

# Optionen in der Abwicklung

Seraina Grünewald | Mirjam Eggen\*

*The resolution of a systemically important bank can only succeed if it is carefully prepared by the resolution authority. This must be done at a time when the crisis and its causes are not yet apparent. Sound resolution planning must therefore include a range of options and tools from which the authority can derive the appropriate measures in the event of a crisis. The focus is not on saving the bank, but on ensuring the globally agreed resolution objectives of protecting the financial system and taxpayers' money. Current Swiss law contains loopholes that make such*

*resolution planning in options difficult. In particular, there is a lack of workable rules for bridge institutions and for the resolution of medium-size banks. In addition, current law contains actual obstacles to resolution, such as the value adjustment pursuant to Art. 31c of the Banking Act. Furthermore, the law must ensure that the transfer instruments can be combined with bail-in. Finally, the public liquidity backstop has yet to be introduced into Swiss law.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ziele der Abwicklung
  - 1. Allgemeines
  - 2. Systemschutz
  - 3. Steuergeldschutz
  - 4. Verhältnis zum Gläubigerschutz
- III. Abwicklungsplanung
  - 1. Abwicklungsstrategie
  - 2. Abwicklungsinstrumente
  - 3. Abwicklungsfähigkeit
- IV. Optionen im Vergleich
  - 1. Optionalität als Ziel der TBTF-Reformen
  - 2. Fortführung und Restrukturierung
  - 3. Marktaustritt durch (Teil-)Verkauf
  - 4. Weitere Optionen
- V. Ergebnis

## I. Einleitung

Die Abwicklung einer systemrelevanten Bank erfordert eine minutiöse Planung. Die Abwicklungsbehörde muss sich der Krise entschlossen entgegenstellen und Vertrauen in die getroffenen Massnahmen schaffen. Nur so kann sie einen ungeordneten Marktaustritt der Krisenbank und daraus resultierende Schocks auf den Märkten verhindern. Zugleich darf sich die Abwicklungsbehörde nicht darauf verlassen, dass sich die Krise genau in der Art und Weise präsentiert, wie dies in ihrem Planungsszenario vorgesehen ist. Zusätzlich wird sich die Krisenbank bei der Eröffnung eines Abwicklungsverfahrens in einer derart kritischen Situation befinden, dass ein Zeitverlust aufgrund einer Neuplanung fatal sein könnte für die behördliche Intervention. Damit eine Abwicklung nicht nur auf dem Reissbrett, sondern auch in der Praxis gelingt, muss die Abwicklungsbehörde ihre Abwicklungsplanung deshalb mit verschiedenen Optionen ausstatten.

Das geltende Schweizer Recht spricht der Abwicklungsbehörde ein grosses Ermessen zu.<sup>1</sup> Sie hat sowohl einen breiten Spielraum bei der Frage, ob sie tätig wird, wie auch in ihrer Entscheidung, welche Massnahmen sie ergreifen soll.<sup>2</sup> Die Erfahrungen aus dem Frühjahr 2023 haben jedoch gezeigt, dass die verschiedenen Instrumente und Optionen einer Abwicklung im geltenden Recht zu wenig ausgereift sind.

\* Prof. Dr. Seraina Grünewald, Rechtsanwältin, Universität St. Gallen und European University Institute (EUI); Prof. Dr. Mirjam Eggen, LL.M., Rechtsanwältin, Universität Bern. Wir danken Herrn Nico Looser, Universität Bern, für seine sorgfältige und effiziente Betreuung des Fussnotenapparats im vorliegenden Aufsatz. Stand der Recherchen des vorliegenden Aufsatzes ist der 13.2.2025. Sämtliche Internetquellen wurden am 13.2.2025 zuletzt besucht.

<sup>1</sup> Zum Begriff des Ermessens siehe Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Rz. 583 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Renate Schwob, Art. 25 BankG N 2, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand: 23. Nachlieferung 2015, Zürich 2015 (Komm BankG-Bearbeiter).

Die Abwicklungsbehörde kann insbesondere nicht alle Abwicklungsinstrumente einsetzen, welche der Gesetzgeber eingeführt hat. Zusätzlich wird deren Umsetzung gerade durch die beschriebene regulatorische Offenheit erschwert. Optionalität im erforderlichen Ausmass besteht deshalb im geltenden Recht für die Abwicklung nicht.

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit der Frage, welchen Möglichkeiten und Grenzen die Optionalität bei der Abwicklung systemrelevanter Banken unter geltendem schweizerischem Recht begegnet sowie welche Anpassungen *de lege ferenda* vorzunehmen wären, um die Abwicklungsplanung in konkreten Optionen zu verbessern. Dafür geht der Aufsatz zunächst auf die verschiedenen Ziele einer Abwicklung und deren Verhältnis zueinander ein (II.). Anschliessend befasst sich der Beitrag mit dem Prozess der Abwicklungsplanung und identifiziert gesetzliche Lücken und Hindernisse, welche *de lege lata* eine Planung mit verschiedenen Optionen verunmöglichen (III.). Schliesslich diskutiert der Aufsatz die verschiedenen Optionen im Vergleich (IV.), gefolgt von einer Zusammenfassung der Ergebnisse (V.).

## II. Ziele der Abwicklung

### 1. Allgemeines

Die Ziele der Abwicklung wurden international koordiniert bestimmt: Das im Rahmen der G20 errichtete Financial Stability Board (FSB) hielt nach der Finanzkrise in seinen Key Attributes fest, dass regulatorische Vorkehrungen die Abwicklung eines systemrelevanten Instituts ermöglichen sollen, ohne dass das Finanzsystem destabilisiert oder die Steuerzahler belastet würden.<sup>3</sup> Die grundlegenden Zielsetzungen der Abwicklung bestehen somit im Systemschutz und im Steuergeldschutz.<sup>4</sup> Kein Ziel der Abwicklung ist dagegen die Rettung oder Bewahrung der Krisenbank. Unter Abwicklung ist folglich der Mittelweg zwischen zwei «Nicht-Alternativen» zu verstehen: Das systemrelevante Institut kann nicht ohne Schocks für das Finanzsystem in einem Konkursverfahren liquidiert

werden (Systemschutz). Zugleich soll kein Bail-out durch den Staat stattfinden (Steuergeldschutz).

Diese beiden Zielsetzungen liegen auch den Regeln für die Vorbereitung und Durchführung der Abwicklung von systemrelevanten Banken in der Schweiz zugrunde. Sie wurden mit der Einführung der neuen Vorschriften für die Abwicklung von systemrelevanten Banken in den Jahren 2011 und 2012 in das Insolvenzverfahren für Banken aufgenommen. Jedenfalls für systemrelevante Banken verfolgt das Sanierungsverfahren gemäss Art. 28 ff. BankG auch das Ziel, «die Finanzstabilität zu wahren, eine Bankenliquidation abzuwehren sowie staatliche Rettungsaktionen zu vermeiden».<sup>5</sup> Neben den beiden Abwicklungszielen hat die FINMA bei der Abwicklung einer systemrelevanten Bank auch den Gläubigerschutz zu berücksichtigen, der dem Bankengesetz zugrunde liegt.<sup>6</sup>

## 2. Systemschutz

Regeln und Massnahmen zum Systemschutz sollen einen Beitrag zur Finanzstabilität leisten.<sup>7</sup> Unter Finanzstabilität wird der Soll-Zustand verstanden, in welchem sich Systemrisiken nicht verwirklichen und Finanzkrisen deshalb möglichst ausbleiben.<sup>8</sup> Systemrisiken können als sog. Querschnittsrisiken, zeitabhängige Risiken oder aufgrund der Systemrelevanz eines einzelnen Finanzinstituts auftreten.<sup>9</sup>

Der Systemschutz zur Bewahrung der Finanzstabilität wird in der Schweiz durch verschiedene regulatorische Massnahmen unterstützt. So trägt die

<sup>3</sup> Financial Stability Board (FSB), Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, Revised version, 25. April 2024, 4, abrufbar unter: <<https://www.fsb.org/uploads/P250424-3.pdf>>.

<sup>4</sup> FSB (Fn. 3), 4.

<sup>5</sup> Thomas Bauer/Martina Isler/Brigitte Umbach-Spahn, Art. 29 BankG N 18, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (BSK BankG-Bearbeiter); so auch FINMA, Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, Erläuterungsbericht, 16. Januar 2012, 31; Yves Mauchle, Bail-in bei systemrelevanten Banken, Ausgewählte Rechtsfragen zu bankensanierungsrechtlichen Kapitalmassnahmen unter Berücksichtigung der Vernehmlassungsvorlage vom März 2019, GesKR 2019, 249.

<sup>6</sup> Zum bankrechtlichen Gläubigerschutz siehe Komm BankG-Kleiner/Schwob (Fn. 2), Art. 3 BankG N 163 ff.; BSK BankG-Müller (Fn. 5), Einleitung BankG N 19 ff.

<sup>7</sup> Seraina Grünewald, Art. 5 Abs. 2 Bst. e NBG N 6, in: Martin Plenio/Myriam Senn (Hrsg.), Kommentar zum Nationalbankgesetz (NBG), Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG), Zürich/St. Gallen 2021.

<sup>8</sup> Komm NBG-Grünewald (Fn. 7), Art. 5 Abs. 2 Bst. e NBG N 6, 12.

<sup>9</sup> Komm NBG-Grünewald (Fn. 7), Art. 5 Abs. 2 Bst. e NBG N 7 ff.

Schweizerische Nationalbank (SNB) über die Marktbeobachtung und mit ihren weiteren makroprudenzialen Instrumenten zum Systemschutz bei.<sup>10</sup> Auch die FINMA verfügt über verschiedene regulatorische Instrumente, um die Finanzstabilität zu unterstützen.<sup>11</sup>

Ein wichtiges Element des Systemschutzes bilden die Sondervorschriften für systemrelevante Banken. Systemrelevante Banken müssen über zusätzliche Eigenmittel verfügen und Liquidität aufweisen, welche Liquiditätsschocks besser verkraften können als andere Banken.<sup>12</sup> Zusätzlich müssen sie eine Stabilisierungs-<sup>13</sup> und Notfallplanung<sup>14</sup> für die Krise erstellen, und die FINMA hat eine Abwicklungsplanung vorzunehmen.<sup>15</sup>

Systemrelevante Banken werden durch die SNB mittels anfechtbarer Verfügung bezeichnet.<sup>16</sup> Gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG sind Banken systemrelevant, «deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde».<sup>17</sup> Die Systemrelevanz beurteilt sich dabei nach Art. 8 Abs. 1 BankG gestützt darauf, ob das Institut systemrelevante Funktionen wahrnimmt. Diese sind «für die schweizerische Volkswirtschaft unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar». Die Frage der Systemrelevanz wird regelmässig gestützt auf die zweite Anforderung beantwortet.<sup>18</sup> Art. 8 Abs. 1 BankG

bezeichnet in einer nicht abschliessenden Aufzählung<sup>19</sup> das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft und den Zahlungsverkehr als systemrelevant.<sup>20</sup>

In der Schweiz wird die Systemrelevanz eines Instituts zum einen gestützt auf dessen Bedeutung für die Realwirtschaft beurteilt.<sup>21</sup> Als systemrelevant sind zum anderen bereits unter geltendem Recht aber auch jene Banken zu bezeichnen, deren Ausfall zu einem Schock für andere Finanzinstitute werden könnte.<sup>22</sup> Nur unzureichend berücksichtigt wird durch die bestehende Regulierung der Umstand, dass die Stabilität des Finanzsystems nicht nur bei einer Krise eines einzelnen, grossen Instituts beeinträchtigt werden kann. Eine Gefahr kann vielmehr auch von Finanzinstituten ausgehen, die isoliert keine herausragende Bedeutung für die Real- oder Finanzwirtschaft haben.<sup>23</sup> Insbesondere ist denkbar, dass mehrere Finanzinstitute gleichzeitig in eine prekäre Lage geraten.<sup>24</sup> Als Beispiel dafür kann etwa die U.S. Bankenkrise vom Frühling 2023 dienen, welche mit der als Einzelinstitut

[files/2024/04/30/cbd0b985-2ae2-4657-b92d-e259e2228bb9.pdf](https://www.fsb.org/uploads/R131124.pdf).

<sup>10</sup> Komm NBG-Grünewald (Fn. 7), Art. 5 Abs. 2 Bst. e NBG N 23 ff.

<sup>11</sup> Komm NBG-Grünewald (Fn. 7), Art. 5 Abs. 2 Bst. e NBG 15; vgl. auch Christoph Winzeler, Art. 5 FINMAG N 12, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (BSK FINMAG/FinfraG-Bearbeiter).

<sup>12</sup> Art. 9 Abs. 2 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG; SR 952.0); BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 9 BankG N 43 ff.; Komm BankG-Geiger/Kramer (Fn. 2), Art. 9 BankG N 26 ff.

<sup>13</sup> Art. 64 Abs. 1 Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02).

<sup>14</sup> Art. 9 Abs. 2 Bst. d BankG; BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 9 BankG N 72 ff.; Komm BankG-Geiger/Kramer (Fn. 2), Art. 9 BankG N 48 ff.

<sup>15</sup> Art. 64 Abs. 2 BankV.

<sup>16</sup> Art. 8 Abs. 3 BankG; BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 8 BankG N 33 ff.

<sup>17</sup> Zum Begriff der systemrelevanten Bank vgl. auch BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 7 BankG N 10 ff.

<sup>18</sup> Aymo Brunetti, Kurzgutachten zur Definition der Systemrelevanz und zu staatlichen Stützungen von Banken, 22. Dezember 2023, 4, abrufbar unter: <<https://backend.efd.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-efdadminch-files/>

<sup>19</sup> Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; *too big to fail*) vom 20. April 2011, BBl 2011 4717 ff., 4745 (zit. Botschaft tbtf); Komm BankG-Favre/Kramer (Fn. 2), Art. 8 BankG N 4.

<sup>20</sup> Zu den systemrelevanten Funktionen siehe auch BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 8 BankG N 3 ff.

<sup>21</sup> Botschaft tbtf (Fn. 19), 4745; BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 7 BankG N 14.

<sup>22</sup> BSK BankG-Bahar/Peyer (Fn. 5), Art. 7 BankG N 14; vgl. auch Komm BankG-Kramer (Fn. 2), Art. 7 BankG N 15.

<sup>23</sup> Financial Stability Board (FSB), The importance of resolution planning and loss-absorbing capacity for banks systemic in failure, 13. November 2024, 4, abrufbar unter: <<https://www.fsb.org/uploads/R131124.pdf>>; Alain Girard, Systemic in Failure, Portée de la crise bancaire américaine sur la stabilité financière en Suisse, EF 2024, 524; Samuel G. Hanson et al., The Evolution of Banking in the 21<sup>st</sup> Century: Evidence and Regulatory Implications, Brookings Papers on Economic Activity, BPEA Conference Draft 2024, 397, 402.

<sup>24</sup> Vgl. Amir Armanious, Too-systemic-to-fail: Empirical comparison of systemic risk measures in the Eurozone financial system, Journal of Financial Stability, Vol. 73, 2024, 2. Siehe dazu auch Lorenz Honegger, Interview mit Reto Schiltknecht, NZZ-Online, 22. Dezember 2023, 21, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/kantonal-und-privatbanken-als-blinder-fleck-der-ehemalige-finma-aufseher-reto-schiltknecht-weist-auf-ein-wenig-beachtetes-risiko-fuer-den-finanzplatz-hin-ld.1711584>>.

nicht systemrelevanten Silicon Valley Bank begann und sich rasch auf weitere Banken ausdehnte.<sup>25</sup>

Die Zielsetzung des Systemschutzes kann nur dann gesichert werden, wenn diese weiteren Konstellationen bei der Abwicklungsplanung – und der Festlegung der zulässigen Massnahmen – ebenfalls berücksichtigt werden. Andernfalls wird das Finanzsystem insbesondere nur unzureichend vor Querschnittsrisiken geschützt. Heute fehlen den Behörden die Instrumente, um sich auf eine solche Krise vorzubereiten und im Krisenfall rasch und entschlossen zu reagieren. Während ein Konkursverfahren rechtlich zwar ohne weiteres möglich ist, lässt sich damit der Systemschutz u.U. nur unzureichend aufrechterhalten. Eine Abwicklung im Rahmen eines Sanierungsverfahrens ist dagegen bereits aufgrund der fehlenden Vorbereitungsmaßnahmen seitens der betroffenen Bank in der Praxis kaum umsetzbar. *De lege ferenda* ist deshalb zu fordern, dass der Abwicklungskreis auf mittlere Banken der Kategorie drei<sup>26</sup> erweitert wird. Die neu erfassten Banken müssten ebenfalls eine Stabilisierungs- und Notfallplanung vornehmen sowie Massnahmen für eine ausreichende Kapitalisierung und Liquidität im Abwicklungsverfahren ergreifen. Auch der Public Liquidity Backstop (PLB) soll auf diesen erweiterten Bankenkreis Anwendung finden.

### 3. Steuergeldschutz

Geraten systemrelevante Banken in eine Krise, ist die Liquidation in einem gewöhnlichen Konkursverfahren regelmässig nicht möglich. Stehen nur unzureichende Regeln für eine geordnete Abwicklung zur Verfügung oder ist deren Umsetzung nicht genügend vorbereitet,

muss der Staat einschreiten und dafür einstehen, dass zumindest die systemrelevanten Funktionen der Bank geschützt werden. Dabei werden Steuergelder eingesetzt, oder deren Einsatz wird zumindest in Aussicht gestellt. Die damit verbundene Vertrauensbildung kann zwar helfen, um die Finanzmärkte zu beruhigen und die Stabilisierung der Bank sicherzustellen. Zugleich muss die öffentliche Hand jedoch das Versagen der Bank mittragen. Wird dieser Schutz regulatorisch (oder auch nur implizit) bereitgestellt, führt dies zu Fehlanreizen sowohl auf dem Markt wie auch beim Management der Bank selbst.<sup>27</sup> Selbst eine temporäre Rettung von systemrelevanten Krisenbanken – ein sog. *temporary public ownership* (TPO) – wird deshalb nur durch wenige Jurisdiktionen regulatorisch vorgesehen<sup>28</sup> und ist auch für die Schweiz nicht anzustreben. Der Steuergeldschutz als eines der beiden zentralen Abwicklungsziele kann nur dann erreicht werden, wenn für den Umgang mit einer systemrelevanten Bank in der Krise Wege ausserhalb einer Rettung mit Staatsgeldern gefunden werden.

## 4. Verhältnis zum Gläubigerschutz

### 4.1 Gläubigerschutz als Grundsatz im Bankengesetz

Neben dem System- und Steuergeldschutz sind der Gläubiger- und Eignerschutz als wichtige Ziele der Bankengesetzgebung auch in der Abwicklung zu berücksichtigen. So bestand das Ziel des Sanierungsverfahrens gemäss Art. 28 BankG ursprünglich darin, «einer Bank in finanziellen Schwierigkeiten noch eine letzte, durch behördliche Massnahmen unterstützte Chance einzuräumen, die Geschäftstätigkeit mit einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubigerforderungen fortzusetzen».<sup>29</sup> Eine Sanierung durfte deshalb

<sup>25</sup> Vgl. dazu *Andrew Metrick*, The Failure of Silicon Valley Bank and the Panic of 2023, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 38, No. 1, 2024; *Liliana Rojas-Suarez*, The Fall of Silicon Valley Bank: A Warning for Emerging Markets, *Center for Global Development* 2023; *University of Virginia, School of Law*, The Rise and Fall of Silicon Valley Bank: A Conversation with Xuan-Thao Ngyuen, abrufbar unter: <<https://www.law.virginia.edu/news/video-audio/202403/rise-and-fall-silicon-valley-bank-conversation-xuan-thao-nguyen>>; *University of Washington, School of Law*, The Silicon Valley Bank Collapse explained, 24. März 2023, abrufbar unter: <<https://www.law.uw.edu/news-events/news/2023/svb-collapse>>.

<sup>26</sup> Siehe dazu FINMA, Kategorisierung von Banken und Wertpapierhäusern, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/banken-und-wertpapierhaeuser/kategorisierung/>>.

<sup>27</sup> *Cyril Monnet/Dirk Niepelt/Remo Taudien*, Pricing Liquidity Support: A PLB für Switzerland, *Discussion Papers*, 28. Januar 2025, abrufbar unter: <<https://repec.vwiit.ch/dp/dp2501.pdf>>, 13, 21 f. Vgl. *Stefan Kramer/Benjamin Leisinger*, Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität, Überblick und Analyse zu ausgewählten zur Umsetzung vorgeschlagenen Massnahmen, *SJZ* 2024, 557 f.

<sup>28</sup> Vgl. *Mirjam Eggen/Seraina Grünwald*, Zur Rolle der Brückenbank im Too big to fail-Regime, Eine rechtsvergleichende Analyse unter Einbezug von temporary public ownership Lösungen, *GesKR* 2024, 36, 50.

<sup>29</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, 20. November 2002, *BBl* 2002 8060 ff, 8085 (zit. Botschaft Banken und Sparkassen).

nur dann durchgeführt werden, wenn dies von den Gläubigern, «die mehr als der Hälfte der nicht privilegierten Forderungen vertreten», akzeptiert wird.<sup>30</sup> Mit der Sanierung wurde «für die Gläubiger und Aktionäre beziehungsweise Eigner eine wirtschaftlich optimale Lösung gesucht».<sup>31</sup>

#### 4.2 Relativierung des Gläubigerschutzes

Der Gläubigerschutz läuft während des ordentlichen Bankbetriebs und in einer frühen Phase der Krise grundsätzlich parallel zu den eigentlichen Abwicklungszielen des System- und Steuergeldschutzes. Wird eine systemrelevante Bank erfolgreich geführt oder kann sie restrukturiert und vor dem Konkurs bewahrt werden, ist dies auch für die Gläubiger vorteilhaft. Zugleich ist der bankenrechtliche Gläubigerschutz kein absoluter.<sup>32</sup> Bereits im ordentlichen Nachlassverfahren schreiben die Gläubiger ihre Forderungen teilweise ab,<sup>33</sup> um eine Sanierung sicherzustellen. Im Konkursverfahren wiederum wird differenziert zwischen den verschiedenen Gläubigerklassen.<sup>34</sup> Nicht privilegierte Gläubiger verlieren im Verfahren regelmässig einen Teil oder gar ihre gesamten Forderungen.

#### 4.3 Gläubigerschutz in der Abwicklung

Für systemrelevante Banken verstärkt sich diese Relativierung des Gläubigerschutzes zusätzlich dadurch, dass bestimmte Gläubigerpositionen ausdrücklich für die Stabilisierung oder Sanierung der Bank vorgesehen sind. Werden diese Forderungen im Krisenfall abgeschrieben, erleiden die Gläubiger eine Einbusse. Der Gläubigerschutz tritt somit durch den Gesetzgeber gewollt hinter den Systemschutz zurück. Als Folge davon ist der Gläubigerschutz für systemrelevante Banken kaskadisch ausgestaltet: So können die Forderungen der AT1 Gläubiger bereits in der Stabilisierungsphase der Bank genutzt werden, um die Krise zu überwinden und die Bank zu restrukturieren.<sup>35</sup> In der Abwicklungsphase stehen neben den AT1 Forderungen auch jene der Bail-in Gläubiger<sup>36</sup> sowie, falls nötig, weitere subordinierte Forderungen zur Verfügung. Auf der obersten Stufe der Gläubigerkaskade befinden sich die Gläubiger, deren Guthaben durch die Einlagensicherung gedeckt werden. Diese erhalten auch in einer Abwicklung grundsätzlich einen vollständigen Schutz.<sup>37</sup>

Dem Gläubigerschutz wird in der Abwicklung aber auch für die Gläubiger der untersten Stufe jedenfalls insofern Rechnung getragen, als dass die Massnahmen grundsätzlich die Gläubigerhierarchie eines Konkursverfahrens beachten müssen (*no creditor worse off*, sog. NCWO-Prinzip).<sup>38</sup> Gestützt auf Art. 31 Abs. 3 BankG sind die Gläubiger bei Nichteinhaltung des Prinzips zu entschädigen.<sup>39</sup> Dieses Schutzniveau wurde bislang

<sup>30</sup> Botschaft Banken und Sparkassen (Fn. 29), 8071. Siehe zur gegenwärtigen Rechtslage Art. 31a BankG, wonach die Gläubiger von nicht-systemrelevanten Banken den Sanierungsplan nach wie vor ablehnen können.

<sup>31</sup> Botschaft Banken und Sparkassen (Fn. 29), 8086.

<sup>32</sup> Für das Kapitalgesellschaftsrecht vgl. Tobias Meyer, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts (Diss. Zürich 2008), Zürich/St. Gallen 2009, 25.

<sup>33</sup> Zum Inhalt des Nachlassvertrages siehe Art. 314 SchKG; Jürg Guggisberg/Marjolaine Jakob, Art. 314 SchKG N 23, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (BSK SchKG-Bearbeiter).

<sup>34</sup> Vgl. dazu Art. 219 Abs. 4 SchKG; Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 ff., 128; BSK SchKG-Lorandi (Fn. 33), Art. 219 SchKG N 36 ff.; Corinne Kopsits, Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 219 SchKG: Rangordnung der Gläubiger, TREX 2001, 33 f. Für das Sanierungsverfahren vgl. dagegen BSK BankG-Bauer (Fn. 5), Art. 28 BankG N 10; für eine Gleichbehandlung der Gläubiger innerhalb der gleichen Konkursklasse vgl. Hans Kuhn, Der gesetzliche Bail-in als Instrument zur Abwicklung von Banken nach schweizerischem Recht, GesKR 2014, 453.

<sup>35</sup> Art. 27 Abs. 3 Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser vom 1. Juni 2012 (Eigenmittelverordnung, ERV; SR 952.03); zur Wirkungsweise von AT1 Instrumenten in der Schweiz vgl. FINMA, Medienmitteilung vom 23. März 2023, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2023/03/20230323mm-at1-kapitalinstrumente/>>.

<sup>36</sup> Zum Begriff und zur Funktionsweise des Bail-in vgl. Eggen/Grünewald (Fn. 28), 34 f.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 48 lit. d Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern vom 30. August 2012 (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA; SR 952.05).

<sup>38</sup> FSB (Fn. 3), 11; so auch Art. 30c Abs. 1 Bst. b BankG, wobei gemäss Art. 31 Abs. 3 BankG bei der Abwicklung systemrelevanter Banken das NCWO-Prinzip über eine Entschädigung eingehalten werden kann; siehe hierzu auch Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020, BBl 2020 6359 ff., 6391 f., 6393 (zit. Botschaft BankG).

<sup>39</sup> Botschaft BankG (Fn. 38), 6393.

den Gläubigern in gerichtlichen Auseinandersetzungen im Ausland zugestanden.<sup>40</sup>

#### 4.4 Anpassungen *de lege ferenda*

Die Ausgestaltung des Gläubigerschutzes im Krisenfall wird durch das NCWO-Prinzip zwar geprägt, jedoch nicht abschliessend geklärt. Im konkreten Abwicklungsfall wird sich regelmässig die Frage stellen, in welchem Ausmass ein Eingreifen in die Gläubigerrechte zur Umsetzung der Abwicklungsziele gerechtfertigt ist. Diese Rechtsunsicherheit ist für die Behörden, die betroffene Bank sowie deren Eigner und Gläubiger nicht hilfreich und muss regulatorisch möglichst tief gehalten werden. Gerade bei Abwicklungsmassnahmen, die sich vom klassischen Fortführungs- und Restrukturierungszenario unter dem *single point of entry* entfernen,<sup>41</sup> muss der Gesetzgeber klar festhalten, in welchem Umfang die Abwicklungsbehörde die Gläubigerrechte beschneiden darf.

So erscheint es zwar grundsätzlich richtig, dass gemäss Art. 31b BankG Ausgleichszahlungen zwischen verschiedenen an der Abwicklung beteiligten Gesellschaften fliessen können.<sup>42</sup> Auch der Wertausgleich bei Kapitalmassnahmen nach Art. 31c BankG an die Eigner ist auf den ersten Blick begrüssenswert.<sup>43</sup> Solche und weitere Kompensationsmechanismen können jedoch nur dann erfolgreich greifen, wenn sie regulatorisch konzipiert sind. Insbesondere dürfen Eigner und Gläubiger über diesen Weg nicht auf Kapital zugreifen können, welches für die Abwicklung der Krisenbank vorgesehen ist und für eine Restrukturierung benötigt wird. Weiter darf die Regelung nicht dazu führen, dass eine Restrukturierung auf dem Weg einer Übernahme am Risiko scheitert, dass der übernehmende Rechtsträger später durch Gläubiger der gescheiterten Bank belangt werden könnte. Der Gesetzgeber hat diesen Umständen im künftigen Abwicklungsrecht Rechnung zu tragen. Zusätzlich wäre auf Stufe Gesetz zu statuieren, dass ein Bail-in nach Art. 30b BankG auch dann eingefordert werden kann, wenn die Kapitalsituation der abwicklungsbedürfti-

gen Bank dies rein technisch nicht erfordert oder wenn es nicht um eine Weiterführung der Gesamtbank geht, sondern um die Veräusserung der Bank oder erheblicher Teile davon.

### III. Abwicklungsplanung

Wie diese Abwicklungsziele durch konkrete Massnahmen im Abwicklungsfall erreicht werden können, ist Sache der Abwicklungsplanung. Dieser auf die FSB Key Attributes<sup>44</sup> zurückgehende Prozess soll sicherstellen, dass die Abwicklungsbehörde optimal auf einen Krisenfall vorbereitet ist und eine Bank glaubwürdig abzuwickeln vermag. In der Schweiz ist die FINMA mit der Abwicklungsplanung betraut.<sup>45</sup> Sie informiert jährlich über den Stand der Abwicklungsplanung.<sup>46</sup>

#### 1. Abwicklungsstrategie

Ausgangspunkt jeder Planung ist eine Strategie – das ist auch in der Bankenabwicklung nicht anders. Die Strategie bestimmt, wo es hingehet mit der fallierenden Bank. Soll man sie «bewahren» und nach einer tiefgreifenden Restrukturierung ihre Geschäfte fortführen lassen? Oder soll sie geordnet aus dem Markt austreten?

In den USA beispielsweise sehen die Behörden selbst für die grössten Banken in jedem Fall einen Marktaustritt vor. Ist der *point of non-viability* (PONV) erreicht, werden die Banken ins sog. Receivership genommen, in verdaubare Teile zerschlagen und am Markt verkauft. Ist ein sofortiger Verkauf nicht möglich, kann die Bank bzw. können Teile davon zur Stabilisierung ihrer systemrelevanten Funktionen temporär auf eine Brückengesellschaft (*bridge financial company*) übertragen werden.<sup>47</sup>

Jedenfalls bis zur Credit Suisse-Krise wurde in der Schweiz ein anderer Ansatz verfolgt. Die international tätigen systemrelevanten Banken hierzulande sollten nach einer Abwicklung weiter bestehen – mit stark reduzierter Bilanz und neuer Eignerstruktur. Sie sollten am sog. *single point of entry* (SPE) abgewickelt und

<sup>40</sup> Vgl. etwa die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und Gerichts in den Fällen *Kotnik* (C-526/14) und *Banco Popular* (T-481/17, T-510/17, T-523/17, T-570/17 und T-628/17).

<sup>41</sup> Siehe unten, Abschnitt IV.2.

<sup>42</sup> Botschaft BankG (Fn. 38), 6394.

<sup>43</sup> Zum Wertausgleich siehe Botschaft BankG (Fn. 38), 6395 f.; *Mauchle* (Fn. 5), 256.

<sup>44</sup> FSB (Fn. 3), KA 11.

<sup>45</sup> Art. 64 Abs. 2 BankV.

<sup>46</sup> Art. 66 BankV. Vgl. FINMA, Resolution-Berichterstattung, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/durchsetzung/recovery-und-resolution-n/publikationen/resolution-bericht-erstattung-a/>>.

<sup>47</sup> Vgl. *Eggen/Grünwald* (Fn. 28), 41–45.

als globale Bankkonzerne fortgeführt werden. Dies entspricht dem Ansatz, der in der Bankenunion in Bezug auf die meisten grossen Banken verfolgt wird.<sup>48</sup>

Eine Besonderheit des Schweizer Rechts im internationalen Vergleich stellt die sog. Notfallplanung dar. Als Teil der Abwicklungsplanung durch die FINMA haben international tätige systemrelevante Banken sicherzustellen, dass ihre für die Schweiz systemrelevanten Funktionen (insbesondere das kurzfristige Kreditgeschäft, das Einlagengeschäft und der Zahlungsverkehr) im Krisenfall ohne Unterbrechung weitergeführt werden können, während die Restbank im Konkursverfahren liquidiert wird.<sup>49</sup> Bei der Notfallplanung handelt es sich um eine vorsorgliche Abschottung (sog. *ringfencing*) der systemrelevanten Funktionen der Banken.<sup>50</sup> Für die international tätigen systemrelevanten Banken ist der Notfallplan kaum glaubwürdig umsetzbar, weil eine solche Strategie der Abschottung international grosse Verwerfungen verursachen würde.<sup>51</sup> Bei den national systemrelevanten Banken (PostFinance, Raiffeisen, ZKB) deckt sich der Notfallplan hingegen – jedenfalls bislang – weitgehend mit der verfolgten Abwicklungsstrategie.<sup>52</sup>

## 2. Abwicklungsinstrumente

Die Strategie wird durch unterschiedliche Abwicklungsinstrumente umgesetzt. Der Schweizer Gesetzgeber hat die vier in den internationalen Standards vorgesehenen Abwicklungsinstrumente *prima facie* übernommen:<sup>53</sup> Den Bail-in, die Unternehmensveräusserung via *share* oder *asset deal*, die Übergangsbank (*bridge bank*) sowie die Ausgliederung von Vermögenswerten in eine sog. *bad bank*. Allerdings ist nur der Bail-in – im BankG mit «Kapitalmassnahmen» betitelt – auch effektiv glaubwürdig umsetzbar. Art. 30b BankG regelt, in welcher Reihenfolge die FINMA Fremd- in Eigenkapital wandeln und Forderungen reduzieren kann und welche Forderungen von einer Wandlung bzw. Forderungsreduktion ausgenommen sind.

Den gesetzlichen Regeln zu den sog. Übertragungsinstrumenten (*transfer tools*) fehlt hingegen der notwendige Detaillierungsgrad. So sieht Art. 30 Abs. 2 BankG zwar vor, dass die Aktien einer Bank oder Teile ihres Vermögens in der Abwicklung auf eine andere Bank, eine Übergangsbank oder einen anderen Rechtsträger übertragen werden können. Das Gesetz schweigt sich jedoch zu fast allen Folgethemen aus: In welchem Prozess soll es zu einer solchen Übertragung kommen? Wie werden potenzielle Käufer bestimmt? Wer hat welche Rechte und Ansprüche nach einer Übertragung? Ein Blick in die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen im Ausland zeigt, dass für eine rechtssichere Operationalisierung dieser Instrumente gesetzgeberischer Nachholbedarf besteht.<sup>54</sup> Auch die FINMA weist in ihrer neuesten Resolution-Berichterstattung zur UBS zu Recht auf diese gesetzlichen Lücken hin.<sup>55</sup>

Darüber hinaus bestehen gesetzliche Hindernisse. Tatsächlich sind Unternehmensveräusserungen in der Abwicklung *de lege lata* wegen der Regeln zum Wertausgleich gemäss Art. 31c BankG praktisch undurchführbar. Welche übernehmende Bank will schon mit

<sup>48</sup> Für vereinzelte grosse Banken verfolgt der Einheitliche Abwicklungsausschuss einen sog. «multiple point of entry» (MPE)-Ansatz, so etwa für die spanische global systemrelevante Bank Santander. D.h., der Bankkonzern wird im Abwicklungsfall aufgeteilt in verschiedene Abwicklungseinheiten.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG; Art. 60 Abs. 1 und 2 BankV.

<sup>50</sup> Vgl. *Seraina Grünewald*, The handling of the Credit Suisse failure in light of the FSB's Key Attributes for global systemically important banks, *European Business Organization Law Review*, <<https://doi.org/10.1007/s40804-025-00343-y>>.

<sup>51</sup> Ein Konkurs der Credit Suisse unter Aktivierung ihres Notfallplans wurde im März 2023 denn auch lediglich für den Fall in Betracht gezogen, dass sämtliche anderen Optionen scheitern. Vgl. FINMA, Lessons Learned aus der CS-Krise, 19. Dezember 2023, abrufbar unter: <[https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/cs-bericht/20231219-finma-bericht-cs.pdf?sc\\_lang=de&hash=81861883A9257E9D22814E-E19CBEC0CE](https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/cs-bericht/20231219-finma-bericht-cs.pdf?sc_lang=de&hash=81861883A9257E9D22814E-E19CBEC0CE)>, 21.

<sup>52</sup> Vgl. FINMA, Resolution-Berichterstattung 2023, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/durchsetzung/recovery-und-resolution-n/publikationen/resolution-berichterstattung-a/archiv/resolution-berichterstattung-2023/>>.

<sup>53</sup> FSB (Fn. 3), KA 3.2–3.6.

<sup>54</sup> Für einen Vergleich in Bezug auf die Regeln zur Übergangsbank in den USA und der EU vgl. *Eggen/Grünewald* (Fn. 28). Ähnliches gilt auch für die anderen Übertragungsinstrumente.

<sup>55</sup> FINMA, Resolutionberichterstattung UBS: Stabilisierungs- und Notfallpläne werden überarbeitet, Medienmitteilung vom 15. Oktober 2024, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/news/2024/10/20241015-mm-resolutionberichterstattung-ubs/>>.

der Unsicherheit leben, nach einer Übernahme mit Wertausgleichsforderungen durch die ehemaligen Aktionäre der übernommenen Bank konfrontiert zu sein? Ausserdem bleibt rechtsunsicher, ob ein Bail-in überhaupt auch vor einer Unternehmensveräusserung durchgeführt werden kann – also nicht nur als allein-stehendes Instrument.<sup>56</sup> Auch hier ist gesetzgeberisch nachzubessern.

### 3. Abwicklungsfähigkeit

Steht die Abwicklungsstrategie fest, hat die Bank Massnahmen zu ergreifen, um ihre Abwicklungsfähigkeit organisatorisch, operationell und finanziell sicherzustellen. Bei den international tätigen systemrelevanten Banken prüft die FINMA jährlich, ob die ergriffenen Massnahmen genügen, um die Bank gegebenenfalls gemäss der Abwicklungsstrategie abzuwickeln.<sup>57</sup> Stellt sie Hindernisse für die Abwicklungsfähigkeit fest, ordnet sie deren Beseitigung an. Notfalls kann sie ergänzende zusätzliche verlustabsorbierende Mittel oder Liquiditätszuschläge verlangen;<sup>58</sup> organisatorische Anpassungen zur Sicherstellung der Abwicklungsfähigkeit (z.B. eine sog. *clean holding*-Struktur<sup>59</sup>) kann sie jedoch von den Banken nach geltendem Recht nicht verbindlich einfordern.<sup>60</sup> Die FINMA prüft auch die Notfallpläne der Banken.<sup>61</sup> Hierbei kann sie im Falle festgestellter Mängel als *ultima ratio* auch Massnahmen struktureller Natur zur Abhilfe anordnen.<sup>62</sup>

Die verschiedenen Elemente der Abwicklungsplanung hängen zusammen: Die Abwicklungsstrategie

entscheidet über den (allenfalls kombinierten) Einsatz der Abwicklungsinstrumente. Dies wiederum hat einen bestimmenden Einfluss darauf, welche Massnahmen zur Sicherstellung der Abwicklungsfähigkeit einer Bank zu ergreifen sind. Bestehen Hindernisse in der Abwicklungsfähigkeit, die nicht oder nur sehr schwer zu beseitigen sind, oder sind einzelne Abwicklungsinstrumente aufgrund ungenügender gesetzlicher Grundlagen praktisch nicht einsetzbar, muss wiederum eine Strategie überdacht werden.

## IV. Optionen im Vergleich

### 1. Optionalität als Ziel der TBTF-Reformen

Der Fall Credit Suisse hat deutlich vor Augen geführt, wie wichtig es ist, dass die Behörden in der Krise über Handlungsoptionen verfügen.<sup>63</sup> Ein Marktaustritt der Credit Suisse erschien den Behörden aufgrund des massiven Vertrauensverlusts, den die Bank erlitten hatte, als die weniger risikobehaftete Option als eine Restrukturierung unter Fortführung der Bank.<sup>64</sup> Umgekehrt dürfte der Umstand, dass die Option der Abwicklung via Bail-in unter Fortführung der Bank (sog. *open bank* Bail-in) zur Verfügung stand, den erfolgreichen Abschluss der Verhandlungen über den Verkauf der Credit Suisse an die UBS am Wochenende des 19. März 2023 jedenfalls unterstützt haben. Auch in der Bankenunion hat man die Erfahrung gemacht, dass sich eine Strategie – auch wenn sie noch so durchdacht und durchgeplant ist – im konkreten Krisenfall als suboptimal erweisen kann. So ist der Einheitliche Abwicklungsausschuss in der Abwicklung von Banco Popular (2017) sowie der slowenischen und kroatischen Sberbank-Töchter (2022) von der in der Abwicklungsplanung als der bevorzugt befolgten Strategie abgewichen und hat stattdessen eine sog. «Variantenstrategie» umgesetzt. In beiden Fällen wurden die Banken über einen Verkauf abgewickelt statt durch *open bank* Bail-in.<sup>65</sup>

<sup>56</sup> Siehe auch oben, Abschnitt II.4.4.

<sup>57</sup> Art. 65a BankV. Bei den nationalen systemrelevanten Banken verfügt die FINMA derzeit über keine gesetzliche Handhabe, um Hindernisse für die Abwicklungsfähigkeit festzustellen und nötigenfalls zu beheben. Dies ist u.E. *de lege ferenda* zu ändern.

<sup>58</sup> Art. 65b Abs. 1 BankV i.V.m. Art. 133 ERV und Art. 25 Abs. 1 Verordnung über die Liquidität der Banken und Wertpapierhäuser vom 30. November 2012 (Liquiditätsverordnung, LiqV; SR 952.06).

<sup>59</sup> Vgl. Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität einschliesslich Evaluation gemäss Artikel 52 des Bankengesetzes vom 10. April 2024, BBl 2024 1023, Ziff. 14.4.2.

<sup>60</sup> Art. 65b Abs. 1 BankV (im Gegensatz zu Art. 62 BankV). Vgl. auch Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität 2023», 1. September 2023, abrufbar unter: <<https://backend.efd.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-efdadminch-files/files/2024/04/30/a4d68ff2-ccc1-4ee5-abab-ccb5dd83f802.pdf>>, 35.

<sup>61</sup> Art. 61 BankV.

<sup>62</sup> Art. 62 BankV.

<sup>63</sup> Grünewald (Fn. 50).

<sup>64</sup> Vgl. z.B. FINMA (Fn. 51), 21.

<sup>65</sup> Vgl. Decision of the Single Resolution Board in its Executive Session of 7 June 2017 concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popular Espanol, S.A., abrufbar unter: <[https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/srb\\_decision\\_srb\\_ees\\_2017\\_08\\_non-confidential\\_scanned.pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/srb_decision_srb_ees_2017_08_non-confidential_scanned.pdf)>; Decision of the Single Resolution Board, Adoption of a resolution scheme in respect of Sberbankbanka d.d., 1. März 2022, abrufbar unter: <<https://>

Aus diesen Gründen ist international weitgehend unbestritten, dass die strategische Optionalität in der Abwicklung ausgebaut werden muss.<sup>66</sup> Auch in der Schweiz muss ein Ziel der TBTF-Reformen sein, es den Behörden zu ermöglichen, ihre Abwicklungsstrategie flexibel zu wählen, je nachdem, was die Ursachen einer Krise sind und in welchem Marktumfeld sich diese abspielt.<sup>67</sup> Das kann durch die Planung von Alternativstrategien erfolgen, ähnlich der gegenwärtigen Praxis in der Bankenunion, oder durch die Möglichkeit einer kombinierten Anwendung verschiedener Abwicklungsinstrumente (sog. Toolbox-Ansatz).<sup>68</sup> Im Folgenden werden die verschiedenen Optionen einzeln beleuchtet.

## 2. Fortführung und Restrukturierung

Die Option «Fortführung und Restrukturierung» entspricht der Strategie, wie sie die FINMA bislang für die systemrelevanten Banken verfolgt hat. Bei der verbliebenen international tätigen systemrelevanten Bank käme es gemäss Abwicklungsplan zum *open bank* Bail-in am SPE. Der Bankkonzern bliebe in seiner rechtlichen Struktur zunächst bestehen, aber die Abschreibung der Aktien und AT1-Bonds und die Wandlung der Bail-in-Bonds in neue Aktien würden den Gesamtkonzern bilanziell rekaptalisieren und ihm eine neue Eignerstruktur verschaffen. Die Notfallplanung für die national systemrelevanten Banken setzt ebenfalls bei der Option «Fortführung und Restrukturierung» an. Der jüngsten Einschätzung der FINMA zufolge haben aber erst die Raiffeisen (seit 2022) und die ZKB (seit 2023) ausreichend verlustab-

sorbierende Mittel bereitgestellt, um im Krisenfall rekaptalisiert und weitergeführt zu werden.<sup>69</sup>

Die Option «Fortführung und Restrukturierung» ist und bleibt eine gute Option, insbesondere für Banken der Kategorie eins und zwei.<sup>70</sup> Ein entscheidender Vorteil dieser Option ist, dass ihre erfolgreiche Umsetzung nicht von einem Käufer abhängt, der die fallierende Bank oder Teile davon übernehmen will und vor allem auch *kann*. Je grösser eine Bank, desto kleiner wird nämlich der Kreis derjenigen, die sie im Krisenfall übernehmen könnten. Die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS war in dieser Hinsicht eine grosse Ausnahme. In aller Regel übersteigt die Bilanz der übernehmenden Bank diejenige der übernommenen Bank um ein Vielfaches.<sup>71</sup>

Zur Sicherstellung ihrer Abwicklungsfähigkeit<sup>72</sup> müssen die international tätigen systemrelevanten Banken bei der Option «Fortführung und Restrukturierung» durch die Ausgabe von Bail-in-Bonds durch die Konzernobergesellschaft (bei der UBS die UBS Group AG) genügend *gone concern*-Kapital bereitstellen (sog. *pre-positioning*). Die Bail-in-Bonds können im Krisenfall in Aktienkapital der Bank gewandelt werden. Dabei geht es nicht notwendigerweise bzw. allein um den Ausgleich von bestehenden Verlusten der Bank,<sup>73</sup> sondern um die Bereitstellung eines Kapitalpolsters, das die Bank nach ihrer Abwicklung per Bail-in durch eine längere Phase der Restrukturierung trägt.

[www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-12-21%20SRB\\_Non-confidential-version-of-the-resolution-decision-in-respect-of-Sberbank-banka-d.d..pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-12-21%20SRB_Non-confidential-version-of-the-resolution-decision-in-respect-of-Sberbank-banka-d.d..pdf); Decision of the Single Resolution Board, Adoption of a resolution scheme in respect of Sberbank d.d., 1. März 2022, <[https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-12-21%20SRB\\_Non-confidential-version-of-the-resolution-decision-in-respect-of-Sberbank-banka-d.d..pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-12-21%20SRB_Non-confidential-version-of-the-resolution-decision-in-respect-of-Sberbank-banka-d.d..pdf)>.

<sup>66</sup> Vgl. Financial Stability Board, Preliminary lessons learnt for resolution, 10. Oktober 2023, abrufbar unter: <<https://www.fsb.org/uploads/P101023.pdf>>, 28 f.

<sup>67</sup> Bericht des Bundesrates (Fn. 59), Massnahmen 31–35.

<sup>68</sup> Zum Ganzen *Riad Benahmed/Manon Houarnier*, Strategic optionality in resolution: combination of tools, ACPR Working Paper on Resolution, December 2023.

<sup>69</sup> FINMA, FINMA beurteilt die Notfall- und Stabilisierungspläne von PostFinance, Raiffeisen und Zürcher Kantonalbank, Medienmitteilung vom 26. März 2024, abrufbar unter: <[https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/8news/medienmitteilungen/2024/03/20240326-mm-rrbericht-dsib.pdf?sc\\_lang=de&hash=44E9A10C3C79EE3D8D18AD5D0F178FDD](https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/8news/medienmitteilungen/2024/03/20240326-mm-rrbericht-dsib.pdf?sc_lang=de&hash=44E9A10C3C79EE3D8D18AD5D0F178FDD)>.

<sup>70</sup> Vgl. Fn. 26.

<sup>71</sup> Die spanische Bank Santander war bei Eröffnung des Abwicklungsverfahrens beispielsweise ca. zehnmal grösser als die übernommene Banco Popular (gemessen an den Bilanzen der beiden Banken).

<sup>72</sup> Siehe oben, Abschnitt III.3. Art. 65a Abs. 2 BankV definiert die Resolvability-Kategorien, welche die FINMA ihrer Beurteilung zugrunde legt; vgl. auch FINMA, Fokus global tätige Schweizer Grossbanken, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/durchsetzung/recovery-und-resolution-n/publikationen/resolution-berichterstattung-a/archiv/resolution-berichterstattung-2023/fokus-global-taetige-schweizer-grossbanken/>>.

<sup>73</sup> Gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG kann eine Bank auch aufgrund einer begründeten Besorgnis ernsthafter Liquiditätsprobleme den *point of non-viability* (PONV) erreichen.

Ebenso wichtig wie die Bereitstellung von Kapital ist eine genügende Liquiditätsversorgung während und nach der Durchführung des Bail-in. Dafür haben Banken Vermögenswerte zu identifizieren, die sie im Krisenfall zeitnah liquidieren können, und Sicherheiten so vorzubereiten, dass sie Zugang zu (Notfall-) Liquidität durch Zentralbanken im In- und Ausland erhalten.<sup>74</sup> Als Letztsicherung braucht es darüber hinaus den PLB.<sup>75</sup> Nur der PLB kann letztlich gewährleisten, dass temporär fehlende Liquidität – die Achillesferse der Abwicklung – die Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung nicht akut gefährdet. Er gehört denn auch zum internationalen Standard-Instrumentarium. Mit seiner geplanten Einführung überspringt der Schweizer Gesetzgeber indes ein zentrales Zwischenelement: einen Abwicklungsfonds, der Liquiditätshilfe in der Abwicklung durch die Bankbranche mindestens teilweise vorfinanziert. Auch ein solcher Fonds ist in den internationalen Standards vorgesehen.<sup>76</sup>

Neben Kapital und Liquidität bedingt die Option «Fortführung und Restrukturierung» einen überzeugenden Restrukturierungsplan. Der Bail-in stellt die Bank auf eine solide Eigenkapitalbasis, er geht die der Krise zugrunde liegenden Probleme jedoch nicht an. Entsprechende Vorbereitungsarbeiten müssen Teil der Abwicklungsplanung bilden, denn sie sind entscheidend für die Aussicht auf Erfolg einer Abwicklung unter Fortführung der Bank.

### 3. Marktaustritt durch (Teil-)Verkauf

Die FINMA hat Mitte Oktober 2024 angekündigt, dass die Abwicklungsplanung jedenfalls der UBS um die Option «Marktaustritt durch (Teil-)Verkauf» ergänzt werden soll.<sup>77</sup> Dabei handelt es sich um zwei neue Al-

ternativstrategien. Erstens soll ein Verkauf der Gesamtbank vorbereitet werden. Der Kreis potenzieller Käufer ist bei dieser Strategie überschaubar und auf Konkurrentinnen im Ausland beschränkt. Bei der zweiten Alternativstrategie würden einzelne Geschäftssegmente der Bank verkauft und die nicht verkauften Teile liquidiert. Im Ergebnis gleicht diese Strategie einer Weiterentwicklung des jetzigen Notfallplans: Die Schweizer Einheit verbliebe in der Schweiz, während die ausländischen Einheiten im Ausland verkauft würden. Es käme also zur Zerschlagung der Bank. Der TBTF-Bericht des Bundesrats lässt diese Strategie anklingen mit der vorgeschlagenen Einführung eines Abwicklungsplans für das Stammhaus (sog. Parent-Bank) der UBS.<sup>78</sup>

Die Option «Marktaustritt durch (Teil-)Verkauf» stellt auch für die mittelgrossen Banken der Kategorie drei, die *de lege ferenda* in den Abwicklungskreis aufzunehmen sind,<sup>79</sup> eine gute Option dar. Die Ausgabe von Bail-in-Bonds am Kapitalmarkt kann sich für Banken mittlerer Grösse vergleichsweise schwierig gestalten, was eine *open bank* Bail-in-Strategie erschwert.<sup>80</sup> Ausserdem ist bei mittelgrossen Banken das Risiko überschaubarer, dass zeitnah kein williger und fähiger Käufer für die Gesamtbank bzw. Teile davon gefunden werden kann.

Unternehmensveräusserungen haben jedoch generelle Nachteile in Bezug auf die Marktstruktur und den Wettbewerb, die es bei der Abwicklungsplanung zu beachten gilt. Übernehmen grosse Banken kleinere Konkurrentinnen, leistet dies dem *too big to fail*-Problem weiter Auftrieb. Zusätzlich kann es auch zu Konzentrationen in einzelnen Marktsegmenten und mithin zu wettbewerbsrechtlichen Verzerrungen kommen.<sup>81</sup> Die Berücksichtigung eines möglichst breiten potenziellen Käuferkreises kann diesen Nachteilen entgegenwirken.

Steht ein geeigneter Käufer zur Verfügung,<sup>82</sup> hat die Option «Marktaustritt durch (Teil-)Verkauf»

<sup>74</sup> Vgl. Financial Stability Board, Guiding principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank («G-SIB»), 18. August 2016, abrufbar unter: <<https://www.fsb.org/uploads/Guiding-principles-on-the-temporary-funding-needed-to-support-the-orderly-resolution-of-a-global-systemically-important-bank-G-SIB.pdf>>; Financial Stability Board, Funding strategy elements of an implementable resolution plan, 21. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://www.fsb.org/uploads/P210618-3.pdf>>.

<sup>75</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes vom 6. September 2023, BBl 2023 2165.

<sup>76</sup> FSB (Fn. 3), KA 6.3.

<sup>77</sup> FINMA, Resolutionberichterstattung UBS (Fn. 55).

<sup>78</sup> Bericht des Bundesrates (Fn. 59), Ziff. 13.4.2.

<sup>79</sup> Siehe oben, Abschnitt II.2.

<sup>80</sup> Vgl. z.B. *Fernando Restoy*, MREL for sale-of-business resolution strategies, FSI Briefs No 20, September 2023.

<sup>81</sup> Vgl. Financial Stability Board, 2023 Bank Failures – Preliminary lessons learnt for resolution, 10. Oktober 2023, abrufbar unter: <<https://www.fsb.org/uploads/P101023.pdf>>, 15, 29.

<sup>82</sup> Zu den Anforderungen an einen geeigneten Käufer bei Unternehmensübertragungen vgl. *Patrizia Baudino/Emily Johnston Ross/Bert Van Roosebeke/Rastko Vrbaski*,

den grossen Vorteil, dass die Restrukturierung der fallierenden Bank an die übernehmende Bank ausgelagert werden kann. Trotzdem bedingt die Abwicklung einer Bank auch unter dieser Option, dass genügend *gone concern*-Kapital zur Verfügung steht. Gesetzgeberisch ist *de lege ferenda* deshalb sicherzustellen, dass die Abwicklungsinstrumente gemäss Art. 30 BankG (Übertragungsinstrumente) und Art. 30b BankG (Bail-in) auch kombiniert zur Anwendung kommen können.

Auch die durch den PLB gewährleistete Liquiditätsletztsicherung braucht es nicht nur für die Option «Fortführung und Restrukturierung», sondern auch dann, wenn ein (Teil-)Verkauf angestrebt wird. Nur in seltenen Fällen wird eine übernehmende Bank den Liquiditätsbedarf der übernommenen Bank aus eigener Kraft decken können.<sup>83</sup> Von der Ausfallgarantie des Bundes sollten folglich neben fallierenden Banken selbst (Fortführungsoption) auch übernehmende Banken (Marktaustrittsoption) profitieren können.

Während bei der Option «Fortführung und Restrukturierung» die operationelle Kontinuität der Bank nach dem Bail-in sichergestellt werden muss, ist die Abwicklungsfähigkeit der Bank bei Teilverkäufen abhängig von der finanziellen und operationellen Abtrennbarkeit (sog. *separability*) der zu verkaufenden Einheiten. So sind etwa die ausländischen Einheiten der UBS im Abwicklungsfall nur dann abtrennbar, wenn die Beteiligungen im Schweizer Stammhaus (der Parent-Bank) durch hinreichende Eigenmittel gedeckt sind. Der Bundesrat hat dies erkannt und schlägt deshalb eine gezielte Erhöhung der Eigenmittelunterlegung von ausländischen Tochtergesellschaften vor.<sup>84</sup>

#### 4. Weitere Optionen

Daneben gibt es Optionen, die in der Schweiz unter geltendem Recht nicht umgesetzt werden können. Findet sich in der EU kein Käufer für eine fallierende Bank, kann diese bzw. können Teile davon vorübergehend auf ein sog. Brückeninstitut übertragen wer-

den.<sup>85</sup> Das stabilisiert die Bank und schafft den Behörden Zeit, um deren (Teil-)Verkauf bzw. die Liquidation vorzubereiten. Der Einheitliche Abwicklungsausschuss verfolgt eine solche Übertragung auf ein Brückeninstitut deshalb regelmässig als Variantenstrategie zu einem Verkauf an eine übernehmende Bank.<sup>86</sup> Steht die Option eines Brückeninstituts zur Verfügung, erhöht dies die Verhandlungsmacht der Behörden mit möglichen Käufern einer fallierenden Bank. Sie reduziert somit das Risiko, dass fallierende Banken an ungeeignete Käufer oder zu einem zu tiefen Preis verkauft werden.<sup>87</sup>

Die Option «Übergangsbank» ist zu unterscheiden von der Nationalisierung der fallierenden Bank, dem sog. TPO. Der Staat übernimmt bei einer Brückenbanklösung gerade nicht sämtliche mit der Fortführung der Gesamtbank verbundenen Risiken, sondern ermöglicht einzig deren geordneten Marktaustritt.<sup>88</sup> Die Fallback-Option einer Übergangsbank, bzw. der Ausbau der Optionen in der Abwicklung generell, sind einem TPO deshalb klar vorzuziehen.<sup>89</sup>

Die Umsetzung der Option «Übergangsbank» scheitert in der Schweiz an einer fehlenden gesetzlichen Detailregelung,<sup>90</sup> insbesondere hinsichtlich der Finanzierung. Gleiches gilt für die Ausgliederung von Vermögenswerten an eine Zweckgesellschaft (*bad*

Bank transfers in resolution – practices and lessons, FSI Insights on policy implementation, No 55, 17 f.; *Seraina Grünewald*, The bridge institution in the Banking Union: when and how?, in: Single Resolution Board (Hrsg.), Navigating legal frontiers in the EU Banking Union and beyond (im Erscheinen).

<sup>83</sup> Ein Beispiel ist die Übernahme von Banco Popular durch Santander.

<sup>84</sup> Bericht des Bundesrates (Fn. 59), Ziff. 7.5.1.

<sup>85</sup> Art. 40 und 41 Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABL. L 173, 12.6.2014, S. 190; Art. 25 Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates 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. L 225, 30.7.2014, S. 1 (SRMR).

<sup>86</sup> Single Resolution Board, Resolvability of Banking Union Banks: 2022, September 2023, abrufbar unter: <[https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-09-10\\_SRB-Resolvability-Assessment-2022.pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-09-10_SRB-Resolvability-Assessment-2022.pdf)>, 10.

<sup>87</sup> Ausführlich zu den Vorteilen der Option «Brückeninstitut» Grünewald (Fn. 82).

<sup>88</sup> Vgl. Eggen/Grünewald (Fn. 28), 51 f.

<sup>89</sup> Einen TPO befürwortend *Manuel Ammann/Niclas Käfer/Tobias Wiest*, Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken, 19. Mai 2023, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/79254.pdf>>, 47–54.

<sup>90</sup> Siehe schon oben, Abschnitt III.2.

bank).<sup>91</sup> Übergangsbanken und Zweckgesellschaften müssen mit genügend Kapital ausgestattet sein. Woher aber soll dieses Kapital kommen? In der Bankenunion kann sich der Einheitliche Abwicklungsfonds temporär und mit Mitteln aus der Bankenindustrie an einem Brückeninstitut bzw. einer Zweckgesellschaft beteiligen.<sup>92</sup> Diese befinden sich mithin im Eigentum der öffentlichen Hand, ohne dass der Staat die entsprechenden Risiken tragen müsste. Ein solcher Finanzierungsmechanismus steht für die Abwicklung in der Schweiz bekanntlich nicht zur Verfügung. Das Aktienkapital einer Übergangsbank (sofern gesetzlich verlangt) müsste daher entweder durch die Wandlung von Bail-in-Bonds generiert oder vom Bund zur Verfügung gestellt werden. Letzteres widerspricht der Zielsetzung des TBTF-Regimes,<sup>93</sup> Erstes hingegen gewährleistet möglicherweise nicht denselben vertrauensgenerierenden Effekt wie eine Eignerschaft der öffentlichen Hand. Zudem lässt das geltende Recht offen, ob Bail-in-Kapital auch für die Errichtung einer Übergangsbank herangezogen werden kann. *De lege ferenda* wären diese Lücken zu füllen. Nur so verfügt die Abwicklungsbehörde über ausreichende Flexibilität, um im Krisenfall auch eine vom klassischen Fortführungsszenario abweichende Strategie einschlagen zu können.

## V. Ergebnis

Die Vorschriften zur Abwicklung von systemrelevanten Banken verfolgen zwei Hauptziele: Sie sollen erstens die Finanzstabilität für den Fall sicherstellen,

dass eine systemrelevante Bank nicht mehr eigenständig überleben kann. Deren Abwicklung soll zweitens ohne den Einsatz von Steuergeldern geschehen. Damit diese Zielsetzungen im Krisenfall erreicht werden, muss der gesetzliche Rahmen für eine Abwicklung ein hohes Mass an Rechtssicherheit gewährleisten. Dies bedeutet zum einen, dass der Gesetzgeber die Rechtsstellung der betroffenen Eigner und Gläubiger transparent und klar regelt. Weder der Staat noch eine übernehmende Bank sollen dem Risiko einer jahrelangen Klagewelle mit unsicherem Ausgang ausgesetzt sein, wenn sie gestützt auf die anwendbaren Regeln entschieden und gehandelt haben. Zum anderen müssen die Abwicklungsinstrumente so ausgestaltet sein, dass sie durch die Abwicklungsbehörde auch effektiv eingesetzt werden können.

Diese Voraussetzungen kann das geltende Recht nicht durchgehend gewährleisten. Insbesondere die Instrumente der Übergangsbank und der Ausgliederung von Vermögenswerten in eine Zweckgesellschaft sind durch den Gesetzgeber erst rudimentär skizziert; ein Konzept für deren Finanzierung fehlt. Zusätzlich bestehen offene Fragen rund um die Liquiditätsversorgung von Banken in der Krise. So kennt das geltende Recht weder einen Abwicklungsfonds noch einen PLB. Schliesslich fokussiert das Schweizer Abwicklungsrecht zurzeit auf vier systemrelevante Banken. Die Möglichkeit, dass eine mittelgrosse Bank in der Krise systemrelevant wird oder dass eine Vielzahl von kleineren Banken gemeinsam in die Krise gerät, wird damit ausgeblendet. Das künftige Recht muss sich auch dieses Umstands annehmen.

<sup>91</sup> Das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten wird kaum als Einzelinstrument zur Anwendung kommen, sondern immer als Teil einer «grösseren» Abwicklungsstrategie (z.B. *open bank* Bail-in).

<sup>92</sup> Vgl. Art. 76 Abs. 1 lit. d SRMR.

<sup>93</sup> Siehe oben, Abschnitt II.3.