

FEBRUAR 2013

Newsletter

Autoren:
Martin Lanz
Olivier Favre



BANKING & FINANCE

Verlusttragung und Bail-in für Schweizer Banken

Wenn eine Bank in Schieflage gerät oder ihre Kapitalisierung nicht mehr angemessen ist, kann die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (**FINMA**) Massnahmen ergreifen, um die Bank auf eine tragfähige finanzielle Grundlage zu stellen, anstatt sie zu liquidieren. "Verlusttragung" und "Bail-in" sind wichtige Instrumente, um derartige Massnahmen umzusetzen. Diese Möglichkeiten bestehen neu infolge der Revision des Bankengesetzes im Jahre 2011 und der Bankeninsolvenzverordnung im Jahre 2012 sowie des Inkrafttretens der neuen Eigenmittelverordnung auf den 1. Januar 2013.

1 EINLEITUNG

Schweizer Banken können Kapitalinstrumente ausgeben, die Verluste tragen, wenn die Bank bestimmte Eigenkapitalanforderungen nicht mehr länger erfüllt oder wenn die Aufsichtsbehörde beschliesst, dass eine finanzielle Restrukturierung notwendig ist, um die Bank vor der Insolvenz zu bewahren. Obwohl die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Ausgabe solcher Kapitalinstrumente erlauben, als Teil der Gesetzgebung für systemrelevante Banken erlassen wurden (infolge der "too-big-to-fail" Debatte), stehen diese Instrumente allen Schweizer Banken zur Verfügung.

Dieser Newsletter befasst sich mit der Verlusttragung bei Verwendung solcher Instrumente in einer Sanierung bzw. einem Konkurs einer Bank, einschliesslich insbes. mit der Frage, wie sich diese Verlusttragung zu allfälligen "Bail-in"

Massnahmen (gesetzlich vorgesehene Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital) verhält, welche im Rahmen einer Sanierung angeordnet werden können.

2 VERFAHREN

Wenn begründete Besorgnis besteht, dass eine Bank überschuldet ist, oder wenn sie die Liquiditäts- oder Eigenmitelanforderungen nicht mehr erfüllt, kann die FINMA unter dem Bankengesetz entweder (i) Schutzmassnahmen anordnen, (ii) ein Sanierungsverfahren einleiten, oder (iii) die Konkursliquidation der Bank (Bankenkonkurs) verfügen. Das Bankengesetz gewährt der FINMA in diesem Zusammenhang einen erheblichen Ermessensspielraum. Dieser reicht von der Anordnung eines Bank-Moratoriums oder eines Fälligkeitsaufschubes bis hin zu "Bail-in" Massnahmen.

Gemäss den Regeln zum Bankensanierungsverfahren, die seit dem 1. September 2011 in Kraft sind, und der von der FINMA per 1. November 2012 erlassenen Bankeninsolvenzverordnung kann die FINMA ein Sanierungsverfahren eröffnen, wenn begründete Aussicht auf Sanierung der in Schieflage geratenen Bank oder zumindest auf Weiterführung einzelner Geschäftsaktivitäten besteht. Mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens kann die FINMA einen Sanierungsplan genehmigen, welcher unter anderem (i) die Übertragung aller oder eines Teils der Geschäftsaktivitäten der Bank (inklusive Aktiven, Passiven und vorbestehende Vertragsverhältnisse) auf eine andere Bank oder eine "Übergangsbank", (ii) die Umwandlung von Fremdkapital oder anderen Forderungen in Eigenkapital, und/oder (iii) einen Verzicht auf Forderungen gegenüber der Bank vorsieht. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die in Kapitalinstrumenten vorgesehene Verlusttragung bei der Anordnung solcher Sanierungsmassnahmen zu berücksichtigen ist.

Falls die FINMA die Liquidation der Bank (Bankenkonkurs) verfügen sollte, würden sämtliche Aktiven der Bank verwertet, um den Nettoerlös unter den Gläubigern der Bank zu verteilen.

3 KAPITAL MIT VERLUSTTRAGUNG

3.1 ANWENDUNGSBEREICH

Gemäss Schweizer Umsetzung des Basel III Regelwerks in der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen neuen Eigenmittelverordnung ist das Konzept der "Verlusttragung" zwingend auf das zusätzliche Kernkapital ("**Additional Tier 1**" oder "**AT1**") und das Ergänzungskapital ("**Tier 2**" oder "**T2**") anwendbar. Dies hat zur Folge, dass nicht mehr nur das harte Kernkapital ("**Common Equity Tier 1**" oder "**CET1**") einer Bank – bestehend aus dem einbezahlten Gesellschaftskapital, den offenen Reserven, den Reserven für allgemeine Bankrisiken, dem Gewinnvortrag sowie dem Gewinn des laufenden Geschäftsjahres nach Abzug des geschätzten Gewinnausschüttungsanteils – Verluste trägt, sondern allenfalls auch Kapitalinstrumente, die als zusätzliches Kernkapital und Ergänzungskapital zu qualifizieren sind.

Zusätzliches Kernkapital (AT1) kann sowohl als Fremd- als auch als Eigenkapitalinstrument ausgegeben werden, während Ergänzungskapital (T2) in der Form von Fremdkapitalinstrumenten ausgegeben wird. Für eine Umschreibung der Voraussetzungen, welche Kapitalinstrumente erfüllen müssen, um als zusätzliches Kernkapital oder als Ergänzungskapital anrechenbar zu sein, verweisen wir auf unseren Newsletter vom Juli 2012.

Die oben erwähnten Kapitalinstrumente stehen sowohl systemrelevanten Banken als auch anderen Banken zur Verfügung. Sofern solche Instrumente jedoch von systemrelevanten Banken als Teil des Eigenmittelpuffers oder der progressiven Komponente ausgegeben werden, muss das Kapital wenigstens die Qualität von Ergänzungskapital aufweisen. Ausserdem müssen diese Instrumente bei Unterschreiten bestimmter Kernkapitalquoten abgeschrieben oder in Eigenkapital gewandelt werden, damit sie anrechenbar sind (vgl. dazu Ziff. 3.3 unten).

"Das Konzept der Verlusttragung betrifft sowohl hartes Kernkapital als auch Kapital in der Form von zusätzlichem Kernkapital (AT1) und Ergänzungskapital (T2)."

3.2 ANORDNUNG DER VERLUSTTRAGUNG

Die unter der revidierten Eigenmittelverordnung anwendbaren Prinzipien der Verlusttragung sehen im Insolvenzfall eine Verlusttragung in der folgenden Reihenfolge vor: (i) hartes Kernkapital (CET1) trägt Verluste vor dem zusätzlichen Kernkapital (AT1) und dem Ergänzungskapital (T2), und (ii) zusätzliches Kernkapital (AT1) trägt Verluste vor dem Ergänzungskapital (T2). Wo mehrere Kapitalinstrumente zusätzliches Kernkapital oder Ergänzungskapital darstellen, bestimmt sich die Reihenfolge der Verlusttragung jedes dieser Instrumente gemäss den jeweiligen Emissionsbedingungen.

Die Verlusttragung kann bereits vor dem Konkursfall eintreten, d.h. im Rahmen eines Sanierungsverfahrens. Bezüglich Kapitalinstrumenten in der Form von Fremdkapital ergibt sich dies aus den Emissionsbedingungen. Die gesetzlichen Vorschriften der revidierten Eigenmittelverordnung bestimmen, dass in Bezug auf zusätzliches Kernkapital (AT1) sowie Kapitalinstrumente, die von systemrelevanten Banken ausgegeben werden und die als Teil des Eigenmittelpuffers oder der progressiven Komponente angerechnet werden sollen, die Verlusttragung eintreten muss, wenn die Kernkapitalquote gewisse Schwellen unterschreitet. Dies gilt selbst dann, wenn noch keine Insolvenz droht. In Bezug auf alle Kapitalinstrumente (inklusive Ergänzungskapital) muss die Verlusttragung ausserdem spätestens im Zeitpunkt der drohenden Insolvenz eintreten ("**Verlusttragung im Zeitpunkt drohender Insolvenz**" bzw. "**Verlusttragung am Point of Non-Viability**" oder "**PONV**"). Bezüglich der Kernkapitalquote als Trigger-Event der Verlusttragung hängt die Frage, ob ein solcher Trigger erreicht wurde, nicht davon ab, ob und welche Massnahmen (vgl. Ziff. 2 oben) die FINMA in Bezug auf die Bank angeordnet hat. Der Entscheid, ob ein PONV eingetreten ist, ist jedoch Sache der FINMA, und wird im Zusammenhang mit der Anordnung von Massnahmen gemäss Ziff. 2 oben gefällt.

3.3 VERLUSTTRAGUNG BEI UNTERSCHREITEN VON KERNKAPITALQUOTE

Zusätzliches Kernkapital in der Form von Fremdkapital muss bei Eintritt eines vordefinierten Trigger-Events Verluste tragen, spätestens jedoch bei Unterschreiten der Kapitalquote von 5.125% hartem Kernkapital. Eine solche Verlusttragung muss entweder mittels Forderungsverzicht oder Umwandlung in hartes Kernkapital vorgenommen werden.

Zusätzliches Kernkapital in der Form von Eigenkapital bedarf keines solchen Trigger-Events.

Kapitalinstrumente, die von systemrelevanten Banken ausgegeben werden (selbst wenn diese die Qualität von Ergänzungskapital haben), müssen eine solche Verlusttragung vorsehen; damit die betreffenden Kapitalinstrumente zum Eigenmittelpuffer zählen, muss der Trigger-

Event bei 7%, und damit sie zur progressiven Komponente zählen bei 5% liegen (jeweils berechnet in Bezug auf das harte Kernkapital im Verhältnis zu den risikogewichteten Positionen). Eine solche Verlusttragung muss entweder mittels Forderungsverzicht oder Umwandlung in hartes Kernkapital vorgenommen werden.

3.4 VERLUSTTRAGUNG BEI POINT OF NON-VIABILITY
Alle Kapitalinstrumente, die zum zusätzlichen Kernkapital oder zum Ergänzungskapital sowie, in Bezug auf systemrelevante Banken, zum Eigenmittelpuffer oder zur progressiven Komponente zählen, müssen eine Verlusttragung im Zeitpunkt drohender Insolvenz aufweisen (PONV-Trigger).

Die revidierte Eigenmittelverordnung definiert, welche Ereignisse eine drohende Insolvenz (PONV) darstellen. Eine "drohende Insolvenz" bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Bank voraussichtlich überleben würde, wenn alle Kapitalinstrumente mit einem PONV-Trigger entweder in Eigenkapital umgewandelt werden oder auf die betreffenden Forderungen verzichtet wird. Diese Verlusttragung soll spätestens vor der Inanspruchnahme einer Hilfeleistung der öffentlichen Hand ausgelöst werden, oder wenn es die FINMA zur Vermeidung einer Insolvenz für notwendig erachtet. Nicht erforderlich ist hingegen, dass Schutzmassnahmen angeordnet wurden oder ein Sanierungsverfahren eingeleitet wird. Wenn ein PONV eingetreten ist, muss die Verlusttragung entweder mittels Forderungsverzicht oder Umwandlung in hartes Kernkapital vorgenommen werden.

"Sämtliche Kapitalinstrumente, die Bestandteil des zusätzlichen Kernkapitals und des Ergänzungskapitals sind, müssen über einen PONV-Trigger verfügen."

4 BAIL-IN MASSNAHMEN

4.1 ANWENDUNGSBEREICH

Die oben beschriebenen Massnahmen zur Verlusttragung beziehen sich auf Kapitalinstrumente, welche von der Bank ausgegeben wurden. In Ergänzung dazu bestehen gemäss der von der FINMA erlassenen Bankeninsolvenzverordnung "gesetzliche Massnahmen zur Verlusttragung" in einem Sanierungsverfahren (d.h. wenn begründete Aussicht auf Sanierung der in Schieflage geratenen Bank oder zumindest auf Weiterführung einzelner Geschäftsaktivitäten besteht). Nach dieser Regelung kann die FINMA die Umwandlung ("**Bail-in**") weiteren Fremdkapitals oder einen Forderungsverzicht anordnen (und zwar unabhängig vom Bestehen einer diesbezüglichen vertraglichen Regelung), soweit erforderlich, damit die Bank nach Abschluss der Sanierung die regulatorischen Eigenmittelanforderungen wieder erfüllen kann. Bei einem solchen Bail-in handelt es sich um eine ultima ratio, die nur angeordnet werden soll, wenn die Verlusttragung unter den von der Bank ausgegebenen Kapitalinstrumenten nicht ausreicht, um die vorgeschriebene Kapitalisierung der Bank wiederherzustellen. Zudem ist erforderlich, dass die Gläubiger voraussichtlich besser gestellt werden als durch die sofortige Eröffnung des Bankenkurses.

Der Sanierungsplan hat den Bail-in zu beschreiben und muss von der FINMA und – ausser bei systemrelevanten Banken – der Mehrheit der nicht-privilegierten Gläubiger (berechnet auf der Basis der Forderungsbeträge) genehmigt werden. Im Falle einer Ablehnung wird die Bank im Rahmen des Bankenkursverfahrens liquidiert.

Wenn die FINMA nur Schutzmassnahmen anordnet, die Einleitung eines Sanierungsverfahrens jedoch als nicht notwendig oder angemessen erachtet, ist ein Bail-in keine mögliche Schutzmassnahme.

4.2 AUSNAHMEN

Bei folgenden Bankschulden ist kein Bail-in möglich: (i) Einlagen, die vom Schutz der Schweizer Einlagensicherung profitieren (dieser Schutz besteht zur Zeit bis zu einem Betrag von CHF 100'000 pro Einleger), (ii) gemäss den allgemeinen Insolvenzbestimmungen privilegierte Forderungen (zum Beispiel bestimmte Forderungen von Arbeitnehmern), (iii) gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung, und (iv) verrechenbare Forderungen im Umfang ihrer Verrechenbarkeit (einschliesslich bei Vorliegen von "Netting-Vereinbarungen" bspw. bei OTC-Derivaten, die unter einem Master Agreement ausgegeben wurden), sofern dies aus den Büchern der Bank ersichtlich ist oder der Gläubiger das Bestehen eines solchen Verrechnungsrechts sofort glaubhaft machen kann.

4.3 ANORDNUNG DER UMWANDLUNG

Fremdkapital (ohne vertragliche Regelung einer Verlusttragung) kann mit einer Bail-in Massnahme nur in Eigenkapital gewandelt oder abgeschrieben werden, wenn (i) das Gesellschaftskapital vollständig herabgesetzt und (ii) sämtliche wandelbaren Kapitalinstrumente der Bank (beispielsweise Kapitalinstrumente, die Bestandteil des zusätzlichen Kernkapitals oder des Ergänzungskapitals oder, in Bezug auf systemrelevante Banken, des Eigenmittelpuffers oder der progressiven Komponente sind (vgl. dazu Ziff. 3 oben)), in Eigenkapital gewandelt wurden.

In Bezug auf das Verhältnis zwischen Fremdkapitalinstrumenten mit Verlusttragung durch Forderungsverzicht und den Bail-in Massnahmen im Rahmen eines Sanierungsverfahrens findet sich in der Bankeninsolvenzverordnung keine ausdrückliche Regelung, dass ein solcher Forderungsverzicht eingetreten sein muss, bevor die Umwandlung von anderem Fremdkapital in Eigenkapital bzw. die vollständige Reduktion von anderen Forderungen in einem Sanierungsverfahren vorgenommen werden darf (dies im Gegensatz zu Fremdkapitalinstrumenten, die eine Verlusttragung mittels Umwandlung in Eigenkapital vorsehen). In der Praxis wird sich diese Frage voraussichtlich nicht stellen, da die FINMA vor der Genehmigung eines Sanierungsplanes entscheiden dürfte, dass ein PONV-Trigger eingetreten ist. Vor dem Hintergrund, dass Fremdkapitalinstrumente mit Wandlungsmöglichkeit und solche mit Forderungsverzicht als gleichwertige Verlusttragungsinstrumente gelten, sollten jedoch Fremdkapitalinstrumente mit Forderungsverzicht vor einem Bail-in anderer Bankschulden abgeschrieben werden.

Im Falle, dass es zu einer Umwandlung von Fremdkapital (ohne vertragliche Regelung einer Verlusttragung) in Eigenkapital kommt, ist folgende Reihenfolge einzuhalten: (i) nachrangiges Fremdkapital muss (vollständig)

gewandelt worden sein bevor nicht-nachrangiges Fremdkapital gewandelt werden kann, und (ii) nicht-nachrangiges Fremdkapital muss (vollständig) gewandelt worden sein, bevor Einlagen (deren Wandlung nicht ausgeschlossen ist, d.h. die nicht vom Schutz der Einlagensicherung profitieren) gewandelt werden können. In Bezug auf unterschiedliche Arten nachrangiger Schuldinstrumente bestimmt sich die Reihenfolge der Wandlung zwischen diesen aufgrund der Bedingungen der betreffenden Instrumente. Die Interessen der Gläubiger von Schuldinstrumenten derselben Art haben dabei Vorrang gegenüber den Interessen der Gläubiger auf einer tieferen Stufe der Kaskade. Falls die FINMA einen Forderungsverzicht als Bail-in Massnahme beschliessen sollte, kommt – gemäss

dem Wortlaut der Bankeninsolvenzverordnung – die in diesem Absatz für die Umwandlung in Eigenkapital dargestellte Reihenfolge nicht zur Anwendung.

5 ZUSAMMENFASSUNG

Das neue Bankensanierungsregime mit Verlusttragung und der Möglichkeit eines Bail-in erlaubt es der FINMA, eine Bank auf eine tragfähige finanzielle Grundlage zu stellen, wenn begründete Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung (oder zumindest auf Weiterführung einzelner Geschäftsaktivitäten) der in Schieflage geratenen Bank besteht. Dies setzt jedoch voraus, dass die Gläubiger nach Ansicht der FINMA durch die Sanierung voraussichtlich besser gestellt werden als durch die sofortige Eröffnung des Bankenkurses.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

In Zürich:



Martin Lanz

Partner
martin.lanz@swlegal.ch



Olivier Favre

Rechtsanwalt
olivier.favre@swlegal.ch

In Genf:



Jean-Yves De Both

Partner
jean-yves.deboth@swlegal.ch



Erol Baruh

Rechtsanwalt
erol.baruh@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer

Rechtsanwälte

ZÜRICH

Löwenstrasse 19
Postfach 1876
8021 Zürich/Schweiz
T +41 44 215 5252
F +41 44 215 5200
zurich@swlegal.ch

GENÈVE

15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genève 1/Schweiz
T +41 22 707 8000
F +41 22 707 8001
geneva@swlegal.ch

www.swlegal.ch