mindestens die Grundzüge des Instruments hätten deshalb einer Regelung auf formellgesetzlicher Stufe bedurft (Art. 164 Abs. 1 Bst. b BV).

Unselbständige Verordnungen können von den Gerichten generell im Rahmen eines angefochtenen Einzelaktes vorfrageweise auf die Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit überprüft werden (konkrete Normenkontrolle).[34] Auf diese Weise kann überprüft werden, ob der Verordnungsgeber sich an den Gesetzeszweck und die Vorgaben im Gesetz gehalten hat und ob er seine vom Gesetz eingeräumten Kompetenzen nicht überschritten hat. Sind die Voraussetzungen einer Gesetzesdelegation nicht erfüllt, so versagt das Gericht der Verordnung die Anwendung.[35] Man kann ohne weiteres davon ausgehen, dass Gläubiger oder Anteilseigner, die von einem Bail-in betroffen werden, im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung dieser Massnahme das Fehlen einer ausreichenden Rechtsgrundlage geltend machen werden.

3. Abwicklungsstrategie der FINMA

Die FINMA als zuständige Abwicklungsbehörde hat ihre Vorstellungen zum Einsatz des Bail-in-Instruments im August 2013 in einem Positionspapier konkretisiert.[36]

---

24 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern vom 30. August 2012 (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA).

25 Zweifelnd auch Grünewald/Weber (FN 5), 556. Vgl. Reto Schiltknecht, Das neue Schweizer Bankeninsolvenzrecht, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III, Zürich/Basel/Genf 2013, 57–86, 82 FN 36; FINMA, Anhörungsbericht zur Bankeninsolvenzverordnung, (22.10.2012), 10 f.

26 Die Zuständigkeit des Verwaltungsrats ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 Bst. c FINMAG.

27 Die BIV-FINMA nennt als Rechtsgrundlagen ausserdem Art. 36a BEHG und Art. 42 PfG. Dabei handelt es sich jedoch um reine Verweisungsnormen, welche die Art. 25–37l BankG für Effektenhändler bzw. Pfandbriefbanken sinngemäss anwendbar erklären. Als eigenständige Delegationsgrundlage taugen sie nicht.

28 BGE 128 I 113 E. 3c; BGE 118 Ia 245 E. 3b; BGE 118 Ia 305 E. 2b.

29 BGE 123 I 221 E. 4a.

30 BGE 125 I 173 E. 4a; BGE 123 I 254 E. 2b/bb.

31 Vgl. BGE 125 I 173 E. 9e; BGE 123 I 254 E. 2b/bb; BGE 122 I 130 E. 3b/cc; BGer., 21.3.2000, 2P.369/1998 E. 2e m.w.Hinw.

32 Kritisch auch Susan Emmenegger/Regula Kurzbein, Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz, SZW 2013, 509–518, 518.

33 Vgl. Botschaft too big to fail, BBl. 2011, 3993, 4017.

34 Statt vieler: BGE 124 II 581.

35 BGE 131 II 271 E. 4, 7.4; BGE 131 II 562 E. 3.2, BGE 130 I 26; Urteil BVGer, 19. Januar 2009 – A-4620/2008 E. 4.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 408a.

36 FINMA, Sanierung und Abwicklung global systemrelevanter Banken, FINMA-Positionspapier Sanierung und Abwicklung von G-SIBs (7. August 2013). Die wichtigsten Elemente dieser Strategie sind zusammengefasst in einem Artikel, den der damalige FINMA-Chef Patrick Raaflaub und der Chef der Bankenaufsicht und heutige FINMA-Chef Mark Branson in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) veröffentlich haben; vgl. Patrick Raaflaub/Mark Branson, Sanierung und Abwicklung von systemrelevanten Banken -

Das Papier macht klar, dass der Bail-in das bevorzugte Instrument der FINMA zur Abwicklung einer Bank ist.[37] Primäres Ziel einer Abwicklung ist nicht die Zerschlagung der Bank, sondern die Rückkehr zum normalen Geschäftsbetrieb *(going concern).*[38] Der Verkauf von Aktiven und Geschäftsbereichen, die Übertragung von systemrelevanten Funktionen auf eine Brückenbank und andere Abwicklungsmassnahmen würden nur subsidiär zum Einsatz kommen, wenn die Sanierung scheitert oder zum vornherein ausgeschlossen ist. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn nicht genügend wandelbares Fremdkapital vorhanden ist, um die Bank ausreichend zu rekapitalisieren.[39] Die FINMA würde dabei den Bail-in auf oberster Gruppenebene anordnen *(single point of entry).*[40]

Das Positionspapier ist ausdrücklich auf die Abwicklung von global systemrelevanten Banken (G-SIBs) beschränkt.[41] Zu diesen zählen gemäss einer Festlegung des Finanzstabilitätsrates aus schweizerischer Sicht nur die beiden Grossbanken;[42] nicht jedoch die weiteren Banken, die von der Schweizerischen Nationalbank (SNB) ebenfalls als systemrelevant bezeichnet wurden (sog. D-SIBs).[43] Damit bleibt vorerst unklar, wie die FINMA das Bail-in-Instrument auf national systemrelevante Banken und auf nicht systemrelevante Banken anwenden würde.

IV. Rahmenbedingungen eines Bail-in

1. Abwicklungsspezifische Rahmenbedingungen

1.1 Subsidiarität

Nach Art. 31 Abs. 3 BankG kommt ein Bail-in nur in Betracht, wenn «eine Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden [kann]». Der Bail-in ist also eine *subsidiäre* Massnahme. Es ist unklar, was das genau heissen soll; weder dem Gesetzestext noch den Materialien lässt sich dazu etwas Konkretes entnehmen.[44] Etwas konkreter ist das EU-Bankeninsolvenzrecht, welches das Subsidiaritätsprinzip generell für Abwicklungsmassnahmen postuliert und bestimmt, dass solche nur ergriffen werden dürfen, wenn «nach vernünftigem Ermessen keine Aussicht [besteht], dass der Ausfall des Instituts ... durch alternative Massnahmen der Privatwirtschaft ... oder der Aufsichtsbehörden ... abgewendet werden kann» (Art. 32(1)(b) BRRD). Das dürfte auch für das Bail-in-spezifische Subsidiaritätserfordernis des schweizerischen Rechts gelten. Ein Bail-in kommt mit anderen Worten 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. Das Subsidiaritätserfordernis von Art. 31 Abs. 3 BankG erweist sich damit als Anwendungsfall des allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV), das verlangt, dass bei mehreren möglichen Massnahmen, die dem öffentlichen Interesse gerecht werden, stets die mildere zu ergreifen ist.

Subsidiarität ist nicht so zu verstehen, dass das Bail-in-Instrument nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn es zur Wahrung der Finanzstabilität unerlässlich ist. Im Gegenteil: aus Art. 31a Abs. 3 BankG lässt sich der klare Umkehrschluss ziehen, dass ein Bail-in auch bei nicht-systemrelevanten Banken zur Anwendung kommen kann. Sinn und Zweck des Abwicklungsverfahrens ist allerdings in erster Linie, systemrelevante Funktionen einer Bank ohne Unterbruch weiterführen zu können (Art. 28 Abs. 1 BankG). Und nur mit der Wahrung der Finanzstabilität lassen sich die tiefen Einschnitte in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Beteiligten überhaupt rechtfertigen. Es wäre sehr wünschenswert, wenn der Gesetzgeber diese grundlegende Frage bei nächster Gelegenheit klären würde.

1.2 No creditor worse off

Nach den internationalen Standards sind Abwicklungsmassnahmen im Allgemeinen und ein Bail-in im Besonderen nur dann zulässig, wenn die Gläubiger dadurch nicht schlechter gestellt werden als bei einer direkten Liquidation der Bank.[45] Dieser Grundsatz wird als *No*

Beteiligung der Gläubiger als Mittel gegen die implizite Staatsgarantie, NZZ, 3.5.2013.

37 FINMA, Positionspapier (FN 36), 6.

38 FINMA, Positionspapier (FN 36), 7 [«Ziel des zentral gesteuerten Bail-in ist es, die Bankengruppe als Ganzes mit einer sanierten Kapitalbasis fortzuführen. Die Gruppenstruktur bleibt intakt, das operative Geschäft kann ohne Unterbrechung fortgeführt werden, die für die Volkswirtschaft kritischen Funktionen werden aufrechterhalten.»].

39 FINMA, Positionspapier (FN 36), 15.

40 FINMA, Positionspapier (FN 36), 6 f.

41 FINMA, Positionspapier (FN 36), 4.

42 Financial Stability Board, FSB announces update of group of global systemically important banks (G-SIBs) (6 November 2014), verfügbar unter <http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/pr_141106b.pdf> (zuletzt besucht 9.11.2014). Die Liste wird periodisch aufdatiert; das nächste update ist für November 2015 vorgesehen.

43 Bis heute hat die SNB auch die Zürcher Kantonalbank (ZKB) sowie die Raiffeisen-Gruppe als systemrelevant bezeichnet; vgl. Medienmitteilungen der SNB 11.11.2013 sowie vom 13.8.2014. Die Systemrelevanz der Postfinance soll laut Medienberichten Gegenstand eines laufenden Verfahrens sein; vgl. «Die SNB soll Systemrelevanz der Postfinance prüfen», NZZ, 27.8.2014.

44 So auch Grünewald/Weber (FN 5), 555; vgl. Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, BBl. 2010, 3993 ff., 4018 f. [Hiinweis auf Diskussionen über Einführungen von hybriden Eigenkapitalformen, insbesondere CoCos].

45 Vgl. Art. 73(b) BRRD [«Die Mitgliedstaaten stellen ... sicher, dass bei Anwendung des Bail-in-Instruments ... bei Anteilseignern und Gläubigern ... keine grösseren Verluste entstehen, als ihnen entstanden wären, wenn [die Bank] im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens liquidiert worden wäre».]

Creditor worse off-Prinzip bezeichnet.[46] Das schweizerische Bankeninsolvenzrecht verlangt als Bedingung für die Genehmigung des Sanierungsplans sogar, dass die Gläubiger durch die Sanierung voraussichtlich besser gestellt sind als bei sofortiger Eröffnung eines Konkursverfahrens (Art. 31 Abs. 1 Bst. b BankG; vgl. auch Art. 40 Abs. 1 Bst. a BIV-FINMA).

Nach dem Wortlaut von Bankengesetz und Bankeninsolvenzverordnung ist die voraussichtliche Besserstellung der Gläubiger sowohl Voraussetzung für die Eröffnung des Sanierungsverfahrens (Art. 40 Abs. 1 Bst. a BIV-FINMA) als auch Bedingung für die Genehmigung des Sanierungsplans (Art. 31 Abs. 1 Bst. b BankG). Mit anderen Worten darf das Sanierungsverfahren nicht eröffnet bzw. der Sanierungsplan nicht genehmigt werden, wenn der Nachweis der Besserstellung nicht erbracht ist. Es ist offenkundig, dass ein seriöser Vergleich zwischen dem Ergebnis im Abwicklungsverfahren und dem Ergebnis in einem hypothetischen Liquidationsverfahren aufwendig ist und dementsprechend Zeit braucht. Wie das mit der Dringlichkeit eines Sanierungsverfahrens in Einklang gebracht werden soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

Das *No Creditor worse off*-Prinzip dient dem Schutz der Gläubiger. Es ist ein notwendiges Korrektiv zur Begrenzung von Initiativ-, Mitwirkungs- und Verfahrensrechten der betroffenen Gläubiger und zum Umstand, dass das Abwicklungsverfahren primär oder ausschliesslich der Wahrung öffentlicher Interessen dient.[47] Das *No Creditor worse off*-Prinzip steht mit diesen öffentlichen Interessen allerdings auch in einem gewissen Spannungsverhältnis: Sind Eingriffe in Gläubigerinteressen zur Wahrung der Finanzstabilität unerlässlich, dann sollte das öffentliche Interesse den privaten Interessen vorgehen, auch wenn Gläubiger dabei schlechter fahren als bei einer sofortigen Liquidation. Sind die Eingriffe nicht zwingend erforderlich, sollten sie unterbleiben.

Auflösen liesse sich dieses doppelte Spannungsverhältnis, indem Gläubigern nur, aber immerhin ein Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichs eingeräumt wird, wenn sich ergibt, dass sie in einem Liquidationsverfahren besser gefahren wären. Diesem Ansatz folgt das EU-Bankeninsolvenzrecht (Art. 74(1) BRRD). Demnach haben Gläubiger einen Anspruch auf Auszahlung des Differenzbetrags, wenn eine nachträgliche Bewertung ergibt, dass sie aufgrund von Abwicklungsmassnahmen grössere Verluste hinnehmen mussten, als ihnen bei einer Liquidation im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens entstanden wären. Das geltende schweizerische Recht schliesst eine Entschädigungslösung seinem Wortlaut nach allerdings aus. Abgesehen davon ist unklar, wie allfällige Ausgleichszahlungen zu finanzieren wären (hinten Seite 459).

2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Weitere Rahmenbedingungen für einen Bail-in ergeben sich aus grund- und völkerrechtlichen Vorgaben. Insbesondere wird die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) berührt, wenn Forderungen von Bankgläubigern zwangsweise in Eigenkapital umgewandelt oder gar abgeschrieben und Anteilseigner enteignet werden.[48] Die Rechtspositionen, die Gegenstand eines Bail-in sein können, qualifizieren als Eigentumsrechte im Sinne dieser Bestimmung.[49] Jedenfalls für die Rechte der Anteilseigner steht ausser Frage, dass sie in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen.[50] Das muss jedoch auch für die rein schuldrechtlichen

---

46 Vgl. Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (October 2011), 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).»].

47 Vgl. Art. 28 Abs. 1 BankG. In seiner ursprünglichen Fassung hatte Art. 28 Abs. 1 BankG noch verlangt, dass der Sanierungsbeauftragte einen Sanierungsplan ausarbeitet, «welcher die Interessen der Gläubiger und der Eigner bestmöglich wahrt». Diese Interessenwahrungspflicht ist durch das BG vom 18. März 2011 (Sicherung der Einlagen) ersetzt worden durch die Sicherung der Finanzstabilität. Die Wahrung von Gläubiger- und Eignerinteressen ist nach dem heute geltenden Gesetzeswortlaut nicht mehr Ziel des Sanierungsverfahrens.

48 Neben Art. 26 BV gewährleistet auch die EMRK in Art. 1 ZP Nr. 1 das Eigentum. Allerdings kommt dieser Bestimmung für die Schweiz keine selbständige Bedeutung zu, da das erste Zusatzprotokoll vom 20. März 1952 durch die Schweiz zwar unterschrieben, bis heute aber nicht ratifiziert wurde. Die konventionsrechtliche Eigentumsgarantie entfaltet allenfalls indirekt Wirkung über die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK.

49 Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist umfassender als der zivilrechtliche. Vgl. BV-Biaggini, Art. 26 BV, Rz. 12 m.Hinw. Vgl. BGE 128 I 295 E. 6a; BGE 120 Ia 120 E. 1 b; BGE 121 I 326 E. 3. Auch die Rechtsprechung der Strassburger Organe geht von einem autonomen Eigentumsbegriff aus; vgl. EGMR, 3.11.2009, Nr. 27912/02, Suljagic v. Bosnia and Herzegovina, §34 [«The concept of «possessions» has an autonomous meaning which is not limited to the ownership of material goods. In the same way as material goods, certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as «possessions» for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1»]; EGMR, 22.6.2004, Nr. 31443/96, Broniowski v. Poland [GC], § 129 [«The concept of «possessions» in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to the ownership of material goods and is independent from the formal classification in domestic law. In the same way as material goods, certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as «property rights», and thus as «possessions» for the purposes of this provision. In each case the issue that needs to be examined is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1»]); EGMR, 28.9.2004, Nr. 44912/98, Kopecký v. Slovakia, § 52.

50 Vgl. EGMR, 25.7.2002, Nr. 48553/99, Sovtransavto Holding v. Ukraine, § 91 [«...shares held by the applicant company undoubtedly had an economic value and constituted «possessions» within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.»]; EGMR, 16.12.2001, Nr. 35730/97, Offerhaus and Offerhaus v. The Netherlands [Entschädigung für Minderheitsaktionäre von Nationale-Nederlande nicht unangemessen; Fall nicht zugelassen]. Vgl. Kern Alexander, Bank Resolution Regimes: Balancing Prudential Regulation and Shareholder Rights, 9 J. of Corp. Law Studies 61–93, 71.

Ansprüche der Gläubiger und Einleger gegenüber einer Bank gelten.[51] Auch das Verfahren, in dem eine Bank abgewickelt wird, muss gewissen minimalen Anforderungen genügen, die sich ausser aus der Verfassung auch aus völkerrechtlichen Vorschriften ergeben (Art. 29 - 32 BV, Art. 6 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II). Im Vordergrund stehen dabei der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; dazu hinten Seite 455).

Ein Eingriff in grundrechtliche geschützte Rechtspositionen ist nur unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen zulässig. Erforderlich ist somit, dass der Eingriff auf gesetzlicher Grundlage und im öffentlichen Interesse erfolgt und verhältnismässig ist. Während das öffentliche Interesse im vorliegenden Zusammenhang ohne weiteres gegeben sein dürfte, können sich aus dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und dem Verhältnismässigkeitsprinzip Restriktionen für die Anordnung und Umsetzung eines Bail-in ergeben.

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss die gesetzliche Grundlage für schwere Eingriffe in das Privateigentum klar und eindeutig sein;[52] ein Gesetz im materiellen Sinn (insbesondere eine Verordnung) genügt nur zur Rechtfertigung von leichten Eingriffen. Die gesetzliche Grundlage muss ausreichend bestimmt sein, um den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV zu genügen. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Rechtsunterworfene sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.[53] Dabei hängt der erforderliche Bestimmtheitsgrad unter anderem von der Vorhersehbarkeit der Verhältnisse, der Einfachheit oder der Vielfalt der Materie und der sofort oder erst bei der Gesetzesanwendung möglichen Konkretisierung ab.[54] Höhere Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtssätzen bestehen für Normen mit strafrechtlichem Charakter und im Abgabenrecht. Umgekehrt kann die Unbestimmtheit einer Norm in gewissem Umfang durch verfahrensrechtliche Garantien kompensiert werden.[55]

Das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein müssen (Zweck-Mittel-Relation).[56] Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als notwendig.[57] Eine Zwangsmassnahme ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht. Obwohl sich das Prinzip der Verhältnismässigkeit aus der Verfassung ergibt, kann es jeweils nur zusammen mit einem besonderen Grundrecht wie hier der Eigentumsgarantie geltend gemacht werden.[58] Nach hier vertretener Auffassung sind sowohl das Erfordernis der Subsidiarität des Bail-in (Art. 31 Abs. 3 BankG) wie auch das *no creditor worse off*-Prinzip als insolvenzrechtliche Anwendungsfälle des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips zu verstehen.

V. Ablauf eines Bail-in

1. Auslösung

1.1 Zeitpunkt

Die FINMA löst einen Bail-in gemäss ihrem Positionspapier aus, wenn eine Stabilisierung der Bank aus eigener Kraft nicht mehr möglich und ihr Ausfall deshalb absehbar ist.[59] Dieser Punkt wird gemeinhin als *Point of non-viability* (PonV) bezeichnet.[60] Die FINMA sieht den Zeitpunkt eines drohenden Ausfalls bei global systemrelevanten Banken spätestens dann erreicht, wenn das Gesamtkapital auf oder unter acht Prozent fällt oder wenn das harte Kernkapital (CET-1) fünf Prozent der risikogewichteten Aktiven erreicht oder unterschreitet.[61] Im Üb-

---

Das Bundesgericht hatte bisher keine Gelegenheit, zu dieser Frage eindeutig Stellung zu nehmen. Vgl. jedoch BGE 121 I 326 E. 3 [«Aufgrund der Eigentumsgarantie darf der Beamte sein Vermögen verwalten. Die Ausübung eines Verwaltungsratsmandats geht über die Vermögensverwaltung hinaus.»]. Vgl. Art. 1 Abs. 2 BEG [Bucheffektengesetz dient auch dem Schutz der Eigentumsrechte der Anleger].

51 So Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 23. Dezember 2005, VPB 2006 Nr. 68 S. 1054, Rz. 63 [«Ansprüche aus Vertragsverhältnissen stehen unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Eigentumsgarantie.»]. Auch nach der Rechtsprechung des EGMR fallen Bankeinlagen in den Anwendungsbereich von ZP 1 EMRK. Vgl. EGMR, 16.7.2014, Nr. 60642/08, Alisic et al. v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and Former Yugolsaw Republic of Macedonia, § 80 [«The Grand Chamber ... finds it sufficiently established that these deposits (i.e. Fremdwährungsguthaben) did constitute «possessions» for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1»]; § 97 [«As the Court has already found …, the foreign currency deposits … did constitute ‹possessions› within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. As a result, that Article is applicable in the present case.»]; vgl. auch EGMR, 2.7.2002, Nr. 45526/99, Gayduk et al. v. Ukraine; EGMR, 8.10.2009, Nr. 68444/01, Merzhoyev v. Russia, § 48; EGMR, 3.11.2009, Nr. 27912/02, Suljagić v. Bosnia and Herzegovina, § 35; EGMR, 22.3.2011, Nr. 38003/04, Boyajyan v. Armenia, § 54; EGMR, 3.4.2012, Nr. 54522/00, Kotov v. Russia [GC], § 90; EGMR, 5.3.2013, Nr. 37571/05, A. and B. v. Montenegro, § 68.

52 BGE 108 Ia 33 E. 3a.

53 BGE 124 I 40 E. 3b; BGE 115 Ia 277 E. 7a; BGE 109 Ia 273 E. 4d.

54 BGE 115 Ia 277 E. 7a; BGE 109 Ia 284 m.w.Hinw.

55 BGE 132 I 49 E. 6.2.

56 Vgl. statt vieler BGE 126 I 112 E. 5b.

57 BGE 124 I 40 E. 3e; BGE 118 Ia 427 E. 7a.

58 BGE 124 I 40 E. 3e; BGE 122 I 279 E. 2e/ee.

59 Positionspapier FINMA (FN 36), 10.

60 Henry Peter/Ilias Pnevmonidis, Triggering events for recovery and resolution plans: towards better financial crisis management, SZW 2013, 536–553, 540 ff..

61 Positionspapier FINMA (FN 36), 10.

rigen weist die FINMA in ihrem Positionspapier darauf hin, dass sie bei der Beurteilung, ob der Auslösepunkt erreicht ist oder nicht, «einen gewissen Spielraum» hat.[62]

Die gesetzliche Regelung ist nicht einfach zu überblicken. Nach Art. 25 Abs. 1 BankG kann die FINMA Schutzmassnahmen – die üblicherweise vor Abwicklungsmassnahmen zu ergreifen sind – anordnen, wenn «begründete Besorgnis» besteht, dass die Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat oder *wenn sie nach Ablauf einer Frist die Eigenmittelvorschriften nicht erfüllt».* Art. 29 Abs. 2 ERV definiert den PonV für die Zwecke der Wandlung oder Abschreibung von bedingten Pflichtwandelanleihen als Zeitpunkt, in dem die FINMA dies zur Vermeidung einer Insolvenz anordnet oder wenn eine Hilfeleistung der öffentlichen Hand in Anspruch genommen wird.[63] Angesichts dieser gesetzlichen Regelung ist in der Tat von einem erheblichen Ermessen der Abwicklungsbehörde auszugehen.

Die Bestimmung des Zeitpunkts für das Ergreifen von Abwicklungsmassnahmen ist deshalb nicht trivial, weil sich hier das Spannungsverhältnis zwischen öffentlichen und privaten Interessen in aller Schärfe manifestiert. Eine ordentliche Abwicklung hat nur dann Aussichten auf Erfolg, wenn Abwicklungsmassnahmen proaktiv ergriffen werden. Ist eine Bank erst einmal illiquid oder gar überschuldet, ist es für eine ordentliche Abwicklung zu spät. Zugleich verbieten das Verhältnismässigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip ein Eingreifen, wenn eine Privatsektorlösung oder andere, mildere Massnahmen noch Erfolg haben könnten.

Auch das EU-Bankeninsolvenzrecht stellt auf verschiedene vorauslaufende Indikatoren ab, um den Zeitpunkt für das Auslösen von Abwicklungsmassnahmen zu bestimmen. Solche Massnahmen können nach Art. 32(4) BRRD insbesondere ergriffen werden, wenn die Bank die Anforderungen für eine dauerhafte Zulassung nicht mehr erfüllt, sodass ein Entzug der Zulassung gerechtfertigt wäre. Als Beispiel nennt die Richtlinie den Umstand, dass die Bank Verluste erlitten hat oder erleiden wird, durch die die gesamten Eigenmittel oder ein wesentlicher Teil davon aufgebraucht würden. Ausser im Fall einer Systemkrise kann eine Bank auch abgewickelt werden, wenn sie ausserordentliche finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln benötigt (wie z.B. Notfallliquidität einer Zentralbank). Dass diese Zustände bereits eingetreten sind, ist dabei nicht erforderlich; vielmehr kann die Abwicklungsbehörde schon dann eingreifen, wenn objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Bank in naher Zukunft die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllen wird oder finanzielle öffentliche Unterstützung benötigt.

1.2 Umwandlung des bedingten Wandlungskapitals

Nicht unerhebliche Komplikationen ergeben sich dadurch, dass systemrelevante Banken Wandlungskapital halten müssen, das ebenfalls gewandelt wird, wenn die Kernkapitalquote (CET1) 5 % oder weniger erreicht (sog. *low-triggering CoCos).*[64] Systemrelevante Banken müssen mit tiefwandelnden CoCos die progressive Komponente ihrer Mindesteingenmittelanforderungen decken, die je nach Marktanteil und Grösse der Bank bis zu sechs Prozent der risikogewichteten Aktiven beträgt (130 Abs. 2 ERV).[65]

Werden diese tiefwandelnden CoCos im Zeitpunkt der absehbaren Insolvenz gewandelt, so ergibt das zusammen mit dem verbliebenen Eigenkapital eine Eigenkapitalquote von bis zu elf Prozent.[66] Das ist nach Vorkrisenstandards eine luxuriöse und auch heute noch eine respektable Kapitalisierung. Es ist offensichtlich nicht ganz einfach, unter diesen Umständen einen Eingriff in Eigentümer- und Gläubigerrechte als verhältnismässig zu rechtfertigen.

Das tiefwandelnde Wandlungskapital sollte nach dem Konzept der TBTF-Expertengruppe einen «internalisierten Notfallfonds» darstellen, aus dem im Krisenfall die Übertragung der systemrelevanten Funktionen auf einen selbständigen Rechtsträger sowie die geordnete Sanierung oder Abwicklung der übrigen Teile der Bank finanziert wird.[67] Erfolgt die Sanierung der Bank ausschliesslich über eine Zwangsumwandlung oder -abschreibung, so entfällt diese Zweckbestimmung. Stattdessen sollte dieser Notfallfonds zur Entschädigung von Anteilseignern und Gläubigern zur Verfügung stehen (dazu hinten Seite 460). Dennoch wird die Kombination der Wandlung von CoCos mit einem gesetzlichen Bail-in bei der gerichtlichen Überprüfung des Sanierungsplans einen zentralen Angriffspunkt darstellen. Will man unnötige Angriffsflächen vermeiden, so sollte das Zusammenspiel der Wandlung von CoCos und einem gesetzlichen Bail-in verdeutlicht und im Gesetz verankert werden.

---

62 Positionspapier FINMA (FN 36), 10.

63 Vgl. dazu auch FINMA-Rundschreiben 2013/1 (Anrechenbare Eigenmittel Banken), Rz. 84 ff.

64 Art. 130 Abs. 2 ERV. Daneben können systemrelevante Banken auch höchstens 3 % RWA in Form von bedingten Pflichtwandelanleihen halten, die bei 7 % CET1 wandeln.

65 Vgl. Kommentar zur Änderung der Bankenverordnung und der Eigenmittelverordnung (20. Juni 2012), 22. Diese 6 % sind auf die beiden Grossbanken kalibriert; bei den anderen systemrelevanten Banken liegt die progressive Komponente deutlich tiefer, beträgt jedoch mindestens 1 % (Art. 131 Abs. 6 ERV).

66 Fünf Prozent verbleibendes Eigenkapital sowie bis zu sechs Prozent Kapital aus der Wandlung der tiefwandelnden CoCos.

67 Kommentar zur Änderung der Bankenverordnung und der Eigenmittelverordnung (20. Juni 2012), 22.

2. Gegenstand und Umfang des Bail-in

2.1 Vom Bail-in erfasste Forderungen *(Bail-inable debt)*

a. Grundsatz: Alles Fremdkapital

Nach Art. 49 BIV-FINMA kann «sämtliches Fremd- in Eigenkapital gewandelt werden». Vom Bail-in ausgenommen sind im Wesentlichen nur versicherte Einlagen, besicherte und verrechenbare Forderungen sowie privilegierte Forderungen. Auch international besteht Einigkeit darüber, dass der Kreis der wandel- oder herabschreibbaren Forderungen *(bail-inable debt)* so umfassend wie möglich sein sollte.[68] Das lässt sich damit rechtfertigen, dass jede Ausnahme eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung darstellt und daher einer besonderen Begründung und Rechtfertigung bedarf. Allzu viele Ausnahmen erleichtern auch Ausweichstrategien. Schliesslich taugt der Bail-in als Instrument zur Rekapitalisierung einer Bank nur dann, wenn eine ausreichende Masse an Fremdkapital zur Verfügung steht, das gewandelt oder abgeschrieben werden kann.

Gegenstand eines Bail-in kann nur bilanziertes Fremdkapital sein, denn nur die Umwandlung oder Abschreibung von solchem Fremdkapital leistet einen Beitrag zur Sanierung der Bilanz. Verpflichtungen einer Bank, die nicht in der Bilanz aufscheinen, können deshalb auch nicht Gegenstand eines Bail-in sein. Ferner versteht sich von selbst, dass zum Zwecke eines Bail-in nicht auf Eigentum von Kunden oder anderen Dritten zugegriffen werden kann. Wertpapiere im Eigentum von Kunden beispielsweise sind im Konkurs der Bank abzusondern (Art. 17 BEG). Das gilt auch für alle anderen Vermögenswerte, an denen der Kunde gemäss Art. 16 i.V.m. Art. 37e BankG ein Absonderungsrecht hat, also ausser an beweglichen Sachen und Effekten im Eigentum des Depotkunden (Art. 16 Ziff. 1 BankG) auch an Sachen, Effekten und Forderungen, die die Bank für Rechnung des Kunden fiduziarisch innehat (Art. 16 Ziff. 2 BankG), sowie an frei verfügbaren Lieferansprüchen der Bank gegenüber Dritten aus Kassageschäften, abgelaufenen Termingeschäften, Deckungsgeschäften oder Emissionen für Rechnung der Depotkunden (Art. 16 Ziff. 3 BankG).

Die Ausnahmeliste in der BIV-FINMA ist abschliessend. Sie ist kürzer als die Ausschlüsse, die das EU-Bankeninsolvenzrecht vorsieht. Diese umfasst auch kurzfristige Verbindlichkeiten – mit einer Laufzeit bis sieben Tagen – gegenüber Banken (Art. 44(2)(e) und (f) BRRD) und gegenüber Zahlungs- und Wertpapierabwicklungs- und -abrechnungssystemen (Art. 44(2)(e) und (f) BRRD) und nimmt auch Verbindlichkeiten gegenüber Geschäfts- oder Handelsgläubigern aus der Lieferungen von Waren oder Dienstleistungen vom Bail-in aus (Art. 44(2)(g) BRRD).

b. Ausnahmen

aa. Durch Einlagensicherung gedeckte Einlagen

Kundeneinlagen, die durch die Einlagensicherung gedeckt sind (Art. 49 Bst. a BIV-FINMA i.V.m. Art. 219 Abs. 4 SchKG und Art. 37a BankG), werden durch einen Bail-in nicht erfasst. Damit sind alle Einlagen bis zum Betrag von CHF 100'000 pro Person geschützt (Art. 37a Abs. 5 BankG), und zwar auch dann, wenn aufgrund der Systemobergrenze die Versicherungsdeckung nur teilweise ausreicht. Der Einbezug versicherter Einlagen hätte zu einer Inkonsistenz mit dem Einlagensicherungssystem geführt. Dessen Zweck ist es, Bankruns zu vermeiden, indem Kunden die Gewissheit haben, jederzeit über ihre (versicherten) Einlagen verfügen zu können. Müssten Kunden damit rechnen, dass ihre versicherten Einlagen in einen Bail-in einbezogen würden, so wäre das ein starker Anreiz, in einer Krisensituation Einlagen abzuziehen. Der Ausschluss versicherter Einlagen entspricht ebenfalls einem breiten internationalen Konsens.[69]

bb. Besicherte und verrechenbare Forderungen

Von einem Bail-in ausgeschlossen sind ebenfalls gesicherte sowie verrechenbare Forderungen (Art. 49 Bst. b BIV-FINMA). Der Einbezug gesicherter Forderungen in einen Bail-in würde das Institut der Kreditsicherung unterminieren, eine der tragenden Institutionen der Finanzmärkte, die seit der Finanzkrise nochmals stark an Bedeutung gewonnen hat. Der Ausschluss von gesicherten Forderungen entspricht ebenfalls einem breiten, internationalen Konsens und findet sich so auch im EU-Bankeninsolvenzrecht (Art. 44(2)(b) BRRD). Ein Ausschluss besteht nur im Umfang der Besicherung; ist eine Forderung also nur teilweise besichert, z.B. weil sich die Sicherheit nicht als ausreichend werthaltig erweist, so stellt der nicht gesicherte Forderungsteil im Konkurs der Bank eine einfache Drittklassforderung dar. Dementsprechend kann sie auch zu einem Bail-in herangezogen werden.

Nach schweizerischem Recht sind auch verrechenbare Forderungen im Umfang der Verrechenbarkeit vom Bail-in ausgeschlossen (Art. 49 Bst. b BIV-FINMA). Bedingung ist, dass der Gläubiger Bestand, 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. Diese Ausnahme, die im EU-Recht keine direkte Entsprechung findet, lässt sich einerseits mit der systemischen Bedeutung von Finanzverträgen begründen, die Net-

---

68 So auch Art. 44(1) BRRD.

69 Vgl. Key Attributes (FN 46), Ziff. 5.2; Art. 44(2)(a) BRRD.

ting-Vereinbarungen umfassen. Netting ist ein zentrales Instrument zur Steuerung von Kreditrisiken auf den Interbankenmärkten, insbesondere den Derivatemärkten. Eingriffe in diese Systeme hätten destabilisierende Wirkungen und würden damit dem Ziel von Abwicklungsmassnahmen zuwiderlaufen. Die Ausnahme für verrechenbare Forderungen nach Art. 49 Bst. b BIV-FINMA geht allerdings weit über Finanzverträge hinaus und erfasst beispielsweise auch den Fall eines Bankkunde, der sowohl Einlagen als auch Schulden bei einer Bank hat. Diese Ausnahme lässt sich zwar nicht mit Systemstabilitätsüberlegungen begründen. Es wäre aber nur schwer begründbar und politisch auch gar nicht durchsetzbar, wenn im Rahmen eines Bail-in auf die nicht versicherten Einlagen der Kunden zugegriffen würde, deren Schulden der Bank gegenüber aber unverändert bestehen bleiben würden. Der Preis für den Ausschluss verrechenbarer Forderungen dürfte allerdings eine unter Umständen erhebliche Reduktion der Forderungen sein, die für einen Bail-in zur Verfügung stehen.

cc. Privilegierte Forderungen

Eine dritte Ausnahme gilt schliesslich für privilegierte Forderungen (Art. 49 Bst. a BIV-FINMA i.V.m. Art. 219 Abs. 4 SchKG). Es geht hier im Wesentlichen um Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis sowie Forderungen verschiedener Sozialversicherungsträger. Entsprechende Ausnahmen finden sich auch im EU-Bankeninsolvenzrecht (Art. 44(2)(g) BRRD). Die Begründung für diese Ausnahme findet sich in sozialpolitischen Überlegungen; vor allem aber im Umstand, dass die Bank zur Weiterführung ihrer Dienstleistungen auf die Arbeitenehmer angewiesen ist. Dass damit auch die Bonusansprüche der Bankmanger vor dem Zugriff der Abwicklungsbehörde geschützt sind, ist nicht zu befürchten, weil die Privilegierung auf den UVG-Höchstlohn beschränkt ist.[70] Eine Sonderregelung für Bankmanager, wie sie die BRRD vorsieht (Art. 44(2)(g)(i) BRRD), erübrigte sich damit für das schweizerische Recht.

c. Kein Ermessen der Abwicklungsbehörde

Art. 44(3) BRRD räumt der Abwicklungsbehörde unter gewissen Umständen die Befugnis ein, bestimmte Verbindlichkeiten nach pflichtgemässem Ermessen ganz oder teilweise vom Anwendungsbereich des Bail-in auszunehmen. Das ist ein schwerwiegender Eingriff in den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung und bedarf dementsprechend einer zwingenden Begründung. Die Bankeninsolvenzrichtlinie sieht einen solch zwingenden Grund dann gegeben, wenn ein Bail-in zu Ansteckungseffekten (Art. 44(3)(c) BRRD) oder zu einer Wertvernichtung führen würde (Art. 44(3)(d) BRRD) oder wenn damit die Weiterführung kritischer Funktionen in Frage gestellt wäre (Art. 44(3)(b) BRRD).[71] Die Zeche bezahlen allerdings die übrigen Gläubiger, die einen höheren Schnitt hinzunehmen haben. Deshalb sieht die Bankeninsolvenzrichtlinie vor, dass der Abwicklungsfonds die sich aus dem Ausschluss gewisser Gläubigergruppen ergebenden Kosten übernimmt (Art. 44(4)-(5) BRRD).

Das schweizerische Recht kennt keine dem Art. 44(3) BRRD entsprechende Bestimmung. Die FINMA als schweizerische Abwicklungsbehörde hat deshalb bei der Bestimmung jener Verbindlichkeiten, die von einem Bail-in erfasst werden, keinen Spielraum. Zwar scheint die FINMA in ihrem Positionspapier eine andere Auffassung zu vertreten,[72] doch ist nicht ersichtlich, woraus sich diese Befugnis zu einer rechtsungleichen Behandlung von Gläubigern derselben Gruppe ergeben soll. Eine abschliessende Festlegung der an einem Bail-in teilnehmenden Gläubigergruppen schliesst die Möglichkeit einer Neuverhandlung *ex post* aus, auf die einflussreiche Gläubigergruppen sonst ohne jeden Zweifel drängen würden. Das würde der angestrebten Stärkung der Marktdisziplin direkt zuwiderlaufen.[73] Die Lösung des schweizerischen Rechts, die einen Ermessensspielraum ausschliesst, ist deshalb die bessere als diejenige des EU-Rechts.

2.2 Gläubigerhierarchie und Gläubigergleichbehandlung

a. Gläubigerhierarchie

Ein Bail-in hat die Gläubigerhierarchie zu wahren, wie sie vor dem Zeitpunkt der drohenden Insolvenz bestand.[74] Das heisst, dass das Eigenkapital vollständig herabgesetzt werden muss, bevor Fremdkapital gewandelt oder herabgeschrieben werden kann (Art. 48 Bst. b BIV-FINMA). Danach kommen Schuldinstrumente an die Reihe, die zum Eigenkapital zählen (Art. 48 Bst. c BIV-FINMA). Erst dannach kann auf weitere Fremdkapitalpositionen zugegriffen werden, wobei auch hier die Rangfolgeordnung der Gläubiger zu beachten ist. Zuerst sind also nachrangige Forderungen zu wandeln, erst dann die übrigen Forderungen (*senior debt*; vgl. Art. 48 Bst. d Ziff. 1 und 2 BIV-FINMA).

Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass im Rahmen eines Bail-in die Gläubigerhierarchie zu respektieren ist, soll dann allerdings für nicht versicherte Einlagen gelten. Diesen kommt nach Art. 48 Bst. d Ziff. 3 BIV-FINMA

---

70 Zurzeit CHF 126'000 vgl. Art. 22 Abs. 1 der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung, UVV, SR 832.202.

71 Dazu auch Gleeson (FN 6), 4 f.

72 Positionspapier FINMA (FN 36), 13. Zur Begründung führt das Positionspapier an, dass der Verordnungsgeber mit der Superpriorität für nicht versicherte Einlagen bereits eine Ungleichbehandlung vorgenommen habe. Nach hier vertretener Auffassung gibt es für diese Superpriorität keine ausreichende rechtliche Grundlage.

73 So auch Tobias Tröger, Der Einheitliche Abwicklungsmechanismus – europäisches Allheilmittel oder Weisse Salbe? Info Schnelldienst 17/2013, 9–12, 11.

74 Melaschenko/Reynolds (FN 2), 2.

eine Superpriorität zu, sie bilden also eine eigene Gläubigerklasse zwischen vorrangigem Fremdkapital und den versicherten Einlagen, die vom Bail-in gänzlich ausgeschlossen sind (vorne Seite 451). Diese Sonderbehandlung für Einlagen (sog. *depositor preference)* findet sich in vielen Rechtsordnungen[75] und ist nach hier vertretener Auffassung aus denselben Gründen, die den Ausschluss von versicherten Einlagen rechtfertigen, wohl begründet.[76] Eine ganz andere Frage ist, ob die Sonderbehandlung für Einlagen durch eine Ausführungsverordnung der FINMA eingeführt werden kann. Das ist zu verneinen, weil die Rangfolgeordnung der Gläubiger und Anteilseigner durch Gesetz oder Vertrag festgelegt wird und nicht durch eine technische Ausführungsverordnung modifiziert werden kann. Auch die Superpriorität für nicht versicherte Einlagen wäre demnach auf Gesetzesstufe zu verankern.

b. Gleichbehandlung der Gläubiger

Innerhalb einer bestimmten Klasse sind die Gläubiger gleich zu behandeln. Das Bankengesetz sagt das zwar nicht ausdrücklich (vgl. demgegenüber Art. 34(1)(f) BRRD), doch ist der Grundsatz der (relativen) Gläubigergleichbehandlung *(par conditio creditorum)* ein fundamentales Prinzip des schweizerischen Insolvenzrechts,[77] das auch verfassungsrechtlich abgesichert ist (Art. 8 BV). Das Gleichbehandlungsprinzip dient dabei als Korrektiv bei Eingriffen, die nicht mehr durch die Zustimmung der Betroffenen gedeckt sind, sondern durch Mehrheitsentscheidung der Gläubiger oder durch Dritte erfolgen.[78] Für die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen bestimmt Art. 1174 OR etwa, dass die einer Gemeinschaft angehörenden Anleihensgläubiger von Zwangsbeschlüssen «gleichmässig betroffen» sein müssen. Angesichts der weitgehenden Einschränkung von Initiativ-, Mitwirkungs- und Kontrollrechten der Gläubiger und Anteilseignern muss bei einem Bail-in das Gleichbehandlungsprinzip ganz besonders strikt beachtet werden.

Demgegenüber vertritt die FINMA in ihrem Positionspapier die Meinung, dass rechtliche oder wirtschaftliche Gründe es verunmöglichen könnten, den Bail-in auf alle Forderungen derselben Klasse im gleichen Umfang anzuwenden.[79] Insbesondere im Falle einer Forderungsreduktion habe «die FINMA ... die Möglichkeit, vom [Gleichbehandlungsprinzip] abzuweichen und die Verluste auf mehrere Gläubigerkategorien zu verteilen».[80] Damit soll der FINMA die Möglichkeit eröffnet werden, einzelfallgerechte Lösungen zu finden und aus stabilitätspolitischen Überlegungen nachrangige Gläubiger auf Kosten der vorrangigen Gläubiger und Einleger zu schonen.[81] Die Einräumung eines derartigen Ermessensspielraums bei der Verteilung der Lasten findet im Gesetz keine Grundlage[82] und ist in jedem Fall entschieden abzulehnen.

2.3 Umfang der Wandlung oder Abschreibung

Nach Art. 48 Bst. a BIV-FINMA muss «so viel Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt werden, dass die Bank nach erfolgter Sanierung die für die Fortführung der Geschäftstätigkeit notwendigen Eigenmittelanforderungen zweifelsfrei erfüllt». Die FINMA nimmt dabei für sich in Anspruch, dass ihr bei der Festlegung des Umfangs des Bail-in eine gewisse Sicherheitsmarge zugestanden wird, besonders bei systemrelevanten Banken.[83]

Der Bail-in ist nur wirksam, wenn für Einleger, Gegenparteien und Märkte glaubwürdig ist, dass die Kapitalisierung ausreicht, um alle aktuellen und künftigen Verluste der Bank zu decken.[84] Das erfordert grundsätzlich eine möglichst umfassende Rekapitalisierung.[85] Dabei ist ein stufenweiser Bail-in kaum vorstellbar; die Abwick-

---

75 Vgl. dazu Clifford Chance, Depositor Preference Issues, Briefing Note 2011, 1–4, 1.

76 Auch die Europäische Zentralbank hat sich in ihrer Stellungnahme zum Single Resolution Mechanism (SRM) für eine Superpriorität für die nicht versicherten Einlagen ausgesprochen; vgl. Opinion of the ECB of 6 November 2013 on a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Bank Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council, (CON/2013/76), 8. Vgl. auch Clifford Chance (FN 75), 3 [«Depositor preference creates confidence and certainty in at least the class of creditors formally protected, and thereby (arguably) improves systemic stability and inhibits bank runs.»].

77 Vgl. BGE 135 III 171 E. 4.1 [«...Vorschlag beruht auf dem Bestreben, im Interesse der Gleichbehandlung der Gläubiger die vorrangige Befriedigung auf das «wirklich Notwendige» zu beschränken»]; BGE 134 III 273 E. 4.4.1 [«Im Konkurs gilt grundsätzlich das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger, ebenso im gerichtlichen Nachlassvertrag als einem Konkurssurrogat.»]; BGE 129 I 125; BGE 110 III 99 E. 4c; BGE 105 III 92 E. 2a; BGE 50 II 501 E. 2. Vgl. zum Gleichbehandlungsgrundsatz im Kontext der paulianischen Anfechtung Hans-Ueli Vogt, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, 202 ff.

78 Claire Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 24.

79 Positionspapier FINMA (FN 36), 13; ähnlich bereits FINMA-Anhörungsbericht (FN 25), 82.

80 Positionspapier FINMA (FN 36), 13. Art. 50 BIV-FINMA, der die Möglichkeit einer Abschreibung vorsieht, erklärt denn auch Art. 48 Abs. 1 Bst. d BIV-FINMA (der die Rangfolgeordnung bei der Zwangsumwandlung vorgibt) nicht für anwendbar.

81 Schiltknecht (FN 25), 82; vgl. auch FINMA-Anhörungsbericht (FN 25), 12.

82 Die Position der FINMA lässt sich mit einem Umkehrschluss aus Art. 50 i.V.m. Art. 48 Bst. a–c und Art. 49 BIV-FINMA begründen. Diese Verordnungsbestimmung ist jedoch mit Art. 31 Abs. 1 Bst. c BankG, wonach jede Sanierung die Rangfolge der Gläubiger berücksichtigen muss, nicht zu vereinbaren. So auch Grünewald/Weber (FN 5), 557.

83 FINMA-Positionspapier (FN 36), 12; in diesem Sinn auch Schiltknecht (FN 25), 80 f. und Grünewald/Weber (FN 5), 556.

84 Melaschenko/Reynolds (FN 2), 4.

85 Melaschenko/Reynolds (FN 2), 11.

lungsbehörde hat also nur einen Schuss.[86] Einem möglichst umfassenden Bail-in «auf Vorrat» steht indessen das verfassungsrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip entgegen, das es den Behörden untersagt, den Gläubigern grössere Verluste anzulasten als unbedingt notwendig.[87] Auch die Sorge um die Systemstabilität kann für eine Begrenzung auf ein Minimum sprechen.[88]

Das geltende Recht und die Abwicklungsstrategie der FINMA lassen nicht erkennen, wie dieser Zielkonflikt aufgelöst werden soll. Nach hier vertretener Auffassung ist ein Ausgleich der divergierenden Interessen nur möglich über ein dem Bail-in nachgelagertes Ausgleichssystem, in dem über die definitive Lastenverteilung entschieden wird. Damit kann die Abwicklungsbehörde einen Bail-in mit einer grosszügigen Sicherheitsmarge verfügen, ohne dass damit bereits entschieden ist, dass die betroffenen Gläubiger diese Verluste auch definitiv tragen müssen (hinten Seite 462).

2.4 Herabsetzung und Ausgabe von Eigenkapital

Sowohl bei Umwandlung wie auch bei Herabsetzung von Fremdkapital sind zwingend Eingriffe in das Eigenkapital erforderlich. Die FINMA hat deshalb die Befugnis, die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital anzuordnen. Dieser Vorgang wird im Gesellschaftsrecht als Kapitalschnitt bezeichnet. Dabei wird eine Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung durchgeführt (Art. 732 Abs. 1 und Abs. 5 OR).

Der Vorgang bei der bankengesetzlichen Sanierung ist allerdings ein völlig anderer. Sowohl die Herabsetzung als auch die Erhöhung des Eigenkapitals finden allein aufgrund des Sanierungsplans bzw. der Verfügung statt, mit der die FINMA den Sanierungsplan genehmigt. Es sind weder ein Beschluss der Generalversammlung (Art. 31 Abs. 2 BankG) oder eines anderen Gesellschaftsorgans noch ein Eintrag in das Handelsregister erforderlich. In der Regel wird den bisherigen Anteilseignern auch das Bezugsrecht zu entziehen sein, weil das neu geschaffene Eigenkapital zur Abgeltung der Gläubiger benötigt wird (Art. 47 Abs. 2 BIV-FINMA).

Das Eigenkapital ist zwingend auf null herabzusetzen, bevor Fremdkapital gewandelt werden darf (Art. 48 Bst. b BIV-FINMA). Das gilt aufgrund der strikten Gläubigerhierarchie auch für jene Eigenkapitalpositionen, die erst im Zuge der Abwicklung durch Wandlung von Schuldinstrumenten geschaffen wurden, die dem zusätzlichen Kernkapital oder dem Ergänzungskapital zuzurechnen sind.[89] Inhaber von bedingten Pflichtwandelanleihen werden damit unter Umständen für eine logische Sekunde Aktionäre, bevor sie ausgelöscht werden.

3. Verfahren

3.1 Erarbeitung des Sanierungsplans

Das schweizerische Bankeninsolvenzrecht geht grundsätzlich davon aus, dass ein Sanierungsbeaufragter bestellt wird, der den Sanierungsplan ausarbeitet. Die FINMA kann den Sanierungsplan jedoch auch selber erstellen. Zweck und Inhalt des Sanierungsplans sind in Art. 44 BIV-FINMA geregelt. Der Sanierungsplan legt die Grundelemente der Sanierung, der künftigen Kapitalstruktur und des Geschäftsmodells der Bank nach der Sanierung dar (Art. 44 Abs. 1 BIV-FINMA). Ferner hat der Sanierungsplan aufzuzeigen, wie die Bewilligungsvoraussetzungen eingehalten werden können (Art. 44 Abs. 2 Bst. a BIV-FINMA) und die künftige Organisation und die Zusammensetzung der Aktiven und Passiven zu erläutern (Art. 44 Abs. 2 Bst. b und c BIV-FINMA). Es ist nicht so recht ersichtlich, wie es möglich sein soll, diese Informationen über ein Wochenende zusammenzutragen und in einen Sanierungsplan umzugiessen.

3.2 Genehmigung durch FINMA

Der Sanierungsplan bedarf der Genehmigung durch die FINMA. Die Genehmigung erfolgt mittels Verfügung (Art. 45 Abs. 1 BIV-FINMA). Diese hat rechtsgestaltende Wirkung, bewirkt also unmittelbar das Erlöschen von Forderungen und Eigenkapitalpositionen und – im Falle einer Umwandlung – das Entstehen von Eigenkapitalpositionen bei den bisherigen Gläubigern. Das gilt auch für publizitätspflichtige Vorgänge, die einer Eintragung ins Handelsregister bedürfen. Art. 45 Abs. 3 BIV-FINMA ordnet ausdrücklich an, dass diese Anordnungen mit der Genehmigung des Sanierungsplans unmittelbar wirksam werden und die nötigen Eintragungen in das Handelsregister so rasch wie möglich nachzuholen sind. Das ist zwar in der Sache sicherlich nicht zu beanstanden, doch fragt sich auch hier, ob eine technische Ausführungsverordnung eine Durchbrechung des handelsregisterrechtlichen Eintragungsprinzips vorsehen kann. Die Voraussetzungen für die Genehmigung des Sanierungsplans ergeben sich aus Art. 31 Abs. 2 BankG.

Die Verfügung, mit welcher der Sanierungsplan und damit der Bail-in genehmigt wird, ist mit Eröffnung wirksam (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Sie ist auch sofort vollstreckbar[90], weil der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht keine aufschiebende Wirkung zukommt und das Gericht diese bei Beschwerden gegen die Ge-

---

86 Grünewald/Weber (FN 5), 556.
87 Grünewald/Weber (FN 5), 556.
88 Melaschenko/Reynolds (FN 2), 11.
89 Grünewald/Weber (FN 5), 557.

90 Vgl. dazu Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 664.

nehmigung des Sanierungsplans auch gar nicht erteilen kann (Art. 24 Abs. 3 BankG, dazu hinten Seite 456). Die Rechtswirkungen der Verfügung – Erlöschen von Forderungen, Herabsetzung und Erhöhung von Eigenkapital – treten m.a.W. mit Eröffnung der Verfügung ein. Diese wird in aller Regel durch amtliche Publikation erfolgen, da von einem Bankensanierungsverfahren eine sehr grosse Zahl von Gläubigern, Anteilseignern und anderen Personen betroffen sein wird (Art. 36 Bst. c und d VwVG).[91]

3.3 Mitwirkungsrechte der Gläubiger

a. Bei nicht systemrelevanten Banken

Das Bankeninsolvenzrecht sieht nicht vor, dass Gläubiger, Anteilseigner oder andere Betroffene vor Genehmigung des Sanierungsplans angehört werden. Eine solche Anhörung wäre angesichts des grossen Zeitdrucks auch gar nicht praktikabel.[92] Gläubiger von nicht systemrelevanten Banken haben nur, aber immerhin, die Möglichkeit, den Sanierungsplan abzulehnen (Art. 31a Abs. 1 BankG).[93] Die FINMA setzt ihnen dazu eine Frist von mindestens zehn Werktagen an (Art. 46 Abs. 1 BIV-FINMA). Die Fristansetzung wird in der Regel gleichzeitig mit der amtlichen Publikation der Verfügung zur Genehmigung der Sanierung erfolgen. Die Gläubiger haben auch das Recht, den Sanierungsplan einzusehen (Art. 45 Abs. 2 BIV-FINMA). Die Ablehnung hat schriftlich zu erfolgen (Art. 46 Abs. 2 BIV-FINMA).

Der Sanierungsplan gilt als angenommen, wenn er nicht innert Frist durch Gläubiger, die betragsmässig mehr als die Hälfte der Drittklassforderungen (Art. 219 Abs. 4 SchKG) ausmachen, abgelehnt wird.[94] Die Hürden für die Annahme des Sanierungsplans sind beim bankengesetzlichen Verfahren in verschiedener Hinsicht tiefer als beim normalen Sanierungsverfahren.[95] Wird das erforderliche Quorum nicht erreicht, so ist die Sanierung gescheitert und die FINMA hat den Konkurs der Bank (Art. 33–37g BankG) anzuordnen (Art. 31a Abs. 2 BankG).

Keine Mitwirkungsrechte haben im bankengesetzlichen Sanierungsverfahren die Anteilseigner. Die Zustimmung der Generalversammlung zum Sanierungsplan ist nicht erforderlich (Art. 31 Abs. 2 BankG). Sie haben auch keine Möglichkeit, den Sanierungsplan durch Mehrheitentscheidung zum Fall zu bringen. Damit haben sie auch keinen Anspruch, den Sanierungsplan einzusehen.

b. Bei systemrelevanten Banken

Überhaupt keine Mitwirkungsrechte haben die Gläubiger, wenn es sich um eine systemrelevante Bank handelt (Art. 31a Abs. 3 BankG). Deren Gläubiger werden weder angehört, noch haben sie die Möglichkeit, den Sanierungsplan durch qualifizierten Mehrheitsentscheid abzulehnen. Ihnen bleibt nur das Beschwerdeverfahren, bei dem die Aufhebung des Sanierungsplans aber ausgeschlossen ist (hinten Seite 456). Diese einschneidende Begrenzung der Gläubigerrechte, die erst im Rahmen der TBTF-Vorlage 2011 in das Gesetz aufgenommen wurde[96], wird damit gerechtfertigt, dass bei systemrelevanten Banken das öffentliche Interesse an einer Weiterführung der systemrelevanten Funktionen einem Interesse der Gläubiger an der Konkurseröffnung vorgehen müsse.[97]

c. Vereinbarkeit mit grundrechtlichen Minimalanforderungen?

Diese weitgehenden Beschränkungen der Mitwirkungsrechte der Gläubiger und Anteilseigner im bankengesetzlichen Sanierungsverfahren wirft die Frage nach dessen Vereinbarkeit mit grundrechtlichen Minimalanforderungen auf. Denn Art. 29 Abs. 2 BV bestimmt, dass «die Parteien ... Anspruch auf rechtliches Gehör» haben.[98] Damit ist gemeint, dass niemand in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werden darf, ohne vorher angehört worden zu sein. Nach der Rechsprechung des Bundesgerichts dient das rechtliche Gehör einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar;[99] darüber hinaus erhöht die Beteiligung der Parteien am Verfahren die Akzeptanz eines Entscheides.[100] Das Bundesgericht hat wiederholt daran erinnert, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör auch in den Verfahren der Finanzmarktaufsicht zu beachten ist, selbst wenn diese zeitlich dringlich sind.[101]

Rechtliches Gehör muss grundsätzlich *vor* Erlass der Verfügung gewährt werden (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Sind von einer Verfügung wahrscheinlich zahlreiche Personen berührt oder lassen sich die Parteien ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht vollzählig bestimmen, so sieht Art. 30a VwVG die Möglichkeit vor, das rechtliche Ge-

---

91 Vgl. dazu Kölz/Häner/Bertschi (FN 90) Rz. 623.

92 So auch Gleeson (FN 6), 21, dort auch Hinweise auf alternative Ansätze. Das BankG i.d.F. v. 1.1.2010 hatte in Art. 29 noch ein Einwendungsverfahren vorgesehen, bei dem die Gläubiger vor Genehmigung des Sanierungsplans innert 20 Tagen beim Sanierungsbeauftragten Einwendungen hätten erheben können. Erst danach wäre der Sanierungsplan durch die FINMA genehmigt worden.

93 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 18. März 2011 (Sicherung der Einlagen), in Kraft seit 1. Sept. 2011 (AS 2011 3919; BBl. 2010, 3993).

94 Botschaft too big to fail, BBl. 2011, 4717, 4719.

95 Botschaft too big to fail, BBl. 2011, 4717, 4719.

96 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 30. Sept. 2011 (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor), in Kraft seit 1. März 2012 (AS 2012 811; BBl 2011 4717).

97 Botschaft too big to fail, BBl. 2011, 4717, 4767.

98 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein Teilgehalt des Anspruchs auf faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 1 BV); BGE 134 I 140 E. 5.2; zum Verhältnis der beiden Normen Kölz/Häner/Bertschi (FN 90) Rz. 488 ff.

99 Vgl. statt vieler BGE 136 V 351 E. 4.4; zum Ganzen Kölz/Häner/Bertschi (FN 90), Rz. 214.

100 Kölz/Häner/Bertschi (FN 90), Rz. 214.

101 BGE 126 II 111 E. 6/b/aa.

hör im Rahmen eines öffentlichen Auflageverfahrens zu gewähren; auch hier aber vor Erlass der Verfügung. Eine nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs ist nach nach Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG nur dann möglich, wenn Gefahr im Verzuge ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet.

Gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Recht, angehört zu werden, formeller Natur.[102] Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist und die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst oder nicht.[103]

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die nicht besonders schwer wiegt, kann allerdings geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann.[104] Die Heilung soll aber gemäss Bundesgericht die Ausnahme bleiben,[105] weil die nachträgliche Anhörung nur ein unvollkommener Ersatz für die Mitwirkung im erstinstanzlichen Verfahren ist.[106] Das Bundesverwaltungsgericht überprüft Beschwerden gegen die Genehmigung des Sanierungsplans grundsätzlich mit voller Kognition, auch wenn es sich bei der Überprüfung des technischen Ermessens der FINMA Zurückhaltung auferlegt und ausserdem den Sanierungsplan nicht aufheben kann (dazu sogleich).

Auch bei den Mitwirkungsrechten der Gläubiger und Anteilseigner manifestieren sich massive Zielkonflikte. Einen Sanierungsplan unter Einbezug der Gläubiger oder der Anteilseigner auszuarbeiten, ist schlicht nicht möglich. Nicht nur der häufig enorme Zeitdruck schliesst eine Gewährung des rechtlichen Gehörs aus, sondern auch der Umstand, dass diese Arbeiten unter höchster Geheimhaltung ablaufen müssen, will man nicht einen unkontrollierten Zusammenbruch der Bank riskieren. Zugleich ist es aus rechtsstaatlicher Sicht kaum erträglich, dass Anteilseigner und Gläubiger enteignet werden können, ohne dass sie sich dazu vor einer definitiven Entscheidung äussern können. Auch hier lassen sich diese Zielkonflikte dadurch entschärfen, dass die Entscheidungen über den Bail-in einerseits und über die definitive Verteilung der Lasten anderseits zeitlich und verfahrensmässig getrennt werden (hinten Seite 462).

4. Rechtsschutz

Verfügungen der FINMA unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 54 FINMAG i.V.m. Art. 33 Bst. e VGG). Für das Bankeninsolvenzverfahren schränkt Art. 24 BankG die Beschwerdemöglichkeit gegenüber den allgemeinen Regeln in dreierlei Hinsicht ein. Beschwerden haben erstens keine aufschiebende Wirkung; diese kann auch nicht durch den Instruktionsrichter gewährt werden, wenn sich die Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans richtet (Art. 24 Abs. 3 BankG).[107] Taugliches Anfechtungsobjekt ist zweitens nur die Verfügung, mit der die FINMA den Sanierungsplan genehmigt (Art. 24 Abs. 2 BankG). Drittens beschränkt Art. 24 Abs. 4 BankG die Rechtsfolgenanordnung, wenn die Beschwerde eines Gläubigers oder eines Eigners gutgeheissen wird: Das Gericht kann nur eine Entschädigung zusprechen, nicht jedoch den Sanierungsplan aufheben. Diese ebenfalls erst 2011 in das Gesetz eingeführte Einschränkung[108] wird damit begründet, dass das Interesse an einer lückenlosen Weiterführung kritischer Funktionen das rein monetäre Interesse der Gläubiger und Eigner überwiege; zudem könne dieses Interesse mit einer Entschädigung abgegolten werden.[109]

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft mit voller Kognition die Feststellung des Sachverhalts und die Anwendung von Bundesrecht (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG).[110] Darüber hinaus kann Unangemessenheit der Sanierungsverfügung gerügt werden (Art. 49 Bst. c VwVG). Allerdings auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht besondere Zurückhaltung, wenn die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt (sog. technisches Ermessen).[111] Das Bundesverwaltungsge-

---

102 BGE 127 V 431 E. 3d/aa S. 437.

103 BGE 127 V 431 E. 3d/aa S. 437; Kölz/Häner/Bertschi (FN 90), Rz. 216.

104 Kölz/Häner/Bertschi (FN 90), Rz. 548 ff.; vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1. Das Bundesverwaltungsgericht lässt eine Heilung nur bei nicht schwerwiegenden Verletzungen des rechtlichen Gehörs zu; vgl. BVGE 2008/47 E. 3.3.4; 2007/27 E. 10.1.

105 BGE 127 V 431 E. 3d/aa.

106 So auch BGE 135 I 279 E. 2.6.1.

107 Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung greift nicht nur bei Beschwerden von Gläubigern und Eigentümern, sondern auch bei einer Beschwerde der betroffenen Bank; vgl. dazu BVerwGer, 26.3.2009, B-1523/2009.

108 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 30. Sept. 2011 (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor), in Kraft seit 1. März 2012, AS 2012 811; BBl 2011 4717.

109 Botschaft too big to fail, BBl. 2011, 4766.

110 Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, § 7 N. 173.

111 Kölz/Häner/Bertschi (FN 90), Rz. 1052; vgl. auch BVerwGer, 11.11.2013. A-5581/2012 E. 3 [ElCom als «Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung» ... rechtfertigt grundsätzlich eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen.»].

richt wird also nicht «ohne Not» eine Entscheidung der FINMA korrigieren.[112]

Stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Rüge des Beschwerdeführers begründet ist, z.B. weil der Sanierungsplan auf einem unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt beruht, Bundesrecht verletzt oder schlicht unangemessen war, so kann es die Verfügung nicht aufheben. Vielmehr ist die einzige nach Art. 24 Abs. 3 BankG zulässige Entscheidung die Anordnung einer Entschädigungszahlung. Das EU-Bankeninsolvenzrecht, das im Übrigen ähnliche Beschränkungen des Rechtsweges vorsieht wie Art. 24 BankG[113], sieht in diesem Punkt eine wesentlich differenziertere Regelung vor und beschränkt die Rechtsfolgeanordnung bei Gutheissung der Beschwerde nur dann auf Schadenersatz, wenn dies zum Schutz von Dritten notwendig ist, die in gutem Glauben Vermögenswerte von einem Institut in Abwicklung erworben haben (Art. 85(4) i.f. BRRD). In allen anderen Fällen ist die Beschwerdeinstanz frei, die üblichen Rechtsfolgeanordnungen zu treffen (Aufhebung, Rückweisung etc.).

Bemerkenswert ist, dass nur die Rechtsmittel der Gläubiger und Eigner beschränkt sind, nicht jedoch die Beschwerdemöglichkeiten der betroffenen Bank selber. Diese richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege.[114] Die Organe der Bank dürften im Zeitpunkt einer Genehmigung des Sanierungsplans allerdings längst abberufen worden sein (Art. 26 Abs. 1 Bst. c BankG), sodass der Sanierungsbeauftragte und letztendlich die FINMA über die Einreichung einer Beschwerde entscheiden.[115] Unter diesen Umständen ist die Annahme nicht vermessen, dass eine Beschwerde der Bank eine eher theoretische Möglichkeit ist.

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts können mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 86 Abs. 1 Bst. a BGG).

VI. Entschädigung und Ausgleichszahlungen

1. Der Bail-in als Enteignung?

1.1 Enteigung oder enteignungsähnlicher Tatbestand?

Wie bereits ausgeführt, sind die Rechtspositionen der Gläubiger und Anteilseigner, die Gegenstand eines Bail-in sein können, als Eigentumsrechte i.S.v. Art. 26 BV zu qualifizieren. Daraus ergibt sich zunächst einmal, dass staatliche Eingriffe nur unter qualifizierten Voraussetzungen – gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit – zulässig sind (Art. 26 i.V.m. 36 Abs. 1–3 BV; sog. Bestandesgarantie). Darüber hinaus gewährleistet die sog. Wertgarantie «volle Entschädigung» aufgrund einer zulässigen Eigentumsbeschränkung, die eine formelle Enteignung oder eine enteignungsähnliche Massnahme (materielle Enteignung) darstellt (Art. 26 Abs. 2 BV).

Entschädigungspflichtig sind nur formelle oder materielle Enteignungen. Andere Beschränkungen des Eigentums sind demgegenüber entschädigungslos hinzunehmen.[116] Bei einer formellen Enteignung wird dem Eigentümer durch hoheitlichen Akt ein Eigentumsrecht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entzogen oder auf einen neuen Rechtsträger übertragen.[117] Eine enteignungsähnliche Massnahme liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, «wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hiefür keine Entschädigung geleistet würde» (Sonderopfer)».[118] Die formelle unterscheidet sich von der materiellen Enteigung dadurch, dass bei der materiellen Enteignung kein Rechtsübergang stattfindet und dass die Entschädigung nicht Gültigkeitsvoraussetzung, sondern Folge des Eigentumseingriffs ist.[119]

---

112 Kölz/Häner/Bertschi (FN 90), Rz. 1052.

113 Auch die Richtlinie schreibt vor, dass die Anordnung der Abwicklungsbehörde sofort vollstreckbar ist und ein Rechtsmittel nicht automatisch aufschiebende Wirkung hat (Art. 85(4)(a) und (b) BRRD).

114 BSK-Poledna/Jermini, Art. 24 BankG, Rz, 17; BVerwGer, 26.3.2009, B-1523/2009, E. 1.3 und 1.4.

115 Vgl. dazu Emmenegger/Kurzbein (FN 32), 515 [mit dem Hinweis, dass die Bankorgane insofern ihre Vertretungsbefugnis noch behalten; Art. 740 Abs. 5 OR]; dazu auch BVGer, 12.3.2013, B-3771/2013, E. 2.3.3.

116 BGE 125 II 431 E. 4a; BV-Biaggini, Art. 26 BV, Rz. 33.

117 Vgl. BVerwGer, Urteil vom 11. November 2013, A-5581/2012 E. 6.4.1.; vgl. auch BGE 131 I 321 E. 5.6 (Kündigung einer altrechtlichen Grundlast; vergleichbar mit formeller Enteignung). Hingegen ist der Bail-in keine Enteignung i.S. des Enteignungsgesetzes, das nur Grundstücke dingliche Rechte an Grundstücken sowie die aus dem Grundeigentum hervorgehenden Nachbarrechte und die die persönlichen Rechte von Mietern und Pächtern des von der Enteignung betroffenen Grundstückes zum Gegenstand haben können. Vgl. Art. 5 EntG.

118 BGE 131 II 728 E. 2; BGE 123 II 481 E. 6e; BGE 113 Ia 368 E. 4b.

119 Vgl. BVGer., 11. November 2013, A-5581/2012 E. 6.4.1; BV-Biaggini, Art. 26 BV, Rz. 30.

Bei der Abschreibung von Fremdkapital bzw. der Herabsetzung von Eigenkapital werden den Gläubigern bzw. den Eigentümern durch Verfügung der Abwicklungsbehörde Eigentumrechte ersatzlos entzogen, ohne dass ein Rechtsübergang stattfindet. Es handelt sich dabei um einen schweren Eingriff – tatsächlich bereitet es Mühe, sich einen schwereren Eingriff als die vollständige Löschung einer Forderung bzw. eines gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechts vorzustellen. Der Eingriff erfolgt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, nämlich zur Wahrung der Stabilität des Finanzsystems.[120] Beide Massnahmen sind somit als enteignungsähnliche Eingriffe zu qualifizieren. Weniger klar ist die Einordnung einer Zwangsumwandlung von Fremd- in Eigenkapital, bei der ein Eigentumsrecht (Forderung) durch ein anderes Eigentumsrecht (Aktie) ersetzt wird. Ob eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung oder eine entschädigungslose Eigentumsbeschränkung vorliegt, dürfte insbesondere auch vom Umtauschverhältnis abhängen.

Kein Anspruch auf Entschädigung besteht nach einer umstrittenen[121] Rechtprechung des Bundesgerichts, wenn ein Eingriff in ein Eigentumsrecht zur Abwehr einer konkreten unmittelbaren Gefahr für ein Polizeigut erfolgt und sich gegen den Störer richtet.[122] Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Herausgabe von Kontendaten an US-Steuerbehörden anerkannt, dass die ökonomische Stabilität der Volkswirtschaft und der Schutz des Finanzmarkts ein polizeiliches Rechtsgut darstellt, weil ein Zusammenbruch des Finanzsystems klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr beeinträchtigen würde.[123] Störer wäre im vorliegenden Zusammenhang allerdings wenn schon die Bank, nicht aber deren Aktionäre und schon gar nicht ihre Gläubiger.[124]

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass jedenfalls bei einem vollständigen und ersatzlosen Entzug von Forderungs- oder Anteilsrechten eine materielle Enteignung vorliegt, welche grundsätzlich Entschädigungspflichten auslöst.

1.2 Bestimmung der Entschädigung

Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, sind nach verfassungsrechtlichen Vorgaben «voll [zu] entschädig[en]» (Art. 26 Abs. 2 BV). Nach Lehre und Praxis soll der Enteignete vor und nach der Enteignung wirtschaftlich gleichgestellt sein; ihm soll aus der Enteignung weder ein Gewinn noch ein Verlust resultieren.[125] Die Bundesverfassung ist in diesem Punkt strikter als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dessen Rechtsprechung zum Zusatzprotokoll 1 zur EMRK nicht unter allen Umständen eine volle Entschädigung garantiert[126] und der in aussergewöhnlichen Umständen sogar den vollständigen Verzicht auf eine Entschädigung zulässt.[127] Da die Schweiz das Zusatzprotokoll 1 zur EMRK nicht ratifiziert hat, ist diese Rechtssprechung allerdings hier nicht unmittelbar relevant.

Die Enteignungsentschädigung ist entweder nach objektiven Kriterien, insbesondere dem Verkehrswert, oder nach dem subjektiven Interesse des Enteigneten an der Beibehaltung des Rechts zu bestimmen.[128] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diejenige Methode anzuwenden, die für den Enteigneten günstiger ist.[129] Bei Grundstücken bestimmt sich die Enteignungsentschädigung in erster Linie nach dem Verkehrswert; dieser ist primär anhand von Vergleichspreisen festzulegen (sog. statistische Methode oder Vergleichsmethode); nur wenn keine Vergleichspreise vorhanden sind, darf ausschliesslich nach anderen Methoden vorgegangen werden, die (wie die sog. Lageklassenmethode oder die Methode der Rückwärtsrechnung) auf blosse Hypothesen abstellen.[130] Nach herrschender Auffassung ist die Entschädigung grundsätzlich in Form von Geld zu leisten.[131] Die Gesetzgebung kann allerdings eine Pflicht zur Leistung oder zur Annahme von Realersatz festlegen oder Sachleistungen vorsehen.[132]

Grundsätzlich kann die Entschädigung von Aktionären und Gläubigern sich auf einen Betrag von null Franken

---

120 Das ist ein entscheidender Unterschied zu einem normalen Zwangsvollstreckungsverfahren, in dem der Staat nicht *zur*, sondern *in* Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Eigentumsrechte eingreift. Diese Verfahren bezwecken die Verwirklichung des Vermögensbeschlags der Gläubiger und dienen damit unmittelbar deren Interessen. Demgegenüber steht das bankengesetzliche Abwicklungsverfahren seit der Teilnovelle 2011 ausdrücklich nicht mehr im Interesse der Gläubiger und Eigentümer. Vgl. zu dieser Unterscheidung Benedikt Meier, Restschuldbefreiung, Diss. Zürich 2012, 44 f.

121 Übersicht bei Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern 2008, 1034 ff.

122 Vgl. dazu BV-Biaggini, Art. 26 BV, Rz. 34.

123 BGer., 15.7.2011, 2C_127/2010 E. 4.1.

124 Zum Störerbegriff Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 35), 569 ff.

125 BGE 122 I 168 E. 4/aa; vgl. auch BVGer., 11.11.2013, A-5581/2012 E. 6.5.1; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 35), Rz. 2107.

126 EGMR, 10.7.2012, Nr. 34940/10, Dennis Grainger et al. vs. United Kingdom, § 37.

127 EGMR, 30.6.2005, Nr. 46720/99, 72203/01 und 72552/01, Jahn et al. v. Germany, § 117 [«… in the unique context of German reunification, the lack of any compensation for an expropriation of property did not upset the «fair balance» that had to be struck between the protection of property and the requirements of the general interest.»] Vgl. dazu einlässlich Birgit Iris Fischborn, Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?. Zur Vereinbarkeit des entschädigungslosen Entzugs von Eigentum mit Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, Tübingen 2010, passim.

128 Vgl. BVGer., 11.11.2013, A-5581/2012 E. 6.8.1.

129 BGE 113 Ib 39 E. 2a [Enteigung einer Unternehmung].

130 BV-Biaggini, Art. 26 BV, Rz. 37; BGE 113 Ib 39 E. 2a; BGE 122 I 168 E. 3a; vgl. auch BGE 128 II 74 E. 5c; BGE 131 II 458 E. 6.1 zur Lageklassenmethode.

131 BV-Biaggini, Art. 26 BV, Rz. 36.

132 BV-Biaggini, Art. 26 BV, Rz. 36.

belaufen. Das war beispielsweise das Ergebnis im Fall der britischen Bank Northern Rock, die allerdings im Zeitpunkt der Verstaatlichung nur dank ausserordentlichen Liquiditätshilfen der britischen Zentralbank noch am Leben war.[133] Diese Liquiditätshilfe war bei der Festsetzung der Entschädigung zu recht nicht berücksichtigt worden. Beim Bail-in ist die Situation insofern eine andere, als die Bank noch in erheblichem Umfang über Eigenkapital verfügt, wenn Abwicklungsmassnahmen eingeleitet werden. Unter diesen Umständen kann die Entschädigung nicht einfach auf Null reduziert werden. Zu diesem Ergebnis ist im Fall der niederländischen SNS-Gruppe am 1.2.2013 auch der Gerichtshof Amsterdam gelangt, der ein Entschädigungsangebot des Finanzministers, das für Aktionäre und nachrangige Gläubiger ebenfalls eine Entschädigung von null Euro vorgesehen hatte, als ungenügend zurückwies.[134]

2. Entschädigungsansprüche aus Investitionsschutzabkommen

Schranken für den Eingriff in Eigentumsrechte, die durch spezifische Verfahrensregeln unterfüttert sind, ergeben sich auch aus vielen der mehr als 120 bilateralen Investitionsschutzabkommen, die die Schweiz abgeschlossen hat.[135] Diese Abkommen finden Anwendung auf Investitionen von Angehörigen einer Vertragspartei auf dem Gebiet der anderen Vertragspartei,[136] wobei «Investition» denkbar weit umschrieben ist und insbesondere auch Gesellschaftsanteile und Forderungen auf Geld umfasst.[137] Diese Abkommen legen in der Regel auch fest, unter welchen Voraussetzungen eine Besitzentziehung zulässig ist, wobei auch der Begriff «Enteigung» regelmässig weit verstanden wird.[138] Als Rechtmässigkeitsvoraussetzungen einer Besitzentziehung verlangen die Abkommen meistens eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse und die Nichtdiskriminierung. Darüber hinaus wird vielfach auch eine Entschädigungszahlung verlangt, die angemessen sein muss und in frei konvertibler Währung zu bezahlen ist. Auch die anzuwendenden Bewertungsgrundsätze und der Bewertungszeitpunkt sowie Zinszahlungen werden in manchen Abkommen festgelegt. Weiter fordern gewisse Abkommen, dass die Entschädigungszahlungen in einem ordentlichen Verfahren festgestellt werden müssen. Schliesslich sehen die Abkommen regelmässig vor, dass Streitigkeiten durch Schiedsgerichte wie z.B. ICSID zu entscheiden sind.[139]

Es ist hier nicht der Ort, um eine Analyse der Eigentumsschutzbestimmungen der Investitionsschutzabkommen und ihrem Zusammenspiel mit den Bail-in-Vorschriften im schweizerischen Bankeninsolvenzrecht vorzunehmen. Klar ist aber, dass Eigner- und Forderungsrechte, die Gegenstand eines Bail-in sind, je nach Übereinkommen als Investition qualifiziert werden können. In diesem Fall sind zusätzlich zu den verfassungsrechtlichen Schranken die spezifischen materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des entsprechenden Übereinkommens zu beachten. Nachdem die Schweiz über ein praktisch flächendeckendes Netz an Investitionsschutzabkommen verfügt, stellen sich diese Fragen praktisch immer, sobald Forderungen von Kunden oder Rechte von Eignern im Ausland betroffen sind.

3. Finanzierung der Entschädigung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Anwendung des Bail-in-Instruments zu Entschädigungsansprüchen und Ausgleichszahlungen führen kann. Das ist bereits nach geltendem Recht der Fall, wenn das Bundesverwaltungsgericht zur Auffassung gelangt, dass der Sanierungsplan mangelhaft war. Das Gericht kann in diesem Fall die Genehmigungsverfügung der FINMA nicht aufheben oder die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück-

---

133 Vgl. EGMR, 10.7.2012, Nr. 34940/10, Dennis Grainger et al. vs. United Kingdom, § 39; vgl. dazu auch die Vorinstanzen: High Court, [2009] EWHC 227 (Admin), Court of Appeal, [2009] EWCA Civ. 788; UK Supreme Court, UKSC 2009/0179.

134 Vgl. Gerechtshof Amsterdam, 11.7.2013 – 200.122.906/01 betr. Schadeloosstelling onteigende effecten en vermogensbestanddelen SNS REAAL N.V. en SNS Bank N.V. (beim Autor verfügbar).

135 Vgl. dazu Staatssekretariat für Wirtschaft, Liste der durch die Schweiz abgeschlossenen Abkommen über die Förderung und den Schutz von Investitionen (2.10.2014).

136 Vgl. z.B. Investitionsschutzabkommen (ISA) Schweiz-Ägypten v. 7.6.2010; ISA Schweiz-Saudi Arabien v. 1.4.2006; ISA Schweiz-Kosovo v. 27.10.2011; ISA Schweiz-China v. 27.1.2009, je Art. 2.

137 Vgl. z.B. ISA Schweiz-China v. 27.1.2009, Art. 1(1)(b) und (c): «Für die Zwecke dieses Abkommens umfasst der Begriff «Investition» alle Arten von Vermögenswerten, und insbesondere ...(b) Aktien, Anteile und anderen Formen der Beteiligung an Gesellschaften; (c) Forderungen auf Geld oder auf irgendwelche Leistung, die einen wirtschaftlichen Wert aufweist.»

138 ISA Schweiz-Ägypten v. 7.6.2010, Art. 6; ISA Schweiz-Saudi Arabien v. 1.4.2006, Art. 5; ISA Schweiz-Kosovo v. 27.10.2011, Art. 5. Art. 6 ISA Schweiz-China v. 27.1.2009 lautet wie folgt: «Keine Vertragspartei trifft direkt oder indirekt Enteignungs- oder Verstaatlichungsmassnahmen oder irgendwelche andere Massnahmen derselben Art oder Wirkung gegenüber Investitionen von Investoren der anderen Vertragspartei, es sei denn, solche Massnahmen werden im öffentlichen Interesse getroffen, sind nicht diskriminierend und eine Entschädigung ist vorgesehen. Diese Entschädigung hat dem Marktwert der enteigneten Investition unmittelbar vor dem Zeitpunkt zu entsprechen, als die enteignende Handlung stattfand oder öffentlich bekannt wurde, je nachdem welcher Fall früher eingetreten ist. Der Entschädigungsbetrag schliesst Zinsen zu einem üblichen Handelssatz ein, vom Zeitpunkt der Enteignung bis zu jenem der Zahlung gerechnet, wird in einer frei konvertierbaren Währung festgelegt, unverzüglich an den betreffenden Investor gezahlt und ist frei transferierbar. Der von der Enteignung betroffene Investor hat das Recht, gemäss dem Recht der enteignenden Vertragspartei seinen Fall und die Bewertung seiner Investition in Übereinstimmung mit den in diesem Absatz aufgestellten Grundsätzen umgehend durch eine richterliche oder eine andere unabhängige Behörde der betreffenden Vertragspartei überprüfen zu lassen.»

139 Vgl. z.B. Investitionsschutzabkommen (ISA) Schweiz-Ägypten v. 7.6.2010, Art. 12; ISA Schweiz-Saudi Arabien v. 1.4.2006, Art. 10; ISA Schweiz-Kosovo v. 27.10.2011, Art. 11; ISA Schweiz-China v. 27.1.2009, Art. 11.

weisen sondern bloss eine Entschädigungszahlung anordnen (Art. 24 Abs. 3 BankG).

Gesetz und Materialien schweigen sich darüber aus, wer für diese Entschädigungen aufkommen soll. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, passivlegitimiert seien die Personen, die nach der Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers durch den Sanierungsplan bevorzugt wurden und daher ausgleichspflichtig sind.[140] Während das bei einer Abwicklungsmassnahme, welche die Aktivseite beschlägt, der Erwerber oder neue Rechtsträger der veräusserten oder übertragenen Aktiven ist,[141] wären es beim Bail-in die anderen (erfassten und nicht erfassten) Gläubiger und Anteilseigner. Es ist unrealistisch anzunehmen, man könne im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu einem angemessenen und fairen Ausgleich unter den verschiedenen Gläubigergruppen gelangen. Ist ein Ausgleich nicht möglich, so soll nach anderer Meinung der Bund nach den Regeln der Staatshaftung haften.[142] Das aber ist kaum das Ergebnis, das dem Gesetzgeber als Lösung des TBTF-Problems vorschwebte.

Nach dem künftigen EU-Bankeninsolvenzrecht kann die Abwicklungsbehörde zur Finanzierung von Abwicklungsmassnahmen auf Abwicklungsfonds zurückgreifen, die aus Abgaben der Banken finanziert werden (Art. 99 ff. BRRD). Diese Abwicklungsfonds sollen bis 2018 über Mittel im Umfang von rund EUR 55 Mrd. verfügen. Die Zwecke, zu denen der Abwicklungsfonds genutzt werden darf, sind in Artikel 101 BRRD aufgezählt. So kann der Abwicklungsfonds die sich aus dem Ausschluss gewisser Gläubigergruppen ergebenden Kosten übernehmen – allerdings nur, sofern Gläubiger und Anteilseigner bereits Lasten im Umfang von mindestens 8 % der Bilanzsumme übernommen haben (Art. 44(4)-(5) BRRD). Ferner leistet der Abwicklungsfonds Entschädigungen, falls der *No creditor worse off*-Test ergibt, dass Anteilseigner oder Gläubiger in einem Abwicklungsverfahren höhere Verluste hinzunehmen haben als in einem hypothetischen Liquidationsverfahren.

In der Schweiz ist nach dem Konzept der TBTF-Kommission den tiefwandelnden Pflichtwandelanleihen die Funktion eines Restrukturierungsfonds zugedacht. Systemrelevante Banken müssen eine sog. progressive Eigenmittelkomponente halten (Art. 130 Abs. 1 ERV). Diese ist durch Wandlungskapitel zu decken, das spätestens umgewandelt wird, wenn das anrechenbare harte Kernkapital einen Wert von 5% unterschreitet (Art. 130 Abs. 2 ERV). Gemäss dem Schlussbericht der TBTF-Expertenkommission soll dieses Kapital auch dazu dienen, um Verluste der Gesamtbank während der Abwicklung aufzufangen sowie um eine allfällige Brückenbank zu kapitalisieren und somit die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen sowie der Restbank bis zur ihrer geordneten Abwicklung zu gewährleisten.[143] Erfolgt die Abwicklung statt über eine Brückenbank durch einen Bail-in, so sollte der Restrukturierungsfonds, der sich aus der Wandlung von Pflichtwandelanleihen ergibt, auch für Ausgleichs- und Entschädigungszahlungen im Zusammenhang mit einem Bail-in zur Verfügung stehen. Wie realistisch das ist, ist im Rahmen der Stabilisierungs-, Notfall- und Abwicklungsplanung darzulegen.[144]

Eine Pflicht zur Ausgabe von tiefwandelnden Pflichtwandelanleihen, die als Abwicklungsfonds zur Verfügung stehen, besteht nur für systemrelevante Banken. Für die nicht systemrelevanten Banken muss damit die Finanzierung von Entschädigungs- und Ausgleichszahlungen im Zusammenhang mit einem Bail-in bis auf weiteres offen bleiben. Ferner ist klar, dass es Fälle gibt, in denen ein noch so gut dotierter Abwicklungsfonds nicht über ausreichende Feuerkraft verfügt, insbesondere bei systemweiten Krisen. Für diesen Fall benötigt jedes Abwicklungsregime einen öffentlichen Back-stop, der die Finanzierung der Abwicklung glaubwürdig untermauert.[145] In der Schweiz ist die Diskussion über diesen Aspekt bisher noch nicht geführt worden.

VII. Der Bail-in im internationalen Verhältnis

Wichtigstes Hindernis auf dem Weg, Banken abwickeln zu können, sind ungelöste Probleme im grenzüberschreitenden Verhältnis. Diese haben ihren Grund darin, dass die Abwicklung durch Anwendung hoheitlicher Instrumente erfolgt, deren Wirkungen zunächst einmal auf das Gebiet des Staates begrenzt sind, der die Massnahme anordnet. Sieht der Sanierungsplan beispielsweise die Übertragung von Vermögenswerten einer insolventen Bank auf eine Brückenbank vor, so bewirkt die Genehmigung des Sanierungsplans zwar den Rechtsübergang *ipso iure*.[146] Das gilt uneingeschränkt jedoch nur für

---

140 BSK-Poledna/Jermini, Art. 24 BankG, Rz. 16.

141 Nur für diesen Fall sieht das Gesetz auch ein Bewertungs- und Ausgleichsverfahren vor; vgl. Art. 31b BankG.

142 Grünewald/Weber (FN 5), 557 FN 21.

143 Vgl. Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen (30. September 2010), 42.

144 Nach Art. 21–21c und Art. 22 BankV haben systemrelevante Banken bzw. die FINMA gesamthaft drei verschiedene Pläne zu erstellen, nämlich einen Stabilisierungsplan (Recovery Plan), einen Notfallplan sowie einen Abwicklungsplan (Resolution Plan).

145 Thomas Gstädtner, Der Kommissionsvorschlag für einen Einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM), Ifo Schnelldienst 17/2013 (13. September 2013), 5–8, 7.

146 Das gilt uneingeschränkt nur für systemrelevante Banken; bei nicht systemrelevanten Banken tritt der Übergang erst ein, wenn der Sanierungsplan vollstreckbar ist, also nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung von Rechtsmittelverfahren. Vgl. Art. 51 Abs. 2 BIV-FINMA. Das gilt im übrigen auch für Massnahmen, die eine Eintragung in das Grundbuch, das Handelsregister oder andere Register erfordern; vgl. Art. 45 Abs. 3 BIV-FINMA.

Vermögenswerte, die sich auf schweizerischem Territorium befinden. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsnachfolge *ipso iure* auch ausländische Vermögensteile erfasst, hängt letztlich von der Haltung des ausländischen Rechts ab.[147]

Nicht anders verhält es sich mit dem gesetzlichen Bail-in. Die Genehmigung des Sanierungsplans durch die FINMA bewirkt zwar *ipso iure* die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital oder die Herabsetzung von Fremdkapital und die Herabsetzung bzw. Ausgabe von Eigenkapital. Diese Wirkungen treten uneingeschränkt jedoch nur ein, sofern das Rechtsverhältnis schweizerischem Recht unterliegt und schweizerische Gerichte zur Beurteilung von Streitigkeiten zuständig sind. Sind ausländische Gerichte zuständig oder untersteht das Rechtsverhältnis ausländischem Recht, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass ein hoheitlich verfügter *debt-equity-swap* oder gar eine Abschreibung von Fremdkapital Wirkung entfalten.[148] Zugleich dürfte ein gesetzlicher Bail-in nach den allermeisten Finanz- und Kreditverträgen ein Nichterfüllungsereignis (*default event)* darstellen, das der Gegenpartei das Recht zur Beendigung des Vertrags gibt.[149] Diese Beschränkungen müssen im Rahmen einer Abwicklungsplanung zwingend berücksichtigt werden, will man nicht einen unkoordinierten Zusammenbruch einer Bank riskieren.

Ausser bei kleineren, rein national operierenden Banken setzt eine ordentliche Abwicklung deshalb zwingend einen Rechtsrahmen voraus, der im grenzüberschreitenden Verhältnis die Anerkennung von ausländischen Abwicklungsmassnahmen ermöglicht. Idealerweise würde dieser Rechtsrahmen durch einen multilateralen Staatsvertrag bereitgestellt, doch müssen entsprechende Bemühungen derzeit als gescheitert betrachtet werden.[150] Eine Absicherung von Abwicklungsmassnahmen im internationalen Verhältnis lässt sich allerdings auch auf bilateraler Basis oder auf der Grundlage rein nationaler Rechtsvorschriften erreichen. So lässt schweizerisches Bankeninsolvenzrecht die Anerkennung von ausländischen Insolvenzmassnahmen bereits seit langem in grosszügiger Weise zu (Art. 37g BankG). Auch das neue EU-Bankeninsolvenzrecht sieht einen Rechtsrahmen für die Anerkennung von Abwicklungsmassnahmen vor, die in Drittstaaten getroffen wurden (vgl. Art. 94 ff. BRRD). Die Liste der Gründe, die eine Verweigerung der Anerkennung ermöglichen, ist allerdings lang (Art. 95 BRRD), sodass bis auf weiteres offen bleiben muss, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Bail-in nach schweizerischem Recht durch die Mitgliedstaaten der EU anerkannt werden wird. Im Verhältnis zu Staaten ausserhalb Europas wird die Möglichkeit, einem hoheitlichen Bail-in durch Anerkennung international zur Wirksamkeit zu verhelfen, in jedem Fall auf absehbare Zeit mit sehr grossen Unsicherheiten belastet bleiben.

Der Finanzsstabilitätsrat (FSB) verfolgt als Alternative einen vertragsrechtlichen Ansatz.[151] Dabei werden Banken verpflichtet, in den Ausgabebedingungen ihrer unter fremdem Recht ausgegebenen Fremdkapitalinstrumente Klauseln aufzunehmen, gemäss denen sich die Gläubiger einverstanden erklären, durch einen allfälligen Bail-in gebunden zu sein.[152] Hinter diesem Vorschlag steht die Erwartung, dass die Gerichte einer klaren vertraglichen Vereinbarung Nachachtung verschaffen werden, sofern keine Verletzung der öffentlichen Ordnung vorliegt.[153] Ob diese Hoffnung gerechtfertigt ist, wird sich weisen müssen, denn ungeachtet aller Vertragsklauseln bleibt der gesetzliche Bail-in ein hoheitliches Instrument, das durch öffentlich-rechtliche Vorschriften ausgelöst und angewandt wird.

VIII. Ergebnisse und Thesen

Der gesetzliche Bail-in ist ein potentiell sehr mächtiges Instrument, um eine insolvente Bank innert nützlicher Frist unter Einbezug der Anteilseigner und der Gläubiger zu rekapitalisieren. In Verbindung mit anderen Abwicklungsmassnahmen kann ein Bail-in auch dazu beitragen, das Vertrauen von Kunden, Gegenparteien und Behörden in die Bank zu stärken und diese damit zu stabilisieren. Voraussetzung ist, dass der Bail-in glaubwürdig ist und nicht durch Gläubiger oder Anteilseigner in Frage gestellt werden kann.[154] Diese Voraussetzung ist zurzeit für das schweizerische Recht nicht erfüllt. Die Anwendung des Bail-in wäre deshalb mit unkalkulierbaren Risiken verbunden.[155]

---

147 Der Umstand, dass das schweizerische Bankeninsolvenzrecht dem Grundsatz der aktiven Universalität folgt (Art. 25 Abs. 4 BankG, Art. 3 BIV-FINMA), ändert daran nichts. Die fraglichen Bestimmungen stellen nur, aber immerhin, den Anwendungsanspruch des schweizerischen Insolvenzrechts auch hinsichtlich der im Ausland belegenen Vermögensteile klar.

148 So auch FSB, Cross-border recognition of resultion action, Consultative Document (29 September 2014), 4.

149 Gleeson (FN 6), 22.

150 Die Schweiz hatte Ende 2013 einen Anlauf unternommen, die UN-Kommission für internationales Wirtschaftsrecht (Uncitral), die über jahrzehntelange Erfahrung in international-insolvenzrechtlichen Fragestellungen verfügt, mit Vorbereitungsarbeiten für ein Instrument zur Anerkennung von Abwicklungsmassnahmen zu betrauen. Dieser Vorschlag wurde insbesondere von den USA mit dem Argument bekämpft, der Finanzstabilitätsrat befasst sich bereits mit dieser Materie. Dieser hat im September 2014 ein Dokument publiziert, in dem die Option eines internationalen Instruments nicht einmal erwähnt wird. Vgl. FSB, Cross-border recognition of resultion action, Consultative Document (29 September 2014), 1 ff.

151 FSB (FN 150), 14.

152 FSB (FN 150), 14 f.

153 FSB (FN 150), 14 f.

154 Gleeson (FN 6), 16 [«In order to achieve this objective, providers of liquidity must be left with no doubt that the write-off is immediately effective and cannot be credibly challenged.»]; ähnlich Melaschenko/ Reynolds (FN 2), 2.

155 So auch Grünewald/Weber (FN 5), 555.

Zunächst fehlt es an ausreichend robusten Rechtsgrundlagen (vorne Seite 445, 449 und 453). Da der Bail-in in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Gläubiger und Anteilseigner eingreift, müssen die gesetzlichen Grundlagen qualifizierten Anforderungen genügen (vorne Seite 449). Nicht nur die Eingriffsmöglichkeiten, sondern auch die Voraussetzungen, Rahmenbedingungen und wesentlichen Elemente des Verfahrens zur Anwendung des Bail-in-Instruments sind auf Gesetzesstufe zu regeln. Die geplante Überführung des Bankeninsolvenzrechts in das Finanzinstitutsgesetz würde dazu eine gute Gelegenheit bieten. Bei dieser Gelegenheit sollte man auch das Konzept der Bankenabwicklung einarbeiten und deutlich sichtbar machen, was heute nur mit Mühe erkennbar ist. Auch der fehlende Rechtsrahmen für die Anerkennung des Bail-in im internationalen Verhältnis setzt seiner Anwendung enge Schranken, jedenfalls bei grenzüberschreitend tätigen Banken (vorne Seite 460).

Mit robusteren Rechtsgrundlagen allein ist es nicht getan, denn die Anwendung des Bail-in-Instruments ist mit einer ganzen Reihe von Zielkonflikten verbunden. So sind die Aussichten für eine ordentliche Abwicklung umso besser, je früher die Abwicklungsbehörde eingreift und je grosszügiger Fremd- in Eigenkapital gewandelt wird. Das auch verfassungsmässig vorgegebene Verhältnismässigkeits- und Subsidiaritätsprinzip spricht demgegenüber für ein möglichst spätes und zurückhaltendes Eingreifen und lässt eine Wandlung auf Vorrat eigentlich nicht zu (vorne Seite 453). Am deutlichsten manifestieren sich diese Zielkonflikte bei den Mitwirkungsrechten der Gläubiger und Anteilseigner und dem Rechtsschutz gegen einen Bail-in. Diese sind aus nachvollziehbaren Gründen auf ein absolutes, unter grund- und verfassungsrechtlichen Aspekten eben gerade noch vertretbares Minimum beschränkt (Seite 455). Zugleich erhöht diese Beschränkung der Mitwirkungsrechte und des Rechtsschutzes die Angriffsflächen im Rahmen einer Überprüfung von Bail-in-Massnahmen.

Diese systemimmanenten Zielkonflikte lassen sich nach hier vertretener Auffassung auflösen oder zumindest entschärfen, indem die Entscheidungen über den Einbezug der Gläubiger und Anteilseigner in die Rekapitalisierung der Bank einerseits und über die definitive Verteilung der Lasten anderseits zeitlich und verfahrensmässig getrennt werden (vorne Seite 448, 456). Im Rahmen der Ausarbeitung des Sanierungsplans legt die FINMA nur, aber immerhin fest, welche Anteilseigner- und Gläubigergruppen in welchem maximalen Umfang zur Rekapitalisierung der Bank herangezogen werden. Diese Entscheidung kann rasch und gegebenenfalls auf der Grundlage unvollständiger Informationen erfolgen. Die definitive Allokation der Verluste erfolgt dann in einem getrennten Verfahren auf der Grundlage von unabhängigen Bewertungen und unter voller Wahrung der Mitwirkungsrechte der Anteilseigner und Gläubiger.[156] Ein solcher Prozess vermeidet rechtsstaatlich bedenkliche Eingriffe in Verfahrens- und Mitwirkungsrechte der Gläubiger und Anteilseigner, ist deshalb besser legitimiert und damit rechtlich auch weit weniger angreifbar als die wenig systematischen und unvollständigen Regelungen des geltenden Rechts.

Die Glaubwürdigkeit eines Bail-in hängt ausserdem entscheidend davon ab, dass die Finanzierung von Entschädigungs- und Ausgleichszahlungen geklärt wird. Solche sieht bekanntlich bereits das geltende Recht vor (vgl. Art. 24 Abs. 3 BankG), ohne dass klargestellt ist, woher das Geld für diese Zahlungen kommen soll. Das schweizerische TBTF-Konzept stellt dafür einen bankinternen Abwicklungsfonds zur Verfügung, der aus der Wandlung der tiefwandelnden CoCos gespiesen wird (vorne Seite 460). Eine glaubwürdige Abwicklungsstrategie muss zwingend aufzeigen, dass diese Mittel zur Finanzierung der Abwicklung ausreichen. Bleiben Zweifel daran, dass dieser Abwicklungfonds ausreichend dotiert oder im Krisenfall effektiv verfügbar ist, so führt kaum ein Weg daran vorbei, dass der Bund Abwicklungsmassnahmen deckt *(fiscal backstopp).*

Wichtig ist schliesslich auch die Feststellung, dass der Bail-in nicht die Lösung für alle Probleme ist. Insbesondere ist er nicht geeignet, die Ursachen zu adressieren, die zur Schieflage einer Bank geführt haben. Der Bail-in wird deshalb in aller Regel mit anderen Restrukturierungsmassnahmen zu verbinden sein, die bei den Ursachen ansetzen, wie der Auslagerung von Problemaktiven, der Schliessung oder dem Verkauf von unzureichend rentablen Geschäftsbereichen und einem Wechsel des Management. Gesetzgeber und Abwicklungsbehörden sollten diesen Policy-Mix deutlicher herausarbeiten. Sie könnten damit auch Ängsten begegnen, dass eine insolvente Bank nach einem Bail-in wie aus einem Jungbrunnen aufersteht und auf Kosten der Anteilseigner und Gläubiger weitermacht wie bisher.

[156] Melaschenko/ Reynolds (FN 2), 4 ff.