

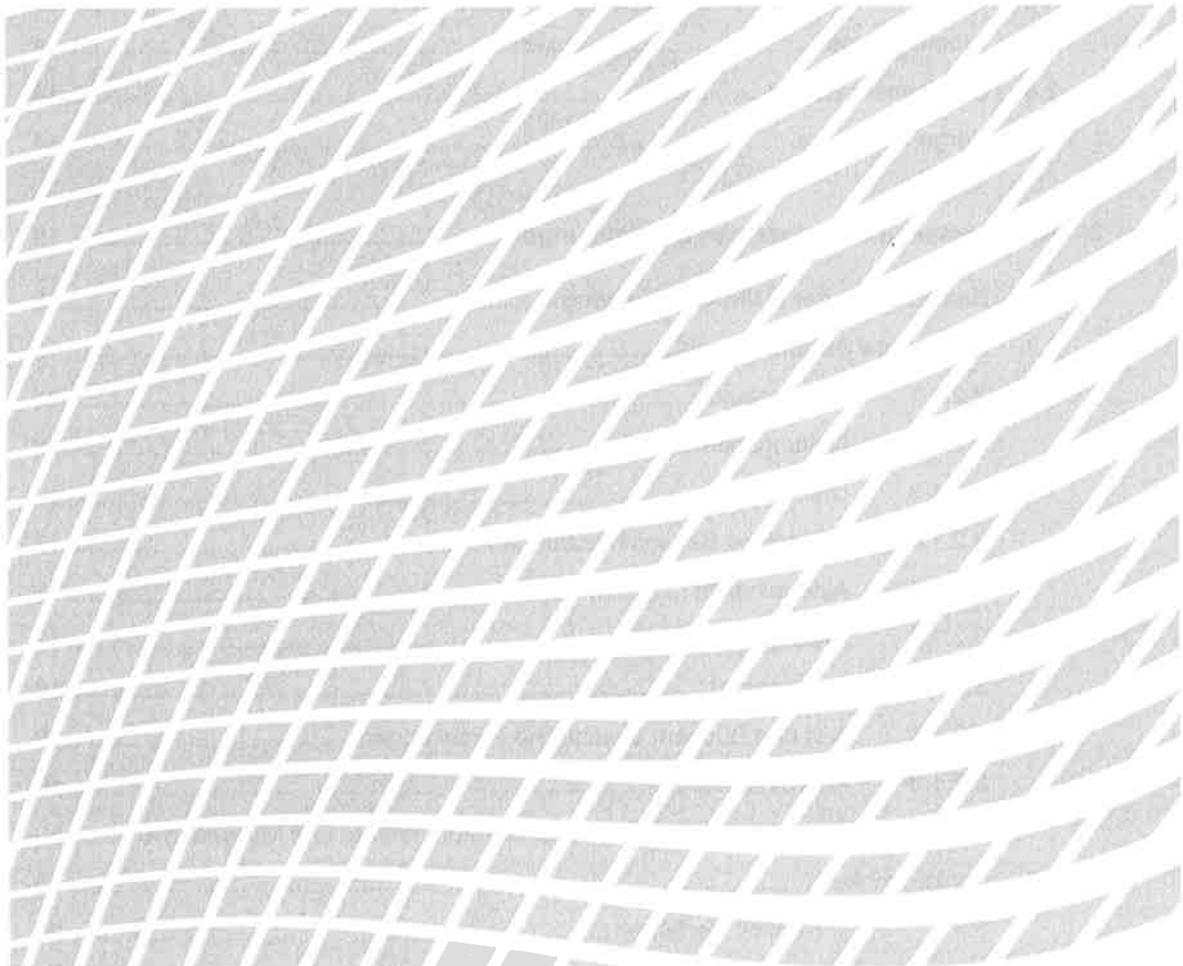


Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

16. Januar 2012

Bankeninsolvenzverordnung-FINMA

Erläuterungsbericht



Inhaltsverzeichnis

1	Kernpunkte der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA	5
2	Einführung	7
2.1	Ausgangslage.....	7
2.2	Grundüberlegungen der Bankinsolvenzverordnung	8
2.3	Internationales Umfeld	9
2.4	Ablauf einer Bankensanierung (grobe Darstellung)	13
2.5	Arbeitsgruppe	14
2.6	Zusammensetzung.....	14
2.7	Vorgehensweise.....	14
3	Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen	15
3.1	Bezeichnung der FINMA-Verordnung	15
3.2	Allgemeine Bestimmungen.....	16
3.2.1.1	Gegenstand	16
3.2.1.2	Geltungsbereich.....	16
3.2.1.3	Universalität	17
3.2.1.4	Öffentliche Bekanntmachungen	17
3.2.1.5	Akteneinsicht	18
3.2.1.6	Anzeige an FINMA.....	18
3.2.1.7	Insolvenzort	18
3.2.1.8	Aus den Büchern ersichtliche Forderungen	18
3.2.1.9	Koordination.....	19
3.2.1.10	Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen	20
3.3	Bankenkongress.....	20
3.3.1	1. Kapitel: Verfahren	20
3.3.1.1	Publikation und Schuldenruf.....	20
3.3.1.2	Kongressliquidator	20

3.3.1.3	Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss.....	21
3.3.2	2. Kapitel: Konkursaktiven	21
3.3.3	3. Kapitel: Konkurspassiven	22
3.3.3.1	Gläubigermehrheit	22
3.3.3.2	Privilegierte Einlagen	22
3.3.3.3	Kollokationsforderungen	23
3.3.4	4. Kapitel: Verwertung	23
3.3.5	5. Kapitel: Verteilung.....	24
3.3.5.1	Hinterlegung und nachrichtenlose Vermögenswerte.....	24
3.3.5.2	Nachträglich anfallende Vermögenswerte.....	24
3.4	Sanierung.....	25
3.4.1	1. Kapitel: Verfahren.....	25
3.4.1.1	Voraussetzungen.....	25
3.4.1.2	Eröffnung	26
3.4.1.3	Sanierungsbeauftragter	27
3.4.1.4	Sanierungsplan.....	27
3.4.2	2. Kapitel: Genehmigung des Sanierungsplans	29
3.4.2.1	Genehmigung	29
3.4.2.2	Ablehnung durch die Gläubiger	31
3.4.3	3. Kapitel: Kapitalmassnahmen	31
3.4.3.1	Reduktion und Schaffung von Eigenkapital.....	31
3.4.3.2	Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital.....	32
3.4.3.3	Wandelbarkeit von Forderungen	33
3.4.3.4	Andere Kapitalmassnahmen	34
3.4.4	4. Kapitel: Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen.....	34
3.4.4.1	Weiterführung von Bankdienstleistungen.....	35
3.4.4.2	Übergangsbank	37
3.5	Schutz der Systeme und Finanzmarktinfrastrukturen	38
3.5.1	Weisungen von Teilnehmern eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystems.....	38
3.5.2	Verbindlichkeit von Weisungen in Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen	38

3.5.3	Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten	39
3.6	Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten	39
3.7	Abschluss des Verfahrens.....	40
3.7.1	Schlussbericht	40
3.7.2	Aktenaufbewahrung	41
3.8	Schlussbestimmungen	41

1 Kernpunkte der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA

Ausgangslage

1. Seit dem 1. Juli 2004 ist die FINMA allein zuständige Behörde für Anordnungen im Rahmen von Bankinsolvenzverfahren. Am 1. September 2011 sind die Änderungen des BankG aus der Einlagensicherungsvorlage in Kraft getreten. Die Änderungen des BankG aus der TBTF-Vorlage werden voraussichtlich im Verlaufe des Jahres 2012 in Kraft treten. Letztere beschlagen auch die bankeninsolvenzrechtlichen Bestimmungen.
2. Der Entwurf einer Verordnung über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA; BIV-FINMA) soll Insolvenzverfahren ermöglichen, die auf die Besonderheiten der Insolvenz von Banken und Effekthändlern (nachfolgend: Institute) in materiell-rechtlicher und verfahrensökonomischer Hinsicht zugeschnitten sind.

Ziele

3. **Rasch:** Das Insolvenzverfahren wird beschleunigt, indem gewisse Fristen verkürzt und, wo zulässig, Verfahrensschritte und einzelne Rechtsbehelfe eliminiert werden.
4. **Effizient:** Das Insolvenzverfahren wird effizienter, indem der zuständigen Person (FINMA, Konkursliquidator oder Sanierungsbeauftragter) noch mehr flexible und massgeschneiderte Instrumente gegeben werden.
5. **Angemessen:** Das Bankeninsolvenzverfahren soll offen sein für Besonderheiten im Einzelfall.
6. **Rechtssicher:** Das Bankeninsolvenzverfahren muss so transparent und vorhersehbar wie möglich sein.
7. **Anwenderfreundlich:** Die Vereinigung von Sanierungs- und Konkursverfahren in einem Erlass erleichtert die Anwendung.

Neuerungen in den Abschnitten über den Bankenkonzurs

8. Das Gebot der Gläubigergleichbehandlung bleibt unter Berücksichtigung des Funktions- bzw. Systemschutzes sowie bereits bestehender Ungleichbehandlungen gewahrt. In- und ausländische Gläubiger bleiben gleichgestellt.
9. Zur Beschleunigung des Verfahrens kann die FINMA die betroffenen Personen mittels öffentlicher Bekanntmachung statt durch persönliche Anschrift informieren.
10. Nicht auf den Namen lautende Forderungen, insbesondere Pseudonym- und Nummernkonten, gelten nicht als Einlagen und profitieren deshalb nicht von der Privilegierung.

Wesentliche Punkte des Sanierungsrechts und -verfahrens

11. Der Sanierungsplan kann neu auch von der FINMA selbst erstellt und sofort, d.h. zusammen mit der Eröffnungsverfügung, genehmigt werden.
12. Ein Sanierungsbeauftragter kann, muss aber nicht, ernannt werden. Er handelt hoheitlich, besitzt hingegen keine Verfügungskompetenz im Sinne des VwVG.
13. Der Sanierungsplan ist in den Grundzügen öffentlich bekannt zu machen und informiert über sämtliche sanierungswesentlichen Tatsachen. Sollen Bankdienstleistungen weitergeführt werden, muss vertieft informiert werden.
14. Die Ablehnung des Sanierungsplans durch die kapitalmässige Mehrheit der ungesicherten Gläubiger hat binnen 10 Tagen zu erfolgen (Verfahrensbeschleunigung und Rechtssicherheit).

15. Fremdkapital darf nur in Eigenkapital gewandelt werden (debt-to-equity swap, statutory bail-in), wenn dies zur Sanierung unumgänglich ist. Zuvor muss vertraglich geschaffenes Wandlungskapital gewandelt und das Aktienkapital vollständig herabgesetzt wurde. Die der Wandlung zugänglichen Forderungen werden klar ausgewiesen.
16. Bei der Weiterführung von Bankdienstleistungen sind Vermögenswerte und Rechte, welche wirtschaftlich zusammen gehören, gemeinsam zu übertragen. Mit Vollstreckbarkeit des genehmigten Sanierungsplans gehen alle Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse mit allen mit ihnen verbundenen Rechten und Pflichten auf den Empfänger (ein anderer Rechtsträger oder eine Übergangsbank) über.
17. Die Genehmigung des Sanierungsplans durch die FINMA ist Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zugleich. Die Eintragung in das Grundbuch oder das Handelsregister hat rein deklaratorische Wirkung.
18. Der Schutz der Finanzmarktinfrastrukturen (Zahlungsverkehrs- und Wertschriftenabwicklungssysteme) wird durch präzisierende Ausführungsvorschriften gestärkt.
19. In gewissen Situationen (Übertragung von Bankdienstleistungen) ist es der FINMA möglich, die den Vertragspartnern der Bank zustehenden Vertragsbeendigungsrechte temporär zu suspendieren.

2 Einführung

2.1 Ausgangslage

Die FINMA (vorher die EBK) ist seit Juli 2004 Konkurs- und Sanierungsbehörde bei Banken und Effekthändler. Sie hat seither 138 Konkurse abgewickelt. Hängig sind derzeit 124 Fälle. Bis auf rund 10 Fälle (z.B. Kaupthing Bank Luxembourg, Aston Bank, Sogevalor sowie den Spezialfall Lehman Brothers) betreffen die laufenden Konkursverfahren unbewilligte Gesellschaften. Noch nie kamen hingegen die Bankensanierungsvorschriften zur Anwendung. Zum einen lehnte es die FINMA bzw. die EBK gestützt auf die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates von 2002 ab, unbewilligte Institute zu sanieren. Zum anderen kam auch bei den bewilligten Instituten aus verschiedenen Gründen nur eine Konkursliquidation in Frage. Dennoch wurden bereits vor der Finanzkrise erste Arbeiten eingeleitet, um die Regeln für die Bankensanierung in einer Verordnung zu konkretisieren. Bis im September 2011 lag die Kompetenz dazu beim Bundesrat. Dies änderte sich mit der Revision des Bankensolvenzrechts im Gefolge der Bankenkrise.

Als Folge der Bankenkrise wurden auch in der Schweiz Vorstösse unternommen, um das Bankenaufsichtsrecht umfassend anzupassen. Am Anfang dieser Anpassung der finanzmarktrechtlichen Rahmenbedingungen standen fünf Sofortmassnahmen zur Stärkung des Schutzes von Bankeinlagen, welche von der Bundesversammlung am 19. Dezember 2008 für dringlich erklärt wurden. In der Folge wurde entschieden, diese dringlichen Massnahmen in Dauerrecht zu überführen. Dies geschah mittels der sogenannten Einlagensicherungsvorlage (Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes [Sicherung der Einlagen] vom 12. Mai 2010). Diese Vorlage änderte auch das Sanierungs- und Konkursrecht bei Banken. Zur Einlagensicherungsvorlage kam mit Beschluss vom 30. September 2011 die Änderung des Bankengesetzes zur Stärkung der Stabilität im Finanzsektor (too big to fail, Botschaft vom 20. April 2010), welche noch einmal die Regeln zur Bankensolvenz ergänzte. Die Abänderungen des Bankengesetzes aufgrund der Einlagensicherungsvorlage sind am 1. September 2011 in Kraft getreten. Die aus der TBTF-Vorlage resultierenden Bankengesetz-Änderungen werden voraussichtlich im Verlaufe des Jahres 2012 in Kraft treten.

Die mit der Einlagensicherungsvorlage verbundenen Änderungen des Bankengesetzes betreffen insbesondere folgende Punkte:

- Es kommt nicht mehr nur die Sanierung der Gesamtbank in Frage, sondern auch lediglich die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen. In jedem Fall muss jedoch eine realistische Aussicht auf eine Sanierung oder Weiterführung einzelner Dienstleistungen bestehen.
- Die Bankdienstleistungen können auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, sei es auf eine vorbereitete oder neu geschaffene „Übergangsbank“ oder auf einen bestehenden Rechtsträger (in der Regel wohl eine bestehende Bank), welcher sie dauernd weiterführen will. Es sind die für den „Betrieb“ der Bankdienstleistung notwendigen Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse zu übertragen.

- Um das für die Sanierung oder die Weiterführung von Bankdienstleistungen notwendige Kapital zu generieren, gibt das neue Sanierungsrecht der FINMA mehrere Kapitalbeschaffungsinstrumente an die Hand.
- 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, statutory bail-in) anordnen.
- Zur Beschleunigung des Verfahrens soll das Recht zur Anfechtung des Sanierungsplans mittels Pauliana innert zweier Jahren verwirken. Auch kann die FINMA den Sanierungsplan, allenfalls mit Hilfe von Dritten, auch selbst ausarbeiten und im Rahmen der Eröffnungsverfügung auch bereits genehmigen.
- Und schliesslich wird, ebenfalls mit dem Ziel, die Sanierung zu beschleunigen, die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes auf die Übertragung von Vermögensteilen und Vertragsverhältnissen bei Sanierungen ausgeschlossen.

Das sanierungsrechtliche Schwergewicht der TBTF-Vorlage liegt in weiteren verfahrensbeschleunigenden Vorschriften.

- Zum einen wird die Ablehnung des Sanierungsplans bei systemrelevanten Banken gänzlich ausgeschlossen.
- Zum anderen wird der Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans die aufschiebende Wirkung entzogen.
- Daneben enthält die TBTF-Vorlage jedoch auch materielle Bestimmungen, welche die Sanierung erleichtern sollen. So wird neu gelten, dass auch eine erfolgreiche Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans nicht dessen Fall, sondern lediglich eine finanzielle Entschädigung zur Folge hat.
- Zudem soll das Risiko der finanziellen Beeinträchtigung der Beteiligten bei einem teilweisen Übertrag von Vermögen und Vertragsverhältnissen auf andere Rechtsträger oder eine Übergangsbank und dadurch die Gefahr der Anfechtung des Sanierungsplans dadurch minimiert werden, dass die FINMA zwischen den Rechtsträgern einen Wertausgleich anzuordnen hat.

2.2 Grundüberlegungen der Bankinsolvenzverordnung

Der Vorschlag zur Bankeninsolvenzverordnung orientiert sich an folgenden Grundüberlegungen:

- Die bestehende Bankenkonzursverordnung soll mit den neuen Bankensanierungsbestimmungen zu einer „Bankeninsolvenzverordnung“ verbunden werden. Allgemeine Bestimmungen sollen für Konkurs und Sanierung gelten.
- Das Gesetz soll auf Verordnungsstufe erläutert, aber grundsätzlich nicht wiederholt werden.

- Die bestehenden Regeln zum Bankenkonkurs haben sich bewährt und sollen deshalb nur in Details inhaltlich angepasst werden.
- Es wird ausdrücklich die Universalität der Schweizer Bankeninsolvenz betont (Art. 3): sie beansprucht grundsätzlich alle Vermögenswerte weltweit, berechtigt aber auf der anderen Seite auch alle ausländischen Gläubiger in gleicher Weise und mit gleichen Privilegien.
- Diese Bestimmung ermöglicht zusammen mit der gesetzlichen Befugnis zur Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen (Art. 37g BankG) und dem gesetzlichen Aufruf zur Koordination mit ausländischen Bankeninsolvenz- und Resolutionsbehörden (Art. 37f BankG) eine internationale Abstimmung, soweit sie ohne internationales Bankeninsolvenzrecht möglich ist.
- Die Bestimmungen zur Bankensanierung sollen einen transparenten Rahmen vorgeben, aber im Übrigen Flexibilität im Einzelfall erlauben. Den grössten Raum nehmen die Regeln zu allfälligen Kapitalmassnahmen, Weiterführungen von einzelnen Bankdienstleistungen und zum Schutz der Finanzmarktinfrastrukturen ein.

Die Sanierungsbestimmungen enthalten einige nicht selbstverständliche Bestimmungen, auf die besonders hingewiesen sei:

- Die FINMA kann, wo dies die Aufrechterhaltung von (systemrelevanten) Bankdienstleistungen und damit letztlich der Schutz des nationalen und internationalen Finanzsystems verlangt, anordnen, dass die Vertragspartner von Banken von ihren Vertragsbeendigungsrechten einstweilig keinen Gebrauch machen dürfen.
- Im Falle der teilweisen Übertragung von Bankdienstleistungen bzw. der damit verbundenen Vermögenswerte und Verträge von der Bank auf einen anderen Rechtsträger hat die FINMA den Wertausgleich anzuordnen. Dies geschieht zu einem Zeitpunkt nach der Genehmigung des Sanierungsplans, wobei dem Ausgleich die tatsächlichen Werte der Vermögensgegenstände im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zugrunde liegen.
- Es werden die Kategorien von Forderungen bestimmt, welche im Rahmen einer Sanierung auch ohne vertraglich vereinbarte Wandelbarkeit in Eigenkapital umgewandelt werden können („statutory bail-in, Art. 49). Die Bestimmung der Wandelbarkeit berücksichtigt dabei die internationalen Vorgaben.

2.3 Internationales Umfeld

Auf internationaler Ebene, vor allem der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS) und das Financial Stability Board (FSB), und in gewissen für die Schweiz wichtigen Staaten, wie z.B. Deutschland, England und USA, wurden im Nachgang zur Finanzkrise 2007 – 2009 Massnahmen eingeleitet, um die Folgen einer Krise für die Volkswirtschaften inskünftig beherrschbar zu machen.

Hauptziele dieser gesetzgeberischen Aktivitäten sind bzw. waren (zum Teil sind sie bereits umgesetzt, wie z.B. in Deutschland): Verbesserung der Sanier- und Auflös-/Abwickelbarkeit (Resolvability) sys-

temrelevanter Institutionen, insbesondere systemrelevanter Banken (Systemically Important Banks; SIBs), die geordnete Abwicklung von SIBs unter Weiterführung von für das Finanzsystem wichtigen und kritischen Funktionen und Dienstleistungen, die Verhinderung der Ansteckung weiterer Finanzmarktteilnehmer und die starke Senkung der Wahrscheinlichkeit staatlicher Rettungsmassnahmen (sog. „Bail-outs“).

International werden diese von den G20-Staaten getragenen Initiativen vom FSB unter Mitwirkung weiterer Organisationen, wie z.B. des BCBS, bearbeitet und weiter entwickelt. Anfänglich hat sich im Bankenbereich insbesondere die Cross-border Bank Resolution Group (CBRG) des BCBS mit den oben dargestellten Themen befasst. Die CBRG hat eine Reihe von Empfehlungen erlassen.¹ Sie empfiehlt, neben spezifischen, für die die Sanierung/Abwicklung von SIBs notwendigen Erweiterungen der Befugnisse und Kompetenzen der zuständigen Behörden, dass die internationale Koordination und Kooperation verstärkt und die SIBs sich mittels Recovery- und Resolution-Plänen und sonstiger Massnahmen ihre Resolvability verbessern. In der Zwischenzeit hat das FSB, basierend auf den Vorarbeiten der CBRG, sich das Resolution-Thema von globalen sog. Systemically Important Financial Institutions (SIFIs) zu eigen gemacht. Das FSB hat im Oktober 2011 zuhanden der G20 Staaten einen Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions eingereicht, welcher vollumfänglich genehmigt wurde. Der Bericht enthält u.a. die folgenden Kernbereiche: Rechtlicher Rahmen für eine grenzüberschreitende Kooperation unter den beteiligten Behörden sowie Ausführungen zu Krisenmanagement-Colleges, zum Stabilisierungs- und Abwicklungsplan (Recovery and Resolution Plan; RRP) sowie zur Verbesserung der Resolvability. In den beiden letztgenannten Bereichen sowie im Bereich der institutsspezifischen Kooperation hat das FSB in detaillierten Anhängen die Implementierungsmassnahmen erläutert, um den zuständigen Behörden eine Hilfestellung in der Umsetzung zu bieten.

Das **FSB** sieht sodann zur wirksamen Abwicklung von systemrelevanten Finanzinstituten² unter anderem vor, dass

- das Verfahren zur Abwicklung bzw. Fortführung gewisser Funktionen beschleunigt und dabei der Rechtsschutz trotzdem gewahrt wird (sekundärer Rechtsschutz, d.h. im Nachgang kann z.B. ein Wertausgleich stattfinden). Die Resolution-Massnahme soll nicht „gebremst“ werden können.
- systemrelevante Funktionen in Form der Übertragung von Aktiven, Passiven und Verträgen, z.B. auf Übergangsbanken (Bridge Banks) oder „Good Banks“, oder durch das Auslagern von „toxischen“ Assets analog dem Stab-Fund in der Schweiz fortgeführt werden können. Die Definition der systemrelevanten Funktionen soll den nationalen Jurisdiktionen überlassen werden.
- die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital (sog. Bail-in) sowohl auf vertraglicher Basis als auch durch staatliche Anordnung möglich sein muss. Das auf diese Weise geschaf-

¹ Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group vom März 2010.

² Gemäss FSB fallen im Gegensatz zur Schweiz, wo nur systemrelevante Banken speziellen Bestimmungen unterliegen, nicht nur Banken, sondern auch Versicherungen und weitere Finanzintermediäre darunter.

fene neue Kapital soll auch zur Finanzierung der systemrelevanten Funktionen verwendet werden können.

- im Rahmen der Übertragung von systemrelevanten Funktionen bzw. der damit verbundenen Verträge ermöglicht werden soll, die Übertragung während einer kurzen Frist zu vollziehen, ohne dass Fälligkeit oder Vertragsbeendigung eintritt (sog. temporary stay on early termination rights).

Auf Ebene der Einzelstaaten ist im Zusammenhang mit der Resolution-Regulierung v.a. auf die Regulierungen bzw. Entwürfe der USA (Dodd-Frank Act), des Vereinigte Königreichs (Banking Act 2009 inklusive Special Resolution Regime und den Bericht der Vickers-Kommission [Independent Commission on Banking, Bericht vom 12. September 2011) sowie der Europäischen Union (Entwurf einer Richtlinie zum Krisenmanagement) zu erwähnen. Da sich sämtliche genannten Regelwerke an den von den G20-Staaten und dem FSB ausgearbeiteten Empfehlungen orientieren, weichen die „einzelstaatlichen“ Regelungen auch kaum wesentlich voneinander ab. Eine Ausnahme bildet der Vickers-Bericht, der vorschlägt, die systemrelevanten Teile bzw. das damit verbundene Geschäft in einer Einheit zu konzentrieren und diese vom Rest der Bank zu separieren („Ring fencing“; vgl. hiernach die weiteren Ausführungen zur Situation im Vereinigten Königreich). In den Details, in denen aber auch hier der Teufel steckt, gibt es jedoch zum Teil erhebliche Unterschiede, welche es im Sinne einer globalen Konvergenz noch „abzufedern“ gilt.³

Im **Vereinigten Königreich** wurde ein besonderes Insolvenzregime für Banken mit dem Banking Act 2009 eingeführt, welches folgende Befugnisse der Aufsichtsbehörde vorsieht:

- Übertrag von gewissen Bankdienstleistungen auf eine Drittpartei.
- Anordnung der Übernahme der Kontrolle der gesamten Geschäfte oder Teilen davon durch eine Brückenbank, die im Eigentum der Bank von England steht und von dieser geführt wird.
- Banken zu verstaatlichen.

Sodann sieht der Banking Act vor, dass für Banken entweder die Auszahlung von Depositen im Krisenfalls erleichtert wird oder die versicherten Einlagen auf eine andere Bank übertragen werden.

Der Vickers-Bericht sieht im Bereich der Insolvenz von Banken u.a. folgende Massnahmen vor:

- Das Retailgeschäft⁴ (Einlagen, Überzugslimiten, Zahlungsverkehr als Kernbestand) ist von den Banken so zu organisieren, dass es in einem separaten Rechtsträger zusammengefasst und im Fall einer Krise von den restlichen Aktivitäten abgeschottet ist. Daneben sind noch gewisse Tätigkeiten in anderen Bereichen, z.B. Handelsfinanzierungen, möglich.

³ Die globale Konvergenz ist deshalb so wichtig, weil eines der Hauptziele der faktischen Rechtsvereinheitlichung durch das FSB darin besteht, die Nicht-Existenz eines internationalen Insolvenzrechts zu überbrücken.

⁴ Unter Retailgeschäft sind Privatkunden und KMUs (Umsatz von weniger als 25.9m £ und Bilanzsumme von 12.9m £ und weniger als 250 Mitarbeiter).

- Es soll der Bail-in dergestalt ermöglicht werden, dass durch behördliche Anordnung in einer ersten Stufe Verluste durch entsprechende vertragliche Schuldverschreibungen getragen werden und in einer zweiten Stufe, falls dies nicht ausreichend ist, eine Zwangswandlung (Fremd- in Eigenkapital) ungesicherter Forderung erfolgen kann.

Deutschland hat bereits im Jahre 2010 eine Änderung des Kreditwesengesetzes in Kraft gesetzt. Danach gilt folgendes:

- Ein staatlicher Restrukturierungsfonds, der eine Bankabgabe erhebt, soll im Krisenfall notleidende Banken übernehmen und sanieren.
- Im Krisenfall soll zunächst eine Privatsanierung erfolgen. Diese ist dem staatlichen Reorganisationsverfahren zwingend vorgelagert.
- Falls die Privatsanierung nicht erfolgreich verläuft, wird das staatliche Reorganisationsverfahren ausgelöst, welches durch das zuständige Oberlandesgericht ausgelöst wird.
- Vermögen einschliesslich der Verbindlichkeiten der Bank, d.h. die Bilanz insgesamt, wird auf eine staatliche Brückenbank aufgrund einer Übertragungsanordnung der Aufsichtsbehörde (Bafin) übertragen. Anschliessend werden nicht systemrelevante Teile auf die sich in Abwicklung befindende Restbank rückübertragen.
- Die Zwangsumwandlung ungesicherter Forderungen in Eigenkapital durch staatliche Anordnungen ist ebenso vorgesehen wie der Eingriff in Gläubigerrecht, z.B. Forderungsverzichte oder Moratorien.

In den **Vereinigten Staaten von Amerika** ist am 21. Juli 2010 der „Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act“ in Kraft getreten (Dodd-Frank Act; DFA). Beim DFA handelt es sich um die umfangreichste und massivste regulatorische Reform im Bereich der Finanzregulierung. Der DFA verfolgt insbesondere eine Stärkung bzw. Festigung der Stabilität des – vornehmlich nationalen - Finanzmarktes und regelt selbst bzw. verlangt nach einer Regelung durch Ausführungsvorschriften in folgenden Bereichen:

- Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Bank-Holding Gesellschaften, deren Bilanz gesamthaft, d.h. national und international, den Betrag von US\$ 50 Mia. übersteigt, und als systemrelevant bestimmte Finanzinstitute ausserhalb des Bankensektors; der DFA ist also auf nationale und ausländische Institutionen anwendbar, wenn die materiellen Voraussetzungen erfüllt sind;
- Erhöhte regulatorische Anforderungen an das risikobasierte Kapital, die Liquidität, die Leverage Ratio, das Risikomanagement; die Abwicklungsplanung (Recovery and Resolution Plans und Kreditrisiko-Reporting)
- Übertrag des notleidenden Instituts auf die FDIC, welche das Institut unter Verhinderung von Verwerfungen der Volkswirtschaft und der Finanzstabilität zu liquidieren hat; Liquidation beinhaltet sowohl die Veräusserung einzelner Teile des übernommenen Instituts an Dritte, die

Übertragung einzelner Teile auf eine Übergangsinstitution (bis eine Veräußerung möglich ist oder die Teile tatsächlich abgewickelt werden; cherry-picking möglich) wie auch die tatsächliche Abwicklung

- Gewährung finanzieller Unterstützung durch FDIC an betroffene Bank zur Finanzierung der Resolution/Abwicklung

2.4 Ablauf einer Bankensanierung (grobe Darstellung)

Die Bankensanierung lässt sich grob in vier Phasen unterteilen: die Vorsanierungs-, die Sanierungs-, die Rechtsmittel- und die Umsetzungsphase.

Solange eine Bank ihre Geschäftstätigkeit innerhalb der rechtlichen Schranken und unter Einhaltung der wirtschaftlichen Vorgaben ausübt, wird sie von der FINMA ordentlich beaufsichtigt. Dies ist, glücklicherweise, der Regelfall.

Sobald die Geschäftstätigkeit die obgenannten Schranken und Vorgaben nicht mehr dauernd respektiert und sie deshalb in Richtung einer Insolvenzgefahr steuert, hat sie einerseits mit eigenen Massnahmen und Anstrengungen für einen Richtungswechsel zu sorgen (Umsetzung der bankseitig geplanten Recovery- bzw. Stabilisierungsmassnahmen) und wird die FINMA andererseits deren Beaufsichtigung intensivieren. In einer solchen Situation befindet sich die Bank in der **Vorsanierungsphase**. Je näher die Bank nun an den Punkt der tatsächlichen Insolvenz gerät, desto intensiver ist sie zu beaufsichtigen und desto wahrscheinlicher wird die FINMA Schutzmassnahmen anordnen (Art. 25 Abs. 1 BankG).

Spätestens im Zeitpunkt, in dem die Insolvenz Realität wird und allerspätestens kurz nachdem sie eingetreten ist, übernimmt die FINMA das Zepter. Sie analysiert die Sachlage und entscheidet, ob die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens angezeigt (und möglich) ist. Gelangt sie zum Entscheid, dass das Sanierungsverfahren zu initialisieren ist (**Sanierungsphase**), stehen ihr zwei Möglichkeiten offen. Sie kann lediglich das Sanierungsverfahren eröffnen und allenfalls einen Sanierungsbeauftragten⁵ mit der Erstellung eines Sanierungsplans beauftragen. Sie kann aber auch das Sanierungsverfahren eröffnen und gleichzeitig einen bereits erstellten Sanierungsplan genehmigen. Eine derart rasche Erstellung kommt selbstredend nur entweder bei relativ einfachen Verhältnissen oder aber bei Vorliegen eines Notfallplanes (Resolution Plan) für ein Institut in Frage. Die FINMA hat dabei neu die Sanierung nicht nur dann anzuordnen, wenn die Bank als Ganzes sanierungswürdig und -fähig ist, sondern auch dann, wenn aus Gründen des System- oder Kundenschutzes auch nur einzelne Bankdienstleistungen weitergeführt werden müssen. Letzteres spielt v.a. dann, wenn es um die aus volkswirtschaftlicher Sicht notwendige Aufrechterhaltung systemrelevanter Funktionen geht.

Im Anschluss an die Eröffnung des Sanierungsverfahrens bzw. die Genehmigung des Sanierungsplans durch die FINMA beginnt die **Rechtsmittelfase**. Eine eigentliche Rechtsmittelfase ist es logischerweise nur dann, wenn die Bank bzw. berechnigte Betroffene gegen den Entscheid der FINMA ein Rechtsmittel (Beschwerde oder Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG) ergreifen. In dieser Phase

⁵ Die Verwendung der männlichen Form gilt auch für die weibliche und eine Mehrzahl von Personen.

des Abwartens bis zur Rechtskraft kann die FINMA natürlich nicht in Untätigkeit verharren. Sie plant und organisiert die Umsetzung des Sanierungsplans, trifft sichernde und werterhaltende Entscheide (wozu beispielsweise auch der Transfer systemrelevanter Funktionen auf eine Übergangsbank gehört) und bereitet die allenfalls notwendige Stellungnahme an die entscheidende Rechtsmittelinstanz vor. Im übrigen hat sie sich periodisch darüber zu vergewissern, dass die Sanierung die Gläubiger besser stellt, als ein über die Bank durchgeführter Konkurs bzw. eine durchgeführte Liquidation. Falls ersichtlich wird, dass die Besserstellung entfällt, hat die FINMA die Liquidation anzuordnen.

Nach abgeschlossener Rechtsmittelphase folgt schliesslich die **Umsetzungsphase**. Die FINMA erlangt mit Rechtskraft der Sanierungsplanverfügung die Befugnis, die darin vorgesehenen Massnahmen zu vollstrecken. Seitens Bank ist in dieser Phase nurnmehr, wo nötig, Kooperation bzw. kooperatives Verhalten nötig.

2.5 Arbeitsgruppe

Im Rahmen der Befugnis (Art. 28 Abs. 2 BankG) der FINMA, das Bankensanierungsverfahren nicht nur einzelfallweise mit Verfügungen, sondern auch generell abstrakt mit sonstigen Anordnungen zu konkretisieren, hat die FINMA ein Projekt ins Leben gerufen. Das Projekt hat zum Ziel, das Ausführungsbestimmungen zum Bankensanierungsrecht in einer FINMA-Verordnung zu regeln. Die Projektleitung hat beschlossen, zur Umsetzung des Projekts eine Arbeitsgruppe einzuberufen. Hauptaufgabe der Arbeitsgruppe ist die die Unterstützung des FINMA-internen Projektteams bei der Legiferierung.

2.6 Zusammensetzung

Der Arbeitsgruppe gehörten folgende Personen (alphabetische Reihenfolge) an:

- Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Zürich
- Prof. Dr. Felix Dasser, Partner, Homburger AG
- Bruno Dorner, Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD GS; davor SIF)
- Dr. Daniel Hunkeler, Partner, Baur Hürlimann AG
- Dr. Michel Kähr, Insolvenz, FINMA
- Dr. Hans Kuhn, Direktor, Schweizerische Nationalbank
- Roger Künzle, Solvenz und Kapital, FINMA
- Daniel Roth, Leiter Rechtsdienst EFD, Eidgenössisches Finanzdepartement (Generalsekretariat)
- Dr. Reto Schiltknecht, Solvenz und Kapital, FINMA
- Brigitte Umbach-Spahn, Partnerin, Wenger Plattner Rechtsanwälte
- PD Dr. Christoph Winzeler, Mitglied der Direktion, Schweizerische Bankiervereinigung
- Karl Wüthrich, Partner, Wenger Plattner Rechtsanwälte
- Dr. Urs Zulauf, General Counsel, FINMA (Vorsitz)

2.7 Vorgehensweise

Die Arbeitsgruppe hat sich zwischen Januar und November 2011 sieben Mal getroffen.

Am 1. Meeting der Arbeitsgruppe wurde die grundsätzliche Ausrichtung der Vorschriften und des Regelungsgebietes anhand eines konkreten Fragenkataloges diskutiert und bestimmt.

Die darauf folgenden drei Meetings dienten einerseits der ausführlichen Diskussion einzelner wesentlicher Themen wie beispielsweise der Wandlung von Fremd- in Eigenkapital (debt-to-equity swap) oder der Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen mittels Übergangsbank, andererseits auch der vertieften Befassung mit dem Sanierungsverfahren als solchem sowie der Auseinandersetzung mit Wechselwirkungen innerhalb des Erlasses wie auch zwischen diesem und anderen Erlassen. Die Diskussionen wurden durch die Behandlung spezifischer Schwerpunktthemen im Fachreferentensystem abgerundet.

Anlässlich des 5. Meetings stand die Diskussion des ersten Vorentwurfes der Bankensanierungsverordnung im Zentrum. Ebenso wurde der wegweisende Entscheid getroffen, die Bankensanierungsverordnung um der Rechtsanwenderfreundlichkeit und der Konsistenz willen mit der bestehenden BKV-FINMA zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA) zu vereinigen.

Das 6. und 7. Meeting wurden dazu benutzt, um die BIV-FINMA final zu diskutieren.

Die Arbeitsgruppe vertritt die Ansicht, dass der Praxis mit dem vorliegenden Entwurf der BIV-FINMA sowie diesem Erläuterungsbericht, in Anbetracht der vorhandenen gesetzlichen Grundlagen, eine gute Wegleitung an die Hand gegeben wird.

3 Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen

Nachfolgend werden die einzelnen Artikel und Absätze des Entwurfes der BIV-FINMA näher ausgeführt und erläutert. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmungen im 1. (Allgemeine Bestimmungen) und 2. Titel (Konkurs) der BIV-FINMA auf der BKV-FINMA basieren und inhaltlich nur punktuell geändert wurden. Es werden in den nachfolgenden diesbezüglichen Titeln deshalb lediglich die Änderungen erläutert. Für die Grunderläuterungen zu diesen Bestimmungen wird auf das EBK-Bulletin 48/2006⁶ verwiesen.

3.1 Bezeichnung der FINMA-Verordnung

Die bisherige Bezeichnung „Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Banken und Effektenhändlern (Bankenkursverordnung-FINMA; BKV-FINMA)“ bildet, nach erfolgter Fusion der Bankensanierungsausführungsbestimmungen mit der bestehenden BKV-FINMA, den Regelungsgehalt nurmehr unzureichend ab. Um den sich daraus allenfalls ergebenden Missverständnissen vorzubeugen, wurde entschieden, diese Verordnung fortan als „Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA; BIV-FINMA)“ zu bezeichnen.

⁶ <http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull48.pdf> (S. 125 ff., insbesondere S. 144 ff.)

3.2 Allgemeine Bestimmungen

Die unter dem Titel „Allgemeine Bestimmungen“ geführten Vorschriften gelten im gesamten Bankensolvenzrecht, machen mithin also keine Unterscheidung zwischen dem Bankenkonzurs- und dem Bankensanierungsrecht.

3.2.1.1 Gegenstand

Wie bereits festgestellt, gelten die in dieser Verordnung – wo nicht anders festgehalten – stipulierten Normen sowohl für das Bankenkonzurs- wie auch für das Bankensanierungsrecht (Art. 1 BIV-FINMA).

Die Vorschriften der BIV-FINMA führen die in den Art. 28 bis 37g BankG enthaltenen Vorschriften, worauf auch Art. 36a BEHG verweist, insbesondere im Bereich des Verfahrensrechts, näher aus. Diese detailliertere Regelung auf Verordnungsstufe ist erforderlich, da sich das BankG auf die Festlegung von Grundsätzen beschränkt und die Verfeinerung der Vorschriften der FINMA delegiert (Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG). Die genannten Gesetzesbestimmungen ermächtigen die FINMA dabei nicht nur zum Erlass von Verfügungen auf der einen und von Verordnungen auf der anderen Seite, sondern erlauben ihr zusätzlich – natürlich nur soweit und sofern erforderlich – Abweichungen von der ansonsten üblichen Regelung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts zu normieren⁷. Als im Sinne der Erforderlichkeit hinreichend kann beispielhaft die Beschleunigung des Verfahrens um des System-schutzes willen genannt werden.

3.2.1.2 Geltungsbereich

Angesichts der Tatsache, dass es sich bei den Pfandbriefzentralen ebenfalls um Institute handelt, die bankenähnliche Geschäfte betreiben und die, zumindest partiell, der Aufsicht der FINMA unterstehen, rechtfertigt sich ihre Aufnahme in den Geltungsbereich der BIV-FINMA (Art. 2 Abs. 1 lit. c).

In Art. 2 Abs. 2 BIV-FINMA wird festgehalten, dass für die natürlichen und juristischen Personen, die ohne erforderliche Bewilligung (als Bank, Effektenhändler oder Pfandbriefzentrale) tätig sind, grundsätzlich nur die bankenkonzurspezifischen Vorschriften gelten. Die Beschränkung auf die Bestimmungen über den Bankenkonzurs hängt damit zusammen, dass Personen, die ohnehin schon illegal agieren, nicht in den Genuss sie rettender Mittel und Verfahren (Sanierung) kommen können sollen. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass diese Beschränkung ihrerseits eingeschränkt ist. **Unter gewissen Umständen ist es geboten, auch bankensanierungsspezifische Normen auf „Unbewilligte“ anzuwenden.** Die sanierungsrechtlichen Vorschriften sind hingegen einerseits nur in Ausnahmefällen und andererseits nur nach erfolgter Interessenabwägung auf „Unbewilligte“ anzuwenden. **Interessen, die eine Anwendung der Sanierungsvorschriften auf einen „Unbewilligten“ ausnahmsweise zu rechtfertigen vermögen, sind insbesondere der Funktionsschutz, die Stabilität des Finanzmarktes sowie der Schutz der Volkswirtschaft.** Mit der Aufnahme dieser Anwendungserweiterung wird namentlich das Ziel verfolgt, ein geordnetes Insolvenzverfahren gegenüber einer zulässigerweise tätigen Gesellschaft führen zu können, auch wenn eine zu ihr bzw. ihrer Gruppe gehörende Person oder Gesellschaft ohne erfor-

⁷ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12.5.2010, S. 4017.

derliche Bewilligung tätig ist. Dies bedeutet nun aber nicht, dass sanierungsfähige „Unbewilligte“ stets in das Sanierungsverfahren mit einbezogen werden. Vielmehr liegt der Entscheid über deren Einbezug in das Sanierungsverfahren nach wie vor im Ermessen der FINMA.

3.2.1.3 Universalität

Das Prinzip der Universalität, gemäss welchem die Konkursmasse des in der Schweiz eröffneten Konkurses sämtliche Vermögenswerte im In- und Ausland umfasst, gilt neu nicht nur im Bankenkonzurs-, sondern auch im Bankensanierungsrecht. Dies ist nicht nur wegen der Integration des Bankensanierungsrechts in die BIV-FINMA angezeigt, sondern ist um der Gleichschaltung der Verfahren und damit um der Rechtssicherheit willen notwendig (Art. 3 Abs. 1 BIV-FINMA).

Unverändert bleibt die Tatsache, dass sich unabhängig ihrer Nationalität und ihres Wohnsitzes sämtliche Gläubiger gleichberechtigt am in der Schweiz eröffneten Konkursverfahren beteiligen können. Dies gilt nicht nur für Gläubiger des in der Schweiz liegenden Hauptsitzes, sondern auch für Gläubiger einer in- oder ausländischen Zweigniederlassung, und auch mit Bezug zu den verfahrensrechtlichen Privilegien (Art. 3 Abs. 2 BIV-FINMA).

Des weiteren gilt dies auch im Falle eines Insolvenzverfahrens gegenüber einer Zweigniederlassung einer ausländischen Bank (Art. 3 Abs. 3 BIV-FINMA). Wird demnach über eine in der Schweiz ansässige Zweigniederlassung einer ausländischen Bank ein Bankensanierungs- oder -konzursverfahren eröffnet, können die Gläubiger, unabhängig ihrer Provenienz, ihre aus dem Verkehr mit dieser Zweigniederlassung stammenden Forderungen geltend machen und ihre Gläubigerrechte wahrnehmen. Als Gegenstück dazu sind der Konkurs- bzw. der „Sanierungsmasse“ (untechnisch für alle der Sanierung dieser Zweigniederlassung zuzurechnenden Vermögenswerte) sämtliche im In- und Ausland befindlichen Vermögenswerte zuzurechnen, die aus dem Verkehr mit dieser Zweigniederlassung stammen.

3.2.1.4 Öffentliche Bekanntmachungen

Zum einen wird in Art. 4 Abs. 1 BIV-FINMA klargestellt, dass die FINMA vorliegend relevante Publikationen nicht nur „in der Regel“, sondern stets auch auf ihrer Internetseite publiziert. Die zwingende Publikation auf der Internetseite dient sowohl dem Betroffenen wie auch der FINMA. Auf der einen Seite wird dadurch nämlich dem Trend Rechnung getragen, dass immer mehr Personen moderne Kommunikationsmittel benutzen und sich folglich insbesondere über das Medium Internet informieren. Auf der anderen Seite kann die FINMA dadurch die in der Regel grosse Anzahl Betroffener besser und schneller erreichen.

Zum anderen erfolgt in Art. 4 Abs. 2 BIV-FINMA die Aufnahme einer Norm, welche einerseits den diesbezüglichen Informationsfluss zwischen FINMA und zuständigem Handelsregisteramt und andererseits dessen Umgang mit diesen Informationen regelt. Da der Umgang mit diesen Informationen seitens des zuständigen Handelsregisteramts bisher nicht geregelt ist, rechtfertigt es sich, hier eine diesen Umgang regelnde Norm aufzunehmen. Ein Nachvollzug dessen auf Stufe der Handelsregisterverordnung ist jedoch noch erforderlich und dürfte im Rahmen der nächsten Revision der Handelsregisterverordnung auch vorgenommen werden.

Zum dritten wird in Art. 4 Abs. 3 BIV-FINMA die Pflicht zur direkten Kontaktierung bekannter Gläubiger zugunsten eines effektiven und effizienten (raschen und kostengünstigen) Verfahrens eingeschränkt. Gerade, aber nicht nur, im Falle einer Sanierung einer grösseren Bank birgt die Pflicht zur direkten Mitteilung nicht nur ein zusätzliches Kosten-, sondern auch ein unter Umständen die Sanierung als solche gefährdendes zeitliches Risiko. Diesem Risiko wird durch die Möglichkeit der Einschränkung der Mitteilungspflicht verhältnismässig begegnet. Schliesslich ist festzuhalten, dass eine derartige eingeschränkte Mitteilungspflicht nur in begründeten Fällen erfolgen kann.

3.2.1.5 Akteneinsicht

Auch bezüglich des Akteneinsichtsrechts (Art. 5 BIV-FINMA) wird die Anwendbarkeit der Vorschriften vom Bankenkonzurs- auf das Bankensanierungsrecht ausgedehnt. Das Akteneinsichtsregime gilt mit hin neu für den gesamten Bereich der Bankeninsolvenz. Entsprechend ist neben dem Konkursliquidator neu auch der (von der FINMA mandatierte) Sanierungsbeauftragte befugt, die Akteneinsicht von einer Erklärung im Sinne des Abs. 3 abhängig zu machen (Abs. 4). Ebenso können beide über die Akteneinsicht entscheiden (Abs. 5). Entscheidend bleibt jedenfalls, dass das Akteneinsichtsrecht untrennbar mit der Verfolgung unmittelbarer Vermögensinteressen verbunden ist. Ein nur mittelbares Vermögensinteresse reicht folglich nicht.

3.2.1.6 Anzeige an FINMA

Art. 6 BIV-FINMA erfährt im Verhältnis zu Art. 6 BKV-FINMA einzig in Abs. 1 eine Änderung. In Nachvollziehung der bereits mehrfach genannten Anwendungserweiterung auf das Bankensanierungsverfahren wird klargestellt, dass auch Handlungen und Entscheide des Sanierungsbeauftragten keine Verfügungen im Sinne des VwVG sind.

3.2.1.7 Insolvenzort

Um negative und/oder positive Kompetenzkonflikte zum Vorneherein möglichst auszuschliessen und um die für ein effektives und effizientes Insolvenzverfahren nötige Klarheit zu erreichen, bestimmt Art. 7 BIV-FINMA den Insolvenzort. Dabei bezeichnet der Insolvenzort als Oberbegriff im Bereich des Sanierungsverfahrens den Sanierungsort und im Konkursverfahren den Konkursort. Ein Insolvenzverfahren kann nur einmal über eine Person erfolgen. Mit dem Insolvenzort erfolgt die örtliche Anknüpfung des Insolvenzverfahrens an einen Ort in der Schweiz. Der Insolvenzort bestimmt sich grundsätzlich analog Art. 46 SchKG, also am Sitz der Gesellschaft, bzw. analog Art. 50 SchKG, also am Sitz der Zweigniederlassung der ausländischen Bank. An der bisherigen Regelung des Konkursortes ändert sich folglich nichts.

3.2.1.8 Aus den Büchern ersichtliche Forderungen

Art. 8 BIV-FINMA dient der Rechtssicherheit. Durch die Umschreibung, wann eine Forderung bzw. Verpflichtung als aus den Büchern der Bank ersichtlich ist, wird einerseits gegenüber dem Schuldner bzw. dem Gläubiger der Bank klar gemacht, ob er sich um seine Forderung oder Verpflichtung im Konkursfall noch aktiv zu kümmern hat oder ob er von deren automatischen Einbezug ausgehen darf.

Andererseits wird auch die Situation des Konkursliquidators vereinfacht, indem ihm die Kautelen für die automatische Berücksichtigung der vorhandenen Forderungen und Verpflichtungen klar aufgezeigt werden.

Grundvoraussetzung für den automatischen Einbezug von Forderungen und Verpflichtungen in das Insolvenzverfahren ist, dass die Bank ordnungsgemäss Buch führt. Bei nicht ordnungsgemässer Buchführung kommt folglich ein automatischer Einbezug nicht in Frage. Der Konkursliquidator wird die Gläubiger und Schuldner der Bank zur Eingabe ihrer Forderungen und Verpflichtungen auffordern. Jedoch bedeutet die ordnungsgemässe Buchführung der Bank für sich allein aber auch noch nicht, dass ein automatischer Einbezug erfolgt. Erst wenn die Forderungen und Verpflichtungen für den Konkursliquidatoren aus den Büchern erkennbar sind, sind sie zwingend automatisch einzubeziehen. Dies mag prima vista erstaunen. Bei genauerer Betrachtung wird aber klar, dass diese zweite Bedingung erforderlich ist. Denn auch bei einer grundsätzlich ordnungsgemässen Buchführung kann es vorkommen, dass eine Forderung oder Verpflichtung unabsichtlich nicht in die Bücher aufgenommen wird. Diesfalls ist es für den Konkursliquidator nicht oder nur zufällig möglich, von einer Forderung oder Verpflichtung Kenntnis zu nehmen. Angesichts des mit dieser Vorschrift verfolgten Zieles, namentlich der Stärkung der Rechtssicherheit, ist nun aber angezeigt, den Einbezug nicht von Zufälligkeiten abhängen zu lassen.

Die an diese Ersichtlichkeit konkret geknüpften Folgen werden in den Art. 18 und 25 BIV-FINMA bestimmt.

Im Übrigen sei an dieser Stelle festgehalten, dass in Art. 8 BIV-FINMA und überall nachfolgend, wo „Forderung“ nicht als Überbegriff für Forderungen und Verpflichtungen gebraucht wird, stets die Bankperspektive dominiert. Wird folglich von Forderung gesprochen, ist die Bank Gläubigerin, die Gegenpartei Schuldnerin, und wird von Verpflichtungen gesprochen, ist die Bank Schuldnerin, die Gegenpartei hingegen Gläubigerin.

3.2.1.9 Koordination

Art. 9 BIV-FINMA ist angesichts der im Banking Business dominierenden globalen Tätigkeit und Vernetzung besonders wichtig. Zwar wird schon auf Gesetzesstufe (Art. 37f BankG) die Koordinationspflicht festgehalten. Jedoch wird erst mit Art. 9 BIV-FINMA verdeutlicht, dass diese Koordinationspflicht nicht auf Stufe der direkt zuständigen Behörden endet, sondern auch die von dieser Behörde mandatierten Personen grundsätzlich zur Koordination mit ihren ausländischen Pendants bzw. den diese einsetzenden Behörden und Stellen verpflichtet sind.

Die Koordination beschlägt in erster Linie die formelle Seite der Insolvenzverfahren. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass gegebenenfalls auch in materiellen Insolvenzbelangen koordiniert und kooperiert werden kann bzw. gar muss. Zu denken ist etwa an die Weiterführung einer Bankdienstleistung. Sind die dafür notwendigen Vermögenswerte, Verträge oder Infrastrukturen im In- und im Ausland belegen, so ist eine Absprache zwischen den involvierten Behörden bzw. von diesen Mandatierten mehrheitlich unumgänglich.

3.2.1.10 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen

Vorab ist zu verdeutlichen, dass mit den in der Marginale genannten Massnahmen hauptsächlich Massnahmen der Bankensanierung gemeint sind.

Art. 10 BIV-FINMA lehnt sich ansonsten an Art. 10 BKV-FINMA an, wobei es zufolge des neu in Art. 10 Abs. 1 BIV-FINMA aufgenommenen Generalverweises auf die Anwendbarkeit der BIV-FINMA nicht mehr nötig ist, eine dem Art. 10 Abs. 4 BKV-FINMA analoge Vorschrift aufzunehmen. Materiell ändert sich mit der Weglassung von Abs. 4 nichts.

3.3 Bankenkonzurs

3.3.1 1. Kapitel: Verfahren

3.3.1.1 Publikation und Schuldenruf

Art. 11 BIV-FINMA regelt Publikation und Schuldenruf bei der Konkurseröffnung. Die Regelung entspricht Art. 11 BKV-FINMA und wurde unverändert übernommen.

3.3.1.2 Konkursliquidator

Die Regelung zum Konkursliquidator in Art. 12 BIV-FINMA basiert auf Art. 9 BKV-FINMA. Während der Artikel in der BKV-FINMA im allgemeinen Teil platziert ist, wird er infolge des Miteinbezugs des Sanierungsrechts in der BIV-FINMA in den 2. Titel zum Bankenkonzurs verschoben.

Beschränkt sich Art. 9 BKV-FINMA auf die Aufgaben des Konkursliquidators, so sieht Art. 12 BIV-FINMA eine erweiterte Regelung zur Stellung des Konkursliquidators vor. Entsprechend wird die bisherige Bestimmung um die Absätze 1 bis 3 und 5 ergänzt. Als Folge der Erweiterung wird die Marginale von „Aufgaben des Konkursliquidators“ in der BKV-FINMA auf „Konkursliquidator“ verallgemeinert.

Art. 33 Abs. 2 BankG sieht vor, dass die FINMA einen oder mehrere Konkursliquidatoren einsetzt. Ob sie in einem konkreten Verfahren einen Konkursliquidator einsetzt oder aber sie dessen Aufgaben selber wahrnimmt, liegt nach gängiger Praxis im ihrem Ermessen. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch die FINMA selber wird neu in Art. 12 Abs. 1 BIV-FINMA explizit festgehalten. Auf die Einsetzung eines externen Konkursliquidators wird insbesondere dann verzichtet, wenn sich in der Konkursmasse nur geringfügige Vermögenswerte befinden, welche die Kosten eines externen Konkursliquidators voraussichtlich nicht decken würden.

Art. 12 Abs. 2 BIV-FINMA stellt die grundlegenden Anforderungen auf, welche ein Konkursliquidator erfüllen muss, damit er von der FINMA als solcher eingesetzt werden kann. Offensichtlich muss ein Konkursliquidator zeitlich und fachlich in der Lage sein, seinen Auftrag erfüllen zu können. Die Auftragsbefüllung hat darüber hinaus aber auch den Kriterien der Sorgfältigkeit, der Effizienz und der Effektivität Rechnung zu tragen. Ebenfalls zu prüfen ist, ob dem Konkursliquidator aus der Mandatierung

ein Interessenkonflikt entstehen könnte. Es obliegt der FINMA, diese Kriterien jeweils im Einzelfall zu prüfen. Im Übrigen steht es der FINMA frei, weitere Kriterien für ihre Auswahl zu definieren.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 BIV-FINMA wird der Konkursliquidator mittels Verfügung eingesetzt. Nach gängiger Praxis beschränkt sich die Verfügung inhaltlich auf die Einsetzung. Die Einzelheiten zum Auftrag sowie die Rahmenbedingungen wie Kosten, Berichterstattung an die FINMA oder Kontrolle durch die FINMA werden zwischen der FINMA und dem Konkursliquidator separat geregelt (vgl. Art. 12 Abs. 3 BIV-FINMA).

Nach Art. 12 Abs. 5 BIV-FINMA handelt der Konkursliquidator bei der Erfüllung seiner Aufgaben hoheitlich. Dies entspricht der bisherigen Praxis und wird hier der Klarheit halber in die Verordnung aufgenommen. Insbesondere soll aus dieser Aufnahme eine verbesserte Akzeptanz der Handlungen des Konkursliquidators im Ausland resultieren. Zu beachten ist hierbei aber Art. 6 BIV-FINMA, wonach getroffene Massnahmen des Konkursliquidators (oder des Sanierungsbeauftragten) keine Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) darstellen.

Aus den Neuerungen in Art. 12 BIV-FINMA ergeben sich keine materielle Änderungen. Vielmehr geben sie die geltende Praxis wieder, welche nun zur Verbesserung der Transparenz in die BIV-FINMA aufgenommen wird.

3.3.1.3 Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss

Die Artikel 13 (Gläubigerversammlung) und 14 (Gläubigerausschuss) BIV-FINMA werden unverändert aus der BKV-FINMA übernommen.

3.3.2 2. Kapitel: Konkursaktiven

Die Art. 15 bis 21 BIV-FINMA zu den Konkursaktiven werden inhaltlich unverändert aus der BKV-FINMA (Art. 14 bis 20 BKV-FINMA) übernommen. Einzige Ausnahme bildet die Streichung von Art. 17 Abs. 2 BKV-FINMA zufolge der zentralen Regelung der aus den Büchern ersichtlichen Forderungen in Art. 8 BIV-FINMA.

Bezüglich Art. 19 gilt es um der Klarheit willen festzuhalten, dass diese Vorschrift auf Sachverhalte zielt, in denen eine Drittperson eigentumsrechtliche Ansprüche auf Vermögenswerte erhebt, welche sich im Besitz der konkursiten Gesellschaft befinden. Die Person hat bei der konkursiten Gesellschaft die Aussonderung, also die Herausgabe dieser Vermögenswerte zu verlangen. In der Folge wird der Konkursliquidator die Aussonderung prüfen. Hiervon ist diejenige Situation zu unterscheiden, welche mit Art. 37d BankG geregelt wird. In einer solchen Situation sondert der Konkursliquidator die Depotwerte als eigentumsrechtliche Ansprüche von Gesetzes wegen ab und gibt sie den Ansprechern heraus. Ein Tätigwerden des Ansprechers ist nicht erforderlich.

Art. 22 BIV-FINMA entspricht grundsätzlich der bisherigen Regelung von Art. 21 BKV-FINMA. Nach erfolgter Konkurseröffnung hat der Konkursliquidator als eine der ersten Handlungen mit der Inventar-

aufnahme zu beginnen und zu prüfen, ob die vorhandenen Konkursaktiven voraussichtlich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens ausreichen. Stellt er fest, dass die vorhandenen Aktiven nicht genügen, um das Konkursverfahren durchzuführen, so hat er der FINMA die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven zu beantragen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BIV-FINMA). Leistet die FINMA dem Antrag des Konkursliquidators Folge, so stellt die FINMA das Verfahren ein und macht dies öffentlich bekannt.

Nun kann es Situationen geben, in denen die mangelnden Aktiven zwar eine Einstellung des Konkursverfahrens erfordern, jedoch von Seiten der FINMA oder des Finanzmarktes erhebliche Interessen bestehen, das Konkursverfahren weiter- bzw. durchzuführen. Auch kann im Einzelfall ein besonderes Interesse der involvierten Gläubiger an der Durchführung bestehen, etwa im Hinblick auf den Erhalt eines Verlustscheines im Konkurs über eine natürliche Person. In einem solchen Fall wäre selbst bei Vorliegen von mangelnden Aktiven eine Einstellung unverhältnismässig, wenn die Weiterführung ohne übermässigen Aufwand möglich ist. Ein solches Interesse muss jedoch erheblicher Natur sein, eine Durchführung ist auf Ausnahmesituationen beschränkt. Entscheidet sich die FINMA im Rahmen dieser Interessenabwägung gegen eine Einstellung, so wird sie das Verfahren auf Kosten der FINMA weiter führen. Dies entspricht der bisherigen Praxis der FINMA, welche nun zur grösseren Transparenz explizit in Art. 22 Abs. 2 BIV-FINMA aufgenommen wird. Es handelt sich somit um keine materielle Änderung von der bisherigen Praxis.

3.3.3 3. Kapitel: Konkurspassiven

3.3.3.1 Gläubigermehrheit

Art. 23 BIV-FINMA zur Gläubigermehrheit entspricht Art. 22 BKV-FINMA und wird unverändert übernommen.

3.3.3.2 Privilegierte Einlagen

Die Regelung in Art. 24 BIV-FINMA betreffend die privilegierten Einlagen entspricht weitgehend der bisherigen Regelung in Art. 23 BKV-FINMA. Eine Anpassung erfolgt bei den Verweisungen auf das BankG. Im Rahmen der Änderung des BankG vom 18. März 2011 (Einlagensicherung) gab es Änderungen in Art. 37a bis 37c BankG. Demzufolge wird in Art. 24 Abs. 1 und 2 BIV-FINMA neu auf Art. 37a BankG verwiesen. Materiell ändert sich nichts.

Diesbezüglich gilt es daran des weiteren zu erinnern, dass diese Bestimmung sich einzig auf die privilegierten Einlagen gemäss Art. 37a BankG und nicht auf privilegierte Gläubiger im Sinne von Art. 219 SchKG bezieht.

Um der Rechtsklarheit willen wird in Abs. 2 zudem aufgenommen, dass neben den auf den Inhaber lautenden Forderungen auch alle anderen, nicht auf den (konkreten) Namen des Einlegers lautenden Forderungen, keine privilegierten Forderungen sind. Als nicht auf den (konkreten) Namen lautende Forderungen gelten dabei insbesondere solche, die unter einem Nummernkonto laufen.

3.3.3.3 Kollokationsforderungen

Der bisherige Art. 24 BKV-FINMA zur Prüfung der Forderungen wird zur Verbesserung der Transparenz aufgeteilt in zwei Bestimmungen. Art. 25 BIV-FINMA nennt die zu kollozierenden Forderungen. Art. 26 BIV-FINMA enthält demgegenüber Angaben, wie die Prüfung dieser Forderungen im Rahmen der Kollokation durch den Konkursliquidator erfolgen soll.

Gemäss Art. 25 Abs. 1 BIV-FINMA sind die angemeldeten, die aus dem Grundbuch und die aus den Büchern der Bank ersichtlichen Forderungen in den Kollokationsplan aufzunehmen. Dies entspricht grundsätzlich der bisherigen Regelung in der BKV-FINMA.

Art. 25 Abs. 2 und 3 BIV-FINMA entsprechen grundsätzlich dem bisherigen Art. 24 Abs. 4 BKV-FINMA, wobei die Aussagen formell neu gruppiert wurden. Während Art. 25 Abs. 2 BIV-FINMA die Behandlung von aus den Büchern der Bank ersichtlichen Forderungen regelt, bestimmt Art. 25 Abs. 3 BIV-FINMA die Behandlung angemeldeter und aus dem Grundbuch ersichtlichen Forderungen. Dass Art. 25 Abs. 2 BIV-FINMA nur noch die Anerkennungsfiktion enthält, hängt damit zusammen, dass die Regelung der aus den Büchern ersichtlichen Forderungen neu in Art. 8 BIV-FINMA zentral erfasst wird und Art. 24 Abs. 3 BKV-FINMA daher obsolet ist.

Art. 26 BIV-FINMA nimmt die bisher in Art. 24 Abs. 1 BKV-FINMA aufgenommene Prüfungspflicht des Konkursliquidators auf. Diese Vorschrift wird sprachlich an Art. 25 BIV-FINMA angepasst, inhaltlich ergibt sich keine Neuerung. Insbesondere trifft den Konkursliquidator weiterhin keine Pflicht, eigene Erhebungen zu machen oder die Gläubiger aufzufordern, zusätzliche Beweismittel einzureichen. Mit der Formulierung als „Kann-Vorschrift“ wird dies dem Ermessen des Konkursliquidators anheimgestellt.

Art. 27 BIV-FINMA betreffend Kollokation übernimmt unverändert die bisherige Regelung aus Art. 25 Abs. 1 und 2 BKV-FINMA. Nicht überführt wurde Art. 25 Abs. 3 BKV-FINMA betreffend Kleinsteinalagen nach Art. 37a aBankG. Dieser Absatz basierte auf der vor dem 1. September 2011 geltenden Regelung über die sofortige Auszahlung von Kleinsteinalagen. Mit der ersatzlosen Streichung der gesetzlichen Grundlage in Art. 37a BankG auf den 1. September 2011 ist Art. 25 Abs. 3 BKV-FINMA obsolet geworden.

Die Art. 28 bis 30 BIV-FINMA betreffend im Prozess liegender Forderungen, der Einsicht in den Kollokationsplan und der Kollokationsklage entsprechen Art. 26 bis 28 BKV-FINMA und wurden unverändert in die BIV-FINMA übernommen. Bezüglich Art. 29 Abs. 3 BIV-FINMA ist festzuhalten, dass damit dem Konkursliquidator eine Möglichkeit für besondere Fälle an die Hand gegeben wird, vom Grundsatz abzuweichen, dass Einsichtnahmen in den Räumlichkeiten des Konkursliquidators stattfinden.

3.3.4 4. Kapitel: Verwertung

Die Art. 31 bis 33 BIV-FINMA betreffend die Art der Verwertung, die öffentlichen Versteigerung und die Abtretung von Rechtsansprüchen entsprechen Art. 29 bis 31 BKV-FINMA und werden unverändert in die BIV-FINMA übernommen.

Die Regeln zur Anfechtung von Verwertungshandlungen gemäss Art. 34 BIV-FINMA betreffen das Konkursverfahren. Ist diese Norm mit Art. 7 BKV-FINMA noch im allgemeinen Teil der Bankenkursverordnung geregelt, so wird sie nun angesichts des Einbezugs des Sanierungsrechts in der BIV-FINMA in den 2. Titel zum Bankenkursverfahren verschoben. Inhaltlich hat sich für die Anwendung von Art. 34 BIV-FINMA nichts geändert.

3.3.5 5. Kapitel: Verteilung

Die Normen betreffend Massaverpflichtungen (Art. 35 BIV-FINMA), Verteilung (Art. 36 BIV-FINMA) und Verlustschein (Art. 37 BIV-FINMA) entsprechen den Art. 32, 33 und 35 BKV-FINMA und werden unverändert in die BIV-FINMA übernommen.

3.3.5.1 Hinterlegung und nachrichtenlose Vermögenswerte

Art. 34 BKV-FINMA regelt den Schlussbericht und die Hinterlegung. Die gemeinsame Behandlung dieser Themen wird in der BIV-FINMA aufgegeben.

Während Art. 57 BIV-FINMA den Schlussbericht sowohl für Konkurs- als auch für Sanierungsverfahren normiert (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 57 BIV-FINMA) regelt Art. 38 BIV-FINMA die Hinterlegung nur im Rahmen des Bankenkursverfahrens. Für die zu hinterlegenden Vermögenswerte wurde in Art. 38 Abs. 1 BIV-FINMA die geltende Regelung von Art. 34 Abs. 3 BKV-FINMA übernommen, wonach die FINMA die notwendigen Anordnungen über die Hinterlegung der noch nicht ausbezahlten Anteile sowie der noch nicht herausgegebenen, aber abgesonderten Depotwerte trifft. Art. 38 Abs. 1 BIV-FINMA präzisiert, dass diese Regelung zur Hinterlegung nur dann zur Anwendung gelangt, wenn nicht die Vorschriften zu den nachrichtenlosen Vermögenswerten etwas anderes verlangen. Diese Vorschrift trägt der derzeit im Parlament hängigen Vorlage zur Liquidation nachrichtenloser Vermögen Rechnung. Hinterlegte Vermögenswerte, die frei werden oder nach zehn Jahren nicht bezogen wurden, werden nach den Regeln über nachträglich anfallende Vermögenswerte verwertet und verteilt. Diese in Art. 38 Abs. 2 BIV-FINMA aufgeführte Norm wird aus Art. 37 Abs. 3 BKV-FINMA übernommen.

Wenn zum Vorneherein absehbar bzw. offensichtlich ist, dass der Verwertungserlös der nachträglich anfallenden Vermögenswerte die Kosten des wiederaufgenommenen Verfahrens nicht oder nur knapp zu decken vermag, so kann die FINMA die Wiederaufnahme unterlassen. Dies entspricht dem Prinzip der Verfahrensökonomie. Die Vermögenswerte sind dennoch zu verwerten, wobei der Erlös analog Art. 35 FINMAG an den Bund zu überweisen ist.

3.3.5.2 Nachträglich anfallende Vermögenswerte

Art. 39 BIV-FINMA entspricht der bisherigen Regelung von nachträglich anfallenden Vermögenswerten (vgl. Art. 37 Abs. 1 und 2 BKV-FINMA). Neu hinzugefügt wird jedoch Abs. 3. Mit diesem wird bezweckt, dass eine Wiederaufnahme des Konkursverfahrens nur dann erfolgt, wenn nicht aufgrund einer prospektiven Beurteilung des zu erwartenden Verwertungserlöses ersichtlich wird, dass dieser die Kosten des wiederaufzunehmenden Verfahrens nicht deckt oder nur unwesentlich übersteigt. Ob

diese Voraussetzungen gegeben sind, entscheidet die FINMA. Kommt die FINMA zum Entschluss, das Konkursverfahren nicht wieder aufzunehmen, überweist sie die frei gewordenen Vermögenswerte dem Bund.

3.4 Sanierung

3.4.1 1. Kapitel: Verfahren

3.4.1.1 Voraussetzungen

Das BankG sieht die Möglichkeit der Einleitung eines Sanierungsverfahrens vor, wenn begründete Aussicht auf Sanierung der Bank oder auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen besteht (Art. 28 Abs. 1 BankG). Wann eine sogenannte „begründete Aussicht“ besteht, wird im Gesetz nicht weiter ausgeführt. Art. 40 Abs. 1 BIV-FINMA präzisiert diesen Begriff, indem er festhält, dass hinreichend zuverlässige Hinweise bestehen müssen, dass der Sanierungsplan genehmigt werden kann.

Im Wesentlichen geht es somit darum, vor Einleitung des Sanierungsverfahrens die Erfolgchancen für eine Sanierung der Bank oder für eine Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen zu prüfen. Die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens ist nur dann sinnvoll, wenn die Bank nach erfolgter Sanierung eine auch künftig tragfähige Grundlage aufweisen und insbesondere voraussichtlich alle gesetzlichen Vorschriften, allen voran die Bewilligungsvoraussetzungen, erfüllen wird (vgl. Art. 29 BankG). Sodann ist die Einleitung eines Sanierungsverfahrens nur zulässig, wenn die Gläubiger durch die Sanierung voraussichtlich besser gestellt werden als durch die sofortige Eröffnung des Bankenkurses (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG). Gerade dieser letzte Punkt ist unter Berücksichtigung der Wichtigkeit internationaler Anerkennungsfähigkeit von mitentscheidender Bedeutung, zumal der Grundsatz des „no creditor worse off than in liquidation“ gemeinhin gilt.

Die Formulierung „hinreichend zuverlässige Hinweise“ in Art. 40 BIV-FINMA ist bewusst offen formuliert, da im Zeitpunkt der notwendigen Abschätzung keine absolute Gewissheit über das Vorliegen der Voraussetzungen herrschen kann. Die FINMA hat hier eine Prognose über ein äusserst schwierig abzuschätzendes zukünftiges Ereignis zu erstellen. Entsprechend kann keine absolute Gewissheit herrschen, es ist ausreichend, wenn die FINMA sich auf Anhaltspunkte und Hinweise abstützt, welche auf das Bestehen der Voraussetzungen hinweisen.

Art. 28 Abs. 1 BankG formuliert die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens als „Kann-Vorschrift“. Die FINMA kann somit ein Sanierungsverfahren eröffnen, verpflichtet hierzu ist sie aber nicht. Art. 40 Abs. 2 BIV-FINMA hält hierzu klar fest, dass auf Durchführung eines Sanierungsverfahrens auch bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 28 Abs. 1 BankG kein Anspruch besteht. Der FINMA soll mit dieser Formulierung ein möglichst grosser Ermessensspielraum eingeräumt werden, ob im Einzelfall ein Sanierungsverfahren durchzuführen ist oder nicht.

3.4.1.2 Eröffnung

Die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens durch die FINMA erfolgt immer mittels einer Verfügung (vgl. Art. 41 Abs. 1 BIV-FINMA).

Ein wesentlicher Bestandteil des neuen Sanierungsrechts ist die zeitliche Flexibilität. Art. 41 Abs. 2 BIV-FINMA nimmt diesen Ansatz auf und legt fest, dass mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens zeitgleich auch der Sanierungsplan genehmigt werden kann. Mit der zeitgleichen Eröffnung des Sanierungsverfahrens und der Genehmigung des Sanierungsplanes können Unsicherheiten im Markt über das weitere Geschehen beim betroffenen Institut eingeschränkt werden. Die zeitliche Vorgehensweise kann für den Erfolg von Sanierungsbemühungen von entscheidender Bedeutung sein. Soll der Sanierungsplan gleichzeitig mit Eröffnung genehmigt werden können, müssen die Arbeiten an einem Sanierungsplan vorangetrieben werden, ohne dass formell bereits ein Sanierungsverfahren eröffnet worden ist. Es wird hier ein fließender Übergang von einer informellen zu einer formellen Sanierung stattfinden.

Eröffnet die FINMA ein Sanierungsverfahren, so hat sie dies grundsätzlich sofort öffentlich bekannt zu machen (vgl. Art. 41 Abs. 3 BIV-FINMA). Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt gemäss Art. 4 BIV-FINMA. Eine Ausnahme von der sofortigen Bekanntmachung sieht Art. 41 Abs. 4 BIV-FINMA vor. Diese Norm ermöglicht der FINMA eine gewisse zeitliche Flexibilität, indem nach formeller Eröffnung des Sanierungsverfahrens noch zehn Werktage – als Werktage im Sinne von Art. 41 Abs. 4 BIV-FINMA gelten Montag bis Freitag – zugewartet werden kann, bis die Eröffnung öffentlich bekannt gegeben wird. Diese Ausnahme von der sofortigen Bekanntmachung zielt darauf hin, dass anschliessend mit öffentlicher Bekanntgabe der Eröffnung des Sanierungsverfahrens zugleich auch der Sanierungsplan genehmigt und, in den Grundzügen, offen gelegt werden kann. Da eine solche zeitgleiche Bekanntgabe für eine erfolgreiche Sanierung von grosser Bedeutung sein kann, ermöglicht diese Ausnahme der FINMA auch nach erfolgter formeller Eröffnung des Sanierungsverfahrens mit dessen Publikation noch kurz zuzuwarten, um so die Fertigstellung des Sanierungsplanes abseits eines allfälligen Drucks durch die Öffentlichkeit bewerkstelligen zu können. Das Aufschieben der Veröffentlichung eines bereits getroffenen Entscheids birgt jedoch nicht zu unterschätzende Risiken und soll nur dann erfolgen, wenn im Rahmen einer Güterabwägung die Interessen der Beteiligten an der Aufschiebung dies rechtfertigen. Bei der Abwägung sind einzig die Gesamtinteressen aller Beteiligten zu berücksichtigen, nicht hingegen allfällige Partikularinteressen.

Oftmals werden einer Eröffnung des Sanierungsverfahrens Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG vorangegangen sein. Art. 41 Abs. 5 BIV-FINMA verpflichtet die FINMA bei Erlass der Eröffnungsverfügung sich dahingehend zu äussern, ob die allfällig bestehenden Schutzmassnahmen weiterhin aufrecht erhalten werden. Zugleich mit der Eröffnungsverfügung können Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG aufgehoben, ergänzt oder gänzlich neu angeordnet werden. Damit ist auch klar gestellt, dass Schutzmassnahmen parallel zu einem Sanierungsverfahren angeordnet werden können. Im Vordergrund dürften hier Massnahmen gegenüber den Organen der Gesellschaft gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. a – c BankG stehen.

3.4.1.3 Sanierungsbeauftragter

Analog zum Bankenkonkursliquidator hat die FINMA bei einem Sanierungsverfahren die Möglichkeit, einen Sanierungsbeauftragten einzusetzen (vgl. Art. 28 Abs. 3 BankG). Art. 42 BIV-FINMA regelt die Einzelheiten zum Sanierungsbeauftragten. Ob die FINMA einen Sanierungsbeauftragten einsetzt oder ob sie dessen Aufgaben selber wahrnimmt, ist ihr überlassen. Sie kann diese Aufgabe auch vorläufig übernehmen und einen Sanierungsbeauftragten zu einem späteren Zeitpunkt mittels Verfügung einsetzen. In der Regel wird der Sanierungsbeauftragte aber mit der Eröffnungsverfügung eingesetzt.

Art. 42 Abs. 2 BIV-FINMA stellt die grundlegenden Anforderungen auf, welche ein Sanierungsbeauftragter erfüllen muss, damit er von der FINMA als solcher eingesetzt werden kann. Inhaltlich ist diese Norm identisch zu Art. 12 Abs. 2 BIV-FINMA betreffend dem Konkursliquidator.

Art. 42 Abs. 3 BIV-FINMA thematisiert die Beziehung zwischen dem Untersuchungs- und dem Sanierungsbeauftragten. Deren Funktion und Aufgabengebiete sind klar voneinander zu unterscheiden. Der Sanierungsbeauftragte wird gemäss Art. 28 Abs. 3 BankG für die Erarbeitung eines Sanierungsplanes sowie – im Falle der Genehmigung – für dessen Abwicklung eingesetzt. Demgegenüber erfolgt die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten gestützt auf Art. 36 FINMAG und Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG. Der Auftrag des Untersuchungsbeauftragten lautet auf die Abklärung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts oder der Umsetzung von angeordneten Massnahmen. Oftmals wird der Untersuchungsbeauftragte anstelle der Bankorgane für das betroffene Institut handeln. Art. 42 Abs. 3 BIV-FINMA stellt in diesem Zusammenhang klar, dass Aufgaben und Kompetenzen des Untersuchungsbeauftragten auch dem Sanierungsbeauftragten übertragen werden können. Die (mitunter kostenintensive) Beauftragung zweier externer Beauftragter kann so vermieden werden.

Art. 42 Abs. 4 BIV-FINMA sieht vor, dass die Einzelheiten zum Auftrag sowie die Rahmenbedingungen zwischen der FINMA und dem Sanierungsbeauftragten separat zu regeln sind. Inhaltlich ist diese Norm identisch zu Art. 12 Abs. 3 BIV-FINMA betreffend dem Konkursliquidator.

Gleich wie bei den Vorschriften über den Konkursliquidator in Art. 12 BIV-FINMA wird auch beim Sanierungsbeauftragten festgehalten, dass dieser bei der Erfüllung seiner Aufgaben hoheitlich handelt (Art. 42 Abs. 5 BIV-FINMA). Mit dieser Klarstellung soll dem Sanierungsbeauftragten insbesondere eine verbesserte Akzeptanz seiner Handlungen im Ausland zukommen. Zu beachten ist hierbei aber Art. 6 BIV-FINMA, wonach getroffene Massnahmen des Sanierungsbeauftragten keine Verfügungen im Sinne des VwVG darstellen.

3.4.1.4 Sanierungsplan

Art. 43 BIV-FINMA enthält eine Auflistung, was alles in den Sanierungsplan aufgenommen werden muss. Mit Ausnahme von Art. 43 lit. f und i BIV-FINMA sind die aufgeführten Elemente zwingend im Sanierungsplan zu adressieren. Da jede Sanierung anders ausfallen kann, können nicht alle konkret in einem Sanierungsplan aufzunehmenden Punkte in der Verordnung aufgenommen werden. Entsprechend beinhaltet Art. 43 BIV-FINMA – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine namentliche Aufzählung des Inhalts.

Ausgangspunkt einer Sanierung ist die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft. Entsprechend muss diese mittels einer Aufzählung der Aktiven und Passiven der Bank im Sanierungsplan dargestellt werden (Art. 43 lit. a BIV-FINMA). Zusätzlich zur Aufstellung sind die Aktiven und Passiven vorsichtig zu bewerten (Art. 43 lit. b BIV-FINMA). Die Verordnung stützt sich hier auf Art. 31 Abs. 1 lit. a BankG, der für die Genehmigung des Sanierungsplanes eine vorsichtige Bewertung der Aktiven verlangt. Die Verordnung erstreckt diese Bewertungsvorgabe auf die Passiven der Bank.

Sodann hat der Sanierungsplan Auskunft darüber zu geben, wie die künftige Organisations- und Führungsstruktur der sanierten Bank aussehen wird. Die Darstellung bezieht sich damit nicht auf die Organisation und Führung während des laufenden Sanierungsverfahrens, sondern soll den Betroffenen bereits bei der Vorstellung des Sanierungsplanes Auskunft geben, wie diese nach abgeschlossenem Sanierungsverfahren aussehen soll. Den Betroffenen der zu sanierenden Bank ermöglicht dies gemeinsam mit den übrigen Informationen einen besseren Überblick über die Erfolgsaussichten der Sanierung und die Tragfähigkeit der künftigen sanierten Bank. Die Darstellung wird üblicherweise in Form eines Organigramms geschehen. Art. 43 lit. c BIV-FINMA erweitert die Pflicht auf eine Darstellung der Bankengruppe bzw. des Bankenkonglomerats, wenn die zu sanierende Bank nach Abschluss des Sanierungsverfahrens Teil einer solchen Struktur werden soll.

Kernstück des Sanierungsplanes bilden sodann die Darstellung der Grundelemente der Sanierung (Strategie), der künftigen Kapitalstruktur und des künftigen Geschäftsmodelle (Art. 43 lit. d BIV-FINMA). Neben den klassischen Sanierungsmethoden wie dem Verkauf eines Teils der Aktiven oder der Übernahme von Teilen der Bank durch eine anderes Institut sind insbesondere auch Kapitalmassnahmen gemäss Art. 46 ff. BIV-FINMA denkbar. Sodann ist in den Grundzügen das neue Geschäftsmodell darzustellen, mit dem die sanierte Gesellschaft anschliessend tätig sein wird.

Weiter ist zur Stellung der Gläubiger im Sanierungsverfahren Auskunft zu geben. Art. 43 lit. e Ziff. 1 bis 4 BIV-FINMA nimmt Bezug auf die Voraussetzungen für die Genehmigung des Sanierungsplanes durch die FINMA gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b und c BankG. Der Sanierungsplan muss insbesondere ausführen, weshalb die Sanierung für die Bankgläubiger vorteilhafter ist als ein Bankenkonzurs. Weiter benötigt es Angaben über den Vorrang der Interessen der Bankgläubigern gegenüber den Eignern sowie über die Berücksichtigung der Rangfolge der Gläubiger im Sanierungsverfahren. Der Sanierungsplan hat diese für die Gläubiger zentralen Aspekte für die Sanierung transparent darzustellen. Die Veröffentlichung dieser Angaben im Sanierungsplan ermöglicht allen Beteiligten eine bessere Überprüfung der allfälligen Genehmigung des Sanierungsplanes durch die FINMA. Über diese Punkte hinaus muss der Sanierungsplan sodann aufzeigen, ob und wie durch die geplanten Massnahmen in die Rechte der Gläubiger eingegriffen wird. Dieser Punkt ist auch für die Beurteilung, ob die Gläubiger ein Recht auf Ablehnung des Sanierungsplanes i.S.v. Art. 31a BankG haben, von Bedeutung (vgl. dazu Art. 45 BIV-FINMA).

Art. 32 BankG sieht die Möglichkeit vor, dass der Sanierungsplan die Anfechtung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 285 ff. SchKG und die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gemäss Art. 39 BankG durch die betroffene Bank ausschliesst. Grund für eine derartige Ausschlussmöglichkeit ist, dass die sanierte Bank nicht mit langwierigen Prozessen gegen frühere Organe belastet wird, sondern sich auf ihre neuen Geschäfte konzentrieren soll. Als Ausgleich wird bei einem solchen Ausschluss jeder Gläubiger berechtigt, diese Ansprüche selbst geltend zu machen – die Forderungen des

Gläubigers beschränken sich jedoch auf den Umfang, in dem der Sanierungsplan in seine Recht eingreift. Ist ein Ausschluss vorgesehen, so ist dies im Sanierungsplan entsprechend anzugeben (Art. 43 lit. f BIV-FINMA).

Der Sanierungsplan soll aufzeigen, wie allfällige organisatorische Mängel behoben (vgl. auch Art. 43 lit. c BIV-FINMA) und welche personelle Änderungen vorgenommen werden. Es braucht Angaben darüber, was mit den bisherigen Bankorganen geschehen soll bzw. welche bisherigen Bankorgane weiterhin für die Führung der Bank verantwortlich sein sollen. Eine solche Weiterbeschäftigung von Bankorganen, welche für die Führung der Bank verantwortlich sein sollen, kann nur dann erfolgen, wenn dies im Interesse der Bank liegt. Der Sanierungsplan hat dabei darzulegen, inwiefern die Bank an einer Weiterbeschäftigung ein Interesse hat (vgl. Art. 43 lit. g BIV-FINMA). Für diejenigen Organe der Bank, die im Zuge der Sanierung aus der Bank ausscheiden, hat der Sanierungsplan eine Darstellung der Abgangsregelung zu enthalten (Art. 43 lit. h BIV-FINMA). Dabei geht es lediglich um eine Information; in die bestehende arbeitsrechtliche Ordnung wird nicht eingegriffen.

Soweit im Rahmen der Sanierung besondere Massnahmen gemäss dem 3. und 4. Kapitel des Sanierungsrechts (Art. 46 ff. BIV-FINMA) vorgesehen sind, müssen diese ebenfalls im Sanierungsplan aufgeführt werden (Art. 43 lit. i BIV-FINMA).

Der Sanierungsplan wird in der Praxis in der Regel in Form eines Berichtes erfolgen, der namentlich zu den in Art. 43 BIV-FINMA aufgeführten Punkten Stellung nimmt.

3.4.2 2. Kapitel: Genehmigung des Sanierungsplans

3.4.2.1 Genehmigung

Gemäss Art. 31 BankG fällt die Genehmigung des Sanierungsplanes in die Zuständigkeit der FINMA. Eine Zustimmung der Generalversammlung der zu sanierenden Bank ist aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung nicht vorgesehen (vgl. Art. 31 Abs. 2 BankG). Art. 44 Abs. 1 BIV-FINMA bestätigt hierbei, dass die Genehmigung durch die FINMA dann erfolgt, wenn die Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 BankG erfüllt sind. Ist dem so, wird der Sanierungsplan mittels Verfügung genehmigt. Art. 24 Abs. 2 BankG sieht ein Beschwerderecht der Gläubiger und Eigner der Bank gegen die Genehmigung vor. Neben der Beschwerdemöglichkeit gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG besteht sodann die Möglichkeit für die Gläubiger, den Sanierungsplan abzulehnen, wenn dieser einen Eingriff in die Rechte der Gläubiger vorsieht (vgl. Art. 45 BIV-FINMA).

Art. 31 Abs. 1 lit. a BankG verlangt als Genehmigungsvoraussetzungen eine vorsichtige Bewertung der Aktiven der Bank. Obwohl sich der Gesetzestext zu den Passiven der Bank nicht äussert, wird auch bei diesen Werten eine vorsichtige Bewertung erfolgen. Diese vorsichtige Bewertung wird dann in die Darstellung der Aktiven und Passiven fliessen, wie sie gemäss Art. 43 lit. b BIV-FINMA im Sanierungsplan aufgeführt werden muss. Insgesamt sind die Aktiven und Passiven vorsichtiger als bei den ordentlichen Rechnungslegungsvorschriften zu veranlassen. Die Bewertung sollte auch die allgemeine Wirtschaftslage und die erwartete konjunkturelle Entwicklung berücksichtigen. Bei der Bewertung der von Kreditnehmern geleisteten Deckung, insbesondere von Realsicherheiten, müssen beste-

hende und künftige Wertminderungen mit einbezogen werden. Da eine sichere Beurteilung der Bonität von Schuldern zumeist kaum möglich ist, hat auch sie zurückhaltend zu erfolgen. Entsprechend ist auch die Wirtschaftslage für Drittunternehmen, gegenüber denen die Bank Forderungen und Beteiligungsrechte besitzt, vorsichtig zu beurteilen. Den allfällig weiter zu erwartenden und häufig nicht leicht abschätzbaren Verlusten ist mit ausreichenden Rückstellungen beziehungsweise Wertberichtigungen Rechnung zu tragen. Angesichts des Zwecks der Sanierung sind bei der Bewertung der Aktiven und Passiven der Bank die Fortführungswerte massgebend.

Im Übrigen bleiben die Kriterien für die Genehmigung des Sanierungsplanes unverändert. So ist zudem erforderlich, dass die Gläubiger der Bank durch die erfolgreiche Sanierung voraussichtlich besser gestellt sind, als wenn über die Bank sofort der Konkurs eröffnet wird (Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG). Damit wird letztlich als grundsätzliches Kriterium des Sanierungsverfahrens klargestellt, dass die Sanierung nur dann erfolgen kann, wenn diese im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger liegt. Mit dieser Bestimmung wird verdeutlicht, dass die Sanierung nicht nur der Rettung der Bank als solcher dient, sondern die Bewältigung der Finanzprobleme unter bestmöglicher Wahrung der Gläubigerinteressen erlauben soll. Im Übrigen dürften die Interessen der Gläubiger durch eine Sanierung in aller Regel besser gewahrt werden als durch eine Liquidation. Die Liquidation ist mit der Einstellung der Geschäftstätigkeit und Unterbrechung des Zahlungsverkehrs verbunden, womit der Bank die Möglichkeit zur Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Situation genommen wird. Bei einem debt-to-equity swap – bei dem die Gläubiger zu Teilhabern werden – muss berücksichtigt werden, dass diese im Falle einer erfolgreichen Sanierung vom Wertzuwachs profitieren. Sie verzichten zwar auf eine sofortige Begleichung ihrer kurzfristig ohnehin nicht einbringlichen Forderung, haben aber Aussicht darauf, dass der Wert ihrer Anteile bei positiver wirtschaftlicher Entwicklung denjenigen ihrer ursprünglichen Forderung übersteigen kann.

Weiter ist für eine Genehmigung erforderlich, dass der Vorrang der Interessen der Gläubiger vor denjenigen der Eigner sowie die Rangfolge der Gläubiger berücksichtigt wird (Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG). Mit dieser Norm soll primär dem Grundsatz gefolgt werden, dass Verluste in erster Linie durch die Aktionäre getragen werden. Wesentlicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Aktionärsstellung ist die Eröffnung des Sanierungsverfahrens.

Im Anschluss an die Genehmigung macht die FINMA diese sowie die Grundzüge des Sanierungsplanes öffentlich bekannt. Die öffentliche Bekanntmachung hat Angaben zu enthalten, wie die betroffenen Gläubiger und Eigner der Bank in den Sanierungsplan Einsicht nehmen können (Art. 44 Abs. 2 BIV-FINMA). Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt gemäss den Vorgaben von Art. 4 BIV-FINMA im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie auf der Internetseite der FINMA. Die Veröffentlichung der Genehmigung hat grundsätzlich unverzüglich mit Genehmigung zu erfolgen. Die zu veröffentlichenden Grundzüge haben sich auf die wichtigsten Eckpunkte des Sanierungsplanes zu beschränken und sollen den betroffenen Gläubigern und Eignern den mit dem Sanierungsplan beabsichtigten Gang der Sanierung in kurzer Form darstellen. Sodann wird den Gläubigern und Eignern mitgeteilt, wann und wo sie Einsicht in den Sanierungsplan nehmen können.

3.4.2.2 Ablehnung durch die Gläubiger

Art. 31a BankG sieht vor, dass den Gläubigern spätestens mit der Genehmigung des Sanierungsplanes eine Frist zu setzen ist, innert derer sie den Sanierungsplan ablehnen können. Voraussetzung ist, dass der Sanierungsplan einen Eingriff in die Rechte der Gläubiger vorsieht.

Art. 45 Abs. 1 BIV-FINMA präzisiert hierzu, dass die Frist mindestens zehn Werktage betragen muss. Die Frist läuft ab Bekanntmachung des Sanierungsplanes gemäss Art. 44 Abs. 2 BIV-FINMA. Die FINMA kann im Übrigen die Frist für die Ablehnung bereits vor ihrer eigenen Genehmigung des Sanierungsplanes auslösen (vgl. Art. 31a Abs. 1 BankG). In diesem Fall müsste aber die Einsichtnahme in den Sanierungsplan im Sinne von Art. 44 Abs. 2 BIV-FINMA bereits früher ermöglicht werden.

Art. 45 Abs. 2 BIV-FINMA äussert sich darüber, wie eine Ablehnung durch die Gläubiger erfolgen soll. So muss die Ablehnung durch einen Gläubiger schriftlich zum Ausdruck gebracht werden. Neben dem Namen und der Adresse ist insbesondere die Höhe der Forderung im Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens sowie der Forderungsgrund anzugeben.

Erwähnt sei an dieser Stelle überdies, dass sich Art. 31a Abs. 2 BankG für die Frage der Berechnung des Quorums für die Ablehnung des Sanierungsplanes durch die Gläubiger auch auf die aus den Büchern hervorgehenden Forderungen abstützt. Für die Definition der aus den Büchern ersichtlichen Forderungen ist auf Art. 8 BIV-FINMA zu verweisen.

3.4.3 3. Kapitel: Kapitalmassnahmen

In diesem Kapitel wird das Verfahren hinsichtlich der vom BankG neu vorgesehenen Massnahmen im Bereich des Kapitals geregelt. Der am 1. September 2011 in Kraft getretene Art. 31 Abs. 3 BankG ermöglicht der FINMA, im Sanierungsplan im Sinne einer ultima ratio, d.h. wenn die drohende Insolvenz nicht sonstwie beseitigt werden kann, entweder die Reduktion bestehenden und die Schaffung neuen Eigenkapitals oder die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vorzusehen. Angesichts des Ziels der Bankensanierung im Allgemeinen und der Kapitalmassnahmen im Besonderen, nämlich die Liquidation abzuwenden und damit die Gläubiger und das System zu schützen sowie staatliche Rettungsaktionen tunlichst zu vermeiden, ist die Spannweite des Gesetzes, die in der offenen Formulierung ihren Ausdruck gefunden hat, an sich zu begrüssen. Indes sind den zum Teil auslegungsbedürftigen Begriffen im Rahmen dieser Verordnung um der Rechtssicherheit willen Konturen zu geben, ohne an den Zielsetzungen Abstriche zu machen. Die Art. 46 ff. BIV-FINMA führen Art. 31 Abs. 3 BankG näher aus.

3.4.3.1 Reduktion und Schaffung von Eigenkapital

Die in Art. 46 BIV-FINMA näher ausgeführte Reduktion bisherigen und die Schaffung neuen Eigenkapitals wird der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital in aller Regel vorangehen, ausnahmsweise jedoch praktisch gleichzeitig erfolgen. Dies entspricht auch dem Grundsatz, wonach die Eigner vor den Gläubigern in die Pflicht genommen werden sollen. Die entstandenen Verluste sind mithin in erster Linie von den Eignern zu tragen. Diese sind unter einander gleich zu behandeln.

Bedarf es zur Verbesserung der Aussicht einer (erfolgreichen) Sanierung jedoch weiteren Kapitals, so kann auch ein Eingriff in die Rechte der Gläubiger gerechtfertigt werden. Dies freilich nur dann, wenn die Gläubiger bei einem solchen Eingriff besser gestellt werden, wie wenn die Bank liquidiert würde (man nennt diesen elementaren Grundsatz im angelsächsischen Raum „no creditor worse off than in an insolvency procedure“).

In Art. 47 BIV-FINMA wird eingangs der Grundsatz festgehalten, dass für Kapitalmassnahmen gemäss BIV die Vorschriften des Obligationenrechts sinngemäss heranzuziehen sind. Dies bedeutet, dass auch im Falle einer zu Sanierungszwecken eingeleiteten Reduktion bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts grundsätzlich beachtlich sind. Bestehen jedoch Hinweise, dass die Sanierung der Bank nicht gelingen würde, wenn nicht den bisherigen Eignern das Bezugsrecht entzogen wird, so kann die FINMA den Entzug anordnen. Die Einräumung einer solchen Befugnis ist unter Berücksichtigung des vorgenannten Grundsatzes „Haftung“ der Eigner vor den Gläubigern und des Ziels, eine Sanierung im Einzelfall zustande zu bringen, durchaus gerechtfertigt. Die Argumentation findet im Übrigen eine Stütze im Gesetz, indem als einzige Grenze für die Anordnung der Sanierung das Einhalten des Grundsatzes „no creditor worse off than in an insolvency procedure“ erwähnt wird. Dementsprechend ist das Statuieren der Möglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses auf Verordnungstufe gerechtfertigt, selbstverständlich unter der Beachtung der allgemeinen Prinzipien und Ziele der Sanierung wie vorgenannt.

3.4.3.2 Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital

Bei der Anordnung der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, dem sog. Debt-to-Equity Swap, handelt es sich um eine behördliche Anordnung einer gesetzlich vorgesehenen Massnahme (sog. „statutory bail-in“). Eine solche Massnahme wäre bei extensiver Auslegung von Art. 26 BankG wohl bereits unter geltendem Recht zulässig gewesen. Angesichts des weitgehenden Eingriffs in die (Eigentums-) Rechte von Gläubigern gebot es sich jedoch, eine solide, demokratisch legitimierte gesetzliche Grundlage zu schaffen. Der Gesetzgeber hat diese Klarstellung im Interesse der Rechtssicherheit und des Schutzes hochwertiger Rechtsgüter wie des Eigentums vorgenommen und in Art. 31 Abs. 3 BankG eine entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen.

In Art. 48 Abs. 1 BIV-FINMA wird verlangt, dass im Zeitpunkt der Anordnung des Debt-to-Equity Swaps einerseits dazumal noch vorhandenes vertragliches Wandlungskapital bereits gewandelt haben muss. Selbstredend muss zuvor auch das Aktienkapital vollständig herabgesetzt worden sein. Als vertragliches Wandlungskapital gelten dabei zwei verschiedene Arten von Kapital. Einerseits sind damit speziell für Krisenfälle ausgegebenes Kapital, wie insbesondere sog. Contingent Convertibles Bonds (CoCos) gemeint, deren Wandlung bei Unterschreiten bestimmter Kapitalquoten (capital ratios) automatisch erfolgt. Eine Wandlung kann aber neben dem Erreichen des quantitativen Elementes, d.h. des Erreichens eines Schwellenwertes, auch erfolgen, wenn der sog. point of non-viability eintritt. Dieser tritt nach einer Wertung der zuständigen Behörde dann ein und die Wandlung des Fremdkapitals in Eigenkapital ist anzuordnen, wenn die (finanzielle) Lage der Bank so ungünstig ist, dass an eine Weiterführung des Geschäfts in der bisherigen Weise nicht mehr zu denken ist. Die Bank wird dann in die Insolvenz geschickt. Ein weiterer Anwendungsfall der (Zwangs-)Wandlung ist der sog. „contractual bail-in“. Im Gegensatz zum Coco ist der der Auslöser der Wandlung jedoch nicht quantitativ vorbe-

stimmt. Die Wandlung wird vielmehr durch einen behördlichen Eingriff ausgelöst, welcher in den Emissionsbedingungen näher umschrieben wird.

Beim Debt-to-Equity Swap handelt es sich um die im Rahmen der Sanierung einer Bank zuletzt einsetzbare Massnahme (ultima ratio). Nur wenn alle anderen (Kapital-)Massnahmen nicht mehr in Frage kommen oder bereits angeordnet bzw. umgesetzt wurden und das dann vorhandene Kapitalsubstrat immer noch nicht ausreichend ist, um die Sanierung mit Aussicht auf Erfolg anordnen bzw. durchführen zu können, wird die FINMA den die Zwangswandlung („statutory bail-in“) anordnen.

Nach Art. 48 Abs. 2 BIV-FINMA ist im Falle der Anordnung des Debt-to-Equity Swaps so viel Fremd- in Eigenkapital zu wandeln, dass nach erfolgtem Sanierungsverfahren die Eigenmittelvorschriften nach BankG sowie allenfalls vorhandene, institutsspezifische Anforderungen, welche die FINMA bereits im Vorfeld verfügt hat, eingehalten werden. Eine genaue Bezifferung des umzuwandelnden Fremdkapitals auf Stufe dieser Verordnung ist folglich weder angezeigt noch möglich.

3.4.3.3 Wandelbarkeit von Forderungen

Einleitend ist nochmals an den elementaren Grundsatz zu erinnern, dass gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG die Interessen der Gläubiger höher zu gewichten sind als diejenigen der Eigner. Mithin werden also zuerst die Forderungen der Eigner gewandelt werden müssen.

Bei der Wandlung von Forderungen von Bankgläubigern stellt sich die Frage, welche Forderungen der Zwangswandlung überhaupt zugänglich sind und welchen spezifischen Erfordernissen diese sonst noch zu genügen haben. An dieser Stelle sei in Erinnerung gerufen, dass auch dieses Sanierungsinstrument keinen Unterschied zwischen in- und ausländischen Gläubigern macht.

Während Art. 49 Abs. 1 BIV-FINMA zunächst festhält, dass grundsätzlich sämtliche Forderungen konvertiert werden können, schränkt Abs. 2 dies sogleich wieder ein. Nicht wandelbar sind demgemäss:

- gesicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung; dies bedeutet beispielsweise, dass der die Sicherheit übersteigende Teil einer Forderung wandelbar ist.
- privilegierte Forderungen der 1. und 2. Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG und Art. 37a Abs. 1 bis 5 BankG.
- Forderungen, die Gegenstand von Aufrechnungsvereinbarungen sind; als Aufrechnungsvereinbarungen sind dabei insbesondere diejenigen gemeint, welche in Rahmenverträgen/Master Agreements von Finanzmarktinfrastrukturdienstleistern (vgl. insbesondere Art. 27 Abs. 3 BankG) enthalten sind.
- Forderungen mit einer Restlaufzeit von weniger als 30 Tagen; würden derartige Forderungen der Zwangswandlung unterliegen, bestünde u.a. die Gefahr, dass dadurch der Markt für die kurzfristige Finanzierung bzw. die kurzfristige Liquiditätshaltung empfindlich gestört würde. Dies deshalb, weil andere Banken, welche als Marktteilnehmer im Interbankenhandel auftreten, kaum Bereitschaft zeigen würden, derartige Forderungen einzugehen, auf die Gefahr hin, dass sie im Extremfall gewandelt werden. Wenn sich überhaupt noch jemand zu Ausleihungen bereit fände, dann jedenfalls nur zu unüblich hohen Zinskonditionen.

Wandelbar sind also, unter Vorbehalt der hierin beschriebenen Ausnahmen, grundsätzlich alle Forderungen nach Art. 25 Abs. 1 Ziff. 2.1 bis 2.5 BankV, also Verpflichtungen aus Geldmarktpapieren, Verpflichtungen gegenüber Banken und Kunden (in Spar- und Anlageform sowie übrige Verpflichtungen) sowie Forderungen aus Kassenobligationen. Dabei ist zu beachten, dass die Wandlung zuerst sämtliche nachrangigen Forderungen zu beschlagen hat (Art. 49 Abs. 4 BIV-FINMA). Erst wenn eine Wandlung sämtlichen nachrangigen Fremdkapitals nicht zur (nachhaltigen) Rekapitalisierung des betroffenen Instituts ausreicht, darf die Umwandlung sonstiger Forderungen angeordnet werden.

Nach Art. 49 Abs. 3 BIV-FINMA kann die FINMA auch weitere Forderungen von der Wandelbarkeit ausnehmen. Eine solche Ausnahme kann sich beispielsweise aus der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit der entsprechenden Forderung mit von der Wandlung ausgenommenen Forderungen ergeben. Ebenso kann die FINMA eine für die Wandelbarkeit längere Restlaufzeit als die in Art. 49 Abs. 2 lit. d BIV-FINMA genannte anordnen. Tut sie dies, hat sie jedoch sicherzustellen, dass die Limitierung für sämtliche Forderungen gleichermassen gilt (Abs. 3). Angesichts der Schwierigkeit, bei branchenweiten bzw. marktbedingten Krisensituationen ausreichend Kapital zu beschaffen, dürften in diesen Fällen auch Forderungen mit tendenziell kürzeren Laufzeiten gewandelt werden. Bei idiosynkratischen Krisen kann es ausreichen, sich auf Forderungen mit längeren Laufzeiten und später eintretender Fälligkeit zu beschränken.

Ist mit sämtlichen vorgenannten Wandlungsvorgängen noch immer nicht ausreichend frisches Kapital geschaffen worden, so verfügt die FINMA zusätzlich über die Befugnis, auch Forderungen umzuwandeln, die bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Art. 31 Abs. 3 BankG, also vor dem 1. September 2011, entstanden sind. Diese Befugnis steht der FINMA bereits unter geltendem Recht zu.⁸ Auch diese Befugnis betrifft Forderungen sowohl in- als auch ausländischer Gläubiger.

3.4.3.4 Andere Kapitalmassnahmen

Die zuvor dargestellten Kapitalmassnahmen stellen lediglich einen Ausschnitt der möglichen Massnahmen im Kapitalbereich dar. Denkbar und unter Umständen entweder bereits ausreichend oder gar geeigneter sind die in Art. 50 BIV-FINMA aufgeführten, anderen Kapitalmassnahmen wie die Anordnung einer Stundung von Zinszahlungen, eines Fälligkeitsaufschubs oder eines Forderungsverzichts (sog. „hair-cut“). Dem Ermessen der FINMA wird entsprechend anheimgestellt, die anzuordnenden Massnahmen und/oder Massnahmenkombinationen zu bestimmen. Jedenfalls hat die FINMA im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht mehr Massnahmen anzuordnen, als nötig sind.

3.4.4 4. Kapitel: Weiterführung bestimmter Bankdienstleistungen

Die Weiterführung von bestimmten Bankdienstleistungen ist in erster Linie eine Massnahme des Kundenschutzes, in zweiter Linie eine solche des Systemschutzes. Ziel ist die Erhaltung einzelner, v.a. wesentlicher bzw. systemrelevanter Bankdienstleistungen zugunsten der Kunden. Namentlich soll ihnen der Zugang zu ihren Geldern (Einlagen und Kredite) mittels des Zahlungsverkehrs sichergestellt werden.

⁸ Vgl. dazu die Botschaft zur Einlagensicherungsvorlage, S. 4018.

Entsprechend fand dieses neue Instrument Eingang in das gemäss der Einlagensicherungsvorlage modifizierte BankG (Art. 30). Dieser neue Art. 30 BankG regelt, dass der Sanierungsplan die Weiterführung von Bankdienstleistungen vorsehen (Abs. 1) und dazu Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse auf einen anderen Rechtsträger oder eine Übergangsbank übertragen kann (Abs. 2). In Abs. 3 wird schliesslich normiert, dass der Übernehmer mit Genehmigung des Sanierungsplans an die Stelle der betroffenen Bank tritt. Dies bedeutet, dass mit der Rechtskraft der Sanierungsplangenehmigung ein Verpflichtungsgeschäft vorliegt, auf Basis dessen nun ohne weiteres Zutun die Verfügungsgeschäfte vorgenommen werden können. Wie in der Botschaft zur Einlagensicherungsvorlage enthalten⁹, sind bei einer solchen Übertragung die Bestimmungen des Fusionsgesetzes nicht zu berücksichtigen.

3.4.4.1 Weiterführung von Bankdienstleistungen

Nachdem die Erhaltung einzelner Bankdienstleistungen zugunsten der Kunden das erklärte Hauptziel dieser Massnahmen ist, stellt sich die Frage, welche Bankdienstleistungen im Fokus stehen. Es geht dabei – wie der Botschaft zur Einlagensicherungsvorlage zu entnehmen ist – vornehmlich um die Sicherstellung des Zugangs zu den Kundenguthaben, seien dies nun Depositen oder Valuta v.a. kurzfristiger Kredite (Kreditlinien oder -limiten), und der Möglichkeit, den Zahlungsverkehr zu nutzen¹⁰. Diese Aufzählung ist jedoch keine abschliessende. Natürlich sind, wo im Interesse der Kunden oder des Funktionsschutzes liegend, auch andere Bankdienstleistungen weiterführbar. Es wird lediglich festgestellt, welche Bankdienstleistungen im Mindesten weiterzuführen sind. Die Schweizerische Nationalbank wird die in diesem Zusammenhang besonders zu berücksichtigenden systemrelevanten Funktionen abschliessend definieren.

Die Sicherstellung dieser erhaltenswerten Bankdienstleistungen erfolgt durch Separierung dieser innerhalb der sich in Nöten befindlichen Bank und Übertragung auf einen anderen bzw. mehrere andere Rechtsträger. Die übertragenen Forderungen oder Beteiligungen gehen dabei nicht unter, sondern bestehen gegenüber dem anderen Rechtsträger weiter. Als „anderer Rechtsträger“ kommen dabei in Frage:

- Andere Gesellschaften wie beispielsweise andere Banken oder Finanzinstitute;
- Eine bestehende, rechtlich selbständige Gesellschaft der betroffenen Bank oder Bankengruppe, die im Sanierungsfall aus dieser herausgelöst wird und selbständig funktioniert (Übergangsbank); oder
- Eine eigens für diesen Sanierungsfall vorbereitete, im Sanierungszeitpunkt zu existieren beginnende Gesellschaft (Übergangsbank).

Während Art. 51 Abs. 1 BIV-FINMA festhält, was im Falle einer jeden Übertragung in den Sanierungsplan aufzunehmen ist, beschäftigen sich die Abs. 2 und 3 mit der Wirkung des genehmigten Sanierungsplans.

⁹ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, S. 4018.

¹⁰ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, S. 4008.

Angesichts der Wichtigkeit der Übertragung von Bankdienstleistungen im Rahmen der Sanierung wird ihr im Sanierungsplan spezielles Gewicht beigemessen. Erfolgt eine Sanierung ohne Übertragung von Bankdienstleistungen, so hat der Sanierungsplan die Informationen gemäss Art. 43 BIV-FINMA zu enthalten. Bedarf es zur Sanierung aber der Übertragung einzelner oder mehrerer Bankdienstleistungen auf einen oder mehrere Rechtsträger, so bestimmt Art. 51 Abs. 1 BIV-FINMA, welche zusätzlichen Informationen in den Sanierungsplan aufzunehmen sind.

Zunächst ist der andere Rechtsträger, sei dies eine Drittgeseellschaft oder eine Übergangsbank, zu bezeichnen (lit. a). Sodann sind die zu übertragenden Bankdienstleistungen und die mit der Übertragung dieser Bankdienstleistungen verbundenen Vermögenswerte sowie die entsprechende Gegenleistung der Art und der Höhe nach anzugeben (lit. b und c). Des weiteren sind die getroffenen Kapitalmassnahmen nach den Art. 46 bis 50 BIV-FINMA anzuführen und ist zu beschreiben, wie die dadurch beschafften Mittel zwischen der zu sanierenden Bank und dem anderen Rechtsträger aufzuteilen sind (lit. d). Gemäss lit. e hat der Sanierungsplan überdies die Aufforderung an die zu sanierende Bank zu enthalten, alles vorzukehren, damit die Übertragung von den Bankdienstleistungen und Vermögenswerten möglichst reibungslos erfolgen kann. Dabei spielt der Ort, an dem sich der Vermögenswert befindet, oder das Recht, welchem dieser untersteht, keine Rolle. Weiters hat der Sanierungsplan festzulegen, ob ein Wertausgleich vorzunehmen und wie dieser in den Grundzügen zu berechnen ist. Dabei wird nicht verlangt, dass dieser bereits betraglich festgelegt ist, sondern nur, aber immerhin, anhand welcher Faktoren der Wertausgleich berechnet werden soll (lit. f). Um der Klarheit willen ist im Zusammenhang mit dem Wertausgleich festzuhalten, dass bei der Berechnung, welche zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren erfolgt, die tatsächlichen Werte im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung massgebend sind. Zudem hat er Angaben über von der zu sanierenden Bank und dem anderen Rechtsträger, auf den die Bankdienstleistungen übertragen werden, prospektiv gemeinsam genutzten Systeme und Applikationen sowie den Zugang des Übertragungsempfängers zu Zahlungsverkehrs- und Finanzmarktinfrastrukturen zu enthalten (lit. g). Diese Angaben sind deshalb wichtig, weil damit der FINMA die Informationspflicht gegenüber den Dienste- bzw. Systemanbietern nach Art. 27 BankG erleichtert und andererseits die operative Sicherheit der betroffenen Gesellschaften verbessert wird. Schliesslich ist in den Sanierungsplan aufzunehmen, wie dem Gebot der Berücksichtigung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Verbundenheit von Forderungen bzw. Rechten und Pflichten aus ein und demselben Vertragsverhältnis Nachachtung verschafft wird (lit. h). Ziel ist es, bei der Übertragung von Bankdienstleistungen bzw. der damit verbundenen Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse, zusammen zu lassen, was rechtlich oder wirtschaftlich zusammen gehört (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. d BankG gemäss TBTF-Vorlage). Diesem Gebot ist auch deshalb zum Durchbruch zu verhelfen, weil gerade Sicherungsgeschäfte und Verrechnungen zu den grundlegenden Mechanismen zur Kontrolle und Begrenzung von Kreditrisiken gehören, was überdies seinen Niederschlag bei den Eigenkapitalanforderungen findet. Könnte auf die Rechtswirksamkeit und Durchsetzbarkeit dieser Mechanismen nicht mehr vertraut werden, entstünden systemisch unerwünschte Auswirkungen. Folglich gilt in diesem Zusammenhang, dass wirtschaftlich eine Einheit bildende Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse entweder gesamthaft (teil-)übertragen werden oder aber bei der Restbank zu verbleiben haben.

In den Art. 51 Abs. 2 und 3 BIV-FINMA werden einzelne Wirkungen des Sanierungsplans explizit festgehalten. Die Erläuterung dieser Wirkungen dient der Rechtssicherheit. So besagt Abs. 2, dass die im Sanierungsplan angeführten, zu transferierenden Bankdienstleistungen bzw. die erwähnten Übertragungen von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse im Zeitpunkt des Erreichens der Vollstreck-

barkeit des Sanierungsplans auf den oder die übernehmenden Rechtsträger übergehen. Dem genehmigten Sanierungsplan wird des weiteren die gleiche Wirkung wie der Eintragung ins Handelsregister und Grundbuch beigemessen (Abs. 3). Demgemäss kommt dem vollstreckbaren Sanierungsplan **diesbezüglich nicht nur „Ersatzfunktion“ für das Verpflichtungs-, sondern auch für das Verfügungsgeschäft zu.** Die nachträgliche Eintragung in die genannten Bücher hat zwar dennoch zu erfolgen. Den Einträgen kommt jedoch nurmehr deklaratorische Wirkung zu. Auch mit dieser speziellen Regelung der Wirkungen wird das im Sanierungsbereich entscheidende Beschleunigungsgebot unterstützt.

An dieser Stelle ist auf Art. 30 Abs. 3 in fine BankG in der Fassung nach dem Inkrafttreten der am 30. September 2011 von der Bundesversammlung beschlossenen Änderung des BankG nach der „Too big too fail-Vorlage“ hinzuweisen. Dieser besagt, dass das Fusionsgesetz im Sanierungsverfahren nach dem BankG keine Anwendung findet, was bereits in der Botschaft zur Änderung des BankG gemäss der Einlagensicherungsvorlage enthalten ist. Dieser Ausschluss der Anwendbarkeit dient letztlich dem Kundenschutz. Dieser wird insbesondere durch eine Beschleunigung des Verfahrens verbessert. Um die notwendige Geschwindigkeit zu erreichen, sind die verfahrensmässigen Entschleuniger (zahlreiche Formvorschriften) des FusG zu beseitigen.

3.4.4.2 Übergangsbank

Bei der bereits zuvor mehrfach angesprochenen Übergangsbank handelt es sich um ein neues, speziell für die Sanierung und daselbst für die Teilsanierung im Sinne der Weiterführung von Bankdienstleistungen geschaffenes Instrument (Art. 52 Abs. 1 BIV-FINMA). Auf sie sollen, wo nicht anders möglich, die für die Kunden elementaren Bankdienstleistungen der vom Sanierungsverfahren betroffenen Bank übertragen werden. Diese hat sie, (zumindest) für eine gewisse Zeit, weiterführen.

Die „Gründung“ bzw. „Schaffung“ der Übergangsbank wird, da einzelfallabhängig, nicht gesondert geregelt. Damit verbleibt den Verpflichteten ein möglichst grosser, auf den Einzelfall adaptierbarer Spielraum. Sie können entsprechend nicht nur den Zeitpunkt, sondern auch die Form, das Tätigkeitsgebiet, etc. im Rahmen des für die Sanierung Erforderlichen frei bestimmen. Einzig die Tatsache, dass auch die Übergangsbank einer Bewilligung der FINMA bedarf (Art. 52 Abs. 2 BIV-FINMA), deren Erteilung sich grundsätzlich an der Einhaltung der üblichen Bewilligungsvoraussetzungen bemisst, schränkt den Handlungsspielraum ein. Je nach konkreter Sachlage ist die FINMA jedoch befugt, von diesen üblichen Voraussetzungen abzuweichen. Dies ist insbesondere unter Berücksichtigung der in der Regel beschränkten Existenzdauer und des beschränkten Tätigkeitsgebiets der Übergangsbank legitim, ja mitunter gar erforderlich, will das Ziel der Fortführung gewisser Bankdienstleistungen im Interesse der Kunden erreicht werden.

Zu den Aufgaben der Übergangsbank bzw. derer Führung gehört neben der Fortführung einzelner oder mehrerer Bankdienstleistungen auch, dass sie sich – zusammen mit der FINMA und der Überträgerin (so diese denn noch existiert) – darum kümmert, für diese Funktionen bzw. diese enthaltende, veräusserbare Einheiten einen Endempfänger, d.h. einen Erwerber, der die Bankdienstleistung dauernd weiterführt, zu suchen. Dabei kann es sich um einen Dritten oder aber auch, falls die Sanierung der Restbank erfolgreich war, um die Restbank bzw. vormalige Überträgerin, handeln.

Damit die Übergangsbank über die zur Weiterführung notwendigen Kapitalien verfügt, wird sie mit einem Teil des im Rahmen der Sanierung, aber im Vorfeld der Übertragung beigebrachten, zusätzlichen Kapitals (aus CoCo-Wandlung, contractual oder statutory bail-in oder sonstigen Handlungen) alimentiert. Diese Aufteilung hat in einem angemessenen Verhältnis zu geschehen. Kann die Übergangsbank nicht mit genügend Mitteln ausgestattet werden und wäre sie die einzige Möglichkeit zur Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen, so ist das Sanierungsverfahren – unter Berücksichtigung des Verbots der Schlechterstellung der Gläubiger als im Konkurs – aufzuheben oder gar nicht erst anzuordnen und ist der Konkurs bzw. die Liquidation zu verfügen.

3.5 Schutz der Systeme und Finanzmarktinfrastrukturen

Die Art. 53 bis 55 BIV-FINMA haben zum Ziel, die Rechtssicherheit sowie die Klarheit zu steigern, indem sie die Vorschriften von Art. 27 Abs. 2 und 3 BankG näher ausführen.

3.5.1 Weisungen von Teilnehmern eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystems

Art. 53 BIV-FINMA präzisiert Art. 27 Abs. 2 BankG dahingehend, dass mit „Weisungen“ nicht nur direkt transaktionsbezogene, sondern auch transaktionsunabhängige bzw. allgemeine Zahlungsanweisungen (fundings; pay-ins) innerhalb eines derartigen Systems gemeint sind. Das ist nach richtiger Auslegung in der Tat die Bedeutung der gesetzlichen Bestimmung, doch gibt letztere diese Bedeutung nicht ausdrücklich und damit nicht zweifelsfrei wieder.

3.5.2 Verbindlichkeit von Weisungen in Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen

Art. 27 Abs. 2 BankG schützt die „Endgültigkeit“ bzw. die Verbindlichkeit von Weisungen innerhalb eines Systems bei der Anordnung von Insolvenzmassnahmen gegenüber einem Teilnehmer eines solchen Systems – allerdings nur in einem beschränkten Masse, nämlich in den Schranken von lit. a und b von Art. 27 Abs. 2 BankG. Dies hat u.a. zur Folge, dass die Finalitätswirkung mit Ablauf des Geschäftstags des Systems endet, an dem die Massnahme angeordnet wurde (Art. 27 Abs. 2 lit. b BankG), sofern diese Norm überhaupt anwendbar ist.

Der Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BankG bezieht sich auf alle Massnahmen des elften und zwölften Abschnitts des BankG und ist nicht auf diejenigen Massnahmen beschränkt, die Auswirkungen auf Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme zeitigen. Es kann und soll jedoch nicht jede Massnahme nach Art. 26 BankG eine Beschränkung der „Finalitätswirkung“ nach sich ziehen, und entsprechend ist sicherzustellen, dass auch die Beschränkungen gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. a und b BankG in diesen Fällen nicht zur Anwendung gelangen. Die Absätze 1 und 2 der vorgeschlagenen Verordnungsbestimmung stellen in diesem Sinne klar, dass nur die Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f bis h BankG zu einer Einschränkung der Finalitätswirkung führen können.

Kurzum: Mit Art. 54 BIV-FINMA wird klargestellt, dass als „solche Massnahmen“ nach Art. 27 Abs. 2 BankG nur diejenigen Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG gemeint sind, die überhaupt eine Auswirkung auf die Systeme zeitigen. Dies ist lediglich bei den Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. f bis h BankG der Fall. Ordnet nämlich die FINMA beispielsweise die Einsetzung eines Un-

tersuchungsbeauftragten gegenüber einer Bank oder einen Wechsel im Management an, so beeinflusst dies die Geschäftsbeziehungen zu den System- bzw. Marktinfrastruktur-Betreiber nicht. Ordnet die FINMA hingegen gegenüber einer Bank einen Fälligkeitsaufschub an, so hat dies direkte Auswirkungen auf die Geschäfte gegenüber den Systemen und/oder Finanzmarktinfrastrukturen.

Um der Klarheit willen wird in Abs. 2 festgehalten, dass die FINMA neben dem Verbot bzw. der einschränkenden Massnahme auch noch den Zeitpunkt, ab dem diese wirksam sind, in der Verfügung festzuhalten hat.

3.5.3 Aufrechnungsvereinbarungen und Verwertung von Sicherheiten

Um jedwelche Unklarheiten zu beseitigen, hält Art. 55 Abs. 1 BIV-FINMA schliesslich fest, dass das in Art. 27 Abs. 3 BankG Festgehaltene für alle Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme gilt. Diese Verdeutlichung ist insbesondere deshalb erforderlich, um möglichen Ansichten, mit Aufrechnungsvereinbarungen seien nur die (bekannteren) „Netting-Vereinbarungen“ wie diejenigen im Master Agreement der ISDA (International Swaps and Derivatives Association), dem Global Master Repurchase Agreement der ISMA (International Securities Management Association), dem European Master Agreement der EBF (European Banking Federation), dem Swiss Master Agreement für OTC-Derivate der SBVg (Schweizerische Bankiervereinigung) oder den Securities Lending Master Agreements gemeint, zu begegnen. Mit „Aufrechnungsvereinbarungen“ nach Art. 27 Abs. 3 des Gesetzes sind folglich jedwelche Aufrechnungs-, Netting- oder Verrechnungsvereinbarungen gemeint, welche zwischen einem System- oder Finanzmarktinfrastruktur-Betreiber und einer Bank geschlossen wurden.

In Abs. 2 wird zudem explizit festgehalten, dass dies auch mit Bezug zu Verwertungsabreden gilt.

3.6 Aufschiebung von Vertragsbeendigungsrechten

Art. 56 BIV-FINMA setzt ein Anliegen des FSB um und findet seine Grundlagen in Art. 26 i.V.m. Art. 28 ff. BankG.

Das FSB verlangt von den Mitgliedstaaten in seinen Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions vom Oktober 2011, dass sie die Möglichkeit der Verhängung temporärer Suspensionen gegenüber Vertragsbeendigungsrechten (temporary stay on early termination rights) vorsehen. Die FINMA ist gemäss Art. 26 BankG zum Erlass von Schutzmassnahmen, auch im Falle einer Sanierung oder Liquidation, befugt. Entsprechend kann sie u.a. („namentlich“) 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. Seit dem Inkrafttreten dieser Abänderung des BankG, mithin 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.

In vorab teleologischer Auslegung der seit dem 1. September 2011 in Kraft stehenden Art. 26 und 28 ff. BankG kann deshalb geschlossen werden, dass die FINMA zur Anordnung einer einstweiligen Aufschiebung des Gebrauchmachens von Vertragsbeendigungsrechten gegenüber einer vom Sanierungsverfahren betroffenen Bank befugt ist (Art. 56 BIV-FINMA). Dies kann die FINMA gegenüber in der Schweiz ansässigen Gegenparteien verfügen. Gegenüber im Ausland ansässigen Unternehmen kann dies lediglich via deren zuständige ausländische Aufsichtsbehörde erfolgen. Die FINMA hat die ausländischen Aufsichtsbehörden entsprechend frühzeitig zu informieren. Dabei hat die FINMA neben den im jeweiligen Staat ansässigen Vertragsgegenparteien insbesondere auch Beginn und Ende der Suspension mitzuteilen. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Suspension bzw. das Verbot in den relevanten Jurisdiktionen und für den gleichen Zeitraum gilt. Eine nicht zeitgleich wirkende Suspension würde den Schutz ins Gegenteil verkehren.

Nach Art. 56 lit. a BIV-FINMA ist die FINMA befugt, Gegenparteien von Verträgen, die von der Bank auf einen anderen Rechtsträger – auch eine Übergangsbank – übertragen werden, die Ausübung von Beendigungsrechten einstweilen zu untersagen. Offensichtlich ist, dass die Anordnung nur dann erforderlich ist, wenn ein Vertrag zwischen der Bank und einer Vertragsgegenpartei die Vertragsbeendigungsmöglichkeit der Gegenpartei an die Anordnung einer Insolvenzmassnahme knüpft (lit. b). Im Rahmen der Anordnung der Aufschiebung, welche längstens 48 Stunden dauern darf, sind Beginn und Ende der Aufschiebung exakt anzugeben (lit. c). Schliesslich kann die FINMA, wobei sie dies praktisch ausnahmslos tun wird, anordnen, dass der Übernehmer die Rechte und Pflichten aus den Verträgen samt und sonders zu übernehmen hat (lit. d).

Damit wird letztlich das Ziel verfolgt, die Sanierungsmöglichkeit aufrechtzuerhalten, indem ein mögliches Gebrauchmachen von in Finanzverträgen vereinbarten Beendigungsrechten dilatorisch ausgeschlossen wird. Mit Art. 56 BIV-FINMA wird klargestellt, dass die Anordnung einer Insolvenzmassnahme, wobei insbesondere und zur Hauptsache die Übertragung von Bankdienstleistungen gemeint ist, die Finanzvertragspartner der Bank nicht berechtigt, diese Finanzverträge zu beenden. Der Niedergang der Bank soll dadurch entschleunigt werden, dass sich die Finanzvertragspartner nicht auf sogenannte Defaults bzw. Cross-Defaults und damit einhergehende Vertragsbeendigungsrechte berufen können. Dies soll umso mehr gelten, wenn ein Vertragspartner von der angeordneten Massnahme nur indirekt betroffen ist.

Wären die Finanzvertragspartner der Bank befugt, in einem solchen Fall den oder die Finanzverträge zu beenden (und zu verrechnen [close-out netting]), sähen die Chancen einer Sanierung der Restbank beträchtlich. Genau diese Sanierung und nicht nur die Sanierung einzelner Funktionen mittels Übertragung selbiger auf einen anderen Rechtsträger oder eine Übergangsbank soll aber nach dem neuen Regime nicht nur möglich, sondern angestrebt werden.

3.7 Abschluss des Verfahrens

3.7.1 Schlussbericht

Art. 57 BIV-FINMA regelt die Berichterstattung des Sanierungsbeauftragten und des Konkursliquidators im Schlussbericht.

Die Bestimmungen für den Konkursliquidator in Art. 56 Abs. 1 bis 3 BIV-FINMA entsprechen Art. 34 Abs. 1, 2 und 4 BKV-FINMA und wurden inhaltlich unverändert in die BIV-FINMA übernommen.

Der Sanierungsbeauftragte hat gleich wie der Konkursliquidator der FINMA summarisch über den Verlauf des Verfahrens zu berichten (vgl. Art. 57 Abs. 1 BIV-FINMA).

Mit dem Schlussbericht wird der FINMA das Verfahren zusammengefasst wiedergegeben. Der Sanierungsbeauftragte bzw. der Konkursliquidator hat die wichtigsten Eckpunkte und Probleme des Verfahrens sowie die einzelnen Prozesse, in die das insolvente Institut involviert war, summarisch zusammenzufassen.

Des Weiteren macht gemäss Art. 57 Abs. 3 BIV-FINMA sowohl beim Konkurs- als auch beim Sanierungsverfahren die FINMA den Schluss des Verfahrens öffentlich bekannt. Zur öffentlichen Bekanntmachung vgl. Art. 4 BIV-FINMA.

Der FINMA steht es frei, im Einzelfall vom Sanierungsbeauftragten bzw. vom Konkursliquidator noch weitere Ausführungen im Schlussbericht verlangen.

3.7.2 Aktenaufbewahrung

Art. 58 BIV-FINMA entspricht der bisherigen Regelung im Bankenkonzursverfahren gemäss Art. 36 BKV-FINMA. Die dort aufgeführten Regeln zur Aktenaufbewahrung gelten unverändert für Bankenkonzursverfahren und neu auch für Sanierungsverfahren.

3.8 Schlussbestimmungen

Die BIV-FINMA soll die BKV-FINMA ersetzen. Daher wird in Art. 59 Abs. 1 BIV-FINMA die Aufhebung der BKV-FINMA festgehalten.

Vertretungen von Auslandbanken unterstehen keiner materiellen Überwachungspflicht durch die FINMA. Kommt hinzu, dass die Vertretungen von Auslandbanken keinerlei Anleger bzw. Kunden haben (dürfen). Da es sich folglich bei einer Vertretung einer Auslandbank um eine normale Gesellschaft handelt, bedürfen deren Gläubiger auch keines spezifischen Schutzes. Folglich ist es konsequent, ihnen gegenüber die Bestimmungen des Sanierungs- und Konkursrechts nach BankG (Art. 28 ff. und Art. 33 ff. BankG) für nicht anwendbar zu erklären. Mittels dem vorgeschlagenen neuen Art. 3 Abs. 3 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung-FINMA, ABV-FINMA) soll dies festgehalten werden. Gegenüber Niederlassungen von Auslandbanken, welche Anleger bzw. Kunden haben, gelten diese Bestimmungen, Art. 28 ff. und Art. 33 ff. BankG, hingegen in ihrer Gesamtheit.

Aktuell besteht die Absicht, die BIV-FINMA nahe dem Inkrafttreten der Änderungen des BankG aufgrund TBTF-Vorlage in Kraft zu setzen. Diese Inkraftsetzung ist, Stand heute, im Verlaufe des Jahres 2012 geplant.

