

WOB

World of Business Law



Ein kartellrechtlicher Blick
auf den Zusammenschluss
CS-UBS

Maurizio Kast /
Marie-Louise Weiße – S. 15

Der Onlinekommentar

Daniel Brugger – S. 24

Ups – they did it again...
Von UBS 2008 zu
Credit Suisse 2023

Dr. Reto Müller – S. 29

Ups – they did it again... Von UBS 2008 zu Credit Suisse 2023

Ein Beitrag von Dr. Reto Müller, ZHAW School of Management and Law, Zentrum für Regulierung und Wettbewerb

- Quellennachweis online verfügbar unter www.wr-studenten.ch

Der Schock nach der UBS-Rettung im Jahr 2008 sass tief. Besondere Regulierungen für systemrelevante Banken sollten ein ähnliches Fiasko künftig verhindern. Im Fall der Credit Suisse griff der Bundesrat im März 2023 gleichwohl wieder verfassungsunmittelbar ein. Der Bund übernahm vorerst immense Risiken und die Probleme der Bank wurden mit staatlicher Hilfe «wegfusioniert». Die Ereignisse hinterlassen einen schalen Nachgeschmack. Scheitert der demokratische Rechtsstaat an der Bankenregulierung?

- **Demokratischer Rechtsstaat**

Zentrale Elemente des modernen Schweizer Rechtsstaats sind einerseits die Bindung aller Behörden an das Recht und andererseits die demokratische Legitimierung dieses Rechts. Das Legalitätsprinzip macht staatliches Handeln nicht nur vorhersehbar und damit berechenbar, sondern eröffnet im Grunde auch den Rechtsweg. Gesetzen im formellen Sinne kommt eine besondere Bedeutung zu – also jenen Erlassen, welche das Parlament erlässt und die dem (auf der Stufe Bund fakultativen) Referendum unterstehen. Das demokratische Prinzip gewährleistet die Abstützung und Rückbindung des Rechts.

Beide Prinzipien gehören zu den Standortfaktoren der Schweizer Volkswirtschaft. Die Stabilität und die damit verbundene Rechtssicherheit, aber auch die institutionelle Schwerfälligkeit bei der Änderung geltenden Rechts unterscheidet die Schweiz von anderen Staaten. Der Schweizer Finanzplatz gilt als ein sicherer Hafen mit dem harten Schweizer Franken als sicherer Währung.

Das Recht der Krise

In Krisenlagen kann eine hohe Agilität der staatlichen Akteure geboten sein. Es ist möglich, dass die verfügbaren materiell- und verfahrensrechtlichen Grundlagen zur Krisenbewältigung nicht ausreichen.

Die geltende Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) kennt zwar keine expliziten Regeln für den (daher extrakonstitutionellen) Staatsnotstand, enthält aber besondere Normen zum Erlass von Dringlichkeitsrecht und für ausserordentliche Lagen. Unter Umständen darf dann – der Idee nach abgestuft – vom Legalitätsprinzip und teilweise auch vom Gewaltenteilungsprinzip abgewichen werden.

Artikel 165 BV erlaubt mit dem Dringlichkeitsrecht eine Abweichung vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Das Parlament kann bei gegebener sachlicher und zeitlicher Dringlichkeit in beschleunigten Verfahren bestehende Bundesgesetze ändern oder neue Normen erlassen. Das vom demokratischen Gesetzgeber erlassene Dringlichkeitsrecht darf sogar von der BV abweichen – dann müsste es aber nach maximal einem Jahr von Volk und Ständen genehmigt werden.

Anders liegt es beim Recht der ausserordentlichen Lage nach Artikel 185 Absatz 3 BV. Hier tritt der Bundesrat – also die Exekutive – auf den Plan, um zum Zwecke der Gefahrenabwehr Massnahmen zu ergreifen, für welche es im gesetzten Recht keine Grundlagen gibt. Weil damit vom Legalitätsprinzip abgewichen wird, muss es sich um Ausnahmen handeln.

„Es ist die Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers, im Voraus adäquat Recht zu setzen und damit allfällige Abwägungen zu treffen, Kompromisse zu finden oder Rechtspositionen abzusichern.“

Der Normwortlaut dieser Ausprägung der polizeilichen Generalklausel ist zudem restriktiv: Es geht um die Abwehr von «eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit».

Auf einmal hatte die UBS Probleme...

Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts kam verfassungsunmittelbares «Notrecht» (der Begriff ist zwar nicht optimal – aber aus den Köpfen nicht mehr wegzukriegen) nur für unvorhersehbare, atypische Gefährdungslagen infrage:

Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist «auf echte und unvorhersehbare sowie gravierende Notfälle ausgerichtet. Ihre Anrufung ist auf Fälle beschränkt, wo keine gesetzlichen Mittel vorhanden sind, um einer konkreten Gefahr zu begegnen. Sie kann indessen nicht angerufen werden, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert werden» (BGE 130 I 369 E. 7.3, S. 381; ähnlich 126 I 112 E. 4.b, S. 118 oder 121 I 22 E. 4b.aa, S. 29, sinngemäss auch 111 Ia 246 E. 2, S. 247). Bei notorischen, bekannten Bedrohungen blieb ihr also die Anwendung versagt. Es ist die Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers, im Voraus adäquat Recht zu setzen und damit allfällige Abwägungen zu treffen, Kompromisse zu finden oder Rechtspositionen abzusichern.

Die Probleme der UBS zum Beginn der Finanz- und Wirtschaftskrise vor rund 15 Jahren waren bekannt. Die systemrelevante Bank hatte an mehreren Fronten hart zu kämpfen: Sie war verstrickt in die «Sub-Prime-Krise» in den U.S.A. und sie stand am Pranger wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung für U.S.-amerikanische Steuerpflichtige. Am 15. Oktober 2008 beteiligte sich der Bund mit einer (individuell-konkreten) verfassungsunmittelbar ergangenen Notverordnung mit bis zu 6 Mrd. CHF an der UBS; gleichzeitig verpflichtete sich die Schweizerische Nationalbank (SNB), «toxische» Papiere der UBS im Wert von maximal 60 Mrd. USD zu übernehmen – damit trug der Bund dazu bei, die UBS aus dem «Sub-Prime-Sumpf» zu ziehen. Am 18. Februar 2009 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) eine mit verfassungsunmittelbarem Notrecht begründete Verfügung. Es ging darum, Bankkondendaten entgegen geltendem schweizerischem Gesetzesrecht (Bankkündengeheimnis) an die U.S.-amerikanischen Steuerbehörden weiterleiten zu können – damit half die FINMA der UBS im Steuerstreit.

Nach dem Stand der Rechtsprechung zum Zeitpunkt ihres Erlasses wären sowohl die bundesrätliche Notverordnung als auch die FINMA-Verfügung bereits wegen der durchaus vorhersehbaren Entwicklung und des damit absehbaren Handlungsbedarfs unzulässig gewesen. Mit Urteil vom 5. Januar 2010 erkannte das Bundesverwaltungsgericht die FINMA-Verfügung mit schlüssiger Begründung für rechtswidrig. Gegen die Notverordnung zur Rettung der UBS bestand hingegen kein Rechtsmittel (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV).

...und der bissige Hund musste sterben ...

Inzwischen hatte das Bundesgericht mit einem Urteil vom 30. November 2009 die Unvorhersehbarkeit als eigenständiges Element bei der Anwendung der Polizeigeneralklausel aufgegeben.

Im Kanton Graubünden war ein bissiger Hund unter Anrufung des Tierschutzgesetzes eingeschlafert worden.

Das Bundesgericht stellte fest, dass die einschlägige Norm nicht den Menschen vor Hunden, sondern «vielmehr Tiere vor Menschen» schützen wolle (BGer, Urteil 2C_166/2009, E. 2.2.1). Wegen Nichtanwendbarkeit der Gesetzesnorm prüfte es die Voraussetzungen der von den kantonalen Stellen eventualiter angerufenen Polizeigeneralklausel. Das Bundesgericht stellte fest, dass deren Beschränkung auf echte und unvorhersehbare Notfälle bei einer Gefährdung von Leib und Leben von Menschen «nicht sachgerecht» sei; ein «Untätigsein des Gesetzgebers» stehe vielmehr im Widerspruch zu staatlichen Schutzpflichten (E. 2.3.2.1). Wenn also der demokratische Gesetzgeber nicht handelt (und damit eine grundrechtlich begründete Schutzpflicht verletzt), soll die Exekutive ohne Gesetzesgrundlage eingreifen dürfen (und sogar müssen). Ein Einsperren des Hundes (anstatt ihn zu töten) wurde als untaugliche Alternative verworfen – denn das Füttern des Hundes im Zwinger wäre zu gefährlich gewesen (E. 2.3.2.3).

... um die Bank zu retten (?)

Als der UBS-Fall kurz darauf beim Bundesgericht landete, nahm es explizit auf den Hunde-Euthanasie-Fall Bezug: Ein «Untätigsein des Gesetzgebers (könne) den Staat in einer Notsituation nicht zur Hingabe fundamentaler Rechts- bzw. Polizeigüter zwingen, wenn diese Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden» (BGE 137 II 431, E. 3.3.2) – allerdings ist die Argumentation im zitierten Fall enger.

Das Bundesgericht hat im UBS-Fall den Anwendungsbereich der Polizeigeneralklausel nochmals ausgedehnt, indem es das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit weiter zurückgestuft hat. Diese bilde nämlich «im Rahmen der Interessenabwägung nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen» (ebenda). Entscheidendes Kriterium ist damit das Gewicht des schützenswerten Rechtsguts – im UBS-Fall was dies der Schutz des «nationalen und internationalen Finanzmarkt(s)»; denn in «Ausnahmesituationen (...) kann auch die ökonomische Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts ein (...) schützenswertes polizeiliches Gut darstellen, da beide klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr umfassen, welche bei einem Zusammenbruch des Finanzsystems massiv beeinträchtigt würden» (E. 4.1).

Das Bundesgericht schützte sogar die Anwendung verfassungsunmittelbaren Notrechts durch die FINMA. Zwar handelt es sich bei der Polizeigeneralklausel nach Artikel 185 Absatz 3 BV um eine Organkompetenz des Bundesrats (sic!), doch hätte die FINMA als Aufsichtsbehörde «mit dessen impliziter Zustimmung» gehandelt (E. 4.3.3).

„Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte und unvorhersehbare sowie gravierende Notfälle ausgerichtet.“

Bindung des Staates an das Recht?

Im Hunde-Euthanasie-Fall hat das Bundesgericht mit der Büchse der Pandora zu hantieren begonnen. Im UBS-Fall hat es deren Deckel weiter geöffnet. Dies machte sich beim Abschluss neuer Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) sogleich bemerkbar. Das neue Abkommen mit den U.S.A. war bereits vor der parlamentarischen Genehmigung angewendet worden. Und auf eine Unterstellung unter das fakultative Staatsvertragsreferendum wurde – entgegen Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV – verzichtet (weiterführend KLEY/SEFEROVIC, S. 51 ff., m.w.H.).

Zurück zur ordentlichen Regulierung

Im Nachgang zur Krise änderte das Parlament das Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0). Die neuen Regulierungen betrafen zuerst den Schutz der Einlagen (AS 2011 3919). Anschliessend ergingen mit der «Too big to fail-Vorlage» präventive Vorgaben für systemrelevante Banken und damit auch zum Schutze der Schweizer Volkswirtschaft und des Finanzplatzes (AS 2012 811). Es wurden einerseits besondere Vorgaben für die Eigenmittel, die Liquidität, die Risikoverteilung und die Notfallplanung systemrelevanter Banken verankert (Art. 9 BankG). Andererseits wurden neue gesetzliche Bestimmungen zur Kapitalisierung von Banken geschaffen (Art. 11 ff. BankG). Eine systemrelevante Bank muss seither über eine Notfallplanung verfügen und unter anderem nachweisen, dass sie «im Fall drohender Insolvenz die systemrelevanten Funktionen weiterführen kann» (Art. 10 Abs. 2 BankG).

Auf einmal hatte die Credit Suisse Probleme...

War es um die UBS in den letzten Jahren ruhig geworden, häuften sich negative Schlagzeilen zur Credit Suisse (CS). Die «Beschattungsaffäre» warf ein grelles Licht auf das damalige Management der Bank (und führte gemäss Medienberichten dazu, dass sich ein beteiligter Privatermittler das Leben nahm; vgl. LUKAS HÄSSIG, Inside Paradeplatz, «Privatermittler im Fall Khan begeht Suizid», Beitrag vom 30.09.2019). Im Kerngeschäft schien die systemrelevante Bank keine Krise auszulassen: Im Jahr 2021 verbuchte sie einen Verlust von rund 5 Mrd. USD im Zusammenhang mit dem hochspekulativen Fonds «Archegos» (NZZ vom 28.03.2023, S. 21 – eine spätere Busse in der Höhe von 388 Mio. USD folgte nach der Fusion mit der UBS; NZZ vom 25.07.2023, S. 25), musste Strafzahlungen von insgesamt rund 475 Mio. USD wegen dubioser Kreditvergaben in Mosambik bezahlen (U.S. Securities and Exchange Commission, Mitteilung vom 19. Oktober 2021) und die naiv geführten Fondsgeschäfte mit Greensill Capital einstellen (FINMA, Medienmitteilung zum Abschluss des Enforcement-Verfahrens vom 28.02.2023). 2022 und 2023 wurde die Bank erstinstanzlich zu Schadenersatzzahlungen an den ehemaligen georgischen Premierminister Iwanischwili in Höhe von 607 Mio. USD auf Bermuda und zu 926 Mio. USD in Singapur verurteilt (NZZ vom 27.07.2022, S. 25 und vom 27.03.2023, S. 27). Zudem wurden Zahlungen wegen Betrugsvorwürfen (Beihilfe zur Steuervermeidung) in Frankreich in der Höhe von 238 Mio. Euro fällig (NZZ vom 25.10.2022, S. 21). All das setzte die Bank und ihren Aktienkurs gehörig unter Druck (NZZ vom 30.09.2022, S. 21).

Eine neue Finanzkrise?

Mit einer Änderung des Bankengesetzes Ende 2021 sind die Massnahmen bei Insolvenzgefahr (Sanierungsplan) und zur Einlagensiche-

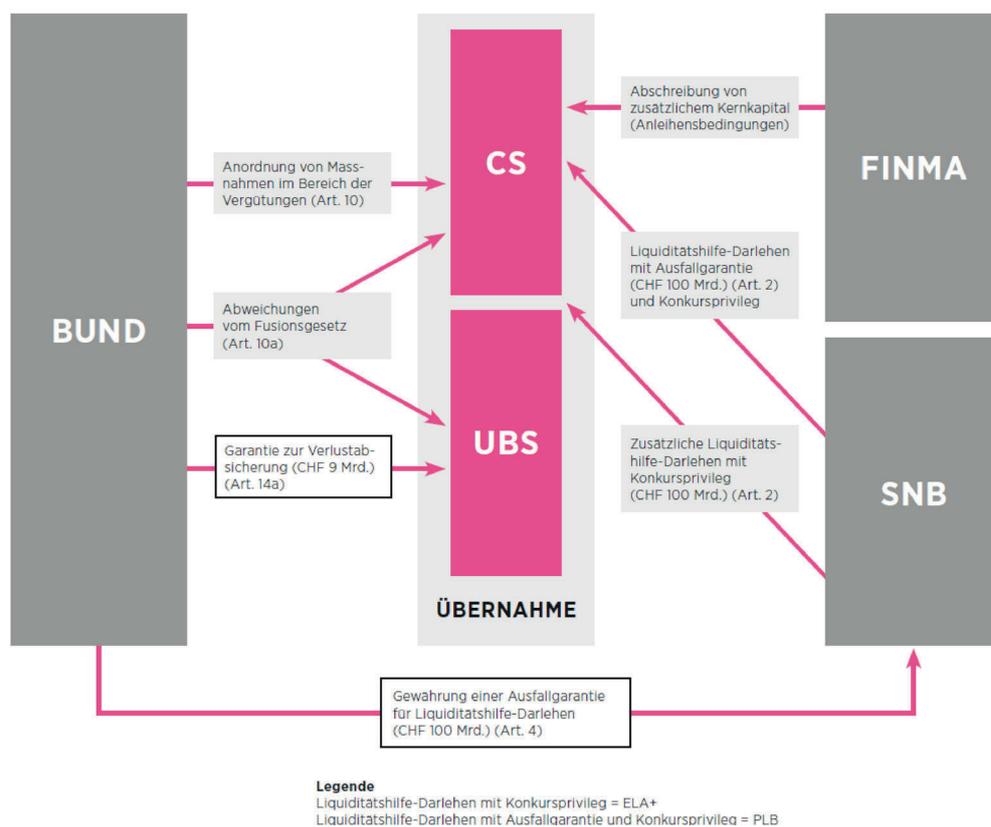
rung weiter ausgebaut worden (AS 2022 732). Im Oktober 2022 wuchsen Bedenken vor einer neuen Finanzkrise. Eine Handvoll zuletzt schnell gewachsener Regionalbanken in den U.S.A. hatte sich schlecht auf das Szenario steigender Zinsen vorbereitet. Zu Beginn des neuen Jahres geriet sodann die hippe Silicon Valley Bank ins Trudeln; sie wurde am 10. März 2023 von den zuständigen Behörden geschlossen (NZZ vom 11.03.2023, S. 23). Weitere U.S.-Banken standen unter starkem Druck. Zur gleichen Zeit musste die CS ihren Jahresabschluss wegen Fragen der U.S.-Börsenaufsicht zu den Geldflussrechnungen der Geschäftsjahre 2019 und 2020 verschieben (NZZ vom 10.03.2023, S. 1).

Am 15. März 2023 rief die französische Premierministerin die Schweiz öffentlich dazu auf, die Probleme der CS zu lösen (<https://www.lemonde.fr> «Credit Suisse shares sink to historic low and borrows 50 billion Swiss francs from central bank») – die U.S.-Finanzministerin und der britische Schatzkanzler waren diskreter und griffen zum Telefon (NZZ am Sonntag vom 26.03.2023, S. 20). Gleichtags schloss die Saudi National Bank als grösste Aktionärin der CS die Beteiligung an einer hypothetischen Kapitalerhöhung aus regulatorischen Gründen aus (NZZ vom 16.03.2023, S. 1).

Auf den damit ausgelösten Absturz der CS-Aktien reagierten die FINMA und die SNB mit einer Medienmitteilung, wonach die CS «regulatorische Kapital- und Liquiditätsanforderungen» erfülle (FINMA, Medienmitteilung vom 15.03.2023: «FINMA und SNB nehmen Stellung zu Unsicherheiten am Markt»). Zu diesem Zeitpunkt waren staatliche Rettungsmassnahmen für die CS bereits angefallen (Art. 5 Abs. 3 BV als Verfassungsgrundsatz und Art. 9 BV als selbständig durchsetzbares Grundrecht verlangen von sämtlichen staatlichen Behörden ein Handeln nach Treu und Glauben).



Aktienkurs der Credit Suisse - die (realistische) Einschätzung des Markts.



Massnahmepaket und Verpflichtungskredite (Botschaft Verpflichtungskredite, S.13).

Notfallmassnahmen

Ein zentrales Element der neuerlichen Bankenrettung war der «Public Liquidity Backstop» (PLB). Der Bundesrat hat mit seiner Notverordnung vom 16. März 2023 (SR 952.3 resp. AS 2023 135) – gestützt auf die Artikel 184 Absatz 3 und 185 Absatz 3 BV – ein Instrument geschaffen und sogleich angewendet, welches das Bankengesetz nicht kennt: Eine staatliche Liquiditätssicherung stand zwar seit rund einem Jahr als Elefant im Raum; eine Vernehmlassungsvorlage war aber erst für Mitte 2023 geplant (Erläuterungen zur Notverordnung vom 16. März 2023, S. 3 f.).

Konkret umfasst das Hilfspaket Liquiditätshilfe-Darlehen der SNB mit Konkursprivileg (Emergency Liquidity Assistance) von 100 Mrd. CHF, eine Liquiditätshilfe der SNB mit Konkursprivileg und Bundesgarantie (PLB) von 100 Mrd. CHF sowie Bundesgarantien zur Absicherung möglicher Verluste der UBS in der Höhe von 9 Mrd. CHF.

Die Fusion von UBS und CS ist das Kernstück der Bankenrettung und von grösster strategischer Bedeutung für den hiesigen Finanzplatz. Der Bund betont, dass es sich um eine «private Übernahme» handle. Die UBS war bereit, 22,48 CS-Aktien durch eine UBS-Aktie zu ersetzen. Dies entspricht ungefähr der Hälfte des Börsenwerts der CS unmittelbar vor ihrer Rettung.

Gemäss dem Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301) muss ein Fusionsvertrag von den «obersten Leitungs- oder Ver-

waltungsorganen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften abgeschlossen werden» (Art. 12 Abs. 1 FusG); dies scheint vorliegend der Fall zu sein (auch wenn der Verwaltungsrat der CS unter immensem Druck gestanden haben dürfte). Weiter werden bei Aktiengesellschaften qualifizierte Mehrheiten zur Genehmigung einer Fusion verlangt, nämlich «zwei Drittel der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen und die absolute Mehrheit des von ihnen vertretenen Aktiennennwerts» (Art. 18 Abs. 1 Bst. a FusG). Eine solche Abstimmung hat nicht stattgefunden.

Die ursprüngliche Notverordnung sah explizite Abweichungen nur vom Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) vor. Mit einer Änderung vom 19. März 2023 wurden zusätzlich Abweichungen vom Fusionsgesetz implementiert (neuer Art. 10a). Der Bundesrat hat also unter Zuhilfenahme der Polizeigeneralklausel geltende Normen von Bundesgesetzen ausgehebelt. Der Bundesrat scheint sich wegduckend zu wollen, indem er die gesetzeswidrige Übernahme von einer (Pseudo-)«Abstimmung mit der FINMA» abhängig machte (Art. 10a Abs. 1, jeweils Bst. a, b und c). Im Zuge der Fusion sind 16 Mrd. CHF aus sogenannten «AT1-Bonds» der CS von der FINMA abgeschrieben worden. Diese Art von Anleihen wurde nach der Finanzkrise von 2008 geschaffen. Sie gelten als Eigenkapital (Additional Tier 1) und sollen staatliche Finanzhilfen verhindern. Die FINMA betont die vertraglichen (also privatrechtlichen) Bedingungen der entsprechenden Verträge (oder eher: Prospekte)

und geht davon aus, dass diese Anleihen bei «Gewährung ausserordentlicher staatlicher Unterstützung, vollständig abgeschrieben werden» dürfen (FINMA, Medienmitteilung vom 23.03.2023). Hingegen ist sich zumindest das private Credit Derivatives Determinations Committee in den U.S.A. einig darin, dass es sich bei der Übernahme durch die UBS nicht um ein «Kreditausfallereignis» handelt – Kreditausfallversicherungen werden daher nicht greifen (NZZ vom 19.05.2022, S. 22). Die Halterinnen von AT1-Bonds werden mit dem Totalverlust (noch) schlechter gestellt als die CS-Aktionärinnen. Für die UBS hingegen wird die Fusion versüsst.

Krisenmanagement

Die beiden Fälle – UBS 2008 und CS 2023 – zeigen sowohl strukturelle Mängel in der Regulierung des für die Schweiz wichtigen Finanzplatzes als auch im staatlichen Krisenmanagement. Zudem hat sich wiederholt gezeigt, dass das Parlament in Krisenlagen gerne zuerst dem Bundesrat das Feld überlässt (etwa beim Doppelbesteuerungsabkommen oder während der ersten Welle der Corona-Pandemie – auf welche hier bewusst nicht näher eingegangen wurde). Dabei wird vernachlässigt, dass die Krisenbewältigung (im Unterschied zur Ereignisbewältigung) oft auf mehreren Ebenen stattfinden muss.

„Die beiden Fälle – UBS 2008 und CS 2023 – zeigen sowohl strukturelle Mängel in der Regulierung des für die Schweiz wichtigen Finanzplatzes als auch im staatlichen Krisenmanagement“

Bereits in der Aufarbeitung der UBS-Rettung zeigte sich Handlungsbedarf. Ursprünglich hatte der Bundesrat nämlich die Herausgabe von Unterlagen an die Geschäftsprüfungskommissionen der Räte verweigert (GPK/GP-Del, Jahresbericht 2009, BBl 2010 2671, 2687 ff.: «Grundlegende Probleme bei der Durchsetzung der Informationsrechte»). Konsequenterweise wurden die Aufsichtsrechte des Parlaments präzisiert (AS 2011 4537 und BBl 2011 1817). Die nun für die Rettung der CS eingesetzte Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) wird unter Umständen ebenfalls ihre Zähne zeigen müssen.

Die ausführliche Untersuchung der GPK zur UBS-Rettung zeigte sodann grosse Mängel im Erkennen von Krisen und in der behördlichen Krisenorganisation (Bericht GPK vom 30. Mai 2010, BBl 2010 3099, passim). Ihre 19 Empfehlungen betreffen teilweise das «Grundhandwerk» der Staatsleitung in der ausserordentlichen Lage – angefangen bei der notwendigen Protokollierung von Entscheidungen über organisatorische Vorkehren bis hin zur Involvierung des Bundesrats. Die GPK verlangte damals (anders als der Bundesrat) sowohl eine Stärkung der Finanzmarktaufsicht (Empfehlung 2) als auch eine Weiterentwicklung der Aufsichtspraxis (Empfehlung 3).

Der Niedergang der CS in Zeitlupe war den Behörden durchaus bewusst. Hätten nicht bereits die bankenrechtlichen «Too big to fail-Massnahmen» gegriffen, wäre der Absturz der systemrelevanten Bank nicht nur an der Börse, sondern vielleicht auch in der Realität schneller erfolgt (Botschaft Verpflichtungskredit, S. 17). Auch das Ungenügen der bestehenden Vorgaben war erkannt worden. Der Bundesrat hat die geplante Vernehmlassungsvorlage zur Änderung des Bankengesetzes nicht beschleunigt und das Parlament hat kein Dringlichkeitsrecht erlassen. Hingegen wurde offenbar der Saudi National Bank zu verstehen gegeben, dass kein stärkeres Engagement bei der CS erwünscht sei (www.blick.ch «Saudis wollten Credit Suisse retten – Doch die Finma sagte Nein!», Beitrag vom 09.07.2023). Mitte März 2023 erschienen die verfassungsunmittelbaren, ausserordentlichen Massnahmen dann alternativlos.

Die Einführung eines neuen Instruments zur Bankenrettung (des PLB) mit gleichzeitiger Übernahme von Risiken, die höher liegen als der gesamte Bundeshaushalt eines ganzen Jahres, ist am demokratischen Gesetzgeber vorbei erfolgt (daran ändert m.E. auch die eilige Zustimmung der Finanzdelegation des Parlaments zu den beiden Dringlichkeitskrediten nichts). Die Ausfallgarantie zugunsten der SNB (der PLB) und die Verlustgarantie zugunsten der UBS wurden dem Parlament als dringliche Verpflichtungskredite zur nachträglichen «Genehmigung» vorgelegt. Die beiden Geschäfte sind mangels Zustimmung des Nationalrats gescheitert (AB 2023 N 714 und AB 2023 S 328 und 329). Die Bedeutung der Ablehnung ist umstritten. Sowieso war der Bund ja bereits eine Verpflichtung eingegangen. Die Frage wäre nun bloss, ob er aufgrund der Ausfallgarantie oder aufgrund öffentlichen Entschädigungsrechts im Risiko steht.

Die CS-Krise zeigte erneut und auf dramatische Art und Weise das Ungenügen des aufsichtsrechtlichen Repertoires der FINMA auf. Die Erkenntnisse aus der UBS-Rettung waren nicht in voller Konsequenz umgesetzt worden. Der Aufsichtsbehörde fehlen Instrumente, um in «strategischer» Hinsicht auf nachlässige Banken einzuwirken. Die FINMA selber erachtet eine Bussenkompetenz und ein «Senior Management Regime» als notwendig (AMSTAD, Referat Mediengespräch). Damit könnte sie leichtfertige Banken und deren Führungspersonal immerhin indirekt dazu motivieren, fragwürdige Geschäftspraktiken zu unterlassen.

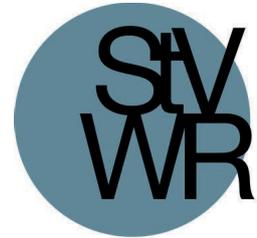
In der Schweiz besteht eine gewisse Skepsis gegenüber unabhängigen Aufsichtsbehörden. Es gibt sie zwar in grösserer Zahl, doch sind ihre Kompetenzen oft begrenzt. Wenn aber weder die ministerialen Behörden noch das Parlament in der Lage sind, adäquat zu handeln, so ist eine Verlagerung ausreichender «technischer» Kompetenzen an die Aufsichtsbehörden unausweichlich.

Und nun...?

Nach der griechischen Mythologie sind alle Laster und Übel dieser Welt beim Öffnen der Büchse der Pandora entwichen. Es ist umstritten, ob ihr zuletzt auch die Hoffnung entspringen würde.

Die gesetzlich nicht vorgesehenen staatlichen Massnahmen und die «Neuinterpretation» der Polizeigeneralklausel nach Artikel 185 BV durch das Bundesgericht haben zwar das Überleben zweier systemrelevanter Banken ermöglicht. Der bundesgerichtliche Umgang mit dem Recht der ausserordentlichen Lage und die (gar nicht so «sanfte») Anpassung einzelner Voraussetzungen dafür werden in der rechtswissenschaftlichen Lehre wohl überwiegend abgelehnt, teilweise aber auch begrüsst. Und es ist damit zu rechnen, dass das Bundesgericht auch die neuerlichen Massnahmen billigen wird. Das höchste Gericht wird den Finanzplatz weiterhin (und angesichts der «Not unserer Zeit») als gleichwertig zum Rechtsgut Leben erachten (um dieses Rechtsgut ging es bei gewissen notrechtlichen Corona-Massnahmen).

Es wird daher die Rolle des Parlaments sein, für Hoffnung zu sorgen. Dies erstens durch eine vorausschauende Bankenregulierung, zweitens durch eine Stärkung der Bankenaufsicht und drittens durch eine Überprüfung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes sowie des Parlamentsgesetzes. Jedenfalls darf es in ein paar Jahren nicht zu einem dritten Scheitern des demokratischen Rechtsstaats an einer systemrelevanten Grossbank kommen. Dafür ist die UBS nun schlicht zu gross und zu relevant. Wenn sich der Staat ausser Stande sieht, einen solchen Koloss adäquat zu beaufsichtigen, so müsste man ihn konsequenterweise redimensionieren oder expatriieren. Auch das wäre vorausschauend.



Ups – they did it again... Von UBS 2008 zu Credit Suisse 2023

Ausgewählte Literatur

- FRÉDÉRIC BERNARD, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, *Sicherheit & Recht* 2020, S. 130 ff.
- GIOVANNI BIAGGINI, Die CS-Übernahme und der «Fluch des Notrechts», *ZBI* 2023, S. 309 ff.
- ANDREAS KLEY/GORAN SEFEROVIC, Die Polizeigeneralklausel als notrechtliches Instrument gegen die Finanzkrise, in: Daniel Kübler/Philippe Koch (Hrsg.), *Finanzkrise und Demokratie – Herausforderung für Politik, Recht und Bildung*, Zürich 2011, S. 43 ff.
- MARKUS MÜLLER/ CHRISTOPH JENNI, Notrecht - ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, *Sicherheit & Recht* 2010, S. 101 ff.
- DAVID RECHSTEINER, Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht, *Sicherheit & Recht* 2020, S. 118 ff.
 - RENÉ RHINOW, Das Parlament bei Notrecht rascher einbinden, *NZZ* vom 12.05.2020, S. 8.
- MARKUS SCHOTT/DANIELA KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, *ZBI* 2010, S. 409 ff.
- DIRK SCHÜTZ, *Zu hart am Wind – Warum die Credit Suisse untergehen musste*, Zürich 2023
- ANDREAS STÖCKLI, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, *ZSR* 2020 (Sondernummer), S. 9 ff.
- CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vernehmlassung «Änderung des Bankengesetzes» vom 25. Mai 2023, Basel, 21. Juni 2023.

Materialien und weitere Unterlagen

- GPK, Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. Mai 2010, *BBI* 2010 3099 (zit. Bericht GPK vom 30. Mai 2010).
- GPK/GPDeI, Jahresbericht 2009 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 22. Januar 2010, *BBI* 2010 2671 (zit. Jahresbericht 2009).
- Bundesrat, Botschaft über den Nachtrag Ia zum Voranschlag 2023 vom 29. März 2023 (zit. Botschaft Verpflichtungskredit).
- Bundesrat, Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft, Bericht in Beantwortung des Postulats David (08.4039) und der Motion WAK-N (09.3010) vom 12. Mai 2010.
- EFD, Erläuterungen zur vom 16. März 2023 (zit. Erläuterungen Notverordnung).
- EFD, Unterschied zu Stabilisierung UBS, SWISS, AXPO und zu COVID-19-Krediten (Faktenblatt).
- Marlene Amstad (Präsidentin Verwaltungsrat FINMA), Referat, Mediengespräch vom 5. April 2023 (zit. Referat Mediengespräch).
- www.efd.admin.ch → Finanzplatz → «Übernahme der Credit Suisse durch die UBS».