

Peter V. Kunz

Too Big to Fail (TBTF): Konzept der Gefahrenabwehr sowie der Rettung von systemrelevanten Finanzinstituten

Privatwirtschaftliche Grossunternehmen, die für Volkswirtschaften zu gross, zu wichtig oder zu vernetzt sind, als dass sie in Konkurs gehen dürfen («too big to fail»: TBTF), haben eine indirekte Staatsgarantie. Damit der Staat solchen Privatunternehmen nicht hoheitlich beistehen muss, wurden – in der Schweiz sowie im Ausland – legislative Ordnungen erlassen, die Präventionen, Sanierungen und spezifische Abwicklungen vorsehen. In der Schweiz stehen Banken und Bankkonzerne (konkret: UBS, Credit Suisse, ZKB, Raiffeisen und PostFinance), notabene basierend auf dem Bankrecht, sowie gewisse Finanzmarktinfrastrukturen im Vordergrund des Interesses.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Bankrecht

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Too Big to Fail (TBTF): Konzept der Gefahrenabwehr sowie der Rettung von systemrelevanten Finanzinstituten, in: Jusletter 21. November 2016

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen
 - A. Mögliche Wirtschaftsordnungen
 - 1. Zentralverwaltungs- bzw. Planwirtschaften
 - 2. Marktwirtschaften (sowie staatliche Interventionsmöglichkeiten)
 - 3. Hoheitliche Absicherungsmöglichkeiten
 - a) Direkte Staatsgarantien
 - aa) Grundverständnis
 - bb) Beispiele
 - b) Indirekte Staatsgarantien
 - B. Finanz- und Banken Krisen als historische Konstanten
 - C. Konzeptionelle Aspekte
 - 1. TBTF sowie ökonomische Risiken
 - 2. Schutzmechanismen gegen TBTF
 - a) Dreisäulenkonzept
 - aa) Prävention
 - bb) Sanierung
 - cc) Abwicklung
 - b) Strafbarkeit?
 - 3. Betroffene Wirtschaftszweige
 - a) Finanzbranche
 - b) Infrastrukturbereiche
 - c) Weitere Branchen?
- II. Nationale Umsetzung(en)
 - A. Bankrecht
 - 1. Revisionsgeschichte
 - a) 2011/2012
 - b) Evaluation
 - c) 2015/2016
 - 2. Systemrelevante Banken
 - a) Generelles
 - b) Ausgewählte Aspekte
 - aa) Systemrelevanz
 - bb) Eigenmittel
 - cc) Notfall- und weitere Planungen
 - dd) Vergütungen
 - c) Konzernrechtliche Aspekte
 - 3. Zusätzliches Kapital
 - a) Generelles
 - b) Neue Eigenkapitalformen
 - aa) Vorratskapital
 - bb) Wandlungskapital
 - B. Finanzmarktinfratrecht
 - 1. Revisionsgeschichte
 - 2. Systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen
 - a) Generelles
 - b) Ausgewählte Aspekte
 - aa) Systemrelevanz
 - bb) Besondere Anforderungen
 - cc) Einzelfragen
 - C. Eingriffsmechanismen
 - 1. Schwerwiegende Staatsinterventionen
 - 2. Spezialgesetz TBTF?
- III. Internationale Umsetzung(en)

- A. Übersicht
- B. Ausgewählte Hinweise
 - 1. Internationale Organisationen
 - 2. Einzelstaaten
 - a) USA
 - b) Europäische Union
 - c) Deutschland

I. Grundlagen

A. Mögliche Wirtschaftsordnungen

1. Zentralverwaltungs- bzw. Planwirtschaften

[Rz 1] *Nationalstaaten* können entweder selber *wirtschaftlich tätig* sein (bzw. «dirigieren») oder die Wirtschaftsaktivitäten, mit mehr oder weniger Interventionen, privaten Unternehmen überlassen¹. Im ersten Fall wird von *Staats- bzw. Planwirtschaften* gesprochen, weil – im Grundsatz – zentrale und hoheitliche Instanzen betreffend der Allokation knapper Ressourcen, wie etwa Arbeit, Boden oder Kapital, die wesentlichen Entscheidungen treffen.

[Rz 2] Es gab (und gibt) in der Wirtschaftsrealität kaum jemals «reine» und damit idealtypische Zentralverwaltungswirtschaften, obwohl sich der *Sozialismus* sowie der *Kommunismus* für deren Errichtung aussprachen bzw. aussprechen. Im aktuellen China bestehen ebenfalls typischerweise «Mischungen» einerseits von planwirtschaftlichen sowie andererseits von marktwirtschaftlichen Elementen². Eigentliche Planwirtschaften waren und sind – als Beispiele – in der früheren *Sowjetunion* (UdSSR) sowie im heutigen *Nordkorea* institutionalisiert.

2. Marktwirtschaften (sowie staatliche Interventionsmöglichkeiten)

[Rz 3] Sozusagen die Antipoden zu den Planwirtschaften³ stellen die *Marktwirtschaften* dar, bei denen – etwas trivialisiert – nicht hoheitliche «Pläne», sondern private Märkte die wirtschaftlichen Tätigkeiten bestimmen. Nationalstaaten, die prinzipiell auf marktwirtschaftlichen Vorstellungen beruhen (z.B. die Schweiz), sehen *liberale Wirtschaftsordnungen* vor, die insbesondere das Eigentum garantieren und die Wirtschaftsfreiheit sicherstellen⁴.

[Rz 4] Zu Marktwirtschaften gehören zwangsläufig *Unternehmenskonkurse*, die durchaus *positive* Folgen haben können: «Konkurse haben gesamtwirtschaftlich eine disziplinierende und eine reinigende Kraft. Die Möglichkeit, in Konkurs zu gehen, sensibilisiert bei der Risikoübernahme. Der Konkurs selber kippt produktivitätsschwache Firmen aus dem Markt und setzt Ressourcen frei, die von erfolgreicheren Unternehmen übernommen werden»⁵.

[Rz 5] Die *Nationalstaaten* nehmen in Marktwirtschaften *verschiedene Wirtschaftsfunktionen* wahr, die meist wesentlich weiter gehen als (ausschliesslich) der Schutz der persönlichen Freiheit sowie

¹ Die *Schweiz* ist eine *Marktwirtschaft*: Vgl. dazu hinten I. A. 2.

² Es wird von «Mixed Economies» gesprochen.

³ Vgl. dazu vorne I. A. 1.

⁴ Für die Schweiz: Art. 26 BV (Eigentumsgarantie) sowie Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit).

⁵ SCHEIDEGGER ERIC: Elefanten unter Strom, *Die Volkswirtschaft* 5/2016, 41–42; zit.: SCHEIDEGGER, *Elefanten*, 41.

des Eigentums⁶. Marktwirtschaftliche Staaten können ohne weiteres bedeutsame Wirtschaftsaktivitäten durch «*Staatsunternehmen*» wahrnehmen⁷ oder *hoheitlich intervenieren* in Bezug auf private Tätigkeiten, notabene in unterschiedlichem Ausmass⁸:

[Rz 6] Während relativ risikoarme Wirtschaftsaktivitäten unkontrolliert gestattet sind, werden qualifiziert gefährliche ökonomische Tätigkeiten (im Extremfall) verboten. *Laissez faire* sowie *staatliche Verbote* stellen somit die Pole hoheitlicher Interventionsmöglichkeiten dar⁹. Verbreitet ist schliesslich der *regulatorische «Mittelweg»*, nämlich eine *prudentielle Aufsicht* des Staates über bestimmte Wirtschaftszweige (z.B. über die Finanzbranche)¹⁰.

[Rz 7] Wenn eine privatwirtschaftliche Tätigkeit nicht verboten, sondern unkontrolliert oder zumindest unter Aufsicht vom Staat geduldet wird, kann a priori oder mit der Zeit ein *staatliches Interesse* an deren *Aufrechterhaltung* vorhanden sein. Es bestehen verschiedene Möglichkeiten, entsprechende Konkurse in diesem Wirtschaftszweig zu verhindern und damit einen Unternehmensfortbestand abzusichern, nämlich direkte¹¹ oder indirekte¹² *Staatsgarantien*.

3. Hoheitliche Absicherungsmöglichkeiten

a) Direkte Staatsgarantien

aa) Grundverständnis

[Rz 8] Wirtschaftsaktivitäten werden konzeptionell und realiter beendet, wenn Unternehmen in *Konkurs* gehen (oder zumindest gehen können)¹³. Dem Markt sowie der Konkursmöglichkeit kommt im «normalen» Wirtschaftsverkehr eine disziplinierende Funktion zu. Doch gerade dies soll bei Gesellschaften mit unerlässlichen Aufgaben für die Volkswirtschaft ausgeschlossen werden. M.a.W. dürfen solche Unternehmungen *nicht in Konkurs* fallen, was beispielsweise durch eine *direkte Staatsgarantie* sichergestellt werden kann.

[Rz 9] Solche Staatsgarantien sind selten, kommen aber z.B. in der Finanzbranche vor; in erster Linie können *Kantonalbanken* erwähnt werden¹⁴. In diesem Zusammenhang wird die direkte Staatsgarantie verstanden als «öffentlich-rechtlicher, suspensiv bedingter Leistungsanspruch der Kantonalbank auf Zufuhr ausreichender Mittel durch den Kanton zwecks Sicherstellung der vollumfänglichen Befriedigung der Kantonalbankgläubiger, dessen Erfüllung in Form der Sanierung oder der Deckung eines allfälligen Ausfalls erfolgen kann»¹⁵.

⁶ Nationalstaaten, die – mindestens im Prinzip – nur, aber immerhin, einer Gefahrenabwehr dienen sollen, werden teils als «*Nachtwächterstaaten*» bezeichnet.

⁷ Formen und Ausgestaltungen von «*Staatsunternehmen*» *variieren erheblich* (und interessieren hier nicht); generell: LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL/KUNZ PETER V., Handlungsbedarf bei der Rechtsform ausgelagerter Organisationen der Standortförderung, KPM-Schriftenreihe Nr. 53 (Bern 2013) *passim*.

⁸ Der *hoheitliche Interventionsgrad* hängt idealtypisch vom *Risikopotential* der Wirtschaftstätigkeit ab.

⁹ KUNZ PETER V.: Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht (Bern 2014); zit.: KUNZ, Finanzmarktrecht, 11 f. sowie 39 ff.

¹⁰ Detaillierte Übersicht: KUNZ, Finanzmarktrecht, 40 ff.; die hoheitliche Aufsicht umfasst regelmässig drei Phasen: *Bewilligung* (a.a.O. 40 ff.), *laufende Überwachung* (a.a.O. 43 f.) und *Enforcement* bzw. Sanktionierung (a.a.O. 45 ff.).

¹¹ Vgl. dazu hinten I. A. 3. a).

¹² Vgl. dazu hinten I. A. 3. b).

¹³ Diese Möglichkeit gehört zwangsläufig zu *Marktwirtschaften*: Vgl. dazu vorne I. A. 2.

¹⁴ Es gibt verschiedene Ausgestaltungsformen: Vgl. dazu hinten I. A. 3. a) bb).

¹⁵ VÖGELI ANDREAS: Staatsgarantie und Leistungsauftrag bei Kantonalbanken (Diss. Zürich 2009); zit.: VÖGELI, Kantonalbanken, 85.

bb) Beispiele

[Rz 10] Die *Kantonalbanken* sind – als erstes Beispiel – zu nennen¹⁶. Die kantonalen Rechtsordnungen sehen bei den meisten der noch 24 Kantonalbanken¹⁷ eine *direkte Staatsgarantie* vor. In drei Kantonen wurden bzw. werden diese kantonalen Garantien abgeschafft¹⁸. Mangels Regelung auf Bundesebene sind solche Staatsgarantien zugunsten von Bankgläubigern¹⁹ *nicht einheitlich* geregelt. Im Wesentlichen bestehen *zwei* Ausgestaltungsformen²⁰:

[Rz 11] Auf der einen Seite sehen Kantone eine *Institutsgarantie* für ihre jeweiligen Kantonalbanken vor; dabei geht es um eine permanente Beistandspflicht des Kantons²¹ (z.B. betreffend Erhöhung des Grundkapitals oder Errichtung einer Auffanggesellschaft). Auf der anderen Seite kennen Kantone eine *Direktgarantie bzw. Ausfallhaftung* für ihre Kantonalbanken; in dieser Ausgestaltung hat der Kanton erst nachträglich, also nach allfälliger Liquidation der Kantonalbank, die Pflicht zum Ausgleich des verbleibenden Fehlbetrags²².

[Rz 12] Bis zur Bankengesetzrevision im Jahr 1999 war das Bestehen einer direkten Staatsgarantie für Kantonalbanken ein Konstitutivelement²³. Das aktuelle Bankrecht definiert Kantonalbanken ohne entsprechende Verweisung auf eine Staatsgarantie²⁴. Bekanntestes Beispiel für eine Kantonalbank mit einer direkten Staatsgarantie stellt die *Zürcher Kantonalbank* (ZKB) dar; die ZKB genießt ausserdem eine faktische Staatsgarantie (Stichwort: TBTF)²⁵.

[Rz 13] Auf Bundesebene kam – als zweites Beispiel – die Post bzw. die *PostFinance* in den Genuss einer Staatsgarantie²⁶. Die bundesrätliche Botschaft zum Postgesetz aus dem Jahr 1996 sah eine *direkte Staatsgarantie* vor: «Der Bund garantiert den Kundinnen und Kunden des Zahlungsverkehrs im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Post die Rückzahlung ihrer Guthaben»²⁷. Dieser Vorschlag wurde jedoch für das endgültige Gesetz *abgelehnt*.

¹⁶ Grundlegend: VÖGELI, Kantonalbanken, *passim*; allg.: KUNZ, Finanzmarktrecht, 101 ff.

¹⁷ KUNZ, Finanzmarktrecht, 102.

¹⁸ Im *Kanton Bern* wurde die direkte Staatsgarantie (Art. 53 aKV BE sowie Art. 4 aAGBEKGB: «Der Staat Bern haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen») aufgegeben infolge einer Finanzkrise der Berner Kantonalbank im Jahr 1991 (es erfolgte eine Sanierung mittels einer neu gegründeten Tochtergesellschaft: Dezennium-Finanz AG), wenn auch erst im Jahr 2004 (gestaffelt bis Ende 2012); im *Kanton Waadt* führten Finanzprobleme zu einem Ende der Staatsgarantie; im *Kanton Genf* besteht eine Beschränkung auf CHF 500'000 für Spareinlagen, die jedoch Ende 2016 wegfallen wird.

¹⁹ Die *Forderungen von Bankgläubigern* werden z.T. *unterschiedlich garantiert*, und zwar in Abhängigkeit von ihrer Anspruchsgrundlage, d.h. es wird differenziert zwischen Forderungen aus Bankguthaben, aus Unternehmensanleihen oder aus sonstigen Ansprüchen.

²⁰ VÖGELI, Kantonalbanken, 69 ff.; ausserdem: WÜRMLI MARCEL, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht (Diss. Bern 2009) N 252.

²¹ VÖGELI, Kantonalbanken, 73: «Beim Modell der Institutsgarantie ist der Kanton gehalten, die stete Zahlungsbereitschaft seiner Bank sicherzustellen, um so den Insolvenzfall und eine allfällige Liquidation zu verhindern».

²² Insofern müssen die Ansprüche der Gläubiger erfüllt werden; generell: VÖGELI, Kantonalbanken, 74.

²³ Statt aller: KUNZ, Finanzmarktrecht, 103 FN 407 m.w.H.

²⁴ Dies ergibt sich aus der «*kann*»-Formulierung im dritten Satz: «Als Kantonalbank gilt eine Bank, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet wird. Der Kanton muss an der Bank eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als einen Drittel der Stimmen verfügen. Er kann für deren Verbindlichkeiten die vollumfängliche oder teilweise Haftung übernehmen» (Art. 3a BankG: SR 952.0); allg.: VÖGELI, Kantonalbanken, 12 f. m.w.H.

²⁵ Vgl. dazu hinten II. A. 2. b) aa).

²⁶ Zur PostFinance, die heute als *PostFinance AG* organisiert ist: KUNZ, Finanzmarktrecht, 108 ff.

²⁷ Botschaft zum Postgesetz (PG) vom 10. Juni 1996: BBl 1996 III 1300 (konkret: Art. 12 E-PG).

[Rz 14] Eine direkte Staatsgarantie galt damals politisch als überflüssig: «In den Räten wurde die Meinung vertreten, der Bund würde *mit oder ohne* Festlegung einer expliziten Garantie im Gesetz für die Verbindlichkeiten seiner öffentlich-rechtlichen Anstalt *sowieso umfassend haften*. (...) Die explizite Garantie fand also keinen Eingang ins Gesetz. Demzufolge wird heute davon ausgegangen, dass der Bund eine zwar subsidiäre, aber umfassende Garantie für die Post [und damit ebenfalls für die PostFinance] trägt»²⁸. M.a.W. wurde damit von einer indirekten bzw. faktischen Staatsgarantie ausgegangen²⁹.

[Rz 15] Die *Abschaffung einer Staatsgarantie* – in welcher Form auch immer – auf Postkontoguthaben wurde bei der jüngsten «grossen» Postrevision u.a. mit dem aufgestockten Eigenkapital der Post, mit der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen sowie mit unkalkulierbaren Risiken begründet³⁰. Vor diesem Hintergrund sieht das neue Postorganisationsgesetz³¹ eine *gestaffelte Abschaffung* der Staatsgarantie vor, und zwar bis ins Jahr 2017³².

b) Indirekte Staatsgarantien

[Rz 16] Bei *indirekten Staatsgarantien* geht es um Absicherungen in ökonomischen Krisen von volkswirtschaftlich bedeutsamen Unternehmen, für die eine formelle Zusicherung betreffend hoheitlicher Haftung oder Beistand fehlt³³. Trotzdem wird im Markt *generell vermutet*, dass der Staat – obwohl an sich nicht verpflichtet – zugunsten der betroffenen Gesellschaft(en) intervenieren würde. Es wird auch von *faktischen Staatsgarantien* gesprochen.

[Rz 17] Private Unternehmungen, die aus öffentlichen Interessen – «von Staats wegen» – nicht in Konkurs fallen sollen (oder dürfen), werden qualifiziert als *zu gross, um zu scheitern*, oder eben als «too big to fail» (TBTF)³⁴: «Der Staat ist praktisch gezwungen, rettend einzugreifen (...)»³⁵. Nebst rechtlichen Gesichtspunkten müssen ökonomische Aspekte berücksichtigt werden. Als TBTF galten früher die PostFinance³⁶ und später die beiden Grossbanken.

[Rz 18] Es gibt *keine Rechtsgrundlagen* für solche indirekten Staatsgarantien, was zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt; es ist somit etwa unklar, zugunsten welcher konkreten Unterneh-

²⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG) vom 20. Mai 2009: BBl 2009 5287; Hervorhebungen hinzugefügt.

²⁹ Vgl. dazu hinten I. A. 3. b).

³⁰ BBl 2009 5288.

³¹ POG: SR 783.1.

³² Massgeblich ist die Übergangsbestimmung von Art. 15 Abs. 3 POG mit einer *prinzipiellen Fünfjahresfrist* nach dem Inkrafttreten des Gesetzes (d.h. bis Ende September 2017); bei Kundeneinlagen werden während diesem Zeitraum nur noch CHF 100'000 garantiert (Art. 15 Abs. 3 lit. a POG), für die ausstehenden Anleihen der PostFinance hingegen wird generell «bis zu deren Endfälligkeit» (Art. 15 Abs. 3 lit. b POG) gehaftet, und «für alle übrigen Verpflichtungen bis zu deren Endfälligkeit oder während der Kündigungsfrist, aber nicht länger als fünf Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes» (Art. 15 Abs. 3 lit. c POG).

³³ Dadurch unterscheiden sich die indirekten von den *direkten* Staatsgarantien: Vgl. dazu vorne I. A. 3. a).

³⁴ Vgl. dazu hinten I. C.; zum Grundverständnis statt vieler: KUNZ PETER V., TBTF – Überlegungen zur «Too big to fail»-Problematik, in: Jusletter 17. Mai 2010; zit.: KUNZ, Überlegungen, Rz. 14.

³⁵ Botschaft zur Änderung des Bankgesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; *too big to fail*) vom 20. April 2011 (Botschaft re BankG TBTF): BBl 2011 4718 (ähnlich: a.a.O., 4726); die negativen Folgen einer solchen staatlichen Rettung sind offensichtlich: «[D]ie Kosten zahlen letztlich die Steuerzahler, d.h. die Verluste werden sozialisiert» (WEBER ROLF H.: Systemstabilitätsfördernde Neukonzeption der Konglomeratsaufsicht?, SZW 84 (2012) 535–542; zit.: WEBER, Konglomeratsaufsicht, 535).

³⁶ Vgl. dazu vorne I. A. 3. a) bb).

men der Staat – wenn überhaupt – eingreifen würde³⁷. Faktische Staatsgarantien dürften *eher politisch als rechtlich* verstanden werden (z.B. mit Blick auf drohende Entlassungen bei Konkurs von Grossunternehmen)³⁸. Sowohl national als auch international steht regelmässig die *Finanzbranche* – und dabei v.a. die Banken – im Vordergrund³⁹.

[Rz 19] Lange Zeit wurde in der Schweiz und im Ausland der *Grundsatz der «Constructive Ambiguity»* beachtet⁴⁰. M.a.W. liessen die Staaten die Märkte bewusst im Unklaren, ob sie im Krisenfall einer TBTF-Unternehmung intervenieren oder nicht⁴¹. Mit dem heutigen Rechtsregime (u.a. in der Schweiz) wurde ein *legislativer Paradigmenwechsel* vorgenommen, indem bei den als TBTF deklarierten Banken⁴² eine formelle Rettungszusage besteht⁴³.

B. Finanz- und Banken Krisen als historische Konstanten

[Rz 20] Konkurse von Banken sowie Krisen der Finanzindustrie kommen seit Jahrzehnten *regelmässig* vor und sind in aller Regel *unvorhersehbar*. Finanz- und Banken Krisen gab es sowohl auf internationaler Ebene als auch in der Schweiz immer wieder. Besonders heikel, nicht zuletzt für die Behörden und für die Politik(er), erscheinen «*Bank Runs*» von Kunden und damit verbundene «*Ansteckungsgefahren*» zwischen den Finanzinstituten.

[Rz 21] Als *internationale Finanzkrisen* blieben beispielsweise die Weltwirtschafts- und Bankenkrise im Jahr 1929⁴⁴, der Börsencrash im Jahr 1987, die Asienkrise im Jahr 1997⁴⁵, die Finanzkrise im Jahr 1998 um den Long-Term Capital Management Fund (LTCM)⁴⁶ sowie – in jüngerer Vergangenheit – die *Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008* (Konkurs der Investmentbank Lehman Brothers etc.)⁴⁷ in bester bzw. in schlechtester Erinnerung.

³⁷ Anders als bei direkten Staatsgarantien – vgl. dazu vorne I. A. 3. a) – bleibt ausserdem die Form der Garantie (Institutsgarantie, Ausfallhaftung etc.) offen.

³⁸ M.E. erscheint politisch schwer vorstellbar, dass der Bund bei ernsthaften wirtschaftlichen Krisen von beispielsweise Swisscom, Zurich Insurance, Novartis oder Nestlé nicht allenfalls «unterstützend» tätig würde; beim *Swissair-Konkurs* war der Bund nicht allein aus Infrastrukturüberlegungen aktiv.

³⁹ Nicht anders verhält es sich in der Schweiz: Vgl. dazu hinten I. C. 3. a); früher konnte bei TBTF-Banken von einer faktischen Staatsgarantie gesprochen werden: KUNZ, Überlegungen, Rz. 14.

⁴⁰ Zum Konzept: CRONE HANS CASPAR VON DER/MONFERRINI ISABELLE: Kapital und Notfallplanung – Standortbestimmung zur Regulierung systemrelevanter Finanzinstitute, SZW 84 (2012) 494–506; zit.: VON DER CRONE/MONFERRINI, Standortbestimmung, 498 ff.; ebenfalls: KUNZ PETER V.: Finanzmarktregulierung (Basel 2016); zit.: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 323; STAUB MARKUS: Regulierung in der Krise (Zürich 2014); zit.: STAUB, Regulierung, 49.

⁴¹ Es gab (früher) bewusst keine Rettungszusage als Staatsgarantie (VON DER CRONE/MONFERRINI, Standortbestimmung, 498 ad FN 35): «Indem die Zentralbank eine Rettung weder ausschliesst noch zusichert, soll ein gezieltes Spekulieren auf eine staatliche Rettung verunmöglicht werden» (a.a.O. 499 ad FN 38), es geht folglich um ein «Pokerspiel mit hohem Einsatz» (a.a.O. 499).

⁴² Es handelt sich um *fünf Bankkonzerne*: Vgl. dazu hinten II. A. 2. b) aa).

⁴³ In diesem Sinne bereits VON DER CRONE/MONFERRINI, Standortbestimmung, 501: «Der Regulator muss sich bewusst sein, dass er das, was er systematisch verspricht, auch einzulösen hat».

⁴⁴ Krisenübersicht: VON DER CRONE/MONFERRINI, Standortbestimmung, 495 ff. m.w.H.; SCHILTKNECHT RETO: Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III (Zürich 2013) 57–86; zit.: SCHILTKNECHT, Bankeninsolvenzrecht, 58 ff.

⁴⁵ Hinweise: HÜPKES EVA: Globale Finanzstabilität – Wer setzt die Standards?, SZW 87 (2015) 570–578; zit.: HÜPKES, Finanzstabilität, 570 ff.

⁴⁶ Hierzu: KAUFMANN CHRISTINE: SNB und FINMA in neuen Rollen?, SZW 81 (2009) 418–427; zit.: KAUFMANN, Rollen, 419 ff.

⁴⁷ Übersicht: KUNZ, Überlegungen, Rz. 20 ff.; MENOUD VALÉRIE: The Supervision of Financial Conglomerates – A Study of the Swiss Regulatory Framework in Light of International Developments (Diss. Zürich 2009); zit.: MENOUD,

[Rz 22] Die zahlreichen *schweizerischen Banken Krisen* trafen teils Kantonalbanken⁴⁸ und teils zwar kleinere Finanzinstitute, deren Probleme indes zu erheblichen Aussenwirkungen führten (Beispiel: Zusammenbruch der Spar- und Leihkasse Thun [SLT] im Jahr 1991)⁴⁹. Ohne Zweifel prägend für die Schweiz und für den schweizerischen Bankenplatz – nicht zuletzt auf regulatorischer Ebene – war die *staatliche (Unter-)Stützung der UBS* im Jahr 2008⁵⁰.

[Rz 23] Mittels *internationaler Standards* versuchen internationale Organisationen (etwa der FSB)⁵¹, potentielle Krisenszenarien präventiv zu regulieren⁵². Zu Beginn von Finanz- und Banken Krisen werden meist *finanzindustrieinterne Lösungen* angestrebt, sei es freiwillig oder auf staatlichen Druck hin. Bei entsprechendem Scheitern und bei TBTF-Risiken kommen als «ultima ratio» zu guter Letzt nur noch *staatliche Rettungsmassnahmen* in Frage⁵³.

C. Konzeptionelle Aspekte

1. TBTF sowie ökonomische Risiken

[Rz 24] Mit dem Phänomen von TBTF⁵⁴ sind nicht allein rechtliche (v.a. regulatorische) Herausforderungen verbunden, sondern ebenfalls *ökonomische Risiken*, und zwar sowohl für die betroffenen Unternehmen als auch für die Volkswirtschaft⁵⁵. Eine Privatunternehmung, die sich ihrer staatlichen Rettung sicher sein kann, könnte beispielsweise (*zu*) *risikosorglos* tätig sein⁵⁶. Zudem drohen *Wettbewerbsverzerrungen* zugunsten von TBTF-Unternehmungen⁵⁷.

Supervision, N 413 ff.; NOBEL PETER: Die Schweizer Krise, in: FS für K. J. Hopt, Bd. 2 (Berlin 2010) 3199–3212; zit.: NOBEL, Krise, 3200 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu vorne I. B.

⁴⁹ Statt aller: SCHILTKNECHT, Bankeninsolvenzrecht, 58 f.; KAUFMANN, Rollen, 419 ff.

⁵⁰ Übersicht: PETER V. KUNZ, Eine etwas überraschende Wiederbelebung der Personengesellschaften durch die Schweizerische Nationalbank, in: Jusletter 15. Dezember 2008, Rz. 1 ff. m.w.H.; das schweizerische TBTF-Regime wurde durch die *UBS-Krise* «ausgelöst» (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4726); ausserdem: SCHILTKNECHT, Bankeninsolvenzrecht, 63 f.; NOBEL, Krise, 3200 ff.

⁵¹ Vgl. dazu hinten III. B. 1.

⁵² Vgl. dazu hinten III. B. 1.; generell zu internationalen Standards (gerade im Finanzmarktrecht) statt vieler: HÜPKES, Finanzstabilität, *passim*.

⁵³ Vgl. dazu hinten I. C. 2. a) cc).

⁵⁴ Von offizieller Seite: Schlussbericht Anhang 4, 4/83 (vgl. dazu hinten II. A. 1. b) a.A.); generell statt vieler: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 319 ff.; VON DER CRONE/MONFERRINI, Standortbestimmung, *passim*; BÖSCH RENÉ: Grossbankenregulierung: Status – Quo Vadis?, in: Kapitalmarkttransaktionen VIII (Zürich 2014) 255–296; zit.: BÖSCH, Grossbankenregulierung, *passim*; ROTH DANIEL: «Too big to fail» – Stärkung der Stabilität im Finanzsektor, SJZ 108 (2012) 285–293; zit.: ROTH, Stabilität, *passim*; STAUB, Regulierung, 48 ff.

⁵⁵ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4726 f.; Hinweise: BAHAR RASHID/PEYER MARTIN: Basler Kommentar zum Bankengesetz (2. A. Basel 2013); zit.: BAHAR/PEYER, Kommentar, N [...] zu Art. [...] BankG, N 5 ff. zu Art. 7 BankG; STAUB, Regulierung, 49 f.

⁵⁶ Die Rede ist von einem «*Moral Hazard*» (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4727 sowie 4788); statt vieler: KAUFMANN, Rollen, 419 sowie 421.

⁵⁷ TBTF-Unternehmen von nationaler Bedeutung werden als sog. SIFIs («Systematically Important Financial Institutions») bezeichnet, beispielsweise im Bericht BR re TBTF 2015: BBl 2015 1927 (vgl. dazu hinten II. A. 1. b) a.E.); generell: ROTH, Stabilität, 286; die *Privilegierung gegenüber Konkurrenzunternehmen* liegt darin, dass TBTF-Banken z.B. keine «Bank Runs» befürchten müssen sowie sich an den Kapitalmärkten einfacher (und billiger) refinanzieren können; TBTF erfolgt zudem *entschädigungslos* für den Staat, was im Ergebnis eine *Subvention* darstellt, die jährlich zugunsten der beiden Grossbanken einen geschätzten Betrag in Höhe von CHF 2,3 Mia. – CHF 3,4 Mia. ausmachte (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4788).

[Rz 25] Die Qualifikation als TBTF stellt eine faktische Staatsgarantie zugunsten einer privaten Gesellschaft dar⁵⁸, die selbst im schlimmsten Fall erfüllt werden muss⁵⁹. Das grösste wirtschaftliche Risiko, sozusagen der *ökonomische «Super-GAU»*, kann allerdings darin liegen, dass eine Rettung für den Staat schlicht unmöglich ist; m.E. sind Situationen denkbar, in denen eine Gesellschaft *«too big to be rescued»* (TBTBR)⁶⁰ ist oder wird⁶¹.

[Rz 26] Gerade in der Schweiz besteht – oder zumindest bestand – eine *ausgeprägte Gefährdungslage*, weil die beiden Grossbanken vor einigen Jahren so dominant und gross waren, dass eine akute Abhängigkeit der gesamten schweizerischen Volkswirtschaft bestand: «Über den Zeitraum 2003–2007 betrug das Verhältnis der Aktiven der UBS zum BIP [sc. Bruttoinlandprodukt] der Schweiz durchschnittlich 280 Prozent, und bei der Credit Suisse 100 Prozent»⁶².

[Rz 27] Um diese und weitere wirtschaftliche Risiken möglichst auszuschliessen oder mindestens zu relativieren, wurden in der Schweiz und im Ausland zahlreiche *Regulierungen* vorgenommen, wobei es fast zu einem «Regulierungs-Tsunami»⁶³ kam. Im Wesentlichen besteht heute – national sowie international – ein *regulatorisches Dreisäulenkonzept*, um systemrelevante Risiken (insbesondere bei Grossbanken) einzudämmen oder zu bewältigen⁶⁴.

2. Schutzmechanismen gegen TBTF

a) Dreisäulenkonzept

aa) Prävention

[Rz 28] Sozusagen die *erste Säule* des TBTF-Konzepts ist die *Prävention* des wirtschaftlichen Untergangs (konkret: des Konkurses) der betroffenen Unternehmung⁶⁵. M.a.W. soll – in den guten Zeiten einer Gesellschaft – *verhindert* werden, *dass überhaupt* ein Konkurs erfolgen kann. Etwas trivialisiert: Wenn ein systemrelevantes Unternehmen nicht untergehen kann, ist der Staat nicht «gezwungen», *Steuermittel* zu seiner Rettung einzusetzen.

[Rz 29] Die Prävention betrifft *zahlreiche Facetten*, nämlich – als Beispiele – die Eigenmittel⁶⁶, die Liquidität, die sog. Leverage Ratio («Höchstverschuldungsquote»)⁶⁷ oder die Risikokontrolle bei systemrelevanten Gesellschaften. Zusammenfassend soll mit «präventiven Massnahmen (...) gewährleistet werden, dass die Finanzinstitute bereits in guten Zeiten eine Liquiditäts- und Ei-

⁵⁸ In diesem Sinne: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 319 FN 1089; ROTH, Stabilität, 286 f.; KAUFMANN, Rollen, 421.

⁵⁹ M.E. nähert sich insofern die *indirekte* einer *direkten* Staatsgarantie an.

⁶⁰ KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 320 a.E.; DERS., Überlegungen, Rz. 50.

⁶¹ Die beiden Grossbanken UBS sowie Credit Suisse gelten als «potentiell TBTBR»: KUNZ, Überlegungen, Rz. 50 m.w.H. in FN 134; in klaren TBTBR-Situationen liegt die Gefahrenabwehr im öffentlichen Interesse, was m.E. sogar ein *Verbot von TBTBR-Unternehmen* nahelegen und rechtfertigen könnte.

⁶² Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4726; diese Zahlen(verhältnisse) basieren auf einer «Stammhausbetrachtung», wären hingegen «Gesamtkonzernbetrachtungen» vorgenommen worden, wären diese Verhältnisse sogar noch «bedeutend höher ausgefallen» (a.a.O. FN 1).

⁶³ Zum Terminus: BÖSCH, Grossbankenregulierung, 257; statt vieler: BERND RUDOLPH, Bankregulierung nach der Finanzkrise, in: FS für K. J. Hopt, Bd. 2 (Berlin 2010) 2407 ff.

⁶⁴ Vgl. dazu hinten I. C. 2. a); zum Konzept statt vieler: KUNZ, Überlegungen, Rz. 47 ff.; DERS., Finanzmarktregulierung, N 320 m.w.H.; BÖSCH, Grossbankenregulierung, 261 f.; als *vierte Säule* wird schliesslich eine allfällige *Strafbarkeit* zur Debatte gestellt: Vgl. dazu hinten I. C. 2. b); die Stufenfolge – Prävention, Sanierung sowie Abwicklung – basiert auf dem *Verhältnismässigkeitsprinzip*: Art. 5 Abs. 2 BV.

⁶⁵ Statt aller: BÖSCH, Grossbankenregulierung, 262 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu hinten II. A. 2. b) bb).

⁶⁷ Schlussbericht Anhang 4, 14 f./83; generell: BAHAR/PEYER, Kommentar, N 31 ff. zu Art. 9 BankG.

genmittelausstattung aufweisen, welche es ihnen erlaubt, in einer Krise deren Auswirkungen zu trotzen, ohne auf staatliche Hilfe angewiesen zu sein»⁶⁸.

bb) Sanierung

[Rz 30] Zumindest legislatorisch eindeutig im Vordergrund steht bis anhin die erste Säule des TBTF-Konzepts, nämlich die Prävention⁶⁹. Nur bei Versagen der Prävention ist die (allenfalls anschliessende) *Sanierung* – sozusagen als *zweite Säule* – des systemrelevanten Finanzinstituts überhaupt ein Thema. Die Sanierungsmassnahmen erweisen sich in der Wirtschaftsrealität als einschränkender und als belastender als die präventiven Vorgaben.

[Rz 31] Das Bankrecht sieht seit einiger Zeit verschiedene Bestimmungen zu *Bankensanierungen* vor (Art. 28 ff. des Bankengesetzes; BankG)⁷⁰. Mit dem TBTF-Regime wurde eine zusätzliche Sonderordnung vorgesehen. Im Vordergrund stehen die von systemrelevanten Finanzinstituten auszugebenden sog. *Pflichtwandelanleihen* («Contingent Convertible Bonds»)⁷¹; solche «CoCo Bonds»⁷² erscheinen insbesondere im Hinblick auf ein allfälliges Wandlungskapital⁷³ wichtig.

cc) Abwicklung

[Rz 32] Sollten beim Rettungskonzept – trotz allem – die Prävention⁷⁴ sowie die Sanierung⁷⁵ scheitern, steht schliesslich sozusagen als *dritte Säule* die *Abwicklung* der TBTF-Unternehmung zur Debatte. Bei einer solchen Unternehmensabwicklung geht es allerdings weniger um das «typische» *Gesellschaftsende* einerseits⁷⁶ als vielmehr um die *Rettung systemrelevanter Teile* des Unternehmens andererseits, notabene möglichst ohne Staatshilfe; wenn die TBTF-Teile gerettet worden sind, kann (und soll) der Rest der Gesellschaft untergehen.

[Rz 33] M.E. die *wichtigste Säule* beim TBTF-Konzept stellt die *Abwicklungsphase* dar⁷⁷; sollte das Rettungselement nicht funktionieren, muss sogar ein Verbot solcher Unternehmen erwo-gen wer-

⁶⁸ BÖSCH, Grossbankenregulierung, 262.

⁶⁹ Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) aa).

⁷⁰ Übersicht: HUNKELER DANIEL, Bankensanierung (...), SZW 82 (2010) 481 ff.; KÄHR MICHEL, Sanierungsrecht für Banken, ST 88 (2014) 204 ff.; PULVER URS/SCHÖTT BERTRAND G., Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen (Zürich 2011) 272 ff.; SCHILTKNECHT, Bankeninsolvenzrecht, *passim*.

⁷¹ Zu den Pflichtwandelanleihen statt vieler: BÖSCH, Grossbankenregulierung, 281 ff.; die Botschaft re BankG TBTF hält fest: «CoCos sind Schuldverschreibungen, die bei einem bestimmten Ereignis (Erreichen eines Auslösers (*Trigger*)) in Eigenkapital umgewandelt oder abgeschrieben werden» (BB1 2011 4728 FN 4; Hervorhebung im Original); generell: REUTTER THOMAS U./RAUN DANIEL: Basler Kommentar zum Bankengesetz (2. A. Basel 2013); zit.: REUTTER/RAUN, Kommentar, N [...] zu Art. [...] BankG, N 3 ff. zu Art. 13 BankG.

⁷² Bei TBTF-Unternehmungen kann einerseits die *Aktivenseite* (v.a. «Toxic Assets» bzw. «giftige Aktiven») saniert werden, z.B. durch «Bad Banks»; andererseits können auf der *Passivenseite* allenfalls «CoCo Bonds» zur Finanzierung eingesetzt werden; statt vieler: BECKER ROMAN/BERNDT THOMAS/VOLLMAR JENS, Anforderungen an die Ausgestaltung von CoCo-Bonds, ST 86 (2012) 125 ff.; BÖCKLI PETER, CoCos (...), SZW 84 (2012) 181 ff.; BÖSCH RENÉ/LEISINGER BENJAMIN, Contingent Convertible Bonds – CoCos, SZW 84 (2012) 2 ff.; GLANZMANN LUKAS, Neue Finanzierungsinstrumente am Beispiel von CoCos und hybriden Anleihen, GesKR 2011, 489 ff.

⁷³ Vgl. dazu hinten II. A. 3. b) bb).

⁷⁴ Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) aa).

⁷⁵ Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) bb).

⁷⁶ Konkurs mit Gesellschaftsauflösung, Liquidation der Unternehmung sowie Löschung im HR.

⁷⁷ Umso mehr überrascht, dass die Abwicklungsphase *legislativ vernachlässigt* wird: KUNZ PETER V., Gesetzliche Notfallplanung für Grossbanken, FuW Nr. 76 (2013) 2; DERS., Überlegungen, Rz. 27.

den⁷⁸. Metaphorisch kann eine solche Rettung mit einem *Fallschirm* bei einem Flugzeugabsturz⁷⁹ oder mit einem *Rettungsboot* bei einem Schiffsuntergang verglichen werden. Verschiedene legislative Instrumentarien dienen der Rettung systemrelevanter Teile (z.B. Notfallpläne mit Übergangsbanken bzw. «Bridge Banks»)⁸⁰.

[Rz 34] In erster Linie geht es darum, etwas trivialisiert, das *Rettungsboot abzusichern* und damit sein Leckschlagen zu verhindern; ein Leck des Rettungsbootes – oder mit einer Metapher der Pathologie – die *Ansteckung eines Gesunden* («contagion»), wäre das TbTF-Desaster, weil dadurch die systemrelevanten Teile gefährdet würden. Es sind verschiedene *Vorbeugemassnahmen* denkbar; diskutiert werden, nicht zuletzt auf internationaler Ebene, insbesondere das «Ringfencing» («Einzäunung») oder die «Living wills» mit Sollbruchstellen⁸¹.

b) Strafbarkeit?

[Rz 35] Das «klassische» Dreisäulenkonzept⁸² betreffend TbTF könnte konzeptionell ohne weiteres durch eine *vierte Säule ergänzt* werden⁸³, nämlich durch eine mögliche Strafbarkeit im Zusammenhang mit dem Untergang oder der Rettung systemrelevanter Unternehmungen⁸⁴. Ziel entsprechender Massnahmen wären nicht die TbTF-Unternehmen, sondern *natürliche Personen* im entsprechenden Verantwortungsbereich.

[Rz 36] In der *Schweiz* wurde bzw. wird nach wie vor versucht, eine solche vierte Säule zu errichten. Die parlamentarischen Geschäftsprüfungskommissionen schlugen im Jahr 2010⁸⁵ eine *strafrechtliche Regelung* vor⁸⁶. Aus dem parlamentarischen Bericht resultierte eine entsprechende Motion: «Der Bundesrat wird beauftragt, eine Revision der Artikel 164 und 165 StGB vorzuschlagen, welche deren Anwendbarkeit *auf Grossunternehmen erweitert*, falls diese aufgrund ihrer Systemrelevanz für die Volkswirtschaft und die Finanzstabilität durch *staatliche Interventionen* vor ihrem *Untergang bewahrt* werden müssen»⁸⁷.

[Rz 37] Der Ständerat (StR) unterstützte dieses Anliegen im Jahr 2010, und zwar einstimmig⁸⁸. Im Jahr 2011 wurde gleich entschieden im Nationalrat (NR)⁸⁹. Als das Geschäft im Jahr 2014 erneut

⁷⁸ Diese drei Säulen können und sollen sich gegenseitig *kompensieren*.

⁷⁹ Zum «Fallschirm»: KUNZ, Überlegungen, Rz. 91 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu hinten II. A. 2. b) cc); generell: BÖSCH, Grossbankenregulierung, 277 ff.

⁸¹ Statt aller: NOBEL, Krise, 3204 ff.

⁸² Vgl. dazu vorne I. C. 2. a).

⁸³ Allg.: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 320 m.w.H. in FN 1090 a.E.

⁸⁴ M.a.W. könnte eine vierte Säule eine *Strafbarkeit* der *verantwortlichen Personen* von *TbTF-Unternehmen* vorsehen für den Fall, dass eine staatliche Rettungsaktion durchgeführt werden muss.

⁸⁵ Die Behörden standen damals unter hohem medialem und politischem Druck als Folge der Finanzkrise sowie der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA (Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des NR und des StR vom 30. Mai 2010: BBl 2011 3099 ff.).

⁸⁶ BBl 2011 3422: «Die GPK sind der Meinung, dass die Tatbestände der Artikel 164 und 165 StGB auch für Unternehmen gelten sollten, welche infolge ihrer systemischen Grösse vom Staat finanziell unterstützt werden müssen oder müssten, um ihren Untergang zu verhindern, wie dies bei der UBS der Fall war».

⁸⁷ BBl 2011 3423; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁸⁸ AB 2010 S 876 f.: 28 Stimmen (Einstimmigkeit).

⁸⁹ AB 2011 N 106 f.: 141 Stimmen (Einstimmigkeit).

in den StR kam, sprach sich dieser noch einmal für eine Strafrechtsordnung aus⁹⁰. Der Bundesrat (BR) opponierte in beiden Räten⁹¹. Heute ist das Revisionsvorhaben zwar *pendent*, doch erscheint m.E. dessen legislative Realisierung eher unwahrscheinlich.

3. Betroffene Wirtschaftszweige

a) Finanzbranche

[Rz 38] Im Hinblick auf TBTF stehen in sämtlichen Staaten die *Finanzbranchen* eindeutig im Vordergrund des legislativen Interesses⁹². Vereinzelt wird die Regulierung ausgedehnt, nämlich etwa auf verschiedene Infrastrukturbereiche⁹³. Betreffend Finanzbranchen geht es meist um die *systemrelevanten Banken*, für die TBTF-Regimes⁹⁴ vorgesehen werden. Auf internationaler Ebene⁹⁵ – anders als auf nationaler Ebene – ist ausserdem unbestritten, dass *systemrelevante Privatversicherungen* (Stichwort: AIG) vorkommen können.

[Rz 39] Die Expertengruppe BRUNETTI zur Evaluation des TBTF-Regimes gemäss Art. 52 BankG⁹⁶ lehnte eine *Regulierung des Versicherungssektors* ab, und zwar mit einer Analyse des Status quo: «Aus der Binnensicht gibt es (...) in der Schweiz *weiterhin keine systemrelevanten Versicherer*. Weder Grösse, Vernetzung noch fehlende Substituierbarkeit lassen auf eine faktische Staatsgarantie schliessen»⁹⁷. Diese Aussage mag *heute zutreffen*, erscheint jedoch (zu) kurzfristig, können sich doch die Wirtschaftsrealitäten ändern⁹⁸. M.E. sollten deshalb *de lege ferenda* ebenfalls TBTF-Regelungen für Versicherungen vorgesehen werden⁹⁹.

b) Infrastrukturbereiche

[Rz 40] Die *meisten Infrastrukturbereiche* der Schweiz (Bahn, Post, Telekommunikation etc.) gehören heutzutage – ganz oder zumindest teilweise – bereits dem Bund, so dass deren *Konkurs*

⁹⁰ AB 2014 S 308 f.; für den StR (und das Parlament) spielt es *keine Rolle, wo* die Strafbarkeit betreffend TBTF normiert wird, sofern *irgendwo* eine Regelung vorgesehen wird; als Übersicht zur Legislativhistorie: Bericht der ständerätlichen Geschäftsprüfungskommission vom 18. Februar 2014 (10.3634 s).

⁹¹ BR WIDMER-SCHLUMPF sprach sich aus *systematischen* Gründen gegen eine Strafbarkeit gemäss Art. 164 f. StGB («in diesem Rahmen») aus, weil ein Konkurs eine objektive Strafbarkeitsbedingung sei (und mit der staatlichen Rettung ein solcher Gesellschaftskonkurs verhindert werde): AB 2010 S 877; BR SOMMARUGA brachte zusätzlich vor, dass eine Strafbarkeit angesichts der damals in Vorbereitung befindlichen *bankrechtlichen TBTF-Massnahmen* im Ergebnis *nicht nötig* seien: AB 2011 N 106 f.; an der bundesrätlichen Opposition änderte sich im Übrigen nichts, als der StR dem BR überlassen wollte, an welcher Stelle der Rechtssetzung eine Strafbarkeit geregelt werden soll: AB 2014 S 308.

⁹² Statt vieler: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 321; DERS., Überlegungen, Rz. 16 und Rz. 26; z.T. diskutiert, aber meist abgelehnt werden Regulierungen betreffend grosser Vermögensverwalter (Beispiel: Black Rock), Hedge Funds oder Rating Agenturen.

⁹³ Vgl. dazu hinten I. C. 3. b).

⁹⁴ Vgl. dazu hinten II, A. 2.

⁹⁵ Vgl. dazu hinten III. A.

⁹⁶ Vgl. dazu hinten II. A. 1. b).

⁹⁷ Schlussbericht Expertengruppe, 56/62 (vgl. dazu hinten II. A. 1. b) a.A.); Hervorhebung hinzugefügt; zudem: Schlussbericht Anhang 5, 19 ff. und 28/47.

⁹⁸ KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 329; in Bezug auf das «traditionelle Versicherungsgeschäft» geht die Expertengruppe sogar davon aus, dass «a priori keine systemischen Risiken» bestehen können: Schlussbericht Anhang 5, 23/47.

⁹⁹ In diesem Sinne: KUNZ PETER V., *Tuu Bic Du Fäil*, Nordwestschweiz/Aargauer Zeitung vom 6. Oktober 2016, 20 (Kolumne); DERS., Überlegungen, Rz. 112 (re TBTF Gesetz: Vgl. dazu hinten II. C. 2.).

a priori ausgeschlossen erscheint. Insofern sind entsprechende TBTF-Regelungen überflüssig. Es gibt allerdings zahlreiche Infrastrukturen, für die wohl durchaus öffentliche Interessen definiert werden könnten, und die unbeschrieben des Privat(isiert) sind¹⁰⁰.

[Rz 41] De lege lata können in der Schweiz nur, aber immerhin, gewisse *Finanzmarktinfrastrukturen als TBTF* qualifiziert werden. Massgeblich ist de lege lata das neue Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG)¹⁰¹, das seit dem Jahr 2016 in Kraft steht. Solche Infrastrukturen im Finanzbereich wurden *bereits früher* als systemrelevant für die Schweiz erachtet und entsprechend überwacht, notabene durch die Schweizerische Nationalbank (SNB)¹⁰².

c) Weitere Branchen?

[Rz 42] Gelegentlich wird darüber diskutiert, ob *Nicht-Finanzunternehmen* ebenfalls als TBTF qualifiziert werden könnten¹⁰³: «Gibt es in einer Volkswirtschaft auch ausserhalb des Finanzsektors Elefanten, die zu gewichtig sind, als dass sie in den Abgrund stolpern dürfen?»¹⁰⁴ Die politische Debatte wird gerade in jüngster Vergangenheit insbesondere durch finanzielle Krisen von *Energiekonzernen* (v.a. Alpiq sowie Axpo) befeuert¹⁰⁵.

[Rz 43] Einige Staaten gehen bei Unternehmensrettungen *relativ grosszügig* vor, meist in Abhängigkeit von der politischen Grosswetterlage (z.B. vor einigen Jahren in den USA, als die Autobranche vor dem Kollaps stand)¹⁰⁶. In einer Marktwirtschaft kann und darf indes ein privates Unternehmen *nicht ohne Not* vom Staat gerettet werden. M.E. sind aus diesem Grund weitergehende TBTF-Regeln ausserhalb der Finanzbranche *prinzipiell abzulehnen*.

¹⁰⁰ Einen Sonderfall – gerade für die *Verkehrsinfrastruktur* – stellt z.B. der *Flughafen Zürich* dar, bei dem sowohl der Bund als auch der Kanton Zürich einen unbestreitbaren «Einfluss» wahrnehmen (können).

¹⁰¹ Vgl. dazu hinten II. B.; Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015: SR 958.1.

¹⁰² Basis war das *Nationalbankrecht*: Vgl. dazu hinten II. B. 1.

¹⁰³ KUNZ, Überlegungen, Rz. 16 a.E.; DERS., Finanzmarktregulierung, N 333 f.; eine erste Expertenkommission zu TBTF – vgl. dazu hinten II. A. 1. a) – hat sich mit dieser spezifischen Thematik im Jahr 2010 befasst und eine Ausdehnung des geplanten TBTF-Regimes auf die *Nicht-Finanzbranche abgelehnt*: Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2010, 107 ff./142 (angesprochen waren z.B. Swisscom, Axpo, Alpiq, BKW, Unique Zurich Airport, SRG, Inselspital Bern, Cablecom sowie Sunrise: a.a.O. 107 f.).

¹⁰⁴ SCHEIDEGGER, Elefanten, 41.

¹⁰⁵ Der Chefökonom des Bundes hält hierbei fest: «Ein Elefant im Strommarkt sollte stolpern und im Extremfall auch in den Abgrund stürzen können, ohne dass die Versorgungssicherheit gefährdet wird» (SCHEIDEGGER, Elefanten, 42).

¹⁰⁶ Kritisch: RATTNER STEVEN, Trump's ignorance about Detroit, INYT vom 19. August 2016, 6.

II. Nationale Umsetzung(en)

A. Bankrecht

1. Revisionsgeschichte

a) 2011/2012

[Rz 44] Die vom BR nach der Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008 eingesetzte Expertenkommission SIEGENTHALER machte in ihrem Bericht aus dem Jahr 2009 zahlreiche Vorschläge¹⁰⁷, um die Problematik von TBTF in den legislativen Griff zu bekommen¹⁰⁸. Auf dieser Basis beschloss der BR im Anschluss an eine wohlwollende Vernehmlassung, das *Bankrecht grundlegend zu überarbeiten* im Hinblick auf Spezialregelungen für Grossbanken.

[Rz 45] Mit der Botschaft¹⁰⁹ legte der BR einen Gesetzesentwurf vor, der u.a.¹¹⁰ eine Stärkung der Eigenkapitalbasis sowie organisatorische Massnahmen zur Weiterführung von systemrelevanten Bankenfunktionen anstrebte. Das Konzept lautete: «Gesetz, Verordnung und Verfügung», wobei die *Grundsatzentscheide* jeweils dem *Gesetzgeber* obliegen sollen¹¹¹.

[Rz 46] Mit der *umfassenden BankG-Revision* traten ein Fünfter Abschnitt «Systemrelevante Banken» (Art 7 ff. BankG)¹¹² auf der einen Seite sowie ein Sechster Abschnitt «Zusätzliches Kapital» (Art. 11 ff. BankG)¹¹³ auf der anderen Seite in Kraft¹¹⁴. Die Gesetzesrevision führte zu weitgehenden *Änderungen auf Verordnungsebene* («TBTF-Verordnungen»)¹¹⁵; der Gesetzgeber sah in diesem Zusammenhang einen parlamentarischen Genehmigungsvorbehalt vor¹¹⁶.

b) Evaluation

[Rz 47] Das Parlament war nicht bereit, den Regulatoren auf Verordnungsebene – konkret: dem BR und der FINMA – sozusagen eine «carte blanche» betreffend TBTF zu gewähren. Aus diesem Grund wurde eine *rollende Evaluationspflicht* vorgesehen¹¹⁷. Eine Expertengruppe legte im

¹⁰⁷ Zur Expertenkommission: KUNZ, Überlegungen, Rz. 30 m.w.H.; WEBER, Konglomeratsaufsicht, 537 f.; BÖSCH, Grossbankenregulierung, 258; zudem Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4728.

¹⁰⁸ Hinweise: BBl 2011 4728 f.

¹⁰⁹ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4717 ff.; die weiteren Materialien zur Gesetzesrevision (v.a. die parlamentarischen Beratungen) ergeben m.E. im Hinblick auf das *historische Auslegungselement* im Grossen und Ganzen *wenig*.

¹¹⁰ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4731 ff.

¹¹¹ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4748.

¹¹² Vgl. dazu hinten II. A. 2.

¹¹³ Vgl. dazu hinten II. A. 3.

¹¹⁴ Die Schweiz gehörte im internationalen Vergleich zu den *legislativen «first movers»*: BÖSCH, Grossbankenregulierung, 295; ROHN, Stabilität, 293.

¹¹⁵ Hierzu: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 150 m.w.H.

¹¹⁶ Zuständig für Massnahmen im Hinblick auf TBTF ist gemäss Art. 10 Abs. 4 BankG der BR, notabene nach Anhörung der SNB und der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA); das *Parlament* sicherte sich ein *Vetorecht* durch eine Übergangsbestimmung zur Gesetzesrevision (Ziff. II.^{bis} Übergangsbestimmungen: AB 2011 N 1482): «Die erstmalige Verabschiedung der Regelungen nach Artikel 10 Absatz 4 [BankG] ist der Bundesversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten»; diese Ordnung, mit der das Parlament nur «Ja» oder «Nein» sagen kann, war bereits politisch äusserst strittig (Botschaft sowie Entwurf sahen keinen Genehmigungsvorbehalt vor; die Kommission des NR machte erstmalig einen solchen Vorschlag, der im NR angenommen und im StR abgewiesen wurde – erst die Einigungskonferenz vom 28. September 2011 führte zur Verabschiedung dieser Norm; in der Folge gab es im Jahr 2012 *zwei Botschaften*: BBl 2012 6669 ff. sowie 9455 ff.).

¹¹⁷ Art. 52 BankG: «Der Bundesrat hat spätestens 3 Jahre nach Inkrafttreten des fünften und sechsten Abschnitts der Änderung vom 30. September 2011 und danach jeweils innert 2 Jahren die Bestimmungen im Hinblick auf die

Jahr 2014 einen Schlussbericht («Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie»)¹¹⁸ sowie diverse Anhänge¹¹⁹ vor.

[Rz 48] Die Expertengruppe zeigte sich mit der Rechtslage *de lege lata* zufrieden: «Im internationalen Vergleich fällt die Beurteilung des Schweizer Ansatzes in einer Gesamtbetrachtung *grundsätzlich positiv* aus. Es ist deshalb *keine Neuausrichtung* des Regulierungsmodells notwendig (...)»¹²⁰. Unbesehen der prinzipiellen Zustimmung machte die Expertengruppe für die Regulatoren *de lege ferenda* zahlreiche Empfehlungen¹²¹:

[Rz 49] Prudentielle Massnahmen (z.B. Überprüfung von Berechnungsmethoden zu den Aktiven sowie Rekalibrierung der Eigenmittelanforderungen), organisatorische Massnahmen (Beispiel: Terminsetzung für Notfallpläne) sowie Massnahmen für den Krisenfall (Anpassungen bei den Verrechnungssteuern etc.¹²²). Das Fazit lautete: «Nach heutiger Einschätzung löst auch eine vollständige Umsetzung der TBTF-Gesetzgebung das Problem *nicht vollständig* (...)»¹²³. Eine Ausdehnung über den Bankenbereich hinaus wurde abgelehnt¹²⁴.

[Rz 50] Im Jahr 2015 legte der BR dem Parlament schliesslich seinen Bericht zur Thematik vor¹²⁵. Der BR *unterstützte* darin die *empfohlenen Massnahmen* der Expertengruppe und wies im Übrigen darauf hin, dass entsprechende Schritte durch die FINMA sowie die SNB bereits eingeleitet wurden¹²⁶. Im Wesentlichen wird vom BR das positive Fazit der Expertenkommission in Bezug auf die schweizerische TBTF-Ordnung geteilt¹²⁷.

c) 2015/2016

[Rz 51] Die Geschwindigkeit sowie die Intensität der rechtspolitischen Diskussionen betreffend TBTF nahmen in der Schweiz mit der Zeit erheblich ab. Doch auf eine behördliche Auseinandersetzung konnte angesichts der internationalen Entwicklungen¹²⁸ nicht verzichtet werden. Vor

Vergleichbarkeit und den Grad der Umsetzung der entsprechenden internationalen Standards im Ausland zu prüfen. Er erstattet der Bundesversammlung jeweils darüber Bericht und zeigt den allfälligen Anpassungsbedarf auf Gesetzes- und Verordnungsstufe auf»; generell: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 324 m.w.H.; dass Evaluationen auch in Zukunft vorgenommen werden, scheint unbestritten zu sein (Schlussbericht Anhang 4, 74 f./83; Bericht BR re TBTF 2015: BBl 2015 1941).

¹¹⁸ TBTF war nur eines der Themen, die behandelt wurden: Schlussbericht Expertengruppe, 42 ff./62.

¹¹⁹ Im Vordergrund standen *Anhang 4* («Überprüfung des Schweizer TBTF-Regimes im internationalen Vergleich – Grundlage für die Evaluation gemäss Artikel 52 Bankengesetz») sowie *Anhang 5* («Systemstabilität in nicht vom Schweizer TBTF-Regime betroffenen Bereichen»).

¹²⁰ Schlussbericht Expertengruppe, 43/62; Hervorhebungen hinzugefügt.

¹²¹ Schlussbericht Expertengruppe, 44 ff./62 (a.a.O. 44: «Ergänzende Massnahmen sind deshalb notwendig»); Schlussbericht Anhang 4, 71 ff./83.

¹²² In erster Linie geht es darum, in der Schweiz emittierte sog. Bail-in Bonds *steuerlich attraktiver* zu machen: Schlussbericht Expertengruppe, 49/62; Bericht BR re TBTF 2015: BBl 2015 1941; zudem bereits: Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4735 ff.; am 30. September 2016 begann der BR ein Vernehmlassungsverfahren zur *steuerlichen Erleichterung* beim *Eigenkapitalaufbau* von TBTF-Unternehmen.

¹²³ Schlussbericht Expertengruppe, 46/62; Hervorhebung hinzugefügt.

¹²⁴ Dies gilt in erster Linie für den *Versicherungssektor* (Schlussbericht Expertengruppe, 55 f./62), der m.E. zu regulieren wäre: Vgl. dazu vorne I. C. 3. a).

¹²⁵ Bericht «Too big to fail» (TBTF) (11.4185) vom 18. Februar 2015: BBl 2015 1927 ff.

¹²⁶ Bericht BR re TBTF 2015: BBl 2015 1937 ff.; generell zur Kooperation von SNB/FINMA im Bereich von TBTF: KAUFMANN, Rollen, 423 ff.

¹²⁷ Der BR hält insbesondere fest: «Der Schweizer Ansatz ist im internationalen Vergleich positiv zu beurteilen (...)» (Bericht BR re TBTF 2015: BBl 2015 1932).

¹²⁸ Vgl. dazu hinten III. B.

diesem Hintergrund wurde im Jahr 2013 ein *FINMA-Positionspapier* zur Sanierung und Abwicklung von global tätigen, systemrelevanten Banken publiziert¹²⁹.

[Rz 52] Der Fokus der Politik lag (und liegt) klarerweise auf der *Prävention*, was m.E. nicht unproblematisch erscheint¹³⁰. Nach einigen Jahren wurden insbesondere die *Eigenmittelvorschriften überarbeitet*, was zu innenpolitischen Konflikten in der Schweiz führte. Für den Fall von (zu) strengen Vorschriften – als «Swiss Finish» – wurden *Wettbewerbsnachteile* gegenüber internationalen Konkurrenten befürchtet¹³¹. Im Jahr 2015 kam es zu intensiven Diskussionen¹³², die im Jahr 2016 zu einer *Revision der Eigenmittelverordnung (ERV)*¹³³ führten¹³⁴.

[Rz 53] Bei der UBS und bei der Credit Suisse müssen per Ende 2019 jeweils *Eigenkapitalquoten* von mindestens 5% des Gesamtengagements¹³⁵ erreicht werden: 3,5% hartes Kernkapital und 1,5% hybride Instrumente. Ausserdem besteht eine weitere Vorgabe für Notfälle, nämlich ein zusätzliches «Polster» von 3%–5% als Wandlungskapital¹³⁶. Diese *Prozentsätze steigen linear* bei zunehmender Grösse¹³⁷, wobei massgeblich nicht die Grösse des Inlandgeschäfts, sondern der gesamten Bankengruppe ist¹³⁸.

[Rz 54] Im Jahr 2016 wurde ein bundesrätlicher Bericht «Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz» veröffentlicht, mit dem fünf strategische Stossrichtungen in verschiedenen Bereichen (Marktzugang, Innovation, Finanzmarktregulierung etc.) für die Zukunft vorgeschlagen werden. Eine *strategische Stossrichtung* des BR will die *Systemrisiken begrenzen*, notabene in bis anhin wenig berücksichtigten Bereichen¹³⁹.

¹²⁹ Sanierung und Abwicklung global systemrelevanter Banken – FINMA-Positionspapier Sanierung und Abwicklung von G-SIBs vom 7. August 2013; die FINMA schlägt vor, dass die jeweilige *Heim-Aufsichtsbehörde* eine allfällige gruppenweite Sanierung bzw. Abwicklung zu koordinieren hat («Single Point of Entry» bzw. SPE: Ziff. 4), wobei ein «Bail-in» angeordnet werden kann (Ziff. 5); die Vorschläge orientierten sich bewusst an Vorschlägen des FSB sowie der EU.

¹³⁰ Diese rechtspolitische Kritik geht insbesondere dahin, dass die *Abwicklungsphase legislativ vernachlässigt* wird: Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) cc).

¹³¹ Statt aller: SCHILTKNECHT RETO: Internationale Standards in den Vorlagen zur neuen Finanzmarktarchitektur, SZW 87 (2015) 598–606; zit.: SCHILTKNECHT, Standards, 602 f.

¹³² Es erfolgte eine Anhörung im Jahr 2015: KUHN HANS: TLAC – letzter Mosaikstein zur Lösung des TBTF-Problems?, GesKR 2016, 80–92; zit.: KUHN, TLAC, 80.

¹³³ SR 952.03.

¹³⁴ Vgl. dazu hinten II. 2. b) bb); zur Thematik als Übersicht: FuW Nr. 38 (2016) 7 («Verwirrung um Grossbanken-Regulierung»); die in der Vernehmlassung vorgeschlagene *Gesamtkapitalanforderung* bzw. «Total Loss-Absorbing Capacity» (hierzu: KUHN, TLAC, *passim*) wurde schliesslich eingeführt.

¹³⁵ Es geht *nicht* um Risikogewichtungen der Aktiven, sondern um die *Leverage Ratio*.

¹³⁶ Vgl. dazu hinten II. A. 3. b) bb); NZZ vom 12. Mai 2016, 1 («Das Ende des Bankenkonflikts»): «Grob gesagt heisst dies, dass die beiden Grossbanken [UBS und Credit Suisse] bei ihrer derzeitigen bzw. angestrebten Grösse mit einer Bilanzsumme von 900 bis 1000 Milliarden Franken gegen 50 Milliarden Franken Eigenmittel zum Leben und weitere 30 bis 50 Milliarden Franken zum Sterben haben müssen, bevor normale Schuldner und am Ende vielleicht doch noch der Staat zur Kasse käme».

¹³⁷ Grösse meint einerseits *Bilanzsumme* (Grenzwert: CHF 1'050 Mia.) und andererseits *Marktanteile* (Grenzwert: über 22%); es handelt sich dabei um einen politischen Kompromiss, hielt doch der BR noch im Jahr 2015 fest, dass ab den erwähnten Grenzwerten die *Prozentsätze progressiv* steigen sollten.

¹³⁸ In diesem Bereich kam der BR den Banken nicht entgegen, die als massgeblich für die Prozentzahlen ausschliesslich das *Inlandgeschäft* wünschten.

¹³⁹ Konkret erwähnt werden die Systemrisiken für Banken im *Immobilienmarkt* wegen hoher Hypothekarvolumen sowie im Bereich der *beruflichen Vorsorge* (Ziff. 3.4).

2. Systemrelevante Banken

a) Generelles

[Rz 55] Mit dem TBTF-Regime werden Stärkungen der *Stabilität der TBTF-Banken* sowie des *Finanzsystems insgesamt* angestrebt: «Dadurch können massive Folgekosten schwerer Finanzkrisen für die Steuerzahlerinnen und -zahler und die ganze Volkswirtschaft vermieden werden. Einerseits steigen die Kosten für die systemrelevanten Banken, andererseits wird sich langfristig das Vertrauen der Investoren vergrössern, was auch einen *Wettbewerbsvorteil* für den Finanzplatz Schweiz und die betroffenen Institute darstellt»¹⁴⁰.

[Rz 56] Die Regulierung gemäss Art. 7 ff. BankG hat einen *dreifachen Zweck*, nämlich die von systemrelevanten Banken stammenden «Risiken für die Stabilität des schweizerischen Finanzsystems (...) zu vermindern, die Fortführung volkswirtschaftlich wichtiger Funktionen zu gewährleisten und staatliche Beihilfe zu vermeiden» (Art. 7 Abs. 2 BankG)¹⁴¹. Das *Dreisäulenkonzept* zu TBTF¹⁴² gelangt in den sog. *besonderen Anforderungen* (Art. 9 f. BankG)¹⁴³ zum Ausdruck, die sämtliche TBTF-Banken erfüllen müssen¹⁴⁴.

b) Ausgewählte Aspekte

aa) Systemrelevanz

[Rz 57] Als *systemrelevante Banken* gelten de lege lata «Banken, Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde» (Art. 7 Abs. 1 BankG)¹⁴⁵. Aktuell werden *fünf Banken bzw. Bankkonzerne* in der Schweiz als TBTF anerkannt¹⁴⁶: UBS (2012), Credit Suisse (2012), ZKB (2013), Raiffeisen (2014) sowie PostFinance (2015).

[Rz 58] Das Gesetz erscheint im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 3 BankG *relativ offen*, was die Qualifikation als TBTF-Bank umfasst bzw. umfassen soll. Tatsächlich hat der Gesetzgeber der SNB bewusst einen *weiten Ermessensspielraum* eingeräumt¹⁴⁷. Die SNB (und nicht die FINMA)

¹⁴⁰ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4721; Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁴¹ Dieser Bestimmung kommt eine *normative Funktion* zu, d.h. sie kann als *Auslegungshilfe* verstanden werden (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4744 f.; BAHAR/PEYER, Kommentar, N 20 zu Art. 7 BankG).

¹⁴² Vgl. dazu vorne I. C. 2. a).

¹⁴³ Beispielhaft wird auf die *Eigenmittel* – vgl. dazu hinten II. A. 2. b) bb) – sowie auf die *Notfallplanungen* –vgl. dazu hinten II. A. 2. b) cc) – als besondere Anforderungen eingegangen; die konkreten Anforderungen sind «nach dem Grad der Systemrelevanz» *von Bank zu Bank unterschiedlich*, müssen aber *verhältnismässig* sein und dürfen die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzinstituts nicht untergraben: Art. 9 Abs. 1 BankG; das Massnahmenpaket stellt einen sog. *Policy Mix* dar: BAHAR/PEYER, Kommentar, N 7 zu Art. 9 BankG; STAUB, Regulierung, 58 (sc. präventive sowie kurative Elemente).

¹⁴⁴ Die FINMA legt diese *besonderen Anforderungen* gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a – lit. c BankG fest, notabene nach Anhörung der SNB: Art. 10 Abs. 1 BankG; die FINMA kann Erleichterungen bzw. «Rabatte» betreffend die Eigenmittel verfügen (Art. 10 Abs. 3 BankG): Vgl. dazu hinten II. A. 2. b) bb).

¹⁴⁵ Hierzu die Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4744 sowie 4745 f.; zudem: BAHAR/PEYER, Kommentar, N 10 ff. zu Art. 7 BankG.

¹⁴⁶ KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 325; die SNB bezeichnet sowohl die *systemrelevanten Banken* als auch deren *systemrelevanten Funktionen*, notabene nach Anhörung der FINMA: Art. 8 Abs. 3 BankG; m.E. geht es nicht um binäre Entscheide («TBTF – ja oder nein?»), sondern es können durchaus nur *einzelne Teile eines Bankkonzerns* als TBTF qualifiziert werden, andere Teile bzw. der Bankkonzern als solcher hingegen nicht; die *SNB-Verfügungen* betreffend TBTF (BAHAR/PEYER, Kommentar, N 33 ff. zu Art. 8 BankG) sind *geheim* und unterstehen nicht dem Öffentlichkeitsprinzip: Art. 2 Abs. 2 BGÖ (SR 152.3).

¹⁴⁷ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4744.

soll den Entscheid fällen, weil ihr «besondere ökonomische Kompetenz» zugesprochen wird¹⁴⁸. Im heutigen Zeitpunkt können m.E. nicht mehr als die erwähnten fünf Bankkonzerne ernsthaft zur Diskussion stehen, was sich künftig natürlich ändern könnte.

[Rz 59] *Nicht alle Bankfunktionen* sind potentiell TBTF. Die Funktionen von Banken sind im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 BankG nur dann systemrelevant, wenn sie für die *Volkswirtschaft unverzichtbar* sowie *nicht kurzfristig substituierbar* sind¹⁴⁹. Insbesondere das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft einerseits und der Zahlungsverkehr andererseits werden als *systemrelevante Funktionen* erachtet¹⁵⁰ (Art. 8 Abs. 1 Satz 2 BankG)¹⁵¹.

bb) Eigenmittel

[Rz 60] Die *Eigenmittel* stellen ein zentrales Element der Prävention¹⁵² dar. Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a BankG¹⁵³ müssen bei TBTF-Banken die vorgeschriebenen Eigenmittel z.B. eine «höhere Verlusttragungsfähigkeit gewährleisten» als bei nicht systemrelevanten Banken (Ziff. 1)¹⁵⁴ und «zur Weiterführung der systemrelevanten Funktionen» beitragen (Ziff. 2). Diese Eigenmittel müssen schliesslich «an den risikogewichteten Aktiven einerseits und den nicht risikogewichteten Aktiven (...) andererseits bemessen» werden (Ziff. 4)¹⁵⁵.

[Rz 61] Die am 1. Juli 2016 in Kraft getretene *neue ERV* regelt u.a. «die besonderen Anforderungen an systemrelevante Banken» (Art. 2 Abs. 1 lit. d ERV), nämlich im 5. Titel bzw. in Art. 124 ff. ERV. Gegenüber den Nicht-TBTF-Banken werden *Verschärfungen* vorgenommen (Art. 124 Abs. 1 ERV). Die FINMA kann gemäss Art. 10 Abs. 3 BankG im Einzelfall allenfalls jedoch *Erleichterungen* («Rabatte») verfügen¹⁵⁶.

[Rz 62] Die schweizerischen Banken befürchteten von Anfang an im Regulationsbereich betreffend Eigenmittel einen *verschärfenden «Swiss Finish»* und damit einen Wettbewerbsnachteil gegenüber ausländischen Banken (als Konkurrenten). Dies führte in der Schweiz zu einem *innenpolitischen Konflikt*, der schliesslich gelöst wurde¹⁵⁷. Die in der öffentlichen Anhörung im Jahr 2015

¹⁴⁸ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4746.

¹⁴⁹ Statt aller: BAHAR/PEYER, Kommentar, N 3 ff. zu Art. 8 BankG; als Kriterien zur Feststellung der Systemrelevanz werden etwa die *Grösse* der Bank und ihre *Vernetzung* mit dem Finanzsystem bzw. mit der Volkswirtschaft aufgeführt: Art. 8 Abs. 2 BankG; berücksichtigt werden müssen dabei v.a. der Marktanteil der Bank, das Verhältnis zwischen Bilanzsumme der Bank und dem jährlichen BIP der Schweiz sowie das Risikoprofil der Bank (Art. 8 Abs. 2 lit. a – lit. d BankG); zur Thematik: Schlussbericht Anhang 4, 6/83; allg.: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 319 ff.

¹⁵⁰ In Frage kommen ausserdem *wichtige operative Leistungen* einer TBTF-Bank für andere inländische Bankinstitute (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4747); BAHAR/PEYER, Kommentar, N 10 zu Art. 8 BankG.

¹⁵¹ Hinweise in der Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4745 sowie 4746.

¹⁵² Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) aa); weitere Elemente der TBTF-Prävention sind die *Liquidität* (Art. 9 Abs. 2 lit. b BankG: BBl 2011 4753 ff.) sowie die *Risikoverteilung* (Art. 9 Abs. 2 lit. c BankG: BBl 2011 4756 ff.); auf internationaler Ebene erscheint betreffend Eigenmittel v.a. das Regelwerk «Basel III» – vgl. dazu hinten III. B. 1. – zentral, bei dem es sich um internationale Standards handelt, die rechtsunverbindlich sind, aber z.B. in der Schweiz umgesetzt werden; statt aller: SCHILTKNECHT, Standards, 600 ff.

¹⁵³ Hierzu die Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4750 ff.

¹⁵⁴ Dadurch werden die *volkswirtschaftlichen Kosten reduziert* (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4750).

¹⁵⁵ Insofern stellt die Leverage Ratio ein subsidiäres Sicherheitsnetz dar (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4750 f.); zur internationalen Umsetzung: Schlussbericht Anhang 4, 13 ff./83.

¹⁵⁶ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4761 f.; die Details finden sich u.a. in Art. 125 ERV.

¹⁵⁷ Vgl. dazu vorne II. A. 1. c).

vorgeschlagenen sog. Gesamtkapitalanforderungen («Total Loss-Absorbing Capacity», TLAC)¹⁵⁸ – als Beispiel – wurden in der *ERV* eingeführt.

cc) Notfall- und weitere Planungen

[Rz 63] Zu den *besonderen Anforderungen* für TBTF-Banken gehören *Notfallpläne*. Systemrelevante Banken müssen eine «Notfallplanung hinsichtlich Struktur, Infrastruktur, Führung und Kontrolle sowie konzerninterner Liquiditäts- und Kapitalflüsse so vorsehen, dass diese umgehend umgesetzt werden» kann (Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG)¹⁵⁹. Dadurch sollen in erster Linie die *systemrelevanten Teile* «gerettet» werden¹⁶⁰, sozusagen in einem Rettungsboot¹⁶¹.

[Rz 64] Das Bankinstitut ist in Bezug auf die *konkrete Ausgestaltung* des Notfallplans zwar «grundsätzlich frei»¹⁶². Nichtsdestotrotz erscheint der legislative Auftrag unmissverständlich: «Es ist Aufgabe der jeweiligen systemrelevanten Bank, sich so zu organisieren, dass die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen gewährleistet ist»¹⁶³. Im Vordergrund dürften regelmässig *Übergangsbanken* («Bridge Banks») ¹⁶⁴ stehen¹⁶⁵. Unbesehen dessen sind m.E. systemrelevante Banken zu einer Organisation bzw. (*Re-*)*Strukturierung* angehalten, die eine künftige Abwicklung möglichst erleichtert¹⁶⁶.

[Rz 65] Die Notfallplanung steht im *Verantwortungsbereich der Bank*, die denn auch die *Beweislast* für die Erfüllung der Anforderungen trägt¹⁶⁷ (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 BankG)¹⁶⁸. Es braucht einen eigentlichen *Beweis*, d.h. ein Glaubhaftmachen reicht nicht aus¹⁶⁹. Nur für den Fall, dass die systemrelevante Bank diesen «Nachweis» nicht erbringt, muss die *FINMA einschreiten* und die «notwendigen Massnahmen» anordnen¹⁷⁰ (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 BankG)¹⁷¹.

¹⁵⁸ Detailliert: KUHN, TLAC, 80 ff. m.w.H.

¹⁵⁹ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4757 ff.; es geht m.a.W. um die *organisatorische* Seite der Massnahmen gegen TBTF: BAHAR/PEYER, Kommentar, N 72 zu Art. 9 BankG; zudem: SCHILTKNECHT, Bankeninsolvenzrecht, 65 ff.

¹⁶⁰ Botschaft re BankG TBTF: «Im Sinne der Schadenabwehr muss die *Weiterführung systemrelevanter Funktionen* im Falle einer drohenden Insolvenz sichergestellt sein[,] was die Banken in Notfallplänen nachzuweisen haben» (BBl 2011 4757).

¹⁶¹ Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) cc); die *Auslösung* des *Notfallplans* wird in Art. 63 BankV (SR 952.02) geregelt.

¹⁶² Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4719 sowie 4732.

¹⁶³ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4731 (ähnlich a.a.O. 4733).

¹⁶⁴ Hierzu: ROTH, Stabilität, 287 sowie 291.

¹⁶⁵ Dieses Instrument wird vom BR explizit erwähnt (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4760).

¹⁶⁶ Generell: MENOUD, Supervision, N 1014 ff.; HORST EIGENMÜLLER, Restrukturierung systemrelevanter Finanzinstitute, in: FS für K. J. Hopt, Bd. 2 (Berlin 2010) 1713 ff.; TORSTEN HÖCHE, Reorganisation systemrelevanter Banken, in: FS für K. J. Hopt, Bd. 2 (Berlin 2010) 2001 ff.

¹⁶⁷ Die Notfallpläne müssen von den TBTF-Banken jeweils *jährlich aktualisiert* und der *FINMA eingereicht* werden, notabene bis zum Ende des zweiten Quartals: Art. 60 Abs. 4 BankV.

¹⁶⁸ Es geht um *zwei Beweisthemen*, nämlich die *Wirksamkeit* des Notfallplans einerseits sowie die mögliche *Umsetzung* der im Plan aufgezeigten organisatorischen Massnahmen andererseits; (nicht abschliessend: «namentlich») Kriterien zur *Prüfung der Wirksamkeit* der Notfallplanung durch die FINMA: Art. 61 BankV; generell: BAHAR/PEYER, Kommentar, N 17 f. zu Art. 10 BankG.

¹⁶⁹ Betreffend die *Wirksamkeit* «ist der Beweis bereits erbracht, wenn die Bank zeigen kann, dass die ergriffenen Massnahmen nach dem aktuellen Stand der Erkenntnis *mit überwiegender Wahrscheinlichkeit* den angestrebten Erfolg bringen werden» (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4760; Hervorhebung hinzugefügt); nunmehr explizit: Art. 60 Abs. 2 BankV.

¹⁷⁰ Bevor die FINMA selber aktiv wird, setzt sie der Bank eine *angemessene Frist* sowie allenfalls eine *Nachfrist* an: Art. 62 Abs. 1 und Abs. 2 BankV.

¹⁷¹ Die FINMA hat das *Subsidiaritätsprinzip* zu beachten (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4759/4760); als Beispiel wird die Möglichkeit der FINMA erwähnt, die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen hoheitlich anzuord-

[Rz 66] Die technischen (sowie weitere) Details zu den Notfallplänen finden sich, basierend auf der Delegationsnorm von Art. 10 Abs. 4 BankG, in der bundesrätlichen *Bankenverordnung* (Art. 60 ff. BankV). Nebst dem Notfallplan im Rahmen von Art. 60 ff. BankV wird die Sanier- und Liquidierbarkeit von systemrelevanten Banken¹⁷² verbessert durch *Stabilisierungspläne* auf der einen Seite¹⁷³ und *Abwicklungspläne* auf der anderen Seite¹⁷⁴.

dd) Vergütungen

[Rz 67] Dass die *Managemententschädigungen* («Executive Pay»)¹⁷⁵ ein heisses Eisen der politischen Debatte sind, dürfte seit der «Abzocker-Initiative» wohl jedermann bewusst sein¹⁷⁶. M.E. stellt die Vergütungsthematik ein an sich unbedeutendes «Nebengeleise der TBTF Debatte»¹⁷⁷ dar, trotzdem sah sich die Politik motiviert zu einer Normierung im Rahmen von Art. 10a BankG¹⁷⁸. Die erste Expertenkommission sah keine Regelung vor¹⁷⁹.

[Rz 68] Art. 10a Abs. 1 BankG hält *zugunsten des BR* fest: «Wird einer systemrelevanten Bank (...) trotz Umsetzung der besonderen Anforderungen direkt oder indirekt staatliche Beihilfe aus Bundesmitteln gewährt, so ordnet der Bundesrat für die Dauer der beanspruchten Unterstützung gleichzeitig Massnahmen im Bereich der Vergütungen an»¹⁸⁰. In einer solchen Situation muss¹⁸¹ der BR – als Beispiele – die Auszahlung variabler Vergütungen verbieten oder Vergütungssysteme bei der Bank anpassen (Art. 10a Abs. 2 BankG)¹⁸².

c) Konzernrechtliche Aspekte

[Rz 69] Keine Wirtschaftsbranche in der Schweiz ist so *intensiv konzerniert* wie die *Finanzindustrie*. Insbesondere Banken sowie Versicherungen sind in der Wirtschaftsrealität oftmals Teile von

nen (a.a.O. 4760); weitere mögliche, indes nicht abschliessende («insbesondere») *organisatorische Massnahmen* der FINMA: Art. 62 Abs. 2 lit. a – lit. c BankV.

¹⁷² Statt aller: SCHILTKNECHT, *Bankeninsolvenzrecht*, 66 ff.

¹⁷³ Stabilisierungsplan («Recovery-Plan»): Art. 64 Abs. 1 BankV.

¹⁷⁴ Abwicklungsplan («Resolution-Plan»): Art. 64 Abs. 2 BankV.

¹⁷⁵ In Bezug auf Banken: SUSAN EMMENEGGER/REGULA KURZBEIN, *Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken*, GesKR 2010, 465 sowie 472 ff.

¹⁷⁶ Mit dem Rundschreiben 2010/1 Vergütungssysteme (STAUB, *Regulierung*, 80 ff.) wurden die Vergütungsprinzipien des FSB aus dem Jahr 2009 umgesetzt (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4743); für die *aktuelle* Regelung in Art. 10a BankG spielt dieses Rundschreiben m.E. hingegen *keine Rolle*.

¹⁷⁷ KUNZ, *Überlegungen*, Rz. 90.

¹⁷⁸ Hierzu die Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4763 f.

¹⁷⁹ Insofern handelt es sich bei Art. 10a BankG um ein «neues Element» des TBTF-Regimes (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4743 m.w.H.).

¹⁸⁰ Die *staatliche Beihilfe* muss aus *Bundesmitteln* erfolgen, sei es aus dem Bundeshaushalt oder aus öffentlich-rechtlichen oder aus spezialgesetzlichen Einrichtungen (z.B. SNB); es spielt keine Rolle, ob die Staatshilfe *direkt* (Beispiele: Darlehen, Kauf von Pflichtwandelanleihen oder von Aktien) oder *indirekt* (Garantien, Kauf illiquider Aktien der systemrelevanten Bank etc.) erfolgte; hierzu die Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4763 f. m.w.H.; zudem: BAHAR/PEYER, *Kommentar*, N 6 ff. zu Art. 10 BankG.

¹⁸¹ Die bundesrätliche Intervention bei Vergütungen ist *nicht freiwillig*, sondern *zwingend* (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4763).

¹⁸² Die TBTF-Banken sind verpflichtet, in ihren *Vergütungssystemen* entsprechende *vertragliche Vorbehalte* vorzusehen: Art. 10a Abs. 3 BankG.

Finanzkonzernen¹⁸³. Vor diesem Hintergrund kann nicht überraschen, dass alle fünf Banken, die heute als TBTF betrachtet werden¹⁸⁴, zu Bankkonzernen gehören¹⁸⁵. Die bankrechtliche Ordnung bezieht sich denn auch ohne weiteres auf *TBTF-Konzerne*.

[Rz 70] Etwas trivialisiert kann wohl gesagt werden: «je grösser der Konzern, desto TBTF»¹⁸⁶. Die SNB nimmt eine makroprudentielle Aufsicht über entsprechende Stabilitätsrisiken von Grossbanken wahr, und zwar auf einer konsolidierten Basis¹⁸⁷.

[Rz 71] Als *systemrelevante Banken* gelten nicht nur einzelne Finanzinstitute, sondern ebenfalls «Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate» (Art. 7 Abs. 1 BankG)¹⁸⁸, also Bankkonzerne. Zahlreiche bankrechtliche Normen beziehen sich spezifisch auf konzernrechtliche Sachverhalte (z.B. Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG¹⁸⁹ oder Art. 10a Abs. 1 BankG¹⁹⁰)¹⁹¹. Allfällige *Holdingsstrukturen* bei TBTF-Bankgruppen können schliesslich die *Abwicklungsphase* erleichtern¹⁹², wenn auch nicht zwangsläufig¹⁹³.

[Rz 72] Die schweizerischen TBTF-Bankkonzerne sind teilweise *international aktiv*. Da die Gruppengesellschaften selbständige Unternehmen darstellen, kommen auf die Konzernunternehmen *unterschiedliche Rechtsordnungen* zur Anwendung. Es gibt keine konzernrechtliche Gesamtbeurteilung betreffend TBTF von solchen Bankkonzernen. Innerhalb derselben Unternehmensgruppen müssen somit allenfalls *mehrere TBTF-Regimes beachtet* werden¹⁹⁴.

¹⁸³ KUNZ PETER V.: Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz (Bern 2016); zit.: KUNZ, Konzernrecht, N 402 sowie N 446 a.E.

¹⁸⁴ Vgl. dazu vorne II. A. 2. b) aa).

¹⁸⁵ Auf konzernrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit TBTF wurde schon früh hingewiesen: KUNZ, Überlegungen, Rz. 53 ff. sowie Rz. 64 ff./Rz. 67 ff.

¹⁸⁶ KUNZ, Konzernrecht, N 446.

¹⁸⁷ Hinweise: KUNZ, Konzernrecht, N 412.

¹⁸⁸ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4744; es handelt sich um *systemrelevante Bankengruppen*; detailliert: KUNZ, Konzernrecht, N 879 ff. m.w.H.

¹⁸⁹ Die Regelung schreibt vor, dass systemrelevante Banken insbesondere «eine Notfallplanung hinsichtlich (...) konzerninterner Liquiditäts- und Kapitalflüsse» vorsehen müssen; im Notfallplan müssen insbesondere *Konzernverflechtungen* (beispielsweise «konzerninterne Garantien und Finanzierungen» und «Verträge innerhalb der Finanzgruppe») thematisiert bzw. «aufgelöst» werden betreffend *Weiterführung der systemrelevanten Funktionen*: Art. 61 Abs. 1 lit. b BankV; in die gleiche Richtung gehen die erforderlichen Massnahmen zur konzernweiten Verbesserung der *Sanier- und Liquidierbarkeit*: Art. 66 lit. a – lit. c BankV («Entflechtungen zur Begrenzung der Ansteckungsrisiken»).

¹⁹⁰ Die Massnahmen im Bereich der Vergütungen beziehen sich u.a. auf die «Konzernobergesellschaft»; hierzu Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4718.

¹⁹¹ Übersicht: KUNZ, Konzernrecht, N 449 sowie N 879 ff.; die *neuen Kapitalformen* – vgl. dazu hinten II. A. 3. – können ebenfalls von «Konzernobergesellschaften von Finanzgruppen und bankdominierten Finanzkonglomeraten» genutzt werden (selbst für den Fall, dass sie keine Banken sind [Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4769]), sofern sie nur, aber immerhin, als *AG organisiert* sind: Art. 11 Abs. 1 BankG.

¹⁹² Die TBTF-Teile sowie die nicht systemrelevanten Teile können auf verschiedene *Tochtergesellschaften verteilt* werden, was deren Weiterbestand («Bridge Bank») oder deren Untergang («Bad Bank») erleichtern kann: KUNZ, Konzernrecht, N 178 sowie N 449.

¹⁹³ Eine Holdingstruktur als solche ist (noch) nicht ausreichend, insbesondere angesichts konzerninterner Verästelungen mit Beteiligungen und mit Verträgen: KUNZ, Überlegungen, Rz. 74 ff.

¹⁹⁴ Mindestens bei den *beiden Grossbanken* scheint es naheliegend, dass sie *gleichzeitig* die schweizerische TBTF-Ordnung (SNB/FINMA), die britische Regulierung (Bank of England) als auch das amerikanische Regime (US Fed) beachten.

3. Zusätzliches Kapital

a) Generelles

[Rz 73] Beim Dreisäulenkonzept stehen die Prävention¹⁹⁵, und in diesem Zusammenhang die Eigenmittel¹⁹⁶, im Vordergrund des Interesses. Vor diesem Hintergrund überrascht nicht, dass mit der Bankengesetzrevision¹⁹⁷ nebst dem TBTF-Regime i.e.S. (Fünfter Abschnitt: «Systemrelevante Banken»)¹⁹⁸ ein *Sechster Abschnitt: «Zusätzliches Kapital»* (Art. 11 ff. BankG)¹⁹⁹ eingeführt wurde²⁰⁰. Bei den beiden Unterkategorien handelt es sich um das *Vorratskapital* einerseits²⁰¹ sowie um das *Wandlungskapital* andererseits²⁰².

[Rz 74] Das Vorratskapital sowie das Wandlungskapital stellen «primär privatrechtliche Instrumente»²⁰³ zur Eigenkapitalschaffung dar. Diese *neuen Kapitalformen* stehen im Grundsatz *sämtlichen* Banken – und *allen* Obergesellschaften von Bankkonzernen²⁰⁴ – zur Verfügung, sofern sie die Rechtsform der Aktiengesellschaft haben²⁰⁵. Unbesehen dieser Möglichkeit sollen die beiden «Kapitalformen *in erster Linie* den *systemrelevanten* Banken» dienen²⁰⁶. Der Zweck der neuen Formen des Kapitals ist bewusst eingeschränkt²⁰⁷. D.h. es handelt sich um *keine regulären Eigenkapitalfinanzierungen*, die weiterhin möglich sind²⁰⁸.

[Rz 75] Bei den fünf TBTF-Bankkonzernen²⁰⁹ – also der UBS, der Credit Suisse, der ZKB, Raiffeisengruppe sowie der PostFinance – scheiden mehrere systemrelevante Unternehmensgruppen wegen dem *Rechtsformerfordernis* aus. Während die UBS sowie die PostFinance noch keine Kapitalformen gemäss Art. 11 ff. BankG vorsehen, verhält es sich anders bei der Credit Suisse, die beide Varianten (bei unterschiedlichen Konzerngesellschaften) beschlossen hat²¹⁰.

[Rz 76] Für *Sanierungen bei Banken Krisen* können insbesondere *Pflichtwandelanleihen* bzw. «CoCo Bonds»²¹¹ (konkret beim Wandlungskapital: Art. 13 Abs. 1 BankG) auf der einen Seite sowie *An-*

¹⁹⁵ Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) aa).

¹⁹⁶ Vgl. dazu vorne II. A. 2. b) bb).

¹⁹⁷ Vgl. dazu vorne II. A. 1. a).

¹⁹⁸ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

¹⁹⁹ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4768 ff.; Übersicht: ROTH, Stabilität, 288 f.

²⁰⁰ Zur Entstehungsgeschichte: REUTTER/RAUN, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 11 BankG.

²⁰¹ Vgl. dazu hinten II. A. 3. b) aa).

²⁰² Vgl. dazu hinten II. A. 3. b) bb).

²⁰³ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4770.

²⁰⁴ Vgl. dazu vorne II. A. 2. c).

²⁰⁵ Art. 11 Abs. 1 BankG hält fest, dass die Rechtsform «die Schaffung von Aktien oder Partizipationskapital» zulassen muss, d.h. es geht *ausschliesslich um AG*; die Rechtsform ist hingegen *irrelevant* bei *Anleihen mit Forderungsverzicht*, die somit z.B. durch eine Genossenschaftsbank ausgegeben werden können: Art. 11 Abs. 2 BankG; generell: REUTTER/RAUN, Kommentar, N 16 ff. zu Art. 11 BankG.

²⁰⁶ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4769; Hervorhebungen hinzugefügt; ebenso: KUNZ, Konzernrecht, N 448 sowie N 882.

²⁰⁷ Das zusätzliche Kapital darf einzig zur Stärkung der Eigenkapitalbasis sowie zur Verhinderung oder Bewältigung einer Bankkrise geschaffen werden: Art. 11 Abs. 3 BankG.

²⁰⁸ Botschaft re BankG TBTF: «Banken können (...) weiterhin bedingtes und genehmigtes Kapital schaffen. Die Statuten müssen das Verhältnis der verschiedenen Kapitalformen regeln, um Widersprüche und Unklarheiten zu vermeiden» (BBl 2011 4769).

²⁰⁹ Vgl. dazu vorne II. A. 2. b) aa).

²¹⁰ Vgl. dazu hinten II. A. 3. b) aa) sowie bb).

²¹¹ Vgl. dazu vorne I. C. 2. a) bb).

leihen mit Forderungsverzicht auf der anderen Seite²¹² zum Einsatz gelangen. Mit beiden Varianten der Fremdkapitalfinanzierung soll – durch Umwandlung oder durch Verzicht – das Eigenkapital verstärkt werden. Das entsprechende Kapital kann folgerichtig auf die erforderlichen *Eigenmittel* angerechnet werden (Art. 11 Abs. 4 BankG).

b) Neue Eigenkapitalformen

aa) Vorratskapital

[Rz 77] Das *Vorratskapital* (Art. 12 BankG)²¹³ ist legislativ dem genehmigten Aktienkapital nachgebildet. Insofern wird für das Vorratskapital im Wesentlichen auf Art. 651 ff. des Obligationenrechts (OR) *verwiesen*; immerhin passen diese Regelungen nicht in jeder Hinsicht für das Vorratskapital, so dass *Ausnahmen* betreffend Verweisung gemacht werden, nämlich etwa zur zeitlichen und betragsmässigen Beschränkung (Art. 12 Abs. 3 lit. a BankG)²¹⁴ oder zur Möglichkeit der Erhöhung aus Eigenkapital (Art. 12 Abs. 3 lit. c BankG)²¹⁵.

[Rz 78] Eine *Statutenbestimmung* zum Vorratskapital kann – als Beispiel – lauten wie folgt: «Der Verwaltungsrat ist ermächtigt, das Aktienkapital (...) jederzeit ohne zeitliche Beschränkung (...) durch Ausgabe von [Aktien] zu erhöhen. Erhöhungen auf dem Weg der Festübernahme sowie Erhöhungen in Teilbeträgen sind gestattet. (...)»²¹⁶.

[Rz 79] Mit dem Vorratskapital wird einer Bank gestattet, «rasch, einfach und im erforderlichen Umfang eine Kapitalerhöhung durchzuführen». M.a.W. steht ein «flexibles Instrument zur Verfügung, um bei einer sich abzeichnenden oder bereits eingetretenen *signifikanten Verminderung des Kapitals* einen *raschen Wiederanstieg* herbeizuführen»²¹⁷. Die neue Kapitalform wird nicht erst in der Krise, sondern meist früher, sozusagen «auf Vorrat», geschaffen²¹⁸.

[Rz 80] Im Hinblick auf das allenfalls zu schaffende Vorratskapital der Bank gibt die GV dem VR durch eine Statutenänderung eine *Ermächtigung*, das Aktienkapital oder das Partizipationskapital zu erhöhen (Art. 12 Abs. 1 BankG)²¹⁹. Der VR kann nur, aber immerhin, im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 BankG das *Aktionärsbezugsrecht ausschliessen*, allerdings nur aus «wichtigen Grün-

²¹² Von Anleihen mit Forderungsverzicht ist die Rede, wenn deren *Ausgabebedingungen* besagen, «dass die Gläubiger bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses auf Forderungen verzichten»: Art. 11 Abs. 2 BankG.

²¹³ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4771 ff.

²¹⁴ Beim Vorratskapital *können*, doch *müssen* die Höhe oder die Dauer des Vorratskapital nicht beschränkt werden (zum genehmigten Aktienkapital: Art. 651 Abs. 1/Abs. 2 OR); es ist zulässig, solche Beschränkungen erst *nachträglich* einzuführen: «Dabei handelt es sich faktisch um einen Widerruf der Ermächtigung des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung» (Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4772).

²¹⁵ Ziel des Vorratskapitals ist, der sanierungsbedürftigen Bank *neue Mittel zuzuführen*, so dass eine Liberierung aus Eigenkapital (also sozusagen «gratis») systemwidrig und insbesondere «nicht zielführend» wäre: Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4773.

²¹⁶ Art. 4e der Statuten der *Credit Suisse AG*, bei der es sich um eine *abhängige* Gesellschaft des Credit Suisse Konzerns handelt.

²¹⁷ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4771; Hervorhebungen hinzugefügt.

²¹⁸ Erforderlich ist beim Vorratskapital ein GV-Beschluss, notabene als «*wichtiger Beschluss*» mit einer *qualifizierten Mehrheit*: Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 a.E. OR.

²¹⁹ Der *Nennbetrag* des Vorratskapitals ist in den *Statuten* anzugeben: Art. 12 Abs. 1 Satz 2 BankG; zum Prozedere: REUTTER/RAUN, Kommentar, N 6 ff. zu Art. 12 BankG.

den»²²⁰. Die neuen Aktien oder PS werden zu Marktbedingungen ausgegeben, wobei ein *Abschlag ausnahmsweise* zulässig erscheint (Art. 12 Abs. 2 BankG)²²¹.

bb) Wandlungskapital

[Rz 81] Während sich die Ordnung zum Vorratskapital²²² an die aktienrechtliche Regelung des genehmigten Kapitals anlehnt, handelt es sich beim *Wandlungskapital* (Art. 13 BankG i.V.m. Art. 126 ff. ERV)²²³ um eine eigentliche «neue Rechtsschöpfung»²²⁴. Bei dieser Kapitalform ist die Kapitalerhöhung insofern *bedingt*, als die *automatische Wandlung* von Fremdkapital in Eigenkapital nur, aber immerhin, «bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses» erfolgt²²⁵. Es braucht hingegen *keine Willensäußerung* durch Gläubiger²²⁶.

[Rz 82] Aus diesem Grund kommen die aktienrechtlichen Normen zur *bedingten Kapitalerhöhung* (Art. 653 ff. OR) prinzipiell *nicht* zu Anwendung, immerhin vorbehaltlich der drei Ausnahmen gemäss Art. 13 Abs. 8 BankG. Grundlage des Wandlungskapitals stellt ein «potentiell *eigenkapitalersetzendes Fremdkapital*» dar²²⁷. Die GV kann eine bedingte Kapitalerhöhung im Sinne des Wandlungskapitals beschliessen, «indem sie in den Statuten festlegt, dass sich die Forderungsrechte aus Pflichtwandelanleihen beim Eintritt des auslösenden Ereignisses in Aktien oder Partizipationsscheine wandeln» (Art. 13 Abs. 1 BankG)²²⁸.

[Rz 83] Eine *Statutenbestimmung* zum *Wandlungskapital* kann lauten wie folgt: «Das Aktienkapital der Gesellschaft (...) wird (...) erhöht durch Ausgabe von (...) zu liberierenden [Aktien] (...) durch die nach Eintritt des auslösenden Ereignisses erfolgende zwangsweise Wandlung von Forderungsrechten aus bedingten Pflichtwandelanleihen (contingent convertible bonds, CoCos) (...) oder anderen Finanzmarktinstrumenten (...), die eine bedingte oder unbedingte zwangsweise Wandlung in Aktien der Gesellschaft vorsehen»²²⁹.

²²⁰ Botschaft re BankG TBTF: «Grundsätzlich ist der Bezugsrechtsausschluss nur zulässig, wenn er durch ein qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt und zur Erreichung des Zieles erforderlich ist, der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre beachtet wird und er dem Prinzip der schonenden Rechtsausübung genügt» (BBl 2011 4773); eine *rasche und reibungslose Platzierung* der neuen Beteiligungspapiere kann als Beispiel erwähnt werden, wodurch ersichtlich wird, dass beim Vorratskapital das *Gesellschaftsinteresse vorgeht* gegenüber den Aktionärsinteressen (a.a.O.).

²²¹ Hinweise: REUTTER/RAUN, Kommentar, N 14 ff. zu Art. 12 BankG.

²²² Vgl. dazu vorne II. A. 3. b) aa).

²²³ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4774 ff.

²²⁴ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4768; die Aktienrechtsordnung zum *bedingten Kapital* gemäss Art. 653 ff. OR *passt nicht* (a.a.O.); statt aller: REUTTER/RAUN, Kommentar, N 7 ff. zu Art. 13 BankG.

²²⁵ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4770.

²²⁶ Beim bedingten Aktienkapital gemäss Art. 653 ff. OR bedarf es z.B. einer Willenserklärung betreffend *Optionsrecht* oder *Wandlungsrecht*.

²²⁷ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4774; Hervorhebung hinzugefügt; konkret geht es um *Forderungsrechte aus Pflichtwandelanleihen*: Art. 13 Abs. 1 BankG; zur Ausgabe solcher Obligationen ist der VR ermächtigt: Art. 13 Abs. 3 BankG; die Aktionäre (und die Partizipanten) haben – vergleichbar mit Art. 653c OR – ein *spezifisches Vorwegzeichnungsrecht*, das ausgeschlossen werden kann: Art. 13 Abs. 4 BankG.

²²⁸ Der *Nennbetrag* des Wandlungskapitals *kann*, muss aber nicht in den *Statuten* festgelegt werden: Art. 13 Abs. 2 BankG; der VR muss das «auslösende Ereignis» öffentlich beurkunden lassen: Art. 13 Abs. 5 BankG; die Schaffung von Wandlungskapital soll möglichst *nicht verhindert* werden können, was insbesondere aus Art. 13 Abs. 6 Satz 2 BankG ersichtlich ist: «Die Registersperre ist ausgeschlossen»; mit diesem *Beschluss des VR* wird das Aktienkapital *automatisch erhöht*, und die «gewandelten» Forderungsrechte aus den Pflichtwandelanleihen erlöschen: Art. 13 Abs. 7 BankG.

²²⁹ Art. 26c Ziff. 1 der Statuten der *Credit Suisse Group AG*, bei der es sich um die *herrschende* Gesellschaft des Credit Suisse Konzerns handelt; die CoCos werden von dieser Gesellschaft «oder einer ihrer Konzerngesellschaften» aus-

B. Finanzmarktinfrastrukturrecht

1. Revisionsgeschichte

[Rz 84] Die *finanzmarktrechtliche Regulierungsarchitektur* basierte während Jahrzehnten auf einem Vertikal-Modell, das nunmehr seit Kurzem in ein *Horizontal-Modell* umgewandelt wird bzw. werden soll²³⁰; m.E. dürften mit diesem Paradigmenwechsel zahlreiche Probleme verbunden sein²³¹. Nebst dem FINMAG²³² sollen drei weitere *Querschnittserlasse* verabschiedet werden, nämlich das FinfraG sowie das FIDLEG und das FINIG²³³ («Kleeblatt-Revision»).

[Rz 85] Das *FinfraG* trat am 1. Januar 2016 in Kraft²³⁴. TBTF bleibt in diesem Bereich zwar für die Nichtspezialisten etwas «unter dem Radar», erweist sich tatsächlich aber als zentral²³⁵. Mit dem Finanzmarktinfrastrukturrecht werden auf neuer Grundlage nunmehr sog. *systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen* reguliert²³⁶. Bereits vor dem FinfraG bestand eine makroprudentielle Aufsicht, notabene mit der SNB als zuständige Behörde²³⁷.

2. Systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen

a) Generelles

[Rz 86] Die *Finanzmarktinfrastrukturen* werden nunmehr einheitlich reguliert. Aus der Legaldefinition ergibt sich, dass z.B. Börsen sowie multilaterale Handelssysteme als Finanzmarktinfrastrukturen betrachtet werden (Art. 2 lit. a Ziff. 1/Ziff. 2 FinfraG). Nebst dem FINMAG²³⁸ und dem FinfraG sollen zwei weitere Querschnittserlasse verabschiedet werden, nämlich das FIDLEG sowie das FINIG²³⁹ («Kleeblatt-Revision»).

[Rz 87] Die *zentralen Gegenparteien*, die *Zentralverwahrer* sowie die *Zahlungssysteme* sind nicht eo ipso TBTF, sondern müssen sich zusätzlich als systemrelevant gemäss Art. 22 FinfraG erweisen. Die systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen werden durch die SNB festgestellt²⁴⁰.

gegeben (a.a.O.); Art. 4d der Statuten der *Credit Suisse AG* regelt ebenfalls ein «Unbeschränktes Wandlungskapital» (u.a. wird in dieser Statutenbestimmung explizit festgehalten: «Die Ausgabe neuer Namenaktien ist betragsmässig nicht beschränkt»).

²³⁰ Hierzu: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 115 ff. und v.a. N 118 f.

²³¹ PETER V. KUNZ, Braucht es eine neue Architektur des Finanzmarktrechts für die Schweiz?, Die Volkswirtschaft Nr. 7–8/2014, 18 ff.; DERS., Sinn und Unsinn der «Kleeblattreform», NZZ Nr. 211 (2014) 21.

²³² Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) vom 22. Juni 2007: SR 956.1.

²³³ FIDLEG: Finanzdienstleistungsgesetz; FINIG: Finanzinstitutsgesetz; die bundesrätliche Botschaft dazu stammt vom 4. November 2015: BBl 2015 8901 ff.

²³⁴ Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014: BBl 2014 7483 ff.

²³⁵ Statt aller: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 327 m.w.H.

²³⁶ Dies geschieht v.a. durch Art. 22 ff. FinfraG i.V.m. Art. 20 f. FinfraV (SR 958.11); hierzu die Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7524 ff.

²³⁷ Hinweise zur *Regulierungshistorie* in der Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7524 f.

²³⁸ Detailliert: Kuhn Hans: Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG (Zürich 2017); zit.: Kuhn, Kommentar, N [...] zu Art. [...] FinfraG, N 14 ff. m.w.H. zu Art. 22 FinfraG.

²³⁹ Art. 22 Abs. 1 a.A. FinfraG i.V.m. Art. 2 lit. a Ziff. 3, Ziff. 4 und Ziff. 6 FinfraG; aus diesem Grund scheiden m.E. die *Börsen* als systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen aus; der gesetzgeberische Wille scheint eindeutig: «Börsen und andere Handelsplätze fallen nicht in Betracht, da sie regelmässig kein Gegenparteirisiko tragen und ihre Dienstleistungen substituierbar sind» (Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7524); gl.M.: Kuhn, Kommentar, N 2 sowie N 5 zu Art. 22 FinfraG (rechtspolitisch mit Kritik am Ausschluss der Börsen: a.a.O. N 6).

²⁴⁰ Dies erfolgt durch eine Verfügung der SNB, notabene – zumindest im Regelfall – nach Anhörung der FINMA: Art. 19 Abs. 1/Abs. 3 NBV (SR 951.131).

Wenn eine *Systemrelevanz* (Tatbestand) gegeben ist²⁴¹, müssen *besondere Anforderungen* (Rechtsfolge)²⁴² erfüllt werden²⁴³. Das TBTF-Regime des Finanzmarktinfratrechts nimmt sich im Wesentlichen die bankrechtliche Ordnung²⁴⁴ zum legislativen Vorbild. Nichtsdestotrotz stellt m.E. das BankG *keine Subsidiärordnung* dar²⁴⁵.

b) Ausgewählte Aspekte

aa) Systemrelevanz

[Rz 88] Ähnlich wie bei den TBTF-Banken²⁴⁶ wird die Systemrelevanz bei den TBTF-Infrastrukturen verstanden. Beispielsweise sind die drei im Fokus stehenden Kategorien²⁴⁷ von Finanzmarktinfrastrukturen *systemisch bedeutsam* (Art. 22 FinfraG i.V.m. Art. 20 der Nationalbankverordnung; NBV)²⁴⁸, wenn – etwas trivialisiert – ihr Ausfall zu schwerwiegenden Grundproblemen im Finanzbereich führen²⁴⁹ oder dadurch sozusagen ein «Flächenbrand» resultieren könnte²⁵⁰.

[Rz 89] Im heutigen Zeitpunkt sind *drei* schweizerische Finanzmarktinfrastrukturen als systemisch bedeutsam anerkannt: Swiss Interbank Clearing bzw. SIC (Zahlungsstelle), SIX SIS mit dem Effektenabwicklungssystem SECOM (zentrale Verwahrungsstelle) sowie SIX x-clear (zentrale Gegenpartei). Die *PostFinance*, die als systemrelevante Bank gilt²⁵¹, gehört nicht dazu, was in der Doktrin als «wenig kohärente Haltung» kritisiert wird²⁵².

[Rz 90] Nicht allein Finanzmarktinfrastrukturen können TBTF sein, sondern ebenfalls *Geschäftsprozesse* der entsprechenden Infrastrukturen²⁵³. Ein Geschäftsprozess ist systemisch bedeutsam, wenn «a. seine Nichtverfügbarkeit zu schwerwiegenden Verlusten, Liquiditätsengpässen oder operationellen Problemen (...) führen oder schwerwiegende Störungen an den Finanzmärkten zur Folge haben kann; und b. die Teilnehmer den Geschäftsprozess kurzfristig nicht substituieren können» (Art. 22 Abs. 2 FinfraG).

²⁴¹ Vgl. dazu hinten II. B. 2. b) aa).

²⁴² Vgl. dazu hinten II. B. 2. b) bb).

²⁴³ Die systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen müssen nebst den besonderen Anforderungen *zusätzlich* die *regulären Bewilligungsvoraussetzungen* erfüllen: Art. 6 FinfraG i.V.m. Art. 4 f. FinfraG; ausserdem: KUHN, Kommentar, N 1 zu Art. 22 FinfraG sowie N 8 f. zu Art. 23 FinfraG.

²⁴⁴ Vgl. dazu vorne II. A. 2. a) und b).

²⁴⁵ Dies zeigt sich etwa bei der *Vergütungsthematik*: Vgl. dazu hinten II. B. 2. b) cc).

²⁴⁶ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

²⁴⁷ Vgl. dazu vorne II. B. 2. a).

²⁴⁸ Die Rechtslage entspricht im Grossen und Ganzen der *früheren nationalbankrechtlichen* Ordnung (Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7525); allg.: KUHN, Kommentar, N 27 ff. zu Art. 22 FinfraG.

²⁴⁹ Art. 22 Abs. 1 *lit. a* FinfraG: *Finanzmarktinfrastrukturen* sind *systemisch bedeutsam*, wenn «ihre Nichtverfügbarkeit, namentlich aufgrund technischer oder operationeller Probleme oder finanzieller Schwierigkeiten, zu schwerwiegenden Verlusten, Liquiditätsengpässen oder operationellen Problemen bei Finanzintermediären oder anderen Finanzmarktinfrastrukturen führen oder schwerwiegende Störungen an den Finanzmärkten zur Folge haben kann».

²⁵⁰ Art. 22 Abs. 1 *lit. b* FinfraG: *Finanzmarktinfrastrukturen* sind *systemisch bedeutsam*, wenn «Zahlungs- oder Liefer-schwierigkeiten einzelner Teilnehmer über sie auf andere Teilnehmer oder verbundene Finanzmarktinfrastrukturen übertragen werden können und bei diesen zu schwerwiegenden Verlusten, Liquiditätsengpässen oder operationellen Problemen führen oder schwerwiegende Störungen an den Finanzmärkten zur Folge haben können».

²⁵¹ Vgl. dazu vorne II. A. 2. b) aa).

²⁵² KUHN, Kommentar, N 25 a.E. zu Art. 22 FinfraG.

²⁵³ Abrechnung und Abwicklung von Grossbetragszahlungen oder von Devisengeschäften etc.; im Detail: KUHN, Kommentar, N44 zu Art. 22 FinfraG.

bb) Besondere Anforderungen

[Rz 91] Wenn die zentralen Gegenparteien, die Zentralverwahrer oder die Zahlungssysteme als systemisch bedeutsam bzw. als systemrelevant qualifiziert werden²⁵⁴, müssen sie *besondere Anforderungen* erfüllen (Art. 6 FinfraG i.V.m. Art. 23 FinfraG)²⁵⁵; ähnlich verhält es sich bei den systemrelevanten Banken²⁵⁶. Mit den besonderen Anforderungen soll in erster Linie die *Stabilität des Finanzsystems* sichergestellt werden (Art. 23 Abs. 1 FinfraG)²⁵⁷.

[Rz 92] Die Zielsetzungen des neuen TBTF-Regimes betreffend Finanzmarktinfrastrukturen sind indes umfassender (und damit ähnlich wie bei den systemrelevanten Banken). Die Botschaft des BR hält in diesem Zusammenhang extensiv fest, die besonderen Anforderungen «bezwecken, die von systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen ausgehenden Risiken für die Stabilität des Finanzsystems zu vermindern, die Fortführung systemisch bedeutsamer Geschäftsprozesse zu gewährleisten und staatliche Interventionen zu vermeiden»²⁵⁸.

[Rz 93] Diese Anforderungen betreffen *materiell* – als Beispiele – die verwendeten Zahlungsmittel, das Risikomanagement oder die informationstechnischen Systeme (Art. 23 Abs. 2 Satz 2 FinfraG)²⁵⁹. Bei der *Rechtssetzung* sind in jedem Fall die *internationalen Standards* zu beachten (Art. 23 Abs. 2 Satz 2 FinfraG)²⁶⁰. Die rechtssetzende Behörde bzw. der Regulator in diesem Bereich ist nicht die FINMA, sondern die SNB (Art. 23 Abs. 3 FinfraG)²⁶¹.

cc) Einzelfragen

[Rz 94] Bei den systemrelevanten Banken ist die Notfallplanung ein integraler Teil der besonderen Anforderungen (Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG)²⁶². Bei den systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen werden die *besonderen Anforderungen* (Art. 23 FinfraG) sowie die *Planungen* (Art. 24 FinfraG) unabhängig voneinander geregelt, wobei dies im Ergebnis keine Rolle spielt. Materiell sehen Art. 24 FinfraG i.V.m. Art. 20 f. FinfraV eine *Notfallplanung* vor²⁶³, notabene durch Stabilisierungspläne und durch Abwicklungspläne.

[Rz 95] Die *TBTF-Finanzmarktinfrastruktur* erstellt einen *Stabilisierungsplan*, in dem sie festlegt, «mit welchen Massnahmen sie sich im Fall einer Krise nachhaltig so stabilisieren will, dass sie

²⁵⁴ Vgl. dazu vorne II. B. 2. b) aa).

²⁵⁵ Insofern handelt es sich um die Rechtsfolge: KUHN, Kommentar, N 1 zu Art. 23 FinfraG.

²⁵⁶ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

²⁵⁷ U.U. können *ausländische* systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen von den *besonderen Anforderungen* befreit werden, und zwar durch die SNB (nach Anhörung der FINMA): Art. 23 Abs. 4 FinfraG; dies ist der Fall bei *drei Infrastrukturen*: bei Continuous Linked Settlement (CLS), bei LCH.Clearnet Ltd. sowie bei Eurex Clearing AG; allg.: KUHN, Kommentar, N 48 ff. zu Art. 23 FinfraG; Basis ist i.d.R. ein sog. *Memorandum of Understanding* (Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7527).

²⁵⁸ Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7525; die «eigenständige Fortführung der Geschäftstätigkeit, namentlich die ununterbrochene Fortführung der systemisch bedeutsamen Geschäftsprozesse», wird durch den Stabilisierungsplan angestrebt (a.a.O. 7527).

²⁵⁹ Die Details werden von der SNB auf Verordnungsstufe geregelt: Art. 21a ff. NBV.

²⁶⁰ Im Vordergrund stehen die sog. *Principles for financial market infrastructures*: KUHN, Kommentar, N 17 f. zu Art. 23 FinfraG.

²⁶¹ Es gibt *keine «FinfraV-SNB»* o.Ä., sondern die Regulierung erfolgt in der Nationalbankverordnung: Art. 1 lit. c NBV i.V.m. Art. 18 ff. NBV; generell: KUHN, Kommentar, N 13 ff. zu Art. 23 FinfraG.

²⁶² Vgl. dazu vorne II. A. 2. b) cc).

²⁶³ Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7527 («analog den Bestimmungen für systemrelevante Banken»); zum Einfluss des TBTF-Regimes: KUHN, Kommentar, N 4 ff. sowie N 12 zu Art. 24 FinfraG.

ihre systemisch bedeutsamen Geschäftsprozesse fortführen kann» (Art. 24 Abs. 1 FinfraG)²⁶⁴. Die FINMA erstellt einen *Abwicklungsplan*, in dem die Behörde festlegt, «wie eine von ihr angeordnete Sanierung oder Liquidation der systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastruktur durchgeführt werden kann» (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 FinfraG)²⁶⁵.

[Rz 96] M.E. mindestens *zweifelhaft* – und allenfalls sogar *gesetzeswidrig* – ist die «Auslandsverweisung» auf Verordnungsstufe: «Der Stabilisierungsplan und der Abwicklungsplan haben die Vorgaben ausländischer Aufsichtsbehörden und Zentralbanken über die Stabilisierung, Sanierung und Liquidation zu berücksichtigen» (Art. 20 Abs. 1 FinfraV). Während für den Bereich der *Rechtssetzung* im Rahmen von Art. 23 Abs. 2 FinfraG zwar internationale Standards erwähnt werden²⁶⁶, trifft dies für die *Rechtsanwendung* eben gerade *nicht* zu²⁶⁷.

[Rz 97] Obwohl die TBTF-Regimes im Bankenbereich und im Bereich der Finanzmarktinfrastrukturen in *weiten Teilen ähnlich* sind, besteht *keine Identität*. Das Bankrecht stellt keine Subsidiärordnung zum Finanzmarktinfrastrukturrecht dar²⁶⁸. Insbesondere fehlt im FinfraG eine *Vergütungsregelung* (vergleichbar mit Art. 10a BankG)²⁶⁹. M.E. handelt es sich hierbei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers²⁷⁰, so dass bei systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen Art. 10a BankG *nicht analog* angewendet werden darf.

C. Eingriffsmechanismen

1. Schwerwiegende Staatsinterventionen

[Rz 98] Das schweizerische TBTF-Regime²⁷¹ beachtet das *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 BV) und kann somit kaum grundsätzlich in Frage gestellt werden. In anderen Ländern gab es in früheren Jahren wesentlich restriktivere Bankregulierungen, etwa das sog. *Trennbankensystem* in

²⁶⁴ Die Finanzmarktinfrastruktur ist *prozedural aktiv*, indem sie beispielsweise einerseits den Stabilisierungsplan der FINMA vorlegt sowie andererseits die Informationen gibt, die zur Erstellung des Abwicklungsplans notwendig erscheinen: Art. 24 Abs. 3 FinfraG (dafür hat sie Zeit bis zum Ende des zweiten Quartals jeden Jahres: Art. 20 Abs. 4 FinfraV); die Stabilisierungspläne werden vom Exekutivorgan (z.B. VR) beschlossen: Art. 20 Abs. 2 FinfraV; eine *Auswahl möglicher Massnahmen* findet sich in Art. 21 FinfraV; generell: KUHN, Kommentar, N 11 ff. zu Art. 24 FinfraG.

²⁶⁵ Die FINMA hört die SNB an hinsichtlich dem Abwicklungsplan: Art. 24 Abs. 2 Satz 2 FinfraG; die Massnahmen des Abwicklungsplans werden durch die Finanzmarktinfrastruktur «*vorbereitend*» umgesetzt: Art. 24 Abs. 4 FinfraG; die Finanzmarktinfrastrukturen sind insofern *proaktiv* (Botschaft zum FinfraG: BBl 2014 7528); allg.: KUHN, Kommentar, N 19 ff. zu Art. 24 FinfraG.

²⁶⁶ Vgl. dazu vorne II. B. 2. b) bb).

²⁶⁷ Die *konkreten Pläne* gemäss Art. 20 Abs. 2 FinfraV betreffen die *Rechtsanwendung*.

²⁶⁸ Vgl. dazu vorne II. B. 2. a).

²⁶⁹ Vgl. dazu vorne II. A. 2. b) dd).

²⁷⁰ Dies ergibt sich aus einem Votum von BR WIDMER-SCHLUMPF: «Finanzmarktinfrastrukturen haben in der Regel *keinen direkten Kontakt* zu Endanlegerinnen und -anlegern, dies im Gegensatz zu Banken und Effektenhändlern. Die Problematik, dass die Ausgestaltung des Vergütungssystems zu *Interessenkonflikten* bei den Mitarbeitenden führen kann, spielt hier nur *sehr untergeordnet, wenn überhaupt*, eine Rolle. Vor diesem Hintergrund ist es nicht angebracht, gerade ins Finanzmarktinfrastrukturgesetz eine ausdrückliche Bestimmung zur *Ausgestaltung des Vergütungssystems* aufzunehmen» (AB 2015 N 483; Hervorhebungen hinzugefügt); ein entsprechender Minderheitsantrag zur Anpassung wurde abgelehnt.

²⁷¹ Vgl. dazu vorne II. A. 2. und 3.

den USA, das im Jahr 1933 eingeführt («Glass Steagall Act») sowie im Jahr 1999 wieder aufgehoben («Gramm Leach Bliley Act») wurde²⁷².

[Rz 99] Nach der Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008²⁷³ wurden *mögliche Staatseingriffe gegen TBTF* diskutiert, nicht zuletzt in der Schweiz²⁷⁴. Zur Debatte standen z.B. Trennbankensysteme, Grössenbeschränkungen oder Aufspaltungen von Grossbanken, direkte Einschränkungen der Geschäftsmodelle (Verbote von Eigengeschäften etc.) sowie Stabilitätsfonds.

[Rz 100] Der BR lehnte bereits im Jahr 2011 solche interventionistischen Alternativen ab, die er als «unverhältnismässig» sowie als «nicht zielführend» qualifizierte²⁷⁵. Eine Expertengruppe sprach sich, bei ihrer Evaluation im Jahr 2014²⁷⁶, ebenfalls gegen «striktere Vorgaben wie Trennbankensysteme, Verbote von gewissen Geschäften oder Grössenbeschränkungen» aus²⁷⁷; diese Einschätzung teilte der BR im Jahr 2015²⁷⁸.

[Rz 101] *Schwerwiegende* Eingriffe, wie beispielsweise Aufspaltungen oder Grössenbeschränkungen, wären – allein gestützt auf ein Gesetz – bundesverfassungswidrig²⁷⁹, so dass eine *Revision der BV* notwendig wäre²⁸⁰. M.E. dürfen solche Interventionsmechanismen jedoch nicht a priori ausgeschlossen werden²⁸¹, insbesondere im Zusammenhang mit TBTBR-Risiken²⁸² sowie für die aktuelle Situation, in der die Abwicklungsphase unbefriedigend ausgestaltet ist.

2. Spezialgesetz TBTF?

[Rz 102] M.E. hat die Schweiz im Hinblick auf die nationale «Lösung von TBTF» eine *wenig kreative Legislativvariante* gewählt, indem das Bankrecht auf der einen Seite²⁸³ sowie das Finanzmarktinfrastrukturrecht auf der anderen Seite²⁸⁴ revidiert bzw. entsprechend ausgestaltet wurden. Angesichts der enormen Bedeutung von TBTF sowie der Gefährlichkeit von TBTBR²⁸⁵ wäre m.E. ein sog. *TBTF Gesetz* als *Lex specialis*²⁸⁶ angemessen(er) gewesen²⁸⁷; trotz behördlichem Interesse tendieren dessen politische Chancen gegen Null²⁸⁸.

²⁷² Hierzu: KUNZ, Überlegungen, Rz. 28 FN 77 sowie Rz. 83; in den USA stand schon bald die «Volcker Rule» – vgl. dazu hinten III. B. 2. a) – im Vordergrund des Interesses: Schlussbericht Anhang 4, 32 f./83.

²⁷³ Vgl. dazu vorne I. B.

²⁷⁴ Übersicht: KUNZ, Überlegungen, Rz. 83 ff. m.w.H.; MENOUD, Supervision, N 1151 ff.

²⁷⁵ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4734.

²⁷⁶ Vgl. dazu vorne II. A. 1. b).

²⁷⁷ Schlussbericht Expertengruppe, 43/62.

²⁷⁸ Bericht BR re TBTF 2015: BBl 2015 1936 f.

²⁷⁹ PAUL RICHLI, Die Banken als Knacknuss für die Wirtschaftsverfassung, NZZ Nr. 98 (2010) 23.

²⁸⁰ Angesichts der heute *fehlenden Bundesverfassungsgerichtsbarkeit* (Art. 190 BV) könnte eine entsprechende Verfassungswidrigkeit rechtlich nicht gerügt werden.

²⁸¹ KUNZ, Überlegungen, Rz. 87.

²⁸² Vgl. dazu vorne I. C. 1.

²⁸³ Vgl. dazu vorne II. A.

²⁸⁴ Vgl. dazu vorne II. B.

²⁸⁵ Vgl. dazu vorne I. C. 1.

²⁸⁶ Detaillierte Vorschläge: KUNZ, Überlegungen, Rz. 104a ff. m.w.H.

²⁸⁷ Ein TBTF Gesetz könnte als *Rahmengesetz* ausgestaltet werden: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 332; *Verordnungskompetenzen* würden der BR einerseits und eine neue TBTF Aufsichtsbehörde andererseits erhalten: DERS., Überlegungen, Rz. 104b.

²⁸⁸ Das Konzept zusammenfassend: PETER V. KUNZ, Fallschirm und Absturz für die Grossbanken – Essay über eine konkrete Lösung des «Too Big to Fail»-Problems, HZ Nr. 21 (2010) 12.

[Rz 103] Mit einem solchen TBTF Gesetz würde eine *virtuelle Auslagerung von TBTF Teilen* vorgenommen²⁸⁹, wobei nicht öffentlich wäre, welche konkreten Unternehmungen überhaupt als TBTF erachtet werden (oder eben nicht)²⁹⁰. Ein TBTF Gesetz wäre auf sämtliche Finanzintermediäre anwendbar, also insbesondere ebenfalls auf Privatversicherungen²⁹¹. Bereits *bestehende Regulierungen* in der Schweiz hätten Vorbildcharakter²⁹² für ein TBTF Gesetz, das somit weit weniger abenteuerlich wäre, als wohl auf den ersten Blick vermutet.

[Rz 104] Bei TBTF kann die Selbstregulierung keine Rolle spielen, d.h. *hoheitliche Interventionen* sind unerlässlich. Eine *spezifische TBTF Aufsichtsbehörde*, bestehend aus SNB und FINMA, wäre verantwortlich²⁹³; entsprechende Kooperationen gibt es seit langer Zeit²⁹⁴. Diese neue Behörde würde den *TBTF Status* der Unternehmen anordnen, was mit «rollenden» Vorbereitungen einer virtuellen Auslagerung verbunden wäre. Sollte schliesslich der BR als «ultima ratio» einen *TBTF Aktionsbeschluss* («Kriegserklärung») treffen²⁹⁵, hätte dies weitreichende und automatische Rechtsfolgen für die TBTF-Unternehmen²⁹⁶.

III. Internationale Umsetzung(en)

A. Übersicht

[Rz 105] Die Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008²⁹⁷ führte nicht allein in der Schweiz, sondern global zu finanzpolitischen sowie zu finanzdiplomatischen Entwicklungen: «Strategien zur Begrenzung der vom TBTF ausgehenden Risiken werden auf *internationaler Ebene* intensiv diskutiert»²⁹⁸. Involviert waren (und sind weiterhin) internationale Organisationen²⁹⁹ sowie Einzelstaaten³⁰⁰. Die globalen Entwicklungen sind heute (noch) *nicht abgeschlossen*, so dass nur arbiträre und ausgewählte Hinweise³⁰¹ möglich sind.

²⁸⁹ Es entstünde eine *virtuelle Parallelgesellschaft* mit den *TBTF-Teilen*, die sozusagen durch «Knopfdruck» (sc. Beschluss des BR: KUNZ, Überlegungen, Rz. 126 ff.) zu einer realen Gesellschaft würde.

²⁹⁰ M.a.W. bestünde ein nicht öffentlich zugängliches *TBTF Geheimregister*: KUNZ, Überlegungen, Rz. 118 f.

²⁹¹ KUNZ, Überlegungen, Rz. 111 f.

²⁹² Das Fusionsgesetz (FusG: SR 221.301) sowie der Bundesratsbeschluss betreffend vorsorgliche Schutzmassnahmen für juristische Personen etc. (BVM: SR 531.54) können als Beispiele erwähnt werden; hierzu: KUNZ, Überlegungen, Rz. 97 ff.

²⁹³ Zur TBTF Aufsichtsbehörde: KUNZ, Überlegungen, Rz. 113 ff.

²⁹⁴ Generell: KAUFMANN, Rollen, *passim*.

²⁹⁵ Hierzu: KUNZ, Überlegungen, Rz. 126 ff. m.w.H.

²⁹⁶ Es würde eine *Zweiteilung* erfolgen: Während die TBTF-Teile (in der virtuellen Parallelgesellschaft) gerettet würden, weil nunmehr eine reale Gesellschaft bestünde, würde die Restgesellschaft und damit die Nicht-TBTF Teile in Konkurs gehen; detailliert: KUNZ, Überlegungen, Rz. 128 f.

²⁹⁷ Vgl. dazu vorne I. B.

²⁹⁸ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4741; Hervorhebung hinzugefügt; eine *internationale Kooperation der Schweiz* scheint unerlässlich: SCHILTKNECHT, Bankeninsolvenzrecht, 85 f.

²⁹⁹ Vgl. dazu hinten III. B. 1.

³⁰⁰ Vgl. dazu hinten III. B. 2.

³⁰¹ Detailliert die Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4741 ff.; Schlussbericht Anhang 4, 10 ff./83; ausserdem: ROTH, Stabilität, 292 f.; KUNZ, Überlegungen, Rz. 23 ff.

[Rz 106] Verschiedene internationale Organisationen veröffentlichen *Listen über Banken*, die nach ihrer Einschätzung systemrelevant sind. Die beiden schweizerischen Grossbanken – also die *UBS* sowie die *Credit Suisse* – werden auf sämtlichen TBTF-Listen erwähnt³⁰².

[Rz 107] Die internationalen TBTF-Regelungen unterscheiden sich teils erheblich von der schweizerischen Ordnung. Dies trifft beispielsweise in Bezug auf *Privatversicherungskonzerne* zu, die nicht auf nationaler Stufe³⁰³, hingegen international als systemrelevant anerkannt werden³⁰⁴; im Jahr 2013 hat der FSB *neun Erstversicherungskonzerne* als TBTF qualifiziert (z.B. AIG, Prudential Financial, Allianz, Generali, MetLife, Ping An sowie AXA)³⁰⁵.

[Rz 108] Konzeptionell unterschieden³⁰⁶ werden die *national bedeutsamen* Finanzinstitute (SIFIs bzw. «Systematically Important Financial Institutions») auf der einen Seite sowie die *international relevanten* Finanzkonzerne (G-SIFIs bzw. «Global Systematically Important Financial Institutions») auf der anderen Seite. Insbesondere bei G-SIFIs erscheinen *globale Kooperationen unerlässlich*, d.h. nationale Abschottungen betreffend TBTF müssen verhindert werden³⁰⁷. SNB und FINMA sind deshalb bewusst international involviert³⁰⁸.

B. Ausgewählte Hinweise

1. Internationale Organisationen

[Rz 109] Verschiedene *internationale Organisationen* spielten (und spielen) mehr oder weniger zentrale Rollen im Zusammenhang mit TBTF³⁰⁹; es geht hier indes nicht darum, eine detaillierte Übersicht zu vermitteln, sondern bloss arbiträre Hinweise zu machen. Bedeutsam sind in erster Linie die «Group of 20» (G-20), das «Basel Committee on Banking Supervision» bzw. «Basler Ausschuss» (BCBS) sowie der «Financial Stability Board» (FSB)³¹⁰.

[Rz 110] Die *G-20* besteht seit dem Jahr 1999 und stellt ein informelles Forum führender Industriestaaten sowie aufstrebender Wirtschaftsnationen («Emerging Market Economies») dar³¹¹; die Schweiz ist kein Mitglied der G-20. Die Aktivitäten der G-20 werden – nicht zuletzt im Hinblick

³⁰² Dies gilt insbesondere für die als massgeblich anerkannte sog. *Liste von «G-SIBs»* («Global Systematically Important Banks») des FSB, die jedes Jahr publiziert wird; die Liste des FSB umfasste z.B. im Jahr 2013 total 29 Banken (NZZ Nr. 263 [2013] 26 [«CS und UBS weiterhin im Klub»]) und nunmehr mit der Liste vom 3. November 2015 total 30 Banken.

³⁰³ Vgl. dazu vorne I. C. 3. a).

³⁰⁴ Nachweise: Schlussbericht Anhang 5, 19 f./47; ausserdem: KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 330.

³⁰⁵ NZZ Nr. 165 (2013) 21 («Neun Direktversicherer gelten als global systemrelevant»); *keine schweizerische* Versicherungsgruppe gehört dazu.

³⁰⁶ Zur Differenzierung die Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4741.

³⁰⁷ Statt aller: WEBER, Konglomeratsaufsicht, 541 («Ausblick»).

³⁰⁸ Vor diesem Hintergrund kann das FINMA-Positionspapier Sanierung und Abwicklung von G-SIBs (z.B. Bösch, Grossbankenregulierung, 279 ad FN 68) verstanden werden: Vgl. dazu vorne II. A. 1. c).

³⁰⁹ Hinweise: BAHAR/PEYER, Kommentar, N 23 ff. zu Art. 7 BankG sowie N 43 ff. zu Art. 8 BankG.

³¹⁰ Allg.: EVA HÜPKES, Das Financial Stability Board (FSB) und seine Rolle in der Finanzkrise, SZW 81 (2009) 409 ff.; DIES., The Financial Stability Board (FSB) and its role in the international financial architecture, in: FS für R. H. Weber (Bern 2011) 855 ff.; DIES., Finanzstabilität, 572 ff.

³¹¹ Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4741.

auf Krisenpräventionen – durchaus kritisch betrachtet³¹². TBTF war bei verschiedenen *Treffen der G-20* immer wieder ein wichtiges Thema³¹³.

[Rz 111] Das im Jahr 1974 gegründete BCBS fokussiert sich seit langer Zeit auf «Regularien» zum Eigenkapital³¹⁴, was gerade bei systemrelevanten Banken der Prävention dient. Bis anhin gibt es drei «Basler Abkommen» (kurz: «Basel»)³¹⁵ des BCBS, nämlich «Basel I» aus dem Jahr 1988 sowie «Basel II» aus dem Jahr 2007, und «Basel III» stammt schliesslich aus dem Jahr 2010³¹⁶. Diese «Abkommen» sind zwar rechtsunverbindlich³¹⁷, werden indes von den meisten Staaten als Mindeststandards anerkannt³¹⁸. Die Schweiz ist ein Mitglied des BCBS³¹⁹.

[Rz 112] Der FSB – bis ins Jahr 2009: Financial Stability Forum (FSF) – hat seinen Sitz in Basel bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), ist indes von der BIZ unabhängig. Der FSB erstellt Studien und verabschiedet Empfehlungen, und zwar nicht zuletzt betreffend TBTF. Am bekanntesten ist ein «G-SIB Rahmenwerk» aus dem Jahr 2010³²⁰, das u.a. für die UBS sowie für die Credit Suisse zentral ist. Die Schweiz ist ein Mitglied des FSB³²¹.

2. Einzelstaaten

a) USA

[Rz 113] Während zahlreiche *bedeutende aussereuropäische Finanzzentren* – wie beispielsweise Singapur, Hong Kong oder Tokio – lange Zeit auf nationale Ordnungen betreffend TBTF bewusst verzichtet haben³²², bemühten sich andere Staaten – nicht zuletzt die Schweiz –³²³ schon früh um mehr oder weniger autonome Regulierungen. Dabei wurden die Standards o.Ä. der internationalen Organisationen³²⁴ regelmässig beachtet.

[Rz 114] Die frühesten und detailliertesten nationalen Regelungen wurden in den USA erlassen³²⁵. Am 21. Juli 2010 trat der «*Dodd Frank Act*» (DFA) in Kraft. Mit dem DFA wurden, notabene unter dem Aspekt von TBTF, insbesondere Strukturänderungen für Grossbanken sowie

³¹² Statt vieler: HERIBERT DIETER, Die G-20 und der Schiffbruch multilateraler Kooperation, NZZ Nr. 216 (2013) 21.

³¹³ Hinweise: MENOUD, Supervision, N 416 ff.; WEBER, Konglomeratsaufsicht, 536 f.; zudem: HANS KUHN, Die Regulierung des Derivatehandels im künftigen Finanzmarktinfrastrukturgesetz, GesKR 2014, 162 ff.

³¹⁴ WEBER STEFAN: Vom juristischen Rauschen: zur rechtlichen Geltung der Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, in: FS für G. Ress (Köln/Berlin/München 2005) 1597–1609; zit.: WEBER, Rauschen, 1597 ff.; KUNZ, Überlegungen, Rz. 23.

³¹⁵ Allg.: VON DER CRONE/MONFERRINI, Standortbestimmung, 496 ff.; als Übersicht: FINMA Jahresbericht 2013, 50 ff. sowie 111 (Glossar zum «Basler Regelwerk»).

³¹⁶ Übersicht: STAUB, Regulierung, 27 ff.; im Jahr 2009 publizierte das BCBS vorerst einen «Zwischenschritt», der als «Basel 2.5» oder als «Basel II plus» bezeichnet wurde.

³¹⁷ Statt aller: WEBER, Rauschen, 1599 f.; es handelt sich im Übrigen bewusst um *keine Selbstregulierung(en)* der Bankenbranche: a.a.O. 1600 f.

³¹⁸ Zum internationalen Standard: WEBER, Rauschen, 1597; SCHILTKNECHT, Standards, 600 ff.

³¹⁹ Die SNB sowie die FINMA vertreten die Schweiz; generell: Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4741.

³²⁰ FSB Framework for Strengthening Adherence to International Standards; diese «Vorgaben» für G-SIBs sind *strenger als «Basel III»*; das TLAC-Konzept geht auf Arbeiten des FSB zurück: KUHN, TLAC, *passim*.

³²¹ Die Schweiz wird primär durch die SNB sowie durch das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) und in Arbeitsgruppen durch die FINMA vertreten; allg.: Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4741.

³²² Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4742.

³²³ Vgl. dazu vorne II. A. 2.

³²⁴ Vgl. dazu vorne III. B. 1.

³²⁵ Hinweise finden sich in der Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4742.

ein höheres Eigenkapital vorgeschrieben. Ausserdem führte der DFA eine neue Aufsichtsbehörde ein, nämlich den sog. *Financial Stability Oversight Council* (FSOC)³²⁶.

[Rz 115] Zentraler Teil des DFA ist die «*Volcker Rule*», die auf alle und nicht nur auf systemrelevante Banken zur Anwendung gelangt³²⁷; mit der «*Volcker Rule*» wird den betroffenen Finanzinstituten der *Eigenhandel untersagt* («prohibition of proprietary trading») oder m.a.W. der Handel auf Risiko des Bankeneigenkapitals. Verschiedene Regulatoren schreiben seit einiger Zeit *Mindestliquiditätsquoten* («Liquidity Coverage Ratio», LCR) vor. Auch *ausländische Banken* müssen zahlreiche Sonderregelungen beachten³²⁸.

b) Europäische Union

[Rz 116] Auf der Ebene der *Europäischen Union* (EU) wurden ebenfalls schon früh Finanzmarktregeln erlassen, die sich u.a. mit der Problematik von TBTF befassen³²⁹. Die EU strebte ein *einheitliches Regelwerk* («Single Rule Book» bzw. SRB) an, wobei Kompetenzkonflikte zwischen supranationalen und nationalen Regelungsbereichen schon früh absehbar waren. Ein zentraler Bestandteil lag und liegt in der *Verstärkung der Eigenkapitalbasis* der Banken³³⁰.

[Rz 117] Im Jahr 2010 wurden in der EU verschiedene *europäische Aufsichtsbehörden* geschaffen³³¹. Dazu gehörten z.B. die «European Banking Authority» (EBA), die «European Insurance and Occupational Pensions Authority» (EIOPA) sowie die «European Securities and Markets Authority» (ESMA). Ziel war und ist weiterhin die Schaffung eines einheitlichen Aufsichtsstandards bzw. eines *Europäischen Finanzaufsichtssystems*.

[Rz 118] Einerseits die Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008 sowie andererseits insbesondere die «Eurokrise», die einige Jahre später stattfand, führten ausserdem zur sog. *EU-Bankenunion*, die im Wesentlichen auf *drei Säulen* basiert³³²: dem einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus («Single Supervisory Mechanism» bzw. SSM), dem Mechanismus zur Bankenabwicklung («Single Resolu-

³²⁶ Der FSOC ist organisatorisch ein Teil des Finanzdepartements («U.S. Department of the Treasury»).

³²⁷ Zur «*Volcker Rule*»: Schlussbericht Anhang 4, 32 f./83.

³²⁸ Ausländische Banken werden den U.S. Banken gleichgestellt (z.B. betreffend Kapital- oder Liquiditätsanforderungen), wenn ihre Bilanzsummen in den USA mehr als *USD 50 Mia.* ausmachen; ausserdem: Schlussbericht Anhang 4, 17/83.

³²⁹ Hinweise finden sich in der Botschaft re BankG TBTF: BBl 2011 4741.

³³⁰ Rechtsgrundlagen sind v.a. die *Kapitaladäquanzrichtlinie* (Richtlinie 2013/36/EU) einerseits sowie die *Kapitaladäquanzverordnung* (Verordnung [EU] Nr. 575/2013) andererseits.

³³¹ Übersicht: WYMEERSCH EDDY, *Europe's New Financial Regulatory Bodies*, SZW 83 (2011) 547 ff.; SESTER PETER, *Die neue Generation des EU-Finanzmarktrechts und der autonome Nachvollzug in der Schweiz*, in: *Law & Economics* (Zürich 2015) 417 ff. und v.a. 423; SCHAEFER RUPERT/WIDMER ESTHER, *Aktuelle Entwicklungen in der EU-Finanzmarktregulierung*, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européenne* 2013/2014, 427 ff. und v.a. 431 ff.

³³² Statt vieler: GSTÄDTNER THOMAS: *Das Bankenrestrukturierungsrecht als Grundbestandteil der europäischen Bankenunion*, RDF 3.2013, 180–190; zit.: GSTÄDTNER, *Bankenrestrukturierungsrecht, passim*; GRÜNEWALD SERAINA/LACKHOFF KLAUS, *Die Bankenunion der EU und ihre Auswirkungen auf den Drittstaat Schweiz*, GesKR 2016, 139 ff.; STEFAN GRUNDMANN, *Bankenunion und Privatrecht*, ZHR 179 (2015) 563 ff.; GERKE WOLFGANG/MERX CHRISTIAN, *Chancen und Nutzen von Finanzmarktregulierung*, in: *FS für K. J. Hopt*, Bd. 2 (Berlin 2010) 1845 ff. m.w.H.

tion Mechanisme» bzw. SRM)³³³ sowie der europäischen Einlagensicherung («European Deposit Insurance System» bzw. EDIS).

c) Deutschland

[Rz 119] *Deutschland*, wie notabene alle übrigen (momentan) 28 Mitgliedstaaten der EU, müssen die Regulierungsvorgaben der EU³³⁴ beachten. Die *nationalen Restkompetenzen* erweisen sich als ziemlich eingeschränkt. Immerhin hat Deutschland in den letzten Jahren in diesem Zusammenhang verschiedene *Bundesgesetze* erlassen³³⁵ und *nationale Behörden* eingesetzt:

[Rz 120] In Bezug auf die erste Säule des EU-Konzepts (Bankenaufsicht) ist die *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin) zuständig; die deutschen Grossbanken werden hingegen unmittelbar durch die Europäische Zentralbank beaufsichtigt. Die *Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung* nimmt die Aufgaben in der zweiten Säule wahr (Bankenabwicklung)³³⁶. Die dritte Säule wurde im Jahr 2015 durch das *Einlagensicherungsgesetz* umgesetzt.

Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown University Law Center), ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung an der Universität Bern, geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch) sowie Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; ein Forschungsschwerpunkt liegt im *Finanzmarktrecht*. Der Unterzeichner bedankt sich bei CAROLE BECK sowie bei JONAS PRANGENBERG, wissenschaftliche Assistenten am Lehrstuhl, für ihre Unterstützung bei diesem Beitrag. Prof. KUNZ betreut für Jusletter seit vielen Jahren die *Redaktion zum Wirtschaftsrecht*.

³³³ GSTÄDTNER, *Bankenrestrukturierungsrecht*, 189 f. m.w.H.; es war früh absehbar, dass es zu Streit kommen musste bei der Frage nach der *Kompetenzverteilung* zwischen der EU einerseits sowie den Mitgliedstaaten andererseits: NZZ Nr. 234 (2013) 29 («Juristischer Stolperstein auf dem Weg zur Bankenunion»); damit soll ein Abwicklungsfonds («Single Resolution Fund» bzw. SRF) geschaffen werden (die voraussichtlich betroffenen ca. 130 Banken haben innert acht Jahren einen Fonds mit Euro 55 Mia. zu finanzieren, der schliesslich «vergemeinschaftet» werden soll: NZZ Nr. 67 [2014] 25 [«EU einig über Bankenabwicklung»]; NZZ Nr. 89 [2014] 23 [«Die EU besiegelt die Bankenunion»]).

³³⁴ Vgl. dazu vorne III. B. 2. b).

³³⁵ Erwähnt werden können – als Beispiele – einerseits das *BRRD-Umsetzungsgesetz* (Gesetz zur Umsetzung der 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 und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates) sowie andererseits das sog. *Trennbankengesetz* (Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen [BGBl. I S. 3090]).

³³⁶ Ab dem Jahr 2018 wird die BaFin zuständig sein.