

**Es gilt das gesprochene Wort**



Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA  
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA  
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

# **Restrukturierung - Sanierung – Konkurs**

## **Überlegungen zur Bankeninsolvenzverordnung**

Universität Zürich – Vortrag Forum Finanzmarktregulierung 7. Oktober 2014

**Dr. Rastko Vrbaski**

Leiter Team Intensive Supervision  
Geschäftsbereich Banken

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern

- Rückblick
- Das internationale regulatorische Umfeld
- Ein bisschen Terminologie
- Das Bankeninsolvenzrecht im Vergleich zum SchKG:
  - hinsichtlich der Auslöser von Insolvenzmassnahmen
  - hinsichtlich der massgeblichen Beteiligten
  - hinsichtlich des Rechtsschutzes
- «Bail-in» und «Break-up»
- Operatives zu Planung, Ablauf, Durchführung
- Offene Punkte und Lösungsansätze dazu
- Konsequenzen für die Aufsichts- und Restrukturierungspraxis

# Ein «Bank-run» im 20. Jahrhundert... (einer von vielen)



# ... und einer im 19. Jahrhundert...

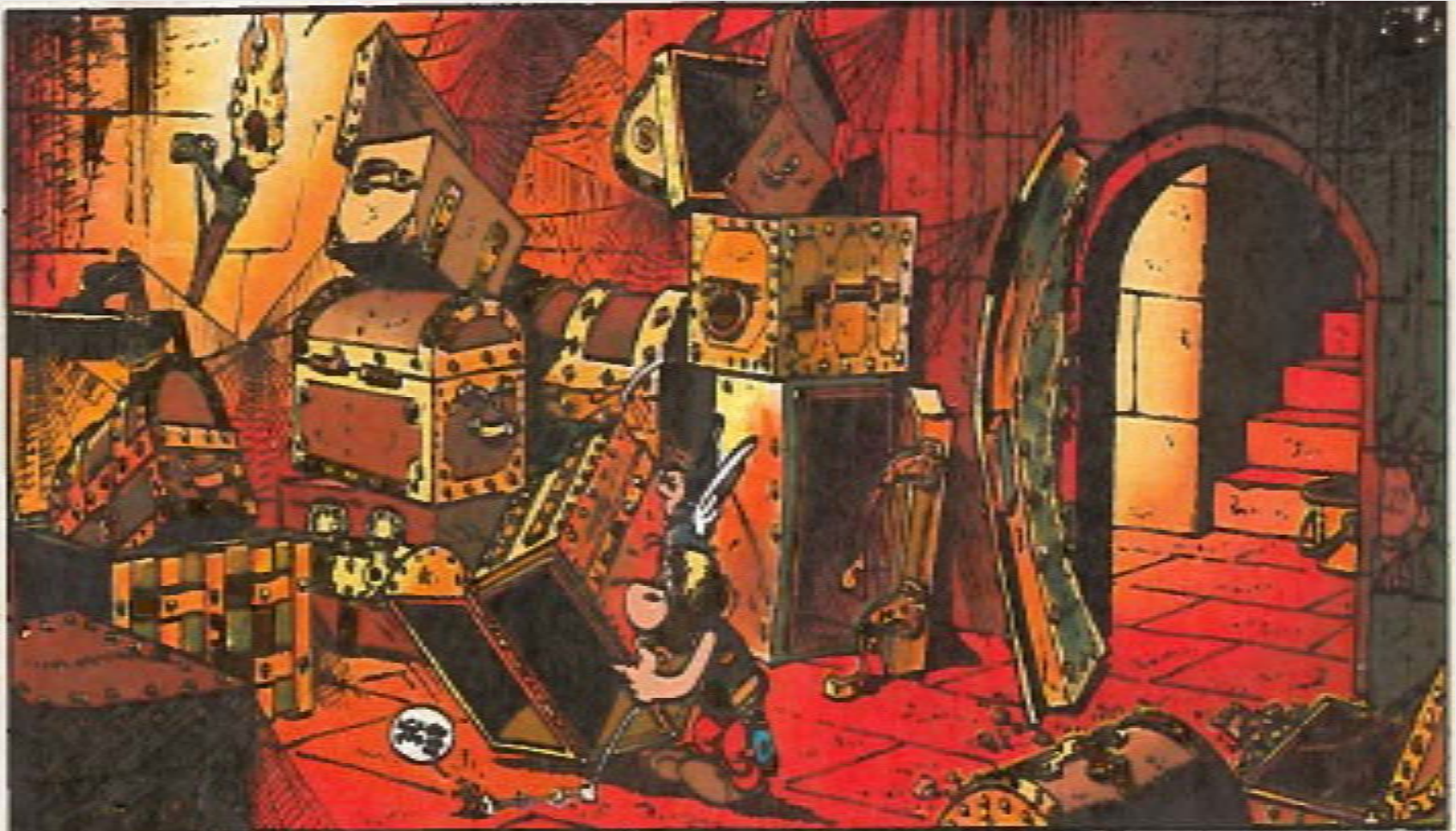
V.J. Makowskij: «Die Bankpleite» (1880, Russisches Museum, St. Petersburg)





# ... und in der Antike.

R. Goscinny / A. Uderzo: «Asterix und der Kupferkessel», Delta Verlag, Stuttgart 1972



- **1934-1949** – Sonderregeln zum Bankenkonzurs im BankG
  - betreffend Stundung, Nachlass, Liquidation, etc.
  - EBK kraft Bundesratsbeschluss Konkurs- und Sanierungsbehörde
  - Banken als «öffentlicher Dienst» (BR-Botschaft 1934)
- **1991** – Konkurs der Spar- und Leihkasse Thun
- **2004** – Revision des BankG
  - Konsolidierung des Verfahrens in der Hand der EBK
  - Verbesserter Einlegerschutz
  - Erweiterte Eingriffskompetenzen der EBK
- **2012** – Erlass der BIV: Zurück auf Los?

# FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes 2011

- Resolution hat zum Ziel:
  - *protecting vital economic functions, without severe systemic disruption*
  - *loss absorption by shareholders, without exposing taxpayers to loss*
  - *according to hierarchy of claims in liquidation*
- Gesetzgeberische Massnahmen sollten sein:
  - *establish a resolution authority empowered to*
    - *ensure continuity of essential services*
    - *transfer assets and liabilities notwithstanding otherwise applicable requirements*
    - *override shareholders rights / convert creditor claims into equity*

- «PONV», «Point of Non-Viability» (z.B. ERV 29)
- «Recovery» (BankV 22 I)
- «Resolution» (BankV 22 II)
- Recovery Plan (RCP)
- Resolution Plan (RSP)
- RRP Prozess
- RRP «light»
- Sanierungsplan (BankG 29; BIV 44)
- «no creditor worse off»-Test / ncw-Test (BankG 31 I lit. b; BIV 40 I)



# Vergleich SchKG und BIV

hinsichtlich der Auslöser für Konkurs und Sanierung...



	Nicht-Bank AG	Bank AG
<b>Kapitalverlust / Eigenmittelunterdeckung</b>	<p>Kein selbständiger Auslöser, aber</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Anzeige VR an GV</li><li>• Keine Kapitalerhöhungspflicht</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Anzeige Bank an FINMA</li><li>• Kapitalerhöhungspflicht</li><li>• Nach Fristablauf verletzte EM-Vorschriften Auslöser, aber<ul style="list-style-type: none"><li>• Insolvenzgefahr erforderlich?</li><li>• Mindestkapital?</li><li>• Säule II Zuschläge?</li></ul></li><li>• Konkurrenz zu Bewilligungsentzug?</li></ul>
<b>Besorgnis der Überschuldung</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Pflicht zur Zwischenbilanz</li><li>• Anzeige an Gericht</li><li>• Auslöser idR bei ausgewiesener Überschuldung</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• OR 720 derogiert durch BankG 25 III – trotzdem Pflicht zur (geprüften) Zwischenbilanz?</li><li>• Trigger auch ohne ausgewiesene / geprüfte Überschuldung</li></ul>
<b>Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit</b>	<p>Kein selbständiger Auslöser, aber</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Schuldner erklärt sich zahlungsunfähig</li><li>• «Vermutete Zahlungsunfähigkeit» bei Nichtzahlung in Betreuung</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Anzeige Bank an FINMA</li><li>• Modifizierte Zahlungsunfähigkeit wegen Geschäftsmodell der Fristentransformation</li><li>• Anschluss an Liquidity Coverage Ratio?</li></ul>

... hinsichtlich der massgeblichen Beteiligten  
und Recht und Pflicht zur Initiative...



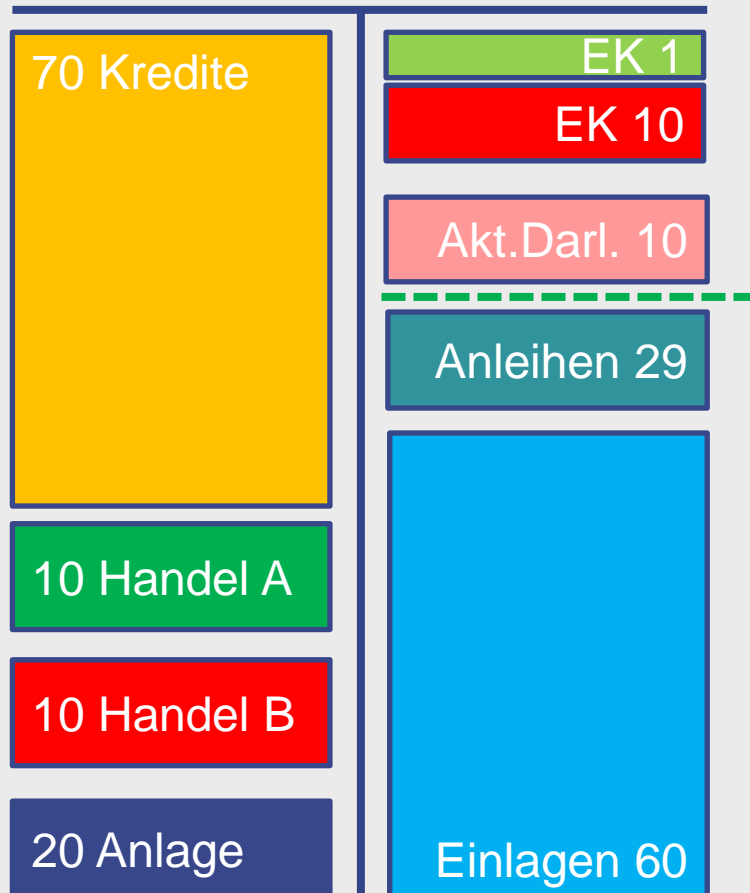
	Nicht-Bank AG	Bank AG
<b>Gläubiger</b>	Initiativ <u>recht</u> durch Betreuung auf Konkurs	<ul style="list-style-type: none"> <li>Kein Initiativrecht, da keine Betreuung auf Konkurs</li> <li>Betreibung auf Pfändung?</li> </ul>
<b>AG bzw. VR</b>	Bei Kapitalverlust: <ul style="list-style-type: none"> <li>Initiativ<u>pflicht</u> Sanierungsanträge an GV</li> </ul> Bei drohender Überschuldung: <ul style="list-style-type: none"> <li>Initiativ<u>pflicht</u> Anzeige an Gericht</li> <li>Initiativ<u>recht</u> Sanierungsanträge an Gericht</li> </ul>	Initiativ <u>pflicht</u> : Anzeige an FINMA bei <ul style="list-style-type: none"> <li>Eigenmittelunterdeckung</li> <li>Drohender Überschuldung</li> <li>Liquiditätsproblemen</li> </ul> Initiativ <u>recht</u> (- <u>obliegenheit</u> ?): <ul style="list-style-type: none"> <li>Sanierungsvorschlag an FINMA (z.B. Entwurf Sanierungsplan)</li> </ul>
<b>Behörde</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Konkursgericht</li> <li>Gebundenes Ermessen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>FINMA</li> <li>«Technisches Ermessen» (BGer):                             <ul style="list-style-type: none"> <li>Pronoseentscheid / Abwägung</li> <li>Fragen der Bilanzierung</li> <li>Aufsichtspolitisches Ermessen?</li> </ul> </li> </ul>

# ... und hinsichtlich des Rechtsschutzes durch Beschwerde.



	Nicht-Bank AG	Bank AG
<b>Potentieller Gegenstand</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Jede Verfügung</li> <li>• Rechtsverweigerung und –verzögerung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konkursliquidation</li> <li>• Genehmigung Sanierungsplan</li> <li>• Verwertungshandlungen nach Massgabe einer FINMA-Verfügung (Fall Aston)</li> <li>• Rechtsverweigerung?</li> <li>• Sanierungseröffnung (BIV 41)?</li> </ul>
<b>Wirkung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In der Regel keine aufschiebende Wirkung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In der Regel keine aufschiebende Wirkung</li> <li>• Nie aufschiebende Wirkung, soweit gegen Genehmigung des Sanierungsplans</li> </ul>
<b>Aktiv-legitimiert</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Jeder mit «schutz-würdigem Interesse»</li> <li>• Gläubiger: Ja</li> <li>• Schuldner: Ja</li> <li>• Aktionariat: Nein</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bank/Schuldner (VR): gegen Konkursliquidation, Sanierungseröffnung</li> <li>• Individuelle Gläubiger gegen Sanierungsplan, jedoch nur Entschädigung</li> <li>• Gläubigermehrheit gegen Sanierungsplan als solchen</li> <li>• Aktionariat gegen Sanierungsplan, jedoch stets nur auf Entschädigung</li> </ul>

# «Bail-in»: Wie und Wodurch



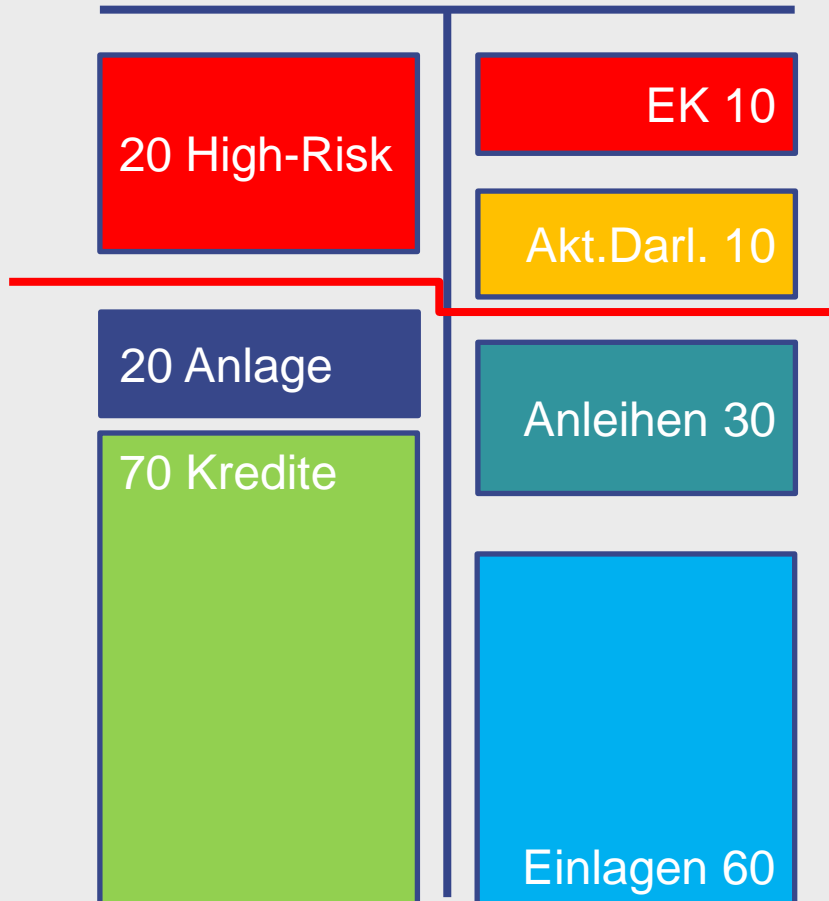
- Vertrauensverlust durch Unterkapitalisierung: Bank run droht!
- FK wird in EK gewandelt, z.B.:
  - Aktionärsdarlehen (ganz) i.V. 1:1
  - Anleihen (teilweise) i.V. 1:1
 (debt-equity-swap)
- Rechtsgestaltender Akt ist der Sanierungsplan
- Sanierungsplan ersetzt:
  - GV mit Herabsetzung und Erhöhung des (stat.) Kapitals
  - Liberierung durch Abtretung der FK-Positionen
  - Eintragung im HReg (aber dekl. Nacheintrag, BIV 45 III)

# «Bail-in»: Wozu und mit welchen Massgaben

- *Wozu?*
  - Grundzüge des Sanierungsplans (Recap) wird veröffentlicht
  - Gefahr des Bank runs dadurch (hoffentlich) gebannt
- *Mit welchen Massgaben?*
  - Recap muss regulatorische Kapitalquote wiederherstellen (BIV 48 lit a)
  - Sämtliche Kapitalquellen müssen vorab herangezogen worden sein (BIV 48 lit b und c)
  - Gläubigerhierarchie des FK muss beim Recap beachtet worden sein (BIV 48 lit d)
  - ncw-Test: Kein Gläubiger darf durch Sanierung schlechter stehen als im Konkurs (BIV 40 I lit a)



# «Break-up»: Vermögensübertragung Wie und Wodurch



- Vertrauensverlust durch Hochrisikogeschäft: Bank run droht!
- Normal- und Hochrisikogeschäft werden voneinander getrennt, z.B.:
  - mit Aktivenüberhang
  - mit Passivenüberhang
  - jeweils mit entsprechendem Ausgleich und auf Drittbank übertragen
- Rechtsgestaltender Akt ist der Sanierungsplan
- Sanierungsplan ersetzt:
  - Willenserklärungen der Bank
  - Zustimmung von Vertragspartnern
  - Wohl nicht: Willenserklärungen der Übernehmerin!
- FusG nicht anwendbar (BankG 30 III)

# «Break-up»

## Wozu und mit welchen Massgaben

- *Wozu?*
  - Grundzüge des Sanierungsplans, nämlich Abtrennung des Hochrisikogeschäfts, wird veröffentlicht
  - Gefahr des Bank runs dadurch (hoffentlich) gebannt
- *Mit welchen Massgaben?*
  - Beschreibung des übertragenen Vermögens (analog FusG?)
  - Operative Trennbarkeit der Vermögensteile
  - Wertausgleich bei Aktiv- oder Passivüberhang
  - Unabhängige Nachbewertung und nachträglicher Ausgleich
  - ncw-Test: Keine Schlechterstellung als im Konkurs (Schuldnerwechsel noch keine Schlechterstellung; BIV 46 I)

# Vom Courant Normal zur Resolution

## Die Phasen einer Restrukturierung

Phase	Courant Normal (Jahre/Monate)	Recovery-Phase (Monate/Wochen)	Resolution-Phase (Tage/Wochen)	Rechtsmittel-Phase (Tage)
<b>FINMA</b>	Reguläre Aufsicht RSP-Arbeiten (ggf. «light»)	Intensive Aufsicht, z.T. vor Ort Guidance für Recovery Vorbereitung Sanierungsplan	Hoheitliches Sanierungsverfahren Genehmigung Sanierungsplan (ggf. gemäss RSP)	Beschwerdegegner
<b>Bank</b>	Reguläres FINMA- und SNB-Reporting RCP-Arbeiten (ggf. «light»)	Autonome Stabilisierung Ggf. gemäss RCP	Auskunfts- und Mitwirkungspflicht	Beschwerderecht der Bank (VR)
<b>Aktionäre</b>	(Keine wesentliche Rolle)	Autonome Sanierungsbeiträge (Zuschüsse, Rangrücktritte etc.)	«Enteignung» der Aktionäre	Beschwerderecht der Aktionäre
<b>Gläubiger</b>			Verlusttragung durch Gläubiger (Bail-in)	Widerspruchsrecht des Gläubigermehrs  Beschwerderecht indiv. Gläubiger



- Ständiger Planungsprozess bei SIFIs, «light»-Prozess bei ausgewählten anderen Instituten
- Vorbereitung:
  - PONV antizipieren: Vorab festlegen, bis wann (PONV-Frist) welcher Zielzustand (Stabilisierung) erreicht sein soll
  - Nach Massgabe des Zielzustandes Daten erheben im Sinne einer «modifizierten Zwischenbilanz»:
    - Stichtagsbezogene Betrachtung
    - Aggregierte und nicht-aggregierte Werte
    - Keine rein rechtlich-betriebswirtschaftliche Analyse...
  - Zielzustand im Lichte der erhobenen Daten modifizieren; Gestaltungsoptionen ausloten
- Durchführung: Idealerweise innert weniger Tage nach «Drehbuch»... (wishful thinking?)

# Offene Punkte und Probleme

## Lösungsansätze

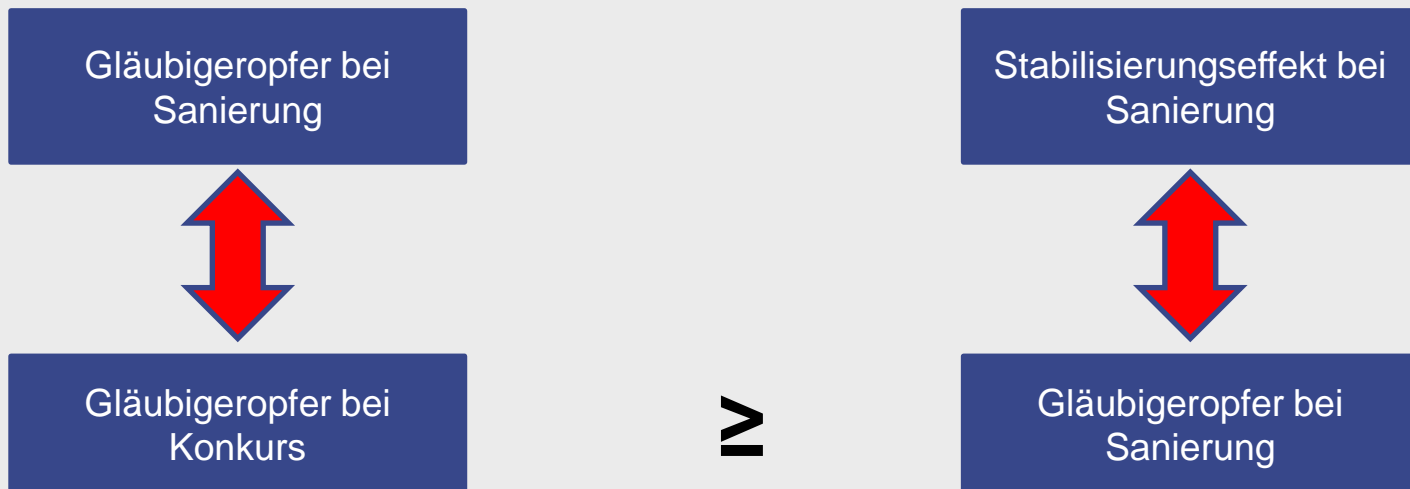
- «Vollständige» Herabsetzung des Gesellschaftskapitals? (BIV 48 lit b)
  - Oder Herabsetzung, soweit für Verlustabsorption erforderlich (s. FSB Key Attributes 3.5 (i))?
- Nominelles FK / implizites EK (v.a. Aktionärsdarlehen):
  - Grundsätzlich nachrangig?
  - Auch bei Besicherung? S. aber BIV 49 lit. b
- Gläubigerhierarchie und Gläubigersegmentierung statt par condicio creditorum (BIV 48 lit d)
  - Sachlich richtig, wenn vorrangiges Ziel die Stabilisierung
  - Regelung auf Gesetzesstufe sinnvoll
- Feststellung des Gläubigermehrs
  - Definition der Ablehnungsberechtigung
  - Massstab: Mehr als die Hälfte des gesamten Fremdkapitals



# Offene Punkte und Probleme

## Lösungsansätze

- ncw-Test: Sachziel oder Korrektiv einer Sanierung?
  - Sanierung (i.d.R.) nicht Verlustabsorption, sondern Wiederherstellung der regulatorischen EK-Quote nach Verlustabsorption zwecks Erhaltung der Fristentransformation
  - Stabilisierung im Interesse der Gläubigergesamtheit, weil Banken «öffentlicher Dienst», d.h. Infrastruktur der Volkswirtschaft
  - «Vermutung» der Besserstellung / Umkehr der «Argumentationslast»?
- Welche Abwägung nimmt Sanierungsbehörde vor (BankG 31 I lit b)?



# Konsequenzen für die Aufsichts- und Restrukturierungspraxis



- Die hoheitliche Sanierung – Ausdruck dessen, dass Banken einen «öffentlichen Dienst» erbringen? (BR-Botschaft 1934)
- Krise und Insolvenzgefahr – Risiko des Konkurses und zugleich Chance auf Sanierung
- Die FINMA – Sanierungsbehörde («Resolution Authority») mit Befugnis zur Gestaltung der Zivilrechtsslage
- Der Bank-VR – «Initiator» einer Sanierung
- Die (kaufmännischen) Berater – «Designer» und Redaktoren von Sanierungskonzepten

- Weiterentwicklung des Bankeninsolvenzrechts erforderlich
- Durch Klarstellungen seitens Gesetz- und Verordnungsgeber
- Durch ergänzende, u.U. korrigierende Auslegung in Wissenschaft und Praxis
- Durch kautelarjuristische Pflege (Sanierungsberatung, Erstellung Sanierungskonzepte)

# Fragen, Kritik, Anregungen?



[Rastko.Vrbaski@finma.ch](mailto:Rastko.Vrbaski@finma.ch)

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern

[info@finma.ch](mailto:info@finma.ch)  
[www.finma.ch](http://www.finma.ch)