



Bail-in unter Schweizer Recht Status und ungelöste Problemfelder

Dr. Yves Mauchle

**Baker
McKenzie.**

EIZ Vortragsreihe am Mittag
CS Forum St. Peter, Zürich
26. Januar 2018



Agenda

1	Einführung und Definitionen	2
2	Spezialprobleme der Bankenabwicklung	5
3	Entwicklung des Bankeninsolvenzrechts	10
4	Bail-in: Primat der Finanzstabilität	17
5	Ungelöste Problemfelder	24
6	Schlussfolgerungen	26



1

Einführung und Definitionen

Was ist ein Bail-in?

180°-Umdrehung des Wortes «Bailout»

In der Staatssanierung: Beteiligung der Anleihengläubiger («Haircut»)

Für die Bankenabwicklung von *Calello & Ervin*
(The Economist, 28. Januar 2010) popularisiert

- Argumentation: Statt ungeordnetem Konkurs (disorderly liquidation) von Lehman Brothers (EK≈\$25m):
 - \$25m abschreiben (*Wipeout* der bisherigen Aktionäre)
 - Rekapitalisierung durch Wandlung in EK:
 - \$25m Vorzugsaktien und subordinierte Anleihen (50% Aktien)
 - 15% der \$120m Senior Bonds (=\$18m) in EK wandeln (50% Aktien)
 - =neues EK \$43m
- These der Autoren:
Lehman hätte ohne Unterbrechung weitergeführt werden können

Ausprägungen

Vertraglicher vs. gesetzlicher Bail-in

Vertraglich:

Kapitalinstrument wird durch vordefiniertes Ereignis in EK gewandelt oder abgeschrieben

Gesetzlich:

Abwicklungsbehörde

- schreibt Verbindlichkeiten ab («Haircut») oder
- wandelt sie in EK durch hoheitlichen Eingriff in privatrechtliche Verhältnisse

Europäischer vs. US-amerikanischer Bail-in

Europäisch:

Direkter Eingriff der Abwicklungsbehörde

US-amerikanisch:

Bail-in mittels Verkauf einer sanierten Übergangsbank am Markt und Befriedigung der Altgläubiger mit Proceeds Notes (*Dodd-Frank Act, Orderly Liquidation Authority*)



2

Spezialprobleme der Bankenabwicklung

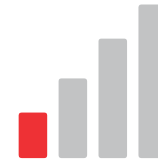
Sind Banken speziell? Wenn ja, weshalb? (I)



Zinsdifferenzgeschäft



Fristentransformation



Mindestreservesystem

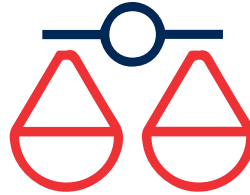
Sind Banken speziell? Wenn ja, weshalb? (II)

- Bankgeschäft findet direkt auf der Bilanz statt
- Bank hat definitionsgemäss Verbindlichkeiten (Einlagen, Interbank)
- Bank kann nicht alle kurzfristigen Verbindlichkeiten zugleich befriedigen
- Vergleich mit realwirtschaftlichen Unternehmen:
 - Geringe EK-Quote
 - Verbindlichkeiten (und nicht nur Aktiva) sind operativ relevant
- Volkswirtschaftliche Relevanz:
 - Depositen (Liquiditätsfunktion)
 - Derivate (Risikotransferfunktion)

Bankenkrise

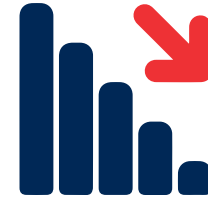


Schwerpunkt auf Liquidität – Vertrauen in die Bank ist zentral



Diamond-Dybvig-Modell (1983):

- Stabil bei Erwartung, dass andere Einleger spät abheben
- Bank Run bei Erwartung, dass andere Einleger früh abheben



Kapitalkrise geht mit Liquiditätskrise einher (Bank Run)



Auf den Märkten wird die Lebensfähigkeit der Bank in Stunden und Minuten, nicht in Monaten und Tagen beurteilt

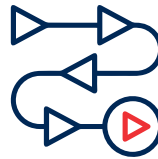


Schutz nicht von Aktiva, sondern Verbindlichkeiten – diese sind operativ relevant!

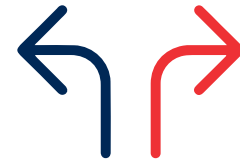
Mängel des ordentlichen Insolvenzrechts bei Banken



Normale
Insolvenztatbestände
greifen zu spät ein



Langfädiges Verfahren



Wenig differenziertes
Instrumentarium



Starke Rolle der
Gläubiger



Keine Planung für
den Insolvenzfall



Keine bankenfachlichen
Kenntnisse der ordentlichen
Insolvenzbehörden



3

Entwicklung des Bankeninsolvenzrechts



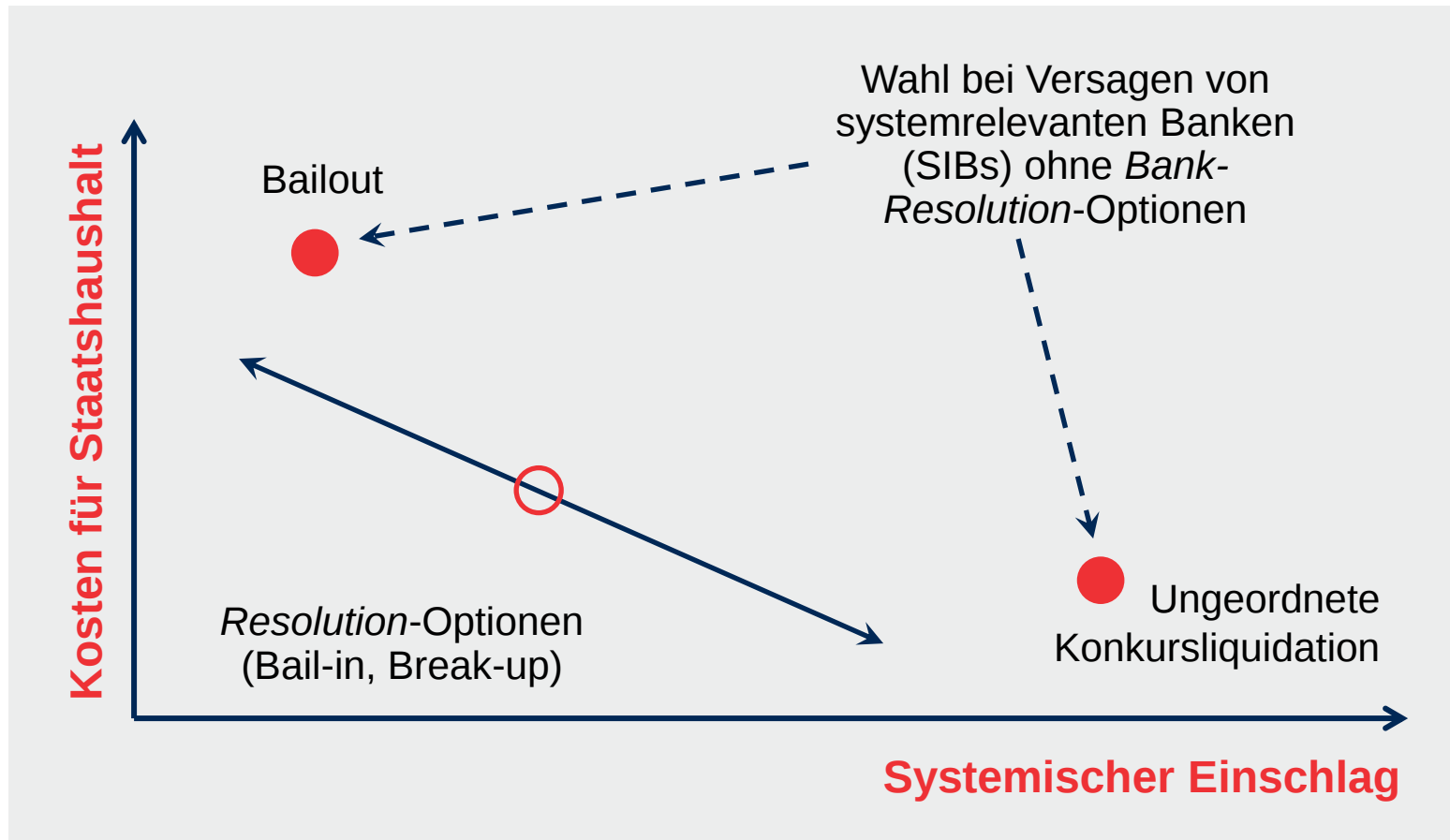
Revision von 2003

- Ursprünglich nur Lizenzentzug (Art. 23^{quinquies} BankG) – mangelhaftes Instrumentarium:
 - Keine Voraussetzungen für effektives Krisenmanagement
 - Nachlassverfahren kollidierte mit Befugnissen der EBK
 - Verwaltungsrechtliche Eingriffe der EBK hatten keine zivilrechtlichen Wirkungen
- Einführung einer kohärenten *Lex Specialis* der Bankeninsolvenz als Reaktion auf *Spar- und Leihkasse Thun*
- Verwaltungsrechtliches Verfahren geführt von EBK
 1. Beurteilung Sanierungsaussichten
 2. Einsetzung Sanierungsbeauftragter, ggf. Schutzmassnahmen
 3. Entwurf Sanierungsplan
 4. Rechtliches Gehör (Einwände Gläubiger/Eigner), Möglichkeit der Ablehnung des Sanierungsplans durch Gläubiger
 5. Genehmigung Sanierungsplan durch EBK/FINMA
- Gemäss Botschaft war Bail-in bereits möglich (BBl 2002 8071) – allerdings konnten Gläubiger Konkursliquidation erzwingen

«Too big to fail» – Entwicklungen nach 2008

- Kein neues Problem – siehe bereits Botschaft zur Volksbank-Rettung (BBl 1933 II 819 f.)
- Systemisches Risiko:
 - «*[R]isk of disruption to financial services that is (i) caused by an impairment of all or parts of the financial system and (ii) has the potential to have serious negative consequences for the real economy.*» (FSB, IMF & BIS, 2009)
- *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* (FSB) als *Magna Charta* moderner Bankeninsolvenzregimes
- Schweizer Bankeninsolvenzrecht wird auf der internationalen Ebene neu gestaltet (vgl. Art. 52 BankG)

Ziel der Bank Resolution nach den Key Attributes

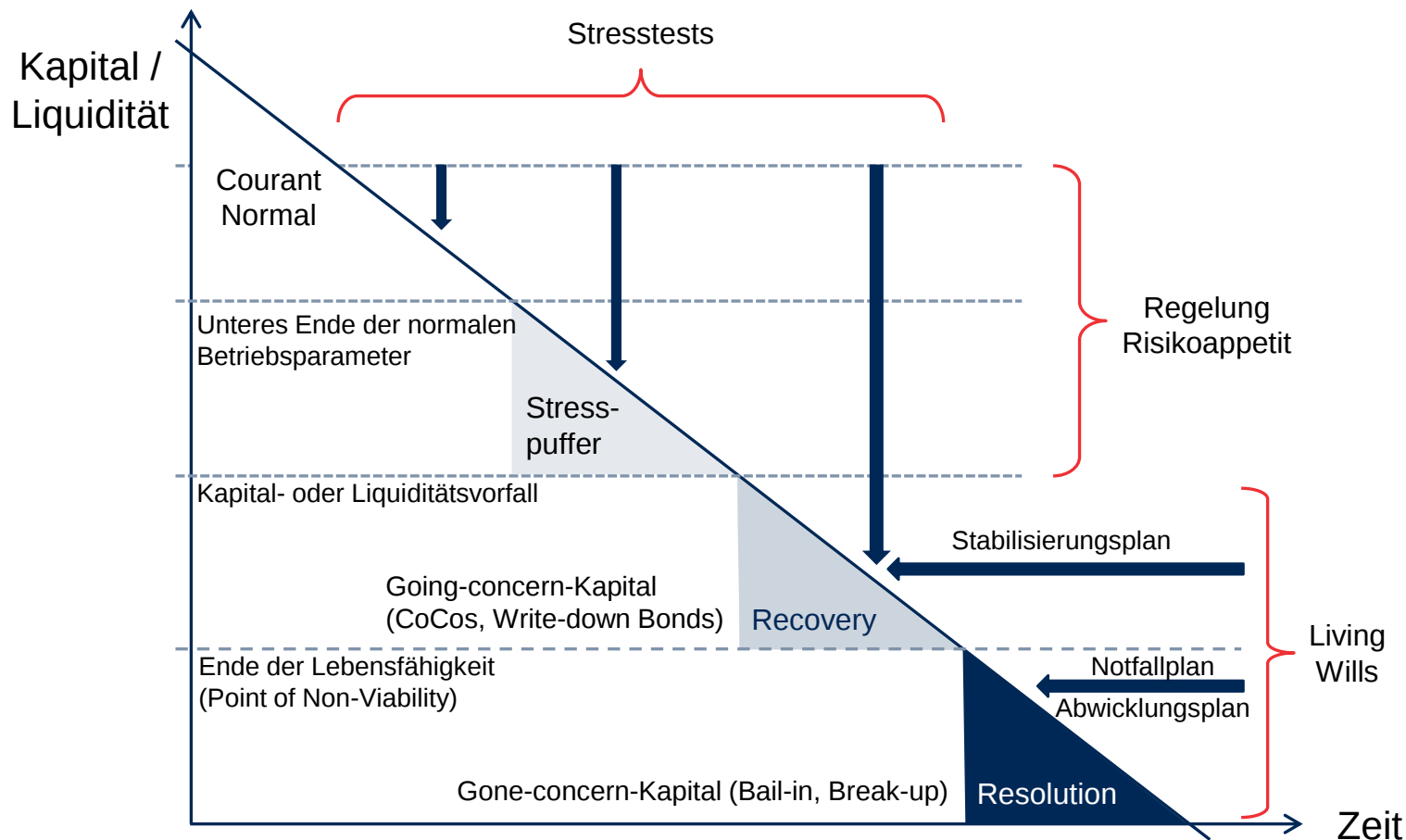


Eigene Darstellung basierend auf Cihák & Nier (2009) 5.

Bankensanierungsverfahren gemäss TBTF-Novelle

- Paradigmenwechsel: **Finanzstabilität statt Gläubigerschutz**
- Utilitaristische Abwägung des Gesetzgebers (öffentliches Interesse)
- Verwaltungsrechtliches Verfahren mit weitgehenden Kompetenzen der Abwicklungsbehörde
- Verfahren bei SIBs mit Limitierung der Gläubigerrechte:
 1. ~~Beurteilung Sanierungsaussichten~~
(zwingende Kontinuität systemrelevanter Funktionen)
 2. Einsetzung Sanierungsbeauftragter, ggf. Schutzmassnahmen
 3. Entwurf Sanierungsplan
 4. ~~Rechtliches Gehör (Einwände Gläubiger/Eigner), Möglichkeit der Ablehnung des Sanierungsplans durch Gläubiger~~
(keine Einwendungs-, Ablehnungs- oder Anfechtungsmöglichkeit für Gläubiger und Eigner)
 5. Genehmigung Sanierungsplan durch FINMA (ggf. auch zeitgleich mit Verfahrenseröffnung)

Vom Courant Normal zur Resolution



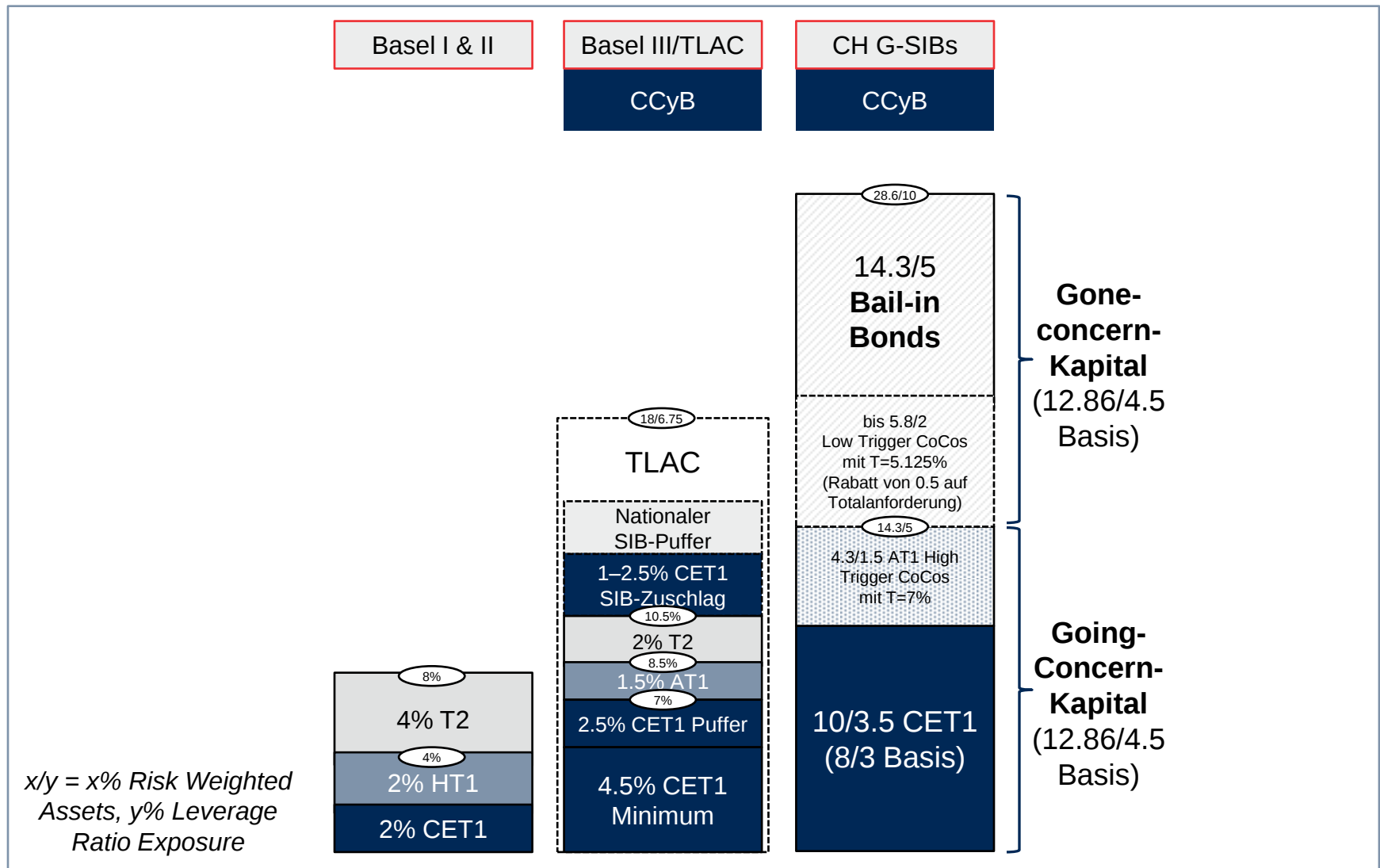
Eigene Darstellung basierend auf Blumer (2014) 64.



4

Bail-in: Primat der Finanzstabilität

Kapitalanforderungen an G-SIBs

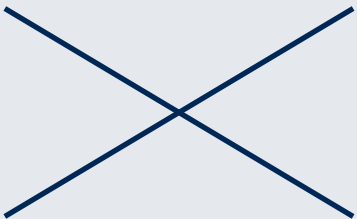


Ausgenommene Verbindlichkeiten

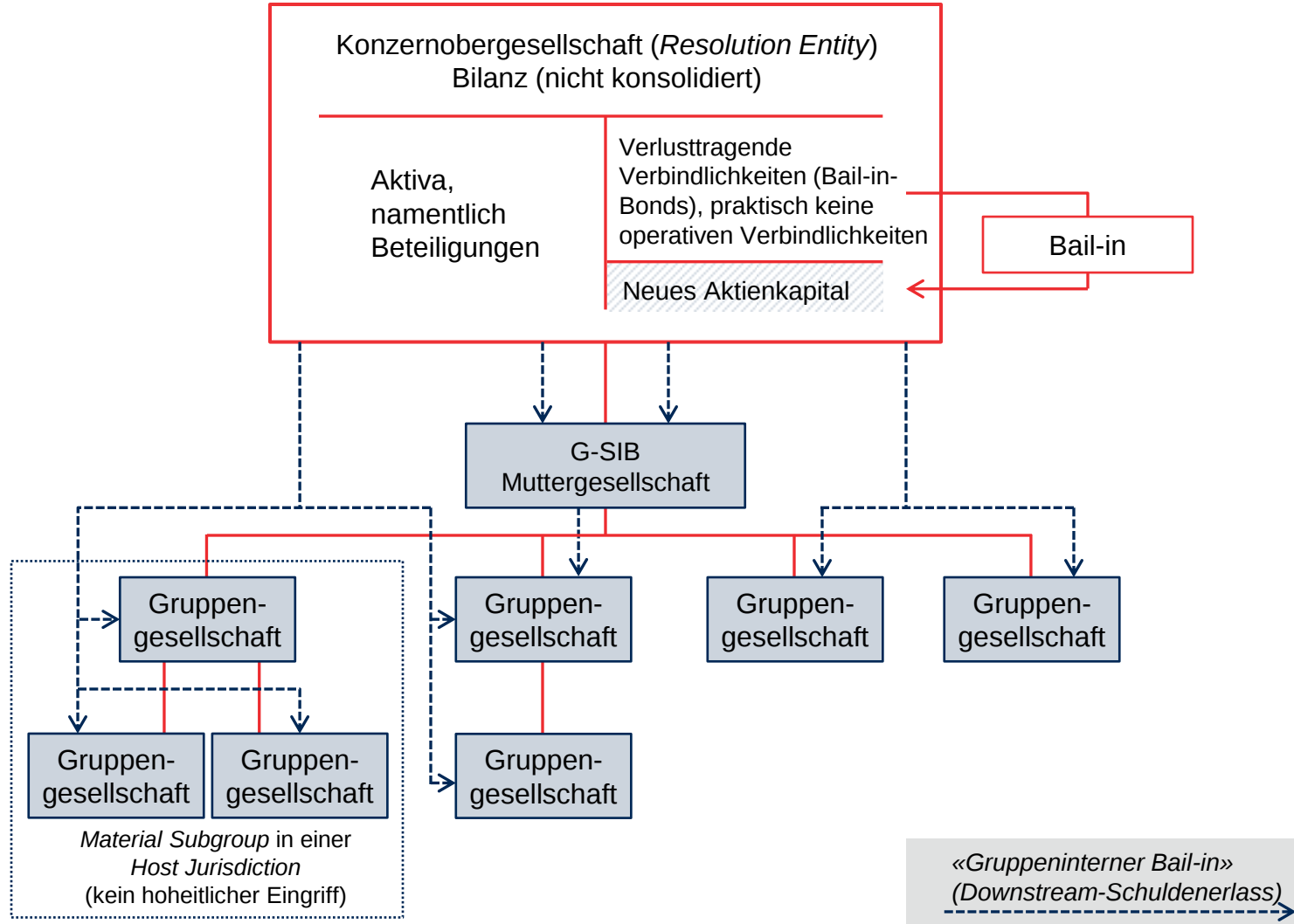
Schweizer Recht (BIV-FINMA)	BRRD (EU)
Besicherte Forderungen (bis zum Umfang der Besicherung)	
Versicherte Einlagen (bis zum Umfang der Versicherung)	
Verrechenbare Forderungen (bis zum Umfang der Verrechenbarkeit)	n/a
Aussonderbare Aktiva der Klienten (BRRD: Falls in der <i>lex generalis</i> des MS auch privilegiert)	
Gemäss <i>lex generalis</i> privilegierte Forderungen, u.a. Lohnforderungen, gewisse Steuern und Abgaben	
n/a	Interbankforderungen < 7 Tage Laufzeit
n/a	Forderungen von Betreibern von Zahlungs- und Clearingsystemen < 7 Tage Laufzeit
Verbindlichkeiten, welche die Bank unter bestimmten Schutzmassnahmen eingehen durfte (E-BankG 2015)	Kritische Geschäftsverbindlichkeiten (z. B. kritische Lieferanten)
Verhältnismässigkeitsprinzip, technisches Ermessen – auch diskretionäre Handhabung von bestimmten Forderungen möglich (umstritten)	In Ausnahmefällen: Ausschluss von bestimmten Verbindlichkeiten durch Abwicklungsbehörde (falls impraktikabel, kritisch zur Aufrechterhaltung von Schlüsselfunktionen, notwendig zur Vermeidung von <i>Contagion</i> oder zur Vernichtung von Wert

Bail-in: Primat der Finanzstabilität

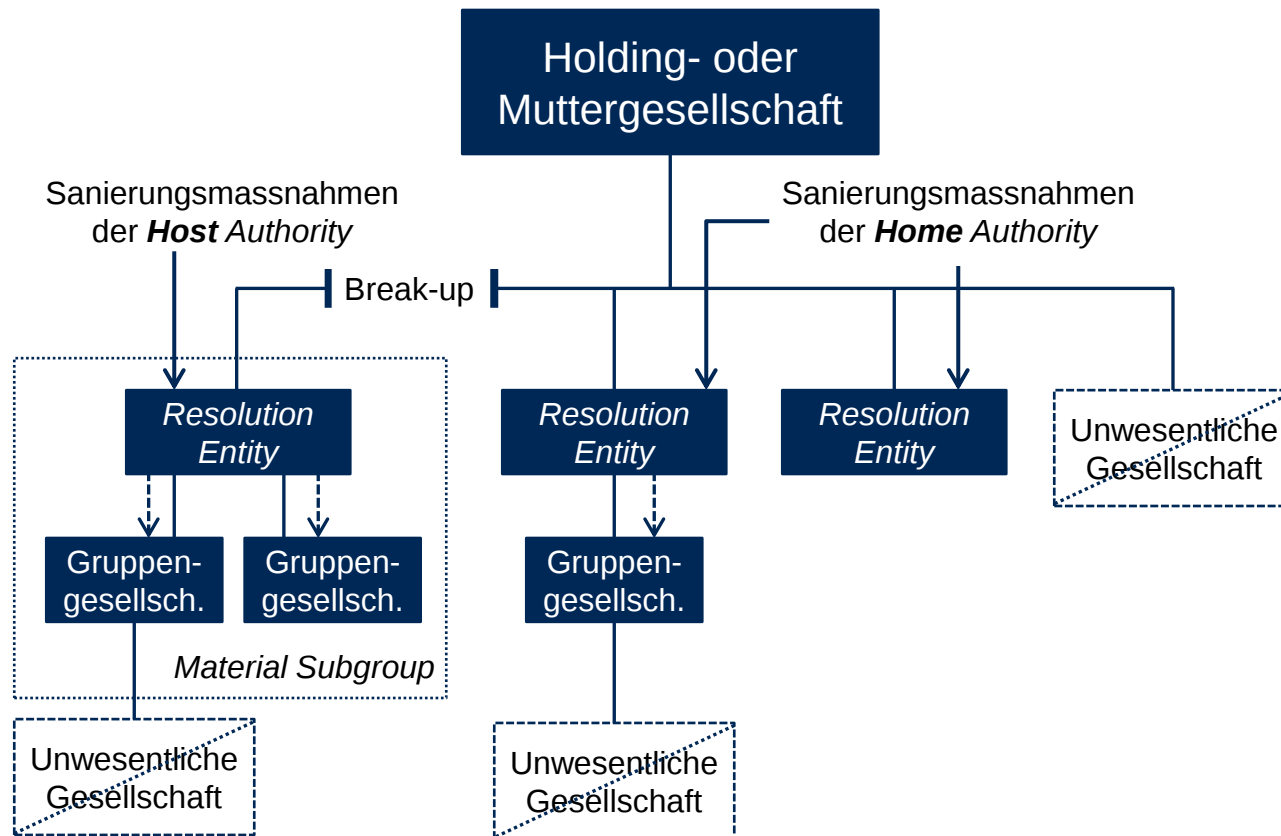
Bail-in-Kaskade

Schweizer Recht (BIV-FINMA)		BRRD (EU)	
Ausgenommene Verbindlichkeiten (siehe vorn)			
Einlagen	Einlagen von natürlichen Personen und KMUs		
Übrige vorrangige Verbindlichkeiten	Vorrangige Verbindlichkeiten, inkl. Einlagen (ausser solchen von natürlichen Personen und KMUs)		
Bail-in-Bonds (E-BankG 2015)			
Übrige nachrangige Verbindlichkeiten			
Übriges regulatorisches Kapital (AT1, dann T2)			
Aktienkapital (CH: Wipeout zwingend, EU: Verwässerung möglich)		Automatische Verlusttragung (Aktien) und vertraglicher Bail-in	

Single Point of Entry (SPoE)



Multiple Point of Entry (MPoE)



Abwicklung

Sanierungsmassnahmen
(inkl. Bail-in)

Downstream-Schuldenerlass
(beispielhaft)

Schwerwiegender Eingriff in Eigentumsrechte

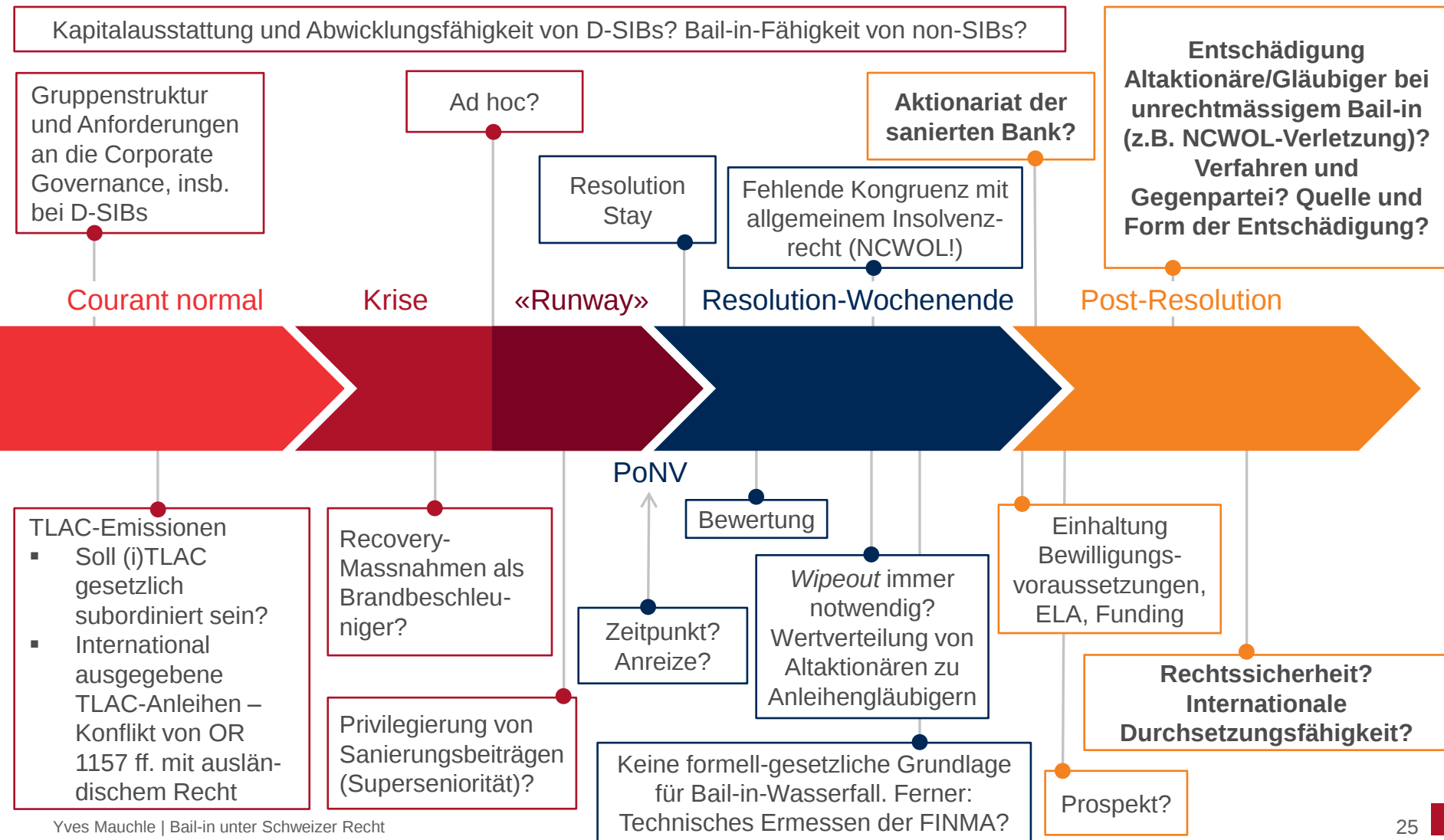
- Rolle des Staates
 - Ordentliches Insolvenzverfahren: Staat als «Wächter»
 - Bank Resolution: Staat als Akteur
- Bail-in ist schwerwiegender Eingriff in die Eigentumsfreiheit und muss entsprechend in einem Bundesgesetz geregelt sein (vgl. Art. 36 BV)
- Parlamentarischer Auftrag von Art. 164 BV (Regulierung von wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in formellen Gesetzen)
- Aber: zur Zeit befinden sich die massgeblichen Regeln auf Verordnungsstufe – muss auf formell-gesetzliche Stufe gehoben werden
- Verfassungsgerichtsbarkeit?
 - Keine Verfassungsgerichtsbarkeit bzgl. Bundesgesetzen (Art. 190 BV)
 - Schweiz ist nicht Mitglied des ersten EMRK-Protokolls
 - Problematik entsprechend abgemildert bei Regulierung im Bundesgesetz



5

Ungelöste Problemfelder

Offene Fragen im Resolution-Zeitstrahl





6

Schlussfolgerungen

Gesteigerte Staatsverantwortung

- Abwicklungsbehörde hat in der Bank Resolution im Sinne der Key Attributes das Zepter in der Hand
- Entsprechend grosse Verantwortung des Staates
- Schweizer Rechtsgrundlagen:
 - sind gewohnt minimalistisch
 - regeln die wichtigsten Fragen bzw. lassen Raum für publizierte Behördenpraxis
 - sind jedoch zur Zeit auf der falschen Stufe (Verordnung statt Gesetz)
- Die bedeutendsten Problemfelder finden sich in der Phase nach der Resolution – dort ist die baldige Schaffung von Rechtssicherheit essentiell
- Revisionsvorschlag (Sommer 2018) als Chance, einen Teil der Problemfelder zu lösen
- Noch wichtiger ist die Sicherstellung der internationalen Durchsetzbarkeit der Bank Resolution und die Vermeidung von *Ring Fencing – Work in Progress...*
- Staatsvertragliche Regelung wünschenswert, aber in weiter Ferne



Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!
Fragen?

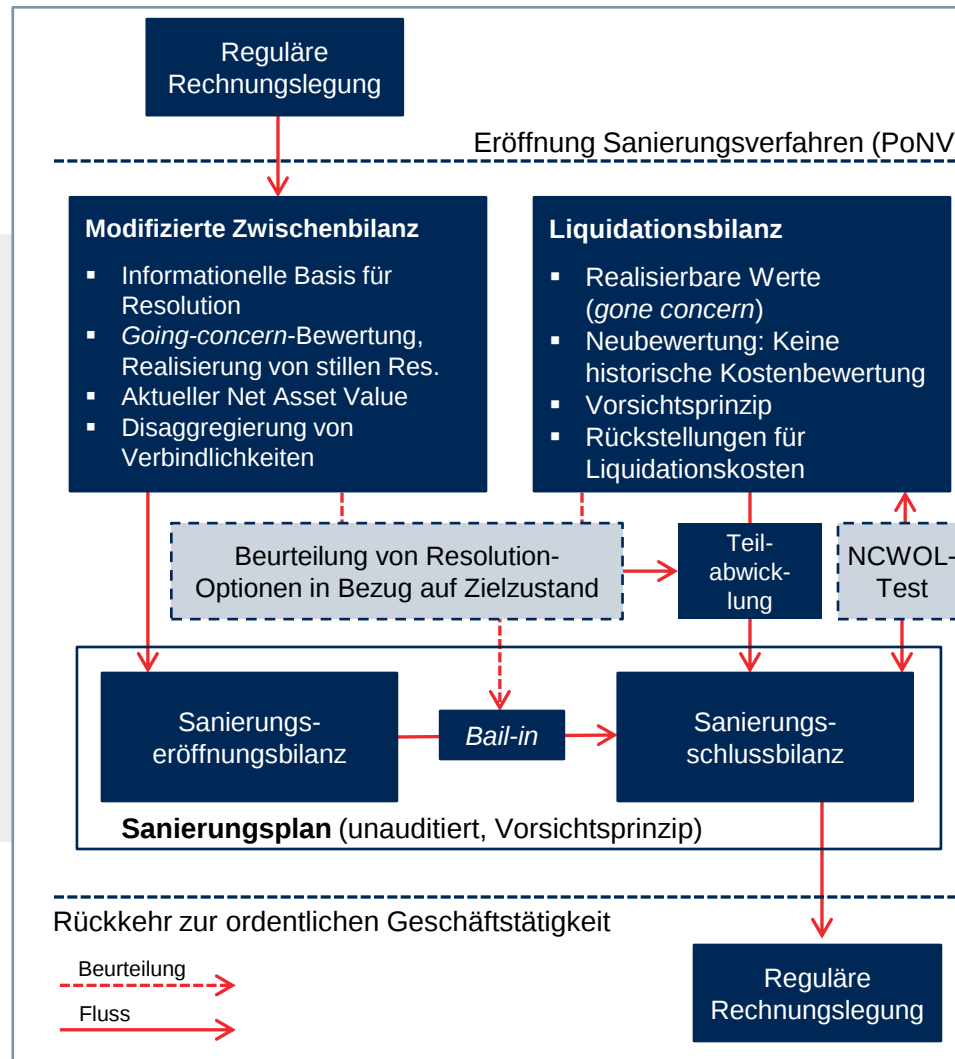
Anhang 1: Literaturhinweise (I)

- FABIO A. ANDREOTTI, “Die heilige Kuh soll geschlachtet werden” – zum bankenrechtlichen bail-in von Kundeneinlagen – Analyse des neuen Paradigmas im Bankensanierungsrecht, in: Lukas Fahrländer/Reto A. Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2013, 444–478.
- ANDREAS BLUMER, Risk Management / Capital Adequacy, Universität St. Gallen, 10. Mai 2014 (Vorlesungsunterlagen, nicht publiziert).
- PETER BÖCKLI/MARTIN BÖCKLI, «Bail-in»: Bankenrettung durch Gläubigeropfer, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Peter Christoph/Charlotte M. Baer (Hrsg.), Law & Economics, Bern 2015 (Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag), 321–348.
- RENÉ BÖSCH, Grossbankenregulierung: Status – Quo Vadis?, in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen VIII, Zürich 2014 (Europa Institut Zürich 144), 255–296.
- PAUL CALELLO/WILSON Ervin, "From bail-out to bail-in", The Economist, 28. Januar 2010.
- MARTIN CÍHÁK/ERLEND NIER, The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions – The Case of the European Union (IMF Working Paper WP/09/200), September 2009.
- SERAINA GRÜNEWALD/ROLF H. WEBER, Bail-in: Zaubertrank oder Pandorabüchse der Bankensanierung?, SZW 85 (2013), 554–562.
- SERAINA GRÜNEWALD, Rechtliche Rahmenbedingungen der Bankenabwicklung – Drei Szenarien als hypothetische Testfälle des Schweizer Bankenabwicklungsregimes, in: Hans Caspar von der Crone/Jean-Charles Rochet (Hrsg.), Finanzstabilität: Status und Perspektiven, Zürich 2014 (Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht 112), 267–290.
- MICHEL KÄHR, Sanierungsrecht für Banken – Informationen zum Sanierungsverfahren und zum Sanierungsplan, ST 88 (2014), 204–208.

Anhang 1: Literaturhinweise (II)

- CHRISTINA KESSLER/TANJA GUSTINETTI HENZ/BENEDIKT MAURENBRECHER/STEFAN KRAMER/ANDREAS ACHERMANN/RETO SCHILTKNECHT, Besondere Anforderungen an systemrelevante Banken, in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Bartholet/Reto Schiltknecht (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 236–312.
- HANS KUHN, Der gesetzliche Bail-in als Instrument zur Abwicklung von Banken nach schweizerischem Recht, GesKR 9 (2014), 443–462.
- HANS KUHN, Sanierung und Abwicklung systemrelevanter Banken, in: Armin Jans/Christoph Lengwiler/Marco Passardi (Hrsg.), Krisenfeste Schweizer Banken? Die Regulierung von Eigenmitteln, Liquidität und "Too Big to Fail", Zürich 2018, 483–529.
- BENJAMIN LEISINGER, From Bail-out to Bail-in – Sinn oder Unsinn, in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XII (Europa Institut Zürich 182), Zürich etc. 2017, 7–35.
- BENJAMIN LEISINGER/LEE SALADINO, TLAC and Bail-in, GesKR 10 (2015), 225–242.
- YVES MAUCHLE, Bail-In and Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC): Legal and Economic Perspectives on Bank Resolution with Functional Comparison of Swiss and EU Law, Diss. Zurich 2017 (=Wolters Kluwer International Banking and Finance Law Series, Bd. 32).
- URS PULVER/BERTRAND G. SCHOTT, Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011 (Europa Institut Zürich 112), 237–291.
- RETO SCHILTKNECHT, Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III, Zürich 2013 (Europa Institut Zürich 138), 57–92.
- JOSEPH H. SOMMER, Why Bail-In? And How!, Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review 20 (2/2014), 207–228.
- HANS CASPAR VON DER CRONE/SIMON BÜHLER, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Finanzstabilität, in: Hans Caspar von der Crone/Jean-Charles Rochet (Hrsg.), Finanzstabilität: Status und Perspektiven, Zurich: Schulthess, 2014 (Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht 112), 1–43.

Anhang 2: Bilanzierung im Sanierungsverfahren



CV des Referenten



Yves Mauchle

Associate

Baker & McKenzie Zurich
Holbeinstrasse 30
Postfach
8034 Zurich

+41 (44) 384 1412 (telephone)
+41 (44) 384 1284 (facsimile)
yves.mauchle@bakermckenzie.com

Dr. Yves Mauchle ist Associate im Zürcher Büro von Baker McKenzie. Er studierte Law & Economics (M.A. HSG in Law & Economics, 2012) sowie Accounting & Finance an der Universität St. Gallen (M.A. HSG in Accounting & Finance, 2015) und erwarb 2013 das Rechtsanwaltspatent des Kantons Zürich.

Vor seinem Eintritt als Rechtsanwalt bei Baker McKenzie arbeitete Yves Mauchle als Lehrbeauftragter und wissenschaftlicher Assistent von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone an der Universität Zürich (2013–2015). Dabei verfasste er eine Dissertation mit dem Titel «*Bail-in and Total Loss-absorbing Capacity (TLAC)*», welche mit dem *Issekutz Preis für hervorragende Leistungen im Bereich des Wirtschaftsrechts* ausgezeichnet wurde. Zuvor absolvierte er sein Anwaltspraktikum bei Baker McKenzie Zürich (2011–2012).

Seine hauptsächlichen Tätigkeitsgebiete liegen in den Bereichen Kapitalmarktrecht, Banking & Finance sowie Finanzmarktregulierung. Im Sommer 2017 absolvierte er ein Secondment bei der UBS, unter anderem im Bereich der Bankenabwicklung.

Für eine Liste an ausgewählten rechtlichen Angelegenheiten siehe:

<http://www.bakermckenzie.com/YvesMauchle/>





www.bakermckenzie.com

Baker & McKenzie International is a global law firm with member law firms around the world. In accordance with the common terminology used in professional service organizations, reference to a "partner" means a person who is a partner or equivalent in such a law firm. Similarly, reference to an "office" means an office of any such law firm. This may qualify as "Attorney Advertising" requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

© 2018 Baker McKenzie