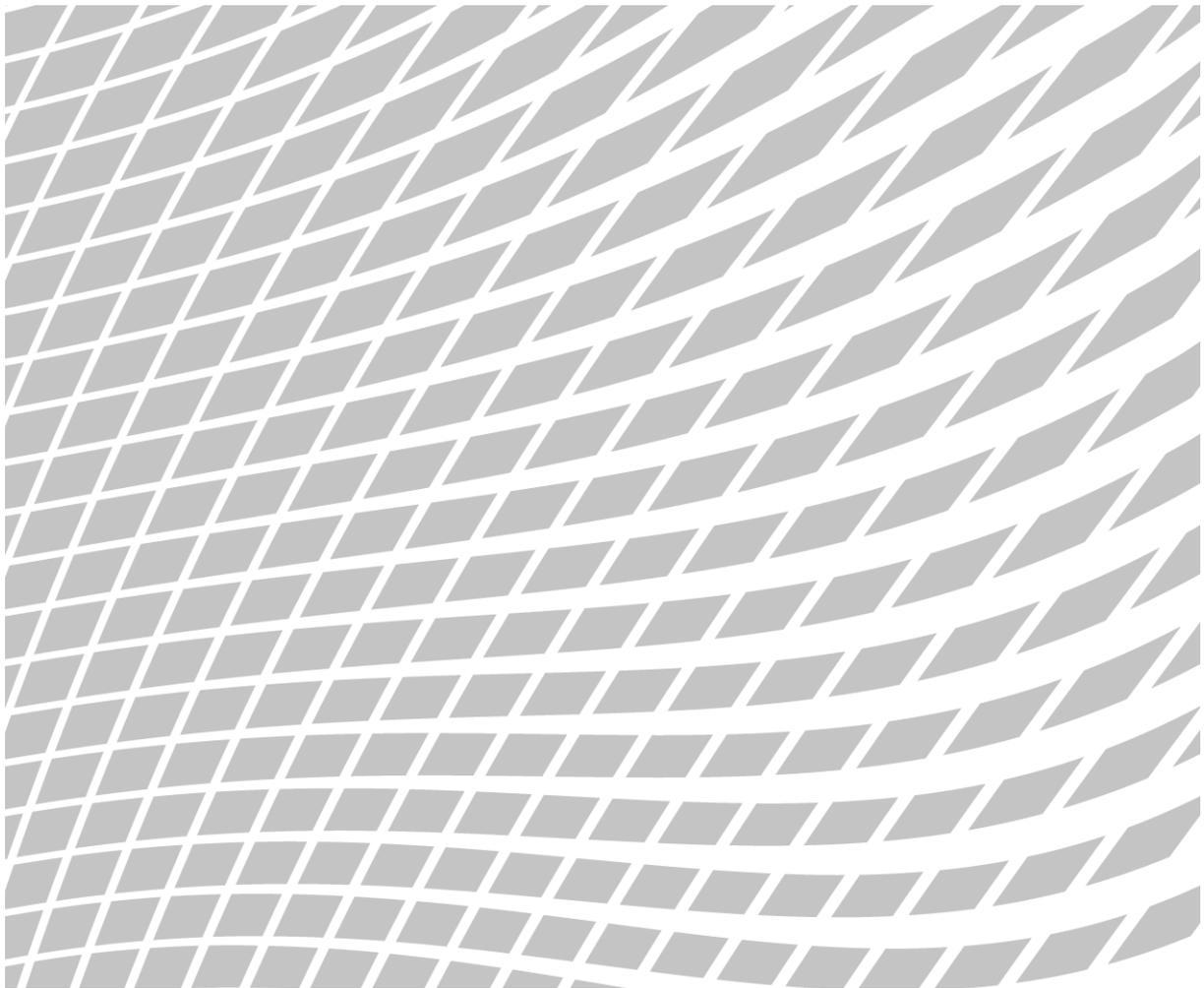


22. Oktober 2012

Anhörungsbericht zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA

Bericht der FINMA über die Anhörung vom 16. Januar bis 2. März 2012 betreffend den Entwurf der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA



Inhaltsverzeichnis

1	Kernpunkte.....	3
2	Einleitung	3
3	Eingegangene Stellungnahmen	4
4	Ergebnis der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA	5
4.1	Allgemeine Bestimmungen der BIV-FINMA.....	6
4.2	Bankenkonkurs.....	7
4.3	Sanierung.....	9
4.3.1	Verfahren und Sanierungsplan.....	9
4.3.2	Kapitalmassnahmen	10
4.3.3	Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen	12
4.4	Schutz der Systeme und Finanzmarktinfrastrukturen.....	12
4.5	Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten.....	13
4.6	Abschluss des Verfahrens	13
4.7	Schlussbestimmungen.....	14

1 Kernpunkte

Inhalt und Geltungsbereich

1. Die Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA) regelt das Konkurs- und Sanierungsverfahren von Banken, Effekthändlern und Pfandbriefinstituten.
2. Die BIV-FINMA konkretisiert die einen hohen Abstraktionsgrad aufweisenden Art. 28–37g Bankengesetz (BankG).

Anhörungsergebnisse

3. Der am 16. Januar 2012 zur Anhörung publizierte Entwurf der BIV-FINMA wurde grundsätzlich begrüsst. Dies gilt insbesondere für die Vereinigung des Bankensanierungs- und Konkursverfahrens in einer Verordnung. Sodann stiess die durch die BIV-FINMA verbesserte Vorhersehbarkeit und die gesteigerte Rechtssicherheit auf ein positives Echo.
4. Kritisiert wurde von den Anhörungsteilnehmern hauptsächlich, dass für einzelne Vorschriften im Sanierungsteil der BIV-FINMA die gesetzlichen Grundlagen nicht ausreichend seien bzw. in Einzelfällen nicht bestünden. Zudem wurde die teils noch zu wenig weit gediehene internationale Abstimmung bemängelt. Auf die Kritik zu einzelnen Vorschriften wird im Rahmen des vorliegenden Berichts eingegangen.

Änderungen im Verhältnis zum Anhörungsentwurf

5. In formeller Hinsicht weist die BIV-FINMA eine neue Gliederung (nur noch Kapitel und Abschnitte) auf. Die mehrfach kritisierte Verwendung der weiblichen und männlichen Form muss aufrechterhalten werden, selbst wenn dadurch die Lesbarkeit und der Zugang zum Dokument erschwert wird.
6. Wesentlichste Änderungen im Bereich der Konkursvorschriften sind das Rückgängigmachen des Wegfalls des Konkursprivilegs bei Nummernkonten sowie die Aufnahme von Bestimmungen zur separaten Kollokation von registerpfandgesicherten Forderungen bzw. zur vorgezogenen Verwertung.
7. Im Bereich der Sanierungsvorschriften wurden die Bestimmungen des Anhörungsentwurfs einer umfassenden Revision unterzogen. Dabei konnten internationale Entwicklungen aufgenommen und zahlreiche Verbesserungen durch Präzisierungen bzw. Klarstellungen erzielt werden. Im Interesse einer besseren Übersichtlichkeit wurden sodann Gliederung und Systematik angepasst.

2 Einleitung

Vom 16. Januar bis zum 2. März 2012 führte die FINMA eine öffentliche Anhörung zu ihrem Entwurf der Verordnung über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA; BIV-FINMA) durch. Entstehungsgeschichte, Ziele sowie die Bestimmungen der Verordnung wurden in einem von der FINMA verfassten Bericht erläutert.

Die Information über die Anhörung erfolgte via die Website der FINMA. Entsprechend konnten Interessierte sich daran beteiligen. Daneben wurden einzelne Personen und Institutionen mit besonderem Sachverstand im Insolvenzrecht bzw. Bezug zur Materie individuell über die Anhörung informiert und um Stellungnahme gebeten.

Der vorliegende Bericht behandelt die eingegangenen Stellungnahmen zum Entwurf der BIV-FINMA in kondensierter Form. Eine umfassendere Auseinandersetzung mit den Vorbringen im Rahmen des Anhörungsverfahrens wird unter Umständen zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

3 Eingegangene Stellungnahmen

Neben einzelnen verwaltungsinternen Stellen haben folgende externen Institutionen an der Anhörung teilgenommen und eine Stellungnahme eingereicht (in alphabetischer Reihenfolge):

- Bär & Karrer, Rechtsanwälte, Zürich
- Bratschi Wiederkehr & Buob, Rechtsanwälte, Bern
- CLS Bank International, New York
- Credit Suisse AG, Zürich
- Economiesuisse, Zürich
- Holenstein Rechtsanwälte, Zürich
- International Swaps and Derivatives Association (ISDA), London
- Kellerhals Rechtsanwälte, Basel
- Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Effretikon
- Lenz & Staehelin, Rechtsanwälte, Genf/Zürich
- Nobel & Hug, Rechtsanwälte, Zürich
- Schweizerischer Anwaltsverband, Bern
- Schweizerische Bankiervereinigung, Basel
- SIX x-clear AG, Zürich
- Treuhandskammer, Zürich
- UBS AG, Zürich
- Verband der Auslandsbanken in der Schweiz, Zürich
- Verband Schweizerischer Kantonalbanken, Basel
- Vereinigung Schweizer Handels- und Verwaltungsbanken, Zug
- Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers, Genf
- Vischer AG, Rechtsanwälte, Zürich
- Wenger Vieli, Rechtsanwälte, Zürich

4 Ergebnis der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

Der Entwurf der BIV-FINMA (E-BIV-FINMA) und der dazugehörige Erläuterungsbericht wurden von den Anhörungsteilnehmern mehrheitlich befürwortet. Die Teilnehmer begrüßten insbesondere den Vorschlag, die Verfahren des Bankenkurses und der Bankensanierung in einer Verordnung zu regeln. Ferner wurde die Konkretisierung der teilweise offen formulierten Bestimmungen des Bankengesetzes durch die Verordnung und die dadurch erzielte bessere Vorhersehbarkeit und Transparenz, gerade auch mit Blick auf die Auswirkungen dieser Regelungen auf das laufende Geschäft,¹ begrüßt. Gleiches gilt für die Verfahrensbeschleunigung im Interesse des Gläubiger- und Systemschutzes. Schliesslich ist die Mehrzahl der (neuen) Vorschriften insgesamt als zweckmässig erachtet worden. Von verschiedenen Anhörungsteilnehmern sind Fragen, Kommentare und Modifikationsvorschläge zu einzelnen Bestimmungen des Anhörungsentwurfes eingelangt worden. Ferner gingen vereinzelt technische und Formulierungsvorschläge ein. Teilweise wurde kritisiert, dass der Anhörungsentwurf der FINMA einen zu grossen Ermessensspielraum einräume. Ferner wurde moniert, dass keine genügende gesetzliche Grundlage für gewisse Bestimmungen bestehe; dies betraf namentlich die Anordnung von Kapitalmassnahmen und die Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten im Rahmen der Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger. Schliesslich wurde bemängelt, dass einzelne Bestimmungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Insolvenz grenzüberschreitend tätiger Institute, Aufnahme in den Entwurf der BIV-FINMA gefunden hätten, obschon die hierfür zwingend erforderliche internationale Abstimmung noch nicht abgeschlossen sei. Zu guter Letzt wurde mehrfach die Verwendung je der weiblichen und männlichen Formen beanstandet, weil dies die Lesbarkeit erschwere, teilweise sogar praktisch verhindere, und zudem gerade im finanzmarktrechtlichen Erlassen bisher gute Erfahrungen mit der Verwendung lediglich der männlichen Form gemacht worden seien.

Diese Rückmeldungen, aber auch die zwischenzeitlich erfolgten Entwicklungen auf internationaler Ebene wurden von der FINMA analysiert und beurteilt. Sie führten zu Modifikationen am Text des E-BIV-FINMA. Die wesentlichsten materiellen Modifikationen werden nachfolgend kurz erläutert:

- Klarstellung der rechtlichen Qualifikation des Handelns von Sanierungsbeauftragten und Konkursliquidatoren;²
- Klarstellung, dass „Nummernkonten“ als privilegierte Einlagen im Sinne von Art. 37a BankG gelten;
- In wesentlichen Teilen überarbeitete Bestimmungen zu den Kapitalmassnahmen;
- Detailliertere Regelung der Aufschiebung der Beendigung von Finanzverträgen.

In formeller Hinsicht sind die verschiedensten Änderungen vorgenommen worden. Zum einen wurden an mehreren Stellen die Vorschriften, im Interesse einer besseren Verständlichkeit, umformuliert. Zum

¹ So kann die Bankeninsolvenzverordnung beispielsweise Auswirkungen auf die Bedingungen haben, zu denen die Banken am Markt Kapital aufnehmen können.

² Die in diesem Anhörungsbericht verwendeten männlichen Formen gelten sinngemäss auch für die weiblichen Personen.

anderen wurde die Gliederung insoweit vereinfacht, als die Gliederungsebenen von drei auf zwei Stufen reduziert wurden. Neu ist die BIV-FINMA nunmehr in Kapitel und Abschnitte gegliedert.

4.1 Allgemeine Bestimmungen der BIV-FINMA

Die allgemeinen Bestimmungen gaben kaum zur Kritik Anlass, so dass nur vereinzelt materielle Änderungen vorgenommen werden mussten.

Gemäss Art. 2 BIV-FINMA ist neu die ausnahmsweise Anwendung der Sanierungsbestimmungen auch im Fall fehlender Bewilligung nach Massgabe der FINMA dann möglich, wenn ein hinreichendes öffentliches Interesse vorliegt. Die Anhörungsversion hatte die Hürde tiefer gelegt und nur verlangt, dass Interessen des Finanzmarktes tangiert seien.

Die mit Blick auf Art. 6 des Anhörungsentwurfs geäusserte Kritik, dieser sei unklar oder stehe gar im Widerspruch zu übergeordnetem Recht, ist unbegründet, stimmt doch die vorgeschlagene Version von Art. 6 E-BIV-FINMA inhaltlich mit dem aktuell gültigen Art. 6 Bankenkonkursverordnung-FINMA (BKV-FINMA; SR 952.812.32) überein. Nachdem Art. 6 BKV-FINMA bisher keiner richterlichen Überprüfung unterzogen worden ist, lässt sich der Vorwurf der Rechtsverletzung jedenfalls nicht positiv belegen. In der bisherigen Verfahrenspraxis der FINMA hat sich Art. 6 BKV-FINMA bewährt.

Der Konkursliquidator ist bereits unter dem bisherigen Regime hoheitlich tätig und wird dies auch unter dem neuen Regime bleiben. Einzig hinsichtlich des Erlasses von Verfügungen ist seine Befugnis eingeschränkt. Dies ergibt sich daraus, dass der Konkursliquidator bei der Durchführung eines Konkurses gleichsam als „verlängerter Arm“ der FINMA tätig ist. Verantwortlich für die Durchführung des Konkurses bleibt aber die FINMA. Dementsprechend verbleibt die Verfügungsbefugnis auch im Falle der Einsetzung eines Konkursliquidators bei ihr. Andernfalls hätte die FINMA als erste Instanz Beschwerden gegen Verfügungen des von ihr eingesetzten Konkursliquidators zu beurteilen. Dazu kommt, dass die Verfügungsbefugnis des Konkursliquidators zu einer Ausdehnung des Instanzenzuges führen würde, indem der Verfügungsadressat die Verfügung über drei Instanzen hinweg (FINMA, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) anfechten könnte. Dadurch würde die angestrebte und allgemein geforderte Verfahrensbeschleunigung ins Gegenteil verkehrt. Schliesslich spricht gegen die Verfügungsbefugnis des Konkursliquidators, dass der FINMA dadurch ein wesentliches Aufsichtsinstrument diesem gegenüber verloren gehen würde. Die Verleihung der Verfügungsbefugnis an den Konkursliquidator wäre gleichbedeutend mit dem (faktischen) Verzicht der FINMA, auf dessen Handlungen Einfluss zu nehmen und die Aufsicht im Sinne der Rechtsgestaltung auszuüben.

Alternativ wäre denkbar, dass die Verfügung des Konkursliquidators – ohne Beurteilung durch die FINMA – direkt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden könnte. Eine Lösung unter „Umgehung“ der FINMA als derjenigen Behörde, welche dem Beurteilungsgegenstand am nächsten ist, erscheint indes nicht zweckmässig. Zudem fehlt die gesetzliche Grundlage für die direkte Einreichung einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Aufgrund des Gesagten ist festzuhalten, dass die beim Erlass der BKV-FINMA durch die Eidgenössische Bankkommission (EBK) getroffene Regelung, wonach die Verfügungskompetenz bei der Behörde und nicht beim eingesetzten Beauftragen (Konkursliquidator oder Sanierungsbeauftragter) liegt,

nach wie vor zweckmässig ist. Art. 6 BIV-FINMA wurde im Verhältnis zur Anhörungsvorlage deshalb nicht inhaltlich, sondern lediglich redaktionell geändert. So sieht Abs. 1 neu vor, dass Betroffene der FINMA einen Sachverhalt anzeigen können, wenn sie durch eine Entscheidung, eine Handlung oder eine Unterlassung einer Person, die von der FINMA mit Aufgaben nach der BIV-FINMA beauftragt worden ist, in ihren Interessen verletzt wurden. Abs. 3 verankert, dass die FINMA den ihr vorgelegten Sachverhalt eigenständig abklärt und die notwendigen Massnahmen trifft. Die dort genannten notwendigen Massnahmen können erforderlichenfalls bis hin zu einer Verfügung reichen. Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA gewährt dem Anzeiger jedoch in derartigen Verfahren keine Parteistellung. Daraus ergibt sich, dass der Anzeiger weder Anspruch auf den Erlass einer Verfügung hat noch Adressat einer solchen Verfügung sein kann.

Gemäss Art. 10 BIV-FINMA verfügt die FINMA neu über das Recht, einen ausländischen Konkursentscheid auch dann zu anerkennen, wenn dieser das Gegenrechtserfordernis nicht erfüllt. Voraussetzung für eine solche einseitige Anerkennung ist aber, dass diese im Interesse der betroffenen Gläubiger liegt. Diese Kompetenzerweiterung der FINMA liegt im Interesse des international ausgerichteten Schweizer Finanzplatzes. Sie ist aufgrund der Besonderheiten des Bankeninsolvenzverfahrens gerechtfertigt.³ Die in Art. 166 Abs. 1 Bst. c Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) genannte „Gewährung von Gegenrecht durch den Staat, in dem die Entscheidung ergangen ist“, ist für die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete nicht zwingende, sondern lediglich fakultative Voraussetzung⁴ Auch das Schweizerische Bundesgericht hielt die Geltung des Gegenrechtserfordernisses in der Bankeninsolvenz für nicht zweckmässig.⁵ Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die der FINMA neu gewährte Möglichkeit der einseitigen (unilateralen) Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen innerhalb der Schranken, die das übergeordnete Recht setzt, liegt.

4.2 Bankenkongress

Zur Klarstellung ist bezüglich der Art. 12 und 13 BIV-FINMA darauf hinzuweisen, dass die FINMA, in Ermangelung der Einsetzung eines Konkursliquidators, dessen Funktionen und Befugnisse selbst ausübt. Diesfalls hat die FINMA die gleiche Stellung und Funktion wie ein Konkursliquidator. Dies gilt, mutatis mutandis, auch dann, wenn die FINMA von der Einsetzung eines Sanierungsbeauftragten (vgl. Art. 42 BIV-FINMA) absieht. In Bezug auf den 2. Titel des Anhörungsentwurfs konzentrierte sich die Kritik auf Art. 24 E-BIV-FINMA, namentlich auf den Wegfall des Einlegerschutzes für Nummernkonten.

Die aus der Änderung im Wortlaut von Art. 37a Abs. 1 BankG⁶ gezogene Konsequenz, wonach Nummernkonten vom Einlegerschutz nicht mehr erfasst seien, hat bei den Anhörungsteilnehmern im Allgemeinen und den Banken im Besonderen für Unsicherheit gesorgt. Da die Botschaft betreffend die Revision des Bankensanierungsrechts (sog. Einlagensicherungsvorlage) den Begriff des Nummern-

³ Art. 37g BankG ist im Verhältnis zu den Art. 166–175 IPRG lex specialis und geht daher vor.

⁴ So die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBI 2002 8060, 8099f.

⁵ BGE 137 III 570, E.3.

⁶ Der Gesetzestext lautete in der Vorversion des Art. 37a BankG: "[...] nicht auf den Inhaber lauten". Neu lautet der Text: "[...] auf den Namen des Einlegers lauten".

kontos nicht definiert und auch sonst keine gesetzliche Definition dieser Kontoart existiert, löste der vorgeschlagene Wegfall des Einlegerschutzes Überraschung und teilweise auch Unverständnis aus. Zusätzlich zur Unklarheit trug das Zirkular Nr. 7713 vom 23. Dezember 2011 des Vereins „Einlagensicherung der Schweizer Banken und Effektenhändler“ bei, welches, gestützt auf den Entwurfstext der BIV, das Nichtbestehen der Privilegierung von Nummernkonten im Konkurs der Bank festschreiben wollte.

Die Hauptkritik richtete sich darauf, dass die Botschaft zur Einlagensicherungsvorlage⁷ die Gesetzesänderung damit begründete, es könne nur mit grossem Aufwand festgestellt werden, ob Kunden mit "nicht auf ihren Namen lautenden Konten" noch über andere Kundenbeziehungen verfügten. Bei dieser Sachlage bestehe die Gefahr von Mehrfachauszahlungen und mithin der mehrfachen Privilegierung. Dieser Argumentation widersprachen zahlreiche Anhörungsteilnehmer entschieden. Bereits aufgrund anderer Gesetzesvorschriften, beispielsweise aus dem Bereich der Geldwäscherei, ergebe sich für die Banken die Pflicht, Inhaber und wirtschaftlich Berechtigte sämtlicher Konten und Depots innert kürzester Frist festzustellen. Hinzu komme, dass infolge fehlender (gesetzlicher) Definition unklar sei, welche Konten als Nummernkonten zu qualifizieren seien. Sollen sämtliche Konten erfasst werden, die - systembedingt oder aus anderen (technischen) Gründen - auf Nummern anstelle von Namen lauten oder nur diejenigen, welche gemäss einer Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kunden so ausgestaltet sind, dass sich der Kunde gegenüber der Bank mittels einer Nummer legitimiert? Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang, dass immer mehr Banken dazu übergingen, sämtliche Konten in ihren Systemen allein mit Nummern bzw. Zahlenabfolgen zu bezeichnen.

Die vorgebrachte Kritik erscheint in wesentlichen Teilen begründet. Namentlich ist davon auszugehen, dass die Bank sämtliche Kontoinhaber bzw. wirtschaftlich Berechtigte kennt bzw. kennen muss und insoweit die Möglichkeit der Identifikation auch bei auf Nummern lautenden Konten grundsätzlich gegeben ist. Das Risiko der doppelten Privilegierung im Konkursfall dürfte mithin gering sein. Demgegenüber bleibt die Frage offen, wie rasch der jeweils aus der Privilegierung Berechtigte durch die Bank ermittelt und Auszahlungen fristgerecht erfolgen können. Die Vorbringen der Anhörungsteilnehmer lassen den Schluss zu, dass nicht mit Verzögerungen zu rechnen wäre. Es erscheint bei dieser Sachlage indes zweckmässig, dass der Einlagensicherungsverein als Träger des Einlegerschutzes in der Schweiz die fristgerechte Auszahlung der im Bankenkonzurs privilegierten Beträge bei Nummer- und ähnlichen Konten überprüft.

Aufgrund der obigen Ausführungen ist auf die Formulierung des Art. 24 E-BIV-FINMA zurück zu kommen. Nach wohl richtiger Auslegung von Art. 37a BankG bestünde lediglich bei denjenigen Konten kein Konkursprivileg, bei denen der Bank der Kontoinhaber nicht bekannt ist. Da solche Konten kaum existieren, ist, bezogen auf die Bankkonten, von einem umfassenden Einlegerschutz auszugehen.

Als Reaktion auf verschiedene Stellungnahmen wird die konkursrechtliche Behandlung von registerpfandgesicherten Forderungen neu geregelt. Hierzu werden Art. 27 Abs. 3 sowie Art. 36 Abs. 5 in die BIV-FINMA aufgenommen. Danach können registerpfandgesicherte Forderungen in einem separaten Kollokationsplan erfasst und nach dessen Eintritt in die Rechtskraft des Kollokationsplans verteilt werden. Der Vorteil der Gläubiger dieser Forderungen liegt darin, dass sie nicht bis zur Verteilung des

⁷ BBl. 2010, S. 4020.

Erlöses an die übrigen Gläubiger warten müssen,⁸ sondern im Rahmen der (separaten) Kollokation vorab befriedigt werden.

Die FINMA kann gestützt auf Art. 34 Abs. 3 BankG vom Schuldbetriebs- und Konkursrecht abweichende Regelungen treffen. Sie macht von dieser Kompetenz im Fall der vorgenannten beiden neuen Artikel Gebrauch. Begründet liegt diese (gerechtfertigte) Abweichung von der Einheit des Kollokationsplans darin, dass namentlich die Pfandbriefinstitute, welche über registerpfandgesicherte Forderungen gegenüber Banken in erheblichem Ausmass verfügen, überzeugend nachweisen konnten, dass ihnen Liquiditätsengpässe im Konkurs einer grösseren Mitgliedsbank oder mehrerer Mitgliedsbanken drohen. Angesichts der Bedeutung der Pfandbriefinstitute für das Finanzsystem stellen Liquiditätsrisiken ein Systemrisiko dar, welches durch die Ansteckung anderer Institute das Finanzsystem als Ganzes gefährden kann. Es ist daher gerechtfertigt, zur Abwendung dieser Gefahren Sonderbestimmungen einzuführen. Die Anwendung von Art. 27 Abs. 3 BIV-FINMA liegt im Ermessen der FINMA. Sie darf die separate Kollokation von registerpfandgesicherten Forderungen allerdings nur dann zulassen, wenn Systemrisiken ausschliesslich auf diese Weise begrenzt werden können. So dann sind bei registerpfandgesicherten Forderungen, wie beispielsweise aus Pfandbriefen, Drittschäden nahezu ausgeschlossen. Der Grund liegt in den strengen gesetzlichen Anforderungen an Entstehung und Besicherung der unterliegenden Forderungen. Es ist daher vertretbar, Gläubigern von registerpfandgesicherten Forderungen, innerhalb der (engen) Grenzen des Art. 27 BIV-FINMA, eine Vorzugsbehandlung im Rahmen der Kollokation, Verwertung und Verteilung ihrer Forderungen zu gewähren.

4.3 Sanierung

4.3.1 Verfahren und Sanierungsplan

Der gegenüber den Art. 40–45 E-BIV-FINMA geäusserten Kritik wird in der überarbeiteten Fassung dieser Artikel Rechnung getragen.

So werden neu die an eine begründete Sanierungsaussicht gestellten Voraussetzungen klarer umschrieben, und es wird verdeutlicht, dass kein Anspruch auf die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens besteht (Art. 40 BIV-FINMA).⁹ Unbestritten bleibt dabei, dass die FINMA die Sanierungsaussicht jedenfalls zu prüfen hat.

Im Zusammenhang mit Art. 41 E-BIV-FINMA wurde verschiedentlich moniert, dass in der Phase des Bekanntmachungsaufschubs Rechtsunsicherheit hinsichtlich in dieser Phase mit der zu sanierenden Bank abgeschlossener Rechtsgeschäfte bestehe. Da Risiken und Unsicherheiten während des Aufschubs der Bekanntmachung der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens in der Tat bestehen, hat sich die FINMA zur ersatzlosen Streichung des Bekanntmachungsaufschubs entschieden. Folge davon

⁸ Bis zum Eintritt der Rechtskraft des Kollokationsplans für die „übrigen“ Gläubiger (vgl. Art. 36 Abs. 5 BIV-FINMA) kann geraume Zeit vergehen. Je nach Umfang und Komplexität des Konkurses ist wohl damit zu rechnen, dass es, bezogen auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung, eher Jahre als Monate dauern wird.

⁹ Dies rechtfertigt sich aufgrund der „Kann-Bestimmung“ des Art. 28 Abs. 1 BankG.

wird sein, dass mit der Verfahrenseröffnung zugewartet werden muss, bis die Voraussetzungen für die Sanierung (Art. 40 BIV-FINMA) hinreichend geklärt sind und ein allfälliger Sanierungsbeauftragter bestimmt ist.

Der neu aufgenommene Art. 43 BIV-FINMA hält nunmehr ausdrücklich fest, dass Forderungen, welche ein Gläubiger mit der Bank während der Dauer des Sanierungsverfahrens begründet, bei Scheitern der Sanierung im daran anschliessenden Konkurs vorab befriedigt werden. Dies ist deshalb wichtig und schafft entsprechende Rechtssicherheit, weil andernfalls die Suche nach neuen Geldgebern in dieser Phase in Frage gestellt wäre.

Art. 44 BIV-FINMA enthält die Elemente des Sanierungsplans. Diese Bestimmung ist in der Anhörung im Wesentlichen unbestritten gewesen. Sie wird lediglich um zwei Elemente ergänzt. Abs. 2 Bst. a verlangt, dass sich der Plan zur voraussichtlichen Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen äussern muss. Es soll eine Prognose im Hinblick auf die Überlebensfähigkeit der Bank nach erfolgter Sanierung abgegeben werden. Die Stipulierung dieser Pflicht bezweckt, dass man, gegen aussen sichtbar, einen Geschäftsplan vorlegen muss, der ein zukunftsfähiges Geschäftsmodell zur Basis der Genehmigung des Sanierungsplans macht.

Art. 44 Abs. 2 Bst. h in Verbindung mit Art. 45 Abs. 3 BIV-FINMA sehen neu vor, dass der Sanierungsplan diejenigen Geschäfte zu bezeichnen hat, welche einer Eintragung ins Handelsregister, ins Grundbuch oder in ein anderes Register bedürfen. Ordnet der Sanierungsplan die Übertragung von Grundstücken oder die Einräumung anderer dinglicher Rechte und Pflichten an Grundstücken oder Änderungen des Gesellschaftskapitals an, bewirkt die Genehmigung des Sanierungsplans von Gesetzes wegen die unmittelbare Entstehung der entsprechenden Rechte und Pflichten, ohne dass dazu ein Registereintrag oder ein Eintrag ins Grundbuch erforderlich ist. Die Einträge in den entsprechenden Registern bzw. ins Grundbuch haben im Interesse klarer und sicherer Rechtsverhältnisse rasch möglichst zu erfolgen. Die konstitutive Wirkung der Genehmigung des Sanierungsplans mit Blick auf die vorgenannten Rechte ist dadurch begründet, dass die Verfahrensbeschleunigung sowie die Beseitigung von Unsicherheiten von herausragender Bedeutung für die erfolgreiche Durchführung einer Bankensanierung ist.

4.3.2 Kapitalmassnahmen

Den Kapitalmassnahmen (Art. 46–50 E-BIV-FINMA) wurde von verschiedener Seite die genügend solide gesetzliche Grundlage abgesprochen. Zum Teil wurde die fehlende internationale Abstimmung moniert.

Die FINMA vertritt die Auffassung, dass der am 1. September 2011 im Rahmen der Einlagensicherungsvorlage in Kraft getretene Art. 31 Abs. 3 BankG eine brauchbare und hinreichend konkrete Rechtsgrundlage für die genannten Kapitalmassnahmen darstellt. Danach kann der Sanierungsplan, gleichsam als „ultima ratio“, d.h. wenn die drohende Insolvenz nicht (mehr) anders abgewendet werden kann, die Reduktion des bestehenden und die Schaffung neuen Eigenkapitals oder die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorsehen. Das Gesetz räumt der FINMA im Rahmen der Zielsetzung der Bankensanierung (Maximierung der Gläubigerinteressen, Erhaltung von Vermögenswerten, Schutz von Volkswirtschaft und Finanzsystem) einen relativ grossen Ermessensspielraum ein. Mit Hilfe

der Bestimmungen zu den Kapitalmassnahmen (Art. 47–50 BIV-FINMA) soll dieses Ermessen in Form von generellen Regeln vorhersehbar und berechenbar gemacht werden. Sie dienen der Rechtssicherheit und erlauben es, die Konsequenzen einer Sanierung im Rahmen von Geschäftsentscheidungen im „business as usual“ zu berücksichtigen.

Die Bestimmungen betreffend Kapitalmassnahmen wurden im Vergleich zum Anhörungsentwurf trotzdem einer Überarbeitung unterzogen. Dies in erster Linie deshalb, weil es galt, gewisse internationale Entwicklungen zu berücksichtigen, wie etwa der Vorschlag für eine EU-Richtlinie betreffend die Stabilisierung und Restrukturierung von Banken und Anlagegesellschaften (EU RRD), der im Frühsommer veröffentlicht worden ist.

Die wesentlichen Modifikationen der Kapitalbestimmungen werden nachfolgend dargestellt.

Die in Art. 47 BIV-FINMA enthaltenen „Allgemeinen Bestimmungen“ stellen zum einen nochmals klar, dass auch beim Einsatz von Kapitalmassnahmen die Interessen der Gläubiger denjenigen der Eigner vorzugehen haben und die Gläubigerhierarchie zu berücksichtigen ist. Während in Abs. 1 Bst. b das Obligationenrecht für sinngemäss anwendbar erklärt wird,¹⁰ stipuliert Abs. 2 eine Einschränkung dahingehend, dass den bisherigen Kapitaleigentümern das Bezugsrecht dann entzogen werden kann, wenn ohne diese Massnahme die ansonsten für die Beteiligten vorteilhaftere Sanierung gefährdet wäre. Den Kritikern am Bezugsrechtsentzug ist entgegen zu halten, dass dieser eine verhältnismässige Massnahme sein kann, um die Voraussetzungen für eine Sanierung im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger zu schaffen.

Art. 48 BIV-FINMA regelt die Grundsätze der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital. Dabei handelt es sich um Vorschriften, die – mit Ausnahme des Bst. d – bereits im E-BIV-FINMA enthalten waren.¹¹ Das zu den bedingten Pflichtwandelanleihen Gesagte gilt, mutatis mutandis, auch für Anleihen mit Forderungsverzicht. Die Rangfolge gemäss Bst. d, welche es bei der Anordnung der Wandlung zu beachten gilt, ist entsprechend dem Grad der Seniorität der Forderungen aufgebaut. Nachrangige Forderungen sollen zuerst und vollständig gewandelt werden, dann kommen die übrigen (ungesicherten) Forderungen und in letzter Linie die Einlagen. Wichtig ist, dass der Grundsatz der „Erschöpfung“ gilt, d.h. es müssen die Forderungen mit weniger Seniorität zunächst vollständig gewandelt worden sein, bevor die Forderungen der nächstfolgenden Gläubigergruppe gewandelt werden dürfen. Der nicht privilegierte Teil der Einlagen darf zwar gewandelt werden, aber erst in letzter Linie. Mit dieser Lösung werden die Depositäre nicht ganz von der Wandlung ausgenommen, deren Risiko wird aber massgeblich reduziert. Damit kann die Gläubigerhierarchie gewahrt werden. Zudem ist der wichtige Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung („pari passu“) weit weniger stark tangiert als bei einer gänzlichen Befreiung der Depositäre von der Zwangswandlung ihrer Forderungen in Eigenkapital.

¹⁰ Bei der Frage, ob und inwieweit Bestimmungen des Obligationenrechts angewendet werden, ist die besondere Situation, in welcher sich die Gesellschaft befindet, nicht aus den Augen zu verlieren. Das Obligationenrecht ist darauf ausgerichtet, Lösung für „aufrechtstehende“ Gesellschaften vorzusehen. Man hat es hier aber mit einer zu sanierenden Bank zu tun, auf welche die Bestimmungen des Obligationenrechts nicht unbesehen angewendet werden können.

¹¹ Zu beachten ist, dass Art. 48 Bst. b in Verbindung mit Bst. c vorsieht, dass in Eigenkapital gewandelte bedingte Pflichtwandelanleihen vollständig herabgesetzt werden müssen, damit die Forderungen gemäss Art. 48 Bst. d gewandelt werden können.

In der Anhörung wurde unter anderem vorgebracht, die Ausnahmen von der Wandelbarkeit seien teilweise zu wenig präzise gefasst, wodurch sich bei der Anwendung Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Sodann bildeten die Grundsätze der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital mit den Ausnahmen von der Wandelbarkeit ein zu wenig kohärentes Ganzes. Diese Mängel wurden in der vorliegenden Fassung der BIV-FINMA behoben. Einerseits ergänzen sich nunmehr die umformulierten und neu gegliederten Art. 48 und 49 BIV-FINMA in sinnvoller Weise, so dass der Zweck der Zwangswandlung ersichtlich wird und nachvollziehbar ist. Dieser besteht im Wesentlichen darin, dass die (ausreichend) vorhandenen wandelbaren Forderungen in Eigenkapital gewandelt werden, um dadurch und mit Hilfe weiterer erforderlicher Massnahmen einen genehmigungsfähigen Sanierungsplan zu erstellen. Andererseits wird die Ausnahme von der Wandelbarkeit von Forderungen mit einer Laufzeit von weniger als 30 Tagen aufgehoben. Hatte der Anhörungsentwurf noch mit der Begründung, es handle sich dabei um „liquiditätsähnliche“ Forderungen, eine Ausnahme vorgesehen, so gewichtet die FINMA nunmehr die Nachteile höher. So können Arbitrage und Auswirkungen auf die Finanzierungsstruktur der Banken unerwünschte Folgen der Ausnahme sein. Es haftet ihr sodann insoweit ein gewisse Willkür an, als die 30-Tage-Grenze nicht mit überzeugenden Argumenten begründbar ist. Schliesslich besteht auch hier wiederum erheblicher Spielraum mit Blick auf die Definition von Forderungen, die unter die Ausnahme fallen. Aus all diesen Gründen hat sich die FINMA für den Verzicht ausgesprochen. Sie geht nicht davon aus, dass sich daraus negative Auswirkungen auf das Gesamtsystem des „bail-in“ ergeben.

Art. 50 BIV-FINMA sieht unter dem Titel „Forderungsreduktion“ vor, dass neben oder anstelle der Wandlung von Eigen- in Fremdkapital eine ganze oder teilweise Forderungsreduktion angeordnet werden kann. Die im Anhörungsentwurf vorgeschlagenen „anderen Kapitalmassnahmen“ werden somit auf Forderungsreduktionen („haircut“) beschränkt. Zu Recht wurde vorgebracht, dass die FINMA keinen Verzicht anordnen könne; dieser müsse stets vom Gläubiger ausgehen. Die Reduktion ist demgegenüber der Anordnung zugänglich. Überdies werden die bezüglich der Wandlung geltenden Grundsätze gemäss Art. 48 und 49 BIV-FINMA auch bei der Forderungsreduktion für gleichermassen anwendbar erklärt, allerdings mit einer gewichtigen Ausnahme: Bst. d von Art. 48 findet keine Anwendung.

4.3.3 Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen

Die vorgeschlagenen Ausführungsvorschriften zur „Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen“ sind nur sehr vereinzelt kommentiert worden, so dass lediglich marginale Anpassungen erforderlich waren.

4.4 Schutz der Systeme und Finanzmarktinfrastrukturen

Die Ausführungsvorschriften zum Schutz der Systeme und Finanzmarktinfrastrukturen wurden unter Berücksichtigung der im Rahmen der Anhörung eingegangenen Bemerkungen und Kommentare überarbeitet. Die Art. 53–55 BIV-FINMA sind neu präziser gefasst. So wird beispielsweise klargestellt, dass als Aufrechnungsvereinbarung gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG sämtliche Verrechnungs- und Netting-Bestimmungen sowie Ausfallvereinbarungen in bilateralen und Rahmenverträgen gelten (Art. 55 Abs. 1 BIV-FINMA). Mit Bezug auf Art. 54 Abs. 1 Bst. b E-BIV-FINMA wurde vereinzelt vorgebracht,

dass nicht ersichtlich sei, weshalb nur Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 Bst. f – h BankG die rechtliche Verbindlichkeit einer Weisung zu beeinflussen vermögen. Die Art. 26 Abs. 1 Bst. a – e BankG genannten Massnahmen können zwar möglicherweise theoretisch Auswirkungen auf die Rechtsverbindlichkeit einer Weisung haben, doch sind lediglich die Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 Bst. f – h BankG darauf ausgelegt, die rechtliche Verbindlichkeit von Weisungen nach Art. 27 Abs. 2 BankG zu beschränken. Handlungsbedarf hat sich daraus für die FINMA aus den erwähnten Gründen nicht ergeben.

4.5 Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten

Der vorgeschlagene Art. 56 E-BIV-FINMA stiess auf erhebliche Kritik. Diese wurde zum einen damit begründet, dass die vorgeschlagene Regelung keine genügende Grundlage im Bankengesetz finde. Zum wurde vorgebracht, die Aufschiebung sei international noch zu wenig abgestimmt. Überdies lasse die vorgeschlagene Regelung die notwendige Klarheit vermissen, was gerade mit Blick auf die Wirkung dieser Norm auf die Preisbildung der Refinanzierung der Banken ein Nachteil sei.

Diese Kritik erweist sich als nicht unbegründet. Die FINMA geht jedoch davon aus, dass sie im Rahmen ihrer Kompetenzen gemäss Art. 30 BankG über eine solide gesetzliche Grundlage zur Anordnung eines Aufschubs im Sinne von Art. 57 BIV verfügt. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das Bankensanierungsrecht von seinem Zweck her so auszulegen ist, dass eine Sanierung innert kürzester Frist, im Extremfall über ein Wochenende, durchgeführt werden kann. Der Gesetzgeber ist dabei davon ausgegangen, dass die FINMA notwendige Bestimmungen erlassen können muss, um den Gesetzeszweck umzusetzen.

Die internationale Abstimmung mag zum Zeitpunkt der Anhörungseröffnung noch zu wenig weit fortgeschritten gewesen sein. Sie ist aber nach Auffassung der FINMA heute ausreichend vorhanden. Das Institut der temporären Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten („temporary stay on early termination rights“) kennt sowohl das US-amerikanische Recht (Dodd-Frank Act) wie auch die EU RRD. Überdies muss diese Regelung in die Rechtsordnungen sämtlicher Länder überführt werden, die FSB-Mitgliedstaaten sind (Ziff. 4.3 und Annex IV der Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions des FSB). Der Druck zur Übernahme der FSB-Musterregelung betr. Aufschub vorzeitiger Vertragsbeendigung steigt somit auch für die Schweiz. Derzeit wird die schweizerische Bankengesetzgebung, namentlich das Sanierungsrecht, einer FSB-„peer review“ unterzogen mit dem Ziel, die Übereinstimmung der Gesetzgebung mit den FSB-Vorgaben zu überprüfen. Aus den angeführten Gründen hält die FINMA daher die Aufnahme von Art. 56 und 57 BIV-FINMA in die Bankeninsolvenzverordnung für wichtig und zielführend.

4.6 Abschluss des Verfahrens

Die Themen Schlussbericht und Aktenaufbewahrung waren nicht Gegenstand von Beanstandungen.

4.7 Schlussbestimmungen

Mit der Umformulierung von Art. 3 Abs. 3 der Auslandsbankenverordnung-FINMA (ABV-FINMA; SR 952.111) wurde in der E-BIV-FINMA vorgeschlagen, von einer Anwendung der Sanierungs- und Konkursbestimmungen auf Vertretungen von Auslandsbanken abzusehen. Dieser Vorschlag stiess im Rahmen der Anhörung auf Akzeptanz. Allerdings wurde vereinzelt angeregt, es könne in der Praxis vorteilhaft sein, wenn die FINMA bei hinreichendem öffentlichen Interesse die Sanierungs- und Konkursbestimmungen dennoch für anwendbar erklären könne. Die FINMA hat diese Anregung aufgenommen und in Anlehnung an Art. 2 Abs. 2 BIV-FINMA in Art. 3 Abs. 3 ABV-FINMA eine entsprechende Ergänzung vorgenommen. Überdies wurde diese Art. 3 Abs. 3 ABV-FINMA insofern vervollständigt, als dass er die Kapitel 11 und 12 des BankG (Art. 25–37g BankG) insgesamt erfasst.

Der Klarheit halber wurde schliesslich eine Übergangsbestimmung aufgenommen, wonach auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung rechtshängige Verfahren die Vorschriften dieser Verordnung Anwendung finden.

Fazit

Die FINMA hat die vorgebrachten Kritikpunkte und Anregungen dankbar entgegen genommen, sorgfältig analysiert und bei der Überarbeitung und Redaktion der BIV-FINMA, sofern möglich, berücksichtigt. Während dies für die allgemeinen Bestimmungen sowie für die Konkursbestimmungen nur relativ wenige Änderungen zur Folge hatte, sind die Sanierungsbestimmungen einer umfassenden Überarbeitung unterzogen worden. Die FINMA ist überzeugt, eine ausgewogene, sachlich überzeugende und international kompatible Bankeninsolvenzverordnung vorzulegen.