



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

22. Dezember 2010

Änderung des Bankengesetzes (too big to fail, TBTF)

Erläuternder Bericht zur
Vernehmlassungsvorlage

Übersicht

Die Schieflage einer der zwei Schweizer Grossbanken kann das Funktionieren des gesamten Finanzsystems bedrohen und damit die Schweizer Volkswirtschaft gefährden. Der Staat ist praktisch gezwungen, rettend einzugreifen, da das Unternehmen „too big to fail“ (TBTF: „zu gross, um zu scheitern“) ist. Es verfügt damit über eine implizite Staatsgarantie. Ein zentraler Sanktionsmechanismus des Marktes ist ausgehebelt.

Der Bundesrat hat am 4. November 2009 eine Expertenkommission mit der Erstellung eines Berichts beauftragt. Dieser sollte zeigen, wie von Grossunternehmen ausgehende volkswirtschaftliche Risiken limitiert werden können. Die Expertenkommission legte im April einen Zwischenbericht vor und unterbreitete Ende September 2010 den Schlussbericht mit einem Massnahmenpaket. Der Bundesrat unterstützte die Stossrichtung und beauftragte am 13. Oktober 2010 das EFD mit der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage gestützt auf den Bericht der Expertenkommission.

Gegenüber dem Vorschlag der Expertenkommission wurde der Gesetzestext weiter konkretisiert. Ausserdem wurde die Regulierung variabler Vergütungen im Fall von staatlicher Beihilfe, wie vom Bundesrat am 28. April 2010 angekündigt, in die Änderung des Bankengesetzes (BankG) aufgenommen. Zur Entwicklung eines funktionierenden Schweizer Kapitalmarkts und zur Förderung der Ausgabe von bedingten Pflichtwandelanleihen (Contingent Convertible Bonds, CoCos) in der Schweiz werden zudem, wie von der Expertenkommissionen angeregt, flankierende steuerliche Massnahmen vorgeschlagen.

Kernmassnahmen: *Bei der vorliegend beantragten Änderung des BankG stehen vier Kernmassnahmen im Zentrum: (1) Stärkung der Eigenmittelbasis, (2) strengere Liquiditätsanforderungen, (3) eine bessere Risikodiversifikation, die Verflechtungen innerhalb des Bankensektors verringert und (4) organisatorische Massnahmen, die auch eine Weiterführung von systemrelevanten Funktionen (z.B. Zahlungsverkehr) bei drohender Insolvenz gewährleisten. Das Zusammenwirken zwischen Eigenmittel- und Organisationsanforderungen muss dabei besonders eng sein: Unterschreitet die Bank eine bestimmte Eigenmittelquote (Trigger), wird grundsätzlich die Notfallplanung ausgelöst, d.h. die systemrelevanten Funktionen werden in kurzer Zeit auf einen unabhängigen Rechtsträger übertragen. Gleichzeitig werden die bedingten Pflichtwandelanleihen der Bank in hartes Kernkapital (Common Equity) umgewandelt.*

Wichtige Neuerungen: *Die vorgeschlagenen Änderungen im BankG (E-BankG) enthalten die Definition des Begriffs „systemrelevante Bank“. Des Weiteren werden die besonderen Anforderungen an systemrelevante Banken beschrieben (Eigenmittel, Liquidität, Risikoverteilung und Organisation). Welche Bank schliesslich als systemrelevant gilt, wird von der Schweizerischen Nationalbank (SNB) durch Verfügung festgelegt. Der Bundesrat soll die besonderen Anforderungen an systemrelevante Banken in einer Verordnung weiter konkretisieren. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) wird gestützt darauf die besonderen Anforderungen für das einzelne Institut verfügen. Sollte dieses die Weiterführung von systemrelevanten Funktionen nicht nachweisen können, wird die FINMA die notwendigen Massnahmen anordnen. Der Bundesrat erhält zudem die Aufgabe, im Falle von Unterstützung durch den Bund, die variablen Vergütungssysteme zu regeln.*

Den betroffenen Banken werden für die Umsetzung der strengeren Eigenmittelvorschriften im BankG zwei neue Instrumente - Vorratskapital und Wandlungskapital - bereitgestellt: Sie können Aktienkapital auf Vorrat bilden und sollen Wandlungskapital (Contigent Convertibles Bonds – CoCos) begeben. Hat das harte Kernkapital (Common Equity) im Krisenfall einen tiefen Stand erreicht, dienen die in Eigenkapital gewandelte CoCos einerseits der Finanzierung der auf einen unabhängigen Rechtsträger übertragenen systemrelevanten Funktionen. Andererseits kann das Kapital einen Beitrag zur Sanierung der Restbank leisten. Das zusätzlich geschaffene Gesellschaftskapital darf nur zur Stärkung der Eigenkapitalausstattung im Zusammenhang mit den Eigenmittelvorschriften verwendet werden.

Mit einer generellen Abschaffung der Emissionsabgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren und einem Übergang vom Schuldner- zum Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer auf Bond-Zinsen soll die Attraktivität für den gesamten Schweizer Kapitalmarkt und damit auch für die Begebung bedingter Pflichtwandelanleihen erhöht werden. Die Emission von CoCos in der Schweiz erhöht die Rechtssicherheit, was im Krisenfall entscheidend für das Funktionieren des vorgeschlagenen Sicherungsdispositives sein kann. Um zu vermeiden, dass systemrelevante Banken auch noch durch eine Steuer belastet werden, wenn sie sich in einer Notlage befinden, soll im Wandlungsfall zudem keine Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten erhoben werden.

Volkswirtschaftliche Auswirkungen: Durch die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital entstehen Mindereinnahmen für den Bund von netto CHF 190 Millionen (d.h. abzüglich des aufgrund der Emissionstätigkeit des Bundes anfallenden Einnahmenanteils dieser Steuer). Bei Gemeinden und Kantonen führt die Abschaffung hingegen direkt zu einer jährlichen Entlastung von rund CHF 30 Mio. Diese profitieren daneben zusätzlich davon, dass durch die Abschaffung insbesondere auch Unternehmen entlastet werden, die sich im Besitz der öffentlichen Hand befinden. Die Mindereinnahmen des Bundes werden durch zusätzliche Gewinn- und Einkommenssteuereinnahmen aus der Belebung des Schweizer Kapitalmarkts und möglicherweise höheren Einnahmen aus dem Übergang zum Zahlstellenprinzip in der Verrechnungssteuer auf Bond-Zinsen teilweise kompensiert. Durch die strengeren Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen könnten die Finanzierungskosten bei den TBTF-Banken steigen. Sie könnten versuchen, diese an die Kunden abzuwälzen. Da aber der Wettbewerb im Kreditgeschäft stark ist, dürfte eine mögliche Verringerung der Kreditvergabe der TBTF-Banken durch die nicht-systemrelevanten Banken zumindest teilweise ausgeglichen werden. Zudem verbessert ein funktionierender Kapitalmarkt die Finanzierungsmöglichkeiten der Unternehmen. Die vorgeschlagenen Massnahmen werden Wettbewerbsverzerrungen zwischen TBTF-Banken und anderen Banken auf nationaler Ebene beseitigen und den Innovationsgrad erhöhen. Die Massnahmen führen nach der Implementierung zu einer höheren Bonität und damit zu tieferen Refinanzierungskosten für die im internationalen Wettbewerb stehenden Grossbanken.

Eine grössere Krisenresistenz fördert die Stabilität des Finanzsektors und stützt damit die gesamte Wirtschaft. Dieser Vorteil überwiegt allfällige Wachstumseinbusen, die mit den höheren Eigenmittelvorschriften verbunden sein könnten. Quantitative Aussagen sind nicht möglich.

Inhalt

Übersicht	2
1 Grundzüge	6
1.1 Ausgangslage	6
1.2 Bericht der Expertenkommission	7
1.3 Beantragte Neuregelung	8
1.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	10
1.4.1 Massnahmenkatalog	10
1.4.2 Würdigung der vorgeschlagenen Massnahmen	11
1.4.3 Nicht weiter verfolgte Massnahmen	13
1.4.4 Steuerliche Massnahmen	14
1.5 Rechtsvergleich und Verhältnis zum internationalen Recht	21
1.5.1 Regulierung von systemrelevanten Banken	21
1.5.2 Variable Vergütungen	22
1.6 Umsetzung	23
1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	23
2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	24
2.1 5. Abschnitt: Systemrelevante Banken	24
2.1.1 Begriff (Art. 7 Abs. 1 E-BankG)	24
2.1.2 Zweckbestimmung (Art. 7 Abs. 2 E-BankG)	24
2.1.3 Feststellung der Systemrelevanz (Art. 8 E-BankG)	24
2.1.4 Besondere Anforderungen an systemrelevante Banken (Art. 9 E-BankG)	25
2.1.5 Umsetzung auf die einzelne Bank (Art. 10 E-BankG)	35
2.1.6 Weiterführung systemrelevanter Funktionen (Art. 10a E-BankG)	36
2.1.7 Eingriff in Vergütungssysteme (Art. 10b E-BankG)	37
2.2 6. Abschnitt: Zusätzliches Gesellschaftskapital	38
2.2.1 Allgemeines	38
2.2.2 Gemeinsame Bestimmungen (Art. 11 E-BankG)	38
2.2.3 Vorratskapital (Art. 12 E-BankG)	40
2.2.4 Wandlungskapital (Art. 13 E-BankG)	42
2.3 Änderung bisherigen Rechts	45
2.3.1 Obligationenrecht	45
2.3.2 Bundesgesetz über die Stempelabgaben	45
2.3.3 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer	45
2.3.4 Nationalbankgesetz	51
2.4 Inkrafttreten	51
3 Auswirkungen	52
3.1 Finanzielle Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden	52
3.1.1 Steuerliche Massnahmen	52

3.1.2	Regulatorische Anforderungen	53
3.1.3	Zusammenfassung	56
3.2	Personelle Auswirkungen	57
3.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	57
3.3.1	Problembereiche des TBTF	57
3.3.2	Auswirkungen der Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen	59
3.3.3	Auswirkungen der Risikoverteilung- und Organisationsvorschriften	62
3.3.4	Auswirkung der Massnahmen bei den variablen Vergütungen.	65
3.4	Contingent Convertible Bonds (CoCos)	66
3.4.1	Marktchance CoCos	67
3.4.2	Potenzielle Investoren, Wirkung auf die Risikoverteilung	68
4	Verhältnis zur Legislaturplanung	68
5	Rechtliche Aspekte	69
5.1	Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	69
5.1.1	Besondere Anforderungen für systemrelevante Banken	69
5.1.2	Vergütungsregelung	69
5.1.3	Steuerliche Massnahmen	71
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	72

Bericht

1 Grundzüge

1.1 Ausgangslage

Die Finanz- und Wirtschaftskrise machte 2008 staatliche Massnahmenpakete zur Stabilisierung des Finanzsystems und zur Rettung einzelner Finanzinstitute in historischen Grössenordnungen in den USA, in praktisch allen europäischen Ländern und auch in der Schweiz notwendig. Die heftigen Verwerfungen auf den globalen Finanzmärkten hatten in der Schweiz hauptsächlich die beiden stark auf dem amerikanischen Markt engagierten Grossbanken, und ganz besonders die UBS trotz ihrer über dem internationalen Durchschnitt liegenden Kapitalisierung, getroffen. Die Schiefelage einer Schweizer Grossbank hat eindrücklich gezeigt, dass dadurch das Funktionieren des gesamten Finanzsystems bedroht sein kann. Damit einher geht die unmittelbare Bedrohung aller Bereiche der Realwirtschaft. Diese Gefährdung der schweizerischen Volkswirtschaft kann dabei so gross sein, dass der Staat faktisch gezwungen ist, rettend einzugreifen. So erarbeiteten 2008 der Bundesrat, die Schweizerische Nationalbank (SNB) und die (damalige) Eidgenössische Bankenkommision (EBK, heute FINMA) ein Massnahmenpaket, in dessen Zentrum die Stabilisierung der UBS stand. Teil des Pakets war, dass der Bund die Eigenmittelbasis der Grossbank durch die Zeichnung einer Pflichtwandelanleihe in der Höhe von CHF 6 Mrd. verstärkte.

Die unmittelbar zurechenbaren finanziellen Auswirkungen des staatlichen Massnahmenpakets im Jahr 2008 können zwar im Nachhinein gering sein: Der Bund hat 2009 sein Engagement an der UBS mit einem Gewinn von CHF 1,2 Mrd. veräussern können. Das Ergebnis des von der SNB eingerichteten StabFunds wird erst mit dessen Abwicklung endgültig bezifferbar sein. Der Einsatz war jedoch mit beträchtlichen Risiken für den Steuerzahler verbunden. Ohne Massnahmen zur Reduktion des volkswirtschaftlichen Schadens könnten auch künftige Krisen staatliche Rettungspakete erfordern. Diese könnten im Extremfall sogar die finanzielle Tragfähigkeit der Schweiz übersteigen. Aus diesem Grund sind nachhaltige Massnahmen zur Begrenzung der von Grossbanken ausgehenden systemischen Risiken erforderlich. Bereits im Dezember 2008 einigte sich die EBK mit den Grossbanken auf höhere Eigenmittelziele bis 2013 und die Einführung einer Leverage Ratio. Zudem hat sie mit den Grossbanken ein neues Liquiditätsregime vereinbart, das per 30. Juni 2010 in Kraft getreten ist. Eine angemessene Ausstattung mit Liquidität ist – neben Eigenkapital – für die Widerstandsfähigkeit von Grossbanken unabdingbar. Ebenso ist auf den 1. Januar 2011 eine Revision der Eigenmittelverordnung (ERV) in Kraft getreten, mit der die ersten aufgrund der Finanz- und Wirtschaftskrise verschärften Vorschriften des Basler Ausschusses zur Eigenmittelunterlegung und die wichtigsten verbesserten Standards der EU zur Risikoverteilung umgesetzt wurden.

Der Staat kann und wird ein Institut im Krisenfall nicht untergehen lassen, wenn die Weiterführung systemrelevanter Funktionen nicht gesichert ist: Das Institut ist „too big to fail“ (TBTF; wörtlich: zu gross, um zu scheitern) und genießt somit eine implizite Staatsgarantie, die Moral Hazard begünstigt. Ebenso ist diese Staatsgarantie aus ökonomischer Sicht mit einer Subvention vergleichbar, die wettbewerbsverzerrend ist und volkswirtschaftliche Kosten verursacht. Und letztlich behindert die

implizite Staatsgarantie den wohlstandsfördernden Strukturwandel, da schlecht geführte systemrelevante Unternehmen nicht aus dem Markt ausscheiden müssen. Die Finanz- und Wirtschaftskrise hat offengelegt, dass international zahlreiche Banken als TBTF eingestuft werden. So haben im Verlaufe der Krise mehr als zwei Drittel der 100 weltweit grössten Banken staatliche Unterstützung erhalten. Wenn der Staat ein Unternehmen als TBTF einstuft und daher bei eingetretener oder drohender Insolvenz zwangsläufig unterstützen muss, wird ein zentraler Sanktionsmechanismus des Marktes ausgehebelt. Dies schafft Anreize für einen sorglosen Umgang mit Risiken durch Investoren und Entscheidungsträger in Finanzinstitutionen. Die staatlichen Stützungsmaßnahmen hatten vielerorts erhebliche, teilweise dramatische Konsequenzen für den Staatshaushalt und werden den fiskalischen Spielraum einiger Staaten auf Jahre begrenzen. Allein das Wissen um eine potenzielle Stützung einzelner Institute durch den Staat kann zu Marktverzerrungen und ineffizientem Ressourceneinsatz führen.

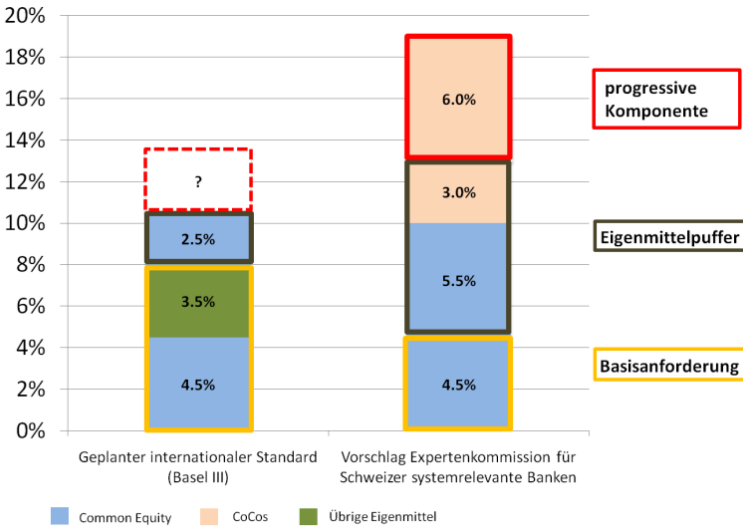
Der Bundesrat setzte am 4. November 2009 eine Expertenkommission ein, die Massnahmen zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen erarbeiten sollte. Anlass war unter anderem ein parlamentarischer Auftrag durch die Motion der Fraktion der Schweizerischen Volkspartei "Verhinderung von untragbaren Risiken für die Schweizer Volkswirtschaft" (08.3649) vom 3. Oktober 2008. Die Expertenkommission wurde beauftragt, bis zum Herbst 2010 einen Bericht zu erstellen, der vor allem aufzeigt, wie die von Grossunternehmen ausgehenden Risiken für die Volkswirtschaft verkleinert werden können. Dabei sei Wirtschaftlichkeits- und Wettbewerbsaspekten gebührend Rechnung zu tragen. Zudem sollten mögliche Ansatzpunkte und Handlungsprioritäten dargelegt werden.

1.2 Bericht der Expertenkommission

Ein Zwischenbericht mit vorläufigen Ergebnissen wurden dem Bundesrat am 22. April 2010 präsentiert. Der Bundesrat unterstützte in einer öffentlichen Stellungnahme die Stossrichtung des Zwischenberichts und unterstrich die Bedeutung der darin dargestellten Massnahmen. Der Schlussbericht wurde am 30. September 2010 dem Bundesrat übermittelt. An seiner Sitzung vom 13. Oktober beschloss der Bundesrat, die Stossrichtung der Massnahmen, wie sie im Bericht unter "Policy Mix" dargestellt sind, zu unterstützen und gestützt auf den Bericht der Expertenkommission eine Vernehmlassungsvorlage zur Umsetzung der Stossrichtung gemäss des im Bericht dargestellten "Policy Mix" zu erarbeiten. Weiter sollten Möglichkeiten geprüft werden, welche steuerlichen Massnahmen geeignet sind, die Rahmenbedingungen für den schweizerischen Bondmarkt und insbesondere für Pflichtwandelanleihen („Contingent Convertibles“, kurz: CoCos) zu verbessern.

Der umfangreiche Bericht der Expertenkommission sieht ein Massnahmenpaket zur Begrenzung der TBTF-Risiken systemrelevanter Banken für die schweizerische Volkswirtschaft vor. Im Zentrum stehen einerseits verschärfte Eigenmittelanforderungen, flankiert durch neue Kapitalinstrumente, und andererseits organisatorische Massnahmen, die auch im Krisenfall unverzichtbare Dienstleistungen im Zahlungsverkehr, im Einlagen- und im Kreditgeschäft sicherstellen. Ergänzt werden sie durch strengere Liquiditätsvorschriften und eine Begrenzung der Verflechtungen und Klumpenrisiken im Finanzsektor.

Die vorgeschlagenen Anforderungen an die beiden als systemrelevant bezeichneten Grossbanken Credit Suisse und UBS übertreffen die heute geltenden Standards deutlich. Sie sind mit den neuen internationalen Anforderungen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel III) und den Empfehlungen des Financial Stability Board kompatibel und gehen heute klar darüber hinaus. So schlägt die Expertenkommission Eigenmittel für systemrelevante Schweizer Banken vor, die in ihrer Summe die Höhe der künftigen Anforderungen gemäss Basel III klar übertreffen (vgl. folgende Grafik und Kapitel 2.1.4.3.2).



1.3 Beantragte Neuregelung

Die beantragte Änderung des Bankengesetzes und des Obligationenrechts zielt auf die Umsetzung der im Bericht genannten Kernmassnahmen ab:

Im Bereich der *Eigenmittel* wird ein umfassendes Konzept präsentiert und konkretisiert. Kern bilden drei Eigenmittel-Komponenten, die eine signifikante Stärkung der Haftungsbasis systemrelevanter Banken beinhalten: Die Basisanforderung ist zur Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen für die normale Geschäftstätigkeit mindestens zu erfüllen. Der Eigenmittelpuffer erlaubt es den Banken, Verluste zu absorbieren, ohne dass die Basisanforderung unterschritten wird und die normale Geschäftstätigkeit eingestellt werden muss. Die progressive Komponente schliesslich sorgt dafür, dass Banken mit zunehmender Systemrelevanz eine stärkere Kapitalisierung haben. Sie schafft dadurch den finanziellen Spielraum für die Bewältigung einer Krise durch die Umsetzung der vorbereiteten Notfallplanung. Das Konzept gilt sowohl für die risikogewichtete Eigenmittelquote als auch für das minimale Verhältnis der Eigenmittel zur Bilanzsumme (sog. „Leverage Ratio“). Die Banken erhalten zudem Anreize, durch Anpassung des Risikos diese Anforderungen zu reduzieren.

Die Liquiditätsanforderungen stellen sicher, dass die TBTF-Banken auch im Krisenfall während eines angemessenen Zeitraums über ausreichend Liquidität verfügen, bis Massnahmen zur Weiterführung von systemrelevanten Bankenfunktionen zum Tragen kommen können.

Die Massnahmen im Bereich der *Risikoverteilung* haben in erster Linie das Ziel, die Verflechtung innerhalb des Bankensektors zu verringern und somit die Abhängigkeit anderer Banken von systemrelevanten Banken zu reduzieren.

Organisatorische Massnahmen sollen die Weiterführung systemrelevanter Funktionen (insbesondere den Zahlungsverkehr, das Einlagen- und das Kreditgeschäft) im Falle einer Insolvenz einer systemrelevanten Bank sicherstellen. Gleichzeitig sollen sie die Sanierung oder Abwicklung des restlichen Unternehmens gewährleisten. Da es sich dabei um erhebliche Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentums-garantie handelt, soll das Subsidiaritätsprinzip zur Geltung kommen. Es ist Aufgabe der jeweiligen systemrelevanten Bank, sich so zu organisieren, dass die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen im Hinblick auf den Krisenfall gewährleistet ist. Kann die Bank den entsprechenden Nachweis nicht erbringen, soll die Aufsichtsbehörde die notwendigen organisatorischen Massnahmen anordnen.

Darüber hinaus werden in der Gesetzesvorlage der Begriff "Systemrelevante Banken" erläutert und die Zuständigkeiten und Massnahmen zur Umsetzung der Anforderungen definiert. Weiter werden unter dem 6. Abschnitt des Bankengesetzes "Zusätzliches Gesellschaftskapital", "Vorratskapital" und "Wandlungskapital" sowie gemeinsame Bestimmungen geregelt.

Neben den vier Kernmassnahmen werden zwei flankierende Massnahmen vorgeschlagen. So sieht die Vorlage auch die Regulierung im Falle von Staatshilfe im Bereich der variablen Vergütungen sowie steuerliche Massnahmen zur Entwicklung eines Schweizer Kapitalmarktes für Obligationen und insbesondere CoCos vor.

Steuerliche Begleitmassnahmen: Im Krisenfall soll die Wandlung der CoCos möglichst reibungslos erfolgen, denn nur so kann sich dieses Instrument als effektiv erweisen. Dafür sind die steuerlichen Rahmenbedingungen für den schweizerischen Bondmarkt und insbesondere für CoCos zu verbessern, so dass die Emission zu international wettbewerbsfähigen Konditionen aus der Schweiz heraus erfolgen kann. Zu diesem Zweck sieht die Vorlage drei steuerliche Begleitmassnahmen vor:

- Abschaffung der Emissionsabgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren;
- Befreiung der Beteiligungsrechte von der Emissionsabgabe, sofern diese aus der Wandlung von CoCos stammen;
- Übergang vom Schuldner- zum Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer auf Zinsen von Obligationen und Geldmarktpapieren.

Die neue Ausnahme bei der Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten beschränkt sich auf CoCos von systemrelevanten Banken. Für die steuerliche Behandlung ist dabei unerheblich, ob die Anleihe aus der Schweiz oder aus dem Ausland begeben worden ist.

Der Verrechnungssteuer liegt das Schuldnerprinzip zugrunde, wonach der Schuldner der steuerbaren Leistung Steuersubjekt ist. Beim Zahlstellenkonzept sind dagegen jene Institutionen steuerpflichtig, welche die steuerbare Leistung an den Gläubiger tatsächlich erbringen. Steuerpflichtig ist dann nicht der Obligationenschuldner,

sondern die Bank, welche die Auszahlung der Zinsen auf Anweisung der Schuldner vornimmt. Im Schuldnerprinzip kennt die steuerabführende Schuldnerin den Gläubiger in der Regel nicht. Demgegenüber ist der Zahlstelle die Identität des Gläubigers, d.h. des wirtschaftlich Berechtigten, bekannt. Dieser Umstand ermöglicht es, die Zahlstellensteuer differenziert zu erheben. Konkret wird vorgeschlagen, bei wirtschaftlich berechtigten Inländern die auf dem Zahlstellenprinzip basierende Verrechnungssteuer auf Obligationen- und Geldmarktpapierzinsen auf natürliche Personen zu begrenzen, bei denen die Sicherungsfunktion tatsächlich greifen muss. Bei juristischen Personen erfüllt demgegenüber die Buchführungspflicht eine Sicherungsfunktion, und bei institutionellen Investoren entfällt diese ganz, weil sie von der Einkommens- bzw. der Gewinnsteuer befreit sind.

Bei wirtschaftlich Berechtigten aus dem Ausland, wird zwischen Ländern, welche ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA) mit der Schweiz abgeschlossen haben, und Ländern ohne DBA mit der Schweiz unterschieden. Geht die Zinsleistung auf einer Obligation aus Schweizer Quelle in ein DBA-Land, so erfolgt keine Kürzung durch die Verrechnungssteuer nach dem Zahlstellenprinzip; fliesst die Leistung hingegen in ein Nicht-DBA-Land, wird die Verrechnungssteuer erhoben. Mit dieser Differenzierung soll verhindert werden, dass natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz die Steuer vermeiden, indem sie ein Off-Shore-Vehikel dazwischen schalten. Dieses Risiko ist bei Ländern ohne DBA mit der Schweiz wesentlich grösser als bei DBA-Ländern, da bei letzteren das Instrument der Amtshilfe nach Artikel 26 des OECD-Musterabkommens besteht.

Handelt es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um eine natürliche Person mit Wohnsitz in der EU, tritt an die Stelle der nicht mehr erhobenen Verrechnungssteuer der Steurrückbehalt aufgrund des Zinsbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der EU (mit der Ausnahme von Zypern, das mit der Schweiz kein DBA abgeschlossen hat).

Das Zinsbesteuerungsabkommen basiert ebenfalls auf dem Zahlstellenprinzip. Dieses ist daher im Bereich der Zinsen den Schweizer Banken bekannt und für EU-Kunden implementiert. Auch die mit Deutschland und Grossbritannien angestrebte bilaterale Abgeltungssteuer auf Kapitaleinkünften, für welche im Oktober 2010 die Aufnahme von Verhandlungen beschlossen wurde, soll auf dem Zahlstellenprinzip basieren.

1.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

1.4.1 Massnahmenkatalog

Aufgrund der Vielschichtigkeit der TBTF-Problematik hätten Vorschläge für Massnahmen in nur einem Bereich nicht genügt. Die Gesetzesvorlage enthält deshalb einen ganzen Katalog von Massnahmen, die im Hinblick auf die Begrenzung der Risiken, die von Grossunternehmen für die Volkswirtschaft ausgehen, an unterschiedlichen Punkten ansetzen und je andere Zielsetzungen verfolgen.

Die Massnahmen im Bereich Eigenmittel und Liquidität sind *Präventivmassnahmen* und dienen der Vermeidung einer Krise; sie sollen die Sicherheit erhöhen und das Risiko eines Ausfalls der systemrelevanten Banken mindern. Bei den Massnahmen im Bereich Risikoverteilung und Organisation dagegen handelt es sich um *kurative Massnahmen*, die entweder der Zwangssanierung oder der geordneten Abwicklung der systemrelevanten Banken dienen. Sie sollen verhindern, dass der Staat im Insol-

venzfall solcher Banken gezwungen ist, rettend einzugreifen, um die Weiterführung ihrer systemrelevanten Funktionen zu gewährleisten.

Die vorgeschlagenen Massnahmen ergänzen sich gegenseitig. Das Zusammenwirken der Massnahmen betreffend Eigenmittel und Organisation spielt eine zentrale Rolle: Unterschreitet die Bank eine bestimmte Eigenmittelquote, wird grundsätzlich die Notfallplanung ausgelöst, d.h. die systemrelevanten Funktionen werden in kurzer Zeit auf einen neuen Rechtsträger übertragen. Gleichzeitig werden die bedingten Pflichtwandelanleihen (CoCos), welche die Bank im Rahmen der progressiven Komponente halten muss, in Common Equity umgewandelt. Damit wird sichergestellt, dass die Umsetzung der Notfallplanung unter ausreichender Eigenkapitalausstattung erfolgen kann. Übertrifft eine Bank die an sie gestellten organisatorischen Mindestanforderungen und verbessert sich somit ihre Sanier- bzw. Abwicklungsfähigkeit, so wird dies durch Rabatte auf der progressiven Eigenmittelkomponente honoriert.

Die vorgesehenen Massnahmen zur Begrenzung der Risiken des Finanzsystems bezwecken die Erhöhung der Systemstabilität; ausserdem sollen sie gewährleisten, dass die systemrelevanten Banken jederzeit in der Lage sind, ihre für die Schweizer Volkswirtschaft unverzichtbaren Leistungen zu erbringen. Die Summe der Massnahmen würde daher die Wahrscheinlichkeit einer staatlichen Intervention, wie sie 2008 aufgrund der letzten Finanzkrise notwendig war, minimieren.

Falls trotz aller TBTF-Massnahmen eine staatliche Unterstützung der TBTF-Banken notwendig sein sollte, sind des Weiteren Massnahmen im Bereich der variablen Vergütung vorgesehen. Mit diesen Bestimmungen wird der Staat eine Kontrolle über die variablen Vergütungen im Falle einer staatlichen Stützung erhalten. Die vorgeschlagenen Massnahmen können bis zur Streichung von variablen Vergütungen gehen. Sie sind während der gesamten Zeitspanne, während der die Staatshilfe gewährt wird, aufrecht zu erhalten.

Gleichzeitig soll sichergestellt werden, dass im Falle von staatlicher Unterstützung den anzuordnenden Massnahmen nicht vertragliche Rechtsansprüche der vergütungsberechtigten Mitarbeitenden der Bank entgegenstehen und die ausbezahlten Bundesmittel letztlich gar zur Auszahlung variabler Vergütungen verwendet werden können. Dazu ist es unerlässlich, dass systemrelevante Banken ihre Vergütungsvereinbarungen mit einem Vorbehalt versehen: Wird staatliche Unterstützung im Sinne der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmung gewährt, muss der Bundesrat in Rechtsansprüche auf variable Vergütungen eingreifen können.

Der in der Gesetzesänderung vorgeschlagene Massnahmenkatalog wird durch steuerliche Massnahmen ergänzt, die im Kapitel 1.4.4 näher erläutert werden.

1.4.2 Würdigung der vorgeschlagenen Massnahmen

Die Massnahmen wurden einzeln sowie als Ganzes anhand bestimmter Auswahlkriterien gewürdigt. Die Kriterien dienen zum einen dazu sicherzustellen, dass die angestrebten Ziele erreicht werden können; zum andern tragen sie dazu bei zu vermeiden, dass die neue Regelung unerwünschte Auswirkungen zeitigt. Folgende Kriterien wurden berücksichtigt: (a) Risikoverringerung, (b) erleichterte Abwicklung und erleichterte Umstrukturierung systemrelevanter Banken, (c) einwandfreie Funktionsfähigkeit und Effizienz des Finanzsystems, (d) Wettbewerbsneutralität, (e) Einfachheit und (f) nicht-fiskalische Zielsetzungen.

Die vorgeschlagenen Massnahmen erfüllen die definierten Kriterien weitgehend. Die Massnahmen im Bereich *Eigenmittel* (einschliesslich des Wandlungskapitals) und *Liquidität* eignen sich ausgezeichnet zur Risikominderung und zur Krisenprävention. Die Erhöhung der Eigenmittel verringert das Insolvenzzisiko der Banken und damit auch die Systemrisiken. Ausserdem wirkt sich die an die TBTF-Banken erhobene Forderung, ihre Eigenmittel zur Sicherung ihrer Geschäftstätigkeit zu erhöhen, gleichzeitig dämpfend auf ihre Risikobereitschaft aus.

Die Erhöhung der Eigenmittel wirkt stabilisierend und trägt zur Bewältigung exogener Krisenperioden bei. Die Errichtung von Pflichtwandelanleihen (CoCos) dient der Bereitstellung zusätzlicher Ressourcen für systemrelevante Banken, mit denen diese ihre Kapitalbasis stärken und das Krisenmanagement verbessern können. In Extremfällen kann das Wandlungskapital während der Umstrukturierungs- oder Liquidationsphase der TBTF-Banken eingesetzt werden.

Die vorgesehene Erhöhung der Eigenmittel und das vorhandene Wandlungskapital spielen auch für die Funktionsfähigkeit und die Effizienz des Finanzsystems eine wichtige Rolle. Diese Massnahmen helfen mit, die Wettbewerbsneutralität wiederherzustellen, indem sie die Verzerrungen korrigieren, die sich aus der systemischen Bedeutung der Grossbanken ergeben; sie tragen ferner dazu bei, die vom heutigen System ausgehenden Fehlanreize für TBTF-Banken (*moral hazard*) zu minimieren.

Auf den nationalen Wettbewerb wirken sich die vorgeschlagenen Massnahmen positiv aus, da sie die Wiederherstellung der Wettbewerbsneutralität zwischen den systemrelevanten und den übrigen Banken (*level playing field*) anstreben. Internationale sollten die in der Schweiz vorgeschlagenen Massnahmen mit den in den übrigen Staaten umgesetzten Massnahmen verglichen werden. Auf jeden Fall besteht Einigkeit, dass ein als sicher geltender Finanzplatz gegenüber den anderen Finanzplätzen mittelfristig einen Wettbewerbsvorteil hat.

Die Massnahmen zur *Risikoverteilung* haben einen direkten Zusammenhang mit der Risikominderung. Die in der neuen Regelung enthaltenen Bestimmungen streben eine Reduktion der Forderungskonzentration der TBTF-Banken gegenüber einer einzelnen Gegenpartei sowie eine Verringerung der gesamten Systemrisiken sowie der operativen Abhängigkeiten zwischen den systemrelevanten und den übrigen Banken an. Mit dem Abbau der operationellen Verbindungen sowie des Forderungsniveaus gegenüber den systemrelevanten Banken nimmt auch die Risikokonzentration ab, und das systemische Risiko sinkt. Sollten die TBTF-Banken eines Tages in Schwierigkeiten geraten, kann das System besser reagieren und weiterfunktionieren. Auch die übrigen Kriterien sind erfüllt (bzw. die Verbesserungsmassnahmen im Bereich Risikoverteilung betreffen sie nicht direkt).

Die *organisatorischen Massnahmen* sollen die Weiterführung systemrelevanter Funktionen in einer Krisensituation sicherstellen. Sie eignen sich besonders gut für die erleichterte Abwicklung und Restrukturierung systemrelevanter Banken. Ebenso wichtig sind sie aber auch, wenn es darum geht, das Kriterium der Risikominderung zu erfüllen, weil sie zu einer besseren Risikoverteilung zwischen Aktionären, Gläubigern und Bankverantwortlichen beitragen, indem sie die Zwangssanierung und die geordnete Abwicklung systemrelevanter Banken ermöglichen.

Für das reibungslose Funktionieren des Finanzsystems und die Wettbewerbsneutralität sind diese Massnahmen positiv, da sie von den TBTF-Banken in erster Linie Organisationsformen verlangen, welche die Trennung und Gewährleistung der systemrelevanten Funktionen ermöglichen. Eine Intervention der Aufsichtsbehörde

ist erst dann vorgesehen, wenn die vorgeschlagenen Massnahmen weder glaubwürdig noch durchführbar sind. Auch die in Form einer Lockerung der Eigenmitteleinschränkungen in Aussicht gestellte Belohnung für Banken, die besonders wirksame Organisationsmassnahmen treffen, ist im Hinblick auf das reibungslose Funktionieren des Finanzsystems und die Wettbewerbsneutralität als positive Massnahme zu werten.

Generell erfüllen die vorgeschlagenen Massnahmen die vorgegebenen Kriterien weitgehend. Die Massnahmen scheinen besonders gut geeignet, um die Risiken zu mindern, die Krisenbewältigung zu verbessern und die Weiterführung der systemrelevanten Bankdienstleistungen sicherzustellen. Sie sind generell in der Lage, das reibungslose Funktionieren und die Effizienz des Systems sowie dessen Wettbewerbsneutralität zu gewährleisten, ohne jedoch spürbare steuerliche Auswirkungen zu haben. Angesichts der Komplexität dieser Fragen erstaunt es nicht, dass sie hingegen das Kriterium der Einfachheit kaum erfüllen.

1.4.3 Nicht weiter verfolgte Massnahmen

Einige andere, auf internationaler Ebene diskutierte Massnahmen wurden nicht weiter verfolgt, weil man sich von ihnen keine Risikominderung versprach, da sie im Hinblick auf die angestrebten Zielen unangemessene oder zu starke Anreize enthielten, oder weil sie durch andere, für die betroffenen Banken weniger einschneidende Massnahmen ersetzt werden konnten.

Bestimmungen zur Zerschlagung der Grossbanken oder eine explizite Beschränkung ihrer Grösse wurden als unverhältnismässig und hinsichtlich der Reduktion des Bedrohungspotenzials und der Erleichterung der Abwicklung als nicht zielführend erachtet.

Verworfen wurden ausserdem Massnahmen zur direkten Einschränkung des Geschäftsmodells, mit denen die Kompetenzen der Banken beschnitten worden wären, z.B. das Verbot des Eigengeschäfts oder die Trennung zwischen Geschäften auf eigene Rechnung und Depotgeschäften. Nicht nur ist die Definition des Begriffs Eigenhandel kompliziert; zudem konnte auch eine Verlagerung dieser Tätigkeiten in einen weniger regulierten Sektor nicht ausgeschlossen werden, was zur Folge hätte, dass das Problem nicht gelöst, sondern nur verlagert würde.

Auf Massnahmen im Bereich der Steuern und der Versicherungen, die auf eine ausgewogene Verteilung der Kosten einer Finanzmarktkrise zielen (Transaktionssteuern, direkte Bankenabgaben und eine Finanzaktivitätssteuer) wurde ebenfalls verzichtet. Mit solchen Massnahmen sollte im Idealfall die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Krisen verringert und verhindert werden, dass die Kosten einer allfälligen Krise auf die Staaten überwälzt werden. Es besteht jedoch das Risiko, dass die Versicherungswirkung eines Stabilitätsfonds den Moral Hazard verstärkt und weitere Abgaben zu einer Verteuerung der Bankleistungen führen. Eine Risikolenkung durch zusätzliche Abgabenbelastungen der Banken würde zudem dem Aufbau höherer Eigenmittelreserven aus Gewinnen im Hinblick auf die zukünftige Stabilität der Institute zuwiderlaufen.

Schliesslich wurde auch auf Massnahmen verzichtet, die eine Risikoaufteilung zwischen zwei oder mehreren Staaten vorsehen, sowie auf die Errichtung eines Doppelsitzes für systemrelevante Unternehmen, da für diese Lösungen derzeit kein internationaler Konsens besteht.

1.4.4 Steuerliche Massnahmen

1.4.4.1 Notwendigkeit der Emission von CoCos in der Schweiz

Im Rahmen der besonderen Anforderungen für systemrelevante Banken stellen CoCos ein wesentliches Element zur Stärkung der Eigenmittel dar. Es wird zwischen zwei Arten von CoCos unterschieden. Auf der einen Seite dienen CoCos mit einer Wandlungsschwelle (Trigger) von 7% der risikogewichteten Aktiven (RWA) als erweiterter Kapitalpuffer. Demgegenüber sollen CoCos mit einem Trigger von 5% der RWA im Fall drohender Insolvenz die benötigte Kapitalreserve sicherstellen, welche zur Finanzierung der Weiterführung systemrelevanter Funktionen und zur geordneten Abwicklung der Restbank benötigt wird. Diese sogenannte progressive Kapitalkomponente beläuft sich auf Basis der aktuellen Systemrelevanz der beiden Grossbanken je in der Grössenordnung von CHF 24 Mrd.

Werden diese CoCos nicht unter schweizerischem Recht ausgegeben,¹ sondern z.B. unter US-amerikanischem oder englischem Recht, können (Rechts-)Unsicherheiten entstehen, welche die Wirksamkeit des CoCo-Konzepts im Ernstfall in Frage stellen. Die zumeist amerikanischen oder englischen Gläubiger werden möglicherweise erfolgreich Verfahren anstrengen, um die Gültigkeit der Wandlung anzufechten oder die Ungleichbehandlung oder gar Diskriminierung ausländischer Gläubiger zu behaupten. Solche Verfahren werden unter Anwendung von US- oder englischem Recht nicht in der Schweiz, sondern – je nach dem vereinbarten Gerichtsstand – in New York oder London stattfinden. Nicht nur weichen die dortigen Rechtssysteme, gerade auch was den Schutz der Gläubiger in Insolvenzsituationen betrifft, vom schweizerischen Recht zum Teil erheblich ab.² Weit entscheidender noch kann in der Krisensituation der Zeitverlust sein, den die Einleitung eines Verfahrens mit sich bringt. Eine rasch sich verschlechternde Kapital- und Liquiditätssituation einer Bank kann einen Handlungszwang entstehen lassen, der Zuwarten nicht zulässt.

Deshalb sollte die Emission von solchen CoCos in der Schweiz erfolgen. Allerdings würden die heutigen suboptimalen steuerlichen Rahmenbedingungen dem entgegenstehen. Aus diesem Grund sieht die Vorlage auch Massnahmen im Bereich des Steuerrechts vor (vgl. nachfolgende Kapitel).

Neben der Verringerung von Rechtsrisiken, die sich mit einer CoCo-Emission unter schweizerischem Recht in der Schweiz erzielen lässt, gibt es auch wirtschaftliche Gründe, die für eine Ausgabe in der Schweiz sprechen. Sodann ist es aus Sicht der Finanzstabilität wünschenswert, wenn die Banken CoCos auch in der Schweiz emittieren.

1.4.4.2 Ziele der Steuerpolitik

Im Vordergrund mit der TBTF-Problematik steht das Regulierungsziel, d.h. die Durchsetzung der Regulierungsanforderung, um systemische Risiken bei Banken zu vermeiden. Neben diesem Regulierungsziel sind in der nachfolgenden Tabelle Ziele der Steuerpolitik, soweit sie mit der TBTF-Problematik verbunden sind, festgelegt

¹ Die Ausgabe ausserhalb der Schweiz schliesst die Unterstellung unter schweizerisches Recht nahezu sicher aus.

² Anfechtungsrisiken können auch bestehen, wenn ein CoCo in der Schweiz nach schweizerischem Recht ausgegeben wird. Die Wahrscheinlichkeit der Anfechtung dürfte allerdings weit geringer sein als im Fall einer Ausgabe unter ausländischem Recht. Sodann kommt ein Recht zur Anwendung, mit dem Behörden und Parteien vertraut sind.

und näher umschrieben. Ausserdem werden die Voraussetzungen genannt, die eine maximale Zielerreichung ermöglichen.

	Ziel	Zielumschreibung	Voraussetzungen für maximale Zielerreichung
1	Regulierungsziel	Durchsetzung der Regulierungsanforderung zur Vermeidung systemischer Risiken durch die FINMA	<ul style="list-style-type: none"> • Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken mittels erhöhter Eigenmittelanforderungen und CoCos. • Emission der CoCos in der Schweiz, um die Effektivität des Instrumentes im Krisenfall bestmöglichst sicherzustellen.
2	Fiskalziel	Steuerertrag erhalten	<ul style="list-style-type: none"> • Beibehaltung Stempelabgaben im bisherigen Umfang oder aufkommensneutraler Ersatz durch andere Steuern.
3	Gerechtigkeitsziele	Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Sicherungsmassnahmen gegen Steuerhinterziehung gewährleisten	<ul style="list-style-type: none"> • Wirksame Sicherungs- oder Abgeltungssteuer auf Einkommen aus beweglichem Vermögen für natürliche Personen (und Umgehungsstrukturen).
4	Standortziel	Günstige Rahmenbedingungen für den Finanzplatz	<ul style="list-style-type: none"> • Regulatorisch oder steuerlich bedingte Wettbewerbsnachteile für Schweizer TBTF-Banken vermeiden. • Attraktive steuerliche Rahmenbedingungen für den Schweizer Bondmarkt schaffen.
5	Effizienzziel	Niedrige Vollzugskosten der Besteuerung	<ul style="list-style-type: none"> • Möglichst niedrige Entrichtungskosten für die steuerpflichtigen Personen. • Möglichst niedrige Erhebungskosten für den Fiskus. • Auf die Phase der CoCo-Emissionen abgestimmtes Inkrafttreten der steuerlichen Begleitmassnahmen.

Die einzelnen Ziele stehen zum Teil in Konflikt zueinander, so dass Güterabwägungen zwischen den einzelnen Zielen vorgenommen werden müssen.

Das geltende Recht verfehlt diese Ziele in verschiedener Hinsicht und weist namentlich drei gewichtige Nachteile auf: Es

- behindert die Entwicklung des Schweizer Bondmarktes;
- beeinträchtigt die Konzernfinanzierung in der Schweiz;
- kann nicht verhindern, dass die Verrechnungssteuer ihren Sicherungszweck nur teilweise erreicht.

Aufgrund der steuerlichen Rahmenbedingungen ist der Schweizer Kapitalmarkt für Obligationen und Geldmarktpapieren wenig attraktiv. Dies ist auf die folgenden steuerlichen Faktoren zurückzuführen:

- (1) Die Emissionsabgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren verteuert die Emission, d.h. die Primärmarkttransaktion.
- (2) Die Verrechnungssteuer bewirkt, dass internationale Anleger Obligationen und Geldmarktpapiere, welche dieser Steuer unterliegen, in ihrem Portfolio gar nicht berücksichtigen, selbst wenn sie aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens die Verrechnungssteuer zurückfordern können. Abschreckend sind

hier nicht nur der Liquiditätsentzug und die entgangene Verzinsung bis zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer, hinreichend ist oft allein schon der administrative Aufwand.

- (3) Die Umsatzabgabe auf Obligationen bewirkt, dass inländische Obligationen heute kaum gehandelt werden.³ Dadurch ist der Sekundärmarkt wenig liquid. Liquide Sekundärmärkte sind aber eine Voraussetzung für attraktive Primärkapitalmärkte.

Die Finanzierung der internationalen Wirtschaft erfolgt derzeit weitgehend ohne Belastung mit Quellensteuern. Auch die Schweizer Konzerne finanzieren ihre Auslandstätigkeiten heute weitgehend über Off-Shore-Länder. Die aktuellen steuerlichen Rahmenbedingungen bewirken, dass börsennotierte Schweizer Konzerne in der Regel Fremdkapital mittels Emission von Obligationen im Ausland durch eine im Ausland ansässige Konzerngesellschaft beschaffen. Durch dieses Vorgehen können grundsätzlich die Verrechnungssteuer- und die Emissionsabgabepflicht vermieden werden. Um Strukturen zur Steuerumgehung zu verhindern, gelten solche Anleihen gemäss Praxis⁴ der Eidgenössischen Steuerverwaltung indessen unter Umständen als Schweizer Anleihen. In diesem Sinn ist die Emissionsabgabe geschuldet, und die Zinsen unterliegen der Verrechnungssteuer, wenn:

- die inländische Muttergesellschaft der ausländischen Emittentin die Anleihe garantiert und zudem die durch die Obligation aufgenommenen Fremdmittel in die Schweiz fliessen, oder
- die inländische Muttergesellschaft ein so genanntes „keep-well-Agreement“ für die Emittentin der Anleihe abgegeben hat und längerfristig (d.h. länger als ein Jahr) mehr als 10% der extern beschafften Mittel in die Schweiz fliessen. Verwendet die inländische Muttergesellschaft die mit eigener Garantie im Ausland erworbenen Mittel selber z.B. für den Erwerb einer Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft, so stellt auch dies einen Mittelfluss in die und eine Verwendung in der Schweizer Gesellschaft dar. Kurzfristige Mittelflüsse (d.h. weniger als ein Jahr) in die Schweiz von bis zu 30% werden grundsätzlich toleriert.

Das Verbot der Mittelverwendung in der Schweiz schränkt die konzernexterne Finanzierung ein. Die konzerninterne Finanzierung ist von der Emissionsabgabe und der Verrechnungssteuer befreit, sofern ein schweizerischer Konzern nicht für eine Anleihe garantiert, welche von einer ausländischen Konzerngesellschaft ausgeben worden ist. Durch diese Einschränkung wird verhindert, dass verrechnungssteuerpflichtige mit verrechnungssteuerfreien konzerninternen Zinszahlungen vermischt werden.

Aufgrund der steuerlichen Regelungen findet das Emissionsgeschäft mit Anleihen also weitgehend im Ausland statt. Die Einschränkung bei der konzerninternen Finanzierung verhindert in der Regel, dass das Cash Pooling, d.h. der konzerninternen Liquiditätsausgleich durch ein zentrales Finanzmanagement, in der Schweiz zentralisiert werden kann.

³ Geldmarktpapiere sind von der Umsatzabgabe ausgenommen (Art. 14 Bst. g StG). Ebenfalls ausgenommen sind die Vermittlung oder der Kauf und Verkauf von ausländischen Obligationen, soweit der Käufer oder der Verkäufer eine ausländische Vertragspartei ist (Art. 14 Bst. h StG).

⁴ Vgl. Zirkular Nr. 6746 der Schweizerischen Bankiervereinigung betreffend Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft vom 29. Juni 1993

Während die Verrechnungssteuer ihre Sicherungsfunktion bei Zinsen auf inländischen Bankguthaben und inländischen Dividenden wirksam erfüllt, greift sie bei Zinsen auf Obligationen und Geldmarktpapieren, die von Schweizer Konzernen ausgegeben werden, kaum. Da die konzernexterne Finanzierung mit Anleihen weitgehend über ausländische Konzerngesellschaften im Ausland erfolgt, ist der Schuldner kein Inländer, so dass die Zinsen auf diesen Anleihen von der geltenden Verrechnungssteuer nicht erfasst werden. Soweit solche Obligationen von ausländischen Konzerngesellschaften schweizerischer Konzerne von steuernehrliehen inländischen Anlegern gehalten werden, gehen der Schweiz dadurch Steuereinnahmen verloren.

Das Regulierungsziel spricht dafür, die Voraussetzungen zu schaffen, damit die inländischen TBTF-Banken CoCos ohne Wettbewerbsnachteil aus der Schweiz heraus emittieren können. Dabei können die steuerlichen Massnahmen eng gefasst werden, so dass sie sich auf die CoCos beschränken, oder aber breiter ausgestaltet werden. Im zweiten Fall betreffen sie die Obligationen und Geldmarktpapiere oder sogar das gesamte bewegliche Vermögen und tragen zur Lösung der geschilderten Probleme des geltenden Steuerrechts bei.

1.4.4.3 Vorgeschlagene steuerliche Massnahmen

Die steuerlichen Massnahmen (vgl. Kapitel 2.3 und Kapitel 3.1) stellen einen Mittelweg dar und enthält mit dem Übergang zum Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer für Obligationen- und Geldmarktzinsen und der Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital zwei Massnahmen, welche die steuerlichen Rahmenbedingungen nicht nur für die CoCos, sondern für den ganzen inländischen Bondmarkt verbessern. Demgegenüber beschränkt sich die Freistellung von der Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten auf jene, die aus der Wandlung der CoCos hervorgehen. Das Massnahmenpaket erreicht einen hohen Zielerreichungsgrad:

	Ziel	Zielerreichung
1	Regulierungsziel (Durchsetzung der Regulierungsanforderung zur Vermeidung systemischer Risiken durch die FINMA)	+ CoCos können zu internationalen Konditionen platziert werden. + Effektivität des Instrumentes optimal, da Emission im Inland nach inländischem Recht erfolgen kann.
2	Fiskalziel (Steuerertrag erhalten)	- Mindereinnahmen von netto ⁵ CHF 190 Mio. durch die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital darüber hinaus vielfältige Effekte, die zu Mehr- oder zu Mindereinnahmen führen können (vgl. Ziffer 3.1)
3	Gerechtigkeitsziel (Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Sicherungsmassnahmen gegen Steuerhinterziehung gewährleisten)	= Die Sicherungsfunktion wird bei Obligationen und Geldmarktpapieren neu durch das Zahlstellenprinzip übernommen. Dieses besichert auch diesbezügliches Einkommen aus ausländischen Quellen bei inländischen Zahlstellen. Dadurch wird eine Lücke, welche ermöglicht, Steuern zu hinterziehen, geschlossen. Es besteht jedoch das Risiko, dass steuernehrliehen Inländer durch Verlegung der Zahlstelle ins Ausland, die Schweizer Verrechnungssteuer vermeiden und die Besteuerung des Zinseinkommens umgehen, indem sie dieses in der Einkommenssteuererklärung nicht deklarieren.

⁵ „Netto“ heisst in diesem Zusammenhang unter Abzug der Abgabe, welche der Bund auf seinen Emissionen an sich selber bezahlt.

		– Steuerliche Ungleichbehandlung der Anteilsfinanzierung aus der Wandlung von CoCos und anderer Eigenkapital-Emissionen.
4	Standortziel (günstige Rahmenbedingungen für den Finanzplatz)	+ Keine Wettbewerbsnachteile für Schweizer TBTF-Banken. + Schweizer Bondmarkt wird steuerlich international wettbewerbsfähig. – Wenn steuerunehrliche Inländer ihre Zahlstelle ins Ausland verlegen, wandert bisher in der Schweiz erbrachte Wertschöpfung ins Ausland ab.
	Effizienzziel (niedrige Vollzugskosten der Besteuerung)	– Es müssen zwei Systeme administriert werden: Für Zinsen auf Obligationen und Geldmarktpapieren gilt das Zahlstellenprinzip, für andere Kapitalerträge aus beweglichem Vermögen hingegen das Schuldnerprinzip. – Umstellungskosten für den Wechsel zum Zahlstellenprinzip. = Aufgrund der Erfahrungen der Banken mit dem Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU sind die Voraussetzungen für ein auf die Phase der CoCo-Emissionen abgestimmtes Inkrafttreten des Übergangs zum Zahlstellenprinzip gegeben.

Zusammenfassend erweist sich das Massnahmenpaket in Bezug auf das Regulierungsziel als zielführend und dürfte in der Phase der CoCo-Emissionen rechtzeitig operativ sein. Es steigert die Attraktivität des Schweizer Kapitalmarktes für grosse in- und ausländische Unternehmen. Dadurch könnte dieser sich entwickeln und würde effizienter, so dass die Margen etwas sinken würden. Gleichzeitig entstünde zusätzliche Wertschöpfung im Inland. Durch die Voraussetzungen für die Marktentwicklung und die steuerliche Gleichbehandlung der CoCos und der übrigen Anleihen werden zudem die unerwünschten Verdrängungseffekte der übrigen Anleihen durch die CoCos vermieden. Langfristig werden die bestehenden Hindernisse bei der konzerninternen Finanzierung beseitigt, da neu die Ausgabe der von einer inländischen Muttergesellschaft garantierten Anleihen im Ausland der Verrechnungssteuer unterliegt. Damit erübrigt sich die Frage einer allfälligen Steuerumgehung. Ausserdem begrenzt die vorgeschlagene Lösung die resultierenden Mindereinnahmen.

In Abwägung der Vor- und Nachteile erweist sich das hier vorgeschlagene Massnahmenpaket als die beste Lösung aus einer Liste verschiedener evaluierter Varianten. Damit diese Beurteilung transparent wird, sind nachfolgend einige Alternativen zur vorgeschlagenen Lösung kommentiert.

1.4.4.4 Evaluierete alternative steuerliche Massnahmen

1.4.4.4.1 Massnahmen beschränkt auf CoCos

Ein Paket, das sich auf die CoCos beschränkt, umfasst die folgenden Massnahmen:

- Befreiung der CoCos von der Emissionsabgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren;
- Befreiung der Beteiligungsrechte von der Emissionsabgabe, wenn diese aus der Wandlung von CoCos stammen;
- Befreiung der Zinsen auf CoCos von der Verrechnungssteuer; oder alternativ: Übergang zum Zahlstellenprinzip in der Verrechnungssteuer für CoCos.

Werden die Massnahmen auf CoCos beschränkt, so fallen die direkten finanziellen Auswirkungen auf Bund sowie Kantone und Gemeinden in Form von Mindereinnahmen geringfügig aus. Sie beschränken sich im Wesentlichen auf den Wegfall der Emissionsabgabe auf abgabepflichtigen Fremdkapitalformen, die durch steuerbefreite CoCos abgelöst werden. Die Emission der CoCos aus der Schweiz heraus kann zu wettbewerbsfähigen Bedingungen erfolgen. Für die übrigen Bonds bleibt der Schweizer Kapitalmarkt hingegen unattraktiv. Aufgrund des beschränkten Kapitalmarktvolumens dürfte die bevorzugte steuerliche Behandlung der CoCos Verdrängungseffekte (Crowding-out) zulasten der anderen Emittenten im Inland erzeugen. Dies würde bedeuten, dass sich die Finanzierungskosten der Nicht-CoCo-Emittenten im Inland erhöhen würden. Betroffen davon wären namentlich Bund, Kantone und Gemeinden, deren Ausgaben in Form eines höheren Zinsaufwandes steigen würden.

Obwohl die Beschränkung der Massnahmen auf CoCos in Bezug auf das Regulierungsziel effektiv ist, erweist sich diese insgesamt als nicht zielführend.

1.4.4.2 Allgemeine Massnahmen

Die Massnahmen, welche sich auf die CoCos beschränken, stecken das Feld enger ab, als das vorgeschlagene Paket. Es ist aber auch möglich, Massnahmen vorzusehen, die allgemeiner sind und über die vorgeschlagene Lösung hinausgehen. Denkbar wäre dabei eine Kombination der folgenden Massnahmen:

- Integrale Abschaffung der Emissionsabgabe;
- Befreiung der inländischen Obligationen von der Umsatzabgabe;
- Genereller Übergang zum Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer.

Würde die Emissionsabgabe integral und nicht nur beschränkt auf CoCos abgeschafft, blieben die Verdrängungseffekte der auf die CoCos begrenzten Massnahmen aus. Es resultierten Mindereinnahmen von CHF 250 Mio. bei der Abgabe auf Eigenkapital und netto CHF 190 Mio. bei der Abgabe auf Fremdkapital. Wenn ergänzend auch die Umsatzabgabe auf inländischen Bonds gestrichen würde, kämen noch Mindereinnahmen in Höhe von knapp CHF 70 Mio. hinzu. Diese steuerlichen Massnahmen würden den Schweizer Kapitalmarkt zweifellos beleben. Infolgedessen fliessen Bund, Kantone und Gemeinden zusätzliche Gewinn- und Einkommenssteuereinnahmen zu, welche einen Teil der Mindereinnahmen des Bundes kompensieren würden.

Dieses Paket wäre im Hinblick auf das Regulierungsziel grundsätzlich zielführend. Ein Vorbehalt ist jedoch anzubringen, weil die umfassende Umstellung auf das Zahlstellenprinzip komplexer ist als jene in der vorgeschlagenen Lösung, bei der sich die Umstellung auf die Zinsen von Obligationen und Geldmarktpapieren beschränkt. Die Umsetzung bei den Zahlstellen dürfte daher mehr Zeit beanspruchen. Infolgedessen wäre diese Variante zu einem späteren Zeitpunkt operativ als die vorgeschlagene Lösung. Ausserdem fallen die Mindereinnahmen aus den Massnahmen bei der Stempelabgabe mit rund 510 Mio. CHF deutlich höher aus als bei der vorgeschlagenen Lösung, wo sie 190 Mio. CHF betragen.

1.4.4.3 Beibehaltung des Schuldnerprinzips in der Verrechnungssteuer

Eine weitere Möglichkeit wäre im vorgeschlagenen Massnahmenpaket, auch bei den Zinsen auf Obligationen und Geldmarktpapieren am Schuldnerprinzip festzuhalten. Dabei würde jedoch eine Ausnahmeregelung bei der Verrechnungssteuer für Zinsen

auf Obligationen und Geldmarktpapieren, die an institutionelle Anleger ausgerichtet werden, vorgesehen.

Das Verrechnungssteuergesetz (VStG) kennt eine eingeschränkte Anzahl Fälle von Meldeverfahren, welche die Pflicht der Überwälzung der Verrechnungssteuer ersetzen können. Ein Meldeverfahren im Bereich Zinsen gibt es jedoch nicht. Aufgrund von Art. 20 VStG stünde der Einführung eines solchen Meldeverfahrens nichts entgegen. Für ausländische Leistungsempfänger müsste das Verfahren in einer Verordnung zum internationalen Steuerrecht geregelt werden.

Eine im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III (USTR III) vorbereitete Lösung für die Fremdfinanzierung von Unternehmen beruht auf einer Freistellung der Zinsleistung an bestimmte Gläubigerkategorien. Dafür ist eine Änderung des VStG erforderlich. In diesem Konzept obliegt der Nachweis, dass der Gläubiger der Obligation als Leistungsbegünstigter ein institutioneller Anleger ist, dem der Verrechnungssteuerpflicht unterstehenden Zinsschuldner. Der Nachweis, dass eine im Gesetz umschriebene institutionelle Anlegerin Eigentümerin und künftige Leistungsempfängerin ist, muss bereits bei der Zeichnung der Anleihe vorliegen und darf sich während der Dauer der Anleihe nicht verändern. Dieses System hat den Nachteil, dass ein Handel mit der Obligation nicht zulässig sein darf.

Der Einschränkung des Handels mit den Obligationen könnte mit einem dem heute geltenden Affidavitverfahren für kollektive Kapitalanlagen zugunsten von Ausländern nachgebildeten System Abhilfe geschaffen werden.⁶ Ein ähnliches Verfahren existiert ausserdem bei inländischen Geldmarktbuchforderungen, bei denen die SIX SIS AG ein entsprechendes Register führt. Die Einführung dieses Verfahrens erfolgte durch Praxisentscheid. Sollte ein solches Verfahren auf Obligationen ausgeweitet werden, müssten die Obligationen in einem Depot bei einer der jeweiligen nationalen Bankenaufsicht unterstellten Bank verwahrt werden. Die Bank könnte unter Nennung der Eigentümerin (hier beschränkt auf institutionelle Anleger) beim schweizerischen Schuldner die Zinszahlung ohne Belastung der Verrechnungssteuer beantragen. Der Schuldner der Leistung würde dann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer anstelle der Eidgenössischen Steuerverwaltung direkt an der Quelle vornehmen. Dieses Verfahren wäre durch eine ausschliessliche Anpassung der Verrechnungssteuerverordnung (VStV) möglich, eine Anpassung des VStG wäre nicht erforderlich; die entsprechende Grundlage findet sich bereits heute in Art. 20 VStG.

Eine solche Ausnahmelösung in der Verrechnungssteuer wäre im Hinblick auf das Regulierungsziel möglicherweise zielführend: Die Rahmenbedingungen für die internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Kapitalmarktes werden verbessert; es handelte sich jedoch um eine Flickwerk-Lösung, und es bestünde das Risiko, dass der mit der Registrierung verbundene Aufwand einen Teil der internationalen Investoren abschrecken würde.

⁶ Beim Affidavit-Verfahren zugunsten von Ausländern begründet sich der generelle Verzicht auf die Erhebung der Verrechnungssteuer mit dem Umstand, dass sich die Ertragsquelle überwiegend im Ausland befindet.

1.5 Rechtsvergleich und Verhältnis zum internationalen Recht

1.5.1 Regulierung von systemrelevanten Banken

Die Thematik des TBTF wird auf internationaler Ebene breit und intensiv diskutiert. Das Financial Stability Board (FSB) erhielt im April 2010 auf dem Pittsburgh-Gipfel der G-20 den Auftrag, Massnahmen vorzuschlagen, wie die mit systemrelevanten Banken verbundene TBTF-Problematik zu lösen sei. Der Auftrag umfasste (a) die Verbesserung der Möglichkeiten, national bedeutende Finanzinstitute („Systemically important financial institutions“ SIFIs) und global bedeutende SIFIs (G-SIFIs) ohne Inanspruchnahme des Steuerzahlers aufzulösen, (b) die Reduktion der Auswirkungen eines Kollapses eines SIFIs und (c) die Stärkung der Infrastruktur der Finanzmärkte, mit der Zielsetzung Ansteckungsrisiken zu verringern.

Am 20. Oktober 2010 veröffentlichte das FSB zuhanden der G-20 umfassende Empfehlungen, wie die von G-SIFIs ausgehenden Risiken begrenzt werden können. Diese enthalten erhöhte prudentielle Anforderungen an SIFIs, verstärkte Anforderungen an die Aufsicht über SIFIs und Stabilisierungs- und Auflösungsoptionen betreffend SIFIs, um das Risiko durch Fehlanreize gesteuerten Verhaltens (moral hazard) im Zusammenhang mit TBTF zu minimieren.

Bereits im September 2010 hat das Führungsgremium des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basler Ausschuss), beschlossen, dass auf globaler Ebene systemrelevante Banken über die Mindeststandards von Basel III hinaus über mehr Eigenkapital für die Absorption von Verlusten verfügen müssen. Der Basler Ausschuss und das FSB entwickeln einen integrierten Ansatz für G-SIFIs. Er sieht voraussichtlich sowohl zusätzliche Eigenkapitalanforderungen als auch bedingtes Kapital bzw. verlusttragendes Fremdkapital („bail-in debt“)⁷ vor und basiert auf den angestrebten Verbesserungen des jeweiligen nationalen Banksanierungs- bzw. Bankinsolvenzrecht.

Der Basler Ausschuss hat Ende Dezember 2010 dem FSB eine vorläufige Methode zur Bestimmung der G-SIFIs vorgelegt und wird Mitte 2011 in einer Studie Vorschläge zur zusätzlichen Verlusttragungskapazität von G-SIFIs veröffentlichen. Das FSB wird dann im Dezember 2011 seine Empfehlungen betreffend der Bestimmung der Höhe der zusätzlichen Verlusttragungskapazität von G-SIFIs und zur Ausgestaltung der zu verwendenden Instrumente vorlegen.

Die in der vorliegenden Gesetzesvorlage vorgesehenen Massnahmen in Bezug auf erhöhte prudentielle Anforderungen und Organisationsvorschriften werden den Empfehlungen des FSB grundsätzlich gerecht. Hinsichtlich des Umfangs der zusätzlichen Verlusttragungskapazität und der einsetzbaren Kapitalinstrumente werden die Schweizer Anforderungen voraussichtlich über die internationalen Mindestanforderungen, auch jene für G-SIFIs, hinausgehen.

Die EU plant nach dem Vorbild einzelner Mitgliedstaaten (Schweden, Deutschland) die erleichterte Abwicklung von grossen und komplexen Finanzinstituten durch die Einrichtung eines durch die Banken finanzierten ex ante-Sanierungsfonds. Das Komitee der Europäischen Bankaufsichtsbehörden (CEBS) beschäftigt sich mit der Ausarbeitung von „Wiederbelebungs“- und Sanierungsplänen. Der aufsichtsrechtliche Rahmen soll daneben Frühinterventionsbefugnisse der Aufsichtsbehörden und

⁷ Bail-in debt bezeichnet von den Banken begebene Anleihen, bei denen vertraglich vorgesehen ist, dass sie durch behördliche (Sanierungs-)Massnahmen zur Verlusttragung im Rahmen einer Zwangssanierung herbeigezogen werden können.

ein erweitertes Spektrum an Abwicklungsinstrumenten vorsehen, das personelle und organisatorische Eingriffe, wie die Trennung und separate Weiterführung von Geschäften oder Geschäftsbereichen, enthält. Bei Fragen der zusätzlichen Verlusttragungskapazität und der Rekapitalisierung im Vorfeld einer Insolvenz durch Wandlungskapital, durch Haircuts auf Schuldtitel („straight bonds“) oder die Umwandlung von Schulden in Eigenkapital, scheint die EU die beschriebene internationale Entwicklung abzuwarten.

In den grossen aussereuropäischen Finanzzentren Singapur, Hong Kong und Japan bestehen bislang noch keine besonderen Anforderungen für systemrelevante Finanzinstitute. Einzig die Vereinigten Staaten haben mit dem Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank-Act) die TBTF- Problematik auf Gesetzesstufe geregelt, wobei wichtige Elemente in der Ausführungsgesetzgebung noch definiert werden müssen.

Mit dem Dodd-Frank Act wird neu der Financial Stability Risk Oversight Council (Council) geschaffen. Der Council hat die Finanzunternehmen ohne Banklizenz (nonbank financial companies, NBFCs) als systemrelevant zu erklären und damit erhöhten Aufsichtsanforderungen zu unterstellen. Grosse, untereinander verbundene Bankengruppen werden ab einem Schwellenwert von USD 50 Mrd. an Aktiven grundsätzlich höhere prudentielle Anforderungen erfüllen müssen. Der Council kann hierzu dem Federal Reserve Board (Fed), das durch den Dodd-Frank Act, als Oberaufsichtsbehörde über systemrelevante Institute eingesetzt wird, Vorschläge unterbreiten. Das Fed ist jedoch in erster Linie zuständig, die erhöhten prudentiellen Anforderungen an systemrelevante Finanzunternehmen ohne Banklizenz und grosse, untereinander verbundene Bankengruppen zu definieren.

In organisatorischer Hinsicht wird den Regulatoren ein Instrumentarium zur Verfügung gestellt, das es erlaubt, auf die Grösse, das Wachstum und einzelne Aktivitäten von als systemrelevant angesehenen Finanzinstituten Einfluss zu nehmen. Die möglichen Massnahmen reichen sehr weit. Die Unternehmen können verpflichtet werden, sich aus bestimmten Geschäftsbereichen zurückzuziehen. Das Wachstum durch Fusion oder Akquisition kann unter bestimmten Umständen untersagt werden. Legt ein Institut keinen schlüssigen Plan vor, wie es in einer Krisensituation aufgelöst werden kann, können im Organisationsbereich höhere Anforderungen gestellt werden.

Als weiterer Bestandteil zur Lösung der TBTF-Problematik wird durch den Dodd-Frank-Act ein spezielles Insolvenzregime für systemisch relevante Finanzinstitute geschaffen. Dieses soll zur Anwendung gelangen, wenn ein Untergang des Unternehmens eine Gefahr für die Volkswirtschaft der Vereinigten Staaten darstellen könnte. Das Insolvenzregime erlaubt die Übertragung von Aktiven und Passiven auf einen Dritterwerber oder eine Brückenbank („bridge bank“). Spezielle Bestimmungen gelangen auf bestimmte Finanzkontrakte⁸ zur Anwendung, um deren Übertragung auf eine Brückenbank zu gewährleisten.

1.5.2 Variable Vergütungen

Was die Massnahmen im Vergütungsbereich im Falle von Staatshilfe betrifft, so ist auf internationaler Ebene festzustellen, dass viele Staaten Regeln zur Vergütungspolitik der Unternehmen, insbesondere der Finanzinstitute, aufgestellt haben oder

⁸ Swap agreements, securities contracts, repurchase agreements, forward contracts and commodity contracts.

aufzustellen gedenken, diese indes untereinander variieren. Dies ist auf die je nach Land unterschiedlichen Traditionen in Bezug auf Wirtschaftsfreiheit und staatlichen Einfluss zurück zu führen.

Bei den meisten relevanten Vergleichsländer sind gesetzliche Regelungen zur Beschränkung von variablen Vergütungen im Falle von Staatshilfe bei Banken in Vorbereitung oder bereits umgesetzt. Diese reichen von Boni-Sondersteuern (Frankreich, UK) über Beschränkung bei den Boni-Modalitäten bis zu formellen Lohnobergrenzen (Deutschland) und angeordnetem Boniverzicht (Niederlande, Norwegen). Mit der Übernahme der geplanten EU-Vergütungsregelung als Mindeststandard dürfen im Falle von Staatshilfe bei Finanzinstituten ohne das Einverständnis der Finanzaufsicht keine Boni mehr ausbezahlt werden. Ab diesem Zeitpunkt verfügen von den bedeutenden Vergleichsländern nur noch China, Singapur und die Vereinigten Arabischen Emirate über keine rechtliche Grundlage zur Vergütungsbeschränkung im Fall einer Staatsintervention bei Finanzinstituten.

Es kann zudem festgestellt werden, dass die Vergütungsprinzipien des FSB vom Herbst 2009 verbreitet umgesetzt wurden. Die Schweiz hat als eines der ersten Länder mit dem FINMA-Rundschreiben „Vergütungssysteme“ die entsprechenden Standards auf den 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt.

1.6 Umsetzung

Der vorliegende Gesetzesentwurf geht über denjenigen der Expertenkommission hinaus: (1) Inhaltlich werden die Massnahmen TBTF weiter konkretisiert als beim Vorschlag im Expertenbericht. (2) Bei den flankierenden Massnahmen in den Bereichen variable Vergütung im Falle von Staatshilfe und bei den steuerlichen Massnahmen.

Diese Ergänzungen des Gesetzes geben dem Parlament die Möglichkeit, die Eckwerte der Regulierung zu bestimmen und bieten gleichwohl genügend Flexibilität für die Ausführungsbestimmungen. Diese sollen namentlich in die Bankenverordnung vom 17. Mai 1972⁹ und in die Eigenmittelverordnung vom 29. September 2006¹⁰ aufgenommen werden. Die Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln in Kapitel 2 enthalten nähere Angaben zur jeweils geplanten Umsetzung auf Verordnungsstufe.

1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Es wird beantragt, die folgenden parlamentarischen Vorstösse als erledigt abzuschreiben:

- Motion 08.3649 „Verhinderung von untragbaren Risiken für die Schweizer Volkswirtschaft“, eingereicht durch die Fraktion der Schweizerischen Volkspartei am 3. Oktober 2008. Die Motion wurde am 8. Dezember 2008 durch den Nationalrat und am 27. Mai 2009 durch den Ständerat angenommen.
- Motion 09.3019 „Weniger Risiken für den Finanzmarkt“, eingereicht durch die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats am 25. Februar 2009. Der Punkt 5 der Motion „Der Bund hat alles daranzusetzen, sein Engagement gegenüber der UBS so rasch als möglich wieder gewinnbringend zu veräussern.“ wurde am 27. März 2009 durch den Nationalrat und am 11. August 2009 durch den Ständerat angenommen.

⁹ SR 952.02

¹⁰ SR 952.03

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

2.1 5. Abschnitt: Systemrelevante Banken

2.1.1 Begriff (Art. 7 Abs. 1 E-BankG)

Art. 7 Abs. 1 E-BankG enthält die Definition der systemrelevanten Banken und bestimmt damit zugleich den subjektiven Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen des 5. Abschnitts.

Der Begriff beschränkt sich nicht auf Banken im engeren Sinne. Vielmehr bezieht er auch „Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate“ mit ein.

Systemrelevant sind diese Institute, wenn ihr „Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde“. Die Frage, ob eine Bank systemrelevant ist, ist demnach aus einzelstaatlicher Sicht zu beantworten wenngleich die schweizerischen Grossbanken in gewissen Märkten, namentlich in den UK und den USA, voraussichtlich als systemrelevant eingestuft werden könnten.

Die Schweizerische Nationalbank (SNB) legt nach Anhörung der FINMA durch Verfügung fest, welche Banken systemrelevant sind und welche Funktionen einer solchen Bank systemrelevant sind (Art. 8 Abs. 1 E-BankG). Mit der weiten Formulierung der Kriterien nach Art. 8 Abs. 2 E-BankG räumt das Gesetz der SNB bewusst einen weiten Ermessensspielraum ein.

2.1.2 Zweckbestimmung (Art. 7 Abs. 2 E-BankG)

Mit dem Einfügen einer Zweckbestimmung wird der heute üblichen Rechtstechnik gefolgt, die bereits in Art. 5 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes oder in Art. 1 Abs. 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes umgesetzt worden ist. Art. 7 Abs. 2 E-BankG enthält nicht nur die Begründung für den Erlass der besonderen Bestimmungen, sondern hat gleichzeitig normative Funktion. Er dient als Auslegungshilfe bei der Frage, welche Massnahmen zulässig sind, und konkretisiert die an den Verordnungsgeber delegierte Gesetzgebungskompetenz bzw. gibt diesem inhaltliche Leitlinien vor.

Die neuen Bestimmungen des 5. Abschnitts (bzw. die darauf gestützten besonderen Anforderungen) verfolgen drei Zielsetzungen: Erstens sollen sie die Risiken für die Stabilität des schweizerischen Finanzsystems – hervorgerufen durch die Systemrelevanz einzelner Unternehmen – vermindern. Zweitens sollen sie die Fortführung volkswirtschaftlich wichtiger (systemrelevanter) Funktionen im Fall drohender Insolvenz gewährleisten. Drittens sollen die besonderen Anforderungen an systemrelevante Banken staatliche Beihilfen vermeiden und damit im Interesse der freiheitlichen Marktordnung eine allfällige faktische Staatsgarantie beseitigen.

2.1.3 Feststellung der Systemrelevanz (Art. 8 E-BankG)

Nach Absatz 1 dieser Bestimmung ist für den Entscheid über die Systemrelevanz einer Bank die SNB zuständig. Sie hat dabei vorgängig die FINMA anzuhören. Mit dem Entscheid über die Systemrelevanz einer Bank stellt die SNB gegebenenfalls auch fest, welche Funktionen der Bank systemrelevant sind. Die SNB besitzt als einzige Institution in der Schweiz einen expliziten Auftrag im Bereich der Stabilität des Finanzsystems (Art. 5 Abs. 2 Bst. e Nationalbankgesetz, NBG). Zudem verfügt sie über eine besondere ökonomische Kompetenz, welche eine genaue Kenntnis der

Funktionsweise der Volkswirtschaft mit einer vertieften Kenntnis des Finanzsystems kombiniert. Aus diesem Grund ist die SNB während der letzten beiden Krisenepisoden¹¹ jeweils damit betraut worden, die Folgenabschätzung eines möglichen Ausfalls einer Grossbank vorzunehmen. Darüber hinaus ist die Definition der Systemrelevanz eng mit der Funktion der Nationalbank als Kreditgeber in letzter Instanz („Lender of Last Resort“) verbunden. In diesem Rahmen wird ausserordentliche Liquiditätshilfe nur systemrelevanten Banken oder Bankgruppen gewährt. Verfügungen der SNB gestützt auf diese Bestimmung sind mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 Bst. a NBG).

Absatz 2 umschreibt die für den Entscheid der SNB nach Absatz 1 massgebenden Faktoren. Grundsätzlich ist eine Bank als systemrelevant zu bezeichnen, wenn sie Leistungen erbringt, die für die Volkswirtschaft unverzichtbar sind, und andere Unternehmen diese Leistungen im Insolvenzfall nicht umgehend ersetzen können. Absatz 2 knüpft an diese Feststellung an und nennt als zentrale Faktoren die Grösse und die Vernetzung der Bank sowie die fehlende kurzfristige Substituierbarkeit ihrer Dienstleistungen. Sodann enthält die Bestimmung eine nicht abschliessende, konkretisierende Aufzählung von Kriterien, die bei der Beurteilung der Systemrelevanz einer Bank heranzuziehen sind. Die Buchstaben a und b identifizieren in einer nicht abschliessenden Aufzählung Funktionen von Banken, die in der Regel kurzfristig nicht substituierbar sind und daher wesentlich zur Systemrelevanz des gesamten Unternehmens beitragen können. Buchstabe c hebt mit dem Verhältnis zwischen der Bilanzsumme und dem Bruttoinlandprodukt den für die Schweiz besonders wichtigen Aspekt der Grösse hervor und damit die Problematik, dass einzelne Banken die finanzielle Rettungskapazität des Staates übersteigen können. Die Kriterien gemäss den Buchstaben a bis d müssen nicht kumulativ erfüllt sein. Eine Bank kann bereits systemrelevant sein, wenn bei einer Analyse einzelne Kriterien ausgeprägte Systemrisiken aufzeigt. Eine wertende Gesamtbeurteilung aller relevanten Faktoren im Einzelfall bildet die Entscheidungsbasis. Die Grösse und Vernetzung eines Instituts können zur Folge haben, dass eine kurzfristige Substituierbarkeit der systemrelevanten Funktionen nicht möglich ist. Die Systemrelevanz einer Bank setzt aber in jedem Fall voraus, dass sie mindestens eine systemrelevante Funktion im Unternehmen führt. In der Regel kommt zur systemrelevanten Funktion eine besondere Grösse oder Vernetzung hinzu.

Das in Absatz 3 näher umschriebene Risikoprofil hat entscheidenden Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und das Schadenspotenzial.

2.1.4 Besondere Anforderungen an systemrelevante Banken (Art. 9 E-BankG)

2.1.4.1 Aufbau

Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit ist eine über die allgemeinen Bestimmungen hinausgehende, explizite gesetzliche Grundlage für besondere aufsichtsrechtliche Anforderungen an systemrelevante Banken sinnvoll und zumindest für einzelne der Massnahmen auch notwendig (vgl. Art. 36 BV).

Art. 9 E-BankG stellt die eigentliche Kern- und zugleich Grundlagenbestimmung dar. Mit der Aufzählung der Massnahmenkategorien (Eigenmittel, Liquidität, Risikoverteilung und Organisation) und einer ersten Konkretisierung gibt Absatz 2 die

¹¹ Credit Suisse im Jahr 2003 und UBS im Jahr 2008.

Stossrichtungen der neuen besonderen Anforderungen an systemrelevante Banken vor. Nach Absatz 3 müssen die besonderen Anforderungen sodann in einer Verordnung des Bundesrats und in technischen Ausführungsvorschriften der Aufsichtsbehörden (Art. 55 Abs. 1 FINMAG) weiter konkretisiert werden. Soweit die Bundesratsverordnung nicht unmittelbar die Rechte und Pflichten der systemrelevanten Banken begründet, setzt die FINMA die konkreten besonderen Anforderungen, die eine systemrelevante Bank zu erfüllen hat, durch Verfügung fest (Art. 10 E-BankG).

Dieses dreistufige System – Gesetz, Verordnung und Verfügung – stellt die Flexibilität der Regelung, die Möglichkeit der Anpassung an veränderte Verhältnisse, die internationale Koordination sowie die Wirksamkeit und Angemessenheit im Einzelfall sicher. Die Grundsatzentscheide bleiben dabei dem Gesetzgeber vorbehalten.

2.1.4.2 Ausmass und Begrenzung (Art. 9 Abs. 1 E-BankG)

Dem Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) kommt im Rahmen der Festlegung der besonderen Anforderungen an systemrelevante Banken besondere Bedeutung zu. Die besonderen Anforderungen können erhebliche Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie der betroffenen Banken mit sich bringen. Zudem sind stets Aspekte des Gleichbehandlungsgrundsatzes betroffen, weil systemrelevante Banken Anforderungen erfüllen müssen, denen die übrigen Banken nicht unterliegen. Absatz 1 hält daher ausdrücklich fest, dass die besonderen Anforderungen dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen müssen. Die Forderung, wonach sich Umfang und Ausgestaltung der Massnahmen nach dem Grad der Systemrelevanz richten und die Auswirkungen der Massnahmen auf die betroffenen Banken und den Wettbewerb zu berücksichtigen sind, ist ein Teilaspekt des Verhältnismässigkeits- und Gleichbehandlungsprinzips. Letztlich haben die von der FINMA im Einzelfall angeordneten Massnahmen einer Prüfung anhand des Verhältnismässigkeitsprinzips standzuhalten.

Wesentlicher Aspekt der Verhältnismässigkeitsprüfung ist neben dem Wirksamkeitsnachweis namentlich der Ursachen-Wirkungszusammenhang sowie eine Kosten-Nutzen-Analyse der besonderen Anforderungen. Bezüglich Kosten gilt dabei, dass sie, soweit sie lediglich durch den Wegfall einer allfälligen faktischen Staatsgarantie entstehen, nicht nur verhältnismässig, sondern auch zweckkonform sind. Dadurch wird die Wettbewerbsverzerrung beseitigt. Aber auch weitergehende Kosten, welche namentlich durch organisatorische Massnahmen entstehen, können durchaus verhältnismässig sein, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zur Risikoreduktion bzw. zum Nutzen stehen.

Die Massnahmen haben international anerkannten Standards Rechnung zu tragen. Von internationalen Vorgaben soll nicht ohne Grund abgewichen werden. Dies trifft in besonderem Mass auf internationale Regelwerke wie etwa den „Sound Principles for Liquidity“ des Basler Ausschusses zu. Dadurch werden internationale Kompatibilität und Vergleichbarkeit sichergestellt. Zudem sind international anerkannte Mindeststandards einzuhalten. Dies schliesst es aber nicht aus, dass die Massnahmen in der Schweiz – wie es schon bisher möglich war – substantiell über Mindestanforderungen anderer Staaten oder internationaler Gremien hinausgehen.

Die in der Schweiz vorgesehenen Massnahmen dürfen schliesslich, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, auch eine andere Richtung einschlagen als internationale Bestrebungen. Bei der Frage, ob und in welchem Umfang von internationalen Vorgaben und Mindeststandards abgewichen werden darf, ist die spezielle Bankenstruktur der Schweiz zu beachten. Die Risiken der systemrelevanten Banken in der

Schweiz sind aufgrund des Verhältnisses zwischen ihrer Bilanzsumme und dem gemeinhin für die finanzielle Rettungsfähigkeit des Staates als Anhaltspunkt herangezogenen Bruttoinlandprodukt wesentlich grösser als in vielen anderen Staaten.

2.1.4.3 Eigenmittel (Art. 9 Abs. 2 Bst. a E-BankG)

Gegenüber der bestehenden Regelung in Art. 4 Abs. 3 BankG erteilt der Gesetzgeber dem Bundesrat nunmehr einen verbindlichen Auftrag zum Erlass strengerer Anforderungen für systemrelevante Banken.

Die Festsetzung von Ausführungsvorschriften wird entsprechend der bisherigen Kompetenzverteilung dem Bundesrat überlassen (vgl. Art. 4 Abs. 2 BankG und Art. 9 Abs. 3 E-BankG). Demgegenüber ist die Festsetzung der genauen Höhe der besonderen Anforderungen an systemrelevante Banken, insbesondere der Zuschläge aufgrund der Systemrelevanz, Aufgabe der FINMA als Fachbehörde.

2.1.4.3.1 Zweck und Grundsatz

Art. 9 Abs. 2 Bst. a E-BankG verlangt von systemrelevanten Banken die Einhaltung besonderer Eigenmittelanforderungen mit dem Ziel, dass systemrelevante Banken über eine stärkere Kapitalisierung verfügen als nicht systemrelevante Banken: Die höheren Kosten eines potenziellen Ausfalls sollen mit einer tieferen Ausfallwahrscheinlichkeit einhergehen und somit die erwarteten volkswirtschaftlichen Kosten beschränken. Stärkere Eigenmittelpuffer in Form von mehr verlusttragefähigen Eigenmitteln erlauben es den Banken eher, auch grössere Verluste zu absorbieren, ohne dass ihre Funktionsfähigkeit und das Vertrauen in sie unmittelbar gefährdet sind.

Ferner sollen ausreichend hohe Kapitalreserven vorhanden sein, um im Krisenfall die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu ermöglichen, ohne dass staatliche Mittel notwendig sind. Die Eigenmittel sollen einen wichtigen Beitrag leisten, so dass im Fall einer Herauslösung der systemrelevanten Funktionen sowohl der neue Rechtsträger, auf den die Funktionen übertragen werden, als auch die in der Restbank verbleibenden Teile über eine solide Kapitalisierung und entsprechend hohe Überlebensfähigkeit verfügen.

Schliesslich soll es im Eigeninteresse der Banken sein, ihre Systemrelevanz zu beschränken und ihre allgemeine internationale Sanier- und Liquidierbarkeit („Resolvability“) zu verbessern. Dies soll zum einen erreicht werden, indem die Eigenmittelanforderungen progressiv mit dem Grad der Systemrelevanz ansteigen. Zum andern sollen systemrelevante Banken, die über eine schlechtere „Resolvability“ verfügen, über entsprechend höhere Kapitalreserven verfügen, so dass sie entweder saniert oder geordnet abgewickelt werden können.

Die besonderen Eigenmittelanforderungen beziehen sich einerseits auf die risikogewichteten Aktiven. Als Ergänzung dazu dient andererseits ein nicht risikogewichteter Ansatz, nach dessen Vorgaben die Eigenmittelanforderungen vom Umfang der Aktiven in einem umfassenden Sinn, die auch Teile der Ausserbilanzgeschäfte mit enthalten, abhängig gemacht werden („Leverage Ratio“). Die „Leverage Ratio“ soll subsidiär als Sicherheitsnetz für die Anforderungen nach den risikogewichteten Positionen dienen. Entsprechend soll die Höhe der „Leverage Ratio“ so festgelegt werden, dass die daraus resultierende Anforderung beim Status quo der Grossbanken im Normalfall leicht unterhalb der risikogewichteten Anforderungen zu liegen kommt.

Das unten dargestellte Eigenmittelkonzept gilt für systemrelevante Banken. Daraus resultieren keine unmittelbaren Wirkungen für die Eigenmittelanforderungen der übrigen Banken.

2.1.4.3.2 Aufbau der besonderen Eigenmittelanforderungen

Für die Eigenmittelanforderungen systemrelevanter Banken ist zur Umsetzung in der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, ERV; SR 952.03) ein dreistufiger Aufbau mit den folgenden Komponenten vorgesehen:

Die *Basisanforderung* ist zur Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen für die normale Geschäftstätigkeit mindestens zu erfüllen. Diese entspricht den internationalen Minimalstandards (zur Zeit gemäss „Basel III“ vorgesehen), die alle Banken jederzeit einhalten müssen.

Der *Eigenmittelpuffer* erlaubt es den Banken, Verluste zu absorbieren, ohne dass die Basisanforderung unterschritten wird und die normale Geschäftstätigkeit eingestellt werden muss. Dieser Puffer muss in guten Zeiten aufgebaut und danach eingehalten werden. In schlechten Zeiten kann der Puffer zur Abfederung von Verlusten verwendet werden.

Die *progressive Komponente* sorgt dafür, dass Banken mit zunehmender Systemrelevanz eine stärkere Kapitalisierung haben. Sie soll auch dazu dienen, die Umsetzung der im Notfallplan vorgesehenen Massnahmen zu finanzieren. Zudem dienen die zusätzlichen Mittel zur Weiterführung der Restbank. Der Grad der Systemrelevanz wird anhand (i) der Bilanzsumme der Banken und (ii) ihrer Marktanteile im inländischen Kredit- und Einlagenmarkt gemessen. Für beide Indikatoren wird jeweils ein Zuschlag berechnet, deren beider Summe die Höhe der progressiven Komponente ergibt.

Ein Teil des Puffers kann und die gesamte progressive Komponente soll in Form von bedingten Pflichtwandelanleihen („Contingent Convertibles“, kurz: CoCos) gehalten werden.¹²

2.1.4.3.3 Grössenordnung der Eigenmittelanforderungen

Im Folgenden werden die vorgesehenen Grössenordnungen der Anforderungen, ausgedrückt in Prozent der risikogewichteten Aktiven (RWA) und in CHF, aufgezeigt. Die RWA werden entsprechend der im September 2010 beschlossenen internationalen Mindeststandards („Basel III“) berechnet. Gemäss dieser Definition betragen die RWA der Grossbanken derzeit (vor Anpassungen durch die Banken) ungefähr CHF 400 Mrd. pro Bank.¹³

¹² Das Wandlungskapital im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 E-BankG umfasst zwei Kapitalinstrumente: Einerseits wandeln die Instrumente bei Eintritt eines bei der Ausgabe festgelegten Auslösungsereignisses in Aktien oder Partizipationsscheine der Gesellschaft („CoCos“). Andererseits können sie mit gleichwertiger Wirkung abgeschrieben werden („Write-offs“), vgl. dazu unter Ziffer 2.2.3.2.

¹³ Die FINMA wird vor der endgültigen Festlegung der Anforderungen prüfen, ob Korrekturen bei der Berechnung oder Anpassungen an den Modellen zu grundlegenden Differenzen bei der Berechnung der RWA führen. Werden grundlegende Differenzen festgestellt, wird die Kalibrierung der Anforderungen angepasst.

Die Basisanforderung aus 4,5% hartem Kernkapital¹⁴ entspricht den neuen internationalen Mindeststandards („Basel III“). In CHF beträgt die Basisanforderung mindestens CHF 18 Mrd.¹⁵

Der Puffer soll 8,5% betragen, wovon mindestens 5,5% in Form von hartem Kernkapital gehalten werden muss. Maximal 3% können in Form von CoCos mit einem Auslösungszeitpunkt („Trigger“) bei einem Stand des harten Kernkapitals von mindestens 7% der RWA gehalten werden, sofern dieses Wandlungskapital minimalen Kriterien genügt. Diese CoCos sind ein fakultatives Substitut für hartes Kernkapital und dienen der Stabilisierung und Krisenbewältigung. In CHF ausgedrückt beläuft sich der Puffer auf CHF 34 Mrd. (wovon mindestens CHF 22 Mrd. hartes Kernkapital und höchstens CHF 12 Mrd. CoCos).

Die Höhe der progressiven Komponente soll bei der Grösse der Grossbanken per Ende 2009¹⁶ insgesamt 6% betragen. In CHF beträgt die so berechnete progressive Komponente CHF 24 Mrd. Bei einer Bilanzsumme von CHF 250 Mrd. und einem Marktanteil von 10% würde die progressive Komponente null betragen. Die so bestimmte Funktion ist für ein als systemrelevant erklärtes Institut immer massgebend, solange der dadurch resultierende Wert der progressiven Komponente grösser als 1% ist. In allen anderen Fällen beträgt die progressive Komponente bei systemrelevanten Banken 1%. Damit ist sichergestellt dass systemrelevante Institute, auch wenn sie rechnerisch eine progressive Komponente von weniger als 1% haben, dennoch eine minimale effektive progressive Komponente aufbauen müssen. Die progressive Komponente soll vollständig durch CoCos erfüllt werden, deren Auslösungszeitpunkt bei einem Stand des harten Kernkapitals von 5% der RWA liegt.

Die Gesamteigenmittelanforderung beläuft sich auf 19% der risikogewichteten Aktiven, wovon mindestens 10% in Form von hartem Kernkapital gehalten werden müssen und maximal 9% in Form von CoCos gehalten werden können. In CHF ausgedrückt beträgt die Gesamtanforderung bei der aktuellen Grösse der Grossbanken je Institut CHF 76 Mrd. (wovon hartes Kernkapital von minimal CHF 40 Mrd. und CoCos von maximal CHF 36 Mrd.).

Die „Leverage Ratio“ wird entsprechend der internationalen, im Rahmen von „Basel III“ beschlossenen Definition berechnet. Analog zu den risikogewichteten Anforderungen werden drei Komponenten festgelegt. Die Höhe dieser Komponenten wird, basierend auf den aktuellen Bilanzwerten, so festgelegt, dass die resultierenden Anforderungen in CHF knapp unter den beschriebenen risikogewichteten Anforderungen, ebenfalls in CHF, zu liegen kommen.

2.1.4.4 Liquidität (Art. 9 Abs. 2 Bst. b E-BankG)

2.1.4.4.1 Zweck und Grundsatz

Art. 9 Abs. 2 Bst. b E-BankG verlangt von systemrelevanten Banken, dass sie in einer aussergewöhnlichen Belastungssituation genügend Liquidität bereitstellen können, um ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.

¹⁴ Common equity in der Definition von Basel III.

¹⁵ Darüber hinaus müssen die systemrelevanten Banken, wie alle Banken, auch die sonstigen Mindestanforderungen gemäss „Basel III“ erfüllen.

¹⁶ Beide Banken weisen ohne Netting der Wiederbeschaffungswerte eine Bilanzsumme von rund CHF 1'500 Mrd. auf und verfügen über einen Marktanteil von rund 20%.

Im April 2010 verständigte sich die FINMA mit den beiden Grossbanken auf ein ab dem 30. Juni 2010 auf konsolidierter Stufe geltendes besonderes Liquiditätsregime, welches in quantitativer Hinsicht die Widerstandsfähigkeit gegenüber einem massiven Liquiditätsschock erhöht und in qualitativer Hinsicht ein angemessenes Liquiditätsrisikomanagement gewährleistet. Die Grundsätze dieses Liquiditätsregimes sollen für systemrelevante Banken in eine vom Bundesrat auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 E-BankG zu erlassende Liquiditätsverordnung überführt werden. Daneben haben die beiden Grossbanken auf Einzelinstitutsbasis weiterhin den Liquiditätsvorschriften nach Art. 16 bis 20 BankV¹⁷ einzuhalten.

Die vorgenannte Verordnung wird auch auf Stufe Einzelinstitut qualitative Mindestanforderungen sowie Berichterstattungspflichten vorsehen. Die quantitativen Mindestanforderungen auf Stufe Einzelinstitut gemäss Art. 16 bis 20 BankV bleiben gültig, bis die FINMA auf Stufe Einzelinstitut szenariobasierte Anforderungen im Sinne von Ziffer 2.1.4.4.2 erlässt. Diese Anforderungen sollen die lokale Widerstandsfähigkeit systemrelevanter Banken unter der Annahme eingeschränkter Transferierbarkeit von im Ausland verwahrten Aktiven in einer aussergewöhnlichen Belastungssituation sicherstellen. Gemäss Art. 10 Abs. 1 E-BankG ist die SNB in diesem Verfahren anzuhören.

2.1.4.4.2 Quantitative Anforderungen

Im Folgendem wird dargelegt, wie beabsichtigt ist, die Liquiditätsanforderungen auf Verordnungsstufe zu konkretisieren.

Die quantitativen Liquiditätsanforderungen auf Konzernstufe basieren auf der Berechnung der Liquiditätslücke, die eine systemrelevante Bank in einer aussergewöhnlichen Belastungssituation (Stressszenario) aufweisen würde. Diese Liquiditätslücke darf während mindestens 30 Tagen nicht negativ sein.

Die Liquiditätslücke berechnet sich aus den Zu- und Abflüssen auf den Bilanz- und Ausserbilanzpositionen (mit Ausnahme der Wertschriften, die dem Liquiditätspuffer anzurechnen sind), dem Liquiditätszufluss aus den stehenden Fazilitäten bei Zentralbanken, dem Liquiditätszufluss aus der Monetisierung des Liquiditätspuffers sowie ab dem 8. Tag aus dem Liquiditätszufluss aus der ausserordentlichen Liquiditätsfazilität der SNB (bis zum vereinbarten maximalen Betrag).

Der Liquiditätspuffer besteht aus liquiden, unbelasteten und frei verfügbaren Wertschriften, welche monetisiert werden könnten. Ein Teil dieses Puffers soll aus erstklassigen Schuldpapieren von Staaten und Zentralbanken sowie aus Schweizer Pfandbriefanleihen bestehen (primärer Puffer). Dies soll sicherstellen, dass ein anteilmässiger Mindestbestand geringen Wertschwankungen ausgesetzt sein dürfte und so auch in einer aussergewöhnlichen Belastungssituation eine relativ stabile Liquiditätsquelle für die Bank darstellt. Der andere Teil kann auch weitere liquide Wertschriften wie qualitativ hochstehende Anleihen und Aktien enthalten (sekundärer Puffer).

Das Stressszenario umfasst zwei Komponenten: Zum einen erleidet die Bank einen massiven Vertrauenseinbruch. Gegenparteien und Gläubiger zweifeln an der Solvenz und Liquidität der Bank. Zum anderen sind die Finanzmärkte angespannt und wenig liquide. Insgesamt führt dies dazu, dass die Bank massive Rückzüge ihrer

¹⁷ SR 952.02.

Einleger erleidet und dass sie sich nicht mehr refinanzieren kann, und zwar auch nicht mehr gegen Sicherheiten.

Die FINMA konkretisiert das Stressszenario, indem sie Mindestwerte für die zentralen Stressparameter verfügt, welche die systemrelevanten Banken für die Berechnung der Liquiditätszu- und -abflüsse anzuwenden haben. In den „Grundsätzen der durch die Grossbanken auf konsolidierter Stufe einzuhaltenden Liquiditätsvorschriften“ vom 31. März 2010 wurden die zentralen Stressparameter bereits initial festgelegt. Bei Inkraftsetzung der vorliegend definierten Liquiditätsanforderungen für systemrelevante Banken werden diese Parameter in die Verfügung der FINMA übernommen.

Die FINMA kann im Rahmen einer Verfügung die Stressparameter erhöhen oder herabsetzen. Insgesamt sollen die Schweizer Liquiditätsanforderungen für systemrelevante Banken strenger kalibriert werden als die Basler Liquiditäts-Mindeststandards, um eine explizit höhere Robustheit gegenüber Liquiditätsschocks und den davon ausgehenden systemischen Risiken zu gewährleisten.

Parameter, die von der FINMA nicht vorgegeben werden, sind von der Bank vor dem Hintergrund des abzubildenden Stressszenarios festzulegen. Werden durch die Bank materielle Liquiditätsabflussquellen nicht oder ungenügend berücksichtigt, so kann die FINMA für diese Positionen die zu berücksichtigenden Abflüsse vorschreiben.

Nach Eintreten eines Liquiditätsschocks darf die Liquiditätslücke vorübergehend negativ werden. Diese Möglichkeit temporärer Erleichterungen stellt sicher, dass der zu haltende Liquiditätspuffer seiner eigentlichen Pufferfunktion auch gerecht werden kann. Liquiditätspuffer müssen in Normalzeiten aufgebaut und gehalten werden und in Stresssituationen eingesetzt werden können.

Weist die Bank eine negative Liquiditätslücke auf, oder rechnet sie aufgrund ausserordentlicher Liquiditätsabflüsse damit, dass in der näheren Zukunft eine negative Liquiditätslücke auftreten könnte, ist sie verpflichtet, dies der FINMA und der SNB unmittelbar zu melden. Zudem legt die Bank der FINMA einen Plan zur Schliessung der Liquiditätslücke zur Genehmigung vor. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens konsultiert die FINMA die SNB.

2.1.4.4.3 Qualitative Anforderungen

Die FINMA definiert Prinzipien für das Management und die Beaufsichtigung des Liquiditätsrisikos. Die bankengesetzliche Prüfgesellschaft überprüft die Einhaltung dieser qualitativen Anforderungen auf jährlicher Basis.

Gelangt die FINMA von sich aus oder auf Meldung der Prüfgesellschaft hin zur Überzeugung, dass die im vorangegangenen Absatz genannten Prinzipien ungenügend umgesetzt sind, ist vorausgesehen, dass sie dies der Bank kommuniziert und einen Zuschlag von maximal 10% auf die bei der Berechnung der Liquiditätslücke berücksichtigten Bruttoliquiditätsabflüsse aus Bilanz- und Ausserbilanzpositionen der betroffenen Bank verfügt.

2.1.4.4.4 Ergänzende Anforderungen

Es ist im übrigen geplant, dass die FINMA die Einhaltung weiterer Liquiditätskennzahlen, insbesondere einer sogenannten „Net Stable Funding Ratio“, verlangen kann. Die „Net Stable Funding Ratio“ bestimmt das Maximalverhältnis von mittel-

fristigem Finanzierungsbedarf zu mittelfristigen Finanzierungsmöglichkeiten und soll die Robustheit der längerfristigen Finanzierung sicherstellen.

2.1.4.5 Risikoverteilung (Art. 9 Abs. 2 Bst. c E-BankG)

Die derzeitigen Risikoverteilungsvorschriften der Eigenmittelverordnung definieren die maximal zulässigen Klumpenrisiken von Banken und setzen sie in Bezug zu den nach ERV anrechenbaren Eigenmitteln eines Instituts. Im Rahmen der TBTF-Problematik stehen die Klumpenrisiken im Interbankenbereich im Zentrum. Durch eine Beschränkung der gegenseitigen Abhängigkeiten der Banken soll die Ansteckungsgefahr („Contagion“) reduziert werden, so dass die Insolvenz einer einzelnen Bank zu einer geringeren Insolvenzwahrscheinlichkeit bei den übrigen Banken führt. Eine Reduktion dieser Abhängigkeiten reduziert somit auch die Systemrelevanz von Banken.

Um dies zu erreichen, muss an zwei Punkten angesetzt werden: Erstens müssen systemrelevante Banken robuster gemacht werden und zweitens müssen die Abhängigkeiten aller Banken gegenüber systemrelevanten Banken reduziert werden.

2.1.4.5.1 Vorschriften für systemrelevante Banken

Die per Ende 2010 abgeschlossene Änderung der ERV für Banken, die den internationalen Standardansatz oder den Internal Ratings Based-Ansatz anwenden, führt bereits dazu, dass das maximal zulässige Klumpenrisiko grösserer Banken gegenüber anderen Banken nur noch einen Fünftel so gross sein darf wie bis anhin. Dies betrifft auch die heute als systemrelevant eingestuft Grossbanken UBS und Credit Suisse. Art. 9 Abs. 2 Bst. c bietet die Möglichkeit, die maximal zulässigen Klumpenrisiken für systemrelevante Banken zusätzlich zu beschränken.

Im Hinblick darauf, dass auch Banken, die den Schweizer Ansatz für die Eigenmittelunterlegung anwenden, systemrelevant werden können, soll Art. 9 Abs. 2 Bst. c genutzt werden, um die Klumpenrisikovorschriften für systemrelevante Banken zu vereinheitlichen.

2.1.4.5.2 Vorschriften für alle Banken

Im Rahmen von TBTF-Massnahmen sind insbesondere auch die maximal zulässigen Klumpenrisiken aller Banken gegenüber systemrelevanten Banken einzuschränken. Gemäss Abschnitt 3.5 des TBTF-Expertenberichts steht dieses Ziel im Fokus der Kernmassnahme Risikoverteilung. Es werden daher bei der zur Umsetzung von Basel III nächstens erforderlichen Änderung der ERV und der zugehörigen Ausführungsbestimmungen zur Risikoverteilung spezifische Massnahmen nötig sein, um die Risikokonzentration sämtlicher Banken gegenüber systemrelevanten Banken zusätzlich zu begrenzen und die operationellen Abhängigkeiten zwischen diesen Banken zu reduzieren.

2.1.4.6 Organisation (Art. 9 Abs. 2 Bst. d E-BankG)

2.1.4.6.1 Zweck und Grundsatz

Für den Fall des Scheiterns einer systemrelevanten Bank sind die Voraussetzungen für eine geordnete Abwicklung zu schaffen. Nach den Prinzipien der freiheitlichen Marktordnung muss jedes Unternehmen scheitern können. Deshalb muss der Marktaustritt von systemrelevanten Banken unter gleichzeitiger Fortführung der systemrelevanten Funktionen und Vermeidung staatlicher Beihilfen gewährleistet werden. Die Behörden müssen mit einem Instrumentarium ausgestattet werden, das es ihnen

ermöglicht, den durch eine ungeordnete Insolvenz verursachten Schaden für die Volkswirtschaft abzuwenden, ohne den Steuerzahler einem Verlustrisiko auszusetzen. Deshalb bedarf es einer glaubwürdigen Regelung, die die Marktdisziplin durch die realistische Möglichkeit der Insolvenz wiederherstellt und das Risiko eines sorglosen Verhaltens (Moral Hazard), bedingt durch die implizite Staatsgarantie zugunsten der systemrelevanten Banken, entscheidend verringert.

Systemrelevante Banken unterliegen demnach besonderen organisatorischen Anforderungen. Im Sinne der Schadenabwehr muss die Weiterführung systemrelevanter Funktionen im Falle einer drohenden Insolvenz sichergestellt sein. Systemrelevant sind insbesondere das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft sowie der Zahlungsverkehr. Ein Ausfall dieser Funktionen würde grosse volkswirtschaftliche Kosten verursachen. Die Weiterführung des kurzfristig schwer substituierbaren Kreditgeschäfts soll in erster Linie die laufende Finanzierung von Schweizer Unternehmen und damit deren Funktionsfähigkeit gewährleisten. Der Zugang zu den inländischen Einlagen soll jederzeit gewährleistet und die dazu erforderliche Zahlungsverkehrsinfrastruktur funktionsfähig gehalten werden. Damit soll einerseits bezweckt werden, der Wirtschaft die notwendige Liquidität zur Verfügung zu stellen. Andererseits gilt es, Dominoeffekte zu vermeiden. Hier spielt das Zusammenwirken der organisatorischen Massnahmen mit den Eigenmitteln eine zentrale Rolle: Die Notfallpläne werden spätestens dann ausgelöst, wenn das harte Kernkapital die Schwelle von 5 % der risikogewichteten Aktiven erreicht und dadurch die Wandlung der tief „triggernden“ bedingten Pflichtwandelanleihen ausgelöst wird. Damit wird sichergestellt, dass die Umsetzung der Notfallplanung unter ausreichender Eigenkapitalausstattung erfolgen kann.

2.1.4.6.2 Subsidiaritätsprinzip

Subsidiarität bedeutet, dass systemrelevante Banken der FINMA in erster Linie eine genügende und zweckmässige Organisation im Hinblick auf die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen bei drohender Insolvenz nachweisen muss. Wenn diese Pflicht nicht erfüllt wird, ordnet die FINMA die erforderlichen Massnahmen nach Art. 10 E-BankG subsidiär an. Diese Kaskade genügt dem Verhältnismässigkeitsprinzip.

In diesem Sinne wirken die entsprechenden Massnahmen präventiv. Das reaktive Element der organisatorischen Anforderungen besteht darin, dass die gleichen Massnahmen zugleich der Krisenbewältigung dienen sollen und damit eine doppelte Funktion haben. Ausschliesslich der Krisenbewältigung dient das Bankensanierungs- und Insolvenzrecht, welches ein wichtiger Baustein im Gesamtkonzept zur Risikominimierung der schädlichen Auswirkung des Scheiterns von systemrelevanten Banken ist.

Dem Subsidiaritätsprinzip in der vorliegenden Form liegt der Gedanke zugrunde, dass die Eingriffsintensität einer besonderen Anforderung wesentlich gemildert werden kann, indem den Betroffenen funktionale statt inhaltliche Vorgaben gemacht werden, d.h. nur das Ziel, nicht aber der Weg vorgegeben wird. Nur wenn das vorgegebene Ziel nicht erreicht wird, darf die FINMA selbst organisatorische Massnahmen anordnen. Das Verfahren ist dabei so auszugestalten, dass ein regelmässiger Austausch zwischen FINMA und Betroffenen stattfindet, so dass die Mitwirkung möglichst gross ist.

2.1.4.6.3 Beweismassstab

Beweisgegenstand sind Prognosen über die Wirksamkeit von Massnahmen. In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Fällen, in denen ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine „Beweisnot“ besteht (vgl. etwa BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275 mit weiteren Nachweisen) ist der Beweis bereits erbracht, wenn die Bank zeigen kann, dass die ergriffenen Massnahmen nach dem aktuellen Stand der Erkenntnis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den angestrebten Erfolg bringen wird.

2.1.4.6.4 Inhalt des Nachweises

Die Banken haben auf Prozessebene nachzuweisen, dass Notfallpläne erstellt wurden, die im Fall drohender Insolvenz in kurzer Zeit die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen sicherstellen können.

Auf einer inhaltlichen Ebene haben die Banken zu zeigen, dass sie durch konkrete organisatorische Vorkehrungen die Voraussetzungen für die Weiterführung der von ihr wahrgenommenen systemrelevanten Funktionen bei drohender Insolvenz geschaffen haben. Unter Beachtung des funktionalen Ansatzes sind folgende Nachweiskriterien denkbar:

Die systemrelevante Bank kann im Notfallplan in unterschiedlicher Ausgestaltung die Übertragung der systemrelevanten Funktionen auf einen selbständigen und mit ausreichenden Mitteln ausgestatteten neuen Unternehmensträger („Brückenbank“) vorsehen. Die Separierung und Weiterführung der systemrelevanten Funktionen in der Schweiz mag bei ausländischen Gläubigern Befürchtungen einer latenten Benachteiligung auslösen. Entsprechenden Bedenken kann indes begegnet werden, indem die systemrelevanten Banken in ihren Planungen vorsehen, dass die Brückenbank sowie die Restgesellschaft in jeweils angemessener Weise mit Kapital ausgestattet werden. Weil Ungleichbehandlungen dennoch nie restlos ausgeschlossen werden können, sollten insofern Wert auf das Fairnessprinzip, das Transparenzgebot sowie eine angemessene Verfahrensbeteiligung der ausländischen Gläubiger wichtige Ziele sein, welche es im Rahmen der Regulierung, aber auch beim Vollzug zu beachten gilt. Damit dürfte die Gefahr möglicher ausländischer Schutzmassnahmen reduziert werden können.

2.1.4.7 Verhältnis zwischen den Eigenmittel-, Liquiditäts- und Risikoverteilungsanforderungen sowie den organisatorischen Anforderungen

Die vier besonderen Anforderungsbereiche stehen in mehrfachen Beziehungen zueinander. Sie ergänzen sich gegenseitig, setzen sich aber auch gegenseitig voraus. Während einzelne organisatorische Anforderungen sofort umgesetzt werden müssen, damit ihr Ziel erreicht wird, genügt es bei anderen, wenn konkret umsetzbare Notfallpläne bestehen.

Mehr Kapital und Liquidität schaffen in Krisensituationen Handlungsfreiheit und damit Zeit für die Suche nach einer Lösung oder für die Umsetzung bereits geplanter Lösungen. Zwischen organisatorischen Massnahmen und Eigenmitteln ist zudem eine gewisse Substituierbarkeit vorgesehen, indem eine verbesserte Resolvability zu Eigenmittelrabatten führen kann (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 2.1.5).

Im Zentrum stehen die progressive Eigenmittelkomponente und die zu deren Erfüllung ausgegebenen bedingten Pflichtwandelanleihen. Unterschreitet die Bank eine bestimmte Eigenmittelquote (vorgeschlagen sind 5 % der risikogewichteten Aktiven), wird die Wandlung ausgelöst. Damit ist gleichsam die wichtigste Voraussetzung in Form des nunmehr geschaffenen Eigenkapitals vorhanden, um die systemrelevanten Funktionen in kurzer Zeit auf die Brückenbank zu übertragen oder ihre Weiterführung auf andere Weise, z.B. durch Verkauf, zu gewährleisten. Durch Wandlung der zu diesem Zweck begebenen Pflichtwandelanleihe wird der gesamten Bank, d.h. der Brückenbank und der Restbank, neues Kapital zur Verfügung gestellt. Die auf diese Weise geäußerten Mittel dienen einem doppelten Zweck. Sie dienen einerseits zur Finanzierung der auf eine Brückenbank übertragenen systemrelevanten Funktionen und andererseits können sie einen Beitrag zur Sanierung der Restbank leisten. Das durch die Konversion der CoCos geschaffene harte Kernkapital wird den beiden Teilen zugewiesen. Auf diese Weise kann eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung der Gläubigergruppen erzielt und das Potenzial für Anfechtungsklagen reduziert werden. Die Grundidee des Wandlungskapitals mit tiefem „Trigger“ besteht darin, die in der letzten Krise für die Sanierung systemrelevanter Banken erforderliche Staatshilfe in wesentlichem Umfang durch dieses zu ersetzen.

Die zusätzlichen Eigenmittelanforderungen für systemrelevante Banken stellen schliesslich auch einen Ausgleich dafür dar, dass organisatorische Massnahmen für sich allein keine absolute Sicherheit in Bezug auf die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen bieten können.

2.1.5 Umsetzung auf die einzelne Bank (Art. 10 E-BankG)

Steht die Systemrelevanz einer Bank fest, so legt die FINMA nach Absatz 1 die besonderen Anforderungen, die diese Bank zu erfüllen hat, durch Verfügung fest. Die SNB ist in diesem Verfahren anzuhören. Verfügungen der FINMA sind mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 53 und 54 FINMAG).

Absatz 2 regelt den Fall, in dem eine systemrelevante Bank die organisatorischen Mindestanforderungen betreffend Weiterführung der systemrelevanten Funktionen (vgl. Ziffer 2.1.4.6) übertrifft und dadurch ihre internationale „Resolvability“ insgesamt verbessert. In diesem Fall kann die FINMA dies mit Abschlägen bei der progressiven Komponente honorieren. Soweit die Eigenmittelanforderungen der progressiven Komponente der Umsetzung der Notfallplanung dienen, sind Eigenmittelrabatte ausgeschlossen. Die FINMA wird die Höhe der Rabatte aufgrund einer wertenden Gesamtschau nach Massgabe verschiedener Kriterien festlegen. Für die Erfüllung der einzelnen Kriterien sind somit keine festen Beträge vorgesehen, deren Summe den Gesamtrabatt ergeben würde. Vielmehr ergibt sich die Erfüllung des einzelnen Kriteriums im Zusammenhang mit den anderen Kriterien sowie aufgrund einer individuellen Gewichtung.

Sofern die von der systemrelevanten Bank im Minimum nachzuweisenden und von der FINMA subsidiär anzuordnenden Massnahmen nach Art. 10a E-BankG betroffen sind und sich diese Massnahmen auf die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen in der Schweiz beziehen, wird kein Rabatt gewährt. Eine Rabattierung kommt hingegen in Betracht, soweit die ergriffenen Massnahmen die Verbesserung der „Resolvability“ der Gesamtbank zur Folge haben. Zur Erreichung dieses Zwecks kann die Bank Vorkehrungen treffen, die den der FINMA nach Art. 10a E-BankG zur Verfügung stehenden Massnahmen entsprechen. Darüber hinaus ist eine Reihe von Vorkehrungen der Bank denkbar, wie zum Beispiel die Verringerung der Ab-

hängigkeiten und Ansteckungsrisiken innerhalb des Konzerns. Ein Mittel dazu kann die Schaffung von mehr Transparenz und verursachergerechter Kostenallokation im Bereich der konzerninternen Finanzierung (Funding) sein. Im Weiteren können beispielsweise Massnahmen im Bereich der Reduktion des sogenannten faktischen Bestandszwangs im Konzern sowie der Reduktion des Risikos des Beschlags von Aktiven durch ausländische Aufsichts- und Konkursbehörden ergriffen werden. Von ausländischen Aufsichtsbehörden angeordnete Massnahmen können je nach Umfang und Zweck berücksichtigt werden, insbesondere bei Verbesserungen der allgemeinen „Resolvability“ im Rahmen des internationalen Sanierungs- und Insolvenzrechts sowie durch gleichwertige „bail-in“-Konzepte oder -Instrumente.

2.1.6 Weiterführung systemrelevanter Funktionen (Art. 10a E-BankG)

Zentraler Sinn und Zweck der Vorlage ist es, wie schon mehrfach betont, dass systemrelevante Banken ihre für das System relevanten Funktionen auch im Fall drohender Insolvenz fortführen können. Es ist daher folgerichtig, wenn die FINMA – selbstverständlich nach Massgabe des Subsidiaritätsprinzips – in die Lage zu versetzen ist, die notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn eine Bank nicht nachweist, dass sie die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen für den Fall drohender Insolvenz gewährleisten kann. Vor einer Entscheidung über entsprechende Massnahmen hat die FINMA die SNB anzuhören. Auch hier sind die Verfügungen der FINMA mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 53 und 54 FINMAG).

In Absatz 2 werden die möglichen Massnahmen der FINMA konkretisiert, womit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit im Sinne einer hinreichenden Konkretisierung und Vorhersehbarkeit Rechnung getragen wird. So kann die FINMA insbesondere anordnen, dass die Bank Vorbereitungen zur Bildung eines unabhängigen Rechtsträgers in der Schweiz treffen muss, in dem die systemrelevanten Funktionen weitergeführt werden können. Eine solche „Brücken- oder Übergangsbank“ ist nicht auf Dauer ausgelegt. Sie dient vielmehr dazu, innerhalb einer bestimmten, in der Regel überschaubaren Frist, z.B. 2 Jahre, die dort zusammengeführten Funktionen in eine tragfähige und dauerhafte Lösung zu überführen oder aber, wenn dies nicht gelingt, geordnet abzuwickeln. Die diesem Rechtsträger von der FINMA zu erteilende Bewilligung kann daher – seinem Zweck entsprechend – durchaus befristet erteilt werden.

Ferner müssen die systemrelevante Infrastruktur sowie die Erbringung der systemrelevanten Dienstleistungen sichergestellt werden. Dies kann die FINMA sicherstellen, indem sie die Auslagerung dieser Bereiche in eine zentral geführte Gesellschaft innerhalb des Konzerns oder in eine separate Einheit ausserhalb des Konzerns anordnet. Ziel ist hierbei die Krisen- und Insolvenzbeständigkeit dieser Einheit aufgrund ihrer Unabhängigkeit von der Restgesellschaft.

Der Auslagerung der systemrelevanten Funktionen muss eine funktionale Entflechtung der sie betreffenden Beziehungen innerhalb des Konzerns vorangehen. So kann die FINMA insbesondere die konzerninternen Garantien und Finanzierungen beschränken. Ausserdem steht ihr die Anordnung der rechtlichen und operativen Strukturierung der Bank entlang ihrer Geschäftsbereiche sowie der Herbeiführung weitgehender geografischer Kongruenz von Aktiven und Passiven zur Verfügung, soweit damit die Möglichkeit zur Auslagerung und separaten Weiterführung der systemrelevanten Funktionen günstig beeinflusst wird. Insbesondere kann angeord-

net werden, dass die Pfand- und Sicherungsrechte in der Schweiz belegen sind und die Durchsetzung der Verträge durch die Wahl des Gerichtsstands Schweiz und der Wahl Schweizer Rechts vereinfacht wird. Wird eine entsprechende Vereinheitlichung der Verträge, insbesondere der Kreditverträge angeordnet, begünstigt dies die Übertragbarkeit der systemrelevanten Funktionen auf einen neuen Rechtsträger.

Die Aufzählung ist nicht abschliessend, was durch das Wort „insbesondere“ zum Ausdruck gebracht wird. Die FINMA kann demnach gestützt auf diese Bestimmung auch weitere, nicht genannte Massnahmen ergreifen, wobei sie sich an der Zweckbestimmung (Art. 7 Abs. 2 E-BankG) und dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu orientieren hat. Insbesondere dürfen die Vorgaben in ihrer Intensität nicht über diejenigen hinausgehen, die in Art. 10a Abs. 2 E-BankG erwähnt werden.

Aus Sicht des Systemschutzes von besonderer Bedeutung sind die gegenwärtig im Parlament beratenen Vorschläge zum Bankinsolvenzrecht (Vorlage 10.049). So kann die FINMA gemäss Art. 30 E-BankG die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen anordnen, womit die gesetzliche Grundlage zur hoheitlichen Anordnung der Ausgliederung systemrelevanter Funktionen erst ermöglicht wird. Verschiedene Problembereiche, wie etwa die Gläubigeranfechtungsklagen, welche die Übertragung systemrelevanter Funktionen in eine Brückenbank gefährden könnten, lassen sich durch eine Anpassung der Bestimmungen im Bankenkonzernrecht mildern.

2.1.7 Eingriff in Vergütungssysteme (Art. 10b E-BankG)

2.1.7.1 Massnahmenpflicht bei staatlicher Beihilfe

Wird einer systemrelevanten Bank trotz Umsetzung der besonderen aufsichtsrechtlichen Anforderungen staatliche Beihilfe gewährt, ordnet der Bundesrat – solange die Unterstützung gewährt wird – gleichzeitig Massnahmen beim Vergütungssystem der Bank an. Die Regulierung betrifft ausschliesslich Staatshilfe aus Bundesmitteln. Diese Unterstützung schliesst direkte finanzielle Beiträge des Bundes, wie z. B. ein Darlehen, einen Überbrückungskredit, den Kauf einer Pflichtwandelanleihe oder von Aktien ein. Sie umfasst auch indirekte Massnahmen, z. B. in Form von Garantien oder den Kauf illiquider Aktiven.

Die Finanzierung kann sodann direkt aus Mitteln des Bundeshaushaltes erfolgen oder auch aus Mitteln von öffentlich-rechtlichen oder spezialgesetzlichen Einrichtungen des Bundes, wie z. B. der SNB.

Die Formulierung stellt klar, dass bei Gewährung von staatlicher Hilfe Massnahmen hinsichtlich der Vergütungssysteme der betroffenen systemrelevanten Bank angeordnet werden müssen. Es handelt sich nicht um eine Kann-Vorschrift. Die Massnahmen müssen zudem für die gesamte Zeitspanne der staatlichen Unterstützung greifen.

2.1.7.2 Art der Massnahmen

Im zweiten Absatz werden im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung zwei mögliche bundesrätliche Massnahmen genannt. Insbesondere kann der Bundesrat variable Lohnanteile gänzlich verbieten, während die betroffene Bank Staatshilfe beansprucht (Bst. a). So könnte der Bundesrat bspw. Die Auszahlung variabler Vergütungsanteile an eine längerfristige Entwicklung der wirtschaftlichen Lage der Bank knüpfen. Als weitere Massnahme kann auch eine Anpassung des Vergütungs-

systems der systemrelevanten Bank angeordnet werden (Bst. b). Die Bestimmung verdeutlicht, dass der Umfang der zur Verfügung gestellten staatlichen Mittel und die Auszahlung von Vergütungen aneinander gekoppelt sind: Eine systemrelevante Bank soll variable Vergütungen nicht mit staatlichen Mitteln finanzieren können. Diese Anordnungen werden im Rahmen der Vereinbarung über die Staatshilfe mit der betroffenen Bank zu treffen sein.

2.1.7.3 Vorbehalt in Vergütungsvereinbarungen

Der Vorbehalt, den systemrelevante Banken in ihre Vergütungsvereinbarungen aufzunehmen haben, dient der Durchsetzung der Massnahmen gemäss Absatz 2. Er bewirkt, dass Banken diesen Massnahmen nicht vertragliche Vereinbarungen zu variablen Vergütungen entgegenhalten können, die sie vorgängig mit ihren Mitarbeitern abgeschlossen haben.

2.2 6. Abschnitt: Zusätzliches Gesellschaftskapital

2.2.1 Allgemeines

Mit dem Vorrats- und Wandlungskapital werden den Banken im neuen 6. Abschnitt des Bankengesetzes über das „zusätzliche Gesellschaftskapital“ neue Kapitalinstrumente zur Verfügung gestellt. Das Vorratskapital ist an das genehmigte Kapital gemäss Art. 651 ff. des Obligationenrechts, das Wandlungskapital an das bedingte Kapital gemäss Art. 653 ff. des Obligationenrechts angelehnt. Beide Kapitalarten zeichnen sich im Vergleich zum genehmigten bzw. bedingten Kapital durch ein engeres Einsatzspektrum und eine erweiterte Delegationskompetenz zugunsten des Verwaltungsrates aus, damit im Krisenfall rasch und einfach neues Kapital aufgenommen werden kann.

Durch Verwendung privatrechtlicher Instrumente wird sichergestellt, dass der Markt seine Funktionen wahrnehmen kann. So können kotierte bedingte Pflichtwandelanleihen eine laufende Beurteilung des betreffenden Finanzinstituts durch den Markt liefern, was für die frühzeitige Erkennung von Krisen wertvoll werden kann.

Als Sonderbestimmungen für Banken enthalten die Art. 11 – 13 E-BankG primär die notwendigen Anpassungen im Verhältnis zu den aktienrechtlichen Kapitalinstrumenten. Die Höhe und die Anrechenbarkeit der Eigenmittel werden weiterhin durch die ERV des Bundesrates festgelegt und richten sich nach den besonderen Bestimmungen für systemrelevante Banken im 5. Abschnitt des Bankengesetzes. Mit dem Wandlungskapital werden Anleihegläubiger an einem Unternehmensverlust beteiligt, bevor Dritte haften und insbesondere der Staat eingreift.

2.2.2 Gemeinsame Bestimmungen (Art. 11 E-BankG)

2.2.2.1 Geltungsbereich

Sämtliche Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft können nach Absatz 1 von der Möglichkeit des zusätzlichen Kapitals Gebrauch machen. Auch nicht systemrelevante Banken erhöhen mit Vorrats- und Wandlungskapital ihre Krisenresistenz. Das Bedürfnis hierzu dürfte aber in erster Linie, wenn nicht sogar ausschliesslich bei den systemrelevanten Instituten vorhanden sein.

Banken haben die Eigenmittelvorschriften nicht nur auf Stufe Einzelinstitut, sondern auch auf Gruppen- bzw. Konglomeratsstufe zu erfüllen und sie unterstehen einer konsolidierten Aufsicht (Art. 4 BankG, Art. 6 ERV, Art. 11 bis 14 BankV). Diesen Grundsätzen entsprechend erweitert Absatz 2 die Anwendungsmöglichkeit des

Vorrats- und Wandlungskapitals auf Konzernobergesellschaften einer Finanzgruppe oder eines Finanzkonglomerates. Diese Gesellschaften können das Vorrats- und Wandlungskapital verwenden, auch wenn sie selbst keine Bank im Sinne des Bankengesetzes sind. Aufgrund des Bezugs des zusätzlichen Gesellschaftskapitals zu den Eigenmittelvorschriften ist zudem nicht von vornherein ausgeschlossen, dass in Ausnahmefällen – soweit es die Eigenmittelvorschriften erlauben – auch weitere Gruppengesellschaften, die nicht Banken sind, aber für die Erfüllung der Eigenmittelanforderungen auf Gruppenstufe relevant sind, auf das Vorrats- und Wandlungskapital Rückgriff nehmen können.

2.2.2.2 Verwendungszweck des zusätzlichen Gesellschaftskapitals

Entsprechend der Konzeption sind die Bestimmungen zu genehmigtem Kapital bzw. bedingtem Kapital sinngemäss auf das Vorrats- bzw. das Wandlungskapital anwendbar (Art. 12 Abs. 6 E-BankG; Art. 13 Abs. 6 E-BankG). Die neue Kapitalkategorien ersetzen die bestehenden nicht: Banken können weiterhin bedingtes und genehmigtes Kapital schaffen, auch wenn deren Bedeutung bei Banken voraussichtlich sinken wird. Vorrats- und Wandlungskapital sollen den Banken nicht eine neue, flexiblere Möglichkeit zur Kapitalbeschaffung eröffnen. Vielmehr sind sie Instrumente, die in engem Zusammenhang zu den Eigenmittelanforderungen und zum Aufsichtsrecht stehen, was Absatz 3 zum Ausdruck bringt.

Es handelt sich dabei primär um eine qualitative Beschränkung, nach der die Kapitalerhöhung ihrer Wirkung nach zu einer Verbesserung der Eigenmitteldeckung führen muss. Ausgeschlossen sind somit beispielsweise Kapitalerhöhungen für eine Fusion oder Unternehmensübernahme. Eine quantitative Beschränkung besteht höchstens dann, wenn die Eigenmittel bereits wesentlich über den sinnvollen, risikogerechten Werten liegen.

2.2.2.3 Aufsichtsrechtliche Aspekte

Vorrats- und Wandlungskapital bleiben trotz ihres Bezuges zum Aufsichtsrecht primär privatrechtliche Instrumente. Dennoch muss sichergestellt werden, dass mit dem Vorrats- und Wandlungskapital die verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziele erreicht werden. Die staatliche Einflussnahme erfolgt über die Eigenmittelvorschriften, indem dort festgelegt wird, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang das Vorrats- und Wandlungskapital als regulatorisches Kapital angerechnet werden.

Die Ausgabe von bedingten Pflichtwandelanleihen betrifft vielfach auch ausländische Rechtsordnungen und Fremdwährungen. Den einzelnen Unternehmen muss daher inhaltlich eine möglichst grosse Freiheit gewährt und die Möglichkeit gelassen werden, die Wandelanleihen konkret nach ihren eigenen Bedürfnissen auszugestalten. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass die aufsichtsrechtlichen Ziele erreicht werden. Sinnvollerweise wird daher, wie bei den organisatorischen Massnahmen, ein funktionaler Ansatz gewählt, nach dem der Staat Ziele und Mindestvorgaben (z.B. hinsichtlich Tranchenbildung, zeitlicher Staffelung, Staffelung nach Auslösungsmechanismus) definiert und die Banken den Nachweis zu erbringen haben, dass das von ihnen ausgegebene Wandlungskapital diesen Anforderungen genügt.

2.2.3 Vorratskapital (Art. 12 E-BankG)

Das Vorratskapital bezweckt nicht, Kapital für den Sanierungsfall einer systemrelevanten Bank bereitzustellen. Es soll einer solchen Bank, welche noch kapitalmarktfähig ist, vielmehr gestatten, rasch, einfach und im erforderlichen Umfang eine Kapitalerhöhung durchzuführen. Sofern rechtzeitig Vorratskapital durch die Generalversammlung geschaffen wurde, steht dem Verwaltungsrat ein flexibles Instrument zur Verfügung, um bei einer sich abzeichnenden oder bereits eingetretenen signifikanten Verminderung des Kapitals einen raschen Wiederanstieg herbeizuführen.

2.2.3.1 Kompetenzen der Generalversammlung / Inhalt der Statuten

Die Bildung von Vorratskapital setzt nach Absatz 1 einen Generalversammlungsbeschluss und eine Statutenänderung voraus. Dadurch wird der Verwaltungsrat ermächtigt, gestützt auf das Vorratskapital eine Kapitalerhöhung durchzuführen und neue Aktien auszugeben.

Die Höhe des Vorratskapitals und die Dauer in welcher es gehalten werden muss, sind gesetzlich nicht beschränkt. Die Generalversammlung kann nach Absatz 2 und 3 jedoch Beschränkungen vorsehen, die in die Statuten aufzunehmen sind. Zulässig ist auch eine nachträgliche Beschränkung des Vorratskapitals. Dabei handelt es sich faktisch um einen Widerruf der Ermächtigung des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung.

Die Statuten haben sodann den Betrag der zu leistenden Einlagen, die Art der Aktien einschliesslich allfälliger Vorrechte, den Inhalt und Wert von besonderen Vorteilen sowie eine allfällige Beschränkung der Übertragbarkeit neuer Namenaktien zu enthalten. Die Generalversammlung kann die Festsetzung dieser Aspekte der Kapitalerhöhung an den Verwaltungsrat delegieren. Diese Delegation muss in den Statuten enthalten sein.

Der Beschluss über die Schaffung von Vorratskapital untersteht der einfachen Mehrheit. Nach Absatz 6 findet Art. 704 des Obligationenrechts keine Anwendung. Das zusätzliche Kapital darf nur im Zusammenhang mit den Eigenmittelvorschriften verwendet werden (Art. 11 Abs. 3 E-BankG). Damit entfällt die Notwendigkeit und Rechtfertigung des Minderheitenschutzes von Art. 704 des Obligationenrechts.

2.2.3.2 Kapitalerhöhung durch den Verwaltungsrat

Im Rahmen der Ermächtigung der Generalversammlung kann der Verwaltungsrat nach Absatz 4 das Aktienkapital erhöhen. Er erlässt dabei die notwendigen Bestimmungen. Insbesondere die Festsetzung des Nennbetrages der Erhöhung, der Anzahl und des Nennwerts der neuen Aktien sowie des Ausgabebetrages liegen in der Kompetenz des Verwaltungsrates.

Der Verwaltungsrat entscheidet im Rahmen der Ermächtigung durch die Generalversammlung selbständig, ob, wann und in welchem Ausmass das Aktienkapital erhöht wird. Er ist dabei an den in Art. 11 Abs. 3 E-BankG festgelegten Zweck des Vorratskapitals gebunden. Eine Kapitalerhöhung gestützt auf Vorratskapital darf nur zur Stärkung der Eigenkapitalausstattung verwendet werden

Musste gestützt auf das Vorratskapital eine Kapitalerhöhung vorgenommen werden, stellt sich die Frage, ob und wie das „genehmigte“ Vorratskapital wieder erhöht werden muss.

Das Vorratskapital bleibt im Gegensatz zum genehmigten Kapital trotz Kapitalerhöhung gleich hoch, wird also nicht „aufgebraucht“; Nach Absatz 6 ist die Anwendbarkeit von Art. 651a Abs. 1 des Obligationenrechts vielmehr ausgeschlossen. Eine allfällige betragsmässige Beschränkung hat somit allein die Funktion, den einzelnen Erhöhungsschritt zu beschränken. Auch dies ergibt sich aus dem Zweck des Vorratskapitals. Die Notwendigkeit eines neuen Einführungsbeschlusses durch die Generalversammlung stünde im Widerspruch zum Zweck der schnellen weiteren Erhöhung des Kapitals in einer Krise.

2.2.3.3 Bezugsrechtsausschluss

Nach Absatz 5 weist den Entscheid über den Ausschluss des Bezugsrechts der bisherigen Aktionäre von vornherein dem Verwaltungsrat zu, um das im Krisenfall notwendige Kapital rasch und vollständig aufnehmen zu können. Die Interessen der Aktionäre werden durch das Erfordernis wichtiger Gründe für den Ausschluss geschützt

Da das Vorratskapital nur zur Stärkung der Eigenmittel verwendet werden darf, sind die in Art. 652b Abs. 2 des Obligationenrechts genannten Beispiele – die Übernahme von Unternehmensteilen oder die Beteiligung von Arbeitnehmern – nicht einschlägig. Demgegenüber können kapitalmarktrechtliche Überlegungen einen Bezugsrechtsausschluss rechtfertigen. Namentlich die rasche und reibungslose Platzierung der neuen Aktien im internationalen Umfeld oder die Tatsache, dass die Aktien einem neuen Investor unverzüglich und friktionslos ausgegeben werden müssen, um sicherzustellen, dass die Kapitalerhöhung gelingt, können einen wichtigen Grund darstellen. Der Bezugsrechtsausschluss ist zulässig, wenn er durch ein qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt und zur Erreichung des Zieles erforderlich ist, der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre beachtet wird und er dem Prinzip der schonenden Rechtsausübung genügt.

Bei einem zulässigen Bezugsrechtsausschluss darf grundsätzlich keine Kapitalverwässerung eintreten. Gleichzeitig muss der besonderen (Krisen-)Situation Rechnung getragen werden. Deshalb sind die neuen Aktien zu Marktbedingungen auszugeben. Ein Abschlag ist aber zulässig, soweit er mit Blick auf die rasche und vollständige Platzierung im Interesse der Gesellschaft. Mit dieser Formulierung verweist Absatz 5 hinsichtlich des Ausgabepreises auf den gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessensspielraum des Verwaltungsrates und konkretisiert so das Prinzip des Geschäftsermessens.

Mit dem Verweis auf die Marktbedingungen wird der Möglichkeit Rechnung getragen, dass ein negatives Marktumfeld, die Problematik der Platzierung einer grossen Tranche oder das negative Signal des Rückgriffs auf Vorratskapital den Ausgabepreis drücken können. Zusätzlich wird klargestellt, dass eine vollständige und rasche Platzierung der Titel unter Umständen einen bedeutenden Abschlag gegenüber dem vorangehenden Börsenkurs bedingen kann. Der Verwaltungsrat muss sicherstellen können, dass die Platzierung auf Antrieb gelingt, was eine Art „Sicherheitsmarge“ und damit einen weiteren Abschlag rechtfertigen kann. Ein Reputationsschaden durch die nicht vollständige Platzierung der neuen Aktien wäre in einer solchen Situation kontraproduktiv.

2.2.4 Wandlungskapital (Art. 13 E-BankG)

2.2.4.1 Konzept

Mit Wandlungskapital soll die Erhöhung der Eigenmittel nach Art. 9 Abs. 2 Bst. a E-BankG möglichst wettbewerbsneutral ermöglicht werden, indem die Bank damit potenziell eigenkapitalersetzendes Fremdkapital aufnehmen kann. Mit der Ausgabe von bedingten Pflichtwandelanleihen („CoCos“) oder Abschreibungsinstrumenten („Write Off-Bonds“) bleiben die Fremdfinanzierungsmöglichkeiten und die damit verbundenen Vorteile erhalten. In der Krise bewirkt die Wandlung, dass die Verschuldung verringert. Durch den Wegfall von Zins- und Tilgungszahlungen wird auch die Liquiditätslage der Bank verbessert wird.

Der Hauptunterschied zu bedingtem Kapital besteht im Wandlungsmechanismus. Bedingtes Kapital gewährt den Gläubigern ein Wandlungsrecht, mit dem sie an künftigen Aktienkurssteigerungen teilhaben können. Das Optionselement der klassischen Wandelanleihe stellt einen eigenständigen Vermögenswert dar. Demgegenüber tritt die Wandlung bei den CoCos unabhängig vom Einfluss der Gläubiger ein, sobald der Triggerpunkt erreicht ist.

Den CoCo-Investoren werden in einer Unternehmenskrise Kosten übertragen, die sonst Dritte – möglicherweise auch der Staat – zu tragen hätten. Während Fremdkapitalgeber normalerweise nur im Konkurs- oder Sanierungsfall Einbussen erleiden, fällt die Forderung von Gläubigern von bedingten Pflichtwandelanleihen im Krisenfall weg. Sie wird durch Anteilsscheine ersetzt oder abgeschrieben.

Im Übrigen könnten CoCos auch Verwendung finden im Rahmen von Vergütungsprogrammen für das Unternehmensmanagement von systemrelevanten Banken. Dadurch werden die Entscheidungsträger an Unternehmensverlusten direkt beteiligt.

Da mit dem Wandlungskapital in erster Linie aufsichtsrechtliche Ziele verfolgt werden, rechtfertigt es sich, dass die Banken die Ausgabebedingungen für zusätzliches Gesellschaftskapital vorgängig der FINMA zur Genehmigung zu unterbreiten (vgl. Abs. 8).

2.2.4.2 Kompetenzen der Generalversammlung / Inhalt der Statuten

Das Wandlungskapital umfasst zwei Kapitalinstrumente: Einerseits wandeln die Instrumente bei Eintritt eines bei der Ausgabe festgelegten Auslösungsereignisses in Aktien oder Partizipationsscheine der Gesellschaft („CoCos“). Andererseits können sie mit gleichwertiger Wirkung abgeschrieben werden („Write-offs“). Die Einführung von Wandlungskapital bedarf nach Absatz 1 und 3 eines Beschlusses durch die Generalversammlung, der den Verwaltungsrat ermächtigt, für den Fall einer finanziellen Krise des Unternehmens bedingte Pflichtwandelanleihen auszugeben.

Wandlungskapital ist aufgrund des Einsatzzweckes in einer Krise grundsätzlich in unbeschränktem Umfang zulässig. Die Generalversammlung darf nach Absatz 2 allerdings die Höhe des Wandlungskapitals beschränken, wobei diese Beschränkung nach Absatz 3 in die Statuten aufzunehmen ist.

Weiter liegt es in der Kompetenz der Generalversammlung, im Falle einer Wandlung in Aktien die Art der Aktien, einschliesslich allfälliger Vorrechte, eine allfällige Beschränkung der Übertragbarkeit der Aktien sowie die Grundlagen, nach denen der Ausgabebetrag zu berechnen ist, festzusetzen. Stattdessen kann nach Absatz 3 die Generalversammlung in den Statuten die Kompetenz zur Festsetzung dieser Aspekte auch an den Verwaltungsrat delegieren

2.2.4.3 Kompetenzen des Verwaltungsrates

Im Rahmen seiner Ermächtigung durch die Generalversammlung kann der Verwaltungsrat nach Absatz 4 bedingte Pflichtwandelanleihen oder ähnliche Kapitalinstrumente ausgeben. Das Wandlungskapital kennzeichnet sich im Vergleich zum bedingten Kapital nach dem Obligationenrecht durch eine wesentliche Kompetenzverschiebung von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat. Dies wird dadurch noch verstärkt, weil die Generalversammlung die ihr verbleibenden Entscheidungsbefugnisse nach Absatz 3 zu einem grossen Teil zusätzlich an den Verwaltungsrat delegieren kann. Die konkrete Ausgestaltung der bedingten Pflichtwandelanleihen ist somit nach Absatz 4 weitgehend Aufgabe des Verwaltungsrates. Soweit die bedingten Pflichtwandelanleihen aber als Eigenmittel angerechnet werden sollen, müssen die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllt werden.

Der Verwaltungsrat hat nach Absatz 4 zu entscheiden, ob, wann und wie viele bedingte Pflichtwandelanleihen ausgegeben werden und ob und wie diese in verschiedene Tranchen aufgliedert werden. Die Aufnahme wird aus markttechnischen Gründen gestaffelt erfolgen. Den Bedürfnissen des Marktes entspricht auch die Ausgabe von Anleihen mit unterschiedlichen Laufzeiten. Der Verwaltungsrat hat ebenfalls nach Absatz 4 auch das Auslösungsereignis, bzw. bei mehreren Tranchen die Auslösungsereignisse festzulegen, bei denen die Anleihen in Aktien gewandelt werden. Der grundsätzlich weite Gestaltungsspielraum des Verwaltungsrats findet darin seine Grenze, dass die Wandlung nur von einem objektiv feststellbaren Ereignis abhängig gemacht werden kann, nicht aber etwa vom Willen eines Gläubigers (vgl. Abs. 1).

Der Verwaltungsrat hat bei der Ausgabe der bedingten Pflichtwandelanleihen schliesslich das Wandlungsverhältnis festzulegen. d.h. er muss bestimmen, was die Gläubiger im Falle einer Wandlung als Gegenleistung erhalten.

Schliesslich muss festgelegt werden, in welchem Umfang ausgegebene Anleihen im Falle des Eintrittes des Auslösungsereignisses gewandelt werden. Das Gesetz überlässt auch diesen Entscheid dem Verwaltungsrat.

Nicht zuletzt hat der Verwaltungsrat nach Absatz 4 auch den Ausgabebetrag zu bestimmen oder, sollte dieser nicht als konkrete Zahl festgelegt werden, die Regeln, nach denen er bestimmt wird. Wird das Bezugsrecht ausgeschlossen, ist Absatz 5 zu beachten, wonach die bedingten Pflichtwandelanleihen grundsätzlich zu Marktbedingungen zu platzieren sind. Insbesondere bei der Wiederaufnahme von Wandlungskapital nach einer Wandlung können aber die Umstände einen Abschlag rechtfertigen.

Die FINMA prüft, ob die bedingte Pflichtwandelanleihe bzw. das Wandlungskapitalprogramm so ausgestaltet ist, dass die Eigenmittelvorschriften eingehalten werden.

2.2.4.4 Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts

Ähnlich wie Art. 12 Abs. 5 E-BankG (Vorratskapital) sieht Art. 13 Abs. 5 E-BankG beim Wandlungskapital eine generelle Delegation des Entscheides über den Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts an den Verwaltungsrat vor. Dies dient der Klarstellung, weil die bedingten Pflichtwandelanleihen präventiv ausgegeben werden und deshalb eine generelle Delegation des Entscheides über den Entzug des Vorwegzeichnungsrechtes an den Verwaltungsrat nicht zwingend wäre. Das Vor-

wegzeichnungsrecht ist in der Praxis ohnedies kaum relevant; der Entscheid über den Entzug wird meist an den Verwaltungsrat delegiert.

Für den Entzug des Vorwegzeichnungsrechts durch den Verwaltungsrat muss ein wichtiger Grund, mithin ein qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft vorliegen. Dies orientiert sich am Zweck des Wandlungskapitals, bei schlechtem Geschäftsgang einen Zugewinn an Haftungsmasse auszulösen. Die Ausgabe von bedingten Pflichtwandelanleihen sollte im Normalfall keine Verwässerung des Aktienkapitals zur Folge haben. Zum geringeren Risiko einer Benachteiligung der Aktionäre kommt ein umso ausgeprägteres Interesse der Gesellschaft an der reibungsfreien Aufnahme solchen Kapitals hinzu. Wegen der limitierten wirtschaftlichen Bedeutung der Optionskomponente hätten Vorwegzeichnungsrechte einen sehr geringen Wert. Der Aufwand für Zuteilung und Handel von Vorwegzeichnungsrechten stünde deshalb in keinem Verhältnis zum weitgehend inexistenten Schutzbedürfnis auf Seiten der Aktionäre. Vor diesem Hintergrund wird der Entzug des Vorwegzeichnungsrechts bei bedingten Pflichtwandelanleihen regelmässig gerechtfertigt, wenn nicht sogar geboten sein. Von einer generellen gesetzlichen Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechts wird abgesehen, um atypischen Ausgestaltungsformen Rechnung zu tragen.

Die Haftung der Beschluss- und Ausführungsorgane richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen des Aktienrechts. Es hat – analog zur Bestimmung beim Vorratskapital – bei Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts die Ausgabe der bedingten Pflichtwandelanleihen grundsätzlich zu Marktbedingungen zu erfolgen. Damit sind nicht die Bedingungen am Markt der Aktien, sondern am Markt für die bedingten Pflichtwandelanleihen im Platzierungszeitpunkt gemeint. Ein Abschlag ist aber zulässig, soweit er mit Blick auf eine rasche und vollständige Platzierung im Interesse der Gesellschaft liegt (Art. 13 Abs. 5 Satz 2 und 3 E-BankG).

2.2.4.5 Erhöhung des Wandlungskapitals nach seiner Verwendung

Im Gegensatz zum Vorratskapital erfolgt die Ausgabe von bedingten Pflichtwandelanleihen nicht primär in einer Krise, sondern soll vielmehr, um vorher einen Sicherheitspuffer schaffen. Entsprechend setzt die Wiedererhöhung nach der Wandlung einen erneuten Beschluss der Generalversammlung voraus. Um nach der Wandlung einer Tranche nicht von der Generalversammlung abhängig zu sein, kann der Verwaltungsrat von der Ermächtigung zur Ausgabe von Wandlungskapital nicht vollumfänglich Gebrauch machen. Damit schafft er eine Art „Vorratswandlungskapital“.

2.2.4.6 Unverzügliche Eintragung im Handelsregister

Im Gegensatz zum Konzept des bedingten Kapitals, das über einen längeren Zeitraum „tröpfchenweise“ durch entsprechende Erklärungen der einzelnen Investoren aufgebaut wird, wird das Wandlungskapital nach Art. 13 E-BankG in der Regel „uno actu“ geschaffen. Nach Absatz 6 dieser Bestimmung ist – aus Gründen der in Krisenzeiten besonders wichtigen Rechtssicherheit im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung – der Feststellungsbeschluss nach Art. 653g des Obligationenrechts unverzüglich im Handelsregister einzutragen. Daraus ergibt sich, dass die vorbereitenden Handlungen wie die Prüfungsbestätigung nach Art. 653f des Obligationenrechts sowie die öffentliche Urkunde nach Art. 653g des Obligationenrechts für den Handelsregistereintrag ebenfalls unverzüglich erstellt werden müssen. Der Abschluss des Geschäftsjahres kann nicht abgewartet werden.

2.3 Änderung bisherigen Rechts

2.3.1 Obligationenrecht

Bei den Änderungen im Obligationenrecht handelt es sich um Vorbehalte beim genehmigten Kapital (Art. 651 OR) und beim bedingten Kapital (Art. 653 OR). Sie werden wegen der vorliegend vorgeschlagenen neuen Vorschriften im Bankengesetz zum zusätzlichen Gesellschaftskapital notwendig.

2.3.2 Bundesgesetz über die Stempelabgaben

Die Änderungen im Bundesgesetz vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10) betreffen einerseits die ausnahmslose Aufhebung der Emissionsabgabe auf Obligationen (Fremdkapital) und andererseits die gesonderte Befreiung der aus Wandlungskapital begründeten oder erhöhten Beteiligungsrechte (Eigenkapital). Mit der Änderung im Bereich des Fremdkapitals soll dieses wieder wie vor der Änderung des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 (AS 1993 222) behandelt werden. Im Bereich des Eigenkapitals soll eine neue Ausnahmebestimmung aufgenommen werden.

2.3.3 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer

Mit dem Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (VStG; SR 642.21) sollen, zusammen mit Massnahmen auf dem Gebiet der Stempelabgaben (Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital) zum einen steuerliche Hindernisse bei der Finanzierung von Fremdkapital beseitigt und zum ändern die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Obligationenmarkts erhöht werden.

Bei der Verrechnungssteuer sehen die vorgeschlagenen steuerlichen Massnahmen die Einführung des Grundsatzes der Erhebung einer Verrechnungssteuer in Höhe von 35% auf den Erträgen von Obligationen und Geldmarktpapieren durch eine inländische Zahlstelle vor, wenn der wirtschaftlich Berechtigte eine im Inland ansässige natürliche Person ist (Art. 4 Abs. 1 Bst. a) oder wenn eine Zahlung an eine Adresse in einem Staat erfolgt, mit welchem die Schweiz kein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung abgeschlossen hat (Art. 4 Abs. 1 Bst a^{bis}). Diese Vorschläge ändern nichts am Sicherungszweck der Verrechnungssteuer. Die Vorlage verleiht beispielsweise der Steuererhebung keinen Abgeltungscharakter. Hingegen bringen die geplanten steuerlichen Massnahmen beim Steuererhebungsverfahren, das bisher auf dem «Schuldnerprinzip» beruhte, eine Neuerung mit sich. Die Pflicht zur Erhebung der Verrechnungssteuer auf Erträgen von Obligationen und Geldmarktpapieren wird nicht mehr dem Leistungsschuldner (Emittent der Obligationenanleihe) obliegen, sondern neu einer inländischen Zahlstelle. Das Zahlstellenprinzip ist der Schweizer Rechtsordnung nicht unbekannt, da es bereits nach Artikel 6 des Abkommens vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (ZBstA; SR 0641.926.81), definiert und angewendet wird. Auch die im Oktober 2010 beschlossene Aufnahme von Verhandlungen mit Deutschland und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien im Hinblick auf die Einführung des Prinzips einer Abgeltungssteuer auf den Kapitalerträgen beruht auf dem Grundsatz der Errichtung einer Zahlstelle.

Die in Betracht gezogenen Änderungen der Bestimmungen des VStG beschränken sich demnach auf folgende vier Punkte:

1. Steuerobjekt;
2. Erhebung einer reduzierten Steuer, wenn die wirtschaftlich berechtigte Person eine im Inland ansässige natürliche Person ist oder die Zahlung an eine Adresse in einem Staat erfolgt, mit welchem die Schweiz kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat;
3. Steuererhebung durch eine inländische Zahlstelle;
4. Einführung punktueller Bestimmungen zum Steuererhebungsverfahren.

Eine Übergangsbestimmung regelt zudem die steuerliche Behandlung jener Anleihen, die ausländische Konzerngesellschaften mit Garantie der Schweizer Muttergesellschaft vor Inkrafttreten der Änderung des VStG begeben haben.

2.3.3.1 Steuerobjekt

Mit der Erhebung einer Verrechnungssteuer soll sichergestellt werden, dass die der Einkommenssteuer unterliegenden Einkommen deklariert werden, sowie dass Steuerhinterziehung und Steuerbetrug bekämpft werden (Funktion des Sicherungszwecks). Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a VStG sind derzeit nur die Erträge von inländischen Obligationen verrechnungssteuerpflichtig. Der Begriff der Obligation ist in Artikel 15 der Verordnung vom 19. Dezember 1966 über die Verrechnungssteuer (VStV; SR 642.211) definiert. Auch Artikel 4 Absatz 3 und 5 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10) enthält eine Definition der Begriffe Obligationen und Geldmarktpapiere.

Mit der Änderung von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a wird das Steuerobjekt auf die Erträge von in- und ausländischen Obligationen (und Geldmarktpapieren) ausgedehnt, wenn die wirtschaftlich berechtigte Person eine in der Schweiz ansässige natürliche Person ist.

Angestrebt wird in erster Linie eine Stärkung des Sicherungszwecks der Verrechnungssteuer. Infolgedessen geht es zum einen darum sicherzustellen, dass das Verrechnungssteuerobjekt in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11) fällt und insbesondere mit Artikel 20 Absatz 1 Buchstaben a und b DBG übereinstimmt, der alle Zinsen aus Obligationen sowie die Einkünfte aus der Veräusserung oder Rückzahlung von Obligationen mit überwiegender Einmalverzinsung als Erträge aus beweglichem Vermögen besteuert. Zum andern geht es darum, die Möglichkeit einzuschränken, Depots und Guthaben, auf welche die Erträge inländischer Obligationen eingezahlt werden, zwecks Umgehung der Verrechnungssteuer in Nicht-DBA-Staaten zu überweisen (vgl. Ziffer 2.3.4.2). Deshalb wird im Rahmen der geplanten Massnahmen vorgeschlagen, in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a^{bis} neu die Besteuerung der Erträge von inländischen Obligationen (und Geldmarktpapieren) zu verankern, wenn die Zahlung an eine Zahlstelle oder eine Person in einem Nicht-DBA-Staat erfolgt. Mit der Emission inländischer Obligationen gleichgesetzt wird die Emission durch eine ausländische Gesellschaft, die einem Schweizer Konzern gehört, und die durch die Schweizer Muttergesellschaft garantiert wird. Dass die Besteuerung der Erträge von im Ausland emittierten Obligationen ausgeschlossen wird, erklärt sich dadurch, dass die Schweizer Steuerhoheit grundsätzlich durch die Gebietshoheit begrenzt ist. Bei den im Ausland emittierten Obligationen fehlt sowohl bei der Quelle des Ertrags als auch beim Empfänger dieses Ertrags im Ausland eine ausrei-

chende Beziehung zur Schweiz. Die Beschränkung auf Erträge aus schweizerischen Quellen hat allerdings zur Folge, dass der Sicherungszweck nur teilweise erreicht wird.

2.3.3.2 Erhebung einer reduzierten Steuer

Erhebung einer reduzierten Steuer, wenn die wirtschaftlich berechnete Person eine in der Schweiz ansässige natürliche Person ist oder wenn die Zahlung an eine Zahlstelle oder eine Person in einem Staat erfolgt, mit dem die Schweiz kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat.

Heute unterstehen die Erträge von inländischen Obligationen und Geldmarktpapieren ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers der Verrechnungssteuerpflicht (Art. 14 Abs. 1 VStG). Die Vorlage möchte auf diesen Erträgen eine reduzierte Steuer erheben, wenn die wirtschaftlich berechnete Person eine in der Schweiz ansässige natürliche Person ist. Denn das ist die Kategorie von Personen, bei der der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer seine Wirkung entfalten muss. Der Begriff wirtschaftlich berechnete Person umfasst den wirtschaftlichen und den Endempfänger der Leistung, das heisst jede Person, der der steuerbare Ertrag zugewiesen werden muss. Zu den wirtschaftlich Berechneten gehört auch die Person, die nach Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe a betreffend die Rückerstattung der Verrechnungssteuer ein «Recht zur Nutzung des den Ertrag abwerbenden Vermögenswerts» hat, sowie der im internationalen Recht gebräuchliche «wirtschaftlich Berechnete».

Bei den juristischen Personen erfüllt bereits die Pflicht zur Führung einer ordnungsgemässen Buchhaltung diesen Sicherungszweck. Ausserdem sind die institutionellen Anleger von der Einkommens- und Gewinnsteuerpflicht befreit (Art. 56 Bst. e DBG und Art. 23 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [STHG; SR 642.14]), so dass der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer in diesen Fällen hinfällig ist.

Die im Ausland ansässigen natürlichen Personen und die juristischen Personen mit statutarischem Sitz im Ausland sind grundsätzlich in der Schweiz nicht steuerpflichtig (vorbehaltlich einer wirtschaftlichen Zugehörigkeit). Gemäss den laut Doppelbesteuerungsabkommen anwendbaren Ausscheidungsregeln obliegt es grundsätzlich dem Ansässigkeitsstaat des Empfängers, die durch eine im anderen Vertragsstaat ansässige Gesellschaft zu bezahlenden Zinsen zu besteuern (Art. 11 Abs. 1 des OECD-Musterabkommen auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen [OECD-Musterabkommen]). Eine Ausnahme bleibt jedoch insofern bestehen, als der Quellenstaat der Zinsen ein beschränktes Besteuerungsrecht behält, das 10 Prozent des Bruttobetrags nicht übersteigen darf, wenn der Nutzungsberechtigte eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person ist (Art. 11 Abs. 2 OECD-Musterabkommen). Auch das Zinsbesteuerungsabkommen sieht grundsätzlich einen Abzug an der Quelle bei denjenigen Zinsen vor, die von einer inländischen Zahlstelle an natürliche Personen entrichtet werden, welche in der Europäischen Union ansässig sind (bzw. die Möglichkeit der Vermeidung dieses Abzugs mit Hilfe einer freiwilligen Deklaration). Der Abzug an der Quelle ersetzt somit die Erhebung der Verrechnungssteuer von dieser Kategorie von Personen. Dies bedeutet, dass künftig auch Zinsen auf Obligationen und Geldmarktpapieren aus Schweizer Quellen der EU-Zinsbesteuerung unterliegen. *Der neue Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a VStG grenzt somit den Geltungsbereich und die Steuererhebung auf die in der Schweiz ansässigen natürlichen Personen ein.* Die Steuer wird zurückerstattet, wenn die Einkünfte in der Steuererklärung ordentlich deklariert werden.

Ein weiteres Ziel der Änderungsvorschläge ist es, Massnahmen zu verhindern, die der Umgehung der Steuer dienen könnten. Insbesondere die Errichtung eines Offshore-Vehikels zwischen der inländischen Zahlstelle und der in der Schweiz ansässigen natürlichen Person oder einer in einem Nicht-DBA-Staat ansässigen Zahlstelle könnte diese Absicht jedoch unterlaufen. In Ermangelung eines Doppelbesteuerungsabkommens kann nämlich keine Amtshilfe angefordert werden, um Informationen über die allfällige wirtschaftlich berechnete Person zu erhalten. Ausserdem wird die Verankerung eines Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe a^{bis} angeregt, der solchen Situationen vorbeugen soll. Wird der Ertrag einer Adresse (z.B. Bank, natürliche oder juristische Person) in einem Staat zugewiesen, mit dem die Schweiz kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat, so obliegt die Pflicht zur Erhebung der Verrechnungssteuer weiterhin der inländischen Zahlstelle. Die Einführung eines *neuen Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe a^{bis} bezweckt demnach die Bekämpfung von Massnahmen, die einzig der Steuerumgehung dienen*. In diesen Fällen ist die Steuer definitiv; eine Rückerstattung ist ausgeschlossen. Erfolgt die Zahlung an eine Adresse in einem Nicht-DBA-Staat und ist der wirtschaftlich Berechnete eine inländische natürliche Person, erfolgt die Besteuerung nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a.

2.3.3.3 Erhebung der Steuer durch eine inländische Zahlstelle

Das geltende VStG auferlegt die Steuerpflicht dem Schuldner der steuerbaren Leistung (Art. 10 Abs. 1). Neu wird die Steuerpflicht für Erträge von Obligationen und Geldmarktpapieren der Zahlstelle obliegen. Die allgemeine Regel in Artikel 10 Absatz 1 VStG wird beibehalten, doch es wird auch ein neuer Artikel 10 Absatz 1^{bis} eingeführt, der die Steuerpflicht der Zahlstelle auferlegt. Die vorgeschlagene Lösung rechtfertigt sich durch die Tatsache, dass die Zahlstelle in der Lage sein muss, den Empfänger der Erträge zu identifizieren, um zu bestimmen, ob die Steuer auf einem Obligationenertrag erhoben werden muss (wenn es sich um eine in der Schweiz ansässige natürliche Person, eine Zahlstelle oder eine Person aus einem Nicht-DBA-Staat handelt). Obliegt die Steuerpflicht dem Leistungsschuldner, ist dies nicht der Fall, weil die Verrechnungssteuer von der steuerbaren Leistung ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers abgezogen wird (Art. 14 VStG).

Da die Verrechnungssteuer auf Erträgen von Obligationen und Geldmarktpapieren in Zukunft durch eine Zahlstelle - einem im bisherigen VStG unbekanntem Begriff - erhoben wird und diese Zahlstelle auch den Sicherungszweck in diesem Bereich garantiert, muss dieser Begriff im Gesetz definiert werden. Die Vorlage schlägt deshalb vor, einen neuen Artikel 9 Absatz 1^{bis} einzufügen, in welchem der *Begriff der Zahlstelle* definiert wird. Die vorgeschlagene Definition orientiert sich am Zahlstellenkonzept von Artikel 4 der Europäischen Richtlinie 2003/48/EG vom 3. Juni 2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen. Mit Zahlstellen sind vor allem Banken gemeint. Als Zahlstellen kommen auch Effektenhändler im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) in Frage. Die Definition der Zahlstelle meint den Wirtschaftsbeteiligten, der der wirtschaftlich berechtigten Person Zinsen zahlt, aber auch den Schuldner der steuerbaren Leistung oder den vom Schuldner oder von der wirtschaftlich berechtigten Person mit der Zahlung der Zinsen beauftragten Wirtschaftsbeteiligten. Mit der vorgeschlagenen Definition lässt sich deshalb vermeiden, dass der Leistungsschuldner die Zinsen direkt der wirtschaftlich berechtigten Person entrichtet, ohne den Weg über eine Zahlstelle einzuschlagen. Mit dem Begriff Wirtschaftsbeteiligter sind die juristischen Personen, die Gemeinwesen und ihre Anstalten, die kollektiven Kapitalanlagen, die Personenge-

sellschaften sowie die Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften gemeint. Auch die natürlichen Personen, die im Rahmen ihrer regelmässig oder nur gelegentlich ausgeübten Geschäftstätigkeit (Handelstätigkeit oder selbständig ausgeübte Tätigkeit) als Wirtschaftsbeteiligte gelten können, fallen unter den Begriff der Zahlstelle. Diese Kategorien von Personen sind bereits im Begriff der Zahlstelle mit enthalten, wie er für die Anwendung des Zinsbesteuerungsabkommens vorgesehen ist (Art. 6 sowie Ziffer 8 der Weisungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung zum Zinsbesteuerungsabkommen vom 29. Februar 2008 mit der Europäischen Union). Nicht darin enthalten sind hingegen die natürlichen Personen, die als Privatpersonen und auf einer nichtkommerziellen Basis agieren.

Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und a^{bis} verpflichtet die Zahlstelle dazu zu bestimmen, ob ein Obligationenertrag vorliegt und ob die Steuer erhoben werden muss. Die Zahlstelle wird die Verrechnungssteuer auch dann erheben müssen, wenn der Ertrag einer Zahlstelle oder einer natürlichen oder juristischen Person eines Nicht-DBA-Staates zugewiesen wird, damit Massnahmen zur Umgehung der Steuer verhindert werden können. Damit sollen diejenigen Fälle bekämpft werden, in denen eine in der Schweiz ansässige natürliche Person ein Offshore-Vehikel errichtet. Wir erinnern zudem daran, dass stets die Schranke eines Verbots des Rechtsmissbrauchs (Steuerhinterziehung) gilt. Die Steuerbehörde ist in einem solchen Fall befugt, von der vom Steuerpflichtigen gewählten Form abzusehen, um die fragliche Operation unter dem Blickwinkel der wirtschaftlichen Realität zu würdigen. *Damit wird in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a et a^{bis}, Artikel 9 Absatz 1^{bis} und Artikel 10 Absatz 1^{bis} der Grundsatz der Steuererhebung durch eine inländische Zahlstelle verankert.*

2.3.3.4 Abänderung punktueller Bestimmungen zum Steuererhebungsverfahren

Die übrigen Änderungsvorschläge betreffen die Entstehung der Steuerschuld (Art. 12 Abs. 1^{quater}) sowie deren Fälligkeit (Art. 16 Abs. 1 Bst. a^{bis}). Der Wechsel von der Steuererhebung durch den Leistungsschuldner auf die Erhebung durch die Zahlstelle führt zu weiteren Änderungen, die gesetzlich geregelt werden müssen. Ein Teil des administrativen Aufwands geht auf die Zahlstelle über; ihr wird die Steuerpflicht (Erhebung und Überwälzung der Steuer) obliegen. Die Bestimmungen zum Steuererhebungsverfahren bestimmen nach Artikel 12 Absatz 1^{quater} als Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld den Zeitpunkt der Überweisung, Vergütung oder Gutschrift der Erträge. Mit dieser Gesetzesbestimmung wird auch die spezifische Frage nach der Entstehung der Steuerschuld für die Obligationen mit überwiegender Einmalverzinsung geregelt. Bezweckt wird eine Stärkung des Sicherungszwecks der Steuer, indem die Besteuerung des Einkommens aus der Veräusserung oder der Rückzahlung der Obligation nach dem Grundsatz der Differenzbesteuerung (Differenz zwischen Anschaffungsbetrag und Verkaufs- oder Rückzahlungsbetrag) sichergestellt wird. Die für die Fälligkeit der Steuerschuld vorgesehene Lösung bezweckt eine Vereinfachung des Verfahrens für die Zahlstelle, die gehalten sein wird, innert dreissig Tagen nach Ablauf jedes Geschäftsvierteljahres die Verrechnungssteuer für die in diesem Zeitraum fällig gewordenen Erträge zu entrichten (Art. 16 Abs. 1 Bst. a^{bis}). Dies entspricht demselben Grundsatz, der heute für die Zinsen auf Kassenobligationen und auf Kundenguthaben gilt (Art. 16 Bst. a).

Der Verrechnungssteuersatz auf den Erträgen beweglichen Vermögens beträgt gegenwärtig 35% (Art. 13 Bst. a). Die Änderungsvorschläge enthalten keine Änderung; auf den Erträgen aus Obligationenerträgen bleibt demnach ein Steuersatz von

35 Prozent anwendbar. Um jedoch eine übermässige Besteuerung der Erträge von ausländischen Obligationen, die an inländische natürliche Personen entrichtet werden, zu vermeiden, soll durch die Einfügung des neuen Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a^{bis} eine Art Bremse eingebaut werden: Dieser Artikel erlaubt der Zahlstelle nämlich, bei Vorliegen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Einkommen die effektiv erhobene, aber dem ausländischen Staat vorbehaltenen Steuer (Residualsatz) in Abzug zu bringen. Der Besteuerungssatz von 35 Prozent bleibt somit konstant.

2.3.3.5 Übergangsbestimmung

Artikel 70c enthält eine Übergangsbestimmung. Diese beschränkt die im zweiten Satz des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe a^{bis} festgelegte Gleichstellung der Ausgabe durch eine ausländische Konzerngesellschaft, für welche die inländische Muttergesellschaft garantiert, mit der Ausgabe im Inland auf jene Obligationen, welche erst nach dem Inkrafttreten der Änderung des VStG ausgegeben, verlängert oder aufgestockt werden.

Somit gelten nur Obligationen und Geldmarktpapiere, die nach dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung ausgegeben, verlängert oder aufgestockt werden in jedem Fall als inländische Titel. Hier wird die VSt erhoben, wenn der wirtschaftlich Berechtigte eine inländische natürliche Person ist oder wenn die Zinszahlung an eine Adresse in einem Land geht, mit dem die Schweiz kein DBA abgeschlossen hat.

Die übrigen von einer Schweizer Muttergesellschaft garantierten und vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung im Ausland begebenen Obligationen gelten weiterhin als ausländische Titel, sofern auch nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung kein Mittelrückfluss in die Schweiz erfolgt. Mit dieser Regelung wird vermieden, dass ein Emittent aufgrund einer allfälligen gross-up-Klausel (Bruttozinsklausel) gegenüber den Anlegern für die neu erhobene Quellensteuer ausgleichspflichtig wird. Eine gross-up-Klausel verpflichtet den Emittenten nämlich, dem Anleger für jegliche vom Niederlassungsstaat des Emittenten einbehaltene Steuer einen Ausgleich zu gewähren. Hingegen unterliegen solche Obligationen neu – wie alle anderen ausländischen Obligationen auch – der VSt, wenn der wirtschaftlich Berechtigte eine inländische natürliche Person ist, welche die Obligation von einer Schweizer Zahlstelle verwalten lässt.

2.3.3.6 Zusammenfassung der steuerlichen Konstellationen

Die folgende Tabelle fasst für den Fall einer Zahlstelle in der Schweiz in Abhängigkeit der Schuldner- und der Gläubigerkategorie die steuerlichen Folgen im Status quo und nach der Änderung des VStG zusammen.

Schuldner	Gläubiger (wirtschaftlich Berechtigter)	Bisher	Neu
Inländischer Schuldner	Inländische natürliche Person	VSt	VSt
	Natürliche Person aus EU-Land	VSt	ZBStA
	Adresse in Nicht-DBA-Staat	VSt	VSt
	Übrige	VSt	
Ausländischer Schuldner	Inländische natürliche Person		VSt
	Natürliche Person aus EU-Land	ZBStA	ZBStA
	Adresse in Nicht-DBA-Staat		
	Übrige		

Ausländischer Schuldner mit Garantie der Schweizer Muttergesellschaft: Ausgabe, Verlängerung oder Aufstockung nach Inkrafttreten Änderung VStG		Inländische natürliche Person Natürliche Person aus EU-Land Adresse in Nicht-DBA-Staat Übrige	ZBSIA	VSt ZBSIA VSt
Ausländischer Schuldner mit Garantie der Schweizer Muttergesellschaft: Ausgabe, Verlängerung oder Aufstockung vor Inkrafttreten Änderung VStG (Annahme: keine Mittelverwendung in der Schweiz)		Inländische natürliche Person Natürliche Person aus EU-Land Adresse in Nicht-DBA-Staat Übrige	ZBSIA	VSt ZBSIA
VSt:	Verrechnungssteuer			
ZBSIA:	Steuerrückbehalt gemäss Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU			

2.3.4 Nationalbankgesetz

Mit der Änderung des Nationalbankgesetzes wird die Verfügungskompetenz nach Art. 8 Abs. 1 E-BankG auch in jenem Gesetz umfassend abgebildet.

2.4 Inkrafttreten

Vorgesehen ist ein Inkrafttreten frühestens 2012.

In den betreffenden Verordnungen wird mit Übergangsbestimmungen im Bereich der Eigenmittelvorschriften ein mit den Vorgaben von Basel III synchroner Aufbau der neuen Anforderungen vom 1. Januar 2013 bis zum 1. Januar 2019 sichergestellt. Dabei sind auch die Auswirkungen zu berücksichtigen, die sich aus der Verschärfung der Definition der anrechenbaren Eigenmittel mit Implementierung von Basel III ergeben.

Ergeben sich beim Aufbau des Wandlungskapitals und des Marktes für Wandlungskapital Verzögerungen wegen markttechnischer oder juristischer Probleme, kann die FINMA die Frist für den Aufbau des anrechenbaren Wandlungskapitals verlängern. Gegebenenfalls ist eine Ersetzung des anrechenbaren Wandlungskapitals durch in seiner Verlusttragfähigkeit vergleichbares oder besseres Kapital in einer Verordnung vorzusehen.

Die Vorschriften zur Leverage Ratio und den Liquiditätsvorschriften werden mit einer in die entsprechende Verordnung aufzunehmende angemessene Übergangsfrist zu den gegenüber den beiden Grossbanken bereits auf individueller Ebene bestehenden Regelungen implementiert werden.

Die Risikoverteilungsvorschriften werden ebenfalls eine angemessene Übergangsfrist vorsehen, damit die betroffenen Institute einen ausreichenden Zeitraum zur Verfügung haben, um ihre gegenseitigen Positionen entsprechend anzupassen und eine Risikoentflechtung vorzunehmen.

Für die Vorschriften zur Organisation dürfte eine kurze Übergangsfrist angemessen sein.

3 Auswirkungen

3.1 Finanzielle Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden

Die regulatorischen Änderungen reduzieren das finanzielle Risiko für die öffentliche Hand, v.a. für den Bund. Die Stabilität systemrelevanter Finanzinstitute wird gestärkt, die Wahrscheinlichkeit eines mit hohen Ausgaben verbundenen staatlichen Eingriffs sinkt. Die höhere Stabilität führt auch zu einer geringeren Schwankungsbreite der Steuereinnahmen aus dem Finanzsektor. Sie trägt damit zur Planungssicherheit der Finanzpolitik bei. Neben dem Nutzen der Vorlage für die öffentlichen Haushalte sind auch Kosten zu berücksichtigen. Diese Kosten betreffen vorab die Einnahmenseite. Sie lassen sich unterteilen in (direkte) Auswirkungen der steuerlichen Massnahmen sowie in (indirekte) Auswirkungen der regulatorischen Massnahmen.

3.1.1 Steuerliche Massnahmen

Das vorgeschlagene steuerliche Massnahmenpaket ist mit folgenden direkten finanziellen Auswirkungen verbunden:

- Durch die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital entstehen dem Bund Mindereinnahmen von netto CHF 190 Mio pro Jahr. Unter dem Regime der Schuldenbremse müssen diese strukturellen Mindereinnahmen durch entsprechende Ausgabenkürzungen oder anderweitige Steuererhöhungen kompensiert werden. Kantone und Gemeinden profitieren davon, weil ihre Ausgaben um knapp CHF 30 Mio. sinken und weil darüber hinaus auch Unternehmen entlastet werden, die sich im Besitz der öffentlichen Hand befinden.
- Der Übergang vom Schuldner- zum Zahlstellenprinzip für Zinsen von Obligationen und Geldmarktpapieren erzeugt sowohl Mehr- als auch Mindereinnahmen. Diese Effekte sind nachfolgend beschrieben; sie lassen sich jedoch nicht näher quantifizieren:
 - Die Unterstellung der Zinsen auf ausländischen Obligationen und Geldmarktpapieren zugunsten inländischer natürlicher Personen mit Vermögensverwaltung bei Schweizer Zahlstellen dürfte Mehreinnahmen bei der Verrechnungssteuer bzw. der Einkommenssteuer bringen. Betroffen sind Bund und Kantone. Bei den Kantonen dürften zudem die Rückerstattungsansprüche aus der Verrechnungssteuer zunehmen.
 - Dem stehen Mindereinnahmen bei der Verrechnungssteuer infolge der Freistellung der Zinsen auf inländischen Obligationen und Geldmarktpapieren zugunsten der inländischen nicht-natürlichen Personen mit Schweizer Zahlstelle und der Zahlungen an Adressen in ausländischen Staaten, mit denen die Schweiz ein DBA abgeschlossen hat, gegenüber. Dies hat auch zur Folge, dass die Rückerstattungsansprüche zurückgehen. Betroffen ist in erster Linie der Bund, subsidiär über ihren Anteil an den Verrechnungssteuereinnahmen auch die Kantone.
 - Zinsen aus inländischen Obligationen und Geldmarktpapieren unterstehen neu dem Zinsbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und der EU statt der Verrechnungssteuer. Es ist offen, ob der Schweiz dadurch Mehr- oder Mindereinnahmen zufließen.

- Aufgrund der zu erwartenden Belegung des Schweizer Kapitalmarktes dürften Bund sowie Kantone und Gemeinden zusätzliche Gewinn- und Einkommenssteuern vereinnahmen.
- Ein Risiko stellt die Möglichkeit dar, dass steuerunehrliche inländische natürliche Personen ihre Zahlstelle ins Ausland verlagern, um die Verrechnungssteuer zu vermeiden bzw. die Einkommens- und die Vermögenssteuer zu umgehen. Mindereinnahmen entstehen in diesem Fall unmittelbar keine, mittelbar jedoch bei der Gewinn- und der Einkommenssteuer, weil die Wertschöpfung der inländischen Vermögensverwalter zurückgeht. Um dieses Risiko einzuschränken, ist die Verrechnungssteuerfreiheit der Zinsen auf inländischen Obligationen und Geldmarktpapieren bei Zahlung an eine Adresse im Ausland auf DBA-Staaten begrenzt, da hier der Schweiz die Amtshilfe offen steht. Soll das Risiko der Steuerhinterziehung weiter eingeschränkt werden, müssten beispielsweise im Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU und / oder in den bilateralen Abkommen über die Abgeltungssteuern auf Geldern ausländischer Vermögensverwaltungskunden in der Schweiz Reziprozitätsklauseln zugunsten der Schweiz ausgehandelt werden.

3.1.2 Regulatorische Anforderungen

Die regulatorischen Anforderungen bedingen, dass die TBTF-Banken zusätzliches Common Equity bzw. CoCos ausgeben. Dies wirkt sich über vier Kanäle auf die Steuereinnahmen von Bund, Kantonen und Gemeinden aus, nämlich

- die Finanzierung des Kapitalbedarfs;
- die veränderte Kapitalstruktur;
- den Wertschöpfungs- und Gewinneffekt; und
- Vermögenseffekte.

3.1.2.1 Finanzierung des Kapitalbedarfs

Zunächst müssen die betroffenen Institute das Kapital für die höheren Kapitalanforderungen beschaffen. Dies kann über Aussenfinanzierung mit Eigen- oder Fremdkapital (CoCos) oder über Innenfinanzierung (Selbstfinanzierung mittels Gewinnthesaurierung) geschehen.

Anteilsfinanzierungseffekt: Wird das zusätzliche Common Equity nicht durch Selbstfinanzierung, sondern durch Kapitalerhöhung auf dem Wege der Anteilsfinanzierung (Aussenfinanzierung mit Eigenkapital) aufgebracht, fällt darauf die Emissionsabgabe mit einem Satz von 1% an. Allerdings ist davon auszugehen, dass die betroffenen Institute das zusätzliche Common Equity weitgehend durch die günstigere Selbstfinanzierung aufbringen werden. Somit dürften für den Bund nur geringfügige Mehreinnahmen bei der Emissionsabgabe auf Eigenkapital resultieren.

Selbstfinanzierungseffekt: Zumindest in der Anpassungsphase an die höheren Eigenmittel-Vorschriften wird ein Teil des zusätzlichen Common Equity in Form der Gewinnthesaurierung selbstfinanziert. Dadurch sinkt die Gewinnausschüttungsquote. Das geringere Dividendeneinkommen der Investoren wirkt sich bei ausländischen Investoren in einem Rückgang der Sockelsteuer auf Dividenden bei der Verrechnungssteuer aus. In Bezug auf inländische Anleger sinkt das Einkommenssteueraufkommen bzw. Verrechnungssteueraufkommen.

3.1.2.2 Veränderte Kapitalstruktur

Nach Ablauf der Anpassungsphase führen die neuen regulatorischen Anforderungen zu einer veränderten Kapitalstruktur.

Kapitalstruktureffekt Gewinnsteuer: Aufgrund der höheren Eigenmittel nimmt der Anteil der Fremdfinanzierung ab: Es können weniger Schuldzinsen von der Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer abgezogen werden. Zusätzlich sinkt durch den höheren Eigenfinanzierungsgrad die Risikoprämienkomponente in den Schuldzinsen. Dadurch verbreitert sich die Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer. Es resultieren Mehreinnahmen für Bund, Kantone und Gemeinden. Gegenläufig wirkt sich jedoch das Instrument der neu geschaffenen CoCos aus: Die Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer vermindert sich bei diesen nicht nur durch die Zinskomponente. Auch die den Anlegern bezahlte Stillhalterprämie kann als Aufwand abgesetzt werden. Somit ist die Nettowirkung des Kapitalstruktureffektes auf die Gewinnsteuer offen.

Kapitalstruktureffekt Kapitalsteuer: Das zusätzliche Common Equity erhöht die Bemessungsgrundlage der Kapitalsteuer – unabhängig davon, ob dieses Common Equity selbstfinanziert oder aussenfinanziert ist. Es resultieren nicht bezifferbare Mehreinnahmen für die Kantone und Gemeinden.

Kapitalstruktureffekt Einkommenssteuer: Die veränderte Kapitalstruktur der TBTF-Banken wirkt sich auf die steuerlich relevante Einkommenszusammensetzung der Anleger aus: Der Anteil des Zinseinkommens aus klassischen Fremdfinanzierungsinstrumenten nimmt relativ zu anderen Einkommensformen ab. Das Einkommen aus Common Equity (Dividenden und Kapitalgewinne) und das Einkommen aus CoCos (Zinsen und Kapitalgewinne in Form von Stillhalterprämien) nehmen dagegen zu. Da Kapitalgewinne auf im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungen steuerfrei sind, ergeben sich aus der veränderten Zusammensetzung des Anlegereinkommens Mindereinnahmen bei der Einkommenssteuer von Bund, Kantonen und Gemeinden.

3.1.2.3 Wertschöpfungs- und Gewinneffekt

Das neue regulatorische Umfeld wirkt sich nicht nur auf der Passivseite der Bilanz aus, sondern zieht auch Veränderungen im Aktivgeschäft nach sich. Massgebend sind die folgenden Fragen:

- Wie verändern die neuen Rahmenbedingungen das Angebots-Portfolio der Banken? Welche Geschäfte werden weniger oder gar nicht mehr, welche vermehrt getätigt?
- Wie verändert sich das Gewinn-Risiko-Profil über alle Geschäftsfelder? Inwieweit werden Geschäftsfelder mit höherem erwartetem Gewinn, aber grossen Schwankungen des Gewinns/Verlusts durch Geschäftsfelder mit tieferen aber stabileren Gewinnaussichten ersetzt?
- Nimmt das Geschäftsvolumen, alimentiert durch zusätzlich ausgegebenes Common Equity bzw. die CoCos, zu oder ab? Das zusätzliche Kapital könnte andere Kapitalformen substituieren, so dass sich die Bilanzsumme nicht vergrössert, sondern verringert.
- Wie entwickelt sich das aus der Schweiz getätigte Geschäft relativ zum aus dem Ausland getätigten Geschäft?

Steuerlich wirken sich solche Veränderungen unmittelbar über die erzielten Gewinne auf die Gewinnsteuer aus. Mittelbar beeinflusst die in Form von Löhnen und Gehältern bzw. Dividenden verteilte Wertschöpfung die Einkommenssteuer.

Die folgende Tabelle beschreibt, unter welchen Bedingungen Mindereinnahmen oder Mehreinnahmen auftreten:

Steuereinnahmen aus Gewinn sowie aus Löhnen und Gehältern, die in der Schweiz besteuert werden, <u>nehmen ab</u>, wenn...	Steuereinnahmen aus Gewinn sowie aus Löhnen und Gehältern, die in der Schweiz besteuert werden, <u>nehmen nicht ab bzw. nehmen zu</u>, wenn...
... Geschäftsfelder mit höheren realisierten Renditen durch Geschäftsfelder mit niedrigeren Renditen ersetzt werden;	... Geschäftsfelder mit höheren realisierten Renditen <u>nicht</u> durch Geschäftsfelder mit tieferen Renditen ersetzt werden;
... das Geschäftsvolumen trotz des zusätzlich ausgegebenen Kapitals in Form von Common Equity bzw. CoCos abnimmt, weil das zusätzliche Kapital durch den Abbau anderer Kapitalformen überkompensiert wird, so dass sich die Bilanzsumme nicht vergrößert, sondern verringert;	... das Geschäftsvolumen zunimmt, weil das zusätzlich ausgegebene Kapital in Form von Common Equity bzw. der CoCos nicht oder nicht vollumfänglich andere Kapitalformen substituiert, so dass die Bilanzsumme nicht sinkt oder sogar zunimmt;
... das aus der Schweiz getätigte Geschäft relativ zum aus dem Ausland getätigten Geschäft an Bedeutung verliert.	... das aus der Schweiz getätigte Geschäft relativ zum aus dem Ausland getätigten Geschäft konstant bleibt oder an Bedeutung gewinnt.

Unter dem Strich dürften Wertschöpfungs- und Gewinneffekte negativ ausfallen, was folgende Auswirkungen nach sich ziehen würde: Die Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer sinkt. Dadurch nehmen die Gewinnsteuereinnahmen von Bund und Kantonen/Gemeinden ab. Wegen der niedrigeren Lohnsumme und der niedrigeren Gewinnausschüttung verringern sich auch die Einkommenssteuereinnahmen von Bund und Kantonen/Gemeinden. Die geringere Gewinnausschüttung bewirkt bei ausländischen Investoren einen Rückgang der Sockelsteuer auf Dividenden bei der Verrechnungssteuer. In Bezug auf inländische Anleger sinkt das Einkommenssteueraufkommen bzw. das Verrechnungssteueraufkommen.

3.1.2.4 Vermögenseffekte

Vermögenseffekt Vermögensteuer: Der Verkehrswert der Aktien, der von den erhöhten Eigenmittel-Anforderungen für TBTF-Banken ausgeht, bestimmt sich durch den Barwert ihrer erwarteten künftigen Gewinne: Aufgrund des oben beschriebenen Gewinneffektes nimmt der Zähler der Barwertformel ab. Wenn die veränderte Kapitalstruktur auch zu höheren Finanzierungskosten (weighted average cost of capital) führt, erhöht sich zudem auch der Nenner der Barwertformel. Der Gewinneffekt – und gegebenenfalls ein zusätzlicher Impuls durch die höheren Finanzierungskosten – senkt den Verkehrswert der Aktien. Dadurch verringert sich die Bemessungsgrundlage der Vermögensteuer. Für die Kantone/Gemeinden ergeben sich Mindereinnahmen. Allerdings ist davon auszugehen, dass diese Effekte bereits heute in den Aktienkursen der betroffenen Institutionen eskomptiert sind. Infolge-

dessen dürften mit dem Vermögenseffekt keine zusätzlichen Mindereinnahmen mehr verbunden sein.

Vermögenseffekt Umsatzabgabe: Der Vermögenseffekt reduziert auch die Bemessungsgrundlage der Umsatzabgabe, weil die Aktien der TBTF-Banken zu tieferen Kursen gehandelt werden. Da jedoch die Aktienkurse diese Information bereits heute widerspiegeln, dürften dem Bund aufgrund des Vermögenseffektes bei der Umsatzabgabe ebenfalls keine weiteren Mindereinnahmen entstehen.

3.1.3 Zusammenfassung

Die nachfolgende Tabelle fasst die Auswirkungen auf die Steuereinnahmen von Bund und Kantonen/Gemeinden, gegliedert nach Steuerarten und den auftretenden Effekten, zusammen.

Steuerart	Effekt	Auswirkungen auf den Bund	Auswirkungen auf die Kantone/Gemeinden
Emissionsabgabe auf Eigenkapital, Abschaffung beschränkt auf CoCos	Steuerentlastungseffekt	keine Mindereinnahmen	---
	Anteilsfinanzierungseffekt	Mehreinnahmen (geringfügig)	---
Emissionsabgabe auf Fremdkapital, generelle Abschaffung	Steuerentlastungseffekt	Mindereinnahmen CHF 190 Mio.	Minderausgaben CHF 30 Mio.
Kapitalsteuer	Kapitalstruktureffekt	---	Mehreinnahmen
Gewinnsteuer	Kapitalstruktureffekt	offen, ob Mehr- oder Mindereinnahmen resultieren	offen, ob Mehr- oder Mindereinnahmen resultieren
	Gewinneffekt	Mindereinnahmen	Mindereinnahmen
	Kapitalmarktbelegungseffekt	Mehreinnahmen	Mehreinnahmen
Verrechnungssteuer	Steuerentlastungseffekt	kaum Mindereinnahmen	---
	Selbstfinanzierungseffekt	Mindereinnahmen	---
	Wertschöpfungseffekt	Mindereinnahmen	---
	Zahlstellenprinzip-effekt	Offen, vermutlich Mehreinnahmen	---

Einkommenssteuer	Selbstfinanzierungseffekt	Mindereinnahmen	Mindereinnahmen
	Kapitalstruktureffekt	Mindereinnahmen	Mindereinnahmen
	Wertschöpfungseffekt	Mindereinnahmen	Mindereinnahmen
	Kapitalmarktbelegungseffekt	Mehreinnahmen	Mehreinnahmen
Vermögensteuer	Vermögenseffekt	---	Geringfügige Mindereinnahmen, aber bereits eingetreten (eskomptiert)
Umsatzabgabe	Vermögenseffekt	Geringfügige Mindereinnahmen, aber bereits eingetreten (eskomptiert)	---

Durch die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital entstehen in einem ersten Schritt Mindereinnahmen beim Bund von netto CHF 190 Mio. Die Anpassungsreaktionen der TBTF-Banken ziehen weitere Mindereinnahmen infolge des Gewinn- und Wertschöpfungseffektes nach sich. Die Mindereinnahmen werden durch mittel- bis langfristig zusätzliche Gewinn- und Einkommenssteuereinnahmen aus der Belebung des Schweizer Kapitalmarktes und gegebenenfalls höheren Einnahmen aus dem Übergang zum Zahlstellenprinzip teilweise kompensiert.

3.2 Personelle Auswirkungen

Die Vorlage hat keine personellen Auswirkungen auf den Bund.

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

3.3.1 Problembereiche des TBTF

Aufgrund der TBTF-Problematik funktionieren zentrale Marktmechanismen nicht oder nicht ausreichend. Als Folge davon kann im Extremfall sogar die finanzielle Tragfähigkeit des Staates überstiegen werden. Folgende Problembereiche können identifiziert werden.

Moral Hazard: Die implizite Staatsgarantie der als TBTF eingestuftten Banken begründet ein Problem der Verantwortlichkeit: Die Gewinne systemrelevanter Banken können privat vereinnahmt werden, während die Verluste in einer Krise teilweise vom Staat und damit von der Allgemeinheit getragen werden müssen. Dies setzt Anreize für die Bank, zu hohe Risiken einzugehen. Die TBTF-Regulierung ist geeignet, das Risikoverhalten des Managements sowie der Investoren in Banktitel zu beeinflussen. Die Selbstverpflichtung des Staates, eine künftige Bankenrettung zu vermeiden und eine glaubhafte Konkursandrohung sind zentrale Massnahmen. Sie sollten die Risikobereitschaft des Managements verringern. Ebenso sollte dies die Eigen- und Fremdkapitalgeber veranlassen, eine höhere Risikotransparenz zu fordern und für die Risiken der Bank eine adäquate Risikoprämie zu verlangen. Insgesamt

samt verringert die TBTF-Regulierung somit das durch eine implizite oder faktische Staatsgarantie bestehende Moral Hazard.

Subvention: Die Staatsgarantie ist aus ökonomischer Sicht mit einer Subvention vergleichbar. Die Verbindlichkeiten dieser Banken sind aufgrund der Garantie sicherer und erhalten dadurch ein besseres Rating. Eine systemrelevante Bank genießt am Markt somit einen Abschlag auf ihren Fremdkapitalkosten, da sie im Krisenfall vom Staat gerettet wird und die Kapitalgeber für das eingegangene Risiko nicht entschädigt werden. Diese Ersparnis wird dem Risikoträger im Krisenfall, vor allem dem Steuerzahler, jedoch nicht vergütet. Diese *implizite* Versicherung führt dazu, dass die Bank höhere Risiken eingeht, als sie aus volkswirtschaftlicher Sicht sollte.

Wettbewerbsverzerrung: Aus Sicht des Wettbewerbs ist dieser Abschlag auf die Fremdkapitalkosten problematisch, da sich TBTF-Banken günstiger als nicht-systemrelevante Banken refinanzieren können. Dies kann bedeuten, dass gerade eine Bank, welche für die Volkswirtschaft nachteilig als TBTF zu klassifizieren ist, durch die Staatsgarantie und den damit verbundenen günstigeren Refinanzierungskosten gegenüber den Wettbewerbern im Vorteil ist und so einen Anreiz zum weiteren Wachstum und zur Vergrößerung der TBTF-Problematik erhält. Eine solche Subvention ist wettbewerbsverzerrend und verursacht volkswirtschaftliche Kosten. Sobald der Sanktionsmechanismus des Marktes durch die vorgeschlagenen Massnahmen jedoch funktioniert, werden sich auch die unternehmerischen Risiken auf einem angemessenen Niveau einpendeln. Damit wird zu einer Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung beigetragen, die sich aus der impliziten Staatsgarantie ergibt.

Strukturwandel: Ein weiteres Problem der Staatsgarantie ist die Behinderung des volkswirtschaftlich wichtigen Strukturwandels: Für das langfristige Funktionieren einer Volkswirtschaft ist zentral, dass schlecht wirtschaftende Unternehmen aus dem Markt ausscheiden und neue eintreten können. Dieser Strukturwandel ist für ein nachhaltiges Wachstum der Wirtschaft unabdingbar. Schlecht geführte systemrelevante Unternehmen mussten aufgrund der *impliziten* Staatsgarantie bisher nicht aus dem Markt ausscheiden. Sie behindern den wohlstandsfördernden Strukturwandel und reduzieren dadurch das langfristige Wachstum.

Too-big-to-be-rescued: Im schlimmsten Fall sind die Verluste einer systemrelevanten Bank so hoch, dass sie die Finanzkraft eines Landes übersteigen. Eine Rettung ohne internationale Hilfe und nachhaltige volkswirtschaftliche Schäden wie eine Überschuldung des Staates ist dann nicht mehr möglich. Die im Gesetz vorgeschlagenen Massnahmen bieten den Banken Anreize, ihre Dimension zu begrenzen. Sie tragen daher dazu bei, dass – sollte es trotz der getroffenen Massnahmen zu einer Stützung kommen – die Gefahr verkleinert wird, dass der finanzielle Handlungsspielraum des Staates massgeblich eingeschränkt wird.

Der vorliegende Gesetzesentwurf beabsichtigt, diese Probleme des TBTF wirksam anzugehen. Zudem verspricht eine *rasche Entscheidung* in Bezug auf die Umsetzung des vorgeschlagenen Policy Mix zusätzlichen Nutzen: Sie reduziert die Ungewissheit im Vergleich zum Ausland und verstärkt das Vertrauen der Finanzmarktteilnehmer in den Finanzplatz.

Auch hat eine rasche Implementierung den Vorteil, dass das Regulierungswerk in Kraft ist, falls es zu einer neuen Krise kommt. Es gilt aber auch darauf hinzuweisen,

dass in Bezug auf die Höhe der Übergangskosten hinreichend lange Übergangsfristen von Vorteil sind.

3.3.2 Auswirkungen der Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen

Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen sind abhängig davon, wie die Banken auf die Änderungen der Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen gemäss Artikel 9 BankG reagieren. Um die neuen Anforderungen umzusetzen, können Banken verschiedene Strategien wählen.

3.3.2.1 Internationale Studien

Der volkswirtschaftliche Nutzen von höheren Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften wird in internationalen Studien über Auswirkungen strengerer Kapital- und Liquiditätsvorschriften auf die Volkswirtschaft dargelegt.¹⁸ Diese Studien betrachten eine „durchschnittliche“ internationale Bank in einem „durchschnittlichen“ Land.¹⁹ Die Ergebnisse lassen sich einfach zusammenfassen: Langfristig ist der volkswirtschaftliche Nutzen der vorgeschlagenen Massnahmen (höhere risikogewichtete Eigenmittelquoten und strengere Definition von Eigenmitteln) deutlich höher als die – vor allem in der Übergangsphase – entstehenden Kosten.

In den internationalen Studien wird der volkswirtschaftliche Nutzen strengerer regulatorischer Vorschriften daran gemessen, dass die Wahrscheinlichkeit einer Krise umso geringer wird, je höher die Kapital- und Liquiditätsvorschriften sind. Eine Bankenkrise führt durch die negativen Folgen für die Realwirtschaft zu einer starken Senkung des Bruttoinlandsprodukts. Die Arbeitslosigkeit steigt markant. Die Rückkehr zu einem „normalen“ Wachstumspfad beansprucht einen langen Zeitraum. Dies bedeutet, dass die reduzierte Wahrscheinlichkeit des Eintretens einer Krise

18 Der Basler Ausschuss und das Financial Stability Board (FSB) haben zwei Studien zu den volkswirtschaftlichen Nutzen und Kosten strengerer Kapital- und Liquiditätsvorschriften vorgestellt. Eine Studie ermittelt den langfristigen Nettonutzen strengerer Kapital- und Liquiditätsvorschriften (An assessment of the long-term economic impact of stronger capital and liquidity requirements. Basle Committee on Banking Supervision, August 2010 (LEI-Report)). Die zweite Studie, bei der die SNB aktiv mitarbeitete, konzentriert sich auf die volkswirtschaftlichen Kosten während der Einführungsphase strengerer Kapital- und Liquiditätsstandards (Assessing the macroeconomic impact of the transition to stronger capital and liquidity requirements, Interim Report Macroeconomic Assessment Group (MAG) established by Financial Stability Board and Basle Committee on Banking Supervision, August 2010).

19 Die in den internationalen Studien verwendeten Modelle konnten aufgrund mangelnder Verfügbarkeit von bestimmten Daten nicht sinnvoll für die Schweiz angewendet werden. Das Institute for International Finance (IIF), eine Organisation international tätiger Banken, hat in seiner Studie „Impact on the Swiss Economy of Proposed Regulatory Reforms of the Banking Industry“ die volkswirtschaftlichen Auswirkungen der erhöhten Kapitalanforderungen von Basel II zu Basel III (gemäss Vorschläge Dezember 2009) über den Zeitraum von 2010 bis 2020 betrachtet. Dabei gelangt die Studie zu den Ergebnissen, dass sich bis 2015 das BIP der Schweiz um -2,6% reduzieren und rund 120'000 Arbeitsplätze in der Schweiz verloren gehen sollen. Das verwendete makroökonomische Modell, die inzwischen veralteten Parameter gemäss Basel III und die fehlende Berücksichtigung dämpfender oder gar positiver Elemente lassen die Resultate jedoch wenig realistisch erscheinen.

einen grossen volkswirtschaftlichen Nutzen mit sich bringt.²⁰ Die internationalen Studien berücksichtigen bei der Messung des Nutzens strengerer Eigenmittelvorschriften keine staatlichen Unterstützungsmassnahmen, wie direkte Kapitalhilfen und Staatsgarantien.

Volkswirtschaftliche Kosten könnten vor allem dann entstehen, wenn Banken ihre Kreditvergabe einschränken und/oder die Kreditzinsen erhöhen. Die internationalen Studien berücksichtigen dies, indem sie annehmen, dass strengere Kapital- und Liquiditätsanforderungen zwingend zu erhöhten Refinanzierungskosten der TBTF-Banken führen. Die Banken wälzen diese Kosten direkt auf den Kreditkunden ab. Dies führt zu einer Reduktion der Kreditvergabe und damit auch des BIP. Dies sind allerdings rigide Annahmen, da die strengeren Vorschriften beispielsweise mit einer Anpassung der operativen Kosten oder einer Anpassung anderer Geschäftsbereiche abgedeckt werden könnten.

Die internationalen Studien beziffern den langfristigen Nettonutzen, das heisst den Vorteil der geringeren Krisenwahrscheinlichkeit abzüglich der langfristigen Kosten (in Form erhöhter Kreditzinsen), auf durchschnittlich ca. 1% bis 2% des BIP im Vergleich zur Entwicklung der Volkswirtschaft, wenn keine regulatorischen Massnahmen ergriffen werden.

3.3.2.2 Auswirkungen auf die Kreditvergabe in der Schweiz

Die Auswirkungen einer TBTF-Regelung auf die nationale Kreditvergabe sind einerseits davon abhängig, welche Finanzierungsalternativen den Wirtschaftsteilnehmern zur Verfügung stehen und andererseits, in welchem Umfang die TBTF-Banken ihre gestiegenen Finanzierungskosten überwälzen. Mit der vorgesehenen Regelung kann eine Reduktion des Kreditangebotes durch die TBTF-Banken nicht ausgeschlossen werden. Allerdings sollte es, wenn überhaupt, bei einem angemessenen Risiko/Ertragsverhältnis nur kurzfristig zu einer Verringerung der Fremdfinanzierungsmöglichkeiten für Unternehmen kommen.

Ein entwickelter Kapitalmarkt bietet ferner eine alternative Finanzierungsplattform für Unternehmen und ermöglicht es, einen Rückgang des Finanzierungsangebotes durch die TBTF-Banken zu kompensieren. Bei Nutzung von geeigneten Instrumenten können am Kapitalmarkt auch eine grosse Anzahl kleinerer Finanzierungen für Unternehmen bereitgestellt werden. Je nach Planung, Anreizen und Übergangszeit können durch den nationalen Bankensektor entsprechende Bankdienstleistungen aufgebaut werden.

Gerade in der Übergangsphase könnten volkswirtschaftliche Kosten durch höhere Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen entstehen. Die strengeren Vorschriften könnten zu höheren Finanzierungskosten bei den TBTF-Banken führen. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese versuchen, die gestiegenen Finanzierungskosten auf den Kunden abzuwälzen. Im Extremfall kann dies sogar zu einer Verringerung der Kreditvergabe und damit auch des BIP-Wachstums führen. Diese Kosten sind je-

²⁰ Wissenschaftlichen Studien über die Auswirkungen von Banken Krisen, aufgelistet in der Studie „An assessment of the long-term economic impact of stronger capital and liquidity requirements“ des Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, verglichen das Wachstum und das Niveau des BIP nach einer Krise mit dem möglichen Wachstum und Niveau, wenn keine Krise stattgefunden hätte. Die Auswirkungen einer Bankenkrise auf das BIP halten lange an. Summiert man die jährlichen Abweichungen des tatsächlichen BIP vom möglichen BIP ohne Krise, so gehen einer Volkswirtschaft, die von einer Bankenkrise betroffen ist, über die Zeit im Durchschnitt Wirtschaftsleistungen in Höhe von 60% des BIP-Niveaus vor der Krise verloren.

doch vergleichsweise moderat und werden mit längerer Übergangsphase immer geringer. Zudem muss im Falle der Schweiz berücksichtigt werden, dass die TBTF-Banken im Kreditgeschäft einem starken Wettbewerb mit anderen, nicht-systemrelevanten Banken ausgesetzt sind, welche nicht der neuen Gesetzgebung unterliegen. Eine Überwälzung der Kosten dürfte somit nicht ohne weiteres möglich sein. Um Marktanteile und auch ein mögliches Cross-Selling-Potenzial nicht zu verlieren, dürften die beiden TBTF-Banken auch Margenreduktionen in Kauf nehmen.

Der starke Wettbewerb dürfte zumindest teilweise dazu führen, dass eine eventuelle Verringerung des Kreditangebots der TBTF-Banken durch die nicht-systemrelevanten Banken ausgeglichen würde. Eine langfristige Reduktion des gesamtwirtschaftlichen Kreditangebots erscheint daher unwahrscheinlich. Der Zusammenhang zwischen strengeren Eigenmittelvorschriften für TBTF-Banken, Kreditvolumen und Veränderungen des BIP scheint zumindest in der Schweiz relativ schwach zu sein.

3.3.2.3 Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Wertschöpfung

Die Auswirkungen auf den Wettbewerb durch die TBTF-Regulierung können auf nationaler und internationaler Ebene analysiert werden.

National

Mit den vorgeschlagenen Massnahmen werden Wettbewerbsverzerrungen zwischen TBTF-Banken und anderen Banken beseitigt. Die Massnahmen haben also einen korrigierenden Effekt. Damit wird ein Beitrag zu einem sogenannten „Level playing field“ geleistet. Mit einer Beseitigung der Wettbewerbsverzerrungen können sich auch die Kräfte des Wettbewerbs besser entfalten. Dies führt einerseits zu mehr Innovationen, andererseits hat eine Zunahme des Wettbewerbs in der Regel auch eine Senkung der Kosten beziehungsweise der Margen zur Folge. Dies kann positiv für Unternehmen und besonders für kleine Unternehmen sein, die sich in der Regel nicht über den Kapitalmarkt finanzieren.

International

Während der Übergangsphase bei der Implementierung der neuen Massnahmen können den Schweizer TBTF-Banken gegenüber den ausländischen TBTF-Banken höhere Kosten entstehen. Dies ist ein kurzfristiger Nachteil. Eine lange Übergangsfrist räumt den Banken jedoch auch die Möglichkeit ein, alternative Ressourcen zur Finanzierung der Kosten zu finden. Die Vorteile ergeben sich grundsätzlich zum Zeitpunkt der Implementierung der Massnahmen. Es resultiert eine höhere Bonität und damit verbunden tiefere Refinanzierungskosten. Letztlich ist die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer TBTF-Banken auch davon abhängig, wie sich diesbezügliche Diskussionen auf internationaler Ebene – besonders im Financial Stability Board (FSB) und der G-20 – entwickeln und sich dadurch das internationale Regulierungsumfeld für die konkurrierenden TBTF-Institute ändert.

Mit Blick auf den gesamten Finanzplatz erhöhen die vorgeschlagenen Massnahmen das Vertrauen der Investoren, da die Massnahmen zur Systemstabilität beitragen. Dies kann ein komparativer Vorteil im internationalen Standortwettbewerb sein. Eine höhere Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz zieht mehr Investoren an und wirkt damit auch positiv auf das Investitionsvolumen. Dadurch können wiederum Arbeitsplätze entstehen, wodurch das gesamtwirtschaftliche Einkommen steigt und damit verbunden auch das Steueraufkommen.

Die grössere Stabilität und das geringere Risikopotenzial von Bankkrisen werden die Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz längerfristig wahrscheinlich erhöhen. Diese positiven, weil einkommens- und beschäftigungswirksamen Auswirkungen auf die Schweizer Volkswirtschaft dürften allfällige negative kurzfristige Folgen der Umsetzung der vorgeschlagenen Massnahmen bei weitem aufwiegen. Mittelfristig wird sich die höhere Kapitalisierung der Banken positiv auf ihre Refinanzierungskosten auswirken, und dieser positive Effekt wird sich seinerseits auf gesamtwirtschaftlicher Ebene fortsetzen. Das geringere Interventionsrisiko zur Rettung systemrelevanter Banken weist zudem den Vorteil auf, dass es dazu beiträgt, für den Bund die Finanzierungskosten tief zu halten (benchmark). Schliesslich wird die teilweise Korrektur der durch den Moral hazard bewirkten Verzerrung eine effizientere Allokation der produktiven Ressourcen und damit eine Stärkung der Wertschöpfung durch die Wirtschaft ermöglichen.

Aus den regulatorischen Änderungen ergibt sich ein geringeres finanzielles Risiko für den Staat. Er muss im Krisenfall nicht mehr intervenieren. Eine staatliche Intervention zugunsten eines systemrelevanten Finanzinstituts könnte – je nach Art der Abwicklung – eine spürbare Erhöhung der Schuldenquote zur Folge haben. Ab einer gewissen Höhe dürften sich Staatsschulden negativ auf Wachstum und Beschäftigung auswirken, vor allem wenn diese nicht für die Finanzierung von gesamtwirtschaftlich vorteilhaften Investitionsausgaben verwendet werden. Insgesamt ist mit einer höheren und stabileren Wertschöpfung zu rechnen. Dies kann sich durchaus positiv auf die Zahl der Arbeitsplätze in der Schweiz auswirken.

3.3.3 Auswirkungen der Risikoverteilung- und Organisationsvorschriften

3.3.3.1 Auswirkung der Verringerung von Interdependenzen innerhalb des Finanzsektors

Die bestehenden Interdependenzen zwischen den TBTF-Banken und den übrigen Schweizer Banken sollen durch die TBTF-Regelungen verringert werden. Damit sollen im Krisenfall potenzielle Ansteckungsrisiken vermindert und generell die Abhängigkeiten der Banken untereinander reduziert werden.

Im Rahmen des vorliegenden Gesetzesvorschlags müssen die TBTF-Banken ihr den übrigen Banken zur Verfügung gestelltes Leistungsangebot (Zahlungsverkehr, Devisentransaktionen, Wertschriftenabwicklung, u.a.) so organisieren, dass auch im Krisenfall der Zugang zu den systemrelevanten Funktionen für die übrigen Banken jederzeit gesichert ist. Das hohe Risiko der übrigen Banken, das aus der bestehenden Abhängigkeit von diesen Dienstleistungen resultiert, wird dadurch entscheidend vermindert.

Darüber hinaus sind die TBTF-Banken gehalten, aufgrund der strengeren Diversifikationsvorschriften ihre eigenen Klumpenrisiken zu reduzieren: Durch eine zusätzliche Beschränkung der gegenseitigen finanziellen und operativen Abhängigkeiten der systemrelevanten Banken gegenüber allen Banken, aber auch der nicht-systemrelevanten Banken gegenüber den systemrelevanten Banken soll die Ansteckungsgefahr („Contagion“) reduziert werden. Damit soll die Insolvenz einer einzelnen Bank zu einer geringeren Insolvenzwahrscheinlichkeit bei den übrigen Banken führen. Eine Reduktion dieser Abhängigkeiten reduziert somit auch die Systemrelevanz von Banken. Durch die Anpassung, aber auch durch den Verlust von Grössenvorteilen, entstehen betriebliche Mehrkosten.

Unabhängig von der TBTF-Problematik wurden regulatorische Massnahmen ergriffen, um im Bereich der Handelsaktivitäten die Erfahrungen aus der Krise zu berücksichtigen. So hat die Finanzkrise überdeutlich vor Augen geführt, dass die Eigenmittelunterlegung von Verlustrisiken aus Handelsgeschäften und Verbriefungen viel zu gering war. Dies manifestierte sich insbesondere bei jenen Instituten mit Investmentbanking-Einheiten, deren Eigenmittel für Marktrisiken auf Basis eines Modellansatzes (Schlagwort „Value at Risk“) bestimmt wurden. Die revidierten Basler Vorschriften bewirken bei solchen Instituten die beabsichtigte massive Erhöhung der Eigenmittelanforderungen für Marktrisiken.

3.3.3.2 Auswirkungen der Anpassung der Geschäftsmodelle

Business aligned Legal Entities

Ein Bestandteil der TBTF-Regulierung ist die Forderung nach einer Annäherung der rechtlichen und operativen Strukturierung der Bank entlang ihrer Geschäftsbereiche (sogenannte „Business aligned Legal Entities“). Die Banken sollen ihre Organisationen an den konkreten Geschäfts- und Transaktionsverläufen ausrichten. Die aktuellen Organisationen und Transaktionen beinhalten zahlreiche nicht mit dem Grundgeschäft in Zusammenhang stehende Rechtseinheiten. Neben der hohen Komplexität der Organisation führt dies in Notfallsituationen zu umfangreichen Abstimmungsbedarf mit den verschiedenen Rechtseinheiten und zu erheblichen Unsicherheiten durch Anfechtungspotenziale. Da diese Anpassungen eine Abweichung von der aufgrund der bisherigen Rahmenbedingungen optimierten Organisation der TBTF-Banken erfordert, ist davon auszugehen, dass neben den Umstellungskosten auch grundsätzlich höhere Betriebskosten anfallen.

Organisatorische Anforderungen an die Bilanzstruktur / Aktiven und Passiven

Bedingt durch die Geschäftsmodelle sowie die aktuellen Rahmenbedingungen in der Schweiz besteht ein bedeutender Aktivenüberhang. Dies resultiert aus zwei Effekten: Durch das Geschäft mit vermögenden Privatkunden erhalten die Banken umfangreiche Anlagegelder, beispielsweise aus den USA und Grossbritannien. Die lokalen Kunden erwarten, dass die Sicherheit dieser Einlagen nicht nur durch eine lokale Tochtergesellschaft, sondern auch durch die Verbuchung bei den Mutterhäusern, zum Ausdruck gebracht wird. Den Mutterhäusern stehen auf dem Schweizer Kapitalmarkt dagegen nur begrenzte Investitionsmöglichkeiten zur Verfügung, so dass die Gelder ausländischen Gruppengesellschaften zur Investition in Drittmärkten zur Verfügung gestellt werden. Dies führt zu einer intensiven internationalen Verflechtung innerhalb der Bankkonzerne. Dem soll im Rahmen der TBTF-Regulierung entgegengesteuert werden. Es wird eine weitgehende geografische Kongruenz von Aktiven und Passiven angestrebt. Ferner sollen die Beziehungen innerhalb des Konzerns, insbesondere durch eine Beschränkung von konzerninternen Garantien und Finanzierungen entflochten werden. Dies kann zur Folge haben, dass die TBTF-Banken ihre ausländischen Tochtergesellschaften stärker mit Kapital ausstatten müssen. Weil sie nicht mehr alle sich bietenden Skaleneffekte ausschöpfen können, ergeben sich Effizienzverluste. Dadurch können sich ihre Refinanzierungskosten erhöhen, was zu einer Vertueuerung des Kreditangebots führen kann. Dies gilt jedenfalls für das Auslandgeschäft. Demgegenüber wird der aufgezeigte Aktivenüberhang in der Schweiz nicht mehr ins Ausland transferiert werden können, was ceteris paribus zu einer Ausweitung des Kreditangebotes führt (vgl. Kapitel 3.3.2).

3.3.3.3 Auswirkungen der Anpassung der Organisation durch eine Trennung / Abspaltung von systemrelevanten Funktionen

Eine mögliche Trennung im Krisenfall der für die Volkswirtschaft systemrelevanten Funktionen von den übrigen Bankfunktionen (Restbank) muss keine signifikanten Auswirkungen auf das heutige Geschäftsmodell der Banken haben. Die Bank muss sich zunächst so organisieren, dass die im Notfall zu isolierenden Funktionen unverändert gesichert sind. Es ist zu unterscheiden, ob es sich bei den systemrelevanten Funktionen um für den Bankbetrieb notwendige bankinterne Service-Leistungen handelt oder ob die systemrelevanten Funktionen den Markt betreffen (Zahlungsverkehr, inländische Kreditvergabe). Die Sicherstellung der systemrelevanten bankinternen Funktionen, zum Beispiel IT-Leistungen, sollte bereits heute Bestandteil einer effektiven Notfallplanung sein. Sofern diese internen Leistungen bisher zentralisiert für den gesamten Konzern bereitgestellt werden, sind Vorbereitungen notwendig, um im Notfall die Leistungen für die in einer Brückenbank isoliert fortzuführenden systemrelevanten Funktionen zu sichern. Bei einem hohen Zentralisierungsgrad kann es im Extremfall erforderlich werden, dass für einzelne systemrelevante Funktionen die notwendige Infrastruktur vollkommen autonom bereitgestellt werden muss. Dadurch können ausnahmsweise nicht unerhebliche Kosten entstehen, da bisherige Grössenvorteile verloren gehen.

Um die Funktionsfähigkeit der systemrelevanten Leistungen auch im Krisenfall zu gewährleisten, können Auslagerungen von Bankfunktionen nur in zuverlässige und krisenfeste Rechtsgebiete stattfinden. Hierbei muss aus regulatorischer Sicht sichergestellt sein, dass im Krisenfall allfällige Massnahmen nicht aufgrund von fehlenden Umsetzungsmöglichkeiten oder durch Anfechtungspotenzial in den betroffenen Rechtsgebieten blockiert werden.

3.3.3.4 Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Wertschöpfung

Den ausgeführten tendenziell höheren Kosten zur Umsetzung der Risikoverteilungs- und Organisationsmassnahmen für die TBTF-Banken steht ein volkswirtschaftlicher Nutzen aus einer Reduktion der Marktverzerrungen und der Erhöhung der Systemstabilität gegenüber.

National

Die Neuregelungen beeinflussen den Wettbewerb zwischen den beiden TBTF-Banken und den übrigen Banken. Einerseits ist zu erwarten, dass sich der Finanzierungsvorteil der TBTF-Banken gegenüber den übrigen, nicht von einer Staatsgarantie profitierenden Instituten, durch den Wegfall der faktischen Staatsgarantie verringern wird. Dadurch wird die bestehende Wettbewerbsverzerrung vermindert und die Innovationskraft erhöht. Die Konsumenten könnten daher von einem besseren und breiteren Leistungs- und Produktangebot profitieren. Bei einem funktionierenden Wettbewerb können die Konsumenten zudem erwarten, dass die durch Innovations- und Effizienzsteigerungen erreichten Kostenvorteile an sie weitergegeben werden.

Weiter könnte das Interesse der kleineren Banken, ihre Abhängigkeit von den TBTF-Banken bei bestimmten Bankdienstleistungen zu verringern, dazu führen, dass sich in der Schweiz für diese Angebote neue Anbieter etablieren. Dies würde die bestehenden Anbieter zur Effizienz anhalten. Insgesamt dürfte der Schweizer Finanzmarkt von dem Abbau der Wettbewerbsverzerrungen und von einem besseren Leistungsangebot sowie einer höheren Innovationskraft und Effizienz profitieren.

Die TBTF-Banken können aufgrund ihrer Grösse gegenüber den meisten nationalen Wettbewerbern auch weiterhin über zentrale Vorteile verfügen. Sie haben Zugang zu einem grossen Kundenpotenzial, können Cross-Selling betreiben und Skaleneffekten erzielen. Die TBTF-Regulierung stellt diese Marktfunktion nicht per se infrage. Die Marktkenntnis, das umfassende Produkt- und Leistungsangebot (Devisen- und Kapitalmarkttransaktionen) sowie die eingespielten Prozesse ermöglichen den beiden Grossbanken, weiterhin eine attraktive Wettbewerbsposition zu halten.

Im Bereich der Wertschöpfung können die organisatorischen Anforderungen dazu führen, dass die Banken vermehrt eigenständige Tochtergesellschaften in den verschiedenen Ländern gründen und entsprechend mit Kapital und einer unabhängigen Organisation ausstatten. In diesem Falle würden in den jeweiligen Jurisdiktionen (vermehrt) Sub-Holdings bzw. Teilkonzerne zum Einsatz kommen. Entsprechend könnten Wertschöpfungselemente und in der Folge auch Arbeitsplätze und Steuer-substrate aus der Schweiz abfließen.

Was hingegen die engen Anforderungen an die möglichen organisatorischen und rechtlichen Abspaltungen von systemrelevanten Unternehmensteilen betrifft, so ist aufgrund der rechtlichen Anforderungen davon auszugehen, dass die Einheiten in der Schweiz verbleiben.

International

Im internationalen Vergleich sind die Rahmenbedingungen auf den jeweiligen Märkten für die Bewertung der Wettbewerbsfähigkeit entscheidend. Vor dem Hintergrund geplanter Finanzmarktreformen (z.B. in den USA) können sich die finanziellen Auswirkungen der spezifischen Schweizer TBTF-Anforderungen relativieren.

Die durch die Risikoverteilung- und Organisationvorschriften angestrebte Verbesserung der Stabilität der TBTF-Banken und des gesamten Schweizer Finanzmarktes kann, die Reputation und die Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz erhöhen. Zudem ist zu erwarten, dass die Banken versuchen – wie oben beschrieben – die einschränkenden Wirkungen der TBTF-Regelungen durch eine verstärkte Innovationskraft zu kompensieren.

Dies kann die Wettbewerbsfähigkeit der TBTF-Banken positiv beeinflussen. Die Banken erreichen eine Attraktivitätssteigerung bei risikoscheuen Investoren und Privatkunden. Gerade in den von beiden Grossbanken als Wachstumsmärkte definierten Regionen könnte dies besondere Bedeutung haben.

3.3.4 Auswirkung der Massnahmen bei den variablen Vergütungen.

3.3.4.1 Ausserhalb von Krisenzeiten

Es ist nicht zu erwarten, dass die neue Gesetzesbestimmung einen bedeutenden Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit oder Attraktivität der betroffenen Finanzinstitute als Arbeitgeber haben wird. Dies, weil es unwahrscheinlich ist, dass die Regelung zur Anwendung kommt, wofür nicht zuletzt der vorliegende Regulierungsvorschlag zur Minderung der TBTF-Problematik sorgen soll.

Es ist davon auszugehen, dass auch nicht systemrelevante Banken, aufgrund des Geschäftsinteresses und des Drucks von Politik und Öffentlichkeit, eine Anpassung ihrer variablen Vergütungen für den Fall einer Krise vorsehen. Die neue Gesetzesbestimmung dürfte somit dazu beitragen, ein „Level-Playing-Field“ für alle Banken in der Schweiz zu schaffen.

Schliesslich könnte die Regelung die Vergütungsempfänger der systemrelevanten Bank dafür sensibilisieren, übertriebene Risiken, die sich zwar individuell lohnen könnten, für die Bank hingegen mit einem unverhältnismässigen Risiko verbunden sind, nicht einzugehen. Während nämlich der Empfänger einer solchermassen „verdienten“ hohen variablen Vergütung wohl kurzfristig profitiert, weiss er, dass er im Krisenfalls darauf wird verzichten müssen.

Denkbar ist indes, dass wichtige Mitarbeiter und Organpersonen die systemrelevante Bank verlassen, um der Gefahr eines Verlusts auf die variablen Vergütungsansprüche zu entgehen. Diese könnten sich alsdann, z. B. als externe Berater, beauftragen lassen, die von der Regelung nicht betroffen sind, da sie nicht mehr vom Vergütungssystem der betroffenen Bank erfasst sind, sondern nur noch auf Kommissionsbasis entschädigt werden. Die Gefahr, dass die abgehenden Personen nicht valabel ersetzt werden können, erscheint indessen eher gering.

3.3.4.2 In Krisenzeiten

Schon eher als Wettbewerbsnachteil dürfte sich die neue Regelung in einer Krisensituation für die systemrelevanten Banken auswirken. Bei einer teilweisen oder ganzen Streichung von variablen Vergütungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass nicht systemrelevante Banken qualifiziertes Personal der betroffenen systemrelevanten Bank abwerben. Dieser Nachteil ist indessen in Kauf zu nehmen, da es gerade Zweck der Bestimmung ist, zu verhindern, dass die staatlichen Mittel der Finanzierung unangemessener Boni dienen.

Versuchen die systemrelevanten Banken die Regelung durch eine Reduktion der variablen Vergütungsanteile zu umgehen, könnte die Erhöhung der Fixvergütungen zu weniger betrieblicher Flexibilität und dadurch zu mehr Entlassung von Mitarbeitern führen, da der „Puffer“ der reduzierbaren variablen Vergütungsanteile wegfallen würde.

3.3.4.3 Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Sektoren und dem Ausland

Im Vergleich zu anderen Sektoren wird die Entlohnung im Bankensektor auch bei einer Beschränkung der variablen Vergütungen im Falle von Staatshilfe kompetitiv bleiben (vgl. Lohnstrukturserhebung, BFS). Im internationalen Umfeld dürfte die Regelung keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit oder Attraktivität der systemrelevanten Banken auf dem Arbeitsmarkt haben, da viele ausländische Staaten ähnliche Regulierungen kennen.

3.4 Contingent Convertible Bonds (CoCos)

CoCos sind ein wichtiger Bestandteil der vorgeschlagenen Eigenmittelregulierung. In der vorgeschlagenen Regulierung wird zwischen zwei Arten von CoCos unterschieden. Zum einen können CoCos emittiert werden, die in einer Krisenphase einer Bank relativ frühzeitig in Eigenmittel gewandelt werden (hoher Trigger), um noch vor der eigentlichen Sanierungs- und Abwicklungsphase zu einer raschen Stabilisierung beizutragen. Anstatt der Emission dieser hochtriggernden CoCos kann eine Bank die diesbezüglichen TBTF-Kapitalanforderungen auch in entsprechendem Umfang mit Eigenkapital höchster Qualität (Common Equity) erfüllen. Zum anderen müssen CoCos emittiert werden, die relativ spät in Eigenmittel umgewandelt werden (tiefer Trigger). Diese CoCos sollen einen ausreichenden Handlungsspielraum im Fall einer drohenden Insolvenz gewährleisten.

Die Emission dieser Instrumente sollte, vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit (Stichwort: Auslösung der Wandlung) sowie aus Gründen der Raschheit des Handelns im Krisenfall (Stichwort: Reduktion der Komplexität) auf dem Schweizer Kapitalmarkt emittiert und Schweizer Recht unterstellt werden. Die vorgesehenen steuerlichen Massnahmen sollten für die Entwicklung eines Schweizer Markts für Emissionen von CoCos einen wichtigen Beitrag leisten (vgl. Kapitel 3.1).

3.4.1 Marktchance CoCos

CoCos sind ein neues Instrument und bisher gibt es nur wenige Beispiele von Emissionen.²¹ Diese Beispiele geben keinen Hinweis darauf, welches Volumen an CoCos der Markt potenziell aufnehmen kann. Sicher ist, dass sich ein Markt noch entwickeln muss; dazu gibt es mit den vorgesehenen Übergangsfristen auch Zeit. Die Ratingagentur Fitch hat bereits angekündigt, CoCos mit einem tiefen Trigger beurteilen zu wollen. Dies ist ein wichtiger Schritt zur Entwicklung eines breiten Marktes.²² Es gibt daneben noch eine Reihe von Argumenten, die darauf hinweisen, dass die von der Expertenkommission betrachteten Volumina emittiert werden können.

In den letzten Jahrzehnten wurden immer wieder neue, innovative Finanzprodukte eingeführt, welche sich sehr schnell etabliert haben. Die internationalen Märkte für solche Produkte wachsen schnell und generieren in kurzer Zeit grosse Volumina.²³ Die Volumina können stark schwanken. So ist beispielsweise das weltweite Volumen der CDS Märkte von USD 900 Mrd. im Jahr 2001 auf USD 62'000 Mrd. gestiegen, was einer jährlichen Verdoppelung entspricht. In der Krise ist das Volumen dann zurückgegangen. Es betrug 2009 USD 30'000 Mrd.²⁴ Für CoCos können am ehesten Parallelen zum Markt für nachrangige Anleihen gezogen werden. Das globale Volumen ist innerhalb von zehn Jahren von null auf knapp CHF 800 Mrd. gestiegen.

CoCos stehen aufgrund ihrer Charakteristika in Konkurrenz zu Anleihen und Aktien. Die Kapitalisierung der weltweiten Aktienmärkte beträgt insgesamt rund USD 47'000 Mrd. (Stand Dezember 2009)²⁵ und der Gesamtwert aller ausstehenden gehandelten Obligationen rund USD 90'000 Mrd. (Stand Dezember 2009)²⁶. Bankanalysten schätzen die voraussichtliche Grösse des CoCo-Marktes in der kurzen Frist auf ca. CHF 500 bis 600 Mrd.²⁷ Für den Gesamtmarkt stellt es daher keine Herausforderung dar, die zusätzlichen zu absorbieren.

Die Attraktivität von CoCos und damit ihre Nachfrage sind wie bei jedem anderen Produkt nicht zuletzt abhängig vom Preis oder im Fall von CoCos von der Rendite bzw. der Risikoprämie. Eine im Vergleich zu Anleihen und Aktien attraktive Risikoprämie erleichtert eine ausreichende Nachfrage zu erzeugen. Die von den Investoren geforderte Risikoprämie, d.h. die Verzinsung der CoCos, hängt dabei stark von der Wandlungswahrscheinlichkeit ab und kann somit von der Bank selbst beeinflusst

²¹ So haben Lloyds TSP, Rabobank, die Newcastle building society und die Chelsea building society CoCos emittiert. Ausser bei Rabobank handelt es sich dabei um einen Austausch von nachrangigen Schuldpapieren.

²² Pressemitteilung Fitch vom 8.11.2010 „Fitch Clarifies That It Expects to Be Able to Rate New Generation Bank Hybrid Securities“

²³ Beispiele hierfür sind Verbriefungen, Optionen, CDS und – eng verwandt mit den CoCos – hybride Kapitalinstrumente

²⁴ Quelle: International Swaps and Derivatives Association

²⁵ World Federation of Exchanges.

²⁶ BIS, http://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qa1006.pdf

²⁷ Schätzungen von Barclays Capital und Goldman Sachs.

werden. Die Bank bestimmt mit ihrer Geschäftspolitik wie weit ihre Eigenmittelquote von dem festgelegten Trigger entfernt ist. Je höher Investoren das Risiko einer Bank einschätzen, desto grösser wird die Risikoprämie sein, die sie verlangen. TBTF-Banken können das Risiko durch einen Ausbau der Eigenmittel oder eine Anpassung ihres Risikoprofils senken. Zusammengefasst heisst dies, dass das Potenzial für einen breiten, funktionierenden Markt für CoCos vorhanden ist. Auch das signalisierte Interesse von Ratingagenturen künftig CoCos zu beurteilen, dürfte zur Akzeptanz dieser Finanzinstrumente bei einer breiten Investorenbasis beitragen.

3.4.2 Potenzielle Investoren, Wirkung auf die Risikoverteilung

Der Kreis der potenziellen Investoren für CoCos sollte idealerweise breit gestreut sein und sowohl institutionelle wie auch private Anleger umfassen. Auch ist auf einen internationalen Anlegerkreis zu achten. Um im Krisenfall einer Bank Ansteckungseffekte im Bankensektor zu vermeiden, ist zu erwarten, dass Investitionen in CoCos durch andere Banken mit entsprechenden Kapitalunterlegungsvorschriften belegt werden. Versicherungsunternehmen könnten durch die im Vergleich zu traditionellen Obligationen höheren Renditen an einer Investition in CoCos interessiert sein. Aufsichtsseitig gelten hierzu für eine Investition in die gebundenen Vermögen der Versicherungsportfolien die üblichen Obergrenzen wie sie für Aktien oder Bonds bestehen. Je nach Umfang der Investitionen und einhergehenden Risiken sind spezifische Anpassungen für CoCos jedoch nicht ausgeschlossen. In einer ersten Phase könnten unter den institutionellen Anlegern Hedge Fonds als Zielgruppe für die CoCos am meisten geeignet sein. Sie verfügen über ausreichend Mittel, sind innovativen Produkten gegenüber aufgeschlossen und entsprechend ihren Anlagezielen vermehrt risikoorientiert. Ebenso erlauben ihre flexiblen Anlagekriterien auch im Falle der Emission der CoCos ohne ein externes Rating zu investieren. Dies ist insbesondere für Pensionsfonds und Versicherungsunternehmen oft nicht möglich.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 23. Januar 2008 über die Legislaturplanung 2007–2011²⁸ noch im Bundesbeschluss vom 18. September 2008 über die Legislaturplanung 2007–2011²⁹ vorgesehen. Die Gründe ergeben sich aus den vorstehenden Ausführungen.

²⁸ BBl 2008 753

²⁹ BBl 2008 8543

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

5.1.1 Besondere Anforderungen für systemrelevante Banken

Die vorgeschlagenen besonderen (höheren) Anforderungen für systemrelevante Banken hinsichtlich Eigenmittel, Liquidität und Organisation werfen die Frage nach der Zulässigkeit dieser Differenzierung und unterschiedlichen Behandlung gegenüber den übrigen Banken auf. Art. 98 Abs. 1 BV gibt dem Bund das Recht und die Pflicht, Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen zu erlassen. Nach der herrschenden Auffassung sollen dabei nicht nur die klassischen Polizeigüter (namentlich Schutz der Bankgläubiger), sondern auch das Funktionieren des Bankensystems geschützt werden (Systemschutz). Art. 98 BV enthält indessen keine Ermächtigung, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Erlaubt sind nur grundsatzkonforme Massnahmen, die (u. a.) dem Funktionieren der Märkte dienen³⁰. Der (unkontrollierte) Untergang eines systemrelevanten Unternehmens hat definitionsgemäss nicht tragbare Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaft. In diesem Lichte setzt die Unterscheidung zwischen systemrelevanten und nicht systemrelevanten Unternehmen den in Art. 98 BV erteilten Auftrag zum Systemschutz um. Unterschiedliche Regelungen für systemrelevante und nicht systemrelevante Unternehmen sind daher grundsätzlich zulässig. Sie müssen aber durch die Systemrelevanz bedingt und daher sachlich gerechtfertigt sind. Die Ungleichbehandlung darf mit Blick auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; diese soll auch vor Wettbewerbsverzerrungen schützen) nicht weiter gehen, als zum Schutz der öffentlichen Interessen zwingend notwendig ist. Werden systemrelevanten Banken erhöhte Anforderungen auferlegt, ist sicherzustellen, dass der Effekt auf den Wettbewerb möglichst gering bleibt. Bei den Eigenmitteln wird daher mit dem Wandlungskapital eine Möglichkeit geschaffen, erhöhte Eigenmittelanforderungen weitgehend kostenneutral zu erfüllen. Ausserdem ist die Höhe der Eigenmittelzuschläge im Vergleich zu den übrigen Banken von der Ausprägung der Systemrelevanz und damit auch von der Organisation und den von der Bank eingegangenen Risiken abhängig zu machen. Bei den besonderen organisatorischen Anforderungen werden primär funktionale Vorgaben gemacht und direkte staatliche Anordnungen an die Einhaltung eines strikten Subsidiaritätsprinzips gebunden. Damit kann die Gleichbehandlung soweit als möglich gewährleistet und Wettbewerbsverzerrungen minimiert werden.

5.1.2 Vergütungsregelung

5.1.2.1 Die Wirtschaftsfreiheit

Der Eingriff in die Vergütungspolitik eines Finanzinstituts stellt eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dar. Die Einschränkung betrifft auch die Vertragsfreiheit, die zwar in der Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt wird, durch die Wirtschaftsfreiheit aber vorausgesetzt wird³¹. Das Bundesgericht sieht in der Vertragsfreiheit ein „zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit“.³²

³⁰ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 98 BV Rz. 2 f.

³¹ vgl. Vallender, St. Galler Kommentar zum Art. 27, Rz. 38

³² vgl. BGE 130 I 26, 41; BGE 131 I 223, 230

Eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Wird sie indes eingeschränkt, muss der Eingriff im Einklang mit Art. 36 BV stehen, der die Bedingungen festlegt, unter denen die Grundrechte eingeschränkt werden können. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Der mit der vorliegenden Gesetzesbestimmung erfolgende Eingriff bedarf somit einer gesetzlichen Grundlage. Er muss nach der genannten Verfassungsbestimmung zudem durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren.

Weiter impliziert die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit einige Besonderheiten hinsichtlich der Anforderungen an das überwiegende öffentliche Interesse einerseits und der Anforderung an die Gleichbehandlung direkter Konkurrenten andererseits. Gemäss Lehre und Rechtsprechung muss eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit grundsatzkonform, d. h. wettbewerbsneutral sein.³³ Als grundsatzkonform gelten "verhältnismässige, wirtschaftspolizeiliche Massnahmen, also Massnahmen, die der Gefahrenabwehr (...) dienen, sowie bestimmte sozialpolitische Vorschriften und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind."³⁴ Demgegenüber sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung "wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen" unzulässig.³⁵ Solche Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit benötigen eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage.

Direkte Konkurrenten müssen sodann gleich behandelt werden. Die Wirtschaftsfreiheit verbietet grundsätzlich Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und somit nicht wettbewerbsneutral sind. Dieser „Grundsatz gilt sowohl bezüglich staatlicher Massnahmen, die grundsatzkonform sind, als auch betreffend zulässige grundsatzwidrige Vorkehren des Staates“³⁶.

5.1.2.2 Überprüfung des neuen Gesetzesartikels

Vorliegend wird durch die neue Gesetzesbestimmung im Bankengesetz eine *formelle gesetzliche Grundlage* geschaffen. Die Gesetzesbestimmung soll die Kompetenz und Pflicht des Bundesrats begründen, die Unterstützung der betroffenen Bank mit Bundesmitteln an die Einhaltung gewisser Vorschriften hinsichtlich der variablen Vergütungen durch diese Bank zu knüpfen.

Das *öffentliche Interesse* an der Anordnung einer Massnahme ist aufgrund der Beanspruchung staatlicher Hilfsmittel durch das Finanzinstitut eindeutig zu bejahen: Vorliegend sollen die anzuordnenden Massnahmen verhindern, dass die mit Bundesmitteln unterstützte systemrelevante Bank exzessive variable Vergütungen entrichtet. Sie verfolgen einerseits einen sittlichen Zweck, sollen andererseits aber verhindern, dass Steuergelder zur Finanzierung solcher Vergütungen dienen können und sich zudem die finanzielle Situation des Finanzinstituts weiter verschlechtert. Sollte eine Massnahme im Übrigen tatsächlich die Konkurrenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen, so wäre dem allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen.

³³ vgl. Vallender, a.a.O., Art. 94, Rz. 5

³⁴ vgl. Vallender, a.a.O.

³⁵ vgl. BGE 128 II 292

³⁶ vgl. Vallender, a.a.O., Art. 27 BV, Rz 28

Die Prüfung unter dem Aspekt der *Verhältnismässigkeit* ergibt sodann, dass die Gesetzesbestimmung gleichzeitig geeignet und erforderlich ist, den Zweck zu erreichen, nämlich zu verhindern, dass das mit Bundesmitteln unterstützte systemrelevante Institut unangemessene Boni entrichtet: Systemrelevante Banken haben ihre Vergütungssysteme, insbesondere hinsichtlich der variablen Vergütungen, an die Vorgaben des Bundesrats anzupassen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass eine Staatshilfe zum Vornherein nur dann erfolgt, wenn eine systemrelevante Bank ohne Staatshilfe untergehen würde. Diese Banken haben deshalb faktisch keine Freiheit, die Staatshilfe mit allfälligen Eingriffen in ihre Vergütungssysteme zu akzeptieren oder auf Staatshilfe zu verzichten. Diese Ausgangslage rechtfertigt es, von den Banken zu verlangen, dass sie ihre Vergütungspolitik und ihre mit den Mitarbeitenden geschlossenen Vergütungsvereinbarungen schon vor dem Krisenfall auf eine solche Eventualität auszurichten. Dadurch wird gleichzeitig ihre Risikobereitschaft, mithin das "moral hazard"-Problem, entschärft. Wie unter Ziff. 3.3 ausgeführt wird, dürfte sich die Regelung für die systemrelevanten Institute am ehesten in einer Finanzkrise als Wettbewerbsnachteil erweisen. Dennoch rechtfertigen die Erfahrungen mit staatlich unterstützten Finanzinstituten während und nach der Finanzkrise einen solchen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und namentlich auch in die Vertragsfreiheit: Es hat sich wiederholt gezeigt, dass allgemein verfasste Verpflichtungen zur Einschränkung exzessiver Vergütungspraktiken nicht durchgesetzt werden konnten und Aufforderungen, die Entrichtung variabler Vergütungen einzustellen, zumeist mit dem erwähnten Einwand vertraglicher Vergütungsansprüche und einer Welle drohender Forderungsklagen entkräftet wurden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass nach der vorgeschlagenen Bestimmung der Bundesrat seine Massnahmen stets den Erfordernissen des Einzelfalls anpassen und damit auch auf ein zumutbares Mass beschränken wird. Damit kann die Einhaltung der Anforderungen an das verfassungsmässig geforderte Prinzip der Verhältnismässigkeit zusätzlich gewährleistet werden.

Schliesslich fordert die Wirtschaftsfreiheit, dass die *Gleichbehandlung der direkt konkurrierenden Marktteilnehmer* respektiert werde. Unter diesem Gesichtspunkt muss sich die auf systemrelevante Banken beschränkte Regulierung auf rein sachliche Gründe abstützen. Die Gefährdung der gesamten Volkswirtschaft durch den Konkurs einer systemrelevanten Bank ist ein hinreichender Grund für einen gezielten Eingriff auf systemrelevante Banken. Es rechtfertigt sich aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung, nur die systemrelevanten Banken, unter Ausschluss der anderen Bankinstitute, als direkt konkurrierende Marktteilnehmer zu qualifizieren.

Zusammenfassend steht die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit – durch die Anordnung einer Massnahme im Falle einer staatlichen Unterstützung bzw. die Verpflichtung zur entsprechenden Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarungen für systemrelevante Banken – im Einklang mit den Anforderungen von Art. 27 und 36 BV.

5.1.3 Steuerliche Massnahmen

Der Bund braucht im Bereich der Steuern eine explizite Verfassungsgrundlage, um Steuern zu erheben. Die Bundeskompetenz zur Erhebung von Stempelabgaben auf Wertpapieren ist in Artikel 132 Absatz 1 BV verankert und diejenige zur Erhebung einer Quellensteuer auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens in Artikel 132 Absatz 2.

Die geplanten Änderungen auf dem Gebiet der Stempelabgaben sind demnach verfassungskonform.

Die Bundesverfassung stellt keine besonderen Anforderungen, was die Ausgestaltung der Stempelabgabe und der Verrechnungssteuer anbelangt. Aus diesem Grund kommt dem Gesetzgeber ein grosser Handlungsspielraum zu. Er kann die Emissionsabgabe ganz oder teilweise aufheben und bei der Unterstellung unter die Verrechnungssteuer zwischen verschiedenen Varianten im Hinblick auf die Herkunft der Vermögenserträge wählen. Hingegen sind nach Artikel 127 Absatz 1 BV im Übrigen die dem Steuersystem zugrundeliegenden Grundsätze, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, das Steuerobjekt und die Steuerbemessung im Gesetz selbst zu regeln. Für die Verrechnungssteuer sind diese Fragen im VStG, das namentlich das Steuerobjekt und -subjekt festlegt, geregelt. Hervorzuheben ist ferner, dass die Verrechnungssteuer eine Sicherungsfunktion erfüllt. Ihre Erhebung soll sicherstellen, dass die Steuerpflichtigen dem Fiskus regelmässig ihre steuerpflichtigen Einkommen und das Vermögen angeben, aus dem diese Einkommen stammen. Die Verrechnungssteuer wird den Schweizer Steuerpflichtigen, die ihrer Steuerpflicht korrekt nachkommen, vollumfänglich zurückerstattet. Im aktuellen Verrechnungssteuergesetz obliegt die Steuerpflicht dem Schuldner der steuerbaren Leistung, der der Steuerpflichtige ist (Art. 10 Abs. 1 VStG). Die steuerbare Leistung ist bei der Auszahlung, Überweisung, Gutschrift oder Verrechnung ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers um den Steuerbetrag zu kürzen (Art. 14 Abs. 1 VStG). Die Steuererhebung beruht somit auf dem Schuldnerprinzip.

Indem die Verrechnungssteuer zur Sicherung der direkten Steuern neu grundsätzlich durch eine inländische Zahlstelle erhoben werden soll, erfährt das System keinen grundlegenden Wechsel, der eine Verfassungsänderung erfordern würde.

Zwar wird die bisher auf die Erträge von inländischen Obligationen beschränkte Besteuerung neu auch auf die Erträge von ausländischen Obligationen ausgeweitet, aber nur für im Inland ansässige Personen. Ferner ist auch die Besteuerung der Erträge von inländischen Obligationen vorgesehen, die an eine Adresse in einem Staat gezahlt werden, mit dem die Schweiz kein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung abgeschlossen hat. Jedenfalls verbietet Artikel 132 Absatz 2 BV eine solche Ausweitung nicht. Das Steuerobjekt, das heisst die Erträge beweglichen Vermögens, sowie die Berechnungsgrundlagen bleiben verfassungskonform. Einzig das Steuererhebungsverfahren erfährt insofern eine Änderung, als nicht mehr der Schuldner der steuerbaren Leistung, sondern die Zahlstelle für Obligationenerträge steuerpflichtig wird. Für alle anderen verrechnungssteuerpflichtigen Erträge (Erträge aus beweglichen Kapitalvermögen, auf Lotteriegewinne und aus Versicherungsleistungen) obliegt die Steuerpflicht dagegen wie bisher dem Leistungsschuldner.

Wie bereits erwähnt wurde, erfüllt die Verrechnungssteuer eine Sicherungsfunktion. An diesem Grundsatz ändert auch die Einführung der Steuererhebung durch eine Zahlstelle nichts. Denn die Steuererhebung besitzt keinen Abgeltungscharakter und die Sicherungsfunktion bleibt dieselbe wie bisher. Die Übertragung der Steuerpflicht auf eine Zahlstelle zieht nur eine Änderung im Verfahren zur Erhebung der Verrechnungssteuer nach sich. Unter diesen Umständen ist das neue System durch Artikel 132 Absatz 2 BV abgedeckt und bleibt verfassungskonform.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die vorgesehenen steuerlichen Massnahmen im Verrechnungssteuerbereich berühren die internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht. Allfällige Auswirkungen

auf die Schweiz sind insofern interner Natur, als sie einen moderaten Rückgang der Steuereinnahmen nach sich ziehen könnten. Denn die wichtigsten Obligationenanleihen ausser den Bundesanleihen und den Anleihen von Kantonen und Gemeinden werden im Ausland emittiert und unterstehen zurzeit nicht der Verrechnungssteuerpflicht.

Ausserdem wirkt sich die Gesetzesänderung nicht auf die geltenden Abkommen mit der Europäischen Union aus, insbesondere nicht auf das Zinsbesteuerungsabkommen. Denn dieses Abkommen führt den Grundsatz eines Abzugs an der Quelle auf den Zinsen ein, die von einer im Inland ansässigen Zahlstelle an eine in der Europäischen Union ansässige natürliche Person entrichtet werden (bzw. die Möglichkeit, diesen Abzug mit einer freiwilligen Deklaration zu vermeiden). Die Rechtsgrundlage dieses Abzugs an der Quelle beruht aber auf einer internationalen Vereinbarung zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, die sich auf Artikel 54 BV stützt, sich jedoch vom System der Verrechnungssteuer unterscheidet.

Die Vorlage tangiert demnach die internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht.