

**Par e-mail et par courrier**

Autorité de surveillance des marchés financiers  
FINMA  
M. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Berne

Genève, le 1er mars 2012

**Projet Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire / Art. 37 a LB**

Monsieur,

Nous avons pris connaissance de votre projet susmentionné, mis en consultation jusqu'au 2 mars 2012. Notre Association entend limiter sa prise de position à une seule disposition, à savoir l'art. 24 al. 2.

Nous tenons à vous faire part du désaccord et de l'incompréhension des banquiers privés au sujet de cette disposition, qui prétend exclure les comptes à numéro et les créances libellées au porteur de la protection légale des dépôts en cas de faillite. Cette interprétation du nouvel art. 37a LB, qui rejoint celle donnée par le Secrétariat de la garantie des dépôts dans la circulaire no 7713 de l'ASB du 23 décembre dernier, nous paraît contraire à la volonté du législateur et juridiquement insoutenable.

En effet, si le nouvel art. 37a LB, entré en vigueur le 1er septembre dernier, limite en effet la protection de la garantie des dépôts aux seuls comptes "*libellés au nom du déposant*", le législateur n'a nullement exclu de cette couverture les titulaires de comptes numériques. Un titulaire de compte à numéro n'est en effet pas seulement connu de la banque comme ayant droit économique, mais bien identifié comme titulaire du compte et du dépôt. Il se trouve en relation contractuelle directe avec la banque, comme le titulaire d'un compte nominatif, et au contraire du simple ayant droit économique. Le Message du Conseil fédéral, invoqué par la Garantie des dépôts à l'appui de sa position, n'a nullement le sens que cette dernière lui prête ; il ne mentionna même pas les comptes numériques.

Le passage du Message cité par la Garantie des dépôts s'applique exclusivement au cas dans lequel un même client serait à la fois titulaire en direct d'un compte (nominatif ou numérique) et ayant droit économique d'un autre, détenu p.ex. par une entité juridique. Il est légitime, dans cette hypothèse, de ne tenir compte, pour l'application de la garantie des dépôts, que des comptes dont une même personne physique est titulaire, à concurrence du montant maximal de CHF 100.000.-, et d'exclure ceux dont elle est ayant droit économique.

En revanche, il serait arbitraire de priver les titulaires de comptes numériques de la protection de la garantie des dépôts. Si le législateur avait voulu restreindre la portée de cette couverture aux seuls

titulaires de comptes nominatifs, il aurait dû le faire expressément. Le risque d'une "doppelte Privilegierung" n'existe pas, puisqu'il reste bien entendu que le montant maximal de couverture de CHF 100.000.- s'applique de manière consolidée à l'ensemble des comptes dont une même personne est titulaire auprès de la banque, quel que soit le nombre de ces comptes et indépendamment du fait qu'il s'agit de comptes nominatifs ou numériques. Il n'y a aucune différence sur le plan comptable.

Les comptes sous numéro (ou sous pseudonyme) constituent une simple mesure de confidentialité supplémentaire au sein de la banque. Ils ne dispensent nullement la banque d'identifier le titulaire.

L'art. 9 de la Convention de diligence est parfaitement clair à cet égard. Il en va de même des « créances au porteur », qui ne sauraient être déposées par un client auprès d'une banque de manière anonyme.

Dans sa communication 47/2008 relative à la garantie des dépôts, du 25 juillet 2008, la Commission fédérale des banques relevait d'ailleurs à ce sujet :

« *Compte numérique*

*La banque connaît le ou les titulaires des comptes numériques. Elle est donc en mesure d'affecter le compte numérique aux autres avoirs en compte d'un client. Cette affectation peut également s'effectuer manuellement pour autant que des mesures organisationnelles garantissent que dans ce cas, les dépôts privilégiés pourront être correctement déterminés à tout moment.»*

Nous ne comprenons pas ce qui justifierait le revirement de l'Autorité de surveillance sur ce point. L'argument fondé sur un risque de "doppelte Privilegierung" nous paraît en réalité masquer la volonté de certaines banques de faire des économies en termes de fonds propres, au détriment de la clientèle. A moins qu'il ne s'agisse d'une tentative d'affaiblir le compte numérique en tant que tel.

Dans le contexte actuel, la clientèle privée est particulièrement sensible à toute communication évoquant l'hypothèse de la faillite de leur banque, en particulier s'il s'agit de lui expliquer que ses avoirs ne bénéficieront pas du privilège légal dans cette hypothèse.

Cette position a été confirmée par le Prof. Luc Thévenoz qui a rendu un avis de droit circonstancié à ce sujet le 29 février 2012. Nous joignons en annexe cette analyse approfondie qui fait dès lors partie intégrante de notre prise de position. Ses conclusions méritent d'être citées ici en toutes lettres :

- « *Les comptes numériques sont des « dépôts libellés au nom du déposant » au sens de l'art. 37a al. 1 LB.*
- *Les comptes numériques sont donc des dépôts privilégiés bénéficiant du privilège de deuxième classe (à concurrence de CHF 100'000.- par déposant) et de la garantie des dépôts.*
- *La FINMA ne peut pas, par ordonnance, restreindre le champ d'application de l'art. 37a al. 1 LB et ne peut donc pas exclure les comptes numériques du privilège de faillite ni de la garantie des dépôts. »*

Nous insistons par conséquent pour que le projet d'ordonnance soit modifié, en ce sens que l'ensemble des avoirs dont une même personne est titulaire auprès de la banque, quel que soit le nombre de ses comptes et la nature de ceux-ci, sont couverts par la garantie des dépôts.

Nous vous remercions par avance de l'accueil que vous réserverez à notre demande et, dans l'attente de votre réponse, nous vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations distinguées.

ASSOCIATION DES BANQUIERS  
PRIVES SUISSES  
Le Secrétaire général :



Michel Y. Dérobert

Luc Thévenoz

*Professeur à l'Université de Genève*

*Avocat au Barreau*

Genève, le 29 février 2012

## Avis de droit

relatif au régime des comptes numériques suite à la modification de la loi sur les banques du 18 mars 2011 (garantie des dépôts)

Le 16 janvier 2012, la FINMA a ouvert une procédure d'audition sur la révision totale de son ordonnance sur la faillite bancaire (dans sa teneur actuelle : **OFB**), appelée à devenir l'ordonnance sur l'insolvabilité bancaire (**projet OIB**). Cette révision fait suite aux modifications apportées à la loi sur les banques, dont les nouvelles dispositions sur la protection des déposants sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011 (RO 2011 3919).

L'art. 24 al. 1 du projet d'ordonnance de la FINMA entend exclure les comptes numériques des dépôts privilégiés. Il confirme une interprétation de la nouvelle disposition légale relative aux dépôts privilégiés avancée peu auparavant par l'Association Garantie des dépôts (circulaire n° 7713 du 23 décembre 2011), selon laquelle les comptes numériques et autres comptes à désignation conventionnelle seraient désormais exclus du mécanisme de garantie des dépôts.

Le présent avis de droit examine la qualification des comptes numériques (et autres comptes à désignation conventionnelle) au regard des nouvelles dispositions légales et conclut que :

— Les comptes numériques sont des « dépôts libellés au nom du déposant » au sens de l'art. 37a al.1 LB.

- Les comptes numériques sont donc des dépôts privilégiés bénéficiant du privilège de deuxième classe (à concurrence de CHF 100'000 par déposant) et de la garantie des dépôts.
- La FINMA ne peut pas, par ordonnance, restreindre le champ d'application de l'art. 37a al. 1 LB et ne peut donc pas exclure les comptes numériques du privilège de faillite ni de la garantie des dépôts.

\*

### *I. Histoire législative*

Depuis la loi de 1934, qui ne prévoyait un privilège de faillite que pour les dépôts d'épargne libellés comme tels et jusqu'à concurrence de CHF 5'000 par déposant<sup>1</sup>, **le législateur a constamment étendu la protection des créances des déposants dans la faillite des banques.**

Ainsi, la révision du 3 octobre 2003 a étendu la notion de dépôts privilégiés à tous les « dépôts qui ne sont pas libellés au porteur, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant [...] jusqu'à un montant maximal de 30'000 francs par créancier [...] ». <sup>2</sup> Elle a également imposé la création d'un système de garantie des dépôts fondé sur l'autorégulation mais soumis à la surveillance de la Commission fédérale des banques<sup>3</sup>.

La modification urgente du 19 décembre 2008 a augmenté à CHF 100'000 par créancier le privilège de faillite et la garantie des dépôts et accordé un deuxième privilège de même montant aux dépôts liés à la prévoyance professionnelle, quand bien même ces dépôts ne sont pas nécessairement au nom du déposant<sup>4</sup>. Cette même modification a introduit une obligation de couverture spéciale à concurrence de 125% des dépôts privilégiés, étendu le régime du remboursement

---

<sup>1</sup> Art. 15 de la loi du 8 novembre 1934, RO 1935 127.

<sup>2</sup> Art. 37b al. 1 tel que modifié le 3 octobre 2003, RO 2004 2772.

<sup>3</sup> Idem, art. 37h et 37i.

<sup>4</sup> Art. 37b al. 1bis et 4 de la modification du 19 décembre 2008, entrée en vigueur le 20 décembre 2008, RO 2009 55.

immédiat hors collocation et rehaussé à CHF 6 milliards le montant des avances exigibles au titre de la garantie des dépôts<sup>5</sup>.

La modification du 18 mars 2011, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011, a essentiellement confirmé la protection étendue introduite par la modification urgente de 2008. Le nouvel art. 37a al. 1, qui définit les dépôts privilégiés, a cependant été modifié de la manière suivante :

*Ancienne teneur :*

« Les dépôts **qui ne sont pas libellés au porteur**, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant... »

« Einlagen, **die nicht auf den Inhaber lauten**, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind,... »

*Nouvelle teneur (depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2011) :*

« Les dépôts **libellés au nom du déposant**, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant... »

« Einlagen, **die auf den Namen des Einlegers lauten**, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind,... »

Le présent avis de droit examine si la nouvelle teneur de l’art. 37a al. 1 LB a pour effet d’exclure (ou d’autoriser la FINMA à exclure) des dépôts privilégiés les comptes dits numériques ou à numéro et tous autres comptes sous désignation conventionnelle.

---

<sup>5</sup> *Idem*, art. 37a<sup>bis</sup>, 37b al. 5 et 37h al. 3.

## II. *Notion de comptes numériques*

L'art. 24 al. 2 du projet d'ordonnance de la FINMA désigne (pour les exclure) les « comptes à numéro » (all. *Nummernkonten*) sans les définir. Le rapport explicatif ne les définit pas davantage mais y ajoute une référence aux « comptes sous pseudonyme » (all. *Pseudonymkonten*)<sup>6</sup>. Cette absence de définition s'explique par le fait que la pratique des comptes numériques et autres comptes à désignation conventionnelle est un usage ancien et constant de la place financière suisse, attesté depuis longtemps dans la littérature spécialisée et même dans la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>7</sup>.

Selon la doctrine, est un compte numérique tout compte dont le nom du créancier, respectivement du déposant, est remplacé dans les livres de la banque, dans son système informatique central ou dans toute correspondance, par un numéro ou une autre désignation conventionnelle (telle que par exemple un pseudonyme)<sup>8</sup>.

Les comptes anonymes n'existent toutefois pas. Comme le notait le Conseil fédéral dans son Message du 13 mai 1970 concernant la révision de la loi sur les banques, « [...] *les comptes numérotés n'assurent pas un secret plus étendu à l'égard des autorités. Le système des comptes numérotés ne constitue qu'un moyen technique à l'usage des banques qui vise à empêcher toute violation du secret bancaire [...]* »<sup>9</sup>.

Comme elle y est tenue par la législation contre le blanchiment d'argent, la banque identifie nominativement le(s) titulaire(s) de tout compte numérique et, le cas échéant, ses ayants droits économiques. Cette obligation est expressément confirmée par l'art. 9 de la Convention de diligence des banques (2008), qui dispose :

---

<sup>6</sup> Chiffre 10 des *Eléments essentiels – Projet d'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire*, respectivement des *Kernpunkte der Bankinsolvenzverordnung-FINMA*.

<sup>7</sup> ATF 77 II 367, JdT 1952 I 498.

<sup>8</sup> Urs EMCH, Hugo RENZ, Reto ARPAGAU, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, Zürich (Schulthess) 2011, §§ 672-675; Max BOEMLE, Max GSELL, Jean-Pierre JETZER, Paul NYFFELER, Christian THALMANN, *Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, Zürich (Verlag SKV), 2002, p. 800.

<sup>9</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques du 13 mai 1970, FF 1970 I 1157, p. 1178.

« Art. 9 Comptes numérotés

Les dispositions de la présente Convention s'appliquent sans aucune réserve aux comptes, livres, dépôts et compartiments de coffre-fort désigné par un numéro ou un code. »

Le chiffre marginal 57, qui commente cet article, ajoute que les comptes numérotés « doivent être inclus dans les attestations relatives à l'ensemble des relations d'affaires avec un client. »

Comme tout autre compte, les comptes numériques ont un titulaire (cocontractant) qui est nommément identifié par la banque et dont l'identité figure sur les documents d'ouverture de compte et dans au moins un fichier.

La spécificité des comptes numériques tient à leur traitement opérationnel dans les opérations courantes des banques. Les systèmes d'information et les correspondances reproduisent le numéro (ou le pseudonyme) sans indiquer le titulaire du compte. Il s'agit d'une mesure de confidentialité qui limite à un cercle restreint les collaborateurs qui connaissent l'identité du titulaire de compte. Ces dispositifs permettent de minimiser le risque d'indiscrétions. Le titulaire d'un compte numérique se voit également protégé en cas de perte ou de vol de documents bancaires, ou encore en cas d'accès indu au système informatique principal de la banque.

Comme on l'a relevé plus haut, l'utilisation d'un numéro ou d'un pseudonyme ne se limite pas aux dépôts d'argent auprès des banques ; elle s'étend à des dépôts de titres (aujourd'hui : comptes de titres au sens de la loi sur les titres intermédiés), au dépôt d'autres actifs et éventuellement même à la location de coffres-forts. Cependant, le dispositif de protection des dépôts privilégiés aux art. 37a et suivants LB se limite aux dépôts de fonds, c'est-à-dire aux créances d'argent contre la banque, quelle qu'en soit la monnaie<sup>10</sup>. Par conséquence, cet avis de droit se prononce sur le seul régime des comptes numériques monétaires, à l'exclusion des comptes de titres et tous autres avoirs.

---

<sup>10</sup> Art. 16 LB *cum* art. 37d LB ; art. 23 al. 1 OFB *cum* art. 25 al. 1 ch. 2.3 à 2.5 OB ; Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 20 novembre 2002, FF 2002 7476, p. 7513.

### **III. Pratique contractuelle des banques**

Les éléments de définition dégagés dans le précédent chapitre se retrouvent entièrement dans la pratique bancaire actuelle en matière d'ouverture des comptes numériques.

L'ouverture d'un compte bancaire, quel qu'il soit, suppose la conclusion d'un contrat et la fourniture d'informations de base relatifs au client, respectivement à l'ayant droit économique s'il y a lieu. Ces informations sont consignées dans les documents d'ouverture de compte. J'ai consulté un échantillon représentatif des documents d'ouverture de compte utilisés par les banquiers privés et par les banques spécialisées dans la gestion de fortune. Les constatations qui suivent se fondent sur cet examen.

Pour ouvrir un compte à une personne physique, la majorité de ces établissements utilise un seul et même document de base. Ce document comprend une rubrique qui permet au client de choisir que le compte soit opéré comme un compte numérique ou sous une autre désignation conventionnelle. Ainsi, la nature du compte (numérique ou non) se détermine exclusivement au moyen de la case cochée par le client dans le document d'ouverture. Les informations à fournir par le client (nom, prénom, adresse etc.) sont identiques, que le compte soit nominatif ou numérique, puisqu'un seul document permet d'ouvrir l'un ou l'autre type de compte.

Certains établissements procèdent différemment. Le document d'ouverture de compte ne permet pas d'opérer un choix eu égard à la nature du compte. Par défaut, le compte est donc nominatif. Si le client souhaite que son compte soit numérique, il passe une convention séparée avec la banque, convention qui récapitule les droits et obligations de chacune des parties eu égard aux particularités du compte numérique.

On rencontre parfois une combinaison des deux procédés décrits ci-dessus. Certains établissements exigent ainsi que le client opère un choix dans le document d'ouverture de compte, puis qu'il conclue une convention avec la banque qui précise les spécificités de la relation de compte numérique.

L'analyse de la pratique contractuelle des banques confirme ainsi que la particularité des comptes numériques réside uniquement dans la confidentialité accrue qui leur est accordée lors de leur traitement à l'interne, puisque seul un cercle restreint de collaborateurs a connaissance de l'identité du titulaire du compte. Dans la désignation du titulaire du compte dans leurs livres et de la mise

en œuvre de leur devoir légal de vigilance (*know your customer*), les banques ne font aucune distinction entre les comptes numériques et les autres types de comptes et recueillent et enregistrent systématiquement les mêmes informations. La procédure d'ouverture d'un compte numérique est identique à celle d'un compte nominatif, une différence entre ces deux types de comptes n'intervenant que dans leur mise en œuvre opérationnelle par des mesures de confidentialité particulières.

#### **IV. Qualification des comptes numériques comme dépôts privilégiés**

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Il n'y a lieu de s'écarter du sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause ; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition ainsi que de la systématique de la loi. A l'inverse, il n'y a lieu de se fonder sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle, sans ambiguïté aucune, une solution matériellement juste<sup>11</sup>.

L'art. 37a al. 1 LB en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2011 est ainsi libellé :

« Les dépôts libellés **au nom du déposant**, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant, sont attribués, jusqu'à un montant maximal de 100 000 francs **par créancier**, à la deuxième classe au sens de l'art. 219, al. 4, LP. »

« Einlagen, **die auf den Namen des Einlegers lauten**, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind, werden bis zum Höchstbetrag von 100 000 Franken **je Gläubiger** der zweiten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG zugewiesen. »

« I depositi **a nome del depositante**, incluse le obbligazioni di cassa depositate presso una banca a nome del depositante, sono collocati, sino all'importo massimo di 100 000 franchi **per creditore**, nella seconda classe secondo l'articolo 219 capoverso 4 LEF. »

---

<sup>11</sup> ATF 136 I 297 (consid. 4.1) ; ATF 134 III 273 (consid. 4.) ; ATF 132 III 226 (consid. 3.3.5).

On remarque d'abord que l'art. 37a al. 1 utilise (sans les distinguer) deux terminologies différentes pour parler de la même personne : le déposant, notion traditionnelle et constamment usitée de la législation bancaire (qui se caractérise par l'acceptation à titre professionnel des dépôts du public, art. 1 al. 1 al. 2 LB), et le créancier, notion de droit des obligations et de droit des poursuites utilisée dans le contexte de l'art. 219 LP. L'alinéa 4 de ce même article parle également de « titulaire » (*Personen, titolari*) de la créance privilégiée. On ne saurait donc attacher une importance excessive au choix des mots déposants, créanciers et titulaires, qui sont ici employés comme des synonymes.

Il faut également noter que la loi ne distingue pas entre personnes physiques et personnes morales, faisant bénéficier les unes et les autres de la protection particulière des dépôts privilégiés dans l'insolvabilité de la banque.

On note également que les dettes au porteur de la banque qui résultent des obligations de caisse constituent également des dépôts privilégiés si les titres sont déposés auprès de la banque au nom du déposant. Pour les obligations de caisse, l'identification du déposant remplace l'anonymat du porteur et suffit à la protection comme dépôt privilégié.

On relève enfin, et c'est déterminant pour la qualification des comptes numériques, que la loi exige que les comptes (ou le dépôt des obligations de caisse) soit « au nom du déposant », ce qui est le cas des comptes numériques ainsi que cela résulte des documents d'ouverture de compte et des conditions contractuelles. Le législateur n'exige pas que toute la correspondance de la banque ou que tous les fichiers de la banque identifient le déposant par son nom. Il faut et il suffit que le compte soit au nom du déposant, ce qui exclut tout compte au porteur (une pratique abandonnée avec le retrait des livrets d'épargne au porteur).

L'identification nominative du déposant est nécessaire au bon fonctionnement du dispositif de protection des dépôts privilégiés :

- Le liquidateur doit pouvoir identifier les dépôts privilégiés afin de colloquer chaque créancier en deuxième classe, le cas échéant pour plusieurs créances privilégiées mais jamais pour un montant supérieur à CHF 100'000 (art. 37a LB) ;
- Dans les limites du montant fixé par la FINMA, le liquidateur doit pouvoir procéder au « remboursement immédiat » des dépôts privilégiés, hors collocation et toute compensation exclue (art. 37b LB) ;

- Il doit pouvoir calculer avec précision le montant de l'appel à la garantie des dépôts et assurer le règlement anticipé du solde des dépôts privilégiés au moyen de l'avance ainsi reçue.

La condition légale d'un dépôt « libellé au nom du déposant » doit donc être interprétée au regard du but des dispositions protégeant les dépôts privilégiés. C'est la certitude que procure l'identification nominative du titulaire de compte qui est déterminante, et non la mention de son nom dans tous les fichiers de la banque ou dans toute la correspondance échangée avec la banque.

Le texte de l'art. 37a al. 1 en vigueur avant le 1<sup>er</sup> septembre 2011 formulait différemment cette exigence d'identification nominative du client puisqu'il définissait les dépôts privilégiés comme ceux « qui ne sont pas libellés au porteur, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant... ». L'ancien texte, comme le nouveau, exclut les dépôts de fonds qui n'identifient pas le déposant dans les livres de la banque, à savoir notamment :

- les livrets au porteur encore en circulation
- les obligations de caisse au porteur, à moins qu'elles ne soient déposées auprès de la banque au nom du déposant ;
- les dépôts de fonds correspondant aux moyens de paiement émis par la banque (cartes à prépaiement, chèques de voyage, etc.)

Pourquoi alors le Conseil fédéral a-t-il proposé à l'Assemblée fédérale un changement rédactionnel ?

La volonté du législateur ne nous est connue que par le message du Conseil fédéral du 12 mai 2010 :

« Une précision est apportée à l'al. 1 à propos des dépôts qui, pour être privilégiés, doivent être libellés au nom du déposant. Cette mesure **exclut** en particulier du privilège des dépôts **les avoirs dont les ayants droit sont certes connus de la banque, mais sans que les relations avec la clientèle soient établies à leur nom**. Dans la pratique, il s'est avéré très fastidieux de déterminer si les clients possédant des comptes qui ne sont pas libellés à leur nom disposent encore d'une autre relation avec la banque. Cette

nouvelle formulation permet d'éviter ici le risque d'un double privilège indésirable. »<sup>12</sup>

Les débats parlementaires ne sont d'aucun secours, la disposition relative aux dépôts privilégiés n'ayant pas été discutée.

L'explication offerte par le Conseil fédéral repose sur la distinction entre « déposant » et « ayant droit ». Le message ne dit pas si la notion d'ayant droit (*Berechtigte, aventti diritto*) a une signification différente de celle d'ayant droit économique (*wirtschaftlich Berechtigte, avente economicamente diritto*) du Code pénal (art. 305ter) et de la législation contre le blanchiment d'argent.

Le but affirmé est « d'éviter ici le risque d'un double privilège indésirable. » Le liquidateur doit se fonder sur le nom du déposant tel qu'il figure dans l'intitulé du compte, et pas sur l'identité de l'ayant droit, même lorsque ce dernier est identifié. Non seulement le liquidateur ne doit pas avoir à rechercher l'ayant droit économique d'un compte (par exemple dans des situations de fiducie, de fondation, de trust, de société de domicile), mais il ne doit pas avoir à identifier les ayants droits d'un compte tels que les héritiers du titulaire d'un compte décédé ou les associés d'une société en fin de liquidation. Pour assurer en temps utile le remboursement des dépôts privilégiés, le liquidateur doit se fonder sur les noms des titulaires de comptes tels qu'ils figurent dans les fichiers (ou au moins un fichier) de la banque, sans rechercher au-delà.

Ni le texte légal ni le message n'exigent que le titulaire du compte soit identifié dans tous les fichiers ou dans toutes les correspondances de la banque. Dans la mesure où l'identité des titulaires de comptes numériques figure dans un fichier distinct de celui des autres clients de la banque, la réconciliation entre ces deux fichiers n'est pas plus fastidieuse ou onéreuse que l'élimination des doublons et le calcul des compensations entre plusieurs relations bancaires ordinaires dont une même personne est titulaire.

En d'autres termes, si le législateur avait entendu exclure les comptes numériques des dépôts privilégiés, il aurait fallu que la loi retienne un autre critère que celui qui figure actuellement à l'art. 37a al. 1 et que le Conseil fédéral signale clairement le sens de sa proposition.

---

<sup>12</sup> FF 2010 3672. La version allemande (« Guthaben ..., deren Berechtigte zwar der Bank bekannt sind, die Kundenbeziehungen jedoch nicht auf deren Namen lauten ») coïncide avec la française.

Le sens clair de la loi, qui n'est pas contredit par les maigres indications figurant dans le message, est conforme au but de protection des déposants qui est au centre de la législation bancaire<sup>13</sup>. Ce but ne permet pas de justifier une différence de traitement entre comptes numériques et autres comptes dans la faillite de la banque.

En conclusion, parce que les comptes numériques sont effectivement des comptes libellés au nom du déposant, ils répondent à la définition légale des dépôts privilégiés à l'art. 37a al. 1 LB. Ils sont, de par la loi, des dépôts privilégiés.

**V. L'ordonnance de la FINMA peut-elle exclure les compte numériques des dépôts privilégiés ?**

L'art. 7 al.1 LFINMA dispose :

« Art. 7 Principes et réglementation

<sup>1</sup> La FINMA adopte :

- a. des ordonnances : lorsque la législation sur les marchés financiers le prévoit ;
- b. des circulaires : afin de préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers. »

La compétence de la FINMA pour adopter le projet d'OIB-FINMA, actuellement en procédure d'audition, se fonde notamment sur l'art. 34 LB qui dispose :

« Art. 34 Effets et procédure

<sup>1</sup> La décision de faillite déploie les effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 LB.

<sup>2</sup> Sous réserve des dispositions qui suivent, la faillite est effectuée selon les règles prescrites aux art. 221 à 270 LP.

---

<sup>13</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 2 février 1934, FF 1934 I 172, p. 173 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur les banques du 13 mai 1970, FF 1970 I 1157, pp. 1158 et 1165.

<sup>3</sup> La FINMA peut prendre des décisions et des mesures dérogeant à ces règles. »

La question qui se pose dans le cas d'espèce est de savoir si l'art. 34 al. 3 LB constitue une base légale suffisante pour permettre à la FINMA d'exclure les comptes numériques et autres comptes à désignation conventionnelle de la notion de dépôts privilégiés, malgré le texte de l'art. 37a al. 1 LB.

L'art. 34 al. 3 LB attribue à la FINMA, et non au Conseil fédéral, la compétence de prendre des décisions et d'adopter des mesures dérogatoires. Pour apprécier l'étendue de la compétence ainsi allouée à la FINMA, il convient de se demander à quelles règles cette dernière est autorisée à déroger.

La doctrine<sup>14</sup> est unanime à ce sujet. Elle estime que « ces règles » (art. 34 al. 3 LB) fait référence aux dispositions de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite visées aux deux premiers précédents de l'art. 34, à l'exclusion des dispositions de la LB.

La CFB, prédécesseur de la FINMA et autorité ayant adopté l'OFB actuellement encore en vigueur, s'était déjà interrogée, en 2005, sur la marge de manœuvre que lui accorde l'art. 34 al. 3 LB quant à la détermination de la notion de dépôts privilégiés. Dans son Rapport de janvier 2006, publié au *Bulletin* 48/2006<sup>15</sup>, la CFB avait envisagé d'étendre dans son ordonnance la définition des dépôts privilégiés. Elle y a toutefois renoncé en considérant, à juste titre, que l'art. 34 al. 3 LB ne constituait pas une base légale suffisante<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Thomas BAUER/Christian HAAS, in: Rolf WATTER/Nedim Peter VOGT/Thomas BAUER/Christoph WINZELER (éd.), *Basler Kommentar, Bankengesetz*, Bâle 2005, N 25-31 ad art- 34 LB; Markus GUGGENBÜHL/Jana ESSEBIER, *Bankenkonzurs und Einlagensicherung*, in: SJZ 102 (2006) pp. 373-383, p. 380; Renate SCHWOB, in: Daniel BODMER/Beat KLEINER/Benno LUTZ (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Loseblattsammlung, Zurich 1976-2010, N 2 ad art. 34 LB; Catherine CHAMMARTIN, *La protection des déposants*, in: *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung – Festschrift für Hans Caspar von de Crone*, Zurich 2007, p. 390.

<sup>15</sup> Bulletin CFB 48/2006, *Rapport de la Commission fédérale des banques (CFB) sur son ordonnance sur la faillite bancaire du 30 juin 2005 (OFB) et sur les modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les bourses concernant la mise en œuvre de la garantie des dépôts*, janvier 2006, pp. 199-270.

<sup>16</sup> Bulletin CFB 48/2006, p. 207.

Enfin, il convient de souligner que le législateur indique explicitement lorsqu'il entend conférer à la FINMA la compétence d'adopter des ordonnances de substitution, savoir des ordonnances contenant des règles primaires. Ainsi, dans la loi sur les placements collectifs<sup>17</sup>, la FINMA s'est-elle vue autorisée à adopter de telles normes, que l'on retrouve dans l'OPC-FINMA. Une telle délégation de compétences législatives n'existe toutefois pas dans le cadre de la LB.

Par conséquent, en accord avec la loi, la doctrine et la pratique administrative, il convient de retenir que l'art. 34 al. 3 LB n'autorise la FINMA ni à étendre, ni à restreindre, la définition des dépôts privilégiés posée par le législateur à l'art. 37a al. 1 LB.



Prof. Luc Thévenoz

---

<sup>17</sup> Art. 55 al. 3 ; art. 56 al. 3 ; art. 71 al. 2; art. 91 et art. 128 al. 2 LPCC.

Vorab per E-Mail ([reto.schiltknecht@finma.ch](mailto:reto.schiltknecht@finma.ch))

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herr Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

Zürich, 2. März 2012

211/den/bt21528097.doc

### **Stellungnahme zum Entwurf der Bankinsolvenzverordnung-FINMA (Anhörung)**

Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf die Medienmitteilung der FINMA vom 16. Januar 2012, mit der eine Anhörung zum Entwurf einer Bankinsolvenzverordnung der FINMA (im folgenden "E-BIV") und zum diesbezüglichen Erläuterungsbericht eröffnet und Interessenten eingeladen wurden, zu Handen der FINMA Stellung zu nehmen.

Als auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts tätige Anwaltskanzlei beschäftigen wir uns regelmässig mit Fragen des Bankinsolvenzrechts und können beobachten, wie die entsprechenden Regelungen sich in der Praxis auswirken – nicht nur im Falle tatsächlicher Insolvenzen, sondern bereits vor solchen Ereignissen, insbesondere bei der Gestaltung von Rechtsgeschäften und Vertragsbeziehungen.

Die folgende Stellungnahme erfolgt aus der Perspektive des im Finanzmarktrecht tätigen Rechtsanwalts, insbesondere mit Blick auf das Interesse an einer klaren und in sich konsequenten Rechtslage, welche für alle Teilnehmer des Finanzmarktes die Voraussehbarkeit der Folgen von Insolvenzen erhöht und eine verlässliche Beratung ermöglicht. Wir äussern uns unabhängig von bestehenden Mandatsbin-

dungen. Diese Stellungnahme wurde von einem Ausschuss unserer Fachgruppe Banken & Versicherungen erarbeitet und besprochen.

Mit einer Publikation unserer Stellungnahme auf der Website der FINMA sind wir einverstanden.

## **I Zusammenfassung unserer Stellungnahme**

Wir begrüßen die Absicht der FINMA, durch den Erlass einer Bankinsolvenzverordnung, die neben den revidierten Bestimmungen über den Bankenkonzurs auch detaillierte Vorschriften über das Sanierungsverfahren enthält, die entsprechenden Gesetzesbestimmungen zu konkretisieren und im Gesetz offen gebliebene Fragen einer Klärung zuzuführen. Dies erhöht die Vorhersehbarkeit der Konsequenzen solcher Verfahren, mit denen schon unter dem bisherigen Recht kaum Erfahrungen bestanden und die auch in Zukunft relativ seltene Ereignisse bleiben dürften.

Inhaltlich scheinen uns die vorgeschlagenen Bestimmungen grösstenteils zweckmässig zu sein. Immerhin sehen wir in verschiedenen Punkten Raum für Präzisierungen und für zusätzliche Klärungen zur gesetzlichen Regelung (etwa im Bereich der Umschreibung der privilegierten Einlagen, der Anforderungen an den Sanierungsplan, der Abgrenzung der in Eigenkapital wandelbaren Forderungen und der Konkretisierung des Systemschutzes gemäss Art. 27 BankG). Nur in wenigen Fällen haben wir inhaltliche Vorbehalte zu den vorgeschlagenen Regeln (so insbesondere zu dem vorgesehenen Recht der FINMA, Vertragsbeendigungsrechte zu suspendieren).

## **II Allgemeine Überlegungen zum Verordnungsentwurf**

Die Regelungen der Bankinsolvenzverordnung konkretisieren **gesetzliche Bestimmungen**, die in jüngster Zeit in einem mehrstufigen und etwas unübersichtlichen Prozess revidiert wurden. Die grundsätzliche Neufassung der Bestimmungen zur Bankensanierung erfolgte im Rahmen der Änderung des Bankengesetzes vom 18. März 2011, die unter dem Titel "*Sicherung der Einlagen*" stand. Manche Beobachter waren sich lange Zeit nicht hinreichend bewusst, dass in dieser Vorlage auch weitreichende Änderungen des Bankinsolvenzrechts enthalten waren, die mit dem Einlegerschutz nichts zu tun haben. Kurz nach dem Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung wurden zudem mit der Änderung des Bankengesetzes vom 30. September 2011 ("*Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail*") – mithin wiederum im 'Huckepack-Verfahren' – einige der neuen Bestimmungen erneut geändert, ohne dass diese Änderungen nur für Grossbanken gelten würden. Dadurch ist vorübergehend eine recht unübersichtliche Situation bezüglich der in Kraft stehenden und zu erwartenden Regeln des Bankinsolvenzrechts entstanden. Um so grössere Bedeutung kommt der nun im Entwurf vorliegenden Bankinsolvenzverordnung zu. Sie bietet die Chance, den 'Endzustand' nach den genannten Revisionen wiederum in einem einzigen Dokument in über-

sichtlicher Weise darzustellen und im Detail auszuführen. Einzelne verbleibende Mängel und Unklarheiten der gesetzlichen Regelung können zudem auf diesem Weg behoben werden.

Die Regelungen des Bankinsolvenzrechts müssen im 'Ernstfall', wenn entsprechende Verfahren bezüglich einer Bank oder eines Effektenhändlers tatsächlich erforderlich werden, den verschiedenen im Erläuterungsbericht genannten Zielen (wie Beförderlichkeit, Effizienz und Flexibilität) gerecht werden. Ebenso grosse, wenn nicht noch grössere Bedeutung kommt den Regelungen allerdings **bereits vor einer solchen Situation** zu. Indem sie die Rechte und die Risiken für die Gläubiger im Insolvenzfall einer Bank näher definieren, beeinflussen sie die Gestaltung von Verträgen und Transaktionen. Wie wir im Rahmen unserer Beratungstätigkeit feststellen können, hat während und in der Folge der Finanzkrise von 2007-2009 das Interesse von Gegenparteien schweizerischer Banken an dieser Materie in enormem Masse zugenommen. In der Phase der Planung und Verhandlung von Transaktionen und Vertragsstrukturen, an denen schweizerische Banken beteiligt sind, wird nun regelmässig Rat zur der Frage eingeholt, welche Konsequenzen sich im Falle einer Insolvenz der Bank ergeben würden und inwieweit die beabsichtigten Gestaltungen 'insolvenzfest' wären. In '*legal opinions*' ist auszuführen, was diesbezüglich sicher, was nur wahrscheinlich und was unvorhersehbar ist. Gestaltungsvarianten, deren Konsequenzen im Insolvenzfall allzu grossen Unsicherheiten unterliegen würden, werden oft nicht weiterverfolgt.

Vor diesem Hintergrund kommt dem im Erläuterungsbericht ebenfalls genannten **Regelungsziel der Rechtssicherheit** (Vorhersehbarkeit der Konsequenzen im Insolvenzfall) aus unserer Sicht vorrangige Bedeutung bei. In diesem Licht sind unsere nachfolgenden Kommentare zu einzelnen Bestimmungen des Verordnungsentwurfes zu sehen, in denen wir verschiedentlich Präzisierungen und zusätzliche Klarstellungen anregen.

In verschiedenen vorgeschlagenen Regeln spiegelt sich das berechnete Anliegen des **Systemschutzes** (zum Beispiel durch die Ausklammerung bestimmter Forderungen von der Wandelbarkeit in Eigenkapital, um den Markt für kurzfristige Ausleihungen zwischen Banken nicht zu beeinträchtigen, oder durch den Schutz der Netting- und Ausfallvereinbarungen von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen). Dabei erachten wir es allerdings für wichtig, dass ein Gleichgewicht zum Schutz der einzelnen Bankkunden gefunden wird (etwa was die Wandelbarkeit *ihrer* typischen Forderungen gegen die Bank betrifft, auf denen nicht wie bei Hybridanleihen Risikoprämien für eine vorrangige Verlusttragung bezahlt werden). Es ist zu vermeiden, dass nach Berücksichtigung aller 'systemischen' Belange der 'kleine' Bankgläubiger als hauptsächlich Leidtragender einer Insolvenzsituation übrig bleibt.

Die Zusammenfassung der Vorschriften zum Konkurs und zur Sanierung von Banken und Effektenhändlern in einer **einzigen Verordnung** erscheint uns sinnvoll.

In redaktioneller Hinsicht bedauerlich ist die durchgehende Verwendung schwerfälliger männlich/weiblicher **Doppelformen** (z.B. Art. 20 Abs. 6 E-BIV: "*Anstelle der Abtretung an die Gläubiger und Gläubigerinnen kann der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die nicht durch ihn oder sie gerichtlich geltend gemachten Forderungen ...*"). Diese Doppelformen waren in der Bankenkonzursverordnung noch nicht enthalten, haben sich im wirtschaftsrechtlichen Sprachgebrauch allgemein nicht durchgesetzt und erschweren die Lektüre der Bestimmungen.

### **III Stellungnahme zu einzelnen Bestimmungen des Verordnungsentwurfs**

Nachfolgend nehmen wir zu einzelnen Bestimmungen des Verordnungsentwurfes und den darin geregelten Materien Stellung. Vollständigkeit wird nicht angestrebt; namentlich halten wir es nur ausnahmsweise besonders fest, wo uns eine Bestimmung sachgerecht und klar erscheint.

#### **1 Allgemeine Bestimmungen (1. Titel E-BIV)**

Art. 2: Die Umschreibung des Geltungsbereiches in Abs. 1 verstehen wir in dem Sinn, dass jede Person, welche über eine Bewilligung als Bank, Effektenhändler oder Pfandbriefzentrale gemäss den entsprechenden Gesetzen verfügt, den Insolvenzbestimmungen des Bankengesetzes sowie der Bankinsolvenzverordnung unterstehen soll (ohne dass noch zu prüfen wäre, ob ihre effektive, zuletzt ausgeübte Geschäftstätigkeit unter die entsprechende Umschreibung fällt, z.B. unter Art. 2a BankV). Dies könnte etwa bei Vermögensverwaltern von Bedeutung werden, die sich (soweit gemäss FINMA-Praxis zulässig) freiwillig der Beaufsichtigung als Effektenhändler unterstellen, oder im Falle von Systembetreibern, die über eine Bankbewilligung verfügen, ohne einer Banktätigkeit im klassischen Sinne nachzugehen. Eine entsprechende Präzisierung im Wortlaut der Bestimmung wäre zu begrüssen.

Abs. 2 dieser Bestimmung, welcher die Anwendung der Sanierungsbestimmungen auf unbewilligte Institute regelt, ist unseres Erachtens zu einschränkend ausgefallen. Nicht nur ein Interesse "*des Finanzmarktes*" insgesamt (das kaum je vorliegen dürfte), sondern insbesondere auch ein Interesse der Kunden des ohne Bewilligung tätigen Unternehmens sollte eine solche Anwendung rechtfertigen können.

Art. 7 Abs. 2: Gemäss dieser Vorschrift bestimmt die FINMA, sofern eine ausländische Bank mehrere Zweigniederlassungen in der Schweiz unterhält, einen einheitlichen Insolvenzzort. Da sich allerdings das Insolvenzverfahren über eine Zweigniederlassung einer ausländischen Bank auf das Vermögen dieser Zweigniederlassung beschränkt (vgl. Art. 3 Abs. 3 BIV), erschiene es uns konsequenter, im Falle mehrerer Zweigniederlassungen für jede Niederlassung ein separates Verfahren mit entsprechendem Insolvenzzort zu eröffnen.

Art. 8: Die Bestimmung definiert, in welchem Fall Forderungen und Verpflichtungen einer Bank als "*aus den Büchern der Bank ersichtlich*" gelten. Dies soll von vornherein nur dann der Fall sein (können), wenn "*die Bücher der Bank ordnungsgemäss geführt sind*" (lit. a). Hier sollte unseres Erachtens in dem Sinne differenziert werden, indem nur die "*dafür erheblichen Bücher*" ordnungsgemäss geführt sein müssen. Ein Mangel der Buchführung, der sich auf einen bestimmten Bereich der Bank beschränkt (z.B. auf die Dokumentation von Derivatgeschäften), sollte mit anderen Worten nicht dazu führen, dass in einem anderen Bereich einwandfrei verbuchte Rechtsverhältnisse (z.B. Sparkonten) im Verfahren unberücksichtigt bleiben.

Art. 10 Abs. 2 und 3: In Anlehnung an Art. 10 BKV-FINMA sprechen diese Bestimmungen von den "*nach Artikel 37g Absatz 4 BankG privilegierten Gläubigern*" beziehungsweise dem "*Kreis der privilegierten Gläubiger*". Abs. 4 des revidierten Art. 37g BankG bezieht sich allerdings nicht mehr (nur) auf privilegierte Gläubiger, sondern hält fest, dass in den Kollokationsplan auch Gläubiger der dritten Klasse aufgenommen werden können. Das Wort "*privilegiert*" sollte daher auch hier gestrichen werden.

## **2 Konkurs (2. Titel E-BIV)**

### **2.1 Art. 16 ff. - Herausgabe- und Meldepflicht**

Art. 16 Abs. 3: Die Sanktion des Erlöschens bestehender Vorzugsrechte, "*wenn die Meldung oder die Herausgabe arglistig unterbleibt*", stellt eine abgeschwächte (bzw. der einschränkenden Gerichtspraxis entsprechende) Form der Vorschrift in Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG dar. Auch in dieser Form ist sie allerdings fragwürdig und sollte eher durch die Anordnung ersetzt werden, dass die Verwirkungsfolge gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG nicht zur Anwendung kommt. Die Bestimmung erscheint archaisch und stösst insbesondere bei ausländischen Parteien – für die sie aufgrund der Universalität des (Banken-)Konkurses ebenfalls von Bedeutung sein kann – auf Unverständnis. Die Strafdrohung gemäss Art. 324 Ziff. 2 und 3 StGB genügt als Sanktion für das beschriebene Verhalten.

Art. 17 Abs. 1: Die Ausnahme von der Herausgabepflicht für Vermögenswerte im Besitz Dritter, die als Sicherheit dienen und für die eine Privatverwertung vereinbart wurde, muss unseres Erachtens nicht auf Effekten und andere Finanzinstrumente beschränkt bleiben, sondern könnte auf alle Arten von beweglichen Vermögenswerten ausgedehnt werden. Ein überzeugender Grund dafür, ein ausserhalb der Insolvenz rechtlich gültiges Privatverwertungsrecht im Falle eines Insolvenzverfahrens dahinfallen zu lassen, ist unabhängig von der Art des Gegenstandes nicht ersichtlich.

Art. 19: Im Sinne der Anwenderfreundlichkeit wäre es hilfreich, wenn die im Erläuterungsbericht (S. 21) enthaltene Präzisierung, wonach das Aussonderungsverfahren für die gemäss Art. 37d BankG abzusondernden Depotwerte nicht zur Anwendung kommt, sich aus dieser Bestimmung explizit ergeben würde.

## 2.2 Art. 22 – Einstellung mangels Aktiven

In Abs. 4 würde sich wohl eine Präzisierung in dem Sinne anbieten, dass das Recht, von der FINMA die Verwertung des Pfandes zu verlangen, nur besteht, soweit nicht eine (durch Art. 27 Abs. 3 BankG und Art. 17 E-BIV geschützte) Privatverwertungsabrede getroffen wurde.

## 2.3 Art. 24 – Privilegierte Einlagen

Die aus der Änderung im Wortlaut von Art. 37a Abs. 1 BankG (früher: "*nicht auf den Inhaber lauten*", neu: "*auf den Namen des Einlegers lauten*") gezogene Konsequenz, wonach "*Nummernkonten*" vom Einlegerschutz nicht mehr erfasst seien, hat bei Banken bereits für einige Unsicherheit gesorgt. Zumal in der Botschaft zur Bankgesetzrevision vom 18. März 2011 der Begriff des "*Nummernkontos*" nicht vorkam, wurde diese Konsequenz von manchen Beobachtern nicht vorhergesehen, so dass das entsprechende Zirkular der Einlagensicherung (Zirkular Nr. 7713 vom 23. Dezember 2011) Überraschung auslöste. An der sachlichen Notwendigkeit der Regelung sind zudem Zweifel angebracht: Die Botschaft (BBl. 2010 4020) begründete die Gesetzesänderung damit, es könne nur mit grossem Aufwand festgestellt werden, ob Kunden mit "*nicht auf ihren Namen lautenden Konten*" noch über andere Kundenbeziehungen verfügten, so dass sich eine Gefahr der doppelten Privilegierung ergebe. Dem widersprechen die Spezialisten bei den Banken jedoch entschieden: Bereits aus Gründen anderer Regulierungen (Bekämpfung der Geldwäscherei, Einhaltung von Sanktionen etc.) muss jede Bank sicherstellen, dass die intern dazu Berechtigten sich innert kürzester Zeit über alle Konten und Depots einer bestimmten Person, einschliesslich allfälliger Nummernkonten, einen Überblick verschaffen können.

Im Sinne der Rechtssicherheit zentral erscheint bei der Umsetzung des geänderten Gesetzes nun jedenfalls das Anliegen, dass die Abgrenzung zwischen Forderungen, die dem Einlegerschutz unterstehen, und solchen, für die dies nicht zutrifft, eindeutig und auch für den Bankkunden zu jeder Zeit nachvollziehbar ist. In jüngerer Zeit sind viele Banken ohne besondere Vereinbarung mit den Kunden in ihren internen Abläufen dazu übergegangen, die Kundenkonten in den elektronischen Systemen nur noch mit Nummern zu bezeichnen. Dies erleichtert auch die Sicherstellung des Daten- und Geheimnisschutzes, wenn Daten im Zusammenhang mit der Kontoführung an andere Konzerneinheiten oder externe Dienstleister gelangen oder die Landesgrenze überschreiten. Erst an einer bestimmten, bankinternen "Schnittstelle" werden dann für Zwecke der Beratung und der Berichterstattung an den Kunden die Kontodaten wieder mit dem zugehörigen Kundennamen verbunden. Teilweise geht die Praxis sogar so weit, dass selbst auf den an die Kunden versandten Kontounterlagen generell nur noch die Kontonummer, nicht aber der Name des Kontoinhabers abgedruckt ist (so dass dieser nur noch auf dem Briefumschlag erscheint).

Vor diesem Hintergrund sind nach dem Versand des Zirkulars der Einlagensicherung vom 23. Dezember 2011 Unsicherheiten aufgekommen, ob auch solche aus

rein operativen Gründen intern nur unter einer Nummer geführten Konten als "*Nummernkonten*" (ein gesetzlich nicht definierter Begriff) gelten könnten, und daher der Einlegerschutz für sie in Frage gestellt wäre. Ein solches Resultat würde sicherlich nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Sofern in der Bankinsolvenzverordnung daher von "*Nummernkonten*" die Rede sein soll, muss unbedingt auch definiert werden, was genau damit gemeint ist. Angesichts der Notwendigkeit der jederzeitigen Erkennbarkeit für den Kunden, ob ein Konto dem Einlegerschutz untersteht oder nicht, müssten "*Nummernkonten*" unseres Erachtens dabei als Konten definiert werden, für die die Bank mit dem Kunden *eine besondere Absprache getroffen* hat, wonach das Konto zur Sicherstellung erhöhter bankinterner Diskretion nicht unter seinem Namen geführt werden *darf* (und zwar auch nicht bei der kontoführenden schweizerischen Geschäftsstelle selbst), und wonach der Kunde sich gegenüber der Bank *ohne Verwendung seines Namens* allein durch die Kontonummer (und ev. weitere Codes) *legitimieren* kann. So wäre immerhin sichergestellt, dass nur 'klassische' Nummernkonten, welche der Gesetzgeber bei der Revision von Art. 37a BankG im Auge gehabt haben mag, vom Einlegerschutz ausgeschlossen blieben.

#### **2.4 Art. 25 – Zu kollozierende Forderungen**

"*Aus den Büchern der Bank ersichtliche Forderungen*" werden gemäss dieser Bestimmung kolloziert, ohne dass es einer besonderen Anmeldung bedürfte. Als "*aus den Büchern der Bank ersichtlich*" sollen Forderungen gemäss dem neuen Art. 8 E-BIV indessen nur dann gelten, wenn "*die Bücher der Bank ordnungsgemäss geführt sind*" (vgl. dazu auch oben Ziff. 1). Dies ist für Aussenstehende nicht ohne weiteres erkennbar. Die Regelung setzt daher voraus, dass die FINMA in der Konkurspublikation oder einem späteren Schuldenruf bekannt macht, ob sie die Bücher der Bank als "*ordnungsgemäss geführt*" im Sinne von Art. 8 betrachtet.

### **3 Sanierung (3. Titel E-BIV)**

#### **3.1 Art. 40 - Voraussetzungen**

Diese Bestimmung scheint uns gegenüber den Formulierungen in Art. 28 BankG kaum zusätzliche Klarheit zu bringen, so dass sie auch weggelassen werden könnte. Namentlich erhält die "*begründete Aussicht auf Sanierung*" nicht schärfere Konturen, indem (in Abs. 1) auf "*hinreichend zuverlässige Hinweise*" für die Genehmigungsfähigkeit verwiesen wird; dies ist eine genauso offene Umschreibung wie diejenige des Gesetzes.

Ebenso ist die Aussage in Abs. 2, es bestehe "*kein Anspruch auf Sanierung*", unseres Erachtens nicht notwendig und sogar eher irreführend. Sie mag in einem rechtstechnischen Sinne zutreffen. Art. 33 Abs. 1 BankG hält jedoch fest, dass die Anordnung des *Konkurses* einer Bank nur zulässig ist, sofern keine Aussicht auf Sanierung besteht oder diese gescheitert ist. In praktischer Hinsicht muss die

FINMA daher – wenn sich nicht Insolvenzmassnahmen überhaupt erübrigen – durchaus zwingend die Sanierungsfähigkeit eines Instituts prüfen.

### 3.2 Art. 41 - Eröffnung

Die Regelung, wonach die öffentliche Bekanntgabe der Eröffnung eines formellen Sanierungsverfahrens aufgeschoben werden kann (Abs. 4), sollte unseres Erachtens noch einmal überdacht werden. In Bezug auf neue Rechtsgeschäfte, welche Dritte mit der Bank während eines solchen Bekanntgabeaufschubes abschliessen, würden sich wohl schwierige Fragen (etwa der zivil- und betriebsrechtlichen Anfechtbarkeit) stellen. Aus praktischer Sicht bietet sich im Bedarfsfall wohl eher das Verfahren gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung an, bei dem *vor* der förmlichen Eröffnung des Sanierungsverfahrens in informellen Konsultationen zwischen der Bank und der FINMA ein Sanierungsplan vorbereitet wird.

### 3.3 Art. 43 - Sanierungsplan

Lit. e Ziff. 1: Die hier vorgesehene Anforderung an den Sanierungsplan, zu erläutern, weshalb die Sanierung "*für die Bankgläubiger vorteilhafter ist als ein Bankenkonzurs*", nimmt die gesetzliche Anforderung gemäss Art. 31 lit. b BankG auf (wonach die Sanierung "*die Gläubiger voraussichtlich besser stell[en]*") muss als ein Konkurs). Beide Formulierungen sind allerdings in der Frage nicht eindeutig, ob *jeder einzelne Gläubiger* durch die Sanierung besser gestellt werden muss als durch einen Konkurs, oder ob dies nur bezüglich der Gläubiger in ihrer Gesamtheit zutreffen muss. Das erstere Verständnis würde dem international bekannten, sogenannten "*no creditor worse off*"-Grundsatz entsprechen, von dessen Geltung auch für die Schweiz der Erläuterungsbericht (S. 25, 32) auszugehen scheint. Es wäre wünschbar, dass die Bankinsolvenzverordnung diesbezüglich die von der FINMA favorisierte Auslegung von Art. 31 BankG ausdrücklich festhalten würde.

Lit. e Ziff. 2: Die Einschränkung des gesetzlichen Erfordernisses der Berücksichtigung der "*Rangfolge der Gläubiger*" (Art. 31 lit. d BankG) auf die "*gesetzliche Rangfolge unter den Bankgläubigern*" in dieser Ziffer erscheint uns nicht gerechtfertigt. Das schweizerische Recht erlaubt auch die *vertragliche* Begründung einer Rangordnung unter Gläubigern, namentlich durch Rangrücktritts- und Nachrangigkeitsvereinbarungen. Auch eine solche, auf Vertrag beruhende Rangfolge ist im Sinne von Art. 31 lit. d BankG zu berücksichtigen. Ein Anwendungsfall dieses Grundsatzes ist in Art. 49 Abs. 4 E-BIV ausdrücklich festgehalten, wonach bei einer Wandlung von Fremd- in Eigenkapital vorab sämtliche nachrangigen Forderungen umzuwandeln sind. Der Grundsatz verlangt aber auch in anderen Fällen (beispielsweise im Falle von '*haircuts*' auf Forderungen) Beachtung.

### 3.4 Art. 45 – Ablehnung durch die Gläubiger

Das Recht der Gläubiger, den Sanierungsplan abzulehnen, besteht gemäss Art. 31a Abs. 1 BankG (reflektiert in Art. 45 Abs. 1 E-BIV) nur dann, wenn dieser einen "*Eingriff in die Rechte der Gläubiger*" vorsieht. Ein solcher Eingriff liegt unse-

res Erachtens namentlich auch in einer Übertragung von Passiven oder Vertragsverhältnissen der Bank gemäss Art. 30 Abs. 2 BankG. Nach allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts muss sich ein Gläubiger nämlich einen Wechsel seines Schuldners oder Vertragspartners ohne seine Zustimmung nicht gefallen lassen. Da die Botschaft (BBl. 2010 4019) aber im Zusammenhang mit Art. 31a BankG als Beispiele für Eingriffe in die Rechte der Gläubiger nur die "*Kürzung, Stundung oder Umwandlung ihrer Forderungen*" nennt, wäre eine Präzisierung im vorgenannten Sinne in der Verordnung im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüssen.

Nicht klar und wohl ein Versehen ist andererseits die Formulierung in Abs. 2, wonach Gläubiger, die den Sanierungsplan ablehnen wollen, "*dies schriftlich zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens zu tun*" hätten. Ausser in dem Spezialfall von Art. 41 Abs. 2 E-BIV liegt zu diesem Zeitpunkt ja noch gar kein Sanierungsplan vor, der abgelehnt werden könnte.

Insbesondere mit Blick auf die Regelung in Art. 51 Abs. 2 E-BIV (Übergang übertragener Vermögenswerte etc. im Zeitpunkt der *Vollstreckbarkeit* des Sanierungsplans) wäre hier schliesslich die Präzisierung willkommen, dass in den Fällen, in denen das Ablehnungsrecht besteht, der Sanierungsplan erst mit dem unbenutzten Ablauf der Ablehnungsfrist vollstreckbar wird.

### **3.5 Art. 47 – Anwendbarkeit des Obligationenrechts**

Die Verweisung auf eine sinngemässe Anwendung der Vorschriften des Obligationenrechts auf Massnahmen im Sanierungsverfahren erscheint uns grundsätzlich sinnvoll. Hingegen stört die vage Formulierung der Voraussetzungen für einen Entzug des Bezugsrechts der bisherigen Eigner ("*Hinweise bestehen*"; "*gefährdet erscheint*"). Diesem Recht kommt gerade in einer Sanierungssituation eine erhebliche Bedeutung zu. Im Falle einer Wandlung von Fremd- in Eigenkapital ist das Fehlen eines Bezugsrechts dem Vorgang immanent. Im übrigen dürfte es hingegen normalerweise für die Sanierbarkeit keine Rolle spielen, ob das erforderliche neue Eigenkapital von den bisherigen Eignern oder von neuen Investoren stammt. Ausnahmen mögen vorkommen; es sollte dafür jedoch nicht auf blosser Hinweise abgestellt, sondern mit aller Sorgfalt geprüft werden, ob eine Wahrung der Bezugsrechte die Sanierung verunmöglichen würde.

### **3.6 Art. 48 f. – Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital**

Art. 49 Abs. 2: Bei der (im Grundsatz sehr willkommenen) Präzisierung, welche Arten von Forderungen nicht in Eigenkapital wandelbar sind, sollte unseres Erachtens klargestellt werden, dass dies "*ausser bei Zustimmung des Gläubigers*" gilt.

Art. 49 Abs. 2 lit. d: Gemäss dieser Bestimmung sind "*Forderungen mit einer Restlaufzeit von weniger als 30 Tagen*" nicht in Eigenkapital wandelbar. Der Begriff der "*Restlaufzeit*" wirft die Frage auf, ob unter lit. d nur Forderungen fallen

sollen, welche überhaupt eine feste Laufzeit haben (sofern diese weniger als 30 Tage beträgt oder bis auf weniger als 30 Tage abgelaufen ist), oder ob *a fortiori* alle Forderungen, die bereits fällig sind oder auf Sicht lauten (d.h. vom Gläubiger jederzeit fällig gestellt werden können) von der Wandlung in Eigenkapital ausgenommen sind. Je nach der Antwort auf diese Frage wären beispielsweise die Saldi von Zahlungsverkehrskonten – welche der Kunde grundsätzlich jederzeit abziehen kann – von der Wandelbarkeit erfasst oder nicht.

Insbesondere im Falle einer engen Auslegung von lit. d würde sich – wie bereits in den einleitenden Bemerkungen angetönt – die Frage stellen, ob nicht zur Wahrung des Gleichgewichtes zwischen System- und Kundenschutz auch bestimmte für Kleinkunden typische Forderungskategorien, wie etwa Spar- und Zahlungsverkehrskonten, Kassenobligationen und Schadenersatzansprüche für nicht vorhandene Depotwerte, von der Wandlung ausgeschlossen sein sollten. In solchen Fällen ist nämlich kaum davon auszugehen, dass der Kunde für ein erhöhtes Risiko der Verlusttragung im Rahmen eines *bail-in* angemessen entschädigt wurde.

An der Erklärung im Erläuterungsbericht (S. 34) erstaunt sodann, dass die grundsätzliche Wandelbarkeit für "*alle Forderungen nach Art. 25 Abs. 1 Ziff. 2.1 bis 2.5 BankV*" festgehalten wird, womit Anleihen (Art. 25 Abs. 1 Ziff. 2.6 BankV) ausgespart werden. Diese fallen, soweit sie nicht innerhalb von 30 Tagen fällig werden oder besichert sind, unter keine der in Art. 49 E-BIV vorgesehenen Ausnahmen, und ihre Wandelbarkeit ist für die Chancen einer Sanierung wohl von erheblicher Bedeutung.

Die sachliche Begründung der gemäss dem Erläuterungsbericht (S. 34) vorgesehenen Differenzierung in zeitlicher Hinsicht schliesslich, wonach vor dem 1. September 2011 entstandene Forderungen erst nach allen anderen gewandelt würden, könnte vor dem Hintergrund der Annahme der FINMA auch in Frage gestellt werden, sie hätte bereits unter dem bisherigen Recht über die Befugnis zur Wandlung von Fremdkapital verfügt. Soll diese Differenzierung aber erfolgen, so müsste sie jedenfalls in einer ausdrücklichen Übergangsbestimmung der Verordnung angeordnet werden.

Art. 49 Abs. 3: Gemäss dieser Bestimmung kann die FINMA "*in begründeten Fällen auch andere Forderungen von der Wandelbarkeit ausnehmen*". Unklar bleibt dabei, ob hier an Anordnungen der FINMA erst im Zeitpunkt der Wandlung (also im Sanierungsplan) gedacht ist, oder an eine präventive Freistellung bestimmter Forderungen oder Forderungskategorien im Hinblick auf eine mögliche künftige Insolvenz. Der Wortlaut impliziert eher das zweite Verständnis (Freistellung "*von der Wandelbarkeit*", nicht "*von der Wandlung*"), die Ausführungen im Erläuterungsbericht (S. 34) hingegen eher das erste (indem sie zwischen verschiedenen Arten von Krisen unterscheiden). Unseres Erachtens wäre beides sinnvoll: sowohl eine Möglichkeit der FINMA, vorausschauend durch Verfügung anzuordnen, dass bestimmte von einer Bank eingegangene Verbindlichkeiten im Falle einer Sanierung nicht wandelbar sind, wie auch eine Möglichkeit der differenzierten Behandlung grundsätzlich wandelbarer Forderungen im Sanierungsfall (aus zureichenden

Gründen). In jedem Fall sollte die Bestimmung aus unserer Sicht präzisiert werden.

### **3.7 Art. 50 – Andere Kapitalmassnahmen**

Der Begriff "*Forderungsverzicht*" erscheint im vorliegenden Zusammenhang nicht ganz passend, da ja nicht die Gläubiger auf ihre Forderungen verzichten, sondern die Forderungen kraft eines hoheitlichen Aktes (auch gegen den Willen eines betroffenen Gläubigers) erlöschen. Es wäre eher von einem (teilweisen oder vollständigen) Erlöschen von Forderungen zu sprechen.

Soweit "*Forderungsverzichte*" gemäss dem Wortlaut auch *anstelle* einer Reduktion bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals möglich sein sollen, scheint die Bestimmung im Widerspruch zu dem Grundsatz zu stehen, dass die Interessen der Gläubiger vor denjenigen der Eigner den Vorrang haben müssen (Art. 31 lit. d BankG; so auch Erläuterungsbericht, S. 31 zu Art. 46 E-BIV).

### **3.8 Art. 51 – Weiterführung von Bankdienstleistungen**

Redaktionell nicht optimal erscheint hier, dass inhaltliche Präzisierungen zu den Anforderungen an den Sanierungsplan im Falle einer Übertragung von Vermögenswerten nur indirekt, nämlich über die Definition der Ausführungen vorgenommen werden, welche der Plan enthalten muss (insbesondere in Abs. 1 lit. h: "*beschreiben, wie ... sichergestellt wird, dass ...*"). Diese Präzisierungen würden einen Platz in einer separaten Bestimmung verdienen, die direkt die materiellen Erfordernisse anspricht.

Inhaltlich erscheinen uns die Präzisierungen in Abs. 1 lit. h zur Berücksichtigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit von Vermögenswerten hingegen sachgerecht. In Ziff. 1 wäre immerhin zu überlegen, ob nicht durch die Präzisierung "*gegenüber einer oder mehreren Gegenparteien*" auch den sogenannten Multiparty-Netting-Vereinbarungen Rechnung getragen werden sollte, bei denen die Verrechenbarkeit von Verbindlichkeiten zwischen mehr als zwei Parteien vereinbart wird.

## **4 Schutz der Systeme und der Finanzmarktinfrastrukturen (4. Titel E-BIV)**

### **4.1 Art. 54 – Verbindlichkeit von Weisungen in Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen**

Hinsichtlich der Aufzählung der Massnahmen, welche die rechtliche Verbindlichkeit einer Weisung eines Teilnehmers einzuschränken geeignet sind, ist uns nicht klar, weshalb darunter auch Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG aufgeführt sind. Nach dieser Bestimmung kann die FINMA als Schutzmassnahmen für eine Bank eine Stundung oder einen Fälligkeitsaufschub anordnen. Beides erscheint an sich nicht geeignet, die Wirksamkeit von Weisungen der Bank bezüglich der Abwicklung von Zahlungen oder Effektentransaktionen in Frage zu stel-

len, geht hier doch die Initiative zu einer Zahlung oder Lieferung von der Bank aus.

#### **4.2 Art. 55 – Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten**

Durch diese Bestimmung soll der Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 3 BankG im Zusammenhang mit Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen präzisiert werden.

Den Ausführungen im Erläuterungsbericht (S. 39), in denen die FINMA sich gegen eine mögliche einschränkende Auslegung dieser Gesetzesbestimmung wendet, stimmen wir voll und ganz zu. Da die entsprechende Unsicherheit aber nicht nur Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme betrifft, sollte unseres Erachtens auch die entsprechende Klarstellung in der Verordnung nicht nur punktuell für Systeme zur Zahlungs- oder Effektenabwicklung erfolgen, sondern in allgemeiner Weise. Dies wäre nur schon deshalb gerechtfertigt, weil Art. 27 Abs. 3 BankG keine Unterscheidung trifft zwischen Regelungen im Rahmen derartiger Systeme und solchen, die in anderem Zusammenhang vereinbart werden. Es wäre damit auch nicht logisch, wenn bestimmte Arten von Vereinbarungen im Falle von Systembetreibern als Gegenparteien der Bank geschützt sein sollten, nicht hingegen im Falle anderer Gegenparteien.

Die Präzisierung des Begriffs der "Aufrechnungsvereinbarungen" ist dabei in den grösseren Zusammenhang der Behandlung der (gesetzlichen oder vertraglichen) Verrechnung in den verschiedenen Insolvenzverfahren gemäss dem Bankengesetz zu stellen. Für den Fall des *Konkurses* besteht dafür, auch abgesehen von der Anordnung in Art. 27 Abs. 3 BankG, eine relativ klare Rechtslage, da durch die Verweisung von Art. 34 Abs. 1 BankG auf die Art. 213 f. SchKG die grundsätzliche Möglichkeit der Verrechnung im Konkurs, ebenso wie ihre Schranken, gesetzlich angeordnet ist. Auch für das *Sanierungsverfahren* ist anzunehmen, dass eine Verrechnung im Rahmen der Art. 213 f. SchKG den im Sanierungsplan allfällig angeordneten Eingriffen in die Rechte der Gläubiger (z.B. teilweises Erlöschen von Forderungen oder ihre Umwandlung in Eigenkapital) vorgeht. Da im Bankengesetz eine dem Art. 297 Abs. 4 SchKG (Geltung der Art. 213 ff. SchKG im Nachlassverfahren nach SchKG) entsprechende Vorschrift allerdings fehlt, bleibt ein Rest an Unsicherheit in diesem Punkt. Sie könnte durch eine entsprechende Anordnung in der Bankinsolvenzverordnung beseitigt werden. Was schliesslich die *Schutzmassnahmen* betrifft, birgt die Möglichkeit eines "Fälligkeitsaufschubes" gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG die Gefahr, dass (neben dem damit eigentlich beabsichtigten Schutz der Bank vor einer aktiven Belangung durch ihre Gläubiger) mit der Fälligkeit der Forderungen auch eine gesetzliche oder vertragliche Voraussetzung für die Verrechnung entfällt (vgl. BBl. 2010 8084), so dass die Bank theoretisch nun ihrerseits von Dritten die Erfüllung von Forderungen verlangen könnte, die andernfalls mit der Einrede der Verrechnung belastet gewesen wären. Eine solche Wandlung der Schutzmassnahme 'vom Schild zum Schwert' wäre aber sachfremd und kann nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Wünschbar ist daher einerseits eine weite Auslegung des

Begriffes der "Aufrechnungsvereinbarung" gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG in dem Sinne, dass sie neben eigentlichen Netting-Vereinbarungen (die neben einer Verrechnung in der Regel weitere Elemente enthalten) auch einfache Vereinbarungen über eine Verrechnung einschliesst, andererseits – da eine nur auf Gesetz beruhende Verrechnung auch bei weiter Auslegung kaum unter Art. 27 Abs. 3 BankG subsumiert werden kann – eine Anordnung der FINMA (entweder generell in der Verordnung oder dann individuell im Falle der Anordnung eines Fälligkeitsaufschubes), wonach Verrechnungsrechte dadurch unberührt bleiben sollen.

In Art. 55 E-BIV sollte vor diesem Hintergrund bezüglich der "Aufrechnungsvereinbarungen" unseres Erachtens (in Verallgemeinerung der Formulierung in Art. 55 Abs. 1 lit. b E-BIV) festgehalten werden, dass sie *jede Vereinbarung über eine Verrechnung oder über ein Netting* (insbesondere *Payment Netting, Netting by Novation* und *Close-Out Netting*; vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/19 'Kreditrisiken Banken', Rz. 44 ff.) erfasst, sei diese nun in einem Rahmen- oder in einem anderen Vertrag enthalten. Vorzubehalten wären dabei lediglich die Art. 213 f. SchKG, welche die Verrechnung im Konkurs zur Verhinderung von Missbräuchen einschränken.

## **5 Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten (5. Titel / Art. 56 E-BIV)**

In Anlehnung an eine Empfehlung des FSB<sup>1</sup> soll die FINMA gemäss dieser Bestimmung im Falle der Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger anordnen können, dass bestimmte vertragliche Beendigungsrechte für eine kurze Zeit nicht ausgeübt werden können.

Die vorgeschlagene Bestimmung scheint uns in verschiedener Hinsicht problematisch. Zunächst ist zweifelhaft, ob die Vorteile, die man sich von einer solchen Anordnung erhofft, tatsächlich erzielt werden und somit den damit verbundenen, erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit rechtfertigen könnten. Einer Weiterführung von Bankdienstleistungen ist nämlich dadurch nicht wesentlich gedient, dass Vertragspartner der Bank, die mit der Übertragung ihrer Verträge nicht einverstanden sind, sie erst nach 48 Stunden auflösen können anstatt sofort. Soll eine Weiterführung der Vertragsverhältnisse wirklich sichergestellt werden, so führt so oder so kein Weg an einer Einigung mit den Vertragspartnern vorbei.

In all denjenigen Fällen, in denen eine Vertragsbeendigung Teil oder Voraussetzung eines Netting-Mechanismus gemäss einer Aufrechnungsvereinbarung im Sinne von Art. 27 Abs. 3 BankG ist (siehe dazu auch oben Ziff. 4.2), würde eine Anordnung im Sinne von Art. 56 E-BIV zudem gegen diese Gesetzesbestimmung verstossen und müsste hinter den von ihr angeordneten Schutz solcher Vereinbarungen zurücktreten.

Sollte die Bestimmung von Art. 56 E-BIV im Grundsatz beibehalten werden, so müsste der Vorrang von Art. 27 Abs. 3 BankG unseres Erachtens im Sinne der

<sup>1</sup> Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, Annex IV.

Klarheit darin erwähnt werden. Andererseits sollte klargestellt werden, was bezüglich vertraglicher Regelungen zur *automatischen* Auflösung von Verträgen im Falle definierter Insolvenzereignisse gilt: Solche Regelungen sind vom Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung ("*Beendigungsrechte*") wohl nicht erfasst; aus der Sicht des damit verfolgten Zweckes stellt sich aber die Frage, ob eine Aufschiebung der Wirkung auch hier gelten müsste. Im Fall ihres Einbezuges wäre jedenfalls sicherzustellen, dass die vereinbarte automatische Beendigung nach Ablauf des angeordneten Aufschubes (falls nicht in der Zwischenzeit anders vereinbart) ohne weiteres eintritt, damit sich hier nicht eine 'Falle' für Gegenparteien öffnet, die in Unkenntnis der besonderen Anordnung der FINMA oder der Rechtslage davon ausgehen, ihre Vereinbarungen seien vertragsgemäss (bzw. allenfalls mit kurzer Verzögerung) automatisch aufgelöst worden und sie bräuchten nichts weiteres zu unternehmen.

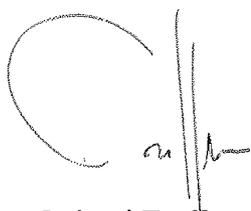
Die Bestimmung erscheint schliesslich redaktionell nicht ganz geglückt, liegen doch die in lit. a-d erwähnten Gegenstände nicht auf derselben logischen Ebene, sondern lit. b-d enthalten Einschränkungen der in lit. a vorgesehenen Kompetenz der FINMA.

\* \* \*

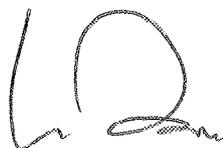
Wir danken Ihnen abschliessend für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Bankinsolvenzverordnung-FINMA und würden uns über die Berücksichtigung unserer Stellungnahmen und Anregungen im Rahmen der weiteren Ausarbeitung der Verordnung freuen.

Für Rückfragen oder Diskussion stehen wir Ihnen sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Roland Truffer



Urs Brügger

Postfach 5576, CH-3001 Bern

FINMA  
Geschäftsbereich Banken  
Herren Dr. Urs Zulauf und Dr. Reto Schildknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

### Vorab per Email

Bern, 13. März 2012

### BIV-FINMA

Sehr geehrte Herren

Innert der mir freundlicherweise erstreckten Frist nehme ich zur der vorgeschlagenen BIV-FINMA wie folgt Stellung:

### Vorbemerkungen

Das Bankeninsolvenzrecht unterscheidet sich je länger je mehr grundlegend vom „gemeinen“ Konkursrecht, obwohl es auf das SchKG als subsidiäre Ordnung verweist. Das „gemeine“ Insolvenzrecht geht grundsätzlich von der Omnipotenz der Gläubiger aus (s. z.B. Art. 253 Abs. 2 SchKG), während das Bankeninsolvenzrecht die Kompetenzen bei der Behörde (FINMA) konzentriert. Die FINMA amtet sowohl als Konkurs- und Sanierungsgericht, sodann kann sie die Liquidationen als Liquidatorin durchführen.

Für schweizerische Verhältnisse ist eine solche Machtkonzentration bei einer einzigen Behörde sehr ungewöhnlich. Rechtstheoretisch sind solche Kompetenzkonzentrationen nie unproblematisch, aus praktischen und wirtschaftlichen Gründen sind sie indessen wohl unvermeidlich. Auch im „gemeinen“ Insolvenzrecht ist die Praxis bemüht, die Verfahren möglichst schlank und kostengünstig zu halten. So spielt die grundsätzliche Allmacht der Konkursgläubiger in nur noch ganz wenigen Fällen eine Rolle: Ordentliche Konkursverfahren mit Gläubigerversammlungen und Gläubigerausschüssen sind eine schon fast vernachlässigbare Seltenheit, denn die meisten Konkurse werden summarisch durchgeführt (Art. 231 SchKG). Beim Summarkonkurs nach SchKG kommt dem Konkursamt bei der Abwicklung der Liquidation eine ähnliche Machtfülle zu wie im Bankenkurs der FINMA. Allerdings nimmt das Konkursamt – anders als die FINMA – nie gerichtliche Funktionen wahr und bleibt bei wichtigeren Handlungen stets auf die Zustimmung der Gläubiger angewiesen. Diese Zustimmung wird jeweils auf dem Zirkularweg herbeigeführt. Der praktische Vorteil solcher

**Dominik Gasser**  
Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter  
an der Universität Luzern

Bollwerk 15  
Postfach 5576  
CH-3001 Bern  
Telefon +41 58 258 16 00  
Fax +41 58 258 16 98  
dominik.gasser@bratschi-law.ch  
www.bratschi-law.ch

im Anwaltsregister eingetragen

88189/DGA/Stellungnahme BIV

Zustimmungsmechanismen insbesondere auch für den Liquidator ist nicht zu unterschätzen: Sobald die Gläubiger einen Antrag des Konkursamtes genehmigen (und sei es nur stillschweigend), dann ist der Liquidator (und damit auch die staatliche Behörde) aus der Verantwortung.

Auch im „gemeinen“ Sanierungsverfahren (Nachlassstundung des SchKG) ist der Gesetzgeber bestrebt, die Kompetenzen des Sachwalters sowie die Stundungswirkungen auszubauen. Gleichzeitig aber werden – als Ausgleich (*Checks and Balances*) – neue Mitwirkungsmöglichkeiten der Nachlassgläubiger vorgesehen (s. die laufende SchKG-Revision „Sanierungsrecht“). Solche Ausgleichsbestrebungen finden sich im Bankensanierungsrecht weit weniger, obwohl die Kompetenzen – und damit auch die Verantwortlichkeiten – fast schon radikal an die Behörde verschoben werden.

Das Bankeninsolvenzrecht tendiert daher mehr und mehr in die Richtung Notrecht (Stichwort Superbehörde FINMA), während das „gemeine“ Sanierungsrecht den Akzent weiterhin auf Mitwirkung, Mitverantwortung und Kontrolle der betroffenen Gläubiger setzt. Die Praxis wird zeigen, welches der beiden Systeme letztlich erfolgreicher ist.

### **Allgemeines zum Entwurf BIV-FINMA**

Der Verordnungsentwurf ist systematisch und technisch überzeugend, die Sprache klar. Die Normen zeigen das praktische Verständnis der Arbeitsgruppe für die Abläufe und die wirtschaftlichen Zusammenhänge.

### **Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen der BIV-FINMA**

#### Art. 2 Abs. 2

Es ist richtig, die „Unbewilligten“ vom Sanierungsrecht auszunehmen. Die Ausnahme (Interesse des Finanzmarktes) leuchtet ein, auch wenn sie etwas konturlos erscheint. Es fragt sich daher, ob dieser Absatz nicht besser zu streichen wäre, zumal ja allgemein „kein Anspruch auf Sanierung“ besteht und somit der notwendige Spielraum ohnehin gegeben ist (Art. 40 Abs. 2).

#### Art. 22 Abs. 2

Diese Bestimmung wird ausdrücklich begrüßt. Der Gesetzgeber müsste sich sogar überlegen, ob nicht eine analoge Bestimmung auch in das „gemeine“ Konkursrecht einzuführen wäre. Gerade wenn die Konkursitin eine natürliche Person ist, haben die ungesicherten Gläubiger ein entsprechendes Bedürfnis nach einem Konkursverlustschein – dies v.a. mit Blick auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG [Arresttitel]). Der geltende Umweg über Art. 230 Abs. 3 SchKG ist unpraktisch.

#### Art. 26

Dass der Konkursliquidator keine eigentliche Erhaltungspflicht hat (s. demgegenüber Art. 244 f. SchKG), entspricht gewiss einem praktischen Bedürfnis. Allerdings gehört die Erhaltung der Eingaben zu den Kernpflichten eines jeden Liquidators. Denn je sorgfältiger die Erhaltung, desto geringer das Risiko von Kollokationsstreitigkeiten. Gerade angesichts des beschränkten Akteneinsichtsrechts (Art. 5) sollte die Erhaltung eigentlich besonders ernst genommen werden.

#### Art. 40 ff. (Sanierungsverfahren)

##### Art. 40 Abs. 1

Was unter „Aussicht auf Sanierung“ zu verstehen ist – darüber gibt es abundante Literatur. Die Umschreibung „hinreichend zuverlässige Hinweise, dass ein Sanierungsplan genehmigt werden kann“, hat wenig neuen Erkenntniswert. Im Ergebnis wird wohl das Beweismass „Glaubhaftigkeit“ gemeint sein. „Glaubhaft“ ist ein im Verfahrensrecht eingeführter Begriff, der bedeutet: Aufgrund objektiver Anhaltspunkte besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit. Dies sollte für die Lancierung des Verfahrens genügen.

Das „gemeine“ Sanierungsrecht setzt die Eingangsstufe sogar tiefer, obwohl auch sie im Ergebnis auf „glaubhaft“ hinausläuft (Art. 173a Abs. 2 SchKG: „Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages“).

Formulierungsvorschlag für Abs. 1: *Aussicht auf Sanierung besteht, wenn glaubhaft erscheint, dass Sanierungsplan genehmigt werden kann.*

Abs. 2 wäre wohl redaktionell wie folgt zu präzisieren: „Es besteht kein Anspruch auf Durchführung eines Sanierungsverfahrens“, denn das wird wohl gemeint sein.

##### Art. 41

Die Möglichkeit, mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens auch gleich den Sanierungsplan zu genehmigen, ist sehr zu begrüßen. Gleiches gilt für die zeitverschobene Publikation.

##### Art. 43

Im „gemeinen“ Insolvenzrecht (SchKG) greift die Pauliana nur im Falle des Konkurses / Liquidationsvergleichs bzw. – in der Spezialexécution – nach Ausstellung des Pfändungsverlustscheins. Der paulianische Rückblick auf die *Période suspecte* soll somit nach allgemeiner Auffassung nur stattfinden, wenn tatsächlich mit einem Verlust der Gläubiger zu rechnen ist oder dieser bereits effektiv feststeht. Anders im Bankeninsolvenzrecht: hier ist die Pauliana auch während eines Sanierungsverfahrens möglich.

Ein Sanierungsverfahren blickt bestimmungsgemäss nach vorne; von daher ist die Pauliana eigent-

lich ein Fremdkörper: Sie kann nützlich, aber auch hinderlich sein. Gleiches gilt für Verantwortlichkeitsansprüche. Bst. f bringt die notwendige Flexibilität, was zu begrüßen ist.

#### Art. 45 Abs. 2 Satz 3

Besser als „Ablehnungsschrift“ wäre wohl der Terminus „Ablehnungserklärung“, denn eine Schrift (d.h. eine begründete Eingabe) wird ja gerade nicht verlangt.

#### Einlagensicherung

Dass der Bankenkonzurs die Einlagensicherung auslöst, steht fest. Der Verordnungsentwurf weist dem Konkursliquidator denn auch ausdrücklich (aber deklaratorisch) die Aufgabe entsprechender Zusammenarbeit mit dem Träger zu (Art. 12).

Für das Sanierungsverfahren fehlt eine solche Deklaration. Eine entsprechende Klarstellung wäre erwünscht.

#### Kapitalmassnahmen

Die Eingriffe in die Gläubiger- und Eignerrechte gehen sehr weit. In Bezug auf die Eignerrechte erscheint dies durchwegs als gerechtfertigt. Hinsichtlich der Gläubiger jedoch ist das Thema sensibel.

Bei solch tiefgreifenden Eingriffen in die Gläubigerrechte wie *debt to equity* muss äusserste Zurückhaltung gelten, zumal nach Art. 31a BankG für den Sanierungsplan ein hohes Ablehnungsquorum gilt.

#### Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen

Diese Möglichkeit wird begrüsst. Das Konzept der Vermögensübertragung ist vollstreckungsrechtlich konsequent: Der Sanierungsplan gestaltet die privatrechtliche Lage um – die registerliche Nachbehandlung ist nur noch deklarativ.

#### **Schlussbemerkung**

Auf das Ganze gesehen ist der Verordnungsentwurf geglückt und wird begrüsst.

Mit freundlichen Grüssen



Dominik Gasser



**Lauren Alter-Baumann**  
Associate General Counsel

**CLS Bank International**  
Financial Square  
32 Old Slip, 23rd Floor  
New York, NY 10005

Tel: +1 (212) 943-2438  
Fax: +1 (212) 363-6998  
lalter-baumann@cls-bank.com

March 2, 2012

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dr. Reto Schiltknecht  
Head Solvency and Capital  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern

email: [reto.schiltknecht@finma.ch](mailto:reto.schiltknecht@finma.ch)

**Consultation regarding the draft Banking Insolvency Ordinance FINMA**

Dear Dr. Schiltknecht,

We are writing with respect to the draft Banking Insolvency Ordinance FINMA (the "BIO"). We note that according to "key point 18" of the summary accompanying the BIO, the "protection of financial market infrastructures (payment and securities settlement systems) is strengthened by more specific implementing provisions". We fully agree with this statement and support the additional protections that are reflected in the BIO. In addition, we very much appreciate the fact that CLS Bank's previous proposals have been incorporated within articles 53 – 55 of the BIO.

After review of the BIO, we respectfully submit the following comments for your consideration:

1. Article 53: Instructions of participants in a payment or securities settlement system

Our first comment is purely technical: in article 53 (b) the relative pronoun "die" following the comma may be read to refer to the words "Teilnehmern oder Teilnehmerinnen" rather than to "andere Überweisungen und andere Zahlungen". We therefore suggest replacing the words "[...] System, die der Bereitstellung der [...] erforderlichen [...] Mitteln dienen" with "[...] System zwecks Bereitstellung der [...] erforderlichen [...] Mittel."

2. Article 56: Temporary suspension of termination rights when ordering the transfer of bank services to another legal entity

*Request for clarification:* It is our understanding, in light of the explanatory report, that article 56 of the BIO is based upon considerations with respect to financial contracts ("Finanzverträge", e.g., the ISDA Master Agreement or similar master agreements). With this in mind, we believe that it would be helpful to *clarify*, within the text of article 56, that the temporary suspension of termination rights *does not apply to any actions taken by a payment or securities settlement system* within the meaning of article 27(1) BA in accordance with its rules. Such an exclusion will ensure that a payment or security settlement system can continue to control the risks presented by a participant that is subject to such a transfer along the lines provided by its rules.



*Practical issues for consideration:* We further understand that in certain circumstances there may be important systemic reasons for the transfer of a bank's services, including, potentially, the agreement that allows that bank to participate in a payment or securities settlement system (e.g., in the case of the CLS System, the CLS Bank Settlement Member Agreement) to another legal entity, such as a bridge bank. However, in order for the new legal entity to participate in the payment or securities settlement system, as a threshold matter certain requirements established by the system will need to be met (e.g., in the case of the CLS System, the requirements for participation set forth in the CLS Bank International Rules (the "CLS Bank Rules")). In order for CLS Bank to have the flexibility to cooperate with, and assist, the regulators that seek to transfer a bank's services to another legal entity (which may include the contract allowing such entity to participate in a payment or settlement system), CLS Bank is in the process of considering a new category of membership for bridge institutions, to be reflected in due course in the CLS Bank Rules, subject to receipt of all necessary regulatory approvals. CLS Bank has identified and is evaluating a wide range of issues in connection with this project (e.g., legal, operational and risk issues, including issues relating to foreign branches, third parties and nostros). It is likely that other systems have identified various issues that are unique to their own systems.

3. Article 4(3), second sentence: Public announcements

*Request for clarification:* We note that, according to the second sentence of article 4(3) of the BIO, direct communications to creditors (currently required pursuant to article 4 of the Ordinance on the Bankruptcy of Banks) may not be required when a public announcement is made in certain circumstances.

It is critical for CLS Bank (as well as other systemically important systems) to receive timely notice of insolvency and other important events so that it will have the opportunity to accurately assess the situation (which is likely to require discussions with the institution's regulators) and to respond appropriately in order to protect the system. In the case of a transfer of bank services to another legal entity, sufficient lead time is required to maximize the likelihood that the new entity will be able to participate in the relevant system (as described in section 2 above).

Accordingly, we suggest amending the proposed language by adding the following third sentence:

"Notifications to the operators of payment or securities settlement systems under article 27(1) BA shall be effected by means of direct advance notification from the FINMA."

"Mitteilungen an Betreiber von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen nach Artikel 27 Absatz 1 BankG erfolgen durch direkte Vorabmitteilungen durch die FINMA."

In order to ensure receipt of notice from FINMA in case of an event within the scope of article 27(1) BA, CLS Bank has previously provided FINMA with a list of (1) CLS Bank contacts; and (2) CLS Bank Members.



Thank you for the opportunity to submit these comments. Please do not hesitate to contact the undersigned or CLS Bank's Swiss counsel, Dr. Urs Pulver at Niederer Kraft & Frey, if we may be of additional assistance.

We request that you keep this submission confidential.

Best regards,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lauren Alter-Baumann'. The signature is fluid and cursive.

Lauren Alter-Baumann  
Associate General Counsel

cc: James P. Holdcroft, Jr., EVP and Chief Legal Officer, CLS Bank International  
Dr. Urs Pulver, Niederer Kraft & Frey

**Lettre signature**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht  
FINMA  
Herr Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

Zürich, 2. März 2012

**Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA (BIV-FINMA)**

Sehr geehrter Herr Dr. Schiltknecht

Wir beziehen uns auf die Anhörung zum Entwurf der Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA (E-BIV-FINMA) und erlauben uns, Ihnen hiermit unsere Stellungnahme dazu einzureichen.

Es ist wichtig, dass klare Grundlagen für die Sanierung von Schweizer Banken geschaffen werden. Daher begrüssen wir es, dass die FINMA mit einer hochkarätig zusammengesetzten Arbeitsgruppe diese komplexe Materie an die Hand genommen hat. Mit dem am 16. Januar 2012 vorgelegten Entwurf der Bankeninsolvenz-Verordnung sowie dem Erläuterungsbericht hat die FINMA eine wertvolle Auseinandersetzung und Analyse der bestehenden Rahmengesetzgebung des Bankensanierungsrechts vorgenommen und dadurch die Grundlagenarbeit geleistet, um das Bankensanierungsrecht generell-abstrakt zu konkretisieren. Wir betrachten das Bankensanierungsrecht als essentiellen Bestandteil eines Gesamtpakets zur Lösung der "Too Big to Fail-Problematik", welches die Credit Suisse seit Anbeginn aktiv unterstützt hat. Wir haben in der Expertengruppe mitgearbeitet und stets sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene einen konstruktiven Austausch unterhalten. Zudem haben wir als erste Schweizer Bank bedingte Pflichtwandelanleihen ausgegeben, um zur Etablierung dieses wichtigen Pfeilers des neuen Eigenmittelregimes beizutragen. Die nachfolgenden Kommentare sind Teil dieses Bestrebens, mit den anderen involvierten Stellen gemeinsam eine funktionierende und effiziente Lösung zu erarbeiten.

Der Entwurf der BIV-FINMA enthält wertvolle Denkanstösse, Diskussions- und Lösungsansätze. Er zeigt aber auch die Mängel in der heutigen gesetzlichen Regelung des Bankensanierungsrechts (inklusive der soeben in Kraft getretenen TBTF-Novelle) auf. Der Gesetzgeber hat es

bisher versäumt, der FINMA eine hinreichend breite gesetzliche Basis für die einzelnen, zum Teil in die Eigentumsrechte der Eigner und Gläubiger eingreifenden Anordnungen zu gewähren. Mit anderen Worten fehlt für verschiedene, zum Teil sehr begrüssenswerte, im Entwurf der BIV-FINMA vorgeschlagene Regelungen, eine hinreichende gesetzliche Grundlage.

#### *Grundsätzliche Bemerkungen zum Verordnungsentwurf*

Wir unterstützen das Vorhaben der FINMA, eine klare, sachlich korrekte und dennoch flexible Regelung des Bankensanierungsrechts zu finden und der FINMA das notwendige Instrumentarium mit den entsprechenden Kompetenzen einzuräumen. Das schweizerische Bankensanierungsrecht soll sich an den internationalen Bestrebungen im Rahmen des Financial Stability Board (FSB) und des Basler Komitees orientieren und eine griffige, verständliche und tatsächlich umsetzbare Regelung bieten. Der FINMA sollen die erforderlichen materiellen und verfahrenstechnischen Kompetenzen eingeräumt werden, und gleichzeitig sollen den Gläubigern und Aktionären die möglichen Auswirkungen eines Bankensanierungsverfahrens auf deren Rechtsposition aufgezeigt werden. Die Vorhersehbarkeit und der Schutz des (berechtigten) Vertrauens von Anlegern in Bezug auf mögliche Eingriffe in ihre Rechtspositionen stellen unseres Erachtens eine Grundvoraussetzung für die rechtliche Durchführbarkeit und die Akzeptanz von Sanierungsmassnahmen in einer Krise dar.

Damit eine solche Regelung aber national und international anerkannt wird und eine gute Grundlage zur grenzüberschreitenden Kooperation unter den verschiedenen Aufsichtsbehörden (und damit auch Sanierungsbehörden) bietet, muss sie rechtlich durchsetzbar und international abgestimmt sein.

Der vorliegende Entwurf der BIV-FINMA mag leider keiner dieser Anforderungen zu genügen:

- **Der Gesetzgeber hat es versäumt, eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Kapitalmassnahmen und die Eingriffe in die Vertragsrechte vorzusehen.** Art. 31 Abs. 3 BankG sieht zwar rudimentär die Möglichkeit der Anordnung von Kapitalmassnahmen im Sanierungsplan vor. Das Gesetz erwähnt aber weder die Forderungsreduktion noch beschreibt es, nach welchen Prinzipien die Schaffung von neuem Eigenkapital sowie die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorgenommen werden soll. Da Kapitalmassnahmen regelmässig in die Eigner- bzw. Gläubigerrechte eingreifen, bedarf es hierfür einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Eine solche genügende gesetzliche Grundlage fehlt auch für verschiedene andere in der E-BIV-FINMA vorgesehene Massnahmen, wie z.B. den behördlich verordneten Aufschub von Vertragsbeendigungsrechten (Art. 56 E-BIV-FINMA). Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG stehen nicht als gesetzliche Grundlagen für solche Massnahmen und Eingriffe zur Verfügung, weil diese Bestimmungen primär den Erlass von "Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur" ermöglichen will (Botschaft, BBl 2010 4017) und keine Grundzüge einer materiellen Regelung enthält.

- **Die internationale Akzeptanz der BIV-FINMA ist nicht gewährleistet.** Die Schweiz will auf dem Gebiet des Bankeninsolvenzrechts führend sein. Dies ist zu begrüßen. Zu bedenken ist aber, dass sich die Prinzipien, welche international bei einer Bankensanierung zur Anwendung gelangen sollen, derzeit erst in Ausarbeitung befinden. So befindet sich die einschlägige EU-Richtlinie (EU Crisis Resolution Directive) immer noch in Ausarbeitung; ein Entwurf wird erst auf den Sommer oder Frühherbst dieses Jahres erwartet. Die von der FSA anfangs November 2011 publizierten "Key Attributes" bedürfen sodann noch einer weiteren Verfeinerung und eines koordinierten Vorgehens derjenigen Länder mit den wichtigsten Finanzmarktplätzen. Zahlreiche Grundsatzfragen müssen noch ausführlich analysiert und debattiert werden, bevor ein (hoffentlich) möglichst weitgehender internationaler Konsens gefunden wird (z.B. welche Gläubigerforderungen einem behördlichen Debt-to-Equity Swap unterworfen werden sollen; unter welchen Umständen, wie lange und mit welchem Effekt in die Vertragsbeendigungsklauseln eingegriffen werden kann). Auf diese Entwicklungen nimmt die E-BIV-FINMA u.E. nicht oder zu wenig Rücksicht und prescht teilweise im Alleingang vor (z.B. in Bezug auf die Vertragsbeendigungsregeln). Ausserdem werden bestehende internationale Regeln nicht in hinreichendem Masse berücksichtigt (wir glauben zum Beispiel, dass der FINMA weder durch Gesetz noch E-BIV-FINMA alle der FSB in Key Attribute 3.2 vorgesehenen Kompetenzen zukommen).

Weil es für verschiedene vorgeschlagenen Massnahmen an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage fehlt, ist ein wesentlicher Teil der im E-BIV-FINMA vorgesehenen Regelungen derzeit so nicht umsetzbar. Vielmehr bedarf es vorher einer Anpassung der gesetzlichen Grundlagen, d.h. einer erneuten Teilrevision des Bankensanierungsrechts im Bankengesetz. Um aber das Vorhaben, möglichst rasch auch die verfahrenstechnischen Grundlagen für Bankensanierungen weiter zu verfeinern, nicht zu gefährden, schlägt die Credit Suisse ein **zweistufiges Vorgehen** vor:

- **Der Entwurf der BIV-FINMA ist zu entschlacken.** In einem ersten Schritt sind nur solche Bestimmungen in der BIV-FINMA vorzusehen und in Kraft zu setzen, welche rein verfahrenstechnischer Natur sind und zudem auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen. Das eigentliche Kernstück der Kapitalmassnahmen, d.h. die Art. 47, 48, 49 (zumindest soweit als diese Bestimmung rückwirkend anwendbar sein soll), Art. 50 in Bezug auf Forderungsreduktionen, und wohl auch Art. 56 E-BIV-FINMA, ist bis zur Ergänzung der gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht umsetzbar. Diese Bestimmungen sollen vorerst aussen vor gelassen werden, bis das Bankengesetz ergänzt worden ist. Wünschenswert wäre sodann auch eine spezifischere gesetzliche Rahmenordnung für den Transfer von Vermögenswerten und damit eine bessere Basis für die Regelung in Art. 51 BIV-FINMA.
- Parallel dazu ist umgehend eine **weitere Teilrevision des Bankensanierungsrechts** einzuleiten, um die erwähnten Mängel zu beseitigen. Die Credit Suisse begnügt sich diesbezüglich nicht einfach mit einer Kritik an der gesetzlichen Regelung, sondern unterbreitet Ihnen hiermit einen konkreten Vorschlag, wie diese ergänzt werden könnte,

um die für die Regelung von Kapitalmassnahmen in der BIV-FINMA nötigen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen und eine hinreichende Kompetenzdelegation zugunsten der FINMA zu schaffen. Wir schlagen vor, Art. 30 und 31 BankG um je zwei Absätze zu ergänzen, welche nach unserer Auffassung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Kompetenzdelegation an die FINMA schaffen. Den Wortlaut dieser von der Credit Suisse vorgeschlagenen Bestimmungen können Sie der Beilage 1 entnehmen. Er ist bewusst offen formuliert, um genügend Flexibilität zu gewähren und eine Anpassung der schweizerischen Regelung an internationale Standards zu erlauben, aber dennoch hinreichend konkret, um die Vorsehbarkeit der delegierten Regelung zu gewährleisten. Wie erwähnt hat unser Vorschlag zum Ziel, eine gesetzliche Grundlage für eine Kompetenzdelegation zugunsten der FINMA zu schaffen. Er sollte deshalb als "Minimallösung" verstanden werden. Selbstverständlich wäre es aus unserer Sicht begrüssenswert, wenn allenfalls weitere Aspekte des Bankensanierungsrechts auf Gesetzesstufe geregelt würden, insbesondere eine spezifischere Regelung des Transfers von Vermögenswerten.

Wir laden Sie ein, diese Vorschläge eingehend zu prüfen.

#### *Kommentare zu einzelnen Bestimmungen*

Wir erlauben uns, Ihnen in der Beilage 2 eine detaillierte Kommentierung des Entwurfs der Bankeninsolvenz-Verordnung zukommen zu lassen, welche wir gemeinsam mit der UBS verfasst haben. Darin sind unsere Kommentare und Bedenken zu den einzelnen Bestimmungen detailliert aufgeführt.

Zusätzlich zu diesen Detailkommentaren möchten wir noch folgendes besonders bemerken:

#### — *Art. 46 E-BIV-FINMA ff. betr. Kapitalmassnahmen*

Wie bereits vermerkt fehlt es nach Auffassung der Credit Suisse für viele der in Art. 46 ff. E-BIV-FINMA vorgesehenen Kapitalmassnahmen und diesbezüglichen Anordnungen an einer gesetzlichen Grundlage. Art. 31 Abs. 3 BankG sieht zwar rudimentär die Möglichkeit der Anordnung von Kapitalmassnahmen im Sanierungsplan vor, verzichtet aber selbst auf die Regelung der Grundzüge solcher Massnahmen. Für eine hinreichende Delegation von Rechtssetzungskompetenzen vom Gesetzgeber an eine untergeordnete Behörde (hier die FINMA) ist aber vorausgesetzt, dass die wichtigen Regelungen im Gesetz selber enthalten sind. Das ist für eine Vielzahl der Anordnungen nicht der Fall. Es fehlt an der verfassungsmässig vorausgesetzten Voraussehbarkeit der delegierten Regelung. Für die Anordnung gewisser Massnahmen durch die FINMA fehlt eine gesetzliche Grundlage überhaupt (z.B. beschränkt sich Art. 31 Abs. 3 BankG explizit auf die Kapitalherabsetzung und den Wandel von Fremd- in Eigenkapital, erwähnt dagegen den "Forderungsverzicht" gemäss Art. 50 E-BIV-FINMA mit keinem Wort). Die von uns vorgeschlagene Ergänzung von Art. 31 BankG sollte diesen Mangel beheben.

— *Art. 47 E-BIV-FINMA betr. sinngemässe Anwendung des Obligationenrechts*

Die summarische Verweisung auf die "sinngemässe" Geltung der Vorschriften des Obligationenrechts für Kapitalmassnahmen ist nicht nur aus verfassungsmässiger Sicht zweifelhaft (was heisst "sinngemäss"? Soll das OR teilweise durch die BIV-FINMA derogiert werden können?), sondern auch inhaltlich höchst problematisch. Damit werden verschiedene zentrale Fragen nicht (oder nicht sachgemäss) geregelt, die für eine *ex ante* Beurteilung der Auswirkungen eines Sanierungsverfahrens auf die Rechtsstellung der Eigner und Gläubiger von zentraler Bedeutung sind. In diesem Bereich besteht ein erheblicher Handlungsbedarf, wie in Beilage 2 auch im Detail aufgezeigt ist.

— *Art. 48 f. E-BIV-FINMA betr. Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital*

Die in diesem Artikel vorgeschlagene Regelung weist beispielhaft auf ein Hauptproblem der vorgeschlagenen Bankensanierungs-Regelung hin: es fehlt bisher an einer prinzipiellen Auseinandersetzung über die Frage, welche Stakeholders in welchem Umfang und in welcher Reihenfolge zur Sanierung der Bank beitragen müssen. Diese Fragen werden derzeit in den internationalen Gremien, insbesondere im FSB, ausgiebig diskutiert. Allerdings fehlt es bis heute an einem international breit abgestützten Konsens, welche Forderungen einem behördlich verordneten Debt-to-Equity-Swap unterworfen sein sollen, in welchem Umfang und mit welchen Ausnahmen. Art. 48 und 49 E-BIV-FINMA lösen diese Frage auch nicht, und der Erläuterungsbericht erwähnt diese Diskussion mit keinem Wort. Zwar wird davon ausgegangen, dass Aktionäre regelmässig ihren Einsatz verlieren, ob das aber so sein muss bzw. welche Auswirkungen das auf eine Bank hat, deren Aktionäre mit über 10% Beteiligung Gewähr für ein einwandfreies Verhalten aufweisen müssen, wird nicht diskutiert. Dass es gegebenenfalls Mischformen der Beteiligung von Aktionären und Gläubigern gleichzeitig geben kann, wird gar nicht erst in Erwägung gezogen. Unseres Erachtens sollte die grundsätzliche Frage der Verlusttragung in der Gläubigerhierarchie breit diskutiert werden (wobei sich die Schweiz so stark wie möglich in die internationale Diskussion einbringen sollte, z.B. über das FSB) und erst anschliessend im Einklang mit dem internationalen Standard umgesetzt werden.

— *Art. 49 betr. Wandelbarkeit von Forderungen*

Wir bezweifeln, dass es eine gute Idee ist, Forderungen von Deponenten der Wandlung in Eigenkapital zu unterwerfen. Wir verstehen diese Bestimmung so, dass die CHF 100'000 übersteigenden Einlagen von Deponenten der Wandlung in Eigenkapital unterliegen. Wäre dem so, würden diejenigen Kunden, die ihr Geld nicht in Aktien oder Anleihen oder anderen Kapitalanlagen investieren wollen, einem erhöhten Risiko ausgesetzt, wofür wir keine Begründung ersehen können. Ausserdem könnten sich Deponenten veranlasst sehen, ihre auf Anlagesparkonti liegenden Geldern auf Konti mit einer kürzeren Rückzugsmöglichkeit als die 30 Tage gemäss lit. d umzuschichten. Das hätte erhebliche Auswirkungen auf die Liquiditätsanforderungen einer Bank und könnte so auch die Basis für einen unerwünschten "Bank Run" in einem Krisenfall bieten. Wir

ersuchen Sie deshalb, den Einbezug der Forderungen der Deponenten noch einmal zu prüfen, zumal auch das FSB keinen solchen Einbezug fordert.

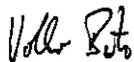
— *Art. 56 E-BIV-FINMA betr. Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten*

Eine solche Regelung kann nur dann erfolgreich sein, wenn sie international anerkannt wird und international durchgesetzt werden kann. Sehr viele Verträge mit spezifischen Vertragsbeendigungsrechten (Netting und Close-out Klauseln) unterstehen gerade nicht dem schweizerischen Recht, sondern dem Englands oder des Staates New York (insb. die Standardverträge der International Swaps and Derivatives Association, ISDA), weshalb die Durchsetzung einer solchen Bestimmung im internationalen Kontext höchst zweifelhaft ist. Es ist erforderlich, dass die Schweiz ihr Regelwerk diesbezüglich an dasjenige der Staaten mit den wichtigsten Finanzplätzen, insbesondere jene Englands und der USA angleicht. Eine internationale Koordination und Harmonisierung dieser Regelung ist von unabdingbarer Wichtigkeit. Zudem findet sich für Eingriffe in Vertragsbeendigungsrechte im Bankengesetz keine Stütze – im Gegenteil: Art. 27 Abs. 3 BankG scheint solche Eingriffe geradezu auszuschliessen. Entsprechend müsste Art. 27 Abs. 3 BankG geändert werden, nachdem eine international breit abgestützte Regelung vereinbart wurde.

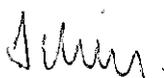
Wir hoffen, mit diesen Kommentaren die Diskussion betreffend die weitere Ausarbeitung eines funktionierenden und durchsetzbaren Bankensanierungsrechts unterstützen zu können und mit unserem Vorschlag betr. die Ergänzung der gesetzlichen Regelung des Bankensanierungsrechts einen Anstoss zu den weiteren diesbezüglichen Arbeiten geleistet zu haben.

Freundliche Grüsse

Credit Suisse AG



Dr. Volker Bätz



Dr. Christian Schmid

# Kommentierung Entwurf Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (E-BIV-FINMA) vom 16. Januar 2012

## Allgemeine Kommentare

- Ein funktionierendes Bankensanierungs- und insolvenzrecht ist für die Banken von essentieller Bedeutung. Sie unterstützen die **Forderung** des Financial Stability Board (FSB) nach **Rechtssicherheit** und **Transparenz**.
- Das Bankengesetz in seiner heutigen Fassung (inkl. die TBTF-Novelle vom 1. März 2012) bietet **keine genügende gesetzliche Grundlage für die vorgesehene Regelung von Kapitalmassnahmen und die Eingriffe in die Vertragsrechte** in der BIV-FINMA:
  - o **Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG** sind nur als Grundlage für **verfahrensrechtliche Verfügungen und Anordnungen** gedacht (BBI 2010, S. 4017: "... vor allem um Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur").
  - o Das BankG sieht in Art. 31 Abs. 3 rudimentär die Möglichkeit der **Anordnung von Kapitalmassnahmen im Sanierungsplan** vor, ohne aber die Grundzüge solcher Massnahmen im Gesetz selbst zu beschreiben. Damit aber die Kapitalmassnahmen auf Verordnungsstufe geregelt werden können, braucht es eine explizite, genügend umschriebene Grundlage im Gesetz. Wenn Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechtspositionen (Eigentumsrechte) von Eignern und Gläubigern einer Bank angeordnet werden, sind noch strengere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen (vgl. Art. 36 BV).
  - o Der **hoheitlich angeordnete Forderungsverzicht** gemäss Art. 50 E-BIV-FINMA steht im Konflikt mit Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG (Vorrang der Interessen der Gläubiger vor denjenigen der Eigner). Auch inhaltlich ist es nicht angemessen, dass Gläubiger vor den Aktionären Verluste tragen sollen.
  - o Der **behördlich verordnete Aufschub von Vertragsbeendigungsrechten** (Art. 56 E-BIV-FINMA) greift in die Vertrags- und Eigentumsfreiheit ein und ist daher nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage zulässig. Eine solche ist nicht ersichtlich, im Gegenteil: Art. 27 Abs. 3 BankG scheint einen solchen Eingriff geradezu auszuschliessen.
- Eine **sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des OR** (und damit des starren und zeitintensiven Kapitalerhöhungs- und herabsetzungsverfahrens) ist für die Umsetzung der Reduktion und die Schaffung von Eigenkapital in einem Sanierungsverfahren **nicht geeignet**. Es bedarf einer genauen Bezeichnung der anwendbaren bzw. nicht anwendbaren Bestimmungen und einer Regelung der offenen Aspekte (z.B. ersetzt die Anordnung der FINMA den VR- und GV-Beschluss? Ist die Gläubigerbenachrichtigung gemäss Art. 733 OR ausgeschlossen? Welches sind die Belege für die HR-Eintragung?).
- Im Verordnungsentwurf ist das **Konzept für das Sanierungsinstrumentarium bzw. die konkrete Durchführung eines Sanierungsverfahrens ungenügend geregelt** bzw. nur in Ansätzen zu erkennen. Es fehlt aber an grundlegenden Regelungen über die Hierarchie der Massnahmen, deren Mechanik und das Zusammenspiel bzw. Verhältnis zwischen den verschiedenen statutarischen und vertraglichen Verlusttragungsmechanismen, insb. das Verlusttragsverhältnis zwischen dem "statutory bail-in" (Kapitalmassnahmen) und dem "contractual bail-in" (z.B. CoCos, Write-off Bonds). Auch die Einbettung des Sanierungsverfahrens in den grösseren Kontext von möglichen Insolvenzmassnahmen ist unklar: auf internationaler Ebene überwiegt zunehmend die Auffassung, dass eine Sanierung einer Massnahme mit Liquidationsfolge grundsätzlich vorzuziehen ist, weil dadurch die übergeordneten Ziele (Systemschutz und Werterhaltung für die Anleger) oftmals besser erreicht werden können.
- **Es fehlt eine Abstimmung der Sanierungsmassnahmen auf internationaler Ebene**. Ohne eine solche Abstimmung ist deren internationale Anerkennung und Durchsetzbarkeit nicht gewährleistet. Dadurch wird der Zweck des Sanierungsverfahrens in Frage gestellt oder gar vereitelt.

## Detailkommentierung der einzelnen Bestimmungen

<b>Entwurf BIV-FINMA</b> <b>(neue Sanierungsbestimmungen und wesentliche Änderungen der Konkursbestimmungen kursiv aufgeführt)</b>	<b>Kommentare</b>
<p><i>Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA),</i> gestützt auf die Artikel 28 Absatz 2 und 34 Absatz 3 des Bankengesetzes vom 8. November 19341 (BankG) sowie auf Artikel 36a des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG), <i>verordnet:</i></p>	<p><b>Grundkritik an E-BIV-FINMA: weitgehend mangelnde gesetzliche Grundlagen für über rein verfahrensmässige Aspekte hinausgehende Regelungen</b></p> <p>Gemäss Art. 5 BV bedarf es für jedes staatliche Handeln einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Dies gilt umso mehr in Bezug auf die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (Art. 36 BV). Gemäss Art. 164 Abs. 2 BV können Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden. Die unbestrittene Praxis verlangt für eine derartige Delegation:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Übertragung durch Gesetz;</li> <li>- kein verfassungsrechtliches Delegationsverbot (Art. 164 Abs. 1 BV, Art. 36 Abs. 1 BV);</li> <li>- Beschränkung auf bestimmte Materie;</li> <li>- Normierung der Grundzüge im Gesetz.</li> </ul> <p>Die BIV-FINMA stützt sich gemäss Ingress explizit auf <b>Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG</b>. Diese Bestimmungen sind indessen nur als <b>Grundlage für verfahrensrechtliche Verfügungen und Anordnungen</b> gedacht. Dazu führt die Botschaft 2010 explizit aus (BBI 2012, S. 4017):</p> <p style="padding-left: 40px;">"Es lässt sich nicht ausschliessen, dass sich der Erlass weiterer Spezialbestimmungen zur Durchführung des Sanierungsverfahrens als notwendig erweist. Für diesen Fall kann die FINMA wie im Rahmen der analogen Bestimmung in Artikel 34 Absatz 3 zum Bankenkurs abweichende Anordnungen treffen und zwar sowohl im Einzelfall durch Verfügung als auch generell-abstrakt in Form von Verordnungen. Dabei wird es sich vor allem um Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur handeln."</p> <p>Diese Ausführungen stimmen überein mit früheren Meinungen, wonach ergänzendes, materielles Verordnungsrecht kaum nötig sein sollte (vgl. z.B. BBI 2002, S. 8073 und 8092).</p> <p>Kapitalmassnahmen greifen regelmässig in die Eigner- und Gläubigerrechte ein, hierfür bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. Eine genügende gesetzliche Delegationsnorm fehlt im Bankengesetz in seiner heutigen Form: Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG bieten keine solche Grundlage, eine andere hinreichende Grundlage ist nicht ersichtlich und wird auch weder im Ingress noch im Erläuterungsbericht erwähnt. Siehe im Einzelnen die Kommentierung von Art. 47 ff. E-BIV-FINMA).</p> <p>Im Einklang mit der BV und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese Bestimmungen der FINMA erlauben würden, von Bestimmungen der BV, BankG, OR, VwVG oder anderen Bundesgesetzen abzuweichen. Weder bieten die Botschaften Hand für eine derartige</p>

	Auslegung noch wäre eine solche verfassungsmässig zulässig.
<b>1. Titel: Allgemeine Bestimmungen</b>	
<p><b>Art. 1</b> Gegenstand</p> <p><i>Diese Verordnung regelt das Verfahren der Bankensanierung und des Bankenkurses (Bankeninsolvenzverfahren) und ergänzt die Artikel 28–37g BankG.</i></p>	
<p><b>Art. 2</b> Geltungsbereich</p> <p><sup>1</sup> Als Banken im Sinne dieser Verordnung gelten:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Banken nach BankG;</li> <li>b. Effekthändler nach dem BEHG;</li> <li>c. Pfandbriefzentralen nach dem Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930<sup>3</sup>.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Für natürliche und juristische Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung <u>eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben</u> sind, gelten die Bestimmungen zur Bankensanierung (Art. 40-56) nicht. Sie werden ausnahmsweise dennoch angewendet, wenn es im Interesse des Finanzmarktes liegt.</p>	
<p><b>Art. 3</b> Universalität</p> <p><sup>1</sup> Die Bankeninsolvenz umfasst sämtliche verwertbaren Vermögenswerte, die der Bank im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung gehören, unabhängig davon, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden.</p> <p><sup>2</sup> Alle in- und ausländischen Gläubiger der Bank und ihrer ausländischen Zweigniederlassungen sind in gleicher Weise und mit gleichen Privilegien berechtigt, am in der Schweiz eröffneten Bankeninsolvenzverfahren teilzunehmen.</p> <p><sup>3</sup> Als Vermögenswerte einer in der Schweiz tätigen Zweigniederlassung einer ausländischen Bank gelten alle Aktiven im In- und Ausland, die durch Personen begründet wurden, welche für diese Zweigniederlassung gehandelt haben.</p>	

<p><b>Art. 4 Öffentliche Bekanntmachungen</b></p> <p><sup>1</sup> Öffentliche Bekanntmachungen werden im Schweizerischen Handelsamtsblatt <i>und auf der Internetseite</i> der FINMA publiziert.</p> <p><sup>2</sup> Die FINMA teilt dem Handelsregisteramt unverzüglich die <i>Tatsachen mit, die eingetragen werden müssen. Das Verfahren nach Artikel 152 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 20074 findet keine Anwendung.</i></p> <p><sup>3</sup> Mitteilungen werden denjenigen Gläubigern und Gläubigerinnen zugestellt, deren Namen und Adressen bekannt sind. Aufgrund der Dringlichkeit oder zur Vereinfachung des Verfahrens kann die direkte Mitteilung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden.</p> <p><sup>4</sup> Für den Fristenlauf und die mit der öffentlichen Bekanntmachung verbundenen Rechtsfolgen ist die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgebend.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Die Regelungen der handelsregisterrechtlichen Behandlung der Sanierungsmassnahmen müssen in Koordination und nach Rücksprache mit dem eidgenössischen Handelsregisteramt ausgearbeitet werden.</p> <p>In diesem Verordnungsentwurf sind die handelsregisterrechtlichen Erfordernisse bzw. das anwendbare Verfahren für die Sanierungsmassnahmen unklar geregelt. Dies gilt insbes. für:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- die Herabsetzung und (Wieder-) Erhöhung des Aktienkapitals im Rahmen einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, und</li> <li>- die Übertragung von Vermögenswerten auf einen anderen Rechtsträger.</li> </ul> <p>Wie werden diese Vorgänge im Handelsregister reflektiert? Welche Belege müssen beigebracht werden? Die Möglichkeit einer Registersperre sollte wie in Art. 13 Abs. 6 BankG für das Wandlungskapital ausgeschlossen werden.</p>
<p><b>Art. 5 Akteneinsicht</b></p> <p><sup>1</sup> Wer glaubhaft macht, dass er oder sie durch die Bankeninsolvenz unmittelbar in seinen oder ihren Vermögensinteressen betroffen ist, kann die Insolvenzakten einsehen; dabei ist das Berufsgeheimnis nach den Artikeln 47 BankG und 43 BEHG so weit als möglich zu wahren.</p> <p><sup>2</sup> Die Akteneinsicht kann auf bestimmte Verfahrensstadien beschränkt oder aufgrund entgegenstehender überwiegender Interessen eingeschränkt oder verweigert werden.</p> <p><sup>3</sup> Die durch die Akteneinsicht erhaltenen Informationen dürfen lediglich verwendet werden, um die eigenen unmittelbaren Vermögensinteressen zu wahren.</p> <p><sup>4</sup> Der oder die Sanierungsbeauftragte oder der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann die Akteneinsicht von einer Erklärung im Sinne von Absatz 3 abhängig machen und für den Fall der Zuwiderhandlung vorgängig auf die Strafdrohung nach Artikel 48 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007<sup>5</sup> und Artikel 292 des Strafgesetzbuches<sup>6</sup> hinweisen.</p> <p><sup>5</sup> Der oder die Sanierungsbeauftragte oder der</p>	

<p>Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin und nach Abschluss des Bankeninsolvenzverfahrens die FINMA entscheiden über die Akteneinsicht.</p>	
<p><b>Art. 6</b> Anzeige an die FINMA</p> <p><sup>1</sup> Handlungen und Entscheide des oder der Sanierungsbeauftragten oder des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung oder einer durch diese beauftragten Person sind keine Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968<sup>7</sup> über das Verwaltungsverfahren (VwVG).</p> <p><sup>2</sup> Wer durch eine Handlung, einen Entscheid oder eine Unterlassung derselben in seinen Interessen verletzt wird, kann diesen Sachverhalt der FINMA anzeigen.</p> <p><sup>3</sup> Die Anzeiger sind keine Parteien im Sinne des VwVG.</p>	
<p><b>Art. 7</b> <i>Insolvenzort</i></p> <p><sup>1</sup> Der Insolvenzort befindet sich am Sitz der Bank oder der Zweigniederlassung einer ausländischen Bank in der Schweiz.</p> <p><sup>2</sup> Bestehen mehrere Sitze oder mehrere Zweigniederlassungen einer ausländischen Bank in der Schweiz, so bestimmt die FINMA den einheitlichen Insolvenzort.</p> <p><sup>3</sup> Bei natürlichen Personen befindet sich der Insolvenzort am Ort des Geschäftsdomizils im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung.</p>	
<p><b>Art. 8</b> <i>Aus den Büchern ersichtliche Forderungen und Verpflichtungen</i></p> <p><i>Als aus den Büchern der Bank ersichtlich gelten Forderungen und Verpflichtungen der Bank dann, wenn:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><i>a. die Bücher der Bank ordnungsgemäss geführt sind; und</i></li> <li><i>b. der Konkursliquidator deren Existenz den Büchern der Bank tatsächlich entnehmen kann.</i></li> </ul>	

<p><b>Art. 9 Koordination</b></p> <p><i>Die FINMA und der oder die Sanierungsbeauftragte oder der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin koordinieren ihr Handeln soweit möglich mit in- und ausländischen Behörden und Organen.</i></p>	
<p><b>Art. 10</b> Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen</p> <p><sup>1</sup> Anerkennt die FINMA ein ausländisches Konkursdekret oder eine ausländische Insolvenzmassnahme nach Artikel 37g BankG, so sind für das in der Schweiz befindliche Vermögen die Bestimmungen dieser Verordnung anwendbar.</p> <p><sup>2</sup> Sie bestimmt den einheitlichen Insolvenzort in der Schweiz und den Kreis der nach Artikel 37g Absatz 4 BankG privilegierten Gläubiger und Gläubigerinnen.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA macht die Anerkennung sowie den Kreis der privilegierten Gläubiger oder Gläubigerinnen öffentlich bekannt.</p>	
<p><b>2. Titel: Konkurs</b></p>	
<p><b>1. Kapitel: Verfahren</b></p>	
<p><b>Art. 11</b> Publikation und Schuldenruf</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA eröffnet die Konkursverfügung allen Beteiligten und macht sie unter gleichzeitigem Schuldenruf öffentlich bekannt.</p> <p><sup>2</sup> Die Publikation enthält insbesondere folgende Angaben:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Name der Bank sowie deren Sitz und Zweigniederlassungen;</li> <li>b. Datum und Zeitpunkt der Konkurseröffnung;</li> <li>c. Konkursort;</li> <li>d. Name und Adresse des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin;</li> <li>e. Aufforderung an die Gläubiger und Gläubigerinnen und an Personen, welche im Besitz der Bank</li> </ul>	

<p>befindliche Vermögensstücke beanspruchen, ihre Forderungen und Ansprüche innert angesetzter Frist dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin unter Vorlage der Beweismittel anzumelden;</p> <p>f. Hinweis auf Forderungen, die nach Artikel 25 als angemeldet gelten;</p> <p>g. Hinweis auf die Herausgabe- und Meldepflichten nach den Artikeln 16–18.</p> <p><sup>3</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann den bekannten Gläubigern oder Gläubigerinnen ein Exemplar der Bekanntmachung zustellen.</p>	
<p><b>Art. 12 Konkursliquidator oder Konkursliquidatorin</b></p> <p><sup>1</sup> Die FINMA setzt mittels Verfügung einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin ein, sofern sie diese Aufgaben nicht selber wahrnimmt.</p> <p><sup>2</sup> Setzt die FINMA einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin ein, so hat sie bei der Auswahl darauf zu achten, dass dieser oder diese zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag sorgfältig, effizient und effektiv auszuüben, und keinen Interessenkonflikten unterliegt, welche der Auftragserteilung entgegenstehen.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA präzisiert die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere die Kosten, die Berichterstattung und die Kontrolle des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin.</p> <p><sup>4</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin treibt das Verfahren rasch voran. Er oder sie hat insbesondere:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. die Konkursaktiven zu sichern und zu verwerten;</li> <li>b. die im Rahmen des Bankenkursverfahrens notwendige Geschäftsführung zu besorgen;</li> <li>c. die Konkursmasse vor Gericht zu vertreten; und</li> <li>d. in Zusammenarbeit mit dem Träger der Einlagensicherung die Erhebung und die Auszahlung der nach Artikel 37h BankG gesicherten Einlagen zu besorgen</li> </ul> <p><sup>5</sup> Bei der Erfüllung der Aufgaben nach dieser Verordnung handelt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin</p>	<p><b>Zu Abs. 5:</b> Vgl. Kommentar zu Art. 42 Abs. 5.</p>

hoheitlich.	
<p><b>Art. 13</b> Gläubigerversammlung</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA entscheidet auf Antrag des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin über die Kompetenzen einer beabsichtigten Gläubigerversammlung sowie über die für die Beschlussfassung notwendigen Präsenz- und Stimmenquoten.</p> <p><sup>2</sup> Alle Gläubiger und Gläubigerinnen dürfen an der Gläubigerversammlung teilnehmen oder sich vertreten lassen. In Zweifelsfällen entscheidet der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin über die Zulassung.</p> <p><sup>3</sup> Er oder sie leitet die Verhandlungen und erstattet Bericht über die Vermögenslage der Bank und den Stand des Verfahrens.</p> <p><sup>4</sup> Die Gläubiger und Gläubigerinnen können Beschlüsse auch auf dem Zirkularweg fassen. Lehnt ein Gläubiger oder eine Gläubigerin den Antrag des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin nicht ausdrücklich innert der angesetzten Frist ab, so gilt dies als Zustimmung.</p>	
<p><b>Art. 14</b> Gläubigerausschuss</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA entscheidet auf Antrag des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin über Einsetzung, Zusammensetzung, Aufgaben und Kompetenzen eines Gläubigerausschusses.</p> <p><sup>2</sup> Hat der Träger oder die Trägerin der Einlagensicherung in wesentlichem Umfang nach Artikel 37h BankG privilegierte Einlagen ausbezahlt, so hat er oder sie eine Person als Mitglied des Gläubigerausschusses zu ernennen, die ihn oder sie vertritt.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA bestimmt den Vorsitzenden oder die Vorsitzende, das Verfahren für die Beschlussfassung sowie die Entschädigung der einzelnen Mitglieder.</p>	
<p><b>2. Kapitel: Konkursaktiven</b></p>	
<p><b>Art. 15</b> Inventaraufnahme</p>	

<p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin errichtet ein Inventar über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen.</p> <p><sup>2</sup> Die Inventaraufnahme richtet sich unter Vorbehalt nachfolgender Bestimmungen nach den Artikeln 221–229 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889<sup>8</sup> über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG).</p> <p><sup>3</sup> Die nach Artikel 37<i>d</i> BankG abzusondernden Depotwerte sind zum Gegenwert im Zeitpunkt der Konkursöffnung im Inventar vorzumerken. Das Inventar weist auf Ansprüche der Bank gegenüber dem Deponenten oder der Deponentin hin, die einer Absonderung entgegenstehen.</p> <p><sup>4</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin beantragt der FINMA die zur Sicherung des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens erforderlichen Massnahmen.</p> <p><sup>5</sup> Er oder sie legt das Inventar dem Bankier oder einer von den Eignern und Eignerinnen der Bank als Organ gewählten Person vor. Diese haben sich über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars zu erklären. Ihre Erklärung ist ins Inventar aufzunehmen.</p>	
<p><b>Art. 16</b> Herausgabe- und Meldepflicht</p> <p><sup>1</sup> Schuldner oder Schuldnerinnen der Bank sowie Personen, welche Vermögenswerte der Bank als Pfandgläubiger oder Pfandgläubigerin oder aus andern Gründen besitzen, haben sich innert der Eingabefrist nach Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe e beim Konkursliquidator oder bei der Konkursliquidatorin zu melden und diesem oder dieser die Vermögenswerte zur Verfügung zu stellen.</p> <p><sup>2</sup> Anzumelden sind Forderungen auch dann, wenn eine Verrechnung geltend gemacht wird.</p> <p><sup>3</sup> Ein bestehendes Vorzugsrecht erlischt, wenn die Meldung oder die Herausgabe arglistig unterbleibt.</p>	
<p><b>Art. 17</b> Ausnahmen von der Herausgabepflicht</p> <p><sup>1</sup> Als Sicherheit dienende Effekten und andere Finanzinstrumente müssen nicht herausgegeben werden, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verwertung durch den Sicherungsnehmer oder die Sicherungsnehmerin</p>	

<p>gegeben sind.</p> <p><sup>2</sup> Diese Vermögenswerte sind jedoch dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin unter Nachweis des Verwertungsrechts zu melden und von diesem oder dieser im Inventar vorzumerken.</p> <p><sup>3</sup> Der Sicherungsnehmer oder die Sicherungsnehmerin muss mit dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin über den aus der Verwertung dieser Vermögenswerte erzielten Erlös abrechnen. Ein allfälliger Verwertungsüberschuss fällt an die Konkursmasse.</p>	
<p><b>Art. 18</b> Ausnahmen von der Meldepflicht</p> <p>Die FINMA kann bestimmen, dass für aus den Büchern ersichtliche Forderungen der Bank die Meldung der Schuldner und Schuldnerinnen unterbleiben kann.</p>	
<p><b>Art. 19</b> Aussonderung</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin prüft die Herausgabe von Vermögensgegenständen, die von Dritten beansprucht werden.</p> <p><sup>2</sup> Hält er oder sie einen Herausgabeanspruch für begründet, so gibt er oder sie den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung des Bestreitungsrechts nach Artikel 260 Absatz 1 und 2 SchKG<sup>9</sup> zu verlangen. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.</p> <p><sup>3</sup> Hält er oder sie einen Herausgabeanspruch für unbegründet oder haben Gläubiger und Gläubigerinnen die Abtretung des Bestreitungsrechts verlangt, so setzt er oder sie der Anspruch erhebenden Person eine Frist, innert der sie beim Gericht am Konkursort Klage einreichen kann. Unbenutzter Ablauf der Frist gilt als Verzicht auf den Herausgabeanspruch.</p> <p><sup>4</sup> Die Klage hat sich im Falle einer Abtretung gegen die Abtretungsgläubiger und -gläubigerinnen zu richten. Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin gibt dem oder der Dritten mit der Fristansetzung die Abtretungsgläubiger und -gläubigerinnen bekannt.</p>	
<p><b>Art. 20</b> Guthaben, Admassierung und Anfechtung</p> <p><sup>1</sup> Fällige Forderungen der Konkursmasse werden vom</p>	

<p>Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin, nötigenfalls auf dem Betreibungswege, eingezogen.</p> <p><sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin prüft Ansprüche der Konkursmasse auf bewegliche Sachen, die sich im Gewahrsam oder Mitgewahrsam eines oder einer Dritten befinden, oder auf Grundstücke, die im Grundbuch auf den Namen eines oder einer Dritten eingetragen sind.</p> <p><sup>3</sup> Er oder sie prüft die mögliche Anfechtung von Rechtsgeschäften nach den Artikeln 285–292 SchKG<sup>10</sup>. Bei den Fristen der Artikel 286–288 SchKG werden die Dauer eines vorausgegangenen Sanierungsverfahrens sowie einer vorgängig erlassenen Anordnung einer Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e bis h BankG nicht mitberechnet.</p> <p><sup>4</sup> Beabsichtigt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin, eine bestrittene Forderung oder einen Anspruch nach Absatz 2 oder 3 auf dem Klageweg weiterzuverfolgen, so holt er oder sie von der FINMA die Zustimmung und zweckdienliche Weisungen ein.</p> <p><sup>5</sup> Erfolgt keine gerichtliche Geltendmachung durch den Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin, so gibt er oder sie den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung im Sinne von Artikel 260 Absatz 1 und 2 SchKG zu verlangen. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.</p> <p><sup>6</sup> Anstelle der Abtretung an die Gläubiger oder Gläubigerinnen kann der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die nicht durch ihn oder sie gerichtlich geltend gemachten Forderungen und übrigen Ansprüche der Konkursmasse nach Artikel 31<sup>9</sup> verwerten.</p> <p><sup>7</sup> Die Verwertung nach Absatz 6 ist ausgeschlossen bei Anfechtungsansprüchen nach Absatz 3 sowie bei Verantwortlichkeitsansprüchen nach Artikel 39 BankG.</p>	<p><b>Zu Abs. 6:</b> Der Verweis muss sich richtigerweise auf Artikel 31 (Art der Verwertung) beziehen.</p>
<p><b>Art. 21</b> Fortführung von hängigen Prozessen</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin beurteilt Ansprüche der Konkursmasse, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits Gegenstand von Prozessen (Zivilprozess oder Verwaltungsverfahren) bilden, und stellt der</p>	

<p>FINMA Antrag über die Fortführung dieser Prozesse.</p> <p><sup>2</sup> Lehnt die FINMA die Fortführung ab, so gibt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung des Prozessführungsrechts im Sinne von Artikel 260 Absätze 1 und 2 SchKG<sup>11</sup> zu verlangen. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.</p>	
<p><b>Art. 22</b> Einstellung mangels Aktiven</p> <p><sup>1</sup> Reichen die Konkursaktiven nicht aus, das Bankenkursverfahren durchzuführen, so beantragt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin der FINMA, das Verfahren mangels Aktiven einzustellen.</p> <p><sup>2</sup> <i>Die FINMA führt das Verfahren in Ausnahmefällen, namentlich wenn an dessen Durchführung ein besonderes Interesse besteht, auch bei nicht ausreichenden Konkursaktiven durch.</i></p> <p><sup>3</sup> Stellt die FINMA das Verfahren ein, so macht sie dies öffentlich bekannt. In der Bekanntmachung weist sie darauf hin, dass sie das Verfahren fortführt, wenn innert einer von ihr angesetzten Frist ein Gläubiger oder eine Gläubigerin die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursaktiven nicht gedeckten Teil der Kosten leistet.</p> <p><sup>4</sup> Wird die festgelegte Sicherheit nicht fristgerecht geleistet, so kann jeder Pfandgläubiger und jede Pfandgläubigerin bei der FINMA innerhalb einer von dieser angesetzten Frist die Verwertung seines Pfandes verlangen. Die FINMA beauftragt einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin mit der Durchführung der Verwertung.</p> <p><sup>5</sup> Die FINMA ordnet bei juristischen Personen die Verwertung der Aktiven an, für die kein Pfandgläubiger oder keine Pfandgläubigerin fristgemäss die Verwertung verlangt hat. Ein nach Deckung der Verwertungskosten und der auf dem einzelnen Aktivum haftenden Lasten verbleibender Erlös verfällt zur Deckung der Kosten der FINMA an den Bund.</p> <p><sup>6</sup> Wurde das Bankenkursverfahren gegen natürliche Personen eingestellt, so ist für das Betreibungsverfahren Artikel 230 Absätze 3 und 4 SchKG<sup>12</sup> anwendbar.</p>	

<p><b>3. Kapitel: Konkurspassiven</b></p>	
<p><b>Art. 23</b> Gläubigermehrheit</p> <p><sup>1</sup> Bestehen gegenüber der Bank Forderungen zu gesamter Hand, so ist die Gesamthand als eine von den berechtigten Personen getrennte Gläubigerin zu behandeln.</p> <p><sup>2</sup> Solidarforderungen sind den Solidargläubigern und -gläubigerinnen zu gleichen Teilen anzurechnen, soweit der Bank kein Verrechnungsrecht zusteht. Die Anteile gelten als Forderungen der einzelnen Solidargläubigern und -gläubigerinnen.</p>	
<p><b>Art. 24</b> Privilegierte Einlagen</p> <p><sup>1</sup> Als nach Artikel 37a BankG privilegierte Einlagen gelten alle Kundenforderungen aus einer Bank- oder Effektenhandelstätigkeit, die in den Bilanzpositionen nach Artikel 25 Absatz 1 Ziffern 2.3–2.5 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972<sup>13</sup> (BankV) verbucht sind oder verbucht sein müssten.</p> <p><sup>2</sup> <i>Keine Einlagen im Sinne von Artikel 37a BankG sind nicht auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin lautende Forderungen, insbesondere Forderungen aus Nummernkonten oder auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Forderungen, mit Ausnahme der auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin bei der Bank hinterlegten Kassenobligationen. Ebenfalls keine Einlagen im Sinne von Artikel 37a BankG sind nicht bei der Bank verwahrte Kassenobligationen sowie vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzforderungen wie insbesondere Ersatzforderungen für nicht vorhandene Depotwerte nach Artikel 37d BankG.</i></p> <p><sup>3</sup> Forderungen von Bankstiftungen nach Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung vom 13. November 1985<sup>14</sup> über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen und von Freizügigkeitsstiftungen nach Artikel 19 Absatz 2 der Freizügigkeitsverordnung vom 3. Oktober 1994<sup>15</sup> gelten als Einlagen der einzelnen Vorsorgenehmer und -nehmerinnen und Versicherten. Auszahlungen für diese Forderungen erfolgen hingegen an die jeweilige Bank- oder</p>	

Freizügigkeitsstiftung.	
<p><b>Art. 25</b> Zu kollozierende Forderungen</p> <p><sup>1</sup> Es sind folgende Forderungen zu kollozieren:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. angemeldete Forderungen;</li> <li>b. aus dem Grundbuch ersichtliche Forderungen samt dem laufenden Zins;</li> <li>c. aus den Büchern der Bank ersichtliche Forderungen.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Aus den Büchern der Bank ersichtliche Forderungen gelten als von der Bank im Sinne von Artikel 265 SchKG<sup>16</sup> anerkannt.</p> <p><sup>3</sup> Über die nicht aus den Büchern der Bank ersichtlichen Forderungen holt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die Erklärung des Bankiers oder einer von den Eignern oder Eignerinnen der Bank als Organ gewählten Person ein.</p>	
<p><b>Art. 26</b> Prüfung der Forderungen</p> <p>Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin prüft die zu kollozierenden Forderungen. Er oder sie kann dabei eigene Erhebungen machen und die Gläubiger und Gläubigerinnen auffordern, zusätzliche Beweismittel einzureichen.</p>	
<p><b>Art. 27</b> Kollokation</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin entscheidet, ob, in welcher Höhe und in welchem Rang Forderungen anerkannt werden, und erstellt den Kollokationsplan.</p> <p><sup>2</sup> Gehört zur Konkursmasse ein Grundstück, so erstellt er oder sie ein Verzeichnis der darauf ruhenden Lasten (Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundlasten und vorgemerkte persönliche Rechte). Das Lastenverzeichnis bildet Bestandteil des Kollokationsplans.</p>	
<p><b>Art. 28</b> Im Prozess liegende Forderungen</p> <p><sup>1</sup> Forderungen, welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung in der Schweiz bereits Gegenstand eines Prozesses (Zivilprozess oder Verwaltungsverfahren) bilden, sind im</p>	

<p>Kollokationsplan zunächst <i>pro memoria</i> vorzumerken.</p> <p><sup>2</sup> Verzichtet der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin auf die Fortführung des Prozesses, so gibt er oder sie den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung im Sinne von Artikel 260 Absatz 1 SchKG<sup>17</sup> zu verlangen.</p> <p><sup>3</sup> Wird der Prozess weder von der Konkursmasse noch von einzelnen Abtretungsgläubigern oder -gläubigerinnen fortgeführt, so gilt die Forderung als anerkannt und die Gläubiger und Gläubigerinnen haben kein Recht mehr, diese mittels Kollokationsklage anzufechten.</p> <p><sup>4</sup> Wird der Prozess von einzelnen Abtretungsgläubigern oder -gläubigerinnen fortgeführt, so dient der Betrag, um den im Rahmen ihres Obsiegens der Anteil des unterliegenden Gläubigers oder der Gläubigerin an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung der Abtretungsgläubiger oder -gläubigerinnen bis zur vollen Deckung ihrer kollozierten Forderungen sowie der Prozesskosten. Ein Überschuss fällt an die Konkursmasse.</p>	
<p><b>Art. 29</b> Einsicht in den Kollokationsplan</p> <p><sup>1</sup> Die Gläubiger und Gläubigerinnen können den Kollokationsplan im Rahmen von Artikel 5 während mindestens 20 Tagen einsehen.</p> <p><sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin macht öffentlich bekannt, ab welchem Zeitpunkt und in welcher Form die Einsichtnahme erfolgen kann.</p> <p><sup>3</sup> Er oder sie kann vorsehen, dass die Einsichtnahme beim Konkursamt am Konkursort erfolgen kann.</p> <p><sup>4</sup> Er oder sie teilt jedem Gläubiger und jeder Gläubigerin, dessen oder deren Forderung nicht wie angemeldet oder wie aus den Büchern der Bank oder dem Grundbuch ersichtlich kolloziert wurde, die Gründe mit, weshalb seine oder ihre Forderung ganz oder teilweise abgewiesen wurde.</p>	
<p><b>Art. 30</b> Kollokationsklage</p> <p><sup>1</sup> Kollokationsklagen richten sich nach Artikel 250 SchKG<sup>18</sup>.</p> <p><sup>2</sup> Die Klagefrist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, ab welchem die Möglichkeit besteht, in den Kollokationsplan</p>	

Einsicht zu nehmen.	
<b>4. Kapitel: Verwertung</b>	
<p><b>Art. 31</b> Art der Verwertung</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin entscheidet über die Art und den Zeitpunkt der Verwertung und führt diese durch.</p> <p><sup>2</sup> Verpfändete Vermögensstücke dürfen nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger und -gläubigerinnen anders verwertet werden als durch Verkauf an öffentlicher Steigerung.</p> <p><sup>3</sup> Vermögenswerte können ohne Aufschub verwertet werden, wenn sie:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. schneller Wertverminderung ausgesetzt sind;</li> <li>b. unverhältnismässig hohe Verwaltungskosten verursachen;</li> <li>c. an einem repräsentativen Markt gehandelt werden; oder</li> <li>d. nicht von bedeutendem Wert sind.</li> </ul>	
<p><b>Art. 32</b> Öffentliche Versteigerung</p> <p><sup>1</sup> Öffentliche Versteigerungen erfolgen unter Vorbehalt folgender Bestimmungen nach den Artikeln 257–259 SchKG<sup>19</sup>.</p> <p><sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin oder eine von ihm oder ihr beauftragte, fachlich geeignete Person führt die Versteigerung durch. Er oder sie kann in den Steigerungsbedingungen ein Mindestangebot für die erste Versteigerung vorsehen.</p> <p><sup>3</sup> Er oder sie macht die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Steigerungsbedingungen öffentlich bekannt. Er oder sie kann die Einsichtnahme beim Konkurs- oder Betreibungsamt am Ort der gelegenen Sache vorsehen.</p>	
<p><b>Art. 33</b> Abtretung von Rechtsansprüchen</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin bestimmt in der Bescheinigung über die Abtretung eines</p>	

<p>Rechtsanspruchs der Konkursmasse im Sinne von Artikel 260 SchKG<sup>20</sup> die Frist, innert der der Abtretungsgläubiger oder die -gläubigerin den Rechtsanspruch gerichtlich geltend machen muss. Bei unbenutztem Ablauf der Frist fällt die Abtretung dahin.</p> <p><sup>2</sup> Die Abtretungsgläubiger und -gläubigerinnen berichten dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin und nach Abschluss des Bankenkursverfahrens der FINMA ohne Verzug über das Resultat der Geltendmachung.</p> <p><sup>3</sup> Verlangt kein Gläubiger und keine Gläubigerin die Abtretung oder ist die Frist zur Geltendmachung unbenutzt abgelaufen, so entscheidet der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin und nach Abschluss des Bankenkursverfahrens die FINMA über die allfällige weitere Verwertung dieser Rechtsansprüche.</p>	
<p><b>Art. 34</b> Anfechtung von Verwertungshandlungen</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin erstellt periodisch einen Verwertungsplan, der über die zur Verwertung anstehenden Konkursaktiven und die Art ihrer Verwertung Auskunft gibt.</p> <p><sup>2</sup> Verwertungshandlungen, die nach Artikel 31 ohne Aufschub erfolgen können, müssen nicht in den Verwertungsplan aufgenommen werden.</p> <p><sup>3</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin teilt den Verwertungsplan den Gläubigern und Gläubigerinnen mit und setzt ihnen eine Frist, innert der sie über einzelne darin aufgeführte Verwertungshandlungen von der FINMA eine anfechtbare Verfügung verlangen können.</p>	
<p><b>5. Kapitel: Verteilung</b></p>	
<p><b>Art. 35</b> Massaverpflichtungen</p> <p>Aus der Konkursmasse werden vorab und in folgender Reihenfolge gedeckt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Verbindlichkeiten nach Artikel 37 BankG,</li> <li>b. Verbindlichkeiten, welche die Konkursmasse während der Dauer des Verfahrens eingegangen ist,</li> </ul>	

<ul style="list-style-type: none"> <li>c. sämtliche Kosten für Eröffnung und Durchführung des Bankenkonnkursverfahrens;</li> <li>d. Verbindlichkeiten gegenüber einem Drittverwahrer oder einer Drittverwahrerin nach Artikel 37d BankG.</li> </ul>	
<p><b>Art. 36</b> Verteilung</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann Abschlagsverteilungen vorsehen. Er oder sie erstellt hierfür eine provisorische Verteilungsliste und unterbreitet diese der FINMA zur Genehmigung.</p> <p><sup>2</sup> Wenn sämtliche Aktiven verwertet und alle die Feststellung der Aktiv- und Passivmasse betreffenden Prozesse erledigt sind, erstellt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die abschliessende Verteilungsliste sowie die Schlussrechnung und unterbreitet diese der FINMA zur Genehmigung. Auf die von einzelnen Gläubigern und Gläubigerinnen im Sinne von Artikel 260 SchKG<sup>27</sup> geführten Prozesse braucht keine Rücksicht genommen zu werden.</p> <p><sup>3</sup> Nach der Genehmigung der Verteilungsliste nimmt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die Auszahlungen an die Gläubiger und Gläubigerinnen vor.</p> <p><sup>4</sup> Keine Auszahlung erfolgt für Forderungen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. deren Bestand oder Höhe noch nicht abschliessend feststeht;</li> <li>b. deren Berechtigte noch nicht definitiv bekannt sind;</li> <li>c. die teilweise durch noch nicht verwertete Sicherheiten im Ausland gedeckt sind; oder</li> <li>d. die voraussichtlich durch eine noch ausstehende Befriedigung in einem ausländischen Zwangsvollstreckungsverfahren, das mit dem Bankenkonnkurs in Zusammenhang steht, teilweise Deckung erhalten werden.</li> </ul>	
<p><b>Art. 37</b> Verlustschein</p> <p><sup>1</sup> Die Gläubiger und Gläubigerinnen können beim Konkursliquidator oder bei der Konkursliquidatorin und nach Abschluss des Bankenkonnkursverfahrens bei der FINMA gegen Bezahlung einer Kostenpauschale für den ungedeckt</p>	

<p>bleibenden Betrag ihrer Forderung einen Verlustschein gemäss Artikel 265 SchKG<sup>22</sup> verlangen.</p> <p><sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin macht die Gläubiger und Gläubigerinnen im Rahmen der Auszahlung ihrer Anteile auf diese Möglichkeit aufmerksam.</p>	
<p><b>Art. 38</b> Hinterlegung und nachrichtenlose Vermögenswerte</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA trifft unter Vorbehalt der Vorschriften über die nachrichtenlosen Vermögenswerte die notwendigen Anordnungen über die Hinterlegung der noch nicht ausbezahlten Anteile sowie der noch nicht herausgegebenen abgesonderten Depotwerte.</p> <p><sup>2</sup> Hinterlegte Vermögenswerte, die frei werden oder nach zehn Jahren nicht bezogen wurden, werden nach Artikel 39 verwertet und verteilt.</p>	
<p><b>Art. 39</b> Nachträglich anfallende Vermögenswerte</p> <p><sup>1</sup> Werden innerhalb von 10 Jahren nach Schluss des Bankenkursverfahrens Vermögenswerte oder andere Rechtsansprüche entdeckt, die bisher nicht zur Konkursmasse gezogen wurden, so bestimmt die FINMA einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin, der oder die ohne weitere Förmlichkeiten das Bankenkursverfahren wieder aufnimmt.</p> <p><sup>2</sup> Die Verteilung erfolgt an jene zu Verlust gekommenen Gläubiger oder Gläubigerinnen, von denen dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin die für die Auszahlung notwendigen Angaben bekannt sind. Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann die Gläubiger oder Gläubigerinnen unter Hinweis auf die Verwirkung ihres Anspruchs auffordern, ihm die aktuellen Angaben bekannt zu geben. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.</p> <p><sup>3</sup> <i>Ist offensichtlich, dass die durch die Wiederaufnahme des Bankenkursverfahrens entstehenden Kosten vom zu erwartenden Erlös aus der Verwertung der nachträglich angefallenen Vermögenswerte nicht gedeckt oder nur geringfügig übertroffen werden, kann die FINMA von der Wiederaufnahme absehen. Sie leitet die Mittel an den Bund.</i></p>	

<p><b>3. Titel: Sanierung</b></p>	
<p><b>1. Kapitel: Verfahren</b></p>	
<p><b>Art. 40 Voraussetzungen</b></p> <p><sup>1</sup> Die Aussicht auf Sanierung der Bank oder auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen ist dann begründet, wenn zum Zeitpunkt der Beurteilung hinreichend zuverlässige Hinweise bestehen, dass der Sanierungsplan genehmigt werden kann.</p> <p><sup>2</sup> Es besteht kein Anspruch auf Sanierung.</p>	<p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <p>Diese Bestimmung scheint zu verlangen, dass die Prüfung der Sanierungsfähigkeit gemäss mit Art. 28 Abs. 1 BankG einzig von einer ex-ante Beurteilung abhängig gemacht wird bzw. werden darf, ob der Sanierungsplan genehmigt werden kann. Wir werfen die Frage auf, ob eine solche vorweggenommene Prüfung der Voraussetzungen für die Genehmigung des Sanierungsplanes Sinn macht, denn damit würde wohl einem weiteren Ermessensspielraum der FINMA in den Fällen, wo zwar allgemein von der Sanierungsfähigkeit ausgegangen wird, die Eckdaten des Sanierungsplans aber noch nicht bekannt sind, ein Riegel geschoben.</p>
<p><b>Art. 41 Eröffnung</b></p> <p><sup>1</sup> Die FINMA eröffnet das Sanierungsverfahren mittels Verfügung <u>und macht die Eröffnung sofort öffentlich bekannt.</u></p> <p><sup>2</sup> Die FINMA kann mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens auch bereits den Sanierungsplan genehmigen.</p> <p><sup>3</sup> <del>Sie macht die Eröffnung sofort öffentlich bekannt.</del></p> <p><sup>4</sup> <del>Sie kann die öffentliche Bekanntgabe während maximal zehn Werktagen aufschieben, wenn dies die Ausarbeitung eines Sanierungsplans erleichtert und eine Abwägung der Interessen der Beteiligten dies rechtfertigt.</del></p> <p><sup>35</sup> Die FINMA regelt in der Eröffnungsverfügung, ob bereits bestehende Schutzmassnahmen nach Artikel 26 BankG weiterzuführen, abzuändern oder neue anzuordnen sind.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Die Möglichkeit, dass der Sanierungsplan ohne vorgängige formelle Eröffnung des Sanierungsverfahrens ausgearbeitet werden kann ("fliessender Übergang von einer informellen zu einer formellen Sanierung"), war wohl vom Gesetzgeber nicht angedacht, wird aber vom Gesetzestext nicht ausgeschlossen und ist aufgrund der gewünschten zeitlichen Flexibilität begrüssenswert.</p> <p><b>Zu Abs. 4:</b></p> <p>Diese Bestimmung ist aus den folgenden Gründen problematisch:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Es darf keine "geheime" Eröffnung des Sanierungsverfahrens geben, da viele (Standard-) Verträge (z.B. ISDA) Default-Klauseln enthalten, welche durch die Einleitung eines Sanierungsverfahrens automatisch ausgelöst werden.</li> <li>- Alle Vertragsparteien, insbesondere alle Kunden und Einleger, sollten ein Recht darauf haben, unverzüglich von der Eröffnung des Sanierungsverfahrens in Kenntnis gesetzt zu werden. Es kann nicht sein, dass ein Kunde z.B. am Tag X eine (den geschützten Umfang übersteigende) Einlage bei der Bank macht, nur um an einem nachfolgenden Tag zu erfahren, dass die Bank bereits an jenem Tag X Gegenstand eines Sanierungsverfahrens war. Diese Bestimmung kann ausserdem zu einem Konflikt mit anderen gesetzlichen oder reglementarischen Informationspflichten der Bank oder gar Strafbestimmungen führen.</li> </ul> <p>Insgesamt sollten u.E. folgende zwei Möglichkeiten bestehen. Entweder,</p> <p>(i) eröffnet die FINMA das Sanierungsverfahren mit gleichzeitiger öffentlicher Bekanntmachung, und die Ausarbeitung des Sanierungsplanes wird danach in Angriff genommen, oder</p>

	(ii) der Sanierungsplan wird quasi in aller Stille ausgearbeitet. Nach dessen Fertigstellung wird das Sanierungsverfahren eröffnet und gleichzeitig der Sanierungsplan genehmigt und die Öffentlichkeit informiert (in der Praxis ist wohl diese Möglichkeit ausser bei sehr kleinen Banken die einzig realistische).
<p><b>Art. 42 Sanierungsbeauftragter oder Sanierungsbeauftragte</b></p> <p><sup>1</sup> Die FINMA setzt mittels Verfügung einen Sanierungsbeauftragten oder eine Sanierungsbeauftragte ein, sofern sie diese Aufgaben nicht selbst wahrnimmt.</p> <p><sup>2</sup> Setzt die FINMA einen Sanierungsbeauftragten oder eine Sanierungsbeauftragte ein, so hat sie bei der Auswahl darauf zu achten, dass die betreffende Person zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag sorgfältig, effizient und effektiv auszuüben, und <u>keinen-nicht</u> Interessenkonflikten unterliegt, welche der Auftragserteilung entgegenstehen.</p> <p><sup>3</sup> Sie legt fest, welche Untersuchungsbefugnisse der oder die Sanierungsbeauftragte hat und ob er oder sie anstelle der Bankorgane handeln kann.</p> <p><sup>4</sup> Die FINMA präzisiert die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere die Kosten, die Berichterstattung und die Kontrolle des oder der Sanierungsbeauftragten.</p> <p><sup>5</sup> Bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach dieser Verordnung handelt der oder die Sanierungsbeauftragte hoheitlich.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b> Die vorgeschlagene Änderung betrifft eine technische Präzisierung.</p> <p><b>Zu Abs. 5:</b> Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 ist zu klären. Nicht ersichtlich ist, weshalb Entscheide des Sanierungsbeauftragten (z.B. betreffend Akteneinsicht) keine Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sein sollen. Fraglich ist auch, ob die Anwendbarkeit von Art. 5 VwVG, eine Gesetzesbestimmung, auf Verordnungsstufe ausgeschlossen werden kann.</p>
<p><b>Art. 43 Sanierungsplan</b></p> <p>Der Sanierungsplan hat namentlich folgende Elemente zu enthalten:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. eine Aufstellung der Aktiven und Passiven der Bank;</li> <li>b. eine vorsichtige Bewertung der Bilanzpositionen;</li> <li>c. eine Darstellung der künftigen Organisation und Führung der Bank und, sofern die Bank Teil einer Bankengruppe oder eines Bankenkonglomerats ist, eine Aufstellung der künftigen Gruppen- bzw. Konglomeratsorganisation;</li> <li>d. eine Darstellung der Grundelemente der Sanierung,</li> </ul>	<p><b>Zu Abs. 1 lit. b:</b> Die Bewertung der Bilanzpositionen ist gestützt auf allgemein anerkannte, auf die jeweilige Bank anwendbare Bewertungsgrundsätze vorzunehmen (siehe Kommentare zu Art. 44).</p>

<p>der künftigen Kapitalstruktur und des künftigen Geschäftsmodells der Bank nach der Sanierung;</p> <p>e. eine Darstellung der Stellung der Bankgläubiger oder -gläubigerinnen, welche erläutert:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. weshalb <del>der die</del> Sanierungsplan für die Bankgläubiger oder -gläubigerinnen <u>voraussichtlich besser stellt vorteilhafter ist als die sofortige Eröffnung eines Bankenkurses</u>;</li> <li>2. dass und wie die gesetzliche Rangfolge unter den Bankgläubigern oder -gläubigerinnen berücksichtigt wurde;</li> <li>3. dass und wie die Interessen der Bankgläubiger oder -gläubigerinnen Vorrang gegenüber den Interessen der Eigner und Eignerinnen haben; und</li> <li>4. ob und wie der Sanierungsplan in die Rechte der Bankgläubiger oder -gläubigerinnen eingreift;</li> </ol> <p>f. allenfalls einen Ausschluss des Anfechtungsrechts und der Verantwortlichkeitsansprüche der Bank nach Artikel 32 BankG;</p> <p>g. eine Darstellung, welche bisherigen Bankorgane weiterhin für die Führung der Bank verantwortlich sein sollen, und eine Begründung, weshalb dies im Interesse der Bank, der Gläubiger und Gläubigerinnen sowie der Aktionäre und Aktionärinnen liegt;</p> <p>h. eine Darstellung der Abgangsregelung ausscheidender Bankorgane; und</p> <p>i. eine Darstellung derjenigen Elemente des 3. und 4. Kapitels dieses Titels, die im konkreten Sanierungsfall zur Anwendung gelangen.</p>	<p><b>Zu Abs. 1 lit. e Ziff. 1:</b></p> <p>Der Verordnungstext sollte der gesetzlichen Vorgabe (Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG) folgen und darf insbesondere nicht strengere Bedingungen an das Kriterium der Besserstellung der Gläubiger aufstellen als dort vorgesehen.</p>
<p><b>2. Kapitel: Genehmigung des Sanierungsplans</b></p>	
<p><b>Art. 44</b> Genehmigung</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA genehmigt den Sanierungsplan mittels Verfügung, wenn die Voraussetzungen nach Artikel 31 Absatz</p>	<p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <p>- Gemäss Erläuterungsbericht (S. 29/30) soll die Bewertung der Aktiven und Passiven auch die allgemeine Wirtschaftslage und die erwartete konjunkturelle Entwicklung berücksichtigen, bestehende und künftige Wertminderungen von Sicherheiten einbeziehen und die Wirtschaftslage für</p>

<p><sup>1</sup> BankG erfüllt sind.</p> <p><sup>2</sup> Die FINMA macht die Genehmigung und die Grundzüge des Sanierungsplans öffentlich bekannt und gibt an, wie betroffene Gläubiger und Gläubigerinnen und Eigner und Eignerinnen den Sanierungsplan einsehen können.</p>	<p>Drittunternehmen, gegenüber denen die Bank Forderungen und Beteiligungsrechte besitzt, vorsichtig beurteilen. Diese Vorgaben werden in der Praxis äusserst schwierig umzusetzen sein. U.E. muss entgegen den Ausführungen im Erläuterungsbericht die Bewertung zwar in konservativer Weise, aber nach allgemein anerkannten, auf die jeweilige Bank anwendbaren Bewertungsgrundsätzen erfolgen (so anerkannt unter Art. 31 BankG). Keinesfalls kann es Aufgabe des Prüfers oder der FINMA sein, Spekulationen z.B. über die allgemeine Wirtschaftslage, die erwartete konjunkturelle Entwicklung oder künftige Wertverminderungen anzustellen.</p> <p>- Der Erläuterungsbericht (S. 30) scheint in Bezug auf das "No Creditor Worse Off than in Liquidation"-Kriterium der Auffassung zu sein, dass die Sanierung erfolgen kann, wenn diese "im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger" liegt. Dieser Auffassung ist beizustimmen: das "No Creditor Worse Off than in Liquidation"-Kriterium muss u.E. mit Bezug auf Gläubigerklassen angewendet werden bzw. ist eine "klassenweise Betrachtung" zu fordern. Es verlangt u.E. nicht, dass jeder <i>einzelne Gläubiger</i> durch den Sanierungsplan selbst bessergestellt ist als im Falle eines Konkurses, sondern dass das wirtschaftliche Resultat insgesamt besser ist. Ein individueller Gläubiger, welcher durch den Sanierungsplan schlechter gestellt wird als in einem Konkurs, kann Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans einlegen und Zahlung einer Entschädigung verlangen (vgl. Art. 24 Abs. 4 BankG).</p>
<p><b>Art. 45 Ablehnung durch die Gläubiger und Gläubigerinnen</b></p> <p><sup>1</sup> Sieht der Sanierungsplan einen Eingriff in die Rechte der Gläubiger und Gläubigerinnen vor, so setzt die FINMA diesen <u>spätestens mit dessen Genehmigung</u> eine Frist von mindestens 10 Werktagen, innert der sie den Sanierungsplan ablehnen können.</p> <p><sup>2</sup> Gläubiger und Gläubigerinnen, die ablehnen wollen, haben dies schriftlich <u>zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens</u> zu tun. Sie müssen Namen, Adresse, die Höhe der Forderung und den Forderungsgrund angeben. Die Ablehnungsschrift ist an den Sanierungsbeauftragten oder die Sanierungsbeauftragte zu richten.</p> <p><sup>3</sup> <u>Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf das Sanierungsverfahren von systemrelevanten Banken.</u></p>	<p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <p>Angleichung der Formulierung an Art. 31 Abs. 1 BankG.</p> <p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Es ist unklar, was mit "zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens" gemeint ist. Dieser Satzteil sollte u.E. gelöscht werden.</p> <p><b>Zu Abs. 3:</b></p> <p>U.E. ist ein ausdrücklicher Hinweis aufzunehmen, dass diese Vorschrift aufgrund des neuen Art. 31a Abs. 3 BankG auf die Sanierung von systemrelevanten Banken keine Anwendung findet.</p>

**3. Kapitel: Kapitalmassnahmen****Allgemeine Kommentare zum gesamten 3. Kapitel:****Ungenügende gesetzliche Grundlage**

Der Gesetzgeber hat es versäumt, eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Kapitalmassnahmen vorzusehen:

- **Ungenügende Delegation von Rechtssetzungskompetenzen an die FINMA:** Das BankG sieht in Art. 31 Abs. 3 rudimentär die Möglichkeit der Anordnung von Kapitalmassnahmen im Sanierungsplan vor, ohne aber die Grundzüge solcher Massnahmen im Gesetz selbst zu beschreiben. Eine Delegation der Rechtssetzungskompetenzen vom Gesetzgeber an eine untergeordnete Behörde (hier die FINMA) aber setzt u.a. voraus, dass die "Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im Gesetz selber enthalten sein" müssen (Häfelin|Haller|Keller, Bundesstaatsrecht, N. 1872). Diese Voraussetzung erfüllt Art. 31 Abs. 3 BankG nicht bzw. nur punktuell: Weil diese Norm die Grundzüge der Kapitalmassnahmen nicht ausreichend beschreibt und zur Zeit auch keine genügende Delegationsnorm im Gesetz enthalten ist, kommt der FINMA auch keine hinreichende Kompetenz zu, gesetzesvertretende oder ausführende Bestimmungen auf Verordnungsstufe erlassen.
- Insbesondere **folgende Regelungsbereiche bedürfen einer expliziten, inhaltlich hinreichend konkreten Umschreibung bzw. eine genügende Delegationsnorm im Gesetz**, damit der Verordnungsgeber die entsprechenden detaillierten Regeln und Anordnungen erlassen kann:
  - Nach welchen Bestimmungen sollen diese Kapitalmassnahmen durchgeführt werden?
  - Wie stehen die verschiedenen Kapitalmassnahmen zueinander bzw. in welchem Verhältnis stehen sie zu den vertraglichen bail-ins? Nach welcher Hierarchie|zeitlichen Abfolge sollen diese vertraglichen Instrumente und statutorischen Massnahmen greifen?
  - Welche Forderungen sind wandelbar und unter welchen Voraussetzungen?
  - Können auch Forderungen herabgesetzt werden?
  - Regelungen über den Ausschluss des Bezugsrechts.
- **Fehlende gesetzliche Grundlage überhaupt:** Für die Anordnung gewisser Massnahmen durch die FINMA, welche in die Rechte der Gläubiger oder Eigner eingreifen, fehlt eine gesetzliche Grundlage überhaupt:
  - Art. 31 Abs. 3 BankG beschränkt sich explizit auf die Kapitalherabsetzung und den Wandel von Fremd- in Eigenkapital, erwähnt dagegen den "Forderungsverzicht" gemäss Art. 50 E-BIV-FINMA mit keinem Wort.
  - Eingriffe in Vertragsbeendigungsrechte gemäss Art. 56 E-BIV-FINMA finden im Bankengesetz ebenfalls keine Erwähnung – im Gegenteil: Art. 27 Abs. 3 BankG scheint solche Eingriffe geradezu auszuschliessen.
  - Weder Art. 26 BankG noch Art. 28 Abs. 2 BankG können ersatzweise als gesetzliche Grundlage für solche Massnahmen dienen.

	<p><b>Mangelnde internationale Abstimmung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wichtig für eine erfolgreiche Sanierung ist, dass die vorgesehenen Massnahmen international anerkannt werden und durchsetzbar sind (vgl. Art. 25 Abs. 4 BankG für Anordnungen der FINMA; Art. 3 dieses VO-Entwurfs für die Bankeninsolvenz). Um dies zu erreichen, müssen die Massnahmen zwingend auf internationaler Ebene abgestimmt werden.</li> </ul>
<p><b>1. Abschnitt: Reduktion und Schaffung von Eigenkapital</b></p>	
<p><b>Art. 46 Gleichbehandlung</b></p> <p><i>Bei der Reduktion bisherigen und der Schaffung neuen Eigenkapitals sind die Eigner und Eignerinnen grundsätzlich gleich zu behandeln. Im Rahmen bestehender unterschiedlicher Eigner kategorien, nicht jedoch innerhalb einer Eigner kategorie, kann die FINMA vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichen.</i></p>	<p><b>Allgemeiner Kommentar: Fehlendes bzw. mangelhaftes Sanierungskonzept</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Das Gesetz spricht programatisch nur von Gleichbehandlung, enthält aber kein bzw. nur ein äusserst rudimentäres Sanierungskonzept. Es muss eine explizite und klare Regelung eingeführt werden, nach welcher <b>Hierarchie, zeitlichen Abfolge</b>, mit welcher <b>Mechanik</b> und in welchem Verhältnis in die Rechte der Eigner und Gläubiger eingegriffen werden kann und darf. Zu regeln ist insbesondere auch Verhältnis der verschiedenen statutarischen bzw. behördlichen Anordnungen und Massnahmen und der vertraglichen Verlusttragungsmassnahmen unter CoCos und Write-off Bonds.</li> <li>- Zu regeln sein wird insbesondere das <b>Verhältnis zwischen Altaktionären und neuen Aktionären</b>, die aufgrund der Wandlung von Pflichtanleihen erst Aktionäre werden. Ohne solche Regelung könnte z.B. der Fall eintreffen, dass bei Erreichen der 5% Schwelle low-trigger Pflichtwandelanleihen in Eigenkapital gewandelt werden, die FINMA aber gleichzeitig oder unmittelbar danach den Sanierungsplan genehmigt und das Eigenkapital auf Null reduziert wird. Ehemalige Halter von Pflichtwandelanleihen würden dann entgegen ihren Erwartungen nicht Aktionäre werden, sondern einen Totalverlust ihres Investments erleiden.</li> <li>- Die Frage nach dem Verlustungsverhältnis zwischen den "statutory bail-in" (Kapitalmassnahmen) und den "contractual bail-in" (e.g. CoCos, Write-off Bonds) Mechanismen ist für die Banken von allergrösster Wichtigkeit; sie wirkt sich bereits heute auf die Funding Costs aus (Risikoeinschätzung durch Gläubiger).</li> <li>- Eine Regelung der Hierarchie und Verhältnis der Kapitalmassnahmen setzt eine <b>grundsätzliche Diskussion</b> voraus, <b>wer und in welchem Umfang Verluste der Bank tragen soll</b>. Dies hat der Gesetzgeber bisher aber versäumt. Diese Diskussion ist im Zusammenhang mit der Schaffung einer gesetzlichen Regelung über diese zentralen Fragen zu führen; dabei wird auch über "sachliche Gründe" zu sprechen und zu entscheiden sein, welche im konkreten Fall dann eine Ungleichbehandlung erlauben.</li> </ul>
<p><b>Art. 47 Anwendbarkeit des Obligationenrechts</b></p> <p><i>Im Fall einer Kapitalmassnahme nach diesem Abschnitt gelten die Vorschriften des Obligationenrechts sinngemäss, wobei den bisherigen Eignern und Eignerinnen das Bezugsrecht entzogen werden kann, sofern Hinweise bestehen, dass ohne Bezugsrechtsausschluss die Sanierung gefährdet erscheint.</i></p>	<p><b>Allgemeiner Kommentar:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Diese Bestimmung gibt in verschiedener Hinsicht Anlass zu <b>Kritik</b>: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zum Einen sieht sie die sinngemässe Anwendbarkeit des Obligationenrechts nur für Kapitalmassnahmen <i>nach diesem Abschnitt</i>, d.h. für die Reduktion und Schaffung von Eigenkapital, vor. Die Kapitalmassnahmen nach dem 2. Abschnitt (Umwandlung von Fremdin Eigenkapital) sowie nach dem 3. Abschnitt (andere Kapitalmassnahmen) fallen nach dem</li> </ul> </li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- expliziten Wortlaut dieser Bestimmung nicht darunter.</li> <li>- Zum anderen fehlen für die Kapitalmassnahmen nach dem 2. und 3. Abschnitt Bestimmungen in Bezug auf deren Durchführung: Weder der Verordnungstext noch der Erläuterungsbericht befassen sich mit den gesellschaftsrechtlichen Aspekten einer Wandlung von Fremd- in Eigenkapital.</li> <li>- Eine hinreichende gesetzliche Grundlage für einen Bezugsrechtsausschluss ist nicht ersichtlich.</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Eine sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des Obligationenrechts ist für die Kapitalmassnahmen nicht geeignet.</b> Die Kapitalmassnahmen müssen rasch und einfach umgesetzt werden können, ohne dass erst ein aufwändiges Verfahren durchlaufen werden muss: Bei der Kapitalherabsetzung sind z.B. das Verfahren gemäss Art. 732ff. OR mit dreifachem Schuldeneruf und der Möglichkeit Sicherstellung der Forderungen zu verlangen für eine rasche Sanierung nicht förderlich, bei der Kapitalerhöhung das Erfordernis der Durchführung einer Generalversammlung mit mind. 20-tägiger Einberufungsfrist sowie die diversen Prüfberichte.</li> <li>- <b>Die Anwendbarkeit des Obligationenrechts auf alle Kapitalmassnahmen auszuweiten, ist auch nicht die richtige Lösung,</b> wie nachfolgend aufgezeigt wird. Vielmehr ist zu fordern, dass ein eigenständiger Mechanismus für die einzelnen Kapitalmassnahmen einzuführen ist. Dabei hätten entweder die Grundzüge auf Gesetzesstufe geregelt oder eine explizite, inhaltlich hinreichend konkrete Delegationsnorm vorgesehen werden müssen. Diesen Mangel nun ohne weitere gesetzgeberische Massnahmen auf Verordnungsstufe korrigieren zu wollen, ist mit Blick auf die Verfassungsmässigkeit bedenklich (vgl. allgemeine Kommentare zum 3. Kapitel).</li> <li>- Für ein griffiges, effizientes Sanierungsverfahren sind <b>folgende Fragen zu prüfen bzw. im Voraus zu beantworten und zu regeln:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gilt die Prospektpflicht bei der Schaffung neuen Eigenkapitals (Art. 652a OR)?</li> <li>- Wie werden kotierungsrechtliche Prospekterfordernisse behandelt, z.B. jene der SIX Swiss Exchange, welche bei einer Kapitalerhöhung von über 10% die Erstellung eines neuen Prospektes verlangen (Art. 31 ff. KR SIX Swiss Exchange)?</li> <li>- Gilt das Erfordernis eines Kapitalerhöhungsberichts des Verwaltungsrates (Art. 652e OR)?</li> <li>- Gilt das Erfordernis eines Prüfungsberichts (Art. 652f OR, Art. 732 Abs. 2 OR)?</li> <li>- Werden allfällige Mitsprache- bzw. Entschädigungsrechte der betroffenen Aktionäre berücksichtigt oder ausgeschlossen? Diese Frage ist umso wichtiger, als für die Genehmigung des Sanierungsplans die Zustimmung der Generalversammlung der Bank nicht erforderlich ist; Art. 29 Abs. 3 BankG bzw. Art. 31 Abs. 2 BankG).</li> <li>- Welche Belege sind für die HR-Anmeldung erforderlich?</li> <li>- Soll die Verfügung der FINMA die nach OR erforderlichen GV-Beschlüsse für die Kapitalherabsetzung bzw. -erhöhung ersetzen?</li> <li>- Wie soll eine genügend hohe Anzahl von neuen Aktien unter geltendem Recht sowie der</li> </ul> </li> </ul>
--	--

	<p>TBTF-Vorlage (Wandlungskapital, Vorratskapital) geschaffen werden?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Welches Verfahren soll auf einen hoheitlich angeordneten Debt-to-equity Swap anwendbar sein? Das allgemeine Verfahren zur Schaffung von neuen Aktien ist ungeeignet.</li> </ul> <p>Ausserdem sind folgende Aspekte zu berücksichtigen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tatsache, dass im Bankenkonzern u.U. gewisse Fremdkapitalinstrumente von einer Konzerngesellschaft, und nicht von der Bank selber, ausgegeben wurden.</li> <li>- Problematik einer möglichen Handelsregistersperre.</li> </ul> <p>Unseres Erachtens sprechen gute Gründe gegen die Anwendbarkeit der meisten dieser aufgeführten Bestimmungen, wie dies auch bei gewissen Lösungen im Ausland der Fall ist.</p>
<p><b>2. Abschnitt: Wandlung</b></p>	
<p><b>Art. 48 Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital</b></p> <p><sup>1</sup> Eine im Sanierungsplan vorgesehene Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital setzt voraus, dass <del>die das</del> von der Bank auf vertraglicher Basis <u>ausgegebenen verlustabsorbierenden Fremdkapitalinstrumente geschaffene Wandlungskapital</u> (bedingte Pflichtwandelanleihen <u>und Anleihen mit Forderungsverzicht</u>) in Eigenkapital gewandelt und das Aktienkapital vollständig herabgesetzt wurde.</p> <p><sup>2</sup> Es muss so viel Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt werden, dass die Bank nach erfolgter Sanierung die Eigenmittelvorschriften erfüllt.</p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wandlungskapital ist in Art. 11 Abs. 1 lit. b neuBankG definiert, meint dort aber die statutarische Grundlage für die Erhöhung des Kapitals aufgrund der Wandlung von Pflichtwandelanleihen. Hier ist aber die <i>Pflichtwandelanleihe</i> bzw. das verlustabsorbierende <i>Fremdkapitalinstrument</i> gemeint, das in Eigenkapital gewandelt wird.</li> <li>- Nicht nur bedingte Pflichtwandelanleihen mit Wandlung in Aktien sollten vor Anordnung eines "Statutory bail-in" gewandelt werden, sondern es sollten auch Anleihen mit Abschreibungsmechanismus (sog. "Write-off bonds") abgeschrieben werden (siehe Art. 11 Abs .4 neuBankG).</li> <li>- Die Ausführungen im Erläuterungsbericht (S. 32/33) zum "contractual bail-in" sind unklar. Insbesondere ist nicht klar, was mit dem Satz "<i>Im Gegensatz zum Coco ist der [der sic!] Auslöser der Wandlung jedoch nicht quantitativ vorbestimmt. Die Wandlung wird vielmehr durch einen behördlichen Eingriff ausgelöst, welcher in den Emissionsbedingungen näher umschrieben wird.</i>" Ist damit der PONV-Trigger gemeint? Oder soll dies auf eine vom PONV-Trigger unabhängige vertragliche Bestimmung, unter welchem die FINMA die Wandlung auslösen kann, deuten? Falls letzteres der Fall ist: was ist das Verhältnis zwischen einer solchen Bestimmung und dem PONV-Trigger?</li> <li>- Das Verlusttragungsverhältnis zwischen den "statutory bail-in" (Kapitalmassnahmen) und den "contractual bail-in" (e.g. CoCos, Write-off Bonds) ist in diesem Zusammenhang explizit, aber entweder ausschliesslich oder zumindest im Prinzip mit hinreichender Konkretisierung für eine Delegation an die FINMA auf Gesetzesstufe zu regeln.</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Das Erfordernis der vollständigen Herabsetzung des Aktienkapitals verbunden mit dem Ausschluss des Bezugsrechts (Art. 47 Abs. 2) läuft faktisch auf eine vollständige Enteignung des bisherigen Aktionariats hinaus. Eine gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss des Bezugsrechts ist nicht ersichtlich. Auch ist nicht einzusehen, wieso sich Alt-Aktionäre nicht an einer Kapitalerhöhung</li> </ul>

	<p>beteiligen sollen.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Weiter sind Situationen denkbar, in denen das Aktienkapital, das beschrieben werden soll, noch einen (Rest-) Buchwert aufweist. In diesen Fällen wäre es unter den allgemein gültigen Prinzipien der Verhältnismässigkeit einer Massnahme sowie der schonenden Rechtsausübung zumindest erforderlich, die Möglichkeit vorzusehen, die "enteigneten" Aktionäre am zukünftigen Gewinnpotential zu beteiligen, z.B. mittels Ausgabe von Warrants, Genussscheinen.). Dies entspricht im Übrigen der Praxis in etlichen grösseren internationalen Sanierungsverfahren. Durch die Einengung in Abs. 1 wird auf jeden Fall der Entscheidungsspielraum der Behörden ohne Not eingeschränkt. Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG setzt einer Bevorzugung der Aktionäre bereits genügende Grenzen.</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Der Begriff der "Eigenmittelvorschriften" ist zu klären. Sind dies die minimalen Vorgaben oder umfassen diese auch allfällige Puffer?</p>
<p><b>Art. 49 Wandelbarkeit von Forderungen</b></p> <p><sup>1</sup> Es kann grundsätzlich sämtliches Fremd- in Eigenkapital gewandelt werden.</p> <p><sup>2</sup> Folgende Forderungen sind nicht in Eigenkapital wandelbar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. <u>gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung, einschliesslich Forderungen, die von einer Gruppengesellschaft garantiert werden, deren Zweck es ist, die Deckung für diese Forderungen zu halten, sowie die besicherte Forderungen der Gruppengesellschaft gegenüber der Bank im Rahmen von strukturierten Finanzierungen wie z.B. Covered Bonds;</u></li> <li>b. <u>privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG<sup>23</sup> und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG;</u></li> <li>c. <u>alle weiteren Einlagen im Sinn von Artikel 25 Absatz 1 Ziffern 2.3–2.5 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, soweit sie über das Privileg nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG hinausgehen;</u></li> <li>e-d. <u>Forderungen, die Gegenstand von Aufrechnungsvereinbarungen sind (Art. 27 Abs. 3 BankG); <del>und</del></u></li> <li>e. <u>Forderungen mit einer Laufzeit von weniger als 360</u></li> </ul>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Art. 49 schafft mit der <b>Unterscheidung zwischen "wandelbaren" und "nicht wandelbaren" Forderungen</b> eine Kategorisierung von Gläubigern, die <b>von der gesetzlichen Ordnung (Art. 219 SchKG) abweicht</b>. Eine solche Ungleichbehandlung von Fremdkapitalgebern bedarf eines sachlichen Grundes. Dieser kann sich aus der bestehenden gesetzlichen Ordnung ergeben (z.B. Privilegierung von gesicherten Einlagen).</li> <li>- <b>International ist noch nicht klar, welche Forderungen einem behördlich verordneten Debt-to-Equity Swap unterworfen werden sollen.</b> Insbesondere ist international noch umstritten, ob "normale" Anleihen (senior bonds) und Kundeneinlagen Gegenstand eines Debt-to-Equity Swap sein sollen, und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt. Die Definition von wandelbaren Forderungen sollte in enger Abstimmung mit internationalen Vorgaben erfolgen. Die Schweiz sollte hier nicht den Alleingang wagen, da sonst die internationale Anerkennung gefährdet wäre und den schweizerischen Banken sonst ein Wettbewerbsnachteil erwachsen könnte.</li> </ul> <p>Entsprechend weisen wir darauf hin, dass die EU vorschlägt, die folgenden Gläubiger von der Wandlung auszunehmen: „Swap, repo and derivative counterparties and other trade creditors; short-term debt (defined by a specified maximum maturity); retail and wholesale deposits and secured debt (including covered bonds).“ In den betroffenen Kreisen wird diskutiert, ob auch fiduciary business, commercial paper, money market transactions, promissory notes, etc. von der Wandelbarkeit ausgenommen werden sollten oder nicht oder ob generell zwischen „trade creditors“ (kein bail-in) und „financial creditors“ (bail-in) unterschieden werden soll. Diese Ausführungen zeigen auf, dass sich die internationale Diskussion zu diesem spezifischen Punkt noch nicht verfestigt hat. Es gilt zahlreiche sich widersprechende Interessen gegeneinander abzuwägen. Es darf nicht vergessen werden, dass die Definition der Ausnahmen eine erhebliche Auswirkung auf die betroffenen Märkte haben kann. Die Gefahr besteht, dass gewisse Finanzierungsmärkte austrocknen, möglicherweise gerade in einer Krise. Aus diesem Grund sind wir der Ansicht, dass die Festlegung der Ausnahmen bereits zum heutigen Zeitpunkt zu früh kommt. Die Finanzierungsmöglichkeiten der schweizerischen Banken richten sich nach globalen Märkten. Entsprechend ist auch die Frage der Verlusttragung in der</p>

<p><u>Tagen; und-</u></p> <p><u>4-f. Forderungen, die nach Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit Genehmigung des Sanierungsbeauftragten zum Zwecke der Umsetzung der Sanierung begründet wurden.</u></p> <p><sup>3</sup> <u>Die FINMA kann in begründeten Fällen auch andere Forderungen von der Wandelbarkeit ausnehmen.</u></p> <p><sup>4</sup> <u>Bei der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital sind vorab sämtliche nachrangigen Forderungen umzuwandeln.</u></p>	<p>Gläubigerhierarchie breit zu diskutieren und im Einklang mit dem internationalen Standard umzusetzen. Die Schweiz sollte sich aber unbedingt in die internationale Diskussion einbringen, beispielsweise über das FSB.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Eine Anwendung der neuen Vorschriften betreffend die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital auf Forderungen, welche vor Inkrafttreten von Art. 31 Abs. 3 BankG entstanden sind (so vorgesehen auf S. 34 Erläuterungsbericht), ist vor dem Hintergrund der internationalen Akzeptanz (internationaler Kapitalmarkt, ausländische Rechtsordnungen bzw. Regulatoren) höchst problematisch. Die Behauptung, dass dies schon unter altem Recht möglich gewesen sei (Erläuterungsbericht S. 34), ist unzutreffend.</li> <li>- Im Erläuterungsbericht, S. 33, wird gesagt, dass "<i>zuerst die Forderungen der Eigner gewandelt werden müssen</i>". Was bedeutet das? Ist damit gemeint, dass in der Rangfolge der vorzunehmenden Wandlung zuerst allfällige Forderungen der Eigner (z.B. Aktionärsdarlehen) gewandelt werden müssen?</li> </ul> <p><b>Allgemeine Kommentare zu Abs. 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Der Ausnahmekatalog in diesem Absatz entspricht der gesetzlichen Ordnung in Art. 219 SchKG und ist daher nachvollziehbar. Jedoch muss man sich bewusst sein, dass gemäss dieser Bestimmung alle Gelder auf den Bankkonten, welche eine Restlaufzeit von 30 Tagen und mehr haben, im von CHF 100'000 übersteigendem Umfang wandelbar sind (z.B. Anlagekonti mit 6-monatiger Kündigungsfrist). Dies scheint problematisch, denn ein Einleger kann und muss nicht damit rechnen, dass sein Guthaben bei einer Bank in Eigenkapital gewandelt wird.</li> <li>- Es muss grundsätzlich entschieden werden, welche Gläubiger von dieser Massnahme betroffen werden sollen – siehe allgemeine Kommentare oben.</li> <li>- Es sollte eine klare Rangfolge mit Bezug auf die Wandlung der Forderungen in Eigenkapital vorgesehen werden (vgl. FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, (nachfolgend "FSB Key Attributes") Section 3.5 (ii)).</li> <li>- Sollten noch weitere Arten von Forderungen von einer potenziellen Wandlung ausgenommen werden? Z.B Forderungen im Zusammenhang mit normalen Kundenaktivitäten (Stichwort: "franchise activities").</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 2 lit. a:</b></p> <p>Als "gesicherte Forderungen" müssen alle Formen der Realsicherheiten gelten, unabhängig von der Rechtsnatur (Pfand, Sicherungsübereignung, Sicherungszession). Forderungen im Zusammenhang mit Covered Bonds sind der Klarheit halber (Rating, internationale Entwicklungen) explizit von der Wandelbarkeit auszunehmen. Ansonsten würde das Instrument der Covered Bonds über die BIV ausgehebelt, was weder Sinn machen würde noch im Einklang mit dem internationalen Trend stünde. Die Covered Bonds Programme der Banken sind eine wesentliche Finanzierungsquelle in der Schweiz; es ist deshalb im Interesse der Rechtssicherheit, diesen Fall hier explizit aufzuführen.</p>
--	--

	<p><b>Zu Abs. 2 lit. d:</b></p> <p>Die offene Formulierung von lit. d kann u.U. zu Umgehungsgeschäften Anlass geben.</p> <p><b>Zu Abs. 2 lit. e:</b></p> <p>Durch diese Änderung sollen kurz- bis mittelfristige Forderungen (Commercial Papers und Derivate) von einem Debt-to-Equity Swap ausgeschlossen werden.</p> <p><b>Zu Abs. 3:</b></p> <p>Die Möglichkeit für die FINMA, andere Forderungen von der Wandelbarkeit auszunehmen, kann zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger führen. Für eine solche Ungleichbehandlung im Einzelfall besteht keine genügende gesetzliche Grundlage. Daher ist diese Bestimmung zu streichen oder hierfür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.</p>
<p><b>3. Abschnitt: Andere Kapitalmassnahmen</b></p>	
<p><b>Art. 50</b></p> <p><i>Neben oder anstelle einer Reduktion bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals oder der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kann <a href="#">der Sanierungsplan die FINMA</a> weitere Massnahmen <a href="#">vorsehen anordnen</a>, insbesondere einen <del>teilweisen</del> oder vollständigen <del>Forderungsverzicht</del> <a href="#">Forderungsreduktion</a>, einen <a href="#">Fälligkeitsaufschub</a> oder eine <a href="#">Stundung der Zinszahlungen</a>.</i></p> <p><a href="#">Der Ausnahmekatalog in Art. 49 Abs. 2 gilt sinngemäss.</a></p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Von einem <i>Forderungsverzicht</i> zu sprechen, ist falsch, da es sich nicht um einen (freiwilligen) Verzicht des Gläubigers handelt, sondern um einen angeordneten Entzug der Forderung. Zutreffender ist daher der Begriff <b>Forderungsreduktion</b>.</li> <li>- <b>Für die Anordnung einer Forderungsreduktion oder "weitere Massnahmen" durch die FINMA fehlt eine gesetzliche Grundlage:</b> Art. 31 Abs. 3 BankG nennt nur die im Sanierungsplan zulässigen Kapitalmassnahmen "Reduktion des bisherigen und Schaffung von neuem Eigenkapital sowie die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital". Zwar erwähnt die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010 (nachfolgend "Botschaft Einlagensicherung") auf S. 4019, dass ein Eingriff in die Rechte der Gläubiger gemäss Art. 31a Abs. 1 BankG "beispielsweise durch Kürzung, Stundung oder Umwandlung ihrer Forderungen" erfolgen kann. Festzuhalten ist aber, dass die Erwähnung in der Botschaft eine klare gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen vermag.</li> </ul> <p>Weshalb der Gesetzgeber im Zuge der letzten Gesetzesrevision die Möglichkeit der Anordnung einer Forderungsreduktion und "weitere Massnahmen" nicht ins Gesetz geschrieben hat, bleibt unverständlich; dies umso mehr als die Botschaft Einlagensicherung, S. 4018, folgendes ausdrücklich festhält:</p> <p><i>"Die Möglichkeit einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital als Sanierungsmassnahme ist bereits in der Botschaft zum geltenden Recht erwähnt [...]. Aus verfassungsrechtlichen Gründen erscheint jedoch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für einen solchen sog. «debt equity-swap» erforderlich."</i></p> <p>Dies muss umso mehr für Forderungsreduktionen gelten, bei welchen der Gläubiger nicht einmal Eigner wird.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Für die Anordnung von Kapitalmassnahmen durch die FINMA ausserhalb des Sanierungsplans fehlt</li> </ul>

	<p>generell jegliche gesetzliche Grundlage.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Für die Anordnung von Stundung und Fälligkeitsaufschub, ausgenommen für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen, ist die FINMA bereits im Rahmen der Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG ermächtigt.</li> <li>- Eine vollständige Forderungsreduktion darf der Sanierungsplan bei Anwendung des Prinzips "no creditor worse off than in liquidation" gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG und dann nur für solche Gläubiger vorsehen, die im Falle einer Liquidation auch nichts erhalten (z.B. Gläubiger von tief subordinierten Forderungen).</li> <li>- Eine solche Forderungsreduktion hätte zudem enteignungsähnlichen Charakter und müsste gemäss Art. 26 Abs. 2 BV voll entschädigt werden. Zudem läuft eine Forderungsreduktion auf eine Verletzung von 31 Abs. 1 lit. c BankG hinaus (wenn man nicht gleichzeitig das Aktienkapital vollständig herabsetzen will, wodurch die Gesellschaft niemandem mehr gehören würde, was ein Unding wäre).</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Der Ausnahmekatalog in Art. 49 Abs. 2 muss auch hier gelten, ansonsten diese Bestimmung als Umgehung von Art. 49 eingesetzt werden kann.</p>
<p><b>4. Kapitel: Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen</b></p>	
<p><b>Art. 51 Weiterführung von Bankdienstleistungen</b></p> <p><sup>1</sup> Sieht der Sanierungsplan vor, dass einzelne oder mehrere Bankdienstleistungen weitergeführt und Vermögenswerte <u>oder Vertragsverhältnisse</u> der Bank teilweise auf einen anderen Rechtsträger einschliesslich einer Übergangsbank übertragen werden sollen, so muss er namentlich:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. den oder die Rechtsträger bezeichnen, auf den oder die solche Bankdienstleistungen sowie Vermögensteile zu übertragen sind;</li> <li>b. die Vermögenswerte, namentlich die Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse, die teilweise übertragen werden sollen, sowie deren Gegenleistung beschreiben;</li> <li>c. die Bankdienstleistungen beschreiben, die weitergeführt und übertragen werden sollen;</li> <li>d. die getroffenen Kapitalmassnahmen aufzuführen und für den Fall der Übertragung von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank darlegen, wie die <u>Aktiven und Passiven</u> so</li> </ul>	<p><b>Allgemeiner Kommentar:</b></p> <p>Aufgrund des Wortlautes von Art. 31 Abs. 3 BankG ist fraglich, ob die Anordnung von Debt-to-Equity Swaps und erst recht eine Forderungsreduktion in Kombination mit der Auslagerung von Bankdienstleistungen zu einer Brückenbank überhaupt zulässig ist.</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. b und c:</b></p> <p>Aus Praktikabilitätsüberlegungen muss zumindest im Sinne eines "catch all" auch eine funktionale Umschreibung möglich sein (z.B. "alle anderen Vermögenswerte der Bank, welche mit der Bankdienstleistung XY unmittelbar zusammen hängen").</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. d:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Die Kombination von sog. "Kapitalmassnahmen" und der Auslagerung von Bankdienstleistungen auf eine Brückenbank wirft Fragen auf. Insbesondere ist es unter dem Gesichtspunkt von Art. 31 Abs. 3 BankG fraglich, ob es zulässig ist, Fremdkapital in Eigenkapital der "Restbank" umzuwandeln, wenn gleichzeitig die "gesunden" Teile auf eine Brückenbank übertragen werden.</li> <li>- Der Hinweis auf die Aufteilung der durch die Kapitalmassnahmen beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank beruht auf einem falschen Verständnis einer Bilanz: Diesem Hinweis liegt wohl die Annahme zugrunde, dass durch die Kapitalmassnahmen aktivseitig neue Mittel geschaffen werden. Dem ist nicht so, da sowohl bei einer Wandlung von Fremd- in Eigenkapital wie</li> </ul>

<p><del>beschafften Mittel</del> zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden;</p> <p>e. die Verpflichtung der Bank enthalten, die Massnahmen zu ergreifen und Handlungen vorzunehmen, die notwendig sind, damit alle zu übertragenden Vermögenswerte und Gegenstände, insbesondere auch im Ausland belegene oder ausländischem Recht unterstehende, auf den anderen Rechtsträger übertragen werden können;</p> <p>f. darlegen, ob ein Wertausgleich zu leisten, wie dieser zu berechnen und ob eine maximale Wertausgleichssumme anzuordnen ist;</p> <p>g. ausführen, ob und wie Systeme und Applikationen von der Bank und dem anderen Rechtsträger gemeinsam genutzt werden sowie, im Fall der Weiterführung von Bankdienstleistungen durch eine Übergangsbank, wie sichergestellt ist, dass diese Zugang zu Zahlungsverkehrs- und Finanzmarktinfrastrukturen hat und sie nutzen kann;</p> <p>h. beschreiben, wie zur Wahrung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen sichergestellt wird, dass nur übertragen werden können:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. verrechenbare, insbesondere einer Aufrechnungsvereinbarung unterliegende Forderungen und Verbindlichkeiten der Bank gegenüber einer Gegenpartei in ihrer Gesamtheit,</li> <li>2. gesicherte Forderungen und Verbindlichkeiten in Verbindung mit ihren Sicherheiten, und</li> <li>3. strukturierte Finanzierungen oder vergleichbare Kapitalmarktvereinbarungen, bei denen die Bank Partei ist, mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten.</li> </ol> <p><sup>2</sup> <u>Seit dem genehmigten Sanierungsplan</u> <u>Mit dem unbenützten Ablauf der Frist für die Ablehnung des Sanierungsplans nach Art. 31a Abs. 1 BankG bzw. mit der Genehmigung des Sanierungsplans für eine systemrelevante Bank vollstreckbar ist</u>, gehen alle übertragenen Vermögenswerte oder Vertragsverhältnisse mit allen damit verbundenen Rechten</p>	<p>auch bei einem Forderungsverzicht nur eine passivseitige Veränderung der Bilanz stattfindet. Das Kapital einer Brückenbank ergibt sich aus dem auf diese Brückenbank im Rahmen des Sanierungsplans übertragenen Aktivenüberschuss. Einzig bei einer Reduktion des bisherigen und Schaffung von neuem Eigenkapital fliessen der Bank aktivseitig allenfalls neue Mittel zu (bei einer Barliberierung oder Sacheinlage). Der Sanierungsplan sollte darlegen, mit welchen Mitteln und von wem die Übergangsbank mit "genügend Mitteln" (so der Erläuterungsbericht S. 38) ausgestattet werden soll, d.h. wie die Aktiven und Passiven aufgeteilt werden sollen.</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. e:</b></p> <p>Vgl. Kommentar zu Art. 51 Abs. 2.</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. f:</b></p> <p>Wer bezahlt den Wertausgleich? Auf welcher Basis erfolgt die Berechnung?</p> <p><b>Zu Abs. 2 und 3:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Die rechtliche Mechanik der Übertragung von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen ist unklar. Aus Art. 30 BankG ergibt sich, dass es sich dabei um eine (öffentlich-rechtliche) Sondernorm handelt. Der Ausschluss des Fusionsgesetzes ist zwar sachlich korrekt, aber es bedürfte einer zumindest summarischen Regelung der Grundzüge eines solchen Transfers auf Gesetzesstufe mit Konkretisierung in der Verordnung.</li> </ul> <p>Aus Praktikabilitätsgründen muss es sich um eine (funktional beschränkte) Universalsukzession mit Bezug auf die im Sanierungsplan genannten Vermögenswerte handeln. Mithin muss die Rechtswirkung der Übertragung mit der Genehmigung des Sanierungsplans eintreten (so auch Art. 51 Abs. 2 und Erläuterungsbericht S. 37). Hingegen ist es unrealistisch, wenn nach Genehmigung des Sanierungsplans noch Verfügungsgeschäfte (z.B. Zessionen, Vertragsübertragungen, Registereinträge etc.) vorgenommen würden (so aber der Erläuterungsbericht S. 35). Die damit zusammenhängenden Unabwägbarkeiten (fehlende Kooperation von Drittparteien, Aktiven im Ausland etc.) würde die Durchführung des Plans faktisch verunmöglichen. Falsch ist auf jeden Fall die Aussage im Erläuterungsbericht (S. 36), wonach "der Ort, an dem sich der Vermögenswert befindet, oder das Recht, welchem dieser untersteht, keine Rolle" spielen sollte mit Bezug auf die Übertragung von Bankdienstleistungen und Vermögenswerten.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gemäss Art. 30 Abs. 3 BankG gehen die übertragenen Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse qua Genehmigung des Sanierungsplans durch die FINMA auf den neuen Rechtsträger über. Es handelt sich hier um eine spezialgesetzlich angeordnete Universalsukzession. Diese Regelung ist für SiFis zutreffend, da Art. 31a BankG (Ablehnung des Sanierungsplans durch die Gläubiger) mit Bezug auf SiFis nicht anwendbar ist. Für die übrigen Banken aber muss gelten, dass der Übergang der Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse nach Art. 30 Abs. 3 BankG erst mit unbenütztem Ablauf der Ablehnungsfrist erfolgen kann. Andernfalls müsste bei einer Ablehnung des Sanierungsplanes die Übertragung rückabgewickelt werden.</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 3:</b></p> <p>Diese Bestimmung sollte allgemeiner formuliert sein, um andere Register (z.B. Patentregister) auch</p>
--	---

<p>und Pflichten <u>ohne weiteres</u> auf den oder die neuen Rechtsträger über.</p> <p><sup>3</sup> Die Genehmigung des Sanierungsplans tritt an die Stelle der sonst für die Übertragung allenfalls notwendigen Eintragungen in das Handelsregister oder das Grundbuch. Die Eintragungen in diese Register sind nachzuholen, haben jedoch nur deklaratorische Wirkung.</p>	<p>abzudecken.</p>
<p><b>Art. 52 Übergangsbank</b></p> <p><sup>1</sup> Die Übergangsbank dient der einstweiligen Fortführung einzelner, auf sie übertragener Bankdienstleistungen.</p> <p><sup>2</sup> Die FINMA erteilt der Übergangsbank eine <u>auf zwei Jahre befristete</u> Bewilligung. Sie kann die Bewilligung verlängern und bei der Erteilung von den üblichen Bewilligungsvoraussetzungen abweichen.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Die Idee einer Befristung von zwei Jahren stammt wohl aus dem Dodd Frank Act, ist aber sachlich ungeeignet (und wird auch bereits in den USA kritisiert und umgangen). Es muss auch möglich sein, eine Übergangsbank "auf Vorrat" zu gründen und bewilligen zu lassen, ohne dass bei Implementation des Notfallplans zuerst um eine Bankbewilligung nachgesucht werden muss. Bereits unter geltendem Recht hat die FINMA die Möglichkeit, eine Bewilligung mit Auflagen zu verbinden. Dies steht ihr auch in Zukunft und im Zusammenhang mit der Bewilligung für die Übergangsbank offen. Ausserdem kann gemäss unserer Kenntnis bei einer solchen Befristung gar keine Revision auf "going concern"-Basis vorgenommen werden. D.h., für die Eröffnungsbilanz der Übergangsbank muss eine Neubewertung der von der Übergangsbank zu übernehmenden Aktiven und Passiven auf "gone-concern" Basis vorgenommen werden.</li> <li>- Im Erläuterungsbericht (S. 38) findet sich erneut der falsche Hinweis auf die Aufteilung der durch die Kapitalmassnahmen beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank (vgl. hierzu Kommentar zu Art. 51 Abs. 1 lit. d).</li> </ul>
<p><b>4. Titel: Schutz der Systeme und der Finanzmarktinfrastrukturen</b></p>	
<p><b>Art. 53 Weisungen von Teilnehmern oder Teilnehmerinnen eines Zahlungsoder Effektenabwicklungssystems</b></p> <p>Weisungen von Teilnehmern oder Teilnehmerinnen eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystems nach Artikel 27 Absatz 2 BankG sind insbesondere:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Instruktionen, die unmittelbar die Abwicklung von Zahlungen oder Effekentransaktionen betreffen; sowie</li> <li>b. andere Überweisungen und andere Zahlungen von Teilnehmern oder Teilnehmerinnen an ein solches System, die der Bereitstellung der nach den Regeln des Systems erforderlichen finanziellen Mitteln dienen.</li> </ul>	

<p><b>Art. 54</b> Verbindlichkeit von Weisungen in Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen</p> <p><sup>1</sup> <del>Massnahmen im Sinne von , welche die rechtliche Verbindlichkeit einer Weisung eines Teilnehmers an einem Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem im Rahmen von Artikel 27 Absatz 1 und 2 BankG einschränken können, sind insbesondere :</del></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. <del>die Eröffnung des Bankenkurses nach den Artikeln 33–37g BankG; und</del></li> <li>b. <del>Schutzmassnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h BankG und-</del></li> <li>b-c. <del>Vergleichbare Insolvenzmassnahmen, die von in- oder ausländischen Behörden angeordnet werden.</del></li> </ul> <p><sup>2</sup> <del>Die FINMA ordnet in ihrer Verfügung betreffend eine Massnahme nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG ein Verbot oder eine Einschränkung nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h BankG oder der Erteilung von Weisungen nach Artikel 27 Absatz 2 BankG sowie auch den Zeitpunkt, ab dem die betreffende Massnahme das Verbot oder die Einschränkung gilt, ausdrücklich an.</del></p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <p>Es ist begrüssenswert, dass konkretisiert wird, welche Massnahmen unter den in Art. 27 Abs. 2 BankG genannten Begriff "solche Massnahmen" fallen sollen bzw. dass die Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 a-e BankG ausgeklammert werden, da diese die Verbindlichkeit der Weisungen wohl nicht zu beeinträchtigen vermögen. Allerdings ist die Formulierung dieser Bestimmung missverständlich, weshalb wir nebenstehende Umformulierung vorschlagen.</p> <p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <p>Im Hinblick auf ausländische Systemteilnehmer bzw. unregulierte Teilnehmer soll klar gestellt werden, dass die gesetzlich geregelte Finalitätswirkung auch dann eintritt, wenn die fraglichen Massnahmen z.B. von einem ausländischen Insolvenzverwalter oder einem ordentlichen Nachlass- oder Konkursrichter angeordnet wurde.</p>
<p><b>Art. 55</b> Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten</p> <p><sup>1</sup> Aufrechnungsvereinbarungen nach Artikel 27 Absatz 3 BankG umfassen insbesondere:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen;</li> <li>b. Verrechnungs- und Netting-Bestimmungen sowie Ausfallvereinbarungen von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen nach Artikel 27 Absatz 1 BankG .</li> </ul> <p><sup>2</sup> <del>Die freihändige Verwertung von Sicherheiten durch ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem gemäss den Regeln des Systems ist gewährleistet.</del></p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Zusatz ist u.E. überflüssig.</p>

<p><b>5. Titel: Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten</b></p>	
<p><b>Art. 56</b></p> <p><sup>1</sup>Bei der Anordnung der Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger kann <del>der Sanierungsplan</del> die FINMA mit Bezug auf vertragliche Beendigungsrechte anordnen, dass:</p> <p>a. Gegenparteien von Verträgen, die von der Bank auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, ihre Beendigungsrechte für eine gewisse Zeit nicht ausüben können; <u>und</u></p> <p>b. <del>die Aufschiebung der Beendigungsrechte nur mit Bezug auf Verträge möglich ist, die solche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen;</del></p> <p>c. <del>die Aufschiebung längstens für 48 Stunden angeordnet werden kann. Die FINMA legt den Beginn und das Ende der Aufschiebung explizit fest;</del></p> <p><u>d. die neue Vertragspartei die Pflichten aus den übertragenen Verträgen vollumfänglich und uneingeschränkt übernimmt.</u></p> <p><sup>2</sup><del>Die Aufschiebung der Beendigungsrechte ist nur mit Bezug auf Verträge möglich ist, die solche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen.;</del></p> <p><sup>3</sup><del>Die Aufschiebung kann längstens für 48 Stunden angeordnet werden kann. Der Sanierungsplan-Die FINMA legt den Beginn und das Ende der Aufschiebung explizit fest;</del></p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Für Eingriffe in Vertragsbeendigungsrechte findet sich im Bankengesetz keine Stütze, sie werden mit keinem Wort erwähnt – im Gegenteil: Art. 27 Abs. 3 BankG scheint solche Eingriffe geradezu auszuschliessen. Entsprechend müsste Art. 27 Abs. 3 BankG geändert werden, nachdem eine international breit abgestützte Regelung vereinbart wurde.</li> <li>- Damit diese Bestimmung funktioniert, muss sie international anerkannt und durchgesetzt werden können. Solange diese Regeln aber nicht international abgestimmt sind, kann dieses Ziel nicht erreicht werden (vgl. hierzu allgemeine Kommentare zum 3. Kapitel). Die internationalen Diskussionen zu diesem Thema haben erst begonnen. Es ist daher verfrüht, dies auf nationaler Ebene und im Alleingang zu regeln.</li> <li>- Bei einer Anordnung im Sanierungsplan nützt diese Massnahme nur dann etwas, wenn der Sanierungsplan gleichzeitig mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens genehmigt (und öffentlich bekannt gemacht) wird. Ausserdem kann sie nur bei SiFis eingesetzt werden, da in diesen Fällen der Sanierungsplan mit der Genehmigung durch die FINMA wirksam wird. Bei den übrigen Banken muss noch die 10 Tagesfrist für die Ablehnung durch die Gläubiger abgewartet werden. Erst nach Ablauf dieser Ablehnungsfrist wird der Sanierungsplan wirksam.</li> <li>- Diese Bestimmung sollte auch auf Kapitalmassnahmen gemäss dem 3. Kapitel ausgeweitet werden (insbesondere Debt-to-equity Swap) und nicht nur in Bezug auf die Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger zur Anwendung gelangen können. Der Erläuterungsbericht (S. 40) ist diesbezüglich bereits ein wenig offener formuliert ("wobei insbesondere zur Hauptsache die Übertragung von Bankdienstleistungen gemeint ist"). Gemäss FSB Key Attributes muss die Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten auf alle Insolvenzmassnahmen anwendbar sein.</li> <li>- Eine Aufschiebung der Beendigungsrechte sollte nur bezüglich solcher Verträge möglich sein, welche Beendigungsgründe vorsehen, die ausdrücklich und <i>ipso facto</i> an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen geknüpft sind und auch in diesem Falle nur, wenn im konkreten Fall unter einem solchen Vertrag tatsächlich ein solcher "<i>Ipso Facto</i>"-Beendigungsgrund geltend gemacht wird, und nicht ein anderer Beendigungsgrund, wie etwa Verzug mit sonstigen Leistungen oder generelle Kündigungsrechte etc. In den letztgenannten Fällen muss die Gegenpartei weiterhin in der Lage sein, die Beendigung geltend zu machen und ein Close-out Netting durchzuführen. Im Rahmen der internationalen Diskussion werden in diesem Zusammenhang sicherlich noch weitere Fragen zu regeln sein, wie etwa die Sicherstellung, dass die betroffenen Parteien sofort informiert werden, wie vorzugehen ist, wenn die Verträge nicht auf die Bridge Bank, sondern auf einen Dritten übertragen werden sollen, usw.</li> </ul>

<p><b>6. Titel: Abschluss des Verfahrens</b></p>	
<p><b>Art. 57</b> Schlussbericht</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin oder der oder die Sanierungsbeauftragte berichtet der FINMA summarisch über den Verlauf des Bankeninsolvenzverfahrens.</p> <p><sup>2</sup> Der Schlussbericht des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin enthält zudem:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Ausführungen über die Erledigung sämtlicher die Feststellung der Aktiv- und Passivmasse betreffenden Prozesse;</li> <li>b. Angaben über den Stand der an Gläubiger und Gläubigerinnen abgetretenen Rechtsansprüche nach Artikel 260 SchKG<sup>24</sup>; sowie</li> <li>c. eine Auflistung der noch nicht ausbezahlten Anteile sowie der noch nicht herausgegebenen abgesonderten Depotwerte mit der Angabe, weshalb eine Auszahlung oder Herausgabe bisher nicht erfolgen konnte.</li> </ul> <p><sup>3</sup> Die FINMA macht den Schluss des Bankeninsolvenzverfahrens öffentlich bekannt.</p>	
<p><b>Art. 58</b> Aktenaufbewahrung</p> <p><sup>1</sup> Nach Abschluss oder Einstellung des Bankeninsolvenzverfahrens regelt die FINMA die Aufbewahrung der Insolvenz- und Geschäftsakten.</p> <p><sup>2</sup> Die Insolvenzakten sowie die noch vorhandenen Geschäftsakten sind nach Ablauf von zehn Jahren seit Abschluss oder Einstellung des Bankeninsolvenzverfahrens auf Anordnung der FINMA zu vernichten.</p> <p><sup>3</sup> Vorbehalten bleiben abweichende spezialgesetzliche Aufbewahrungsvorschriften für einzelne Aktenstücke.</p>	

<p><b>7. Titel: Schlussbestimmungen</b></p>	
<p><b>Art. 59 Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts</b></p> <p><sup>1</sup> Die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. Juni 2005 über den Konkurs von Banken und Effekthändlern<sup>25</sup> (BKV-FINMA) wird aufgehoben.</p> <p><sup>2</sup> Die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz<sup>26</sup> (ABV-FINMA) wird wie folgt geändert: Art. 3 Abs. 3</p> <p><sup>3</sup> Für Vertretungen von ausländischen Banken finden die Bestimmungen über das Sanierungs- und Konkursverfahren nach den Art. 28 bis 32 und 33 bis 37g BankG keine Anwendung.</p>	
<p><b>Art. 60 Inkrafttreten</b></p> <p>Diese Verordnung tritt am ... 2012 in Kraft.</p>	

Vorab per E-Mail: [reto.schiltknecht@finma.ch](mailto:reto.schiltknecht@finma.ch)

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht  
FINMA  
Frau Prof. Anne Héritier Lachat  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

2. März 2012

### **Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA**

Sehr geehrte Frau Prof. Héritier Lachat

Am 16. Januar 2012 haben Sie die Anhörung zum Entwurf der Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA eröffnet. Als Dachverband der Schweizer Wirtschaft erlauben wir uns, zu dieser Vorlage aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht Stellung zu nehmen.

Vorab ist economiesuisse über das von der FINMA gewählte Vorgehen erfreut, das Bankeninsolvenzrecht nicht einzelfallweise mit Verfügungen, sondern generell-abstrakt durch eine Verordnung zu regeln, für deren Vorbereitung eine mit Experten und Praktikern besetzte Expertengruppe eingesetzt wurde.

economiesuisse begrüsst die Schaffung klarer rechtlicher Grundlagen für ein funktionierendes Bankeninsolvenzrecht. Die Wirtschaft hat grosses Interesse, dass die Abwicklung einer insolventen Bank im Ernstfall unter Beachtung der erforderlichen rechtsstaatlichen Grundsätze reibungslos und effizient abgewickelt werden kann. Ein effizientes Bankeninsolvenzrecht erhöht die Marktdisziplin und schafft transparente Verantwortlichkeiten. Dies ist im Interesse der gesamten Volkswirtschaft.

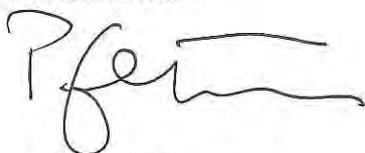
Für die Detailkommentare zu den einzelnen Bestimmungen des Verordnungsentwurfs verweisen wir auf die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung, welche economiesuisse vollumfänglich unterstützt.

economiesuisse kritisiert, dass für zentrale Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs der Bankeninsolvenz-Verordnung keine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Der verfassungsmässige Grundsatz des materiellen Gesetzesvorbehalts setzt in Art. 164 Abs. 1 BV fest, dass alle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Der Verordnungsentwurf enthält jedoch zahlreiche materiellrechtliche Regelungen, für die keine genügende gesetzliche

Grundlage besteht. Insbesondere die sanierungsrechtlichen Bestimmungen sollten daher im Sinne der Rechtsstaatlichkeit kritisch geprüft und falls erforderlich ergänzt werden, damit sämtliche Verordnungsbestimmungen über die erforderliche ausreichende gesetzliche Grundlage verfügen. Es ist unbedingt zu vermeiden, dass im Insolvenzfall einer Bank eine Verfügung der FINMA mangels gesetzlicher Grundlage der Bankeninsolvenz-Verordnung gerichtlich aufgehoben werden muss.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse  
economiesuisse



Dr. Pascal Gentinetta  
Vorsitzender der Geschäftsleitung



Dr. Meinrad Vetter  
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches

## Vorab per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dr. Urs Zulauf  
Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

Zürich, 28. Februar 2012

a:\Documents\p\_beghol\0001\00000136\General\D000244529.docx

## Stellungnahme zum Entwurf der Insolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA)

Sehr geehrter Herr Zulauf,  
Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Vorab bedanke ich mich für die Möglichkeit, Stellung zum Entwurf der Insolvenzverordnung der FINMA nehmen zu können. Ich mache davon mit vorliegendem Schreiben gerne Gebrauch. Bei meinen Hinweisen habe ich mich sowohl von praktischen als auch dogmatischen Überlegungen leiten lassen.

Ich beschränke mich darauf, auf ausgewählte Aspekte einzugehen.

Soweit nichts anderes vermerkt ist beziehen sich Verweise auf Artikel der BIV-FINMA.

### Allgemeine Bestimmungen (Art. 1 bis Art. 10)

Generell ist es zu bedauern, dass die *Verwendung der männlichen und weiblichen Form* aller Subjekte die Lesbarkeit unnötig erschwert. Nachdem das BankG auf guter alter ZGB/OR-Tradition steht (und nur die männliche Form verwendet), scheint diese Dualität unnötig. Sie wurde auch nicht überall umgesetzt (vgl. etwa Art. 3 Abs. 2).

#### Art. 1

Das Konzept *einer umfassenden Regelung* des Bankenkonzurs- und des Bankensanierungsrechts (Art. 1) ist sehr zu begrüßen.

**Art. 2**

Der Grossteil der Insolvenzfälle betrifft unbewilligte Institute bzw. Personen. Aufgrund dessen ist es zu begrüssen, dass *ausnahmsweise* auch die Bestimmungen zur Bankensanierung angewendet werden können (Art. 2 Abs. 2). Der Klarheit halber sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass es dafür eines Entscheids der FINMA (im Einzelfall) bedarf.

**Art. 10**

Der Wortlaut von Art. 37g Abs. 4 (früher Abs. 3) BankG hat geändert. Neu kann die FINMA nicht nur ausländische privilegierte Gläubiger, sondern auch (in- und/oder ausländische) Drittklassgläubiger in den Kollokationsplan miteinbeziehen. Insofern ist die Bezugnahme auf die „privilegierten“ Gläubiger in *Abs. 2 und 3* unzutreffend bzw. zu eng, weshalb der Wortlauf anzupassen ist. Vorschlag: „massgeblichen Gläubiger“.

Zu begrüssen wäre, wenn in Art. 10 auch die Regelung von *Art. 37g Abs. 2 BankG*, namentlich näher umschrieben würde. Dies gilt namentlich dafür, was in Bezug auf privilegierte Forderungen „gleichwertig behandelt“ bedeutet (Art. 37g Abs. 2 BankG), nachdem aller Voraussicht nach kein einziges Land der Welt eine vergleichbare (sprich: vergleichbar ausufernde) Privilegienordnung haben dürfte wie die Schweiz. Der interanationale Trend geht vielmehr dahin, für das gemeine Insolvenzrecht (d.h. soweit nicht Banken betroffen sind) überhaupt keine Privilegien mehr vorzusehen.

Mit dem Verweis in *Abs. 5* auf die Art. 166-175 IPRG wird das *Gegenrechtserfordernis* auch für bankrechtliche Anschlussinsolvenzverfahren verankert. Nachdem dieses anerkanntermassen überholt ist, ist es sachlich angezeigt, für das Bankenrecht davon abzuweichen. Aufgrund der Kompetenz der FINMA (gemäss Art. 34 Abs. 3 BankG), vom Bankengesetz abzuweichen, ist von der Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise auszugehen. Zudem weicht die BIV-FINMA auch andernorts (vgl. Bezugsrechtsausschluss in Art. 47) von bundesgesetzlichen Vorschriften ab (Erläuterungsbericht, S. 41 Mitte zum Bezugsrechtsausschluss). Dem Bankenrecht würde damit der Verdienst zufallen, das schweizerische internationale Insolvenzrecht in eine neue Epoche zu führen.

**Konkurs (Art. 11 bis Art. 39)****Art. 12**

Die ausdrückliche Regelung in *Abs. 5* ist zu begrüssen und zwar sowohl zur Klärung der Rechtslage gegenüber Behörden im Ausland als auch in Anbetracht der unveränderten und unsinnigen Sichtweise der ESTV, dass auf Aufwendungen der von der FINMA eingesetzten Konkursliquidatoren MWST zu entrichten sein soll.

**Art. 22**

Die Kodifizierung der bisherigen Praxis in *Abs. 2*, in Ausnahmefällen ein Konkursverfahren trotz Mangel an Aktiven durchzuführen bzw. abzuschliessen, ist zu begrüssen. Allenfalls würde auch ein „hinreichendes“ (anstatt ein „besonderes“) Interesse genügen.

**Sanierung (Art. 40 bis Art. 52)****Art. 40**

*Abs. 2* ist missverständlich. Sprachlogisch müsste es heissen: „Es besteht kein Anspruch auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens.“ (so auch Erläuterungsbericht, S. 25 unten).

**Art. 41**

Dass die FINMA mit der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens auch bereits den Sanierungsplan genehmigen kann (im Sinne eine pre-packed Plans), ist sehr zu begrüssen (*Abs. 2*).

In diesem Zusammenhang ist auch der ausnahmsweise Aufschub der Bekanntgabe (um maximal zehn Werktage) sehr zu begrüssen (*Abs. 4*). Es ist in der Tat aus praktischer Sicht *von grösster Bedeutung*, wenn möglich mit der Bekanntgabe eines Problems (Eröffnung eines Sanierungsverfahrens) auch gleich die „Lösung“ (d.h. den Sanierungsplan) präsentieren zu können.

**Art. 42**

Die ausdrückliche Regelung in *Abs. 5* ist zu begrüssen und zwar sowohl zur Klärung der Rechtslage gegenüber Behörden im Ausland als auch in Anbetracht der unveränderten und unsinnigen Sichtweise der ESTV, dass auf Aufwendungen der von der FINMA eingesetzten Organe MWST zu entrichten sein soll.

**Art. 45**

10 Werktage ist eine äusserst kurze (sportliche) Frist, auch wenn es sich um eine Mindestfrist handelt (*Abs. 1*). Wenn es die Verhältnisse erlauben, wird die Frist länger bemessen sein müssen.

In *Abs. 2 Satz 1* macht der Satzteil „zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens“ keinen Sinn. Gemäss dem Erläuterungsbericht (S. 31) bezieht sich der Satzteil offenbar auf die Höhe der Forderung (was Sinn macht und einer verfahrensrechtlichen Grundregel gleichkommt), weshalb der Satzteil an den entsprechenden Ort in Satz 2 zu verschieben ist („... die Höhe der Forderung zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens und den Forderungsgrund ...“).

**Art. 48/49**

Es ist sehr zu begrüssen, dass die Kautelen der Wandelbarkeit auf Verordnungsstufe umschrieben werden sollen. Damit wird Rechtssicherheit in einer strittigen Frage geschaffen.

Zu begrüssen ist die Klarstellung, dass die *Kaskaden*, welche das materielle Recht vorgibt, zu beachten sind, nämlich, dass

- (i) zunächst das gesamte Aktienkapital herabgesetzt werden muss (Art. 48 Abs. 1);
- (ii) zunächst das auf vertraglicher Basis geschaffene Wandlungskapitals gewandelt werden muss (Art. 48 Abs. 1);
- (iii) vorab nachrangige Forderungen zu wandeln sind (Art. 49 Abs. 4).

Die Ausnahme von der Umwandlung von gesicherten Forderungen (im Umfang der Sicherstellung; Art. 49 Abs. 2 lit. a) und von privilegierten Forderungen (Art. 49 Abs. 2 lit. b) ist systemkonform und gerechtfertigt.

Gemäss der Regelung sind Forderungen von der Wandlung ausgenommen, welche Gegenstand einer „im Voraus geschlossenen“ (Art. 27 Abs. 3 BankG) Aufrechnungsvereinbarung sind (Art. 49 Abs. 2 lit. c). Damit wird eine *Ungleichbehandlung von Gläubigern mit gesetzlichem Verrechnungsrecht* (Art. 120 ff. OR) und solche mit im Voraus geschlossenen Verrechnungsvereinbarungen (Aufrechnungsvereinbarungen) geschaffen. Eine solche Ungleichbehandlung zulasten der Gläubiger mit „nur“ gesetzlichem Verrechnungsrecht scheint wertungsmässig (aufgrund des materiellen Rechts) stossend, zumal es sich bei Verrechnungen um „grundlegende Mechanismen“ handelt und „systemisch unerwünschte Auswirkungen“ entständen, wenn „auf die die Rechtswirksamkeit und Durchsetzbarkeit dieser Mechanismen nicht mehr vertraut werden“ könnte (Erläuterungsbericht, S. 36 in Bezug auf die Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen). Auch vor dem Hintergrund von Art. 51 Abs. 1 lit. h Ziff. 1, welche Norm Aufrechnungsvereinbarungen den gesetzlichen Verrechnungsmöglichkeiten gleichstellt („verrechenbare, insbesondere einer Aufrechnungsvereinbarung unterliegende Forderungen“), ist eine Ungleichbehandlung unter Art. 49 *nicht gerechtfertigt*.

Von der Umwandlung ausgenommen sind Forderungen mit einer *Restlaufzeit von weniger als 30 Tagen* (Art. 49 Abs. 2 lit. d). Diesbezüglich bestehen namentlich *zwei Unklarheiten*, welche aus Gründen der *Rechtssicherheit* sinnvollerweise ausdrücklich zu klären sind:

- (i) Vorab ist unklar, *ab welchem Zeitpunkt* sich die Restlaufzeit berechnet. Der Erläuterungsbericht gibt darüber keinen Aufschluss. Die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital erfolgt im Rahmen des Sanierungsplans (Art. 31 Abs. 3 BankG; Art. 43 lit. i). Damit drängt sich die Genehmigung des Sanierungsplans durch die FINMA als massgebliches Ereignis bzw. als massgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der 30 Tagesfrist auf.

(ii) Unklar ist sodann, was mit „*Restlaufzeit*“ gemeint ist. Der Erläuterungsbericht sagt auch darüber nichts aus. Es dürfte der Eintritt der *Fälligkeit* gemeint sein. Soweit die FINMA nicht eine Stundung oder ein Fälligkeitsaufschub verfügt hat (Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG), muss eine vertraglich vorgesehene, vorzeitige Fälligkeit (sei es eine automatische oder eine von der Gegenpartei herbeigeführte) m.E. beachtet werden, wenn es darum geht, ob die „Restlaufzeit“ weniger als 30 Tage beträgt.

#### Art. 50

Diese Bestimmung ist grundsätzlich zu begrüßen. Soweit es um die *Stundung* bzw. um den *Fälligkeitsaufschub* geht, vermag sie sich auf Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG zu stützen, weshalb diese Massnahmen unproblematisch erscheinen; die Gläubiger werden auch „nur“ in zeitlicher Hinsicht vertröstet; Abstriche hinsichtlich der Forderungshöhe müssen sie nicht hinnehmen. Diesbezüglich macht es auch Sinn, dass solche Massnahmen „neben oder anstelle“ einer Reduktion und Schaffung von neuem Eigenkapital ergriffen werden können.

Ganz anders verhält es sich dagegen bei einem „teilweisen oder vollständigen *Forderungsverzicht*“. Hier wird (noch stärker als bei der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital) in die Rechtsposition des Gläubigers eingegriffen. Es scheint schon sehr fraglich, ob ein reiner Forderungsverzicht (ohne, dass der Gläubiger eine Gegenleistung erhält) überhaupt eine gesetzliche Grundlage hat; auf Art. 31 Abs. 3 BankG (Reduktion des bisherigen Eigenkapitals, Schaffung von neuem Eigenkapital sowie Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital) vermag sich diese Massnahme m.E. auf jeden Fall nicht zu stützen.

Weshalb ein Forderungsverzicht „neben oder anstelle“ einer Reduktion und Schaffung von neuem Eigenkapital erfolgen können soll (so Art. 50), ist unklar und in der Sache *nicht gerechtfertigt*. Wenn schon für die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verschiedene *Kaskaden* zu beachten sind (vgl. oben zu Art. 48/49), so muss dies hier *a fortiori* geltend. Ein Forderungsverzicht kann deshalb m.E. nur und erst verfügt werden, wenn

- (i) zunächst das gesamte Aktienkapital herabgesetzt worden ist (Art. 48 Abs. 1);
- (ii) zunächst das auf vertraglicher Basis geschaffene Wandlungskapital gewandelt worden ist (Art. 48 Abs. 1);
- (iii) vorab nachrangige Forderungen erfasst worden sind (Art. 49 Abs. 4);
- (iv) andere Forderungen in Eigenkapital gewandelt worden sind (Art. 48 f.).

Zudem müssen für einen von der FINMA verfügten Forderungsverzicht *dieselben Einschränkungen* gelten wie für die Wandelbarkeit von Forderung (Art. 49 Abs. 2).

Schliesslich ist völlig *unklar, welche Konstellationen* mit dem zwangsweisen Forderungsverzicht erfasst werden sollen bzw. welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die FINMA einen solchen Forderungsverzicht verfügen kann.

Die genannten *Kautelen* für Forderungsverzichte müssen m.E. unbedingt *im Verordnungstext* ihren Niederschlag finden.

#### **Art. 51**

Die Bestimmungen des Fusionsgesetzes sind auf die Vermögensübertragung bei der Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen nicht anwendbar (Erläuterungsbericht, S. 8 Mitte und S. 35 oben mit Verweis auf die Botschaft zur Einlagensicherungsvorlage). Folgerichtig sieht Abs. 2 vor, dass alle übertragenen Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse mit Vollstreckbarkeit des Sanierungsplans auf den neuen Rechtsträger übergehen. Damit haben alle (ansonsten zivilrechtlich notwendigen) Verfügungsgeschäfte nur deklaratorische Wirkung. Die Einschränkung, welche Abs. 3 diesbezüglich auf Eintragungen im Handelsregister und Grundbuch macht, ist insofern sachlich nicht zutreffend. Die *umfassende Geltung der bloss deklaratorischen Wirkung aller Verfügungsgeschäfte* sollte in Abs. 3 zum Ausdruck gebracht werden, wobei dabei „insbesondere“ auf die Eintragungen im Handelsregister und Grundbuch hingewiesen werden könnte.

### **Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten (Art. 56)**

#### **Art. 56**

Diese Bestimmung scheint auf „vertragliche Beendigungsrechte“ beschränkt (Ingress). Damit scheint sie in Bezug auf *gesetzliche* Beendigungsrechte (seien es solche des schweizerischen oder des anwendbaren ausländischen Rechts) selbst dann wirkungslos, wenn diese an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen anknüpfen. Entgegen dem Erläuterungsbericht (S. 40) ist die Aufschiebung von Vertragsbeendigungen nicht nur dann erforderlich, wenn eine vertragliche Regelung besteht. Ob eine Vertragsbeendigung auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage beruht, scheint geradezu irrelevant; in beiden Fällen ist die (gewollte) Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger gefährdet.

Unklar ist, ob die FINMA auch dann noch eingreifen kann, wenn (bevor die FINMA etwas angeordnet hat) die Kündigung von der Gegenpartei *schon ausgesprochen* worden ist. Die Regelungen in lit. a bis lit. c sprechen gegen eine solche Möglichkeit.

Soweit vertragliche Beendigungsrechte *an anderen Umständen* als der Anordnung von Insolvenzmassnahmen anknüpfen (wie z.B. Verzug, Schlechterfüllung, cross default oder ähnliches), scheint die Bestimmung nicht anwendbar (Art. 56 lit. b e contrario), obwohl sich solche andere Umstände häufig mit der Anordnung von Insolvenzmassnahmen überlagern (werden).

Ob Art. 26 bzw. die Art. 28 ff.<sup>1</sup> BankG eine *hinreichende gesetzliche Grundlage* für die Regelung der Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten (Art. 56) darstellt, scheint (entgegen dem Erläuterungsbericht, S. 39) zumindest *fraglich* bzw. ist zu bezweifeln. Damit ist fraglich bzw. zweifelhaft, ob die FINMA (gegenüber in der Schweiz ansässigen Gegenparteien<sup>2</sup>) wirklich den Aufschub von Vertragsbeendigungsrechten verfügen kann. Ein solcher Aufschub stellt einen (wenn auch in Anbetracht der Dauer von 48 Stunden [Art. 56 lit. c] nicht allzu schwerwiegenden) Eingriff ins Vertragsrecht und letztlich in unsere Rechtsordnung dar, da hoheitlich in zivilrechtliche Vertragsverhältnisse eingegriffen wird, nota bene ohne dass diese Gegenparteien selber reguliert wäre (bzw. sein muss).

Vor diesem Hintergrund scheint es *angezeigt*, bei nächster sich bietender Gelegenheit Art. 26 BankG entsprechend zu ergänzen, um eine *hinreichende gesetzliche Grundlage zu schaffen*.

Gemäss Erläuterungsbericht (S. 40) soll (zur Entschleunigung des Niedergangs einer Bank) verhindert werden, dass sich Finanzvertragspartner nicht auf *Default bzw. Cross Defaults* berufen können sollen. Diesbezüglich dürfe die neue Regelung in Art. 56 *wirkungslos* sein. Viele vertragliche Default oder Cross Default Regelungen knüpfen an den Default selbst an (also z.B. an Verzug, Schlechterfüllung, cross default oder ähnliches), welcher nicht erfasst wird (Art. 56 lit. c e contrario), und nicht an eine Insolvenzmassnahme (Art. 56 lit. c). Das angestrebte Ziel wird aber wohl nur schon deshalb nicht erreicht werden können, weil Art. 56 (richtigerweise) nur Verträge erfasst, welche von der Bank auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden (lit. a). Alle anderen (d.h. bei der Bank verbleibenden) Verträge werden von Art. 56 nicht erfasst; die Verletzung solcher Verträge führt aber genauso (bzw. kann genauso) zu einem Cross Default wie bei übertragenen Verträgen.

Insgesamt scheint die Regelung in Art. 56 noch nicht ganz ausgereift.

Mit freundlichen kollegialen Grüssen



Franco Lorandi

---

<sup>1</sup> So stellt m.E. namentlich Art. 30 Abs. 3 BankG keine hinreichende gesetzliche Grundlage dar.

<sup>2</sup> Gegenüber den *im Ausland ansässigen* Gegenparteien sollen die ausländischen Aufsichtsbehörden zuständig sein (Erläuterungsbericht, S. 40). Ob dies auch dann zutrifft, wenn die Gegenpartei selbst gar nicht reguliert ist, scheint äusserst fraglich (richtet sich aber letztlich nach dem jeweiligen ausländischen Recht).

**Vorab per Email**

reto.schiltknecht@finma.ch  
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herrn Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

London, 2. März 2012

**Vernehmlassung zum Entwurf der Verordnung der Eidgenössischen  
Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern**

Sehr geehrte Damen und Herren

Namens der International Swaps and Derivatives Association (ISDA)<sup>1</sup> nehmen wir gerne die Gelegenheit wahr, im Rahmen des Anhörungsverfahrens zum Entwurf der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern (hiernach „E-BIV-FINMA“) Stellung zu nehmen.

Diese Stellungnahme basiert auf der geltenden Fassung des BankG, dem seitens der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) in die Anhörung gegebenen Entwurf der E-BIV-FINMA sowie dem dazu unterbreiteten Erläuterungsbericht der FINMA (EB-FINMA) vom 16. Januar 2012.

Als führender internationaler Verband im Bereich der Derivate ist unser Hauptanliegen der Schutz der Netting-, Verrechnungs- und Sicherheitsvereinbarungen, und zwar gemäss unserem Ziel, die Rechtssicherheit für den Derivate Handel zu verbessern und damit auch die Risiken durch Netting- Aufrechnungs- und Sicherheitsvereinbarungen zu reduzieren. Aus diesem Grunde beschränkt sich die vorliegende Stellungnahme grundsätzlich auf diejenigen Bestimmungen der E-BIV-FINMA, welche Fragen der Verrechnung und des Netting berühren.

---

<sup>1</sup> ISDA ist ein internationaler Verband, der führende Teilnehmer des Sektors für privat gehandelte Derivate vertritt, ein Geschäftsfeld, das Zins-, Währungs-, Waren-, Kreditausfall- und Aktienswaps, Optionen und Termingeschäfte sowie damit verwandte Produkte wie Caps, Collars, Floors und Swaptions umfasst. ISDA hat zur Zeit über 800 Mitgliedsinstitute in 56 Ländern auf sechs Kontinenten. Über die Hälfte unserer Mitglieder sind in der Europäischen Union und benachbarten Ländern ansässig, und der überwiegende Teil unserer restlichen Mitglieder sind als Händler, Dienstleister oder Nutzer von Derivaten auf den europäischen Finanzmärkten tätig. Die Förderung der Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Finanzgeschäften durch gesetzliche Reformen ist eines der Hauptanliegen von ISDA seit ihrer Gründung 1985.

## 1. Vorbemerkung

Der E-BIV-FINMA sieht Einschränkungen vertraglicher Beendigungsrechte unter Verträgen mit Banken vor, wenn in Bezug auf diese eine Übertragung von Bankdienstleistungen und damit von Vermögenswerten auf eine andere Bank angeordnet wird. Wir sind der Auffassung, dass im Zusammenhang mit den Regelungen zum Close-out Netting in Rahmenverträgen eine Einschränkung dieser Beendigungsrechte, wie derzeit im E-BIV-FINMA vorgesehen, für die betroffene Bank, ihre Vertragsparteien sowie den schweizerischen Finanzmarkt insgesamt gravierende und unerwünschte Folgen hätte.

Finanztermingeschäfte (wie Derivate, Wertpapierdarlehen und Pensionsgeschäfte), werden aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben, welche grundlegend von der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich in Basel ausgearbeitet wurden, auf der Basis standardisierter Rahmenverträge abgeschlossen. Im Bereich der Derivate gilt das ISDA Master Agreement international als Industriestandard und als Modell für weitere Rahmenverträge. Diese Rahmenverträge sind bekanntlich in allen Ländern zentral für die Berechnung der Risiken, da Finanzinstitute als Vertragsparteien von Nettingvereinbarungen lediglich ihr Nettoausfallrisiko, das sich aus allen Transaktionen, welche durch den Rahmenvertrag abgedeckt sind, und nicht ihr Gesamtausfallrisiko mit eigenen Mitteln unterlegen müssen.

Wesentliche Bestandteile aller standardisierten Rahmenverträge sind Regelungen über das Netting, d.h. über die beendigungsbasierte Aufrechnung der gegenseitigen Forderungen aus den einzelnen Geschäften, die unter dem jeweiligen Rahmenvertrag abgeschlossen wurden. Diese Beendigungsklauseln sind ein zentrales Element dieser Nettingvereinbarungen, welche durch die Arbeiten der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich vorgegeben wurden. Mit ihnen wird jeder Vertragspartei das Recht zur Beendigung des Rahmenvertrags eingeräumt, wenn Ereignisse eintreten, durch die sich ihr Risiko aus den Geschäften mit der jeweils anderen Partei unter dem Rahmenvertrag erhöht. Als Konsequenz einer solchen Beendigung werden alle bestehenden gegenseitigen Ansprüche miteinander aufgerechnet, so dass sich eine einzige Ausgleichsforderung ergibt. Dies wird als Close-out-Netting oder auch als Liquidationsnetting bezeichnet. Aufgrund dieses Verfahrens müssen beide Vertragsparteien lediglich den Nettobetrag der saldierten Transaktionen im Rahmen ihrer Risikosteuerung berücksichtigen. Das Close-out-Netting ist daher ein unverzichtbares und hoch effizientes Instrument der Risikosteuerung und –reduzierung.

Jede wesentliche Beschränkung der Durchsetzbarkeit von Close-out-Nettingvereinbarungen oder eine diesbezügliche Rechtsunsicherheit würde schwerwiegende Folgen für die Risikosteuerung der jeweiligen Vertragsparteien haben. Zudem würde jede Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit von Close-out Nettingvereinbarungen auch die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes insgesamt beeinträchtigen. Jede Bank oder jede Effektenhändlerin, die von einer solchen Beschränkung von Beendigungsrechten theoretisch betroffen sein

könnte, hätte dadurch erhebliche Nachteile auf den Finanzmärkten. Vertragsparteien im Ausland wären nicht oder nur zu erheblich schlechteren Bedingungen bereit, Finanzgeschäfte mit einem solchen Institut in der Schweiz abzuschließen, da sie die mögliche Undurchsetzbarkeit oder Verzögerungen beim Close-out-Netting im Rahmen ihres Risikomanagements berücksichtigen müssten.

Eine Beschränkung von Beendigungsrechten würde erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Durchsetzbarkeit des Close-out-Nettings in einem Krisenszenario mit sich bringen. Dies könnte letztlich zu Vorbehalten gegenüber der Rechtswirksamkeit des Nettings mit schweizerischen Banken und Effekthändler und letztlich dazu führen, dass das Netting im Rahmen der Eigenmittelanforderungen in anderen Ländern nicht mehr berücksichtigt werden dürfte. Das würde somit bedeuten, dass ausländische Aufsichtsbehörden von den von ihnen beaufsichtigten Banken möglicherweise verlangen, ihr Ausfallrisiko aus Geschäften mit diesen schweizerischen Gegenparteien auf Brutto- anstelle auf Nettobasis zu unterlegen. Dies würde notwendigerweise die Kreditlinien mit diesen schweizerischen Gegenparteien einschränken, einen Einfluss auf die Preisgestaltung der jeweiligen Geschäfte zum Nachteil dieser schweizerischen Gegenparteien haben und allenfalls sogar gewisse ausländische Banken dazu führen, den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Banken und Effekthändlern in der Schweiz einzuschränken. Hierdurch würden schweizerischen Banken und Effekthändlern Wettbewerbsnachteile entstehen.

## 2. Close-out-Netting im geltenden BankG

Der schweizerische Gesetzgeber die grosse Bedeutung des Close-out-Nettings für den Finanzbereich erkannt. Art. 27 Abs. 3 BankG hält daher in seiner jüngst revidierten Fassung<sup>2</sup> ausdrücklich fest:

*" Die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen oder Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten in Form von an einem repräsentativen Markt gehandelten Effekten oder anderen Finanzinstrumenten bleibt von sämtlichen Anordnungen nach dem elften und zwölften Abschnitt unberührt."*

Mit der Revision von Art. 27 Abs. 3 BankG wurde klargestellt, was allerdings schon vorher eigentlich unbestritten war, dass der Vorbehalt von Aufrechnungsvereinbarungen und Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten nicht nur für den Fall der Anordnung von Schutz- oder Sanierungsmassnahmen, sondern auch für den Fall der Eröffnung eines Bankenkurses gelten soll. Der Aufrechnungsmechanismus und die Berechnung

---

<sup>2</sup> a n e i e r ( ich er n er in a en), in Kraft seit 1. Sept. 2011 (AS 2011 3919; BBl 2010 3993).

eines einzigen Ausgleichsbetrages ist wohl das augenfälligste Merkmal einer Aufrechnungsvereinbarung und damit des Close-out-Nettings. Die Aufrechnungsvereinbarung setzt dabei aber zwingend auch das Recht voraus, die zugrundeliegenden Verpflichtungen zu beenden. Dieses Beendigungsrecht ist somit unabdingbarer Teil der Aufrechnungsvereinbarung.

Mit der weiter zunehmenden Bedeutung der Besicherung von Derivaten und des Einbezugs solcher Sicherheiten in das Close-out-Netting ist aber auch die Wirksamkeit der Abrede einer freihändigen Verwertung von Sicherheiten zentral.

Im Zuge der vorgenannten Revision des BankG wurde als eine mögliche Sanierungsmassnahme die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen auf eine andere (bestehende oder neu gegründete) Bank festgeschrieben. Art. 30 BankG lautet:

"<sup>1</sup>

<sup>2</sup>

<sup>3</sup> Werden V

Stelle der Bank."

Art. 31 Abs. 3 VE-BankG hatte noch vorgesehen, dass eine Änderung der Beteiligungsstruktur der in der ersten Phase der Sanierung vorgesehenen Bank eine Änderung der Aufsicht über die Bank zur Folge hat. Diese Bestimmung wurde aufgrund der Kritik im Vernehmlassungsverfahren welche auf die zentrale Bedeutung der Netting- bzw. Aufrechnungsmechanismen hinwies, zurecht fallen gelassen.<sup>3</sup>

### **3. Stellungnahme zur Behandlung des Close-out Netting im Entwurf der Bankeninsolvenzverordnung FINMA**

#### **3.1. Vorbemerkung**

Die mit dem E-BIV-FINMA verfolgten Ziele bei der Umsetzung des im revidierten BankG festgeschriebenen Sanierungs- und Bankenkonzursverfahrens (zusammen

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu Urs Pulver/Bertrand G. Schott: Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, Sonderdruck aus Europa Institut Zürich Band 112 Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, S 239 ff.

Banken-insolvenzverfahren) verdienen grundsätzlich Zustimmung. Hervorzuheben ist dabei insbesondere das Ziel, durch Transparenz und Vorhersehbarkeit des Bankeninsolvenz-verfahrens die Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Das bedingt unseres Erachtens, dass der Katalog möglicher Massnahmen, deren Voraussetzungen und die davon berührten Rechte Dritter klar umschrieben werden. Dies gilt in besonderem Masse dort, wo die Konkretisierung einschneidender Massnahmen, wie vorliegend direkt an die Aufsichtsbehörde delegiert wird. Als selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, dass sich die Konkretisierung im Rahmen des BankG bewegt.

Im Einzelnen nehmen wir zu den das Close-out-Netting betreffenden Bestimmungen des E-BIV-FINMA wie folgt Stellung:

### **3.2. Umschreibung von Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten (Art. 55 E-BIV-FINMA)**

*Art. 55 Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten*

*<sup>1</sup> Aufrechnungsvereinbarungen nach Artikel 27 Absatz 3 BankG umfassen insbesondere:*

*a. Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen;*

*b Verrechnungs- und Netting-Bestimmungen sowie Ausfallvereinbarungen von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen nach Artikel 27 Absatz 1 BankG .*

*<sup>2</sup> Die freihändige Verwertung von Sicherheiten durch ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem gemäss den Regeln des Systems ist gewährleistet.*

Grundsätzlich erscheint uns die Umschreibung dessen, was unter den Begriff der Aufrechnungsvereinbarung gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG fällt, entbehrlich. Der Begriff ist umfassend und klar. Obwohl die Aufzählung konkreter Vereinbarungen aufgrund des einleitenden "insbesondere" nicht abschliessend ist, birgt die vergleichsweise enge Aufzählung und Umschreibung doch die Gefahr, den Begriff der Aufrechnungsvereinbarung gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG über Gebühr einzuschränken.

Sicher richtig ist, dass Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen ohne Weiteres als Aufrechnungsvereinbarung zu gelten haben. Sollte eine Umschreibung des Begriffs der Aufrechnungsvereinbarung in die definitive BIV-FINMA übernommen werden, so ist die Erwähnung von Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen in jedem Fall beizubehalten. Auch Netting-Bestimmungen in Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen haben ohne Weiteres als Aufrechnungsvereinbarung zu gelten.

Netting Bestimmungen finden sich jedoch darüber hinaus, wie bereits erwähnt, auch in bilateralen Vereinbarungen, welche nicht ohne Weiteres als Rahmenverträge verstanden werden können bzw. nicht in den Bestimmungen eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen enthalten sind. Dass auch sie im Voraus vereinbarte

Aufrechnungsvereinbarungen gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG darstellen, erscheint unzweifelhaft. Unklar ist diesbezüglich die Begründung in Ziff. 3.5.3 EB-FINMA, wenn dort zunächst zurecht ausgeführt wird, dass *mit "Aufrechnungsvereinbarungen" nach Art. 27 Abs. 3 BankG jedwelche Aufrechnungs-, Netting- oder Verrechnungsvereinbarungen gemeint seien*, dann allerdings dieser Grundsatz auf solche Vereinbarungen eingeschränkt wird, *welche zwischen einem System- oder Finanzmarktinfrastuktur-Betreiber und einer Bank geschlossen wurden*. Art. 27 Abs. 3 legt keinerlei diesbezügliche Einschränkung nahe. Vertragsparteien, welche Netting Vereinbarungen mit Banken oder Effektenhändlerinnen abgeschlossen haben – und ebenfalls regulierte Finanzinstitute sein könnten - müssen weiterhin darauf vertrauen können, dass sämtliche Netting-Vereinbarungen ungeachtet vom formalen Rahmen, in welchem sie eingegangen wurden, von Art. 27 Abs. 3 BankG erfasst sind. Art. 55 ist deshalb insoweit zu ergänzen bzw. zu klären, dass Aufrechnungs- oder Netting-Bestimmungen in anderen Verträgen ebenfalls von der Bestimmung erfasst werden.

Wenn Art. 55 Abs. 2 E-BIV-FINMA die freihändige Verwertung von Sicherheiten durch ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem gemäss den Regeln des Systems gewährleistet, ist unklar, inwieweit Art. 27 Abs. 3 BankG dadurch konkretisiert werden soll. Der E-BIV-FINMA kann die Gewährleistung gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG nicht auf Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme beschränken. Art. 55 Abs. 2 E-BIV-FINMA erwähnt die Voraussetzung des repräsentativen Marktes für eine freihändige Verwertung von Sicherheiten gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG nicht ausdrücklich. Sollte damit die freihändige Verwertung durch Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme bewusst auf Werte ausgedehnt werden, die nicht an einem repräsentativen Markt gehandelt werden, so wäre dies durch den klaren Wortlaut von Art. 27 Abs. 3 BankG nicht abgedeckt.

### 3.3. Fortführung von Bankdienstleistungen (Art. 51 E-BIV-FINMA)

*1*

*Rec*

*er namentlich:*

*b. die Vermögenswerte, namentlich*

*sollen;*

*d. die getroffenen Kapitalmassnahme*

*von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank darlegen, wie die so beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden;*

*e. die Verpflichtung der Bank enthalten, die Massnahmen zu erg*

*werden können;*

*f. darlegen, ob ein Wertausgleich zu leisten, wie dieser zu berechnen und ob eine maximale Wertausgleichssumme anzuordnen ist;*

*Rechtsträger gemeinsam genutzt werden sowie, im Fall d*

*Bankdienstleistungen durch eine Übergangsbank, wie sichergestellt ist, dass diese Zugang zu Zahlungsverkehrs- und Finanzmarktinfrastrukturen hat und sie nutzen kann;*

*h. beschreiben, wie zur Wahrung der rechtlichen und wirtschaftlichen*

*Gegenpartei in ihrer*

*Gesamtheit,*

*2. gesicherte Forderungen und Verbindlichkeiten in Verbindung mit ihren Sicherheiten, und*

*3. strukturierte Finanzierungen oder vergleichbare Kapitalmarktvereinbarungen, bei denen die Bank Partei ist, mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten.*

*2*

*3 Die Genehmigung des Sanierungsplans tri*

*Übertragung allenfalls notwendigen Eintragungen in das Handelsregister oder das Grundbuch. Die Eintragungen in diese Register sind nachzuholen, haben jedoch nur deklaratorische Wirkung.*

Zu begrüßen ist, dass bei der Anordnung der Übertragung einzelner Bankdienstleistungen und der Übertragung entsprechender Vermögenswerte auf eine andere Bank gemäss Art. 51 E-BIV-FINMA lit. h Ziff. 1, verrechenbare, insbesondere einer Aufrechnungsvereinbarung unterliegende Forderungen und Verpflichtungen der Bank gegenüber einer Gegenpartei, nur in ihrer Gesamtheit übertragen werden können. Gemäss Art. 51 E-BIV-FINMA lit. h Ziff. 2 können überdies gesicherte Verpflichtungen nur zusammen mit den entsprechenden Sicherheiten übertragen werden können.

Damit werden die Verrechenbarkeit, bzw. die Aufrechnungsvereinbarung gewahrt und dem Prinzip des einheitlichen Vertragsverhältnisses Rechnung getragen sowie die eingegangenen Sicherungsabreden eingehalten. Allerdings ist zu beachten, dass gerade im Bereich der Derivate der Frage, ob diese überhaupt übertragen werden sollen oder nicht, besondere Beachtung geschenkt werden muss. Derivate können der Absicherung verschiedener Risiken dienen, welche nicht notwendigerweise zur übertragenen Bankdienstleistung gehören. Damit können sich sowohl für die übertragende (Verlust einer Absicherung) wie auch für die übernehmende Bank (Absicherung nicht vorhandener Risiken) ungewollte Risiken einstellen.

Es muss klar präzisiert werden, dass bei der Anordnung der Übertragung nie (i) nur einen Teil der geschützten, gegenseitigen Rechte und Pflichten, auf welche sich eine Nettingvereinbarung gründet betreffen darf, (ii) Rechte und Pflichten beendet oder geendet werden, die einer Partei gemäss der Nettingvereinbarung zustehen, oder, (iii) das Recht zur Beendigung der Nettingvereinbarung aufgrund einer teilweisen Übertragung beschränkt werden. Die Vertragskonstruktion, welche die Nettorisikoberechnung aufgrund der Close-out Netting Bestimmungen erlaubt, muss unbedingt gewahrt werden, um den aufsichtsrechtlichen Zweck der Master Agreements nicht zu gefährden. Eine partielle Übertragung darf mit anderen Worten nicht zu einem Auseinanderfallen der Rechte und Pflichten aus den Derivaten führen, konzeptuell das Konzept der Nettingvereinbarungen zerstören und infolgedessen auch das resultierende Nettoausfallrisiko in ein Bruttoausfallrisiko umwandeln. Das würde einer der „inherenten Risiken“ (inherent Concepts) zuwiderlaufen, die ein wesentliches Element jeder Nettingvereinbarungen ist und auf der sich alle Master Agreements stützen.

Für die Vertragspartei entsteht demgegenüber bei einer Übertragung auf eine bestehende Bank möglicherweise eine ungewollte bzw. unzulässige Risikokonzentration. Darauf ist unter dem Titel der Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten zurückzukommen.

### **3.4. Aufschiebung des Vertragsbeendigungsrechts (Art. 56 E-BIV-FINMA)**

*Art. 56*

*Bei der Anordnung der Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger, kann die FINMA mit Bezug auf vertragliche Beendigungsrechte anordnen,*

*dass:*

*können;*

*b. die Aufschiebung der Beendigungsrechte nur mit Bezug auf Verträge möglich ist, die*

*legt den Beginn und das Ende der Aufschiebung explizit fest;*

*d. die neue Vertragspartei die Pflichten vollumfänglich*

#### **3.4.1 Fehlende gesetzliche Grundlage**

Nachdem eine entsprechende Kompetenz der FINMA im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich gestrichen wurde, bietet das geltende BankG unseres Erachtens keine rechtliche Grundlage für eine solche Massnahme, sei es generell-abstrakt in der Bankeninsolvenzverordnung FINMA oder individuell-konkret auf Anordnung der

FINMA im Einzelfall. Eine solche kann aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte entgegen den Ausführungen unter Ziff. 3.6 EB-FINMA auch nicht durch teleologische Interpretation der Art. 26 und 28 BankG abgeleitet werden. Wir sind deshalb der Auffassung, dass Art. 56 E-BIV-FINMA daher unter dem geltenden BankG ersatzlos zu streichen ist.

Dennoch sei im Einzelnen noch auf Folgendes hingewiesen:

### **3.4.2 Zuständigkeit und Anwendungsbereich**

In Ziff. 3.6 EB-FINMA wird zur Begründung ausgeführt, es werde damit ein Anliegen des Financial Stability Board (FSB) umgesetzt. Allerdings handelt es sich dabei um Empfehlungen an den Gesetzgeber in Bezug auf systemrelevante Finanzinstitute. Wie bereits ausgeführt, liegt der Entscheid darüber für die Schweiz beim Parlament, das über eine erneute Änderung des BankG zu befinden hätte.

Unter Ziff. 2.3 EB-FINMA wird ausgeführt, diese Anordnung könne die FINMA dort treffen, wo dies der Aufrechterhaltung von (systemrelevanten) Bankdienstleistungen und damit letztlich der Schutz des nationalen und internationalen Finanzsystems verlangt. Eine entsprechende Präzisierung fehlt allerdings im E-BIV-FINMA. Der E-BIV-FINMA geht damit klar über die Empfehlung des FSB hinaus.

### **3.4.3 Ausnahme für Aufrechnungsvereinbarungen**

Die Möglichkeit der Aufschiebung des Beendigungsrechts sieht sodann keine Ausnahme bezüglich Aufrechnungsvereinbarungen vor, wie sie angesichts der klaren Anordnung von Art. 27 Abs. 3 BankG zwingend notwendig ist. Aufgrund der Ausführungen in Ziff. 3.6 des EB-FINMA wird vielmehr klar, dass eine solche Aufschiebung auch Close-out-Netting Bestimmungen betreffen soll.

Soweit am Aufschiebungsrecht gemäss Art. 56 E-BIV-FINMA festgehalten werden sollte, sind Aufrechnungsvereinbarungen zwingend von dieser Regelung auszunehmen.

Dies zunächst zur Vermeidung eines Widerspruchs mit dem übergeordneten BankG. Dann aber auch aufgrund der besonderen Natur und Wichtigkeit des Close-out-Netting im Finanzbereich. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf die Vorbemerkungen verwiesen werden.

### **3.4.4 Unklare Regelung**

Zentral wäre nach unserer Auffassung, Art. 56 lit. b E-BIV-FINMA insoweit zu klären, dass die Aufschiebung nur dann gelten kann, wenn die Beendigung ausdrücklich auf der Anordnung einer Insolvenzmassnahme für das betroffene Institut begründet wird. Bestehen andere Leistungsstörungen, wie die Nichterfüllung von

vertraglichen Pflichten oder ein Verzug, dann darf Art. 56 E-BIV-FINMA nicht dazu führen, dass die entsprechenden vertraglichen Beendigungsrechte beschränkt werden. Es muss klar festgehalten werden, dass die Geltendmachung anderer vertraglicher Rechte, d.h. anderer Beendigungsrechte, die nicht durch das Insolvenzverfahren ausgelöst werden, unberührt bleiben.

Die Regelung als solche erscheint derzeit unklar: Anwendung findet das Recht die Beendigung aufzuschieben nur auf Verträge, welche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen. Unklar ist dabei, ob es genügen soll, dass ein Vertrag die Anordnung von Insolvenzmassnahmen nebst anderen Fällen als Beendigungsgrund vorsieht. Ebenfalls unklar erscheint, ob eine solche Aufschiebung des Beendigungsrechts auch dann möglich sein soll, wenn im Einzelfall ein anderer Beendigungsgrund (allein oder zusätzlich) gesetzt wurde. Weiter erscheint unklar, ob mit dieser Regelung auch eine automatische Beendigung erfasst werden soll. Nicht geregelt wird schliesslich die Frage, ob eine Beendigung des Vertrages nach der Übertragung und Ablauf der Aufschiebung ohne weiteres möglich ist (cool-off period) oder aber den Eintritt eines unabhängigen Beendigungsgrundes mit der neuen Gegenpartei voraussetzt.

### **3.4.5 Fragliche Durchsetzbarkeit**

Generell erscheint die Durchsetzbarkeit der Regelung von Art. 56 E-BIV-FINMA fraglich. Dies einerseits in zeitlicher Hinsicht. Die Anordnung der Aufschiebung soll der Entschleunigung dienen. Anzunehmen ist jedoch vielmehr, dass tendenziell die Beendigungsmöglichkeit zeitlich vorgezogen wird und sich damit eher eine Beschleunigung einstellen könnte. Sodann scheint die Regelung implizit davon auszugehen, dass die ganze Übertragung als Teil eines Sanierungsverfahrens minutiös vorbereitet werden kann, um dann innerhalb von zwei Tagen durchgeführt werden zu können, darüber aber nichts nach aussen hin bekannt gemacht würde, u.a. um zu verhindern, dass gestützt auf diese Vorbereitungen solche Beendigungsrechte ausgeübt würden.

Das scheint reichlich theoretisch und ein Bekanntwerden eines solchen Sanierungsplanes aber auch nur diesbezügliche Vermutungen oder Gerüchte könnten ohne Weiteres eine Beendigungskette auslösen.

Sodann ist auch im internationalen Verhältnis eine solche Aufschiebung eines Beendigungsrechts kaum durchsetzbar. Internationale Rahmenverträge unterstehen typischerweise ausländischem Recht, mit einem ausländischen Gerichtsstand. Als insolvenzrechtliche Massnahme, könnte dabei die Beschränkung bzw. Aufschiebung des Beendigungsrechts in der Regel nicht beachtet werden.

## **3.5. Wandelbarkeit von Forderungen (Art. 49 Abs. 1 E-BIV-FINMA)**

*Art. 49 Wandelbarkeit von Forderungen*

*1 Es kann grundsätzlich sämtliches Fremd- in Eigenkapital gewandelt werden.*

*2 Folgende Forderungen sind nicht in Eigenkapital wandelbar:*

*a. gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung;*

*b. privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG23 und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG;*

*c. Forderungen, die Gegenstand von Aufrechnungsvereinbarungen sind (Art. 27 Abs. 3 BankG); und*

*d. Forderungen mit einer Restlaufzeit von weniger als 30 Tagen.*

*3*

*Wandelbarkeit*

*ausnehmen.*

*4 Bei der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital sind vorab sämtliche nachrangigen Forderungen umzuwandeln.*

Art. 31 Abs. 3 BankG, der die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (statutory bail-in) vorsieht, muss in der Tat konkretisiert werden. Dabei ist die Voraussehbarkeit von entscheidender Bedeutung. Entsprechend muss der Kreis der möglicherweise betroffenen Verpflichtungen klar und abschliessend formuliert werden. Auch die Reihenfolge, in welcher verschiedene Verpflichtungen umgewandelt würden sollte geregelt werden.

Der Ansatz von Art. 49 E-BIV-FINMA zunächst den Grundsatz aufzustellen, dass sämtliches Fremd- in Eigenkapital gewandelt werden kann, und dann einzelne Ausnahmen zu statuieren, wird unseres Erachtens der Forderung nach Vorhersehbarkeit nicht gerecht und ist nur schwerlich mit dem Ziel des Anlegerschutzes zu vereinbaren.

Dies insbesondere auch deshalb weil der Ausnahmekatalog nicht erkennen lässt, welches Konzept dem Ausnahmekatalog zugrunde liegt.

Unklar erscheint sodann die Ausnahme von Verpflichtungen mit einer Restlaufzeit von weniger als 30 Tagen. Ob mit "Restlaufzeit" generell die Fälligkeit angesprochen wird und damit eine jede Verpflichtung mit einer Fälligkeit unter 30 Tagen ausgenommen werden soll und ob eine solche auch durch Kündigung herbeigeführt werden kann, sollte nicht offen gelassen werden.

Der Kreis der betroffenen Verpflichtungen sollte abschliessend aufgezählt und zwischen diesen Verpflichtungen möglicherweise auch eine Reihenfolge für die Umwandlung vorgesehen werden.

Richtig ist, dass entsprechend Art. 27 Abs. 3 BankG Aufrechnungsvereinbarungen und Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten ausgenommen werden.



Wir hoffen, die vorstehenden Kommentare seien für die Finalisierung der BIV-FINMA dienlich und stehen Ihnen bei der weiteren Erörterung der obigen Themen oder damit zusammenhängender Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

---

Dr. Peter M. Werner

*Senior Director*

pwerner@isda.org

**Vorab per Mail: reto.schiltknecht@finma.ch**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht  
 FINMA  
 Dr. Urs Zulauf  
 Dr. Reto Schiltknecht  
 Einsteinstrasse 2  
 3003 Bern

Basel, 1. März 2012  
 DST/ahp/B1644267

**Entwurf der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA**

Sehr geehrter Herr Dr. Zulauf,  
 Sehr geehrter Herr Dr. Schiltknecht

Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 16. Januar 2012 und danke für die Möglichkeit, in oben genannter Angelegenheit Stellung nehmen zu können. Dem komme ich gerne wie folgt nach:

**I. Allgemeines**

1. Ich begrüsse grundsätzlich den Vorschlag, Bankenkonsolidationsverfahren in einer Verordnung zu behandeln.
2. Der vorliegende Entwurf ist von hoher Qualität. Ich möchte mich daher inhaltlich auf zwei Punkte beschränken.

**II. Verzicht auf das Gegenrecht**

3. Gemäss dem Verweis in Art. 37g Abs. 5 BankG auf Art. 166 – 175 IPRG ist bei der Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen das Gegenrecht erforderlich. Hierbei handelt es sich um ein gesetzgeberischen Missgriff (vgl. statt vieler z.B. Daniel Staehelin, die Anerkennung ausländischer Konkurs- und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss Basel 1989, S. 65 ff.). Im Bereich der Bankeninsolvenz tritt als zusätzlicher Faktor der Umstand hinzu, dass das Ansehen und das Vertrauen in den Finanzplatz Schweiz erhalten und verstärkt werden soll, was sich mit dem Reziprozitätserfordernis nicht in Einklang bringen lässt. Es sollte daher gestützt auf Art. 34 Abs. 3 BankG in der neuen Verordnung

Kellerhals Anwälte T +41 58 200 30 00  
 Hirschgässlein 11 F +41 58 200 30 11  
 Postfach 257 info@kellerhals.ch  
 CH-4010 Basel www.kellerhals.ch

Bern: Effingerstrasse 1, CH-3001 Bern  
 Zürich: Rämistrasse 5, CH-8024 Zürich

swisNot

Dr. Daniel Alder  
 Evö Bachofner  
 Dr. Thomas Bähler, LL.M.  
 Dr. Marco Balmelli  
 Notar (BS)  
 Thierry Barbey  
 Dr. Florian Baumann, H.E.E.  
 Dr. i.v.o. P. Baumgartner\*  
 dipl. Steuerexperte  
 Dr. Bernhard Berger, LL.M.  
 Dr. Ballthasar Bessenich  
 Notar (BS)  
 Dr. Lukas Bopp, LL.M.  
 Dr. Beat Brechtbühl, LL.M.  
 Simone Burckhardt  
 Anita Buri  
 Dr. Leonardo Cereghetti  
 Dr. Bernhard Christen  
 Philipp A. d'Hondt  
 Silvia Eggenschwiler Suppan  
 Dr. Thomas Eichenberger  
 Marlen Eisenring  
 Dr. Daniel Emch, LL.M.  
 Kathrin Enderli  
 Jean-Rodolphe Fiechter  
 Philippe Frésard, M.F.E.  
 Notar (BE)  
 Christoph Frey, LL.M.  
 Fachanwalt SAV Halbpflicht- und Versicherungsrecht  
 Dr. Fabrizio Gabrielli  
 PD Dr. Pascal Groimund, LL.M.  
 Dr. Andreas Güngerich, LL.M.  
 Dr. Bernd Hauck\*\*  
 Ernst Hauser, LL.M.  
 Thomas Hentz  
 Dr. Markus Hess  
 Melanie Huber  
 Dr. Christoph Jäger  
 Olivier Jann\*  
 Notar (BE)  
 Estelle Keiler Leuthardt  
 Prof. Dr. Franz Kellerhals  
 Theres Kohler  
 Nathalie Lang  
 CAS iPR-ESG in Halbpflicht- und Versicherungsrecht  
 Michèle Ludwig  
 Karim Maizar  
 Dr. Mario M. Marti, Mjur  
 Urs Marti  
 Martin Molina, LL.M.  
 Dr. Ellen Moltzahn, LL.M.  
 Dr. Nicolas Mosimann, LL.M.  
 lic. oec. Astrid Mooser-Schacher, LL.M.  
 Dr. Dominik Oberholzer, LL.M.  
 Ines Pöschel  
 Patrik Richard  
 Dr. Peter Rickli  
 Frank Roth, LL.M.  
 dipl. Steuerexperte  
 Lea Ruckstuhl  
 Bina Rutz  
 Peter Schatz, LL.M.  
 Andrea Schmutz  
 Notarin (BS und BE)  
 Werner Schubiger  
 Dr. Annette Spycher, LL.M.  
 Prof. Dr. Daniel Staehelin  
 Notar (BS)  
 Dr. Ralf Michael Straub\*\*  
 Dr. Claude Thomann, LL.M.  
 Fachanwalt SAV Anseersrecht  
 Dr. Adrian Walpen  
 Dr. Christian Witschi  
 dipl. Steuerexperte  
 Sabine Wyss  
 Konsulenten:  
 Dr. Christopher C. King  
 Attorney at Law (NY, USA)  
 Solicitor (England)  
 Peter Kolmel\*  
 Management Consultant  
 Prof. Dr. Dr. h.c. Adrian Staehelin  
 Rechtsanwältinnen eingetragen im  
 Anwaltsregister und Mitglieder des  
 Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV)  
 \* nicht als Rechtsanwältin eingetragen  
 \*\* für die IPRG, Rechtsanwältin (D),  
 eingetragen in der Liste der EU-Anwälte  
 \*\*\* Rechtsanwältin (D)

STATE CAPITAL GROUP  
 GLOBAL CORPORATE & LEGAL SOLUTIONS

nung festgehalten werden, dass das Gegenrecht nicht erforderlich sei. Die Botschaft BankG vom 20.11.2002, S. 8092, sieht diese Möglichkeit ausdrücklich vor bezüglich Regeln des SchKG, auf welche das BankG verweist. Demzufolge muss dies auch für die Regeln des IPRG gelten, auf welche im BankG verwiesen wird.

### III. Aufnahme von Amtes wegen bei nicht ordnungsgemässen Büchern

4. Art. 8 des Entwurfs weitet bei einer Bank, deren Bücher ordnungsgemäss geführt sind, die Befugnis des Konkursliquidators, aus den Büchern ersichtliche Forderungen als angemeldet zu anerkennen, auf sämtliche Gläubiger aus. Dies ist sehr zu begrüssen ist. Die bisherige einschränkende Fassung von Art. 24 Abs. 3 BKV-FINMA war weder gesetzeskonform noch sachgerecht. Ich empfehle jedoch, auch bei Instituten, die keine ordnungsgemässen Bücher geführt haben, dem Konkursliquidator die Möglichkeit zu geben, den Kollokationsplan von Amtes wegen zu erstellen und Forderungen aufzunehmen, von denen er sonstwie Kenntnis erhalten hat, ohne dass es einer formellen Eingabe bedarf.
5. Mein diesbezüglicher Antrag beruht auf meinen Erfahrungen als Konkursverwalter der Inter Capital Gruppe, einem Schneeballsystem mit ca. 2'500 Gläubigern und ohne Buchhaltung. Hier erstellte ich den Kollokationsplan von Amtes wegen aufgrund der Unterlagen der Strafverfolgungsbehörden. Zudem berechnete ich bei allen Gläubigern den Zins bis zur Konkurseröffnung nach einem einheitlichen System. Hätte ich hierfür von jedem Gläubiger (meist ältere Personen mit Wohnsitz in Deutschland) nochmals eine formal richtige Konkurseingabe benötigt, hätten viele Forderungen, von denen ich wusste, dass sie zu Recht bestanden, nicht berücksichtigt werden können. Sodann habe ich jedem Gläubiger vor der formellen Auflage des Kollokationsplanes einen Auszug der ihn betreffenden voraussichtlichen Kollokation seiner Forderung zur freiwilligen Stellungnahme innert Frist zugestellt. Die Nichtaufnahme materiell bestehender Forderungen aus formellen Gründen schadet dem Ansehen des Finanzplatzes Schweiz.

Ich hoffe, dass Ihnen meine Anregungen von Nutzen sind und verbleibe

mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Daniel Staehelin



FINMA		
ORG	20. FEB. 2012	SB
B5		
Bemerkung:		tl

Betreibungsamt Illnau-Effretikon, 8307 Effretikon

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

8307 Effretikon, 16. Februar 2012

## Öffentliche Anhörung zur „Bankeninsolvenzverordnung-FINMA“

Sehr geehrter Herr Dr. Schildknecht,  
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, dass Sie uns die Möglichkeit geben, zur Bankeninsolvenzverordnung Stellung zu nehmen. Wir sind der Meinung, dass es notwendig und sinnvoll ist, die vorgeschlagenen Anpassungen vorzunehmen und befürworten diese vollumfänglich. Weitere Bemerkungen hierzu haben wir nicht anzufügen.

Mit freundlichen Grüssen

Konferenz der Betreibungs- und  
Konkursbeamten der Schweiz

Stefan Broger, Präsident

Roger Schober, Sekretär

per E-Mail an [reto.schildknecht@finma.ch](mailto:reto.schildknecht@finma.ch)

Handwritten text, possibly a list or notes, with some lines underlined. The text is very faint and difficult to read.























W. S.

W. S.

# NOBEL & HUG

RECHTSANWÄLTE

PROF. DR. PETER NOBEL  
DR. BENNO BERNET  
DR. CHRISTOPH PETER  
DR. PHILIPP PERREN  
DIPLOM. MASCH. ING. ETH  
DR. DIETER GESSLER  
LIC. IUR. MARCO HABRIK  
ZUSÄTZLICH FACHANWALT SAV ARBEITSRECHT  
C. S. ANDERFUHREN-WAYNE  
(J. D.) NUR IN NEW YORK ZUGELASSEN  
DR. ISABEL STIRNIMANN  
LIC. IUR. SANDRA SPIRIG  
LIC. IUR. MICHÈLE FORSTER  
LIC. IUR. MICHAEL HÄUPTLI  
MARKUS KAEMPF  
DEUTSCHER RECHTSANWALT  
LIC. IUR. PATRICIA BUSCHOR  
DR. RACHEL BENEVENUTO  
BRASILIANISCHE RECHTSANWÄLTIN  
MLAW OLIVIER BULA  
LIC. IUR. LUDOVIC DUARTE  
LIC. IUR. SUZANNE VANNOTTI

DUFOURSTRASSE 29  
POSTFACH 1372  
CH-8032 ZÜRICH  
TELEFON +41 (0) 44 269 77 77  
FAX +41 (0) 44 262 00 92  
INFO@NOBEL-HUG.CH  
WWW.NOBEL-HUG.CH

EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER  
DES KANTONS ZÜRICH

MWST-NR. 299.284

## EINSCHREIBEN UND VORAB PER E-MAIL

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

z.Hd. Herrn Dr. Reto Schiltknecht

Einsteinstrasse 2

CH-3003 Bern

Zürich, 2. März 2012

## **Anhörung zur Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA**

Sehr geehrter Herr Dr. Schiltknecht

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit uns im Rahmen der Anhörung zur Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA (BIV-FINMA) nochmals äussern zu dürfen und nehmen die Gelegenheit hiermit gerne wahr.

Wir sind auch dankbar dafür, dass die Pfandbriefinstitute gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c E-BIV-FINMA in den Geltungsbereich dieser Bestimmungen einbezogen worden sind und damit dem Bankensanierungs- und Bankenkonzursrecht unterstehen.

Unser Hauptaugenmerk ist jedoch auf die Vermeidung eines Sanierungs- bzw. Konkursfalles gerichtet. Erlauben Sie uns dazu die nachfolgenden Ausführungen:

### **1. Vorgeschichte**

Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zur Too big to fail (TBTF)-Problematik fand am 5. April 2011 eine Besprechung zwischen Herrn Daniel Roth vom EFD, Herrn Bruno Dorner und uns statt, an welcher über die Zulässigkeit und Notwendigkeit der

Verwertung von Pfandbriefdarlehensforderungen vor Rechtskraft des Kollokationsplanes diskutiert wurde.

Dabei war man sich einig, dass das von uns eingebrachte Anliegen einer vorgezogenen Abwicklung der pfandbriefrechtlichen Forderungen vor Rechtskraft des ganzen Kollokationsplanes berechtigt erscheint. Seitens des EFD und des SIF wurde eine Regelung auf Verordnungsstufe (und nicht wie zuerst angedacht im Gesetz, konkret durch eine Anpassung von Art. 40 PfG) als ausreichend angesehen. Dies insbesondere basierend auf der Kompetenz der FINMA vom SchKG abweichende Anordnungen treffen zu können (Art. 34 Abs. 3 BankG). Konkret lautete der Vorschlag von Herrn Roth direkt in der Bankeninsolvenzverordnung, über welche hier angehört wird, festzuhalten, dass die FINMA Teilkollokationspläne erstellen lassen könne, insbesondere hinsichtlich der Forderungen der Pfandbriefinstitute.

Mit der FINMA wurde ein mehrfacher Schriftenwechsel geführt, bei welchem die Thematik vertieft diskutiert wurde. Auch die FINMA teilte anfangs die Ansicht, dass eine regulatorische Anpassung angebracht sei.<sup>1</sup> Sie änderte sodann aber ihre Haltung, insbesondere sich stützend auf ein Kurzgutachten von Herrn Prof. Dr. Daniel Staehelin (zit. Gutachten STAHELIN) vom 12. August 2012, und verkündete uns mit Schreiben vom 8. September 2011, das Anliegen einer Sonderregelung für die Pfandbriefinstitute nicht mehr weiterzuverfolgen. Die Vorschläge des Gutachters bringen aber keine genügende Lösung. Insbesondere ist ein Insolvenzverwalter bezüglich der Mittelanlage nicht gebunden.

Mit Bedauern haben wir in der Folge feststellen müssen, dass im vorliegenden Entwurf zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA) das erwähnte Anliegen zugunsten der für die Schweiz bedeutenden Pfandbriefinstitute keine Berücksichtigung fand. Ferner wurde im Bereich der neu einzuführenden Sanierungsbestimmungen (vgl. Art. 50 E-BIV-FINMA) im Gegensatz zu den bestehenden bankengesetzlichen Schutzmassnahmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG) der auch im Sinne der Systemstabilität notwendigen Sonderstellung von pfandgesicherten Forderungen von Pfandbriefinstituten ebenfalls keine Rechnung getragen.

Vor diesem Hintergrund möchten wir nachfolgend die Bedeutung des Pfandbriefsystems für die Schweiz nochmals kurz darlegen und aufzeigen, inwiefern die Möglichkeit der Teilkollokation von pfandgesicherten Forderungen der beiden Pfandbriefinstituten effizient verhindern kann, dass Liquiditätengpässe im Pfandbriefsystem entstehen. Dies erscheint nicht nur zum Schutz des gesetzlich vorgegebenen Pfandbriefsystems selbst notwendig, sondern auch um die Systemstabilität des Finanzsystems insgesamt

---

<sup>1</sup> Vgl. Schreiben der FINMA vom 28. Februar 2011 an die Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute AG.

nicht unnötig zu gefährden. Denn die Pfandbriefinstitute haben eine erhebliche Relevanz für den schweizerischen Finanzmarkt, insbesondere in Zeiten illiquider Märkte.

Im Bereich der Sanierung empfehlen wir schliesslich explizit festzuhalten, dass Pfandbriefdarlehen und die damit verbundenen Sicherheiten stets nur gemeinsam übertragen werden können. Von einem Forderungsverzicht sowie einem Fälligkeitsaufschub sind Pfandbriefdarlehen zudem zwingend auszunehmen.

## 2. Bedeutung des Pfandbriefsystems für den schweizerischen Finanzmarkt

Nach Art. 1 Abs. 1 PfG haben die Pfandbriefzentralen den Zweck, „dem Grundeigentümer langfristige Grundpfanddarlehen zu möglichst gleichbleibendem und billigem Zinssfusse zu vermitteln.“ Die Botschaft zum Pfandbriefgesetz beschreibt die an den Gesetzgeber gestellte Aufgabe wie folgt: „Den Hypothekarschuldern soll in möglichst grossem Umfange möglichst billiges Geld auf möglichst lange Frist verschafft werden.“<sup>2</sup>

Die Einführung des Pfandbriefes war das Ergebnis der damaligen Kritik, dass die schweizerischen Banken den grundsätzlich langfristigen Hypothekarkredit in technisch unzulässiger Weise mit kurzfristigen Mitteln finanzierten und damit gegen die goldene Bankregel verstiessen.<sup>3</sup> Die Refinanzierung von Hypotheken mit kurzfristigen Mitteln (insb. mit 3 bis 5-jährigen Kassenobligationen und kurzfristigen Spargeldern) hatte auch zur Folge, dass Zinsschwankungen sich verstärkt auf den Hypothekarzinssatz übertrugen.<sup>4</sup> Damit wurde Unruhe in das seinem Wesen nach auf Stabilität ausgerichtete Bodenkreditgeschäft gebracht.<sup>5</sup> Das mit dem Pfandbriefgesetz eingeführte Pfandbriefsystem war somit eine Antwort auf eine volkswirtschaftliche Problematik.

Ende 2010 waren in den Bilanzen der Schweizer Banken CHF 69,466<sup>6</sup> Mrd. Pfandbriefdarlehen verzeichnet, was 9.18% der ausstehenden Hypothekarforderungen im Inland von CHF 756,965<sup>7</sup> Mrd. entsprach.<sup>8</sup> Dies unterstreicht die Bedeutung des Pfandbriefes für die Refinanzierung der Schweizer Banken und bestätigt, dass die Zielsetzung des

---

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1925 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 14. Dezember 1925 (zit. „Botschaft PfG“), BBl 1925 III 530.

<sup>3</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, Zürich/Basel/Genf 2004, N 1309.

<sup>4</sup> Botschaft PfG, BBl 1925, 530.

<sup>5</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., N 1309

<sup>6</sup> SNB: Die Banken in der Schweiz 2010 – 22 Pfandbriefdarlehen, S. A63.

<sup>7</sup> SNB: Die Banken in der Schweiz 2010 – 10 Hypothekarforderungen Inland, S. A35.

<sup>8</sup> Die Zahlen von Ende 2011 sind noch nicht publik, dürften aber aufgrund des in den vergangenen Jahren zu beobachtenden jährlichen Anstieges noch höher ausfallen.

Pfandbriefgesetzes auch heute noch erfüllt wird. Das System kann zudem einen beeindruckenden *track record* von ca. 80 Jahren ohne einen Ausfall vorweisen.<sup>9</sup>

Der Schweizer Pfandbrief ist gleichzeitig eine Anlagekategorie von zentraler Bedeutung und die nach den Bundesobligationen grösste Titelkategorie im Inlandsegment. Er genießt einen sehr guten Ruf als stabilisierende Anlage. Die Bedeutung des Pfandbriefes als Vorsorgeanlage zeigt sich u.a. in den entsprechenden Gesetzeserlassen. In der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV2) ist der Pfandbrief explizit als zulässige Anlageform aufgeführt. Die bei 10% liegende Begrenzung auf Forderungen gegenüber einem einzelnen Schuldner ist gegenüber schweizerischen Pfandbriefinstituten aufgehoben.

Die „grosse volkswirtschaftliche Bedeutung“<sup>10</sup> des Pfandbriefsystems geht heute aber über die Stabilisierung des Bodenkreditgeschäfts und die Vorsorgeanlageeigenschaft hinaus. In der vergangenen Finanzkrise hat sich das Pfandbriefsystem als geeignetes Instrument für die Durchführung von volkswirtschaftlich bedeutenden Liquiditätstransfers erwiesen, als der Interbankenmarkt ansonsten praktisch zum Erliegen gekommen war.<sup>11</sup> Unter der Vermittlung der SNB und der FINMA kam es zwischen Ende 2008 und Mitte 2009 zu insgesamt vier Transaktionen zum Zwecke des Refinanzierungsausgleichs unter Einbindung eines Pfandbriefinstituts im Betrage von CHF 11 Mrd. (sog. „Limmat-Transaktionen“). An diesen Transaktionen waren Grossbanken als Darlehensnehmerinnen mit Liquiditätsbedarf und die Kantonalbanken, die Postfinance, einige Regionalbanken sowie die Raiffeisenbanken als Pfandbriefinvestorinnen mit Überschüssen beteiligt. Die Grossbanken verpfändeten dabei ihre Grundpfandrechte gegen Liquidität an die Pfandbriefbank der schweizerischen Hypothekarstitute AG („Pfandbriefbank“), welche wiederum Pfandbrieftitel an die genannten Banken mit Überschüssen ausgab.<sup>12</sup>

Der Pfandbrief wurde mithin in einem Krisenbereich erfolgreich eingesetzt, welcher von der FINMA in ihrem Bericht „Finanzmarktkrise und Finanzmarktaufsicht“ vom 14. September 2009 als „Illiquidität ganzer Märkte“ beschrieben und als prozyklisches und folgenschweres Element der Finanzkrise erkannt wurde.<sup>13</sup> Die Krisenfestigkeit des Pfandbriefes und seine Bedeutung für die Absicherung und Dämpfung von Liquiditäts-

---

<sup>9</sup> Vgl. NZZ, Langweilig, aber mündelsicher, 29. Juni 2006, S. 22; s. auch Reuters, Finanzkrise bringt Pfandbriefbank ins Rampenlicht, 28. Januar 2009.

<sup>10</sup> Siehe auch NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2010, § 14 N 22.

<sup>11</sup> JORDAN, Mit einem Traditionsinstrument gegen die Kreditklemme, NZZ vom 27. Februar 2009, S. 25.

<sup>12</sup> Das Risiko der Pfandbriefbank wurde hier ausserordentlicherweise mit einer Stundungsvereinbarung abgesichert, gemäss welcher die unter der Pfandbriefanleihe bestehenden Zins- und Rückzahlungsansprüche der Pfandbriefinvestoren gegen die Pfandbriefbank nur im Zeitpunkt und im Betrag fällig werden, in welchem die Zins- und Rückzahlungsansprüche der Pfandbriefbank gegen die Grossbanken getilgt werden.

<sup>13</sup> FINMA, Finanzmarktkrise und Finanzmarktaufsicht, 2009, S. 9 und 11.

schocks hat auch die Nationalbank attestiert und angeregt, „dass die Mitgliedbanken der Pfandbriefzentralen für einen allfälligen kurzfristigen Liquiditätsbedarf Pfandbriefe als Reserven in die Bücher nehmen. Dabei ist vorgesehen, dass Mitgliedinstitute bei ihren Pfandbriefzentralen Darlehen aufnehmen, gleichzeitig aber auch die entsprechenden Pfandbriefe zeichnen. Bei unerwartetem Liquiditätsbedarf könnte bzw. kann der freie Bestand an Pfandbriefen als Deckung für eine gesicherte, sofortige Liquiditätsbeschaffung im Repo-Markt mit anderen Banken oder bei der Nationalbank verwendet werden.“<sup>14</sup>

### **3. Liquiditätsengpass von Pfandbriefinstituten als Systemrisiko**

Vorab bleibt festzuhalten, dass aufgrund der pfandbriefgesetzlichen Sicherungskette eine Insolvenzsituation im Sinne einer Überschuldung eines Pfandbriefinstituts praktisch ausgeschlossen werden kann. Allerdings ist vorstellbar, dass Liquiditätsprobleme entstehen. Nachfolgend soll diese Möglichkeit als auch die Implikationen für das Pfandbriefsystem an sich und die schweizerische Volkswirtschaft im Weiteren aufgezeigt werden.

#### **a. Konkurs einer Mitgliedbank als Auslöser eine Liquiditätslücke**

Im Bankenkonkurs können die Verwertungserträge nach geltendem Recht dem Pfandbriefinstitut erst nach Ablauf der Frist für die Anfechtung des Kollokationsplanes (20 Tage nach öffentlicher Auflage) als Abschlagsverteilung im Sinne von Art. 266 SchKG ausgeschüttet werden. Damit kann sich die Befriedigung um Jahre verzögern; bei Konkursen bzw. Nachlassverfahren grösserer Unternehmen (wie z.B. der Swissair oder der Erb-Gruppe) verstrichen ca. 5 Jahre oder sogar mehr zwischen Eröffnung und Erstellung bzw. Rechtskraft der Kollokationspläne. Folglich muss damit gerechnet werden, dass Pfandbriefforderungen fällig werden, bevor das Pfandbriefinstitut aus dem Verwertungserlös befriedigt wird. Im Zeitpunkt der Konkursöffnung wird das Pfandbriefinstitut verschiedene Pfandbriefdarlehen mit unterschiedlichen Restlaufzeiten gegenüber der konkursiten Bank ausstehend haben. Die Restlaufzeiten sind dabei kongruent mit den Restlaufzeiten der Pfandbriefe. Die fällig werdenden Pfandbriefe können nun nicht aus den Erlösen aus den Freihandverkäufen der Pfandbriefdarlehen bedient werden, wenn der Verwertungserlös in der Konkursmasse (bis Ablauf der Anfechtungsfrist des Kollokationsplans) zurückbehalten wird. Daraus ergäbe sich für die Pfandbriefinsti-

---

<sup>14</sup> EBK, Jahresbericht 2008, S. 42; Jordan, Finanzierung von Hypotheken: Pfandbriefe und Verbriefungen im Lichte der Finanzkrise, Vortrag an der Generalversammlung der Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute vom 15. Mai 2008, S. 15.

tute eine Liquiditätslücke, welche unter Umständen nicht durch die vorhandenen Eigenmittel gedeckt werden könnte. In diesem Fall würde das Funktionieren des Pfandbriefsystems gefährdet.

Zwar staffeln die Pfandbriefinstitute ihre Darlehen an die Mitgliedbanken derart, dass im Falle eines Ausfalls eines Schuldners die Refinanzierungslücke möglichst minimiert wird. Bei der Pfandbriefbank wird diese Staffelung so gehandhabt, dass innerhalb eines 90-tägigen Zeitfensters bei einem Ausfall einer Mitgliedbank nicht mehr als CHF 250 Millionen fällig werden. Dies bedeutet aber auch, dass die Eigenmittel der Pfandbriefbank von ca. CHF 1 Mrd. innerhalb eines Jahres aufgebraucht sind.

Die bei der Pfandbriefbank ausstehenden Darlehen der Grossbanken betragen (ohne die Limmat-Transaktionen) jeweils mehrere Mrd. (ca. je 5 Mrd.). Der Ausfall und die Abwicklung einer Grossbank, die über ein 1 Jahr dauerte, führte demnach unweigerlich zu einer Insolvenz im Sinne eines Liquiditätsnotstandes der Pfandbriefbank.

#### **b. Folgen der Liquiditätslücke als systemisches Risiko**

Kann ein Pfandbriefinstitut einen Liquiditätsengpass nicht überbrücken, käme es zur Insolvenz. Mit der Eröffnung des Konkurses über eine Pfandbriefzentrale würden alle Pfandbriefanleihen sofort fällig. Mit dem Zahlungsausfall eines Pfandbriefinstituts bestünde nicht nur eine erhöhte Gefahr, dass damit auf dem Finanzmarkt eine Kettenreaktion einherginge, da viele Banken Pfandbriefe als mündelsichere und repofähige Anlage in den Büchern halten, sondern schwere wöge der Umstand, dass dadurch ein wichtiger Liquiditätsgarant wegfällt. Dies könnte sich gerade in finanziellen Krisenzeiten, welche sich durch allgemeine Illiquidität der Märkte auszeichnen, als fatal herausstellen. Die Pfandbriefinstitute spielten (vgl. oben 2.) und spielen hier neben der SNB eine bedeutende Stabilisierungsfunktion, indem sie auf der Angebotsseite (mit dem Pfandbrief) ein sicheres Anlageinstrument und auf der Nachfrageseite günstige Liquiditätsbeschaffung ermöglichen. Die geschaffene Liquidität kommt zudem aufgrund der Zwecksetzung des Pfandbriefgesetzes (indirekt) dem Hypothekarmarkt zugute und beruhigt und fördert somit den Immobiliensektor, der (über das Baugewerbe) erwiesenermassen für die Konjunkturentwicklung von grosser Bedeutung ist.<sup>15</sup>

Es gilt daher nicht nur zum Schutz des gesetzlich errichteten Pfandbriefsystems, sondern auch im Sinne der schweizerischen Volkswirtschaft in jedem Fall zu verhindern, dass die Pfandbriefinstitute aufgrund zeitlicher Verzögerung der Abwicklung einer konkursiten Mitgliedbank in Liquiditätsengpässe geraten. Dabei wurde bereits geprüft, ob die Pfandbriefinstitute zu diesem Zweck private Kapitalmarkttransaktionen tätigen kön-

---

<sup>15</sup> Das Baugewerbe dient häufig als Frühindikator für die Konjunkturentwicklung.

nen, um Liquiditätslücken aufzufangen.<sup>16</sup> Dies ist in einem normalen Marktumfeld sicherlich möglich, in einer Situation angespannter Finanzmärkte kann der Interbankenhandel – wie dies die Finanzkrise eindrücklich offenbart hat – aber zum Erliegen kommen. Die Schliessung von Liquiditätslücken auf dem privaten Kapitalmarkt im Krisenfall muss demnach als schwierig bis unmöglich beurteilt werden. Es macht daher Sinn diese Problematik durch eine adäquate konkursrechtliche Abwicklung gar nicht aufkommen zu lassen.

#### 4. Spiegelbildliche konkursrechtliche Abwicklung als adäquate Lösung

Um der Liquiditätsklemme angemessen begegnen zu können, bietet sich eine spiegelbildliche Abwicklung als Lösungsansatz an. „Spiegelbildlich“ bedeutete, dass die Pfandbriefdarlehensforderungen und die diesen als Sicherheit dienende Hypothekarforderungen in dem Sinne als Einheit behandelt würden. Durch diese Möglichkeit einer raschen Abwicklung der pfandbriefrechtlichen Forderungen könnte die Gefährdung für das Pfandbriefwesen in Krisenzeiten, insbesondere auch im Falle eines Bankenkurses entschärft werden. Im Vordergrund wird die Sanierung stehen, wo ja gerade vorgesehen werden soll, dass auch einzelne Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden können (Art. 51 BIV-FINMA). Dies sollte für Pfandbriefdarlehen und Deckung auch durch einen Teilsanierungsplan möglich sein. Implizit ist dies in der Vorlage enthalten und sollte für den Pfandbriefbereich, der stets vergessen geht, erwähnt werden.

Im Bereich der neuen Sanierungsbestimmungen erscheint im vorliegenden Zusammenhang zudem von Bedeutung, dass bei systemrelevanten Instituten neu der Sanierungsplan nicht abgelehnt werden kann (neu Art. 31a Abs. 3 BankG).<sup>17</sup> Für die Verletzung allfälliger Rechte kann nur eine Entschädigung auf dem Beschwerdeweg gefordert werden (neu Art. 24 Abs. 2 BankG).<sup>18</sup> Unter der Annahme, dass es sich bei den beiden Grossbanken, der UBS und CS, um systemrelevante Institute handelt, besteht für die Pfandbriefinstitute hier das Risiko, dass die Pfandbriefkette unzulässigerweise (d.h. entgegen dem Willen des Gesetzgebers) aufgebrochen würde. Wie bereits dargestellt, bestünde gerade bei der Abwicklung eines systemrelevanten Instituts für die Pfandbriefbank die dringliche Gefahr einer Illiquidität. Diese Situation darf nicht dadurch verschärft werden, dass Pfandbriefdarlehen und zu deren Besicherung im Pfandregister

---

<sup>16</sup> Z.B. durch Verkauf oder Verpfändung der Anwartschaft auf einen Verwertungserlös, vgl. Gutachten STAEHELIN, S. 9 ff.

<sup>17</sup> Eingeführt mit der TBTF-Vorlage, in Kraft seit 1. März 2012; vgl. dazu Botschaft des Bundesrates vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; Too big to fail), BBl 2011 4717 ff. (zit. Botschaft TBTF).

<sup>18</sup> Vgl. Botschaft TBTF, BBl 2011 4717 ff., S. 4767.

eingetragene Hypothekarforderungen aufgrund einer Sanierungslösung (ohne Ablehnungsmöglichkeit) voneinander losgelöst werden.

Dies umschliesst zum einen den Fall der Übertragung von Vermögenswerten auf einen anderen Rechtsträger zur Weiterführung von Bankdienstleistungen (vgl. Art. 51 E-BIV-FINMA). Bei dieser teilweisen Übertragung von Aktiven und Passiven muss sichergestellt werden, dass Pfandbriefdarlehen und deren Sicherheiten nicht voneinander getrennt werden, ansonsten würde die pfandbriefgesetzlich vorgesehene Sicherungskette durchbrochen. Sie sind nur als gemeinsamer Komplex zu übertragen. Im Falle, dass die Fälligkeit der Darlehensforderungen noch nicht eingetreten ist, kann die übernehmende Bank den Komplex problemlos weiterführen. Falls die Darlehensforderungen jedoch fällig sind, bietet sich hier eine Prolongation oder Neuemission von Pfandbriefen der Pfandbriefbank über denselben Betrag an. Die im Pfandregister eingetragenen Sicherheiten würden bestehen bleiben. Die übernehmende Bank müsste auf diesem Weg auch keine Liquidität einschiessen.

Zum anderen muss gewährleistet sein, dass das Pfandbriefdarlehen auch nicht einem von der FINMA auferlegten Forderungsverzicht oder einem Fälligkeitsaufschub bzw. einer Stundung unterworfen werden kann, wie dies Art. 50 E-BIV-FINMA vorsieht. Analog zur Sonderregelung im BankG zu den Schutzmassnahmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG) ist beides im Falle von pfandgedeckten Forderungen der Pfandbriefzentralen auszuschliessen.

Im Rahmen einer „spiegelbildlichen Abwicklung“ könnten die Pfandbriefdarlehensschulden auch einer konkursiten Mitgliedbank auf jene Bank überbunden werden, welche den Deckungswert (d.h. die im Pfandregister eingetragenen Hypothekarforderungen) gleichzeitig aus dem Freihandverkauf erwirbt. Denkbar wäre eine Tilgung durch Schuldübernahme durch die erwerbende Bank wie sie ebenfalls im Zusammenhang mit der Verwertung von Grundstücken durch Art. 47 VZG vorgesehen wird. Eine solche Überbindung würde eine rasche Abwicklung der pfandbriefrelevanten Forderungen ermöglichen. Die erwerbende Bank müsste die Konkursmasse nicht oder nur geringfügig entschädigen, da ihr die übernommenen Pfandbriefdarlehensschulden angerechnet würden.<sup>19</sup> Es werden Aktiven und Passiven gleichzeitig erworben und dies sollte durch einen Teilkollokationsplan ermöglicht werden.

Eine solche pfandbriefspezifische Abwicklung ist insbesondere auch angesichts von Art. 40 PfG zu sehen, der der FINMA die Kompetenz einräumt, die Aushändigung der Deckung bereits vor Eintritt des Konkurses zu fordern. Das Pfandbriefgesetz sieht demnach in Krisenzeiten eine Art „Sondervermögen“ vor. Die FINMA soll hier die Pfand-

---

<sup>19</sup> Vgl. dazu Gutachten Nobel & Hug zuhanden der Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute AG und der Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken AG betreffend Fragen zur Insolvenz einer Mitgliedbank, S. 17; auch Gutachten STAEBELIN, S. 5 ff.

rechte der Pfandbriefinstitute bereits vor Konkurseröffnung schützen – u.U. selbst zu-lasten späterer potentieller Konkursgläubiger. Die Sonderstellung für Pfandbriefdarlehen geht auch aus Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG hervor. Auch hier sind die Forderungen der Pfandbriefinstitute mit Blick auf die Insolvenz eines Mitgliedinstituts gesondert zu behandeln. Art. 34 Abs. 3 BankG lässt vom SchKG abweichende Anordnungen ausdrücklich zu.

## 5. Massnahme im Lichte der bankinsolvenzrechtlichen Ziele

Gemäss dem Bundesgericht sind partielle Kollokationspläne, die sich auf bestimmte Forderungsklassen beschränken, grundsätzlich unzulässig. Ausgenommen hiervon ist die Möglichkeit der nachträglichen Ergänzung (Art. 59 Abs. 3 KOV). Es gilt der Grundsatz der Gesamt-Kollokation, wonach aus Gründen der Gläubigergleichbehandlung und der Prozessökonomie sämtliche Gläubigerforderungen zeitgleich und in einem einheitlichen Kollokationsplan zu erfassen sind.<sup>20</sup> Ein partieller Kollokationsplan ist demnach prinzipiell systemwidrig. Das Bankeninsolvenzrecht kennt aber Ausnahmen vom Gläubigergleichbehandlungsgebot und lässt somit gewisse Systemeintrübe (im Vergleich zum gewöhnlichen Konkursrecht) zu. Dies bspw. im Bereich der Einlagensicherung.<sup>21</sup> Gerade mit Art. 34 Abs. 3 BankG wird der FINMA explizit ein Instrument in die Hand gegeben vom SchKG abweichende Anordnungen zu treffen. Dies hat im Lichte der bankinsolvenzrechtlichen Ziele zu erfolgen. Im Vordergrund stehen hier der Gläubigerschutz, die Gleichbehandlung der Gläubiger, der Systemschutz sowie die effiziente Konkursabwicklung.

Der neu vermehrt zu beachtenden „Systemstabilität“ und somit dem Anliegen des Systemschutzes wäre durch die vorgezogene Abwicklung von pfandbriefrechtlichen Forderungen zweifellos besser Rechnung getragen (vgl. dazu die obigen Ausführungen unter 3.).

Mit Blick auf den Gläubigerschutz im Allgemeinen wie auch der Gleichbehandlung der Gläubiger lässt sich konstatieren, dass es sich sowohl bei den Forderungen der Pfandbriefinstitute gegenüber der Mitgliedbank als auch deren Sicherung, d.h. der im Pfandregister eingetragenen Hypotheken, um gesetzliche Pfandrechte handelt. Der Bestand und Umfang sowohl der Pfandbriefdarlehen als auch deren Sicherung ergibt sich zwingend aus den pfandbriefgesetzlichen Vorgaben. Dies bedeutet, dass die Konkursaktiven und -passiven hierbei nicht kraft privatrechtlicher Vorgänge bestehen, die von der Konkursverwaltung nachvollzogen werden müssen, sondern kraft Gesetz.

---

<sup>20</sup> Vgl. BGE 115 III 144.

<sup>21</sup> So können nach Art. 37b BankG privilegierte Einlagen sofort und ausserhalb der Kollokation ausbezahlt werden, vgl. auch Gutachten STAEHELIN, S. 3.

Aus der Natur des Registerpfandrechts ergibt sich zudem, dass die Forderungen und die dazugehörige Deckung ohne Aufwand sofort nachvollzogen werden können. Aus dem Inhalt der Pfandregister, die der jährlichen Prüfung durch Prüfgesellschaften unterliegen (Art. 38b PfG), ergibt sich direkt der Bestand und Umfang der pfandbriefgesetzlichen Deckung. Bestand und Umfang der Pfandrechte der Pfandbriefinstitute im Konkurs der Mitgliedbank sind somit – im Gegensatz zu herkömmlichen Pfandrechten – eindeutig und sofort feststellbar.

Aufgrund des Gesagten sind Gläubigerbenachteiligungen nicht nur aufgrund der zwingenden pfandbriefgesetzlichen Regelung, sondern insbesondere auch wegen der technischen Umsetzung (über die Pfandregister) de facto ausgeschlossen. Ferner dienen die rasche Abwicklung der pfandbriefrelevanten Forderungen und deren Deckungen bereits vor Rechtskraft des Kollokationsplanes auch der effizienteren Konkursabwicklung (der Prozessökonomie). Zeitlich unnötige Verzögerungen könnten vermieden werden.<sup>22</sup>

Dass eine gewisse Sonderbehandlung von pfandbriefrechtlichen Konkurswerten von den anderen Gläubigern hinzunehmen ist, statuierte überdies auch die Botschaft zum PfG von 1925:

„Solange der Schuldner nicht in Konkurs gerät, muss jeder Gläubiger annehmen, dass für die Pfandbriefe volle Deckung vorhanden ist, um so mehr, als ja das eidgenössische Pfandbriefinspektorat eine ständige Überwachung ausübt. Kein Kurrentgläubiger wird einer Bank Geld in der Erwartung anvertrauen, dass sie fahrlässig oder widerrechtlich Werte aus der Pfandbriefdeckung nehme [...]. Wer einer Pfandbriefanstalt Kredit gewährt, der weiss [...], dass gewisse Vermögensbestandteile [...] im Konkurs nicht frei verfügbar sind.“<sup>23</sup>

Mit Art. 26 Ziff. 1 lit. h BankG besteht zudem eine explizite Ausnahmeregelung, welcher Eingriffe in die Substanz der Pfandrechte zugunsten der Funktionsfähigkeit des Pfandbriefsystems verhindert. Die Privilegierung von Pfandbriefdarlehen macht klar, dass in der bankenrechtlichen Ordnung der Schutz des Pfandbriefsystems tendenziell höher zu gewichten ist als der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz. Diese Privilegierung scheint insbesondere aufgrund der Systemrelevanz des Pfandbriefsystems in Krisenzeiten gerechtfertigt (vgl. dazu oben 2.)

---

<sup>22</sup> Das Bankenkonskursrecht wird von der gesetzgeberischen Strategie getragen, sich zugunsten einer effizienten und sachgerechten Konkursabwicklung von den Fesseln des klassischen SchKG zu lösen (vgl. dazu EBK-Bankeninsolvenzbericht vom Januar 2008).

<sup>23</sup> Botschaft PfG, BB1 1925 III 545.

## 6. Fazit im Bereich Konkurs und vorgeschlagene Verordnungsergänzung

Im Lichte der sanierungs- und bankinsolvenzrechtlichen Bestimmungen ist die Lösung der spiegelbildlichen konkursrechtlichen Abwicklung sowohl als zulässig wie auch als sinnvoll zu werten. Die Abwicklung der pfandbriefrelevanten Forderungen und Deckungen bereits vor Rechtskraft des Gesamt-Kollokationsplanes mithilfe eines Teilkollokationsplanes dient der Beschleunigung des Konkurses, was dem Ziel eines effizienten Verfahrens entgegen kommt. Ferner diene die Sonderregelung auch dem Systemschutz. Der Gläubigerschutz würde durch die Massnahme nicht tangiert; eine Gläubigerbenachteiligung wäre zudem faktisch ausgeschlossen. Daher schlagen wir vor die Verordnung im Bereich der Kollokation wie folgt zu ergänzen (Ergänzungen des Verordnungstextes sind *kursiv* gehalten):

### Art. 27 Kollokation

<sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin entscheidet, ob, in welcher Höhe und in welchem Rang Forderungen anerkannt werden, und erstellt den Kollokationsplan. *Es sind, besonders für die Pfandbriefdarlehen und ihre Deckung, Teilkollokationspläne und darauf gestützte Übertragungen möglich.*

[...]

## 7. Fazit im Bereich Sanierung und vorgeschlagene Verordnungsergänzung

Im Bereich der Sanierung möchten wir anregen, dass für den Sanierungsplan vorzusehen ist, dass Pfandbriefdarlehen sowie die damit verbundenen Sicherheiten stets spiegelbildlich zu übertragen sind. Dies soll auch durch Teilsanierungsplan möglich sein. Ferner sind Pfandbriefdarlehen von der möglichen Anordnung des Forderungsverzichts wie auch des Fälligkeitsaufschubes auszunehmen. Diese Klarstellungen drängen sich zum Schutz des Pfandbriefsystems auf. Zu diesem Zweck schlagen wir folgende Ergänzung der Verordnung vor (Ergänzungen des Verordnungstextes sind *kursiv* gehalten):

### Art. 51 Weiterführung von Bankdienstleistungen

<sup>1</sup> Sieht der Sanierungsplan vor, dass einzelne oder mehrere Bankdienstleistungen weitergeführt und Vermögenswerte der Bank teilweise auf einen anderen Rechtsträger einschliesslich einer Übergangsbank übertragen werden sollen, so muss er namentlich:

[...]

b. die Vermögenswerte, namentlich die Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse, die teilweise übertragen werden sollen, sowie deren Gegenleistung beschreiben. *Pfand-*

*briefdarlehen sowie deren durch Pfandregistereintrag bestellte Sicherheiten sind als gemeinsamer Komplex zu übertragen; dies ist auch durch Teilsanierungsplan möglich.  
[...]*

**Art. 50 (Andere Kapitalmassnahmen)**

Neben oder anstelle einer Reduktion bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals oder der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kann die FINMA weitere Massnahmen anordnen, insbesondere einen teilweisen oder vollständigen Forderungsverzicht, einen Fälligkeitsaufschub oder eine Stundung der Zinszahlungen. *Ausgenommen sind die genannten Massnahmen aber für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen.*

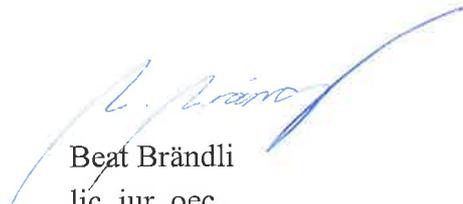
\*\*\*

Wir danken Ihnen im Voraus für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und der Vorschläge. In der Beilage finden sich nochmals die vorgeschlagenen Verordnungsanpassungen.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Peter Nobel  
Rechtsanwalt



Beat Brändli  
lic. iur. oec.

**Beilage**

1. Vorgeschlagene Ergänzungen der BIV-FINMA

**Kopie an**

Daniel Roth, EFD

## Vorgeschlagene Ergänzungen der BIV-FINMA

(Ergänzungen zum Entwurf des Verordnungstextes sind nachfolgend *kursiv* gehalten)

### Art. 27 Kollokation

<sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin entscheidet, ob, in welcher Höhe und in welchem Rang Forderungen anerkannt werden, und erstellt den Kollokationsplan. *Es sind, besonders für die Pfandbriefdarlehen und ihre Deckung, Teilkollokationspläne und darauf gestützte Übertragungen möglich.*

[...]

### Art. 50 (Andere Kapitalmassnahmen)

Neben oder anstelle einer Reduktion bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals oder der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kann die FINMA weitere Massnahmen anordnen, insbesondere einen teilweisen oder vollständigen Forderungsverzicht, einen Fälligkeitsschub oder eine Stundung der Zinszahlungen. *Ausgenommen sind die genannten Massnahmen aber für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen.*

### Art. 51 Weiterführung von Bankdienstleistungen

<sup>1</sup> Sieht der Sanierungsplan vor, dass einzelne oder mehrere Bankdienstleistungen weitergeführt und Vermögenswerte der Bank teilweise auf einen anderen Rechtsträger einschliesslich einer Übergangsbank übertragen werden sollen, so muss er namentlich:

[...]

b. die Vermögenswerte, namentlich die Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse, die teilweise übertragen werden sollen, sowie deren Gegenleistung beschreiben. *Pfandbriefdarlehen sowie deren durch Pfandregistereintrag bestellte Sicherheiten sind als gemeinsamer Komplex zu übertragen; dies ist auch durch Teilsanierungsplan möglich.*

[...]

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herrn Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern

[reto.schiltknecht@finma.ch](mailto:reto.schiltknecht@finma.ch)

Basel, 1. März 2012  
J.2. CWI/JSA

## **Bankeninsolvenzverordnung (BIV-FINMA)**

Sehr geehrte Frau Präsidentin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 16. Januar 2012 haben Sie die Anhörung zum Entwurf Ihrer Bankeninsolvenzverordnung (E-BIV-FINMA) eröffnet. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen und äussern uns nachstehend aus der Sicht der Bankwirtschaft wie auch der Mitglieder unserer Vereinigung.

Wir wissen es zu schätzen, dass Sie zur Vorbereitung des Entwurfs eine Arbeitsgruppe unter Beizug von Experten und Praktikern eingesetzt haben und so eine Grundlage bieten, die eine fundierte, kritische und dadurch konstruktive Auseinandersetzung ermöglicht. Dies gilt erst recht in einer Zeit, da der Gesetzgeber oft nur noch unter Zeitdruck arbeitet.

Uns ist bewusst, dass sich eine Verordnung im gesetzlichen Rahmen bewegen muss und der eine oder andere unserer Kritikpunkte letztlich an die Gesetzgebung zu richten ist. Wir benützen die Gelegenheit trotzdem, auf Nachbesserungsbedarf der Gesetzesstufe hinzuweisen.

### Zusammenfassung

Wir begrüßen den Ansatz der FINMA, gestützt auf die Arbeit einer Expertengruppe für einen schwierigen Bereich gangbare Lösungen zu suchen.

Soweit die Regelung abwicklungs- und verfahrenstechnischer Fragen betroffen ist, haben wir wenig Bemerkungen zum Entwurf. Wir unterstützen die entsprechenden Vorschläge. Jedoch enthält der Entwurf zentrale Bereiche, in denen materiellrechtliche Regelungen getroffen werden und die gesetzliche Grundlage leider fehlt oder noch mangelhaft ist. Die Verordnung kann solche Mängel nicht lösen. Das gilt einerseits, weil die vorhandene Grundlage in Art. 28 Abs. 2 BankG nur den Erlass verfahrensrechtlicher Bestimmungen abdeckt. Andererseits bedürfen sowohl die Abweichungen von den Regeln des OR und des SchKG wie auch sanierungsrechtliche Massnahmen mit Enteignungswirkung für die Anlegerinnen und Anleger einer klareren Gesetzesgrundlage, als sie Art. 31 Abs. 3 BankG bietet.

Wir schlagen deshalb vor, die sanierungsrechtlichen Bestimmungen des Bankengesetzes zu überprüfen und, wo nötig, zu ergänzen (insb. Art. 31 Abs. 3 BankG, s. nachstehend 1.2). Das liegt im Interesse der Rechtssicherheit und letztlich der Stabilität unseres Bankensystems. Gern sind wir bereit, zu dieser Arbeit das uns Mögliche beizutragen.

Insbesondere müssen die Sanierungsmassnahmen auf internationaler Ebene abgestimmt werden. Nur so lässt sich die internationale Anerkennung und Durchsetzung schweizerischer Entscheide gewährleisten. Andernfalls wäre schon die Sanierung einer mittelgrossen Bank nicht wirksam durchführbar. Internationaler Abstimmung bedürfen etwa die Ausnahmen für gewisse Gläubigerkategorien im Fall eines Bail-in (Art. 49 E-BIV-FINMA) und der vorübergehende Aufschub von Vertragsbeendigungsklauseln („Temporary Stay“, Art. 55–56 E-BIV-FINMA). Hier ist eine Koordination mindestens mit den wichtigsten Kapitalmarktplätzen erforderlich (EU, UK und USA). Das Financial Stability Board teilt die von uns vertretenen Ziele, insbesondere der grenzüberschreitend zu gewährleistenden Rechtssicherheit (vgl. die Präambel der FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions). In diesem, sich entwickelnden Umfeld besteht ausreichend Gelegenheit, in Abstimmung mit den anderen unser Sanierungsrecht der Gesetzesstufe zu überarbeiten und so auch die Rechtsgrundlage der Verordnung zu verbessern.

Der Verordnungstext selber enthält einerseits Regelungen, auf die mangels gesetzlicher Grundlage und deshalb fraglicher Durchsetzbarkeit u.E. verzichtet werden sollte (bspw. die „sinngemässe“ Anwendung des OR in Art. 47 E-BIV-FINMA, den angeordneten „Forderungsverzicht“ in Art. 50 E-BIV-FINMA und die Entprivilegierung der Nummernkonti in Art. 24 E-BIV-FINMA), andererseits z.T. solche, die durch rationalisierte Entscheidungsfindung umgekehrt der Rechtssicherheit dienen (insb. Art. 49 E-BIV-FINMA betr. Eingrenzung des zulässigen Debt-Equity Swaps unter Rückgriff auf die verschiedenen, jeweils einschlägigen Regelungen des BankG). Namentlich sind wir der Auffassung, nicht nur die privilegierten, sondern alle Kundeneinlagen im Rechtssinn sollten vom Swap ausgeschlossen bleiben (s. nachstehend 1.1).

## 1. Hauptanliegen

### 1.1 Verordnungsentwurf (E-BIV-FINMA)

Wir äussern uns zu einzelnen Bestimmungen des Verordnungsentwurfs unter dem Vorbehalt, dass **teilweise die gesetzliche Grundlage ungenügend** ist und ergänzt werden muss (nachstehend 1.2).

#### *Art. 24 E-BIV-FINMA*

Wir schlagen den **Verzicht auf die Ergänzung betr. Nummernkonti** vor (erster Satz in Art. 24 Abs. 2 E-BIV-FINMA). Nach unserer Auffassung sieht Art. 37a BankG nicht den Ausschluss der Nummernkonti vom Privileg vor, und wir halten einen solchen Verzicht auch nicht für richtig. Nach dem Grundsatz „Know Your Customer“ besteht in den rechtswesentlichen Gesichtspunkten kein Unterschied mehr zwischen Namen und Nummernkonti: Für beide müssen der Bank die Gegenparteien und „Beneficial Owners“ bekannt sein. Der Unterschied ist nur mehr technisch-organisatorischer Natur, indem die Kenntnis vom Namen des Kunden auf wenige Personen in der Bank beschränkt und für den weiteren Verkehr durch eine Nummer ersetzt wird. Dafür gibt es eine Vielzahl nachvollziehbarer, verständlicher Gründe. Manche Banken gehen sogar bei allen Konti für den bankinternen Verkehr so vor. Die vorgeschlagene Regelung nähme ganze Banken vom Anwendungsbereich der Einlagensicherung aus. Durch den Grundsatz „Know Your Customer“ (KYC) gibt es heute aber keinen Grund mehr, Nummernkonti mit Gegenanreizen zu benachteiligen.

Die Änderung in Art. 37a BankG betrifft die neu eingefügte Formulierung „auf den Namen des Einlegers lautend“. Nach dem KYC-Grundsatz lauten jedoch alle Konten auf den Namen eines Einlegers oder einer Einlegerin (abgesehen von gewissen Altguthaben, die nachrichtenlos geblieben sind). Nur der Zugriff auf die Identität des Einlegers oder der Einlegerin ist bei gewissen Konten innerhalb der Bank strenger geregelt als bei anderen. Der neue Gesetzeswortlaut schliesst u.E. direkt lediglich den „**Beneficial Owner**“ eines Kontos vom Privileg aus; er verdeutlicht einen Grundsatz, der schon bisher gültig war. Auch die Lektüre der Botschaft zur Gesetzesrevision führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Im Gegenteil, eine Gesetzesänderung von derart grosser Tragweite hätte ausdrücklich in der Botschaft erwähnt werden müssen. Auch die Bundesversammlung ging offenkundig nicht von einer entsprechenden Gesetzesänderung aus, denn die Nummernkonti wurden bei der Beratung mit keinem Wort angesprochen. Angesichts der Bedeutung der Frage ist es unwahrscheinlich, dass die Entprivilegierung von der Bundesversammlung diskussionslos beschlossen worden wäre. Vor diesem Hintergrund kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber keinen Ausschluss der Nummernkonti vom Privileg beabsichtigte.

Sodann widerspräche ein Ausschluss der Nummernkonti dem Gebot der Gleichbehandlung der Gläubigerinnen und Gläubiger. Art. 37a Abs. 1 BankG ist eine konkursrechtliche Norm. Somit gelten für sie auch die konkursrechtlichen Grundsätze (insbesondere das Gleichbehandlungsgebot), soweit das Bankengesetz nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges bestimmt. Auch ist kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung von Nummern- und Namenkonti ersichtlich.

Im Fall einer solchen Unterscheidung bestände ein erhebliches Risiko, dass Kunden mit Nummernkonti im Ernstfall ihre Privilegierung gerichtlich zu erstreiten versuchen. Dadurch würde das Verfahren der Einlagensicherung und Auszahlung von gesicherten Einlagen unnötigerweise verlängert, was mit der Ausnahme von Nummernkonti eigentlich gerade verhindert werden sollte.

Die „Entprivilegierung“ der Nummernkonti steht endlich auch im Widerspruch zu den weltweiten Rechtsentwicklungen, die einen **Ausbau der Einlagensicherung** zum Ziel haben.

Unsere Auffassung zu dieser Frage teilt Herr **Prof. Luc Thévenoz**, Genf, in seinem Rechtsgutachten vom 29. Februar 2012 für das Groupement des Banquiers Privés Genevois.

Aufgrund dieser Überlegungen vertreten wir die klare Auffassung, dass **technisch-organisatorische Lösungen** des angeführten Problems – „Single Customer View“ (Zusammenführung der Guthaben pro Einlegerin und Einleger innert nützlicher Frist, Vermeidung mehrfacher Meldungen) – heute möglich sind.

Wir schlagen deshalb den **Verzicht auf die vorgeschlagene Änderung von Art. 24** vor.

## *Art. 47 E-BIV-FINMA*

Der Entwurf sieht vor, dass die „**Vorschriften des Obligationenrechts sinngemäss**“ anzuwenden seien, allerdings nur für Kapitalmassnahmen des 1. Abschnitts („Reduktion und Schaffung von Eigenkapital“). Für solche des 2. und 3. Abschnitts („Wandlung“, „Andere Kapitalmassnahmen“) fehlt ein entsprechender Hinweis.

Auch hat u.E. **das Gesetz – wenigstens in den Grundzügen** – zu bestimmen, welche Vorschriften des OR davon betroffen sind und welche nicht. Sonst gerät das Schicksal manch einer Sanierung in die Hände kritischer Anlegerinnen und Anleger, was die angestrebte Rechtssicherheit beeinträchtigt. Zudem sollten lediglich Bestimmungen anwendbar erklärt werden, die sich dafür eignen.

Deshalb wäre im Gesetz festzulegen, welche Bestimmungen des OR **von der Anwendbarkeit ausgenommen** sein müssen. Das gilt insbesondere für zu schwerfällig wirkende Verfahrensregeln wie etwa:

- Art. 652a OR betr. den Emissionsprospekt;
- Art. 652e OR betr. den Bericht des Verwaltungsrates (an dessen Stelle wohl der Sanierungsplan treten muss);
- Art. 652f OR betr. die Prüfungsbestätigung;
- Art. 652h OR betr. die Eintragung in das Handelsregister. Sie hätte möglichst rasch und nur mit deklarativer Wirkung zu erfolgen.

Diese Gesetzesartikel sind hier als **Beispiele**, nicht vollständig aufgeführt, wobei es nicht nur um das Aktienrecht, sondern auch um das Recht der GmbH und Genossen-

schaft geht. Ähnliches gilt für die Prospektpflichten im Börsenbereich, wofür eine Anpassung des Börsengesetzes nötig sein wird.

Der **Ausschluss von Bezugsrechten** ist u.E. ohne ausdrückliche Grundlage im Gesetz nicht haltbar, weil sich betroffene Anlegerinnen und Anleger zur Anfechtung geradezu eingeladen sehen (vgl. Art. 652b Abs. 2 OR, wonach für den Ausschluss ein Beschluss der Generalversammlung aus wichtigem Grund nötig ist). Weil es hier nicht um eine Verfahrensregel, sondern um den Entzug von Eigentumsrechten geht, ist die Verankerung im Gesetz unabdingbar. Das gilt unabhängig davon, ob die Bezugsrechte ökonomisch noch einen Wert aufweisen oder nicht. Hinzu kommt, dass der Entzug des Bezugsrechts für die Wirkung der Kapitalmassnahmen keineswegs nötig ist und es keinen Grund dafür gibt, bestehende Aktionäre von einer Kapitalerhöhung auszuschliessen. Insoweit fehlt es für diese Massnahme an der Erforderlichkeit bzw. Verhältnismässigkeit im Sinn von Art. 36 Abs. 3 BV. Es mag zutreffen, dass die Gerichte vielleicht Art. 47 E-BIV-FINMA stützen werden, sofern das Bezugsrecht wertlos ist, doch die Dauer eines Pilotverfahrens wäre der Rechtssicherheit und damit dem Gesetzesziel in jedem Fall abträglich.

#### *Art. 48 E-BIV-FINMA*

Klärungsbedürftig erscheint in Art. 48 Abs. 1 E-BIV-FINMA das **Verhältnis einer vertraglichen zur behördlich angeordneten Massnahme**. Bspw. kann sich die Frage stellen, ob durch die Wandlung von Pflichtwandelanleihen entstandene Aktien mit dem Sanierungsplan sogleich wieder herabgesetzt werden dürfen. Nach Treu und Glauben wird jedenfalls eine vollständige Herabsetzung auszuschliessen sein, weil Anlegerinnen und Anleger das Wandlungskapital nicht als Liquidations-, sondern als Sanierungsinstrument wahrnehmen. Es geht um den Erhalt der Gesamtbank als Going Concern. Hoheitliche Massnahmen sollten deshalb i.d.R. erst Platz greifen, wenn trotz vertraglicher Wandlung weitere Massnahmen unabdingbar geworden sind. Das ergibt sich auch aus dem Erfordernis der Subsidiarität staatlicher Massnahmen und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs.3 BV).

Eine Klärung dieser Frage muss **im Gesetz** vorgenommen werden. Je anfechtungsträchtiger eine Massnahme ist, desto unwahrscheinlicher wird ihre Anwendung. Denn ein Sanierungsplan, über den gestritten wird, vermag seinen Zweck nicht zu erfüllen.

Wesentlich ist, dass jene Anleger und Anlegerinnen, die CoCos oder Write-down-Instrumente halten, den **Vorrang gegenüber Altaktionären** geniessen. Die Ansprüche solcher Anleger und Anlegerinnen werden vor dem Bail-in gewandelt oder völlig abgeschrieben: in einem Zeitpunkt, da die Altaktionäre noch keine Herabsetzung erlitten haben. Erfolgt danach ein Bail-in, muss der Grundsatz gelten, dass die Aktionäre den ersten Verlust tragen bzw. die Anleiensgläubiger vor den Aktionären zum Zug kommen. Anders gesagt, die Anleiensgläubiger müssen gegenüber den Altaktionären besser gestellt sein.

Denkbar sind bspw. folgende **Möglichkeiten**:

- Ausschluss des Bail-in hinsichtlich Aktien, die aus low-triggering Pflichtwandelanleihen stammen, etwa durch Schaffung einer besonderen Klasse von Aktien, die im Bail-in von der Herabsetzung ausgenommen werden;
- vollständige Herabsetzung nur der Altaktionäre ohne förmliche Herabsetzung der neuen Aktionäre, die aber der Verwässerung voll ausgesetzt werden;
- Beteiligung der CoCo-Anleger im anschliessenden Konkurs als nachrangige Gläubiger, aber vor den Altaktionären;
- Verpflichtung der FINMA, schon im Zeitpunkt der Wandlung festzulegen, ob zugleich ein Bail-in stattfinden soll; Ausschluss einer zweiten Wandlung mit Herabsetzung ursprünglicher CoCos.

Die Situation ist unterschiedlich zu beurteilen zwischen **Pflichtwandelanleihen und Fremdkapitalinstrumenten mit verlustabsorbierender Wirkung** (Write-down Bonds). Hier ist die Abschreibung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Aktionäre noch keine Herabsetzung erlitten haben. Es ist aber durchaus möglich, dass sich im Markt Instrumente entwickeln werden, die zwar diese Abschreibung vorsehen, aber einen Bail-in in Gestalt von Warrants oder anderen Formen eines Recovery-Potenzials überleben können. Wenn die vertragliche Abschreibung aber noch nicht oder nur z.T. erfolgt ist, könnte zudem ein hoheitlicher Bail-in für solche Anleger vorteilhafter sein.

Eine Regelung dieser Fragen ist **für ein funktionierendes Bankensanierungs- und -konkursrecht entscheidend**. Die involvierten Beträge sind für die Banken, ihre Anleger und Anlegerinnen beträchtlich. Auch hat die entsprechende Regelung unmittelbare Auswirkungen auf die Preisgestaltung bei gewissen Kapitalmarktinstrumenten. Da sich die Finanzierungsmöglichkeiten der Banken in einem globalen Markt entscheiden, müssen ausländische Regelungen des Zusammenspiels vertraglicher und gesetzlicher Wandlungsklauseln Berücksichtigung finden. Auch hier ist deshalb eine Abstimmung mit den internationalen Standards nötig.

In Art. 48 Abs. 2 E-BIV-FINMA ist eine **Präzisierung der für diesen Fall zu erfüllenden „Eigenmittelvorschriften“** zu erwägen (vgl. Art. 21c E-BankV). Handelt es sich um das gesetzliche Minimum, oder sind z.B. behördlich definierte Puffer mitgemeint?

#### *Art. 49 E-BIV-FINMA*

Wir begrüssen, dass beim Debt-Equity Swap die Wandlung mindestens für jene Verbindlichkeiten der Bank ausgeschlossen wird, für die das zwingend aus der gesetzlichen Konzeption und Systematik folgt, insbesondere **privilegierte Einlagen und Verbindlichkeiten, die Gegenstand von Netting-Vereinbarungen sind**. Diese bilden das nötige Substrat von Regelungen anderswo im Gesetz – bspw. der Eigenmittelvorschriften (Art. 47 Abs. 1 Bst. a ERV) oder der Einlagensicherung (Art. 37h BankG) – und dürfen deshalb nicht durch einen Swap zum Verschwinden gebracht werden. Das ergibt schon eine systematische Auslegung des Gesetzes und ist u.E., wie vorgeschlagen, in der Verordnung festzuhalten.

Daneben ist – wie schon einleitend ausgeführt – gerade hier eine **internationale Abstimmung von zentraler Bedeutung**, da in Gläubigerrechte eingegriffen wird. Wenn die Schweiz eine Regelung trifft, die mit jener in den wichtigsten Kapitalmärkten der Welt (v.a. UK) nicht vereinbar ist, besteht im Sanierungsfall ein hohes Erfolgsrisiko für

Anfechtungen, Arrestmassnahmen und dergleichen im Ausland. Eine erfolgreiche Sanierung erscheint dann praktisch kaum noch möglich.

Der Erfolg einer Sanierung ist aber auch gefährdet, wenn die **Frage, wie mit kurzfristigen Gläubigern umzugehen ist**, ungeklärt bleibt. Sind Einleger und Einlegerinnen, Gegenparteien, Korrespondenzbanken im kurz- und mittelfristigen Finanzierungsbe- reich (unterjährige Verpflichtungen) nicht vor einer Wandlung geschützt, werden sie im Krisenfall ihre ungeschützten Einlagen umso schneller abziehen bzw. keine Finanzie- rungen mehr anbieten und die Bank erst recht in eine Krise treiben. Es ist aber auch fraglich, ob Gegenparteien mangels Schutz mit einer Bank in Sanierung überhaupt Ge- schäfte tätigen würden (unterjährige Interbankfinanzierungsgeschäfte, Korrespondenz- banktätigkeiten, Devisen- und Derivatgeschäfte u.a.). I.d.R. wird die sanierte Bank nämlich auch erhebliche Liquiditätsprobleme haben und deshalb zur Finanzierung am kurz- und mittelfristigen Ende auf den Interbankenmarkt angewiesen sein. Ähnliches trifft auf die Einleger und Einlegerinnen zu.

Wie Ihnen bekannt ist, wird die Frage der **Ausnahmen von der Wandelbarkeit** auch international mit unterschiedlichen Standpunkten angesprochen (z.B. im Rahmen des EU Crisis Management Frameworks oder im ICB Report der UK Independent Commis- sion on Banking). Diese Diskussionen sind noch nicht abgeschlossen. Entsprechend möchten wir darauf hinweisen, das die EU vorschlägt, folgende Gläubiger von der Wandlung auszunehmen: „Swap, repo and derivative counterparties and other trade creditors, short-term debt (defined by a specified maximum maturity); retail and whole- sale deposits and secured debt (including covered bonds)“ (Technical Details of a Pos- sible EU Framework for Bank Recovery and Resolution, Annex I, 2011, S. 88). Von der Wandelbarkeit sollte auch unterjährige Verpflichtungen wie Commercial Papers, Mo- ney-Market Transactions, Promissory Notes u.a. ausgenommen werden.

Diese Ausführungen zeigen auf, dass sich die **internationale Diskussion zu dieser Thematik noch nicht verfestigt** hat. Es gilt zahlreiche, sich widersprechende Interes- sen gegeneinander abzuwägen. Es darf nicht vergessen werden, dass die Definition der Ausnahmen eine erhebliche Auswirkung auf die betroffenen Märkte haben kann. Die Gefahr besteht, das gewisse Finanzierungsmärkte austrocknen, möglicherweise gerade in einer Krise. Aus diesem Grund sind wir der Ansicht, dass die Festlegung der Ausnahmen bereits zum heutigen Zeitpunkt eigentlich zu früh kommt. Die Finanze- rungsmöglichkeiten der schweizerischen Banken richten sich nach globalen Märkten. Entsprechend ist auch die Frage der Verlusttragung in der Gläubigerhierarchie breit zu diskutieren und im Einklang mit dem internationalen Standard umzusetzen. Aus unse- rer Sicht am Wesentlichsten sind die Märkte in USA, UK und EU, weil die Banken hauptsächlich dort ihr Kapital aufnehmen.

Will man bereits heute eine vertiefte Regelung treffen, ist diese u.E. wie folgt auszu- gestalten. Nach eingehender Abwägung von Überlegungen einerseits zur gesetzlichen Grundlage und zur Rechtssicherheit, andererseits zur Gleichbehandlung der Anleger und Anlegerinnen, die über den Bereich der Einlagensicherung hinaus dem Kapital- markt insgesamt gelten muss, schlagen wir vor, **weitere Gläubigerklassen vom An- wendungsbereich des Debt-Equity Swaps auszunehmen**. Das betrifft z.B. die privi- legierten und nicht-privilegierten Einlagen. Wir sind uns bewusst, dass für die von uns im Folgenden vorgeschlagenen Kategorien eine gesetzliche Grundlage zur Unter- scheidung teilweise noch fehlt, und empfehlen deshalb, die gesetzgeberischen Arbei-

ten an die Hand zu nehmen. Dadurch und aufgrund von Art. 190 BV (keine gerichtliche Normenkontrolle über Bundesgesetze) würde die Rechtssicherheit erhöht und das Anfechtungsrisiko erheblich vermindert. Für die Verordnung schlagen wir vor, deren Art. 49 Abs. 2 wie folgt zu ergänzen:

- „<sup>2</sup> Folgende Forderungen sind nicht in Eigenkapital wandelbar:
- a. gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung **einschliesslich Forderungen, die von einer Gruppengesellschaft garantiert werden, deren Zweck es ist, die Deckung für diese Forderungen zu halten, und die besicherte Forderung der Gruppengesellschaft gegenüber der Bank im Rahmen strukturierter Finanzierungen wie z.B. Covered Bonds;**
  - b. privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG;
  - c. alle weiteren Einlagen im Sinn von Artikel 25 Absatz 1 Ziffern 2.3–2.5 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, soweit sie über das Privileg nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG hinausgehen;
  - d. Forderungen, die Gegenstand von Aufrechnungsvereinbarungen sind (Art. 27 Abs. 3 BankG); ~~und~~
  - e. weitere ungesicherte Forderungen mit einer Laufzeit von weniger als 360 Tagen; und
  - f. Forderungen, die nach Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit Genehmigung des Sanierungsbeauftragten oder der FINMA zum Zweck der Umsetzung einer Sanierung begründet wurden.“

Die vorgesehene Möglichkeit der FINMA, andere Forderungen von der Wandelbarkeit auszunehmen, könnte zur Ungleichbehandlung von Gläubigern führen und läge weder im Interesse der Rechtssicherheit noch der Vorausssehbarkeit verwaltungsrechtlichen Handelns. Dafür besteht v.a. auch keine ausreichende Grundlage im Gesetz. Wir schlagen deshalb die **Streichung von Art. 49 Abs. 3 E-BIV-FINMA** in der Entwurfsfassung vor.

#### *Art. 50 E-BIV-FINMA*

Wir schlagen Ihnen die **Streichung der Worte „einen teilweisen oder vollständigen Forderungsverzicht“** vor. Ob – über einen Debt-Equity-Swap hinaus – den Anlegerinnen und Anlegern ein „Forderungsverzicht“ (richtiger: Forderungsentzug) soll auferlegt werden können, ist eine durchaus offene Frage. Sie wird vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Rechtsentwicklung in der EU zu beantworten sein. Die geltende Rechtsgrundlage (Art. 31 Abs. 3 BankG) reicht jedoch dafür nicht aus. Der behördlich angeordnete Forderungsverzicht kommt einer formellen Enteignung gleich, für die der Gesetzeswortlaut klarerweise keine Grundlage bietet (weil Art. 31 Abs. 3 BankG neben dem Debt-Equity-Swap nur die Kapitalreduktion mit anschliessender Neuemission abdeckt, weder „beispielsweise“ noch „insbesondere“). Hinzu kommt, dass der „Verzicht“ vollumfänglich die bestehenden Aktionären begünstigte, was Art. 31 Abs. 1 Bst. c BankG widerspräche.

Art. 51 E-BIV-FINMA

Wir schlagen Ihnen die **Streichung des zweiten Halbsatzes von Art. 51 Abs. 1 Bst. d E-BIV-FINMA** vor („und für den Fall der Übertragung von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank darlegen, wie die so beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden“). In solchen Fällen werden regelmässig nicht etwa neue Mittel „beschafft“, sondern bestehende Aktiven und Passiven übertragen. Hierzu genügt Art. 51 Abs. 1 Bst. b E-BIV-FINMA.

Alternativ wäre eine **Präzisierung** wie folgt denkbar:

„d. [...] und für den Fall der Übertragung von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank darlegen, wie die so beschafften Mittel Aktiven und Passiven zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden.“

1.2 Gesetzesstufe

Wir anerkennen Ihr Bemühen, mit der Verordnung die **Rechtssicherheit** zu verbessern – ein Bemühen, das jedoch an Grenzen stösst, wo die gesetzliche Grundlage entweder fehlt oder der nötigen Bestimmtheit und Steuerungskraft ermangelt. Im Unterschied zum Gesetz, das für die Gerichte „massgebend“ ist (Art. 190 BV), kann eine Verordnung auf ihre Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht und damit auf ihre Gültigkeit geprüft werden (Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., 2008, Rz. 1874). Das gilt besonders im Raum des Kapitalmarktrechts, wo es nicht genügt, wenn Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigte beim Ausschöpfen ihrer Rechtsmittel Mass halten, sondern es jeder unzufriedene Anleger in der Hand hat, Sanierungsmassnahmen und mit ihnen die entsprechenden Verordnungsartikel anzufechten. Die dadurch drohende Rechtsunsicherheit lässt sich erst über gerichtliche Präjudizienbildung abbauen. Damit wäre ein Hauptziel des Sanierungsrechts – neue Stabilität zu schaffen –, über längere Zeit verfehlt.

Das gilt zunächst für Art. 28 Abs. 2 BankG, der für die sanierungsrechtlichen Bestimmungen der Verordnung als Grundlage dient. Er ist nach Gesetzeswortlaut und Botschaft nur als Grundlage zu **verfahrensrechtlichen Artikeln** gedacht (BBI 2010, S. 4017: „vor allem [...] Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur“).

Wo teilweise mit **enteignender oder enteignungsähnlicher Wirkung** in Gläubigerrechte eingegriffen wird, verlangt die Bundesverfassung eine klare und der Schwere des Eingriffs angemessene Gesetzesgrundlage (Art. 36 Abs. 1 BV).

Insbesondere **Art. 31 Abs. 3 BankG** (Fassung vom 18. März 2011), lautend:

„<sup>3</sup> Kann eine Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden, so kann der Sanierungsplan die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital sowie die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorsehen“,

(in Verbindung mit Art. 34 Abs. 3 BankG) genügt dem Erfordernis nicht, wonach „die **Grundzüge der delegierten Materie** bereits in der Delegationsgrundlage selbst ent-

halten“ sein müssen (Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, 2011, § 22 Rz. 29, ebenso Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2007, Art. 164 N. 13), und erweist sich als eigentliche „Blankodelegation“ (BGE 128 I 113 Erw. 3f). Das erscheint umso gravierender, als hier verfassungsmässig geschützte Eigentumsrechte von Anlegerinnen und Anlegern betroffen sind (Art. 26 BV).

Bestimmungen wie Art. 46–50 E-BIV-FINMA, auf die nachstehend zurückzukommen sein wird, sollten **zumindest stichwortartig** in Art. 31 Abs. 3 BankG eine Grundlage finden, bspw. zu den Fragen,

- welche „Vorschriften des Obligationenrechts sinngemäss“ anwendbar sein sollen (Art. 47 E-BIV-FINMA) und welche nicht: in jedem Fall weder Zuständigkeit noch Verfahren der Generalversammlung;
- ob tatsächlich „das Bezugsrecht entzogen werden kann“ (ebd.), weil dies auf den Entzug eines Eigentumsrechts hinausläuft;
- welches die Voraussetzungen und Grenzen eines Debt-Equity-Swaps sind (Art. 48–49 E-BIV-FINMA): insb. welche Verbindlichkeiten unwandelbar sein müssen, etwa die privilegierten Einlagen als Grundlage der Einlagensicherung (Art. 37h BankG).

Dafür sprechen **sowohl materielle Gründe (Erfordernis der klaren Gesetzesgrundlage für Enteignungstatbestände) als auch prozedurale (hohe Anfechtungswahrscheinlichkeit und lange Verfahrensdauern)**.

Ein **revidierter Art. 31 Abs. 3 BankG** muss einerseits die Kernelemente der zu treffenden Regelung beinhalten, andererseits Umfang und Ausrichtung der Delegation für den verbleibenden Regelungsbedarf genügend bestimmen. Er sollte sich – vor dem Hintergrund der International Standards – auf die Ausgestaltung der Kapitalmassnahmen und Eingriffe in existierende Verträge beschränken (bspw. dem „Forderungsverzicht“ eine Grundlage schaffen, die Reihenfolge der verschiedenen Massnahmen regeln, Abweichungen von der Gleichbehandlung der Gläubiger erlauben) und nicht zuletzt festlegen, welche Bestimmungen des OR anwendbar sind. Dabei ist Offenheit für die Umsetzung der Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions des FSB vom Oktober 2011 und vergleichbarer Richtlinien ausdrücklich zu gewährleisten.

Unter diesem **Vorbehalt der Nachbesserung der gesetzlichen Grundlage** sind unsere Ausführungen zum Verordnungsentwurf zu lesen (vorstehend 1.1, nachstehend 2).

## 2. Weitere Anliegen

*Art. 6, 12 Abs. 5 und 42 Abs. 5 E-BIV-FINMA*

Gemäss Art. 12 Abs. 5 handelt der Konkursliquidator und gemäss Art. 42 Abs. 5 der Sanierungsbeauftragte „hoheitlich“. Das erscheint uns richtig und wichtig, weil er nur durch die entsprechende **Immunität zumal in angelsächsischen Gerichtsverfahren** Schutz vor persönlicher Haftbarkeit geniesst (Erläuterungsbericht, S. 21 und 27).

Ob freilich der in Abs. 6 E-BIV-FINMA postulierte **Ausschluss der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensrechts** im Ernstfall Bestand haben wird, ist zweifelhaft. Denn ob sich eine Handlung des Konkursliquidators oder Sanierungsbeauftragten als Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG qualifiziert:

- „<sup>1</sup> Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:
- a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
  - b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten;
  - c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren.
- [...]“

Dabei handelt es sich um eine **materielle, vom Gesetzgeber aufgestellte Verfügungsdefinition**, die weder eine verfügende Behörde noch ein Ordnungsgeber formal wegbedingen kann durch die Erklärung, eine Akt, der materiell den Kriterien von Art. 5 VwVG entspricht, sei keine Verfügung (und damit nicht als solche anfechtbar). Wenn der Konkursliquidator oder Sanierungsbeauftragte „hoheitlich“ über Rechte und Pflichten von Gläubigern entscheidet, dürfte sein Entscheid die Verfügungsdefinition von Art. 5 VwVG erfüllen und damit anfechtbar sein. Vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., 1998, Rz. 188–199, Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz. 854–883. Ein Ausschluss der Anfechtbarkeit müsste wiederum vom Gesetzgeber selbst angeordnet werden, oder – die umgekehrte Lösung – man verzichtet auf Art. 6 Abs. 1 E-BIV-FINMA.

*Art. 20 Abs. 6 E-BIV-FINMA*

In Art. 20 Abs. 6 der Verordnung muss der **Verweis auf Art. 31**, nicht – wie irrtümlich geschrieben – auf Art. 30 lauten.

*Art. 41 Abs. 4 E-BIV-FINMA*

Dass die Publikation der Eröffnung des Sanierungsverfahrens während bis zu zehn Werktagen aufgeschoben werden kann, erachten wir als sehr problematisch. Kundinnen, Kunden und überhaupt die vertraglichen Gegenparteien der Bank müssen ein Recht darauf haben, **unverzüglich von der Eröffnung des Sanierungsverfahrens Kenntnis** zu erhalten. Es kann nicht sein, dass z.B. ein Kunde am Tag X ein Geschäft mit der Bank eingeht und an einem nachfolgenden Tag erfahren muss, dass die Bank bereits an jenem Tag X Gegenstand eines Sanierungsverfahrens war. Diese Bestimmung kann ausserdem zu einem Konflikt mit anderen Informationspflichten der Bank führen. Schliesslich enthalten viele Rahmenerträge (z.B. der EBF, ISDA und unserer Vereinigung) Default-Klauseln, die durch Sanierungsverfahren automatisch ausgelöst werden. Hier muss Rechtssicherheit bestehen.

Wir schlagen deshalb die **Streichung von Art. 41 Abs. 4 E-BIV-FINMA** vor.

*Art. 44 Abs. 1 E-BIV-FINMA*

Auf S. 29–30 des Erläuterungsberichts schreiben Sie, dass die Bewertung der Aktiven und Passiven auch der allgemeinen Wirtschaftslage und erwarteten konjunkturellen Entwicklung Rechnung tragen, bestehende und künftige Wertminderungen von Sicherheiten einbeziehen und die Wirtschaftslage für Drittunternehmen, gegenüber denen die Bank Forderungen und Beteiligungsrechte besitzt, vorsichtig beurteilen müsse. Diese Vorgaben werden in der Praxis äussert schwierig umzusetzen sein. U.E. muss die Bewertung **zwar in konservativer Weise, aber nach allgemein anerkannten, auf die jeweilige Bank anwendbaren Bewertungsgrundsätzen** erfolgen. Es kann nicht Aufgabe des Prüfers oder der FINMA sein, Spekulationen z.B. über die allgemeine Wirtschaftslage, die erwartete konjunkturelle Entwicklung oder künftige Wertverminderungen anzustellen. Dazu ist auch festzuhalten, dass grundsätzlich auf die Ermittlung von Fortführungswerten abzielen ist. Entsprechend bitten wir Sie, diese Aussage in der Erläuterung der genehmigten BIV-FINMA entsprechend zu korrigieren.

*Art. 51 ff. E-BIV-FINMA*

Auf S. 35 des Erläuterungsberichts schreiben Sie im ersten Absatz (vor der Überschrift zu 3.4.4.1): „Dies bedeutet, dass mit der **Rechtskraft der Sanierungsplangenehmigung** ein Verpflichtungsgeschäft vorliegt, auf Basis dessen nun ohne weiteres Zutun die Verfügungsgeschäfte vorgenommen werden können.“ Dieser Satz ist ein Irrtum: Der genehmigte Sanierungsplan wirkt dinglich bzw. löst eine Universalsukzession aus (so auch Art. 51 Abs. 2 E-BIV-FINMA). Entsprechend bitten wir Sie, diese Aussage in der Erläuterung der genehmigten BIV-FINMA zu korrigieren.

*Art. 52 Abs. 2 E-BIV-FINMA*

Die als Regel vorgesehene Befristung der **Bewilligung für die Übergangsbank** ist u.E. zu eng und deshalb zu streichen. Es kann durchaus die effizientere Lösung sein, z.B. Übergangsbank „auf Vorrat“ zu bewilligen und vielleicht die Bewilligung mit Auflagen zu versehen. Wird sie im Ernstfall benötigt, steht das rechtliche Gefäss dann schon bereit. Hinzu kommt, dass im Fall einer solchen Befristung der Übergangsbank ihre Prüfung als Going Concern und die entsprechende Bewertung der Aktiven nicht möglich wäre, sondern es wären Liquidationswerte anzusetzen. Dies dürfte einen erheblichen, und zwar nachteiligen Einfluss auf die Bilanz der Bank haben. Der Wert der Übergangsbank wäre just im Hinblick auf ihren möglichen Verkauf einer starken Erosion ausgesetzt, zum Nachteil der Restbank, ihrer Gläubigerinnen und Gläubiger.

Freundliche Grüsse  
Schweizerische Bankiervereinigung



Renate Schwob



Christoph Winzeler

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht  
FINMA  
Dr. Urs Zulauf und  
Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

BvR/RR/FM

312

Bern, 5. März 2012

**Stellungnahme zum Entwurf der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern**

Sehr geehrte Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihr Mail vom 16. Januar 2012 und die Gelegenheit, zum Entwurf der Verordnung der FINMA über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern Stellung nehmen zu können. Nachstehend unsere Bemerkungen:

**A Allgemeine Vorbemerkung zum Entwurf**

Insbesondere, wo Bundesgesetze einer Behörde einen grossen Ermessensspielraum gewähren, sollte eine Ausführungsverordnung in der Regel diesen Ermessensspielraum einengen und das Gesetz konkretisieren. Der vorliegende Entwurf genügt diesem Erfordernis unseres Erachtens nur teilweise, da auch die Verordnung an zahlreichen Stellen der FINMA einen erheblichen Ermessensspielraum zumisst. Die Auswirkungen hiervon werden noch dadurch verstärkt, dass der Rechtsschutz gegen Entscheidungen der FINMA an zahlreichen Orten stark eingeschränkt wird. Ziff. 1.6 des Erläuterungsberichtes zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, wonach das Bankeninsolvenzverfahren „so transparent und vorhersehbar wie möglich sein“ sollte, scheint daher nur teilweise erfüllt.

**B Kommentare zu einzelnen Artikeln der Bankeninsolvenzverordnung****1. Art. 22 Abs. 2**

**Vorschlag:** Ergänzung des Absatzes durch die Worte „auf eigene Kosten“

**Begründung:** Es sollte (wie im Übrigen auch im Erläuterungsbericht erwähnt) ausdrücklich festgehalten werden, dass bei besonderem Interesse die FINMA das Ver-

fahren *auf eigene Kosten* weiterführen kann, da hierin ein Unterschied zum bestehenden System des Schuldbetreibungsrechtes besteht.

## 2. Art. 24 Abs. 2

**Vorschlag:** Streichung der Worte „Forderungen aus Nummernkonten oder“

**Begründung:** Forderungen aus Nummernkonten sind grundsätzlich durchaus auf den Namen des Einlegers lautende Forderungen. Die entsprechende Formulierung in Art. 37a BankG ist diesbezüglich nicht eindeutig und die Auslegung dieses Artikels ist in der Lehre deshalb umstritten. Der Ausschluss von Nummernkonten in der Verordnung rechtfertigt sich nicht, da es sich dabei grundsätzlich um normale Bankkonten handelt, deren Inhaber der Bank ohne Weiteres bekannt sind.

## 3. Art. 45 Abs. 1

**Vorschlag:** „Die Frist gemäss Art. 31a Abs. 1 BankG beträgt mindestens 10 Werktage ab öffentlicher Bekanntgabe der Genehmigung und der Grundzüge des Sanierungsplans und ab der Möglichkeit, den Sanierungsplan einzusehen.“

**Begründung:** Es soll vermieden werden, den Gesetzeswortlaut zu wiederholen (dieser Ansicht ist auch der Erläuterungsbericht). Zudem soll der Beginn des Fristenlaufes präziser festgehalten werden.

## 4. Art. 45 Abs. 2

**Vorschlag:** Verschiebung eines Satzteils, der Absatz lautet neu wie folgt: „Gläubiger und Gläubigerinnen, die ablehnen wollen, haben dies schriftlich zu tun. Sie müssen Namen, Adresse, die Höhe der Forderung zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens und den Forderungsgrund angeben. Die Ablehnungsschrift ist an den Sanierungsbeauftragten oder die Sanierungsbeauftragte zu richten.“

**Begründung:** Der Satzteil „zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens“ macht am derzeitigen Standort keinen Sinn. Offensichtlich handelt es sich um einen Redaktionsfehler.

**Anregung:** Es soll geprüft werden, ob die Ablehnung tatsächlich nur in Schriftform erfolgen kann oder ob eine Ablehnung nicht auch per E-Mail erfolgen können soll.

## 5. Art. 47

**Bemerkung:** Unseres Erachtens fehlt die gesetzliche Grundlage für den Entzug des Bezugsrechtes gemäss OR auf Verordnungsstufe. Art. 31 Abs. 1 BankG ist unseres Erachtens eine ungenügende gesetzliche Grundlage für den Entzug des Bezugsrechts.

## 6. Art. 56

- a. **Vorschlag:** lit. b und c des Artikels sollten unseres Erachtens in einem neuen zweiten Absatz zusammengefasst werden, welcher wie folgt lauten würde:

„Die Aufschiebung der Beendigungsrechte ist nur mit Bezug auf Verträge möglich, die solche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen. Zudem kann die Aufschiebung längstens für 48 Stunden angeordnet werden. Die FINMA legt den Beginn und das Ende der Aufschiebung explizit fest.“

**Begründung:** Die derzeitigen lit. b und c regeln keine Anordnungsmöglichkeiten der FINMA (wie lit. a und d), sondern Einschränkungen oder Bedingungen derselben.

- b. **Bemerkung:** Wiederum erscheint uns fraglich, ob eine genügende gesetzliche Grundlage für den vorgesehenen Aufschub der vertraglichen Beendigungsrechte vorliegt.
- c. **Bemerkung:** Gemäss dem Erläuterungsbericht, S. 9, soll Art. 56 nur für die Aufrechterhaltung von systemrelevanten Bankdienstleistungen zur Anwendung gelangen. Eine entsprechende Beschränkung ist im derzeitigen Text des Art. 56 jedoch nicht vorgesehen.

Abschliessend danken wir Ihnen noch einmal bestens für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

  
Beat von Rechenberg  
Präsident

  
René Rall  
Generalsekretär

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

**SIX x-clear AG**  
Brandschenkestrasse 47  
CH-8002 Zürich

Postanschrift:  
Postfach 1758  
CH-8021 Zürich

T +41 58 399 4311  
F +41 58 499 4311  
[www.six-x-clear.com](http://www.six-x-clear.com)

Zürich, 27. Februar 2012

## **Stellungnahme zur Bankeninsolvenz-Verordnung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit grossem Interesse haben wir Ihren Entwurf einer neuen Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA zur Kenntnis genommen und danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens.

SIX Securities Services AG und ihre Tochtergesellschaften nehmen in der Schweiz unter anderem die "post-trading"-Abwicklung und Zentralverwahrung des Wertschriftengeschäftes wahr. SIX x-clear AG und SIX SIS AG verfügen je über eine Bewilligung zur Geschäftstätigkeit als Bank und gelten mit ihren Dienstleistungen und Prozessen als systemisch bedeutsame Systeme für die Stabilität des Finanzsystems (im Sinne von Art. 20 NBG und Art. 20 NBV). Die aktive Bewirtschaftung und Minimierung des Gegenparteien-Risikos gegenüber Banken und Effektenhändlern ist für die sichere und nachhaltige Durchführung unseres Geschäfts von zentraler Wichtigkeit. Bei SIX x-clear manifestieren sich Gegenpartei-Risiken während des Clearings der von den Handels-Plattformen übernommenen Einzelabschlüsse, d.h. in der Zeitspanne zwischen Vertragseintritt bis zum definitiven Settlement. Beim Vollzug des Settlement und der Abwicklung des Securities Lending and Borrowing (SLB) durch SIX SIS entstehen Gegenpartei-Risiken, wenn Transaktionen nicht zeitgleich Zug-um-Zug durchgeführt werden können, sondern die Lieferung und die entsprechende Zahlung bzw. Rückübertragung auseinander fallen (im Settlement-Geschäft normalerweise innerhalb von 2 bis 3 Tagen; im Securities Lending and Borrowing bis zu 1 Jahr). Zu beachten ist, dass SIX x-clear und SIX SIS ihr Kerngeschäft als Dienstleistungserbringerinnen ausschliesslich auf gedeckter Basis betreiben. Die Sicherheiten sind von den Teilnehmern als Margen (irreguläres Pfandrecht) und als reguläre Pfänder in Form von Wertschriften und/oder Cash oder (derzeit noch) mittels Bankgarantien zu stellen.

Wir gehen mit dem Grundanliegen der Revision einig, dass Regelungen zu etablieren sind, die sicherstellen, dass die Kernfunktionen einer Bank wenn möglich aufrecht zu erhalten sind, um sie in einem geordneten Verfahren beim bisherigen Rechtsträger zu konsolidieren oder auf einen neuen Rechtsträger zu übertragen. Die vorgeschlagenen Konzepte dienen den übergeordneten Zielen des Schutzes der Kundengelder und der Stabilität des Finanzsystems (Vermeidung von Kettenreaktionen). Da die von der SIX Group erbrachten Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs und des

Wertschriftengeschäfts zu den essentiellen Funktionen einer Bank (und eines Effektenhändlers) zählen, werden wir den Vorgaben der Verordnung in unserem Risikomanagement sowie in den Geschäftsprozessen und vertraglichen Abmachungen vollumfänglich Rechnung tragen müssen.

Wir stellen daher mit Genugtuung fest, dass wichtige Elemente unseres Geschäfts auch in den Bestimmungen der Verordnung Aufnahme fanden und explizit gewährleistet werden, namentlich:

- Die Prinzipien der Finalität (Art. 27 Abs. 2 BankG) werden gewahrt und durch Art. 54 Abs. 2 E BIV-FINMA in Bezug auf den Begriff der Massnahme näher umschrieben.
- Art. 55 Abs. 1 E BIV-FINMA hält fest, dass die in Art. 27 Abs. 3 BankG festgehaltene Konkursfestigkeit von Netting-Vereinbarungen für alle Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme gilt. Darunter fallen insbesondere auch die Aufrechnungsvereinbarungen bei der Beendigung eines Vertragsverhältnisses aufgrund eines "Defaults" (sog. "Close-out Netting").
- Gemäss Art. 55 Abs. 2 E BIV-FINMA bleiben die auch in Art. 27 Abs. 3 BankG gewährleisteten Möglichkeiten der freien Verwertbarkeit von rechtmässig begründeten Sicherheiten gemäss den Regeln des Systems unangetastet.
- Bei den Forderungen von SIX x-clear und SIX SIS handelt es sich grösstenteils um besicherte und verrechenbare Forderungen. Aufgrund von Art. 49 Abs. 2 E BIV-FINMA unterliegen solche Forderungen nicht einer möglichen Umwandlung in Eigenkapital.

Kritisch beurteilen wir dagegen die nachfolgenden Bestimmungen des Verordnungsentwurfs. Hier erachten wir Klarstellungen oder Verbesserungen als notwendig:

## **A) Im Sanierungsfalle von Teilnehmern (Banken, Effektenhändlern)**

### **1. Keine Einschränkung des informativen Systemschutzes**

Als Betreiber von systemisch bedeutsamen Systemen bestehen wir auf der gesetzlichen Zusage von Art. 27 Abs. 1 BankG, gemäss der wir von der FINMA wenn möglich über die für uns relevanten Massnahmen und über den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens informiert werden. Nur eine vorgängige genaue Kenntnisgabe erlaubt uns, rechtzeitig eine genügende Sicherstellung bereits offener oder künftiger Positionen (siehe nachfolgend Punkt 2) durch entsprechend angepasste Risikovorgaben (Risikofaktoren und "Haircuts") aufzubauen. Die Aufschiebung der öffentlichen Bekanntgabe eines Sanierungsverfahrens mittels der Verordnungsbestimmung Art. 41 Abs. 4 E BIV-FINMA darf sich nicht auf SIX x-clear und SIX SIS (und wohl auch nicht auf die Betreibergesellschaft des SIC, SIX Interbank Clearing AG) beziehen.

### **2. Wahrung der Verrechenbarkeit und der Besicherung**

Gesetzgeberisch sollten u.E. folgende Bestimmungen noch verbessert bzw. präzisiert werden:

- Im Falle der Übertragung auf einen anderen Rechtsträger ist die rechtliche und wirtschaftliche Verbundenheit von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen aufgrund von Verrechnungs- oder Sicherungsrechten zu wahren. Diese entscheidende Voraussetzung erachten wir in der Form eines blossen Berichtspunktes im Sanierungsplan (in Art. 51 lit. h E BIV-FINMA) als zu wenig stringent geregelt. Über den zwingenden Charakter dieses Grundsatzes darf kein Zweifel aufkommen, weil sonst bestehende Risikominimierungs- (Netting) und Risikoabsicherungs-Konzepte (Margen und Pfandrechte) der Gegenpartei ins Leere laufen. U.E. ist dafür eine eigenständige, imperative Anordnung zu treffen.

- Art. 53 E BIV-FINMA definiert genauer, was eine Weisung im Sinne von Art. 27 BankG ist. "Weisungen" sind nicht nur direkt transaktionsbezogene, sondern auch transaktionsunabhängige bzw. allgemeine Zahlungsinstruktionen ("fundings", "pay-ins") innerhalb eines Systems. Zudem sollte Art. 53 lit. b E BIV-FINMA mit den Weisungen ergänzt werden, die für die Besicherung der Transaktionen zu erfolgen haben (Stellung von Margen und Pfänder).

### **3. Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten (Art. 56 E BIV-FINMA): Volle Wahrung der Risikodeckung**

Der Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten bedeutet einen gewichtigen Eingriff in die heute geltenden Vereinbarungen mit unseren Teilnehmern und damit auch in unsere Risikomanagement-Konzepte. Unsere Vertragsbestimmungen sehen grundsätzlich vor, dass bei einer Gefährdung der Vertragserfüllung (unter anderem wenn Massnahmen gemäss Art. 26 lit. a bis f BankG bzw. Art. 36a BEHG angeordnet werden) SIX x-clear oder SIX SIS nach eigenem Ermessen den betreffenden Teilnehmer "in Default" setzen können, worauf sämtliche Zahlungs- und Lieferverpflichtungen suspendiert und in einem "Close-out Netting"-Verfahren verrechnet werden. Die Mitgliedschaft und damit die Teilnahme am Clearing, Settlement und weiteren Dienstleistungen können daraufhin ebenfalls beendet werden. Verfügt die FINMA dagegen ein Moratorium im Sinne von Art. 26 lit. h BankG führt dies zu einem automatischen "Event of Default" und den entsprechenden Konsequenzen.

Gestützt auf Art. 56 E BIV-FINMA könnte unseren Einheiten während maximal 48 Stunden eine neue Vertragspartnerin aufgezwungen werden, deren Bonität nicht identisch und wohl meist signifikant schlechter sein dürfte wie diejenige der Vorgängerin. Dazu werden auch die durch Art. 27 Abs. 3 BankG geschützten und in Art. 55 E BIV-FINMA näher definierten Aufrechnungs- und freien Verwertungsrechte temporär ausser Kraft gesetzt. Eine solche Beschneidung müsste u.E. auch auf Gesetzesebene, d.h. in Art. 27 BankG selbst, als Ausnahme ausdrücklich vorgesehen werden.

Wie erwähnt können SIX x-clear und SIX SIS ihre Funktionen als Systembetreiberinnen nur dann mit hinreichender Sicherheit ausüben, wenn die sich darin befindenden offenen Positionen gedeckt sind. Ein Aufschiebung der Vertragsbeendigungsrechte ist für uns deshalb nur dann akzeptierbar, wenn das Prinzip der jederzeitigen und vollumfänglichen Besicherung sowie die mit unseren Teilnehmern vereinbarten Vertragsdurchsetzungsrechte und Haftungsregeln (insbesondere der Ausschluss jeglicher Haftung für indirekte Schäden oder Folgeschäden) materiell unangetastet bleiben.

Aus Sicht des Risikomanagements ist insbesondere sicherzustellen, dass:

- die Sicherheiten für bestehende offene Kontrakte bestehen bleiben und – falls nötig und vertraglich vorgesehen – auch weiterhin nachträglich angepasst werden können;
- für neu übernommene bzw. abzuwickelnde Kontrakte die vertraglich geschuldeten Sicherheiten eingefordert, bereitgestellt und wie bislang verwaltet werden können;
- dem erhöhten Gegenpartei-Risiko durch die in den Verträgen vorgesehenen Erhöhungen der Margin-Niveaus und sonstigen Risikofaktoren Rechnung getragen werden kann und die erforderlichen Sicherheiten (Collaterals) effektiv bereitgestellt werden können;

Anmerkung:

Dies dürfte ein sehr anspruchsvolles Unterfangen sein, weil unsere Kredit- und Risikoverantwortlichen innert kürzester Zeit eine Einschätzung des neuen Rechtsträgers, seiner Funktionen, Kapitalausstattung und operativen Leitung vornehmen müssen.

- die aufgrund sehr grosser positiver Volumenänderungen vertraglich vorgesehenen Erhöhungen der Sicherheiten durchsetzbar bleiben;

Anmerkung:

Volumenerhöhungen sind für uns im Anwendungsfall von Art. 56 E BIV-FINMA wahrscheinlich wegen:

- (i) notwendiger Verkäufe ("fire sales") des Teilnehmers zur Liquiditätsbeschaffung;
  - (ii) möglicher Spekulationskäufe und -verkäufe von Dritten, weil im Markt damit zu rechnen ist, dass die zentrale Gegenpartei (SIX x-clear) oder der Prinzipal im SLB-Geschäft (SIX SIS) demnächst Close-out-Transaktionen durchführen muss; und
  - (iii) der Umlenkung von Transaktionen, die auf ausländischen Handels- und Settlement-Plätzen nicht mehr getätigt werden können und nun wegen des 48-stündigen Aufschub hier abgewickelt werden (siehe dazu untenstehend Ziffer 4).
- das betreffende Mitglied, wenn es seinen Verpflichtungen – insbesondere seinen Pflichten zur Stellung von genügend Sicherheiten – nicht ordnungsgemäss nachkommt, dieselben Massnahmen zu gewärtigen hat, wie jedes andere Mitglied auch, d.h. – wo vertraglich vorgesehen – von uns mit sofortiger Wirkung in seinen Mitgliedschaftsrechten (trotz Vorliegens eines Aufschubs nach Art. 56 E BIV FINMA) suspendiert und das Close-out-Verfahren eingeleitet werden kann;
  - das höhere Risiko in den Titeln des betreffenden Teilnehmers – soweit diese ihrerseits als Sicherungsinstrumente von anderen Teilnehmern eingesetzt werden – auch weiterhin durch angemessene Sicherheitsabzüge ("Haircuts") oder vollständige Elimination aus der Liste der zulässigen Collateral-Positionen berücksichtigt werden kann.

Auch in technischer Hinsicht gilt es zu bedenken, dass die Aufsetzung eines neuen Rechtsträgers im Zahlungs- und Wertschriften-Abwicklungsgeschäft mit identischen Schnittstellen und Funktionalitäten wie der Vorgänger nicht mittels blossem "Schalterkippen" möglich ist. Selbst bei Beibehaltung der alten Identifikation (mit allfälliger Namenänderung) kann eine Neuaufsetzung erst nach Abschluss des betreffenden Tagesgeschäfts, d.h. am folgenden Tag, erfolgen.

#### **4. Internationale Auswirkungen**

Einen weiteren Vorbehalt sehen wir darin, dass das Wertschriftengeschäft heute in zahlreichen Titelkategorien international betrieben wird. Die schweizerischen Anbieter stehen im freien Wettbewerb mit ausländischen Handelsplattformen, Clearing und Settlement Organisationen. Die Gegenparteien eines in Schwierigkeiten steckenden Instituts werden die Möglichkeit einer "legal arbitrage" nutzen und Geschäft dorthin allozieren, wo sie sich auf die Vertragserfüllung verlassen können. U.E. ist deshalb jegliche Aufschiebung der vertraglichen Beendigungsrechte an die Bedingung zu knüpfen, dass diese nur dann verhängt werden darf, wenn von den Aufsichtsbehörden anderer relevanter Handels- und Abwicklungsplätze die Zusage vorliegt, dass gleichzeitig identische Massnahmen gegenüber den lokalen Mitbewerbern angeordnet werden.

#### **B) Im Sanierungsfalle von SIX x-clear AG und/oder SIX SIS AG**

Müssten für SIX x-clear und SIX SIS als Institute mit Bankstatus und Träger von systemisch bedeutsamen Funktionen im Wertschriftengeschäft selbst Sanierungsmassnahmen im Sinne des 3. Titels der E BIV-FINMA ergriffen werden, wäre zu unterscheiden, ob die Teilnehmer:

- eine valable Alternative haben, die Dienstleistungen eines anderen Anbieters von Clearing- und Settlement-Dienstleistungen für die gehandelten Titel zu vergleichbaren Konditionen zu nutzen und diese voraussichtlich auch in Anspruch nehmen würden: In Anbetracht der Professionalität des Marktes und vor allem wegen der vollen Kollateralisierung der offenen Kontrakte wären u.E. in diesem Fall keine Sanierungsmassnahmen aus Gründen des Kunden- und Systemschutzes erforderlich.
- keine valable Alternative hätten, ihr Wertschriftengeschäft anderweitig abwickeln zu lassen: In diesem Fall wären Sanierungsmassnahmen notwendig. Ein kurzes (zweitägiges) Moratorium wäre allerdings nur angezeigt, wenn begründete Aussicht auf Sanierung des gefährdeten Infrastrukturbetriebs besteht. Sollen dessen Tätigkeiten und Vertragsverhältnisse aber auf eine andere (ausländische) oder eine neue Gesellschaft übertragen werden, müssten die Kontoverbindungen, die technischen Anbindungen (inklusive Testing) und die Besicherungsverträge erst etabliert werden, was mehrere Wochen in Anspruch nehmen würde. Dazu sollte bereits in Normalzeiten ein Notfallplan ausgearbeitet werden, der im Bedarfsfall aktiviert und die Übertragungszeit verkürzen würde.

Halten wir daher fest:

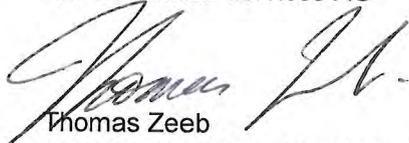
Das vorgeschlagene Moratorium von 48-Stunden kann von SIX x-clear und SIX SIS nicht unmittelbar bei Bekanntwerden risikogerecht und technisch einwandfrei bewältigt werden. Insbesondere von der adäquaten Besicherung sollten unsere Gesellschaften aber gerade gegenüber einer in Schwierigkeiten steckenden Bank nicht abweichen müssen. Wir betrachten die Aufrechterhaltung unserer Dienstleistungen als Teil des Sanierungsplans. Um diesen Beitrag zuverlässig gewährleisten zu können, müssen wir rechtzeitig informiert werden. Art. 27 Abs. 1 bildet dafür die Basis. In Anlehnung an Art. 41 Abs. 4 E BIV-FINMA halten wir eine Vorlaufzeit von bis zu 10 Werktagen (insbesondere bei grösseren Banken) für angemessen.

Zudem ist sicherzustellen, dass Betreiber von systemisch bedeutsamen Systemen ihre vertraglich vereinbarten Rechte – abgesehen von der Aufschiebung der Vertrags- und Mitgliedschaftsbeendigung – auch während der 48-stündigen Übergangszeit uneingeschränkt wahrnehmen können. Das Close-out Netting kann nur dann aufgeschoben werden, wenn sich die Risikoposition während der Übergangszeit nicht derart verschlechtert, dass mit dem gewährten Aufschub ein Verlust für SIX x-clear AG und/oder SIX SIS AG entsteht.

Wir hoffen, dass Sie unsere Kritikpunkte und Anregungen berücksichtigen können. Für weitere, gegebenenfalls auch mündliche Erläuterungen stehen wir und unsere Mitarbeitenden Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SIX Securities Services AG



Thomas Zeeb  
CEO SIX Securities Services AG



Urs Wieland  
CEO SIX x-clear AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)  
Herrn Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern

Vorab per Email: reto.schiltknecht@finma.ch

Zürich, 2. März 2012

## **Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, Entwurf vom 16. Januar 2012**

Sehr geehrte Frau Präsidentin,  
Sehr geehrter Herr Dr. Schiltknecht,  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für Ihre Einladung, zum Entwurf der Bankeninsolvenzverordnung der FINMA (E-BIV FINMA) Stellung zu nehmen. Gerne nutzen wir diese Gelegenheit. Die Reihenfolge unserer nachfolgenden Bemerkungen richtet sich nach dem Text des Verordnungsentwurfs.

### **1. Titel: Allgemeine Bestimmungen**

#### **E-Art. 2 (Geltungsbereich)**

Die BIV dürfte nicht nur auf Effektenhändler, sondern auch auf **Börsen** anwendbar sein (Art. 2 f. i.V.m. Art. 36a BEHG; BSK BEHG-BAUER, Art. 36a N 7).

Auch für die Bewilligungsträger gemäss BG über die **kollektiven Kapitalanlagen** (KAG) gelten die konkursrechtlichen Bestimmungen des BankG (Art. 137 Abs. 3 KAG). Der Vollständigkeit halber wären auch sie in der Verordnung aufzunehmen. Gleichzeitig könnte geklärt werden, was für die „unbewilligten“ Unternehmen im Bereiche des KAG gilt.

Wir schlagen zudem vor, den bisherigen Art 2 lit. c. KV-FINMA beizubehalten (neu in Abs. 1 lit. d), andernfalls würde sich die Anwendung des Bankenkonzursrechts auf "**Unbewilligte**" lediglich *e contrario* aus Abs. 2 ergeben.

Dass die Bankensanierung für unbewilligte Einrichtungen nicht gilt, ist nicht zu beanstanden. Solchen Unternehmen steht, falls die an sich bewilligungspflichtige Tätigkeit aufgegeben wird, die Möglichkeit der Sanierung gemäss den Bestimmungen des OR offen. Auch eine Sanierung gemäss SchKG, etwa gemäss Art. 314 (ordentlicher Nachlassvertrag), ist nicht ausgeschlossen.

Die ausnahmsweise Durchführung einer bankengesetzlichen Sanierung für „Unbewilligte“ sollte nicht nur möglich sein, wenn dies im Interesse des Finanzmarktes liegt, sondern - offener formuliert - immer dann, *"wenn hierfür ein öffentliches Interesse besteht"*.

#### **E-Art. 4 (Öffentliche Bekanntmachungen)**

Wir schlagen vor, Abs. 3 durch einen weiteren Satz zu ergänzen:

*"Die FINMA kann, wenn dies der Vereinfachung des Verfahrens dient, Gläubiger mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten in der Schweiz verpflichten."*

#### **E-Art. 10 (Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen)**

Wir schlagen eine Präzisierung der im Entwurf zu weit gefassten Marginalie vor: "..... und Insolvenzmassnahmen".

## **2. Titel: Konkurs**

#### **E-Art. 20 (Guthaben, Admassierung, Anfechtung)**

In Abs. 5 könnte nach den Worten "... keine gerichtliche Geltendmachung" eingefügt werden *"bzw. keine Betreibung"*. Alternativ könnte das Wort "gerichtliche" gestrichen werden.

Damit würde klargestellt, dass die in Abs. 1 festgelegte Pflicht des Konkursliquidators, eine Forderung auf dem Betreibungswege einzuziehen, keine absolute ist. Erweist sich nämlich die Betreibung bzw. die Vollstreckung einer an sich unstrittigen oder nicht ausdrücklich bestrittenen Forderung unter dem Gesichtspunkt der Kosteneffizienz (bzw. des zu erwartenden Vollstreckungsergebnisses) als unverhältnismässig, muss dem Konkursliquidator ebenso wie bei bestrittenen Forderungen die Möglichkeit der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG offen stehen.

In Abs. 6 ist die Verweisung auf E-Art. 30 BIV zu überprüfen. Vermutlich ist Art. 31 gemeint.

#### **E-Art. 22 (Einstellung mangels Aktiven)**

Gemäss Abs. 2 wird das Konkursverfahren ausnahmsweise auch in Fällen durchgeführt, in denen die Konkursaktiven die Kosten des Konkursverfahrens nicht decken. Die Kosten eines solchen Verfahrens trägt die FINMA (Erläuterungsbericht, S.22). Wir schlagen vor, dies im Verordnungstext klarzustellen.  
Satz 2: *"Die FINMA trägt die Kosten eines solchen Verfahrens"*.

#### **E-Art. 24 (privilegierte Einlagen)**

Der Wortlaut des Art. 37a BankG erlaubt die Auslegung, sog. **Nummernkonten** vom Privileg auszunehmen (Botschaft zur Einlagensicherungsvorlage BBl 2010, 4020). Zwingend ist diese Auslegung nicht. Eine sachliche Begründung für die unterschiedliche Behandlung ist ebenfalls nicht gegeben.

Richtigerweise wäre nur der „wirtschaftlich Berechtigte“ vom Privileg auszuschliessen. Abgesehen von der fehlenden Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von „Namenkonten“ und „Nummernkonten“ wird das Konkursverfahren durch Abgrenzungsprobleme belastet, da die Kontenarten nicht scharf voneinander getrennt werden können.

Wir schlagen vor, Art. 37a BankG im Zuge der von uns angeregten Anpassungen zu überarbeiten, so dass der erste Teil von Abs. 2 gestrichen werden kann.

### **E-Art. 39 (Nachträglich anfallende Vermögenswerte)**

Wir schlagen eine redaktionelle Anpassung im letzten Satz von Abs. 3 vor. Der Begriff "Mittel" ist durch "*nachträglich angefallene Vermögenswerte*" zu ersetzen.

## **3. Titel: Sanierung**

### **E-Art. 40 (Voraussetzungen)**

In Abs. 1 werden mit "hinreichend zuverlässige Hinweise" drei unbestimmte Begriffe verwendet. Gleichzeitig wird nur die Genehmigung durch die FINMA erwähnt, nicht aber die Ablehnung durch die Gläubiger. Wir schlagen deshalb folgende Formulierung vor:

*"Die Aussicht auf Sanierung der Bank ..... ist dann begründet, wenn zum Zeitpunkt der Beurteilung hinreichend Gründe für das Zustandekommen eines genehmigungsfähigen Sanierungsplans gegeben sind und nicht von vornherein mit einer Ablehnung durch die Gläubiger zu rechnen ist (Art. 45)".*

Gemäss Abs. 2 besteht "kein Anspruch auf Sanierung". Ausgeschlossen wird hier genau genommen ein Anspruch auf Durchführung eines Sanierungsverfahrens gemäss den Bestimmungen des BankG. Ob ein solcher Anspruch auf Verordnungsstufe auch dann abgesprochen werden kann, wenn die Voraussetzungen hierzu an sich gegeben wären (Abs. 1), ist fraglich. Dieser Zweifel wird auch im Lichte der "kann"-Formulierungen des Gesetzes nicht beseitigt (Art. 25 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 BankG). Will sich die FINMA gegen die Anordnung eines Sanierungsverfahrens gemäss Art. 28 ff. BankG entscheiden, ist deshalb vor der Konkurseröffnung praxisgemäss zumindest abzuklären, ob innert nützlicher Frist eine Sanierung gemäss OR durchgeführt werden kann.

### **E-Art. 42 (Sanierungsbeauftragter)**

Gemäss Abs. 5 handelt der Sanierungsbeauftragte hoheitlich. Diese Klarstellung ist zu begrüssen, insbesondere im Hinblick auf die Mehrwertsteuer auf das Honorar des Sanierungsbeauftragten.

### **E-Art. 43 (Sanierungsplan)**

In lit. f. werden die Anfechtungsansprüche behandelt. Dass die sog. paulianischen Anfechtungsansprüche im Sanierungsverfahren überhaupt zugelassen sind (und im Sanierungsplan wieder ausgeschlossen werden können), bildet einen gesetzgeberischen Missgriff, der auch in den beiden Revisionen 2011 nicht behoben wurde (BSK BankG-BAUER, Art. 32 N 4).

Ein Ausschluss von Anfechtungsansprüchen macht neu allenfalls dann Sinn, wenn im Zuge einer Sanierung Bankdienstleistungen durch einen anderen Rechtsträger weitergeführt und die Restbank durch Konkurs liquidiert wird, wie dies durch Art. 30 BankG nunmehr ermöglicht wird.

#### **E-Art. 44 (Genehmigung)**

Nach der Genehmigung macht die FINMA die Grundzüge des Sanierungsplans öffentlich bekannt und gibt an, wie die betroffenen Gläubiger und Aktionäre den *Sanierungsplan* einsehen können. Damit ist e contrario gesagt, dass - anders als im gemeinrechtlichen Konkurs - kein allgemeines Einsichtsrecht der betroffenen Gläubiger in die *Geschäftsakten* der Bank vorgesehen ist. Da im revidierten Bankengesetz das Element des "Zwangsvergleichs" stärker hervortritt als in der früheren Fassung des BankG von 2003, und da der Zwangsvergleich im SchKG geregelt ist, wird man die gesetzliche Grundlage für die Einschränkung des Einsichtsrechts im neuen Art. 28 Abs. 2 des BankG erblicken können. Von den Geschäftsakten sind die *Insolvenzakten* zu unterscheiden, für welche E- Art. 5 BIV Grundsatz und Tragweite der Akteneinsicht regelt.

#### **E-Art. 45 (Ablehnung durch die Gläubiger und Gläubigerinnen)**

Wird die **Frist für die Ablehnung** des Sanierungsplans auf die minimalen 10 Tage (vormals 20 Tage) festgesetzt, so kann dies für Gläubiger im Ausland oder für Gläubiger, die von ihrem Einsichtsrecht Gebrauch machen möchten, prohibitive Wirkung entfalten.

Wir empfehlen, in Einzelfällen begründete Fristerstreckungen vorzusehen und auch die Grundlage für differenzierte Fristen für verschiedene Gläubigergruppen zu formulieren: *"Die FINMA kann für verschiedene Gruppen von Gläubigern unterschiedliche Fristen festlegen und in begründeten Ausnahmefällen auf Antrag eine Nachfrist einräumen"*.

Die Ablehnung des Sanierungsplans kann erst erfolgen, wenn er bekannt ist. Deshalb ist nicht nachvollziehbar, weshalb dies bereits "zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens" zu geschehen hat. Der entsprechende Passus sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.

#### **E-Art. 48 (Gleichbehandlung)**

Diese Bestimmung betrifft die Gleichbehandlung bzw. die Ungleichbehandlung der verschiedenen „Eigenerkategorien“ bei der Reduktion des bisherigen und der Schaffung neuen Eigenkapitals gemäss Art. 31 Abs. 3 BankG. Wir meinen, dass auch die hier beschriebene Zuständigkeit der FINMA im Gesetz verankert werden müsste. Darüber hinaus sollten im Gesetz die bereits bestimmbaren Ausnahmen geregelt werden. Zu denken ist etwa an jene Eigner, deren Aktien eben erst durch eine Pflichtwandelung entstanden sind. Es wäre nicht angemessen das so entstandene Kapital sogleich wieder herabzusetzen.

#### **E-Art. 47 (Anwendbarkeit des Obligationenrechts)**

Für Kapitalmassnahmen gelten immer die **Vorschriften des Obligationenrechts**, d.h. nicht nur für die „Kapitalmassnahmen nach diesem Abschnitt“, wie dies im Entwurf vorgeschlagen wird. Zudem gelten sie nicht „sinngemäss“, sondern direkt. Ausnahmen hiervon wären im Gesetz ausdrücklich zu beschreiben.

Der Ausschluss des **Bezugsrechts** im Sanierungsplan und gegen den Willen des Aktionärs ist im Gesetz, namentlich in Art. 31 Abs. 3 BankG, nicht vorgesehen. Wir regen an, diese Bestimmung zu streichen oder das Gesetz in diesem Punkt nachzubessern.

#### **E-Art. 49 (Wandelbarkeit von Forderungen)**

Es stellt sich die Frage, ob der Ausnahmekatalog in Abs. 2 alle denkbaren Fallkonstellationen, in denen ein Ausschluss sinnvoll ist, erfasst. Gemäss Entwurf fallen „im Voraus getroffene Aufrechnungsvereinbarungen“ im Sinne von Art. 27 Abs. 3 BankG darunter (E-Art.49 Abs. 2 lit. c). Einlagen, welche nicht nach Abs. 2 lit. b privilegiert sind, sollen demnach zwangsgewandelt werden können (Abs. 1), unabhängig davon, ob dem Gläubiger ein **Verrechnungsrecht** gemäss Art. 120 ff. OR zusteht oder für den Fall des Konkurses der Bank zustehen würde. Ein Hypothekarschuldner könnte demnach den nicht privilegierten Teil seiner Ersparnisse nicht mehr mit seiner Hypothekarschuld verrechnen, wenn und weil dieser Teil zwangsweise in Eigenkapital gewandelt wurde. Im umgekehrten Fall bleibt der Bank bei Insolvenz des Kunden das Verrechnungsrecht erhalten. Wir meinen deshalb, dass alle Kundeneinlagen von der Zwangsumwandlung ausgenommen werden sollten.

Stossend (und prohibitiv) kann auch die zwangsweise Wandlung von **Sanierungsdarlehen** an die Bank wirken.

Die Zwangsumwandlung hat enteignungsähnlichen Charakter. Wir regen an, Art. 31 BankG sowohl grundsätzlich zu präzisieren wie auch die Ausnahmen **im Gesetz** und nicht in der BIV zu regeln. Ebenfalls eine gesetzliche Grundlage wäre für die in Abs. 3 vorgesehene, unseres Erachtens sinnvolle, Befugnis der FINMA, weitere Ausnahmen von der Wandelbarkeit anzuordnen.

#### **E-Art. 50 (Anordnung eines Forderungsverzichts, eines Fälligkeitsaufschubs oder einer Stundung der Zinszahlungen durch die FINMA)**

Den Erläuterungen zum Entwurf ist auf Seite 8 oben folgendes zu entnehmen:

*"Die FINMA kann neu im Sanierungsplan die Reduktion bisherigen und die Schaffung neuen Eigenkapitals, einen Forderungsverzicht (hair-cut) oder gar die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital (debt-to-equity swap) anordnen."*

Grundlage hierfür bildet offensichtlich Art. 31 Abs. 3 BankG:

*"Kann eine Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden, so kann der Sanierungsplan die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital sowie die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorsehen".*

Die Anordnung eines (unfreiwilligen) hair-cuts zu Sanierungszwecken ist im Gesetz nicht vorgesehen (anders als etwa die Stundung oder der Fälligkeitsaufschub, die in Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG noch als *Schutzmassnahmen* figurieren). Die gesetzlich eingeräumte Kompetenz, die zur Sanierung notwendigen Anordnungen zu treffen (Art. 28), beschränkt sich auf Abweichungen vom SchKG und kann nicht als einschlägige Kompetenznorm angesehen werden (BOTSCHAFT vom 12. Mai 2010, BBl, 2010, 4017, oben). Demzufolge wäre die Passage „...einen teilweisen oder vollständigen Forderungsverzicht“ zu streichen oder aber eine gesetzliche Grundlage hierfür zu schaffen.

### **Art. 51 (Weiterführung von Bankdienstleistungen)**

Abs. 1 lit. f.: Die definitive Festlegung des **Wertausgleichs** erfolgt in einem Nachtrag zum Sanierungsplan (Art. 31b Abs. 2 BankG), der Sanierungsplan selbst regelt lediglich die Grundsätze für dessen Festlegung (E-Art. 51 Abs. 1 lit. f). Eine Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG ist hier zwar ausgeschlossen (Art. 32 Abs. 2bis BankG), doch bleibt u.E. - wie für den Sanierungsplan selbst - die Möglichkeit der Beschwerde gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG. Wir halten dies für sachgerecht und erkennen hier keinen Änderungsbedarf.

Abs. 2: Der **Zeitpunkt**, zu dem die Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse auf den Übernehmer übergehen, ist gemäss Art. 30 Abs. 3 BankG die "Genehmigung des Sanierungsplans". Die Genehmigung steht unter dem Vorbehalt, dass der Sanierungsplan nicht abgelehnt wird (Art. 31a BankG). Diesfalls wird der Sanierungsplan "vollstreckbar" (E-Art. 51 Abs. 2). E-Art. 51 Abs. 2 sieht nun vor, dass der eigentliche Vermögensübergang bzw. der Übergang von Vertragsverhältnissen erst zu diesem Zeitpunkt erfolgt. E-Art. 51 Abs. 3 wiederum stellt mit Bezug auf handelsregisterrechtliche und grundbuchrechtliche Vorgänge fest, dass für *diese* der Zeitpunkt der Genehmigung massgebend ist.

Wir schlagen vor, für sämtliche „dinglichen“ Wirkungen der Genehmigung einen zeitlichen Gleichklang durch eine Ergänzung von Abs. 2 herzustellen:

"gehen.....mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten *rückwirkend auf den Zeitpunkt der Genehmigung des Sanierungsplans* auf den oder die neuen Rechträger über".

### **Art. 52 (Übergangsbank)**

Abs. 2 Satz 2 sollte kongruent zu Satz 1 formuliert werden. Zudem schlagen wir präzisierend "gesetzliche" statt "übliche" Bewilligungsvoraussetzungen vor:

"Sie kann die Bewilligung verlängern und bei der Erteilung *oder Verlängerung* von den *gesetzlichen* Bewilligungsvoraussetzungen abweichen".

### **Art. 56 (Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten)**

Auch hier liegt ein Eingriff in das materielle Recht (OR, Vertragsrecht) vor, für den das BankG selbst keine ausdrückliche Grundlage bietet. Die im Begleitbericht angeführte teleologische Auslegung des Art. 26 sowie der Art. 28 ff. bilden kein sicheres Fundament für derartig weitreichende Eingriffe, die für den Erfolg der Sanierung entscheidend sein können. Auch hier schlagen wir die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage vor.

### **Schlussbemerkung**

Wir begrüssen die vorgeschlagene Regelung grundsätzlich und unterstützen namentlich die Zielsetzung, das Sanierungs- und das Konkursverfahren in der BIV **rasch und effizient** auszugestalten. Hiervon hängt der Sanierungserfolg massgeblich ab und damit auch das in unseren Finanzmarkt gesetzte Vertrauen.

Soweit sich aber einzelne Regelungen im E-BIV nicht auf eine **zweifelsfreie gesetzliche Grundlage** abstützen können, bestehen Rechtsunsicherheiten, welche die genannte Zielsetzung erheblich gefährden. Damit verbunden ist ein entsprechendes Schadenspotenzial. Es hätte fatale Konsequenzen

für das Sanierungsverfahren selbst, aber auch für das Vertrauen in den Finanzplatz, wenn die fehlenden gesetzlichen Grundlagen im konkreten Fall mittels langwieriger Prozesse erfolgreich beanstandet würden.

Wir schlagen deshalb vor, zeitnah eine entsprechende Anpassung des BankG an die Hand zu nehmen und sind bereit, im Zuge der Vorarbeiten hierzu unseren Beitrag zu leisten.

Freundliche Grüße  
TREUHAND-KAMMER



Dr. Thorsten Kleibold  
Mitglied der Geschäftsleitung  
Leiter Ressort Facharbeit



Dr. Thomas Bauer  
Fachstab Recht der  
Treuhand-Kammer

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht  
FINMA  
Herr Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern

[reto.schiltknecht@finma.ch](mailto:reto.schiltknecht@finma.ch)

2. März 2012

## UBS Vernehmlassungsantwort BIV

Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Bankinsolvenzverordnung (BIV-FINMA). Nebst unseren grundsätzlichen Ausführungen verweisen wir auf die detaillierten Kommentare im Anhang, welche wir mit Credit Suisse und auch im Rahmen der Bankiervereinigung abgesprochen haben.

Das Bankinsolvenzrecht ist bereits im Rahmen der TBTF Gesetzgebung ergänzt worden, wobei wir die Einführung verschiedenster insolvenzrechtlicher Vorschriften ausdrücklich begrüßten. Aufgrund des politisch vorgegebenen Tempos bestand dabei leider nicht genügend Zeit, um die insolvenzrechtlichen Fragen auf Gesetzesstufe vollständig zu regeln. Dies sollte unserer Ansicht nach in bestimmten Bereichen nachgeholt werden, was wir hiernach im Einzelnen aufzeigen.

Soweit in der Verordnung neue Regelungen für abwicklungs- und verfahrenstechnischen Fragen vorgesehen sind, haben wir kaum Bemerkungen zum Entwurf. Wir unterstützen im Wesentlichen die entsprechenden Vorschläge und Präzisierungen.

Wie Sie wissen, können verschiedene in der Verordnung vorgeschlagene Regeln direkte Auswirkungen auf die Art und Weise der Finanzierung von Banken haben, wie etwa die Regeln über Ausnahmen von Gläubigerkategorien von einem Bail-in oder das Verhältnis von Instrumenten mit vertraglich vereinbarter Wandlung zu einem solchen hoheitlich angeordneten Debt-Equity Swap. Dabei wird die Frage der Verlustallokation zwischen den verschiedenen Stakeholders angesprochen. Die Regelung dürfte deshalb in den nächsten Jahren einen zunehmenden Einfluss auf die Struktur der Bankenfinanzierung bzw. der Passivseite der Bankbilanzen haben. Da sehr viele Banken insbesondere in Europa gleichzeitig ihre Kapitalbasis stark ausbauen müssen, wird diese Regelung auch auf internationaler Ebene äusserst intensiv diskutiert.

In den Bereichen im Sanierungsrecht, in denen materiellrechtliche Regeln vorgeschlagen werden (insbes. Art. 47, 49, 50, 55-56 E-BIV), fehlt unserer Ansicht nach aber leider die gesetzliche Grundlage oder sie ist unvollständig. Das lässt sich unserer Ansicht nach auf Verordnungsstufe nicht beheben. Einerseits deckt die vorhandene Grundlage in Art. 28 Abs. 2 BankG nur den Erlass verfahrensrechtlicher Bestimmungen ab. Aufgrund der unglücklichen gesetzlichen Grundlage kann die FINMA in ihrer Verordnung nach dem Gesetz nur technische Anordnungen festhalten. Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG erscheinen uns deshalb als Delegationsnormen für weitergehende, materiellrechtliche Bestimmungen durch die FINMA als ungenügend. Die FINMA verfügt danach nicht über die Kompetenz, um von der allgemeinen gesetzlichen Ordnung abzuweichen. Andererseits bedürfen sowohl die

Abweichungen von den Regeln des OR und des SchKG wie auch sanierungsrechtliche Massnahmen mit enteignungsähnlicher Wirkung einer klaren Gesetzesgrundlage. Unserer Ansicht nach vermag Art. 31 Abs. 3 BankG in diesen Fällen das Erfordernis einer hinreichenden Grundlage in einem formellen Gesetz (Art. 36 BV) nicht zu erfüllen.

Wir schlagen deshalb vor, die sanierungsrechtlichen Bestimmungen des Bankengesetzes zu überprüfen und, wo nötig, zu ergänzen.

Besonders in Kernbereichen, in welchen in Rechte Dritter eingegriffen wird, ist eine Abstimmung mit internationalen Standards<sup>1</sup> notwendig. Gewisse, im FSB Paper angesprochene Fragen sind aber im schweizerischen Recht nicht oder in der E-BIV anders geregelt<sup>2</sup>.

Im Weiteren bedarf es einer Abstimmung mit den einzelstaatlichen Regelungen in Kernmärkten. Bereits mittelgrosse Banken sind relativ stark mit dem Ausland verknüpft. Transparenz, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit sind entscheidend für das Überleben der zu sanierenden Bank beziehungsweise für die Werterhaltung bei der Restbank. Gegenparteien, Kunden und Investoren sind angewiesen auf Rechtssicherheit und Vorausssehbarkeit. Dies ist vor allem dort gewährleistet, wo international einheitliche Konzepte implementiert werden. (vgl. z.B. Art. 211 Abs. 2 bis SchKG, welche eine weltweit identisch umgesetzte Regelung darstellt). Auch um die *Anerkennbarkeit* von schweizerischen Sanierungsmassnahmen im Ausland sichern zu können, bedarf es einer entsprechenden Abstimmung der Eingriffsordnung (insbes. Vorschläge über die Ausnahme gewisser Gläubigerkategorien von der Umwandlung im Fall eines Bail-in, Art. 49, Verhältnis vertraglicher Wandlung bei verlustabsorbierenden Instrumenten und Cocos zu hoheitlichem Bail-in, Aufschub von Vertragsbeendigungsklauseln, Art. 56 „Temporary Stay“). Dies in erster Linie mit der Regelung von Ländern, welche die wichtigsten Kapitalmärkte beheimaten (insbes. UK und USA). Nachdem insbesondere der wichtige UK Markt und auch die EU erst in den kommenden Monaten mit konkreten Gesetzesvorschlägen aufwarten werden, besteht genügend Zeit zur Erarbeitung einer international abgestimmten, auf formeller gesetzlicher Grundlage basierenden Regelung.

Eine Regelung auf Stufe des Bankengesetzes hat auch den Vorteil erhöhter Rechtsicherheit. Weil die Frage der gesetzlichen Grundlage der entsprechenden Bestimmungen in der BIV wie ausgeführt fraglich ist, könnten Anordnungen im Anwendungsfall angefochten werden, was einer geordneten Sanierung offensichtlich abträglich wäre.

Angesichts der Schwere der möglichen Eingriffe in Rechte Dritter erscheint uns eine Regelung auf einer formellgesetzlichen Grundlage schliesslich auch deshalb notwendig, um eine Diskussion auf einer breiteren, demokratisch abgestützten Basis durchführen zu können, was im Rahmen einer Vernehmlassung zu einer Behördenverordnung nur in beschränktem Umfang möglich ist.

Entsprechend beantragen wir, auf Titel 3 und 5 zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu verzichten und im Rahmen einer breit abgestützten Diskussion auf Gesetzesstufe anzugehen. Wir sind gerne bereit, an entsprechenden Arbeiten mitzuwirken.

Schliesslich schlagen wir vor, den Ausschluss der Nummern- und Pseudonymkonti vom Einlegerprivileg nach (Art. 24 E-BIV) zu streichen. Für die Begründung im Einzelnen verweisen wir dabei auf die Eingabe der Schweizerischen Bankiervereinigung, die wir vollumfänglich unterstützen, insbesondere auch die rechtlichen Ausführungen von Professor Thévenoz.

<sup>1</sup> (z.B. FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, EU Crisis Framework).

<sup>2</sup> Beispiele: Im Schweizer Recht fehlt eine Bestimmung zum Schutz von Organen gegen Klagen von Aktionären oder Gläubiger, die sie aufgrund von Anordnungen der FINMA vorgenommen haben (Key Attribute 5.3); Ausnahmen von börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften (Key Attribute 5.6); die Möglichkeit für FINMA, Dienstleistungen auch von nicht involvierten Drittparteien zugunsten der aufzulösenden Bank einzufordern (Key Attribute 3.2(iv)); abweichende Anforderungen bezüglich Temporary Stay, siehe Key Attributes Annex IV gegenüber Art. 56 BIV).

Wir hoffen, mit unserer gemeinsam mit CS und SBVg abgestimmten Stellungnahme einen Beitrag für die Weiterentwicklung und Vervollständigung des Bankeninsolvenzrechts zu leisten und stehen gerne für einen weiteren Gedankenaustausch in diesem Sinne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

UBS AG



Dr. Thomas Bischof  
Head Legislative & Regulatory  
Initiatives



Jürg Schär  
Legislative & Regulatory Initiative

Beilage: Detaillierte Kommentierung

# Kommentierung Entwurf Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (E-BIV-FINMA) vom 16. Januar 2012

## Allgemeine Kommentare

- Ein funktionierendes Bankensanierungs- und insolvenzrecht ist für die Banken von essentieller Bedeutung. Sie unterstützen die **Forderung** des Financial Stability Board (FSB) nach **Rechtssicherheit** und **Transparenz**.
- Das Bankengesetz in seiner heutigen Fassung (inkl. die TBTF-Novelle vom 1. März 2012) bietet **keine genügende gesetzliche Grundlage für die vorgesehene Regelung von Kapitalmassnahmen und die Eingriffe in die Vertragsrechte** in der BIV-FINMA:
  - o **Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG** sind nur als Grundlage für **verfahrensrechtliche Verfügungen und Anordnungen** gedacht (BBI 2010, S. 4017: "... vor allem um Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur").
  - o Das BankG sieht in Art. 31 Abs. 3 rudimentär die Möglichkeit der **Anordnung von Kapitalmassnahmen im Sanierungsplan** vor, ohne aber die Grundzüge solcher Massnahmen im Gesetz selbst zu beschreiben. Damit aber die Kapitalmassnahmen auf Verordnungsstufe geregelt werden können, braucht es eine explizite, genügend umschriebene Grundlage im Gesetz. Wenn Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechtspositionen (Eigentumsrechte) von Eignern und Gläubigern einer Bank angeordnet werden, sind noch strengere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen (vgl. Art. 36 BV).
  - o Der **hoheitlich angeordnete Forderungsverzicht** gemäss Art. 50 E-BIV-FINMA steht im Konflikt mit Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG (Vorrang der Interessen der Gläubiger vor denjenigen der Eigner). Auch inhaltlich ist es nicht angemessen, dass Gläubiger vor den Aktionären Verluste tragen sollen.
  - o Der **behördlich verordnete Aufschub von Vertragsbeendigungsrechten** (Art. 56 E-BIV-FINMA) greift in die Vertrags- und Eigentumsfreiheit ein und ist daher nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage zulässig. Eine solche ist nicht ersichtlich, im Gegenteil: Art. 27 Abs. 3 BankG scheint einen solchen Eingriff geradezu auszuschliessen.
- Eine **sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des OR** (und damit des starren und zeitintensiven Kapitalerhöhungs- und herabsetzungsverfahrens) ist für die Umsetzung der Reduktion und die Schaffung von Eigenkapital in einem Sanierungsverfahren **nicht geeignet**. Es bedarf einer genauen Bezeichnung der anwendbaren bzw. nicht anwendbaren Bestimmungen und einer Regelung der offenen Aspekte (z.B. ersetzt die Anordnung der FINMA den VR- und GV-Beschluss? Ist die Gläubigerbenachrichtigung gemäss Art. 733 OR ausgeschlossen? Welches sind die Belege für die HR-Eintragung?).
- Im Verordnungsentwurf ist das **Konzept für das Sanierungsinstrumentarium bzw. die konkrete Durchführung eines Sanierungsverfahrens ungenügend geregelt** bzw. nur in Ansätzen zu erkennen. Es fehlt aber an grundlegenden Regelungen über die Hierarchie der Massnahmen, deren Mechanik und das Zusammenspiel bzw. Verhältnis zwischen den verschiedenen statutarischen und vertraglichen Verlusttragungsmechanismen, insb. das Verlusttragsverhältnis zwischen dem "statutory bail-in" (Kapitalmassnahmen) und dem "contractual bail-in" (z.B. CoCos, Write-off Bonds). Auch die Einbettung des Sanierungsverfahrens in den grösseren Kontext von möglichen Insolvenzmassnahmen ist unklar: auf internationaler Ebene überwiegt zunehmend die Auffassung, dass eine Sanierung einer Massnahme mit Liquidationsfolge grundsätzlich vorzuziehen ist, weil dadurch die übergeordneten Ziele (Systemschutz und Werterhaltung für die Anleger) oftmals besser erreicht werden können.
- **Es fehlt eine Abstimmung der Sanierungsmassnahmen auf internationaler Ebene**. Ohne eine solche Abstimmung ist deren internationale Anerkennung und Durchsetzbarkeit nicht gewährleistet. Dadurch wird der Zweck des Sanierungsverfahrens in Frage gestellt oder gar vereitelt.

## Detailkommentierung der einzelnen Bestimmungen

Entwurf BIV-FINMA (neue Sanierungsbestimmungen und wesentliche Änderungen der Konkursbestimmungen kursiv aufgeführt)	Kommentare
<p><i>Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA),</i> gestützt auf die Artikel 28 Absatz 2 und 34 Absatz 3 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG) sowie auf Artikel 36a des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG), <i>verordnet:</i></p>	<p><b>Grundkritik an E-BIV-FINMA: weitgehend mangelnde gesetzliche Grundlagen für über rein verfahrensmässige Aspekte hinausgehende Regelungen</b></p> <p>Gemäss Art. 5 BV bedarf es für jedes staatliche Handeln einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Dies gilt umso mehr in Bezug auf die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (Art. 36 BV). Gemäss Art. 164 Abs. 2 BV können Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden. Die unbestrittene Praxis verlangt für eine derartige Delegation:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Übertragung durch Gesetz;</li> <li>- kein verfassungsrechtliches Delegationsverbot (Art. 164 Abs. 1 BV, Art. 36 Abs. 1 BV);</li> <li>- Beschränkung auf bestimmte Materie;</li> <li>- Normierung der Grundzüge im Gesetz.</li> </ul> <p>Die BIV-FINMA stützt sich gemäss Ingress explizit auf <b>Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG</b>. Diese Bestimmungen sind indessen nur als <b>Grundlage für verfahrensrechtliche Verfügungen und Anordnungen</b> gedacht. Dazu führt die Botschaft 2010 explizit aus (BBI 2012, S. 4017):</p> <p style="padding-left: 40px;">"Es lässt sich nicht ausschliessen, dass sich der Erlass weiterer Spezialbestimmungen zur Durchführung des Sanierungsverfahrens als notwendig erweist. Für diesen Fall kann die FINMA wie im Rahmen der analogen Bestimmung in Artikel 34 Absatz 3 zum Bankenkonzurs abweichende Anordnungen treffen und zwar sowohl im Einzelfall durch Verfügung als auch generell-abstrakt in Form von Verordnungen. Dabei wird es sich vor allem um Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur handeln."</p> <p>Diese Ausführungen stimmen überein mit früheren Meinungen, wonach ergänzendes, materielles Verordnungsrecht kaum nötig sein sollte (vgl. z.B. BBI 2002, S. 8073 und 8092).</p> <p>Kapitalmassnahmen greifen regelmässig in die Eigner- und Gläubigerrechte ein, hierfür bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. Eine genügende gesetzliche Delegationsnorm fehlt im Bankengesetz in seiner heutigen Form: Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG bieten keine solche Grundlage, eine andere hinreichende Grundlage ist nicht ersichtlich und wird auch weder im Ingress noch im Erläuterungsbericht erwähnt. Siehe im Einzelnen die Kommentierung von Art. 47 ff. E-BIV-FINMA).</p> <p>Im Einklang mit der BV und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auch nicht davon ausgegangen</p>

	werden, dass diese Bestimmungen der FINMA erlauben würden, von Bestimmungen der BV, BankG, OR, VwVG oder anderen Bundesgesetzen abzuweichen. Weder bieten die Botschaften Hand für eine derartige Auslegung noch wäre eine solche verfassungsmässig zulässig.
<b>1. Titel: Allgemeine Bestimmungen</b>	
<p><b>Art. 1</b> Gegenstand</p> <p><i>Diese Verordnung regelt das Verfahren der Bankensanierung und des Bankenkurses (Bankeninsolvenzverfahren) und ergänzt die Artikel 28–37g BankG.</i></p>	
<p><b>Art. 2</b> Geltungsbereich</p> <p><sup>1</sup> Als Banken im Sinne dieser Verordnung gelten:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Banken nach BankG;</li> <li>b. Effektenhändler nach dem BEHG;</li> <li>c. Pfandbriefzentralen nach dem Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930<sup>3</sup>.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Für natürliche und juristische Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung <u>eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben</u> sind, gelten die Bestimmungen zur Bankensanierung (Art. 40-56) nicht. Sie werden ausnahmsweise dennoch angewendet, wenn es im Interesse des Finanzmarktes liegt.</p>	
<p><b>Art. 3</b> Universalität</p> <p><sup>1</sup> Die Bankeninsolvenz umfasst sämtliche verwertbaren Vermögenswerte, die der Bank im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung gehören, unabhängig davon, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden.</p> <p><sup>2</sup> Alle in- und ausländischen Gläubiger der Bank und ihrer ausländischen Zweigniederlassungen sind in gleicher Weise und mit gleichen Privilegien berechtigt, am in der Schweiz eröffneten Bankeninsolvenzverfahren teilzunehmen.</p> <p><sup>3</sup> Als Vermögenswerte einer in der Schweiz tätigen Zweigniederlassung einer ausländischen Bank gelten alle Aktiven im In- und Ausland, die durch Personen begründet wurden, welche für diese Zweigniederlassung gehandelt</p>	

haben.	
<p><b>Art. 4 Öffentliche Bekanntmachungen</b></p> <p><sup>1</sup> Öffentliche Bekanntmachungen werden im Schweizerischen Handelsamtsblatt <i>und auf der Internetseite</i> der FINMA publiziert.</p> <p><sup>2</sup> <i>Die FINMA teilt dem Handelsregisteramt unverzüglich die Tatsachen mit, die eingetragen werden müssen. Das Verfahren nach Artikel 152 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 20074 findet keine Anwendung.</i></p> <p><sup>3</sup> Mitteilungen werden denjenigen Gläubigern und Gläubigerinnen zugestellt, deren Namen und Adressen bekannt sind. Aufgrund der Dringlichkeit oder zur Vereinfachung des Verfahrens kann die direkte Mitteilung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden.</p> <p><sup>4</sup> Für den Fristenlauf und die mit der öffentlichen Bekanntmachung verbundenen Rechtsfolgen ist die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgebend.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Die Regelungen der handelsregisterrechtlichen Behandlung der Sanierungsmassnahmen müssen in Koordination und nach Rücksprache mit dem eidgenössischen Handelsregisteramt ausgearbeitet werden.</p> <p>In diesem Verordnungsentwurf sind die handelsregisterrechtlichen Erfordernisse bzw. das anwendbare Verfahren für die Sanierungsmassnahmen unklar geregelt. Dies gilt insbes. für:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- die Herabsetzung und (Wieder-) Erhöhung des Aktienkapitals im Rahmen einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, und</li> <li>- die Übertragung von Vermögenswerten auf einen anderen Rechtsträger.</li> </ul> <p>Wie werden diese Vorgänge im Handelsregister reflektiert? Welche Belege müssen beigebracht werden? Die Möglichkeit einer Registersperre sollte wie in Art. 13 Abs. 6 BankG für das Wandlungskapital ausgeschlossen werden.</p>
<p><b>Art. 5 Akteneinsicht</b></p> <p><sup>1</sup> Wer glaubhaft macht, dass er oder sie durch die Bankeninsolvenz unmittelbar in seinen oder ihren Vermögensinteressen betroffen ist, kann die Insolvenzakten einsehen; dabei ist das Berufsgeheimnis nach den Artikeln 47 BankG und 43 BEHG so weit als möglich zu wahren.</p> <p><sup>2</sup> Die Akteneinsicht kann auf bestimmte Verfahrensstadien beschränkt oder aufgrund entgegenstehender überwiegender Interessen eingeschränkt oder verweigert werden.</p> <p><sup>3</sup> Die durch die Akteneinsicht erhaltenen Informationen dürfen lediglich verwendet werden, um die eigenen unmittelbaren Vermögensinteressen zu wahren.</p> <p><sup>4</sup> Der oder die Sanierungsbeauftragte oder der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann die Akteneinsicht von einer Erklärung im Sinne von Absatz 3 abhängig machen und für den Fall der Zuwiderhandlung vorgängig auf die Strafdrohung nach Artikel 48 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007<sup>5</sup> und Artikel</p>	

<p>292 des Strafgesetzbuches<sup>6</sup> hinweisen.</p> <p><sup>5</sup> Der oder die Sanierungsbeauftragte oder der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin und nach Abschluss des Bankeninsolvenzverfahrens die FINMA entscheiden über die Akteneinsicht.</p>	
<p><b>Art. 6</b> Anzeige an die FINMA</p> <p><sup>1</sup> Handlungen und Entscheide des oder der Sanierungsbeauftragten oder des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung oder einer durch diese beauftragten Person sind keine Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968<sup>7</sup> über das Verwaltungsverfahren (VwVG).</p> <p><sup>2</sup> Wer durch eine Handlung, einen Entscheid oder eine Unterlassung derselben in seinen Interessen verletzt wird, kann diesen Sachverhalt der FINMA anzeigen.</p> <p><sup>3</sup> Die Anzeiger sind keine Parteien im Sinne des VwVG.</p>	
<p><b>Art. 7</b> <i>Insolvenzort</i></p> <p><sup>1</sup> Der Insolvenzort befindet sich am Sitz der Bank oder der Zweigniederlassung einer ausländischen Bank in der Schweiz.</p> <p><sup>2</sup> Bestehen mehrere Sitze oder mehrere Zweigniederlassungen einer ausländischen Bank in der Schweiz, so bestimmt die FINMA den einheitlichen Insolvenzort.</p> <p><sup>3</sup> Bei natürlichen Personen befindet sich der Insolvenzort am Ort des Geschäftsdomizils im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung.</p>	
<p><b>Art. 8</b> <i>Aus den Büchern ersichtliche Forderungen und Verpflichtungen</i></p> <p><i>Als aus den Büchern der Bank ersichtlich gelten Forderungen und Verpflichtungen der Bank dann, wenn:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. <i>die Bücher der Bank ordnungsgemäss geführt sind;</i></li> <li><i>und</i></li> <li>b. <i>der Konkursliquidator deren Existenz den Büchern der</i></li> </ul>	

<i>Bank tatsächlich entnehmen kann.</i>	
<p><b>Art. 9 Koordination</b></p> <p><i>Die FINMA und der oder die Sanierungsbeauftragte oder der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin koordinieren ihr Handeln soweit möglich mit in- und ausländischen Behörden und Organen.</i></p>	
<p><b>Art. 10 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen</b></p> <p><sup>1</sup> Anerkennt die FINMA ein ausländisches Konkursdekret oder eine ausländische Insolvenzmassnahme nach Artikel 37g BankG, so sind für das in der Schweiz befindliche Vermögen die Bestimmungen dieser Verordnung anwendbar.</p> <p><sup>2</sup> Sie bestimmt den einheitlichen Insolvenzort in der Schweiz und den Kreis der nach Artikel 37g Absatz 4 BankG privilegierten Gläubiger und Gläubigerinnen.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA macht die Anerkennung sowie den Kreis der privilegierten Gläubiger oder Gläubigerinnen öffentlich bekannt.</p>	
<p><b>2. Titel: Konkurs</b></p>	
<p><b>1. Kapitel: Verfahren</b></p>	
<p><b>Art. 11 Publikation und Schuldenruf</b></p> <p><sup>1</sup> Die FINMA eröffnet die Konkursverfügung allen Beteiligten und macht sie unter gleichzeitigem Schuldenruf öffentlich bekannt.</p> <p><sup>2</sup> Die Publikation enthält insbesondere folgende Angaben:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Name der Bank sowie deren Sitz und Zweigniederlassungen;</li> <li>b. Datum und Zeitpunkt der Konkurseröffnung;</li> <li>c. Konkursort;</li> <li>d. Name und Adresse des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin;</li> <li>e. Aufforderung an die Gläubiger und Gläubigerinnen</li> </ul>	

<p>und an Personen, welche im Besitz der Bank befindliche Vermögensstücke beanspruchen, ihre Forderungen und Ansprüche innert angesetzter Frist dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin unter Vorlage der Beweismittel anzumelden;</p> <p>f. Hinweis auf Forderungen, die nach Artikel 25 als angemeldet gelten;</p> <p>g. Hinweis auf die Herausgabe- und Meldepflichten nach den Artikeln 16–18.</p> <p><sup>3</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann den bekannten Gläubigern oder Gläubigerinnen ein Exemplar der Bekanntmachung zustellen.</p>	
<p><b>Art. 12 Konkursliquidator oder Konkursliquidatorin</b></p> <p><sup>1</sup> Die FINMA setzt mittels Verfügung einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin ein, sofern sie diese Aufgaben nicht selber wahrnimmt.</p> <p><sup>2</sup> Setzt die FINMA einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin ein, so hat sie bei der Auswahl darauf zu achten, dass dieser oder diese zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag sorgfältig, effizient und effektiv auszuüben, und keinen Interessenkonflikten unterliegt, welche der Auftragserteilung entgegenstehen.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA präzisiert die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere die Kosten, die Berichterstattung und die Kontrolle des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin.</p> <p><sup>4</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin treibt das Verfahren rasch voran. Er oder sie hat insbesondere:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. die Konkursaktiven zu sichern und zu verwerten;</li> <li>b. die im Rahmen des Bankenkursverfahrens notwendige Geschäftsführung zu besorgen;</li> <li>c. die Konkursmasse vor Gericht zu vertreten; und</li> <li>d. in Zusammenarbeit mit dem Träger der Einlagensicherung die Erhebung und die Auszahlung der nach Artikel 37h BankG gesicherten Einlagen zu besorgen</li> </ul> <p><sup>5</sup> Bei der Erfüllung der Aufgaben nach dieser Verordnung</p>	

handelt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin hoheitlich.	<b>Zu Abs. 5:</b> Vgl. Kommentar zu Art. 42 Abs. 5.
<p><b>Art. 13</b> Gläubigerversammlung</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA entscheidet auf Antrag des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin über die Kompetenzen einer beabsichtigten Gläubigerversammlung sowie über die für die Beschlussfassung notwendigen Präsenz- und Stimmenquoten.</p> <p><sup>2</sup> Alle Gläubiger und Gläubigerinnen dürfen an der Gläubigerversammlung teilnehmen oder sich vertreten lassen. In Zweifelsfällen entscheidet der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin über die Zulassung.</p> <p><sup>3</sup> Er oder sie leitet die Verhandlungen und erstattet Bericht über die Vermögenslage der Bank und den Stand des Verfahrens.</p> <p><sup>4</sup> Die Gläubiger und Gläubigerinnen können Beschlüsse auch auf dem Zirkularweg fassen. Lehnt ein Gläubiger oder eine Gläubigerin den Antrag des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin nicht ausdrücklich innert der angesetzten Frist ab, so gilt dies als Zustimmung.</p>	
<p><b>Art. 14</b> Gläubigerausschuss</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA entscheidet auf Antrag des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin über Einsetzung, Zusammensetzung, Aufgaben und Kompetenzen eines Gläubigerausschusses.</p> <p><sup>2</sup> Hat der Träger oder die Trägerin der Einlagensicherung in wesentlichem Umfang nach Artikel 37h BankG privilegierte Einlagen ausbezahlt, so hat er oder sie eine Person als Mitglied des Gläubigerausschusses zu ernennen, die ihn oder sie vertritt.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA bestimmt den Vorsitzenden oder die Vorsitzende, das Verfahren für die Beschlussfassung sowie die Entschädigung der einzelnen Mitglieder.</p>	
<b>2. Kapitel: Konkursaktiven</b>	

<p><b>Art. 15 Inventaraufnahme</b></p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin errichtet ein Inventar über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen.</p> <p><sup>2</sup> Die Inventaraufnahme richtet sich unter Vorbehalt nachfolgender Bestimmungen nach den Artikeln 221–229 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889<sup>8</sup> über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG).</p> <p><sup>3</sup> Die nach Artikel 37<i>d</i> BankG abzusondernden Depotwerte sind zum Gegenwert im Zeitpunkt der Konkursöffnung im Inventar vorzumerken. Das Inventar weist auf Ansprüche der Bank gegenüber dem Deponenten oder der Deponentin hin, die einer Absonderung entgegenstehen.</p> <p><sup>4</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin beantragt der FINMA die zur Sicherung des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens erforderlichen Massnahmen.</p> <p><sup>5</sup> Er oder sie legt das Inventar dem Bankier oder einer von den Eignern und Eignerinnen der Bank als Organ gewählten Person vor. Diese haben sich über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars zu erklären. Ihre Erklärung ist ins Inventar aufzunehmen.</p>	
<p><b>Art. 16 Herausgabe- und Meldepflicht</b></p> <p><sup>1</sup> Schuldner oder Schuldnerinnen der Bank sowie Personen, welche Vermögenswerte der Bank als Pfandgläubiger oder Pfandgläubigerin oder aus andern Gründen besitzen, haben sich innert der Eingabefrist nach Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe e beim Konkursliquidator oder bei der Konkursliquidatorin zu melden und diesem oder dieser die Vermögenswerte zur Verfügung zu stellen.</p> <p><sup>2</sup> Anzumelden sind Forderungen auch dann, wenn eine Verrechnung geltend gemacht wird.</p> <p><sup>3</sup> Ein bestehendes Vorzugsrecht erlischt, wenn die Meldung oder die Herausgabe arglistig unterbleibt.</p>	
<p><b>Art. 17 Ausnahmen von der Herausgabepflicht</b></p> <p><sup>1</sup> Als Sicherheit dienende Effekten und andere Finanzinstrumente müssen nicht herausgegeben werden,</p>	

<p>soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verwertung durch den Sicherungsnehmer oder die Sicherungsnehmerin gegeben sind.</p> <p><sup>2</sup> Diese Vermögenswerte sind jedoch dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin unter Nachweis des Verwertungsrechts zu melden und von diesem oder dieser im Inventar vorzumerken.</p> <p><sup>3</sup> Der Sicherungsnehmer oder die Sicherungsnehmerin muss mit dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin über den aus der Verwertung dieser Vermögenswerte erzielten Erlös abrechnen. Ein allfälliger Verwertungsüberschuss fällt an die Konkursmasse.</p>	
<p><b>Art. 18</b> Ausnahmen von der Meldepflicht</p> <p>Die FINMA kann bestimmen, dass für aus den Büchern ersichtliche Forderungen der Bank die Meldung der Schuldner und Schuldnerinnen unterbleiben kann.</p>	
<p><b>Art. 19</b> Aussonderung</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin prüft die Herausgabe von Vermögensgegenständen, die von Dritten beansprucht werden.</p> <p><sup>2</sup> Hält er oder sie einen Herausgabeanspruch für begründet, so gibt er oder sie den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung des Bestreitungsrechts nach Artikel 260 Absatz 1 und 2 SchKG<sup>9</sup> zu verlangen. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.</p> <p><sup>3</sup> Hält er oder sie einen Herausgabeanspruch für unbegründet oder haben Gläubiger und Gläubigerinnen die Abtretung des Bestreitungsrechts verlangt, so setzt er oder sie der Anspruch erhebenden Person eine Frist, innert der sie beim Gericht am Konkursort Klage einreichen kann. Unbenutzter Ablauf der Frist gilt als Verzicht auf den Herausgabeanspruch.</p> <p><sup>4</sup> Die Klage hat sich im Falle einer Abtretung gegen die Abtretungsgläubiger und -gläubigerinnen zu richten. Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin gibt dem oder der Dritten mit der Fristansetzung die Abtretungsgläubiger und -gläubigerinnen bekannt.</p>	

**Art. 20** Guthaben, Admassierung und Anfechtung

<sup>1</sup> Fällige Forderungen der Konkursmasse werden vom Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin, nötigenfalls auf dem Betreibungswege, eingezogen.

<sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin prüft Ansprüche der Konkursmasse auf bewegliche Sachen, die sich im Gewahrsam oder Mitgewahrsam eines oder einer Dritten befinden, oder auf Grundstücke, die im Grundbuch auf den Namen eines oder einer Dritten eingetragen sind.

<sup>3</sup> Er oder sie prüft die mögliche Anfechtung von Rechtsgeschäften nach den Artikeln 285–292 SchKG<sup>10</sup>. Bei den Fristen der Artikel 286–288 SchKG werden die Dauer eines vorausgegangenen Sanierungsverfahrens sowie einer vorgängig erlassenen Anordnung einer Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e bis h BankG nicht mitberechnet.

<sup>4</sup> Beabsichtigt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin, eine bestrittene Forderung oder einen Anspruch nach Absatz 2 oder 3 auf dem Klageweg weiterzuverfolgen, so holt er oder sie von der FINMA die Zustimmung und zweckdienliche Weisungen ein.

<sup>5</sup> Erfolgt keine gerichtliche Geltendmachung durch den Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin, so gibt er oder sie den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung im Sinne von Artikel 260 Absatz 1 und 2 SchKG zu verlangen. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.

<sup>6</sup> Anstelle der Abtretung an die Gläubiger oder Gläubigerinnen kann der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die nicht durch ihn oder sie gerichtlich geltend gemachten Forderungen und übrigen Ansprüche der Konkursmasse nach Artikel 31<sup>9</sup> verwerten.

<sup>7</sup> Die Verwertung nach Absatz 6 ist ausgeschlossen bei Anfechtungsansprüchen nach Absatz 3 sowie bei Verantwortlichkeitsansprüchen nach Artikel 39 BankG.

**Zu Abs. 6:**

Der Verweis muss sich richtigerweise auf Artikel 31 (Art der Verwertung) beziehen.

**Art. 21** Fortführung von hängigen Prozessen

<sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin beurteilt Ansprüche der Konkursmasse, die im Zeitpunkt der

<p>Konkureröffnung bereits Gegenstand von Prozessen (Zivilprozess oder Verwaltungsverfahren) bilden, und stellt der FINMA Antrag über die Fortführung dieser Prozesse.</p> <p><sup>2</sup> Lehnt die FINMA die Fortführung ab, so gibt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung des Prozessführungsrechts im Sinne von Artikel 260 Absätze 1 und 2 SchKG<sup>11</sup> zu verlangen. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.</p>	
<p><b>Art. 22</b> Einstellung mangels Aktiven</p> <p><sup>1</sup> Reichen die Konkursaktiven nicht aus, das Bankenkursverfahren durchzuführen, so beantragt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin der FINMA, das Verfahren mangels Aktiven einzustellen.</p> <p><sup>2</sup> <i>Die FINMA führt das Verfahren in Ausnahmefällen, namentlich wenn an dessen Durchführung ein besonderes Interesse besteht, auch bei nicht ausreichenden Konkursaktiven durch.</i></p> <p><sup>3</sup> Stellt die FINMA das Verfahren ein, so macht sie dies öffentlich bekannt. In der Bekanntmachung weist sie darauf hin, dass sie das Verfahren fortführt, wenn innert einer von ihr angesetzten Frist ein Gläubiger oder eine Gläubigerin die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursaktiven nicht gedeckten Teil der Kosten leistet.</p> <p><sup>4</sup> Wird die festgelegte Sicherheit nicht fristgerecht geleistet, so kann jeder Pfandgläubiger und jede Pfandgläubigerin bei der FINMA innerhalb einer von dieser angesetzten Frist die Verwertung seines Pfandes verlangen. Die FINMA beauftragt einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin mit der Durchführung der Verwertung.</p> <p><sup>5</sup> Die FINMA ordnet bei juristischen Personen die Verwertung der Aktiven an, für die kein Pfandgläubiger oder keine Pfandgläubigerin fristgemäss die Verwertung verlangt hat. Ein nach Deckung der Verwertungskosten und der auf dem einzelnen Aktivum haftenden Lasten verbleibender Erlös verfällt zur Deckung der Kosten der FINMA an den Bund.</p> <p><sup>6</sup> Wurde das Bankenkursverfahren gegen natürliche Personen eingestellt, so ist für das Betreibungsverfahren</p>	

Artikel 230 Absätze 3 und 4 SchKG <sup>12</sup> anwendbar.	
<b>3. Kapitel: Konkurspassiven</b>	
<p><b>Art. 23</b> Gläubigermehrheit</p> <p><sup>1</sup> Bestehen gegenüber der Bank Forderungen zu gesamter Hand, so ist die Gesamthand als eine von den berechtigten Personen getrennte Gläubigerin zu behandeln.</p> <p><sup>2</sup> Solidarforderungen sind den Solidargläubigern und -gläubigerinnen zu gleichen Teilen anzurechnen, soweit der Bank kein Verrechnungsrecht zusteht. Die Anteile gelten als Forderungen der einzelnen Solidargläubigern und -gläubigerinnen.</p>	
<p><b>Art. 24</b> Privilegierte Einlagen</p> <p><sup>1</sup> Als nach Artikel 37a BankG privilegierte Einlagen gelten alle Kundenforderungen aus einer Bank- oder Effektenhandelstätigkeit, die in den Bilanzpositionen nach Artikel 25 Absatz 1 Ziffern 2.3–2.5 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972<sup>13</sup> (BankV) verbucht sind oder verbucht sein müssten.</p> <p><sup>2</sup> <i>Keine Einlagen im Sinne von Artikel 37a BankG sind nicht auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin lautende Forderungen, insbesondere Forderungen aus Nummernkonten oder auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Forderungen, mit Ausnahme der auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin bei der Bank hinterlegten Kassenobligationen.</i> Ebenfalls keine Einlagen im Sinne von Artikel 37a BankG sind nicht bei der Bank verwahrte Kassenobligationen sowie vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzforderungen wie insbesondere Ersatzforderungen für nicht vorhandene Depotwerte nach Artikel 37d BankG.</p> <p><sup>3</sup> Forderungen von Bankstiftungen nach Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung vom 13. November 1985<sup>14</sup> über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen und von Freizügigkeitsstiftungen nach Artikel 19 Absatz 2 der Freizügigkeitsverordnung vom 3. Oktober 1994<sup>15</sup> gelten als Einlagen der einzelnen Vorsorgenehmer und -nehmerinnen und Versicherten. Auszahlungen für diese</p>	

<p>Forderungen erfolgen hingegen an die jeweilige Bank- oder Freizügigkeitsstiftung.</p>	
<p><b>Art. 25</b> Zu kollozierende Forderungen</p> <p><sup>1</sup> Es sind folgende Forderungen zu kollozieren:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. angemeldete Forderungen;</li> <li>b. aus dem Grundbuch ersichtliche Forderungen samt dem laufenden Zins;</li> <li>c. aus den Büchern der Bank ersichtliche Forderungen.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Aus den Büchern der Bank ersichtliche Forderungen gelten als von der Bank im Sinne von Artikel 265 SchKG<sup>76</sup> anerkannt.</p> <p><sup>3</sup> Über die nicht aus den Büchern der Bank ersichtlichen Forderungen holt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die Erklärung des Bankiers oder einer von den Eignern oder Eignerinnen der Bank als Organ gewählten Person ein.</p>	
<p><b>Art. 26</b> Prüfung der Forderungen</p> <p>Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin prüft die zu kollozierenden Forderungen. Er oder sie kann dabei eigene Erhebungen machen und die Gläubiger und Gläubigerinnen auffordern, zusätzliche Beweismittel einzureichen.</p>	
<p><b>Art. 27</b> Kollokation</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin entscheidet, ob, in welcher Höhe und in welchem Rang Forderungen anerkannt werden, und erstellt den Kollokationsplan.</p> <p><sup>2</sup> Gehört zur Konkursmasse ein Grundstück, so erstellt er oder sie ein Verzeichnis der darauf ruhenden Lasten (Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundlasten und vorgemerkte persönliche Rechte). Das Lastenverzeichnis bildet Bestandteil des Kollokationsplans.</p>	
<p><b>Art. 28</b> Im Prozess liegende Forderungen</p> <p><sup>1</sup> Forderungen, welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung in der Schweiz bereits Gegenstand eines Prozesses</p>	

<p>(Zivilprozess oder Verwaltungsverfahren) bilden, sind im Kollokationsplan zunächst <i>pro memoria</i> vorzumerken.</p> <p><sup>2</sup> Verzichtet der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin auf die Fortführung des Prozesses, so gibt er oder sie den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, die Abtretung im Sinne von Artikel 260 Absatz 1 SchKG<sup>17</sup> zu verlangen.</p> <p><sup>3</sup> Wird der Prozess weder von der Konkursmasse noch von einzelnen Abtretungsgläubigern oder -gläubigerinnen fortgeführt, so gilt die Forderung als anerkannt und die Gläubiger und Gläubigerinnen haben kein Recht mehr, diese mittels Kollokationsklage anzufechten.</p> <p><sup>4</sup> Wird der Prozess von einzelnen Abtretungsgläubigern oder –gläubigerinnen fortgeführt, so dient der Betrag, um den im Rahmen ihres Obsiegens der Anteil des unterliegenden Gläubigers oder der Gläubigerin an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung der Abtretungsgläubiger oder –gläubigerinnen bis zur vollen Deckung ihrer kollozierten Forderungen sowie der Prozesskosten. Ein Überschuss fällt an die Konkursmasse.</p>	
<p><b>Art. 29</b> Einsicht in den Kollokationsplan</p> <p><sup>1</sup> Die Gläubiger und Gläubigerinnen können den Kollokationsplan im Rahmen von Artikel 5 während mindestens 20 Tagen einsehen.</p> <p><sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin macht öffentlich bekannt, ab welchem Zeitpunkt und in welcher Form die Einsichtnahme erfolgen kann.</p> <p><sup>3</sup> Er oder sie kann vorsehen, dass die Einsichtnahme beim Konkursamt am Konkursort erfolgen kann.</p> <p><sup>4</sup> Er oder sie teilt jedem Gläubiger und jeder Gläubigerin, dessen oder deren Forderung nicht wie angemeldet oder wie aus den Büchern der Bank oder dem Grundbuch ersichtlich kolloziert wurde, die Gründe mit, weshalb seine oder ihre Forderung ganz oder teilweise abgewiesen wurde.</p>	
<p><b>Art. 30</b> Kollokationsklage</p> <p><sup>1</sup> Kollokationsklagen richten sich nach Artikel 250 SchKG<sup>18</sup>.</p> <p><sup>2</sup> Die Klagefrist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, ab</p>	

<p>welchem die Möglichkeit besteht, in den Kollokationsplan Einsicht zu nehmen.</p>	
<p><b>4. Kapitel: Verwertung</b></p>	
<p><b>Art. 31</b> Art der Verwertung</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin entscheidet über die Art und den Zeitpunkt der Verwertung und führt diese durch.</p> <p><sup>2</sup> Verpfändete Vermögensstücke dürfen nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger und -gläubigerinnen anders verwertet werden als durch Verkauf an öffentlicher Steigerung.</p> <p><sup>3</sup> Vermögenswerte können ohne Aufschub verwertet werden, wenn sie:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. schneller Wertverminderung ausgesetzt sind;</li> <li>b. unverhältnismässig hohe Verwaltungskosten verursachen;</li> <li>c. an einem repräsentativen Markt gehandelt werden; oder</li> <li>d. nicht von bedeutendem Wert sind.</li> </ul>	
<p><b>Art. 32</b> Öffentliche Versteigerung</p> <p><sup>1</sup> Öffentliche Versteigerungen erfolgen unter Vorbehalt folgender Bestimmungen nach den Artikeln 257–259 SchKG<sup>19</sup>.</p> <p><sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin oder eine von ihm oder ihr beauftragte, fachlich geeignete Person führt die Versteigerung durch. Er oder sie kann in den Steigerungsbedingungen ein Mindestangebot für die erste Versteigerung vorsehen.</p> <p><sup>3</sup> Er oder sie macht die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Steigerungsbedingungen öffentlich bekannt. Er oder sie kann die Einsichtnahme beim Konkurs- oder Betreibungsamt am Ort der gelegenen Sache vorsehen.</p>	
<p><b>Art. 33</b> Abtretung von Rechtsansprüchen</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin bestimmt</p>	

<p>in der Bescheinigung über die Abtretung eines Rechtsanspruchs der Konkursmasse im Sinne von Artikel 260 SchKG<sup>20</sup> die Frist, innert der der Abtretungsgläubiger oder die -gläubigerin den Rechtsanspruch gerichtlich geltend machen muss. Bei unbenutztem Ablauf der Frist fällt die Abtretung dahin.</p> <p><sup>2</sup> Die Abtretungsgläubiger und -gläubigerinnen berichten dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin und nach Abschluss des Bankenkursverfahrens der FINMA ohne Verzug über das Resultat der Geltendmachung.</p> <p><sup>3</sup> Verlangt kein Gläubiger und keine Gläubigerin die Abtretung oder ist die Frist zur Geltendmachung unbenutzt abgelaufen, so entscheidet der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin und nach Abschluss des Bankenkursverfahrens die FINMA über die allfällige weitere Verwertung dieser Rechtsansprüche.</p>	
<p><b>Art. 34</b> Anfechtung von Verwertungshandlungen</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin erstellt periodisch einen Verwertungsplan, der über die zur Verwertung anstehenden Konkursaktiven und die Art ihrer Verwertung Auskunft gibt.</p> <p><sup>2</sup> Verwertungshandlungen, die nach Artikel 31 ohne Aufschub erfolgen können, müssen nicht in den Verwertungsplan aufgenommen werden.</p> <p><sup>3</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin teilt den Verwertungsplan den Gläubigern und Gläubigerinnen mit und setzt ihnen eine Frist, innert der sie über einzelne darin aufgeführte Verwertungshandlungen von der FINMA eine anfechtbare Verfügung verlangen können.</p>	
<p><b>5. Kapitel: Verteilung</b></p>	
<p><b>Art. 35</b> Massaverpflichtungen</p> <p>Aus der Konkursmasse werden vorab und in folgender Reihenfolge gedeckt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Verbindlichkeiten nach Artikel 37 BankG,</li> <li>b. Verbindlichkeiten, welche die Konkursmasse</li> </ul>	

<p>während der Dauer des Verfahrens eingegangen ist,</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>c. sämtliche Kosten für Eröffnung und Durchführung des Bankenkursverfahrens;</li> <li>d. Verbindlichkeiten gegenüber einem Drittverwahrer oder einer Drittverwahrerin nach Artikel 37<i>d</i> BankG.</li> </ul>	
<p><b>Art. 36</b> Verteilung</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann Abschlagsverteilungen vorsehen. Er oder sie erstellt hierfür eine provisorische Verteilungsliste und unterbreitet diese der FINMA zur Genehmigung.</p> <p><sup>2</sup> Wenn sämtliche Aktiven verwertet und alle die Feststellung der Aktiv- und Passivmasse betreffenden Prozesse erledigt sind, erstellt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die abschliessende Verteilungsliste sowie die Schlussrechnung und unterbreitet diese der FINMA zur Genehmigung. Auf die von einzelnen Gläubigern und Gläubigerinnen im Sinne von Artikel 260 SchKG<sup>21</sup> geführten Prozesse braucht keine Rücksicht genommen zu werden.</p> <p><sup>3</sup> Nach der Genehmigung der Verteilungsliste nimmt der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin die Auszahlungen an die Gläubiger und Gläubigerinnen vor.</p> <p><sup>4</sup> Keine Auszahlung erfolgt für Forderungen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. deren Bestand oder Höhe noch nicht abschliessend feststeht;</li> <li>b. deren Berechtigte noch nicht definitiv bekannt sind;</li> <li>c. die teilweise durch noch nicht verwertete Sicherheiten im Ausland gedeckt sind; oder</li> <li>d. die voraussichtlich durch eine noch ausstehende Befriedigung in einem ausländischen Zwangsvollstreckungsverfahren, das mit dem Bankenkurs in Zusammenhang steht, teilweise Deckung erhalten werden.</li> </ul>	
<p><b>Art. 37</b> Verlustschein</p> <p><sup>1</sup> Die Gläubiger und Gläubigerinnen können beim Konkursliquidator oder bei der Konkursliquidatorin und nach</p>	

<p>Abschluss des Bankenkonzursverfahrens bei der FINMA gegen Bezahlung einer Kostenpauschale für den ungedeckt bleibenden Betrag ihrer Forderung einen Verlustschein gemäss Artikel 265 SchKG<sup>22</sup> verlangen.</p> <p><sup>2</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin macht die Gläubiger und Gläubigerinnen im Rahmen der Auszahlung ihrer Anteile auf diese Möglichkeit aufmerksam.</p>	
<p><b>Art. 38</b> Hinterlegung und nachrichtenlose Vermögenswerte</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA trifft unter Vorbehalt der Vorschriften über die nachrichtenlosen Vermögenswerte die notwendigen Anordnungen über die Hinterlegung der noch nicht ausbezahlten Anteile sowie der noch nicht herausgegebenen abgesonderten Depotwerte.</p> <p><sup>2</sup> Hinterlegte Vermögenswerte, die frei werden oder nach zehn Jahren nicht bezogen wurden, werden nach Artikel 39 verwertet und verteilt.</p>	
<p><b>Art. 39</b> Nachträglich anfallende Vermögenswerte</p> <p><sup>1</sup> Werden innerhalb von 10 Jahren nach Schluss des Bankenkonzursverfahrens Vermögenswerte oder andere Rechtsansprüche entdeckt, die bisher nicht zur Konkursmasse gezogen wurden, so bestimmt die FINMA einen Konkursliquidator oder eine Konkursliquidatorin, der oder die ohne weitere Förmlichkeiten das Bankenkonzursverfahren wieder aufnimmt.</p> <p><sup>2</sup> Die Verteilung erfolgt an jene zu Verlust gekommenen Gläubiger oder Gläubigerinnen, von denen dem Konkursliquidator oder der Konkursliquidatorin die für die Auszahlung notwendigen Angaben bekannt sind. Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin kann die Gläubiger oder Gläubigerinnen unter Hinweis auf die Verwirkung ihres Anspruchs auffordern, ihm die aktuellen Angaben bekannt zu geben. Er oder sie setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.</p> <p><sup>3</sup> <i>Ist offensichtlich, dass die durch die Wiederaufnahme des Bankenkonzursverfahrens entstehenden Kosten vom zu erwartenden Erlös aus der Verwertung der nachträglich angefallenen Vermögenswerte nicht gedeckt oder nur geringfügig übertroffen werden, kann die FINMA von der</i></p>	

*Wiederaufnahme absehen. Sie leitet die Mittel an den Bund.*

<p><b>3. Titel: Sanierung</b></p>	
<p><b>1. Kapitel: Verfahren</b></p>	
<p><b>Art. 40 Voraussetzungen</b></p> <p><sup>1</sup> Die Aussicht auf Sanierung der Bank oder auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen ist dann begründet, wenn zum Zeitpunkt der Beurteilung hinreichend zuverlässige Hinweise bestehen, dass der Sanierungsplan genehmigt werden kann.</p> <p><sup>2</sup> Es besteht kein Anspruch auf Sanierung.</p>	<p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <p>Diese Bestimmung scheint zu verlangen, dass die Prüfung der Sanierungsfähigkeit gemäss mit Art. 28 Abs. 1 BankG einzig von einer ex-ante Beurteilung abhängig gemacht wird bzw. werden darf, ob der Sanierungsplan genehmigt werden kann. Wir werfen die Frage auf, ob eine solche vorweggenommene Prüfung der Voraussetzungen für die Genehmigung des Sanierungsplanes Sinn macht, denn damit würde wohl einem weiteren Ermessensspielraum der FINMA in den Fällen, wo zwar allgemein von der Sanierungsfähigkeit ausgegangen wird, die Eckdaten des Sanierungsplans aber noch nicht bekannt sind, ein Riegel geschoben.</p>
<p><b>Art. 41 Eröffnung</b></p> <p><sup>1</sup> Die FINMA eröffnet das Sanierungsverfahren mittels Verfügung <u>und macht die Eröffnung sofort öffentlich bekannt.</u></p> <p><sup>2</sup> Die FINMA kann mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens auch bereits den Sanierungsplan genehmigen.</p> <p><sup>3</sup> <del>Sie macht die Eröffnung sofort öffentlich bekannt.</del></p> <p><sup>4</sup> <del>Sie kann die öffentliche Bekanntgabe während maximal zehn Werktagen aufschieben, wenn dies die Ausarbeitung eines Sanierungsplans erleichtert und eine Abwägung der Interessen der Beteiligten dies rechtfertigt.</del></p> <p><sup>36</sup> Die FINMA regelt in der Eröffnungsverfügung, ob bereits bestehende Schutzmassnahmen nach Artikel 26 BankG weiterzuführen, abzuändern oder neue anzuordnen sind.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Die Möglichkeit, dass der Sanierungsplan ohne vorgängige formelle Eröffnung des Sanierungsverfahrens ausgearbeitet werden kann ("fliessender Übergang von einer informellen zu einer formellen Sanierung"), war wohl vom Gesetzgeber nicht angedacht, wird aber vom Gesetzestext nicht ausgeschlossen und ist aufgrund der gewünschten zeitlichen Flexibilität begrüssenswert.</p> <p><b>Zu Abs. 4:</b></p> <p>Diese Bestimmung ist aus den folgenden Gründen problematisch:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Es darf keine "geheime" Eröffnung des Sanierungsverfahrens geben, da viele (Standard-) Verträge (z.B. ISDA) Default-Klauseln enthalten, welche durch die Einleitung eines Sanierungsverfahrens automatisch ausgelöst werden.</li> <li>- Alle Vertragsparteien, insbesondere alle Kunden und Einleger, sollten ein Recht darauf haben, unverzüglich von der Eröffnung des Sanierungsverfahrens in Kenntnis gesetzt zu werden. Es kann nicht sein, dass ein Kunde z.B. am Tag X eine (den geschützten Umfang übersteigende) Einlage bei der Bank macht, nur um an einem nachfolgenden Tag zu erfahren, dass die Bank bereits an jenem Tag X Gegenstand eines Sanierungsverfahrens war. Diese Bestimmung kann ausserdem zu einem Konflikt mit anderen gesetzlichen oder reglementarischen Informationspflichten der Bank oder gar Strafbestimmungen führen.</li> </ul> <p>Insgesamt sollten u.E. folgende zwei Möglichkeiten bestehen. Entweder,</p> <p>(i) eröffnet die FINMA das Sanierungsverfahren mit gleichzeitiger öffentlicher Bekanntmachung, und die Ausarbeitung des Sanierungsplanes wird danach in Angriff genommen, oder</p>

	(ii) der Sanierungsplan wird quasi in aller Stille ausgearbeitet. Nach dessen Fertigstellung wird das Sanierungsverfahren eröffnet und gleichzeitig der Sanierungsplan genehmigt und die Öffentlichkeit informiert (in der Praxis ist wohl diese Möglichkeit ausser bei sehr kleinen Banken die einzig realistische).
<p><b>Art. 42 Sanierungsbeauftragter oder Sanierungsbeauftragte</b></p> <p><sup>1</sup> Die FINMA setzt mittels Verfügung einen Sanierungsbeauftragten oder eine Sanierungsbeauftragte ein, sofern sie diese Aufgaben nicht selbst wahrnimmt.</p> <p><sup>2</sup> Setzt die FINMA einen Sanierungsbeauftragten oder eine Sanierungsbeauftragte ein, so hat sie bei der Auswahl darauf zu achten, dass die betreffende Person zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag sorgfältig, effizient und effektiv auszuüben, und <del>keinen</del> <u>nicht</u> Interessenkonflikten unterliegt, welche der Auftragserteilung entgegenstehen.</p> <p><sup>3</sup> Sie legt fest, welche Untersuchungsbefugnisse der oder die Sanierungsbeauftragte hat und ob er oder sie anstelle der Bankorgane handeln kann.</p> <p><sup>4</sup> Die FINMA präzisiert die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere die Kosten, die Berichterstattung und die Kontrolle des oder der Sanierungsbeauftragten.</p> <p><sup>5</sup> Bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach dieser Verordnung handelt der oder die Sanierungsbeauftragte hoheitlich.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b> Die vorgeschlagene Änderung betrifft eine technische Präzisierung.</p> <p><b>Zu Abs. 5:</b> Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 ist zu klären. Nicht ersichtlich ist, weshalb Entscheide des Sanierungsbeauftragten (z.B. betreffend Akteneinsicht) keine Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sein sollen. Fraglich ist auch, ob die Anwendbarkeit von Art. 5 VwVG, eine Gesetzesbestimmung, auf Verordnungsstufe ausgeschlossen werden kann.</p>
<p><b>Art. 43 Sanierungsplan</b></p> <p>Der Sanierungsplan hat namentlich folgende Elemente zu enthalten:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. eine Aufstellung der Aktiven und Passiven der Bank;</li> <li>b. eine vorsichtige Bewertung der Bilanzpositionen;</li> <li>c. eine Darstellung der künftigen Organisation und Führung der Bank und, sofern die Bank Teil einer Bankengruppe oder eines Bankenkonglomerats ist, eine Aufstellung der künftigen Gruppen- bzw. Konglomeratsorganisation;</li> <li>d. eine Darstellung der Grundelemente der Sanierung,</li> </ul>	<p><b>Zu Abs. 1 lit. b:</b> Die Bewertung der Bilanzpositionen ist gestützt auf allgemein anerkannte, auf die jeweilige Bank anwendbare Bewertungsgrundsätze vorzunehmen (siehe Kommentare zu Art. 44).</p>

<p>der künftigen Kapitalstruktur und des künftigen Geschäftsmodells der Bank nach der Sanierung;</p> <p>e. eine Darstellung der Stellung der Bankgläubiger oder -gläubigerinnen, welche erläutert:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. weshalb <del>der die</del> Sanierungsplan für die Bankgläubiger oder -gläubigerinnen <u>voraussichtlich besser stellt</u> <del>vorteilhafter ist als die sofortige Eröffnung eines</del> Bankenkurses;</li> <li>2. dass und wie die gesetzliche Rangfolge unter den Bankgläubigern oder -gläubigerinnen berücksichtigt wurde;</li> <li>3. dass und wie die Interessen der Bankgläubiger oder -gläubigerinnen Vorrang gegenüber den Interessen der Eigner und Eignerinnen haben; und</li> <li>4. ob und wie der Sanierungsplan in die Rechte der Bankgläubiger oder -gläubigerinnen eingreift;</li> </ol> <p>f. allenfalls einen Ausschluss des Anfechtungsrechts und der Verantwortlichkeitsansprüche der Bank nach Artikel 32 BankG;</p> <p>g. eine Darstellung, welche bisherigen Bankorgane weiterhin für die Führung der Bank verantwortlich sein sollen, und eine Begründung, weshalb dies im Interesse der Bank, der Gläubiger und Gläubigerinnen sowie der Aktionäre und Aktionärinnen liegt;</p> <p>h. eine Darstellung der Abgangsregelung ausscheidender Bankorgane; und</p> <p>i. eine Darstellung derjenigen Elemente des 3. und 4. Kapitels dieses Titels, die im konkreten Sanierungsfall zur Anwendung gelangen.</p>	<p><b>Zu Abs. 1 lit. e Ziff. 1:</b></p> <p>Der Verordnungstext sollte der gesetzlichen Vorgabe (Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG) folgen und darf insbesondere nicht strengere Bedingungen an das Kriterium der Besserstellung der Gläubiger aufstellen als dort vorgesehen.</p>
<p><b>2. Kapitel: Genehmigung des Sanierungsplans</b></p>	
<p><b>Art. 44</b> Genehmigung</p> <p><sup>1</sup> Die FINMA genehmigt den Sanierungsplan mittels Verfügung, wenn die Voraussetzungen nach Artikel 31 Absatz</p>	<p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <p>- Gemäss Erläuterungsbericht (S. 29/30) soll die Bewertung der Aktiven und Passiven auch die allgemeine Wirtschaftslage und die erwartete konjunkturelle Entwicklung berücksichtigen, bestehende und künftige Wertminderungen von Sicherheiten einbeziehen und die Wirtschaftslage für</p>

<p>1 BankG erfüllt sind.</p> <p><sup>2</sup> Die FINMA macht die Genehmigung und die Grundzüge des Sanierungsplans öffentlich bekannt und gibt an, wie betroffene Gläubiger und Gläubigerinnen und Eigner und Eignerinnen den Sanierungsplan einsehen können.</p>	<p>Drittunternehmen, gegenüber denen die Bank Forderungen und Beteiligungsrechte besitzt, vorsichtig beurteilen. Diese Vorgaben werden in der Praxis äussert schwierig umzusetzen sein. U.E. muss entgegen den Ausführungen im Erläuterungsbericht die Bewertung zwar in konservativer Weise, aber nach allgemein anerkannten, auf die jeweilige Bank anwendbaren Bewertungsgrundsätzen erfolgen (so anerkannt unter Art. 31 BankG). Keinesfalls kann es Aufgabe des Prüfers oder der FINMA sein, Spekulationen z.B. über die allgemeine Wirtschaftslage, die erwartete konjunkturelle Entwicklung oder künftige Wertverminderungen anzustellen.</p> <p>- Der Erläuterungsbericht (S. 30) scheint in Bezug auf das "No Creditor Worse Off than in Liquidation"-Kriterium der Auffassung zu sein, dass die Sanierung erfolgen kann, wenn diese "im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger" liegt. Dieser Auffassung ist beizustimmen: das "No Creditor Worse Off than in Liquidation"-Kriterium muss u.E. mit Bezug auf Gläubigerklassen angewendet werden bzw. ist eine "klassenweise Betrachtung" zu fordern. Es verlangt u.E. nicht, dass jeder <i>einzelne Gläubiger</i> durch den Sanierungsplan selbst bessergestellt ist als im Falle eines Konkurses, sondern dass das wirtschaftliche Resultat insgesamt besser ist. Ein individueller Gläubiger, welcher durch den Sanierungsplan schlechter gestellt wird als in einem Konkurs, kann Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans einlegen und Zahlung einer Entschädigung verlangen (vgl. Art. 24 Abs. 4 BankG).</p>
<p><b>Art. 45</b> Ablehnung durch die Gläubiger und Gläubigerinnen</p> <p><sup>1</sup> Sieht der Sanierungsplan einen Eingriff in die Rechte der Gläubiger und Gläubigerinnen vor, so setzt die FINMA diesen <u>spätestens mit dessen Genehmigung</u> eine Frist von mindestens 10 Werktagen, innert der sie den Sanierungsplan ablehnen können.</p> <p><sup>2</sup> Gläubiger und Gläubigerinnen, die ablehnen wollen, haben dies schriftlich <u>zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens</u> zu tun. Sie müssen Namen, Adresse, die Höhe der Forderung und den Forderungsgrund angeben. Die Ablehnungsschrift ist an den Sanierungsbeauftragten oder die Sanierungsbeauftragte zu richten.</p> <p><sup>3</sup><u>Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf das Sanierungsverfahren von systemrelevanten Banken.</u></p>	<p><b>Zu Abs. 1:</b> Angleichung der Formulierung an Art. 31 Abs. 1 BankG.</p> <p><b>Zu Abs. 2:</b> Es ist unklar, was mit "zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens" gemeint ist. Dieser Satzteil sollte u.E. gelöscht werden.</p> <p><b>Zu Abs. 3:</b> U.E. ist ein ausdrücklicher Hinweis aufzunehmen, dass diese Vorschrift aufgrund des neuen Art. 31a Abs. 3 BankG auf die Sanierung von systemrelevanten Banken keine Anwendung findet.</p>

**3. Kapitel: Kapitalmassnahmen****Allgemeine Kommentare zum gesamten 3. Kapitel:****Ungenügende gesetzliche Grundlage**

Der Gesetzgeber hat es versäumt, eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Kapitalmassnahmen vorzusehen:

- **Ungenügende Delegation von Rechtssetzungskompetenzen an die FINMA:** Das BankG sieht in Art. 31 Abs. 3 rudimentär die Möglichkeit der Anordnung von Kapitalmassnahmen im Sanierungsplan vor, ohne aber die Grundzüge solcher Massnahmen im Gesetz selbst zu beschreiben. Eine Delegation der Rechtssetzungskompetenzen vom Gesetzgeber an eine untergeordnete Behörde (hier die FINMA) aber setzt u.a. voraus, dass die "Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im Gesetz selber enthalten sein" müssen (Häfelin|Haller|Keller, Bundesstaatsrecht, N. 1872). Diese Voraussetzung erfüllt Art. 31 Abs. 3 BankG nicht bzw. nur punktuell: Weil diese Norm die Grundzüge der Kapitalmassnahmen nicht ausreichend beschreibt und zur Zeit auch keine genügende Delegationsnorm im Gesetz enthalten ist, kommt der FINMA auch keine hinreichende Kompetenz zu, gesetzvertretende oder ausführende Bestimmungen auf Verordnungsstufe erlassen.
- Insbesondere **folgende Regelungsbereiche bedürfen einer expliziten, inhaltlich hinreichend konkreten Umschreibung bzw. eine genügende Delegationsnorm im Gesetz**, damit der Verordnungsgeber die entsprechenden detaillierten Regeln und Anordnungen erlassen kann:
  - Nach welchen Bestimmungen sollen diese Kapitalmassnahmen durchgeführt werden?
  - Wie stehen die verschiedenen Kapitalmassnahmen zueinander bzw. in welchem Verhältnis stehen sie zu den vertraglichen bail-ins? Nach welcher Hierarchie|zeitlichen Abfolge sollen diese vertraglichen Instrumente und statutorischen Massnahmen greifen?
  - Welche Forderungen sind wandelbar und unter welchen Voraussetzungen?
  - Können auch Forderungen herabgesetzt werden?
  - Regelungen über den Ausschluss des Bezugsrechts.
- **Fehlende gesetzliche Grundlage überhaupt:** Für die Anordnung gewisser Massnahmen durch die FINMA, welche in die Rechte der Gläubiger oder Eigner eingreifen, fehlt eine gesetzliche Grundlage überhaupt:
  - Art. 31 Abs. 3 BankG beschränkt sich explizit auf die Kapitalherabsetzung und den Wandel von Fremd- in Eigenkapital, erwähnt dagegen den "Forderungsverzicht" gemäss Art. 50 E-BIV-FINMA mit keinem Wort.
  - Eingriffe in Vertragsbeendigungsrechte gemäss Art. 56 E-BIV-FINMA finden im Bankengesetz ebenfalls keine Erwähnung – im Gegenteil: Art. 27 Abs. 3 BankG scheint solche Eingriffe geradezu auszuschliessen.
  - Weder Art. 26 BankG noch Art. 28 Abs. 2 BankG können ersatzweise als gesetzliche Grundlage für solche Massnahmen dienen.

	<p><b>Mangelnde internationale Abstimmung</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wichtig für eine erfolgreiche Sanierung ist, dass die vorgesehenen Massnahmen international anerkannt werden und durchsetzbar sind (vgl. Art. 25 Abs. 4 BankG für Anordnungen der FINMA; Art. 3 dieses VO-Entwurfs für die Bankeninsolvenz). Um dies zu erreichen, müssen die Massnahmen zwingend auf internationaler Ebene abgestimmt werden.</li> </ul>
<p><b>1. Abschnitt: Reduktion und Schaffung von Eigenkapital</b></p>	
<p><b>Art. 46 Gleichbehandlung</b></p> <p><i>Bei der Reduktion bisherigen und der Schaffung neuen Eigenkapitals sind die Eigner und Eignerinnen grundsätzlich gleich zu behandeln. Im Rahmen bestehender unterschiedlicher Eigner kategorien, nicht jedoch innerhalb einer Eigner kategorie, kann die FINMA vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichen.</i></p>	<p><b>Allgemeiner Kommentar: Fehlendes bzw. mangelhaftes Sanierungskonzept</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Das Gesetz spricht programatisch nur von Gleichbehandlung, enthält aber kein bzw. nur ein äusserst rudimentäres Sanierungskonzept. Es muss eine explizite und klare Regelung eingeführt werden, nach welcher <b>Hierarchie, zeitlichen Abfolge</b>, mit welcher <b>Mechanik</b> und in welchem Verhältnis in die Rechte der Eigner und Gläubiger eingegriffen werden kann und darf. Zu regeln ist insbesondere auch Verhältnis der verschiedenen statutarischen bzw. behördlichen Anordnungen und Massnahmen und der vertraglichen Verlusttragungsmassnahmen unter CoCos und Write-off Bonds.</li> <li>- Zu regeln sein wird insbesondere das <b>Verhältnis zwischen Altaktionären und neuen Aktionären</b>, die aufgrund der Wandlung von Pflichtanleihen erst Aktionäre werden. Ohne solche Regelung könnte z.B. der Fall eintreffen, dass bei Erreichen der 5% Schwelle low-trigger Pflichtwandelanleihen in Eigenkapital gewandelt werden, die FINMA aber gleichzeitig oder unmittelbar danach den Sanierungsplan genehmigt und das Eigenkapital auf Null reduziert wird. Ehemalige Halter von Pflichtwandelanleihen würden dann entgegen ihren Erwartungen nicht Aktionäre werden, sondern einen Totalverlust ihres Investments erleiden.</li> <li>- Die Frage nach dem Verlusttragungsverhältnis zwischen den "statutory bail-in" (Kapitalmassnahmen) und den "contractual bail-in" (e.g. CoCos, Write-off Bonds) Mechanismen ist für die Banken von allergrösster Wichtigkeit; sie wirkt sich bereits heute auf die Funding Costs aus (Risikoeinschätzung durch Gläubiger).</li> <li>- Eine Regelung der Hierarchie und Verhältnis der Kapitalmassnahmen setzt eine <b>grundsätzliche Diskussion</b> voraus, <b>wer und in welchem Umfang Verluste der Bank tragen soll</b>. Dies hat der Gesetzgeber bisher aber versäumt. Diese Diskussion ist im Zusammenhang mit der Schaffung einer gesetzlichen Regelung über diese zentralen Fragen zu führen; dabei wird auch über "sachliche Gründe" zu sprechen und zu entscheiden sein, welche im konkreten Fall dann eine Ungleichbehandlung erlauben.</li> </ul>
<p><b>Art. 47 Anwendbarkeit des Obligationenrechts</b></p> <p><i>Im Fall einer Kapitalmassnahme nach diesem Abschnitt gelten die Vorschriften des Obligationenrechts sinngemäss, wobei den bisherigen Eignern und Eignerinnen das Bezugsrecht entzogen werden kann, sofern Hinweise bestehen, dass ohne</i></p>	<p><b>Allgemeiner Kommentar:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Diese Bestimmung gibt in verschiedener Hinsicht Anlass zu <b>Kritik</b>: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zum Einen sieht sie die sinngemässe Anwendbarkeit des Obligationenrechts nur für Kapitalmassnahmen <i>nach diesem Abschnitt</i>, d.h. für die Reduktion und Schaffung von Eigenkapital, vor. Die Kapitalmassnahmen nach dem 2. Abschnitt (Umwandlung von Fremd-</li> </ul> </li> </ul>

*Bezugsrechtsausschluss die Sanierung gefährdet erscheint.*

in Eigenkapital) sowie nach dem 3. Abschnitt (andere Kapitalmassnahmen) fallen nach dem expliziten Wortlaut dieser Bestimmung nicht darunter.

- Zum anderen fehlen für die Kapitalmassnahmen nach dem 2. und 3. Abschnitt Bestimmungen in Bezug auf deren Durchführung: Weder der Verordnungstext noch der Erläuterungsbericht befassen sich mit den gesellschaftsrechtlichen Aspekten einer Wandlung von Fremd- in Eigenkapital.
- Eine hinreichende gesetzliche Grundlage für einen Bezugsrechtsausschluss ist nicht ersichtlich.
- **Eine sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des Obligationenrechts ist für die Kapitalmassnahmen nicht geeignet.** Die Kapitalmassnahmen müssen rasch und einfach umgesetzt werden können, ohne dass erst ein aufwändiges Verfahren durchlaufen werden muss: Bei der Kapitalherabsetzung sind z.B. das Verfahren gemäss Art. 732ff. OR mit dreifachem Schuldenruf und der Möglichkeit Sicherstellung der Forderungen zu verlangen für eine rasche Sanierung nicht förderlich, bei der Kapitalerhöhung das Erfordernis der Durchführung einer Generalversammlung mit mind. 20-tägiger Einberufungsfrist sowie die diversen Prüfberichte.
- **Die Anwendbarkeit des Obligationenrechts auf alle Kapitalmassnahmen auszuweiten, ist auch nicht die richtige Lösung,** wie nachfolgend aufgezeigt wird. Vielmehr ist zu fordern, dass ein eigenständiger Mechanismus für die einzelnen Kapitalmassnahmen einzuführen ist. Dabei hätten entweder die Grundzüge auf Gesetzesstufe geregelt oder eine explizite, inhaltlich hinreichend konkrete Delegationsnorm vorgesehen werden müssen. Diesen Mangel nun ohne weitere gesetzgeberische Massnahmen auf Verordnungsstufe korrigieren zu wollen, ist mit Blick auf die Verfassungsmässigkeit bedenklich (vgl. allgemeine Kommentare zum 3. Kapitel).
- Für ein griffiges, effizientes Sanierungsverfahren sind **folgende Fragen zu prüfen bzw. im Voraus zu beantworten und zu regeln:**
  - Gilt die Prospektpflicht bei der Schaffung neuen Eigenkapitals (Art. 652a OR)?
  - Wie werden kotierungsrechtliche Prospekterfordernisse behandelt, z.B. jene der SIX Swiss Exchange, welche bei einer Kapitalerhöhung von über 10% die Erstellung eines neuen Prospektes verlangen (Art. 31 ff. KR SIX Swiss Exchange)?
  - Gilt das Erfordernis eines Kapitalerhöhungsberichts des Verwaltungsrates (Art. 652e OR)?
  - Gilt das Erfordernis eines Prüfungsberichts (Art. 652f OR, Art. 732 Abs. 2 OR)?
  - Werden allfällige Mitsprache- bzw. Entschädigungsrechte der betroffenen Aktionäre berücksichtigt oder ausgeschlossen? Diese Frage ist umso wichtiger, als für die Genehmigung des Sanierungsplans die Zustimmung der Generalversammlung der Bank nicht erforderlich ist; Art. 29 Abs. 3 BankG bzw. Art. 31 Abs. 2 BankG).
  - Welche Belege sind für die HR-Anmeldung erforderlich?
  - Soll die Verfügung der FINMA die nach OR erforderlichen GV-Beschlüsse für die

	<p>Kapitalherabsetzung bzw. -erhöhung ersetzen?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wie soll eine genügend hohe Anzahl von neuen Aktien unter geltendem Recht sowie der TBTF-Vorlage (Wandlungskapital, Vorratskapital) geschaffen werden?</li> <li>- Welches Verfahren soll auf einen hoheitlich angeordneten Debt-to-equity Swap anwendbar sein? Das allgemeine Verfahren zur Schaffung von neuen Aktien ist ungeeignet.</li> </ul> <p>Ausserdem sind folgende Aspekte zu berücksichtigen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tatsache, dass im Bankenkonzern u.U. gewisse Fremdkapitalinstrumente von einer Konzerngesellschaft, und nicht von der Bank selber, ausgegeben wurden.</li> <li>- Problematik einer möglichen Handelsregistersperre.</li> </ul> <p>Unseres Erachtens sprechen gute Gründe gegen die Anwendbarkeit der meisten dieser aufgeführten Bestimmungen, wie dies auch bei gewissen Lösungen im Ausland der Fall ist.</p>
<p><b>2. Abschnitt: Wandlung</b></p>	
<p><b>Art. 48 Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital</b></p> <p><sup>1</sup> Eine im Sanierungsplan vorgesehene Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital setzt voraus, dass <del>die das</del> von der Bank auf vertraglicher Basis <u>ausgegebenen verlustabsorbierenden Fremdkapitalinstrumente geschaffene Wandlungskapital</u> (bedingte Pflichtwandelanleihen <u>und Anleihen mit Forderungsverzicht</u>) in Eigenkapital gewandelt und das Aktienkapital vollständig herabgesetzt wurde.</p> <p><sup>2</sup> Es muss so viel Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt werden, dass die Bank nach erfolgter Sanierung die Eigenmittelvorschriften erfüllt.</p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wandlungskapital ist in Art. 11 Abs. 1 lit. b neuBankG definiert, meint dort aber die statutarische Grundlage für die Erhöhung des Kapitals aufgrund der Wandlung von Pflichtwandelanleihen. Hier ist aber die <i>Pflichtwandelanleihe</i> bzw. das verlustabsorbierende <i>Fremdkapitalinstrument</i> gemeint, das in Eigenkapital gewandelt wird.</li> <li>- Nicht nur bedingte Pflichtwandelanleihen mit Wandlung in Aktien sollten vor Anordnung eines "Statutory bail-in" gewandelt werden, sondern es sollten auch Anleihen mit Abschreibungsmechanismus (sog. "Write-off bonds") abgeschrieben werden (siehe Art. 11 Abs .4 neuBankG).</li> <li>- Die Ausführungen im Erläuterungsbericht (S. 32/33) zum "contractual bail-in" sind unklar. Insbesondere ist nicht klar, was mit dem Satz "<i>Im Gegensatz zum Coco ist der [der sic!] Auslöser der Wandlung jedoch nicht quantitativ vorbestimmt. Die Wandlung wird vielmehr durch einen behördlichen Eingriff ausgelöst, welcher in den Emissionsbedingungen näher umschrieben wird.</i>" Ist damit der PONV-Trigger gemeint? Oder soll dies auf eine vom PONV-Trigger unabhängige vertragliche Bestimmung, unter welchem die FINMA die Wandlung auslösen kann, deuten? Falls letzteres der Fall ist: was ist das Verhältnis zwischen einer solchen Bestimmung und dem PONV-Trigger?</li> <li>- Das Verlusttragungsverhältnis zwischen den "statutory bail-in" (Kapitalmassnahmen) und den "contractual bail-in" (e.g. CoCos, Write-off Bonds) ist in diesem Zusammenhang explizit, aber entweder ausschliesslich oder zumindest im Prinzip mit hinreichender Konkretisierung für eine Delegation an die FINMA auf Gesetzesstufe zu regeln.</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Das Erfordernis der vollständigen Herabsetzung des Aktienkapitals verbunden mit dem Ausschluss des Bezugsrechts (Art. 47 Abs. 2) läuft faktisch auf eine vollständige Enteignung des bisherigen</li> </ul>

	<p>Aktionariats hinaus. Eine gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss des Bezugsrechts ist nicht ersichtlich. Auch ist nicht einzusehen, wieso sich Alt-Aktionäre nicht an einer Kapitalerhöhung beteiligen sollen.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Weiter sind Situationen denkbar, in denen das Aktienkapital, das abgeschrieben werden soll, noch einen (Rest-) Buchwert aufweist. In diesem Fällen wäre es unter den allgemein gültigen Prinzipien der Verhältnismässigkeit einer Massnahme sowie der schonenden Rechtsausübung zumindest erforderlich, die Möglichkeit vorzusehen, die "enteigneten" Aktionäre am zukünftigen Gewinnpotential zu beteiligen, z.B. mittels Ausgabe von Warrants, Genussscheinen.). Dies entspricht im Übrigen der Praxis in etlichen grösseren internationalen Sanierungsverfahren. Durch die Einengung in Abs. 1 wird auf jeden Fall der Entscheidungsspielraum der Behörden ohne Not eingeschränkt. Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG setzt einer Bevorzugung der Aktionäre bereits genügende Grenzen.</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Der Begriff der "Eigenmittelvorschriften" ist zu klären. Sind dies die minimalen Vorgaben oder umfassen diese auch allfällige Puffer?</p>
<p><b>Art. 49 Wandelbarkeit von Forderungen</b></p> <p><sup>1</sup> Es kann grundsätzlich sämtliches Fremd- in Eigenkapital gewandelt werden.</p> <p><sup>2</sup> Folgende Forderungen sind nicht in Eigenkapital wandelbar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung, <u>einerschliesslich Forderungen, die von einer Gruppengesellschaft garantiert werden, deren Zweck es ist, die Deckung für diese Forderungen zu halten, sowie die besicherte Forderungen der Gruppengesellschaft gegenüber der Bank im Rahmen von strukturierten Finanzierungen wie z.B. Covered Bonds;</u></li> <li>b. privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG<sup>23</sup> und Artikel 37a Absätze 1–5 BankG;</li> <li>c. Forderungen, die Gegenstand von Aufrechnungsvereinbarungen sind (Art. 27 Abs. 3 BankG); <del>und</del></li> <li>d. Forderungen mit einer <u>Laufzeit von weniger als 360 Tagen; und</u></li> <li>e. <u>Forderungen, die nach Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit Genehmigung des Sanierungsbeauftragten zum Zwecke der Umsetzung</u></li> </ul>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Art. 49 schafft mit der <b>Unterscheidung zwischen "wandelbaren" und "nicht wandelbaren" Forderungen</b> eine Kategorisierung von Gläubigern, die <b>von der gesetzlichen Ordnung (Art. 219 SchKG) abweicht</b>. Eine solche Ungleichbehandlung von Fremdkapitalgebern bedarf eines sachlichen Grundes. Dieser kann sich aus der bestehenden gesetzlichen Ordnung ergeben (z.B. Privilegierung von gesicherten Einlagen).</li> <li>- <b>International ist noch nicht klar, welche Forderungen einem behördlich verordneten Debt-to-Equity Swap unterworfen werden sollen.</b> Insbesondere ist international noch umstritten, ob "normale" Anleihen (senior bonds) und Kundeneinlagen Gegenstand eines Debt-to-Equity Swap sein sollen, und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt. Die Definition von wandelbaren Forderungen sollte in enger Abstimmung mit internationalen Vorgaben erfolgen. Die Schweiz sollte hier nicht den Alleingang wagen, da sonst die internationale Anerkennung gefährdet wäre und den schweizerischen Banken sonst ein Wettbewerbsnachteil erwachsen könnte.</li> </ul> <p>Entsprechend weisen wir darauf hin, dass die EU vorschlägt, die folgenden Gläubiger von der Wandlung auszunehmen: „Swap, repo and derivative counterparties and other trade creditors; short-term debt (defined by a specified maximum maturity); retail and wholesale deposits and secured debt (including covered bonds).“ In den betroffenen Kreisen wird diskutiert, ob auch fiduciary business, commercial paper, money market transactions, promissory notes, etc. von der Wandelbarkeit ausgenommen werden sollten oder nicht oder ob generell zwischen „trade creditors“ (kein bail-in) und „financial creditors“ (bail-in) unterschieden werden soll. Diese Ausführungen zeigen auf, dass sich die internationale Diskussion zu diesem spezifischen Punkt noch nicht verfestigt hat. Es gilt zahlreiche sich widersprechende Interessen gegeneinander abzuwägen. Es darf nicht vergessen werden, dass die Definition der Ausnahmen eine erhebliche Auswirkung auf die betroffenen Märkte haben kann. Die Gefahr besteht, dass gewisse Finanzierungsmärkte austrocknen, möglicherweise gerade in einer Krise. Aus diesem Grund sind wir der Ansicht, dass die Festlegung der Ausnahmen bereits zum</p>

der Sanierung begründet wurden.

<sup>3</sup> Die FINMA kann in begründeten Fällen auch andere Forderungen von der Wandelbarkeit ausnehmen.

<sup>4</sup> Bei der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital sind vorab sämtliche nachrangigen Forderungen umzuwandeln.

heutigen Zeitpunkt zu früh kommt. Die Finanzierungsmöglichkeiten der schweizerischen Banken richten sich nach globalen Märkten. Entsprechend ist auch die Frage der Verlusttragung in der Gläubigerhierarchie breit zu diskutieren und im Einklang mit dem internationalen Standard umzusetzen. Die Schweiz sollte sich aber unbedingt in die internationale Diskussion einbringen, beispielsweise über das FSB.

- Eine Anwendung der neuen Vorschriften betreffend die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital auf Forderungen, welche vor Inkrafttreten von Art. 31 Abs. 3 BankG entstanden sind (so vorgesehen auf S. 34 Erläuterungsbericht), ist vor dem Hintergrund der internationalen Akzeptanz (internationaler Kapitalmarkt, ausländische Rechtsordnungen bzw. Regulatoren) höchst problematisch. Die Behauptung, dass dies schon unter altem Recht möglich gewesen sei (Erläuterungsbericht S. 34), ist unzutreffend.
- Im Erläuterungsbericht, S. 33, wird gesagt, dass "zuerst die Forderungen der Eigner gewandelt werden müssen". Was bedeutet das? Ist damit gemeint, dass in der Rangfolge der vorzunehmenden Wandlung zuerst allfällige Forderungen der Eigner (z.B. Aktionärsdarlehen) gewandelt werden müssen?

#### **Allgemeine Kommentare zu Abs. 2:**

- Der Ausnahmekatalog in diesem Absatz entspricht der gesetzlichen Ordnung in Art. 219 SchkG und ist daher nachvollziehbar. Jedoch muss man sich bewusst sein, dass gemäss dieser Bestimmung alle Gelder auf den Bankkonten, welche eine Restlaufzeit von 30 Tagen und mehr haben, im von CHF 100'000 übersteigendem Umfang wandelbar sind (z.B. Anlagekonti mit 6-monatiger Kündigungsfrist). Dies scheint problematisch, denn ein Einleger kann und muss nicht damit rechnen, dass sein Guthaben bei einer Bank in Eigenkapital gewandelt wird.
- Es muss grundsätzlich entschieden werden, welche Gläubiger von dieser Massnahme betroffen werden sollen – siehe allgemeine Kommentare oben.
- Es sollte eine klare Rangfolge mit Bezug auf die Wandlung der Forderungen in Eigenkapital vorgesehen werden (vgl. FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, October 2011, (nachfolgend "FSB Key Attributes") Section 3.5 (ii)).
- Sollten noch weitere Arten von Forderungen von einer potenziellen Wandlung ausgenommen werden? Z.B Forderungen im Zusammenhang mit normalen Kundenaktivitäten (Stichwort: "franchise activities").

#### **Zu Abs. 2 lit. a:**

Als "gesicherte Forderungen" müssen alle Formen der Realsicherheiten gelten, unabhängig von der Rechtsnatur (Pfand, Sicherungsübereignung, Sicherungszession). Forderungen im Zusammenhang mit Covered Bonds sind der Klarheit halber (Rating, internationale Entwicklungen) explizit von der Wandelbarkeit auszunehmen. Ansonsten würde das Instrument der Covered Bonds über die BIV ausgehebelt, was weder Sinn machen würde noch im Einklang mit dem internationalen Trend stünde. Die Covered Bonds Programme der Banken sind eine wesentliche Finanzierungsquelle in der Schweiz; es ist deshalb im Interesse der Rechtssicherheit, diesen Fall hier explizit aufzuführen.

	<p><b>Zu Abs. 2 lit. c:</b></p> <p>Die offene Formulierung von lit. c kann u.U. zu Umweggeschäften Anlass geben.</p> <p><b>Zu Abs. 2 lit. d:</b></p> <p>Durch diese Änderung sollen kurz- bis mittelfristige Forderungen (Commercial Papers und Derivate) von einem Debt-to-Equity Swap ausgeschlossen werden.</p> <p><b>Zu Abs. 3:</b></p> <p>Die Möglichkeit für die FINMA, andere Forderungen von der Wandelbarkeit auszunehmen, kann zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger führen. Für eine solche Ungleichbehandlung im Einzelfall besteht keine genügende gesetzliche Grundlage. Daher ist diese Bestimmung zu streichen oder hierfür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.</p>
<p><b>3. Abschnitt: Andere Kapitalmassnahmen</b></p>	
<p><b>Art. 50</b></p> <p><i>Neben oder anstelle einer Reduktion bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals oder der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kann <a href="#">der Sanierungsplan die FINMA</a> weitere Massnahmen <a href="#">vorsehenanordnen</a>, insbesondere einen <a href="#">teilweisen</a> oder <a href="#">vollständigen</a> <a href="#">Forderungsverzicht</a><del>Forderungsreduktion</del>, einen <a href="#">Fälligkeitsschub</a> oder eine <a href="#">Stundung der Zinszahlungen</a>.</i></p> <p><a href="#">Der Ausnahmekatalog in Art. 49 Abs. 2 gilt sinngemäss.</a></p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Von einem <i>Forderungsverzicht</i> zu sprechen, ist falsch, da es sich nicht um einen (freiwilligen) Verzicht des Gläubigers handelt, sondern um einen angeordneten Entzug der Forderung. Zutreffender ist daher der Begriff <b>Forderungsreduktion</b>.</li> <li>- <b>Für die Anordnung einer Forderungsreduktion oder "weitere Massnahmen" durch die FINMA fehlt eine gesetzliche Grundlage:</b> Art. 31 Abs. 3 BankG nennt nur die im Sanierungsplan zulässigen Kapitalmassnahmen "Reduktion des bisherigen und Schaffung von neuem Eigenkapital sowie die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital". Zwar erwähnt die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010 (nachfolgend "Botschaft Einlagensicherung") auf S. 4019, dass ein Eingriff in die Rechte der Gläubiger gemäss Art. 31a Abs. 1 BankG "beispielsweise durch Kürzung, Stundung oder Umwandlung ihrer Forderungen" erfolgen kann. Festzuhalten ist aber, dass die Erwähnung in der Botschaft eine klare gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen vermag.</li> </ul> <p>Weshalb der Gesetzgeber im Zuge der letzten Gesetzesrevision die Möglichkeit der Anordnung einer Forderungsreduktion und "weitere Massnahmen" nicht ins Gesetz geschrieben hat, bleibt unverständlich; dies umso mehr als die Botschaft Einlagensicherung, S. 4018, folgendes ausdrücklich festhält:</p> <p><i>"Die Möglichkeit einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital als Sanierungsmassnahme ist bereits in der Botschaft zum geltenden Recht erwähnt [...]. Aus verfassungsrechtlichen Gründen erscheint jedoch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für einen solchen sog. «debt equity-swap» erforderlich."</i></p> <p>Dies muss umso mehr für Forderungsreduktionen gelten, bei welchen der Gläubiger nicht einmal Eigner wird.</p>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Für die Anordnung von Kapitalmassnahmen durch die FINMA ausserhalb des Sanierungsplans fehlt generell jegliche gesetzliche Grundlage.</li> <li>- Für die Anordnung von Stundung und Fälligkeitsaufschub, ausgenommen für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen, ist die FINMA bereits im Rahmen der Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG ermächtigt.</li> <li>- Eine vollständige Forderungsreduktion darf der Sanierungsplan bei Anwendung des Prinzips "no creditor worse off than in liquidation" gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG und dann nur für solche Gläubiger vorsehen, die im Falle einer Liquidation auch nichts erhalten (z.B. Gläubiger von tief subordinierten Forderungen).</li> <li>- Eine solche Forderungsreduktion hätte zudem enteignungsähnlichen Charakter und müsste gemäss Art. 26 Abs. 2 BV voll entschädigt werden. Zudem läuft eine Forderungsreduktion auf eine Verletzung von 31 Abs. 1 lit. c BankG hinaus (wenn man nicht gleichzeitig das Aktienkapital vollständig herabsetzen will, wodurch die Gesellschaft niemandem mehr gehören würde, was ein Unding wäre).</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Der Ausnahmekatalog in Art. 49 Abs. 2 muss auch hier gelten, ansonsten diese Bestimmung als Umgehung von Art. 49 eingesetzt werden kann.</p>
<p><b>4. Kapitel: Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen</b></p>	
<p><b>Art. 51 Weiterführung von Bankdienstleistungen</b></p> <p><sup>1</sup> Sieht der Sanierungsplan vor, dass einzelne oder mehrere Bankdienstleistungen weitergeführt und Vermögenswerte <u>oder Vertragsverhältnisse</u> der Bank teilweise auf einen anderen Rechtsträger einschliesslich einer Übergangsbank übertragen werden sollen, so muss er namentlich:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a. den oder die Rechtsträger bezeichnen, auf den oder die solche Bankdienstleistungen sowie Vermögensteile zu übertragen sind;</li> <li>b. die Vermögenswerte, namentlich die Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse, die teilweise übertragen werden sollen, sowie deren Gegenleistung beschreiben;</li> <li>c. die Bankdienstleistungen beschreiben, die weitergeführt und übertragen werden sollen;</li> <li>d. die getroffenen Kapitalmassnahmen auführen und für den Fall der Übertragung von Bankdienstleistungen auf eine Übergangsbank</li> </ol>	<p><b>Allgemeiner Kommentar:</b></p> <p>Aufgrund des Wortlautes von Art. 31 Abs. 3 BankG ist fraglich, ob die Anordnung von Debt-to-Equity Swaps und erst recht eine Forderungsreduktion in Kombination mit der Auslagerung von Bankdienstleistungen zu einer Brückenbank überhaupt zulässig ist.</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. b und c:</b></p> <p>Aus Praktikabilitätsüberlegungen muss zumindest im Sinne eines "catch all" auch eine funktionale Umschreibung möglich sein (z.B. "alle anderen Vermögenswerte der Bank, welche mit der Bankdienstleistung XY unmittelbar zusammen hängen").</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. d:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Die Kombination von sog. "Kapitalmassnahmen" und der Auslagerung von Bankdienstleistungen auf eine Brückenbank wirft Fragen auf. Insbesondere ist es unter dem Gesichtspunkt von Art. 31 Abs. 3 BankG fraglich, ob es zulässig ist, Fremdkapital in Eigenkapital der "Restbank" umzuwandeln, wenn gleichzeitig die "gesunden" Teile auf eine Brückenbank übertragen werden.</li> <li>- Der Hinweis auf die Aufteilung der durch die Kapitalmassnahmen beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank beruht auf einem falschen Verständnis einer Bilanz: Diesem Hinweis liegt wohl die Annahme zugrunde, dass durch die Kapitalmassnahmen aktivseitig neue Mittel geschaffen werden.</li> </ul>

<p>darlegen, wie die <a href="#">Aktiven und Passiven</a> <del>so beschafften Mittel</del> zwischen der Bank und der Übergangsbank aufgeteilt werden;</p> <p>e. die Verpflichtung der Bank enthalten, die Massnahmen zu ergreifen und Handlungen vorzunehmen, die notwendig sind, damit alle zu übertragenden Vermögenswerte und Gegenstände, insbesondere auch im Ausland belegene oder ausländischem Recht unterstehende, auf den anderen Rechtsträger übertragen werden können;</p> <p>f. darlegen, ob ein Wertausgleich zu leisten, wie dieser zu berechnen und ob eine maximale Wertausgleichssumme anzuordnen ist;</p> <p>g. ausführen, ob und wie Systeme und Applikationen von der Bank und dem anderen Rechtsträger gemeinsam genutzt werden sowie, im Fall der Weiterführung von Bankdienstleistungen durch eine Übergangsbank, wie sichergestellt ist, dass diese Zugang zu Zahlungsverkehrs- und Finanzmarktinfrastrukturen hat und sie nutzen kann;</p> <p>h. beschreiben, wie zur Wahrung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen sichergestellt wird, dass nur übertragen werden können:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. verrechenbare, insbesondere einer Aufrechnungsvereinbarung unterliegende Forderungen und Verbindlichkeiten der Bank gegenüber einer Gegenpartei in ihrer Gesamtheit,</li> <li>2. gesicherte Forderungen und Verbindlichkeiten in Verbindung mit ihren Sicherheiten, und</li> <li>3. strukturierte Finanzierungen oder vergleichbare Kapitalmarktvereinbarungen, bei denen die Bank Partei ist, mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten.</li> </ol> <p><sup>2</sup> <del>Sobald der genehmigte Sanierungsplan mit dem unbenützten Ablauf der Frist für die Ablehnung des Sanierungsplans nach Art. 31a Abs. 1 BankG bzw. mit der Genehmigung des Sanierungsplans für eine systemrelevante Bank vollstreckbar ist, gehen alle übertragenen Vermögenswerte oder</del></p>	<p>Dem ist nicht so, da sowohl bei einer Wandlung von Fremd- in Eigenkapital wie auch bei einem Forderungsverzicht nur eine passivseitige Veränderung der Bilanz stattfindet. Das Kapital einer Brückenbank ergibt sich aus dem auf diese Brückenbank im Rahmen des Sanierungsplans übertragenen Aktivenüberschuss. Einzig bei einer Reduktion des bisherigen und Schaffung von neuem Eigenkapital fliessen der Bank aktivseitig allenfalls neue Mittel zu (bei einer Barliberierung oder Sacheinlage). Der Sanierungsplan sollte darlegen, mit welchen Mitteln und von wem die Übergangsbank mit "genügend Mitteln" (so der Erläuterungsbericht S. 38) ausgestattet werden soll, d.h. wie die Aktiven und Passiven aufgeteilt werden sollen.</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. e:</b> Vgl. Kommentar zu Art. 51 Abs. 2.</p> <p><b>Zu Abs. 1 lit. f:</b> Wer bezahlt den Wertausgleich? Auf welcher Basis erfolgt die Berechnung?</p> <p><b>Zu Abs. 2 und 3:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Die rechtliche Mechanik der Übertragung von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen ist unklar. Aus Art. 30 BankG ergibt sich, dass es sich dabei um eine (öffentlich-rechtliche) Sondernorm handelt. Der Ausschluss des Fusionsgesetzes ist zwar sachlich korrekt, aber es bedürfte einer zumindest summarischen Regelung der Grundzüge eines solchen Transfers auf Gesetzesstufe mit Konkretisierung in der Verordnung.</li> </ul> <p>Aus Praktikabilitätsgründen muss es sich um eine (funktional beschränkte) Universalsukzession mit Bezug auf die im Sanierungsplan genannten Vermögenswerte handeln. Mithin muss die Rechtswirkung der Übertragung mit der Genehmigung des Sanierungsplans eintreten (so auch Art. 51 Abs. 2 und Erläuterungsbericht S. 37). Hingegen ist es unrealistisch, wenn nach Genehmigung des Sanierungsplans noch Verfügungsgeschäfte (z.B. Zessionen, Vertragsübertragungen, Registereinträge etc.) vorgenommen würden (so aber der Erläuterungsbericht S. 35). Die damit zusammenhängenden Unabwägbarkeiten (fehlende Kooperation von Drittparteien, Aktiven im Ausland etc.) würde die Durchführung des Plans faktisch verunmöglichen. Falsch ist auf jeden Fall die Aussage im Erläuterungsbericht (S. 36), wonach "der Ort, an dem sich der Vermögenswert befindet, oder das Recht, welchem dieser untersteht, keine Rolle" spielen sollte mit Bezug auf die Übertragung von Bankdienstleistungen und Vermögenswerten.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gemäss Art. 30 Abs. 3 BankG gehen die übertragenen Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse <i>qua</i> Genehmigung des Sanierungsplans durch die FINMA auf den neuen Rechtsträger über. Es handelt sich hier um eine spezialgesetzlich angeordnete Universalsukzession. Diese Regelung ist für SiFis zutreffend, da Art. 31a BankG (Ablehnung des Sanierungsplans durch die Gläubiger) mit Bezug auf SiFis nicht anwendbar ist. Für die übrigen Banken aber muss gelten, dass der Übergang der Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse nach Art. 30 Abs. 3 BankG erst mit unbenütztem Ablauf der Ablehnungsfrist erfolgen kann. Andernfalls müsste bei einer Ablehnung des Sanierungsplanes die Übertragung rückabgewickelt werden.</li> </ul> <p><b>Zu Abs. 3:</b></p>
---	--

<p>Vertragsverhältnisse mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten <u>ohne weiteres</u> auf den oder die neuen Rechtsträger über.</p> <p><sup>3</sup> Die Genehmigung des Sanierungsplans tritt an die Stelle der sonst für die Übertragung allenfalls notwendigen Eintragungen in das Handelsregister oder das Grundbuch. Die Eintragungen in diese Register sind nachzuholen, haben jedoch nur deklaratorische Wirkung.</p>	<p>Diese Bestimmung sollte allgemeiner formuliert sein, um andere Register (z.B. Patentregister) auch abzudecken.</p>
<p><b>Art. 52 Übergangsbank</b></p> <p><sup>1</sup> Die Übergangsbank dient der einstweiligen Fortführung einzelner, auf sie übertragener Bankdienstleistungen.</p> <p><sup>2</sup> Die FINMA erteilt der Übergangsbank eine <u>auf zwei Jahre befristete</u> Bewilligung. Sie kann die Bewilligung verlängern und bei der Erteilung von den üblichen Bewilligungsvoraussetzungen abweichen.</p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Die Idee einer Befristung von zwei Jahren stammt wohl aus dem Dodd Frank Act, ist aber sachlich ungeeignet (und wird auch bereits in den USA kritisiert und umgangen). Es muss auch möglich sein, eine Übergangsbank "auf Vorrat" zu gründen und bewilligen zu lassen, ohne dass bei Implementation des Notfallplans zuerst um eine Bankbewilligung nachgesucht werden muss. Bereits unter geltendem Recht hat die FINMA die Möglichkeit, eine Bewilligung mit Auflagen zu verbinden. Dies steht ihr auch in Zukunft und im Zusammenhang mit der Bewilligung für die Übergangsbank offen. Ausserdem kann gemäss unserer Kenntnis bei einer solchen Befristung gar keine Revision auf "going concern"-Basis vorgenommen werden. D.h., für die Eröffnungsbilanz der Übergangsbank muss eine Neubewertung der von der Übergangsbank zu übernehmenden Aktiven und Passiven auf "gone-concern" Basis vorgenommen werden.</li> <li>- Im Erläuterungsbericht (S. 38) findet sich erneut der falsche Hinweis auf die Aufteilung der durch die Kapitalmassnahmen beschafften Mittel zwischen der Bank und der Übergangsbank (vgl. hierzu Kommentar zu Art. 51 Abs. 1 lit. d).</li> </ul>
<p><b>4. Titel: Schutz der Systeme und der Finanzmarktinfrastrukturen</b></p>	
<p><b>Art. 53</b> Weisungen von Teilnehmern oder Teilnehmerinnen eines Zahlungsober Effektenabwicklungssystems</p> <p>Weisungen von Teilnehmern oder Teilnehmerinnen eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystems nach Artikel 27 Absatz 2 BankG sind insbesondere:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Instruktionen, die unmittelbar die Abwicklung von Zahlungen oder Effektentransaktionen betreffen; sowie</li> <li>b. andere Überweisungen und andere Zahlungen von Teilnehmern oder Teilnehmerinnen an ein solches System, die der Bereitstellung der nach den Regeln des Systems erforderlichen finanziellen Mitteln dienen.</li> </ol>	

<p><b>Art. 54</b> Verbindlichkeit von Weisungen in Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen</p> <p><sup>1</sup> <del>Massnahmen im Sinne von, welche die rechtliche Verbindlichkeit einer Weisung eines Teilnehmers an einem Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem im Rahmen von Artikel 27 Absatz 1 und 2 BankG einschränken können, sind insbesondere :</del></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. <del>die Eröffnung des Bankenkurses nach den Artikeln 33–37g BankG; und</del></li> <li>b. <del>Schutzmassnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h BankG, und.</del></li> <li>c. <del>Vergleichbare Insolvenzmassnahmen, die von in- oder ausländischen Behörden angeordnet werden.</del></li> </ul> <p><sup>2</sup> <del>Die FINMA ordnet in ihrer Verfügung betreffend eine Massnahme nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG ein Verbot oder eine Einschränkung nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h BankG oder der Erteilung von Weisungen nach Artikel 27 Absatz 2 BankG sowie auch den Zeitpunkt, ab dem die betreffende Massnahme das Verbot oder die Einschränkung gilt, ausdrücklich an.</del></p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <p>Es ist begrüssenswert, dass konkretisiert wird, welche Massnahmen unter den in Art. 27 Abs. 2 BankG genannten Begriff "solche Massnahmen" fallen sollen bzw. dass die Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 a-e BankG ausgeklammert werden, da diese die Verbindlichkeit der Weisungen wohl nicht zu beeinträchtigen vermögen. Allerdings ist die Formulierung dieser Bestimmung missverständlich, weshalb wir nebenstehende Umformulierung vorschlagen.</p> <p><b>Zu Abs. 1:</b></p> <p>Im Hinblick auf ausländische Systemteilnehmer bzw. unregulierte Teilnehmer soll klar gestellt werden, dass die gesetzlich geregelte Finalitätswirkung auch dann eintritt, wenn die fraglichen Massnahmen z.B. von einem ausländischen Insolvenzverwalter oder einem ordentlichen Nachlass- oder Konkursrichter angeordnet wurde.</p>
<p><b>Art. 55</b> Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten</p> <p><sup>1</sup> <del>Aufrechnungsvereinbarungen nach Artikel 27 Absatz 3 BankG umfassen insbesondere:</del></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. <del>Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen;</del></li> <li>b. <del>Verrechnungs- und Netting-Bestimmungen sowie Ausfallvereinbarungen von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen nach Artikel 27 Absatz 1 BankG .</del></li> </ul> <p><sup>2</sup> <del>Die freihändige Verwertung von Sicherheiten durch ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem gemäss den Regeln des Systems ist gewährleistet.</del></p>	<p><b>Zu Abs. 2:</b></p> <p>Zusatz ist u.E. überflüssig.</p>

<p><b>5. Titel: Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten</b></p>	
<p><b>Art. 56</b></p> <p><sup>1</sup>Bei der Anordnung der Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger kann <u>der Sanierungsplan die FINMA mit Bezug auf vertragliche Beendigungsrechte anordnen, dass:</u></p> <p>a. Gegenparteien von Verträgen, die von der Bank auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, ihre Beendigungsrechte für eine gewisse Zeit nicht ausüben können; <u>und</u></p> <p>b. <u>die Aufschiebung der Beendigungsrechte nur mit Bezug auf Verträge möglich ist, die solche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen;</u></p> <p>c. <u>die Aufschiebung längstens für 48 Stunden angeordnet werden kann. Die FINMA legt den Beginn und das Ende der Aufschiebung explizit fest;</u></p> <p>d. die neue Vertragspartei die Pflichten aus den übertragenen Verträgen vollumfänglich und uneingeschränkt übernimmt.</p> <p><sup>2</sup> <u>Die Aufschiebung der Beendigungsrechte ist nur mit Bezug auf Verträge möglich ist, die solche Beendigungsrechte an die Anordnung von Insolvenzmassnahmen knüpfen.;</u></p> <p><sup>3</sup> <u>Die Aufschiebung kann längstens für 48 Stunden angeordnet werden kann. Der Sanierungsplan Die FINMA legt den Beginn und das Ende der Aufschiebung explizit fest;</u></p>	<p><b>Allgemeine Kommentare:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Für Eingriffe in Vertragsbeendigungsrechte findet sich im Bankengesetz keine Stütze, sie werden mit keinem Wort erwähnt – im Gegenteil: Art. 27 Abs. 3 BankG scheint solche Eingriffe geradezu auszuschliessen. Entsprechend müsste Art. 27 Abs. 3 BankG geändert werden, nachdem eine international breit abgestützte Regelung vereinbart wurde.</li> <li>- Damit diese Bestimmung funktioniert, muss sie international anerkannt und durchgesetzt werden können. Solange diese Regeln aber nicht international abgestimmt sind, kann dieses Ziel nicht erreicht werden (vgl. hierzu allgemeine Kommentare zum 3. Kapitel). Die internationalen Diskussionen zu diesem Thema haben erst begonnen. Es ist daher verfrüht, dies auf nationaler Ebene und im Alleingang zu regeln.</li> <li>- Bei einer Anordnung im Sanierungsplan nützt diese Massnahme nur dann etwas, wenn der Sanierungsplan gleichzeitig mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens genehmigt (und öffentlich bekannt gemacht) wird. Ausserdem kann sie nur bei SiFis eingesetzt werden, da in diesen Fällen der Sanierungsplan mit der Genehmigung durch die FINMA wirksam wird. Bei den übrigen Banken muss noch die 10 Tagesfrist für die Ablehnung durch die Gläubiger abgewartet werden. Erst nach Ablauf dieser Ablehnungsfrist wird der Sanierungsplan wirksam.</li> <li>- Diese Bestimmung sollte auch auf Kapitalmassnahmen gemäss dem 3. Kapitel ausgeweitet werden (insbesondere Debt-to-equity Swap) und nicht nur in Bezug auf die Übertragung von Bankdienstleistungen auf einen anderen Rechtsträger zur Anwendung gelangen können. Der Erläuterungsbericht (S. 40) ist diesbezüglich bereits ein wenig offener formuliert ("wobei insbesondere zur Hauptsache die Übertragung von Bankdienstleistungen gemeint ist"). Gemäss FSB Key Attributes muss die Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten auf alle Insolvenzmassnahmen anwendbar sein.</li> </ul>
<p><b>6. Titel: Abschluss des Verfahrens</b></p>	
<p><b>Art. 57</b> Schlussbericht</p> <p><sup>1</sup> Der Konkursliquidator oder die Konkursliquidatorin oder der oder die Sanierungsbeauftragte berichtet der FINMA summarisch über den Verlauf des Bankeninsolvenzverfahrens.</p> <p><sup>2</sup> Der Schlussbericht des Konkursliquidators oder der Konkursliquidatorin enthält zudem:</p> <p>a. Ausführungen über die Erledigung sämtlicher die</p>	

<p>Feststellung der Aktiv- und Passivmasse betreffenden Prozesse;</p> <p>b. Angaben über den Stand der an Gläubiger und Gläubigerinnen abgetretenen Rechtsansprüche nach Artikel 260 SchKG<sup>24</sup>; sowie</p> <p>c. eine Auflistung der noch nicht ausbezahlten Anteile sowie der noch nicht herausgegebenen abgesonderten Depotwerte mit der Angabe, weshalb eine Auszahlung oder Herausgabe bisher nicht erfolgen konnte.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA macht den Schluss des Bankeninsolvenzverfahrens öffentlich bekannt.</p>	
<p><b>Art. 58</b> Aktenaufbewahrung</p> <p><sup>1</sup> Nach Abschluss oder Einstellung des Bankeninsolvenzverfahrens regelt die FINMA die Aufbewahrung der Insolvenz- und Geschäftsakten.</p> <p><sup>2</sup> Die Insolvenzakten sowie die noch vorhandenen Geschäftsakten sind nach Ablauf von zehn Jahren seit Abschluss oder Einstellung des Bankeninsolvenzverfahrens auf Anordnung der FINMA zu vernichten.</p> <p><sup>3</sup> Vorbehalten bleiben abweichende spezialgesetzliche Aufbewahrungsvorschriften für einzelne Aktenstücke.</p>	
<p><b>7. Titel: Schlussbestimmungen</b></p>	
<p><b>Art. 59</b> Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts</p> <p><sup>1</sup> Die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. Juni 2005 über den Konkurs von Banken und Effektenhändlern<sup>25</sup> (BKV-FINMA) wird aufgehoben.</p> <p><sup>2</sup> Die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz<sup>26</sup> (ABV-FINMA) wird wie folgt geändert: Art. 3 Abs. 3</p> <p><sup>3</sup> Für Vertretungen von ausländischen Banken finden die Bestimmungen über das Sanierungs- und Konkursverfahren nach den Art. 28 bis 32 und 33 bis 37g BankG keine Anwendung.</p>	

**Art. 60 Inkrafttreten**

*Diese Verordnung tritt am ... 2012 in Kraft.*



foreign banks . in switzerland .

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA  
zHv Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

PER EMAIL: reto.schiltknecht@finma.ch

FINMA		
ORG	29. FEB. 2012	SB
BS		
Bemerkung:		
Fl		

Zürich, 28. Februar 2012

### Entwurf FINMA-Insolvenzverordnung E- BIV-FINMA- Stellungnahme VAS

Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Am 16. Januar 2012 hat die FINMA den Entwurf für eine Insolvenzverordnung zur Stellungnahme freigegeben. Gerne nehmen wir diese Gelegenheit wahr, beschränken unsere Kommentare aber auf Art.24 Abs.2 E-BIV-FINMA über die Privilegierten Einlagen.

Der Artikel lautet "Keine Einlagen im Sinne von Artikel 37a BankG sind nicht auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin lautende Forderungen, insbesondere Forderungen aus Nummernkonten oder auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Forderungen, mit Ausnahme der auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin bei der Bank hinterlegten Kassenobligationen." Damit will die FINMA gemäss Begleitbericht nur die Regelung von Art. 37a BankG übernehmen. Das tut sie aber nicht. Denn mit der Revision des Bankengesetzes wollte der Bundesrat sicherstellen, dass ein Einleger nicht mehrmals vom Privileg profitiert, indem er mehrere Konti hält, an denen er wirtschaftlich berechtigt ist. Die Formulierung von Art. 37a "Einlagen, die auf den Namen des Einlegers lauten..." belegt, dass es den Gesetzgeber nicht interessiert, ob ein einzelnes Konto mit Namenszug oder Ziffern identifiziert wird. Ansonsten hätte er im Gesetz oder zumindest in der Botschaft explizit auf Nummernkonti Bezug genommen. Das hat er aber nicht. Dies zu recht, denn der "Identifikator" eines Kontos hat mit der Verhinderung einer Mehrfachprivilegierung nichts zu tun. Letztendlich lautet jede Bankbeziehung auf den Namen des Vertragspartners. Indem die Insolvenzverordnung aber auf den "Identifikator" abzielt, entspricht Art.24 Abs.2 E-BIV-FINMA nicht einer Präzisierung des Willens des Gesetzgebers. Die FINMA ist also nicht durch das Gesetz eingeschränkt und verpflichtet, die Nummernkonti aus den privilegierten Einlagen auszugliedern.

#### Reputationsrisiko

Durch ihre administrative Verfügung zum Ausschluss aus der Privilegierung setzt nun die FINMA die Schweiz einem Reputationsverlust aus:

- Dass ausgerechnet ein Finanzplatz, der sich rühmt im Private Banking führend zu sein, die Kunden zwingt, zwischen Sicherheit ihrer persönlichen Daten und Sicherheit ihrer Einlagen zu wählen, wird negativ vermerkt werden. Die beiden Sicherheitsmomente sind vereinbar; technisch-operative Lösungen zur Verhinderung von Mehrfachauszahlungen sind möglich. Falls ein Institut das Ausbleiben einer Mehrfachzahlung im Konkursfall nicht sicherstellen kann, sollte es keine Nummernkonti anbieten.

- Die Nummernkonti Inhabersparheften gleichzusetzen und den Anschein zu wecken, die Schweizer Banken führten nach wie vor anonyme Konti, ist gerade im jetzigen Umfeld äusserst problematisch. Es entsteht der Eindruck, dass Schweizer Banken das Abgleichen von verschiedenen Kontoklassen eines selben Kunden nicht sicherstellen können; daraus kann die Vermutung erwachsen, dass sie die Berechtigten nicht kennen. Die Insolvenzverordnung gibt gerade jenen Stimmen Vorschub, welche noch heute diese Meinung vertreten und sie auch öffentlich lautstark kundtun.
- Einige Institute führen aus Diskretionsgründen alle Mitarbeiterkonti als Nummernkonti. Es ist nur schwer kommunizierbar, warum die vertrauliche Behandlung von Mitarbeiterdaten mit dem Ausschluss dieser Konti aus der Privilegierung erfolgen muss.

#### Zentrales Anliegen: Verhinderung der Mehrfachprivilegierung

Die Zielsetzung des Gesetzes, die Mehrfachprivilegierung zu vermeiden, unterstützen wir. Sie sollte als technisch-organisatorische Anforderung in die Insolvenzverordnung Eingang finden.

Die in der Botschaft angeführten Bedenken der Mehrfachprivilegierung in einer Konkursliquidierung ist schon heute nur schwer vorstellbar. Banken in der Schweiz sind gesetzlich verpflichtet, jederzeit sofort diejenige Person zu identifizieren, die an bestimmten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist. Schon heute darf der Konkursliquidator den privilegierten Betrag nicht mehr als ein Mal an ein und dieselbe Person auszahlen.

Die Botschaft präzisiert, dass Mehrfachauszahlung verhindert werden können, falls die Information jederzeit sofort zur Verfügung steht. Da die Argumentation auf die Mehrfachprivilegierung im Konkursverfahren ausgerichtet ist, können auch nicht Schwierigkeiten bei der jährlichen Meldung gemeint sein, welche in der EBK-Mitteilung 47/08 angeführt wurden. Diese dürften mittlerweile auch ausgeräumt sein: Falls sie es nicht sind, ist dies ein Problem der Überwachung, nicht aber der Nummernkonti.

Wir sind der Überzeugung, dass Banken ausreichende Vorkehrungen technischer und organisatorischer Art getroffen haben, um im Konkursfall rasch eine korrekte Ermittlung der Kontoinhaber und der wirtschaftlich Berechtigten zu gewährleisten. Es ist daher nicht gerechtfertigt, jene Banken, welche die technisch-organisatorischen Voraussetzungen erfüllen, durch die Praxisänderung zu bestrafen. Vielmehr ist sicherzustellen, dass alle Institute die notwendigen Schritte vorgenommen haben, um die Aggregation von Konti, an denen der Kontoinhaber selber wirtschaftlich berechtigt ist und von Konti, bei denen Kontoinhaber und wirtschaftliche Berechtigung auseinanderfallen, im Konkursfall unter angemessenem Aufwand und Zeitnähe sicherzustellen.

Konkret muss eine Bank nachweisen, dass im Insolvenzfall der Insolvenzverantwortliche unmittelbar eine von allfälligen Doppelansprüchen bereinigte Übersicht über die Ansprüche an die Einlagensicherung erhält.

Wir erinnern in diesem Zusammenhang an die Tatsache, dass Banken verpflichtet sind, auf Anfrage die auf eine bestimmte Person lautenden Vertragsbeziehungen rasch und eindeutig zu identifizieren, z.B. um eine Anfrage im Kampf gegen die Geldwäscherei zu beantworten. Ebenso ist es gängig, dass Banken den Auftraggeber von grenzüberschreitenden Zahlungen offenzulegen haben. Auch im Kreditgeschäft aggregiert die Bank laufend unterschiedliche Kontotypen eines selben Kunden. Die Bankinfrastruktur ist darauf ausgerichtet, eine derartige Konsolidierung vorzunehmen; es gibt keine triftigen Gründe, dieselben Prozesse im Insolvenzfall nicht anzuwenden.

### Fehlende Definition eines Nummernkontos

Die Insolvenzverordnung nimmt nicht zur Kenntnis, dass viele Banken auf Grund der Konzernpolitik alle Konti mit einer Identifikationsnummer versehen. Sie verwenden aus Sicherheits- und technischen Gründen eine Identifikationsnummer im Verkehr innerhalb der Bank, innerhalb der Gruppe und häufig auch mit dem Kunden (Auszüge). Die Insolvenzverordnung zwingt nun diese Banken, alle Einlagen aus der Einlagensicherung auszuschliessen – paradoxerweise, weil gruppenweit ein Vorgehen verwendet wird, welches die rasche Aggregation der verschiedenen Konti eines wirtschaftlichen Berechtigten sicherstellt. Es wäre dem Ruf des Schweizer Bankenplatzes international nicht angetan, wenn sie als einziges Land für die technische Sicherheit den Preis der Nichtprivilegierung zahlen müsste.

### Widerspruch zu FINMAG Art. 5

FINMAG Art 5 verpflichtet die FINMA, zum Schutz der Anlegerinnen und Anleger, den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte zu gewährleisten. Damit soll sie zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz beitragen.

Mit dem Entscheid, die Nummernkonti aus der Privilegierung auszuschliessen, würde der gesetzliche Auftrag der FINMA verletzt. Der Ausschluss widerspricht dem Schutz der betroffenen Anlegerinnen und Anleger und schädigt das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes. Um das Anliegen der Verhinderung von Mehrfachprivilegierungen durchzusetzen, müssen also Mittel und Wege gefunden werden, welche mit FINMAG Art 5 in Einklang stehen.

### Folgerungen

Der Verband der Auslandsbanken in der Schweiz ist an einer Lösung der Missbrauchsproblematik interessiert. Diese muss jedoch sowohl Diskretion als auch Schutz gewähren. Anstatt Nummernkonti von der Privilegierung auszuschliessen sollen Regeln gewährleisten, dass der Insolvenzrichter im Konkursfall innert nützlicher Frist (die zu präzisieren wäre) über eine Liste der Kunden mit privilegierten Einlagen verfügt.

Auf Grund dieser Argumente schlagen wir vor:  
Die FINMA verzichtet darauf, die Pseudonym- und Nummernkonti von den privilegierten Einlagen auszuschliessen. Sie fordert vielmehr technisch-organisatorische Vorkehrungen um die Mehrfachprivilegierung im Konkursfall zu vermindern. Die EBIV-FINMA wird entsprechend angepasst.  
Die Einlagensicherung zieht ihr Zirkular 7713 vom 23. Dezember 2012 zurück.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Argumente. Selbstverständlich sind wir gerne bereit, an einer tragfähigen, allen Aspekten gerecht werdenden Lösung mitzuarbeiten.

Freundliche Grüsse

VERBAND DER AUSLANDSBANKEN IN DER SCHWEIZ

  
Martin Maurer  
Geschäftsführer

  
Raoul Wuergler  
stv. Geschäftsführer

**Von:** Hodel Thomas [<mailto:T.Hodel@vskb.ch>]

**Gesendet:** Mittwoch, 29. Februar 2012 09:44

**An:** Schiltknecht Reto

**Betreff:** AW: Öffentliche Anhörung zur "Bankinsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA)"

Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Mit Mail vom 16. Januar 2012 haben Sie uns zur öffentlichen Anhörung betreffend „Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA)“ begrüsst. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Der Verband der Schweizerischen Kantonalbanken (VSKB) hat sich über seine Vertreter bei der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) in das bei der SBVg laufende Anhörungsverfahren zur Bankeninsolvenzverordnung eingebracht. **Mangels spezifischer Betroffenheit der Kantonalbanken** von der zur Diskussion stehenden neuen Verordnung verzichtet der VSKB auf eine eigene Stellungnahme zum Verordnungsentwurf.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

Thomas Hodel

Dr. Thomas Hodel  
Vizedirektor  
Leiter Public Affairs / Administration

Verband Schweizerischer Kantonalbanken  
Wallstrasse 8 - Postfach - CH-4002 Basel  
Tel. +41 (0)61 206 66 21 - Fax +41 (0)61 206 66 67  
[th.hodel@vskb.ch](mailto:th.hodel@vskb.ch)  
[www.kantonalbank.ch](http://www.kantonalbank.ch)

Vereinigung  
Schweizerischer Handels-  
und Verwaltungsbanken

Association  
de Banques Suisses  
Commerciales et de Gestion

Associazione  
di Banche Svizzere  
Commerciali e di Gestione

Per E-Mail: reto.schiltknecht@finma.ch  
und per A-Post

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herrn Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

6300 Zug, 1. März 2012 Dg/jf  
Baarerstrasse 12  
Tel. 041 729 15 35 Fax 041 729 15 36  
benno.degrandi@vhv-bcg.ch  
www.vhv-bcg.ch

## Anhörung zur Bankeninsolvenzverordnung der FINMA

Sehr geehrter Herr Dr. Schiltknecht  
Sehr geehrte Damen und Herren

Namens der Vereinigung Schweizerischer Handels- und Verwaltungsbanken VHV beziehen wir uns auf Ihre am 16. Januar 2012 eröffnete Anhörung zum Entwurf einer Revision der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA („BIV-FINMA“). Für die Möglichkeit, zu diesem Entwurf Stellung zu nehmen, danken wir Ihnen, und wir machen davon gerne Gebrauch.

Als Interessenverband von kleineren und mittleren Banken, welche namentlich auf das Vermögensverwaltungsgeschäft spezialisiert sind, beschränkt sich unsere Vereinigung im Folgenden auf die Problematik einer in Art. 24 Abs. 2 E-BIV-FINMA vorgeschlagenen Diskriminierung von Nummernkonten bei der Definition der privilegierten Einlagen gemäss Art. 37a Abs. 1 BankG:

Wir schlagen vor, **den ersten Satz von Art. 24 Abs. 2 E-BIV-FINMA ersatzlos zu streichen** und diesen Absatz 2 somit wie folgt zu fassen:

*2 Keine Einlagen im Sinne von Artikel 37a BankG sind nicht auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin lautende Forderungen, insbesondere Forderungen aus Nummernkonten oder auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Forderungen, mit Ausnahme der auf den Namen des Einlegers oder der Einlegerin bei der Bank hinterlegten Kassenobligationen. Ebenfalls* Keine Einlagen im Sinne von Artikel 37a BankG sind nicht bei der Bank verwahrte Kassenobligationen sowie vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzforderungen wie insbesondere Ersatzforderungen für nicht vorhandene Depotwerte nach Artikel 37d BankG.

Unsere Vereinigung ist der Ansicht, dass die im ersten Satz von Art. 24 Abs. 2 E-BIV-FINMA zum Ausdruck gebrachte Auslegung von Art. 37a Abs. 1 BankG weder zwingend noch sachlich gerechtfertigt ist. Ein Wille des Gesetzgebers, Einlagen auf Nummernkonten von der Privilegierung auszuschliessen, lässt sich aus dieser Gesetzesbestimmung nicht ohne weiteres herauslesen. Ob Namen- oder Nummernkonto, in beiden Fällen ist der Einleger Kontoinhaber, also direkter Vertragspartner der Bank – dies im Gegensatz etwa zu Situationen mit bloss wirtschaftlicher Berechtigung an einem Drittkonto sowie vor allem im Gegensatz zu den heute nicht mehr häufigen Einlagen auf den Inhaber. Die Diskriminierung der Inhaber von Nummernkonten lässt sich auch nicht mit der Tatsache vereinbaren, dass z.B. bei Überweisungen heute stets der Name des auftraggebenden Kontoinhabers angegeben werden muss. Schliesslich stehen heute bei der Entscheidung von Bankkunden für ein Nummernkonto keineswegs mehr Verheimlichungsmotive mit fraglicher Legitimität im Vordergrund, sondern vielmehr reine Sicherheitsüberlegungen. Die Bezeichnung von kontobezogenen Bankunterlagen mit einer Nummer (oder Fantasiebezeichnung) statt dem Namen des Kunden kann für dessen Schutz vor kriminellen Machenschaften, namentlich Erpressungen, von zentraler Bedeutung sein. Auch werden durch die Verwendung von Nummernbezeichnungen der bankinterne Datenschutz und die bankinterne Diskretion entscheidend erhöht, was namentlich für Personen mit (allgemein oder auch nur bankintern) bekannten Namen wichtig oder sogar geboten sein kann. All diese Verwendungszwecke von Nummernkonten rechtfertigen eine Benachteiligung der Bankkunden mit Nummernkonten bei der Einlagenprivilegierung in keiner Weise. Eine solche Benachteiligung widerspricht vielmehr dem Gebot der Gleichbehandlung sachlich gleicher Kundenkreise.

Wir sprechen uns deshalb mit Nachdruck dagegen aus, in der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA eine Interpretation von Art. 37a Abs. 1 zu verankern, welche eine derartige sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Bankkunden mit Inhaber- und Namenkonten zum Gegenstand hat.

Was die Frage der praktischen Umsetzung, insbesondere hinsichtlich der Erfassung der Einlagen angeht, so könnte sich unsere Vereinigung als pragmatischen Ansatz vorstellen, dass die Banken zunächst sämtliche Einlagen erfassen und als privilegiert behandeln (ein-

schliesslich der Unterlegung – mithin im Sinne einer „Übersicherung“, was dem Einleger-schutz insgesamt nur dienlich sein kann). In einem konkreten Insolvenzfall könnten dann zunächst die Inhaber von Namenkonten aus der Einlagensicherung bedient werden. Sollten einzelne Kunden zusätzliche Ansprüche aus Nummernkonten geltend machen und dem „Matching“ ausdrücklich zustimmen, könnten die Einlagen dieser einzelnen Kunden auf Nummernkonten ohne weiteres in die Berechnung des (begrenzten) gesicherten Gesamtbe-trages des einzelnen Einlegers einbezogen werden.

Namens der VHV ersuchen wir Sie um wohlwollende Prüfung und Berücksichtigung unseres Anliegens, und wir hoffen auf eine angemessene Lösung und Praxis für den vorstehend dar-gelegten Aspekt im Interesse des Anlegerschutzes in der Schweiz und der Konkurrenzfähig-keit unseres Finanzplatzes.

Mit freundlichen Grüssen

Raymond J. Bär  
Präsident

Dr. Benno Degrandi  
Sekretär

Beilage:  
CD-ROM mit PDF-Kopie der Anhörungsantwort

## Vorab per Email

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herrn Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern

Dr. Markus Guggenbühl  
Rechtsanwalt  
Tel +41 58 211 34 54  
mguggenbuehl@vischer.com  
www.vischer.com

Dr. Jana Essebler  
Rechtsanwältin  
Tel +41 58 211 34 09  
jana.essebler@vischer.com  
www.vischer.com

Eingetragen im  
Anwaltsregister des  
Kantons Zürich

## VISCHER AG

**Zürich**  
Schützengasse 1  
Postfach 1230  
CH-8021 Zürich  
Tel +41 58 211 34 00  
Fax +41 58 211 34 10

**Basel**  
Aeschenvorstadt 4  
Postfach 526  
CH-4010 Basel  
Tel +41 58 211 33 00  
Fax +41 58 211 33 10

Notariat im Kanton  
Basel-Stadt

Zürich, 1. März 2012

500518\vernehmlassung\Stellungnahme BIVFINMA (120301).docx

## Öffentliche Anhörung zum Entwurf der Bankeninsolvenz-Verordnung der FINMA

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf das auf der Website der FINMA veröffentlichte Schreiben vom 16. Januar 2012, mit welchem Sie eine öffentliche Anhörung zum Entwurf der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA) eröffnet und interessierte Kreise zur Stellungnahme bis zum 2. März 2012 eingeladen haben.

### 1. VORBEMERKUNG

Nachfolgend erlauben wir uns, zum Entwurf der BIV-FINMA Stellung zu nehmen. Wir beschränken uns dabei auf ausgewählte Änderungen, welche gegenüber der Bankenkursverordnung-FINMA (BKV-FINMA) vorgenommen werden. Unsere Stellungnahme basiert auf unseren Erfahrungen in der anwaltlichen Beratung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Konkurs der Lehman-Brothers-Gruppe. Sofern nicht anders definiert, werden allfällige Abkürzungen gemäss den Definitionen im Entwurf der BIV-FINMA verwendet.

### 2. ANMERKUNGEN ZU EINZELNEN ARTIKELN DES ENTWURFS

#### 2.1 Art. 4 Abs. 1 BIV-FINMA

Diese Änderung ist begrüßenswert. Wir teilen die Auffassung der FINMA, dass dadurch (verbunden mit dem Informationsdienst der FINMA) in der Regel eine grosse Anzahl Betroffener besser und schneller erreicht werden kann.

#### 2.2 Art. 4 Abs. 3 BIV-FINMA

Wir teilen die Auffassung der FINMA und begrüßen daher diese Änderung.

## 2.3 Art. 8 BIV-FINMA

Zwar kennt das Schweizer Konkursrecht anders als viele andere Rechtsordnungen kein sogenanntes Bar Date für die Eingabe von Forderungen. Dennoch ist es nach unserer Erfahrung sowohl für den Liquidator als auch für den einzelnen Gläubiger von erheblicher Relevanz, ob eine Forderung als angemeldet gilt oder ob eine Forderungseingabe erfolgen muss.

Die bisherige Formulierung in Art. 24 Abs. 3 BKV-FINMA stellt darauf ab, ob die Gläubiger über den Bestand und die Höhe der Forderungen von der Bank regelmässig mit Auszügen oder Saldobestätigungen bedient wurden. Der Vorteil dieser Regelung ist, dass relativ einfach bestimmt werden kann, ob Forderungen von einer Befreiung von der formellen Forderungsanmeldung profitieren können. Andererseits schränkt Art. 24 Abs. 3 BKV-FINMA gegenüber der gesetzlichen Vorgabe des Art. 36 Abs. 1 BankG, dass aus den Büchern ersichtliche Forderungen als angemeldete gelten sollen, den Umfang der als angemeldet geltenden Forderungen ein. Vor diesem Hintergrund begrüssen wir eine beabsichtigte Neuregelung.

### 2.3.1 Forderungshöhe

Wir begrüssen grundsätzlich den Vorbehalt, dass Forderungen nur dann als angemeldet gelten können, wenn die Bücher ordnungsgemäss geführt worden sind. Unseres Erachtens sollte darüber hinaus jedoch nicht nur die Existenz der Forderung aus den Büchern ersichtlich sein, sondern auch die Forderungshöhe, um auf eine Forderungsanmeldung verzichten zu können. Nur dann führt der Verzicht auf die Forderungsanmeldung tatsächlich zu einer Vereinfachung des Verfahrens.

### 2.3.2 Verfahrensablauf

Um einen rechtssicheren Verfahrensablauf zu gewährleisten und spätere Rechtsstreitigkeiten darüber zu vermeiden, ob die Bücher ordnungsgemäss geführt worden sind und eine Forderung aus den Büchern entnommen werden konnte, regen wir an, in die BIV-FINMA eine explizite Bestimmung aufzunehmen, wer in welchem Zeitpunkt die Feststellung trifft, ob die Bücher ordnungsgemäss geführt worden sind und Forderungen festgestellt werden können. Die Bestimmung könnte z.B. wie folgt lauten:

*„Wurden die Bücher der Bank nach Auffassung des Konkursliquidators nicht oder teilweise nicht ordnungsgemäss geführt oder sind Forderungen insgesamt oder teilweise aus anderen Gründen nicht hinreichend aus den Büchern ersichtlich, so stellt der Konkursliquidator der FINMA den Antrag, sämtliche Gläubiger oder einen zu definierenden Gläubigerkreis der Bank zur Forderungsanmeldung aufzufordern. Die Aufforderung zur Forderungsanmeldung erfolgt in der Regel im Schuldenruf nach Art. 11 BIV-FINMA. In Ausnahmefällen kann die Aufforderung zur Forderungsanmeldung auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.“*

### 2.3.3 Vorbehalt vertraglicher Pflichten

Wir regen an, zur Klarstellung in Art. 8 oder Art. 25 BIV-FINMA eine Bestimmung aufzunehmen, wonach die Befreiung von der Forderungsanmeldung den jeweiligen Gläubiger nicht von allfälligen vertraglichen Pflichten, insbesondere

zur Forderungsberechnung, entbindet. Diese Klarstellung bezieht sich insbesondere auf Forderungen aus Rahmenverträgen, wie ISDA Master Agreements. Diese sehen in der Regel vor, dass die Non-Defaulting Party ein Calculation Statement zur Berechnung der Forderungen erstellen muss, unabhängig davon, wer Gläubiger oder Schuldner ist.

#### 2.4 Art. 53 BIV-FINMA

Grundsätzlich ist diese Präzisierung zu begrüßen. Aus dem Erläuterungsbericht der FINMA geht klar hervor, dass mit Art. 53 BIV-FINMA sowohl transaktionsbezogene als auch transaktionsunabhängige Zahlungsinstruktionen innerhalb eines Zahlungs- und Effektenabwicklungssystems von der Finalitätsbestimmung des Art. 27 Abs. 2 BankG erfasst werden. Unseres Erachtens besteht jedoch das Risiko, dass der Wortlaut von Art. 53 lit. b BIV-FINMA, anders als die Ausführungen im Erläuterungsbericht vermuten lassen, neue Abgrenzungsfragen aufwerfen könnte. In Art. 53 lit. b BIV-FINMA werden Weisungen als Überweisungen bzw. Zahlungen «an ein solches System» umschrieben, während in Art. 27 Abs. 2 lit. a BankG mit der «in das System eingebracht[en]» Weisung deren Rechtswirksamkeit und Finalität definiert wird. Gestützt auf den Erläuterungsbericht ist zu vermuten, dass Art. 53 BIV-FINMA nur den Begriff der Weisung konkretisieren soll und von der Voraussetzung der Einbringung dieser Weisung in das System nicht abgewichen werden soll. Der Wortlaut des Art. 53 lit. b BIV-FINMA lässt jedoch eine weitergehende Interpretation zu. Wir regen daher an, Art. 53 lit. b BIV-FINMA in Übereinstimmung mit Art. 27 Abs. 2 BankG zu formulieren. Zu diesem Zwecke sollten zumindest die Worte «an ein solches System» in Art. 53 lit. b BIV-FINMA gestrichen werden.

#### 2.5 Art. 54 BIV-FINMA

##### 2.5.1 Abs. 1

Wir teilen die Auffassung, dass nicht jede Massnahme des elften und zwölften Abschnitts des BankG eine Beschränkung der Finalitätswirkung systemisch abgewickelter Zahlungen und Effektenabwicklungen nach sich zieht. Soweit eine solche Beschränkung nicht vorliegt, die Massnahme mithin gar keine Auswirkungen auf die Systeme zeitigt, stellt sich unseres Erachtens die Frage der Anwendbarkeit der Schutzbestimmung des Art. 27 Abs. 2 BankG jedoch nicht. Die vorgeschlagene Regelung von Art. 54 Abs. 1 BIV-FINMA erscheint uns daher nicht notwendig. Zudem beinhaltet sie das Risiko, dass die Bestimmung zu einschränkend ist. Art. 26 Abs. 1 BankG führt die Schutzmassnahmen nicht abschliessend und nur als Beispiele auf. Die FINMA kann auch andere Massnahmen, die den gleichen Schutzzweck erfüllen, anordnen. Damit soll der FINMA ein hinreichendes Mass an Flexibilität gewährt werden.

Die vorgeschlagene Änderung wirft insbesondere die Frage auf, ob Art. 27 Abs. 2 BankG keine Anwendung finden soll, wenn die FINMA eine Massnahme anordnet, welche die Finalitätswirkung beschränkt, dabei jedoch keine der Normen des Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG erwähnt. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass auch eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit nach Art. 26 Abs. 1 lit. e BankG Auswirkungen auf bestimmte Zahlungs- und Abwicklungssysteme haben könnte. Unseres Erachtens ist der Wunsch nach einer Klarstel-

lung, welche Massnahmen der FINMA überhaupt zu einer Beschränkung der Finalitätswirkung führen können, nachvollziehbar. Eine entsprechende Regelung müsste jedoch in Art. 26 BankG als Präzisierung der Kompetenz der FINMA aufgenommen werden. Eine Bestimmung in der BIV-FINMA, welche Art. 27 Abs. 2 BankG zu präzisieren versucht, erscheint uns als der weniger geeignete Ort. Schliesslich stellt sich die Frage, ob mit der beabsichtigten Regelung nicht der gerade erfolgten Neufassung von Art. 27 Abs. 1 BankG widersprochen wird. Diese Neufassung hat sich nicht nur darauf beschränkt, ergänzend die Eröffnung des Bankenkurses aufzunehmen, sondern erfasst Massnahmen des elften und zwölften Abschnittes generell.

#### 2.5.2 Abs. 2

Grundsätzlich begrüssen wir eine Regelung, wonach die FINMA verpflichtet wird, in ihren Verfügungen den Zeitpunkt, ab dem das Verbot oder die Einschränkung gilt, ausdrücklich anzuordnen. Es ist unseres Erachtens jedoch verwirrend, dass auch die Erteilung von Weisungen nach Art. 27 Abs. 2 BankG in diesem Kontext genannt wird. Dies erweckt entgegen Art. 54 Abs. 1 BIV-FINMA den Eindruck, dass die FINMA separat auch eine Verfügung erlassen können soll, wonach Weisungen nach Art. 27 Abs. 2 BankG eingeschränkt oder verboten sein sollen. Auch hier, wie bereits bei Abs. 1, stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob eine entsprechende Regelung nicht im Zusammenhang mit Art. 26 BankG getroffen werden müsste.

#### 2.6 Art. 55 BIV-FINMA

Wir begrüssen die Klarstellung, dass auch Vereinbarungen erfasst werden, welche zwischen einem System- oder Finanzmarktinfrastruktur-Betreiber und einer Bank geschlossen werden. Die Präzisierung in Art. 55 lit. a BIV-FINMA, wonach Netting-Bestimmungen in Rahmenverträgen erfasst werden, beinhaltet unseres Erachtens jedoch das Risiko, dass sie trotz des Wortes «insbesondere» so verstanden werden könnte, dass der Begriff der Aufrechnungsvereinbarung und der Begriff der erfassten Verträge einschränkend auszulegen ist. Wir regen daher an, auf diese Präzisierung zu verzichten oder alternativ eine umfassende Definition von Aufrechnungsvereinbarung als bilaterale Netting-, Verrechnungs- und Aufrechnungsvereinbarungen, unabhängig davon, ob sie in einem Rahmenvertrag oder in einer sonstigen Vereinbarung getroffen wurden, aufzunehmen.

#### 2.7 Art. 59 BIV-FINMA

Wir regen zur Klarstellung eine Bestimmung an, wonach die BIV-FINMA nur für nach ihrem Inkrafttreten eingeleitete Insolvenzverfahren gilt.

#### 2.8 Art. 3 Abs. 3 der Auslandsbankenverordnung-FINMA

Grundsätzlich teilen wir die Auffassung der FINMA. Unseres Erachtens kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass zur Ermöglichung der Koordination mit ausländischen Bankenkurs- und Sanierungsverfahren eine Anwendung von Bestimmungen der BIV-FINMA sinnvoll sein könnte. Wir regen daher an, eine Regelung analog zu dem vorgeschlagenen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 BIV-FINMA aufzunehmen.

VISCHER

Für allfällige Fragen steht Ihnen die Rechtsunterzeichnete jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

  
Dr. Markus Guggenbühl

  
Dr. Jana Essebier



**VORAB PER E-MAIL**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herrn Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

FINMA		
ORG	02. MRZ. 2012	SB
BS		
Bemerkung:		FLP

Zürich, 1. März 2012 / MHE / kru

**Stellungnahme zur Bankeninsolvenzverordnung**

Sehr geehrter Herr Schiltknecht  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die am 16. Januar 2012 versandten Entwürfe und Erläuterungen zur Bankeninsolvenzverordnung (nachstehend E-BIV) und die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich allein auf die Insolvenzfähigkeit von Nettingvereinbarungen.

**1. Regelungen im schweizerischen Recht relevant für die Insolvenzfähigkeit von Nettingvereinbarungen**

1. Die schweizerische Gesetzgebung bemüht sich seit Jahren, in verschiedenen Bestimmungen die ausländischen Regelungen im Schweizer Recht autonom nachzuvollziehen. Dabei sind mittlerweile folgende Bestimmungen von Relevanz:

- Art. 27 BankG sowie die nun vorgeschlagenen, sich darauf beziehenden Bestimmungen der E-BIV;
- Art. 20 Bucheffektengesetz;

- Dr. Christoph Schmid
- Dr. Peter Altorfer
- Dr. Marco Cereghetti  
Bignia Vieli LL.M.
- Dr. Michael Huber LL.M.
- Prof. Dr. Daniel Girsberger LL.M.  
Georg Zondler
- Dr. Wolfgang Zürcher LL.M.<sup>2</sup>
- Dr. Christian Wenger LL.M.
- Dr. Andreas Hünerwadel LL.M.
- Dr. Martin Hess
- Dr. Urs Weber-Stecher LL.M.
- Stephan Hürlimann<sup>1,3</sup>
- Dr. Frank Scherrer LL.M.
- Dr. Beat Walti
- Dr. Roman Heiz LL.M.
- Dr. Michael Mráz  
Gabriela Taugwalder LL.M.  
Barbara Brauchli Rohrer<sup>1,3</sup>
- Dr. Beat D. Speck LL.M.<sup>2</sup>  
Bruno Bächli<sup>1,3</sup>
- Dr. Lorenz Droese  
Regula Grunder LL.M.  
Simone Hofbauer LL.M.
- Dr. Oliver Staffelbach LL.M.  
Philipp C. Lindenmayer LL.M.  
Léonie Balmer<sup>2</sup>  
Pascal Honold LL.M.  
Eyal I. Tavor  
Caroline Müller Tremonte  
Sonia Hausherr  
Sven Hilfiker<sup>2</sup>
- Dr. Michael Tschudin
- Dr. Andrea Zbinden  
Xenia Athanassoglou<sup>1,3</sup>  
Michael Mosimann<sup>2</sup>  
Patrick Näf LL.M.  
Marc Walter
- Dr. Nicolas Bracher  
Yvonne Andreoli LL.M.<sup>4</sup>
- Dr. Peter M. Belser M.C.L. Konsulent
- Dr. Urs Gut Konsulent
- Dr. Josef Scherrer Konsulent
- Fürspr. Daniel Urech Konsulent

<sup>1</sup> Dipl. Steuerexperte / Steuerexpertin  
<sup>2</sup> Urkundsperson des Kantons Zug  
<sup>3</sup> Nicht als Anwalt / Anwältin zugelassen  
<sup>4</sup> Wirtschaftsmediator / Wirtschaftsmediatorin SGD/SAV

Wenger & Vieli AG  
Dufourstrasse 56  
Postfach 1285  
CH-8034 Zürich

Büro Zug  
Metallstrasse 9b  
CH-6300 Zug

T +41 (0)58 958 58 58  
F +41 (0)58 958 59 59

mail@wengervieli.ch  
www.wengervieli.ch

MWST Nr. 332 990

In der Schweiz zugelassene Rechtsanwalte  
sind im Anwaltsregister eingetragen.

- Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG hinsichtlich Konkursfestigkeit von Netting-Vereinbarungen.
2. Das Vorgehen des Schweizer Gesetzgebers ist dabei in der Regel nicht identisch mit den ausländischen Gesetzgebern: Ausländische Regelungen behandeln das Thema Netting meist in einem Spezialgesetz, während für die Regelung des Netting im Schweizer Recht eine Mehrzahl von Bestimmungen in Erlassen teilweise des öffentlichen, teilweise des Privat- und teilweise des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts besteht. Diese "Patchwork"-Gesetzgebung erschwert die Übersicht, erlaubt es aber, an den traditionellen Kodifikationen des Schweizer Rechts festzuhalten, ohne zu Spezialgesetzen greifen zu müssen.

## 2. Regelung des Close-Out Netting im SchKG

3. In den Achtziger- und Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts wurde mittels nationaler Gesetzgebung und global anwendbaren Rahmenverträgen (d.h. einer freiwilligen Rechtsharmonisierung) die Konkursfestigkeit von Nettingvereinbarungen etabliert. Die ISDA-Verträge und die dazu erlassenen Rechtsgutachten sind ein eindrückliches Beispiel für die Früchte dieser Bestrebungen. Es ist unbestritten, dass diese Regelungen vermeiden helfen, dass finanzielle Schwierigkeiten einer Partei einer Finanztransaktion auch zum Ausfall deren Gegenparteien führen können.
4. Der schweizerische Gesetzgeber wollte beim Erlass von Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG Anfang der Neunzigerjahre des letzten Jahrhunderts für gewisse Geschäfte die Realerfüllung verbieten und verbindlich eine Regelung treffen zur Liquidierung und Beendigung gewisser Geschäfte. Es handelt sich dabei um Verträge, für welche das Wahlrecht des Konkursverwalters (ob er in die hängigen Verträge eintreten will oder nicht) ausgeschlossen ist im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit. Es soll eine sofortige, einheitliche und endgültige Entscheidung über das Schicksal der erfassten Geschäfte möglich werden.<sup>1</sup> Jede Unsicherheit über die Ausübung des Wahlrechts durch die Konkursverwaltung soll wegfallen.<sup>2</sup>
5. Von Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG sind sehr viele Bankgeschäfte erfasst, nämlich Fixgeschäfte, Finanztermin-, Swap- und Optionsgeschäfte. Darunter fallen

---

<sup>1</sup> HESS M./WYSS A., Die rechtlichen Grundlagen des Netting, AJP 1997, Seiten 1219 ff., 1225.

<sup>2</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Neuregelung des Eintrittsrechts der Konkursverwaltung in zweiseitigen Verträgen nach Art. 211 SchKG vom 1. September 1993, BBl 1994 I, 1321 ff..

auch alle wichtigen Geschäfte, welche Effekten zum Gegenstand haben, nämlich Kauf und Verkauf (Kassa und Termin) von Effekten, Securities Lending, Repo sowie die Abwicklung von Wertpapiertransaktionen, zumindest innerhalb des üblichen Delivery versus Payment-Mechanismus. Diese Geschäfte werden durch Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG entweder als Finanztermingeschäfte oder als Fixgeschäfte erfasst.<sup>3</sup>

6. Kraft der Regelung im SchKG soll die Wahlmöglichkeit des Liquidators für die von Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> erfassten Geschäfte gerade nicht bestehen. Eine Spekulation auf die Entwicklung des Marktes (auch nicht durch den Liquidator) soll ausgeschlossen sein.
7. Art. 56 E-BIV führt in gewissem Sinn eine solche (auch "Cherry Picking" genannte) Spekulationsmöglichkeit für die FINMA wieder ein (siehe unten Rz. 13 ff.).

### 3. Nicht weiter verfolgter Vorschlag für Einschränkung des Netting

#### 3.1. Erläuternder Bericht zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen

8. 2009 lagen Vorschläge für ein Verbot des Netting in gewissen Sanierungsfällen auf dem Tisch:

*Art. 31 Genehmigung des Sanierungsplans*

....

*3 Ändert der Sanierungsplan die an der Bank bestehende Beteiligungsstruktur oder werden nach Artikel 30 Vertragsverhältnisse übertragen, so stellt dies alleine keinen Grund für die Auflösung einzelner Schuldverhältnisse dar. Entgegenstehende vertragliche Bestimmungen sind unwirksam.*

9. Der "Erläuternde Bericht zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen" vom 11. September 2009 führte dazu aus:

*Absatz 3*

...

<sup>3</sup> BSK BankG, HESS M./KÜNZI E., N 33 zu Art. 27 BankG; BSK SchKG II, 2. Auflage, SCHWOB R., N 35-38 zu Art. 211 SchKG.

*Die gleiche Regelung (Anm. des Verfassers: keine Auflösung einzelner Schuldverhältnisse) gilt für Schuldverhältnisse, die im Rahmen der Weiterführung von Bankdienstleistungen auf eine bestehende Bank oder eine möglicherweise staatlich beherrschte Übergangsbank (bridge bank) übertragen werden. Die Übertragung von Vertragsverhältnissen erfolgt gerade mit dem Zweck, dass die übernehmende Bank mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten in die Stellung der übertragenden Bank eintritt und die übertragenen Verträge abgesehen vom Parteiwechsel unverändert fortbestehen. Dem Vertragspartner stehen gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger die gleichen Rechte zu wie gegenüber der übertragenden Bank. Der Parteiwechsel allein darf nicht dazu führen, dass bestehende Schuldverhältnisse wie beispielsweise Aufrechnungsverträge (close-out netting-Verträge) beendet werden können. Dies würde den werterhaltenden Zweck der Sanierungshandlung massiv gefährden.*

### **3.2. Geltende Regelung in Art. 31 BankG, gültig ab 1. September 2011**

10. Im definitiven Gesetzestext ist die unter 3.1 dargestellte Regelung betreffend Close-out Netting nicht enthalten. Daraus muss geschlossen werden, dass Netting nach wie vor konkursfest ist.<sup>4</sup>

## **4. Entwurf Bankeninsolvenzverordnung vom 16. Januar 2012**

### **4.1. Art. 55 E BIV-FINMA**

11. Art. 55 Abs. 1 BIV-FINMA hält fest, dass mit "Aufrechnungsvereinbarungen" nach Art. 27 Abs. 3 BankG sämtliche Aufrechnungs-, Netting- oder Verrechnungsvereinbarungen gemeint sind, welche von einer schweizerischen Bank oder einem schweizerischen Effekthändler geschlossen werden.<sup>5</sup>
12. In Abs. 2 wird zudem explizit festgehalten, dass diese Konkursfestigkeit auch bezüglich Abreden zur freihändigen Verwertung gilt.

---

<sup>4</sup> PLENIO M., "Netting" und "Automatic Termination" - Segen oder Fluch, SZW 2011, 135 ff., 142; PULVER U., Securities Lending unter dem Global Master Securities Lending Agreement - ausgewählte Fragen, in: Kapitalmarkttransaktionen VI, Zürich 2011, 225 ff., 271 f.

<sup>5</sup> HESS/KÜNZI, BSK BankG, N 32 zu Art. 27 BankG.

## 4.2. Art. 56 E BIV-FINMA

### 4.2.1. Vorschlag FINMA

13. Der Verordnungsgeber ist der Ansicht, dass trotz der anerkanntermassen positiven Auswirkung von Verrechnungsklauseln hinsichtlich der Stabilität des Finanzplatzes die Finanzkrise gezeigt habe, dass die Durchsetzbarkeit von Aufrechnungsvereinbarungen auch negative Folgen haben könne. Dies insbesondere, wenn es um die Weiterführung von Bankdienstleistungen gemäss Art. 30 geht. Bei "Close-out-Netting"-Klauseln, die sehr früh (d.h. vor dem Konkurs) greifen, bedeutete die Vertragsauflösung für das bereits angeschlagene Institut eine Gefährdung.<sup>6</sup> Der von der CROSS-BORDER BANK RESOLUTION GROUP veröffentlichte Bericht empfiehlt daher in Empfehlung 9, und das Financial Stability Board in seinen "Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions", dass vertraglich vorgesehene "Close-out Netting"-Vereinbarungen durch Aufsichtsbehörden für eine kurze Zeit ausser Kraft gesetzt werden können.<sup>7</sup>
14. Eine entsprechende Bestimmung, welche die Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten vorsieht, findet sich nun in Art. 56 E-BIV. Nach Art. 56 lit. a E BIV-FINMA soll die FINMA befugt sein, Gegenparteien von Verträgen, die von der Bank auf einen anderen Rechtsträger – auch eine Übergangsbank – übertragen werden, die Ausübung von Beendigungsrechten einstweilen zu untersagen.
15. Im Rahmen der Anordnung der Aufschiebung, welche längstens 48 Stunden dauern darf, sind Beginn und Ende der Aufschiebung exakt anzugeben (Art. 56 lit. c E BIV-FINMA). Schliesslich kann die FINMA anordnen, dass der Übernehmer die Rechte und Pflichten aus den Verträgen samt und sonders zu übernehmen hat (Art. 56 lit. d E BIV-FINMA).

### 4.2.2. Juristische Würdigung

16. Mit Art. 56 E-BIV soll der FINMA die Kompetenz zur Verhängung temporärer Suspensionen gegenüber Vertragsbeendigungsrechten (*temporary stay on early termination rights*) gegeben werden.

---

<sup>6</sup> Siehe dazu: PAECH PH., The need for an international instrument on the enforceability of close-out netting in general and in the context of banks resolution, UNIDROIT, March 2011, 39 ff.; PLENIO, 139.

<sup>7</sup> vgl. PLENIO, 140; Erläuterungsbericht der FINMA zu E-BIV 39.

17. Die FINMA ist gemäss Art. 26 BankG zum Erlass von Schutzmassnahmen, auch im Falle einer Sanierung oder Liquidation, befugt. Entsprechend kann sie u.a. der Bank verbieten, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effekientransaktionen auszuführen (lit. f), die Bank schliessen (lit. g) oder eine Stundung oder einen Fälligkeitsaufschub anordnen (lit. h). Diese Massnahmen dienen bis zur Abänderung des BankG aufgrund der Einlagensicherungsvorlage hauptsächlich dem Kundenschutz und sind gemäss bisherigem Verständnis von Art. 27 sowie Art. 55 E BIV-FINMA konkursfest.
18. Seit dem Inkrafttreten der neuen Sanierungsbestimmungen (Art. 28 ff. BankG) wird neben dem weiterhin bestehenden Hauptanliegen des Kundenschutzes vorab der Schutz des Finanzsystems bzw. der Finanzstabilität angestrebt. Gemäss dem Erläuterungsbericht zur E BIV-FINMA könne mittels teleologischer Auslegung der seit dem 1. September 2011 in Kraft stehenden Art. 26 und 28 ff. BankG geschlossen werden, dass die FINMA zur Anordnung einer einstweiligen Aufschiebung der Effektivität von Vertragsbeendigungsrechten gegenüber einer vom Sanierungsverfahren betroffenen Bank befugt sei (Art. 56 E BIV-FINMA).
19. Da Art. 27 Abs. 3 BankG gerade die Rechtswirksamkeit von vorkonkursrechtlichen Vertragsbeendigungsklauseln schützt, steht Art. 56 E-BIV in klarem Widerspruch zu Art. 27 Abs. 3 BankG und Art. 55 E BIV-FINMA. Art. 27 Abs. 3 BankG soll vertragliche Beendigungsrechte in international gebräuchlichen Rahmenverträgen schützen und dadurch Rechtssicherheit in einem für das Finanzsystem bedeutenden Geschäft bringen.<sup>8</sup> Art. 56 E-BIV will dagegen den Erhalt der systemisch wichtigen Dienstleistungen des betroffenen Institutes durch Übertragung dieser Dienstleistungen auf eine Übergangsbank sicherstellen.
20. Weil Wortlaut<sup>9</sup> und Entstehungsgeschichte<sup>10</sup> von Art. 27 Abs. 3 und Art. 31 BankG klar sind, besteht kein Bedarf für weitere Auslegung, auch nicht für eine teleologische.
21. Art. 56 E-BIV ist Rechtssetzung durch eine *Verordnungsbestimmung contra legem*. Beim Erlass von Vollziehungsverordnungen sind dem Bundesrat enge Grenzen gesetzt, deren Überschreitung eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips und des Gesetzmässigkeitsprinzips bedeuten. Insbesondere dürfen die Vollziehungsverordnungen andere Gesetze weder aufheben noch

---

<sup>8</sup> PULVER, 243.

<sup>9</sup> Siehe dazu BGE 111 Ia 292 ff, 297

<sup>10</sup> MEIER-HAYOZ A, Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung Einleitung N 142 Art. 1 ZGB

abändern.<sup>11</sup> Verordnungen des Bundesrates können daraufhin überprüft werden, ob sie gesetz- und verfassungsmässig sind.<sup>12</sup>

#### 4.2.3. Weitere Überlegungen

22. Es ist fraglich, ob Art. 56 E-BIV die gewünschte Wirkung überhaupt entfalten kann. Da die gebräuchlichen Finanzmarktrahmenverträge üblicherweise ausländisches Recht und ausländische Gerichtsstände vorsehen, ist es unsicher, ob bspw. ein englisches Gericht eine gemäss englischem Recht ohne Weiteres zulässige Close-out-Vereinbarung aufgrund von schweizerischem öffentlichen Recht ausser Kraft setzen würde.<sup>13</sup> Die Einführung einer entsprechenden Bestimmung kann daher (wenn überhaupt) nur international koordiniert erfolgen. Zudem besteht das Risiko, dass aufgrund von mildereren Massnahmen (als der Übertragung von Bankdienstleistungen) bereits ein vertragliches Close-out-Recht besteht, welches gerade von Art. 27 Abs. 3 BankG geschützt wird.<sup>14</sup> Ebenfalls besteht die Gefahr, dass die zu übertragenden (Rahmen-)Verträge aufgrund einer automatischen Vertragsbeendigungsklausel im Zeitpunkt der Übertragung bereits beendet sind.<sup>15</sup>
23. Die FINMA muss den von ihr beabsichtigten "Stay on early termination" publik machen. Ohne solche Publikation (wie erfolgt die und an wen?) ist die Massnahme wirkungslos. Zudem muss die Massnahme in sämtlichen Jurisdiktionen, die von den betreffenden Verträgen betroffen sind, in gleicher Weise durchsetzbar sein, weshalb eine internationale Koordination zwingend ist. Eine vollständige internationale Harmonisierung der relevanten Gesetze dürfte allerdings schwierig und u.E. über den Weg der freiwilligen Rechtsharmonisierung mittels international anwendbaren Rahmen- und Master-Vereinbarungen einfacher zu bewerkstelligen sein.
24. Mit der Bekanntgabe seitens der Aufsichtsbehörden eines Aufschubes für die Beendigungsklausel neutralisiert die FINMA den Markt nicht, sondern kreiert einen neuen Markt, in dem bekannt wird, welche Partei in Schieflage ist. Das aufrecht stehende Institut weiss, dass sich seine Gegenpartei mittels Übertragung (Art. 30 BankG) auf eine Bridge Bank ändern könnte. Das kann zu Marktreaktionen führen, die dem Sinn und Zweck der Netting-Vereinbarungen (Abstellen auf einen Marktpreis) diametral zuwiderlaufen. Dies steht in Wider-

---

<sup>11</sup> HÄFELIN, U./HALLER W./KELLER H., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008, S. 553 f.

<sup>12</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, S. 627.

<sup>13</sup> PAECH, 67; PLENIO, 145; PULVER 274.

<sup>14</sup> PLENIO, 143.

<sup>15</sup> PLENIO, 145.

spruch zur Absicht des Gesetzgebers von 1994 (Art. 211 Abs. 2<sup>bis</sup> SchKG, siehe oben, Rz. 3 und 6).

25. Aus der Sicht des Risk Managements der Gegenparteien der vom Sanierungsverfahren betroffenen Institute stellt sich die Frage, wie sie sich während des "Stay on Early Termination" verhalten sollten, wenn aufgrund der sich verändernden Marktes die Exposures steigen. Von wem erhalten sie dann noch Sicherheiten? Ist dies nicht mehr möglich, so kann der im Interesse eines Institutes ausgesprochene "Stay on Early Termination" sogar zur Gefährdung anderer Institute führen. Alles in allem scheint uns diese Lösung in keiner Weise durchdacht und mehr zu schaden als zu nützen.

Gesamthaft betrachtet sind wir der Ansicht, dass die vorgeschlagene Regelung zu wenig differenziert ist. Es kann durchaus im Interesse der Finanzstabilität sein, dass gewisse Verträge nicht beendet, sondern auf eine "Bridge Bank" übertragen werden. In dessen ist die international gebräuchliche Regelung der Vertragsbeendigung insbesondere in Rahmenverträgen mit Close Out-Bestimmungen, welche auch "Automatic Early Termination Events" vorsehen, viel differenzierter und könnte ein Greifen der holzschnittartigen Bestimmung von Art. 56 E-BIV verunmöglichen. Wenn der Verordnungsgeber sich schon an diese komplexe Materie heranwagt, so eher durch aufsichtsrechtliche Vorschriften mit international abgestimmten Inhalt, welche "Early Termination Events" in Verträgen von Banken und Effektenhändler zulässig und im Sanierungsfall durchsetzbar sind.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Wenger & Vieli AG



Martin Hess