

Close-out-Netting in der Bankensanierung

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Alexander Wherlock

aus dem

Vereinigten Königreich

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone
und
Prof. Dr. Rolf Sethe

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Dank.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XLI
Verzeichnis der Internetquellen	XLIII
Einleitung	1
I. Ausgangslage und Grundproblematik	1
II. Untersuchungsgegenstand und Zielsetzung.....	3
1. Teil: Grundlagen des Close-out-Netting.....	5
Kapitel 1: Begriffliche Grundlagen.....	7
I. <i>Close-out-Netting</i> im Allgemeinen.....	7
II. Abgrenzung zum <i>Payment-Netting</i>	8
III. Abgrenzung zum <i>Netting by Novation</i>	9
Kapitel 2: Anwendungsbereich des <i>Close-out-Netting</i>.....	11
I. Kreditrisiken im Allgemeinen	11
II. Derivatgeschäfte.....	12
A. Allgemeine Begriffsumschreibung.....	12
B. Optionsvertrag.....	14
1. Vertragsinhalt und wirtschaftliche Funktion	14
2. Vertragsqualifikation	16
C. Termingeschäfte	17
1. Vertragsinhalt und wirtschaftliche Funktion	17
2. Rechtliche Qualifikation	19
D. Swapvertrag.....	20
1. Vertragsinhalt und wirtschaftliche Funktion.....	20

2.	Vertragsqualifikation	22
E.	Akzentuierte Kreditrisiken im Derivatgeschäft	22
F.	Der Handel mit Derivaten	24
1.	<i>Over-the-Counter</i> und börslicher Handel mit Derivaten	24
a)	Ausgangslage.....	24
b)	Exkurs: Internationale Bezüge des Handels mit Derivaten.....	25
2.	Handel an Börsen und multilateralen Handelssystemen	26
a)	Börsen und multilaterale Handelssysteme	26
b)	Grundzüge des Börsenhandels mit Derivaten.....	28
c)	Zentrale Abrechnung im Besonderen	30
d)	Zentrale Abrechnung und Kreditrisiko	31
3.	OTC-Handel mit Derivaten.....	33
a)	Definition und Grundzüge des OTC-Handels.....	33
b)	Standardisierte Rahmenverträge für OTC-Derivate	34
c)	Bilaterale Abrechnung und Kreditrisiko.....	36
4.	Exkurs: Pflicht zur zentralen Abrechnung von OTC-Derivaten.....	37
a)	Zentrale Abrechnung von OTC-Derivaten	37
b)	Auswirkungen auf den Handel mit Derivaten	38
III.	Wertschriftendarlehen (<i>Securities Lending</i>).....	39
A.	Vertragsinhalt und wirtschaftliche Funktion	39
B.	Vertragsqualifikation.....	41
C.	<i>Securities Lending</i> und Kreditrisiko	41
IV.	Pensionsgeschäfte (<i>Repurchase Agreements</i>)	42
A.	Vertragsinhalt und wirtschaftliche Funktion	42
B.	Vertragsqualifikation.....	43
C.	<i>Repos</i> und Kreditrisiko.....	44
Kapitel 3:	Vertragliche Grundlagen des <i>Close-out-Netting</i>.....	45
I.	Rechtsgrundlagen des <i>Close-out-Netting</i>	45
II.	Einheitsvertragsklausel.....	46
III.	Beendigungsgründe.....	47
A.	Aufbau der Beendigungsklausel im Allgemeinen	47
1.	Ausgangslage	47
2.	Beendigung infolge eines Termination Event	48
3.	Beendigung infolge eines Event of Default	48
B.	Beendigung infolge eines Insolvenzereignisses im Besonderen.....	49
1.	Vertragsautonome Auslegung.....	49

2. Einzelne Insolvenzereignisse	51
IV. Beendigungsmodalitäten	52
A. Automatische Vertragsbeendigung und Einräumung eines Kündigungsrechtes	52
B. Besonderheiten bei der Vertragsliquidation infolge eines Insolvenzereignisses	53
V. Rechtsfolgen der Beendigung	54
A. Bewertung der beendeten Transaktionen	54
B. Auf- und Verrechnung.....	55
VI. Fazit: Reduktion des Kreditrisikos durch <i>Close-out-Netting</i>	57

Kapitel 4: Rechtliche Rahmenbedingungen des *Close-out-Netting* in der Schweiz..... 59

I. Aufsichtsrechtliche Anerkennung	59
II. Anwendbares Recht	60
A. Rechtsgeschäftliche Gültigkeit.....	60
B. Konkursrechtliche Gültigkeit	61
III. Rechtsgeschäftliche Gültigkeit.....	62
A. Geltung schweizerischen Rechts	62
1. Grundsatz der Vertragsfreiheit nach Art. 19 Abs. 1 OR	62
2. Beurteilung der Beendigung und Kündigung.....	63
3. Beurteilung der Bewertungsmodalitäten	64
4. Beurteilung der Auf- und Verrechnung	65
B. Geltung ausländischen Rechtes	66
IV. Konkursrechtliche Gültigkeit	68
A. Allgemeine Auswirkungen der Konkursöffnung.....	68
1. Übersicht über das Bankenkonzursrecht.....	68
2. Materiell-rechtliche Auswirkungen der Konkursliquidation.....	70
B. Erfüllungsrecht des Konkursverwalters nach Art. 211 Abs. 2 SchKG	71
1. Anwendungsbereich.....	71
2. Ausübung des Erfüllungsrechtes.....	72
C. Ausschluss des Erfüllungsrechtes nach Art. 211 Abs. 2 ^{bis} SchKG	73
1. Ausgangslage	73
2. Anwendungsbereich des gesetzlichen <i>Netting</i>	74
a) Fix-, Finanztermin-, Swap- und Optionsgeschäfte	74
b) Bestimmbarkeit des Markt- und Börsenpreises	76
3. Gesetzlicher Liquidationsmodus.....	77

D. <i>Close-out-Netting</i> im Anwendungsbereich von Art. 211 Abs. 2 SchKG ...	78
1. Ausgangslage	78
2. Auslegung von Art. 211 Abs. 2 SchKG	79
E. <i>Close-out-Netting</i> im Anwendungsbereich von Art. 211 Abs. 2 ^{bis} SchKG	80
1. Vertragliche Abweichungen von Art. 211 Abs. 2 ^{bis} SchKG	80
2. Zulässigkeit einer <i>Optional Early Termination</i> im Anwendungsbereich von Art. 211 Abs. 2 ^{bis} SchKG	81
a) Ausgangslage	81
b) Stand der Lehre	81
c) Persönliche Stellungnahme	83
3. Zulässigkeit einer abweichenden Bewertungsmethodik im Anwendungsbereich von Art. 211 Abs. 2 ^{bis} SchKG	84
Kapitel 5: Gründe für das vertragliche <i>Close-out-Netting</i>	87
I. Ausgangslage	87
II. Marktstandard im Handel mit Derivaten	87
III. Schaffung von Rechtsicherheit	89
IV. Regelung der Bewertungsmodalitäten	90
V. Einbezug von Gruppengesellschaften in das <i>Close-out</i> -Verfahren	91
VI. Ermöglichung eines <i>Close-out</i> vor Anordnung der Konkursliquidation	92
Kapitel 6: Schlussfolgerungen zum 1. Teil	95
I. Reduktion von Kreditrisiken	95
II. Durchsetzbarkeit in der Schweiz	95
2. Teil: <i>Close-out-Netting</i> in der Bankensanierung	97
Kapitel 7: Überblick über das Bankensanierungsverfahren	99
I. Zielsetzung der Bankensanierung und <i>Close-out-Netting</i>	99
II. Rechtsgrundlagen der Bankensanierung und FSB-Standards	100
III. Anwendungsbereich und Zuständigkeiten	102
Kapitel 8: Eröffnung des Bankensanierungsverfahrens	105
I. Insolvenzgefahr nach Art. 25 BankG	105
A. Allgemeine Interventionsschwelle	105
B. Begründete Besorgnis einer Überschuldung	106
C. Begründete Besorgnis ernsthafter Liquiditätsprobleme	107

1. Gesamtbetrachtung der Liquiditätslage.....	107
2. Exkurs: Sanierung der <i>Banco Popular</i>	108
D. Nichterfüllung der Eigenmittelanforderungen.....	109
1. Beurteilungsgrundlagen	109
2. Mindesteigenmittel nach Art. 42 ERV	110
3. Eigenmittelpuffer und antizyklischer Puffer	112
4. Höchstverschuldungsquote nach Art. 46 ERV	113
5. Besondere Anforderungen an systemrelevante Banken	113
a) Allgemeine Bestimmungen	113
b) Eigenmittel zur ordentlichen Weiterführung der Bank (Going-Concern-Anforderungen).....	114
c) Zusätzliche verlustabsorbierende Mittel für international tätige systemrelevante Banken	116
d) Zusätzliche verlustabsorbierende Mittel für inland- orientierte systemrelevante Banken.....	118
6. Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften und Insolvenzgefahr nach Art. 25 BankG	118
a) Wiederherstellung des gesetzesmässigen Zustandes	118
b) Unterschreitung der Mindesteigenmittel	119
c) Unterschreitung des Eigenmittelpuffers und des anti- zyklischen Puffers	120
II. Besondere Voraussetzungen für die Durchführung eines Sanierungsverfahrens	121
A. Ausgangslage	121
B. Begründete Aussicht auf Sanierung	122
1. Abgrenzung zur Konkursliquidation	122
2. <i>No-Creditor-Worse-off-Test</i> im Besonderen.....	123
a) Gläubigerschutz in der Bankensanierung	123
b) Bail-in und <i>No-Creditor-Worse-off-Test</i>	124
C. Grundsatz der Verhältnismässigkeit.....	126
1. Ausgangslage	126
2. Unmittelbar bevorstehende Insolvenz.....	127
Kapitel 9: Die Sanierungsmassnahmen	129
I. Genehmigung des Sanierungsplanes	129
A. Eröffnungsverfügung nach Art. 41 BIV-FINMA	129
B. Sanierungsplan und Genehmigung.....	130
1. Inhalt und Genehmigung.....	130
2. Erstellung des Sanierungsplanes.....	131

II.	Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG	132
III.	Rekapitalisierung mittels <i>Bail-in</i>	133
	A. Grundlagen.....	133
	1. Gesamtanierung der Bank	133
	2. Rekapitalisierung als bilanzielle Massnahme.....	135
	B. Ablauf eines <i>Bail-in</i>	136
	1. Ermittlung des Rekapitalisierungsbedarfes.....	136
	2. Grundsätze der Wandlung.....	137
IV.	Restrukturierung nach Art. 30 BankG.....	140
	A. Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen	140
	B. Ablauf der Restrukturierung.....	141
V.	Exkurs: Umsetzung von Sanierungsmassnahmen	142
	A. Ausgangslage	142
	B. <i>Bail-in</i> im Besonderen.....	143
	Kapitel 10: Sanierung systemrelevanter Banken.....	145
I.	Stabilisierungs- und Notfallplanung.....	145
	A. Hintergrund	145
	B. Stabilisierungsplanung	145
	C. Notfallplanung.....	147
II.	Behördliche Abwicklungsplanung	149
	A. Abwicklungsplan der FINMA	149
	B. Internationale Koordination	150
	C. Sanierungsstrategie für global-systemrelevante Banken	151
	1. <i>Single-Point-of-Entry-Bail-in</i>	151
	2. Exkurs: <i>Bail-in-Bonds</i> und <i>internal TLAC</i>	153
	D. Exkurs: Inlandorientierte systemrelevante Banken	155
	Kapitel 11: Sanierungsverfahren und <i>Close-out-Netting</i>.....	157
I.	Insolvenzereignisse in der Bankensanierung.....	157
	A. Eröffnungsverfügung und Genehmigung des Sanierungsplanes	157
	B. Anordnung von Schutzmassnahmen	159
	C. Umsetzung von Stabilisierungsmassnahmen.....	161
II.	Destabilisierende Wirkung eines <i>Mass-close-out</i>	161
	A. Ausgangslage	161
	B. Beendigung von Handelsverhältnissen.....	162

C. Erhöhter Liquiditätsstress.....	163
D. Erhöhung der Eigenmittelanforderungen	164
E. Operationelle Herausforderungen	166
III. Gesetzliche Adressierung des <i>Close-out-Netting</i> in der Sanierung	167
A. FSB - Key Attributes.....	167
1. Ausgangslage	167
2. <i>Close-out-Netting</i> in den FSB - Key Attributes	168
B. Umsetzung der FSB - Key Attributes in der Schweiz	169
1. Aufschub der Beendigung von Finanzverträgen nach Art. 57 alt-BIV-FINMA	169
2. Aufschub der Beendigung von Verträgen nach Art. 30a BankG	170
a) Regelungsgegenstand von Art. 30a BankG	170
b) Regelungsgegenstand von Art. 12 Abs. 2 ^{bis} BankV.....	171
c) Anpassungen gegenüber Art. 57 alt-BIV-FINMA.....	172
C. Exkurs: Rechtslage in der Europäischen Union	173
1. Beendigungssperre und Aussetzung von Kündigungsrechten.....	173
2. Vergleich mit der Aufschubskompetenz nach Art. 30a BankG	174
Kapitel 12: Schlussfolgerungen zum 2. Teil	175
I. Das Bankensanierungsverfahren	175
II. <i>Close-out-Netting</i> in der Bankensanierung.....	175
3. Teil: Aufschub nach Art. 30a BankG	177
Kapitel 13: Anwendungsbereich von Art. 30a BankG	179
I. Sanierungsrechtliche Begleitmassnahme	179
II. Erfasste Vereinbarungen	180
A. Vertragsbeendigung und Aufrechnungsvereinbarungen nach Art. 27 Abs. 1 lit. a BankG.....	180
B. Exkurs: Ausübung von Verwertungs- und Übertragungsrechten nach Art. 27 BankG	181
1. Verwertungsrechte nach Art. 27 Abs. 1 lit. b BankG.....	181
a) Vereinbarungen über die freihändige Verwertung von Sicher- heiten.....	181
b) Besicherung von OTC-Transaktionen	182
c) Besicherung von zentral abgerechneten Kontrakten.....	184
2. Übertragungsrechte nach Art. 27 Abs. 1 lit. c BankG.....	185

III.	Anknüpfung an eine Massnahme nach dem elften Abschnitt des BankG	186
A.	Massnahmen des elften Abschnittes BankG.....	186
B.	Einbezug von Gruppengesellschaften	188
C.	Exkurs: Vertragsliquidation infolge Insolvenz	189
1.	Anknüpfung an den wirtschaftlichen Zustand der Insolvenz	189
2.	Insolvenz und Insolvenzgefahr nach Art. 25 BankG.....	189
3.	Insolvenz und <i>Point-of-non-Viability</i>	191
a)	Gesetzliche und vertragliche Grundlagen.....	191
b)	Einzelfallprüfung.....	193
4.	Implikationen für das Sanierungsverfahren	193
a)	Ausgangslage.....	193
b)	Anwendbarkeit von Art. 30a BankG	194
c)	Exkurs: Gesetzliche Beendigungsrechte infolge Zahlungsunfähigkeit.....	195
D.	Ausschluss des Aufschubes nach Art. 30 Abs. 4 BankG.....	197
1.	Fehlender Zusammenhang zu einer Massnahme nach dem 11. Abschnitt BankG.....	197
2.	Ordentliche Fälligkeiten im Besonderen.....	198
3.	Nachschusspflichten im Besonderen.....	199
IV.	Keine Beschränkung der Aufschubsbefugnis auf bestimmten Vertragstypus	199
V.	Persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich	200
Kapitel 14: Anordnung des Aufschubes nach Art. 30a BankG		203
I.	Voraussetzungen für die Anordnung eines Aufschubes nach Art. 30a BankG	203
A.	Ausgangslage	203
B.	<i>No-Creditor-Worse-off</i> -Test im Besonderen	203
II.	Zeitpunkt der Anordnung.....	205
A.	Ausgangslage	205
B.	Exkurs: Sanierung nicht systemrelevanter Banken	207
1.	Ablehnungsfrist nach Art. 31a Abs. 1 BankG.....	207
2.	Mögliche Lösungsansätze	208
a)	Ausgangslage.....	208
b)	Verlängerung der Dauer	208
c)	Mehrfache Anordnung.....	209
d)	Schlussfolgerungen.....	211
III.	Umfang des Aufschubes.....	213

A.	Festlegung im Ermessen der FINMA.....	213
B.	Dienstleistungsverträge im Besonderen	214
1.	Ausgangslage	214
2.	Adressierung im Rahmen der Notfall- und Abwicklungsplanung	216
C.	Zentral abgerechnete Transaktionen im Besonderen.....	217
1.	Risikoprofil zentraler Gegenparteien	217
a)	Ausgangslage.....	217
b)	Ausgeglichenes Clearingbuch	218
2.	Eingriff in das Ausfallverfahren der zentralen Gegenpartei.....	219
3.	Berücksichtigung der Auswirkungen des Aufsches	220
a)	Ausgangslage.....	220
b)	Indirekt abgerechnete Transaktionen im Besonderen.....	221
IV.	Form und Publikation.....	222
A.	Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG	222
B.	Bestimmtheit der Anordnung	223
C.	Publikation des Aufsches	224
1.	Ausgangslage	224
2.	Anwendungsfälle	224
Kapitel 15: Aufschieb und SPoE-Bail-in		227
I.	Erllass der Eröffnungsverfügung nach Art. 41 BIV-FINMA	227
II.	Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG	227
III.	Wandlung von i-TLAC-Instrumenten	228
A.	Ausgangslage	228
B.	Internationale Koordination	229
Kapitel 16: Rechtsfolgen des Aufsches nach Art. 30a BankG		231
I.	Rechtslage während der Dauer des Aufsches.....	231
II.	Rechtslage nach Ablauf des Aufsches.....	232
A.	Prüfung nach Art. 30a Abs. 5 BankG.....	232
1.	Ausgangslage	232
2.	Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen.....	233
3.	Einhaltung der Eigenmittelanforderungen	234
4.	Ermessensentscheid der FINMA.....	234
B.	Rechtsfolgen nach Art. 30a Abs. 5 BankG.....	236
1.	Dauerhafter Aufschieb.....	236
2.	Dahinfallen des Aufsches.....	237

3. Kreditvereinbarungen im Interbankenverhältnis nach Art. 56	
Abs. 1 lit. e BIV-FINMA	264
4. Generalklausel nach Art. 56 Abs. 1 lit. f BIV-FINMA	265
5. Verträge ausländischer Gruppengesellschaften nach Art. 56	
Abs. 1 lit. h BIV-FINMA	265
6. Ausnahmen von der Anpassungspflicht nach Art. 56 Abs. 2 BIV-FINMA	266
a) Einzelne Ausnahmen	266
b) Verträge mit Finanzmarktinfrastrukturen im Besonderen	268
C. Relevanter Auslandsbezug	269
D. Entstehung der Vertragsanpassungspflicht.....	270
1. Ausgangslage	270
2. Rahmenvereinbarungen im Besonderen.....	271
3. Umsetzungsfristen gemäss Art. 61a BIV-FINMA	272
III. Umsetzung der Vertragsanpassungspflicht	273
A. Inhalt der Anerkennungserklärung	273
B. ISDA Resolution Stay Jurisdictional Modular Protocol im Besonderen..	274
1. Ausgangslage	274
2. Funktionsweise des 2016 ISDA JMP.....	275
3. Vorteile des 2016 ISDA JMP.....	276
C. Rechtslage bei fehlender Anerkennung.....	277
1. Ausgangslage	277
2. Aufsichtsrecht	278
3. Zivilrecht.....	279
D. Erste praktische Erfahrungen bei der Umsetzung.....	280
Kapitel 20: Schlussfolgerungen zum 3. Teil	283
I. Aufschub nach Art. 30a BankG	283
II. Anpassungspflicht i.S.v. Art. 12 Abs. 2 ^{bis} BankV	285
4. Teil: Schlussbetrachtung.....	287
Kapitel 21: Würdigung von Art. 30a BankG	289
I. Eignung als Sanierungsmassnahme.....	289
II. Praktische Überlegungen.....	290
Kapitel 22: Ausblick	291