



Universität Basel, Juristische Fakultät, Postfach, 4002 Basel

Elektronische Eingabe vernehmlassungen@sif.admin.ch

Basel, 20. Juni 2023

Vernehmlassung «Änderung des Bankengesetzes» vom 25. Mai 2023

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne äussere ich mich zur o.g. Gesetzesvorlage und zum erläuternden Bericht. Meine Bemerkungen erfolgen insb. mit Fokus auf die Funktionen und die Unabhängigkeit der Schweizerischen Nationalbank (SNB). Ich forsche seit 2012 zum Geld-, Währungs- und Zentralbankrecht, halte dazu seit 2014 jährlich Vorlesungen und war mehrfach als Expertin u.a. für die SNB und die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) tätig.

Um die Lesbarkeit zu vereinfachen, werden folgende Begriffe verwendet:

Notverordnung meint die Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Ge-

währung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 16. März 2023 (soweit nicht anders erwähnt in der Fassung vom 19. März 2023)

ELA bezeichnet die durch die SNB als Lender of Last Resort gegen ausreichende

Sicherheiten i.S.v. Art. 5 Abs. 2 Bst. e und 9 Abs. 1 Bst. e NBG gewährten

ausserordentlichen Darlehen (ELA, emergency liquidity assistance)

• unELA (ungesicherte ELA) entsprechen den Darlehen gemäss E-Art. 51a ff. BankG, welche Vorlage

und Bericht als «zusätzliche» Darlehen bezeichnen

• PLB-ELA meinen die Darlehen der SNB gemäss E-Art. 32a ff. BankG, welche mit ei-

ner Ausfallgarantie des Bundes (public liquidity backstop) besichert sind

Bei Bedarf stehe ich für weitere Ausführungen und Nachweise jederzeit gerne zur Verfügung.

Seite 1/21





A. Generelle Bemerkungen

 Die Vorlage steht in klarem Widerspruch zu in den wichtigsten ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Standards zur Letztsicherung der Abwicklungsfinanzierung¹ – auch wenn der Bericht mehrfach das Gegenteil festhält. Denn sie überwälzt Verluste aus unELA und PLB-ELA in letzter Konsequenz auf die Steuerzahlenden und nicht auf den Bankensektor.

Nimmt eine Bank unELA bzw. PLB-ELA in Anspruch und fällt sie später in Konkurs, will die Vorlage die entsprechenden Forderungen der SNB und des Bundes der zweiten Konkursklasse nachrangig zuweisen (E-Art. 32h und 51b BankG; E-Art. 219 Abs. 4 Bst. g SchKG). Die Befriedigung der SNB und des Bundes aus der Konkursmasse geht damit zunächst zulasten der Gemeingläubiger. Erleidet die <u>SNB</u> einen definitiven Verlust, verringert dies ihren Gewinn. Das belastet insb. zu 1/3 den Bund und zu 2/3 die Kantone (Art. 31 Abs. 2 NBG), die deswegen die Steuerzahlenden höher besteuern oder Leistungen kürzen müssten. Trift den Bund ein definitiver Verlust, belastet dies wiederum die Steuerzahlenden oder führt zu Leistungskürzungen.

- a. Weder die Notverordnung noch die Vorlage sehen eine Abwälzung durch Vorfinanzierung und/oder Schadloshaltung durch die insolvente Bank und/oder den Bankensektor vor. Diese Sozialisierung der Verluste aus der Abwicklungsfinanzierung steht in offenem Widerspruch zur Regelung der Letztsicherung in den wichtigsten ausländischen Rechtsordnungen und den internationalen Standards des Financial Stability Boards FSB und des Internationalen Währungsfonds (IWF). Diese **Divergenz** wird im Bericht (S. 15 ff.) aber nicht deutlich. Sie wird darum hier hervorgehoben. Die Botschaft wird den internationalen Status Quo klar darstellen müssen.
 - i. Im <u>UK</u> gewährt die Bank of England PLB-ELA durch Geldschöpfung. Dafür spricht das Finanzministerium eine Ausfallgarantie. Sie ist gedeckt durch den Consolidated Fund des Finanzministeriums, in den die Banken seit 2011 (ex ante) Beträge (bank levy) einzahlen. Verbleibt ein Verlust, trägt diesen (ex post) die Bankindustrie. Eine Abwälzung auf Steuerzahlende ist nicht vorgesehen.
 - ii. In der <u>EU</u> gewährt der gemeinschaftliche Abwicklungsfonds (Single Resolution Fund, SRF) PLB-ELA – dies aber erst nach einem Bail-in von mind. 8%. Der SRF wird gespiesen durch (ex ante) Beiträge der Banken und soll Ende 2023 eine Höhe von 80 Mrd. erreichen. Ergänzend erhält der SRF eine Kreditlinie beim Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM).² Der ESM refinanziert sich durch Eigenkapital der EU-Mitgliedländer und über Anleihen am Kapitalmarkt. Die Letztsicherung liegt bei den Banken, die einen Verlust (ex post) mit Sonderabgaben über einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren zurückzahlen müssen. Eine Abwälzung auf Steuerzahlende ist nicht vorgesehen.
 - iii. In den <u>USA</u> leistet die Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) PLB-ELA in Form von Krediten oder einer Garantie. Kredite finanziert sie, indem sie Anleihen privat platziert beim Orderly Liquidation Fund (OLF) des Finanzministeriums. Die Anleihen der FDIC sind durch Aktiven der kreditnehmenden (Brücken-)Bank gesichert und ihre Amortisation erfolgt durch Verkauf dieser Bankaktiven. Einen Verlust müssen bestimmte Finanzunternehmen innert fünf Jahren zurückzahlen. Eine Abwälzung auf Steuerzahlende ist nur vorgesehen, wenn danach und trotz Konkursprivilegs ein Verlust verbleibt.

Abwicklung (engl. resolution) im Sinne von Sanierung oder Konkursliquidation mit Weiterführung der systemrelevanten Funktionen (vgl. auch Bericht Fn 25).

Die Reform von 2020 muss durch Italien noch ratifiziert werden.





- iv. In <u>Kanada</u> gewährt die Canada Deposit Insurance Corporation (CDIC) PLB-ELA aus dem Sicherungsfonds (Investment Portfolio). Letzterer wird durch Beiträge der Banken gespiesen. Subsidiär erhält die CDIC Kredit beim Finanzministerium oder über Anleihen am Kapitalmarkt. Verluste der CDIC sind durch (ex post) Beiträge der Banken zu decken. Eine Abwälzung auf Steuerzahlende ist nicht vorgesehen.
- v. In <u>Japan</u> leistet die Deposit Insurance Corporation of Japan (DICJ) PLB-ELA aus ihrem Sicherungsfonds. Dieser speist sich (ex post) aus Beiträgen der Banken. Subsidiär erhält die DICJ Kredit bei der Bank of Japan (wofür der Staat garantiert) oder über Anleihen am Kapitalmarkt. Verluste der DICJ sind durch (ex post) Beiträge der Finanzindustrie zu decken. Eine Abwälzung auf Steuerzahlende ist nicht vorgesehen.
- vi. <u>Singapur</u> hat wie die Schweiz einen international relevanten Finanzplatz. Auch dessen Regelung zu PLB-ELA ist in der Botschaft daher darzustellen. Die Monetary Authority of Singapore (MAS) geniesst grosses Ermessen bei der Überwälzung von Verlusten. Eine Abwälzung auf Steuerzahlende ist aber nicht vorgesehen.

Zwischenergebnis: Es erstaunt, wie der Bericht angesichts des Vorstehenden festhalten kann, es handle sich um eine «Anlehnung an die internationale Praxis». Denn die Vorlage steht in Bezug auf die Verlusttragung bei unELA und PLB-ELA weder im «Einklang mit Konzepten von bedeutenden ausländischen Jurisdiktionen (so aber Bericht S. 12) noch «im Einklang mit internationalen Standards des FSB» (so aber Bericht S. 60).

- b. Die im Bericht genannten Argumente gegen eine Überwälzung der Verluste auf den Bankensektor, zumindest aber auf die systemrelvanten Banken (systemically important banks, SIBs) überzeugen nicht:
 - i. Erstens sei eine <u>Versicherungsprämie</u> nicht begründbar, weil kein Rechtsanspruch auf unELA und PLB-ELA bestehe. Damit wird ausgeblendet, dass bei SIBs ein **Nichtbeistand** in den vergangenen fünfzig Jahre genau einmal gewagt wurde (im September 2008 durch das US Finanzministerium gegenüber Lehman Brothers). Angesichts des damaligen Ausgangs dürfte er auch künftig rein **faktisch illusorisch** bleiben. Dies umso mehr, als sich die Abwicklung nach den Too-big-to-fail Regeln zumindest bei globalen SIBs (wie im Fall Credit Suisse) offenbar gar nicht umsetzen lässt ohne die Kooperation betroffener ausländischer Finanzplätze welche die Schweiz nicht erzwingen kann.
 - ii. Zweitens fehle für eine <u>Risikoprämie</u> eine allgemein anerkannte Methode zur Festlegung von ex ante Beiträgen einzelner SIBs. Als Beleg dafür werden einzig die per Juni 2021 noch hängigen Rechtsstreitigkeiten vor EU-Gerichten zu den SRF-Beiträgen genannt. Nicht erwähnt werden hingegen etwa die im **UK** seit 2011 erhobenen bank levies zugunsten des Consolidated Funds oder die in **Schweden** (als erster Rechtsordnung überhaupt) bereits 2009 erhobene jährliche stability fee (seit 2017 resolution fee) der Banken und weiteren Finanzinstitute zugunsten des durch das National Debt Office verwalteten Stability Fund (seit 2017 Resolution Reserve). Ausgeblendet wird auch, dass selbst Gerichtsfälle irgendwann eine **Klärung** herbeiführen, die fortan das Inkasso (oder eine Gesetzespräzisierung) erlaubt.
 - iii. Drittens verteile sich eine ex post Abgeltung international auf eine höhere Anzahl an Banken. Diese Aussage belegt indes nur die höchst beunruhigende Tatsache, dass der Finanzplatz Schweiz spätestens durch die Fusion von CS und UBS in ein untragbares Ungleichgewicht geraten ist. Wenn die Abwicklung einer SIB nicht durch risikoadjustierte ex ante oder ex post Zahlungen des Bankensektors aufgefangen werden kann, ist die betreffende Bank schlicht zu gross. Denn ihr Untergang wie ihre Rettung würden entsprechend auch die Schweizer Volkswirtschaft schwerst belasten.





Bei einer **globalen SIB** (wie im Fall CS) dürfte zudem der Druck aus dem Ausland (der nicht die Interessen der Schweiz priorisieren würde) dem Bundesrat jede Handlungsfreiheit rauben (s.u. Ziff. 3). Das untergräbt aber nicht nur die Souveränität der Schweiz – sondern zwingt die **Schweizer Steuerzahlenden zur Subventionierung auch der ausländischen Finanzplätze**. Dem kann nur ein Ende gesetzt werden, wenn untragbar grosse Banken redimensioniert und die Letztsicherung konsequent den Banken durch risikoadjustierte ex ante und ex post Beiträge zugewiesen wird. Einzubeziehen wären dabei selbst Banken mit risikoärmeren Geschäftsmodellen, die aber etwa für den Zahlungsverkehr auf risikoreichere Banken zurückgreifen und deswegen das Bankrun-gefährdete Einlagengeschäft vermeiden können.

- iv. Daran ändert auch nichts, dass eine Bank PLB-ELA nur erhalten soll, falls sie solvent ist oder einen Sanierungsplan vorlegt (E-Art. 32a Abs. 3 Bst. c, E-Art. 51b Abs. 3, E-Art. 51d BankG). Denn in einer akuten Krise lässt sich weder die Solvenz rechtzeitig überprüfen noch eine Sanierung sofort planen. Die Vorlage vermittelt hier nur die Illusion einer Verlustprävention. Das Solvenz-/Sanierungs-Erfordernis entspricht auch nicht internationalen Gepflogenheiten und könnte zudem Finanzhilfe bei einer Fusion zweier Banken (wie im Fall der UBS und der CS) gar ausschliessen.
- v. Der Sozialisierung von Verlusten wird auch nicht genügend vorgebeugt, indem Forderungen aus un ELA bzw. PLB-ELA in Art. 3 und 11 der Notverordnung der zweiten Konkursklasse gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG zugewiesen wurden und die Vorlage diese Zuweisung mit den Art. 219 Abs. 4 Bst. g SchKG, Art. 32h und (befristet) Art. 51b BankG in ordentliches Recht überführen will. Wie dargelegt handelt es sich hier um eine im internationalen Peer-Vergleich singuläre Schonung und Bevorzugung der Banken zulasten ihrer Gläubiger und der Steuerzahlenden. Zwar ist in den USA eine Sozialisierung der Verluste nicht ganz ausgeschlossen; allerdings werden PLB-ELA dort gerade nicht gegen blosse Garantie oder gar ungesichert gewährt, sondern durch Aktiven der abzuwickelnden (Brücken-)Bank gedeckt und amortisiert.
- vi. Schliesslich können PLB-ELA die geldpolitische Handlungsfähigkeit der SNB gefährden. Benötigt eine Geschäftsbank etwa PLB-ELA in ausländischer Währung und monetisiert die SNB zur Finanzierung des Darlehens einen Teil ihrer Devisenanlagen (durch Verkauf oder Reverse Repo als Cashtaker),³ verletzt dies ggf. das verfassungsmässige und gesetzliche Gebot, ausreichend Aktiven zu halten (sog. Währungsreserven, Art. 99 Abs. 3 BV, Art. 5 Abs. 2 Bst. d und Art. 30 Abs. 1 NBG). Denn diese Devisenanlagen fehlen der SNB während der Laufzeit der PLB-ELA gegebenenfalls in Milliardenhöhe:⁴ Sie kann sie bei Inflation oder sinkendem Wechselkurs nicht zur Abschöpfung von Franken einsetzen (sog. Sterilisierung, z.B. durch Verkauf gegen Franken). Doch die Währungsreserven fehlen der SNB auch dann, wenn sie Devisen über eine Swap-Linie direkt bei der entsprechenden (ausländischen) Zentralbank beschafft:⁵ Hierbei schöpft die SNB neue Fran-

Der am 27. April 2023 publizierte Zwischenbericht der SNB per 31. März 2023 zeigt eine Abnahme der Devisenanlagen um CHF 40 Mrd. (wohl nach Verkauf) und eine Zunahme der «Verbindlichkeiten in Fremdwährungen» um CHF 40 Mrd. (wohl aus Repos der SNB als Cashtaker). Zugleich wuchsen die (in Franken gebuchten) «Girokonten inländischer Banken» (nur) um CHF 14 Mrd. Alle drei Posten dürften zur Vergabe der «Gedeckte[n] Darlehen und Darlehen nach Notrecht» von CHF 108 Mrd. beigetragen haben.

Die im März 2023 vom Bundesrat oktroyierte Limite lag mit CHF 100 Mrd. bei ca. 1/8 des Schweizer BIP.

Vgl. die am 19. März 2023 um 22 Uhr verschickte Medienmitteilung der SNB («Koordinierte Zentralbanken-Aktion zur Stärkung der Versorgung mit US-Dollar-Liquidität». Diese Linie scheint aber bislang nur mit Einzeltransaktionen im März «getestet» worden zu sein (Vergabe von Repo-gesicherten ELA von «nur» je rund USD 100 Mio. vgl. https://www.newyorkfed.org/markets/desk-operations/central-bank-liquidity-swap-operations und https://www.newyorkfed.org/markets/desk-operations/central-bank-liquidity-swap-operations und https://www.snb.c h/de/mmr/reference/snb usd repo results 20230614/source/snb usd repo results 20230614.de.pdf)





ken-Guthaben zugunsten dieser Zentralbank und erhält von ihr im Gegenzug zwar ein entsprechendes Devisen-Guthaben. Letzteres fliesst aber ab, sobald die SNB der Geschäftsbank PLB-

ELA gewährt und diese damit Zahlungen (z.B. Kundengeldabzüge) abwickelt. Selbst wenn die SNB PLB-ELA in Franken gewährt, erhält sie hierfür während der Laufzeit keine tauglichen Währungsreserven (der Rückzahlungsanspruch gegenüber der Geschäftsbank ist zwar prinzipiell ein Aktivum, aber keine monetärpolitisch wirksam einsetzbare Währungsreserve). Würden PLB-ELA hingegen ex ante finanziert, der so alimentierte Risikoprämien-Fonds der SNB überantwortet, und die SNB gesetzlich zur Verwaltung und Verwendung im Rahmen ihres geld- und stabilitätspolitischen Mandats ermächtigt, könnte sie den Fonds nicht nur zur Abwicklungsfinanzierung, sondern bei Bedarf temporär auch wie Währungsreserven einsetzen.

Ergebnis: Wenn die Vorlage wirklich im Einklang mit internationalen Regelungen ausgestaltet werden soll, ist nicht abzuwägen «zwischen dem Schutz [der] Vorsorgegelder [d.h. Zuweisung in der dritten Konkursklasse] und dem Schutz der Gesamtheit der Steuerzahler» durch Zuweisung in die zweiten Klasse (so aber der Bericht, S. 39). Die Sozialisierung des Verlustes ist vielmehr konsequent durch je risikoadjustierte ex ante Risikoprämien aller Banken und ex post Haftung der Branche gänzlich zu vermeiden. Der zu äuffnende Fonds ist der Verwaltung und Verwendung durch die SNB zu überantworten.

- Streichung von Art. 219 Abs. 4 Bst. g SchKG, Art. 32h und Art. 51b BankG, d.h. auf die Zuweisung von Forderungen von SNB und Bund in der zweiten Konkursklasse ist zu verzichten
- Ergänzung von Art. 32a Abs. 3 Bst. c BankG um eine Ausnahmeregelung
- Art. 32a ist um einen Abs. 5 zur Regelung von ex ante Risikoprämien und ex post Letztsicherung durch den Bankensektor zu ergänzen, wobei die Beiträge risikoadjustiert zu bemessen und schwergewichtig von den globalen SIBs und den SIBs zu tragen sind.
- In Art. 32 Abs. 6 BankG und in einem Art. 5 Abs. 2 Bst. d NBG ist die Verwaltung und Verwendung des Risikoprämien-Fonds durch die SNB nach freiem Ermessen im Rahmen ihres geld- und stabilitätspolitischen Mandats vorzusehen
- Andernfalls darf die Botschaft weder «Einklang mit» noch «Anlehnung an» internationale Regelungen zur Verlusttragung behaupten, sondern muss die Unterschiede explizit und detailliert darlegen





2. Die Finanzdelegation (FinDel) hat Mitte März zu spät entschieden – sofern für das Zuwarten nicht eine Rechtfertigung vorlag, was freilich transparent gemacht werden müsste.

Laut Bericht (S. 9) zwangen extrem rasche und hohe Liquiditätsabzüge bei der Credit Suisse (CS) zur Vergabe von ungesicherten ELA, um die kritische Phase bis zur Gewährung von PLB-ELA zu überbrücken. Wird die Legitimität der Notverordnung bejaht (s.u. Ziff. 4), standen ab deren Erlass freilich prinzipiell sofort sowohl unELA als auch PLB-ELA zur Verfügung. PLB-ELA erforderten indes zusätzlich die Einberufung der FinDel und deren Zustimmung zum entsprechenden Verpflichtungskredit (Art. 21 Abs. 4 Bst. e und Art. 28 FHG). Es ist nicht nachvollziehbar, warum Letztere länger brauchte als der Entscheid des Bundesrates.

- a. In künftigen akuten Krisen darf die sechsköpfige FinDel für ihren gesetzlich überantworteten, dringlichen Entscheid <u>nicht mehr länger</u> brauchen als der siebenköpfige Bundesrat. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer gesetzlichen Grundlage (s.u. Ziff. 2.d).
- b. Ein rechtzeitiger Entscheid der FinDel zu PLB-ELA setzt voraus, dass sie nicht später als der Gesamtbundesrat einberufen wird.
- c. Allerdings sind Beweggründe denkbar, zunächst nur den Bundesrat einzuberufen und so eine Ausfallgarantie des Bundes vorläufig zu vermeiden. So würde aber die parlamentarische Kontrolle verzögert, was sich mit einem Gewinn an Vertraulichkeit und Flexibilität alleine nicht rechtfertigen liesse. Anderes könnte hingegen gelten, wenn letztlich eine andere Währungsordnung das mit unELA verbundene Ausfall- und Währungsrisiko tragen würde. Eine solche Konstellation könnte auftreten, wenn unELA primär aussenpolitisch motiviert wären (weil der Zusammenbruch v.a. ausländische Finanzplätze gefährden würde) und eine Bank primär Devisen benötigen sollte (weil sie v.a. an ausländischen Finanzplätzen mit Abzügen konfrontiert wäre). In solch einem Fall könnte die SNB die benötigten Devisen über eine Swap-Linie direkt bei einer ausländischen Zentralbank beziehen und als unELA einer Bank darleihen.⁶ Allerdings müsste die ausländische Zentralbank in den Swap-Bedingungen das Risiko eines Zahlungsausfalls der Bank übernehmen (und später ggf. auf die bei ihr angesiedelten Einheiten der Bank abwälzen). Ein solcher Risikotransfer wäre bereits in «ordentlichen Zeiten» auszuhandeln (Art. 5 Abs. 3 NBG, Art. 54 Abs. 1, 166 und 184 BV).
- d. Für den Fall, dass ein Risikotransfer ins Ausland nicht erfolgt, muss das Parlament klären, ob und, falls ja, unter welchen Bedingungen es den Bundesrat ermächtigen will, bis zum Entscheid der FinDel <u>autonom</u> über PLB-ELA zu entscheiden. Den entsprechenden Verpflichtungskredit i.S.v. Art. 22 Abs. 4 Bst. e FHG müsste das Parlament vorsorglich und unbefristet beschliessen.
- Art. 28 FHG ist zu ergänzen (Pikettpflicht, Vertretungsregeln, Versammlungspflicht inkl. Bedingungen der telefonischen, virtuellen und hybriden Versammlung, Entscheidungspflicht etc.)
- Neuer Art. 7e RVOG: «Sind dringliche Massnahmen gemäss Art. 7a bis 7d RVOG effektiv oder mutmasslich mit finanziellen Verpflichtungen gemäss Art. 28 FHG verbunden, so muss die Finanzdelegation zeitgleich mit dem Bundesrat nach Art. 16 RVOG einberufen werden.»
- Ggf. Anpassung Swap-Abkommen zwischen Zentralbanken bzgl. Risikotransfer bei unELA im Hauptinteresse des Auslandes

Vgl. etwa CGFS (Committee on the Global Financial System), Designing frameworks for central bank liquidity assistance: addressing new challenges, 6. April 2017, Summary: «The cooperation between central banks in the case of a cross-border institution requiring LA [Liquidity Assistance] ... extends to a range of issues relating to ... operational issues regarding the use of collateral and acquisition of foreign exchange in supplying LA».





• Ggf. neuer Art. 7e RVOG mit Ausnahme und Ermächtigung zugunsten des Bundesrats in E-Art. 32b BankG, unter definierten Voraussetzungen (akut systemgefährdende Krise, Befristung etc.) autonom eine limitierte Ausfallgarantie für PLB-ELA zu gewähren





3. Ungesicherte ELA zulasten der Schweizer Steuerzahlenden sind ein schwerwiegender ordnungspolitischer Sündenfall.

Ungesicherte ELA dürfen insb. aus folgenden Gründen auf keinen Fall in ordentliches Recht überführt und auch in Zukunft nicht wieder über «Notrecht» aktiviert werden (die Ausführungen beziehen sich auf unELA, deren Risiken keine ausländische Währungsordnung tragen würde; zu letzteren s.o. Ziff. 2.c):

- a. Die Rechtfertigung für bereits gewährte ungesicherte ELA ist entfallen. Es ist <u>unverhältnismässig</u>, noch ausstehende unELA nicht sofort abzulösen, sondern sie weiterlaufen zu lassen (oder ev. gar zu rollieren). Denn sie sind inzwischen nicht mehr erforderlich und auch nicht mehr das mildeste Mittel: Die akut dringlichen Umstände, welche im März bis zum Entscheid der FinDel über PLB-ELA vorlagen, sind überwunden und damit auch die <u>Erforderlichkeit</u>. Entsprechend kann und muss nun das Parlament nach Art. 21 Abs. 4 Bst e FHG über die Ablösung durch PLB-ELA entscheiden, soweit eine Ablösung durch (E)LA oder Marktrefinanzierung nicht gewünscht oder möglich ist. Auch in künftigen Krisen wären unELA nicht mehr das <u>mildeste</u> Mittel, da stattdessen ein rechtzeitiger Entscheid der FinDel gesetzlich sichergestellt werden bzw. der Bundesrat zur autonomen Gewährung einer Ausfallgarantie für PLB-ELA ermächtigt werden könnte (s.o. Ziff. 2).
- b. UnELA stehen in <u>eklatantem Widerspruch zu den wichtigsten ausländischen</u> Rechtsordnungen. Das macht der Bericht viel zu wenig deutlich. Das Fehlen internationaler Regeln zu unELA wird daher in der Botschaft hervorzuheben sein: Weder die USA, das UK noch die EU erlauben eine ungesicherte Abwicklungsfinanzierung und in Kanada ist sie ohne Parlamentsentscheid auf CAD 25 Mrd. begrenzt.
- c. Mit unELA in Schweizer Franken schöpft die SNB <u>Helikoptergeld</u> in Reinform. Das verletzt das verfassungsmässige und gesetzliche Gebot, ausreichend Währungsreserven zu halten (Art. 99 Abs. 3 BV, Art. 5 Abs. 2 Bst. d und Art. 30 Abs. 1 NBG). Dies wiederum schwächt den geldpolitischen Handlungsspielraum der SNB: Während der Laufzeit der unELA fehlen der SNB in entsprechender Höhe Aktiven, die sie bei Inflation oder sinkendem Wechselkurs zur Abschöpfung von Franken einsetzen könnte (Sterilisierung, insb. durch Aktivenverkauf gegen Franken) gegebenenfalls in Milliardenhöhe.⁷
- d. UnELA verletzen das Verbot der direkten <u>Staatsfinanzierung</u> durch die SNB. Denn die SNB bewahrt damit auf eigene Kosten den Bund vor einem Eventualkredit (in Form einer Ausfallgarantie). Das verstösst ebenso gegen Art. 11 Abs. 2 NBG, wie wenn die SNB dem Bund einen Eventualkredit gewährt.
- e. UnELA unterminieren die verfassungsmässig und gesetzlich garantierte <u>Unabhängigkeit</u> der SNB, die sie ausdrücklich auch geniesst, wenn sie zur Stabilität des Finanzsystems beiträgt (Art. 99 Abs. 2 BV, Art. 6 NBG). Denn die Vorlage will den Bundesrat ermächtigen, die maximale Höhe von unELA zu bestimmen. Zwar muss er dabei die SNB anhören und die SNB kann die unELA-Bedingungen festlegen. Allerdings kann die SNB die wichtigste Bedingung für jegliches Zentralbankdarlehen ausreichende Besicherung gerade nicht einfordern. Zudem entscheidet letztlich der Bundesrat alleine, was auf ein systemfremdes und verfassungswidriges Weisungsrecht des Bundesrates hinausläuft.
- f. UnELA müssen voll ausgeschöpft sein, bevor PLB-ELA aktiviert werden können. Das setzt für den Bundesrat den <u>Fehlanreiz</u>, den Maximalbetrag für unELA (zu) hoch anzusetzen, um PLB-ELA und damit eine Ausfallgarantie des Bundes möglichst lange zu vermeiden (auf Kosten der SNB; ihrer Unabhängigkeit und ihrer geldpolitischen Handlungsfähigkeit).

Die im März 2023 vom Bundesrat oktroyierte Limite lag mit CHF 100 Mrd. bei ca. 1/8 des Schweizer BIP.





- g. UnELA setzen Fehlanreize gegenüber dem Bankensystem, übermässige Risiken einzugehen, da <u>Verluste sozialisiert</u> werden (s.o. Ziff. 1).
- In der Botschaft sind die ordnungspolitischen Mängel von unELA umfassend zu thematisieren
- In den E-Art. 51a ff. BankG sind alle Regelungen zu unELA ersatzlos zu streichen





Es scheint fraglich, aus welchem Grund der Bundesrat im März 2023 zum Erlass einer Notverordnung berechtigt war.

Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV legitimieren eine Notverordnung nur, wenn, sie <u>Polizeigüter</u> (besonders hochwertige, fundamentale Rechtsgüter) vor <u>unvorhergesehenen Gefahren</u> schützt,⁸ <u>oder</u> die <u>aussenpolitische Interessenwahrung</u> es erfordert.⁹

Allerdings ist die Stabilität der Finanz- und Volkswirtschaft kein klassisches Polizeigut wie Leib, Leben, Gesundheit, äussere Unabhängigkeit sowie innerer und äusserer Frieden. Die genannten Güter waren durch den möglichen Zusammenbruch der CS auch nicht mittelbar bedroht. Denn im Inland wäre eine Abwicklung mit Erhalt der systemrelevanten Inlandfunktionen dank der TBTF-Vorbereitungen durchaus machbar gewesen. Bedroht waren vielmehr ausländische Gegenparteien der CS und damit verbunden ausländische Finanzmärkte und Volkswirtschaften (so auch der Bericht S. 15 und Kapitel 5).

Zudem war der Zusammenbruch der CS seit längerem vorhersehbar bzw. drohte <u>spätestens seit Oktober akut und klar erkennbar</u>: Auf dem Höhepunkt der Finanzkrise 2008 notierten die Prämien für fünfjährige Kreditausfallversicherungen¹⁰ der CS knapp über 250 Basispunkten. Am 30. September 2022, der Tag an dem Bundesrat Ueli Maurer, der für die CS politisch zuständige Finanzminister, seinen Rücktritt erklärte, erreichte dieser Wert 247, stieg noch vor Jahresende auf 450 und erreichte am 15. März 2023 schliesslich 766 Basispunkte.¹¹ Künftig ist die FINMA zu ermächtigen, solche Marktbewertungen, welche die zukünftige Profitabilität einpreisen, neben den traditionellen regulatorischen Kenngrössen im Rahmen von Art. 25 Abs. 1 BankG zu berücksichtigen.

Ein Teil der Lehre will in Bezug auf den Polizeigüterschutz zwar auf die Vorhersehbarkeit verzichten. ¹² Allerdings müsste vorliegend überdies die Finanzstabilität neu als Polizeigut «im weiteren Sinne» ausgelegt werden – was den Verzicht auf die Vorhersehbarkeit noch weniger erlauben würde.

Damit scheinen sich aber die Massnahmen vom März 2023 einzig durch die <u>aussenpolitische Interessenwahrung</u> rechtfertigen zu lassen. Entsprechend wäre die Verhältnismässigkeit der Massnahmen neu zu bewerten. Im Raum steht die Befürchtung, dass in einer Situation wie im März 2023 ausländische Behörden den Bundesrat nicht nur dringlich bitten würden, von einer Abwicklung nicht systemrelevanter Teile einer Bank abzusehen, sondern auch drastische wirtschaftliche und geopolitische Folgen bei Missachtung dieser Bitte glaubhaft in Aussicht stellen könnten. Vor dem Hintergrund einer solchen lose-lose-Situation dürften Massnahmen für den Bundesrat als das (kurzfristig) «kleinere Übel» erscheinen. Allerdings könnten Massnahmen, welche letztlich die Schweizer Steuerzahlenden belasten, in diesem Fall <u>unverhältnismässig</u> sein und damit Art. 5 Abs. 2 BV zuwiderlaufen. Ihre Überführung in ordentliches Recht liesse sich daher auch aus Gründen der Interessenabwägung nicht rechtfertigen.

⁸ Vgl. etwa BGE 126 I 112 E. 4b S. 118; 121 I 22 E. 4b.aa. S. 27 f.

Biaggini, § 7 Grundfragen und Herausforderungen, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, S. 86 und Kley; § 25 Staatsleitende Prozesse ausserhalb der Rechtsetzung, a.a.O., S. 355.

Die Prämie (sog. credit default swap spread) wird als Ausgleich für die Übernahme des Ausfallrisikos einer Kreditschuld gezahlt. Je höher ein CDS-Spread steigt, desto höher schätzt der Markt die Wahrscheinlichkeit eines Kreditausfalls ein.

Reuters, 2. Oktober 2022, Credit Suisse executives reassure investors after CDS spike. https://www.fuw.ch/dieser-chart-zeigt-die-panik-um-credit-suisse-962117233196

Müller/Jenni, Die polizeiliche Generalklausel, Ein Institut mit Reformbedarf, in: Sicherheit & Recht 2008, 12 ff.





Solche Umstände wären aber transparent zu machen, damit demokratisch darüber debattiert und entschieden werden kann, ob sich die Schweiz weiterhin ein Bankensystem mit (nun noch einer) globalen SIB leisten will und kann, was ihre Souveränität untergräbt, zu Milliardenschulden zulasten der Steuerzahlenden und einer möglichen Entwertung des Schweizer Frankens führen kann oder, falls nicht, welche Alternativen wie anzusteuern sind.

- In der Botschaft ist die Verhältnismässigkeit der Massnahmen, die in ordentliches Recht überführt werden sollen, mit Rücksicht auf ihre Veranlassung eingehend zu bewerten.
- Art. 25 Abs. 1 BankG ist so zu ergänzen, dass die FINMA auch ausgewählte Marktbewertungen, welche etwa die zukünftige Profitabilität einpreisen, zum Anlass von Schutzmassnahmen nehmen kann.





Art. 37 BankG ist zu weit formuliert; Forderungen aus unELA und PLB-ELA sind ausnehmen.

Von Art. 37 BankG erfasste Forderungen verpflichten die Masse (<u>Massaverbindlichkeiten</u>). Als solche werden sie im Konkurs vor allen anderen Verbindlichkeiten befriedigt – also auch vor allen Löhnen und weiteren Ansprüchen der Mitarbeitenden, vor allen Beiträgen an Sozialversicherungen und vor sämtlichen privilegierten Einlagen bis CHF 100'000 auf Kundenkonten sowie auf Freizügigkeits- und Säule-3a-Konten.

Zeitlich erstreckt sich dieses «<u>Super-Privileg</u>» auf Verbindlichkeiten, die während der Dauer von <u>Schutzmassnahmen</u> i.S.v. Art. 26 BankG begründet wurden, wobei der Moment der Eröffnung der Massnahme durch die FINMA gegenüber der betroffenen Bank massgeblich ist.

Diese Norm soll <u>Anreiz</u> für private Investoren schaffen, eine Bank auch nach Anordnung von Schutzmassnahmen durch die FINMA (weiter bzw. neu) zu finanzieren. Dieser Zweck wird aber unterminiert, wenn Investoren damit rechnen müssten, das Privileg nach Art. 37 BankG mit potenziellen Milliardenforderungen aus unELA und PLB-ELA teilen zu müssen. Auch ein Nachrang der Forderungen aus unELA und PLB-ELA innerhalb der Masseverbindlichkeiten wäre unangebracht, da er sämtliche Gläubiger der Konkursklassen nach Art. 219 SchKG benachteiligen würde und SNB und Bund ihre Finanzhilfe des Anreizes von Art. 37 BankG nicht bedürfen.

Sowohl die Erläuterungen zur Notverordnung als auch der vorliegende Bericht zeigen nicht auf, ab welchem Zeitpunkt die FINMA gegenüber der CS (allenfalls) erstmals Schutzmassnahmen erlassen hat. Damit bleibt unklar, ob und, falls ja, welche der von der SNB gewährten Darlehen von insg. rund 170 Mrd. 13 bei Wegfall der Zuweisung in die zweite Konkursklasse in der Notverordnung prinzipiell als unprivilegierte Forderungen der dritten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG zu qualifizieren wären und welche direkt als super-privilegierte Massaverbindlichkeiten nach Art. 37 BankG zu gelten hätten. 14 Letztere Folge sollte durch eine Anpassung von Art. 37 BankG jedenfalls ausgeschlossen werden.

Ansprüche der öffentlichen Hand aus Abwicklungsfinanzierung sind von Art. 37 BankG auszunehmen

Andererseits hielten schon die Erläuterungen zur Notverordnung auf S. 18 ohne Einschränkung fest, dass die «Forderungen der SNB und des Bundes» aufgrund der Zuweisung zur zweiten Klasse «nicht mehr in den Anwendungsbereich von Artikel 37 BankG» fallen» würden. Desgleichen hält nun auch der Bericht auf S. 39 (eher beiläufig, aber ebenso uneingeschränkt) fest, dass bei Annahme der Vorlage durch das Parlament (und der damit verbundenen Zuweisung zur zweiten Klasse) die «Forderungen der SNB und des Bundes ... nicht mehr in den Anwendungsbereich von Artikel 37» BankG fallen würden (Hervorhebungen hinzugefügt). Heide Passagen sprechen dafür, dass sämtliche seit dem 15. März 2023 begründeten Forderungen der SNB und des Bundes gegenüber der CS an sich Massaverbindlichkeiten wären. Die Zuweisung zur zweiten Klasse brächte diesfalls aber keineswegs eine zusätzliche Privilegierung – sondern würde diesen Forderungen vielmehr das «Super-Privileg» gerade entziehen.

Sonntagszeitung, (online) 10.06.2023, Interview Jordan: «Diesmal hat es auf dem Höhepunkt rund 170 Milliarden Liquiditätshilfe gebraucht.»

Die Hinweise in den Materialien sind widersprüchlich: Einerseits erwähnt der Bericht auf S. 10 die Möglichkeit, dass bei Aufhebung der einschlägigen Regelungen in der Notverordnung die Gerichte im Streitfall die «Weitergeltung der Konkursprivilegien verneinen» könnten. Gemäss Bericht würde sich alsdann fragen, «ob die SNB für die zusätzlichen Liquiditätshilfe-Darlehen einen Schaden aus dem Wegfall des Konkursprivilegs gegenüber dem Bund einklagen könnte» (Hervorhebung hinzugefügt). Diese Folge wäre aber nur denkbar, soweit Darlehen noch vor jeglicher Anordnung von Schutzmassnahmen durch die FINMA ergangen wären – was angesichts der dramatischen Umstände, die ein Eingreifen der FINMA zwingend erforderten, erstaunen würde.





B. Zur Botschaft

- Zur besseren Lesbarkeit ist die Notverordnung nur bei ihrer ersten Erwähnung in voller Länge auszuschreiben.
- Die in der Vorlage bislang als «zusätzliche» bezeichneten Darlehen sind in der Botschaft (und ggf. im Entwurf) tatsachengemäss als «ungesicherte» Darlehen zu bezeichnen.
- Die Verhältnismässigkeit der Massnahmen, die in ordentliches Recht überführt werden sollen, ist mit Rücksicht auf ihre Veranlassung, die Regelung der Letztsicherung und damit verbunden ihre internationale Kompatibilität eingehend zu bewerten
- Die ordnungspolitischen Mängel von unELA sind umfassend zu thematisieren.





C. Zu den einzelnen Bestimmungen

Bankengesetz vom 8. November 1934²

Art. 1 Abs. 5 (neu)

Die Schweizerische Nationalbank (NBG) und die Pfandbriefzentralen fallen nur soweit unter das Gesetz, als dies ausdrücklich gesagt ist.

Erläuterung: die Schweizerische Nationalbank ist (nach dem Vorbild der FINMA) nach ihrer ersten Erwähnung im gesamten Gesetz konsequent als SNB zu bezeichnen.

Art. 3g Abs. 1 und 2 erster Satz; Art. 5; Art. 10 Abs. 4 Bst. abis; Art. 10a

Keine Anmerkungen

Art. 10b

Abs. 1 verschieben in den thematisch einschlägigen 11. Abschnitt (Massnahmen bei Insolvenzgefahr), z.B. in einen neuen Art. 26a BankG

Abs. 2 streichen oder direkt Art. 32k ergänzen.

Art. 12; Art. 13 Abs. 1, 2 Einleitungsteil sowie Abs. 6 und 8 Einleitungssatz; Art. 14 Abs. 6; Art. 14b

Inhaltlich keine Anmerkungen. Formal ist zu prüfen, ob inhaltlich identisch bleibende Absätze tatsächlich neu nummeriert werden sollen oder ob nicht besser dazwischen Absätze mit –bis, -ter, etc. Aufzählung einzuschieben wären.

Art. 25 Abs. 1

¹ Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder erfüllt diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist nicht, oder bestehen namentlich aufgrund von Marktbewertungen ernsthafte Zweifel an der zukünftigen Profitabilität, so kann die FINMA die anordnen

Art. 26 Abs. 1 Bst. h und i

Keine Anmerkung

Art. 30 Abs. 3 zweiter Satz

Keine Anmerkung

Elfter a. Abschnitt: Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen Notdarlehen der Schweizerischen Nationalbank SNB an systemrelevante Banken

Art. 32a Gewährung von Ausfallgarantien

¹ Der Bund kann der Nationalbank SNB Ausfallgarantien gewähren für Liquiditätshilfe-Darlehen an Banken, deren Ausfall die Stabilität des Finanzsystems bedrohen würdedie systemrelevant oder Teil einer systemrelevanten Finanzgruppe sind (garantierte Notdarlehen). Er schätzt die mit der Gewährung der Ausfallgarantien verbundenen Risiken ein und berücksichtigt dabei insbesondere das Konkursprivileg nach Artikel 32h.

ANMERKUNGEN:

1. Es ist zweifelhaft, ob es sich tatsächlich um klassische Liquiditätshilfe handelt. Dagegen spricht, dass (a) die SNB die Darlehen anders als private Geldgeber nicht kündigt, wenn dadurch die Sanierung oder





Umstrukturierung gefährdet würde. Das rückt diese Darlehen in grösste Nähe zu den Eigenen Mitteln der Bank; dass (b) die Solvenz vor der Gewährung durchaus fraglich sein und nicht abschliessend beurteilt werden kann und dass (c) der Bund garantiert, weil die Bank keine Aktiven mehr hat, die sie als Sicherheiten einsetzen könnte – was in Bezug auf die Qualität (Bonität) dieser verbleibenden Aktiven grösste Bedenken weckt. Es liegt daher nahe, neutraler von Notdarlehen zu sprechen.

- 2. Zur besseren Lesbarkeit ist eine griffige Kurzform (z.B. garantierte Notdarlehen) einzuführen und konsequent zu verwenden.
- 3. Systemrelevanz Die Erfahrungen mit der Silicon Valley Bank haben gezeigt, dass auch eine nichtsystemrelevante Bank in der Krise mitunter einen Flächenbrand auslösen kann.

2 Keine Anmerkungen.

3 Für die Gewährung einer Ausfallgarantie müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- a. Die Darlehensnehmerin hat die mit eigenen Mitteln erschliessbaren Finanzierungsquellen ausgeschöpft. Die Nationalbank SNB bestätigt, dass die Darlehensnehmerin und die Finanzgruppe über keine geeigneten Sicherheiten mehr für die Besicherung ausserordentlicher Liquiditätshilfe-Darlehen verfügen. Die FINMA bestätigt, dass der Darlehensnehmerin und der Finanzgruppe keine anderweitigen Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen.
- b. Die FINMA hat ein Sanierungsverfahren eingeleitet oder ein solches steht bevor **oder sie sieht ange-** sichts einer betriebserhaltenden Umstrukturierung oder vergleichbarer Umstände davon ab.
- c. Die FINMA bestätigt, dass die Darlehensnehmerin solvent ist oder dass ein Sanierungsplan **oder eine Ausnahme** vorliegt.
- d. Ohne Gewährung von Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen droht eine erhebliche Schädigung der Schweizer Volkswirtschaft und des schweizerischen Finanzsystems. Sind unmittelbar und primär ausländische Interessen bedroht, ist die interessengerechte Überwälzung der Letztsicherung gewährleistet.
- e. Die Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen sind für die Sanierung die wirtschaftliche Fortsetzung des Geschäftsbetriebs der Darlehensnehmerin geeignet und erforderlich.
- ⁴ Es besteht kein Rechtsanspruch auf die Gewährung einer Ausfallgarantie des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen Notdarlehen der Nationalbank SNB an die Darlehensnehmerin.
- ⁵ Die Letztsicherung der Forderungen des Bundes und der SNB aus garantierten Notdarlehen ist wie folgt durch risikoadjustierte Beiträge des Bankensektors zu finanzieren.
- a. Der Risikoprämien-Fonds wird ab Juli 2024 über einen Zeitraum von acht Jahren aufgebaut und wird mindestens 10% der privilegierten Einlagen der Banken erreichen, soweit sie nicht eine Befristung oder Kündigungsfrist von mindestens zwei Monaten aufweisen, die nicht entgeltlich abgelöst werden kann. Die Berechnung der Beiträge legt der Bundesrat in Absprache mit der SNB fest. Ist die Gesamtquote erreicht, kann der Bundesrat eine Erhöhung prüfen und anordnen.
- b. Deckt der Risikoprämien-Fonds definitive Verluste nicht vollständig, ist die Differenz innerhalb von fünf Jahren durch den Bankensektor zu decken. Die Berechnung der Beiträge legt der Bundesrat in Absprache mit der SNB fest. Er berücksichtigt dabei namentlich die Risiko- und Geschäftsstruktur der Banken.

⁶ Die SNB verwaltet den Risikoprämien-Fonds im Rahmen ihres geld- und stabilitätspolitischen Mandats nach freiem Ermessen.

Art. 32b Kreditbewilligung





Die Bewilligung des erforderlichen Verpflichtungskredits richtet sich nach Artikel 28 des Finanzhaushaltgesetzes vom 7. Oktober 2005¹³ (FHG). Erlauben aussenpolitische Verhältnisse keinen Aufschub, kann der Bundesrat vor der Zustimmung der Finanzdelegation eine Ausfallgarantie gewähren, soweit ihm das Parlament ihm dafür einen vorsorglichen Verpflichtungskredit eingeräumt hat und die Letztsicherung die Interessenlage angemessen berücksichtigt.

Art. 32c Bereitstellungsprämie, Risikoprämien, Zinsen und Kosten für Leistungen Dritter

- ¹ Der Bund hat Anspruch auf eine Prämie für die Bereitstellung einer Ausfallgarantie. Die Bereitstellungsprämie bemisst sich an der Höhe der Ausfallgarantie und wird im Einzelfall bestimmt.
- ² Der Bund und die Nationalbank SNB haben Anspruch auf je eine Risikoprämie zur Abgeltung der mit einem Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen übernommenen Risiken. Die Risikoprämien bemessen sich an der Höhe der ausbezahlten Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen und werden im Einzelfall bestimmt. Der Bund und die Nationalbank SNB können ihre Risikoprämie insbesondere an eine veränderte Risikosituation anpassen.
- ³ Die Nationalbank SNB hat Anspruch auf Zinsen auf Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen.
- ⁴ Die Nationalbank SNB belastet die Bereitstellungs- und Risikoprämien der Darlehensnehmerin im Rahmen der Darlehensgewährung und schreibt dem Bund die Bereitstellungsprämie und die ihm zustehende Risikoprämie gut.
- ⁵ Im Rahmen eines Konkursverfahrens ist die Nationalbank **SNB** ermächtigt und verpflichtet, die dem Bund zustehenden aufgelaufenen Bereitstellungs- und Risikoprämien im Namen des Bundes geltend zu machen.
- 6 Beim Bund, bei der Nationalbank SNB oder bei der FINMA angefallene Kosten für Leistungen Dritter, die im Zusammenhang mit der Gewährung, Verwaltung, Abwicklung, Überwachung und Prüfung der Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantiert garantierten Notdarlehen entstehen, werden der Darlehensnehmerin auferlegt.

Art. 32d Verträge

Die Einzelheiten der Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen, der Ausfallgarantie und der damit verbundenen Prämien, Zinsen und Kosten werden in Verträgen zwischen dem Bund und der Nationalbank SNB sowie zwischen der Nationalbank SNB und der Darlehensnehmerin geregelt.

Art. 32e Rückzahlung

Die Darlehensnehmerin muss die Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen vor anderen Liquiditätshilfe-Darlehen, die die Nationalbank SNB ihr gewährt hat, zurückzahlen. Vorbehalten bleibt eine vorgängige Rückzahlung anderer Liquiditätshilfe-Darlehen, die die Nationalbank SNB ihr gewährt hat, soweit für diese Darlehen aufgrund von Marktveränderungen keine ausreichenden Sicherheiten mehr bestehen oder soweit der Bund einer vorgängigen Rückzahlung in begründeten Fällen vorgängig zugestimmt hat.

Art. 32f Pflichten der Darlehensnehmerin als Folge von Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie

1 Während der Laufzeit des Vertrags betreffend ein Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen und, bei aufgelöstem Vertrag, bis zur vollständigen Rückzahlung der Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen sowie der vollständigen Begleichung der aufgelaufenen Zinsen und Prämien nach Artikel 32c sind der Darlehensnehmerin und ihren direkten oder indirekten Tochtergesellschaften nicht erlaubt:





- a. die Beschlussfassung über und die Auszahlung von Dividenden und Tantiemen an Personen innerund ausserhalb des Konzerns der Darlehensnehmerin;
- b. die Rückerstattung von Kapitaleinlagen;
- c. die Gewährung von Darlehen an die und die Rückzahlung von Darlehen der Eigentümerinnen und Eigentümer der Konzernobergesellschaft.
- ² Die Erfüllung vorbestehender ordentlicher Zins- und Amortisationszahlungspflichten bei Geschäften nach Absatz 1 Buchstaben b und c ist zulässig.
- ³ Die Darlehensnehmerin und die mit ihr direkt oder indirekt verbundenen Konzerngesellschaften dürfen weder Handlungen vornehmen, die die Rückzahlung der Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen und die vollständige Begleichung der Zinsen und Prämien nach Artikel 32c verzögern oder gefährden könnten, noch dürfen sie Handlungen unterlassen, die der Rückzahlung dieser Darlehen und der vollständigen Begleichung der Zinsen und Prämien nach Artikel 32c dienlich sind.
- ⁴ Die Verbote nach Absatz 1 gelten nicht, wenn die Darlehensnehmerin oder die Finanzgruppe von einer Drittgesellschaft übernommen und die Darlehensnehmerin oder die Finanzgruppe von einer Einheit der Drittgesellschaft absorbiert wird.
- Art. 32g Risikoreduktion, Überwachung und Berichterstattung
- ¹ Die FINMA und die Nationalbank als Darlehensgeberin sorgen sorgt nach Auszahlung von Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie soweit möglich dafür, dass die Risiken des Bundes aus Ausfallgarantien reduziert werden.
- ² Die FINMA überwacht die Verwendung der Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen unter Berücksichtigung der Pflichten nach Artikel 32f und erstattet darüber dem EFD mindestens monatlich Bericht.
- **Absatz 1:** Die SNB hat gegenüber Banken auch systemrelevanten Banken prinzipiell keine Aufsichtspflicht. Sie handelt bei der Bewirtschaftung ihrer Geschäfte in Erfüllung ihres Mandats gemäss Art. 5 NBG. Eine Controller-Funktion im alleinigen Interesse des Bundes ist sachfremd und müsste im Konfliktfall sowieso hinter die Pflichten gemäss Art. 5 NBG zurücktreten.
- Art. 32h Konkursprivileg für Forderungen aus Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie
- ¹ Forderungen der Nationalbank aus Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie, die aufgelaufenen Prämien der Nationalbank und des Bundes und aufgelaufene Zinsen nach Artikel 32c werden der zweiten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889¹⁴ über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) zugewiesen.
- ² Innerhalb der zweiten Klasse sind die Forderungen nach Artikel 219 Absatz 4 Buchstaben a. f SchKG sowie die Forderungen aus zusätzlichen Liquiditätshilfe-Darlehen und die aufgelaufenen Zinsen nach Artikel 51b des vorliegenden Gesetzes vorab zu befriedigen.

Der Artikel ist ersatzlos zu streichen. Er steht in offenem Widerspruch zu internationalen Normen und Standards.

- Art. 32i Inanspruchnahme der Ausfallgarantie durch die **SNB** Nationalbank
- 1 Die Inanspruchnahme der Ausfallgarantie durch die Nationalbank SNB setzt voraus, dass:
 - a. die Nationalbank SNB die Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen, die aufgelaufenen Zinsen, ihre Risikoprämie und im Namen des Bundes die aufgelaufenen Bereitstellungs- und Risikoprämien im Konkursverfahren umfassend geltend gemacht hat; und





- b. das Konkursverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist.
- ² Allfällige weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Ausfallgarantie legen Bund und Nationalbank **SNB** im Vertrag zur Ausfallgarantie fest.
- Art. 32j Fälligkeit der gedeckten Forderung

Die Forderung aus einem definitiven Verlust der Nationalbank SNB aus den Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen wird 5 Jahre nach dem rechtskräftigen Abschluss des Konkursverfahrens fällig.

Art. 32k Informationsaustausch und Datenbearbeitung

- 1 Das EFD, die FINMA und die Nationalbank SNB tauschen nicht öffentlich zugängliche Informationen aus, die für den Vollzug dieses Abschnitts notwendig sind, namentlich für die Gewährung, Verwaltung, Überwachung, Prüfung und Abwicklung von Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantierten Notdarlehen sowie von Sicherheiten oder für die Marktbeobachtung.
- ² Die FINMA und die Nationalbank **SNB** erteilen dem EFD insbesondere alle Informationen, die das EFD als wesentlich erachtet für die Bewertung der Risiken für den eidgenössischen Finanzhaushalt im Hinblick auf die Gewährung, Verwaltung, Überwachung, Prüfung und Abwicklung von Liquiditätshilfe Darlehen **Notdarlehen** und Ausfallgarantien. Das EFD leitet der Eidgenössischen Finanzkontrolle die Informationen und Unterlagen weiter, die diese für die Beurteilung der Liquiditätshilfe Darlehen **Notdarlehen**, der Ausfallgarantien sowie der damit zusammenhängenden finanziellen Verpflichtungen des Bundes benötigt.
- ³ Das EFD, die FINMA, die Nationalbank und die Eidgenössische Finanzkontrolle sowie die für den Vollzug dieses Abschnitts beigezogenen Dritten dürfen Personendaten und Daten juristischer Personen einschliesslich besonders schützenswerter Daten im Sinne des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020¹⁵ und besonders schützenswerter Daten juristischer Personen im Sinne des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997¹⁶, und andere Informationen bearbeiten, soweit dies für den Vollzug dieses Abschnitts notwendig ist, namentlich für die Gewährung, die Verwaltung, die Überwachung, die Prüfung und die Abwicklung von Liquiditätshilfe-Darlehen und Ausfallgarantien sowie von Sicherheiten oder für die Marktbeobachtung.

Art. 37 Bei Schutzmassnahmen oder im Sanierungsverfahren eingegangene Verbindlichkeiten

Verbindlichkeiten, die die Bank mit Genehmigung der FINMA oder eines von dieser eingesetzten Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragten während der Dauer der Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e—h oder während eines Sanierungsverfahrens eingehen durfte, werden im Falle einer Konkursliquidation vor allen anderen befriedigt. Forderungen des Bundes und der SNB aus garantierten Notdarlehen sind keine Masseverbindlichkeiten.

Art. 46 Abs. 1 Bst. d

- 1 Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich:
- d. die Pflichten nach Artikel 32f verletzt.

Vierzehnter a. Abschnitt: <u>Befristete</u> Bestimmungen über <u>Notdarlehen</u> <u>Liquiditätshilfe-Darlehen</u>, Garantien, weitere Massnahmen und fusionsbezogene Transaktionen, <u>die gestützt auf die Verordnung des Bundesrates vom 16. März 2023¹⁷ erfolgten</u>

Art. 51a Geltungsbereich

Dieser Abschnitt gilt für die Liquiditätshilfe-DarlehenNotdarlehen, Garantien, weitere Massnahmen und fusionsbezogene Transaktionen, die gestützt auf die Verordnung vom 16. März 2023¹⁸ über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen





der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken in der Fassung vom 19. März 2023 (Notverordnung)¹⁹ erfolgten.

Art. 51b; Art. 51c

Die Artikel sind ersatzlos zu streichen

Art. 51d Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantien Garantierte Notdarlehen

Auf Liquiditätshilfe Darlehen mit Ausfallgarantie garantiertes garantierten Notdarlehen zwecks Fortführung der Geschäftstätigkeit der Darlehensnehmerin, die gestützt auf die Verordnung vom 16. März 2023²² über zusätzliche Liquiditätshilfe Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken in der Fassung vom 19. März 2023 Notverordnung²³, gewährt worden sind, finden die Artikel 32a, ausgenommen Absatz 3 Buchstaben b und e, Artikel 32b–32k, Artikel 37 und Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe d und Artikel 51e sinngemäss Anwendung.

Art. 51e Weitere Massnahmen der FINMA

¹ Im Zusammenhang mit Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantiertes garantierten Notdarlehen nach Artikel 51*d* kann die FINMA den vollständigen oder teilweisen Wechsel des Organs für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie des Geschäftsführungsorgans der Darlehensnehmerin verlangen und weitere Massnahmen analog nach Artikel 26 verfügen.

² Im Zusammenhang mit Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie garantiertes garantierten Notdarlehen nach Artikel 51*d* kann die FINMA im Zeitpunkt der Kreditbewilligung gegenüber der Darlehensnehmerin und der Finanzgruppe anordnen, zusätzliches Kernkapital abzuschreiben.

Art. 51f Abweichungen vom Fusionsgesetz

¹ Bei Transaktionen nach dem FusG²⁴ zwischen von der FINMA beaufsichtigten Banken, die systemrelevant oder Teil einer systemrelevanten Finanzgruppe und international tätig sind, oder ihren Gruppengesellschaften gilt Folgendes, soweit dies **unmittelbar oder mittelbar** zum Schutz der Schweizer Volkswirtschaft und des schweizerischen Finanzsystems notwendig ist:

- a. Zur Durchführung solcher Transaktionen bedarf es keiner Beschlüsse der Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften, sofern die FINMA der Transaktion zustimmt.
- b. Die Artikel 11, 14, 15 und 16 FusG finden keine Anwendung, sofern die FINMA der Transaktion zustimmt.
- c. Stimmt die FINMA zu, so kann von weiteren transaktionsbedingten Anforderungen des FusG abgewichen werden, sofern die besonderen Umstände dies erfordern; die FINMA konsultiert diesfalls vorgängig die betroffenen kantonalen Handelsregisterbehörden sowie das Eidgenössische Amt für das Handelsregister.

² Die Entscheide der FINMA sind für die Handelsregisterbehörden bindend.

Art. 51g Garantie zur Verlustabsicherung

1 Keine Anmerkungen

² Für die Gewährung der Garantie zur Verlustabsicherung ist bei Dringlichkeit die Bewilligung eines erforderlichen Verpflichtungskredits nach Artikel ²⁸ des Finanzhaushaltgesetzes vom ⁷. Oktober ²⁰⁰⁵FHG²⁶ einzuholen. Die Garantie zur Verlustabsicherung beträgt höchstens ⁹ Milliarden Schweizer Franken.

3-5 Keine Anmerkungen





Art. 51h; Art. 51i; Art. 52a

Keine Anmerkungen

Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005²⁹

Keine Anmerkungen

Nationalbankgesetz vom 3. Oktober 2003

Art. 5 Abs. 2

d. Sie verwaltet die Währungsreserven und den Risikoprämien-Fonds gemäss Bankengesetz.

Bundesgesetz vom 11. April 1889³³ über Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. g

Ersatzlos streichen

Art. 220 Abs. 1

¹ Die Gläubiger der nämlichen Klasse haben unter sich gleiches Recht; vorbehalten bleibt Artikel 219 Absatz 4 Zweite Klasse Buchstabe g.

Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007³⁵

Keine Anmerkungen

Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 19. Juni 2015³⁹

Keine Anmerkungen

Finanzhaushaltsgesetz vom 7. Oktober 2005

Art. 28 Abs. 1

1 ... Er holt vorgängig die Zustimmung der Finanzdelegation der eidgenössischen Räte (Finanzdelegation) ein. [Bestimmungen zu Pikettpflicht, Vertretungsregeln, Versammlungspflicht inkl. Bedingungen der telefonischen, virtuellen und hybriden Versammlung, Entscheidungspflicht etc. einpflegen]

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997

Art. 7e

Sind dringliche Massnahmen gemäss Art. 7a bis 7d RVOG mit finanziellen Verpflichtungen gemäss Art. 28 FHG verbunden oder solche zu erwarten, so muss die Finanzdelegation zeitgleich mit dem Bundesrat nach Art. 16 RVOG einberufen werden.





D. Weiteres Vorgehen

Unabhängig von der vorliegenden Vorlage ist so rasch wie möglich in Zusammenarbeit mit der WEKO, der FINMA, der SNB und dem Bund eine Umstrukturierung der UBS in für den Schweizer Bankensektor und die Schweizer Volkswirtschaft tragbare Banken zu prüfen und gegebenenfalls in die Wege zu leiten. Parallel dazu wäre eine möglichst breite Diskussion zu **Alternativen** einer Aufspaltung, etwa eine Sitzverlegung – mit allen Vor- und Nachteilen – zu führen.

Weiter ist eine grundlegende Analyse der **Natur und der Funktion von Sichteinlagen** bei Banken durchzuführen. Es ist zu prüfen, ob und, falls ja, inwieweit sich ihre momentane Doppelfunktion als Spar- und Zahlungsmittel der Einleger und als Refinanzierungsquelle der Banken künftig entflechten lassen könnte. Damit einhergehen müsste eine Beantwortung der Frage, ob nicht ein Teil der Sichteinlagen – soweit sie dem alltäglichen Zahlungsverkehr dienen – die Funktion eines öffentlichen Gutes zukommt, für welche der Bund, selbst wenn er die Bereitstellung dem Privatsektor überlässt, mehr als nur eine Sicherung durch Regulierung gewährleisten müsste. Umgekehrt wären die Konsequenzen für die übrigen, heute (allenfalls nur vermeintlich) als Sichteinlagen geführten Gelder zu bestimmen, die etwa mit gesetzlichen Kündigungsfristen und entsprechend höherer Verzinsung verbunden sein könnten.

Schliesslich machen heute die **Hypotheken** über alle Banken hinweg betrachtet rund 1/3 ihrer Bilanzaktiven aus. In der Märzkrise hat die SNB auch Hypotheken der CS monetisiert, d.h. als Sicherheiten für ELA i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. e NBG akzeptiert. Im Grunde aber eignen sich Hypotheken nicht als Deckung für Zentralbankgeld, weil sie eine individuelle Bewertung und Verwaltung erfordern. Daher bestehen seit fast 100 Jahren mit der Pfandbriefbank der Hypothekarbanken und der Pfandbriefzentrale der Kantonalbanken zwei Institute nach dem Pfandbriefgesetz, bei welchen Hypotheken monetisiert werden können: Darlehen, welche diese Institute insb. ihren Mitgliedbanken gegen Verpfändung von Hypotheken gewähren, refinanzieren die Institute durch Emission von Pfandbriefen, welche sie mit einem Registerpfand an ihren Darlehensforderungen sichern. Dank der Darlehen entschärft sich das bei Hypotheken sonst besonders akzentuierte Fristentransformationsproblem erheblich. Es wäre wünschenswert, wenn die Banken, in Zusammenarbeit mit der FINMA, der SNB und allenfalls weiteren Kreisen prüfen würden, ob dieses Modell nicht ausgebaut und so die inhärende Instabilität der Bankbilanzen weiter reduziert werden könnte.

Mit besten Grüssen

Corinne Zellweger-Gutknecht Professorin für Privatrecht und Wirtschaftsrecht, Universität Basel