

Rechtmässigkeit der TBTF-Verfügung 2017

Corinne Zellweger-Gutknecht

Ordentliche Professorin für Privatrecht und Wirtschaftsrecht an der Universität Basel

Gutachten vom 1. Dezember 2024

verfasst im Auftrag der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK)

zur Untersuchung der Geschäftsführung der Bundesbehörden

im Kontext der Notfusion der CS mit der UBS

Inhalt, Aufbau und Zusammenfassung

Inhalt

Die Expertise untersucht die Rechtmässigkeit der Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) in Sachen Credit Suisse AG (CS AG) vom 20. Oktober 2017 («Verfügung 2017»).

Die PUK möchte die Rechtmässigkeit der Verfügung 2017 überprüfen lassen. Die zu diesem Zweck von ihr gestellten Fragen stehen in engem Zusammenhang mit folgenden zentralen Ereignissen: Neufassung von Art. 4 BankG (in Kraft seit 2005); TBTF-Erlasse (Revision BankG 2011 und Totalrevision ERV 2012); TBTF-Verfügung der FINMA (2013); Revision der Rechnungslegung (im OR 2013 und in der BankV 2015); Revision ERV und BankV (2016); die TBTF-Verfügung selbst (2017); sowie die Revision ERV (2019).

Unten in der Abbildung 1 sind die Ereignisse in ihrer zeitlichen Abfolge dargestellt. In den nachfolgenden Kapiteln werden sie in anderer Reihung und nur insoweit aufgegriffen, als sie für die Beantwortung der Fragen relevant sind.

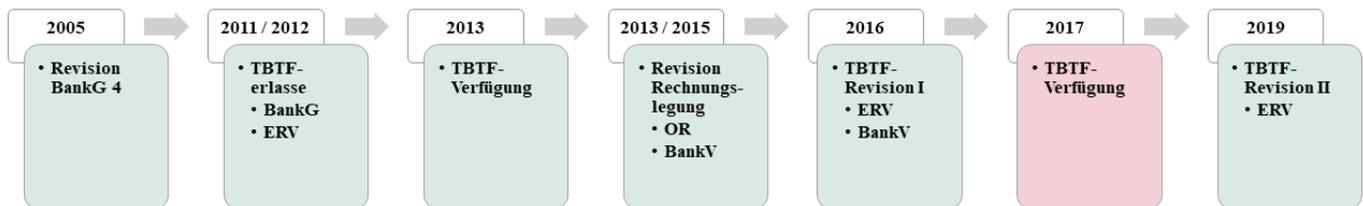


Abbildung 1: Berücksichtigte Ereignisse (Zeitstrahl)

Aufbau

Kapitel 1 widmet sich der ersten Frage zu 3.1, **Kapitel 2** den Fragen zu 3.2, **Kapitel 3** den Fragen zu 3.3. Die gestellten **Fragen** sind am Anfang jedes Kapitels wiedergegeben. Zudem wird dort jeweils die detailliertere Struktur jedes Kapitels kurz erläutert. Im **Anhang I** sind beispielhaft Entscheide umrissen, welche die Aufsichtsbehörden in den vergangenen Jahrzehnten gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG erliessen.

Die Gutachterin hatte Zugang zu einer Reihe vertraulicher **Unterlagen**. Ferner hatte die Gutachterin Gelegenheit, ihre Ergebnisse am 06.11.2024 vor der PUK zu präsentieren; die Ergebnisse aus dem anschliessenden Gespräch mit der PUK sind soweit dienlich in die finale Fassung eingeflossen. Am Ende findet sich ein **Inhaltsverzeichnis**.

Zusammenfassung

Welche Massnahmen kann die FINMA gestützt auf Artikel 4 Absatz 3 BankG verfügen?

Die Bestimmung ermöglicht es der FINMA, in besonderen Fällen von den ordentlichen Eigenmittelanforderungen abzuweichen und sowohl Erleichterungen als auch Verschärfungen anzuordnen, um auf spezifische Risiken und besondere Umstände einzelner Banken zu reagieren. Die FINMA geniesst dabei erhebliches Ermessen. Sie hat aber den Zweck des Bankengesetzes zu wahren und muss gegebenenfalls zwischen den drei Zweckbereichen Gläubiger-, System- und Vertrauensschutz abwägen. Zudem darf sie sich nicht über geltendes Recht ausserhalb des Eigenmittelrechts hinwegsetzen.

Als Massnahmen zu nennen sind etwa (Details im Anhang I):

Verschärfungen

- Zusätzliche Eigenmittel für Kredite (1979, 2018)
- Zusätzliche Eigenmittel für geleaste Bankbetriebsgebäude (1991)
- Pauschaler Eigenmittelzuschlag (2000, 2001)
- Erhöhung der Eigenmittelanforderungen, Erfüllung aus Gewinn (2008)
- Absenkung/Verbot des Grossrisikoanteils, volle Unterlegung mit zusätzlichen Mitteln (1981, 1990)
- Eigenmittelkonsolidierung (1989, 1990, 1991)

Erleichterungen

- Eigenmittelberechnung zu Durchschnittskursen (1980, 1982, 1989)
- Temporäre Unterschreitung des Eigenmittelbestands um maximal 25% bei gleichzeitigem Aufbau eines Kapitalpuffers minderer Qualität (1978)
- Anrechnung bestimmter (im Erlass nicht genannter) Posten an die eigenen Mittel (1994)
- Befreiung von Risikoverteilungsvorschriften (1996)
- Befreiung Risikoverteilung bei unregulierten Gruppengesellschaften (2006)
- Befreiung von Eigenmittelunterlegung für Ausleihungen an Banktöchter insb. in G-10 Staat (2000, 2006)
- Befreiung von Eigenmittelunterlegung bei Ausleihungen an Gruppengesellschaft (2006)
- Abzug je zu $\frac{1}{2}$ von CET1 und übrigem Kapital für Beteiligungen (2006)
- Solokonsolidierung der Tochter und später Risikogewichtung für Tochter (2012)
- Kleinbankenregime (2018)

Bildete Art. 4 Abs. 3 BankG eine genügende Rechtsgrundlage, um den Regimewechsel trotz dem damals noch geltenden Art. 32 Bst. j ERV zu verfügen?

Art. 32 Bst. j ERV verlangt den Abzug der Beteiligungen vom harten Kernkapital CET1. Der Regimewechsel im Sinne einer Abkehr von dieser Bestimmung fand aber bereits mit der Verfügung 2013 statt. Damals etablierte die FINMA nach den Vorgaben von Parlament und Bundesrat gestützt auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG i.V.m. Art. 125 ERV für die systemrelevanten Banken ein Schwellenwertregime: Beteiligungen wurden nur oberhalb eines Schwellenwertes vom CET1 abgezogen und darunter zu 200% risikogewichtet. Die Banken mussten den Effekt dieser Erleichterungen gegenüber Art. 32 Bst. j ERV nicht offenlegen. Für die Credit Suisse AG Stammhaus (CS AG) lag der Schwellenwert von Beginn an so hoch, dass ihre Beteiligungen zu rund 90% risikogewichtet wurden; für sie galt damit bereits ab 2012 ein pauschales Risikogewichtungsregime. Im Laufe der Zeit bildete dieses Regime die wirtschaftliche Kapitalsituation und das Investitionsrisiko der Beteiligungen im Stammhaus immer weniger adäquat ab.

Mit der Verfügung 2017 reagierte die FINMA und hob die Schwelle vollständig (wodurch der Abzug entfiel). Zudem fixierte sie die Risikogewichte neu bei 250% für inländische und bei 400% für ausländische Beteiligungen. Für die CS AG stieg dadurch der Bedarf nach neuem Kernkapital (CET1 und zusätzliches Kernkapital AT1) um rund CHF 16.8 Mrd. (wovon rund CHF 12 Mrd. hartes Kernkapital). Trotz der Verschärfung handelte es sich insoweit nicht um eine Sonderanordnung nach Art. 4 Abs. 3 BankG, sondern um eine Vollstreckungsanordnung nach Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG. Denn sie wich nicht vom ordentlichen Eigenmittelrecht ab, sondern stellte vielmehr die Konformität mit dessen Vorgaben wieder her (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BankG, wonach sich die Mindestanforderungen an die Eigenmittel nach der Geschäftstätigkeit und den Risiken zu richten haben, und Art. 4 Abs. 1 BankG, wonach diese Anforderungen auch auf Stufe Einzelinstitut zu erfüllen sind).

Zugleich traf die FINMA in der Verfügung 2017 auch Sonderanordnungen nach Art. 4 Abs. 3 BankG. So musste die CS AG fortan quartalsweise die Effekte der Risikogewichtung offenlegen. Dadurch übersteuerte die FINMA Art. 125 Abs. 5 ERV, damit künftig auch Marktdruck die Banken zum Kapitalaufbau motivieren konnte.

Zudem gewährte die FINMA mit der Verfügung 2017 ebenfalls gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG eine Übergangsfrist bis 2028: Rückwirkend per 01.01.2017 entfiel der Beteiligungsabzug (wodurch es bis 2018 sogar zu einer Erleichterung gegenüber der Verfügung 2013 kam). Ab 2019 stiegen die Risikogewichte linear an, so dass CS AG den Kapitalaufbau staffeln konnte (was die Umsetzung der Vollzugsanordnung der Verfügung 2017 erleichterte).

Solche Erleichterungen wären dann unangemessen und damit unrechtmässig, wenn die CS AG das erforderliche Kapital in kürzerer Zeit aus eigener Kraft hätte aufbringen können. Für das Gutachten wurden keine Belege oder Indizien vorgelegt, die einen solchen Schluss erlauben. Bekannt ist hingegen, dass die CSG seit 2012 Kapitalerhöhungen von insg. CHF 13.8 Mrd. durchgeführt hatte, um ihre generelle Restrukturierung und Neuausrichtung zu realisieren. Soweit der CS AG ein sofortiger vollständiger Kapitalaufbau von weiteren CHF 12 Mrd. CET1 nicht möglich war, befand sich die FINMA in einem Dilemma. So bestand zwar die Chance, dass die CS AG die Frist zum Kapitalaufbau nutzen wird. Zugleich bestand auch das Risiko, dass der Aufbau ausbleiben könnte und die FINMA mit Strenge und Sanktionen nur selbst eine Negativspirale von Marktreaktionen auslösen würde – und dies zu einem Zeitpunkt, in welchem die betriebliche Kapitalstruktur der Bank nicht ausreichend war und ein verlässliches Abwicklungsdispositiv für den äussersten Fall noch nicht bereitstand. Deswegen auf die Verfügung 2017 zu verzichten hätte aber bedeutet, die Situation mit intransparenten und immer weniger risikoadäquaten Eigenmittelerleichterungen unbefristet zu erhalten. Diese Situation war zwar von Parlament und Bundesrat gewollt, stand aber in zunehmendem Widerspruch zu Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BankG.

Vor diesem Hintergrund bildete Art. 4 Abs. 3 BankG eine genügende Rechtsgrundlage für die gewährte temporäre Verschärfung und Erleichterung. In der Gesamtwirkung sind die von der FINMA ergriffenen Massnahmen als rechtmässig gemäss der in der Bankenregulierung gelebten Praxis und Kultur und innerhalb des von Bundesrat und Parlament gesetzten Rahmens zu betrachten. Die Beurteilung des Rahmens selbst war nicht Gegenstand des Gutachtens.

Wie ist Art. 148i ERV bei der Prüfung der Rechtmässigkeit der TBTF-Verfügung 2017 zu berücksichtigen?

Art. 148i ERV bestätigt die Übergangsregelungen, welche die FINMA vor Inkrafttreten der revidierten Eigenmittelverordnung (ERV) verfügt hat – mit rein deklaratorischer Wirkung. Auch bei einer rechtswidrigen Verfügung der FINMA hätte die Bestimmung keine heilende Wirkung gehabt, sondern lediglich mögliche Vertrauensschutzwirkungen bei der CS AG als Verfügungsadressatin ausgelöst. Denn die Bestimmung zeugt davon, dass der Bundesrat die Fortgeltung der Anordnungen der FINMA guthiess.

Bildete Art. 4 Abs. 3 BankG eine genügende Rechtsgrundlage, damit die FINMA den regulatorischen Filter gewährt?

Im Dezember 2007 kündigte die Botschaft zum neuen Rechnungslegungsrecht eine Änderung der Bankenrechnungslegung an und im Dezember 2011 verabschiedete das Parlament die Revision. Ab da war sicher, dass auch Banken künftig auf Einzelbewertung umstellen mussten. Im April 2014 erliess der Bundesrat u.a. den einschlägigen Art. 27 Abs. 2 BankV und die Übergangsbestimmung in Art. 69 BankV, so dass auch die CS AG ihre Rechnungslegung spätestens auf 2019 hin umstellen musste.

Fortan konnte die CS AG Unter- und Überbewertungen auf Beteiligungen nicht mehr durch Sammelbewertung ausgleichen. Die verbuchte Korrektur auf den Überbewertungen reduzierte ihr Eigenkapital um (geschätzte) CHF 8 Mrd. Nach dem Eigenmittelrecht löste dies (unter Berücksichtigung der mit der Korrektur ebenfalls reduzierten risikogewichteten Positionen) einen Bedarf nach zusätzlichem CET1 von CHF 3.5 Mrd. aus. Die Unterbewertungen konnten derweil diesen Bedarf nicht decken, da die entsprechenden stillen Reserven nur Qualität von Ergänzungskapital T2 aufwiesen (Art. 30 Abs. 4 Bst. c ERV).

Konkret für diesen Bedarf bauten die Verantwortlichen in der CS bis Ende 2016 offenbar kein CET1 auf und forderten dann Erleichterung. (Ob sich ein solches Verhalten seitens der finanzverantwortlichen Organe ab 2014 überhaupt noch mit dem Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung nach Art. 3 BankG vereinbaren liess, ist eine Frage, die im Rahmen dieses Gutachtens nicht zu klären war.) Die FINMA gewährte diese mit der Verfügung 2017 gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG in Form eines regulatorischen Filters. Funktional führte der Filter dazu, dass die CS AG ihre stillen Reserven auf Beteiligungen dem CET1 anrechnen konnte, soweit sich durch Bewertungskorrektur auf Beteiligungen Bedarf nach CET1 ergab. Zugleich musste die CS AG die Wirkung des Filters gegenüber dem Markt offenlegen und die Bewertung ihrer Beteiligungen (wiederholt) extern plausibilisieren lassen. Der Filter war unbestimmt, konnte von der FINMA aber gestützt auf die Plausibilisierungsergebnisse angepasst werden.

Für diese Massnahmen bot Art. 4 Abs. 3 BankG eine genügende Grundlage. Letztlich musste die FINMA auch hier entscheiden zwischen kurzfristiger Stabilität und langfristiger Regeltreue. Die Rechtmässigkeit des Entscheides beurteilt sich im Bewusstsein um mögliche Rückschläge und mit Rücksicht auf ihr erhebliches Ermessen, die gesetzlichen Schranken (insb. hat die FINMA das Rechnungslegungsrecht nicht verletzt) und die Normzwecke des Bankengesetzes (wobei im Zweifel bei systemrelevanten Banken in der kurzen Frist der Stabilitätszweck stets überwiegt, solange ein gesichertes Dispositiv zur geordneten Abwicklung fehlt).

Der Filter war zwar mit Risiken behaftet. So wirkte er nur temporär, bei einem insgesamt unterbewerteten Beteiligungsportfolio, während die FINMA eine (zu) schleppende Kapitalstärkung der CS AG nicht beschleunigen konnte. Zugleich war der Filter bei Erlass der Verfügung 2017 geeignet, der CS AG Zeit zu verschaffen, um ihre Kapitalbasis schrittweise zu stärken, die Eigenmittelanforderungen zu erfüllen, ihre Restrukturierung voranzutreiben und mit Markttransparenz disziplinierenden Druck aufzubauen. Entscheidend ist letztlich, dass keine offensichtlich angemesseneren Alternativen zur Verfügung standen und ein schärferes Vorgehen der FINMA ein gesichertes Abwicklungsdispositiv erfordert hätte.

Durfte der Umfang des Filters dem harten Kernkapital zugerechnet werden?

Der Umfang des Filters durfte dem harten Kernkapital (CET1) zugerechnet werden, obwohl er nur die Qualität von Ergänzungskapital (T2) aufwies und der CS AG den Aufbau von mehr als CHF 3.5 Mrd. Eigenmitteln einstweilen ersparte. Die FINMA nutzte ihr Ermessen, um in qualitative Erleichterungen an die Kapitalanforderungen zu gewähren, was unter Art. 4 Abs. 3 BankG zulässig ist. Letztlich ergibt sich auch hier die Rechtfertigung der (suboptimalen) Massnahme primär aus dem Fehlen gangbarer effektiver Alternativen. Mehr Kapital hätte die CS AG aber «nach Massgabe der Geschäftstätigkeit und der Risiken» durchaus benötigt (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BankG). Selbst wenn die FINMA nach den geschilderten Umständen regulatorisch davon abweichen konnte – betriebswirtschaftlich hätte der Kapitalaufbau die CS AG auf eine wesentlich solidere Basis gestellt. De lege ferenda sollten daher Erleichterungen von grosser Tragweite wie die gewährten mit den in Art. 25 Abs. 1 BankG genannten Gefahrenindikatoren gleichgestellt werden. Die damit verbundene Erweiterung der Handlungsoptionen könnte die FINMA freilich auch in Zukunft nur dann wirksam nutzen, wenn ein Regime geschaffen und umgesetzt ist, welches die geordnete Abwicklung auch einer global systemrelevanten Bank sicher gewährleistet.

Résumé

Quelles mesures la FINMA peut-elle prendre en s'appuyant sur l'art. 4, al. 3, LB ?

Cette disposition permet à la FINMA de s'écarter, dans certains cas, des exigences ordinaires en matière de fonds propres et de les alléger ou de les durcir pour réagir face aux risques spécifiques et aux circonstances particulières que certaines banques rencontrent. Bien que la FINMA dispose ici d'une grande marge de manœuvre, elle se doit de respecter l'objectif de la loi sur les banques et doit donc, le cas échéant, peser les intérêts entre la protection des créanciers, la protection du système et la préservation de la confiance. De plus, à l'exception des dispositions régissant les fonds propres, elle ne peut pas passer outre le droit en vigueur.

Voici quelques exemples de mesures (cf. annexe 1 pour plus de détails) :

Durcissements

- Fonds propres supplémentaires pour les crédits (1979, 2018)
- Fonds propres supplémentaires pour des bâtiments d'exploitation bancaires sous contrat de leasing (1991)
- Supplément forfaitaire de fonds propres (2000, 2001)
- Augmentation des exigences en matière de fonds propres, exécution selon le bénéfice (2008)
- Baisse/interdiction de la part des grands risques, couverture complète des risques avec des moyens supplémentaires (1981, 1990)
- Consolidation des fonds propres (1989, 1990, 1991)

Allègements

- Calcul des fonds propres sur la base de cours moyens (1980, 1982, 1989)
- Fonds propres temporairement en dessous du seuil minimal (25 % au maximum) tout en constituant un volant anticyclique de fonds propres de qualité moindre (1978)
- Imputation de certains postes (qui ne sont pas cités dans l'acte) aux fonds propres (1994)
- Libération de l'obligation de respecter les prescriptions en matière de répartition des risques (1996)
- Libération de l'obligation de répartir les risques pour les sociétés du groupe qui ne sont pas réglementées (2006)
- Libération de l'obligation de disposer d'une couverture de fonds propres pour les prêts aux filiales de la banque, notamment dans les États du G-10 (2000, 2006)
- Libération de l'obligation de disposer d'une couverture de fonds propres pour les prêts aux sociétés du groupe (2006)
- Déduction de la moitié du CET1 et du reste du capital pour les participations (2006)
- Préconsolidation de la filiale et, plus tard, pondération des risques pour la filiale (2012)
- Régime des petites banques (2018)

L'art. 4, al. 3, LB a-t-il constitué une base légale suffisante pour décider du changement de régime en dépit de l'art. 32, let. j, OFR, qui était alors encore en vigueur ?

L'art. 32, let. j, OFR prévoit la déduction des participations des fonds propres de base durs (CET1). Le changement de régime (abandon de cette disposition) a toutefois déjà eu lieu avec la décision prise en 2013. À l'époque, la FINMA a institué, à la demande du Parlement et du Conseil fédéral et en s'appuyant sur l'art. 4, al. 2, 3^e phrase, LB en rel. avec l'art. 125 OFR

un régime s'appuyant sur des seuils : les participations n'étaient déduites qu'au-dessus d'un certain seuil de CET1 et étaient pondérées en fonction des risques à 200 % en dessous de ce seuil. Les banques ne devaient pas publier l'effet de cet allègement par rapport à l'art. 32, let. j, OFR. Pour Credit Suisse SA (maison mère), le seuil a été défini dès le début de sorte que ses participations étaient pondérées en fonction des risques à hauteur d'environ 90 %. La banque bénéficiait donc dès 2012 d'un régime forfaitaire de pondération des risques. Au fil du temps, ce régime représentait de manière toujours moins adéquate la situation en termes de capital et le risque d'investissement que comportaient les participations au sein de la maison mère.

La FINMA a réagi avec sa décision prise en 2017 et a supprimé entièrement le seuil, ce qui a fait disparaître la déduction. En outre, elle a fixé la pondération des risques à 250 % pour les participations dont le siège est en Suisse et à 400 % pour les participations dont le siège est à l'étranger. Pour Credit Suisse, le besoin en fonds propres de base supplémentaires (CET1 et AT1) a alors augmenté de 16,8 milliards de francs, dont 12 milliards de fonds propres de base durs. Cette mesure, qui a renforcé les exigences en matière de fonds propres, n'a pas été prise au titre de l'art. 4, al. 3, LB (disposition spéciale), mais au titre de l'art. 4, al. 2, 3^e phrase, LB (disposition d'exécution). En effet, elle ne s'écarterait pas du droit ordinaire régissant les fonds propres, mais rétablissait plutôt la conformité avec ses prescriptions (art. 4, al. 2, 2^e phrase, LB, selon lequel le Conseil fédéral fixe les exigences minimales en fonction du genre d'activité et des risques, et art. 4, al. 1, LB, selon lequel les banques sont tenues de respecter, à titre individuel, ces exigences).

Parallèlement, dans sa décision de 2017, la FINMA a aussi édicté des dispositions spéciales conformément à l'art. 4, al. 3, LB. Ainsi, Credit Suisse SA devait dès lors publier tous les trimestres les effets de la pondération en fonction des risques. Avec cette mesure, la FINMA a complété l'art. 125, al. 5, OFR, afin que la pression du marché puisse dorénavant aussi inciter les banques à renforcer leurs fonds propres.

En outre, par la décision de 2017, la FINMA a octroyé un délai transitoire jusqu'en 2028, se fondant également sur l'art. 4, al. 3, LB : la déduction des participations a été supprimée avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2017 (ce qui a même représenté un allègement jusqu'en 2018, par rapport à la décision de 2013). À partir de 2019, la pondération en fonction des risques a augmenté de façon linéaire, de sorte que Credit Suisse SA a pu renforcer ses fonds propres de manière échelonnée (ce qui a facilité la mise en œuvre des dispositions d'exécution de la décision de 2017).

De tels allègements auraient été inadéquats et illicites si Credit Suisse SA avait pu constituer lui-même le capital nécessaire dans de brefs délais. Dans le cadre de l'avis, aucune preuve ou aucun indice étayant une telle conclusion n'a été apporté. En revanche, il est avéré que Credit Suisse avait procédé depuis 2012 à des augmentations de capital d'un total de 14,55 milliards de francs pour réaliser sa restructuration générale et réorienter sa stratégie. Dans la mesure où Credit Suisse SA ne pouvait pas immédiatement augmenter son capital de 12 milliards de francs (CET1), la FINMA se trouvait face à un dilemme. Il était certes possible que Credit Suisse SA utilise ce délai pour renforcer son capital, mais il existait également le risque que le renforcement des fonds propres n'ait pas lieu et que la FINMA, en se montrant stricte et en prenant des sanctions, ne déclenche une chaîne de réactions négatives sur le marché, et ce au moment même où la structure de fonds propres de la banque n'était pas suffisante et où aucun dispositif de résolution, pour le pire des cas, n'était encore prêt. Ne pas édicter la décision de 2017 aurait donc signifié maintenir de manière illimitée la situation au

moyen d'allègements en matière de fonds propres manquant de transparence et toujours moins adaptés aux risques. Cette situation était certes voulue par le Parlement et le Conseil fédéral, mais était en contradiction croissante avec l'art. 4, al. 2, 2^e phrase, LB.

Dans ce contexte, l'art. 4, al. 3, LB constituait une base légale suffisante pour procéder à des durcissements ou des allègements temporaires. Dans l'ensemble, il y a lieu de considérer les mesures prises par la FINMA comme conformes au droit selon la pratique et la culture en vigueur dans la réglementation bancaire et le cadre fixé par le Conseil fédéral et le Parlement. L'évaluation du cadre lui-même ne faisait pas l'objet du présent avis.

Comment tenir compte de l'art. 148i OFR dans le cadre de l'évaluation de la légalité de la décision TBTF de 2017 ?

L'art. 148i OFR confirme les dispositions transitoires que la FINMA a édictées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les fonds propres (OFR) révisée ; il a un effet purement déclaratoire. Même en cas de décision illicite de la FINMA, il n'aurait pas eu d'effet correctif, mais n'aurait potentiellement servi qu'à protéger la confiance envers Credit Suisse SA en tant que destinataire de la décision, car il montre que le Conseil fédéral approuve la prorogation des mesures ordonnées par la FINMA.

L'art. 4, al. 3, LB constituait-il une base légale suffisante pour permettre à la FINMA d'octroyer le filtre réglementaire ?

En décembre 2007, le message concernant la révision du droit comptable a annoncé une modification de la présentation des comptes des banques ; en décembre 2011, le Parlement a adopté la révision. À partir de cette date, il était certain que les banques devraient elles aussi passer à l'évaluation individuelle. En avril 2014, le Conseil fédéral a édicté l'art. 27, al. 2, OB et la disposition transitoire figurant à l'art. 69 OB, de sorte que Credit Suisse SA devait lui aussi passer à l'évaluation individuelle d'ici à 2019 au plus tard.

Dès lors, Credit Suisse SA ne pouvait plus compenser les sous-évaluations et les surévaluations des participations au moyen de l'évaluation globale. La correction comptabilisée des surévaluations a réduit ses fonds propres de 8 milliards de francs (estimation). Conformément au droit régissant les fonds propres, cela a fait naître un besoin en CET1 supplémentaires de 3,5 milliards de francs (en tenant compte de la correction s'appliquant aux positions pondérées des risques, qui ont été réduites). Les sous-évaluations n'ont pas pu couvrir ce besoin, étant donné que les réserves latentes présentaient seulement la qualité de fonds propres complémentaires (T2 ; art. 30, al. 4, let. c, OFR)

Pour couvrir ce besoin, les responsables de Credit Suisse n'ont, selon toute évidence, pas constitué de CET1 jusqu'à la fin de 2016, et ont ensuite demandé des allègements. (Le présent avis n'avait pas à déterminer si, à partir de 2014, un tel comportement de la part d'organes financiers était encore à même d'offrir les garanties d'une activité irréprochable selon l'art. 3 LB). La FINMA a octroyé à Credit Suisse ces allègements sous la forme d'un filtre réglementaire par la décision de 2017, en s'appuyant sur l'art. 4, al. 3, LB. Concrètement, le filtre réglementaire a permis à Credit Suisse SA d'imputer ses réserves latentes pour les participations au CET1, tant que les corrections de valeur sur les participations rendaient des fonds propres supplémentaires (CET1) nécessaires. Parallèlement, Credit Suisse SA devait rendre compte publiquement de l'effet du filtre et faire contrôler (à nouveau) la plausibilité de

l'évaluation des participations par des prestataires externes. Le filtre n'était pas limité dans le temps, mais pouvait être adapté par la FINMA selon les résultats du contrôle de plausibilité.

L'art. 4, al. 3, LB offrait une base suffisante pour ces mesures. Au bout du compte, la FINMA a dû ici aussi choisir entre la stabilité à court terme et la conformité aux règles à long terme. Évaluer la légalité de la décision demande de garder à l'esprit le biais rétrospectif et de tenir compte de la marge de manœuvre de la FINMA, des limites légales (la FINMA n'a notamment pas contrevenu au droit comptable) et des objectifs de la loi sur les banques (étant entendu que, en cas de doute, pour les banques d'importance systémique, l'objectif de stabilité prévaut toujours à court terme en l'absence d'un dispositif sûr permettant une résolution ordonnée).

Il est vrai que le filtre comportait des risques. Il avait un effet seulement temporaire alors que le portefeuille de participations était dans l'ensemble sous-évalué et que la FINMA ne pouvait pas accélérer un renforcement des fonds propres (trop) lent. En même temps, lors de l'édiction de la décision de 2017, le filtre était approprié pour laisser le temps à Credit Suisse SA de renforcer progressivement son capital, de remplir les exigences en matière de fonds propres, de faire progresser sa restructuration et d'accroître la pression disciplinaire grâce à la transparence du marché. Par ailleurs, l'absence d'autres options adéquates et le fait que des mesures plus strictes de la FINMA auraient nécessité un dispositif de résolution sont des éléments déterminants.

L'étendue du filtre pouvait-elle être imputée aux fonds propres de base durs ?

L'étendue du filtre pouvait être imputée aux fonds propres de base durs (CET1), même si le filtre présentait seulement la qualité de fonds propres complémentaires (T2) et s'il a permis à Credit Suisse SA de ne pas devoir constituer plus de 3,5 milliards de francs de fonds propres lors de son application. La FINMA a utilisé sa marge de manœuvre pour octroyer des allègements portant sur la qualité des fonds propres, ce que permet l'art. 4, al. 3, LB. Cette mesure (peu optimale) se justifie elle aussi principalement par l'absence d'autre solution praticable.

Néanmoins, Credit Suisse SA aurait certainement eu besoin de plus de capital compte tenu « du genre d'activités et des risques » (art. 4, al. 2, LB). Même si, en raison des circonstances énoncées, la FINMA pouvait, du point de vue réglementaire, concéder des allègements, du point de vue économique, Credit Suisse SA aurait dû renforcer ses fonds propres sur une base beaucoup plus solide. *De lege ferenda*, les allègements de grande portée comme ceux octroyés devraient avoir le même poids que les circonstances visées à l'art. 25, al. 1, LB. La FINMA ne pourrait utiliser librement à l'avenir les possibilités d'action élargies qui en découlent que si un régime prévoyant la résolution ordonnée, y compris d'une banque d'importance systémique mondiale, était mis en place.

Sintesi

Quali misure può disporre la FINMA in virtù dell'articolo 4 capoverso 3 della legge sulle banche (LBCR)?

La disposizione consente alla FINMA di derogare, in casi particolari, alle esigenze ordinarie in materia di fondi propri, alleviando o inasprendo le esigenze minime, per reagire a rischi specifici e circostanze particolari di singole banche. A tal fine la FINMA dispone di un ampio margine di apprezzamento. È però tenuta a rispettare lo scopo della LBCR e, se del caso, a soppesare gli scopi degli ambiti della protezione dei creditori e del sistema nonché della tutela della fiducia. Inoltre, non può ignorare il diritto vigente al di fuori della legislazione sui fondi propri.

Esempi di alcune misure adottate (per maggiori dettagli v. allegato I):

Inasprimenti

- Fondi propri supplementari per i crediti (1979, 2018)
- Fondi propri supplementari per il leasing di uno stabile per uso della banca (1991)
- Supplemento forfettario per i fondi propri (2000, 2001)
- Aumento delle esigenze in materia di fondi propri, adempimento mediante l'utile (2008)
- Riduzione/divieto della quota dei grandi rischi, copertura integrale con fondi supplementari (1981, 1990)
- Consolidamento dei fondi propri (1989, 1990, 1991)

Agevolazioni

- Calcolo dei fondi propri in base ai corsi medi (1980, 1982, 1989)
- Riduzione temporanea della dotazione di fondi propri per un massimo del 25 per cento a fronte di una contestuale costituzione di un cuscinetto di capitale di qualità inferiore (1978)
- Computo di determinate voci (non menzionate nell'atto normativo) a titolo di fondi propri (1994)
- Esenzione dalle prescrizioni sulla ripartizione del rischio (1996)
- Esenzione dalla ripartizione del rischio in caso di società del gruppo non regolamentate (2006)
- Esenzione dalla copertura con fondi propri per i prestiti a filiali bancarie, in particolare negli Stati membri del G10 (2000, 2006)
- Esenzione dalla copertura con fondi propri per i prestiti a società dello stesso gruppo (2006)
- Deduzione di ½ ciascuno dal capitale CET1 e da altri capitali per le partecipazioni (2006)
- Consolidamento singolo della filiale e successiva ponderazione del rischio per la filiale (2012)
- Regime per le piccole banche (2018)

L'articolo 4 capoverso 3 LBCR rappresentava una base legale sufficiente per disporre il cambiamento di regime nonostante l'articolo 32 lettera j dell'ordinanza sui fondi propri (OFoP) fosse ancora in vigore?

L'articolo 32 lettera j OFoP prevede la deduzione delle partecipazioni dai fondi propri di base di qualità primaria (CET1). Il cambiamento di regime sotto forma di rinuncia a questa

disposizione era però avvenuto già con la decisione del 2013. Secondo le direttive di Parlamento e Consiglio federale, conformemente all'articolo 4 capoverso 2 terzo periodo LBCR in combinato disposto con l'articolo 125 OFoP, la FINMA aveva allora stabilito un regime di franchigie e limiti per le banche di rilevanza sistemica: le partecipazioni venivano dedotte dal capitale CET1 solo al di sopra di un determinato limite della franchigia, con una ponderazione del rischio del 200 per cento al di sotto di tale limite. Le banche non erano tenute a comunicare l'effetto di queste agevolazioni rispetto all'articolo 32 lettera j OFoP. Per la casa madre di CS, Credit Suisse SA, il limite della franchigia è stato sin dall'inizio così alto da comportare una ponderazione del rischio per le sue partecipazioni del 90 per cento circa. Pertanto, per questa banca sin dal 2012 vigeva un regime forfettario di ponderazione del rischio. Nel corso del tempo questo regime rispecchiava in modo sempre meno adeguato la situazione economica del capitale e il rischio d'investimento delle partecipazioni all'interno della casa madre.

La FINMA ha reagito a tale situazione con la decisione del 2017, innalzando il limite della franchigia (e facendo venire meno la deduzione). Ha inoltre fissato il fattore di ponderazione del rischio al 250 per cento per le partecipazioni nazionali e al 400 per cento per quelle estere. Ciò ha fatto sì che Credit Suisse SA necessitasse di nuovi fondi propri di base (CET1 e fondi propri di base supplementari AT1) per circa 16,8 miliardi di franchi (di cui ca. fr. 12 mia. sotto forma di fondi propri di base di qualità primaria). Nonostante l'inasprimento, non si trattava di un ordine particolare secondo l'articolo 4 capoverso 3 LBCR, bensì di un ordine di esecuzione secondo l'articolo 4 capoverso 2 terzo periodo LBCR. Infatti, la FINMA non derogava al diritto ordinario in materia di fondi propri, ma piuttosto ripristinava la conformità alle sue disposizioni (ossia l'art. 4 cpv. 2 secondo periodo LBCR, secondo cui le esigenze minime devono tenere conto del genere di attività e dei rischi, e l'art. 4 cpv. 1 LBCR, secondo cui queste esigenze devono essere adempiute a livello di singolo istituto).

Allo stesso tempo, nella decisione del 2017 la FINMA ha emanato anche ordini particolari secondo l'articolo 4 capoverso 3 LBCR. Ad esempio, da quel momento Credit Suisse SA doveva pubblicare trimestralmente gli effetti della ponderazione del rischio. Di conseguenza la FINMA ha ignorato l'articolo 125 capoverso 5 OFoP affinché in futuro anche la pressione esercitata dal mercato potesse motivare le banche a costituire capitale.

Con la decisione del 2017, in virtù dell'articolo 4 capoverso 3 LBCR la FINMA ha altresì concesso un periodo transitorio fino al 2028: con effetto retroattivo dal 1° gennaio 2017 è stata revocata la deduzione per partecipazioni (e in questo modo fino al 2018 vi è stata persino un'agevolazione rispetto alla decisione del 2013). Dal 2019 i fattori di ponderazione del rischio sono aumentati linearmente e quindi Credit Suisse SA ha potuto scaglionare la costituzione di capitale (ciò che ha semplificato l'attuazione dell'ordine di esecuzione contenuto nella decisione del 2017).

Tali agevolazioni sarebbero state inappropriate e quindi contrarie al diritto se Credit Suisse SA fosse stata in grado di apportare il capitale necessario in breve tempo e con le proprie forze. Ai fini della perizia non sono state fornite prove o indicazioni che permettano di trarre una simile conclusione. È tuttavia noto che dal 2012 Credit Suisse SA ha effettuato aumenti di capitale per un totale di 13,8 miliardi di franchi per realizzare la propria ristrutturazione e il proprio riorientamento. Se Credit Suisse SA non fosse stata in grado di costituire immediatamente capitale CET1 per ulteriori 12 miliardi di franchi, la FINMA si sarebbe trovata di fronte a un dilemma. Vi era infatti la possibilità che Credit Suisse SA sfruttasse il periodo transitorio per costituire capitale. Al contempo, vi era anche il rischio che tale costituzione non

si concretizzasse e che la FINMA prevedendo sanzioni severe non avrebbe fatto altro che innescare una spirale negativa di reazioni del mercato in un momento in cui la struttura operativa del capitale della banca non era sufficiente e non era ancora disponibile un dispositivo di liquidazione (*resolution*) affidabile per lo scenario peggiore. Tuttavia, rinunciare alla decisione del 2017 per questo motivo avrebbe contribuito a mantenere a tempo indeterminato una situazione caratterizzata da agevolazioni in materia di fondi propri poco trasparenti e sempre meno adeguate ai rischi. Sebbene fosse voluta dal Parlamento e dal Consiglio federale, questa situazione era sempre più in contrasto con l'articolo 4 capoverso 2 secondo periodo LBCR.

In questo contesto l'articolo 4 capoverso 3 LBCR rappresentava una base legale sufficiente per l'inasprimento e l'agevolazione concessi temporaneamente. In generale, le misure adottate dalla FINMA devono essere considerate conformi al diritto secondo la prassi e la cultura della regolamentazione bancaria e all'interno del quadro stabilito dal Consiglio federale e dal Parlamento. La valutazione di tale quadro non era oggetto della perizia.

Qual è il ruolo dell'articolo 148i OFoP nella verifica della legalità della decisione TBTF del 2017?

L'articolo 148i OFoP ha mera valenza dichiaratoria rispetto alle disposizioni transitorie emanate dalla FINMA prima dell'entrata in vigore della revisione dell'OFoP. Quindi, tale disposizione non avrebbe avuto alcun effetto riparatore anche in caso di decisione illegale della FINMA, ma avrebbe innescato soltanto possibili effetti di tutela della fiducia nei confronti di Credit Suisse SA in quanto destinataria della decisione. Infatti, la disposizione va interpretata nel senso che il Consiglio federale ha approvato il mantenimento della validità delle decisioni della FINMA.

L'articolo 4 capoverso 3 LBCR rappresentava una base legale sufficiente per permettere alla FINMA di concedere il filtro prudenziale?

Nel dicembre 2007 il messaggio concernente il nuovo diritto contabile annunciava una modifica della presentazione dei conti delle banche. Nel dicembre 2011 il Parlamento ha adottato la revisione. Da quel momento era certo che anche le banche in futuro sarebbero dovute passare alla valutazione singola. Nell'aprile 2014 il Consiglio federale ha emanato, tra gli altri, il pertinente articolo 27 capoverso 2 OBCR e la disposizione transitoria dell'articolo 69 OBCR, e quindi anche Credit Suisse SA sarebbe dovuta passare al nuovo principio di presentazione dei conti al più tardi nel 2019.

Da quel momento in poi Credit Suisse SA non ha più potuto compensare le sottovalutazioni e sopravvalutazioni delle partecipazioni tramite una valutazione globale. La correzione contabilizzata sulle sopravvalutazioni ha ridotto il suo capitale proprio di 8 miliardi di franchi (stimati). In base al diritto in materia di fondi propri, ciò ha prodotto (tenendo conto delle posizioni ponderate in funzione del rischio, anch'esse ridotte a seguito della correzione) un fabbisogno di capitale CET1 supplementare di 3,5 miliardi di franchi. Le sottovalutazioni non sono state in grado di coprire questo fabbisogno, dal momento che le relative riserve latenti erano qualificate soltanto come fondi propri complementari (*tier 2 capital*, T2; art. 30 cpv. 4 lett. c OFoP).

A quanto pare, sino alla fine del 2016 i responsabili di Credit Suisse non hanno costituito capitale CET1 specificamente per questo fabbisogno e hanno quindi chiesto un'agevolazione. Nell'ambito della presente perizia non è stato possibile chiarire se tale comportamento adottato dal 2014 dagli organi responsabili delle finanze fosse compatibile con il requisito della garanzia di un'attività irreprensibile secondo l'articolo 3 LBCR. La FINMA ha concesso tale agevolazione con la decisione del 2017 in virtù dell'articolo 4 capoverso 3 LBCR sotto forma di un filtro prudenziale. Dal punto di vista funzionale questo filtro ha fatto sì che Credit Suisse SA potesse computare come capitale CET1 le proprie riserve latenti sulle partecipazioni se a seguito della correzione della valutazione sulle partecipazioni vi fosse stata la necessità di capitale CET1. Al contempo, Credit Suisse SA avrebbe dovuto rendere noto al mercato l'effetto del filtro e far verificare esternamente (a più riprese) la plausibilità della valutazione delle sue partecipazioni. Il filtro aveva durata indeterminata, ma poteva essere adeguato dalla FINMA in base ai risultati delle verifiche della plausibilità.

L'articolo 4 capoverso 3 LBCR rappresentava una base sufficiente per queste misure. In definitiva, anche in questo caso la FINMA ha dovuto scegliere tra la stabilità a breve termine e la conformità all'ordinamento sul lungo termine. La legalità della decisione è valutata nella consapevolezza di possibili errori di riflessione e tenendo conto dell'ampio margine di apprezzamento della FINMA, dei limiti legislativi (in particolare, la FINMA non ha violato il diritto sulla presentazione dei conti) e degli scopi normativi della LBCR (secondo cui, in caso di dubbio, per le banche di rilevanza sistemica prevale sempre a breve termine lo scopo della stabilità se manca un dispositivo sicuro per una liquidazione [*resolution*] ordinata).

Il filtro comportava alcuni rischi. Ad esempio, i suoi effetti erano solo temporanei nel caso di un portafoglio di partecipazioni complessivamente sottovalutato, mentre la FINMA non poteva accelerare un rafforzamento (troppo) lento del capitale di Credit Suisse SA. Allo stesso tempo, dopo l'emanazione della decisione del 2017 il filtro dava a Credit Suisse SA il tempo di rafforzare gradualmente la propria base di capitale, di adempiere le esigenze in materia di fondi propri, di portare avanti la sua ristrutturazione e di creare, con la trasparenza sul mercato, un effetto disciplinare. In ultima analisi, il fattore determinante è che non esistevano alternative chiaramente più adeguate e che un approccio più deciso da parte della FINMA avrebbe richiesto un dispositivo di liquidazione (*resolution*) sicuro.

La dotazione del filtro poteva essere computata nei fondi propri di base di qualità primaria?

La dotazione del filtro poteva essere computata nei fondi propri di base di qualità primaria (CET1) sebbene fosse costituita soltanto da fondi propri complementari (T2) e Credit Suisse SA avesse momentaneamente evitato di costituire più di 3,5 miliardi di franchi di capitale proprio. La FINMA ha utilizzato il proprio margine di apprezzamento per concedere agevolazioni qualitative rispetto alle esigenze di capitale, come consentito dall'articolo 4 capoverso 3 LBCR. In ultima analisi, anche in questo caso l'adozione della misura (non ottimale) è giustificata principalmente dalla mancanza di alternative valide ed efficaci. Tuttavia, Credit Suisse SA avrebbe sicuramente avuto bisogno di ulteriore capitale «tenendo conto del genere di attività e dei rischi» (art. 4 cpv. 2 secondo periodo LBCR). Anche se dal punto di vista prudenziale la FINMA avesse potuto derogare a tale disposizione a causa delle circostanze descritte, sotto il profilo economico-aziendale la relativa costituzione di capitale avrebbe fornito a Credit Suisse SA una base molto più solida. *De lege ferenda*, agevolazioni di grande portata come quelle concesse dovrebbero pertanto essere equiparate agli indicatori

di pericolo menzionati nell'articolo 25 capoverso 1 LBCR. La relativa estensione delle opzioni d'intervento potrà essere certamente sfruttata efficacemente anche in futuro dalla FINMA solo se sarà creato e attuato un regime che garantisca una liquidazione (*resolution*) ordinata di una banca di rilevanza sistemica attiva a livello globale.

1. Frage 3.1

Die Frage 3.1 lautet: «Welche Massnahmen kann die FINMA gestützt auf Artikel 4 Absatz 3 BankG verfügen?»

Zuerst wird mit Blick auf das Eigenmittelrecht der Banken der gesamte Artikel 4 BankG kurz umrissen (Ziff. 1.1). Dabei wird der Regelfall gemäss den Absätzen 1 und 2 dargestellt. Der Fokus liegt dann aber auf Absatz 3. Nach dieser Bestimmung kann die FINMA in Sonderfällen Erleichterungen oder Verschärfungen zu den Regelvorgaben anordnen. Gestützt darauf wird die Frage 3.1 beantwortet (Ziff. 1.2).

1.1. Das Eigenmittelrecht der Banken (Art. 4 BankG)

1.1.1 Regelfall (Art. 4 Abs. 1 und 2 BankG)

Zentraler Ausgangspunkt des Eigenmittelrechts der Banken ist **Art. 4 des Bankengesetzes (BankG)**. Die Bestimmung wurde im Zuge der Totalrevision des Nationalbankgesetzes (NBG) neu gefasst und trat 01.01.2005 in Kraft. Seither verlangt **Absatz 1**, dass Banken «einzeln und auf konsolidierter Basis über angemessene Eigenmittel ... verfügen» müssen. Die Bestimmung wurde bewusst offen als Generalklausel formuliert. Der Gesetzgeber wollte so «den Detailvorschriften erlauben, weiterhin als Schrittmacher im Bankenaufsichtsrecht zu wirken» (zit. Bundesrat 2002: 6280; Zuberbühler 1997: 99 ff.). **Absatz 2** setzt nur insofern eine Schranke, als er verlangt, dass auf Verordnungsebene die Geschäftstätigkeit und die darin enthaltenen Risiken berücksichtigt werden müssen. Im Übrigen übertragen **Satz 1 und 2** dem Bundesrat die über den Grundsatz hinausgehende Regelung der Bestandteile («Elemente») der Eigenmittel und der Mindestanforderungen.

Den **Vollzug** delegiert **Satz 3** sodann an die Aufsichtsbehörde (früher die Eidgenössische Bankenkommision, EBK, und heute die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, FINMA), die zu diesem Zweck Ausführungsvorschriften anordnen und durchsetzen kann. Die FINMA operationalisiert mithin die vom Bundesrat aufgestellten Rahmenbedingungen (Schürmann/Meyer 2013: Art. 4 BankG N 203).

Die soeben beschriebene Systematik und die damit verbundene **Zuständigkeit** wurde gewählt, um «die auf internationaler Stufe eingeführten Regelungen», namentlich die «Eigenmittelvereinbarung des Basler Ausschusses», «auf nationaler Ebene möglichst rasch einzuführen, wenn nötig mit national abweichenden bzw. strengeren Anforderungen» (Bundesrat 2002: 6281): Das Parlament erlässt auf Gesetzesstufe die Grundsätze. Auf Verordnungsstufe setzt der Bundesrat die technischen Regeln, während die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) zum einen auf der Vollzugsebene mit beschränktem Handlungsspielraum Ausführungsvorschriften aufstellt und zum andern in besonderen Fällen mit grösserem Ermessen Spezialanordnungen trifft.

In welchen **Rechtsformen** die Ausführungsvorschriften erlassen werden können, wurde bewusst offengelassen. Die Botschaft hält aber fest, dass «[u]nabhängig von der gewählten Form ... die Erlasse der Aufsichtsbehörde jeweils vorab mit den interessierten Kreisen besprochen und deren Anliegen gebührend berücksichtigt [werden]». Diese Texte würden daher «regelmässig eine grosse Akzeptanz bei den betroffenen Instituten [geniessen]» (Bundesrat 2002: 6282).

Die kurze Passage ist illustrativ für die schweizerische Regulierungs-Auffassung und -Praxis im Bankenrecht, wie sie noch mehrfach begegnen wird: Die Anliegen der regulierten Institute haben Gewicht und betont wird nicht ihre Regeltreue, sondern ihre Akzeptanz – die zwar im Vertragsrecht Geltungsgrund ist, üblicherweise aber nicht im Aufsichtsrecht.

1.1.2 Sonderfall (Art. 4 Abs. 3 BankG)

1.1.2.1 Grundlagen

Ergänzend bestimmt Art. 4 Abs. 3 BankG schliesslich Folgendes: «Die FINMA kann in besonderen Fällen Erleichterungen von den Mindestanforderungen zulassen oder Verschärfungen anordnen.» Die Kann-Formulierung zeigt, dass der Gesetzgeber der FINMA hier **Ermessen** eingeräumt hat «in besonderen Fällen» zu entscheiden, ob und wie sie eine Rechtsfolge mittels Verfügung herbeiführt. Ermessen eröffnet der Verwaltung einen Bereich eigener «Rechtsetzung». In diesem Bereich getroffene behördliche Entscheide können nur von einer vorgesetzten Behörde (soweit eine solche vorhanden ist) überprüft werden, nicht aber von Gerichten (Martin/Seltmann/Loher 2016: 125). So bleibt eine Verfügung *rechtmässig*, wenn eine andere Massnahme der FINMA ebenso zweckmässig oder (im Falle eines einfachen Ermessensfehlers) sogar zweckmässiger wäre (Tschannen et al. 2022: N 539, 598 ff.). *Unrechtmässig* ist eine solche Verfügung erst, wenn die FINMA einen qualifizierten Ermessensfehler begeht, also ihr Ermessen überschreitet, unterschreitet oder missbraucht (indem sie Ermessen nach unsachlichen, willkürlichen Kriterien ausübt) oder wenn eine Verfügung offensichtlich unzweckmässig ist.

Zentral ist die Frage nach dem **Zweck** der Norm, also die Frage nach den öffentlichen Interessen, die mit der Norm verfolgt werden. Dieser Zweck zieht in aller *Regel* die Grenze, innerhalb welcher eine Bestimmung als gesetzliche Grundlage für eine rechtmässige Verfügung überhaupt taugt. Eine *Ausnahme* würde nur greifen, wenn die Norm selbst eine Interessenabwägung «unter Würdigung der gesamten Umstände» verlangen würde (Martin/Seltmann/Loher 2016: 116 m.w.H.) – was auf Art. 4 Abs. 3 BankG nicht zutrifft. Die Norm regelt «die seit jeher vorgesehene Möglichkeit der Aufsichtsbehörde», «gewissen Sonderfällen mit der notwendigen Flexibilität gerecht zu werden». Sie ist insb. Rechtsgrundlage dafür, dass die FINMA den «Banken, deren Tätigkeit ein besonderes Risiko enthält, ... auf diesem Weg zusätzliche Anforderungen im Bereich der Eigenmittel ... auferlegt» (Bundesrat 2002: 6282). Diese Flexibilität wird aber nicht um ihrer selbst willen eingeräumt, sondern vielmehr, um den mit dem **Bankengesetz** insgesamt verfolgten **öffentlichen Interessen** auch in besonderen Fällen Rechnung tragen zu können. Nun dient aber das Bankengesetz nach heutiger Auslegung nicht mehr nur dem Individualschutz, sondern ebenso dem Systemschutz und dem Vertrauensschutz (BGE 111 Ib 126, 127 E. 2.a). Dieser **multiple** Zweck beeinflusst den Ermessensspielraum der Behörde entsprechend und erweitert ihn tendenziell noch. So kann der Systemschutz gerade bei global vernetzten Banken unter Umständen temporär über den Individualschutz hinausreichen bzw. letzteren überwiegen (insb. solange eine Abwicklung nicht ohne Systemkollaps realisiert werden kann).

Vom Ermessen zu unterscheiden ist die Auslegung dessen, was als **besonderer Fall** im Sinne der Bestimmung gelten soll. Es handelt sich dabei um einen **unbestimmten Rechtsbegriff** (Häfelin et al. 2020: N 393). Wie sich aus Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BankG ergibt, soll der Bundesrat in seinen Verordnungen die Mindestanforderungen nicht etwa pauschal, sondern adäquat «nach Massgabe der Geschäftstätigkeit und der Risiken» festlegen. Besondere Fälle im Sinne von Absatz 3 liegen demnach erstens vor, wenn die mit dem Bankengesetz verfolgten öffentlichen Interessen durch die Anwendung der generell-abstrakten Regeln allein nicht erreicht werden können, sondern zusätzliche Massnahmen (Erleichterungen und/oder Verschärfungen) erforderlich sind. Zweitens können sich besondere Fälle dort ergeben, wo die volle und strikte Anwendung der generell-abstrakten Regeln angesichts der Geringfügigkeit der Geschäftstätigkeit und/oder der Risiken unverhältnismässig wäre und Erleichterungen daher aus Proportionalitätsgründen zu gewähren sind.

In der **Literatur** finden sich praktisch keine Ausführungen zu Art. 4 Abs. 3 BankG; selbst einschlägige Kommentierungen zum Bankengesetz erwähnen die Bestimmung teils gar nicht (Schürmann/Meyer: 2013) oder wiederholen lediglich den Wortlaut (Geiger 2015: Art. 4 BankG N 28, einzig mit dem Hinweis, dass die Regelung schon bei Erlass des Bankengesetzes im Jahr 1934 mitenthalten war). Vereinzelt wird darauf hingewiesen, dass das Finanzmarktrecht der FINMA auch an anderen Stellen vergleichbare Kompetenzen einräumt, so in Art. 37 FINIG, in Art. 46 Abs. 4 FINIG (dazu sogleich auch noch im Text unter «Materialien») und in Art. 51 FinfraG i.V.m. Art. 48 FinfraV (Kessler 2021: Art. 37 FINIG N 26 m.w.H.). Nähere Ausführungen fehlen indes auch dort.

Die **Rechtsprechung** hatte bislang ebenfalls wenig Anlass zur Auslegung der Bestimmung. In BGE 108 Ib 78, 84 E. 5 erwähnte das Bundesgericht lediglich abstrakt, dass die Aufsichtsbehörde «die zum Schutz der Gläubiger notwendigen Massnahmen ergreifen» kann, indem sie Eigenmittelanforderungen gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG verschärft. Damit wird indirekt ein zentraler Zweck der Bestimmung – der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger – angesprochen. (Auch der zugrundeliegende Entscheid in EBK Bulletin 10/1982 S. 19 betonte den Gläubigerschutzzweck; ebenso EBK Jahresbericht 1994 S. 29 f.; die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems als weiterer Normzweck wird erst später, in EBK Bulletin 19/1990 S. 31 f. aufgebracht).

In BGE 116 Ib 331 («CS Holding») bestätigte das Bundesgericht den Entscheid der damaligen EBK. Die EBK befand, dass nicht nur Tochter-, sondern auch Schwestergesellschaften eigenmittelkonsolidiert werden müssen und verschärfte die Eigenmittelanforderungen entsprechend, da die CS Holding-Gruppe nicht ausreichend Eigenmittel nach den damaligen Vorschriften der Bankenverordnung aufwies (E. 2). Die EBK stützte ihre Entscheidung lediglich alternativ auf Art. 4 Abs. 3 BankG und das Bundesgericht machte später gar keine Ausführungen zu dieser Rechtsgrundlage.

Auch die **Materialien** enthalten nur vereinzelt Hinweise auf die Norm. Laut der Botschaft *zum Gesetzestext selbst* folgt die Bestimmung «der internationalen Tendenz auf dem Gebiet der eigenen Mittel, vermehrt das individualisierte Aufsichtsverfahren ausdrücklich zum eigenständigen Bestandteil einer internationalen Eigenmittelregulierung zu machen» (Bundesrat 2002: 6282; Zuberbühler 2000: 135 ff.). Dieser «supervisory review process» nach Basler Terminologie wird angestossen, wenn ein besonderer Fall vorliegt, weil die FINMA bei ihrer Aufsicht ein Institut als *Ausreisser* identifiziert. Sie analysiert alsdann die Risikolage detailliert, prüft die bankinternen Vorgaben und Risikokontrollen und verfügt gegebenenfalls schliesslich gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG z.B. einen Eigenmittelzuschlag (Zuberbühler 2000: 153 m.H. a EBK Jahresbericht 1998 S. 39 f.).

Interessant ist ein jüngerer *Pendant* zu Art. 4 Abs. 3 BankG: Art. 46 FINIG regelt die Eigenmittelanforderungen für Wertpapierhäuser und dessen Absatz 4 besagt: «Die FINMA kann in begründeten Fällen Erleichterungen gewähren, sofern der Schutzzweck dieses Gesetzes nicht beeinträchtigt wird, oder Verschärfungen anordnen.» Gemäss den Erläuterungen des EFD zur Vernehmlassungsvorlage (Art. 53 Abs. 4 E-FINIG) bestand diese Kompetenz der FINMA grundsätzlich bereits unter den Börsenerlassen. Neu wird jedoch vorausgesetzt, dass es sich um begründete Einzelfälle handelt und die Erleichterungen den Schutzzweck des Gesetzes nicht beeinträchtigen dürfen (EFD 2014a: 138 m.H.a. Art. 29 Abs. 2 BEHV). Eine Angleichung des Art. 4 BankG unterblieb, obwohl das Gesetzgebungsprojekt FIDLEG/FINIG durchaus zum Anlass genommen wurde, auch das Bankengesetz soweit erforderlich zu überarbeiten (Botschaft S. 149 ff.). Gründe dafür finden sich in der Botschaft später keine; sie äussert sich gar nicht mehr zu Art. 46 Abs. 4 FINIG. Wie eingangs zu diesem Unterkapitel dargelegt kann aber auch unter Art. 4 Abs. 3 BankG das Ermessen der FINMA nur so weit reichen, wie es den Schutzzweck der Bankengesetzgebung wahrt – was freilich Interessenabwägungen erfordern kann, da heute das Bankengesetz sowohl den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, wie die Stabilität des Finanzsystems und das Vertrauen gewährleistet.

Laut den Materialien zur *Eigenmittelverordnung* soll die FINMA gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG nicht generell für alle Banken – oder eine Gruppe von Banken – erleichterte oder höhere Eigenmittelanforderungen erwirken können (EFD 2018b: 6). Ob das zutrifft, ist allerdings fraglich. In der Praxis finden sich (aus jeweils überzeugenden Gründen) mehrere Fälle, welche auf generell-abstrakte Weise Erleichterungen gewährt haben bzw. gewähren (und entsprechend später teils auch Eingang in Rundschreiben fanden). So konnten Banken während der Devisenturbulenzen in den 1980er Jahren durch bloss schriftliche Mitteilung ohne Begründung Erleichterungen erhalten (EBK Bulletin 6/1980 S. 12 f.) und in der Immobilienkrise der 1990er Jahre auf die eigene Bilanz übernommene Liegenschaften mit reduzierten Eigenmitteln unterlegen (EBK Jahresbericht 1994 S. 29 f.). Auch das Kleinbankenregime hat die FINMA 2018 gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG initiiert, um die Aufsicht risikoorientiert proportional auszugestalten und hat dabei die Teilnahme- und Erleichterungskriterien weitestgehend generell-abstrakt festgelegt.

In aller Regel ordnet die FINMA aber Erleichterungen oder Verschärfungen im Einzelfall in Form einer angemessen begründeten und anfechtbaren Verfügung an, so «etwa im Rahmen der ihr obliegenden Prüfung des Notfallplans (vgl. Art. 61 BankV)». Das gilt selbst dort, wo der Bundesrat die aus Art. 4 Abs. 1 und 2 BankG fliessenden Eigenmittelanforderungen in der Eigenmittelverordnung grundsätzlich abschliessend geregelt hat (so explizit EFD 2018b: 6; in diesem Sinne auch EBK Bulletin 19/1990 S. 32 f.; EBK Verfügung vom 04.12.1984 i.S. Bank X / Bank Y).

1.1.2.2 Praxis (FINMA, EBK)

Im Lauf der Jahre hat die Aufsichtsbehörde (zunächst die EBK und später die FINMA) die Bestimmung wiederholt angewandt, wie eine Zusammenstellung der publizierten **Praxis** dazu zeigt. Um den Haupttext zu entlasten, sind betreffende Entscheide im **Anhang I** wiedergegeben. Die zentralen Ergebnisse sind direkt in die Antwort auf die Frage zu 3.1 eingeflossen (unten Ziff. 1.2).

1.1.2.3 Zuständigkeit innerhalb der FINMA

Innerhalb der FINMA ergibt sich die Zuständigkeit insb. aus Art. 8 ff. FINMAG. Das Organisationsreglement, das der Verwaltungsrat erlässt (Art. 9 Abs. 1 Bst. i FINMAG) konkretisiert die Zuständigkeit, sofern es den gesetzlichen Rahmen nicht sprengt (BGer Urteil 2C_387/2018, 18.12.2018, E. 3.5.2). Namentlich ist der **Verwaltungsrat** der FINMA zuständig für «Geschäfte von grosser Tragweite» (Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG), wobei die bloss Orientierung seinen Entscheid nicht zu ersetzen vermag (BGer a.a.O. E. 3.7). Insofern stellt Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG eine Ausnahme vom Grundsatz dar, wonach Verfügungen in der Regel von der **Geschäftsleitung** zu erlassen sind (BGer Urteil 2C_387/2018, 18.12.2018, E. 3.5.3). Er bringt den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, die Kompetenzen des Verwaltungsrats der FINMA zu stärken. Damit soll «bei Aufsichtsentscheiden von strategischer Bedeutung ein Gegengewicht zur operativen Führung geschaffen werden, indem die Geschäftsleitung auch in den Inhalten ihrer Aufgaben kritisch begleitet werde» (BGer a.a.O. E. 3.5.1). Freilich hätte im vorliegenden Fall auch der Verwaltungsrat seinen Entscheid in dem von Parlament und Bundesrat vorgegebenen Rahmen fällen müssen (dazu Ziff. 2 und 3). **Auch wäre der Verwaltungsrat insb. ohne verlässliches Abwicklungsdispositiv denselben Dilemmata (dazu Ziff. 2.5.2 und 3.3) ausgesetzt gewesen wie die operative Führung.** Insofern wäre im vorliegenden Fall selbst mit kritischer Begleitung durch den Verwaltungsrat im Sinne von «checks und balances» realistischerweise kein anderes Resultat zu erwarten gewesen.

Unter dem unbestimmten Rechtsbegriff des **Geschäfts von grosser Tragweite** fallen gemäss der Botschaft zum FINMAG etwa Verfügungen mit grosser präjudizieller Tragweite oder mit weitreichenden wirtschaftlichen oder aufsichtspolitischen Folgen, so zum Beispiel Entscheide über die Schliessung einer grösseren Bank (BBl 2006 2863 Ziff. 2.2.1). Verfügungen über Eigenmittel, die systemrelevante Institute

i.S.v. Art. 9 BankG betreffen, können schwerwiegende finanzielle Auswirkungen haben und sie gegebenenfalls in ihrer Existenz gefährden, mit weitreichenden wirtschaftlichen Folgen bzw. erheblichen Folgen für den Finanzmarkt und Auswirkungen von systemischer Bedeutung im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. a Organisationsreglement FINMA (BGer a.a.O. E. 3.5.1, 3.5.2 und 3.6.1). Das Gesagte gilt gleichermassen für Verfügungen der FINMA gestützt auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG wie für Verfügungen nach Art. 4 Abs. 3 BankG. Inzwischen hat die FINMA ihr Organisations- und Geschäftsreglement per 06.03.2019 in diesem Sinne angepasst (Art. 2^{bis} Abs. 2 OrgR FINMA).

Die erste Verfügung wurde 2013 durch den damaligen Leiter des Geschäftsbereichs «Banken» und den ihm unterstellten Leiter der Gruppe «Solvvenz und Kapital» unterzeichnet. Die zweite Verfügung von 2017 unterzeichneten später der Direktor der FINMA und der Leiter des 2016 neu etablierten Geschäftsbereichs Recovery & Resolution. Dies vor dem Hintergrund, dass die FINMA die Massnahmen in der Verfügung 2017 mutmasslich im Rahmen der Prüfung des Notfallplans (Art. 61 BankV) erlassen haben dürfte (vgl. EFD 2018b: 6), für den der genannte Geschäftsbereich prinzipiell verantwortlich zeichnet. Aus der Verfügung geht nicht hervor, ob ihr ein Entscheid des Verwaltungsrats zugrunde liegt.

Allenfalls könnte es sich bei der **Verfügung 2017** um ein Geschäft von grosser Tragweite im oben beschriebenen Sinn gehandelt haben. Sie erging gegenüber einer systemrelevanten Bank, regelte Anforderungen an Eigenmittel und hatte präjudizielle Wirkung. So passte der Bundesrat unter Hinweis auf die Verfügung den Art. 32 Bst. j ERV an und liess Art. 125 ERV entfallen (EFD 2018b: 9 f.). Zudem hätte die CS Stammhaus ohne die in derselben Verfügung gewährten Erleichterungen (Übergangsfrist, Ziff. 2.5.2; Filter, Ziff. 3.2) ab 2017 neues Kernkapital von CHF 16.8 Mrd. (davon CET1 von CHF 12 Mrd.) und spätestens ab 2020 weiteres CET1 von mind. CHF 3.5 Mrd. benötigt.

Wie es sich damit verhält kann aber **offenbleiben**. Denn eine allfällige Anfechtungsfrist wäre längst verstrichen. Zudem wird Nichtigkeit einer Verfügung nach der sogenannten Evidenztheorie nur ausnahmsweise angenommen, «wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer *und* offensichtlich oder *zumindest leicht erkennbar* ist *und* die *Rechtssicherheit* durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird» (BGer a.a.O. E. 3.2, Hervorhebungen hinzugefügt). Beide kursiv hervorgehobenen Voraussetzungen wären vorliegend zu verneinen. So zeugt bereits der Umstand, dass die Frage der Zuständigkeit im Fall der Postfinance (BGer a.a.O.) zwischen ihr und der FINMA streitig war und später die beiden in der Frage befassten Gerichte die Frage ebenfalls je gegenteilig entschieden davon, dass die zutreffende Auslegung jedenfalls nicht leicht erkennbar war. Zudem wären die Folgen einer Nichtigkeit gravierend gewesen und hätten die Rechtssicherheit ernsthaft gefährdet. Lag aber eine ursprünglich anfechtbare Verfügung vor, so ist sie durch Zeitablauf geheilt.

1.2 Antwort zu Frage 3.1

Welche Massnahmen kann die FINMA gestützt auf Artikel 4 Absatz 3 BankG verfügen?

Wie die vorstehenden Ausführungen und die Praxisfälle im Anhang zeigen, bietet Art. 4 Abs. 3 des Bankengesetzes (BankG) der FINMA die Möglichkeit, in besonderen Fällen von den ordentlichen Eigenmittelanforderungen abzuweichen. Diese Bestimmung erlaubt es der FINMA, sowohl Erleichterungen als auch Verschärfungen der Eigenmittelanforderungen anzuordnen. Sie zielt darauf ab, der Aufsichtsbehörde die notwendige Flexibilität zu geben, um auf spezifische Risiken und besondere Umstände einzelner Banken angemessen reagieren zu können.

Entsprechend gross ist das eingeräumte **Ermessen** – und zwar sowohl quantitativ als auch qualitativ in Bezug auf die Eigenmittelanforderungen und die Eigenmittelanrechnung. So kann die FINMA bei-

spielsweise ein Instrument selbst dann als hartes Kernkapital anrechnen, wenn die einschlägige Bestimmung abschliessend ist und das Instrument nicht aufführt (vgl. schon EBK Jahresbericht 1994 S. 32 f. – Anhang I Nr. 4). So hat die FINMA die Möglichkeit qualitative Erleichterungen oder Verschärfungen anzuordnen; sie kann also etwa Elemente einer Kapitalkategorie einer anderen anrechnen (Anhang Nr. 7; vgl. auch obiter EBK Bulletin 34/1998 S. 18; und sogar EFD 2012: 58 f. «qualitative ... Erleichterung» – sogar mit Blick auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG i.V.m. Art. 125 ERV, obwohl dort die FINMA kaum Ermessen genoss).

Die Anwendung der Bestimmung **setzt voraus**, dass ein **besonderer Fall** vorliegt, der eine Abweichung von den allgemeinen Eigenmittelanforderungen überhaupt rechtfertigt. Insofern erfordert die Anwendung der Bestimmung stets eine sorgfältige Abwägung der Umstände des Einzelfalls. Ein besonderer Fall kann sowohl durch externe Umstände als auch durch interne Besonderheiten eines Instituts bedingt sein. Externe Umstände können beispielsweise makroökonomische Krisen oder Marktvolatilitäten sein (EBK Bulletin 6/1980 S. 12 Entscheid 23.06.1980 / EBK Bulletin 10/1982 S. 9 f 3. – beide Anhang I Nr. 2; EBK Bulletin 20/1990 S. 31 m.H.a. Verfügung 12.09.1989 – Anhang I Nr. 3; EBK Verfügungen 20.11.2008 – Anhang I Nr. 16), während interne Besonderheiten etwa in der spezifischen Risikostruktur oder der Organisationsform einer Bank liegen können.

Die FINMA muss bei der Anwendung von Art. 4 Abs. 3 BankG stets die *allgemeinen gesetzlichen Schranken* sowie den *Schutzzweck des Bankengesetzes* wahren (EBK Jahresbericht 1994 S. 32 – Anhang I Nr. 4; explizit so Art. 47 Abs. 4 FINIG). Dieser umfasst heute den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, die Stabilität des Finanzsystems und das Vertrauen in die Finanzmärkte. Erleichterungen dürfen daher nur gewährt werden, wenn sie den Schutzzweck nicht beeinträchtigen, und Verschärfungen müssen verhältnismässig und sachgerecht sein. Die FINMA darf ihr Ermessen weder überschreiten, noch unterschreiten, missbrauchen oder offensichtlich unzweckmässig ausüben. Hingegen bleibt eine Verfügung, die unangemessen ist, weil andere als die angeordneten Massnahmen zweckmässiger wären, doch rechtmässig (Häfelin et al. 2020: N 459b; Wiederkehr/Richli 2012, N 1510).

Literatur und Rechtsprechung zu den **zulässigen Massnahmen** existiert bis heute praktisch nicht. Dafür deckt die Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) und später der FINMA eine Vielzahl von Fällen, in denen die Bestimmung angewandt wurde und illustriert die Bandbreite der möglichen Massnahmen und die spezifischen Umstände, die eine Abweichung von den allgemeinen Eigenmittelanforderungen rechtfertigen können. (Im Anhang I sind neben den nachstehenden Beispielen weiteren Massnahmen aufgeführt.)

Erleichterungen wurden in der Vergangenheit häufig in Situationen gewährt, in denen externe makroökonomische Faktoren die Eigenmittelanforderungen der Banken unverhältnismässig belasteten. Ein Beispiel hierfür sind die Devisenturbulenzen in den 1980er Jahren, während derer die EBK den Banken erlaubte, ihre Eigenmittel auf Basis eines *gleitenden Durchschnittskurses* anstatt des Stichtagskurses zu berechnen. Diese Massnahme trug dazu bei, die kurzfristigen Schwankungen der Eigenmittelanforderungen abzufedern und den Banken eine stabilere Planungsgrundlage zu bieten (EBK Bulletin 6/1980 S. 12 Entscheid 23.06.1980 / EBK Bulletin 10/1982 S. 9 f 3. – beide Anhang I Nr. 2; EBK Bulletin 20/1990 S. 31 m.H.a. Verfügung 12.09.1989 – Anhang I Nr. 3).

Ein weiteres Beispiel ist die Immobilienkrise der 1990er Jahre, während derer die EBK den Banken erlaubte, auf die eigene Bilanz übernommene Liegenschaften mit *reduzierten Eigenmitteln* zu unterlegen. Diese Erleichterung half den Banken, die durch die Krise verursachten Belastungen zu bewältigen und ihre Stabilität zu wahren (obiter EBK Jahresbericht 1994 S. 29 f.).

Auch in jüngerer Zeit hat die FINMA Erleichterungen gewährt, etwa um den besonderen Umständen kleinerer Banken Rechnung zu tragen. Das 2018 eingeführte Kleinbankenregime erlaubt es kleinen

Banken, von bestimmten *Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen befreit* zu werden, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen (FINMA, 16.07.2018). Diese Massnahme zielt darauf ab, die Aufsicht proportional zu den Risiken und der Grösse der Institute auszugestalten und die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Banken zu stärken.

Neben Erleichterungen hat die Aufsichtsbehörde auch wiederholt **Verschärfungen** der Eigenmittelanforderungen angeordnet, um spezifischen Risiken einzelner Institute gerecht zu werden. Ein Beispiel hierfür ist die Anordnung *zusätzlicher Eigenmittel* für Banken mit überdurchschnittlicher Risikoexposition oder Risikokonzentration. So verlangte die EBK in den 1990er Jahren von einer Bank, die überdurchschnittlich hohe Kredite im Tourismusgewerbe und an Gemeinden mit schlechtem Rating vergeben hatte, einen *pauschalen Eigenmittelzuschlag* von 50 Millionen Franken (EBK Jahresbericht 2001 S. 59 – Anhang I Nr. 12).

Ein weiteres Beispiel ist die Anordnung zusätzlicher Eigenmittel für Banken mit atypischen Organisationsstrukturen, wie etwa Bankholding-Konzernen (im Moment des Entscheides noch atypisch: obiter EBK Jahresbericht 1998 S. 20 und 41; EBK Bulletin 19/1990 S. 9, 32 m.H.a. Verfügung CS Holding 01.09.1989; EBK Bulletin 21/1991 S. 42 m.H.a. BGer Entscheid 11.12.1990 – alle Anhang I Nr. 14; EBK ZKB Guernsey Verfügung 2012 – Anhang I Nr. 8; EBK Bulletin 30/1996 S. 57 – Anhang I Nr. 5). In solchen Fällen verlangte die EBK eine *Eigenmittelkonsolidierung*, um sicherzustellen, dass die Risiken der gesamten Gruppe angemessen berücksichtigt und abgedeckt werden.

Auch im Kontext der Finanzkrise 2008 hat die FINMA Verschärfungen der Eigenmittelanforderungen angeordnet. So verlangte sie, dass diese Eigenmittel für risikogewichtete Aktiva (*RWA*) *in einer Bandbreite* zwischen 50-100% über den internationalen Mindestanforderungen von Basel II halten bei einem *Aufbau aus Gewinnen bis zu einer Zielgrösse*. Diese Massnahme sollte insb. das Vertrauen in die Stabilität der Banken zu stärken und die Widerstandsfähigkeit des Finanzsystems zu erhöhen (Anhang I Nr. 16).

Die FINMA erlässt Erleichterungen oder Verschärfungen in der Regel in **Form** einer angemessen begründeten und anfechtbaren Verfügung. Diese Verfügungen müssen den spezifischen Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen.

Innerhalb der FINMA ergibt sich die **Zuständigkeit** für Massnahmen aus dem Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) und dem Organisations- und Geschäftsreglement der FINMA. Der Verwaltungsrat der FINMA ist für Geschäfte von grosser Tragweite zuständig, d.h. Entscheide mit grosser präjudizieller Tragweite oder mit weitreichenden wirtschaftlichen oder aufsichtspolitischen Folgen. Zu den Geschäften von grosser Tragweite gehören je nach Konstellation auch Verfügungen über Eigenmittel, die systemrelevante Institute betreffen, da sie weitreichende wirtschaftliche und aufsichtspolitische Folgen haben können (BGer Urteil 2C_387/2018, 18.12.2018, E. 3.5.2; Art. 9 Abs. 1 Bst. i FINMAG).

2. Fragen zu 3.2

Die Fragen zu 3.2 lauten: «Regimewechsel 3.2.1 Bildete Artikel 4 Absatz 3 BankG eine genügende Rechtsgrundlage, um den Regimewechsel trotz dem damals noch geltenden Artikel 32 Buchstabe j ERV zu verfügen? 3.2.2 Wie ist Artikel 148i ERV bei der Prüfung der Rechtmässigkeit der TBTF-Verfügung 2017 zu berücksichtigen? Falls der Regimewechsel gemäss Beantwortung von Frage 3.2.1 nicht rechtmässig war: Ändert Artikel 148i ERV die Beurteilung der Rechtmässigkeit?» Die Fragen zu 3.2 gehen implizit davon aus, dass die Verfügung 2017 einen Regimewechsel zum Inhalt hatte, wobei mit Regimewechsel der Übergang vom Beteiligungsabzug mit zwingenden Erleichterungen hin zur Risikogewichtung gemeint ist.

Im Folgenden wird dargelegt, welches Regime die TBTF-Erlasse begründeten (Ziff. **2.1**) und welches Regime die FINMA mit ihren Verfügungen 2013 für die Credit Suisse anordnete (Ziff. **2.2**). Anschliessend wird die erste TBTF-Revision (insb. in Bezug auf die ERV) thematisiert (Ziff. **2.3**). Danach werden die für die Fragen zu 3.2.1 relevanten Teile der Verfügung 2017 («Regimewechsel») beleuchtet (Ziff. **2.4**). Gestützt darauf wird die Frage 3.2.1 beantwortet (Ziff. **2.5**). Es folgen Ausführungen zur zweiten TBTF-Revision in Bezug auf die ERV (Ziff. **2.6**). Gestützt darauf wird die Frage 3.2.2 beantwortet (Ziff. **2.7**).

2.1. TBTF-Erlasse

2.1.1 Revision BankG 2011

Im Nachgang zur Finanzkrise kam es zu einer Teilrevision des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail; Geschäfts Nr. 11.028; Botschaft 20.04.2011, BBl 2011 4717). Am 14.06.2011 fand im Ständerat als Erstrat die Eintretensdebatte statt.

Die damalige Finanzministerin äusserte sich zur Rettung der UBS wie folgt: «Es war sicher, und ist es immer **auch, eine Frage des Vertrauens**. Aber die Situation war ja die, dass es einen Aktivenüberschuss von 400 Milliarden Franken im Ausland gab und wir nicht die Möglichkeit hatten, diese Eigenmittel hier wirklich festzumachen. **Das war die Situation, die wir hatten: zu wenig Eigenmittel im Stammhaus hier in der Schweiz und zu wenig Liquidität**. Das hat zu dieser Situation geführt. Eigentlich hätte die UBS einen Aktivenüberschuss gehabt – aber leider nicht am richtigen Ort. Dem möchten wir jetzt ja vorbeugen» (Ständerat AB 2011: 570; Hervorhebungen hinzugefügt).»

Anschliessend thematisierte die Finanzministerin die Frage der **Deckelung der Eigenmittelanforderungen auf Konzernebene durch Erleichterungen auf Ebene Einzelinstitut bzw. Stammhaus**: «Wie ist das jetzt mit diesen 19 Prozent Eigenmitteln für die Gruppe und 19 Prozent für Stammhaus oder Einzelinstitut bzw. für systemrelevante Teile eines Einzelinstitutes? Die Frage wurde ja in der Kommissionssitzung von Vertretern der CS aufgebracht. ... Wir haben diese Zahlen auch mit der entsprechenden Vertretung der CS angeschaut und diskutiert. Gestützt darauf haben wir dann das Schreiben herausgelassen und auch Ihnen zugestellt, um zu zeigen, dass es absolut nicht unsere Meinung ist und auch nie war, dass das Ganze insgesamt dann über 19 Prozent hinausgehen solle. 19 Prozent ist der Deckel, 19 Prozent soll gelten. ... Die CS hat sich mit diesem Papier, das wir Ihnen zugestellt haben und das wir auch der CS zugestellt haben, weil ja durch sie die ganze Diskussion aufgebracht wurde, ausdrücklich einverstanden erklärt. Ich ... habe eine schriftliche Bestätigung der CS, dass das in allen Teilen genau das ist, was sie sich vorgestellt hat und was sie sich auch wünscht» (Ständerat AB 2011: 570).

Die zitierten Passagen zeigen, wie eng die Credit Suisse in jeder Phase des Regulierungsprozesses involviert war, welches Gewicht ihr Anliegen hatte und wie ihr Einverständnis hervorgehoben wurde. Im Parlament thematisierte die Finanzministerin den «Wunsch», die «Erwartung», die «Bestätigung» und die – schriftliche und ausdrückliche – Einverständniserklärung der CS zu der dem Parlament vorliegenden Regulierung. Die Credit Suisse stiess die Diskussion zur möglichen Fortsetzung der bisher (gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG) durch Einzelverfügung gewährten Erleichterungen an, wurde in der vorberatenden Kommission gehört, diskutierte mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD), erhielt von diesem – schriftlich – eine Zusicherung zur Deckelung der Eigenmittelanforderungen im Konzern und erklärte sich schliesslich «einverstanden» mit der Verordnungsbestimmung (Art. 125 ERV), die sich auf die Zusicherung des EFD stützte.

Formal betrachtet werden Banken bei Verordnungsänderungen lediglich konsultiert (Art. 7 Abs. 4 FINMAG verlangt eine «angemessene Beteiligung der Betroffenen»). Wie die Entstehungsgeschichte zu einer für das Gutachten zentralen Norm (Art. 125 ERV) zeigt, wich die gelebte Praxis davon deutlich ab und sah einem Prozess der Vertragsverhandlung zuweilen ähnlicher als einer blossen Konsultation.

Am 30.09.2011 wurde die TBTF-Vorlage verabschiedet. Sie trat auf den 01.06.2012 in Kraft und beinhaltete vier zentrale Massnahmen: (1) systemrelevante Banken wurden verpflichtet, höhere Eigenmittel zur Verlustdeckung aufzubauen und risikogewichtete Vorgaben sowie eine Verschuldungsobergrenze (Leverage Ratio) einzuhalten; (2) systemrelevante Banken mussten einen Liquiditätspuffer halten, um Netto-Liquiditätsabflüsse bis zu dreissig Tage decken zu können; (3) Notfallpläne sollten die Weiterführung von systemrelevanten Funktionen im Insolvenzfall gewährleisten und mit Bail-in die Steuerzahler vor anfallenden Verlusten geschützt werden; (4) das rechtliche Instrumentarium zur Sanierung und Abwicklung von Finanzinstituten wurde erweitert und die organisatorischen Strukturen der Banken sollten so angepasst werden, dass sie im Krisenfall leichter restrukturiert oder abgewickelt werden können.

2.1.2 Totalrevision ERV 2012

Noch während den Beratungen zur TBTF-Vorlage hatten sich die Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben der Eidgenössischen Räte (WAK) ausbedungen, dass das Parlament die totalrevidierte Eigenmittelverordnung einmalig durch einfachen **Bundesbeschluss** global genehmigen oder ablehnen könne (Geschäft Nr. 12.061, BBl 2012 6669). In der Ratsdebatte hielt die Finanzministerin im September 2012 fest, es sei zwar «ausserordentlich, dass wir eine solche Verordnung im Rat diskutieren, aber es ist sicher richtig».

Mit Blick auf die durch die FINMA zu gewährenden **Erleichterungen** kam die Finanzministerin auch zurück auf «die 19- bzw. 26-Prozent-Regelung» und erinnerte, es sei «vor allem auch ein Wunsch der Credit Suisse ..., dass die bisher durch Einzelverfügung gewährten Erleichterungen für die Konzernfinanzierung weitergeführt werden sollen, auch unter dieser "Too big to fail"-Regelung. Aber ... es sind Erleichterungen, die sich auf Artikel 4 des Bankengesetzes stützen. Sie werden jetzt mit der Eigenmittelverordnung selbstverständlich nicht einfach aufgehoben, aber die Finma wird sie in den Gesamtzusammenhang stellen müssen Sie wird aber Anpassungen an diesen Einzelverfügungen nur in begründeten Fällen machen können und dann auch in Form einer anfechtbaren Verfügung» (Ständerat AB 2012: 723).

Ein weiterer Aspekt, der in den Räten und zuvor schon in der WAK-N zu Diskussionen geführt hatte, war die Frage der **Offenlegung** der Kapitalanforderungen bzw. der von der FINMA gewährten Erleichterungen. Im ersten Entwurf hatte der Bundesrat eine Offenlegung von gewährten Erleichterungen vorgesehen. Die WAK-N kritisierte dies als wettbewerbsverzerrend (weil die systemrelevanten Grossbanken international Geschäftsinterna hätten offenlegen müssen, die ihre Konkurrenz damals für sich und

ihre Aufsicht behalten durfte (Votum Maier GLP, AB 2012 N 1479). Stattdessen verlangte die WAK-N, dass die Offenlegung von Kapitalanforderungen gemäss Art. 10 Abs. 1 BankG nur in den Grundzügen erfolgen solle (BBl 2012 6669, 6675). In der dem Parlament schliesslich vorgelegten Fassung fand sich nur noch die Formulierung, gemäss welcher die Kapitalquote anzugeben ist, wie sie sich *nach* den Erleichterungen ergibt. Die Botschaft hielt fest, das gehe «weniger weit, als dies das Bankengesetz der FINMA erlauben würde» (BBl 2012 6669, 6675). Die Finanzministerin wiederholte im Rat, dass die «Bestimmung in Artikel 125 Absatz 5 ERV zur Offenlegung ... entsprechend dem Anliegen der Kommissionen angepasst worden» sei (Votum Widmer-Schlumpf, AB 2012 N 1479).

Am 13.09.2012 bzw. 18.09.2012 genehmigten beide Kammern die revidierte Eigenmittelverordnung, die am 01.01.2013 in Kraft trat (Art. 151 ERV; AS 2012 5441). Zentral sind namentlich folgende Bestimmungen:

- **Art. 21 ERV** legt die Elemente fest, die als hartes Kernkapital (Common Equity Tier 1, CET1) angerechnet werden können.
- **Art. 32 ERV** nennt die Elemente, die vom CET1 «vollständig abzuziehen» sind; darunter gemäss der ursprünglichen Fassung des **Bst. j** «im Rahmen der Einzelinstitutsberechnung: die Netto-Longpositionen der direkt gehaltenen Beteiligungen an im Finanzbereich tätigen zu konsolidierenden Unternehmungen ...».
- **Art. 124 ff. ERV** stellen (gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. a BankG) besondere Bestimmungen für systemrelevante Banken auf. Die Höhe der Anforderungen wird auf oberster Stufe der Finanzgruppe bestimmt (Art. 124 Abs. 3 ERV), muss aber nicht nur dort erfüllt werden, sondern prinzipiell auch auf Stufe der Einzelinstitute, soweit letztere systemrelevante Funktionen der Finanzgruppe ausüben (Art. 124 Abs. 2 ERV). Dabei stellt Art. 124 Abs. 2 ERV diese besonderen Anforderungen an die Eigenmittel unter den Vorbehalt von Art. 125 ERV (dazu sogleich).
- **Art. 137 ff. ERV** enthalten Übergangsbestimmungen (mit einem separaten Abschnitt für jede seither erfolgte Reform). Namentlich sollten gemäss Art. 148 ERV bisherige Verfügungen zu Eigenmitteln (gemäss Art. 4 Abs. 3 BankG) maximal bis 31.12.2018 gelten.

Für Banken galt damit ab 2013 prinzipiell das sog. **Abzugsregime**. Denn Art. 32 Bst. j ERV (2013) verlangte wie gesehen für Banken allgemein, dass die Netto-Longpositionen der direkt gehaltenen Beteiligungen an im Finanzbereich tätigen zu konsolidierenden Unternehmungen (insb. Tochtergesellschaften) vom harten Kernkapital vollständig abgezogen werden.

Für systemrelevante Banken galt indes zusätzlich Art. 125 ERV. Dessen **Absatz 1** verpflichtete die FINMA, auf Stufe Einzelinstitut Erleichterungen zu gewähren, soweit die Anforderungen auf Einzelstufe die Anforderungen auf Stufe Finanzgruppe erhöhen (Bst. a) und die Bank hiergegen auf Stufe Finanzgruppe zumutbare Massnahmen ergriffen hatte (Bst. b). Die weiteren Absätze regelten die Details (**Absatz 2** zur Zumutbarkeit, **Absatz 3** zu Schranken, **Absatz 4** zu Erleichterungen und **Absatz 5** zur soeben diskutierten Offenlegung durch die FINMA und die Bank).

Mit Art. 125 ERV verwirklichte der Bundesrat die gegenüber dem Parlament und der CS zugesicherte Deckelung der Eigenmittelanforderungen auf Konzernebene. Er legte fest, dass die Aggregation der Anforderungen auf Stufe Einzelinstitut nicht aufgrund der individuellen Gruppenstruktur und des ge-

wählten internen Verschuldungsgrades (Leverage) zu einem Übertreffen der regulatorischen Anforderungen auf Gruppenstufe führt (EFD 2012: 58).¹ Zu diesem Zweck verpflichtete er die FINMA, **Erleichterungen** nach Art. 125 Abs. 4 zu gewähren: Namentlich konnte sie auf Stufe Einzelinstitut die Eigenmittelanforderungen auf bis zu 14% der risikogewichteten Positionen (RWA) absenken (Bst. a). Zudem konnte sie die Beteiligungsabzüge reduzieren (Bst. b).

2.2. TBTF-Verfügungen FINMA (2013)

Durch die oben dargestellten Vorgänge im Parlament (Ziff. 2.1.1) war das Eigenmittel-Regime besonders für die (direkten und indirekten) Beteiligungen bereits stark vorgezeichnet. Denn in diesem Bereich genoss die Credit Suisse Erleichterungen, die sich auf Einzelverfügungen gemäss Art. 4 Abs. 3 BankG stützten. Sie sollten wie erwähnt «nicht einfach aufgehoben» und «nur in begründeten Fällen» angepasst werden.²

So erlaubte die FINMA der CS mit **Verfügung vom 05.02.2013** einstweilen, direkte Beteiligungen weiter je hälftig vom CET1 und vom übrigen Kapital abzuziehen (grandfathering; FINMA 2013: E 29, 41). Das EFD hatte in seinem Kommentar zu Art. 125 Abs. 4 Bst. b ERV vorsorglich explizit auf diese Möglichkeit hingewiesen («qualitative ... Erleichterung» EFD 2012: 58 f.).

Grundsätzlich aber musste die FINMA künftig Erleichterungen so gewähren, dass die Eigenmittelanforderungen ein Überschreiten im Konzern verhinderten, also den zugesicherten «Deckel» nicht überschritten, und zugleich das Gesamtergebnis nicht ohne Grund hinter die sonderfallweise gewährten früheren Erleichterungen zurückfiel.

Daher verlangte die FINMA mit **Verfügung vom 20.12.2013** für den Einzelabschluss auf der Stufe Stammhaus (Parent Bank) ein Mindestkapital von 14% (davon 10% CET1 gemessen an den RWA; FINMA 2017: E 5) und formulierte spezifische Eigenmittelanforderungen. Diese basierten für die UBS AG und die Credit Suisse AG auf dem gleichen konzeptionellen Rahmen, trugen aber über einen Schwellenwert zugleich den jeweiligen Konzern- und Rechtsstrukturen Rechnung (FINMA 10.01.2024: 1; FINMA 2023: 62). Aufgrund dieser Konzeption bezeichnete die Nationalbank es später als ein «**Schwellenwertregime**» (SNB 2017: 2). Den (mindestens jährlich zu überprüfenden) Schwellenwert bestimmte die FINMA in Ansehung der individuellen Bankstrukturen und versah die Beteiligungen (direkte und indirekte) unterhalb des Schwellenwerts neu mit einem Risikogewicht von 200% (FINMA 2013: E 41; FINMA 2017: E 5).³

¹ EFD 2012: 58: «Auf Einzelinstitutsebene erhöht die Unterlegung der gruppeninternen Risikopositionen (Darlehen, Garantien) die erforderlichen Eigenmittel, während dem sich wegen des Abzuges von Beteiligungen die anrechenbaren Eigenmittel reduzieren. Auf konsolidierter Stufe fällt dies deshalb nicht ins Gewicht, weil die entsprechenden gruppeninternen Positionen eliminiert werden. Es kann deshalb erforderlich sein, dass Erleichterungen von den Anforderungen auf Einzelinstitutsebene gewährt werden müssen. Dies wird der FINMA mit Art. 125 Abs. 1 ERV unter zwei Voraussetzungen ermöglicht. Als Folge der Anforderungen auf Stufe Einzelinstitut müssen sich erstens die Anforderungen auf Stufe Finanzgruppe erhöhen. Hierbei können nur dauerhafte und substantielle Erhöhungen Bedeutung erlangen. Zweitens muss die Bank auf Stufe der Finanzgruppe die ihr zur Vermeidung der Erhöhung zumutbaren Massnahmen ergriffen haben. Das jeweilige Institut hat es demnach grundsätzlich selbst in der Hand, sein Geschäftsmodell kapitaloptimiert auszugestalten. Massnahmen, welche die Umsetzung einer konkreten Konzernstruktur oder Organisation vorschreiben, gelten indes als nicht zumutbar».

² Siehe Anhang «Aufsichtspraxis zu BankG 4 III».

³ Der Bundesrat bezeichnete das Regime als «das gemischte System» (BBl 2017 4847, 4863). Tatsächlich dominierte die Risikogewichtung nur bei der CS die Riskogewichtung klar, da ihre Schwelle bei 130% des Gesamtkapitals lag. Bei der UBS spielte der Abzug eine grössere Rolle, da ihre Schwelle nur bei rund 50% lag; FINMA 10.10.2024, 15.

Bei diesen neuen Erleichterungen handelte es sich wohlgerne um **Vollzugsmassnahmen**, welche die FINMA (im Sinne eines Regelfalles) gestützt auf Art. 4 **Abs. 2 Satz 3** BankG i.V.m. Art. 125 ERV zu ergreifen hatte – und nicht etwa um Abweichungen in besonderen Fällen, wie sie die FINMA gestützt auf Art. 4 **Abs. 3** BankG (mit weitaus grösserem Ermessen) ergreifen könnte. Letztere Bestimmung war höchstens insoweit relevant, als die FINMA mit der Verfügung frühere Sonderfallverfügungen (wie insb. jene von 2006) aufhob. Daran ändert auch nichts, dass die Verfügung vom Dezember 2013 als «Gesamtpaket» erlassen wurde.

Für die CS setzte die FINMA in ihrer Verfügung vom 20.12.2013 den Schwellenwert so fest, dass von den geschätzten CHF 93 Mrd. Beteiligungen (direkte und indirekte) mehr als 9/10 (ca. CHF 85.8 Mrd.) als risikogewichtete Positionen erfasst und auch von den verbleibenden rund CHF 7.2 Mrd. (nach dem Vorbild der Verfügung 2006) die Hälfte vom Gesamtkapital und nur der marginale Rest (also rund 1/20) tatsächlich vom CET1 abgezogen wurde (FINMA 2013: E 42).

Diese Grössen zeigen deutlich, dass es sich bei dem 2013 verfüzten Regime jedenfalls **für die Credit Suisse** seiner Wirkung nach **von der ersten Stunde an zu 90%** um ein Regime der (damals noch nicht nach In- und Auslandsbeteiligungen differenzierten) Risikogewichtung handelte (**«pauschales Risikogewichtungsregime»**).⁴

Mit anderen Worten vollzog die FINMA mit ihrer Verfügung vom 20.12.2013 nicht nur eine Abkehr vom Regime der Einzelverfügung von 2006 gegenüber der CS gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG. Sie vermied es auch, gestützt auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG i.V.m. Art. 125 ERV, das damals für Banken prinzipiell geltende Abzugsregime mit seinem vollständigen Abzug der Beteiligungen des Stammhauses gemäss Art. 32 Bst. j ERV auf die CS je zur Anwendung zu bringen. Wenn überhaupt an einer Stelle von einem **Regimewechsel** gesprochen werden kann, dann fand er bereits im Dezember 2013 statt. Im Fall Credit Suisse führte der Wechsel zudem – da für sie die Schwelle so hoch lag – von Beginn weg zu einem Risikogewichtungsregime.

Mit diesem Übergang hin zu einer **zwingenden Erleichterung durch Risikogewichtung** im Fall der CS dürfte die FINMA die Erwartungen von Bundesrat, Parlament und CS durchaus erfüllt haben. Die SNB hatte in der Anhörung vergeblich beanstandet, dass ungeklärt sei, ob die Bank überhaupt zumutbare Massnahmen zur Vermeidung des Überschliessens nach Art. 125 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 ERV ergriffen habe, und dass die Zweckmässigkeit der Erleichterungen und deren Anreizwirkungen ungenügend belegt seien (FINMA 2013: E. 38d). Auch der FINMA selbst schien die Regelung von Art. 125 ERV kaum gelungen; versuchte sie doch, bei der erstmöglichen Gelegenheit Änderungen einzubringen.

2.3. TBTF-Revision I (ERV und BankV 2016)

Die Gelegenheit für eine Revision der ERV bot sich mit Erscheinen des ersten TBTF-Evaluationsberichts des Bundesrats am 18.02.2015. Er beauftragte das EFD, eine Revisionsvorlage zur Eigenkapitalverordnung und zur Bankenverordnung zu erlassen (Bundesrat 2015: 17). Am 22.12.2015 veröffentlichte

⁴ Insofern bewirkte die Verfügung 2017 später keinen Regimewechsel, sondern nur noch eine Regimeanpassung (von der pauschalen Risikogewichtung zur differenzierten Risikogewichtung); Näheres sogleich im Text.

das EFD einen Erläuterungsbericht (EFD 2015). Dieser enthielt neben vielen anderen⁵ drei hier interessierende Änderungsvorschläge zur ERV.

- Auf Anregung der FINMA sollte in Art. 125 Abs. 1 ERV eine «**Kann-Bestimmung**» eingeführt werden, um ihr entsprechenden Ermessensspielraum zu verschaffen.⁶
- Weiter sah Art. 125 Abs. 4 ERV neu auch eine quantitative **Offenlegungspflicht** zu den Erleichterungen selbst vor (EFD 2015: 8).⁷
- Zudem wollte das EFD die Art. 125 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 ERV streichen und so die Banken künftig vom Beleg entbinden, dass sie eigene **zumutbare Massnahmen** zur Vermeidung von höheren Eigenmittelanforderungen ergriffen hatten. Das EFD begründete diesen Schritt damit, dass dieser Beleg eine «nur sehr schwer in der Praxis umzusetzende zusätzliche Voraussetzung» für die Gewährung von Erleichterungen durch die FINMA sei (EFD 2015: 8) und bestätigte damit implizit das von der SNB in der Anhörung zur Verfügung 2013 kritisierte Versäumnis (FINMA 2013: E. 38d).

In der anschliessenden Vernehmlassung sprachen sich economiesuisse, SBVg, CS, UBS und SVP gegen den Ermessensspielraum der FINMA aus. Moniert wurde, dass eine «solche Ausweitung der Kompetenzen ... der damaligen politischen Einigung zwischen Bundesrat und Parlament» widerspreche (economicsuisse 2016: 4). SBVg, CS und UBS lehnten zudem auch die erweiterte Offenlegung ab (EFD 2016a: 6).

Daraufhin strich das EFD beide Änderungen in der Schlussfassung vom 11.05.2016 wieder (EFD 2016b: 20) und setzte die Vorlage auf den 01.07.2016 in Kraft (AS 2016 1725). Die Pflicht zum Nachweis zumutbarer Massnahmen blieb ohne Begründung erhalten – ohne dass das EFD seine Feststellung zur Praxisumsetzbarkeit zurückgenommen hätte.

Das EFD unterstützte anfänglich sowohl den Wunsch der FINMA nach einem grösseren regulatorischen Spielraum als auch eine transparentere Regelung der Erleichterungen. Es reichten aber offenbar der Widerstand von mehreren einflussreichen Akteuren aus Finanz und Wirtschaft und die Erinnerung an die 2011/2012 erzielte politische Einigung zwischen Bundesrat und Parlament, damit das EFD beide Änderungen zurückzog. Im Ergebnis hat der Bundesrat darauf verzichtet, eine Regulierung einzuführen, die behörden- / verwaltungsseitig gewünscht war, aber dem Willen der Branche entgegenlief. Die vormals gesetzten Rahmenbedingungen wurden damit bestätigt und die FINMA hatte sie beim Vollzug von

⁵ Absenkung Zielkapitalquote auf 10.5% total und 7% CET1; keine Erleichterung für Einzelinstitute mit systemrelevanten Funktionen; Terminierung Notfallplan; TLAC-Anforderungen; Kategorisierung Banken; Bail-in Bonds, etc.

⁶ Der Vorschlag zu Art. 125 Abs. 1 ERV lautete (Hervorhebungen hinzugefügt, 42409.pdf): «Die FINMA *kann* Erleichterungen auf Stufe Einzelinstitut gewähren, wenn die Erfüllung der Anforderungen nach den Artikeln 128–131b auf Stufe Einzelinstitut eine Eigenmittelausstattung auf Stufe Finanzgruppe zur Folge hat, welche die konsolidiert zu erfüllenden Anforderungen *nachhaltig* übertrifft.»

⁷ Der Vorschlag zu Art. 125 Abs. 4 ERV lautete (Hervorhebungen hinzugefügt): «Die auf Stufe Einzelinstitut gewährten Erleichterungen sind wie folgt offenzulegen durch: a. die FINMA: in den Grundzügen ...; und b. die betroffene Bank und die Finanzgruppe: *im Geschäfts- oder im Quartalsbericht, in dem sie quantitative Angaben über die Auswirkung der Erleichterungen machen.*»

Art. 125 ERV mithin auch künftig zu beachten, wobei das Erfordernis der bankseitig zumutbaren Massnahmen zur Vermeidung des Überschliessens auf Konzernebene offenbar toter Buchstabe blieb.

Nach dem Gesagten blieb das seit 2013 geltende Regime des Art. 125 ERV auch nach der ersten Revision der TBTF-Erlasse einstweilen erhalten. Zugleich stand im Rahmen des Notfallplans die **Ausgliederung** des Schweizer Retail- und Firmenkundengeschäfts vom Stammhaus Credit Suisse AG auf die neue Tochter Credit Suisse (Schweiz) AG an. (Die FINMA erteilte die Bewilligung schliesslich am 14.10.2016.) Diesem Einzelinstitut konnte die FINMA aufgrund des mit der Revision ebenfalls eingeführten Art. 125 Abs. 3^{bis} ERV keine Erleichterungen gewähren. Die zwingenden Erleichterungen akzentuierten sich daher im Stammhaus Credit Suisse AG künftig weiter.

Unter dem Abzugsregime ohne Erleichterung wäre die CS Stammhaus als Einzelinstitut schon vor der anstehenden Ausgliederung sichtbar **(zu) tief kapitalisiert** gewesen.⁸ Die Ausgliederung der Schweizer Tochter sollte zwar die Vorbereitung auf den Krisenfall verbessern (FINMA 2017: 15), verschärfte aber die Kapital-Situation im Stammhaus noch zusätzlich. Nur dank Vermeidung des Abzugsregimes konnte die CS – von Bundesrat, Parlament und CS gleichermaßen gewollt – «[a]ufgrund der gewährten Erleichterungen ... auf Stufe Einzelinstitut **hohe Kapitalquoten** ausweisen, obwohl sie bei einem vollständigen Beteiligungsabzug, wie er in der Eigenmittelverordnung (ERV) grundsätzlich vorgesehen ist, negative Kapitalquoten aufweisen würde» (SNB 2017: 2, Hervorhebung hinzugefügt).

Da die CS nach Art. 125 Abs. 5 Bst. b ERV – von Bundesrat, Parlament und CS ebenfalls gewollt – ihr Kapital nur netto, nach Erleichterung, ausweisen und keine quantitativen Angaben zu den Erleichterungen machen musste, blieb die Kapitalisierung im CS Stammhaus **für den Markt intransparent** (so auch SNB 2017: 2). Auch das EFD räumte später ein, dass «die von den Banken für ihre Stammhäuser offengelegten Kapitalkennzahlen keinen aussagekräftigen Rückschluss auf die Dimension des Beteiligungswertes zulassen» (EFD 2018: 9).

Auch nach Inkrafttreten der revidierten ERV mahnte die FINMA Handlungsbedarf an. So kritisierte sie in einem Schreiben vom 16.02.2017 an das SIF, dass das geltende Erleichterungsregime «weder die tatsächliche Kapitalsituation ... der Banken noch das Risiko aus den Investitionen in die verschiedenen Beteiligungen eines Instituts adäquat ab[bilde]», und dass es «aufgrund seiner Komplexität kaum vermittelbar» sei.⁹ Zudem bat die FINMA darum, die Kritik im zweiten TBTF-Bericht zu berücksichtigen. Das SIF stellte in Aussicht, den Textvorschlag zu prüfen und nach Möglichkeit in den Bericht aufzunehmen.

2.4. TBTF-Verfügung FINMA (2017) – Regimeanpassung und Übergangsfrist

Vor dem geschilderten Hintergrund (Kapitalsituation der Bank, Risiko der Investitionen in die Beteiligungen, revidierte Eigenmittelverordnung und Konzern-Umstrukturierung der CS) begann die FINMA noch 2016 mit einer Neubeurteilung der Verfügung vom Dezember 2013 (FINMA 2017: E 6, 17). Ein Austausch dazu fand mit der Credit Suisse im Oktober 2016 statt und die Bank formulierte anlässlich eines Treffens mit der FINMA ihre Erwartungen («expectations») an die neue Regulierung (Credit Suisse, 06.12.2016). Die Vorschläge der FINMA hielt sie aufgrund des drohenden Überschliessens auf Gruppenebene («19/26 effect») für nicht akzeptabel («... FINMA's proposals are not acceptable.»). Sie brachte

⁸ Die SNB hielt am 10.10.2017 fest, dass «bereits die Beteiligungen im Ausland höher sind als die insgesamt vorhandenen Eigenmittel auf Stufe Einzelinstitut» (SNB 2017: 2).

⁹ FINMA, 16.02.2017, Beilage Ergänzung Evaluationsbericht nach Art. 52 BankG, S. 2.

eigene Alternativen vor und erinnerte an die vom Parlament gutgeheissene Regelung («there was a clear wish by the parliament to compensate for the conceptual flaw in the parent bank regulation to avoid that the capital requirements in subsidiaries lead to higher group capital levels as otherwise required») und an das bestätigende Ergebnis der ersten TBTF-Revision von 2016. Entsprechend liess die CS die FINMA wissen, dass sie keinen **Vorschlag akzeptieren** könne, der Artikel 125 ERV abschaffen würde, solange die konzeptionellen Mängel der Gesetzgebung bestehen bleiben, da ein solcher Ansatz ausserhalb des 2012 erzielten politischen und legislativen Konsenses liegen würde («... CS cannot agree to any proposal that ... would be outside of the political and legislative consensus reached in 2012»)

In ihren Dispositiventwürfen vom März 2017 skizzierte die FINMA schliesslich im Hinblick auf die Anforderungen der Eigenmittel auf der Stufe CS Stammhaus (Einzelinstitut) den vollständigen Wechsel zur Risikogewichtung (neu unterschieden nach in- und ausländischen Beteiligungen). Die CS signalisierte, dass sie dieser Regimeanpassung «**zustimmen** könne» (FINMA 2017: E 9; Hervorhebung hinzugefügt).

Aus den Zitaten wird deutlich, dass die Bank die Verfügungsentwürfe der FINMA als verhandelbar verstanden und behandelt (und u.a. als «nicht akzeptabel» bezeichnet) hat. In ihrem Schreiben vom März 2017 sprach die CS (laut Verfügung 2017) davon «zustimmen» zu können und im Schreiben vom Dezember 2016 betonte sie, dass sie nicht «akzeptieren» könne.

Ob die FINMA mit einer Art «Verhandlungsmandat» an die CS herangetreten ist, bleibt offen. Die Wortwahl und der Tonfall der CS erstaunen aber vor dem Hintergrund der früher erwähnten «Vereinbarung» mit dem EFD nicht – während es sich bei einer beliebigen potenziellen Verfügungsadressatin angesichts des zwischen ihr und der Behörde herrschenden Subordinationsverhältnisses anders verhalten dürfte.

Am 20.10.2017 erliess die FINMA eine **neue Verfügung** (FINMA 2017) zu den Eigenmittelanforderungen der Credit Suisse AG (Einzelinstitut). Sie hob die Schwelle vollständig, so dass auch für die restlichen 1/10 der Beteiligungsabzug wegfiel und differenzierte die Risikogewichtung fortan nach inländischen (250%) und ausländischen Beteiligungen (400%). Dadurch erhöhte die FINMA die Kapitalanforderungen signifikant: Bislang konnte die CS AG ihre Beteiligungsbuchwerte im Umfang von rund CHF 88 Mrd. mit einem Risikogewicht von 200% behandeln. Ihr Kapitalbedarf für die Beteiligungen betrug somit bei einer Kapitalanforderung von 14% rund CHF 30 Mrd. Kernkapital. Demgegenüber stieg der Bedarf an Kernkapital durch die erhöhte Risikogewichtung auf rund CHF 46.8 Mrd. (FINMA, 10.10.2014, 2).¹⁰

Gleichzeitig gewährte die FINMA eine Übergangsregelung, indem sie der CS AG erlaubte, die Risikogewichtung einstweilen jährlich für in- bzw. ausländische Beteiligungen um 5 bzw. 20 Prozentpunkte zu erhöhen und die neuen Risikogewichtungen (und damit den zusätzlichen Kapitalbedarf von rund CHF 16.8 Mrd.) erst am 01.01.2028 voll zu erfüllen.

Weitere Einzelheiten zur Verfügung, insb. die Einführung eines regulatorischen Filters (FINMA 2017: E 19), werden direkt unten, in der Antwort zur Frage 3.2.1, behandelt.

¹⁰ Inländische Beteiligungen von CHF 12 Mrd. zu 250% Risikogewichtung ergeben CHF 30 Mrd. risikogewichtete Positionen (RWA) und ausländische Beteiligungen von CHF 76 Mrd. zu 400% ergeben CHF 304 Mrd. RWA. Das Total von 334 Mrd. RWA ergibt bei einer Kapitalanforderung von 14% ein Kernkapital von CHF 46.8 Mrd.

2.5. Antwort zu Frage 3.2.1

Bildete Artikel 4 Absatz 3 BankG eine genügende Rechtsgrundlage, um den Regimewechsel trotz dem damals noch geltenden Artikel 32 Buchstabe j ERV zu verfügen?

2.5.1 Vollzugsmassnahmen (Art. 4 Abs. 2 BankG)

Offenbar nahm die FINMA an, sie erlasse mit der Verfügung 2017 in Bezug auf die Behandlung der (auch indirekten) Beteiligungen (FINMA 2017: E 34-42) Sondervorschriften gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG.¹¹ Denn sie erwähnte die Norm explizit und hielt fest, die CS Stammhaus stelle «unter den Schweizer Banken einen besonderen Fall dar» (FINMA 2017: E 32). Dies, weil die CS Stammhaus damals Beteiligungswerte von CHF 88 Mrd. hielt und davon mehr als 80% auf Tochtergesellschaften im Ausland entfielen und lokalen Aufsichtsvorschriften (insb. zu Eigenmitteln) unterstanden (FINMA 2017: E 32 und 35).

Diese Sicht würde aber ausblenden, dass das CS Stammhaus schon im Zeitpunkt der Verfügung vom Dezember 2013 Beteiligungswerte in vergleichbarer Höhe auswies (CHF 93 Mrd.). Zudem lag, wie der Geschäftsbericht der CSG 2013 belegt (S. 337 f.), schon damals der Grossteil im Ausland.

Wie oben dargelegt, erliess die FINMA bereits 2013 in Bezug auf die (zwingend zu gewährenden) Erleichterungen in Abweichung zu Art. 32 Bst. j ERV keine Sonderanordnung gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG, sondern **Ausführungsvorschriften gestützt auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG i.V.m. Art. 125 ERV**. Sie formulierte Eigenmittelanforderungen, die für die UBS AG und die CS AG gleichermassen auf einem einheitlichen konzeptionellen Rahmen basierten – dem Schwellenwertregime. Nur der Schwellenwert selbst wurde individuell, unter Berücksichtigung der jeweiligen Konzern- und Rechtsstruktur, festgelegt. Bei der CS AG kam er aufgrund ihrer Struktur dabei so zu liegen, dass das Regime für sie im Ergebnis von Beginn weg auf eine pauschale Risikogewichtung hinauslief. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass sowohl für die UBS AG als auch für die CS AG prinzipiell dasselbe Regime galt.

Mit der Verfügung 2017 hob die FINMA die Schwelle für die CS AG vollständig und differenzierte die Risikogewichtung fortan nach inländischen (250%) und ausländischen Beteiligungen (400%). Sie wandte mithin das faktisch längst dominierende Risikogewichtungsregime noch konsequenter an (kein Rest-Abzug mehr, dafür Erhöhung der Risikogewichte) und setzte die Gewichte nicht mehr pauschal, sondern differenziert nach In- und Ausland fest («**differenziertes Risikogewichtungsregime**»). Die FINMA sah sich dazu veranlasst, weil der Vollzug von Art. 125 ERV gemäss der Verfügung 2013 die wirtschaftliche Kapitalsituation der CS AG und das Investitionsrisiko der Beteiligungen nach Einschätzung auch der SNB nicht (mehr) adäquat abbildete (Ziff. 2.3 am Ende) und damit in Widerspruch zum Gesetz zu geraten drohte. Denn nach Art. 4 Abs. 1 BankG müssen Banken auch als Einzelinstitute über angemessene Eigenmittel verfügen.

Durch die Verfügung 2017 stieg der Bedarf der CS AG nach Kernkapital um CHF 16.8 Mrd. auf rund CHF 46.8 Mrd. (FINMA, 10.10.2014, 2). Doch obwohl es sich dabei insb. für die CS AG um eine Verschärfung handelte, stützte sich die Verfügung 2017 in diesem Punkt nicht etwa auf Art. 4 Abs. 3 BankG. Vielmehr reflektierten die neuen Anforderungen die wirtschaftliche Kapitalsituation der CS AG und das Investitionsrisiko, das den verschiedenen Beteiligungen zugrunde lag. Insofern kam die FINMA lediglich der in Art. 4 Abs. 1 sowie Abs. 2 Satz 2 und 3 BankG aufgestellten Vorgabe nach, Ausführungsvorschriften zu

¹¹ Sowieso um reine Ausführungsvorschriften nach Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG handelte es sich, soweit die FINMA die an der Unterstellung der CS Stammhaus unter die Art. 124 ff. ERV festhielt (FINMA 2017: E 20-24) und die Eigenmittel-Anforderungen der CS Stammhaus (Einzelinstitut) festlegte (FINMA 2017: N 25-31).

den Mindestanforderungen an die Eigenmittel auch auf Stufe Einzelinstitut *nach Massgabe der Geschäftstätigkeit und der Risiken* zu erlassen. (Gegenüber der UBS erging ebenfalls eine entsprechende Verfügung.)

Die **SNB** begrüsst in der Anhörung zwar prinzipiell den Übergang zur alleinigen Risikogewichtung. Sie schätzte aber die Kapitalisierung des Schweizer Stammhauses (CS Einzelinstitut) als zu tief, um den Ausfall von ausländischen Tochtergesellschaften auffangen zu können, ohne selbst in Schieflage zu geraten. Dies auch, weil im Krisenfall das Stammhaus, welches nach FSB-Standards Bail-in-Instrumente der Töchter hält, mit deren Wandlung Verlust erleiden würde (SNB 2017: 2, Hervorhebung hinzugefügt). Die SNB kritisierte daher, dass der neue Ansatz «nicht genügend streng» und die Massnahmen zur Korrektur des weggefallenen Kapitalabzugs bei der Leverage Ratio (LR) des Einzelinstituts «ungenügend» seien. Entsprechend stellte sie einen sofortigen neuerlichen Teilungsabzug zur Diskussion und forderte eine Offenlegung einer korrigierten Berechnung der LR des Einzelinstituts (SNB 2017: 4; FINMA 2017: E 12). Vor allem aber monierte die SNB, es bleibe **«unklar, ob die FINMA bei unerwünschten Entwicklungen eingreifen kann, wann allenfalls ein Eingriff gerechtfertigt wäre und welche Instrumente ihr dabei zur Verfügung stehen würden»** (SNB 2017: 4, Hervorhebung hinzugefügt).

Während die SNB auf den Verordnungsentwurf reagiert hat, scheinen Stellungnahmen des EFD oder des SIF nicht vorzuliegen. Dies erstaunt bei einem Geschäft dieser Tragweite – allerdings nur, wenn ein Szenario unterstellt wird, nach dem die FINMA eigenmächtig mit den Grossbanken über eine alternative Lösung zur Eigenmittelunterlegung von Beteiligungen verhandelte.

Plausibler ist hingegen ein Szenario, in dem sich die FINMA namentlich mit der Credit Suisse auf eine alternative Lösung einigen musste, bevor der Bundesrat bereit war, diese Regelung in der ERV nachzuvollziehen und den Art. 125 ERV abzuschaffen. Zu diesem Szenario passen würde auch, dass die FINMA im März 2017 das SIF darüber orientiert hat, «dass die FINMA mit beiden Grossbanken ein "agreement in principle" hinsichtlich der Ausgestaltung eines neuen Regimes für die Kapitalisierung/Behandlung der Beteiligungen der Schweizer Stammhäuser erzielt hat» hat (Schreiben FINMA an SIF vom 15.03.2017). Spätestens jetzt wäre, wenn SIF, EFD und der Bundesrat das Vorgehen der FINMA abgelehnt hätten, eine schriftliche Stellungnahme zu erwarten gewesen.

Stattdessen beurteilte auch der Bundesrat in seinem zweiten TBTF-Bericht vom Juni 2017 den «Wechsel auf eine konsequente Risikogewichtung von Beteiligungen» als Weg, um «den Automatismus der Gewährung von Erleichterungen bei den Stammhäusern abzulösen» (Bundesrat 2017: 15 f.).

Als später (im Zuge der TBTF-Revision II, s. unten Ziff. 2.6) der Abzug für alle Banken wegfallen sollte, beschrieb das **EFD** die Wirkung auf die RWA-Ratio und die Leverage Ratio (LR) wie zuvor schon die SNB. Das EFD hielt allerdings dafür, dass diese «ausschliesslich die Einzelinstitutssicht [betreffe]; in der ökonomisch letztlich relevanteren konsolidierten Betrachtung» bleibe die LR hingegen unverändert. Die dennoch «(allenfalls) im Stammhaus ansteigenden Eigenmittelanforderungen» sollten die Banken durch Rückbehalt generierter Gewinne tragen (EFD 2018b: 13). Zusätzliche Massnahmen wie die von der SNB angemahnten unterblieben denn auch.

Die zentrale Frage der **SNB** nach Handlungsoptionen für den Fall, dass eine G-SIB ansteigende Eigenmittelanforderungen doch nicht erfüllen sollte, wurden ebenfalls nicht thematisiert. Auch ein Reaktions-Dispositiv zur effektiven Durchsetzung bestand offensichtlich nicht.

Die **FINMA** verpflichtete die CS schliesslich in der Verfügung 2017 lediglich zu *internen* Zwecken zur Bekanntgabe der «LR ... bei welcher der Einfluss der Beteiligungen herausgerechnet wird» (FINMA 2018: E 31 und 35). Sie blieb insofern konform mit den durch Art. 125 Abs. 5 ERV gesetzten Schranken

der Offenlegungspflicht (die im Zeitpunkt der Verfügung noch galten; zur Offenlegung bzgl. Risikogewichte Ziff. 2.5.2). Die FINMA sah auch von Massnahmen ab, welche die Kapitalsituation des CS Stammhauses (laut SNB) nachhaltiger hätten stärken können als ein reines Risikogewichtungssystem. Wie der Verweis auf die TBTF-Revision II zeigt, wick die FINMA auch insofern bei ihrem Vollzug nach Art. 125 Abs. 4 ERV nicht von den Rahmenbedingungen ab, die der Bundesrat bei Erlass der ERV mit Art. 125 Abs. 1 ERV nach den Vorgaben aus dem Parlament aufgestellt hatte und an denen er auch später festhalten würde: **Entscheidend war und blieb die konsolidierte Betrachtung** – selbst um den Preis, dass dadurch das Stammhaus auf Ebene Einzelinstitut *regulatorische* Kennzahlen erzielte, die dank der angewandten Kalibrierung den Basler Standards zwar entsprachen, *betriebswirtschaftlich* aber letztlich doch nicht ausreichten, um Krisensituationen wie die von der SNB skizzierte (und die 2023 eingetretene) unbeschadet zu überstehen.

Nach dem Gesagten bot Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG i.V.m. Art. 125 ERV eine **genügende Rechtsgrundlage** für das Vorgehen der FINMA. Das Vorgehen selbst – der Übergang von einer pauschalen Risikogewichtung bei marginalem Abzug hin zu einer nach in- und ausländischen Beteiligungen differenzierten Risikogewichtung ohne Abzug – erwies sich als rechtmässiger Vollzug innerhalb des von Bundesrat und Parlament gesetzten Rahmens.

Ein Rückgriff auf Art. 4 Abs. 3 BankG war von vornherein weder erforderlich noch einschlägig. Namentlich schuf die FINMA mit ihrem Vorgehen nicht durch Sondervorschrift ein neues Regime für die CS AG, sondern adjustierte durch eine rechtskonforme Ausführungsvorschrift lediglich die schon bislang für systemrelevante Banken geltende Regelung. Das illustriert auch ein in der Verfügung enthaltender Passus: «Dem Bundesrat wird gleichzeitig vorgeschlagen, die Übernahme der nachfolgend dargelegten Regelung für alle Banken in die ERV zu überführen» (FINMA 2017: E 32).¹² Eine solche Empfehlung zur Ausweitung eines Regimes auf alle Banken stünde in Widerspruch zur Annahme, dass die FINMA eine Anordnung unter Berücksichtigung eines individuellen, besonderen Falles getroffen hat.

2.5.2 Sonderanordnungen (Art. 4 Abs. 3 BankG)

Eine Sondervorschrift im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BankG erliess die FINMA hingegen, soweit sie die CS AG verpflichtete die Risikogewichte und deren Effekte quartalsweise **offenzulegen** (FINMA 2017: E 51 f. und D 18). Da die Bank auch die Zielgewichte offenzulegen hatte, konnte der Markt aus den linearen Erhöhungen auch alsbald auf die Dauer der Übergangsfrist schliessen. Es handelte sich hierbei im Vergleich zu Art. 125 Abs. 5 ERV um eine deutliche Verschärfung. Die bislang von den Banken für ihre Stammhäuser offengelegten Kapitalkennzahlen liessen demgegenüber wie bereits erwähnt «keinen aussagekräftigen Rückschluss auf die Dimension des Beteiligungswertes [zu]» (EFD 2018: 9).

Eine Sondervorschrift im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BankG erliess die FINMA auch mit der **Übergangsregelung** in derselben Verfügung (FINMA 2017: E 37 und D 12). Sie erlaubte es der CS AG, die neuen Risikogewichtungen erst am 01.01.2028 voll zu erfüllen und sie bis dahin ab 2019¹³ jährlich für in- bzw.

¹² Was der Bundesrat später mit Wirkung per 01.01.2019 tatsächlich tat (AS 2018 5241).

¹³ Da der Abzug per 01.07.2017 wegfiel, die Risikogewichte aber erst ab 2019 erhöht wurden (FINMA 2017: D 12), kam es zunächst zu einer Erleichterung: Anfang 2017 wies die CS CHF 54 Mrd. Gesamtkapital aus (FINMA 10.10.2024: 2). Bei einem Schwellenwert von 130% (gerechnet vom Gesamtkapital vor Abzug von 8 Mrd., somit rund CHF 62 Mrd. als Basis) wurden bislang CHF 80 Mrd. Beteiligungen zu 200% risikogewichtet (Bedarf CHF 22.4 Mrd. Kernkapital bzw. CHF 16 Mrd. CET1) und die restlichen CHF 8 Mrd. Beteiligungen je hälftig vom CET1 und vom Gesamtkapital abgezogen (FINMA 2013: E 42), was

ausländische Beteiligungen um 5 bzw. 20 Prozentpunkte zu erhöhen. Die Übergangsfrist erlaubte also eine zeitliche Verteilung des Kapitalaufbaus und war insofern eine einstweilige Erleichterung für die CS. Insgesamt bzw. in langer Frist stellte indessen auch die Übergangsregelung eine Verschärfung für die CS dar. Denn unter dem geltenden Regime von Art. 125 ERV musste die FINMA Erleichterungen zeitlich unlimitiert gewähren.

Die Umsetzung **ohne Übergangsfrist** hätte die regulatorischen Anforderungen an das Kernkapital wie dargelegt (rückwirkend auf den 01.07.2017) **auf einen Schlag um CHF 16,8 Mrd.** (und den Bedarf an CET1 um CHF 12 Mrd.) erhöht (FINMA 10.10.2014, 2). Diese regulatorische Anforderung hätte die CS nur durch einen sofortigen substanziellen betriebswirtschaftlichen Kapitalaufbau erfüllen können. Das dürfte den anfänglichen Widerstand der Bank erklären (siehe oben Ziff. 4.2 m.H.a. Credit Suisse 06.12.2016). Diese sofortige Umsetzung der neuen Risikogewichte war laut FINMA «angesichts der konkreten Kapitalausstattung der CS ... ohne sofortige Kapitalmassnahmen nicht möglich» (FINMA 2017: E 36). Umgekehrt hätten also Kapitalmassnahmen die Umsetzung ermöglicht. In einem früheren Fall hatte die Aufsichtsbehörde nicht auf solche gedrängt, sondern einen **besonderen Fall** bejaht, u.a. weil die Aktien der betroffenen Bank an der Börse (damals aufgrund strukturell ungünstiger Ertragslage) «bereits etwas angeschlagen» waren (EBK Bulletin 2/1978 S. 19 f. – Anhang Nr. 1).

Vorliegend wäre ein besonderer Fall im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BankG **von vornherein zu verneinen** gewesen, falls die CS AG rechtzeitig genügend Kernkapital hätte aufbringen können, um die Regimeanpassung per 01.07.2017 umzusetzen. Aus den erhaltenen Unterlagen und insb. aus der Verfügung 2017 geht nicht hervor, ob und weshalb Kapitalmassnahmen bei der CS **nicht möglich** waren, was eine Lücke darstellt. Denn die Erläuterung hätte ein klareres Bild vermittelt, welche Handlungsoptionen sich der Bank boten und von ihr erwartet werden konnten – und welche Reaktionsdispositive erforderlich würden, falls die CS AG diese Erwartungen nicht erfüllen sollte. Bekannt ist indes, dass die CSG zwischen 2012 und 2017 Kapitalerhöhungen von CHF 13.8 Mrd. durchgeführt hatte, um ihre generelle Restrukturierung und Neuausrichtung zu realisieren.¹⁴ Zudem erweiterte die CSG das (gesamte) Eigenkapital durch weitere Anpassungen um CHF 7 Mrd.¹⁵

Zugleich wurden im Rahmen dieses Gutachtens keine Belege oder Indizien dafür vorgelegt, dass der CS AG eine *Aufnahme von knapp CHF 17 Mrd. Kernkapital (bzw. rund 12 Mrd. CET1) aus eigener Kraft* rechtzeitig oder in weniger als zehn Jahren **möglich** war. Entsprechend darf das Gutachten einen solchen Schluss nicht unterstellen. Anfang 2017 wies die Credit Suisse AG ein anrechenbares Kernkapital von rund

insg. einen Bedarf von CHF 30.4 Mrd. Kernkapital und CHF 20 Mrd. CET1 ergab. Neu wurden CHF 88 Mrd. zu vorerst 200% gewichtet (Bedarf von CHF 25 Mrd. Kernkapital bzw. 17.6 Mrd. CET1).

¹⁴ Im Juni 2012 kritisierte die Nationalbank in ihrem Stabilitätsbericht die Eigenmittelbasis der Bank (damals 33.6 Mrd.) als zu wenig krisenresistent. Daraufhin platzierte die CSG Anleihen zu CHF 3.8 Mrd., die je zur Hälfte von bestehenden Aktionären und von neuen strategischen Aktionären (The Olayan Group, Qatar Holding, Blackrock Investment Management, Capital Research Global Investors, Norges Bank Investment Management, Tamasek) erworben und 2013 in Aktien gewandelt wurden. 2015 lag die CET1 Quote der CSG bei 10.3% (während die UBS eine Quote von 14.4% auswies). Noch im selben Jahr realisierte die CSG eine Kapitalerhöhung bei Altaktionären zu CHF 4.7 Mrd. und über eine Privatplatzierung zu 1.3 Mrd. (NZZ, 21.10.2015, ID 1061955). Im Sommer 2017 folgte eine weitere Kapitalerhöhung von CHF 4 Mrd. unter Einbezug der Altaktionäre. (Die nächste Kapitalerhöhung über Pflichtwandelanleihen an ausgewählte Gruppen von Kernaktionären, institutionellen Investoren und ultrareichen Privatanlegern erfolgte dann erst im zweiten Quartal 2021, als die CSG nach Verlusten (Archehos) Pflichtwandelanleihen von CHF 1.8 Mrd. (rund 5% ihres CET1) herausgab. 2022 folgte die letzte Kapitalerhöhung über CHF 4 Mrd.

¹⁵ U.a. 1.8 Mrd. Verkäufe von Beteiligungen, Immobilien und illiquiden Asset-Management-Anlagen, 4.75 Mrd. Umschichtung von Kapitalbestandteilen; NZZ, 18.07.2012, ID 664426).

CHF 58.1 Mrd. und CET1 von rund CHF 41.3 Mrd. aus (FINMA, 10.10.2024, 2; CS 2017: 8). Unter der Verfügung 2013 beliefen sich die Kapitalanforderungen für die Beteiligungen auf rund CHF 30 Mrd. Mit der Verfügung 2017 stieg er Kapitalbedarf um rund CHF 16.8 Mrd. auf rund CHF 46.8 Mrd. (FINMA, 10.10.2024, 2). Auch angesichts dieser Dimension und der bereits erfolgten Kapitalaufnahmen wird angenommen, dass die Umstellung auf eine volle Risikogewichtung bei der Bank einen Kapitalbedarf auslöste, den sie nicht sofort vollständig selbst decken konnte.

Mit der Übergangsfrist war die Erwartung verbunden, dass die CS Stammhaus die ansteigenden Eigenmittelanforderungen in den folgenden zehn Jahren insb. durch Rückbehalt generierter Gewinne oder Rückführung von Überschusskapital aus der Gruppe in das Stammhaus tragen würde. (Gleiches gilt für das EFD und den Bundesrat, der diese Frist später in der ERV berücksichtigte; dazu Ziff. 2.6 und 2.7 und EFD 2018b: 13). Allerdings findet sich in der Verfügung dazu weder eine entsprechende **Auflage**, noch ein Passus, der einen Fahrplan für künftigen Kapitalaufbau vorgesehen und namentlich eine Schwächung der Eigenmittel etwa durch Aktienrückkäufe in der Gruppe während der Dauer der Erleichterungen untersagt hätte, was ebenfalls eine Lücke darstellt. (Tatsächlich reduzierte die CSG mit Rückkaufsprogrammen in den Jahren 2019-2021 ihre Substanz; FINMA 2023: 24.)

Nach dem Gesagten ist die lange Dauer für sich genommen nicht zu beanstanden. So hat die Aufsichtsbehörde schon früher befristete Erleichterungen über einen vergleichbar langen Zeitraum gewährt (EBK Bulletin 2/1978 S. 19 f.). Allerdings sind flankierende Massnahmen umso zentraler, je länger eine Übergangsfrist ausfällt und je höher die einstweiligen Erleichterungen absolut und relativ zum bestehenden Kapital ausfallen. Im vorliegenden Fall wären grundsätzlich eine differenziertere Auseinandersetzung mit möglichen Kapitalmassnahmen der CS und Auflagen wie die eben erwähnte notwendig gewesen, um das angestrebte Ziel zu fördern.

Allerdings ist anzunehmen, dass hierfür das Einverständnis der CS nicht zu erlangen war – die FINMA es aufgrund der bislang dargestellten «Praxis» (zumindest rund um die Anwendung des Art. 125 ERV) aber als *conditio sine qua non*, als notwendige Bedingung, behandelt hat.

Hinzu kommt der Eindruck (der sich im Rahmen dieses Gutachtens freilich nicht final belegen lässt), dass Auflagen am Ergebnis wenig geändert hätten, weil der **Handlungsspielraum** der FINMA nicht ausreichend war, um die Verletzung solcher Auflagen **adäquat zu sanktionieren**. Gemeint sind damit keine Bussen und dergleichen und auch kein Rückgriff auf den Gewährsartikel. Wirksam wäre im Fall CS nach hier vertretener Ansicht allein die *ultima ratio*, also ein glaubwürdiges Abwicklungsdispositiv, gewesen – verbunden mit dem starken Willen aller involvierter Verwaltungsstellen (neben FINMA auch Bundesrat und SNB), dieses Dispositiv tatsächlich umzusetzen – und der Finanzkraft, um die dafür erforderliche Liquidität (selbst in Devisen für eine G-SIB) bereitzustellen.

*Prinzipiell hat eine bewilligte Bank die gesetzlichen Vorschriften jederzeit vollständig zu erfüllen (exemplarisch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVwGer B-5272/2012, 17.97.2013, E. 4 und 5.1). Die **Nichterfüllung** der gesetzlichen **Eigenmittelvorschriften** stellt eine zumindest potenzielle Gefährdung von Gläubigerinteressen dar. Dadurch ist die Insolvenzgefahr als Voraussetzung für die Ergreifung von Massnahmen nach Art. 25 Abs. 1 BankG gegeben.*

*Regelmässig wird die FINMA beim Eintritt von Eigenmittelproblemen aber in erster Linie versuchen, eine Liquidation zu verhindern und dazu **stille Sanierungsbemühungen** aufnehmen (sog. «informelles Verwaltungshandeln», Bundesrat 2002a: 8070). Damit soll insbesondere auch verhindert werden, dass der betreffenden Bank aufgrund der hohen Marktsensibilität ein irreparabler Schaden, insbesondere durch den zu erwartenden Abfluss von Kundengeldern bis hin zu einem eigentlichen "bank run" entsteht.*

*Lassen sich indes die Eigenmittelprobleme auf diesem Weg nicht lösen, wird die FINMA Frist zur Korrektur ansetzen. **Wird der Eigenmittelmangel dann nicht innert Frist behoben, stellt dies eine grobe Verletzung der gesetzlichen Pflichten dar und rechtfertigt die sofortige Liquidation** (Hüpkens 2002: 130).*

*Das gilt selbst bei **Sonderanordnungen** nach Art. 4 Abs. 3 BankG. Die FINMA kann hier zwar temporär von den geltenden Bestimmungen abweichen. Macht sie der Bank dabei aber Auflagen oder andere Vorgaben, die namentlich dem Gläubigerschutz dienen, würde sie das ihr gewährte Ermessen überschreiten, wenn sie die Verletzung dieser Vorgaben und damit die Verletzung der Ratio des Bankengesetzes tolerieren würde. Auch hier ist daher die geordnete Liquidation als Reaktion auf eine grobe Verletzung der gesetzlichen Pflichten der Bank angezeigt.*

Auch die SNB hatte wie erwähnt bemängelt, im Verfügungsentwurf bleibe «unklar, ob die FINMA bei unerwünschten Entwicklungen eingreifen kann, wann allenfalls ein Eingriff gerechtfertigt wäre und welche Instrumente ihr dabei zur Verfügung stehen würden» (SNB 2017: 4). Sie deutete damit an, vor welchem **Dilemma** die FINMA stand:

Zwar durfte die CS unter Art. 125 ERV regulatorisch hohe Kapitalquoten ausweisen. Zugleich hielt die SNB die *betriebswirtschaftliche Kapitalisierung* der CS Stammhaus gerade im Hinblick auf die anstehende Herausforderung (die Restrukturierung der Geschäftstätigkeit und der ausländischen Töchter) für *zu tief* (SNB 2017: 2; oben Ziff. 2.5.1). Folgerichtig verschärfte die FINMA mit ihrer Verfügung 2017 die regulatorischen Kapitalanforderungen. Doch die CS hätte die neuen Anforderungen nicht sofort erfüllen können. Jede (zu) kurze Frist barg das Risiko, dass die CS sie verletzen und damit (Art. 25 Abs. 1 BankG) Massnahmen bei Insolvenzgefahr nach Art. 25 ff. BankG auslösen könnte. Indessen bergen solche Massnahmen (Sanierungen eingeschlossen) – und selbst schon die vorgelagerte Abschreibung von Going-Concern-Instrumenten (AT1) – aufgrund der Marktsensibilität im Bankenbereich stets das erhebliche Risiko, selbst eine Negativspirale von Reaktionen auszulösen – und dies zu einem Zeitpunkt, in welchem die betriebliche Kapitalstruktur der Bank just (noch) nicht ausreichend ist.

Entsprechend nimmt eine Aufsichtsbehörde dieses Risiko nur in Kauf, soweit sie überzeugt ist, dass die Bank notfalls *geordnet*, also ohne volkswirtschaftlich unerwünschte Kollateralschäden, abgewickelt werden kann. Ohne diese Sicherheit wird die Aufsicht umso grössere Zurückhaltung zeigen, je systemisch bedeutsamer eine betroffene Bank und damit die potenziellen Kollateralschäden sind. Die behördliche Zurückhaltung beginnt freilich nicht erst bei der Durchsetzung, sondern noch früher, durch die Gewährung von Erleichterungen nach Art. 4 Abs. 3 BankG. So verhindern gerade Übergangsfristen (einstweilen), dass die Bank überhaupt in Konflikt mit den regulatorischen Eigenmittelanforderungen gerät. Erfüllt die Bank die Anforderungen innert Frist dann doch nicht – *und stellen Gesetzgebung und Verwaltung bis dahin kein gangbares Abwicklungsdispositiv bereit* – wiederholt sich die beschriebene Reaktion der Aufsicht auf das fortbestehende Dilemma fast zwangsläufig.

Eine solche Situation lag vor, als die FINMA ihre Verfügung 2017 erliess; ein verlässliches Abwicklungsdispositiv war noch nicht etabliert. Erst per Anfang 2021 beurteilte die FINMA die Recovery-Pläne sowie die Schweizer Notfallpläne der Grossbanken schliesslich als umsetzbar (grün), die globale Abwicklungsfähigkeit (Resolvability) hingegen noch nicht (orange) bzw. erst per 2022. [Sie sind seit der Fusion von CS und UBS erneut in Prüfung].¹⁶

¹⁶ Vgl. FINMA, Resolution-Berichterstattung 2023 unter «Vergleich mit Stand der Arbeiten der Institute per Ende 2021» <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/resolution-berichterstattung/archiv/resolution-berichterstattung-2023>.

Zusammenfassend ergibt sich, dass ein *besonderer Fall* im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BankG vorlag. Die Besonderheit bestand darin, dass die CS AG Stammhaus aufgrund der Gruppenstruktur der CS besonderem Druck auf die Eigenkapitalquoten ausgesetzt war, da sie Teile des Eigenkapitals der Tochtergesellschaften über Fremdkapital refinanzierte, was durch den Leverage auf die Quoten durchschlug als sich der Abschreibungsbedarf akzentuierte. Wie die oben zitierten Hinweise der SNB zeigen, musste die FINMA reagieren, um weiterhin wie in Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BankG verlangt die Anforderungen nach Massgabe der Geschäftstätigkeit und der Risiken festzulegen. Sie tat dies, indem sie die anzuwendenden Risikogewichte für die Beteiligungen deutlich erhöhte (FINMA 2023: 61). Art. 125 ERV bot in dieser Situation zwar Grundlage für diese Adjustierung des Regimes (von einer pauschalen Risikogewichtung bei marginalem Abzug hin zu einer nach in- und ausländischen Beteiligungen differenzierten und strengeren Risikogewichtung ohne Abzug, der sich wie gezeigt seinerseits auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BankG stützte). Allerdings beurteilte die FINMA eine konsequente sofortige Umsetzung aus den oben beschriebenen Gründen als nicht gangbar. Insofern bildete Art. 4 Abs. 3 BankG grundsätzlich eine genügende Rechtsgrundlage, um die Adjustierung mit einer Offenlegungspflicht zu verschärfen und mit einer Übergangsfrist temporär zu erleichtern bzw. durch Befristung als solche ebenfalls zu verschärfen. In Verbindung mit der verbesserten Offenlegung bestand die Chance, dass der Markt künftig den adäquaten Kapitalaufbau im Stammhaus ebenfalls einfordern würde. Im Nachhinein betrachtet hat im Markt jedoch weitaus länger als erwartet die konsolidierte Sichtweise dominiert.

Zu beanstanden ist aber, dass die FINMA alternative Szenarien – insbesondere den sofortigen Kapitalaufbau durch die CS – nicht näher erläutert und die temporäre Erleichterung nicht mit flankierenden Massnahmen (Auflagen zu Kapitalaufbau und Verbot von Aktienrückkäufen u.ä.) verbunden hat.

Entlastend zu berücksichtigen ist indes dreierlei. Erstens liess die Regulierungspraxis und -kultur mindestens in Bezug auf Art. 125 ERV Massnahmen gegen den **Willen** der Bank als von vornherein nicht realistisch erscheinen. Zweitens hätte die Verletzung von Auflagen mutmasslich nicht ausreichend **sanktioniert** werden können, da (zu) negative Marktreaktionen ohne gesichertes Abwicklungsszenario nicht mit aller Konsequenz in Kauf genommen werden konnten. Daher ist fraglich, ob mit Auflagen das Ergebnis ein anderes gewesen wäre als ohne. Drittens schliesslich hätte die FINMA alternativ, d.h. ohne Verfügung, ebenfalls wie bis anhin Erleichterungen gewähren müssen – und zwar **unbefristet und ohne ausreichende Offenlegung**. Denn es ist nicht belegt, dass der Bundesrat Art. 125 ERV auch ohne die Verfügung und den damit geschaffenen Druck¹⁷ gestrichen hätte; erfolgten doch alle offiziellen Handlungen in dieser Richtung (TBTF-Bericht, Revision ERV, dazu Ziff. 2.6) erst, nachdem mit der CS eine «Einigung» erzielt wurde. So aber verschaffte die FINMA der CS durch die Übergangsfrist Zeit, in Jahren mit gutem Geschäftsverlauf mehr Kapital einzubehalten, und setzte durch die Befristung doch zugleich das Signal für eine Bereinigung des «besonderen Falls» in absehbarer Zeit.

In Würdigung dieser Umstände hat die FINMA gestützt auf ihr (unter Art. 4 Abs. 3 BankG) grosses Ermessen und zugleich innerhalb des von der Bank und der Branche gewünschten und von Parlament und Bundesrat gesteckten Rahmens und gemäss der in der Bankenregulierung gelebten Praxis und Kultur gehandelt.

¹⁷ In einer internen Notiz konstatierte das SIF, dass die «FINMA den Regimewechsel mit den erlassenen Verfügungen verbindlich eingeführt» und «[damit ... für die ERV-Anpassung Fakten und Zeitdruck geschaffen» habe (27.11.2017, Bankenregulierung - Beteiligungsabzug gemäss Art. 125 ERV).

Inwiefern diese Praxis selbst angemessen war, ist eine andere Frage, die im Rahmen der laufenden TBTF-Regulierung zumindest gestellt und untersucht werden sollte.

Die FINMA hat dabei das ihr nach Art. 4 Abs. 3 BankG gewährte Ermessen rechtmässig ausgeübt. Die gewählten Massnahmen lagen im Ermessens- und Beurteilungsspielraum der FINMA und waren im Grundsatz geeignet, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Jedenfalls waren sie im Moment des Erlasses nicht offensichtlich unzweckmässig. Selbst wenn in der Rückschau Unangemessenheit festgestellt worden wäre, erweist sich damit die Verfügung mit Offenlegungspflicht und Übergangsfrist (einstweilen unter Ausklammerung des Filters, dazu unten) als insgesamt rechtmässig und durch die Art. 4 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 BankG genügend fundiert.

2.6. TBTF-Revision II (ERV 2019)

Am 28.06.2017 veröffentlichte der Bundesrat seinen zweiten TBTF-Evaluationsbericht. Darin beauftragte er das EFD, die geltenden Regelungen zum Beteiligungsabzug (Art. 32 ERV) und zur Gewährung von Erleichterungen (Art. 125 ERV) zu überprüfen und allfällige Anpassungen vorzuschlagen (BBI 2017 4847, 4863). Er hielt dazu fest, dass bei den G-SIBs bei strikter Anwendung des Abzugsregimes «die Kapitalbasis in der Einzelinstitutsbetrachtung rechnerisch stark erodiert» und die FINMA ihnen deswegen nach der ERV Erleichterungen gewähren muss, «sofern sie nachweisen, dass sie das Zumutbare zur Vermeidung der Erhöhung der Anforderungen auf Stufe Finanzgruppe getan haben». Den früheren Hinweis des EFD, dass dieser Beleg eine «nur sehr schwer in der Praxis umzusetzende zusätzliche Voraussetzung» sei (EFD 2015: 8), wurde nicht thematisiert.

Hingegen erwähnte der Bundesrat, dass die FINMA vor allem wegen den «in jüngster Vergangenheit stark angestiegenen lokalen Kapitalanforderungen für Tochtergesellschaften in den USA und dem Vereinigten Königreich ... bereits bisher – gleichsam im Sinne einer Erleichterung – eine vermehrte partielle Risikogewichtung der Beteiligten zulasten des Beteiligungsabzuges zulies» (BBI 2017 4847, 4862). Das effektive Ausmass dieses seit 2013 geltenden Regimes war aus der Passage freilich nicht erkennbar. Jedenfalls kam der Bundesrat zum Schluss, dass der «Wechsel auf eine konsequente Risikogewichtung von Beteiligungen an im Finanzbereich tätigen zu konsolidierenden Unternehmungen für alle Banken ... erlauben [würde], den Automatismus der Gewährung von Erleichterungen bei den Stammhäusern abzulösen.» (BBI 2017 4847, 4863).

Am 23.02.2018 veröffentlichte das EFD den Erläuterungsbericht zur Anhörung. Darin stellte das EFD mit der «Systemumstellung» eine «Erhöhung der Rechtssicherheit und Transparenz» in Aussicht und wies explizit daraufhin, dass «die lange Übergangsfrist es den Banken ermöglichen [soll], die allenfalls im Stammhaus ansteigenden Eigenmittelanforderungen durch Rückbehalt generierter Gewinne zu tragen» (EFD 2018: 12; 51425.pdf). An anderer Stelle bezeichnete das EFD die Übergangsfristen als «angemessen» (EFD 2018: 15). Die Dauer der Frist selbst blieb dort unerwähnt.

Zum betreffenden neuen Art. 148i ERV hielt das EFD fest: «Soweit die FINMA gegenüber einer einzelnen Bank **für die Behandlung der Beteiligungen** eine Übergangsregelung verfügt hat, soll diese individuelle Regelung **bis zur ihrem Auslaufen** weitergelten. Diese Bestimmung klärt im Wesentlichen das Verhältnis zwischen den von der FINMA gegenüber Credit Suisse und UBS durch Verfügung erlassenen Übergangsbestimmungen und den mit Inkrafttreten der Ordnungsrevision neu geltenden Norm» (S. 10, Hervorhebung hinzugefügt).

Am 21.11.2018 erschien der Erläuterungsbericht zur revidierten ERV, die auf den 01.01.2019 in Kraft gesetzt wurde (AS 2018 5241).

2.7. Antwort zu Frage 3.2.2

Wie ist Artikel 148i ERV bei der Prüfung der Rechtmässigkeit der TBTF-Verfügung 2017 zu berücksichtigen? Falls der Regimewechsel gemäss Beantwortung von Frage 3.2.1 nicht rechtmässig war: Ändert Artikel 148i ERV die Beurteilung der Rechtmässigkeit?»

Art. 148i ERV lautet wie folgt: «Von der FINMA vor Inkrafttreten der Änderung vom 21. November 2018 im Einzelfall verfügte Übergangsregelungen zur Behandlung von Beteiligungen gehen den Bestimmungen von Artikel 32 Buchstabe j und des Anhangs 4 vor.»

Wie oben dargelegt, bezog sich diese Regelung auf die «Übergangsbestimmungen» in den Verfügungen der FINMA gegenüber der CS (und der UBS). Weder aus der ERV noch aus den Erläuterungen des EFD geht explizit hervor, was gemeint war: Nur die zeitliche Streckung oder die gesamten in der Verfügung getroffenen Anordnungen (mit oder ohne Filter; dazu Ziff. 3.3.1). Klar für die zweite Variante spricht indes der Abänderungsvorbehalt in der Verfügung (FINMA 2017: E 55 und D 21) für den Fall, dass der allgemeine Übergang zum differenzierten Risikogewichtungsregime in der ERV bis zum 01.01.2019 nicht verabschiedet sein sollte. Die FINMA erliess die Verfügung also verbindlich nur, falls und bis die erwartete Revision greifen würde und verstand sie insofern **in ihrer Gesamtheit als Übergangsregelung**.

Wäre die Revision der ERV zwar mit einem Risikogewichtungsregime, aber ohne eine Übergangsbestimmung (i.S.v. Art. 148i ERV) verabschiedet worden (Hypothese I), hätte die FINMA ihre Verfügung später mangels besonderer Umstände für hinfällig erklärt, soweit ihre Anordnungen neu den Regeln auf Verordnungsstufe entsprochen hätten und die Banken diese auch eingehalten hätten (so schon EBK-Bulletin 9/1981 S. 20 - Anhang I Nr. 18). Der Stufenanstieg der Risikogewichtungen (und damit verbunden die Pflicht zum Kapitalaufbau) hätten folglich prinzipiell bis 2028 weitergegolten.

Daran konnte der Verordnungsgeber auch durch eine inhaltlich von der Verfügung abweichende Übergangsbestimmung (Hypothese II) aufgrund der **Normhierarchie und Zuständigkeitsregelung** prinzipiell nichts ändern. Denn die Verfügung wie auch die Verordnung stützten sich beide direkt auf das Gesetz. Zugleich ging die Verfügung der Verordnung vor – soweit tatsächlich ein besonderer Fall vorlag und dieser durch die Verfügung rechtmässig, in den Schranken des Gesetzes und unter Wahrung der Ratio des Bankengesetzes geregelt wurde. Eine Übergangsregel in der ERV, welche die Regelung der FINMA «aufgehoben» hätte, wäre daher nur im Fall einer unrechtmässigen Verfügung von Relevanz gewesen – insofern, als sie ein allfälliges Vertrauen der Verfügungsadressaten in eine stillschweigende Billigung des Zustandes durch den Verordnungsgeber zerstört hätte.

Eine solche abweichende Übergangsregel war **im vorliegenden Fall einer rechtmässigen Verfügung** aber wie dargelegt nicht geboten. Zudem hat der Bundesrat die Übergangsregel so ausgestaltet, dass sie von der Verfügung inhaltlich nicht abwich, sondern vielmehr ihre Fortwirkung – deklaratorisch – guthiess. Konstitutive Wirkung konnte Art. 148i ERV aufgrund der erwähnten Normstufen und Zuständigkeiten gegenüber einer rechtmässigen Verfügung der FINMA aber keine entfalten.

Wäre die Verfügung der FINMA rechtswidrig gewesen (Hypothese III), hätte die bestätigende Formulierung in Art. 148i ERV diese zwar nicht «geheilt». Sie hätte aber bei der CS als Verfügungsadressatin das berechtigte Vertrauen geweckt, dass der Verordnungsgeber die Regelung der FINMA ihrem Inhalt nach gutheisst und er (ohne Verfügung) eine vergleichbare Regelung anwenden würde. Insofern hätte die CS wohl (soweit sie ihrerseits den Kapitalaufbau im Sinne der Verfügung konform vorangetrieben hätte – Hypothese IV) angesichts von Art. 5 Abs. 3 und 9 BV (Gebot staatlichen Handelns nach Treu und Glauben; Verbot widersprüchlichen Verhaltens) auf der Fortgeltung der Regelung selbst dann beharren können, wenn die Verfügung als solche sich als rechtswidrig erwiesen hätte (die Voraussetzungen dafür werden hier nicht einzeln geprüft: inhaltliche Bestimmtheit, Zuständigkeit der handelnden Behörde,

Vorbehaltlosigkeit der Handlung, Gutgläubigkeit der Adressatin, Kausalität zwischen Handlung und inzwischen getroffenen Dispositionen).

Kurzum:

An der Rechtmässigkeit der Verfügung änderte Art. 148i ERV nichts. Die Bestimmung zeugt aber davon, dass der Bundesrat die Fortgeltung der Anordnungen guthiess.

An der Widerrechtlichkeit der Verfügung hätte Art. 148i ERV ebenfalls nichts geändert. Die Bestimmung hätte aber bei der CS als Verfügungsadressatin prinzipiell mögliche Vertrauensschutzwirkungen auslösen können.

3. Fragen zu 3.3

Die Fragen zu 3.3 lauten: «Regulatorischer Filter 3.3.1 Gemäss Artikel 4 Absatz 2 BankG bestimmt der Bundesrat die Elemente der Eigenmittel und der Liquidität. Er legt die Mindestanforderungen nach Massgabe der Geschäftstätigkeit und der Risiken fest. Artikel 21 ERV definiert die Elemente, die dem harten Kernkapital angerechnet werden können. Bildete Artikel 4 Absatz 3 BankG in Anbetracht dieser Bestimmungen eine genügende Rechtsgrundlage, damit die FINMA den regulatorischen Filter gewährt? [3.3.2] Zudem ist zu klären, ob der Umfang des Filters dem harten Kernkapital zugerechnet werden durfte.»

Den regulatorischen Filter verfügte die FINMA im Zusammenhang mit der Revision des Rechnungslegungsrechts (OR 2013 und BankV 2015). Deren Ergebnisse werden daher vorab kurz zusammengefasst (Ziff. 3.1). Daran schliessen Hinweise zu den für die Fragen zu 3.3 relevanten Teile der Verfügung 2017 («Filter») an (Ziff. 3.2). Gestützt darauf werden die Fragen zu 3.3 beantwortet (Ziff. 3.3).

3.1. Revision Rechnungslegung (OR 2013 und BankV 2015)

Das **revidierte OR-Rechnungslegungsrecht** trat am 01.01.2013 in Kraft (Geschäft 08.011, BBl 2012 63; AS 2012 6679). Seither folgt es dem Prinzip der Einzelbewertung, wonach etwa Mehr- und Minderwerte einzelner Beteiligungen nicht verrechnet werden dürfen (Art. 960 OR), dem Vorsichtsprinzip sowie der Bewertung zum Fair Value, insb. mit einer Ersterfassung höchstens zu den Anschaffungskosten nach Art. 960a Abs. 1 OR (Handschin 2015: Art. 6 BankG N 113, 129 f.). Diese Offenlegungen waren sachlich richtig und geboten, denn sie erhöhten die Aussagekraft der Bilanz und Erfolgsrechnung, welche ihrerseits die wirtschaftliche Lage des Unternehmens widerspiegeln. Davon abweichend hatten «die alte Vorschrift im OR-Rechnungslegungsrecht» – und in Nachvollzug dazu die Vorschriften in der Bankenverordnung – noch die Sammelbewertung (auch: Portfoliobewertung, Gruppenbewertung) zugelassen. Diese Sammelbewertung stand indes, auch etwa im Vergleich zur IFRS (schon IAS 1.29), längst «völlig quer zur Landschaft» (Handschin 2015: Art. 6 BankG N 113, 118).

Das System der **Bankenrechnungslegung** ist tripolar geprägt durch (1) die Vorschriften des 32. Titels des Obligationenrechts (Art. 957 ff. OR), durch (2) die True-and-Fair-View-Vorschriften der IFRS oder US GAAP (für die konsolidierte Konzernrechnung bei Kotierung) – sowie (3) durch die Art. 6, 6a und 6b BankG und gestützt darauf erlassene Bestimmungen (insb. Bankenverordnung, BankV; FINMA-Rundschreiben, ehemals 15/1 und inzwischen 20/1; seit 2019 zudem die Rechnungslegungsverordnung der FINMA, RelV-FINMA).

Zentrale Delegationsnorm ist **Art. 6 BankG**. Gestützt darauf hat der Bundesrat «Ausführungsbestimmungen über die Form, den Inhalt und die Veröffentlichung von Geschäftsberichten und Zwischenabschlüssen» zu erlassen (**Abs. 1**). Dabei darf der Bundesrat zwar auch von den Bestimmungen der OR-Rechnungslegung abweichen, «wenn die Besonderheiten des Bankgeschäfts oder der Schutz der Gläubiger dies rechtfertigen» (**Abs. 2**). Da die Gläubiger der Banken ein Interesse an einem hohen Eigenkapital haben, begünstigt diese Verordnungskompetenz des Bundesrates Vorschriften besonders, «die zu einem höheren Eigenkapital (eher tiefe Bewertung von Aktiven, eher hohe Bewertung von Verpflichtungen führen» (Handschin 2015: Art. 6 BankG N 3). Stets aber müssen auch die bankenspezifischen Bestimmungen gewährleisten, dass «die **wirtschaftliche Lage gleichwertig** dargestellt wird» (**Abs. 2**, Hervorhebung hinzugefügt). Diese ausdrückliche Schranke fand sich erstmals im Entwurf und in der Botschaft zur Änderung des OR-Rechnungslegungsrechts vom 21.12.2007 (BBl 2007 1589, 1743). Sie blieb im weiteren Verlauf erhalten und trat mit dem gesamten revidierten OR-Rechnungslegungsrecht in Kraft (AS 2012 6679).

Nach dem Gesagten kam der daraus folgende Nachvollzug der Änderungen im Banken-Rechnungslegungsrecht in den Art. 25 ff. BankV (ehemals Art. 23 ff.) weder für den Regulator und die Aufsicht noch für die Bankenbranche überraschend und war **jedenfalls seit** der Verabschiedung der Vorlage im Parlament am **23.12.2011** eine ebenso unvermeidliche wie **planbare Tatsache**.

Am 29.10.2013 eröffnete das EFD eine Anhörung zur Totalrevision der **Bankenverordnung** und publizierte dazu u.a. einen Erläuterungsbericht der FINMA zu den Änderungen der Banken-Rechnungslegung (FINMA 2013). Am 15.04.2014 folgte der Erläuterungsbericht zur Totalrevision der Bankenverordnung des EFD (EFD 2014) und am 30.04.2014 setzte der Bundesrat die revidierten Art. 25-42 BankV auf den 01.01.2015 in Kraft (AS 2014 1269). Für die Banken **entfiel** damit die bisherige **Möglichkeit der Sammelbewertung** im Statutarischen Einzelabschluss, der nicht nach dem True-and-Fair-View-Prinzip erstellt wurde.¹⁸ Stattdessen waren sie gestützt auf Art. 6b BankG i.V.m. Art. 27 Abs. 2 BankV neu für alle Abschlussarten zu einer uneingeschränkten Einzelbewertung u.a. für Beteiligungen verpflichtet (FINMA 2017: E 43).

Der Bundesrat nahm mit dieser Revision in Kauf, dass die neue Rechnungslegung der Banken voll auf das Eigenmittelrecht durchschlägt. Denn er hat weder die Bankenverordnung selbst noch die ERV in einer Weise geändert, die diese Wirkung verhindert hätte. (Im Unterschied dazu sehen beispielsweise die Art. 65 f. BankV eine Erleichterung für den Fall vor, dass eine systemrelevante Bank ihre Sanierbarkeit und Liquidierbarkeit im In- und Ausland mit hoher Wahrscheinlichkeit verbessert.)

Um den Banken aber Zeit zu verschaffen, «entsprechende Lösungen zu finden und umzusetzen (Vornahme von Wertberichtigungen, Kapitalisierung von Beteiligungen etc.)», enthielt Art. 69 Abs. 2 BankV eine **Übergangsfrist** von fünf Jahren **bis Ende 2019** (EFD 2014: 17 f.; FINMA 2017: E 43).

Mit Umstellung auf die neue Rechnungslegung musste das **Stammhaus Credit Suisse AG** den Portfolioansatz aufgeben und zur Einzelbewertung übergehen (Art. 27 Abs. 2 BankV), was die CS AG 2019 tatsächlich vollzog.¹⁹ Die überbewerteten Beteiligungen (v.a. im Ausland) wurden nicht zum Einstandspreis, sondern zum (tieferen) Marktwert (Fair Value) verbucht.²⁰ Diese erfolgswirksame **Bewertungskorrektur** verringerte direkt das Eigenkapital des Stammhauses. Die (v.a. im Inland) unterbewerteten Beteiligungen wurden derweil nach dem Niederstwertprinzip weiter nach dem (unter dem Marktwert liegenden) bisherigen Anschaffungswert bewertet – mit der Unterbewertung als entsprechende stille Reserven (Birchler 2024: 4).

Die **buchhalterische** Reduktion der ausgewiesenen **Eigenmittel beeinflusste unmittelbar** die unter der ERV anrechenbaren, **regulatorischen CET1**. Aus diesem Grund ersuchte die CS die FINMA darum,

¹⁸ «Der Statutarische Einzelabschluss kann so erstellt werden, dass sich Dritte *ein zuverlässiges Urteil bilden können* oder *ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild* (True and Fair View) vermittelt wird. Die Konzernrechnung wird stets nach dem True-and-Fair-View-Prinzip erstellt. Abschlüsse, die ein zuverlässiges Urteil erlauben, können wie bisher stille Reserven enthalten.» (FINMA 2013: 8, Hervorhebungen original)»

¹⁹ Im Annual Report 2019 Credit Suisse Group AG Credit Suisse AG sind ab S. 505 die «Parent Company financial statements» der Credit Suisse AG (Stammhaus, «Bank parent company») ausgewiesen. Der Bericht weist auf S. 518 explizit auf die Umstellung in der Rechnungslegung hin: «Recently adopted accounting principles ... the Bank parent company changed its valuation principle from the portfolio valuation method to the individual valuation method effective December 31, 2019.»

²⁰ Auch diese Folge wies der Report (siehe Fussnote 14) auf S. 518 aus: «With the adoption of the individual valuation method for participations, the Bank parent company recorded an impairment on participations of CHF 15,267 million [CHF 15,3 Mrd., der Report weist die Zahlen in Mio. aus], reported in the statements of income [Erfolgsrechnung] in 'impairment of participations ...'.»

«den Effekt aus der Rechnungslegung nicht automatisch auf die Eigenmittel übertragen zu müssen» (FINMA 2017: E 45; Credit Suisse, 06.12.2016, 2: «We ask FINMA to consider such impact in the calibration of the new capital requirements»). Sie argumentierte, dass aus einer Portfoliosicht das Risiko je Beteiligung durch das Vorsichtsprinzip (LOCOM, lower of cost or market) überschätzt werde (Credit Suisse, 06.12.2016, 6).

Die FINMA ging davon aus, dass mit Änderung der Rechnungslegung eine buchhalterische Bewertungskorrektur von rund CHF 8 Mrd. erforderlich würde – dies gestützt auf Zahlen, welche ihr die CS im Rahmen des Pillar 2-Dialogs genannt hatte (FINMA 2017: E 44 m.H.a. Unterlagen der CS vom 27.04.2017 – die Zahlen stellten sich später als rund 7 Mrd. zu tief heraus; Birchler 2024: 22). Mit der Bewertungskorrektur verringerten sich zugleich die risikogewichteten Positionen im Stammhaus und senkten entsprechend den Bedarf nach CET1. Im Gesamtergebnis nahmen die Behörden im Jahr 2017 an, dass die CS AG bis zur Umstellung der Rechnungslegung **spätestens 2019 neues CET1 in der Höhe von 3.5 Mrd.** beschaffen müsste (SNB 2017: 3). Rückblickend gesehen wäre der effektive CET1-Bedarf wohl noch deutlich höher ausgefallen (Birchler 2024: 22). Zugleich hätte die CS AG die **stillen Reserven regulatorisch höchstens als Ergänzungskapital** (Tier 2, T2) anrechnen lassen können (Art. 30 Abs. 4 ERV).

3.2. TBTF-Verfügung FINMA (2017) – Filter

*Vorab: Als **regulatorischer Filter** wird eine Korrekturgrösse bezeichnet, der die buchhalterisch nach dem Rechnungslegungsrecht ausgewiesenen Positionen zu regulatorischen Zwecken korrigiert. Ein solcher Filter kann die regulatorischen Anforderungen (insb. an die Eigenmittel) quantitativ wie qualitativ sowohl erleichtern als auch verschärfen. Er kann temporär oder unbefristet gelten. Rechnungslegungsvorgaben werden dabei derart «gefiltert» das das Ergebnis mit den regulatorischen Vorgaben konform ist, aber ohne dass der Regulator in die Rechnungslegungsvorgaben eingreift (wozu er auch nicht befugt wäre; Expertengruppe 2023: 68).*

Im vorliegenden Fall bestand die Korrektur in einer (bedingten, unbefristeten, erleichternden und qualitativen) Umwidmung von Ergänzungskapital (Tier 2 in Form von stillen Reserven) zu hartem Kernkapital.

Die CS bat die FINMA um eine Sonderregelung, um die soeben beschriebenen **Folgen der neuen Rechnungslegung auf ihre regulatorische Kapitalsituation zu vermeiden**. Als Argument brachte sie vor, dass den potenziellen Abschreibungen auf Beteiligungen gleichzeitig höher bewertete Beteiligungen entgegenstehen – die «in der aktuellen Struktur auf Grund der geltenden Bewertungsvorschriften (Art. 27 BankV) nicht realisiert werden» können (FINMA 2017: E 45). Die FINMA bot Hand unter folgenden **Voraussetzungen**:

- Die CS musste künftig die Effekte der Sonderregelung auf die Einzelbewertung quartalsweise **offenlegen** (FINMA 2017: E 47, 51-53, D 19). Formal waren die Daten zwar eher umständlich zugänglich (Birchler 2024: Fussnote 8), die Transparenz reichte aber inhaltlich doch klar weiter als die unter Art. 125 Abs. 5 ERV vorgesehene «Offenlegung», die den Effekt der Erleichterungen gegenüber dem ursprünglichen Art. 32 Bst. j ERV überhaupt nicht auswies.
- Ein **Prüfbeauftragter** musste die Bewertungen der Beteiligungen auf ihre Plausibilität hin überprüfen; auf Weisung der FINMA hin auch wiederholt (FINMA 2017: E 47, D 17). [Dabei wurde in der Folge per Ende 2019 Wertberichtigungsbedarf von USD 12 Mrd. und per Mitte 2020 USD 14 Mrd. (je +/- USD 3 Mrd.) festgestellt. Daraufhin limitierte die FINMA die im Filter

anrechenbaren Fair Values, was den Filter auf CHF 10.1 Mrd. und damit auch die CET1 verringerte (FINMA 10.10.2024, 28).]

- Latente **Steueransprüche** aus allfälligen Verlusten wegen der neuen Rechnungslegung (Deferred Tax Assets, DTA) mussten für regulatorische Zwecke storniert werden, da der Filter die Kapitaleffekte der Einzelbewertung voll neutralisierte (FINMA 2017: E 46, 50, D 16).

Zeitlich war der Filter prinzipiell unbefristet, aber Gegenstand situativer Plausibilisierung (und allfälliger Anpassung in Ansehung) der unterliegenden Bewertungen durch einen Prüfbeauftragten der FINMA (FINMA 2017: D 17).

Inhaltlich erlaubte die FINMA der CS, «[d]ie aus der Umstellung von der Sammelbewertung zur Einzelbewertung resultierenden Kapitalverluste gemäss Rechnungslegungsvorschriften ... für regulatorische Zwecke dem harten Kernkapital wieder [zuzurechnen]» (FINMA 2017: E 46, vgl. auch D 15 «die aus der Differenz von Sammelbewertung und Einzelbewertung resultierenden buchhalterischen Verluste im Kapital für regulatorische Zwecke dem harten Kernkapital wieder zuzurechnen»). Die **Grenze** zog die FINMA für «Wertverluste, die auch bei der Sammelbewertung der Beteiligungen notwendig wären», mit hin dort, wo den Überbewertungen keine Unterbewertungen gegenüberstanden (FINMA 2017: E 48). Zudem wurde der Filter als risikogewichtete Position (RWA) behandelt (zunächst nach ausländischer und ab dem 3. Quartal 2022 teils auch nach inländischer Gewichtung (FINMA 2017: E 49, Birchler 2024: 12). Zugleich hielt die FINMA ausdrücklich fest, dass die CS den Wechsel zur Einzelbewertung konform mit den neuen Rechnungslegungsvorschriften vollziehen muss (FINMA 2017: E 44). Der Filter wirkte damit nur auf der regulatorischen Ebene und griff nicht in die Rechnungslegung ein (was sonst unrechtmässig gewesen wäre, dazu unten Ziff. 3.3).

Mit dem Filter wurden mehrere **Ziele** verfolgt. Erstes und vordergründiges Ziel war es, die Revision der Rechnungslegung im Bereich des Eigenmittelrechts zu *neutralisieren* (FINMA 2017: E 8). Die CS sollte also bei einem buchhalterisch bedingten Rückgang der ausgewiesenen Eigenmittel vor dem daraus folgenden regulatorischen Erfordernis zum Kapitalaufbau bewahrt werden (Birchler 2024: 6). Zweitens und eigentlich wurde die knapp kapitalisierte CS *geschont* (Birchler 2024: 20), da ihr der Filter den ausreichend raschen Aufbau von hartem Kernkapital bis spätestens Ende 2019 ersparte. Dieses Ziel wird in der Verfügung nicht explizit genannt. Nur in der Erwägung zur Adjustierung des Regimes nach Art. 125 ERV hielt die FINMA fest, es sei «angesichts der konkreten Kapitalausstattung der CS und ihrer hohen Beteiligungswerte eine sofortige Umsetzung ... ohne sofortige Kapitalmassnahmen nicht möglich» (FINMA 2017: E 36). Die CS AG hatte diese Ziele erkennbar anvisiert, als sie die FINMA bat, das künftige Regime auszugestalten, «to provide enough flexibility to deal with the upcoming accounting change (switch to the single valuation for investments) as well as potential changes to the risk weighting of intercompany transactions» (CS 2016: 1).

Ob die FINMA ihrerseits dieses Ziel ebenfalls anstrebte oder es als notwendige Konzession zur Erlangung für das Einverständnis der CS zur Verfügung 2017 betrachtete, um ihre eigenen primären Ziele (namentlich erhöhte Transparenz und steigende CET1-Anforderungen bzw. eine Abkehr von den bisherigen Erleichterungen) zu erreichen, ist sekundär. Indem die FINMA den Filter gewährte, nahm sie die damit verbundene Folge für das regulatorische Eigenkapital der CS AG jedenfalls in Kauf. Diese Folge bestand in einer regulatorischen Umwidmung von stillen Reserven (nach Art. 30 Abs. 4 Bst. c ERV an sich Ergänzungskapital) zu hartem Kernkapital (nach Art. 21 ERV; detaillierter unten Ziff. 3.3.1). Zwar hatten die stillen Reserven durchaus wirtschaftliche Substanz. Sie lag aber etwa im zweiten und dritten Quartal 2022 knapp zu 50% bzw. 60% in der Credit Suisse Schweiz AG (Birchler 2024: 12, Tabelle 3), welche im laufenden Betrieb nicht einfach abverkauft werden konnte. (Eine buchhalterische Aufwertung wäre nach Art. 670 OR nur zu Behebung einer Unterbilanz zulässig gewesen; Handschin 2015: Art. 6 BankG N 279.)

Insofern eignete sich der Filter (die stillen Reserven) trotz ihrer Werthaltigkeit kaum zur going concern-Deckung von Verlusten und erfüllte damit die zentrale CET1-Grundfunktion gerade nicht. Folglich kam die dadurch erzielte Schonung jedenfalls hälftig einem *quantitativen* Dispens von den CET1-Anforderungen nahe. Nach aussen war diese Tragweite des Dispenses soweit ersichtlich aber nicht erkennbar, denn die Wertreserve-Anteile auf in- und ausländischen Beteiligungen wurden nicht publiziert. Die Tragweite konnte daher höchstens erahnt werden (aus der Wirkungsweise der Portfoliobewertung und dem Umstand, dass die CS ihre ausländischen Beteiligungen ex post betrachtet zu teuer erworben hatte).

	Q419	Q120	Q220	Q320	Q420	Q121	Q221	Q321	Q421	Q122	Q222	Q322
Filter (Stille Reserven = T2 als CET1 angerechnet)	15.3	12.9	12.9	12.9	14.7	16.4	15.3	15.3	10.1	13.4	15.9	15.7
CET1 ohne Filter	36.4	34.6	34.6	34.7	35.0	30.1	32.4	32.2	26.7	24.7	21.3	11.9
CET1-Ist Zustand	51.7	47.5	47.5	47.6	49.7	46.5	47.7	47.5	36.8	38.1	37.2	27.6

Tabelle 2: Anteil des Filters

(Quelle: CS Regulatory disclosures Subsidiaries Q419-Q322, «Swiss Capital Metrics»)

Wer ab dem vierten Quartal die quartalsweise Regulatory disclosures der Credit Suisse zu ihren Subsidiaries konsultierte und eine eigene Zeitreihe erstellte (die Disclosures enthielten keine), konnte nur erkennen, dass der Filter der CS AG eine *qualitative* Erleichterung auf den regulatorischen Eigenkapitalanforderungen verschaffte (Umwidmung stille Reserven bzw. T2 zu CET1). Insofern reichte die Schonung weiter, als wenn die CS AG auch die Anteile der Wertreserven hätte offenlegen müssen.

Hinweis: Die Höhe des harten Kernkapitals CET1 ist eine Kennzahl. Sie lässt sich (wie jede andere Kennzahl in Bezug auf eigene Mittel) prinzipiell nach drei unterschiedlichen Ansätzen errechnen:

- **wirtschaftliche (effektive) Eigenmittel:** errechnen sich aus der Differenz zwischen dem wirtschaftlichen Wert der Aktiven und dem wirtschaftlichen Wert der Forderungen, die im laufenden Betrieb fällig werden – und erfassen so die **ökonomische Substanz** des Eigenmittelwertes (die Rechendifferenz zeigt, wie viele Aktiven im laufenden Betrieb *nicht* von Gläubigern beansprucht werden können und folglich potenzielle Verluste auffangen können)
- **buchhalterische (ausgewiesene) Eigenmittel:** errechnen sich nach **Rechnungslegungs-Kriterien** (wie dem Niederstwertprinzip, dem Vorsichtsprinzip oder dem Prinzip der Einzelbewertung) – sie umfassen den (in der Rechnungslegung) ausgewiesenen Eigenmittelwert
- **regulatorische (erforderliche) Eigenmittel:** errechnen sich nach **prudenziellen Kriterien** (wie RWA, LR, AZP etc.) – es handelt sich um eine erforderliche (Mindest-)Zielgrösse

Auch **Gründe** für den Filter werden mehrere genannt:

- Erstens standen (laut CS) den potenziellen Abschreibungen auf (überbewerteten) Beteiligungen von rund CHF 8 Mrd. potenzielle stille Reserven auf (unterbewerteten) Beteiligungen von CHF 13 Mrd. entgegen (FINMA 2017: 45). Zu Letzteren zählte namentlich der (im Vergleich zum verbuchten Anschaffungswert) hohe Marktwert der neu vom Stammhaus separierten Tochter Credit Suisse Schweiz AG. Die CS machte also geltend, dass die *ökonomische Substanz*

des Eigenmittelwertes unverändert bleibe. Deshalb wollte sie auch die regulatorischen Eigenmittelwerte unverändert ausweisen, obwohl sie die buchhalterischen Eigenmittel aufgrund der neuen Rechnungslegung künftig tiefer ausweisen musste.

- Zweitens sollte die laufende *Restrukturierung* der Investmentbank unterstützt werden. Dazu sollten risikogewichtete Positionen in den UK Töchtern reduziert und Kapital ins CS Stammhaus repatriert werden; (FINMA 2023: 64; Blöchlinger, 05.04.2024, 11).
- Drittens ergibt sich aus dem weiteren Verhalten der CS, dass diese den Filter auch nutzte, um *Aktienrückkaufprogramme* zu realisieren, welche ihr ohne die Erleichterung des Filters regulatorisch verwehrt geblieben wären (Birchler 2024: 13).
- Später machte die FINMA (viertens) auch geltend, erst die Einführung des Filters habe im Gesamtpaket die Transparenz und Prüfbarkeit der Kapitalsituation der CS Stammhaus und damit letztlich die *regulatorische Durchsetzung* von Wertberichtigungen und Kapitalerhöhungen erlaubt (Birchler 2024: 18 Fussnote 55 m.H.a. FINMA 02.09.2024; sinngemäss auch FINMA 09.09.2024: 1). Insofern verstand sie den Filter als Teil einer Gesamtlösung, um ein Einverständnis der CS zur Abschaffung des Art. 125 ERV zu erreichen.
- Weiter wird (fünftens) auch vermutet, dass die FINMA die CS regulatorisch solvent halten wollte, um den Zugang zur *Liquiditätshilfe* der SNB nicht zu verbauen (Birchler 2024: 19).
- Vor allem aber sollte (sechstens) verhindert werden, dass die CS Stammhaus über die regulatorischen Kapitalanforderungen «bestraft» würde für ihre Gruppenstruktur, welche die Umsetzung des Schweizer *Notfallplans* verbesserte (neu vom Stammhaus separierte Tochter, Birchler 2024: 7 Fussnote 13).
- Allenfalls lag (siebtens) auch ein regulatorisches *Dilemma* vor, indem die FINMA fürchtete, der Markt würde ohne Filter sowieso nicht mehr Hand für Kapitalerhöhungen bieten bzw. bei schärferen Massnahmen noch weniger dazu bereit sein (Birchler 2024: 19 f.).

3.3. Antworten zu Frage 3.3.1 und 3.3.2

3.3.1 Frage 3.3.1

Bildete Artikel 4 Absatz 3 BankG in Anbetracht [der Artikel 4 Absatz 2 BankG und Artikel 21 ERV] eine genügende Rechtsgrundlage, damit die FINMA den regulatorischen Filter gewährt?

Mit der Umstellung auf die Einzelbewertung verminderte sich bei der CS die **buchhalterisch** ausgewiesenen Eigenmittel um 15 Mrd. (Birchler 2024: 10 und 22; die FINMA ging bei Erlass der Verfügung aufgrund der von der CS erhaltenen Zahlen von 8 Mrd. aus, FINMA 2017: D 44). Nach Schätzung der SNB hätte die CS in der Folge neues **regulatorisches** hartes Kernkapital in der Höhe von 3.5 Mrd. beschaffen müssen (SNB 2017: 3, weil mit dem Wert der Beteiligungen auch die RWA des Stammhauses sanken, wurde zu deren Unterlegung weniger CET1 benötigt, was den teilweise ausgleichenden Effekt erklärt).

Wie gesehen (Ziff. 3.1) hat der **Gesetz- und Verordnungsgeber keine Massnahmen** getroffen, um die Wirkung des neuen Rechnungslegungsrechts der Banken auf deren Eigenmittelrecht abzumildern. Einzig die Übergangsfrist von fünf Jahren sollte helfen, den mit der Umstellung gegebenenfalls verbundenen Kapitalaufbau zu erleichtern. Diese lief Ende 2019 aus.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob ein **besonderer Fall** vorlag, so dass die FINMA gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankV mit einem regulatorischen Filter von der Ordnung abweichen konnte, die der Bundesrat gestützt auf Art. 4 Abs. 2 BankG in der ERV und insb. in Art. 21 ERV aufgestellt hat.

Das zur Übergangsfrist Gesagte (Ziff. 2.5.2) gilt auch hier: Von vornherein **kein besonderer Fall** im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BankG würde vorliegen, falls die Credit Suisse ausreichend rasch genügend hartes Kernkapital hätte aufnehmen können, um die Rechnungslegung bis spätestens 2019 umzustellen (CHF 3.5 Mrd.; ex post betrachtet wohl deutlich mehr) *und* mit dem Eigenmittelrecht konform zu bleiben. Indes sprechen soweit ersichtlich wie erwähnt keine belastbaren Belege oder Indizien dafür, dass der CS die rechtzeitige Kapitalaufnahme aus eigener Kraft möglich war.

Wie ebenfalls erwähnt (Ziff. 2.5.2), hielt die FINMA bereits die sofortige Umsetzung der neuen Risikogewichte «angesichts der konkreten Kapitalausstattung der CS ... ohne sofortige Kapitalmassnahmen [für] nicht möglich» (FINMA 2017: E 36). Daraus ist zu schliessen, dass der zusätzliche Kapitalaufbau (von geschätzten CHF 3.5 Mrd.) innert zweier Jahre (bis zum Ablauf der Übergangsfrist) bei Erlass der Verfügung im Dezember 2017 von vornherein als unrealistisch erschien. (Zudem wäre er letztlich viel höher als CHF 3.5 Mrd. ausgefallen, da sich die Eigenmittel effektiv um 15 Mrd. reduziert hätten). Entsprechend drohte der CS AG ab dem 01.01.2020 eine regulatorische Unterkapitalisierung.

Im Folgenden sind die **Gründe zu bewerten**, welche für die Einführung des Filters vorgebracht wurden. (Erst anschliessend wird in Ziff. 3.3.2 noch geprüft, ob der Filter eine rechtmässige Sonderanordnung war, um die allfällige besondere Situation zu regeln.)

- **Zum Argument, dass die ökonomische Substanz** der Eigenmittel bei Umstellung der Rechnungslegung gewahrt bleibe: Das trifft nur für den Stichtag selbst zu und ist damit in der langen Frist nicht ausreichend, um die CET1-Funktion (Deckung von Verlusten im laufenden Betrieb) mit ausreichender Verlässlichkeit zu erfüllen. Wie sich gezeigt hat, schwankten die Grössen später beträchtlich und die ökonomische Substanz nahm ab. Soweit die ökonomische Substanz zudem in Beteiligungen lag, die vor einer Unterbilanz nicht aufgewertet und aufgrund ihrer Relevanz nicht verkauft werden konnten, fehlte ihr in der going concern-Phase die CET1-Funktionalität sogar ganz. Hätte die CS wie regulatorisch gefordert Kapital aufgebaut, hätte sie diese Schwankungen abfedern können, ohne dass der Markt (der zwar über den Filter, aber nicht über seine Details ausreichend informiert war) mit derselben Verunsicherung reagiert hätte. Die ökonomische Substanz war damit zwar stabil, aber bereits rein wirtschaftlich nicht ausreichend – was auch der neue Rechnungslegungsstandard ans Licht gebracht hätte.
- **Zum Argument, dass der Filter die Restrukturierung** der Investmentbank unterstützen sollte: Es überzeugt nicht. Vielmehr erschwerte die Mechanik des Filters zumindest die Restrukturierung durch den Verkauf verlusttragender Beteiligungen. Denn durch die Veräusserung einer überbewerteten Tochter realisierte sich der Buchverlust. Zugleich reduzierte sich der (dem CET1 zugerechnete) Filter um diesen Betrag. (Dies, soweit keine anderen überbewerteten Beteiligungen vorhanden waren. Jedenfalls reduzierte sich der Filter so immer mehr auf die stillen Reserven der CS Schweiz AG, denen wie dargelegt die CET1-Funktionalität weitestgehend fehlte.) Eine solche Reduktion war nicht erwünscht, weil der Filter weiter benötigt wurde, um die CET1-Anforderung zu erfüllen (Birchler 2024: 14 und 22).
- **Zum «Argument», dass dank dem Filter Aktienrückkaufprogramme** laufen konnten (und so die Attraktivität der Bank bei den Investoren erhalten blieb): Es wurde so nicht vorgebracht, aber faktisch gelebt. Als Grundlage für eine Sonderanordnung würde es indes von vornherein nicht taugen. Denn derartige Programme müssen zwingend aus eigener Wirtschaftskraft und nicht durch regulatorische Erleichterungen finanziert werden. Andernfalls würden Investoren

auf Kosten des Gläubigerschutzes bevorzugt. Letztlich widerlegen Banken, welche Erleichterungen gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG erhalten, ihren Status als «besonderer Fall», sobald sie Kapitalrückführungen und mehr als branchenminimale Dividenden leisten. Eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetz wäre de lege ferenda wünschbar, erfolgen doch bis in die heutige Zeit Aktienrückkäufe bei gleichzeitiger in Anspruchnahme regulatorischer Erleichterung.]

- **Zum Argument der Transparenz und Prüfbarkeit:** Beides trifft prima vista zu; hier fand im Vergleich zur Situation nach Art. 125 Abs. 5 ERV eine Verbesserung statt. Am 04.06.2020 schätzte die Prüfungsbeauftragte die Beteiligungen per Ende 2019 um USD 12 Mrd. tiefer als die CS AG (Birchler 2014: 15), worauf die FINMA mit Schreiben vom 27.07.2020 die mit dem Filter anrechenbaren Werte per 30.06.2020 limitierte (FINMA, 10.10.2024, 7). Am 03.11.2021 schätzte die Prüfungsbeauftragte die Beteiligungen per Mitte 2020 sodann um USD 14 Mrd. tiefer als die CS AG. Mit Schreiben vom 13.01.2022 senkte die FINMA die anrechenbaren Werte der CS AG weiter (FINMA, 10.10.2024, 7). Allerdings hätte die FINMA die (tatsächlich dringend erforderliche) Prüfung der Beteiligungswerte auch über einen Prüfungsbeauftragten im Rahmen der laufenden Aufsicht (Art. 24a FINMAG, seit 1.1.2015) und schliesslich über eine Untersuchungsbeauftragte nach Art. 26 Abs. 1 Bst. b BankG bzw. Art. 36 FINMAG (insofern im Enforcement-Verfahren bereits vor einem Point of Non-Viability, PONV; Botschaft Bundesrat BBl 2901) erhältlich machen können. Eine solche Massnahme hätte sich 2017 durchaus gerechtfertigt – angesichts einer knapp zwei Jahre später drohenden regulatorischen Unterkapitalisierung von (damals vermeintlich) CHF 3.5 Mrd. (die nicht überraschend kam, sondern bereits seit sechs Jahren absehbar war, ohne dass die Bank offenbar willens oder fähig war, hier betriebswirtschaftlich aus eigener Kraft Vorsorge zu treffen).
- **Zum Argument, dass über die (erleichterte) regulatorische Solvenz der Zugang zur Liquiditätshilfe** der SNB offengehalten werden sollte: Es überzeugt nicht. Gemäss Stabilitätsbericht der SNB (SNB 2018: 17 f.) verfügte die CS im Q1 2017 inkl. Kapitalerhöhung [Q1 2018] über Going Concern Kapital von CHF 35.3 Mrd. [34.9] (CET1) und 7.6 Mrd. [7.5] (HT AT1 CoCos = bedingtes Kapital mit hohem Auslösungsniveau, High Triggering Contingent Convertibles mit AT1-Kapitalqualität) sowie über Gone Concern Kapital von CHF 9.1 Mrd. [8.7] (LT AT1 CoCos = bedingtes Kapital mit tiefem Auslösungsniveau) und CHF 25,6 Mrd. [CHF 32,0 Mrd.] (Bail-in-Bonds). Damit hätten rund CHF 7.5 Mrd. HT AT1 CoCos gewandelt werden können, ohne den Zugang zur Liquidität der SNB zu verlieren (ausreichende Sicherheiten vorausgesetzt). Wenn das so neu geschaffene Eigenkapital nicht ausgereicht hätte, um eine Sanierung oder Abwicklung der Bank zu verhindern, wären ab dem PONV (bei G-SIB mit Gesamtkapital höchstens 8% der RWA oder CET1 höchstens 5% der RWA) die LT AT1 Cocos von rund CHF 9 Mrd. gewandelt, das Gesellschaftskapital auf null herabgesetzt und die Bail-in-Bonds von abgeschrieben bzw. gewandelt worden (Art. 48 BIV-FINMA). Es wäre zumindest eingehend darzulegen, warum gerade ein regulatorischer Filter das Unterschreiten der Triggerpunkte (sowohl vor wie nach dem PONV) verhindern sollte. Denn so würde eine ordentliche Kapitalmassnahme durch eine ausserordentliche Kapitalmassnahme ausgehebelt, obwohl die ordentliche Massnahme genau für Fälle wie den vorliegenden geschaffen worden ist. (Sollten Bedenken um die Ansteckung überwogen haben, dürfte das die Tauglichkeit der Instrumente generell in Frage stellen und es wäre dringend Abhilfe zu schaffen – etwa durch ein non-/Bank-Discount-Window der SNB für Halter im Moment der Wandlung – statt über einen Filter die Schwäche der Instrumente zu kompensieren).
- **Zum Argument der Notfallplan-konformen Gruppenstruktur:** Es ist ein Scheinargument. Denn nicht die Auslagerung der Schweizer Tochter und nicht die vielen Beteiligungen als sol-

che führten bei Umstellung der Rechnungslegung zu erhöhten regulatorischen Kapitalanforderungen. Grund war nicht die Struktur als solche, sondern der Umstand, dass (insb. ausländische) Beteiligungen über die Jahre aus vielfältigen Gründen an Wert verloren hatten bzw. zu teuer erworben worden waren (FINMA 2023: 60). Es handelte sich um die Folgen unternehmerischer Fehlentscheide, deren Bereinigung über Jahre (Jahrzehnte) aufgeschoben wurde. Tatsache ist, dass der Aufschieb der Bereinigung durch die Portfoliobewertung erleichtert – und unter der neuen Rechnungslegung zu recht nicht mehr toleriert wurde.

Damit bleibt das Argument des regulatorischen Dilemmas: Wie dargelegt wurden im Rahmen dieses Gutachtens keine Belege oder Indizien dafür vorgelegt, dass der CS die rechtzeitige Kapitalaufnahme aus eigener Kraft möglich war. Dass für die FINMA ein Dilemma vorlag, wird daher angenommen.

Zudem besteht die Gefahr, bei der Beurteilung einen Rückschaufehler zu begehen (*hindsight bias*), also die Vorhersehbarkeit von inzwischen eingetretenen Ereignissen zu überschätzen. Im Zeitraum der Entscheidung aber (zwischen 2016 und bis zum Erlass der Verfügung 2017) befanden sich die Dinge im Fluss und waren auch für den Regulator nicht in jener Granularität greif- und erkennbar, wie es nach einer intensiven Krisenaufarbeitung vielleicht scheinen mag.

In dieser Situation stand die Aufsichtsbehörde vor dem Stammhaus einer global systemrelevanten Bank, das ohne Massnahmen in zwei Jahren voraussichtlich regulatorisch unterkapitalisiert sein würde; mit (zu) wenig Aussicht, am Markt bis dahin das erforderliche Kapital aus eigener Kraft zu beschaffen. Regulatorische Strenge hätte die Situation am Markt kaum verbessert und entsprechend hoch musste der FINMA das (realistische) Risiko erscheinen, mit der Durchsetzung der Regeln selbst den ersten Stein bis zum Zusammenbruch der Bank ins Rollen zu bringen. Auf der anderen Seite lagen in der Waagschale die Hoffnung und Chance, dass bei regulatorischer Nachsicht der verschaffte Zeitgewinn zur Sanierung genutzt werden und das Stammhaus sich erholen könnte. Nur in der Rückschau ist unvermeidlich klar, dass diese Hoffnung sich nicht verwirklicht hat.

Die FINMA befand sich in einer äusserst schwierigen Situation, in der sie zwischen kurzfristiger Stabilität und langfristiger Regeltreue abwägen musste. In der Situation damals stellte sich für die FINMA nicht nur die Frage, ob sie die skizzierten Risiken angesichts der ebenfalls erwähnten Chancen in Kauf nehmen und gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG und Kraft des ihr gewährten grossen Ermessens die Verfügung erlassen sollte.

Die Frage lautete vielmehr auch, welche **alternativen Handlungsoptionen** ihr überhaupt offenstanden. *Untätigkeit bzw. eine Fortsetzung des Regimes* (mit oder ohne Art. 125 ERV) hätte ab Ende 2019 in einer massiven regulatorischen Unterkapitalisierung münden können. Dies hätte das Vertrauen der Investoren und Kunden in die Stabilität der Bank erheblich erschüttert und möglicherweise eine Kettenreaktion ausgelöst, die die gesamte Finanzstabilität gefährdet hätte. Die Untätigkeit der FINMA hätte somit schon damals zu einer erheblichen Destabilisierung des Finanzsystems führen können. Mit einer *staatlichen Rekapitalisierung* konnte die FINMA aus naheliegenden Gründen realistischerweise nicht rechnen.

Eine weitere Alternative wäre der *Verkauf von Teilen* der Bank gewesen, um Kapital freizusetzen. Durch den Verkauf von überbewerteten Beteiligungen hätten sich indessen erhebliche Buchverluste realisiert und die Kapitalbasis der Bank weiter geschwächt, das Vertrauen in die Bank weiter untergraben und ihre finanzielle Stabilität gefährdet.

Eine weitere Möglichkeit wäre die *geordnete Abwicklung* der Bank gewesen. Das Stammhaus CS war 2017 mutmasslich solvent und die Unterbewertungen überwogen die Überbewertungen. Um die an-

stehende Restrukturierung glaubwürdig umzusetzen, hätte es eines funktionierenden Abwicklungsregimes bedurft, inklusive ausreichender Liquiditätshilfe durch die SNB und die Zentralbanken der Sitzländer der zu veräussernden Beteiligungen, inklusive allfälliger Diskontfenster nach der Wandlung für die Inhaber von Wandelanleihen zum Schutz vor Ansteckung. Das Bild des erforderlichen Dispositivs muss hier aber nicht im Detail komplettiert werden. Denn im damaligen politischen Umfeld musste der FINMA ein solches Vorgehen von Anfang an (zu Recht) als unrealistisch erscheinen.

Zudem befanden sich die Recovery-Pläne sowie die Schweizer Notfallpläne der Grossbanken und ihre globale Abwicklungsfähigkeit (Resolvability) erst im Aufbau. (Sie wurden erst ab Ende 2021 teilweise als gangbar eingestuft.)²¹ Vor einem solchen Hintergrund war auch die Abschreibung von Going-Concern Instrumenten (AT1) vor der Eröffnung eines *formellen Sanierungsverfahrens* (wie auch ein solches Verfahren per se) mit hohen Risiken behaftet. Denn es war nicht auszuschliessen, dass der Markt mit Vertrauensverlust reagieren oder von Ansteckungseffekten getroffen würde, durch welche die Bank am Ende in die Insolvenz geraten könnte, ohne dass ein verlässliches und ausreichendes Abwicklungsdispositiv bereitstand.

Angesichts dieser begrenzten Handlungsalternativen durfte die FINMA den regulatorischen **Filter als die am wenigsten schädliche Option mit Chancen** ansehen und einsetzen, ohne dass ihr die Massnahme offensichtlich unangemessen erscheinen musste. Der Filter ermöglichte es der CS zumindest theoretisch, die neuen regulatorischen Anforderungen schrittweise zu erfüllen, ohne sofortige drastische Massnahmen ergreifen zu müssen. Dies gab der Bank Zeit, ihre Kapitalbasis zu stärken und ihre Restrukturierungsmassnahmen voranzutreiben, ohne das Vertrauen der Investoren und Kunden zu verlieren. Auch eine abrupte Marktverunsicherung und die daraus resultierenden negativen Folgen für die gesamte Finanzstabilität versprach der Filter zu vermeiden. Die sofortige Umsetzung der neuen Risikogewichte hätte allenfalls zu erheblichen Schwankungen in der ökonomischen Substanz der Bank geführt. Der Filter ermöglichte es der CS Stammhaus, diese Schwankungen abzufedern und eine geordnete Anpassung an die neuen Anforderungen vorzunehmen. Vor allem verbesserte – und vereinfachte – der Filter in der Sicht ex ante die Transparenz und Prüfbarkeit der Kapitalbasis der Bank. Die FINMA durfte hoffen, die Kapitalausstattung der Bank künftig genauer überwachen zu können und belastbare Argumente in die Hand zu bekommen um die Bank zu einer Stärkung ihrer Kapitalbasis zu bewegen; möglichst sekundiert durch entsprechende Erwartungen des (dann besser informierten) Marktes.

Bekanntermassen haben sich diese Chancen letztlich nicht realisiert. Doch aus der damaligen Optik wiegen sie schwer genug, um das Vorliegen eines besonderen Grundes und die Rechtmässigkeit der Massnahme nach Art. 4 Abs. 3 BankG zu bejahen. Eine geordnete (Teil-)Abwicklung unter staatlichem Schutzschild wäre langfristig zwar wohl die souveränere und erfolgreichere Option gewesen – aber sie stand damals realistischerweise schlicht nicht zur Verfügung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die FINMA angesichts der begrenzten Handlungsalternativen und der erheblichen Risiken, die mit jeder dieser Alternativen verbunden sind, möglicherweise keine grosse andere Wahl hatte, als den regulatorischen Filter zu gewähren. Die Untätigkeit der FINMA hätte zu einer erheblichen Destabilisierung des Finanzsystems geführt, während eine Rekapitalisierung, Teilverkäufe oder eine Abwicklung der Bank ebenfalls erhebliche Herausforderungen und Risi-

²¹ Vgl. FINMA, Resolution-Berichterstattung 2023 unter «Vergleich mit Stand der Arbeiten der Institute per Ende 2021» <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/resolution-berichterstattung/archiv/resolution-berichterstattung-2023>.

ken mit sich gebracht hätten. Der regulatorische Filter ermöglichte es der CS, die neuen Anforderungen schrittweise zu erfüllen, ohne sofortige drastische Massnahmen ergreifen zu müssen. Dies gab der Bank Zeit, ihre Kapitalbasis zu stärken und ihre Restrukturierungsmassnahmen voranzutreiben, ohne das Vertrauen der Investoren und Kunden zu verlieren. **Dass diese Chance nicht genutzt wurde, lag** in erster Linie in der Verantwortung des Managements und der (Gross-)Aktionäre und in den Umständen der Zeit insb. ab 2020 begründet – und **nicht am regulatorischen Filter**.

Nach dem Gesagten waren im Zeitpunkt der Verfügung im Dezember 2017 aus regulatorischer Sicht für die FINMA ausreichende besondere Gründe vorhanden, um gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG und kraft des ihr zustehenden Ermessens den Filter zu gewähren.

*Für die Zukunft aber ist es unumgänglich, ein funktionsfähiges **Abwicklungsdispositiv** für (global) systemrelevante Banken aufzustellen. Nur so kann in letzter Konsequenz verhindert werden, dass eine Bank mit Rücksicht auf die Systemstabilität, aber zulasten des Gläubigerschutzes während (langen) Übergangsfristen mit regulatorisch nach ordentlichen Massstäben nicht genügendem Kapital ihre Geschäftstätigkeit fortsetzen kann.*

*Freilich kann die nächste Krise **auch eine Bank** treffen, welche die Schwelle zur **Systemrelevanz noch nicht erreicht** hat, mit ihrem Untergang das System aber im konkreten Fall (wie die SVB) dennoch destabilisieren würde – oder eine Bank, die den **Grat zur Insolvenz bereits überschritten** hat, deren Nichtrettung aber unverhältnismässige volkswirtschaftliche Kosten auslösen würde. Vor beiden Risiken sollten die Augen nicht verschlossen werden. Das Dispositiv sollte auch diese Optionen berücksichtigen – und für die Folgen de lege ferenda ausreichende Vorbereitungen treffen.*

*Auch wäre de lege ferenda klarzustellen, dass sich regulatorische Ausnahmen von den Kapitalanforderungen und die **aktive Schmälerung der Kapitalbasis** insb. durch Aktienrückkäufe gegenseitig ausschliessen. Verstösse gegen diesen Grundsatz sind der Verletzung des Fristerfordernisses nach Art. 25 Abs. 1 BankG gleichzusetzen.*

3.3.2 Frage 3.3.2

[Durfte] der Umfang des Filters dem harten Kernkapital zugerechnet werden [?]

Art. 21 ERV nennt abschliessend die Elemente, die zum **harten Kernkapital (CET1)** zählen.²²

Bei Sonderanordnungen nach Art. 4 Abs. 3 BankG muss sich die FINMA zwar an die gesetzlichen Schranken halten. Die Bestimmungen der ERV zu den eigenen Mitteln gehören aber nicht per se zu diesen Schranken (EBK Jahresbericht 1994 S. 32 f. – Anhang 4). Vielmehr kann die FINMA davon abweichen, wenn die strikte grammatikalische Auslegung und Anwendung in einem besonderen Fall nicht sachgerecht wäre.

Damit die FINMA den Umständen des Einzelfalles ausreichend Rechnung tragen kann, kommt ihr dabei erhebliches Ermessen zu. Als **Grenze** beachten muss sie dabei aber stets der Sinn und Zweck des Bankengesetzes, d.h. der Gläubiger-, Funktions- und Vertrauensschutz (explizit so Art. 46 Abs. 4 FINIG, das jüngere Pendant zu Art. 4 Abs. 3 BankG, s.o. Ziff. 1.1.2.1).

Den **eigenen Mitteln** kommt nun gerade im Rahmen des Gläubigerschutzes ein ganz besonders hoher Stellenwert zu (EBK Jahresbericht 1994 S. 29 f. – Anhang Nr. 4). Aus diesem Grund kann die Aufsichtsbehörde zwar auch Vermögenswerte als CET1 anrechnen, welche die Verordnung nicht aufführt – aber prinzipiell nur, soweit diese Vermögenswerte mit den in Art. 21 ERV genannten Elementen aus **wirtschaftlicher Sicht vergleichbar** sind (obiter EBK Jahresbericht 1994 S. 29 f. – Anhang Nr. 4). Daher reicht es – zumindest in der längeren Frist – nicht aus, wenn Kapital zwar quantitativ ausreichend werthaltig ist (was die FINMA in Bezug auf den Filter bzw. die ihm zugrundeliegenden stillen Reserven wiederholt betont, FINMA 10.10.2024), aber qualitativ nicht in gleichem Masse im laufenden Betrieb (going concern) verlustabsorptionsfähig ist wie «echtes» hartes Kernkapital.

Seinem **Wesen** nach ist das CET1 zunächst eine rein rechnerische Grösse: Sie errechnet sich aus Posten der Passiven – meint aber eigentlich eine Quote von der Aktiven (Vermögenswerte) in eben dieser Höhe. Denn das CET1 umfasst jene Passivposten in der Unternehmensbilanz, die entweder eingebracht wurden (insb. Gesellschaftskapital) oder durch den Geschäftsgang im Unternehmen selbst angefallen sind (die in Art. 21 ERV ebenfalls erwähnten Reserven und Gewinnanteile) *und* – was zentral ist – im laufenden Betrieb (going concern) niemandem einen Anspruch auf Rückzahlung oder Auszahlung vermitteln. Ihre Gesamthöhe, also **«das CET1»**, **entspricht rechnerisch folglich jenem Anteil des Vermögens auf der Aktivenseite der Bilanz, der dem Unternehmen nicht für Schuldzahlungen entzogen werden kann**. Nur dieser Anteil des Vermögens ist dazu geeignet, allfällige Verluste im laufenden Betrieb (und nicht nur in einer Liquidation) zu decken. Der übrige Anteil des Vermögens kann dafür nicht verwendet werden: Er muss prinzipiell zur Verfügung stehen, um bei Fälligkeit der Posten im Fremdkapital (Forderungen aller Art) versilbert und zur Zahlung verwendet zu werden. Reicht das Vermögen dafür (zur Deckung der Forderung und der allfälligen Verluste) nicht aus, ist das Unternehmen insolvent. (Zur Abgrenzung Fremdkapital – hybridem Kapital wie nachrangige Schuldinstrumente und Eigenkapital etwa EBK Bulletin 19/1990: 32 - Anhang Fall 15). Das gilt letztlich selbst für AT1-Instrumente, solange die Banken daran festhalten, sie gemäss den Markterwartungen auf den ersten möglichen Termin zurückzuzahlen.

²² Art. 21 ERV lautet: «Als hartes Kernkapital können angerechnet werden: a. das einbezahlte Gesellschaftskapital; b. die offenen Reserven; c. die Reserven für allgemeine Bankrisiken nach Abzug der latenten Steuern, sofern keine entsprechende Rückstellung gebildet wurde; d. der Gewinnvortrag; e. der Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs nach Abzug des geschätzten Gewinnausschüttungsanteils, sofern [...]»

Sollen Vermögenswerte an CET1 angerechnet werden, haben sie also grundsätzlich eine **gleichwertige Eigenmittelfunktion** aufzuweisen. Sie müssen mit anderen Worten uneingeschränkt dazu taugen, Verluste des laufenden Geschäftsbetriebes zu decken (die in EBK Bulletin 19/1990 S. 32 – Anhang Nr. 15 behandelten nachrangigen Schulden erfüllten dieses Erfordernis gerade nicht, da sie nur im Falle der Geschäftsaufgabe eine – insofern begrenzte – Eigenmittelqualität aufweisen). Das gilt umso strenger, je grösser der Anteil des Filters am CET1 ist und je länger er bestehen bleiben soll.

Nach dem Gesagten ist zu prüfen, ob dem **regulatorischen Filter**, so wie er in der Verfügung 2017 strukturiert war, eine zu CET1 gleichwertige Funktion zukam. Seiner Mechanik nach ergab sich die **Höhe** des Filters bei einem insgesamt unterbewerteten Portfolio von Beteiligungen aus deren (stabilen) Buchwerten und bei einem insgesamt überbewerteten Portfolio von Beteiligungen aus deren (volatileren) Fair Values (Birchler 2024: 8 f.). Immer aber bildete die gesamte Unterbewertung die **Grenze** für die Höhe des Filters (FINMA 2017: 48).

Ohne Filter wären die Unterbewertungen als stille Reserven stehen geblieben. Regulatorisch hätten sie aufgrund ihres Wertschwankungsrisikos nur als **Ergänzungskapital (Tier 2, T2)** angerechnet werden können (Art. 30 Abs. 4 Bst. c ERV). Die Abschreibung der Überbewertungen hätte die buchhalterischen Eigenmittel reduziert und regulatorisch eine Beschaffung von neuem hartem Kernkapital (CET1) erforderlich gemacht. **Dank dem Filter wurden stattdessen die stillen Reserven (auf den unterbewerteten Beteiligungen) als CET1 angerechnet, soweit ihnen überbewertete Beteiligungen gegenüberstanden.**

Die FINMA hat dabei Bewertungskorrekturen quantitativ durchaus berücksichtigt. Insofern war der Filter quantitativ nicht minder werthaltig als hartes Kernkapital. Allerdings wies der Filter nur die Qualität von Ergänzungskapital auf, wurde aber an das harte Kernkapital angerechnet. Zwar kommt der FINMA **auch in qualitativer Hinsicht Ermessen** zu; so hat sie in der Vergangenheit etwa den Abzug statt von CET1 hälftig vom zusätzlichen Kapital (AT1) zugelassen (Anhang Nr. 7; vgl. auch obiter EBK Bulletin 34/1998 S. 18; und EFD 2012: 58 f. «qualitative ... Erleichterung»).

Allerdings schwankte im Fall der CS der Anteil des Filters zwischen 27% und 57% des CET1 (Birchler 2024: 11, Zeile «Anteil Filter»). Das erscheint als hoch, ist doch die Verlustabsorptionsfähigkeit bei Ergänzungskapital (T2) im laufenden Betrieb gerade nicht so gewährleistet wie bei CET1. Wo die Grenze zu ziehen wäre, lässt sich nicht exakt festlegen.

Wesentlicher ist die Feststellung, dass der Filter, so wie er vorliegend strukturiert war, seine (begrenzte) **Eigenmittelfunktion je nach Verhältnis** der über- und der unterbewerteten Beteiligungen nicht gleichermaßen erfüllen konnte (Birchler 2024: 26): In einem gesamthaft überbewerteten Portfolio konnte der Filter einen Rückgang im Marktwert (Fair Value – sowohl bei unter- wie überbewerteten Positionen) nicht auffangen und verringerte daher die regulatorischen Eigenmittel. Eine gewisse CET1-Funktionalität bot der Filter nur, aber immerhin, im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung im Oktober 2017, nämlich soweit er aus stillen Reserven (auf ausländischen Beteiligungen) bestand, die im laufenden Betrieb durch Verkauf grundsätzlich realisiert werden konnten. Ab Mitte 2022 schlugen Verluste in der Bewertung auf die ausgewiesenen Eigenmittel durch (FINMA 10.10.2024: 23, zweitletzte Zeile). Auch «erschwerte er eine Restrukturierung im Sinne des Verkaufs verlusttragender Beteiligungen» und vor allem beseitigte er den Zwang zur Kapitalerhöhung in «schlechten Zeiten» nicht (Birchler 2024: 22). Umgekehrt nahm er den Druck vom CS Stammhaus sich in «guten Zeiten» mit –echtem– CET1 zu versorgen; ohne dass die FINMA die CS mit glaubwürdigen Sanktionen dazu hätte zwingen können (diese hätten wie gesehen eine mögliche ordentliche Abwicklung beinhalten müssen).

In der Gesamtschau durfte der Umfang des Filters dem harten Kernkapital zugerechnet werden. Denn die genannten Nachteile machten den Filter nicht von vornherein zu einem offensichtlich unangemessenen Mittel. Vielmehr stand er der FINMA im Rahmen ihres Ermessens durchaus zur Verfügung –

und zwar obwohl Art. 21 ERV die Elemente des harten Kernkapitals (CET1) abschliessend aufzählt und obwohl der Filter qualitativ nur die Qualität von Ergänzungskapital (T2) aufwies (obiter EBK Jahresbericht 1994 S. 32 f.; EBK Bulletin 19/1990 S. 32 f.; noch enger, aber mit gleichem Ergebnis [nur Eigenmittelanforderung] EBK Bulletin 2/1978 S. 19 f. E. 1 ff. – s. Anhang) und der CS vorerst einen Kapitalaufbau ersparte.

Grund dafür ist das Ermessen, das Art. 4 Abs. 3 BankG der FINMA vermittelt und welches auch die Möglichkeit umfasst, in Bezug auf die Kapitalanforderungen quantitative und qualitative Erleichterungen zu gewähren. **Die FINMA versties damit auch nicht etwa gegen Rechnungslegungsvorschriften, sondern liess diese unangetastet.** Zudem wahrte sie den Zweck des Bankengesetzes, indem sie zulasten des Gläubigerschutzes den **Stabilitätsschutz priorisierte**, um der Bank die Möglichkeit einzuräumen, in der Phase der Erleichterung die Kapitalanforderungen durch echtes CET1 zu erfüllen. Allerdings hätte die CS die mit dem Filter verschaffte Zeit möglichst rasch nutzen sollen, um ihre Kapitalbasis zu stärken. Denn der Filter war mit Risiken behaftet und nur als temporäre Massnahme geeignet: Er verlor seinen Nutzen, sobald die Überbewertungen der Beteiligungen überwogen.

Insofern wäre auch hier eine Befristung der Erleichterung angezeigt gewesen. Obwohl sie fehlte, blieb die Verfügung rechtmässig. Denn die Erleichterungen aus der Verfügung 2013 galten **ebenfalls unbefristet**, so dass die Verfügung 2017 den Gläubigerschutz nicht stärker unterordnete als der Rahmen, den das Parlament und der Bundesrat mit Art. 125 ERV gesteckt hatten und im Moment der Verfügung 2017 weiterhin galt. Zudem gilt auch hier: hätte die FINMA eine Frist gesetzt und die Bank sie später verletzt, hätte sich gleichsam der Tatbestand von Art. 25 Abs. 1 BankG verwirklicht – ohne dass für die daraus folgenden Massnahmen ein ausreichendes Abwicklungsdispositiv bereitstand.

*Festzuhalten ist abschliessend, dass die CS AG (Stammhaus) ab 2017 nur deswegen noch als ausreichend kapitalisiert bezeichnet werden konnte, weil sie **enorme regulatorische Erleichterungen** gewährt erhalten hatte: per 01.07.2017 betrug die Erleichterung alleine in Bezug auf das harte Kernkapital CET1 rund CHF 17 Mrd. (CHF 4 Mrd. aus dem Wegfall des Beteiligungsabzuges²³ und CHF 13 Mrd. aus aufgeschobener Risikogewichtung).*

*Dieses Kapital hätte die CS AG aber «nach Massgabe der Geschäftstätigkeit und der Risiken» **durchaus benötigt** (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BankG). Selbst wenn die FINMA aufgrund der geschilderten Umstände regulatorisch davon abweichen konnte – **betriebswirtschaftlich** hätte der entsprechende Kapitalaufbau die CS AG auf eine wesentlich solidere Basis gestellt.*

*Zumindest de lege ferenda sollten solche Erleichterungen von grosser Tragweite mit den in Art. 25 Abs. 1 BankG genannten **Gefahrenindikatoren gleichgestellt** werden – eine ausdrückliche Erweiterung der Bestimmung würde Rechtssicherheit schaffen.*

*Die damit verbundene Erweiterung der Handlungsoptionen könnte die FINMA freilich auch in Zukunft nur dann wirksam nutzen, wenn ein **Regime** geschaffen und umgesetzt ist, welches die **geordnete Abwicklung** auch einer global systemrelevanten Bank sicher gewährleistet.*

Prof. Dr. iur. Corinne Zellweger-Gutknecht

²³ Siehe Fussnote 13.

Quellenangaben

- Bundesrat (2002):** Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes, Geschäft Nr. 02.050, 26. Juni 2002, BBI 2002 6097.
- Bundesrat (2002a):** Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, 20.11.2002, BBI 2002 8060
- Bundesrat (2012):** Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderungen der Bankenverordnung und der Eigenmittelverordnung (too big to fail), Geschäft Nr. 12.061, 10.06.2012, BBI 2012 6669
- Bundesrat (2015):** Bericht des Bundesrates «Too big to fail» (TBTF), Evaluation gemäss Artikel 52 Bankengesetz und in Beantwortung der Postulate 11.4185 und 14.3002, 18.02.2015, 38319.pdf auf newsd.admin.ch
- Bundesrat (2017):** Bericht des Bundesrates zu den systemrelevanten Banken (Evaluation gemäss Artikel 52 Bankengesetz), 28.06.2017, BBI 2017 4847
- CS Credit Suisse (2016):** New Capital Degree Credit Suisse Parent Capital Rules, Schreiben an die FINMA vom 06.12.2016
- CS Credit Suisse (2017):** Regulatory disclosures – subsidiaries 1Q17
- Economiesuisse (2016):** Stellungnahme betreffend die Anhörung zu Änderungen der Eigenmittelverordnung (ERV) und der Bankenverordnung (BankV) / (Eigenmittelanforderungen Banken - Rekalibrierung TBTF und Kategorisierung), Zürich, 15.02.2016
- EFD (2012):** Kommentar zur Totalrevision der Eigenmittelverordnung, 20.06.2012, 43071.pdf
- EFD (2014):** Erläuterungsbericht zur Totalrevision der Bankenverordnung, 15.04.2014, 34663 auf newsd.admin.ch
- EFD (2014a):** Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen, Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), 25.06.2014, 35423.pdf auf newsd.admin.ch
- EFD (2015):** Erläuterungsbericht zu Änderungen der Eigenmittelverordnung und der Bankenverordnung (Eigenmittelanforderungen Banken – Rekalibrierung TBTF und Kategorisierung), Bern, 22.12.2015, 42412.pdf auf newsd.admin.ch
- EFD (2016a):** Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Anhörung zu Änderungen der Eigenmittelverordnung und der Bankenverordnung (Eigenmittelanforderungen Banken – Rekalibrierung TBTF und Kategorisierung), Bern, 11.05.2016
- EFD (2016b):** Erläuterungsbericht zu Änderungen der Eigenmittelverordnung und der Bankenverordnung (Eigenmittelanforderungen Banken – Rekalibrierung TBTF und Kategorisierung), überarbeitete Version, Bern, 13.05.2016, 43961.pdf auf newsd.admin.ch
- EFD (2018a):** Erläuternder Bericht [zur Anhörung] zur Änderung der Eigenmittelverordnung (Gone-concern-Kapital, Beteiligungsabzug und weitere Anpassungen), Bern, 23.02.2018
- EFD (2018b):** Erläuterungen zur Änderung der Eigenmittelverordnung (Gone-concern-Kapital, Beteiligungsabzug und weitere Anpassungen), Bern, 21.11.2018, 54634.pdf auf newsd.admin.ch

- FINMA (2013):** Revision Rechnungslegung Banken (Erläuterungsbericht), 29.10.2013, 32489.pdf auf newsd.admin.ch
- FINMA (2017):** Jahresbericht 2016, Bern, März
- FINMA (2023):** Lessons Learned aus der CS-Krise, 19.12.2023
- Geiger Hans (2015):** Art. 4 BankG, in: Zobl Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV), 23. Auflage, Zürich etc. 2015 (Ausgabe März 2014).
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix (2020):** Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich etc.
- Handschin Lukas (2015):** Vierter Abschnitt: Rechnungslegung, Art. 6, 6a und 6b BankG, in: Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno/Zobl Dieter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 23. Nachlieferung, Zürich
- Hüpkas Eva (2002):** Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommission als Konkursbehörde, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 4/2002, 125 ff.
- Kessler Martina A. (2021):** Art. 37 FINIG Eigenmittel, in: Sethe Rolf et al. (Hrsg.), Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, Zürich etc.
- Martin Jürg/Seltmann Jan/Loher Silvan (2016):** Die Verfügung in der Praxis, Ein Leitfaden für Behörden, Adressaten und Anwälte, 2. Auflage, Zürich etc.
- Schürmann Hugo/Meyer Stefan (2013):** Art. 4 BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Bankengesetz, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel
- Sethe Rolf (2011):** Ein Indianer kennt keinen Schmerz ... Reaktionen der Schweiz auf Finanzmarktkrise und Steuerstreit ZBB 2/11, 106 ff.
- Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus (2022):** Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern
- Wiederkehr René/Richli Paul (2012):** Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern
- Zuberbühler Daniel (1998):** Der Wandel des Aufsichtsrechts zur Risikoerfassung, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Nobel, Peter (Hrsg.), Heft 6/1997, Bern, 89 ff.
- Zuberbühler Daniel (2000):** Revision des Capital Accord des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Nobel, Peter (Hrsg.), Heft 8/1999, Bern, 135 ff.

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
AT1	Additional Tier 1, zusätzliches Kernkapital
AZP	Antizyklischer Kapitalpuffer
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, SR 952.0)
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, SR 952.02)
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bst.	Buchstabe
BVwGer	Bundesverwaltungsgericht
CET1	Common Equity Tier 1, hartes Kernkapital
CS	Credit Suisse
D	Dispositivziffer
DTA	Deferred Tax Assets
E	Erwägungsnummer
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
ERV	Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung, SR 952.03)
ES	Erwägungsnummer
FINIG	Finanzinstitutsgesetz
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1)
FSB	Financial Stability Board
G-SIB	Global Systemically Important Bank, global systemrelevante Bank
i.V.m.	in Verbindung mit
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
LCR	Liquidity Coverage Ratio
LR	Leverage Ratio
NBG	Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank vom 3. Oktober 2003 (Nationalbankgesetz, SR 951.11)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission
RWA	Risk-Weighted Assets, risikogewichtete Positionen
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SNB	Schweizerische Nationalbank
SVB	Silicon Valley Bank
T2	Tier 2, Ergänzungskapital
TBTF	Too Big To Fail
USD	US Dollar
VR	Verwaltungsrat

Anhang I: Aufsichtspraxis zu Artikel 4 Absatz 3 Bankengesetz

Sonderfälle, die eine Erleichterung erlauben

1. EBK Bulletin 2/1978 S. 19 f. E. 1 ff. m.H.a. Verfügung 19.01.1978

- Anlass: Verlust einer Tochtergesellschaft führte zur Unterschreitung des verlangten Eigenmittelbestandes
- Voraussetzungen: Ein eigenmittelrelevanter Umstand (Verlust) ist *überraschend* eingetreten; die gesuchstellende Bank hat sich rasch, mit betriebswirtschaftlich geeigneten Mitteln und erfolgreich *bemüht*, zusätzliches Haftungskapital bereitzustellen und so die Gläubiger in vorgesehenem Umfang zu schützen (in casu Langfrist-Darlehen von zehn Jahren mit Rangrücktritt) und die Ursache war *prima vista nicht* durch die gesuchstellende Bank zu *verantworten*, sondern zum grossen Teil konjunkturell bedingt – wobei die EBK ein allfälliges Verschulden wegen mangelnder Überwachung der Tochter noch abklären wollte. Eine *Kapitalerhöhung* fiel aktuell ausser Betracht, weil die Aktien der Bank an der Börse (aufgrund strukturell ungünstiger Ertragslage) «bereits etwas angeschlagen» waren.
- Auflagen: jegliche Modifikation des zusätzlichen Haftungskapitals inkl. Rückzahlung waren von der EBK zu *genehmigen* und die Bilanz musste nach dem Grundsatz der *Bilanzwahrheit und -klarheit* auf den Rangrücktritt hinweisen (Fussnote oder Unterrubrik) und der Geschäftsbericht die Vereinbarung erläutern.
- Erleichterung: der verlangte *Eigenmittelbestand* durfte *temporär* (und maximal zu 25%) *unterschritten* werden. Hingegen erlaubte die EBK keine Anrechnung des zusätzlichen Haftungskapitals als eigene Mittel, weil die eigenen Mittel in der Verordnung (damals Art. 11 BankV) abschliessend festgelegt seien [Praxis später aufgegeben, s.u. EBK Jahresbericht 1994 S. 32 f. – Anhang Nr. 4]

2. EBK Bulletin 6/1980 S. 12 Entscheid 23.06.1980 / EBK Bulletin 10/1982 S. 9 f.

- Anlass: Hoch volatiler und spekulativer Devisenmarkt erschwerte langfristige Planung und Beschaffung der notwendigen eigenen Mittel
- Voraussetzung: Nach der ordentlichen Berechnung der eigenen Mittel entschieden Zufälligkeiten auf dem (damals volatilen) Devisenmarkt darüber, ob eine Bank die (damals in Art. 13 BankV) vorgeschriebene Höhe einhielt. Schriftliches (unbegründetes) Gesuch der Bank.
- Auflage: Deckungsausweise mit notwendigen Detailangaben mussten der EBK quartalsweise zur Überprüfung *ingereicht* werden; die Regelung war *konsequent* anzuwenden (Kontinuität), also auch dann, wenn sie die Anforderungen an die eigenen Mittel verschärfte; eine Rückkehr zur ordentlichen Berechnung war nur einmalig und auf begründetes Gesuch hin möglich.
- Erleichterung: Eigenmittelberechnung erfolgte für betroffene Währungen zu einem gleitenden Durchschnittskurs anstatt nach Stichtag (EBK Bulletin 6/1980); nur noch für Dollar: Eigenmittelberechnung erfolgte zum Tageskurs, soweit dieser nicht mehr als 10% von einem (aus dem Schnitt von 24 Monaten errechneten) «Basiskurs» abwich und ansonsten gemäss Basiskurs plus bzw. minus 10% (EBK Bulletin 10/1982); der frühere Entscheid (EBK Bulletin 6/1980) wurde zugleich aufgehoben.

3. EBK Bulletin 20/1990 S. 31 m.H.a. Verfügung 12.09.1989

- Anlass: Hoch volatiler und spekulativer Devisenmarkt erschwerte langfristige Planung und Beschaffung der notwendigen eigenen Mittel

- Voraussetzung: Extreme Kurzfrist-Volatilität am USD-Devisenmarkt erschwerte Banken die längerfristige Planung und Beschaffung der notwendigen eigenen Mittel und machte frühere Erleichterungen (s.o. EBK Bulletin 6, S. 12 f.) *unzweckmässig*; die Kursausschläge (welche die Bilanzsummen von Banken teils massiv bewegten) beruhten primär auf *spekulativen Markteinflüssen* und *nicht auf strukturellen wirtschaftlichen Tendenzen*; begründeter Antrag der Bank. (In EBK Bulletin 20/1990 S. 31 m.H.a. Verfügung 12.09.1989 kam hinzu, dass aufgrund der *Geschäfts- und Bilanzstruktur der Bank* jede Devisenkursänderung die Bilanzsumme und die Höhe der erforderlichen Mittel massiv bewegte.)
- Auflage: wie zuvor (EBK Bulletin 6, S. 12 f.)
- Erleichterung (weil Tageskurse bei steigendem eher über dem Durchschnitt liegen): Wahlweise zur Kursberechnung gemäss EBK Bulletin 10/1982 – Anhang Nr. 3) erlaubte die EBK neu einer Bank auch die Kursberechnung nach einem gleitenden Halbjahresdurchschnitt (der die kurzfristigen Spitzen von Monat zu Monat ausglich, EBK Bulletin 20/1990 S. 31 m.H.a. Verfügung 21./22.12.1987) und einer Grossbank schliesslich die Berechnung nach einem gleitenden Zweijahresdurchschnitt (der die längerfristige Eigenmittelplanung vereinfachte).

4. EBK Jahresbericht 1994 S. 32 f.

- Anlass: Bank plant Ausgabe eines neuen rechtlich bislang nicht erfassten Finanzinstruments («Oblig-Aktie») und möchte sie an die eigenen Mittel anrechnen lassen
- Voraussetzung: Nicht in der Verordnung als eigene Mittel anerkannte Vermögenswerte sind aus wirtschaftlicher Sicht wie eigene Mittel anzusehen (in casu: Anleihen mit Wandelung bei Fälligkeit in Vorkzugsaktien oder in Aktien bei Gesellschaftsauflösung – sofern voll einbezahlt, nachrangig und ohne Rückzahlungsanspruch).
Auflage: nicht behandelt
Erleichterung: Anrechnung an die eigenen Mittel (obwohl die Verordnung die Eigenmittel abschliessend regelt (in casu aber nicht gewährt, da widerrechtlich/Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften); enger noch EBK Bulletin 2/1978 – Anhang Nr. 1

5. EBK Bulletin 30/1996 S. 57

- Anlass: Organisation als Finanzgruppe und Gesuch um Berücksichtigung bei den Vorgaben zu Risikoverteilungsvorschriften
- Voraussetzung: eine zentrale Organisation garantiert die Verpflichtungen eines Einzelinstituts, kann den angeschlossenen Banken verbindliche Weisung erteilen und erfüllt die Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften auf konsolidierter Basis erfüllt (z.B. Raiffeisen-System).
- Auflage: nicht behandelt
- Erleichterung: teilweise oder vollständige Befreiung des Einzelinstituts von der Einhaltung der Risikoverteilungsvorschriften auf Einzelbasis

6. EBK Jahresbericht 2000 S. 53 m.H.a. UBS AG

- Anlass: Konzernstruktur mit zentralem Risikomanagement bei der Eigenmittelunterlegung berücksichtigen
- Voraussetzung: Konzerngesellschaften sind in zentrales Risikomanagement eingebunden (z.B. kontrolliert die Konzernspitze exklusiv die Refinanzierung aller Konzerngesellschaften); Einhaltung der Eigenmittel-Berechnung auf Konzernstufe
- Auflage: nicht behandelt
- Erleichterung: Befreiung auf Stufe Einzelinstitut (Stammhaus) von der Pflicht zur Eigenmittelunterlegung für Ausleihungen an Banktöchter mit Sitz in G-10-Staat oder Australien

7. EBK Central Treasury Verfügung 21.12.2006²⁴

- Anlass: Konzernstruktur mit Tresorerie mit zentraler Mittelaufnahme und zentraler Steuerung innerhalb der Finanzgruppe berücksichtigen
- Voraussetzung: Informationsstand Bank über Risiken Gruppengesellschaften ist besser als der Informationsstand bei Geschäftsrisiken, welche echte Drittparteien eingehen
- Auflage: nicht behandelt
- Erleichterung: in Bezug auf die Eigenmittel für direkte und indirekte Beteiligungen sowie die Risikoverteilung: CS konnte direkte Beteiligungen je hälftig vom CET1 und vom übrigen Kapital abziehen (Erleichterung 17 Mrd. CET1). Indirekte Beteiligungen waren von der Eigenmittelunterlegung bei Ausleihungen an regulierte und in G-10 Staaten und Australien beaufsichtigte Gruppengesellschaften gänzlich befreit (Erleichterung 60 Mrd. RWA und 319 Mrd. LR-Engagement). Unregulierte Gruppengesellschaften konnte sie u.U. von der Risikoposition «Gruppengeschäft» abziehen (Erleichterung für die Risikoposition: 90 Mrd.).

8. EBK ZKB Guernsey Verfügung 2012²⁵

- Anlass: Zürcher Kantonalbank hat eine Tochtergesellschaft in Guernsey
- Voraussetzung: nicht erwähnt in der Quelle
- Auflage: nicht erwähnt in der Quelle
- Erleichterung: Erlaubnis zur Solokonsolidierung der Tochter (Einbezug in der eigenen Bilanz wie eine einzige Einheit) bis 2018 entfiel dadurch ein Abzug und ab 2019 eine Risikogewichtung für diese Tochtergesellschaft

9. FINMA Kleinbankenregime vom 16.07.2018²⁶ (Anpassung Art. 47a ff. ERV am 27.11.2019)

- Anlass: Finanzmarktregulierung ist für gewisse kleine Banken nicht angemessen bzw. im Widerspruch zum Proportionalitätsprinzip
- Voraussetzung: Banken der Kategorien 4 und 5, Leverage Ratio mind. 8% (statt 3% gemäss Art. 46 ERV) und eine durchschnittliche Liquidity Coverage Ratio, LCR, von 120% (zusätzlich zu den Vorgaben nach Art. 14 Abs. 1 LiqV), Refinanzierungsgrad mind. 100%, angemessenes Zinsmanagement, keine Verfahren wegen Pflichtverletzungen
- Auflage: nicht behandelt
- Erleichterung: Eigenmittel (kein Eigenmittelpuffer CCB, kein antizyklischer Kapitalpuffer AZP, keine risikogewichteten Positionen RWA, Dispens bzgl. Qualitäts- und Quantitätsanforderungen), Liquidität (keine NSFR), qualitative Erleichterungen (Offenlegung, elektronische Kundendaten, Outsourcing etc.)

²⁴ FINMA Verfügung 2013 N 8, 29, 72. Die FINMA hielt a.a.O. N 72 aber fest, dass «die bisherige [Risikoverteilung im Gruppengeschäft] RV-Erleichterung ... rückblickend zu einer **unverhältnismässig hohen Gesamtposition** befreiter und – bezogen auf einzelne Gruppengesellschaften – teilweise sehr hoher Exposures geführt haben» möge.

²⁵ EFD, Erläuternder Bericht zur Änderung der Eigenmittelverordnung (Anhörung), 23.02.2018, S. 13.

²⁶ EFD, Erläuternder Bericht zur Änderung der Eigenmittelverordnung, 05.04.2019, S. 4.

Sonderfälle, die eine Verschärfung erlauben

10. EBK Bulletin 6/1980 S. 13 f. m.H.a. Empfehlung 17.12.1979

- Anlass: risikoreiche Engagements, welche die banküblichen Grenzen überschreiten (in casu häufig weitgehende Kredite mit schwer beurteilbarer Aktenlage, exotischer Sicherheiten, ungenügenden Deckungsmargen, hohen Limiten, hohe Blankoquote, tief kapitalisierte Schuldner – ohne dass die Rechnungslegung Wertberichtigungen erforderlich gemacht hätte – aber ohne akute Risiken).
- Verschärfung: Teile der Kredite, die über die banküblichen Normen hinausgehen, vollständig durch zusätzliche eigene Mittel abdecken

11. Obiter EBK Bulletin 9/1981 S. 25; EBK Bulletin 19/1990 S. 11

- Anlass: Mangelnde Risikostreuung/Klumpenrisiken im Konzern (verteilt auf Mutter und Tochter oder nur bei Tochter)
- Verschärfung: EBK verlangt Absenkung des Grossrisikoanteils (sofern verteilt) und volle Unterlegung mit zusätzlichen Mitteln für die Restüberschreitung bzw. (sofern nur bei Tochter) Verschärfung der Anforderungen an die eigenen Mittel der Mutter oder Verbot neuer Grossrisiken bis zum Risikoabbau bei der Tochter – insb. wenn die EBK gegenüber ausländischen Töchtern nicht direkt verfügen kann

12. EBK Jahresbericht 2001 S. 59

- Anlass: überdurchschnittliches Ausmass der Risikoexposition bzw. Risikokonzentration (in casu Kredite im Tourismusgewerbe und an Gemeinden mit schlechtem Rating im bankinternen System)
- Verschärfung: pauschaler Eigenmittelzuschlag von CHF 50 Mio. mit Anpassungsoption nach oben und unten je nach Entwicklung der allgemeinen Risikosituation (EBK Jahresbericht 2000 S. 31 bzgl. Walliser Kantonalbank; EBK Jahresbericht 2000 S. 56) zudem ausserordentliche Revision bzgl. Wertberichtigungen und Eigenmittel sowie Kredit des Kantons

13. EBK Bulletin 21/1991 S. 16

- Anlass: die Rechnungslegungsvorschriften (in casu Mietverbuchungsmethode) führen nicht zu einer Bilanzierung mit einer Eigenmittelunterlegung der Engagements, die den wirtschaftlichen Gegebenheiten entspricht (in casu ähnelten die Immobilien-Leasing-Risiken denen der Eigentümmerrisiken).
- Verschärfung: zusätzliche Eigenmittel (20%) erforderlich für geleaste Bankbetriebsgebäude

14. Obiter EBK Jahresbericht 1998 S. 20 und 41; EBK Bulletin 19/1990 S. 9, 32 m.H.a. Verfügung CS Holding 01.09.1989; EBK Bulletin 21/1991 S. 42 m.H.a. BGer Entscheid 11.12.1990

- Anlass: Vorliegen einer atypischen und nicht in Erlass geregelten Organisationsstruktur (damals: Bankholding-Konzern); ordentliche Regeln (erfassen nur die Bank und beherrschte Gesellschaften) ziehen mögliche zusätzliche Risiken weiterer Bank- und Finanzgesellschaften im Gesamtkonzern (z.B. Schwestern) nicht in Betracht; Bedarf nach Konsolidierung für Gläubigerschutz.
- Verschärfung: EBK verlangt Eigenmittelkonsolidierung

15. EBK Bulletin 19/1990 S. 9, 31 f. m.H.a. Verfügung 04.12.1984

- Anlass: Die Verordnung setzte (im Nachvollzug internationaler Standards) neu eine Maximalquote von 25% (statt bislang 10%) der nachrangigen Schulden zu den eigenen Mitteln; Banken könnte dies gemäss EBK dazu «verleiten, in ihren Anstrengungen zur Beschaffung von echtem Eigenkapital ...

nachzulassen»; nur wer alle zumutbaren Anstrengungen unternimmt und die Eigenmittelanforderungen auch nach Rückzahlung der nachrangigen Schulden uneingeschränkt erfüllen kann, soll die Quote voll ausschöpfen dürfen. (Die EBK fürchtete, dass Banken mit gegenseitigen nachrangigen Schulden die anrechenbaren Eigenmittel aufblähen könnten. Zudem betonte sie die «begrenzten Eigenmittelfunktion der nachrangigen Schuldinstrumente», die sich nur im Falle einer Geschäftsaufgabe erfüllen, während diese rückzahlbaren, verzinslichen Fremdkapitalien nur befristet zur Verfügung stehen und daher zur Abdeckung von Verlusten des laufenden Geschäftsbetriebes gerade nicht taugen.)

- Verschärfung: Meldepflicht inkl. Grundangabe, wenn 3/5 der Maximalquote erreicht sind, so dass EBK ggf. Bedarf für einzelfallweise Verschärfung erkennen und verfügen könnte

16. EBK Verfügungen 20.11.2008²⁷

- Anlass: Reaktion auf die Finanzkrise; im Einverständnis mit den Grossbanken, Bedarf nach Stärkung des Vertrauens in die Banken und der Stabilität des Finanzsystems
- Verschärfung: Beide Grossbanken mussten Eigenmittel für RWA in einer Bandbreite zwischen 50-100% über den internationalen Mindestanforderungen (Säule 1) von Basel II halten; Aufbau bis 2013 oder ggf. verlängerter Frist in guten Zeiten (aus Gewinnen) bis zur Zielgrösse von 200% also Gesamtkapital 16% der RAW (100% Säule 1, 100% Säule 2) und Verbrauch in Krisen bis zur Interventionsstufe von 150%; Einführung Leverage Ratio (zur Begrenzung des fremdfinanzierten Bilanzanteils) von mind. 3% im Konzern und mind. 4% im Einzelinstitut – ausgenommen ist das volkswirtschaftlich wichtige inländische Kreditgeschäft

Gemäss Aufsichtsbehörde nicht / nicht länger gegebene Sonderfälle

17. EBK Bulletin 9/1981 S. 20 m.H.a. Entscheid 26.08.1981

- Anlass: Die bislang durch Verfügung abgedeckte Anlagekategorien (die in casu eine Erhöhung der Eigenmittelquote erforderten) werden *neu auf Verordnungsstufe* geregelt und die von der Verfügung betroffenen Banken *erfüllen* die Anforderungen der Verordnung.
- Folge: Verfügung wird mangels besonderer Umstände hinfällig

18. EBK Jahresbericht 1996 S. 48

- Die Entscheidung über allfällige Anrechnung einer Buchung an die Eigenmittel (in casu statistisch berechnete Rückstellungen, sog. Actuarial Credit Risk Accounting, ACRA) setzt voraus, dass deren Verbuchung nach dem geltenden **Rechnungslegungsrecht** geklärt ist. Es reicht nicht aus, dass eine solche Anrechnung in der Basler Eigenkapitalvereinbarung oder in einer EU-Richtlinie oder der US-Gesetzgebung vorgesehen ist (in casu nicht erfüllt)

²⁷ Sethe 2011: 127 ff.

Weitere Grundsätze der Aufsichtsbehörde in Anwendung der Bestimmung

- Auch wenn eine Verordnung (damals Art. 11 Abs. 1 BankV) die als eigene Mittel anrechenbaren Bestandteile **abschliessend aufzählt**, kann die Aufsichtsbehörde gestützt auf Art. 4 Abs. 3 BankG Erleichterungen oder Verschärfungen anordnen. Diese Befugnis bezieht sich sowohl auf die **Eigenmittelanforderungen** als auch auf die **Eigenmittelanrechnung** (obiter in Bezug auf eine Erleichterung: EBK Jahresbericht 1994 S. 32 f.; in Bezug auf eine Verschärfung EBK Bulletin 19/1990 S. 32 f. m.H.a. Verfügung 04.12.1984; noch enger, aber mit gleichem Ergebnis [nur Eigenmittelanforderung] EBK Bulletin 2/1978 S. 19 f. E. 1 ff. m.H.a. Verfügung 19.01.1978)
- Den eigenen Mitteln kommt im Rahmen des **Gläubigerschutzes** ein ganz besonders hoher Stellenwert zu. Daher sollen generelle Erleichterungen vom Erfordernis der Unterlegung gegenüber allen Banken (Absenkung von 30% auf 10% in der Immobilienkrise 1992, um die Banken – die in grossem Umfang andere Liegenschaften auf eigene Rechnung übernehmen mussten – vor einem Eigenmittelmanko zu schützen; EBK Rundschreiben 92/5) auslaufen, sobald kein breiter Bedarf mehr besteht. Erleichterung in individuellen Sonderfällen kann immer noch geprüft und gewährt werden (EBK Jahresbericht 1994 S. 29 f.)
- Erleichterungen nach Art. 4 Abs. 3 BankG sind nur in den **gesetzlichen Schranken** zu gewähren. So sind sie etwa zu verweigern, wenn zwar eine bankenrechtliche Abwägung für die Gewährung sprechen würde, die Erleichterungen aber anderweitige zwingende Vorschriften verletzen würden (etwa solche über die Erhöhung des Kapitals in Aktiengesellschaften; EBK Jahresbericht 1994 S. 32 – Anhang Nr. 4)
- Erleichterungsmöglichkeit besteht prinzipiell auf in Bezug auf die **Risikoverteilung** (EBK Bulletin 30/1996 S. 57)
- Die Entscheidung über allfällige Anrechnung einer Buchung an die Eigenmittel (in casu statistisch berechnete Rückstellungen, sog. Actuarial Credit Risk Accounting, ACRA) setzt voraus, dass deren Verbuchung nach dem geltenden **Rechnungslegungsrecht** geklärt ist. Es reicht nicht aus, dass eine solche Anrechnung in der Basler Eigenkapitalvereinbarung oder in einer EU-Richtlinie oder der US-Gesetzgebung vorgesehen ist (in casu nicht erfüllt, EBK Jahresbericht 1996 S. 48 – Anhang Nr. 18)
- **Qualitative Erleichterungen** können etwa gewährt werden, indem die Gewichtung der Elemente des gesamten Kapitals die Gewichtung zwischen Kernkapital und ergänzendem Kapital und Zusatzkapital befristet zulasten der ersten Position verschoben wird (obiter EBK Bulletin 34/1998 S. 18).
- Die Anwendung von Art. 4 Abs. 3 BankG ist nicht davon abhängig, ob ein besonderer Fall nur bei einem Einzelinstitut vorliegt, oder ob **mehrere Institute** von besonderen Umständen betroffen sind. Entscheidend ist vielmehr, dass die Anwendung der ordentlichen Regeln aufgrund dieser Umstände unsachgemäss (insb. nicht verhältnismässig) wäre und deswegen eine Sonderanordnung rechtfertigen. Diese Umstände können externer Natur sein (z.B. Devisenturbulenzen in EBK Bulletin 6/1980 S. 12 EBK und Bulletin 20/1990 S. 31; Immobilienkrise in EBK Jahresbericht 1994 S. 29 f.; Absenkung internationale Standards in EBK Bulletin 19/1990 S. 9, 31 f.; Covid-Krise in FINMA-Aufsichtsmitteilung 02/2020 31.03.2020) oder interner Natur, also durch Bankinstitute selbst begründet sein (wie beim Kleinbankenregime vom 16.07.2018 oder in der Grossbankenkrise 2008).

Inhaltsverzeichnis

Inhalt, Aufbau und Zusammenfassung	2
1. Frage 3.1	6
1.1. Das Eigenmittelrecht der Banken (Art. 4 BankG)	6
1.1.1 Regelfall (Art. 4 Abs. 1 und 2 BankG)	6
1.1.2 Sonderfall (Art. 4 Abs. 3 BankG).....	7
1.1.2.1 Grundlagen.....	7
1.1.2.2 Praxis (FINMA, EBK)	9
1.1.2.3 Zuständigkeit innerhalb der FINMA	9
1.2 Antwort zu Frage 3.1	10
2. Fragen zu 3.2	13
2.1. TBTF-Erlasse.....	13
2.1.1 Revision BankG 2011	13
2.1.2 Totalrevision ERV 2012.....	14
2.2. TBTF-Verfügungen FINMA (2013).....	16
2.3. TBTF-Revision I (ERV und BankV 2016).....	17
2.4. TBTF-Verfügung FINMA (2017) – Regimeanpassung und Übergangsfrist.....	19
2.5. Antwort zu Frage 3.2.1	21
2.5.1 Vollzugsmassnahmen (Art. 4 Abs. 2 BankG).....	21
2.5.2 Sonderanordnungen (Art. 4 Abs. 3 BankG)	23
2.6. TBTF-Revision II (ERV 2019).....	28
2.7. Antwort zu Frage 3.2.2	29
3. Fragen zu 3.3	31
3.1. Revision Rechnungslegung (OR 2013 und BankV 2015).....	31
3.2. TBTF-Verfügung FINMA (2017) – Filter.....	33
3.3. Antworten zu Frage 3.3.1 und 3.3.2	36
3.3.1 Frage 3.3.1.....	36
3.3.2 Frage 3.3.2.....	42
Quellenangaben	45
Abkürzungsverzeichnis	47
Anhang I: Aufsichtspraxis zu Artikel 4 Absatz 3 Bankengesetz	48
Sonderfälle, die eine Erleichterung erlauben	48
Sonderfälle, die eine Verschärfung erlauben	51
Gemäss Aufsichtsbehörde nicht / nicht länger gegebene Sonderfälle	52
Weitere Grundsätze der Aufsichtsbehörde in Anwendung der Bestimmung.....	53
Inhaltsverzeichnis	54