



Mirjam Eggen / Seraina Grünewald\*

## Zur Rolle der Brückenbank im Too big to fail-Regime

Eine rechtsvergleichende Analyse unter Einbezug von *temporary public ownership*-Lösungen



### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Terminologie
  1. Systemrelevante Banken
  2. Brückenbank
  3. Bail-in
    - 3.1. Allgemeines
    - 3.2. Open bank Bail-in
    - 3.3. Closed bank Bail-in
  4. Temporary Public Ownership
- III. Rechtlicher Rahmen in der Schweiz
  1. Allgemeines
  2. Ziel des Sanierungsverfahrens
    - 2.1. Gläubigerschutz
    - 2.2. Systemschutz
  3. Abwicklungsplanung
  4. Single Point of Entry und Bail-in
  5. Übergangsbank und Temporary Public Ownership
    - 5.1. Gesetzliche Konzeption
    - 5.2. Ausgestaltung und Funktion der Übergangsbank
    - 5.3. Verhältnis zwischen Übergangsbank und Restbank
    - 5.4. Temporary Public Ownership
  6. Fazit
- IV. Die Bridge Financial Company als zentrales Element der Resolution in den USA
  1. Allgemeines
  2. Zielsetzung der Orderly Liquidation
  3. Abwicklungsplanung
  4. Bridge Financial Company
    - 4.1. Gesetzliche Konzeption
    - 4.2. Ausgestaltung und Funktion der Bridge Financial Company
    - 4.3. Verhältnis zwischen Bridge Financial Company und Restbank
    - 4.4. Temporary Public Ownership
  5. Single Point of Entry und Bail-in
  6. Fazit

- V. Brückeninstitut und Temporary Public Ownership in der Europäischen Union
  1. Allgemeines
  2. Ziele des Abwicklungsverfahrens
  3. Abwicklungsplanung
  4. Single und Multiple Point of Entry und Bail-in
  5. Brückeninstitut und Temporary Public Ownership
    - 5.1. Gesetzliche Konzeption
    - 5.2. Ausgestaltung und Funktion des Brückeninstituts
    - 5.3. Verhältnis zwischen Brückeninstitut und Restbank
    - 5.4. Temporary Public Ownership
  6. Fazit
- VI. Thesen zur Bedeutung von Brückenbank und Temporary Public Ownership

### I. Einleitung

Gemäss der bundesrätlichen Pressekonferenz vom 19. März 2023 standen für die Bewältigung der Krise rund um die Credit Suisse drei bzw. vier Lösungen zur Verfügung: (i) Die Sanierung der Bank gestützt auf das Too big to fail (TBTF)-Regime, (ii) der Konkurs der Bank inkl. Auslösung des Notfallplans, (iii) die Einführung eines *temporary public ownership* (TPO) oder (iv) die Übernahme durch ein anderes Institut.<sup>1</sup> Gestützt auf die Einschätzung der involvierten Behörden wurde die letzte Lösung als die risikoärmste Variante erachtet und über die Statuierung von Notrecht ermöglicht.<sup>2</sup>

Keine Rolle spielte in sämtlichen der erörterten Szenarien die Errichtung einer Brückenbank (*bridge bank*). Dies vermag auf den ersten Blick nicht zu erstaunen. Das Institut der Brückenbank ist zwar als sog. «Übergangsbank» in Art. 30 Abs. 2 Bst. a BankG<sup>3</sup> vorgesehen. Bereits kurze Zeit nach der Einführung der neuen Regeln wurde der Einsatz einer solchen Lösung für die Schweiz

\* MIRJAM EGGEN, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Universität Bern; SERAINA GRÜNEWALD, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Universität St. Gallen. Wir danken RA MICHEAL TONEATTI, Universität Bern, für die sorgfältige Betreuung des Fussnotenapparats. Ein herzlicher Dank geht auch an unsere Kolleginnen und Kollegen, die sich Zeit für unsere Fragen genommen und unser Verständnis der Thematik geschärft haben.

<sup>1</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), FAQ Credit Suisse, 11. August 2023, 8, abrufbar unter: [https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news\\_list.msg-id-97593.html](https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news_list.msg-id-97593.html) (alle Links zuletzt besucht am 23. Januar 2024).

<sup>2</sup> Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken, 16. März 2023, SR 952.3.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0).

jedoch als nicht praktikabel erachtet und zugunsten des sog. open bank Bail-in der sanierungsbedürftigen Bank aufgegeben.<sup>4</sup> Die gegenwärtige Umsetzung des schweizerischen TBTF-Regimes für die einzelnen systemrelevanten Banken sieht den Einsatz einer Übergangsbank denn auch nicht vor.<sup>5</sup> Mit Blick auf die TBTF-Verfahren anderer Jurisdiktionen erscheint die Aufgabe des Konzepts der Brückenbank jedoch weniger selbstverständlich. So bildet etwa im U.S. Dodd Frank Act (DFA) der Einsatz einer *bridge financial company* ein zentrales Element für die Abwicklung von systemrelevanten Banken.<sup>6</sup> Auch andere Rechtsordnungen sehen den Einsatz einer Brückenbank als festen Bestandteil ihres TBTF-Regimes vor.<sup>7</sup> Im Zuge der derzeit hängigen Revision des Rechtsrahmens zur Abwicklung von Banken dürften Brückenbanken auch in der Europäischen Union an Bedeutung gewinnen. Der Vorteil von Brückenbank-Lösungen wird regelmässig im Zeitgewinn gesehen, den die Behörden für die Restrukturierung der Bank oder einen allfälligen (Teil-)Verkauf erhalten.<sup>8</sup>

Die folgenden Ausführungen gehen der Frage nach, welche Rolle die Brücken- bzw. Übergangsbank im TBTF-Regime spielen kann und in welchem Verhältnis sie zum TPO steht. Nach einer terminologischen Klärung (II.) wird die regulatorische Einbettung der Übergangsbank im geltenden schweizerischen Recht analysiert (III.). Anschließend wird rechtsvergleichend untersucht, wie Brückenbanken und TPO in den Abwicklungsregimes der USA (IV.) und der EU (V.) reguliert und eingesetzt werden. Es folgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse in

drei Thesen über die Bedeutung von Brückenbanken und TPO für die Abwicklung systemrelevanter Banken (VI.).

## II. Terminologie

### 1. Systemrelevante Banken

Im Anschluss an die globale Finanzkrise von 2007/08 erliess das Financial Stability Board (FSB) im Jahr 2011 seine *key attributes of effective resolution regimes for financial institutions* (Key Attributes).<sup>9</sup> Die Key Attributes sollen für sämtliche systemrelevanten Finanzinstitute Geltung haben.<sup>10</sup> Das FSB unterscheidet dabei zwischen global und national systemrelevanten Instituten. Nach Rücksprache mit dem Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) und den nationalen Aufsichtsbehörden erstellt es jährlich eine Liste der global systemrelevanten Banken (G-SIBs) und veröffentlicht diese anschliessend.<sup>11</sup> Das BCBS hat eine Methodologie zur Feststellung der G-SIBs entwickelt.<sup>12</sup> Dabei bestimmt sich die Systemrelevanz im Wesentlichen über die folgenden fünf Kriterien: Grösse, länderübergreifende Tätigkeit, Verflechtung, Substituierbarkeit und Komplexität.<sup>13</sup>

Dieses Begriffsverständnis ist in den nationalen Jurisdiktionen rund um die Welt übernommen worden. In der Schweiz sind systemrelevante Banken gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG «Banken, Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde».<sup>14</sup> Die Systemrelevanz beurteilt sich gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BankG danach, ob das Institut systemrelevante Funktionen wahrnimmt. Diese sind «für die schweizerische Volkswirtschaft unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar» und bestehen namentlich im inländischen Einlagen- und Kreditgeschäft sowie im Zahlungsverkehr. Sie werden gestützt auf vergleichbare Grundsätze beurteilt, wie sie das FSB gemeinsam mit dem BCBS erarbeitet hat.<sup>15</sup> Die Bezeichnung der systemrelevanten Banken und Funktionen erfolgt gemäss Art. 8 Abs. 3 BankG – nach Anhörung der

<sup>4</sup> FINMA, Sanierung und Abwicklung global relevanter Banken, FINMA-Positionspapier Sanierung und Abwicklung von G-SIBs, 7. August 2013, 6, abrufbar unter: [https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finmapublikationen/diskussionspapiere/diskussionspapier-20130807-sanierung-abwicklung-global-systemrelevante-banken.pdf?sc\\_lang=de&hash=599D2FA44D41E88D116B72BEB9C7BC0D](https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finmapublikationen/diskussionspapiere/diskussionspapier-20130807-sanierung-abwicklung-global-systemrelevante-banken.pdf?sc_lang=de&hash=599D2FA44D41E88D116B72BEB9C7BC0D).

<sup>5</sup> FINMA, Der Bail-in bei Banken, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/too-big-to-fail-und-systemstabilitaet/der-bail-in-bei-banken/>; FINMA, Faktenblatt: Das Schweizer Too-big-to-fail-Regime, 1. Dezember 2014, 2, abrufbar unter: [https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/faktenblaetter/faktenblatt-schweizer-too-big-to-fail-regime-tbtf.pdf?sc\\_lang=de&hash=7C500E3C5EB881844CB8AB1A95239F70](https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/faktenblaetter/faktenblatt-schweizer-too-big-to-fail-regime-tbtf.pdf?sc_lang=de&hash=7C500E3C5EB881844CB8AB1A95239F70); FINMA, Recovery- und Resolution-Planung von Banken, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/too-big-to-fail-und-systemstabilitaet/recovery-und-resolution-planung-von-banken/>.

<sup>6</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (DFA), Pub. L. No. 111–203, § 210(h), Stat. 1376, 1496 ff.; FSB, Bail-in Execution Practices Paper, 13. Dezember 2021, 7, 41, abrufbar unter: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P131221-2.pdf>; IADI, Deposit Insurance and Bail-in: Issues and Challenges, Research paper (draft), Juni 2018, 15, abrufbar unter: [https://www.iadi.org/en/assets/File/Public\\_Consultation/Bail-in\\_Research\\_Paper\\_Final\\_Draft\\_for\\_IADI\\_Public\\_Consultation.pdf](https://www.iadi.org/en/assets/File/Public_Consultation/Bail-in_Research_Paper_Final_Draft_for_IADI_Public_Consultation.pdf).

<sup>7</sup> FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>8</sup> FSB, Practices (FN 6), 7; FSB, Principles on Bail-in Execution, 21. Juni 2018, 5, abrufbar unter <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P210618-1.pdf>; MAZIAR PEHANI, Resolution of Small and Medium-Sized Deposit-Taking Institutions: Back to Basics?, American Business Law Journal, Vol. 60/2023, Issue 2, 428, 443.

<sup>9</sup> FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 15. Oktober 2014, abrufbar unter: [https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_141015.pdf](https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf).

<sup>10</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 5.

<sup>11</sup> Vgl. dazu FSB, Global Systemically Important Financial Institutions (G-SIFIs), abrufbar unter: <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/market-and-institutional-resilience/global-systemically-important-financial-institutions-g-sifis/>.

<sup>12</sup> BCBS, The Basel Framework, abrufbar unter: [https://www.bis.org/basel\\_framework/chapter/SCO/40.htm?inforce=20211109&published=20211109](https://www.bis.org/basel_framework/chapter/SCO/40.htm?inforce=20211109&published=20211109).

<sup>13</sup> BCBS (FN 12), SCO 40.7.

<sup>14</sup> Zum Begriff der systemrelevanten Bank vgl. auch BSK BankG-BAHAR/PEYER, Art. 7 N 10 ff.

<sup>15</sup> Zu den Kriterien für die Systemrelevanz einer Bank vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. a–d BankG; dazu auch BSK BankG-BAHAR/PEYER, Art. 8 N 18 ff.

Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) – durch die Schweizerische Nationalbank (SNB). Die Abwicklung international tätiger systemrelevanter Banken i.S.v. Art. 124a ERV<sup>16</sup> erfolgt dabei nicht durch die FINMA allein, sondern erfordert den Einbezug von Abwicklungsbehörden aus weiteren betroffenen Jurisdiktionen.<sup>17</sup>

## 2. Brückenbank

Die Zielsetzung der Key Attributes besteht darin, die Abwicklung eines systemrelevanten Instituts zu ermöglichen, ohne das Finanzsystem zu destabilisieren oder die Steuerzahler zu belasten.<sup>18</sup> Die Aufrechterhaltung der systemrelevanten Funktionen bildet ein wesentliches Element, um dieses Ziel zu erreichen. Die Abwicklungsbehörde muss deshalb weitreichende Eingriffsmöglichkeiten haben. Bereits die Key Attributes bezeichnen den Einsatz einer *bridge institution* als eine der Möglichkeiten, um die Kontinuität der systemrelevanten Funktionen einer ausfallenden Bank sicherzustellen.<sup>19</sup> Gemäss Ziffer 3.4 der Key Attributes muss die Abwicklungsbehörde entscheiden können, welche Vermögenswerte sie auf die Brückenbank überträgt, unter welchen Konditionen die Brückenbank ihre Geschäfte fortführt und wann bzw. zu welchen Bedingungen sie auf einen Dritten übertragen oder aufgelöst wird. Die Brückenbank wird dabei stets als temporäre Massnahme angesehen, um die systemrelevanten Funktionen einer ausfallenden Bank über eine kritische Phase hinweg aufrechtzuerhalten.<sup>20</sup>

Viele Jurisdiktionen haben die Brückenbank als mögliches oder sogar erforderliches Element der Abwicklung übernommen, gestalten diese jedoch nicht immer als Bank i.e.S. aus. Im schweizerischen Recht hat die Brückenbank in Art. 30 Abs. 2 BankG als «Übergangsbank» Eingang gefunden. Sie wurde aber bei der konkreten Abwicklungsplanung für systemrelevante Institute bislang nicht berücksichtigt.<sup>21</sup> In der europäischen Abwicklungsregulierung figuriert das sog. Brückeninstitut als eines von vier ordentlichen Abwicklungsinstrumenten (Art. 37(2)(b) BRRD<sup>22</sup>).<sup>23</sup> In den USA wiederum bildet

die *bridge financial company* einen üblichen Bestandteil der Abwicklung von systemrelevanten Banken, die nicht in den ordentlichen Konkurs geschickt werden können (§ 210 DFA).<sup>24</sup>

## 3. Bail-in

### 3.1. Allgemeines

Gestützt auf die Erkenntnisse aus der globalen Finanzkrise von 2007/08 stand die ausreichende Kapitalisierung von systemrelevanten Instituten als entscheidende Voraussetzung für die Krisenbewältigung im Fokus der Regulatoren. Die Kapitalausstattung soll nicht durch den Staat gewährleistet werden, wie das bei einem Bail-out der Fall wäre. Vielmehr müssen die bisherigen Eigner und ein Teil der Gläubiger dafür sorgen, dass die sanierungsbedürftige Bank wieder eine ausgewogene Bilanz erhält. Zu diesem Zweck können im Rahmen der Abwicklung der Bank die Eigenkapitalinstrumente der bisherigen Aktionäre sowie ein Teil der Gläubigerforderungen ganz abgeschrieben werden. Daneben können Forderungen von Gläubigern in neues Kapital gewandelt werden. Schliesslich können auch bedingte Wandelanleihen, die vor der Abwicklung noch nicht ausgelöst worden sind, im Rahmen der Abwicklung abgeschrieben oder in Eigenkapital gewandelt werden.<sup>25</sup> Sämtliche dieser Massnahmen müssen grundsätzlich die Gläubigerhierarchie eines Konkursverfahrens beachten (*no creditor worse off*, sog. NCWO-Prinzip)<sup>26</sup> und sind darauf ausgerichtet, die Überlebensfähigkeit der bestehenden Bank bzw. von deren Nachfolgerin sicherzustellen.<sup>27</sup>

Der Bail-in im Abwicklungsverfahren von systemrelevanten Banken ist stets mit rechtlichen Risiken verbunden. Insbesondere ist damit zu rechnen, dass sich die «enteigneten» Eigner und Gläubiger gerichtlich gegen die einschneidende Massnahme zur Wehr setzen werden.<sup>28</sup> In der Vergangenheit sind entsprechende Klagen

<sup>16</sup> Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (ERV, SR 952.03).

<sup>17</sup> FINMA, Internationale Zusammenarbeit, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/too-big-to-fail-und-systemstabilitaet/internationale-zusammenarbeit/>.

<sup>18</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 3.

<sup>19</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 3.

<sup>20</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 7 ff.

<sup>21</sup> Siehe unten, Abschnitt III.3.

<sup>22</sup> 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, ABl. Nr. L 173/190 ff. vom 12. Juni 2014.

<sup>23</sup> Siehe unten, Abschnitt V.5.

<sup>24</sup> Siehe unten, Abschnitt IV.3.

<sup>25</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 9. Zu den verschiedenen Auslöseereignissen (*triggers*) für AT1-Bonds siehe RODRIGO COELHO/JATIN TANEJA/RASTKO VRBASKI, Upside down: when AT1 instruments absorb losses before equity, FSI Briefs, No. 21, September 2023, 2 f., abrufbar unter: <https://www.bis.org/fsi/fsibriefs21.pdf>.

<sup>26</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 11; so auch Art. 30c Abs. 1 Bst. b BankG, wobei gemäss Art. 31 Abs. 3 BankG bei der Abwicklung systemrelevanter Banken unter Umständen auf die Einhaltung des NCWO-Prinzips verzichtet werden kann; s. hierzu auch Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (BankG) (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung), 19. Juni 2020, BBl 2020 6359 ff., 6391 f., 6393.

<sup>27</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 9.

<sup>28</sup> HANS KUHN, Der gesetzliche Bail-in als Instrument zur Abwicklung von Banken nach schweizerischem Recht, GesKR 2014, 461; zu den verschiedenen Beschwerde- und Klageverfahren im Fall der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS siehe auch OWEN WALKER/KAYE WIGGINS/MERCEDES RUEHL, How UBS's \$3.3bn Credit Suisse deal spawned \$9bn of legal claims, 10. Oktober 2023, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/9c9d0f49-58fe-4848-9fe0-83ce956b92b5>.

durch die zuständigen (ausländischen) Gerichte regelmässig ab- oder zurückgewiesen worden.<sup>29</sup> Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass bereits die Entscheidung für oder gegen die Durchführung des Bail-in durch den Umstand beeinflusst wird, dass dieser im Anschluss mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einer eigentlichen Klagewelle gegen die zuständige Abwicklungsbehörde führen wird.

Weiter sieht sich die Abwicklungsbehörde bei der Durchführung des Bail-in auch operationellen Herausforderungen gegenüber. Das FSB hat diesen Umstand früh erkannt und versucht, die Behörden mit den Principles on Bail-in Execution zu unterstützen.<sup>30</sup> Weiter hat es im Dezember 2021 in einem Konzeptpapier die unterschiedlichen Ansätze für einen Bail-in einander gegenübergestellt.<sup>31</sup> Im Einklang mit der Praxis differenziert dieses Konzeptpapier zwischen dem sog. *open bank* Bail-in und dem *closed bank* Bail-in.

### 3.2. Open bank Bail-in

Bei einem open bank Bail-in findet der Bail-in innerhalb der abzuwickelnden Bank selbst statt, meistens in der Holdinggesellschaft an der Konzernspitze.<sup>32</sup> Die Forderungen eines Teils der Gläubiger werden dabei nach einer vollständigen Abschreibung des bisherigen Aktienkapitals<sup>33</sup> in neu auszugebende Aktien gewandelt und an die betroffenen Gläubiger ausgegeben.<sup>34</sup> Diese Form des Bail-in wird etwa in der Schweiz und Deutschland vorbereitet.<sup>35</sup>

Eine weitere Variante des Bail-in besteht im open bank Bail-in unter Ausgabe von sog. *interim instruments*. Dieser Ansatz hält an der Durchführung des Bail-in in der abzuwickelnden Bank fest. Zugleich wird aber die

Zeitspanne zwischen der Eröffnung des Abwicklungsverfahrens und der Ausgabe neuer oder bestehender Wertschriften an neue Eigner durch die Schaffung von Übergangstiteln verlängert. Die Abwicklungsbehörde gewinnt so Zeit, um die Bewertung des Vermögens der abzuwickelnden Bank vorzunehmen und gestützt darauf zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die bisherigen Eigner oder Gläubiger die Zuteilung neuer bzw. bestehender Aktien beanspruchen können.<sup>36</sup> Der open bank Bail-in mit Übergangstiteln ist beispielsweise in der Abwicklungsplanung von Frankreich oder Grossbritannien vorgesehen.<sup>37</sup>

### 3.3. Closed bank Bail-in

Ebenfalls ein Zeitgewinn im Vergleich zum klassischen open bank Bail-in wird durch den closed bank Bail-in erreicht. Dabei überträgt die Abwicklungsbehörde den Grossteil der Aktiven der abzuwickelnden Bank auf eine neue Rechtseinheit – typischerweise eine Brückenbank. Lediglich ein Teil der Passiven geht ebenfalls auf die Brückenbank über. Das Eigenkapital sowie ein Teil der Gläubigerforderungen bleiben dagegen in der abzuwickelnden Bank zurück. Die Eigner und verbleibenden Gläubiger geben ihre Ansprüche im Rahmen eines Konkursverfahrens ein. Diese werden – soweit möglich – befriedigt. Dies kann insbesondere im Rahmen eines Tausches der Forderungen gegen Beteiligungen an oder Forderungen gegenüber neuen, aus der Brückenbank hervorgehenden Rechtseinheiten geschehen (*securities-for-claims exchange*).<sup>38</sup> Der closed bank Bail-in entspricht dem Standardverfahren für die Abwicklung systemrelevanter Banken in den USA und ist auch in der Regulierung von Grossbritannien und Japan als mögliche Option vorgesehen.<sup>39</sup>

## 4. Temporary Public Ownership

Damit die Abwicklungsbehörden eine geordnete Abwicklung systemrelevanter Banken sicherstellen können, spricht ihnen die Regulierung weitreichende Kontrollmöglichkeiten zu. Insbesondere übernehmen die Behörden oder von ihnen eingesetzte Personen das Management der abzuwickelnden Bank<sup>40</sup> und die Aktionäre verlieren zumindest während der Dauer des Abwicklungsverfahrens regelmässig ihre Mitspracherechte.<sup>41</sup> Für den Fall, dass das Vertrauen in die behördliche Steuerung der Bank über diese ordentlichen Abwicklungsinstrumente nicht ausreichend sichergestellt werden kann, sehen einige Jurisdiktionen das Instrument des TPO über

<sup>29</sup> So im Fall der Banco Popular: JESÚS AGUADO, EU court rules against compensating Banco Popular investors, 5. Mai 2022, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/business/finance/eu-top-court-says-shareholders-are-not-entitled-compensation-popular-resolution-2022-05-05/>; JESÚS AGUADO, EU court rejects complaints over Banco Popular rescue deal, 1. Juni 2022, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/business/eu-court-rejects-complaints-over-banco-popular-rescue-deal-2022-06-01/>. Vgl. übersichtsartig zu den Klagen im Zusammenhang mit der Abwicklung der Banco Popular auch EUROPEAN BANKING INSTITUTE (EBI), The Banking Union and Union Courts: overview of cases as of 12 September 2023, 55 ff., für den Fall der Banco Espirito Santo, 92, abrufbar unter: [https://ebi-europa.eu/wp-content/uploads/2023/11/HP\\_20230912-The-Banking-Union-and-Union-Courts-overview-of-cases.pdf](https://ebi-europa.eu/wp-content/uploads/2023/11/HP_20230912-The-Banking-Union-and-Union-Courts-overview-of-cases.pdf).

<sup>30</sup> Vgl. FSB, Bail-in (FN 8).

<sup>31</sup> FSB, Practices (FN 6).

<sup>32</sup> Zum sog. Single Point of Entry-Ansatz vgl. FSB, 2023 Bank Failures, Preliminary lessons learnt for resolution, 10. Oktober 2023, 6, abrufbar unter: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P101023.pdf>.

<sup>33</sup> FSB, Bail-in (FN 8), 6; so auch Art. 30b Abs. 5 Bst. b BankG; vgl. hierzu auch Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6388.

<sup>34</sup> FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>35</sup> FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>36</sup> FSB, Practices (FN 6), 8.

<sup>37</sup> FSB, Practices (FN 6), 8.

<sup>38</sup> FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>39</sup> FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>40</sup> FSB, Practices (FN 6), 26; FSB, Key Attributes (FN 9), 7.

<sup>41</sup> FSB, Practices (FN 6), 26.

die abzuwickelnde Bank vor. Der Begriff des TPO ist international nicht vereinheitlicht. Als Kernmerkmal lässt sich jedoch der Umstand identifizieren, dass der Staat nicht nur die Kontrolle über das abzuwickelnde Institut übernimmt, sondern jedenfalls vorübergehend als Eigner der fallierenden Bank auftritt.<sup>42</sup> Anders als bei der Brückenbank wird dafür keine neue Rechtseinheit geschaffen. Der Staat trägt mithin sämtliche Risiken, die mit der Weiterführung der Bank verbunden sind.<sup>43</sup> Reduzieren lassen sich diese Risiken immerhin durch die Voraussetzung, dass die bisherigen Eigner und Gläubiger auch unter einem TPO signifikant zur Rekapitalisierung der Bank beitragen müssen.<sup>44</sup>

Gemäss breitem internationalem Konsens ist ein TPO lediglich als letzte Möglichkeit in Erwägung zu ziehen, wenn die Finanzstabilität nicht auf andere Weise sichergestellt werden kann. Auch in diesem Fall sollen allfällige Verluste primär durch unbesicherte Gläubiger oder durch das Finanzsystem in seiner Gesamtheit getragen werden und nicht durch den Staat.<sup>45</sup>

Die Option eines TPO wird in der Abwicklungsregulierung einzelner Jurisdiktionen vorgesehen. Insbesondere erlaubt Art. 58 BRRD den EU-Mitgliedstaaten die Einführung eines TPO in ihrer Regulierung. Die Anwendung der Regeln ist aber an strenge Voraussetzungen geknüpft und soll die Ausnahme bilden.<sup>46</sup> In die nationale Regulierung übernommen wurde das TPO u.a. im U.K. als ehemaligem Mitgliedsstaat der EU.<sup>47</sup> Die geltende schweizerische Regulierung kennt das Instrument des TPO ebenso wenig wie der U.S. Dodd Frank Act.<sup>48</sup>

### III. Rechtlicher Rahmen in der Schweiz

#### 1. Allgemeines

Gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG kann die FINMA bei begründeter Besorgnis, «dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat» Schutzmassnahmen, ein Sanierungsverfahren oder die Konkursliqui-

ation anordnen. Während die Anordnung von Schutzmassnahmen eine Weiterführung der gefährdeten Bank zum Ziel hat,<sup>49</sup> entscheidet die Abwicklungsbehörde mit der Eröffnung des Sanierungs- oder Konkursverfahrens über die Weiterführung bzw. Liquidation der Bank.<sup>50</sup>

Die Sonderregeln für das Sanierungs- und Konkursverfahren von Banken stammen aus dem Jahr 2004 und wurden vor dem Hintergrund des Konkurses der Spar- und Leihkasse Thun implementiert.<sup>51</sup> Das Ziel der Regulierung bestand in der Schaffung einer ausschliesslichen Zuständigkeit der damaligen Eidgenössischen Bankkommission (EBK) als Abwicklungsbehörde. Bei der Sanierung oder Liquidation der Bank sollten die Interessen der Gläubiger bestmöglich geschützt werden,<sup>52</sup> wie dies auch bei der Sanierung ausserhalb des Anwendungsbereichs des Bankengesetzes der Fall ist.

Im Nachgang zur globalen Finanzkrise von 2007/08 wurden die bankrechtlichen Vorschriften zum Sanierungs- und Konkursverfahren in den Jahren 2011 und 2012 angepasst. Insbesondere sollte mit der Statuierung von Art. 30 BankG erreicht werden, dass auch bei einem Konkurs des abzuwickelnden Instituts eine Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen zulässig ist.<sup>53</sup> Zusätzlich wurde der Systemschutz als wichtiges Element der Bankregulierung ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen.<sup>54</sup> Das heutige bankengesetzliche Sanierungsverfahren ist somit grundlegend von einer gesellschaftsrechtlichen Sanierung einschliesslich Nachlassstundung gemäss SchKG<sup>55</sup> zu unterscheiden.

Auf die Einführung von Sonderbestimmungen für die Insolvenz systemrelevanter Banken hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet.<sup>56</sup> Die Gesetzesstruktur hat somit den Systemschutzgedanken im Bereich des Sanierungs- und Konkursverfahrens nicht ausdrücklich nachvollzogen, sondern stammt noch aus der Vorkrisenzeit.<sup>57</sup> Dieser

<sup>42</sup> Vgl. auch MANUEL AMMANN/NICLAS KÄFER/TOBIAS WIEST, Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail», 19. Mai 2023, 47 ff., abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/79254.pdf>.

<sup>43</sup> AMMANN/KÄFER/WIEST (FN 42), 51.

<sup>44</sup> Vgl. für die EU Art. 37(10)(a) BRRD.

<sup>45</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 12.

<sup>46</sup> Siehe unten Abschnitt V.5.4.

<sup>47</sup> § 13 UK Public General Acts, Banking Act 2009.

<sup>48</sup> Für die Schweiz AMMANN/KÄFER/WIEST (FN 42), 47; für die USA INTERNATIONAL MONETARY FUND/DEPARTMENT OF THE TREASURY/FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION/UNITED STATES FEDERAL RESERVE SYSTEM/COMPTROLLER OF THE CURRENCY/NATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE COMMISSIONERS, Self-Assessment of Compliance with the Key Attributes of effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 82, abrufbar unter: <https://home.treasury.gov/system/files/206/2015-FSAP-KA-Self-Assessment-Response-FINAL.pdf>.

<sup>49</sup> Vgl. jedoch die Möglichkeit der Bankschliessung gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. g BankG; s. dazu auch BSK BankG-Hess, Art. 26 N 26 f.

<sup>50</sup> Zu den Voraussetzungen eines Sanierungsverfahrens vgl. BSK BankG-BAUER, Art. 28 N 7 ff.; zu den Voraussetzungen eines Konkursverfahrens BSK BankG-BAUER/HARI/JEANNERET, Art. 33 N 16 ff.

<sup>51</sup> Vgl. dazu KUHN (FN 28), 445; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, 20. November 2002, BBl 2002 8060 ff., 8061.

<sup>52</sup> Botschaft Banken und Sparkassen (FN 51), 8061, 8069.

<sup>53</sup> Während der Wortlaut der Norm ausschliesslich die Sanierung erwähnt, geht aus der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen), 12. Mai 2010, BBl 2010 3993 ff., 4008, der klare Wille des Gesetzgebers hervor, die Weiterführung von bestimmten Bankdienstleistungen auch dann zuzulassen, wenn die Restbank im Rahmen eines Konkursverfahrens liquidiert wird.

<sup>54</sup> Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; *too big to fail*), 20. April 2011, BBl 2011 4717 ff., 4801.

<sup>55</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; 281.1).

<sup>56</sup> DANIEL ROTH, Too big to fail – Stärkung der Stabilität im Finanzsektor, SJZ 2012, 287.

<sup>57</sup> So bereits KUHN (FN 28), 445.

Umstand ist bei der anstehenden Überarbeitung des TBTF-Regimes zu korrigieren. Insbesondere kann eine Flexibilisierung der möglichen Abwicklungsoptionen<sup>58</sup> nur dann überzeugend vermittelt werden, wenn für systemrelevante Banken ein eigenständiges regulatorisches Abwicklungsregime geschaffen wird. Ausserdem sollte das Abwicklungsverfahren zumindest für systemrelevante Banken nicht mehr als «Sanierung» i.e.S. bezeichnet werden.

## 2. Ziel des Sanierungsverfahrens

### 2.1. Gläubigerschutz

Das Ziel des bankengesetzlichen Sanierungsverfahrens bestand bei seiner Einführung darin, «einer Bank in finanziellen Schwierigkeiten noch eine letzte, durch behördliche Massnahmen unterstützte Chance einzuräumen, die Geschäftstätigkeit mit einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubigerforderungen fortzusetzen».<sup>59</sup> Das Sanierungsverfahren steht damit im Gegensatz zur bankrechtlichen Konkursliquidation, mit welcher die öffentlich kommunizierte, sofortige Einstellung aller Geschäftstätigkeiten verbunden ist.<sup>60</sup> Während Art. 33 BankG ein Verfahren bereitstellt, mit dem ein Unternehmen per sofort vom Markt genommen wird, um es unmittelbar zu verwerten, soll das Sanierungsverfahren zumindest vorläufig die Fortführung der Aktivitäten durch die Bank ermöglichen.<sup>61</sup>

Eine Sanierung sollte gemäss Auffassung des Gesetzgebers von 2004 denn auch nur dann stattfinden können, wenn dies von den Gläubigern, «die mehr als der Hälfte der nicht privilegierten Forderungen vertreten», akzeptiert wird.<sup>62</sup> Mit der Sanierung sollte «für die Gläubiger und Aktionäre beziehungsweise Eigner eine wirtschaftlich optimale Lösung gesucht werden».<sup>63</sup>

### 2.2. Systemschutz

Mit der Einführung von neuen Vorschriften für die Abwicklung von systemrelevanten Banken in den Jahren 2011 und 2012 hat der Gesetzgeber die Zielsetzungen des Sanierungsverfahrens erweitert. Jedenfalls für systemre-

levante Banken verfolgt das Sanierungsverfahren neben dem Gläubiger- und Eignerschutz neu auch das Ziel, «die Finanzstabilität zu wahren, eine Bankenliquidation abzuwehren sowie staatliche Rettungsaktionen zu vermeiden».<sup>64</sup>

Dies ergibt sich zum einen bereits aus dem Wortlaut der neuen bankrechtlichen Bestimmungen: Gemäss Art. 28 Abs. 1 BankG kann die FINMA das Sanierungsverfahren in zwei Situationen eröffnen: «Bei begründeter Aussicht auf Sanierung der [Gesamt-]Bank *oder* auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen».<sup>65</sup> Das Sanierungsverfahren kann somit auch bloss die Aufrechterhaltung einzelner, insbesondere systemrelevanter Bankdienstleistungen zum Gegenstand haben.

Zum anderen lässt sich die Erweiterung der Zielsetzungen des Sanierungsverfahrens auch aus der Tatsache ableiten, dass mit den Novellen von 2011 und 2012 den internationalen Standards Rechnung getragen wurde,<sup>66</sup> wonach systemrelevante Banken möglichst ohne staatliche Unterstützung, aber mit einer vorübergehenden Aufrechterhaltung ihrer systemrelevanten Funktionen abgewickelt werden sollen.<sup>67</sup> Im Vordergrund steht somit nicht die Rettung des betroffenen Instituts oder der Schutz der betroffenen Gläubiger, sondern die Stabilität des Finanzsystems als solche.<sup>68</sup> Die Zielsetzung des Gläubigerschutzes wird immerhin dadurch berücksichtigt, dass die Gläubiger durch das Sanierungsverfahren nicht schlechter gestellt werden dürfen als beim Konkurs der fraglichen Bank (NCWO-Prinzip).<sup>69</sup>

Mit der Aufnahme des Systemschutzes als weitere Zielsetzung des Sanierungsverfahrens nimmt der schweizerische Gesetzgeber in Kauf, dass die betroffene Bank nach Abschluss des Sanierungsverfahrens nicht mehr existiert. Vielmehr ist denkbar, dass lediglich die systemrelevanten Funktionen gerettet und auf einen anderen Rechtsträger überführt werden. Das Sanierungsverfahren steht somit seit der Einführung von Art. 30 BankG in der heutigen Form auch für die zumindest teilweise Liquidation der fallierenden Bank offen.

Diesem Ergebnis steht auch der Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 BankG nicht entgegen, wonach das Konkursverfahren nur dann in Frage kommt, wenn «keine Aussicht auf Sanierung» besteht bzw. diese bereits gescheitert ist. Die Bestimmungen zum Konkurs wurden anlässlich der

<sup>58</sup> Vgl. dazu RIAD BENAHEM/MANON HOUARNER, Strategic optionality in resolution: combination of tools, ACPR, Banque de France, Working paper on resolution, Dezember 2023, abrufbar unter: [https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20231218\\_acpr\\_wp\\_cot.pdf](https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20231218_acpr_wp_cot.pdf).

<sup>59</sup> Botschaft Banken und Sparkassen (FN 51), 8085.

<sup>60</sup> Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die FINMA bei Einleitung des Konkursverfahrens der Bank die Bewilligung entziehen muss (Art. 33 Abs. 1 BankG).

<sup>61</sup> Vgl. auch YVES MAUCHLE, Bail-in bei systemrelevanten Banken, Ausgewählte Rechtsfragen zu bankensanierungsrechtlichen Kapitalmassnahmen unter Berücksichtigung der Vernehmlassungsvorlage vom März 2019, GesKR 2019, 250.

<sup>62</sup> Botschaft Banken und Sparkassen (FN 51), 8071.

<sup>63</sup> Botschaft Banken und Sparkassen (FN 51), 8086.

<sup>64</sup> BSK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN, Art. 29 N 18; so auch FINMA, Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, Erläuterungsbericht, 16. Januar 2012, 31, MAUCHLE (FN 61), 249.

<sup>65</sup> Ergänzung in Klammern und Hervorhebung durch die Autorinnen.

<sup>66</sup> So auch RASHID BAHAR, TBTF: Do increased capital requirements, bail-in powers and resolution authority solve the problem?, SZW 2018, 629.

<sup>67</sup> Vgl. FSB, Key Attributes (FN 9), 17, 44.

<sup>68</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 6; Botschaft Stärkung der Stabilität im Finanzsektor (FN 54), 4745.

<sup>69</sup> FSB, Practices (FN 6), 7; FSB, Key Attributes (FN 9), 11; so auch Art. 30c Abs. 1 Bst. b BankG.

Einführung von Art. 30 BankG als Alternative zur Sanierung der Gesamtbank nicht angepasst. Sie stehen somit für den ursprünglichen Gedanken, wonach die Bank entweder über die Sanierung zu retten oder über den Konkurs zu liquidieren ist.<sup>70</sup> Dieser Grundsatz wurde jedoch mit der Übernahme des Systemschutzes als weitere Zielsetzung des Sanierungsverfahrens aufgegeben. Zusätzlich hat der Gesetzgeber bei der Einführung von Art. 30 BankG selbst festgehalten, dass eine Liquidation im Rahmen des Konkursverfahrens zwingend mit dem Bewilligungsentzug – und damit mit der Einstellung der Geschäftstätigkeit der Bank – verbunden ist.<sup>71</sup> Mit der Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen in einem neuen Rechtsträger wird dieser u.U. unverhältnismässig rasche Einhalt der Geschäftstätigkeit verhindert. Nicht ausgeschlossen wird damit, dass zumindest der Rest der Bank einer Liquidation zugeführt werden soll.<sup>72</sup>

### 3. Abwicklungsplanung

Die Durchführung einer Sanierung wird für den konkreten Fall in einem sog. Sanierungsplan geregelt.<sup>73</sup> Für systemrelevante Banken erarbeitet die FINMA jedoch bereits in Vorbereitung auf eine mögliche künftige Krise gestützt auf Art. 64 Abs. 2 BankV einen Abwicklungsplan, in welchem sie aufzeigt, «wie eine von ihr angeordnete Sanierung oder Liquidation der systemrelevanten Bank durchgeführt werden kann». Im internationalen Kontext entspricht die Abwicklungsplanung der sog. Resolutionplanung.<sup>74</sup>

Die FINMA veröffentlicht den Stand der Resolution-Planung jährlich in ihrer Resolution-Berichterstattung.<sup>75</sup> Aus der bisherigen Berichterstattung geht hervor, dass die Behörde für die UBS als letzte G-SIB der Schweiz jedenfalls bis vor kurzem die Sanierung als primäre Resolution-Strategie verfolgt hat. Auch die Resolution-Strategien für die inlandorientierten Grossbanken (Zürcher Kantonalbank, PostFinance und Raiffeisen) zielen auf die «Rekapitalisierung und Fortführung der Geschäfts-

tätigkeit» ab.<sup>76</sup> Dabei ist den rechtlichen Strukturen der betroffenen Banken Rechnung zu tragen. So müsste etwa die Raiffeisen-Gruppe bei einer Sanierung zu einer einzigen Sanierungsgesellschaft zusammengeschlossen und in eine andere Rechtsform gewandelt werden.<sup>77</sup> Die Kompetenz dafür liegt der FINMA mit Art. 30 Abs. 2 Bst. d BankG vor.<sup>78</sup>

### 4. Single Point of Entry und Bail-in

Die Schweiz folgt dem Modell des open bank Bail-in.<sup>79</sup> Dabei soll die Rekapitalisierung der Bank über den sog. *single point of entry* (SPE) «auf Stufe der höchsten Konzerneinheit, der sogenannten Konzernobergesellschaft» durchgeführt werden.<sup>80</sup> Der Bail-in findet dabei jedenfalls für die verbleibende G-SIB in der fallierenden Rechtseinheit selbst statt; die Schaffung einer Brückenbank ist nicht vorgesehen.<sup>81</sup> Im Rahmen der Rekapitalisierung wird das Eigenkapital der Bank ganz oder teilweise abgeschrieben.<sup>82</sup> Weiter werden die für den Bail-in vorgesehenen Forderungen abgeschrieben bzw. in neue Aktien gewandelt.<sup>83</sup> Die Ausgabe der neuen Aktien erfolgt grundsätzlich unmittelbar im Anschluss an den Bail-in und stützt sich auf die Bewertung ab, die während des Resolution Weekend erfolgt.<sup>84</sup> Als Resolution Weekend wird dabei die Zeitspanne bezeichnet, während welcher die Behörden den *point of non viability* (PONV) als erreicht erachten und anschliessend das Abwicklungsverfahren eröffnen.

Dieses Vorgehen entspricht zwar einer der international anerkannten Strategien für einen Bail-in. Es birgt jedoch Herausforderungen in der praktischen Umsetzung. So ist die Bewertung in diesem frühen Zeitpunkt der Sanierung nicht immer zuverlässig. Eigner und Gläubiger, deren Ansprüche im Zuge des Resolution Weekend abgeschrieben oder reduziert werden, werden deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit Einspruch gegen die Umverteilung des Vermögens erheben. Die Abwicklungsbehörde läuft ein erhebliches Risiko, von einer eigentlichen Klagewelle erfasst zu werden.<sup>85</sup>

<sup>70</sup> Siehe oben, Abschnitt III.1.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 33 Abs. 1 BankG; BSK BankG-BAUER/HARI/JEANNERET, Art. 33 N 19 f.

<sup>72</sup> Art. 30 Abs. 1 BankG; Botschaft Sicherung der Einlagen (FN 53), 4017; siehe ferner MAUCHLE (FN 61), 249, Fn. 52.

<sup>73</sup> Art. 30c BankG; vgl. dazu auch FINMA, Resolution-Bericht 2020, 17, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/resolution-bericht/20200225-resolution-bericht-2020.pdf?la=de>; FINMA, Sanierung und Konkurs von Banken, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/die-finma-als-resolution-behoerde/sanierung-und-konkurs-von-banken/>; MICHEL KÄHR, Sanierungsrecht für Banken, ST 2014, 206.

<sup>74</sup> FSB, Key Attributes (FN 9), 16 f.; FINMA Recovery- und Resolution-Planung (FN 5).

<sup>75</sup> FINMA, Resolution-Berichterstattung, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/resolution-bericht-erstattung/>.

<sup>76</sup> FINMA, Recovery- und Resolution-Planung (FN 5).

<sup>77</sup> FINMA, Fokus inlandorientierte systemrelevante Banken, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/resolution-bericht-erstattung/fokus-inlandorientierte-systemrelevante-banken/>.

<sup>78</sup> Vgl. Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6385.

<sup>79</sup> Zum Begriff siehe oben, Abschnitt II.3.2.

<sup>80</sup> FINMA, Recovery- und Resolution-Planung (FN 5).

<sup>81</sup> Siehe oben, Abschnitt II.3.2.

<sup>82</sup> Art. 30b Abs. 5 Bst. b BankG; Art. 48 Bst. b BIV-FINMA; vgl. dazu auch KÄHR (FN 73), 206.

<sup>83</sup> Art. 30b Abs. 1 BankG; vgl. dazu auch KÄHR (FN 73), 206.

<sup>84</sup> FSB, Practices (FN 6), 6.

<sup>85</sup> So im Fall der Banco Popular; vgl. übersichtsartig EBI (FN 29), 55 ff.

Weiter kann ein Bail-in gemäss der Botschaft zu Insolvenz, Einlagensicherung und Konkurs aus dem Jahr 2020 auch in Konstellationen stattfinden, in denen die Bank gar nicht unterkapitalisiert ist. Verwiesen wird etwa auf eine Sanierung, die gestützt auf eine Liquiditätskrise ausgelöst worden ist.<sup>86</sup> Es ist somit nicht völlig ausgeschlossen, dass die Gläubiger, deren Forderungen in Aktien gewandelt worden sind, nach der Sanierung besser gestellt sind als davor. Für diese Fälle statuiert Art. 31c BankG seit dem 1. Januar 2023, dass der Sanierungsplan «einen angemessenen Wertausgleich für die Eigner vorsehen» kann.<sup>87</sup> Der Ausgleich kann gemäss Absatz 2 der Bestimmung insbesondere über die Zuteilung von Aktien oder anderen Wertpapieren erfolgen. Die Umsetzung der Norm ist allerdings mit Unsicherheiten verbunden. So fordert der Gesetzgeber, dass «die Feststellung, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Wertausgleich auszurichten wäre, bereits mit Genehmigung des Sanierungsplans erfolgen» soll – und damit zu einem Zeitpunkt, in welchem die Bewertung des vorhandenen Vermögens der Bank noch nicht abgeschlossen ist.<sup>88</sup> Der Anspruch auf Wertausgleich richtet sich weiter gegen die Bank. Der Gesetzgeber lässt jedoch offen, wie das Institut die geschuldeten Aktien zu beschaffen hätte, falls sie den früheren Aktionären erst im Anschluss an das Sanierungsverfahren zugewiesen würden.<sup>89</sup>

Der Faktor Zeit kann sich schliesslich nicht nur im Rahmen der Bewertung des Bankvermögens sowie seiner Verteilung auf die verschiedenen Anspruchsgruppen negativ auswirken. Befinden sich die Investoren in Jurisdiktionen ausserhalb Europas, kann die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital zur Anwendung des Wertschriftenrechts aus den jeweiligen Sitzstaaten führen. So gibt etwa die Securities and Exchange Commission (SEC) im FSB-Bericht zur Credit Suisse Krise zu bedenken, dass es im Rahmen eines open bank Bail-in schwierig sein kann, die nach U.S. Recht erforderlichen Offenlegungen innerhalb eines Wochenendes zu erbringen.<sup>90</sup>

## 5. Übergangsbank und Temporary Public Ownership

### 5.1. Gesetzliche Konzeption

Das Konzept der Brückenbank hat bereits früh nach der globalen Finanzkrise Eingang in das schweizerische Bankrecht gefunden. So wurde mit der Novelle von 2011 (Sicherung der Einlagen)<sup>91</sup> neu Art. 30 in das Banken-

gesetz eingeführt. Gemäss der Bestimmung kann eine Sanierung nun auch dann vorgenommen werden, wenn lediglich einzelne Bankdienstleistungen aufrechterhalten werden, ohne dass die Bank in ihrer Gesamtheit weiterbestehen muss.<sup>92</sup> Die aufrechtzuerhaltenden Dienstleistungen sollen dabei auf eine Übergangsbank übertragen werden können.<sup>93</sup> Der Gesetzgeber argumentiert hier insbesondere mit dem Szenario, wonach die systemrelevanten Funktionen der Bank möglichst rasch auf einen neuen Rechtsträger übertragen und so vom Konkurs der Restbank ausgenommen werden sollen.<sup>94</sup> In der Novelle von 2012 wird die Umsetzung dieser Lösung insofern konkretisiert, als Art. 30 Abs. 3 BankG die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes ausschliesst.<sup>95</sup> Die Übergangsbank benötigt grundsätzlich eine Bewilligung als Bank, allerdings kann die FINMA von den Bewilligungsvoraussetzungen abweichen (Art. 52 Abs. 2 BIV-FINMA<sup>96</sup>).

### 5.2. Ausgestaltung und Funktion der Übergangsbank

Die FINMA zieht das Vehikel der Übergangsbank für die konkrete Resolutionplanung jedoch soweit ersichtlich nicht heran. So hat sie die Brückenbank im Positionspapier zur Resolution von G-SIBs dem *multiple point of entry* (MPE)-Ansatz zugewiesen und damit indirekt für die Schweiz verworfen.<sup>97</sup> Weiter wurden die systemrelevanten Funktionen des Schweizer Geschäfts – die unter dem allfälligen Einsatz der Notfallplanung zu erhalten wären – bei beiden G-SIBs selbständigen rechtlichen Einheiten zugewiesen.<sup>98</sup> Eine Konkretisierung des Instituts der Übergangsbank erschien somit weitgehend hinfällig.<sup>99</sup> Entsprechend hat der Gesetzgeber nie geklärt, wer als Eigner der Übergangsbank auftreten würde. Während die EU-Regulierung in geltender Fassung vorsieht, dass die Übergangsbank mindestens teilweise der öffentlichen Hand gehören soll,<sup>100</sup> fehlt in der Schweiz eine entsprechende Regelung.<sup>101</sup>

<sup>92</sup> Botschaft Sicherung der Einlagen (FN 53), 4017.

<sup>93</sup> Botschaft Sicherung der Einlagen (FN 53), 4018.

<sup>94</sup> Botschaft Sicherung der Einlagen (FN 53), 4008, 4017 f.

<sup>95</sup> Botschaft Stärkung der Stabilität im Finanzsektor (FN 54), 4766.

<sup>96</sup> Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA, SR 952.05).

<sup>97</sup> FINMA, Sanierung und Abwicklung (FN 4), 6.

<sup>98</sup> URS HOFER, Too Big to Fail and Structural Reforms, A comparative look at structural banking reforms in Switzerland and the UK and the underlying legal and economic background, Diss. Zürich 2014, 352 ff., 390 ff.

<sup>99</sup> Vgl. auch FINMA, Lessons Learned aus der CS-Krise, 19. Dezember 2023, 20, abrufbar unter: [https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/cs-bericht/20231219-finma-bericht-cs.pdf?sc\\_lang=de&hash=81861883A9257E9D22814EE19CBEC0CE](https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/cs-bericht/20231219-finma-bericht-cs.pdf?sc_lang=de&hash=81861883A9257E9D22814EE19CBEC0CE), wonach das Institut der Übergangsbank «in der Schweiz primär für kleinere inländische Banken oder Banken, die untereinander Kooperations- und Solidaritätsvereinbarungen abgeschlossen haben, konzipiert worden» sei.

<sup>100</sup> Art. 40(2)(a) BRRD.

<sup>101</sup> HOFER (FN 98), 390 f.

<sup>86</sup> Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6395.

<sup>87</sup> Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6395.

<sup>88</sup> Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6395.

<sup>89</sup> Vgl. Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6396, wonach die Bank bei der Ausgabe von Optionen die geschuldeten Aktien u.U. auf dem Markt zu beschaffen hätte.

<sup>90</sup> FSB, Bank Failures (FN 32), 18.

<sup>91</sup> Botschaft Sicherung der Einlagen (FN 53), 4017 f.

Weiter fehlen auch Überlegungen zur Natur der zu übertragenden Aktiven und Passiven sowie zur Rolle, welche die Übergangsbank bei einer Sanierung spielen könnte: Die Einführung des Instituts der Übergangsbank wurde primär mit dem eingangs beschriebenen Ziel begründet, die für die Schweiz systemrelevanten Funktionen auch bei einem Konkurs der Restbank weiterbetreiben zu können.<sup>102</sup> Andere Anwendungsfälle werden soweit ersichtlich nicht aufgeführt, auch wenn sie durch die geltende Regelung nicht ausgeschlossen sind.<sup>103</sup>

### 5.3. Verhältnis zwischen Übergangsbank und Restbank

Ebenfalls nur im Ansatz geregelt ist die Frage nach dem Verhältnis der in der Restbank verbleibenden Gläubiger zu jenen, welche in die Übergangsbank überführt werden sollen. Zwar hat der Gesetzgeber mit Art. 31b BankG in der Novelle von 2012 eine Bestimmung eingeführt, wonach die FINMA bei der Übertragung von Aktiven und Passiven auf einen anderen Rechtsträger eine angemessene Gegenleistung festlegen kann. Die Gegenleistung hätte dabei von der Übergangsbank an die Restbank zu erfolgen.<sup>104</sup> Allerdings hält bereits die Botschaft fest, dass die FINMA bei der Festlegung des Wertausgleichs «dem öffentlichen Interesse an einer Fortführung von Bankdienstleistungen angemessen Rechnung tragen» dürfe.<sup>105</sup> Die in der Restbank verbleibenden Gläubiger können mit dem Ausgleich mithin nicht zwingend eine Schlechterstellung vermeiden. In der Revision von Art. 31b BankG wurde die Bestimmung insofern zusätzlich flexibilisiert, als dass die Festlegung einer Gegenleistung sowie deren Abstützen auf eine unabhängige Bewertung neu ausdrücklich im Ermessen der FINMA liegen.<sup>106</sup>

Ungewiss bleibt schliesslich auch, in welchem Umfang die in der Restbank verbleibenden Gläubiger an der Übergangsbank oder daraus entstehenden neuen Rechtseinheiten partizipieren können bzw. wie sie bei einer Durchbrechung des NCWO-Prinzips entschädigt werden sollen. Art. 31 Abs. 3 BankG, wonach die Gläubiger bei Nichteinhaltung des Prinzips zu entschädigen sind, statuiert dazu einen ersten Ansatz. Der Gesetzgeber lässt aber offen, aus welchen Mitteln die Entschädigung zu fliessen hätte. Insbesondere besteht keine Art. 31c Abs. 2 BankG entsprechende Bestimmung, wonach die Entschädigung in der Zuteilung von Aktien der Übergangs-

bank bzw. eines neuen Rechtsträgers bestehen könnte.<sup>107</sup> Ebenfalls fehlt in der Schweiz ein dem europäischen Abwicklungsfonds entsprechender Entschädigungsmechanismus.<sup>108</sup>

### 5.4. Temporary Public Ownership

Gänzlich verzichtet hat der Gesetzgeber auf die Einführung des Konzepts des *temporary public ownership* für eine fallierende Bank. Dies ist insofern bemerkenswert, als dass sich die FINMA bei der Umsetzung des Notfallplans für G-SIBs gegen das Konzept der Übergangsbank entschieden hat. Die systemrelevanten Funktionen sollen vielmehr in der bereits bestehenden Schweizer Einheit erhalten bleiben. Die Anteile an dieser Gesellschaft würden bei einer Insolvenz der Gesamtbank mangels staatlicher Eigentümerschaft ebenfalls in die Konkursmasse fallen.<sup>109</sup>

Aufgrund fehlender Vorschriften zur Behandlung von Gruppen im Konkursverfahren erscheint zumindest ungewiss, wie sich der Konkurs der Restbank auf die Schweizer Einheit auswirken würde. Zwar wird sich das Insolvenzverfahren grundsätzlich auf jene juristischen Einheiten der Bank beschränken, über welche der Konkurs eröffnet worden ist. Zugleich erhöht sich aber aufgrund des Konkursverfahrens und damit verbundener Entschädigungsforderungen auch die Unsicherheit über die Position der Eigner und Gläubiger der Übergangsbank derart stark, dass fraglich ist, ob für die «geretteten» Funktionen in absehbarer Zeit ein neuer Käufer gefunden werden könnte.

## 6. Fazit

Das schweizerische Sanierungs- und Konkursrecht hat einen soliden Rahmen geschaffen, um die Abwicklung von systemrelevanten Banken nach international anerkannten Standards zu bewältigen. Insbesondere hat der Gesetzgeber mit der Erweiterung der Zielsetzungen des Sanierungsverfahrens einen Weg gefunden, um nicht

<sup>102</sup> Botschaft Sicherung der Einlagen (FN 53), 4008, 4018.

<sup>103</sup> KUHN (FN 28), 445 f.

<sup>104</sup> BSK BankG-BAUER, Art. 31b N 8; Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6394.

<sup>105</sup> Botschaft Stärkung der Stabilität im Finanzsektor (FN 54), 4768.

<sup>106</sup> Botschaft Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung (FN 26), 6394 f.

<sup>107</sup> Vgl. bereits HOFER (FN 98), 406 f.; zur fehlenden Konkretisierung des Bail-in unter Gründung einer Übergangsbank vgl. DERS. (FN 98), 405 f.

<sup>108</sup> Vgl. dazu Art. 73 i.V.m. Art. 75 BRRD sowie Art. 76(1)(e) Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. Nr. L 225/1 ff. vom 30. Juli 2014 (SRM-Verordnung). Zu den Unsicherheiten der Entschädigungsfinanzierung im schweizerischen Recht vgl. bereits KUHN (FN 28), 459 f. Siehe unten, Abschnitt V.1.

<sup>109</sup> EXPERTENGRUPPE «BANKENSTABILITÄT» 2023, Reformbedarf nach dem Untergang der Credit Suisse, 1. September 2023, 37, abrufbar unter: [https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news\\_list.msg-id-97593.html](https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news_list.msg-id-97593.html).

mehr überlebensfähige systemrelevante Banken ohne Bail-out i.e.S. abzuwickeln. Als eine Möglichkeit, um die systemrelevanten Funktionen der fallierenden Bank im Zuge ihrer Abwicklung aufrecht zu erhalten, sieht Art. 30 BankG auch die Schaffung einer Übergangsbank vor. Das Institut wird durch die FINMA in der Abwicklungsplanung jedoch nicht eingesetzt und weist bereits in der gesetzgeberischen Konzeption Defizite auf. Insbesondere besteht keine Klarheit über die Rolle der Übergangsbank und über die Eignerschaft an dieser. Weiter wird das Verhältnis zwischen den Vermögenswerten der Übergangsbank sowie jenen der Restbank – und damit auch das Verhältnis zwischen den in die Übergangsbank übergehenden Gläubigern zu den in der Restbank verbleibenden Eignern und Gläubigern – nicht ausreichend geklärt.

Auf die Einführung von Vorschriften zum TPO hat der schweizerische Gesetzgeber gänzlich verzichtet. Dies ist zwar insofern zu begrüßen, als dass die staatliche Übernahme der mit einer fallierenden Bank verbundenen Risiken gestützt auf den internationalen Konsens über die Prinzipien zur Abwicklung systemrelevanter Banken gerade vermieden werden soll. Aufgrund der Tatsache, dass die systemrelevanten Funktionen der verbleibenden G-SIB bei einem Scheitern einer Sanierung der Gesamtbank nicht in eine Übergangsbank überführt, sondern in der bestehenden Schweizer Einheit aufrechterhalten werden sollen, könnte das Institut des TPO jedenfalls für diese Elemente zumindest erwogen werden. Ohne Anwendung der Regeln zur Übergangsbank und ohne gesetzliche Grundlage für ein TPO würden die Anteile der Schweizer Einheit bei einer Insolvenz der Gesamtbank ebenfalls in die Konkursmasse fallen.

#### IV. Die Bridge Financial Company als zentrales Element der Resolution in den USA

##### 1. Allgemeines

Kann sich eine Bank mit Sitz in den USA nicht aus eigener Kraft retten, untersteht sie grundsätzlich dem ordentlichen Konkursverfahren, das auch andere Unternehmen durchlaufen müssen.<sup>110</sup> Dabei steht die Liquidation der Bank im Vordergrund; in Einzelfällen gelingt einem Institut die Rettung während des Konkursverfahrens.<sup>111</sup>

Besondere Vorschriften bestehen jedoch bereits seit langem für Banken, die Einlagen von Kunden halten, welche dem *deposit insurance system* der Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) unterstehen.<sup>112</sup> Für diese Institute sieht das Gesetz ein eigenes Abwicklungsverfahren, die sog. *receivership*, vor. Erreicht eine solche Bank einen Punkt, an welchem sie nicht mehr aus eigener Kraft überleben kann, gelangt sie in *receivership* und damit unter die Kontrolle der FDIC. Diese versucht, die überlebensfähigen Elemente der Bank an Dritte zu übertragen (*purchase and assumption*, P&A).<sup>113</sup> Dabei kann die Behörde mit der übernehmenden Gesellschaft auch sog. Shared Loss Agreements (SLA) abschliessen. In diesen übernimmt sie gegenüber dem Käufer für gewisse *asset pools* während eines definierten Zeitraums eine partielle Verlustgarantie.<sup>114</sup> Gelingt eine Übertragung auf eine Drittbank nicht zeitnah, errichtet die Behörde eine Brückenbank (*bridge depository institution*) und überträgt sämtliche dem Einlegerschutz unterstehenden Aktiven auf diesen neuen Rechtsträger.<sup>115</sup> Für die auf die Brückenbank übertragenen Einlagen übernimmt die FDIC eine Garantie.<sup>116</sup> Auch nach der Gründung der Brückenbank wird die Behörde versuchen, eine P&A-Lösung zu erreichen.

Bei der Abwicklung der Bank hat die Behörde grundsätzlich denjenigen Ansatz zu wählen, welcher die ge-

Law Sch. Ctr. for Law & Econ. Studies, No. 380/2010, 30; SALDANA (FN 110), 534 ff.

<sup>112</sup> DEPARTMENT OF THE TREASURY, Report: Orderly Liquidation Authority and Bankruptcy Reform, 21. Februar 2018, 7, abrufbar unter: [https://home.treasury.gov/sites/default/files/2018-02/OLA\\_REPORT.pdf](https://home.treasury.gov/sites/default/files/2018-02/OLA_REPORT.pdf).

<sup>113</sup> BERNER (FN 110), 222 f.; RICHARD BERNER/KERMIT L. SCHOENHOLTZ/LAWRENCE J. WHITE, Chapter 5: Evaluation of the Policy Response: On the Resolution of Silicon Valley Bank, Signature Bank, and First Republic Bank, in: SVB and Beyond: The Banking Stress of 2023, NYU Stern White Paper, 104; DAVID H. CARPENTER/MICHAEL D. CONTINO, Financial Institution Insolvency and the Federal Response to the Regional Bank Failures of 2023, 21. August 2023, 11, abrufbar unter: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47658>; FDIC, Chapter 6. Bank Resolutions and Receiverships, in: CRISIS and RESPONSE, An FDIC History, 2008-2013, 189, abrufbar unter: <https://www.fdic.gov/resources/publications/crisis-response/book/crisis-response.pdf>; RAJ GNANARAJAH, Bank Failures and the FDIC, 23. März 2023, 2, abrufbar unter: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10055>; PEIHANI (FN 8), 450 ff.

<sup>114</sup> FDIC (FN 113), 189; CARPENTER/CONTINO (FN 113), 11. Zur fehlenden Möglichkeit von SLA in der europäischen Regulierung siehe auch JÉRÔME DESLANDES/CRISTINA DIAS/MARCEL MAGNUS, Liquidation of Banks: Towards an 'FDIC' for the Banking Union?, In-depth Analysis, Februar 2019, 6, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/634385/IPOL\\_IDA\(2019\)634385\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/634385/IPOL_IDA(2019)634385_EN.pdf).

<sup>115</sup> CARPENTER/CONTINO (FN 113), 12; CONTINO, The Role of Bridge Banks in FDIC Receiverships, 20. März 2023, 2, abrufbar unter: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10937>; FDIC (FN 113), 184; GNANARAJAH (FN 113), 2.

<sup>116</sup> CONTINO (FN 115), 2; so für die Silicon Valley Bridge Bank, N.A., sowie die Signature Bridge Bank, N.A., ausdrücklich FDIC, Financial Institutions are Required to Meet Contractual Obligations with Bridge Banks, FIL-10-2023, abrufbar unter: <https://www.fdic.gov/news/financial-institution-letters/2023/fil23010.html>.

<sup>110</sup> RICHARD BERNER, Chapter 10: Strengthening Supervisory and Resolution Frameworks, in: SVB and Beyond: The Banking Stress of 2023, NYU Stern White Paper, 223; MATT SALDANA, Parallel Regimes: Bankruptcy and Dodd-Frank's Orderly Liquidation Authority, Review of Banking & Financial Law 2011-2012, Vol. 31/2011, 532 f.

<sup>111</sup> JOHN C. COFFEE JR., Bail-Ins Versus Bail-Outs: Using Contingent Capital to Mitigate Systemic Risk, Working Paper of the Columbia

ringsten Kosten für den *deposit insurance fund* (DIF) nach sich zieht (sog. *least cost test*).<sup>117</sup> Ein Abweichen von diesem Grundsatz ist lediglich dann zulässig, wenn die FDIC gemeinsam mit dem U.S. Department of the Treasury (Treasury) und der Federal Reserve (Fed) eine sog. *systemic risk exception* bejahen.<sup>118</sup> Dies ist dann der Fall, wenn die Abwicklung der gescheiterten Bank unter den geringsten Kosten die Stabilität des Finanzsystems gefährden könnte.<sup>119</sup> Die *systemic risk exception* kam bei der Abwicklung sowohl der Silicon Valley Bank (SVB) als auch der Signature Bank im Frühjahr 2023 zur Anwendung.<sup>120</sup> Dabei wurden insbesondere auch Gläubiger in die Brückenbank überführt, die nicht dem Einleger-schutz unterstanden.<sup>121</sup>

Im Nachgang zur Finanzkrise von 2007/08 haben die USA die internationalen Standards für die Abwicklung systemrelevanter Finanzinstitute umgesetzt. Bei deren Umsetzung sind wesentliche Elemente des beschriebenen *receivership*-Konzepts für Banken unter dem *deposit insurance system* für die Abwicklung von systemrelevanten Finanzinstituten – u.a. auch von systemrelevanten Banken – in die Bestimmungen des Dodd Frank Act (DFA) übernommen worden.<sup>122</sup> Insbesondere führt Title II des DFA eine sog. *Orderly Liquidation Authority* (OLA) zu Gunsten der FDIC ein.<sup>123</sup> Damit die Behörde eine *Orderly Liquidation* initiieren darf, müssen die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens ist das fragliche Finanzinstitut nicht mehr überlebensfähig oder wird es in naher Zukunft nicht mehr sein.<sup>124</sup> Zweitens besteht keine Möglichkeit, die Restrukturierung des fallierenden Instituts durch eine privatwirtschaftliche Lösung zu bewältigen.<sup>125</sup> Drittens würde der ordentliche Konkurs des Finanzinstituts zu einer Gefährdung der Systemstabilität führen.<sup>126</sup> Sind diese Voraussetzungen

erfüllt, können systemrelevante Finanzinstitute ausserhalb eines gewöhnlichen Konkursverfahrens abgewickelt werden.<sup>127</sup>

## 2. Zielsetzung der Orderly Liquidation

In der globalen Finanzkrise 2007/08 mussten U.S. Banken mit staatlicher Hilfe stabilisiert werden. Das Treasury stellte dafür im sog. *Troubled Assets Relief Program* (TARP)<sup>128</sup> staatliche Mittel in grossem Umfang zur Verfügung.<sup>129</sup> Mit der Einführung von OLA sollte sichergestellt werden, dass systemrelevante Finanzinstitute auch ohne staatlichen Bail-out – wie er mit TARP erfolgt war – abgewickelt werden können. Ist eine systemrelevante Bank nicht mehr aus eigener Kraft überlebensfähig, kann die FDIC deshalb verfügen, dass sie in *receivership* versetzt wird.<sup>130</sup> Das Ziel des Verfahrens besteht darin, eine geordnete Liquidation der Bank zu erreichen, ohne Verwerfungen auf dem Markt zu bewirken.<sup>131</sup> Es soll zum einen die TBTF-Problematik für systemrelevante Banken lösen bzw. entschärfen und zum anderen systemische Verwerfungen im U.S. Finanzsystem verhindern.<sup>132</sup>

Diese Zielsetzungen sollen anhand der Liquidation der fallierenden Bank erreicht werden.<sup>133</sup> Wird ein U.S. systemrelevantes Institut in *receivership* versetzt, ist – anders als im Schweizer Sanierungsverfahren – somit grundsätzlich ausgeschlossen, dass es in der bestehenden Rechtsform weitergeführt wird. Die nicht mehr aus eigener Kraft überlebensfähige Bank wird es nach Abschluss des Verfahrens nicht mehr geben. Das eigentliche Ziel der *receivership* besteht vielmehr in der Liquidation der Bank.<sup>134</sup>

## 3. Abwicklungsplanung

Systemrelevante Banken sind gemäss Title I des DFA verpflichtet, einen sog. *living will* zu erstellen.<sup>135</sup> In diesem Plan müssen sie die Aufsichtsbehörde über die Struktur des Unternehmens informieren und aufzeigen, wie dieses im Fall eines Versagens in einem ordentlichen

<sup>117</sup> 12 U.S.C. § 1823(c) (4) (B); CONTINO (FN 113), 2; FDIC (FN 113), 36; JEFFREY N. GORDON/WOLF-GEORG RINGE, Bank Resolution in the European Banking Union: A Transatlantic Perspective on What It Would Take, Columbia Law Review, Vol. 115/2015, 1315, 1317.

<sup>118</sup> FDIC (FN 113), 36; RAJ GNANARAJAH (FN 113), 2; vgl. zum Ganzen auch MARC LABONTE, Bank Failures: The FDIC's Systemic Risk Exception, 11. April 2023, 1 f., abrufbar unter: <https://crs.reports.congress.gov/product/pdf/IF/IF12378>.

<sup>119</sup> 12 U.S.C. § 1823(c) (4) (G); CARPENTER/CONTINO (FN 113), 9; FDIC (FN 113), 36; GNANARAJAH (FN 113), 2; LABONTE (FN 118), 1.

<sup>120</sup> VIRAL V. ACHARYA/STEPHEN G. CECCHETTI/KERMIT L. SCHOENHOLTZ, Chapter 1: Evaluation of the Policy Response: On the Resolution of Silicon Valley Bank, Signature Bank, and First Republic Bank, in: SVB and Beyond: The Banking Stress of 2023, NYU Stern White Paper, 6; CARPENTER/CONTINO (FN 113), 10; GNANARAJAH (FN 113), 2; LABONTE (FN 118), 1 f.

<sup>121</sup> ACHARYA/CECCHETTI/SCHOENHOLTZ (FN 120), 6; CARPENTER/CONTINO (FN 113), 10.

<sup>122</sup> Die Bestimmungen des DFA wurden in Titel 12 U.S.C. kodifiziert.

<sup>123</sup> § 201 ff. DFA; vgl. 12 U.S.C. § 5381 ff.

<sup>124</sup> 12 U.S.C. § 5383(b) (1); MARCO VENTORUZZO/GIULIO DANDRELLI, O Tell Me The Truth About Bail-In: Theory and Practice, in: ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N°442/2019, 41, abrufbar unter: [https://www.ecgi.global/sites/default/files/working\\_papers/documents/finalventoruzzosandrelli.pdf](https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/finalventoruzzosandrelli.pdf).

<sup>125</sup> 12 U.S.C. § 5383(b) (3); VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 41.

<sup>126</sup> 12 U.S.C. § 5383(b) (2); VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 41.

<sup>127</sup> FDIC (FN 113), 92; VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 41 f.

<sup>128</sup> Vgl. dazu DEPARTEMENT OF THE TREASURY, About Tarp, abrufbar unter: <https://home.treasury.gov/data/troubled-assets-relief-program/about-tarp>.

<sup>129</sup> Vgl. dazu DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 128).

<sup>130</sup> 12 U.S.C. § 5384.

<sup>131</sup> VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 42.

<sup>132</sup> H. RODGIN COHEN, «SPOE» Resolution Strategy for SIFIs under Dodd-Frank, 17. Januar 2014, abrufbar unter: <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/01/17/spoe-resolution-strategy-for-sifis-under-dodd-frank/>.

<sup>133</sup> VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 41.

<sup>134</sup> VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 42.

<sup>135</sup> BERNER (FN 110), 223; DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 13; FDIC (FN 113), 92, 143 Fh. 73; SALDANA (FN 110), 534, 540.

Konkursverfahren abgewickelt werden kann.<sup>136</sup> Dabei ist sicherzustellen, dass die systemrelevanten Funktionen während der Abwicklung aufrechterhalten werden können.<sup>137</sup>

Gestützt auf diese bankseitige Planung nimmt die FDIC als Abwicklungsbehörde ihre eigene Abwicklungsplanung vor.<sup>138</sup> Sie berücksichtigt dabei die mit OLA geschaffene Alternative zum ordentlichen Konkursverfahren und setzt – wie die Schweiz – an einem SPE bei der Holdinggesellschaft der fallierenden Bank an.<sup>139</sup> Die Tochtergesellschaften bleiben auch nach Eröffnung des Verfahrens grundsätzlich geöffnet.<sup>140</sup> Gestützt auf die Zielsetzungen der Abwicklungsplanung verfolgt die FDIC einen sog. *closed bank*-Ansatz, d.h. die sich in der Krise befindende Rechtseinheit wird nicht rekapitalisiert, sondern liquidiert.<sup>141</sup> Damit unterscheidet sich die Resolutionplanung der USA grundlegend von der oben beschriebenen schweizerischen Abwicklungsplanung.<sup>142</sup>

#### 4. Bridge Financial Company

Die folgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf *bridge financial companies* im Rahmen der Abwicklung von systemrelevanten Finanzinstituten gemäss Title 12, § 5390(h) U.S.C. Davon zu unterscheiden sind die bereits in Abschnitt 1. erwähnten *bridge depository institutions* i.S.v. Title 12, § 1821 U.S.C., welche die FDIC im Rahmen ihrer Funktion als Einlegerschutzbehörde errichten lassen kann.<sup>143</sup> Während letztere als Banken errichtet werden,<sup>144</sup> sind *bridge financial companies* grundsätzlich als reine Holdinggesellschaften organisiert.

#### 4.1. Gesetzliche Konzeption

In Title 12, § 5390 U.S.C. werden die Rechte und Pflichten der FDIC im Zusammenhang mit der Orderly Liquidation aufgeführt. Die Liste der Befugnisse verleiht der Behörde die Kontrolle über die fallierende Bank und weitgehende Möglichkeiten, über die Vermögenswerte der Bank zu verfügen. Die FDIC kann in der Orderly Liquidation im Wesentlichen auf vergleichbare Instrumente zurückgreifen, wie sie in Abschnitt 1. für die Abwicklung von Einlagenbanken beschrieben worden sind.<sup>145</sup> Im Vordergrund steht bei der Abwicklung einer SIB die Errichtung einer *bridge financial company*. Das Institut dient zur Stabilisierung der systemrelevanten Funktionen der Bank, bis über deren Schicksal definitiv entschieden worden ist. Die Errichtung der Brückengesellschaft hat somit einen temporären Charakter und stellt eine Übergangslösung dar.<sup>146</sup> Gemäss Gesetz darf die Abwicklungsbehörde die Brückengesellschaft über einen Zeitraum von zunächst zwei Jahren betreiben, mit drei Möglichkeiten einer Verlängerung um je ein Jahr.<sup>147</sup>

Die Brückengesellschaft befindet sich – anders als die abzuwickelnde Bank – nicht in *receivership* der FDIC.<sup>148</sup> Der Gesetzgeber lässt offen, welche Vermögenswerte genau von der fallierenden Bank auf die *bridge financial company* übertragen werden sollen. Anders als das Szenario, das bei der Einführung der schweizerischen Übergangsbank durch den Gesetzgeber vorgesehen wurde, sollen auf die *bridge financial company* jedoch unter dem DFA auch Vermögenswerte übertragen werden, die nicht mit den systemrelevanten Funktionen verknüpft sind.<sup>149</sup> In der konkreten Abwicklungsplanung ist regelmässig vorgesehen, dass die Brückengesellschaft sämtliche Aktiven (primär Anteile an den Tochtergesellschaften) sowie ausgewählte Passiven der fallierenden Bank übernimmt. In der Restbank verbleiben somit in erster Linie die ehemaligen Aktionäre sowie jene Gläubiger, deren Forderungen dem Bail-in unterliegen.<sup>150</sup>

#### 4.2. Ausgestaltung und Funktion der Bridge Financial Company

Anders als im schweizerischen Recht wird die Rolle der *bridge financial company* im U.S. Recht detailliert geregelt. Insbesondere werden Eckwerte über die Befugnisse, die Errichtung sowie die Governance der Gesellschaft festgehalten.<sup>151</sup> Weiter wird normiert, wie Vermögenswerte aus der fallierenden Bank auf die *bridge financial*

<sup>136</sup> DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 13 f.; FDIC (FN 113), 92.

<sup>137</sup> FDIC, Resolution of Systemically Important Financial Institutions: The Single Point of Entry Strategy, in: Federal Register, Vol. 78/No. 243/2013, 76616, abrufbar unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2013-12-18/pdf/2013-30057.pdf>.

<sup>138</sup> SANTIAGO FERNANDEZ DE LIS/JOSÉ CARLOS PARDO/VICTORIA SANTILLANA/PILAR MIRAT, Chapter D: The US Single-Point-of-Entry and orderly liquidation regime, in: Regulation Outlook: Compendium on bank resolution regimes: from the FSB to the EU and US frameworks, Juni 2014, 43 f., abrufbar unter: <https://www.bbva.com/research/wp-content/uploads/2014/06/Regulation-Outlook.pdf>.

<sup>139</sup> DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 10; FERNANDEZ DE LIS/PARDO/SANTILLANA/MIRAT (FN 138), 46 f.; GORDON/RINGE (FN 117), 1302.

<sup>140</sup> DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 11; FDIC (FN 137), 76616.

<sup>141</sup> FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>142</sup> FSB, Practices (FN 6), 7, wonach die Schweiz dem *open bank*-Ansatz folgt. Zur Evaluation des aktuellen Standes der Abwicklungsplanung vgl. OIG, The FDIC's Orderly Liquidation Authority, Evaluation Report, September 2023, abrufbar unter: <https://www.fdicog.gov/sites/default/files/reports/2023-09/EVAL-23-004.pdf>.

<sup>143</sup> Siehe oben, Abschnitt IV.1.

<sup>144</sup> Vgl. 12 U.S.C. § 1821(n) (1) (E).

<sup>145</sup> PEIHANI (FN 8), 420; SALDANA (FN 110), 532.

<sup>146</sup> FERNANDEZ DE LIS/PARDO/SANTILLANA/MIRAT (FN 138), 40 f.; FSB, Key Attributes (FN 9), 8 f.; FSB, Bail-in (FN 8), 6; PEIHANI (FN 8), 443.

<sup>147</sup> 12 U.S.C. § 5390(h) (12).

<sup>148</sup> DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 10.

<sup>149</sup> IADI (FN 6), 15.

<sup>150</sup> Siehe unten, Abschnitt IV.4.3.

<sup>151</sup> 12 U.S.C. § 5390(h).

*company* übergehen.<sup>152</sup> Zusätzlich enthält das Gesetz Ausnahmenvorschriften über die Kapitalausstattung der Gesellschaft: Die *bridge financial company* muss nicht zwingend Eigenkapital aufweisen. Entsprechend ist die Abwicklungsbehörde nicht verpflichtet, die Brückengesellschaft mit Kapital auszustatten. Bei Gutdünken steht es ihr aber frei, zwecks späteren Verkaufs der *bridge financial company* an einen Dritten *capital stock* auszugeben.<sup>153</sup>

Während die FDIC umfassende Kompetenzen hat, um die Geschäfte der *bridge financial company* zu lenken, tritt sie nicht in dem Sinne als «Eigentümerin» auf, als dass sich der Erfolg oder Misserfolg der Brückengesellschaft direkt auf ihre Finanzen niederschlägt. Sie ist vielmehr jene Behörde, welcher die Führung der Brückengesellschaft administrativ zugewiesen ist. Die Liquiditätsversorgung der *bridge financial company* kann über den Orderly Liquidation Fund (OLF) erfolgen. Der Beitrag ist dabei jedoch zumindest während der Anfangsphase auf 10% der konsolidierten Vermögenswerte der fallierenden Bank beschränkt.<sup>154</sup> Nach Abschluss der Abwicklung sind die Mittel aus dem Entgelt, das aus der Veräusserung oder Refinanzierung der Brückebank resultiert, zurückzuerstatten.<sup>155</sup> Die Abwicklung der Bank darf gestützt auf das Gesetz zu keiner Belastung für die Steuerzahler führen.<sup>156</sup>

#### 4.3. Verhältnis zwischen Bridge Financial Company und Restbank

Anders als unter dem schweizerischen Recht ist die Errichtung einer Brückengesellschaft im Rahmen der Orderly Liquidation von vorneherein nicht auf die rechtliche Trennung zwischen verschiedenen Bereichen der Bank – wie etwa auf die Loslösung der schweizerischen systemrelevanten Funktionen von der Restbank – ausgerichtet. Mit der *bridge financial company* soll vielmehr Zeit für die Veräusserung und Restrukturierung der gesamten systemrelevanten Bank bzw. ihrer Tochtergesellschaften gewonnen werden. Dabei ist stets klar, dass die in *receivership* genommene Rechtseinheit – die Holdinggesellschaft der systemrelevanten Bank – liquidiert und keinen Fortbestand haben wird. Unter dieser Voraussetzung ist das Verhältnis zwischen Brückengesellschaft und «Restbank» weniger problembehaftet als in der

geltenden schweizerischen Regelung. Insbesondere verbleiben auf der Passivseite der fallierenden Bank im Wesentlichen lediglich die bisherigen Aktionäre sowie jene Gläubiger, deren Forderungen im Rahmen der Abwicklung ganz oder teilweise abgeschrieben werden können, d.h. die Inhaber von nachrangigen und unbesicherten Schuldtiteln.<sup>157</sup> Die Frage nach einer Entschädigung der Brückengesellschaft an die Restbank stellt sich somit nicht.

Geregelt wird dagegen die Frage nach einer Entschädigung der in der Restbank verbleibenden Aktionäre und Gläubiger. Zunächst werden diese darauf verwiesen, dass sie ihre Ansprüche anlässlich der Abwicklung der sich in *receivership* befindenden Restbank eingeben können.<sup>158</sup> Dabei gilt die gesetzlich geregelte Hierarchie.<sup>159</sup> Verbleibende Differenzen zur ursprünglichen Anspruchshöhe sind gegebenenfalls zusätzlich im Rahmen eines *securities-for-claims exchange* zu befriedigen.<sup>160</sup> Die Gläubiger erhalten dabei Anteile an den aus der Brückengesellschaft hervorgehenden neuen Gesellschaften als Kompensation für die abgeschriebenen Schuldinstrumente aus der Restbank.<sup>161</sup> Auf diese Weise wird erst im Zeitpunkt der Auflösung der Brückebank und gestützt auf eine zu diesem Zeitpunkt erfolgte Bewertung<sup>162</sup> definiert, wie hoch der Verlust für die Gläubiger effektiv ist. Die Abwicklungsbehörde erhält damit deutlich mehr Zeit als unter dem Schweizer Modell, um über den Umfang der abzuschreibenden Forderungen zu entscheiden.

#### 4.4. Temporary Public Ownership

Das Abwicklungsverfahren für SIBs nach U.S.-amerikanischem Recht kennt keine Form eines TPO. Insbesondere tritt die Abwicklungsbehörde nicht als eigentliche Eignerin der *bridge financial company* auf. Vielmehr übernimmt sie bloss die Kontrolle über die Geschäfte der Bank. Auch ausserhalb von OLA haben soweit ersichtlich keine TPO-Regeln Eingang in das U.S.-amerikanische Bankrecht gefunden.

Auch ohne Regeln zum TPO verfügen die mit der Abwicklung befassten Behörden aber über umfassende Instrumente zur Unterstützung der Abwicklung. Neben den weitreichenden Kontroll- und Restrukturierungsbefugnissen betreffend die Brückengesellschaft hat die FDIC mit dem OLF insbesondere auch die Möglichkeit, die Restrukturierung der Bank mit Liquidität zu unter-

<sup>152</sup> 12 U.S.C. § 5390(h) (2) (E).

<sup>153</sup> 12 U.S.C. § 5390(h) (2) (G).

<sup>154</sup> 12 U.S.C. § 5390(n) (6) (A); DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 9, 12; GORDON/RINGE (FN 117), 1354 Fn. 242.

<sup>155</sup> 12 U.S.C. § 5390(b) (1) (B); DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 12; FDIC (FN 137), 76622; OANA CROITORU/MARC DOBLER/JOHAN MOLIN, Resolution Funding: Who Pays When Financial Institutions Fail?, 06/2018, 21; falls diese Mittel nicht ausreichen, wird der Restbetrag bei grossen Finanzunternehmen innert fünf Jahren eingefordert, vgl. 12 U.S.C. § 5390(o); DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 12; FDIC (FN 137), 76622.

<sup>156</sup> 12 U.S.C. § 5394.

<sup>157</sup> DEPARTMENT OF THE TREASURY (FN 112), 10; FDIC (FN 137), 76616; FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>158</sup> FDIC (FN 137), 76617; FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>159</sup> 12 U.S.C. § 5390(b); FDIC (FN 137), 76617 f.; Legal Information Institute, Cornell Law School, Dodd-Frank: Title II - Orderly Liquidation Authority, abrufbar unter: [https://www.law.cornell.edu/wex/dodd-frank\\_title\\_ii\\_-\\_orderly\\_liquidation\\_authority](https://www.law.cornell.edu/wex/dodd-frank_title_ii_-_orderly_liquidation_authority).

<sup>160</sup> COHEN (FN 132); FDIC (FN 137), 76618; FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>161</sup> FDIC (FN 137), 76618; FSB, Practices (FN 6), 7.

<sup>162</sup> FDIC (FN 137), 76618; FSB, Practices (FN 6), 48.

stützen, sofern diese nicht im Privatsektor geschöpft werden kann.<sup>163</sup> Weiter ist auch unter OLA nicht ausgeschlossen, dass die FDIC im Rahmen der Restrukturierung SLA mit Erwerb von Vermögenswerten aus der Brückengesellschaft abschliesst.<sup>164</sup> Schliesslich führt die Überführung von weiten Teilen der fallierenden Bank in die neue Brückengesellschaft *de facto* dazu, dass die überführten Gläubiger von einem Schutz gegen den Ausfall ihrer Forderung ausgehen können, auch wenn sie nicht Bestandteil der systemrelevanten Funktionen der fallierenden Bank bilden.

Sämtliche dieser Optionen zur finanziellen Unterstützung oder Absicherung von Forderungen sind jedoch nicht auf das Einschliessen von Kapital in die gescheiterte Bank ausgerichtet, sondern ausschliesslich auf die Umsetzbarkeit der beabsichtigten Abwicklung.<sup>165</sup> Der Staat trägt die damit verbundenen Risiken somit höchstens in dem Ausmass, als dass der Abwicklungsbehörde bei der Planung oder Durchführung der Abwicklung Fehler unterlaufen. Selbst in einem solchen Fall dürfte gestützt auf Title 12, § 5394 U.S.C. der Einsatz von staatlichen Mitteln aber nicht dauerhaft erfolgen. Verbleibende Kosten würden vielmehr nach Abschluss der Restrukturierung bzw. Liquidation auf den Finanzsektor abgewälzt.

## 5. Single Point of Entry und Bail-in

Unter OLA erfolgt die Abwicklung einer systemrelevanten Bank – wie in der Schweiz – unter dem SPE-Ansatz.<sup>166</sup> Die Abwicklungsbehörde versetzt somit ausschliesslich die Holdinggesellschaft an der Spitze des Bankkonzerns in *receivership*.<sup>167</sup> Anders als die schweizerische Abwicklungsplanung verfolgt der DFA jedoch einen *closed bank*-Ansatz: Die in *receivership* versetzte Bank wird zwingend liquidiert. Vorgängig werden alle Aktiven sowie ausgewählte Passiven in die neue *bridge financial company* transferiert. In der Restbank zurück bleiben die Aktionäre sowie jene Gläubiger, deren Forderungen in der Abwicklung nicht oder nicht voll aufrechterhalten werden sollen. Für diese findet insofern ein funktionaler Bail-in statt, als dass sie ihre Forderungen im *receivership*-Verfahren eingeben können und diese anschliessend in der gesetzlich vorgesehenen Rangfolge berücksichtigt werden.<sup>168</sup> Nicht berücksichtigte Eingaben werden abgeschrieben und dadurch mittelbar «eingebailt». Damit dient auch der Bail-in letztlich nicht der Rettung der gestrauchelten Bank, sondern ihrer Liquidation.<sup>169</sup>

<sup>163</sup> FDIC (FN 137), 76616; GORDON/RINGE (FN 117), 1354.

<sup>164</sup> GNANARAJAH (FN 113), 2.

<sup>165</sup> BERNER (FN 110), 223 f.

<sup>166</sup> FDIC (FN 137), 76615.

<sup>167</sup> COHEN (FN 132); FDIC (FN 137), 76615; IADI (FN 6), 15.

<sup>168</sup> § 210(b) DFA; 12 U.S.C. § 5390(b); FDIC (FN 137), 76617 f.; VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 42.

<sup>169</sup> VENTORUZZO/DANDRELLI (FN 124), 42.

## 6. Fazit

Das Institut der *bridge financial company* bildet unter dem U.S.-amerikanischen Recht einen zentralen Bestandteil in der Abwicklungsplanung für systemrelevante Institute. Das Ziel der Abwicklung besteht in der Liquidation der systemrelevanten Bank. Ist diese im Rahmen eines gewöhnlichen Konkursverfahrens nicht möglich, ohne die Stabilität des U.S. Finanzsystems zu gefährden, wird die abzuwickelnde Bank durch die FDIC in *receivership* versetzt. Unter diesem besonderen Verfahren werden die Aktiven und ein Teil der Passiven der Bank in eine neu gegründete Brückengesellschaft überführt. Die Brückengesellschaft befindet sich ausserhalb der *receivership* und nimmt somit nicht an der Liquidation teil. Die restlichen Forderungen sowie das Aktienkapital können anlässlich des Liquidationsverfahrens als *claims* eingegeben werden und werden anschliessend gestützt auf die gesetzlich vorgesehene Rangfolge berücksichtigt bzw. vollständig oder teilweise abgeschrieben.

Die Kontrolle über die Ausgestaltung und Führung der Brückengesellschaft liegt bei der Abwicklungsbehörde. Diese verfügt über weitreichende Befugnisse, um die überführten Vermögenswerte – insbesondere Tochtergesellschaften des fallierenden Instituts – zu restrukturieren und an Dritte zu veräussern oder wieder in den Markt zu entlassen. Die Behörde kann zudem auf staatliche Mittel zurückgreifen, um die Finanzierung der Abwicklung zu gewährleisten. Sie darf jedoch kein Kapital in die Brückengesellschaft einschliessen. Auch eine staatliche Beteiligung an den neu aus der Brückenbank hervorgehenden Rechtseinheiten ist nicht vorgesehen. Vielmehr ist gesetzlich vorgeschrieben, dass die Steuerzahlenden durch die Abwicklung der systemrelevanten Bank finanziell nicht belastet werden dürfen.

## V. Brückeninstitut und Temporary Public Ownership in der Europäischen Union

### 1. Allgemeines

Während der globalen Finanzkrise sahen sich viele der EU-Mitgliedstaaten gezwungen, ihre Banken mit staatlichen Mitteln zu retten. Die Europäische Kommission hat diese staatlichen Rettungsaktionen als Aufsichtsbehörde über staatliche Beihilfen<sup>170</sup> gestützt auf die Ausnahmebestimmung von Art. 107(3)(b) AEUV<sup>171</sup> zwar

<sup>170</sup> Vgl. Art. 108 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. Nr. C 326/47 ff. vom 26. Oktober 2012 (AEUV).

<sup>171</sup> Gemäss Art. 107(3)(b) AEUV können «Beihilfen [...] zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats» als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden.

koordiniert und – in zunehmendem Masse – auch an Bedingungen geknüpft.<sup>172</sup> Dennoch machten die bewilligten staatlichen Beihilfen an Finanzinstitute in der EU im Umfang von über 5 Billionen Euro zwischen 2008 und 2012<sup>173</sup> deutlich, dass es in der EU einen einheitlichen Rechtsrahmen für die Bankenabwicklung brauchte. Dieser wurde im Jahre 2014 mit der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie (Bank Recovery and Resolution Directive; BRRD) eingeführt und durch die Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt. Die BRRD ist stark durch die einschlägigen internationalen Standards und die Erfahrung der globalen Finanzkrise geprägt. Nur vereinzelte (vormalige) Mitgliedstaaten – darunter insbesondere das U.K. – hatten bereits vor der Einführung der EU-Vorschriften über ein spezielles Regime zur Abwicklung von Banken verfügt.

Mit dem Erlass der BRRD wurde in der EU das materielle Recht zur Abwicklung von Banken weitgehend harmonisiert. Beinahe zeitgleich brachte die Errichtung der Bankenunion für die Mitgliedstaaten der Eurozone sowie freiwillig an der Bankenunion teilnehmende nicht-Euro-Mitgliedstaaten<sup>174</sup> aber auch institutionelle Veränderungen. Insbesondere trat am 1. Januar 2016 der per Verordnung errichtete Einheitliche Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism; SRM) in Kraft.<sup>175</sup> Die Kompetenz zur Abwicklung von sog. bedeutenden Banken sowie grenzüberschreitenden Bankengruppen liegt im SRM beim Einheitlichen Abwicklungsausschuss (Single Resolution Board, SRB),<sup>176</sup> einer in Brüssel basierten europäischen Agentur. Die nationalen Abwicklungsbehörden bleiben im SRM primär für die sog. weniger bedeutenden Banken zuständig.<sup>177</sup>

Zur Finanzierung von Abwicklungsmassnahmen können nationale Abwicklungsbehörden auf nationale Abwicklungsfinanzierungsmechanismen<sup>178</sup> und das SRB auf den sog. Einheitlichen Abwicklungsfonds (Single

Resolution Fund, SRF)<sup>179</sup> zurückgreifen. Sowohl die nationalen Fonds als auch der SRF werden durch jährlich erhobene Beiträge vom Bankensektor selbst finanziert. Die Ausstattung des SRF beläuft sich auf 1% der gedeckten Einlagen in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten,<sup>180</sup> d.h. ca. 77 Mrd. Euro in 2023,<sup>181</sup> kann aber nötigenfalls durch weitere *ex post*-Beiträge der Banken ergänzt werden. Die Euro-Mitgliedstaaten stimmten Anfang 2021 ausserdem der Schaffung einer sog. gemeinsamen Letztversicherung (*common backstop*) für den SRF in der Form einer revolving Kreditlinie zu. Die entsprechende Änderung des Vertrags zur Errichtung eines Europäischen Stabilitätsmechanismus<sup>182</sup> ist aber von einzelnen Mitgliedstaaten noch nicht ratifiziert worden.

## 2. Ziele des Abwicklungsverfahrens

In der EU wird eine Bank nur dann gestützt auf die Regeln der BRRD und SRM-Verordnung abgewickelt, wenn dies im öffentlichen Interesse erforderlich ist (sog. *public interest assessment*; PIA).<sup>183</sup> Damit wollte der EU-Gesetzgeber sicherstellen, dass nicht ohne Not in die Rechte der Bankeigner und -gläubiger eingegriffen wird.<sup>184</sup> Fällt das PIA negativ aus, wird über die Bank ein Insolvenzverfahren nach einschlägigem nationalem Recht eröffnet. Weil das EU-Recht nationales (Banken-) Insolvenzrecht nur marginal harmonisiert, kommen dabei, je nach Mitgliedstaat, sehr unterschiedliche Regeln und Verfahren zur Anwendung.<sup>185</sup>

Das öffentliche Interesse gemäss PIA bestimmt sich gestützt auf fünf gesetzliche Abwicklungsziele:<sup>186</sup> (1) Die Kontinuität kritischer Funktionen der Bank,<sup>187</sup> (2) die

<sup>172</sup> Dies geschah durch den Erlass verschiedener Mitteilungen. Zuletzt: Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Massnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise («Bankenmitteilung»), ABl. Nr. C 216/1 ff. vom 30. Juli 2013.

<sup>173</sup> Dies entsprach 40,3% des EU-BIP. Der grösste Teil dieser Beihilfen wurde im Jahre 2008 in Form von staatlichen Garantien genehmigt. Vgl. Bericht der Kommission, Anzeiger für staatliche Beihilfen 2012, Bericht über staatliche Beihilfen der EU-Mitgliedstaaten vom 21. Dezember 2012 (COM/2012/778 final).

<sup>174</sup> Seit dem Beitritt Kroatiens zum Euro nimmt nur Bulgarien freiwillig an der Bankenunion teil.

<sup>175</sup> SRM-Verordnung.

<sup>176</sup> Art. 7(2) SRM-Verordnung.

<sup>177</sup> Art. 7(3) SRM-Verordnung. Die Unterscheidung zwischen bedeutenden und weniger bedeutenden Banken wird bereits in der Bankenaufsicht, im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM), gemacht. Vgl. Art. 6(4) Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. Nr. L 287/63 ff. vom 29. Oktober 2013.

<sup>178</sup> Art. 99 ff. BRRD.

<sup>179</sup> Art. 67 ff. SRM-Verordnung.

<sup>180</sup> Art. 69(1) SRM-Verordnung.

<sup>181</sup> Vgl. <https://www.srb.europa.eu/en/single-resolution-fund>.

<sup>182</sup> Vgl. Übereinkommen vom 2. Februar 2012 zur Änderung des Vertrags zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus zwischen dem Königreich Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Estland, Irland, der Hellenischen Republik, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, der Italienischen Republik, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, dem Grossherzogtum Luxemburg, der Republik Malta, dem Königreich der Niederlande, der Republik Österreich, der Portugiesischen Republik, der Republik Slowenien, der Slowakischen Republik und der Republik Finnland (T/ESM-AMD/de; ESM).

<sup>183</sup> Art. 32(1)(c) BRRD; Art. 18(1)(c) SRM-Verordnung.

<sup>184</sup> Zum Ganzen SERAINA GRÜNEWALD, Legal Challenges of Bail-in, in: Europäische Zentralbank (Hrsg.), Shaping a New Legal Order for Europe: a Tale of Crises and Opportunities, Frankfurt am Main 2017, 287–310.

<sup>185</sup> Siehe dazu DESLANDES/DIAS/MAGNUS (FN 114), 8.

<sup>186</sup> Art. 32(5) i.V.m. Art. 31 BRRD; Art. 18(5) i.V.m. Art. 14 SRM-Verordnung.

<sup>187</sup> Unter die kritischen Funktionen können etwa das Einlagengeschäft, die Kredit- und Darlehensvergabe, Zahlungs-, Clearing-, Verwahrungs- und Abrechnungsdienstleistungen sowie Tätigkeiten auf dem Interbankenmarkt, den Kapitalmärkten und im Bereich Investitionen fallen (Erw. 4 Delegierte Verordnung (EU) 2016/778 der Kommission vom 2. Februar 2016, ABl. Nr. L 131/41 ff. vom 20. Mai 2016). Vgl. auch SRB, Critical Functions: SRB Approach,

Vermeidung erheblicher negativer Auswirkungen auf die Finanzstabilität, (3) der Schutz öffentlicher Mittel, (4) der Schutz der gedeckten Einlagen und Anlagevermögen<sup>188</sup> sowie (5) der Schutz der Gelder und Vermögenswerte der Kunden. Darüber hinaus sollen sich die Abwicklungsbehörden «bemühen», die Kosten der Abwicklung für sämtliche Gläubiger der Bank möglichst gering zu halten und Wertvernichtung zu vermeiden.<sup>189</sup> In der Praxis werden sich regelmässig Konflikte zwischen diesen Zielsetzungen auf tun; letztere sind im Einzelfall durch behördliches Ermessen gegeneinander abzuwägen.

Obwohl die Abwicklungsziele laut Gesetz als prinzipiell gleichrangig gelten,<sup>190</sup> ist nicht zu übersehen, dass in der Praxis des SRB der Erhalt der kritischen Funktionen einer Bank und die Vermeidung negativer Auswirkungen auf die Finanzstabilität *de facto* im Vordergrund stehen.<sup>191</sup> Insgesamt hat das SRB das PIA bislang restriktiv angewendet<sup>192</sup> und selbst mittelgrosse Banken nicht gemäss EU-Recht abgewickelt, sondern dem nationalen Insolvenzverfahren – und damit der Verantwortung der nationalen Behörden – zugeführt.<sup>193</sup> Ein im April 2023 präsentierter Vorschlag der Kommission zielt darauf ab, den Umfang der Abwicklung gemäss BRRD und SRM-Verordnung auszuweiten.<sup>194</sup> Inskünftig sollen auch kleinere und mittlere Banken durch Übertragungen auf andere Rechtsträger (u.a. Brückenbanken) und ggf. unter Inanspruchnahme der nationalen Einlagensicherungssysteme abgewickelt werden.

### 3. Abwicklungsplanung

Nicht nur das PIA – also die Frage, ob eine Bank überhaupt abgewickelt werden soll – stützt sich auf die in der BRRD und SRM-Verordnung genannten Abwicklungsziele. Fällt das PIA positiv aus, richtet sich auch die Wahl der bevorzugten Abwicklungsstrategie nach diesen Abwicklungszielen. Insbesondere wählen die Abwicklungsbehörden jene Abwicklungsinstrumente aus, mit denen sich diese Ziele am besten erreichen lassen.<sup>195</sup>

Zu diesem Zweck erstellen das SRB bzw. die nationalen Abwicklungsbehörden für jede Bank einen Abwicklungsplan.<sup>196</sup> Darin identifizieren sie insbesondere die kritischen Funktionen und die Vernetzung der Bank, die bevorzugte Abwicklungsstrategie unter unterschiedlichen möglichen Szenarien sowie die Finanzierungsoptionen.<sup>197</sup> Ausserdem bewerten die Behörden im Rahmen der Abwicklungsplanung die tatsächliche Abwicklungsfähigkeit einer Bank. Gestützt auf diese Bewertung ergreifen sie – sofern nötig – Massnahmen zur Beseitigung von Hindernissen für deren Abwicklungsfähigkeit<sup>198</sup> und legen individuelle Mindestanforderungen an das Halten von Eigenmitteln und spezieller Verbindlichkeiten fest, welche Verluste der Bank im Falle eines Ausfalls absorbieren sollen (sog. *minimum requirement for own funds and eligible liabilities*, MREL).<sup>199</sup>

### 4. Single und Multiple Point of Entry und Bail-in

Die MREL-Mittel werden so in den Banken platziert, dass sie zur Finanzierung ihrer Abwicklung beitragen können. Dies kann – wie in der Schweiz – im Rahmen eines open bank Bail-in oder aber – ähnlich wie in den USA – durch Übertragung nur von nicht als MREL qualifizierender Mittel auf einen anderen Rechtsträger erfolgen.<sup>200</sup> Anders als in der Schweiz und in den USA wendet das SRB zwar überwiegend, aber nicht ausschliesslich den SPE-Ansatz an.<sup>201</sup> Die Entscheidung, ob es einen SPE- oder einen MPE-Ansatz verfolgt, stützt

30. August 2018, abrufbar unter: [https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/critical\\_functions\\_final.pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/critical_functions_final.pdf).

<sup>188</sup> Die Deckung der Einlagen und Anlagevermögen beläuft sich auf 100'000 bzw. 20'000 Euro und ergibt sich aus Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme (Neufassung), ABl. Nr. L 173/149 ff. vom 12. Juni 2014 bzw. Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger, ABl. Nr. L 84/22 ff. vom 26. März 1997.

<sup>189</sup> Art. 31(2) 2. UA BRRD; Art. 14(2) 2. UA SRM-Verordnung.

<sup>190</sup> Art. 31(3) BRRD; Art. 14(3) SRM-Verordnung.

<sup>191</sup> Für eine flexible Handhabung argumentierend auch JENS-HINRICH BINDER, Art. 14 SRMR, in: Jens-Hinrich Binder/Christos V. Gortosos/Klaus Lackhoff/Christoph Ohler (Hrsg.), *European Banking Union*, Brussels Commentary, Baden-Baden 2022, Rz. 29 f.

<sup>192</sup> Für die Auslegung des PIA durch das SRB vgl. SRB, Public Interest Assessment: SRB Approach, 28. Juni 2019, abrufbar unter: [https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-06-28\\_draft\\_pia\\_paper\\_v12.pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-06-28_draft_pia_paper_v12.pdf) sowie die Addenda vom 29. Mai 2021 und 19. Mai 2022.

<sup>193</sup> So etwa im Fall der beiden italienischen Banken Veneto Banca und Banca Popolare di Vicenza im Jahre 2017; vgl. hierzu auch GRÜNWARD (FN 184).

<sup>194</sup> Vorschlag vom 18. April 2023 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU im Hinblick auf Frühinterventionsmassnahmen, Abwicklungsvoraussetzungen und die Finanzierung von Abwicklungsmassnahmen (COM/2023/227 final).

<sup>195</sup> Art. 31(1) BRRD; Art. 14(1) SRM-Verordnung.

<sup>196</sup> Art. 10 ff. BRRD; Art. 8 f. und Art. 11 SRM-Verordnung. Im SRM erfolgt die Abwicklungsplanung für bedeutende Banken in sog. Internal Resolution Teams (IRTs), die aus Mitgliedern sowohl des SRB als auch der relevanten nationalen Abwicklungsbehörden zusammengesetzt sind.

<sup>197</sup> Eingehend zur Praxis im SRM SRB, The Single Resolution Mechanism – Introduction to resolution planning, 22. September 2016, abrufbar unter: [https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/intro\\_resplanning.pdf.pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/intro_resplanning.pdf.pdf).

<sup>198</sup> Art. 15 ff. BRRD; Art. 10 SRM-Verordnung.

<sup>199</sup> Art. 45 BRRD; Art. 12 SRM-Verordnung.

<sup>200</sup> Vgl. Art. 43(2) BRRD; Art. 27(1) SRM-Verordnung.

<sup>201</sup> Das SRB hat in 67 Fällen mit einem SPE-Ansatz und in nur gerade 9 Fällen mit einem MPE-Ansatz geplant. Vgl. SRB, *Resolvability of Banking Union Banks*: 2022, September 2023, 11, abrufbar unter: [https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-09-10\\_SRB-Resolvability-Assessment-2022.pdf](https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-09-10_SRB-Resolvability-Assessment-2022.pdf).

das SRB auf die Struktur und das Geschäftsmodell der Bankengruppe ab.<sup>202</sup>

## 5. Brückeninstitut und Temporary Public Ownership

### 5.1. Gesetzliche Konzeption

Das Brückeninstitut wird in der BRRD und der SRM-Verordnung als eines von vier Abwicklungsinstrumenten aufgeführt.<sup>203</sup> Ähnlich wie in der Schweiz ist das Instrument des Brückeninstituts im Recht der EU klar vom Gedanken einer *good bank* geprägt. Um die kritischen Funktionen einer abzuwickelnden Bank aufrechtzuerhalten, sollen die Behörden diese – befristet – auf ein speziell zu diesem Zweck errichtetes Brückeninstitut übertragen können. Diese Strategie steht insbesondere dann im Vordergrund, wenn auf die Schnelle kein geeigneter Käufer für die systemrelevanten Teile bzw. kritischen Funktionen einer Bank gefunden werden kann. Gegenstand der Übertragung können Eigentumstitel (*share deal*) oder Vermögenswerte, Rechte und Verbindlichkeiten (*asset deal*) der abzuwickelnden Bank bzw. Gruppe sein.<sup>204</sup>

In der Praxis hat das Instrument des Brückeninstituts – jedenfalls auf EU-Ebene – bislang eine untergeordnete Rolle gespielt. In der Abwicklungsplanung des SRB überwiegt der open bank Bail-in als bevorzugte Strategie. Das Instrument des Brückeninstituts (in Kombination mit Bail-in) taucht nur als Nebenvariante in der Abwicklungsplanung für Banken auf, für welche das SRB die Unternehmensveräußerung – also den Verkauf an einen privaten Rechtsträger – als bevorzugte Abwicklungsstrategie identifiziert hat.<sup>205</sup>

Jedoch kamen Brückeninstitute vor Inkrafttreten der BRRD in verschiedenen nationalen Abwicklungsverfahren zum Einsatz – mit eher abschreckenden Ergebnissen. Das zur Abwicklung der portugiesischen Banco Espírito Santo (BES) errichtete Brückeninstitut Novo Banco konnte erst in einem zweiten Anlauf und nur unter Nachschichtung weiterer Mittel durch den portu-

giesischen Abwicklungsfonds sowie staatliche Garantien an die Private Equity-Firma Lone Star teilverkauft werden.<sup>206</sup> Auch bei den Verkäufen der zum Zweck der Abwicklung von vier italienischen Banken – Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara und Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti – errichteten Brückenbanken kam es zu beträchtlichen Verlusten für den italienischen Abwicklungsfonds.<sup>207</sup>

### 5.2. Ausgestaltung und Funktion des Brückeninstituts

Die BRRD enthält ausführliche Vorschriften zur Ausgestaltung von Brückeninstituten.<sup>208</sup> Anders als im U.S.-amerikanischen Recht haben Brückeninstitute sämtliche Voraussetzungen zur Erteilung einer Banklizenz zu erfüllen, also u.a. über hinreichendes regulatorisches Kapital zu verfügen.<sup>209</sup> Die Kapitalisierung eines Brückeninstituts kann durch drei kombinierbare Quellen erfolgen: Erstens können durch Anwendung des Bail-in-Instruments die Forderungen oder Schuldtitel, die auf das Brückeninstitut übertragen werden, in Eigenkapital gewandelt und/oder im Nennwert herabgesetzt werden.<sup>210</sup> Im Falle eines Bail-in durch Wandlung dürfen die privaten Eigner des Brückeninstituts dessen Kontrolle durch die Abwicklungsbehörde nicht behindern.<sup>211</sup> Nationales Recht hat also z.B. vorzusehen, dass die Stimmrechte der privaten Eigner suspendiert werden können. Zweitens können auch die nationalen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen bzw. der SRF zur Kapitalisierung des Brückeninstituts herangezogen werden,<sup>212</sup> indem sie Eigentumstitel des Instituts erwerben. Diese Option ist allerdings an die Bedingung geknüpft, dass davor mindestens 8% der gesamten Verbindlichkeiten (inkl. Eigenmittel) der abzuwickelnden Bank durch Bail-in zur Verlusttragung bzw. Rekapitalisierung des Brückeninstituts beigetragen haben.<sup>213</sup> Ausserdem muss zwingend

<sup>202</sup> Vgl. Art. 25(1) Delegierte Verordnung (EU) 2016/1075 der Kommission vom 23. März 2016, ABl. L 184/1 ff. vom 8. Juli 2016.

<sup>203</sup> Art. 37(3) BRRD; Art. 22(2) SRM-Verordnung: Instrument der Unternehmensveräußerung (a), Instrument des Brückeninstituts (b), Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten (c) und Bail-in-Instrument (d). Der Systematik von BRRD und SRM-Verordnung folgend, ordnet das SRB im SRM die Errichtung eines Brückeninstituts zur Abwicklung einer Bank an. Die Umsetzung erfolgt dann aber durch die relevante nationale Abwicklungsbehörde – unter Überwachung durch das SRB – gestützt auf das die BRRD umsetzende nationale Recht (vgl. Art. 25(2) SRM-Verordnung).

<sup>204</sup> Art. 40(1) BRRD.

<sup>205</sup> Vgl. SRB, Resolvability (FN 201), 10 f. In 72 Fällen gilt das open bank Bail-in und in nur 16 Fällen die Unternehmensveräußerung als bevorzugte Abwicklungsstrategie.

<sup>206</sup> Vgl. EUROPEAN COMMISSION, State Aid No SA.39250 (20147N) – Portugal, Resolution of Banco Espírito Santo, S.A., 3. August 2014, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253989/253989\\_1587091\\_308\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253989/253989_1587091_308_2.pdf); EUROPEAN COMMISSION, State Aid No SA.49275 (2017/N) – Portugal, Sale of Novo Banco with additional aid in the context of the 2014 Resolution of Banco Espírito Santo, S.A., 11. Oktober 2017, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/271354/271354\\_1965800\\_138\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/271354/271354_1965800_138_2.pdf).

<sup>207</sup> Exemplarisch: EUROPEAN COMMISSION, State Aid SA.41925 (2017N-2) – Italy, Sale of Bridge Bank Nuova Carife to BPER (third amendment to the resolution of Carife), 29. Juni 2017, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/270015/270015\\_1978812\\_114\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/270015/270015_1978812_114_2.pdf).

<sup>208</sup> Art. 40 f. BRRD.

<sup>209</sup> Art. 41(1)(e) BRRD.

<sup>210</sup> Vgl. Art. 43(2)(b) BRRD; Art. 27(1)(b) und (13)(b) SRM-Verordnung.

<sup>211</sup> Art. 40(2)(b) 2. UA BRRD.

<sup>212</sup> Art. 101(1)(d) BRRD; Art. 76(1)(d) SRM-Verordnung.

<sup>213</sup> Art. 44(5)(a) BRRD; Art. 27(7)(a) SRM-Verordnung.

eine Beihilfeprüfung durch die Kommission erfolgen.<sup>214</sup> Schliesslich ist drittens denkbar, dass Einlagensicherungssysteme einen Beitrag zur Kapitalisierung von Brückeninstituten leisten. Dieser Beitrag ist allerdings gleich in zweifacher Weise begrenzt: Er beschränkt sich auf den hypothetischen Verlust, den das Einlagensicherungssystem in Falle einer Abwicklung der Bank nach nationalem Insolvenzrecht erlitten hätte, sowie auf max. 50% der Zielausstattung des Einlagensicherungssystems.<sup>215</sup> Diese unter geltendem Recht lediglich theoretische dritte Option soll mit dem Revisionsvorschlag der Kommission<sup>216</sup> besser operationalisierbar werden. Auch sie dürfte jedoch in den meisten Fällen eine Beihilfeprüfung durch die Kommission voraussetzen.<sup>217</sup>

Gleichzeitig ist zu beachten, dass ein Brückeninstitut nach geltendem EU-Recht ganz oder teilweise im Eigentum einer oder mehrerer öffentlicher Stellen stehen muss.<sup>218</sup> Dabei kann es sich um die Abwicklungsbehörde oder den Abwicklungsfinanzierungsmechanismus handeln.<sup>219</sup> Im SRM stellt sich die Frage, ob der SRF, das SRB oder die zuständige nationale Abwicklungsbehörde Eigentümer(in) eines Brückeninstituts wäre. Von der Eigentümerschaft ist der operationelle Betrieb des Brückeninstituts zu unterscheiden, der unter der Kontrolle der Abwicklungsbehörde erfolgt.<sup>220</sup>

Das Brückeninstitut ist klar als Zwischenlösung konzipiert.<sup>221</sup> Die BRRD sieht eine Befristung auf maximal zwei Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit vor.<sup>222</sup> Der Betrieb des Brückeninstituts soll den Zugang zu kritischen Funktionen erhalten, mit Blick auf den Verkauf an einen oder mehrere private Käufer<sup>223</sup> bzw. eine geordnete Liquidation.<sup>224</sup> Ein Verkauf hat grundsätzlich zu Marktbedingungen und unter Beachtung des Rechtsrahmens für staatliche Beihilfen zu erfolgen.<sup>225</sup>

### 5.3. Verhältnis zwischen Brückeninstitut und Restbank

Auch das Verhältnis zwischen Brückeninstitut und Restbank unterliegt in der EU ausführlichen Regeln. Die BRRD und SRM-Verordnung räumen den Abwicklungsbehörden ein weites Ermessen ein bei der Triage zwischen Vermögenswerten und Verbindlichkeiten, die auf das Brückeninstitut übertragen und dort vorerst weitergeführt werden, und denjenigen, die in der Restbank verbleiben und nach nationalem Insolvenzrecht liquidiert werden.<sup>226</sup> Das Brückeninstitut soll jedoch als «tragfähiges Geschäft fortgeführt» werden (*going concern*);<sup>227</sup> deshalb dürfen die übertragenen Verbindlichkeiten die Vermögenswerte, die von der abzuwickelnden Bank übertragen oder aus anderen Quellen bereit gestellt werden, jedenfalls nicht übersteigen.<sup>228</sup>

Ein Wertausgleich in Form einer Gegenleistung des Brückeninstituts an in der Restbank verbleibende Eigner bzw. die Restbank selbst ist gestützt auf Art. 40(4) BRRD und Art. 20(12)(b) SRM-Verordnung möglich. Sodann steht es den Abwicklungsbehörden offen, die Übertragungsbefugnis mehr als einmal auszuüben, um weitere Eigentumstitel bzw. Vermögenswerte und Verbindlichkeiten auf das Brückeninstitut zu übertragen.<sup>229</sup> Umgekehrt sind – bei entsprechender Regelung dieser Möglichkeit in der Übertragungsurkunde – auch Rückübertragungen auf die Restbank möglich.<sup>230</sup> Dabei ist das NCWO-Prinzip zu beachten.<sup>231</sup> Darüber hinaus verfügen in der Restbank verbliebene Eigner und Gläubiger über keinerlei Rechte in Bezug auf die auf das Brückeninstitut übertragenen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten.<sup>232</sup>

In den flexiblen Möglichkeiten der «Nachjustierung» der ursprünglichen Triage zwischen Brückeninstitut und Restbank zeigt sich, dass das Instrument des Brückeninstituts den Abwicklungsbehörden u.a. Zeit verschaffen soll, um die Vermögenswerte der abzuwickelnden Bank abschliessend zu bewerten. Die Praxiserfahrung zeigt jedoch, dass insbesondere mit Rückübertragungen auf die Restbank beträchtliche rechtliche Risiken einhergehen.<sup>233</sup>

<sup>214</sup> Vgl. Bankenmitteilung (FN 172), Rz. 64; Art. 19(3) SRM-Verordnung.

<sup>215</sup> Art. 109 BRRD; Art. 79 SRM-Verordnung.

<sup>216</sup> Vgl. oben, FN 194.

<sup>217</sup> Vgl. Bankenmitteilung (FN 172), Rz. 63.

<sup>218</sup> Dies soll sich laut Kommissionvorschlag (FN 194) ändern. Neu soll Art. 40(2) 2. UA BRRD wie folgt ergänzt werden: «Ermöglicht die Anwendung des Bail-in-Instruments, dass das Kapital des Brückeninstituts vollständig durch Umwandlung von bail-in-fähigen Verbindlichkeiten in Anteile oder andere Arten von Kapitalinstrumenten bereitgestellt wird, kann von der Anforderung abgesehen werden, dass das Brückeninstitut ganz oder teilweise im Eigentum einer oder mehrerer öffentlicher Stellen stehen muss.»

<sup>219</sup> Art. 40(2)(a) BRRD.

<sup>220</sup> Vgl. Art. 41(1) BRRD.

<sup>221</sup> Erw. 60 BRRD.

<sup>222</sup> Art. 41(5)–(7) BRRD.

<sup>223</sup> Art. 41(2) BRRD.

<sup>224</sup> Art. 41(8) BRRD.

<sup>225</sup> Art. 41(4) 2. UA BRRD.

<sup>226</sup> Vgl. Erw. 60 BRRD; Erw. 62 SRM-Verordnung.

<sup>227</sup> Erw. 65 BRRD.

<sup>228</sup> Art. 40(3) BRRD; Art. 25(3) SRM-Verordnung.

<sup>229</sup> Art. 40(5) BRRD.

<sup>230</sup> Art. 40(6) und (7) BRRD.

<sup>231</sup> Art. 40(8) BRRD. Vgl. auch Erw. 62 SRM-Verordnung.

<sup>232</sup> Art. 40(11) BRRD.

<sup>233</sup> Die Rückübertragung von einigen durch BES begebenen nachrangigen Anleihen von Novo Banco auf die Restbank wurde von den Inhaberinnen dieser Anleihen gerichtlich angefochten, mit dem Argument, diese sei unrechtmässig erfolgt bzw. diskriminierend. Vgl. REUTERS, Fund Firms Sue Portugal's Central Bank over Novo Banco Debt, 5. April 2016, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/article/idUSL5N1781TN/>.

#### 5.4. Temporary Public Ownership

Ausserhalb der Abwicklungsinstrumente sieht die BRRD – für Ausnahmefälle – zwei staatliche Stabilisierungsinstrumente vor,<sup>234</sup> darunter auch die Möglichkeit eines TPO.<sup>235</sup> Nur wenige Mitgliedstaaten haben diese Möglichkeit jedoch im nationalen Recht umgesetzt, darunter etwa Österreich und Belgien.<sup>236</sup> Das SRB – als EU-Agentur – kann das TPO nicht anwenden; die SRM-Verordnung enthält denn auch keine entsprechende Bestimmung.

Das TPO ist an enge Voraussetzungen geknüpft. Es kann als *last resort*-Massnahme nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die Abwicklungsziele durch die regulären Abwicklungsinstrumente nicht (vollständig) erreicht werden können und der relevanten Bank zuvor bereits eine staatliche Eigenkapitalunterstützung gewährt wurde.<sup>237</sup> Der Einsatz von TPO ist auf die «sehr aussergewöhnliche Situation einer Systemkrise» beschränkt.<sup>238</sup> Aktionäre und nachrangige Gläubiger müssen ausserdem in der Höhe von mindestens 8% der gesamten Verbindlichkeiten (inkl. Eigenmittel) zur Verlusttragung bzw. Rekapitalisierung der Bank beigetragen haben, bevor die Bank in staatliches Eigentum übergeht. Schliesslich unterliegt der Entscheid, das Instrument des TPO einzusetzen, auch der Beihilfenkontrolle durch die Kommission.<sup>239</sup>

#### 6. Fazit

Anders als das Schweizer Recht kennt das Recht der EU ausführliche Regeln zum Einsatz von Brückeninstituten zur Abwicklung systemrelevanter Banken. Diese räumen der zuständigen Abwicklungsbehörde weitreichende und flexible Befugnisse zur Übertragung von Anteilen oder Vermögenswerten einer fallierenden Bank auf das Brückeninstitut ein. Nach geltendem Recht muss die öffentliche Hand als Eigentümerin des Brückeninstituts mindestens temporär für Verluste während dessen Geschäftstätigkeit einstehen. Ausserdem hat das Brückeninstitut die für Banken geltenden Kapitalanforderungen zu erfüllen. Die Haftungsrisiken und benötigten Mit-

tel zur Kapitalisierung von Brückeninstituten dürften Hauptgründe dafür sein, dass das Brückeninstitut in der Abwicklungsplanung des SRB bislang nur eine Nebenrolle spielt. Mit der geplanten Erweiterung der Abwicklung auch auf mittelgrosse und kleinere Banken wird das Instrument des Brückeninstituts – jedenfalls als Nebenvariante zum Instrument der Unternehmensveräusserung – jedoch an Bedeutung gewinnen. Die Möglichkeit eines TPO wiederum besteht nur in einzelnen Mitgliedstaaten der EU und ist an strenge EU-rechtliche Voraussetzungen geknüpft.

#### VI. Thesen zur Bedeutung von Brückenbank und Temporary Public Ownership

Das Institut der Brückenbank bildet einen festen Bestandteil des Instrumentariums, das für die Abwicklung systemrelevanter Banken vorgesehen ist. Das Ziel einer Brückenbank besteht immer darin, die systemrelevanten Funktionen der Bank auch während Krisensituationen aufrechtzuerhalten.<sup>240</sup> Die Gegenüberstellung der diesbezüglichen Regeln in der Schweiz, den USA und der EU hat jedoch gezeigt, dass die Brückenbank unterschiedlich eingesetzt werden kann. Ausserdem lassen sich gestützt auf die vorstehenden Ausführungen Merkmale zur Unterscheidung zwischen Brückenbank und TPO identifizieren.

Die folgenden drei Thesen fassen die Erkenntnisse dieser rechtsvergleichenden Untersuchung zusammen:

**These 1:** *Die Brückenbank kann dafür eingesetzt werden, die systemrelevanten Funktionen für die Zeit der Abwicklung auf einen neuen Rechtsträger zu übertragen und dort vorübergehend weiterzuführen.*

Die Abwicklungsbehörde überträgt dazu lediglich jene Teile der fallierenden Bank auf die Brückenbank, welche sie vor einem Untergang des Gesamtinstituts bewahren will. Typischerweise handelt es sich dabei jedenfalls um die systemrelevanten Funktionen der fallierenden Bank. Aktiven und Passiven, welche für die Aufrechterhaltung der systemrelevanten Funktionen nicht wesentlich sind oder einer Weiterführung sogar entgegenstehen können, verbleiben dagegen in der Restbank. Die Behörde gewinnt mit der Massnahme Zeit, um die systemrelevanten Funktionen auf ein anderes Institut zu übertragen, zu restrukturieren und auf den Markt zu entlassen oder

<sup>234</sup> Art. 37(10) sowie 56–58 BRRD. Ausführlich zu diesen Instrumenten CHRISTOS GORTSOS, A Poisonous (?) Mix: Bail-out of Credit Institutions Combined with Bail-in of their Liabilities under the BRRD – The Use of «Government Financial Stabilization Tools» (GFSTs), 30. November 2016, abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2876508](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876508).

<sup>235</sup> Art. 58 BRRD.

<sup>236</sup> Für eine Übersicht vgl. INTERNATIONAL MONETARY FUND, Euro Area Policies, Financial Sector Assessment Program, Technical Note – Bank Resolution and Crisis Management, 19. Juli 2018, 44, abrufbar unter: <https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/CR/2018/cr18232.ashx>.

<sup>237</sup> Art. 56(4)(c) BRRD. Das TPO ist insofern auch subsidiär zur «reinen» staatlichen Rekapitalisierung der Bank gemäss Art. 57 BRRD.

<sup>238</sup> Art. 37(10) BRRD.

<sup>239</sup> Art. 37(10)(a) und (b) BRRD.

<sup>240</sup> Zu den Vorteilen von Brückenbank-Lösungen im Vergleich zum (Zwangs-)Verkauf (*sale of business*) von fallierenden Banken vgl. JAKOB DE HAAN, How to Involve Other Banks in Bank Rescue Operations, In-depth analysis requested by the ECON Committee of the European Parliament, November 2023, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2023/747874/IPOL\\_IDA\(2023\)747874\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2023/747874/IPOL_IDA(2023)747874_EN.pdf).

nach einem späteren Wegfall von deren Systemrelevanz – beispielsweise aufgrund eines Wechsels der Kunden zu anderen Instituten – zu liquidieren. Diesem Ansatz folgt die Brückenbankregulierung der EU. Auch die schweizerischen Vorschriften zur Übergangsbank basieren im Wesentlichen auf diesem Verständnis der Brückenbank.

Der Vorteil einer Brückenbank besteht bei einer solchen *bridge bank resolution strategy* nach europäischem Vorbild im Zeitgewinn. Es kann dadurch die Phase überbrückt werden, die erforderlich ist, um eine definitive Lösung für die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen zu finden. Typischerweise werden solche Brückenbanklösungen für Konstellationen vorgesehen, in denen das *sale of business tool* als primäre Abwicklungsstrategie greifen soll, ein geeignetes Käuferinstitut jedoch nicht innert nützlicher Frist gefunden werden kann. Bei der Abwicklung von G-SIBs steht die *bridge bank resolution strategy* deshalb kaum für die Gesamtbank zur Verfügung, sondern soll der vorübergehenden Aufrechterhaltung von systemrelevanten Funktionen in den einzelnen Jurisdiktionen dienen.

Herausforderungen ergeben sich bei diesem Ansatz im Verhältnis zwischen Restbank und Brückenbank. So ist durch die Regulierung genau zu klären, wie der Bail-in für die Kapitalisierung der Brückenbank herangezogen werden kann, ob und wie die in der Restbank verbleibenden Eigner und Gläubiger entschädigt werden und wie allfällige Ausgleichsleistungen zwischen den Banken, aber auch an die Eigner und Gläubiger, zu finanzieren sind. Während die EU-Regulierung dazu konzise Vorgaben macht, enthält das geltende schweizerische Recht die in Abschnitt III.5.2 und III.5.3 beschriebenen Lücken. Diese wären bei einer Überarbeitung des regulatorischen TBTF-Regimes zu füllen, soll dem Institut der Brückenbank je der Praxistest gelingen. Daneben erfordert der Einsatz einer Brückenbank ein eigenständiges Verfahren für die Abwicklung von systemrelevanten Banken. Unter geltendem Recht kann gerade gegenüber ausländischen Behörden und Marktteilnehmern nicht überzeugend dargelegt werden, wie ein Bail-in unter Schaffung einer Brückenbank – allenfalls kombiniert mit einem späteren *sale of business* an einen Dritten – im Rahmen eines Sanierungs- oder Konkursverfahrens durchgeführt werden soll.

**These 2:** Die Brückenbank<sup>241</sup> kann zusätzlich die Operationalisierung der Abwicklung für die Gesamtbank, insbesondere die Umsetzung des Bail-in und die Entschädigung der Gläubiger, unterstützen.

Die Abwicklungsbehörde überträgt bei dieser Ausprägung grundsätzlich die Gesamtheit der Vermögenswerte

aus der Restbank auf die Brückenbank. Eine Ausnahme macht sie für Aktien sowie für jene (nachrangigen) Forderungen, die im Rahmen der Abwicklung für eine Abschreibung zur Verfügung stehen sollen. Dieser Ansatz wird im U.S.-Recht zur Abwicklung von systemrelevanten Banken verfolgt.

Der Vorteil der Brückenbank liegt auch hier im Zeitgewinn. Daneben werden aber auch die Risiken der Abwicklung gesenkt: Zum einen findet lediglich ein indirekter Bail-in statt. Die Gläubigerforderungen werden nicht im eigentlichen Sinne abgeschrieben oder gewandelt, sondern können als Konkursforderungen in der Liquidation der Restbank eingegeben werden. Zum anderen finden sich die Vermögenswerte des abzuwickelnden Instituts in einem neuen rechtlichen Gefäss und damit ausserhalb des Liquidationsverfahrens der Restbank. Weiter wird eine allfällige Entschädigung der in der Restbank verbleibenden Gläubiger auf den Zeitpunkt verschoben, in welchem die Werthaltigkeit der Vermögenswerte feststeht und die Restrukturierung bzw. Liquidation des Instituts weitgehend abgeschlossen ist.

Die Hauptherausforderung bei einem solchen Einsatz der Brückenbank liegt in der vorangehenden Strukturierung der Bank. Eine Brückenbanklösung nach dem Vorbild der U.S.-amerikanischen Regulierung lässt sich nur dann umsetzen, wenn die fragliche Bank bereits vor der Abwicklung eine geeignete Holdingstruktur aufweist. Andernfalls erscheint ein rascher Transfer sämtlicher Vermögenswerte von der fallierenden Bank auf die Brückenbank jedenfalls bei global systemrelevanten Instituten als nicht umsetzbar.

Sowohl bei der *bridge bank resolution strategy* nach europäischem Vorbild als auch beim Einsatz der *bridge financial company* i.S. der U.S.-amerikanischen Regulierung sind die Eignerschaft an der Brückenbank sowie deren Kapitalisierung durch den Gesetzgeber zu klären. Eine rechtssichere Lösung muss entweder den Staat als Eigner vorsehen oder die Mitbestimmungsrechte der neuen Eigner bis nach dem Abschluss der Restrukturierung bzw. Liquidation stark einschränken. Das schweizerische Recht lässt hier eine klare Regelung vermissen.

**These 3:** Das TPO unterscheidet sich dadurch von der Brückenbank, dass der Staat bei einem TPO zwecks Vertrauensbildung Risiken auf sich nimmt, die über die blossen Abwicklungsrisiken hinausgehen.

Die Regeln für die Abwicklung systemrelevanter Banken streben die Aufrechterhaltung von deren systemrelevanten Funktionen an, unter möglichst geringem Einsatz von staatlichen Mitteln. Der Fortbestand des fallierenden Instituts steht dabei nicht im Vordergrund. Dieser Grundsatz wird mit der Einführung eines TPO als weitere Option in einer Bankenkrise durchbrochen: Durch die staatliche Übernahme der Bank soll das Vertrauen der Öffentlichkeit und der Märkte in den Weiterbestand

<sup>241</sup> Der Begriff der Brückenbank wird vorliegend in einem untechnischen Sinn als Überbegriff verwendet. So handelt es sich bei der U.S.-amerikanischen *bridge financial company* gerade nicht um eine Bank i.e.S.

der Bank – und nicht in deren Abwicklung – gestärkt werden. Um dies zu erreichen, nimmt der Staat die mit der Übernahme der Bank und deren Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken auf sich.

Die Unterscheidung zwischen dem Institut der Brückenbank und dem TPO ist in Jurisdiktionen, die beide Konzepte kennen,<sup>242</sup> *de jure* zwar klar definiert, *de facto* aber fließend. Ein TPO liegt immer dann vor, wenn der Staat ein bestehendes Institut übernimmt. Die Risiken der Institutsfortführung lassen sich im Übernahmezeitpunkt kaum antizipieren und werden diesfalls umfassend durch den Staat als neuem Eigner getragen. Die öffentliche Hand kann aber auch Eignerin einer Brückenbank werden, wie dies etwa im EU-Recht vorgesehen und auch praktiziert worden ist. Übernimmt die öffentliche Hand mit der Eignerschaft an der neu gegründeten Brückenbank ausschliesslich Risiken, die sich aus deren Abwicklung ergeben, bleibt dies im Rahmen der durch die TBTF-Regulierung gesteckten Zielsetzungen und überschreitet die Schwelle zum TPO nicht. Ob dies der Fall ist, hängt hauptsächlich von zwei Faktoren ab: Erstens, ob die Triage gelingt zwischen jenen Vermögenswerten und Verbindlichkeiten, die in der Restbank verbleiben, und jenen, die auf die Brückenbank übergehen. Und zweitens, ob nach Abschluss der Abwicklung – d.h. nach dem Verkauf bzw. nach Aufhebung der Brückenbank – verbleibende Verluste letztlich durch den Staat oder den Bankensektor zu tragen sind. Während sowohl die EU als auch die U.S.A. über Instrumente bzw. Gefässe zur Kostentragung durch die Branche verfügen,<sup>243</sup> besteht diese Möglichkeit in der Schweiz nach geltendem Recht nicht.<sup>244</sup>

Ein TPO kann zwar ein starkes Signal des Vertrauens des Staates in die Zukunftsfähigkeit der betroffenen Bank setzen. Zugleich steht er aber den grundlegenden Prinzipien der TBTF-Regulierung entgegen, wonach auch systemrelevante Banken einer Abwicklung zugeführt und Staatsgelder nicht zu deren Rettung i.S. eines Bail-out eingesetzt werden sollen. Die Entscheidung für oder gegen die Aufnahme eines TPO in das Bankeninsolvenzrecht einer Jurisdiktion muss diesem Umstand Rechnung tragen. Die Voraussetzungen für die Anwendung einer allfälligen TPO-Klausel sind deshalb äusserst restriktiv zu formulieren. Andernfalls untergräbt das TPO die Glaubwürdigkeit des Abwicklungsregimes und die Zielsetzung der TBTF-Regulierung.

<sup>242</sup> Für die EU vgl. oben, Abschnitt V.5.4.

<sup>243</sup> Für die U.S.A. vgl. 12 U.S.C. § 5394 (Abschnitt IV.4.4); für die EU vgl. Art. 67 ff. SRM-Verordnung zum Einheitlichen Abwicklungsfonds (Abschnitt V.1).

<sup>244</sup> So bereits oben, Abschnitt III.5.3.