
**Stellungnahme von Prof. em. Dr. Hans Geiger
im Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bankengesetzes (too big to fail, TBTF)**

(A) Bemerkungen zu grundsätzliche Aspekten

- (1) Ich lege meiner Stellungnahme folgende Struktur zu Grunde: (A) Bemerkungen zu grundsätzlichen Aspekten, (B) Vorschläge zur Regelung auf Gesetzesstufe. Dabei ist die Gesetzesstufe ist nicht wichtiger als die nachgeordneten Regulierungsstufen und die Aufsicht. Sehr oft entscheiden die *Details* mehr als die *grossen Linien* über Erfolg oder Misserfolg von Regulierungs- und Aufsichtsmaßnahmen: „quite technical things might have significant effects over time on behaviour and the structure of the financial system.“¹ DIE Verordnungen des Bundesrates und die Verordnungen, Rundschreiben und Verfügungen der FINMA werden für den Erfolg oder Misserfolg der Neuordnung der Regelung für die TBTF-Banken oft ausschlaggebend sein.
- (2) *Insgesamt* erachte ich die vorgeschlagene Neuordnung für *gut*. Im Vergleich zum *internationalen Geschehen* zur gleichen Frage sind die Vorschläge vorzüglich. Die Expertenkommission hat Nägel mit Köpfen gemacht. Im internationalen Umfeld hat das *Lobbying der grossen Finanzinstitute* die früheren Vorschläge stark verwässert (siehe z.B. nachfolgend Ziff. 6 „Leverage Ratio“). Die Schweiz darf dieser Verwässerung nicht folgen. Das Argument, hohes Eigenkapital sei für die Banken und den Finanzplatz im Wettbewerb schädlich, ist falsch. Kunden haben ein starkes Interesse an hoch kapitalisierten Banken und Finanzplätzen, insbesondere im Kerngeschäft des Schweizer Finanzplatzes und der schweizerischen Banken, dem Privatkundengeschäft. Die Massnahmen der Schweiz werden international stark beachtet, es ist anzunehmen, dass wichtige Länder der Schweiz in wichtigen Fragen folgen werden. Dies gilt namentlich für Grossbritannien und den Finanzplatz London.
- (3) Das vorgeschlagene *Regulierungspaket ist ausgewogen*, die verschiedenen Massnahmen sind *aufeinander abgestimmt*. Das Gesamte ist mehr als die Summe der einzelnen Teile, weil sie sich ergänzen und zum Teil bedingen. Das Paket ist deshalb gesamthaft umzusetzen. Würden einzelne Teile herausgelöst, aufgeschoben oder verwässert, so würde dies nicht nur im entsprechenden Regulierungsbereich Lücken öffnen, sondern auch andere Bereiche schwächen.
- (4) Die *Schwachstelle* des Massnahmenpaketes liegt im kurativen Bereich (S. 10)² bei der Sicherstellung der Zwangssanierung oder der geordneten Abwicklung. Ob die *Abtrennung* der systemrelevanten Funktionen *im Krisenfall* tatsächlich noch möglich wäre, scheint unsicher. Der Widerstand der Banken, der Finanzmärkte (insbesondere der anderen Banken), anderer Länder und der Kunden der nicht systemrelevanten Bankteile dürfte gross sein. Eine wichtige Voraussetzung für eine erfolgreiche Abtrennung wäre sicher, dass der systemrelevante Teil der Bank keine hohen Forderungen gegenüber dem Rest der Bank hätte, vor allem gegenüber dem Ausland. Die verschärften *Klumpenrisikovorschriften* (Art. 9 Abs. 2 Bst. c E-BankG)

¹ Paul Tucker, Deputy Governor BoE, 18 Feb. 2011.

² Die Seitenangaben beziehen sich auf den „erläuternden Bericht vom 22. Dez. 2010.

sind also nicht nur durch die Bank als Ganzes, sondern isoliert auch für den systemrelevanten Bereich der Bank gegenüber dem Rest der Bank einzuhalten, und zwar schon vor dem Eintreffen des Krisenfalls. Dies muss der Sinn von Art. 9 Abs. 2 Bst. d E-BankG („konzerninterner Liquiditäts- und Kapitalflüsse“) sein, und dies muss durch den Bundesrat auf Verordnungsstufe umgesetzt werden. Es scheint fraglich, ob dies praktisch möglich ist, ohne dass der systemrelevante Bereich bereits vor Ausbruch der Krise in eine separate Gesellschaft eingebracht wird.

In diesem Zusammenhang ist auch gesetzlich festzulegen, welche *Funktionen und Geschäfte* im *systemrelevanten Bereich sein dürfen*. Für die Kunden wäre es attraktiv, wenn dieser Bereich grosszügig definiert wäre, da sie damit verstärkt in den Genuss einer allfälligen staatlichen Unterstützung kämen. Aus regulatorischer Sicht muss der systemrelevante Bereich eng definiert werden. Sicher darf er über *keine ausländischen Zweigniederlassungen* verfügen, die als rechtlich unselbstständige Einheiten von einer staatlichen Unterstützung profitieren würden.

Der erläuternde Bericht sagt (S. 64): „Eine mögliche Trennung im Krisenfall der für die Volkswirtschaft systemrelevanten Funktionen von den übrigen Bankfunktionen (Restbank) muss keine signifikanten Auswirkungen auf das *heutige Geschäftsmodell der Banken* haben“. Die Wahrscheinlichkeit, dass diese Aussage zutrifft, scheint mir klein. Die Aufteilung des Auslandsgeschäftes in Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen, die Erfüllung von Eigenkapital- Liquiditäts- und Klumpenrisikovorschriften bei den einzelnen Elementen der Banken sowie die Reaktion der Aufsichtsbehörden in den Gastländern³ dürften im Laufe der Zeit die Geschäftsmodelle und vielleicht auch die Geschäftsstrategien nachhaltig verändern. Dies spricht jedoch nicht gegen die vorgeschlagenen Massnahmen. Solche Veränderungen sind in Kauf zu nehmen. Ohne Effizienzeinbussen ist die höhere Sicherheit nicht zu haben.

- (5) Die Schwachstelle liesse sich beheben durch die Einführung eines *Trennbankensystems* und die gesetzliche Einschränkung der Tätigkeit. Zu Recht lehnt der erläuternde Bericht solche Massnahmen als unverhältnismässig ab (S. 13). Eine zweckmässige Lösung für die Behebung der Schwachstelle ist jedoch die Einführung einer *Holdingstruktur*, bei welcher die systemrelevanten Teile der Bankengruppe schon vor Eintritt einer Krisensituation in einer eigenen Bank unter dem Holdingdach zusammengefasst sind, während die anderen Teile in Schwestergesellschaften organisiert werden. Die vorstehend erwähnten strengen Klumpenrisiko- und anderen Vorschriften von Art. 9 Abs. 2 Bst c und d E-BankG sind durch die systemrelevante Bank auch gegenüber den Schwestergesellschaften einzuhalten. Die internationale „Resolvability“ würde sich dadurch massiv verbessern. Der Gesetzgeber sollte die Holdinglösung für die TBTF-Banken attraktiv machen, wozu er in Art. 10 Abs. 2 E-BankG der FINMA die Kompetenz delegiert. Es wäre sinnvoll, die Holdinglösung in diesem *Gesetzesartikel* ausdrücklich zu erwähnen.

Allerdings steht diese Lösung im Widerspruch zum „*faktischen Beistandszwang*“, wie er seit dem Bundesgerichtsentscheid in Sachen SKA / CS Holding gegen EBK (BGE 116 Ib 331 S. 332) gilt und seither in Gesetz und Verordnungen Einzug gefunden hat. Der faktische Beistandszwang ist deshalb aufzuheben. Der entsprechende Gesetzesartikel Art. 3c Abs. 1 Bst. c BankG und die zugehörigen Verordnungsstellen sind entsprechend anzupassen. Diese

³ Beispielsweise hat England von ausländischen Tochtergesellschaften in London in der Vergangenheit sehr viel tiefere Eigenmittelquoten akzeptiert als für den ganzen Bankenkonzern vorhanden waren, und dies wohl im Hinblick auf die „Heimaufsicht“. Dies dürfte bei der Umsetzung der TBTF-Massnahmen nicht mehr der Fall sein. Solche Änderungen könnten allerdings auch unabhängig von den schweizerischen Massnahmen bevorstehen.

Anpassung ist auch erforderlich für die widerspruchsfreie Realisierung der Abtrennung der systemrelevanten Funktionen im Krisenfall ohne Holdingstruktur (oben Ziff. 4).

Aus *internationalen Vereinbarungen* dürfte der Abtrennung und Sanierung der systemrelevanten Teile kein zwingendes Recht entgegenstehen. Allerdings dürfte der Druck des Auslandes zur schweizerischen staatlichen Unterstützung auch der ausländischen Bankteile gross werden. Dem gilt es durch eine klare Kommunikation der Schweizer Behörden über ihr Verhalten in einem allfälligen Krisenfall vorzubeugen. Der Basler Ausschuss hat in den „Principles for the supervision of banks' foreign establishments (Concordat)“ vom Mai 1983 Grundsätze zur Verantwortung der Aufsichtsbehörde des Mutterlandes [also in diesem Fall der Schweiz] zur Überwachung der Risiken, der Risikokonzentrationen und der Qualität der Aktiven sowie der Angemessenheit des Eigenkapitals für die Gesamtheit der Geschäfte formuliert. Das Konkordat verpflichtet das Mutterland einer Bank jedoch rechtlich nicht zur finanziellen Unterstützung der Tochtergesellschaften in anderen Ländern.

- (6) Art. 9 Abs. 2 Bst. a Ziff. 4 E-BankG schreibt vor, dass systemrelevante Banken über Eigenmittel verfügen müssen, die „an den risikogewichteten Aktiven einerseits und den *nicht risikogewichteten Aktiven*, die auch Ausserbilanzgeschäfte enthalten können, andererseits bemessen werden.“ *Formell* unglücklich ist der Begriff „risikogewichtete Aktiven“, da dieser im BankG, namentlich in Art. 4, bisher nicht existiert, und selbst in der ERV nur in den Übergangsbestimmungen im Zusammenhang mit den früheren Vorschriften („Basel I“) einmal erwähnt wird. Der geplante Artikel ist sprachlich mit dem bestehenden Bankenrecht abzustimmen.

Materiell ist diese Vorschrift richtig und von hoher Bedeutung, denn die Methoden der *Eigenmittelfestlegung* („Risikogewichtung“, „bankspezifische Risikomodelle“, „Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde“, „Value at Risk als Risikomass“), die mit der Ordnungsrevision vom 8. Dezember 1997 auf Grund des „Market Risk Amendment“ des Basler Ausschusses im schweizerischen Recht eingeführt wurden, haben eine Reihe von Schwächen, die für den Ausbruch und das Ausmass der Krise der UBS in hohem Masse verantwortlich waren. In Fachkreisen besteht zu diesen Schwachstellen weitgehend Einigkeit⁴. Im Rahmen der Umsetzung von „Basel II“ wurden diese Mängel auf die übrigen Risiken (Kredit- und operationelle Risiken) ausgeweitet. Ob die Methode, die 1995 durch den Basler Ausschuss auf Grund des Drucks der grossen Banken entwickelt wurde, überhaupt zur Eigenmittelregulierung geeignet ist, ist umstritten. Unbestritten, ausser durch die internationale Lobby der grossen Banken⁵, ist, dass die Mängel der Methode durch eine einfache Verschuldungsrate („Leverage Ratio“) auf Grund der nicht risikogewichteten Aktiven kompensiert werden müssen. Aus diesem Grunde hatte die EBK durch die von den Grossbanken akzeptierten Verfügungen vom 20. November 2008 eine nicht-risikogewichtete Leverage Ratio als Ergänzung eingeführt. Das gesetzlich vorgeschriebene Mindestkapital ergibt sich dabei aus dem *höheren der beiden Werte* („risikogewichtet“ oder „nicht-risikogewichtet“). Der Basler Ausschuss und G20 beabsichtigten die gleiche Regelung einzuführen, schwächten die Regeln dann aber unter dem Druck der Bankenlobby (IIF) massiv ab⁶. Unter dem Eindruck der internationalen Entwicklung reduzierte die Expertenkommission das Konzept der Leverage Ratio als zwingende Minimalnorm

⁴ Vgl. z.B. FINMA, Finanzmarktkrise und Finanzmarktaufsicht, 14. Sept. 2009, S. 12.

⁵ Institute of International Finance (IIF): <http://www.iif.com/press/press+147.php>.

⁶ Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, 30. Sept. 2010, S. 11.

sprachlich bereits: „Dementsprechend wird die Leverage Ratio im Regelfall nicht bindend sein“⁷. Leider hat der erläuternde Bericht die Idee, die Leverage Ratio nur als subsidiäre, und damit offensichtlich nachrangige Vorschrift zu interpretieren, noch verstärkt und formalisiert. Der Bericht hält fest, dass die Höhe des Erfordernisses gemäss Leverage Ratio so festgelegt werde, „dass die resultierenden Anforderungen in CHF knapp unter den beschriebenen risikogewichteten Anforderungen, ebenfalls in CHF, zu liegen kommen“ (S. 29). Würde das Parlament dieser Aussage zustimmen, dann würde der Bundesrat auf dem Verordnungsweg eine solche „subsidiäre“ Regelung der Leverage Ratio treffen. Dies gilt es zu verhindern. Es muss der Grundsatz gelten „*Das gesetzlich vorgeschriebene Mindestkapital ergibt sich aus dem höheren der beiden Werte.*“ Der Grundsatz muss durch den Bundesrat in der Verordnung verankert und darf nicht an die FINMA delegiert werden.

- (7) Mit der Einführung von *Pflichtwandelanleihen* („CoCos“) und *Abschreibungsinstrumenten* („Write Off-Bonds“) gemäss Art. 9 Abs. 2 Bst. a E-BankG geht der Vorschlag neue Wege. Damit verbunden sind wohl noch unbekannte Probleme. Das Vorhaben verdient Unterstützung. Die neuen Wertschriftenarten könnten auch ein wertvolles zusätzliches Instrument zur Risikobeurteilung der Banken abgeben. Im bisherigen Recht existiert mit den nachrangigen Anleihen ein ähnliches Instrument. Diese konnten aber bei den TBTF-Banken nicht glaubwürdig als Puffer für Risiken dienen, da die Anleihegläubiger erst im Konkursfall zum Verlust gekommen wären, und dieser wegen des TBTF-Status nicht eintreten konnte. Deshalb haben die nachrangigen Anleihen die Erwartung, dass ihre Preisbildung an den Finanzmärkten ein wichtiges Signal für die Einschätzung des Risikos einer Bank „durch den Markt“ geben würde, nur schlecht erfüllt. Diesen Mangel korrigieren die neu vorgeschlagenen Instrumente. Unter diesem Aspekt wäre es wünschbar, wenn die CoCos und Write Off Bonds an Börsen kotiert und aktiv gehandelt würden. Ihr Preis am Markt gäbe ein Urteil des Finanzmarktes über die Bonität der Bank. Das Preissignal wäre damit eine willkommene Ergänzung zu den Urteilen der Aufsichtsbehörden, der Ratingagenturen, der Aktienmärkte und der Banken selbst. Das Preissignal der neuen Wertpapiere wäre wahrscheinlich ein zuverlässigerer Massstab für die Bonität der TBTF-Banken als die anderen genannten Instrumente. Es könnte mit der Zeit eine wichtige Rolle im Rahmen der 2. Säule von Basel II/III (Supervisory Review Process) spielen.

(B) Vorschläge zur Regelung auf Gesetzesstufe

- (8) **Art. 3c Abs. 1 Bst. c BankG** spricht im Zusammenhang mit der Definition einer Finanzgruppe von „der Einzelaufsicht unterstehende Unternehmen“ die „rechtlich verpflichtet oder *faktisch gezwungen* sind, Gruppengesellschaften beizustehen“. Damit postuliert das Gesetz den faktischen Beistandszwang. „oder *faktisch gezwungen* sind“ ist zu streichen.
Das Gleiche gilt für die entsprechenden Regeln in BankV und ERV (Art. 12 Abs. 2 BankV, Art. 13 BankV, Art. 12 und Art. 13 ERV).
- (9) **In Art. 10 Abs. 2 E-BankG** sollte unter den Massnahmen die *Holdingleösung* ausdrücklich genannt werden.
- (10) **Art. 9 Abs. s Bst. a Ziff. 4 E-BankG** sollte sprachlich mit Art. 4 BankG abgestimmt werden, wo der Begriff „risikogewichtete Aktiven“ nicht verwendet wird.

⁷ a.a.O., S. 29 und S. 34.