

Vorab per Email

reto.schiltknecht@finma.ch
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herrn Reto Schiltknecht
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

London, 2. März 2012

**Vernehmlassung zum Entwurf der Verordnung der Eidgenössischen
Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern**

Sehr geehrte Damen und Herren

Namens der International Swaps and Derivatives Association (ISDA)¹ nehmen wir gerne die Gelegenheit wahr, im Rahmen des Anhörungsverfahrens zum Entwurf der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern (hiernach „**E-BIV-FINMA**“) Stellung zu nehmen.

Diese Stellungnahme basiert auf der geltenden Fassung des BankG, dem seitens der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) in die Anhörung gegebenen Entwurf der E-BIV-FINMA sowie dem dazu unterbreiteten Erläuterungsbericht der FINMA (EB-FINMA) vom 16. Januar 2012.

Als führender internationaler Verband im Bereich der Derivate ist unser Hauptanliegen der Schutz der Netting-, Verrechnungs- und Sicherheitsvereinbarungen, und zwar gemäss unserem Ziel, die Rechtssicherheit für den Derivate Handel zu verbessern und damit auch die Risiken durch Netting- Aufrechnungs- und Sicherheitsvereinbarungen zu reduzieren. Aus diesem Grunde beschränkt sich die vorliegende Stellungnahme grundsätzlich auf diejenigen Bestimmungen der E-BIV-FINMA, welche Fragen der Verrechnung und des Netting berühren.

¹ ISDA ist ein internationaler Verband, der führende Teilnehmer des Sektors für privat gehandelte Derivate vertritt, ein Geschäftsfeld, das Zins-, Währungs-, Waren-, Kreditausfall- und Aktienswaps, Optionen und Termingeschäfte sowie damit verwandte Produkte wie Caps, Collars, Floors und Swaptions umfasst. ISDA hat zur Zeit über 800 Mitgliedsinstitute in 56 Ländern auf sechs Kontinenten. Über die Hälfte unserer Mitglieder sind in der Europäischen Union und benachbarten Ländern ansässig, und der überwiegende Teil unserer restlichen Mitglieder sind als Händler, Dienstleister oder Nutzer von Derivaten auf den europäischen Finanzmärkten tätig. Die Förderung der Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Finanzgeschäften durch gesetzliche Reformen ist eines der Hauptanliegen von ISDA seit ihrer Gründung 1985.

1. Vorbemerkung

Der E-BIV-FINMA sieht Einschränkungen vertraglicher Beendigungsrechte unter Verträgen mit Banken vor, wenn in Bezug auf diese eine Übertragung von Bankdienstleistungen und damit von Vermögenswerten auf eine andere Bank angeordnet wird. Wir sind der Auffassung, dass im Zusammenhang mit den Regelungen zum Close-out Netting in Rahmenverträgen eine Einschränkung dieser Beendigungsrechte, wie derzeit im E-BIV-FINMA vorgesehen, für die betroffene Bank, ihre Vertragsparteien sowie den schweizerischen Finanzmarkt insgesamt gravierende und unerwünschte Folgen hätte.

Finanztermingeschäfte (wie Derivate, Wertpapierdarlehen und Pensionsgeschäfte), werden aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben, welche grundlegend von der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich in Basel ausgearbeitet wurden, auf der Basis standardisierter Rahmenverträge abgeschlossen. Im Bereich der Derivate gilt das ISDA Master Agreement international als Industriestandard und als Modell für weitere Rahmenverträge. Diese Rahmenverträge sind bekanntlich in allen Ländern zentral für die Berechnung der Risiken, da Finanzinstitute als Vertragsparteien von Nettingvereinbarungen lediglich ihr Nettoausfallrisiko, das sich aus allen Transaktionen, welche durch den Rahmenvertrag abgedeckt sind, und nicht ihr Gesamtausfallrisiko mit eigenen Mitteln unterlegen müssen.

Wesentliche Bestandteile aller standardisierten Rahmenverträge sind Regelungen über das Netting, d.h. über die beendigungsbasierte Aufrechnung der gegenseitigen Forderungen aus den einzelnen Geschäften, die unter dem jeweiligen Rahmenvertrag abgeschlossen wurden. Diese Beendigungsklauseln sind ein zentrales Element dieser Nettingvereinbarungen, welche durch die Arbeiten der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich vorgegeben wurden. Mit ihnen wird jeder Vertragspartei das Recht zur Beendigung des Rahmenvertrags eingeräumt, wenn Ereignisse eintreten, durch die sich ihr Risiko aus den Geschäften mit der jeweils anderen Partei unter dem Rahmenvertrag erhöht. Als Konsequenz einer solchen Beendigung werden alle bestehenden gegenseitigen Ansprüche miteinander aufgerechnet, so dass sich eine einzige Ausgleichsforderung ergibt. Dies wird als Close-out-Netting oder auch als Liquidationsnetting bezeichnet. Aufgrund dieses Verfahrens müssen beide Vertragsparteien lediglich den Nettobetrag der saldierten Transaktionen im Rahmen ihrer Risikosteuerung berücksichtigen. Das Close-out-Netting ist daher ein unverzichtbares und hoch effizientes Instrument der Risikosteuerung und –reduzierung.

Jede wesentliche Beschränkung der Durchsetzbarkeit von Close-out-Nettingvereinbarungen oder eine diesbezügliche Rechtsunsicherheit würde schwerwiegende Folgen für die Risikosteuerung der jeweiligen Vertragsparteien haben. Zudem würde jede Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit von Close-out Nettingvereinbarungen auch die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes insgesamt beeinträchtigen. Jede Bank oder jede Effektenhändlerin, die von einer solchen Beschränkung von Beendigungsrechten theoretisch betroffen sein

könnte, hätte dadurch erhebliche Nachteile auf den Finanzmärkten. Vertragsparteien im Ausland wären nicht oder nur zu erheblich schlechteren Bedingungen bereit, Finanzgeschäfte mit einem solchen Institut in der Schweiz abzuschließen, da sie die mögliche Undurchsetzbarkeit oder Verzögerungen beim Close-out-Netting im Rahmen ihres Risikomanagements berücksichtigen müssten.

Eine Beschränkung von Beendigungsrechten würde erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Durchsetzbarkeit des Close-out-Nettings in einem Krisenszenario mit sich bringen. Dies könnte letztlich zu Vorbehalten gegenüber der Rechtswirksamkeit des Nettings mit schweizerischen Banken und Effekthändler und letztlich dazu führen, dass das Netting im Rahmen der Eigenmittelanforderungen in anderen Ländern nicht mehr berücksichtigt werden dürfte. Das würde somit bedeuten, dass ausländische Aufsichtsbehörden von den von ihnen beaufsichtigten Banken möglicherweise verlangen, ihr Ausfallrisiko aus Geschäften mit diesen schweizerischen Gegenparteien auf Brutto- anstelle auf Nettobasis zu unterlegen. Dies würde notwendigerweise die Kreditlinien mit diesen schweizerischen Gegenparteien einschränken, einen Einfluss auf die Preisgestaltung der jeweiligen Geschäfte zum Nachteil dieser schweizerischen Gegenparteien haben und allenfalls sogar gewisse ausländische Banken dazu führen, den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Banken und Effekthändlern in der Schweiz einzuschränken. Hierdurch würden schweizerischen Banken und Effekthändlern Wettbewerbsnachteile entstehen.

2. Close-out-Netting im geltenden BankG

Der schweizerische Gesetzgeber die grosse Bedeutung des Close-out-Nettings für den Finanzbereich erkannt. Art. 27 Abs. 3 BankG hält daher in seiner jüngst revidierten Fassung² ausdrücklich fest:

" Die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen oder Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten in Form von an einem repräsentativen Markt gehandelten Effekten oder anderen Finanzinstrumenten bleibt von sämtlichen Anordnungen nach dem elften und zwölften Abschnitt unberührt."

Mit der Revision von Art. 27 Abs. 3 BankG wurde klargestellt, was allerdings schon vorher eigentlich unbestritten war, dass der Vorbehalt von Aufrechnungsvereinbarungen und Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten nicht nur für den Fall der Anordnung von Schutz- oder Sanierungsmassnahmen, sondern auch für den Fall der Eröffnung eines Bankenkurses gelten soll. Der Aufrechnungsmechanismus und die Berechnung

² Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 18. März 2011 (Sicherung der Einlagen), in Kraft seit 1. Sept. 2011 (AS 2011 3919; BBl 2010 3993).

eines einzigen Ausgleichsbetrages ist wohl das augenfälligste Merkmal einer Aufrechnungsvereinbarung und damit des Close-out-Nettings. Die Aufrechnungsvereinbarung setzt dabei aber zwingend auch das Recht voraus, die zugrundeliegenden Verpflichtungen zu beenden. Dieses Beendigungsrecht ist somit unabdingbarer Teil der Aufrechnungsvereinbarung.

Mit der weiter zunehmenden Bedeutung der Besicherung von Derivaten und des Einbezugs solcher Sicherheiten in das Close-out-Netting ist aber auch die Wirksamkeit der Abrede einer freihändigen Verwertung von Sicherheiten zentral.

Im Zuge der vorgenannten Revision des BankG wurde als eine mögliche Sanierungsmassnahme die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen auf eine andere (bestehende oder neu gegründete) Bank festgeschrieben. Art. 30 BankG lautet:

"¹ Der Sanierungsplan kann unabhängig vom Fortbestand der betroffenen Bank die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen vorsehen.

² Er kann insbesondere das Vermögen der Bank oder Teile davon mit Aktiven und Passiven sowie Vertragsverhältnisse auf andere Rechtsträger oder auf eine Übergangsbank übertragen.

³ Werden Vertragsverhältnisse oder das Vermögen der Bank oder Teile davon übertragen, so tritt der Übernehmer mit Genehmigung des Sanierungsplans an die Stelle der Bank."

Art. 31 Abs. 3 VE-BankG hatte noch vorgesehen, dass eine Änderung der Beteiligungsstruktur oder die Übertragung von Vertragsverhältnissen im Rahmen einer Sanierung keinen Grund für die Auflösung einzelner Schuldverhältnisse darstelle und entgegenstehende vertragliche Bestimmungen als unwirksam gelten würden. Aus dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf war zu schliessen, dass sich der Anwendungsbereich dieser Regelung auch auf Aufrechnungsvereinbarungen erstrecken sollte. Diese Bestimmung wurde aufgrund der Kritik im Vernehmlassungsverfahren welche auf die zentrale Bedeutung der Netting- bzw. Aufrechnungsmechanismen hinwies, zurecht fallen gelassen.³

3. Stellungnahme zur Behandlung des Close-out Netting im Entwurf der Bankeninsolvenzverordnung FINMA

3.1. Vorbemerkung

Die mit dem E-BIV-FINMA verfolgten Ziele bei der Umsetzung des im revidierten BankG festgeschriebenen Sanierungs- und Bankenkonzursverfahrens (zusammen

³ Vgl. dazu Urs Pulver/Bertrand G. Schott: Das Insolvenzrecht für Banken und Effekthändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, Sonderdruck aus Europa Institut Zürich Band 112 Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, S 239 ff.

Banken-insolvenzverfahren) verdienen grundsätzlich Zustimmung. Hervorzuheben ist dabei insbesondere das Ziel, durch Transparenz und Vorhersehbarkeit des Bankeninsolvenz-verfahrens die Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Das bedingt unseres Erachtens, dass der Katalog möglicher Massnahmen, deren Voraussetzungen und die davon berührten Rechte Dritter klar umschrieben werden. Dies gilt in besonderem Masse dort, wo die Konkretisierung einschneidender Massnahmen, wie vorliegend direkt an die Aufsichtsbehörde delegiert wird. Als selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, dass sich die Konkretisierung im Rahmen des BankG bewegt.

Im Einzelnen nehmen wir zu den das Close-out-Netting betreffenden Bestimmungen des E-BIV-FINMA wie folgt Stellung:

3.2. Umschreibung von Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten (Art. 55 E-BIV-FINMA)

Art. 55 Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten

¹ Aufrechnungsvereinbarungen nach Artikel 27 Absatz 3 BankG umfassen insbesondere:

a. Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen;

b Verrechnungs- und Netting-Bestimmungen sowie Ausfallvereinbarungen von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen nach Artikel 27 Absatz 1 BankG .

² Die freihändige Verwertung von Sicherheiten durch ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem gemäss den Regeln des Systems ist gewährleistet.

Grundsätzlich erscheint uns die Umschreibung dessen, was unter den Begriff der Aufrechnungsvereinbarung gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG fällt, entbehrlich. Der Begriff ist umfassend und klar. Obwohl die Aufzählung konkreter Vereinbarungen aufgrund des einleitenden "insbesondere" nicht abschliessend ist, birgt die vergleichsweise enge Aufzählung und Umschreibung doch die Gefahr, den Begriff der Aufrechnungsvereinbarung gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG über Gebühr einzuschränken.

Sicher richtig ist, dass Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen ohne Weiteres als Aufrechnungsvereinbarung zu gelten haben. Sollte eine Umschreibung des Begriffs der Aufrechnungsvereinbarung in die definitive BIV-FINMA übernommen werden, so ist die Erwähnung von Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen in jedem Fall beizubehalten. Auch Netting-Bestimmungen in Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen haben ohne Weiteres als Aufrechnungsvereinbarung zu gelten.

Netting Bestimmungen finden sich jedoch darüber hinaus, wie bereits erwähnt, auch in bilateralen Vereinbarungen, welche nicht ohne Weiteres als Rahmenverträge verstanden werden können bzw. nicht in den Bestimmungen eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen enthalten sind. Dass auch sie im Voraus vereinbarte

Aufrechnungsvereinbarungen gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG darstellen, erscheint unzweifelhaft. Unklar ist diesbezüglich die Begründung in Ziff. 3.5.3 EB-FINMA, wenn dort zunächst zurecht ausgeführt wird, dass *mit "Aufrechnungsvereinbarungen" nach Art. 27 Abs. 3 BankG jedwelche Aufrechnungs-, Netting- oder Verrechnungsvereinbarungen gemeint seien*, dann allerdings dieser Grundsatz auf solche Vereinbarungen eingeschränkt wird, *welche zwischen einem System- oder Finanzmarktinfrastuktur-Betreiber und einer Bank geschlossen wurden*. Art. 27 Abs. 3 legt keinerlei diesbezügliche Einschränkung nahe. Vertragsparteien, welche Netting Vereinbarungen mit Banken oder Effektenhändlerinnen abgeschlossen haben – und ebenfalls regulierte Finanzinstitute sein könnten - müssen weiterhin darauf vertrauen können, dass sämtliche Netting-Vereinbarungen ungeachtet vom formalen Rahmen, in welchem sie eingegangen wurden, von Art. 27 Abs. 3 BankG erfasst sind. Art. 55 ist deshalb insoweit zu ergänzen bzw. zu klären, dass Aufrechnungs- oder Netting-Bestimmungen in anderen Verträgen ebenfalls von der Bestimmung erfasst werden.

Wenn Art. 55 Abs. 2 E-BIV-FINMA die freihändige Verwertung von Sicherheiten durch ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem gemäss den Regeln des Systems gewährleistet, ist unklar, inwieweit Art. 27 Abs. 3 BankG dadurch konkretisiert werden soll. Der E-BIV-FINMA kann die Gewährleistung gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG nicht auf Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme beschränken. Art. 55 Abs. 2 E-BIV-FINMA erwähnt die Voraussetzung des repräsentativen Marktes für eine freihändige Verwertung von Sicherheiten gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG nicht ausdrücklich. Sollte damit die freihändige Verwertung durch Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme bewusst auf Werte ausgedehnt werden, die nicht an einem repräsentativen Markt gehandelt werden, so wäre dies durch den klaren Wortlaut von Art. 27 Abs. 3 BankG nicht abgedeckt.

3.3. Fortführung von Bankdienstleistungen (Art. 51 E-BIV-FINMA)

Art. 51 Weiterführung von Bankdienstleistungen

1 Sieht der Sanierungsplan vor, dass einzelne oder mehrere Bankdienstleistungen weitergeführt und Vermögenswerte der Bank teilweise auf einen anderen Rechtsträger einschliesslich einer Übergangsbank übertragen werden sollen, so muss er namentlich:

- a. den oder die Rechtsträger bezeichnen, auf den oder die solche Bankdienstleistungen sowie Vermögensteile zu übertragen sind;*
- b. die Vermögenswerte, namentlich die Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse, die teilweise übertragen werden sollen, sowie deren Gegenleistung beschreiben;*
- c. die Bankdienstleistungen beschreiben, die weitergeführt und übertragen werden sollen;*
- d. die getroffenen Kapitalmassnahmen aufführen und für den Fall der Übertragung von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank darlegen, wie die so beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden;*
- e. die Verpflichtung der Bank enthalten, die Massnahmen zu ergreifen und Handlungen vorzunehmen, die notwendig sind, damit alle zu übertragenden Vermögenswerte und Gegenstände, insbesondere auch im Ausland belegene oder*

ausländischem Recht unterstehende, auf den anderen Rechtsträger übertragen werden können;

f. darlegen, ob ein Wertausgleich zu leisten, wie dieser zu berechnen und ob eine maximale Wertausgleichssumme anzuordnen ist;

g. ausführen, ob und wie Systeme und Applikationen von der Bank und dem anderen Rechtsträger gemeinsam genutzt werden sowie, im Fall der Weiterführung von Bankdienstleistungen durch eine Übergangsbank, wie sichergestellt ist, dass diese Zugang zu Zahlungsverkehrs- und Finanzmarktinfrastrukturen hat und sie nutzen kann;

h. beschreiben, wie zur Wahrung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen sichergestellt wird, dass nur übertragen werden können:

1. verrechenbare, insbesondere einer Aufrechnungsvereinbarung unterliegende Forderungen und Verbindlichkeiten der Bank gegenüber einer Gegenpartei in ihrer Gesamtheit,

2. gesicherte Forderungen und Verbindlichkeiten in Verbindung mit ihren Sicherheiten, und

3. strukturierte Finanzierungen oder vergleichbare Kapitalmarktvereinbarungen, bei denen die Bank Partei ist, mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten.

2 Sobald der genehmigte Sanierungsplan vollstreckbar ist, gehen alle übertragenen Vermögenswerte oder Vertragsverhältnisse mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten auf den oder die neuen Rechtsträger über.

3 Die Genehmigung des Sanierungsplans tritt an die Stelle der sonst für die Übertragung allenfalls notwendigen Eintragungen in das Handelsregister oder das Grundbuch. Die Eintragungen in diese Register sind nachzuholen, haben jedoch nur deklaratorische Wirkung.

Zu begrüßen ist, dass bei der Anordnung der Übertragung einzelner Bankdienstleistungen und der Übertragung entsprechender Vermögenswerte auf eine andere Bank gemäss Art. 51 E-BIV-FINMA lit. h Ziff. 1, verrechenbare, insbesondere einer Aufrechnungsvereinbarung unterliegende Forderungen und Verpflichtungen der Bank gegenüber einer Gegenpartei, nur in ihrer Gesamtheit übertragen werden können. Gemäss Art. 51 E-BIV-FINMA lit. h Ziff. 2 können überdies gesicherte Verpflichtungen nur zusammen mit den entsprechenden Sicherheiten übertragen werden können.

Damit werden die Verrechenbarkeit, bzw. die Aufrechnungsvereinbarung gewahrt und dem Prinzip des einheitlichen Vertragsverhältnisses Rechnung getragen sowie die eingegangenen Sicherungsabreden eingehalten. Allerdings ist zu beachten, dass gerade im Bereich der Derivate der Frage, ob diese überhaupt übertragen werden sollen oder nicht, besondere Beachtung geschenkt werden muss. Derivate können der Absicherung verschiedener Risiken dienen, welche nicht notwendigerweise zur übertragenen Bankdienstleistung gehören. Damit können sich sowohl für die übertragende (Verlust einer Absicherung) wie auch für die übernehmende Bank (Absicherung nicht vorhandener Risiken) ungewollte Risiken einstellen.

Es muss klar präzisiert werden, dass bei der Anordnung der Übertragung nie (i) nur einen Teil der geschützten, gegenseitigen Rechte und Pflichten, auf welche sich eine Nettingvereinbarung gründet betreffen darf, (ii) Rechte und Pflichten beendet oder geendet werden, die einer Partei gemäss der Nettingvereinbarung zustehen, oder, (iii) das Recht zur Beendigung der Nettingvereinbarung aufgrund einer teilweisen Übertragung beschränkt werden. Die Vertragskonstruktion, welche die Nettorisikoberechnung aufgrund der Close-out Netting Bestimmungen erlaubt, muss unbedingt gewahrt werden, um den aufsichtsrechtlichen Zweck der Master Agreements nicht zu gefährden. Eine partielle Übertragung darf mit anderen Worten nicht zu einem Auseinanderfallen der Rechte und Pflichten aus den Derivaten führen, konzeptuell das Konzept der Nettingvereinbarungen zerstören und infolgedessen auch das resultierende Nettoausfallrisiko in ein Bruttoausfallrisiko umwandeln. Das würde einerseits der „Einheitsvertragskonzeption“ (Single Agreement Concept) zuwiderlaufen, die ein wesentliches Element jeder Nettingvereinbarungen ist und auf der sich alle Master Agreements stützen.

Für die Vertragspartei entsteht demgegenüber bei einer Übertragung auf eine bestehende Bank möglicherweise eine ungewollte bzw. unzulässige Risikokonzentration. Darauf ist unter dem Titel der Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten zurückzukommen.

3.4. Aufschiebung des Vertragsbeendigungsrechts (Art. 56 E-BIV-FINMA)

Art. 56

Bei der Anordnung der Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger, kann die FINMA mit Bezug auf vertragliche Beendigungsrechte anordnen,

dass:

a. Gegenparteien von Verträgen, die von der Bank auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, ihre Beendigungsrechte für eine gewisse Zeit nicht ausüben können;

b. die Aufschiebung der Beendigungsrechte nur mit Bezug auf Verträge möglich ist, die solche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen;

c. die Aufschiebung längstens für 48 Stunden angeordnet werden kann. Die FINMA legt den Beginn und das Ende der Aufschiebung explizit fest;

d. die neue Vertragspartei die Pflichten aus den übertragenen Verträgen vollumfänglich und uneingeschränkt übernimmt.

3.4.1 Fehlende gesetzliche Grundlage

Nachdem eine entsprechende Kompetenz der FINMA im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich gestrichen wurde, bietet das geltende BankG unseres Erachtens keine rechtliche Grundlage für eine solche Massnahme, sei es generell-abstrakt in der Bankeninsolvenzverordnung FINMA oder individuell-konkret auf Anordnung der

FINMA im Einzelfall. Eine solche kann aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte entgegen den Ausführungen unter Ziff. 3.6 EB-FINMA auch nicht durch teleologische Interpretation der Art. 26 und 28 BankG abgeleitet werden. Wir sind deshalb der Auffassung, dass Art. 56 E-BIV-FINMA daher unter dem geltenden BankG ersatzlos zu streichen ist.

Dennoch sei im Einzelnen noch auf Folgendes hingewiesen:

3.4.2 Zuständigkeit und Anwendungsbereich

In Ziff. 3.6 EB-FINMA wird zur Begründung ausgeführt, es werde damit ein Anliegen des Financial Stability Board (FSB) umgesetzt. Allerdings handelt es sich dabei um Empfehlungen an den Gesetzgeber in Bezug auf systemrelevante Finanzinstitute. Wie bereits ausgeführt, liegt der Entscheid darüber für die Schweiz beim Parlament, das über eine erneute Änderung des BankG zu befinden hätte.

Unter Ziff. 2.3 EB-FINMA wird ausgeführt, diese Anordnung könne die FINMA dort treffen, wo dies der Aufrechterhaltung von (systemrelevanten) Bankdienstleistungen und damit letztlich der Schutz des nationalen und internationalen Finanzsystems verlangt. Eine entsprechende Präzisierung fehlt allerdings im E-BIV-FINMA. Der E-BIV-FINMA geht damit klar über die Empfehlung des FSB hinaus.

3.4.3 Ausnahme für Aufrechnungsvereinbarungen

Die Möglichkeit der Aufschiebung des Beendigungsrechts sieht sodann keine Ausnahme bezüglich Aufrechnungsvereinbarungen vor, wie sie angesichts der klaren Anordnung von Art. 27 Abs. 3 BankG zwingend notwendig ist. Aufgrund der Ausführungen in Ziff. 3.6 des EB-FINMA wird vielmehr klar, dass eine solche Aufschiebung auch Close-out-Netting Bestimmungen betreffen soll.

Soweit am Aufschiebungsrecht gemäss Art. 56 E-BIV-FINMA festgehalten werden sollte, sind Aufrechnungsvereinbarungen zwingend von dieser Regelung auszunehmen.

Dies zunächst zur Vermeidung eines Widerspruchs mit dem übergeordneten BankG. Dann aber auch aufgrund der besonderen Natur und Wichtigkeit des Close-out-Netting im Finanzbereich. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf die Vorbemerkungen verwiesen werden.

3.4.4 Unklare Regelung

Zentral wäre nach unserer Auffassung, Art. 56 lit. b E-BIV-FINMA insoweit zu klären, dass die Aufschiebung nur dann gelten kann, wenn die Beendigung ausdrücklich auf der Anordnung einer Insolvenzmassnahme für das betroffene Institut begründet wird. Bestehen andere Leistungsstörungen, wie die Nichterfüllung von

vertraglichen Pflichten oder ein Verzug, dann darf Art. 56 E-BIV-FINMA nicht dazu führen, dass die entsprechenden vertraglichen Beendigungsrechte beschränkt werden. Es muss klar festgehalten werden, dass die Geltendmachung anderer vertraglicher Rechte, d.h. anderer Beendigungsrechte, die nicht durch das Insolvenzverfahren ausgelöst werden, unberührt bleiben.

Die Regelung als solche erscheint derzeit unklar: Anwendung findet das Recht die Beendigung aufzuschieben nur auf Verträge, welche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen. Unklar ist dabei, ob es genügen soll, dass ein Vertrag die Anordnung von Insolvenzmassnahmen nebst anderen Fällen als Beendigungsgrund vorsieht. Ebenfalls unklar erscheint, ob eine solche Aufschiebung des Beendigungsrechts auch dann möglich sein soll, wenn im Einzelfall ein anderer Beendigungsgrund (allein oder zusätzlich) gesetzt wurde. Weiter erscheint unklar, ob mit dieser Regelung auch eine automatische Beendigung erfasst werden soll. Nicht geregelt wird schliesslich die Frage, ob eine Beendigung des Vertrages nach der Übertragung und Ablauf der Aufschiebung ohne weiteres möglich ist (cool-off period) oder aber den Eintritt eines unabhängigen Beendigungsgrundes mit der neuen Gegenpartei voraussetzt.

3.4.5 Fragliche Durchsetzbarkeit

Generell erscheint die Durchsetzbarkeit der Regelung von Art. 56 E-BIV-FINMA fraglich. Dies einerseits in zeitlicher Hinsicht. Die Anordnung der Aufschiebung soll der Entschleunigung dienen. Anzunehmen ist jedoch vielmehr, dass tendenziell die Beendigungsmöglichkeit zeitlich vorgezogen wird und sich damit eher eine Beschleunigung einstellen könnte. Sodann scheint die Regelung implizit davon auszugehen, dass die ganze Übertragung als Teil eines Sanierungsverfahrens minutiös vorbereitet werden kann, um dann innerhalb von zwei Tagen durchgeführt werden zu können, darüber aber nichts nach aussen hin bekannt gemacht würde, u.a. um zu verhindern, dass gestützt auf diese Vorbereitungen solche Beendigungsrechte ausgeübt würden.

Das scheint reichlich theoretisch und ein Bekanntwerden eines solchen Sanierungsplanes aber auch nur diesbezügliche Vermutungen oder Gerüchte könnten ohne Weiteres eine Beendigungskette auslösen.

Sodann ist auch im internationalen Verhältnis eine solche Aufschiebung eines Beendigungsrechts kaum durchsetzbar. Internationale Rahmenverträge unterstehen typischerweise ausländischem Recht, mit einem ausländischen Gerichtsstand. Als insolvenzrechtliche Massnahme, könnte dabei die Beschränkung bzw. Aufschiebung des Beendigungsrechts in der Regel nicht beachtet werden.

3.5. Wandelbarkeit von Forderungen (Art. 49 Abs. 1 E-BIV-FINMA)

Art. 49 Wandelbarkeit von Forderungen

- 1 Es kann grundsätzlich sämtliches Fremd- in Eigenkapital gewandelt werden.
- 2 Folgende Forderungen sind nicht in Eigenkapital wandelbar:
 - a. gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung;
 - b. privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG23 und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG;
 - c. Forderungen, die Gegenstand von Aufrechnungsvereinbarungen sind (Art. 27 Abs. 3 BankG); und
 - d. Forderungen mit einer Restlaufzeit von weniger als 30 Tagen.
- 3 Die FINMA kann in begründeten Fällen auch andere Forderungen von der Wandelbarkeit ausnehmen.
- 4 Bei der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital sind vorab sämtliche nachrangigen Forderungen umzuwandeln.

Art. 31 Abs. 3 BankG, der die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (statutory bail-in) vorsieht, muss in der Tat konkretisiert werden. Dabei ist die Voraussehbarkeit von entscheidender Bedeutung. Entsprechend muss der Kreis der möglicherweise betroffenen Verpflichtungen klar und abschliessend formuliert werden. Auch die Reihenfolge, in welcher verschiedene Verpflichtungen umgewandelt würden sollte geregelt werden.

Der Ansatz von Art. 49 E-BIV-FINMA zunächst den Grundsatz aufzustellen, dass sämtliches Fremd- in Eigenkapital gewandelt werden kann, und dann einzelne Ausnahmen zu statuieren, wird unseres Erachtens der Forderung nach Vorhersehbarkeit nicht gerecht und ist nur schwerlich mit dem Ziel des Anlegerschutzes zu vereinbaren.

Dies insbesondere auch deshalb weil der Ausnahmekatalog nicht erkennen lässt, welches Konzept dem Ausnahmekatalog zugrunde liegt.

Unklar erscheint sodann die Ausnahme von Verpflichtungen mit einer Restlaufzeit von weniger als 30 Tagen. Ob mit "Restlaufzeit" generell die Fälligkeit angesprochen wird und damit eine jede Verpflichtung mit einer Fälligkeit unter 30 Tagen ausgenommen werden soll und ob eine solche auch durch Kündigung herbeigeführt werden kann, sollte nicht offen gelassen werden.

Der Kreis der betroffenen Verpflichtungen sollte abschliessend aufgezählt und zwischen diesen Verpflichtungen möglicherweise auch eine Reihenfolge für die Umwandlung vorgesehen werden.

Richtig ist, dass entsprechend Art. 27 Abs. 3 BankG Aufrechnungsvereinbarungen und Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten ausgenommen werden.



Wir hoffen, die vorstehenden Kommentare seien für die Finalisierung der BIV-FINMA dienlich und stehen Ihnen bei der weiteren Erörterung der obigen Themen oder damit zusammenhängender Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Peter M. Werner

Senior Director

pwerner@isda.org