

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 112

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen

Herausgeber: Thomas Sprecher

**Das Insolvenzrecht
für Banken und Effekten-
händler – Überblick
über die Sonderregelung und
ausgewählte Fragen**

**Urs Pulver
Bertrand G. Schott**

Schulthess §

Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler –

Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen

Urs Pulver/Bertrand G. Schott

Inhalt

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Einleitung | 239 |
| II. | Das Bankeninsolvenzrecht als Sonderregelung für Banken und Effektenhändler | 240 |
| | 1. Rechtliche Grundlagen | 240 |
| | 2. Anwendungsbereich | 242 |
| | a) Geltendes Recht | 242 |
| | b) Vorgeschlagene Erweiterung des Geltungsbereichs | 243 |
| | 3. Kernpunkte der Sonderregelung | 244 |
| III. | Überblick über die Massnahmen bei Insolvenzgefahr | 244 |
| | 1. Mögliche Massnahmen | 245 |
| | 2. Voraussetzungen für die Ergreifung von Massnahmen bei Insolvenzgefahr | 245 |
| IV. | Schutzmassnahmen | 247 |
| | 1. Überblick und Anwendungsbereich | 247 |
| | 2. Die Schutzmassnahmen im Einzelnen | 249 |
| | a) Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten | 249 |
| | b) Massnahmen gegenüber Organen | 251 |
| | aa) Weisungserteilung an die Organe | 251 |
| | bb) Entzug der Vertretungsbefugnis oder Abberufung | 251 |
| | c) Einschränkung der Geschäftstätigkeit | 252 |
| | d) Verbot der Leistung von Auszahlungen, der Entgegennahme von Zahlungen sowie der Tätigung von Effektttransaktionen | 252 |
| | e) Schliessung der Bank | 252 |
| | f) Stundung und Fälligkeitsaufschub | 253 |
| | 3. Keine zwingende Publikation der Anordnung von Schutzmassnahmen | 253 |
| | 4. Keine Änderung im Rahmen der hängigen Revision | 253 |
| V. | Systemschutz | 254 |
| | 1. Zweck und Geltungsbereich | 254 |

| | | |
|------|--|-----|
| 2. | Die einzelnen Massnahmen zum Schutz des Systems | 255 |
| a) | Vorausinformation der Betreiber von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen | 255 |
| aa) | Erfasste Zahlungssysteme und Effektenabwicklungssysteme | 255 |
| bb) | Tragweite und Schranken der Informationspflicht | 257 |
| cc) | Revision des Bankeninsolvenzrechts | 259 |
| b) | Finalität von in ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem eingebrachten Aufträgen | 259 |
| aa) | Geltendes Recht | 259 |
| bb) | Inhalt und Kritik der vorgeschlagenen Änderung von Art. 27 Abs. 2 BankG | 261 |
| aaa) | Wortlaut der vorgeschlagenen Regelung | 261 |
| bbb) | Finalität einer vor der Anordnung von Massnahmen in ein System eingegebenen Weisung | 263 |
| ccc) | Finalität einer nach der Anordnung von Massnahmen in ein System eingegebenen Weisung | 263 |
| ddd) | Für die Kenntnis massgebender Zeitpunkt; Begriff der „Ausführung“ | 265 |
| eee) | Systemschutz für die Dauer eines Geschäftstags i.S. des Systems | 266 |
| fff) | Beweislast bzgl. fehlender Kenntnis; Kritik: „negativa non sunt probanda“ | 266 |
| c) | Rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen und Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten | 267 |
| 3. | Geltungsbereich der Systemschutz-Bestimmungen | 268 |
| a) | Problemstellung | 268 |
| b) | Für den Systemschutz massgebende Schutzmassnahmen | 269 |
| c) | Anwendbarkeit von Art. 27 BankG im Bankenkonzurs | 270 |
| VI. | Sanierung | 272 |
| 1. | Voraussetzungen für die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens | 272 |
| 2. | Sanierungsplan | 273 |
| 3. | Änderungen des Sanierungsrechts | 274 |
| a) | Kompetenz der FINMA zum Erlass von Anordnungen und Verfügungen | 274 |
| b) | Einsetzung eines Sanierungsbeauftragten nicht zwingend | 275 |
| c) | Sanierungsfähigkeit bei Aussicht auf Weiterführung auch nur einzelner Bankdienstleistungen | 275 |
| d) | Übertragung von Vermögen und Vertragsverhältnissen auf andere Rechtsträger | 276 |
| e) | Kapitalveränderungen und Debt Equity Swap | 277 |
| f) | Stellungnahme zu Einzelfragen: Auswirkungen von Sanierungsmassnahmen auf Master Agreements, insb. auf Beendigungsklauseln | 278 |
| aa) | Wirksamkeit der Auflösungsbestimmungen von Master Agreements auch im Sanierungsverfahren | 278 |
| aaa) | Problemstellung: Unwirksamkeit von Auflösungsklauseln gemäss Art. 31 Abs. 3 VE-BankG | 278 |
| bbb) | Keine Aufhebung der Wirksamkeit von Auflösungsklauseln in Sanierungsverfahren gemäss Revision | 280 |

| | |
|---|-----|
| bb) Unzulässigkeit der behördlichen Übertragung nur einzelner Transaktionen unter einem Master Agreement (kein cherry picking)..... | 281 |
| cc) Ergebnis | 282 |
| VII. Konkurs..... | 282 |
| 1. Allgemeines und Zuständigkeiten | 282 |
| 2. Voraussetzungen und Konkurseröffnung | 285 |
| 3. Wirkungen des Bankenkurses; Grundsatz der Universalität und der Gleichbehandlung..... | 286 |
| 4. Verfahren des Bankenkurses | 286 |
| a) Forderungsanmeldung; Meldepflicht von Schuldern, Pfandgläubigern, Verrechnungsberechtigten..... | 286 |
| b) Bestrittene Forderungen; Admassierung und Anfechtung | 288 |
| c) Verwertung..... | 288 |
| d) Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss..... | 289 |
| e) Eingeschränktes Beschwerderecht | 289 |
| VIII. Schlussbemerkung | 290 |

I. Einleitung

Mit der Finanzkrise hat die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen die bevorstehende oder eingetretene Insolvenz einer Bank oder eines Effekthändlers bewirkt, an Bedeutung und Aufmerksamkeit gewonnen. Das ist der Anlass für diesen Beitrag.¹

Die *zentrale volkswirtschaftliche Rolle der Banken* birgt Risiken, wie auch die jüngste Vergangenheit gezeigt hat. Selbst der Ausfall eines einzigen Instituts kann weitreichende Folgen auslösen. Unterliegt eine Bank einem Vertrauensverlust und werden Einlagen konzentriert abgezogen, kann dies rasch die Solvenz der Bank gefährden. Der Zusammenbruch einer Bank wird regelmässig eine Vielzahl von Gläubigern betreffen, hat nicht selten gesamtwirtschaftliche Konsequenzen und bedroht u.U. sogar das Finanzsystem (sog. systemisches Risiko).² Banken kommt auch deshalb eine grosse wirt-

¹ Erweiterte Fassung des an der vom Europa Institut Zürich veranstalteten Tagung vom 30. Juni 2010 gehaltenen Referats.

² Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission zur Bankinsolvenz vom Januar 2008 (EBK-Bankinsolvenzbericht), 11.

schaftliche Bedeutung zu, da sie das für Investitionen notwendige Kapital zur Verfügung stellen – etwa Betriebe mit Krediten finanzieren – und für die Abwicklung des Zahlungsverkehrs sorgen.

Für Banken und ebenso für Effekthändler gilt seit dem 1. Juli 2004 eine *spezifische Insolvenzordnung* (im Folgenden Bankeninsolvenzrecht), die jüngst einer *Revision* unterzogen wurde. Diese Revision, die ursprünglich mit der Revision der Einlagensicherung verbunden war,³ wurde von den Räten mit Schlussabstimmung vom 18. März 2011 genehmigt.

Im Folgenden soll ein *Überblick über das Bankeninsolvenzrecht* und die Revision gegeben sowie einigen ausgewählten Fragen nachgegangen werden.⁴

II. Das Bankeninsolvenzrecht als Sonderregelung für Banken und Effekthändler

1. Rechtliche Grundlagen

Das Bankeninsolvenzrecht ist in den Grundzügen im *Bankengesetz*⁵ (Art. 25-37g) geregelt. Wesentliche Detailregelungen finden sich in der *Bankenk-*

³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 12. Mai 2010 zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen), BBl Nr. 23 (2010), 3993 ff.; Geschäft Nr. 10.049. Im Folgenden kurz „Revision“, „Entwurf“ oder „E-BankG“.

⁴ Auf die Einlagensicherung wird nicht eingegangen.

⁵ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG). Die einschlägigen Bestimmungen zum Insolvenzrecht (Art. 25 ff.) sind am 1. Juli 2004 in Kraft getreten.

kursverordnung der FINMA⁶. Gestützt auf Art. 36a Börsengesetz⁷ sind die Art. 25-39 BankG auf Effekthändler sinngemäss anwendbar.⁸

Systematisch ist das Bankeninsolvenzrecht in zwei Abschnitte gegliedert, den elften Abschnitt⁹ „Massnahmen bei Insolvenzgefahr“, der auch das Sanierungsverfahren regelt,¹⁰ und den zwölften Abschnitt¹¹ „Liquidation insolventer Banken (Bankenkonkurs)“. Diese Systematik scheint zu implizieren, dass der Bankenkonkurs¹² nicht unter die Massnahmen bei Insolvenzgefahr fällt. Bereits aus der Liste der möglichen Massnahmen bei Insolvenzgefahr gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG ergibt sich jedoch das Gegenteil. Denn diese Liste umfasst:

- Schutzmassnahmen;
- Sanierung; und
- Bankenkonkurs.

Als Sonderregelung schliesst das Bankeninsolvenzrecht gewisse Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs und des

⁶ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. Juni 2005 über den Konkurs von Banken und Effekthändlern (Bankenkonkursverordnung-FINMA, BKV-FINMA), in Kraft seit 1. August 2005.

⁷ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG).

⁸ Wenn im Folgenden von Banken bzw. Bankeninsolvenzrecht die Rede ist, so sind Effekthändler mitgemeint.

⁹ Art. 25-32 BankG.

¹⁰ Art. 28-32 BankG.

¹¹ Art. 33-37g BankG.

¹² Im geltenden Bankengesetz wird für „Konkurs“ der Begriff „Liquidation“ bzw. für „Konkursliquidator“ „Liquidator“ verwendet. Im Entwurf dagegen werden die Begriffe „Konkurs“ und „Konkursliquidator“ gebraucht. Dies ist sinnvoll, weil im Bankenrecht die Begriffe „Liquidation“ bzw. „Liquidator“ (auch) im Zusammenhang mit der Auflösung benutzt werden. In diesem Beitrag werden der Terminologie des Entwurfs folgend die Begriffe „Konkurs“ und „Konkursliquidator“ verwendet.

Gesellschaftsrechts ausdrücklich aus. Im Bankeninsolvenzrecht *nicht anwendbar* sind.¹³

- die Bestimmungen über das *Nachlassverfahren* gemäss Art. 293 ff. SchKG;
- die Bestimmungen betreffend das *aktienrechtliche Moratorium* nach Art. 725 und 725a OR; und
- die aktienrechtlichen Bestimmungen betreffend *Benachrichtigung des Richters durch die Revisionsstelle* bei offensichtlicher Überschuldung (Art. 728c Abs. 3 OR).

Gewisse Teile des SchKG werden durch Verweisung im Bankeninsolvenzrecht in dieses *inkorporiert*,¹⁴ bspw.:

- hat die Anordnung des Bankenkurses die in Art. 197-220 SchKG festgelegten *Wirkungen einer Konkursöffnung*;
- und richtet sich die Abwicklung eines Bankenkurses nach den Art. 221-270 SchKG betreffend das *Konkursverfahren*.

Abweichende Spezialvorschriften des Bankeninsolvenzrechts bleiben allerdings vorbehalten.

2. Anwendungsbereich

a) Geltendes Recht

Das Sonder-Insolvenzrecht gilt zunächst für *Banken und Effekthändler*, Finanzinstitute also, welche über eine entsprechende Bewilligung nach Banken- oder Börsengesetz verfügen und der Aufsicht der FINMA unterstehen,¹⁵

¹³ Vgl. Art. 25 Abs. 3 BankG.

¹⁴ Vgl. etwa Art. 34 BankG.

¹⁵ Vgl. Art. 2 BKV-FINMA.

wobei auch *Zweigniederlassungen und Vertretungen ausländischer Banken und Effekthändler* erfasst sind.¹⁶

Nicht nur bewilligte Institute fallen in den Geltungsbereich des Sonderrechts, sondern ebenso, wer tatsächlich eine (bewilligungspflichtige) Tätigkeit als Bank oder Effekthändler ausübt, jedoch über *keine entsprechende Bewilligung* verfügt.^{17, 18} Die grosse Mehrheit der seit Inkrafttreten des Gesetzes eröffneten Liquidationsverfahren betrafen solche Institute, welche unrechtmässig bewilligungspflichtige Finanzdienstleistungen erbrachten.¹⁹ Allerdings ist das Sonderrecht auf sie nur beschränkt anwendbar: Steht fest, dass das Unternehmen die Voraussetzungen für die Erlangung einer Bewilligung nicht erfüllen kann, ist eine Sanierung ausgeschlossen, so dass *nur die (bankrechtliche) Liquidation* verbleibt. Auch die Bestimmungen zum Einlegerschutz greifen nicht bezüglich Einlagen, die bei unbewilligten Instituten deponiert wurden.²⁰

b) *Vorgeschlagene Erweiterung des Geltungsbereichs*

Die eingangs erwähnte *Revision des Bankeninsolvenzrechts* sieht vor, dass die alleinige Zuständigkeit der FINMA für die Konkurseröffnung und die Durchführung des Konkursverfahrens analog den Bestimmungen zum Bankenkonzurs auch gelten soll für:

- Investmentgesellschaften nach dem KAG²¹; und
- Versicherungen.²²

¹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 BankG.

¹⁷ Vgl. Art. 2 lit. c BKV-FINMA.

¹⁸ BGE 131 II 306.

¹⁹ Anzahl der seit 2004 eröffneten Liquidationsverfahren per Ende 2007: 113, davon: 110 Unternehmen, die eine unbewilligte Tätigkeit ausübten, drei Effekthändler und keine Bank; Quelle: EBK-Bankinsolvenzbericht (FN 2), 11.

²⁰ EBK-Bankinsolvenzbericht (FN 2), 10.

²¹ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG).

²² BBI 2010 (FN 3), 4010.

3. Kernpunkte der Sonderregelung

- Das Bankeninsolvenzrecht ist geprägt durch das *Universalitätsprinzip* und das Prinzip der *Gleichbehandlung* aller in- und ausländischer Gläubiger.
- Sowohl das Bankenkonzurs- als auch das Bankensanierungsverfahren liegen in der *ausschliesslichen Zuständigkeit der FINMA*, welche Funktionen des Konkursrichters und des Konkursverwalters übernimmt.
- Das Bankeninsolvenzrecht erlaubt eine *frühzeitige Intervention* schon bei Gefahr einer Insolvenz.
- Die Sonderregelung enthält eine Bestimmung, die den *Systemschutz* bezweckt, indem die Information von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen, die Verbindlichkeit von Aufträgen, die in ein solches System eingegeben worden sind, und von Aufrechnungs- und Privatverwertungsvereinbarungen im Insolvenzfall geregelt wird.
- Das Bankeninsolvenzrecht umfasst spezielle *Sanierungsvorschriften*, die im Rahmen der Revision wesentlich erweitert werden.
- Wichtig ist ferner die Verantwortlichkeit der FINMA für die *Koordination* mit ausländischen Insolvenzverfahren und die *Anerkennung* ausländischer Konkursdekrete sowie Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen²³.

III. Überblick über die Massnahmen bei Insolvenzgefahr

Im Falle einer Insolvenzgefahr kann die FINMA Massnahmen anordnen. Im Folgenden wird ein Kurzüberblick über die Massnahmen (Ziff. 1.) und deren Voraussetzungen (Ziff. 2.) gegeben.

²³ Auf den zuletzt erwähnten Aspekt kann im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden.

1. Mögliche Massnahmen

Der FINMA steht ein vielfältiges Instrumentarium zur Verfügung, wenn eine Bank in Insolvenzgefahr gerät. Sie kann gestützt auf Art. 25 Abs. 1 BankG:

- Schutzmassnahmen anordnen;²⁴
- ein Sanierungsverfahren einleiten;²⁵ oder
- über die Bank den Konkurs eröffnen.²⁶

Mit der Revision soll Art. 25 BankG durch einen neuen Abs. 4 ergänzt werden, wonach die Anordnungen der FINMA *sämtliches Vermögen der Bank mit Aktiven und Passiven sowie Vertragsverhältnisse* umfassen, gleichgültig, ob sie sich *im In- oder im Ausland* befinden. Diese Ergänzung soll die Aussichten darauf, dass die Massnahmen durch Drittstaaten anerkannt werden und dort durchgesetzt werden können, verbessern, indem das Gesetz den internationalen Anwendungswillen ausdrücklich und klar statuiert. Namentlich ist damit diese Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Eingriffsnormen von Drittstaaten in den EU-Staaten gemäss der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-Verordnung) gegeben.²⁷ Bisher fehlte eine entsprechende Bestimmung im elften Abschnitt des Bankengesetzes, wogegen für den Bankenkonkurs auf Art. 34 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 197 Abs. 1 SchKG verwiesen werden konnte^{28, 29}.

2. Voraussetzungen für die Ergreifung von Massnahmen bei Insolvenzgefahr

Das Bankeninsolvenzrecht zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass die FINMA bei *Insolvenzgefahr* in einem frühen Stadium eingreifen kann und

²⁴ Vgl. dazu hinten, Ziff. IV.

²⁵ Vgl. dazu hinten, Ziff. VI.

²⁶ Vgl. dazu hinten, Ziff. VII.

²⁷ Vgl. BBI 2010 (FN 3), 4014 f.

²⁸ BBI 2010 (FN 3), 4014 f.

²⁹ Vgl. auch Art. 3 Abs. 1 BKV-FINMA.

nicht abwarten muss, bis eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Instituts eingetreten oder formell festgestellt ist. Die FINMA kann bereits Massnahmen ergreifen, wenn:³⁰

- begründete Besorgnis besteht, dass:
 - eine Bank *überschuldet* ist; oder
 - ernsthafte *Liquiditätsprobleme* hat;
- oder die Bank die *Eigenmittelvorschriften* auch nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist *nicht erfüllt*.

Die Voraussetzungen der Massnahmen bei Insolvenzgefahr sind mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben, was bezweckt, auf den Einzelfall zugeschnittene Lösungen zu ermöglichen. Mit der breiten Formulierung geht einher, dass die FINMA ausserordentlich weitgehende Kompetenzen wahrnehmen kann, über einen *grossen Ermessensspielraum* verfügt und bei der Bewältigung von Krisensituationen eine starke Stellung erhält.³¹

Das *Bundesverwaltungsgericht* hat in einem Urteil vom 5. Januar 2010³² Art. 25 BankG konkretisiert: In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre sei eine „Besorgnis ernsthafter Liquiditätsprobleme“ etwa dann begründet, wenn grössere Verluste eingetreten seien, ein *cash-drain* im Gange sei oder die Geldflussrechnung eine Verschlechterung der Liquiditätsposition vermuten lasse. Ein Eingreifen der Behörden sei, so das Gericht zu Recht, nicht erst dann möglich, wenn die *Illiquidität bzw. Insolvenz* manifest sei, sondern bereits dann, wenn diese *absehbar* sei.³³

³⁰ Art. 25 Abs. 1 BankG. Vgl. dazu auch BVGE B-1092/2009, insb. E. 6, 33 ff.

³¹ Vgl. zur Kritik des weiten Ermessensspielraums der FINMA: BaK BankG-HAAS, Art. 25 N 3 f.

³² BVGE B-1092/2009. Das nicht rechtskräftige Urteil betrifft das Verfahren gegen die UBS AG i.Z.m. mit der Herausgabe von Kundendaten an die US-amerikanischen Behörden.

³³ BVGE B-1092/2009, E. 6.2, 35.

IV. Schutzmassnahmen

Nach diesem Kurzüberblick über die Massnahmen, welche die FINMA bei Insolvenzgefahr ergreifen kann, werden im Folgenden zunächst die Schutzmassnahmen vorgestellt, welche die FINMA regelmässig als erste Massnahme anordnet.

1. Überblick und Anwendungsbereich

Der Zweck der Schutzmassnahmen besteht darin, den Gläubigerschutz und die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherzustellen sowie die Bank vor unkontrollierten Geldrückzügen zu schützen. Schutzmassnahmen sind in der Praxis *von besonderer Bedeutung*, weil sie oft als Sofortmassnahmen ergriffen werden – häufig mit dem Ziel, ein klares Bild über die Verhältnisse zu gewinnen. Sie können *selbständig oder in Verbindung mit einem Sanierungs- oder Konkursverfahren* angeordnet werden.³⁴

Die FINMA kann bei Vorliegen der Voraussetzungen die folgenden *Schutzmassnahmen* gemäss Art. 26 Abs. 1 BankG ergreifen:

- Weisungserteilung an die Organe;
- Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten;
- Abberufung von Organen oder Entzug der Vertretungsbefugnis;
- Abberufung der bankengesetzlichen Prüfgesellschaft oder der obligatorischen Revisionsstelle;
- Einschränkung der Geschäftstätigkeit der Bank;
- Verbot:
 - von Auszahlungen;
 - der Entgegennahme von Zahlungen; oder
 - von Effekientransaktionen;

³⁴ Art. 25 Abs. 2 BankG.

- Schliessung der Bank;
- Stundung oder Fälligkeitsaufschub.

Diese im Gesetz namentlich erwähnten Schutzmassnahmen sind *nicht abschliessend*.³⁵ Der FINMA steht es frei, weitere im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Massnahmen zu erlassen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen³⁶ hierfür gegeben sind, das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet wird und diese Massnahmen denselben Schutzzweck verfolgen wie die explizit im Gesetz aufgeführten, nämlich Verwirklichung des Gläubigerschutzes (und Gleichbehandlung der Gläubiger) sowie Schutz der Bank vor Geldrückzügen. Die einzelnen Schutzmassnahmen sind kombinierbar, was einen massgeschneiderten, auf den Einzelfall zugeschnittenen Schutz erleichtern soll.³⁷

Mit Bezug auf den Anwendungsbereich von Art. 25 und 26 BankG hatte das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren gegen die UBS AG³⁸ zu beurteilen, ob diese Bestimmungen eine genügende Grundlage darstellten, um durch das Bankgeheimnis³⁹ geschützte Kundendaten an US-amerikanische Behörden herauszugeben. Das Gericht hat dies bekanntlich verneint, u.a. aus den folgenden Gründen: Die Herausgabe bedeute einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte wirtschaftliche Privatsphäre, der einer klaren gesetzlichen Grundlage bedürfe. Die Herausgabe von Kundendaten an eine ausländische Steuerbehörde gestützt auf Art. 25 f. BankG sei für Bankkunden nicht vorhersehbar, so dass diese Bestimmung keine genügende gesetzliche Grundlage darstelle, zumal Adressat dieser Norm in erster Linie die FINMA sei, sekundär allenfalls die Bank, nicht jedoch der Bankkunde. Aus Art. 25 f. BankG ergebe sich nur eine Kompetenz der FINMA zum Erlass von Verfügungen, die sich auf *direkte Wirkungen gegenüber der Bank* beschränkten. Dies gelte umso mehr, als die Amtshilfe an anderer Stelle geregelt sei, näm-

³⁵ Botschaft des Bundesrates vom 20. November 2002 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl Nr. 51 (2002), 8060 ff., 8080; BVGE B-1092/2009, E. 6.1, 34.

³⁶ Dazu vorn, Ziff. III.2.

³⁷ BBl 2002 (FN 35), 8069 f.

³⁸ BVGE E-1092, 2009.

³⁹ Art. 47 BankG.

lich in Art. 42 Abs. 2 FINMAG⁴⁰, Art. 48 f. BEHG und in Doppelbesteuerungsabkommen. Das Gericht kam aus diesen Gründen zum Schluss, dass die FINMA mit der Herausgabe der Kundendaten an die US-amerikanischen Behörden ihren (weiten) Ermessensbereich überschritten habe. Es ergibt sich aus diesem – nicht rechtskräftigen – Urteil, dass eine solche Massnahme durch Art. 25 f. BankG nicht abgedeckt sei.

2. Die Schutzmassnahmen im Einzelnen

a) *Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten*

Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten⁴¹ ist die zentrale Schutzmassnahme, die von der FINMA häufig angeordnet wird.⁴² Die FINMA setzt einen Untersuchungsbeauftragten insbesondere dann ein, wenn über das Ausmass der finanziellen oder anderweitigen Probleme bei der Bank noch keine genauen Angaben vorliegen, aber Anlass besteht, die Entwicklung beim Finanzinstitut zu überwachen.⁴³ Der Untersuchungsbeauftragte kann auch mit der Aufgabe betraut werden, die Umsetzung von Weisungen der FINMA an die Bank zu überwachen oder in die Geschäftsführung der Bank einzugreifen. Dem Untersuchungsbeauftragten können ferner gesellschaftsrechtliche Befugnisse eingeräumt werden.⁴⁴ Die Übertragung von Organkompetenzen erfolgt oft im Zusammenhang mit Instituten, welche unrecht-

⁴⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht betreffend Amtsgeheimnis, Einsetzung, Auskünfte und Kosten (FINMAG).

⁴¹ Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG.

⁴² Vgl. auch Art. 14 und 36 FINMAG.

⁴³ BBl 2002 (FN 35), 8081.

⁴⁴ Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission betr. „Beauftragte der EBK“ vom März 2008, 20.

mässig über keine Bewilligung verfügen (Unterstellungsverfahren⁴⁵),⁴⁶ und die Kompetenzen, die in der Einsetzungsverfügung zugunsten des Untersuchungsbeauftragten umschrieben werden, erstrecken sich häufig auf sämtliche Aktivitäten der Gesellschaft. Um der Stellung des Untersuchungsbeauftragten und der veränderten Situation bei der Bank nach aussen Geltung zu verschaffen, kann das Handelsregisteramt angewiesen werden, den Untersuchungsbeauftragten und die Beschränkungen der Zeichnungsberechtigung der bisher berechtigten Personen einzutragen.⁴⁷

Der Untersuchungsbeauftragte wird hoheitlich von der Aufsichtsbehörde eingesetzt. Es werden ihm regelmässig weitreichende Geschäftsführungsaufgaben übertragen, doch kann er keine Verfügungen oder andere hoheitliche Anordnungen erlassen.⁴⁸ Seine diesbezügliche Befugnis ist darauf beschränkt, der FINMA *Antrag* zu stellen, dass diese bestimmte hoheitliche Anordnungen erlasse.

Als Untersuchungsbeauftragter kommt jede Person oder Gesellschaft mit entsprechenden Qualifikationen in Frage (offenes Auswahlverfahren). Die FINMA führt eine Liste mit Kandidaten, welche die Voraussetzungen grundsätzlich erfüllen und mithin für ein Mandat eingesetzt werden können. In komplizierten Fällen mit internationalem Bezug ist in der Regel die Infrastruktur und das Fachwissen eines Beauftragten mit internationalem Netz-

⁴⁵ Die FINMA publiziert auf ihrer Homepage sowohl die hängigen Unterstellungsverfahren (es werden diejenigen Institute aufgelistet, bei welchen die Unterstellungspflicht abgeklärt und zu diesem Zweck ein Untersuchungsbeauftragter im Handelsregister eingetragen wurde) als auch diejenigen Fälle, bei denen Untersuchungsbeauftragte in bewilligten Instituten eingesetzt und im Handelsregister eingetragen werden; vgl. <www.finma.ch/d/sanktionen/vorsorgliche-massnahmen/Seiten/einsatz-untersuchungsbeauftragte.aspx>. Die Anzahl Unterstellungsverfahren betrug am 28. Oktober 2010 59, wobei nur in einem Fall ein Untersuchungsbeauftragter in einem bewilligten Institut eingesetzt wurde.

⁴⁶ EBK-Bericht (FN 44), 20.

⁴⁷ EBK-Bericht (FN 44), 20.

⁴⁸ EBK-Bericht (FN 44), 21; TERLINDEN ANDRÉ, *Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements* (Diss. St. Gallen 2010 = St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht 6), 154 f.

werk erforderlich,⁴⁹ weshalb in solchen Fällen häufig eine der vier grossen internationalen Revisionsgesellschaften eingesetzt wird.

Der Beauftragte hat ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht betreffend sämtliche Geschäftsunterlagen, die für die Abwicklung des Mandats relevant sind, sowie ein entsprechendes Zutrittsrecht zu den Räumlichkeiten und Computersystemen des entsprechenden Instituts.⁵⁰

b) Massnahmen gegenüber Organen

aa) Weisungserteilung an die Organe

Auch bei der Weisungserteilung⁵¹ hat die FINMA grosses Ermessen: Sie kann den Gesellschaftsorganen Handlungen sowohl verbieten (etwa: Ausrichtung von Bonuszahlungen, Ausschüttung von Dividenden, geplante Ausdehnung des Geschäftsbereichs) als auch solche anordnen (bspw.: Beseitigung organisatorischer Mängel, Rückzahlung unrechtmässig entgegengenommener Kundengelder).⁵²

bb) Entzug der Vertretungsbefugnis oder Abberufung

Eine Abberufung von Geschäftsführungs- oder Verwaltungsorganen⁵³ kommt in Frage, wenn den Organen schwerwiegende Verfehlungen vorzuwerfen sind, welche zur Gefährdung der Bank beigetragen haben. In leichteren Fällen ist ein Entzug (oder wohl auch eine Beschränkung) der Vertretungsbefugnis denkbar.^{54, 55}

⁴⁹ FINMA-Wegleitung „Aufsichtsenforcement durch Beauftragte“ (Stand Januar 2009), 2 f.

⁵⁰ Art. 36 Abs. 3 FINMAG.

⁵¹ Art. 26 Abs. 1 lit. a BankG.

⁵² BaK BankG-HESS, Art. 26 N 20; BBl 2002 (FN 35), 8081.

⁵³ Art. 26 Abs. 1 lit. d BankG.

⁵⁴ Art. 26 Abs. 1 lit. c BankG.

⁵⁵ BBl 2002 (FN 35), 8081.

Eine Abberufung der bankengesetzlichen Prüfgesellschaft oder der obligatorischen rechtlichen Revisionsstelle ist dann in Erwägung zu ziehen, wenn sie Pflichtverletzungen begangen hat oder Sanierungsmassnahmen behindert.⁵⁶

c) *Einschränkung der Geschäftstätigkeit*

Eine Einschränkung oder ein dauerndes Verbot *bestimmter Geschäftstätigkeiten* oder *einzelner Geschäfte* kann angeordnet werden, wenn diese für die finanziellen Probleme ursächlich sind oder die Gläubigerinteressen gefährden, bspw. die Liquidität beeinträchtigen.⁵⁷

d) *Verbot der Leistung von Auszahlungen, der Entgegennahme von Zahlungen sowie der Tötigung von Effekentransaktionen*

Das Verbot bezweckt, zu verhindern, dass vor Abschluss des Sanierungsverfahrens oder der Anordnung des Bankenkurses einzelne Gläubiger auf Kosten der übrigen befriedigt werden oder Einleger weiter gutgläubig bzw. in Unkenntnis der drohenden Insolvenz Zahlungen leisten. Die FINMA kann Ausnahmen von den Verboten zulassen, insbesondere, wenn dies zur Durchführung von Sanierungsmassnahmen notwendig erscheint.⁵⁸

e) *Schliessung der Bank*

Die Schliessung einer Bank⁵⁹ kann etwa zur Unterstützung des vorn erwähnten Zahlungsverbots angeordnet werden, oder um einen Sturm auf die Schalter des betreffenden Instituts zu verhindern.⁶⁰

⁵⁶ BBI 2002 (FN 35), 8081.

⁵⁷ BBI 2002 (FN 35), 8081.

⁵⁸ BBI 2002 (FN 35), 8082.

⁵⁹ Art. 26 Abs. 1 lit. g BankG.

⁶⁰ BBI 2002 (FN 35), 8082.

f) *Stundung und Fälligkeitsaufschub*

Schliesslich kann die FINMA gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG Stundung oder Fälligkeitsaufschub anordnen (ausgenommen sind pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen). Während der Fälligkeitsaufschub verhindert, dass eine Forderung überhaupt fällig wird, hat die Stundung ein Betreibungsverbot zur Folge, so dass eine Betreibung weder angehoben noch fortgesetzt werden kann, womit die notwendigen Sanierungsmassnahmen ungehindert durchgeführt werden können. Sinnvoll sind diese Massnahmen vornehmlich im Zusammenhang mit einer Schliessung oder einem Zahlungsverbot.⁶¹

3. Keine zwingende Publikation der Anordnung von Schutzmassnahmen

Die Anordnung von Schutzmassnahmen wird *nicht notwendigerweise publiziert*. Vielmehr sorgt die FINMA nur dann für eine „angemessene“ Publikation, wenn dies zur Durchsetzung der Massnahme oder zum Schutz Dritter erforderlich ist.⁶² Eine öffentliche Publikation drängt sich beispielsweise beim Entzug der Vertretungsbefugnis von Organen und beim Erlass eines Verbots zur Entgegennahme von Zahlungen auf.^{63, 64} Zu beachten ist, dass die FINMA Betreiber von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen, wenn möglich, im Voraus über Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG zu informieren hat.⁶⁵

4. Keine Änderung im Rahmen der hängigen Revision

Die hängige Revision des Bankeninsolvenzrechts sieht keine Änderung von Art. 26 BankG vor.

⁶¹ BBl 2002 (FN 35), 8082.

⁶² Art. 26 Abs. 2 BankG.

⁶³ Art. 26 Abs. 1 lit. c und f BankG.

⁶⁴ BaK BankG-HESS, Art. 26 N 34.

⁶⁵ Art. 27 Abs. 1 BankG. Vgl. dazu BaK BankG-HESS, Art. 26 N 35 sowie hinten, Ziff. V.

V. Systemschutz

1. Zweck und Geltungsbereich

Das Bankeninsolvenzrecht enthält mit Art. 27 BankG eine Bestimmung, die den Systemschutz bezweckt. Diese Norm bezieht sich auf Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme, Aufrechnungsvereinbarungen und den Freihandverkauf bestimmter Sicherheiten. Solche Systeme und Vereinbarungen sind insofern geschützt, als Art. 27 BankG:

- die Vorausinformation der Betreiber von Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen über beabsichtigte Schutzmassnahmen vorsieht;
- die Endgültigkeit („Finalität“) von Aufträgen für Zahlungen bzw. Effektentransaktionen, die in solche Systeme eingegeben werden, unter gewissen Voraussetzungen gesetzlich gewährt; und
- die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen und von Abreden über die freihändige Verwertung bestimmter Sicherheiten auch im Falle von Schutzmassnahmen anerkennt.

Art. 27 BankG lautet:

¹ Die FINMA informiert die Betreiber in- und ausländischer Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme wenn möglich über die Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f-h, die sie ergreifen will, und über den genauen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens.

² Aufträge für Zahlungen und Effektentransaktionen, die in ein System eingebracht wurden, bevor die FINMA Massnahmen angeordnet hatte oder bevor der Systembetreiber von diesen Massnahmen Kenntnis hatte oder haben musste, können nur widerrufen werden, wenn sie nach den Regeln des Systems nicht unwiderruflich sind.

³ Die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen oder Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten in Form von an einem repräsentativen Markt gehandelten Effekten oder anderen Finanzinstrumenten bleibt von Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f-h unberührt.“

Während Art. 27 BankG in den Absätzen 1 und 3 die darin geregelten Systemschutz-Massnahmen für den Fall von Schutzmassnahmen nach Art. 26

Abs. 1 lit. f-h vorsieht, greift Abs. 2 im Falle von „Massnahmen“, ohne dass diese umschrieben würden. Auf die sich daraus ergebenden Fragen des Geltungsbereichs von Art. 27 BankG wird hinten in Ziff. V.3 näher eingegangen.

2. Die einzelnen Massnahmen zum Schutz des Systems

a) *Vorausinformation der Betreiber von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen*

Zum Zweck des Systemschutzes verpflichtet das Gesetz die FINMA, die Betreiber in- und ausländischer Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme, wenn möglich, über geplante Schutzmassnahmen i.S.v. Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG und über den genauen Zeitpunkt des Inkrafttretens der Massnahmen im Voraus zu informieren.⁶⁶ Mit dieser Massnahme und dem „Finalitätsschutz“ gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG soll verhindert werden, dass im Falle des Zusammenbruchs eines Teilnehmers (oder mehrerer Teilnehmer) eines solchen Systems andere Teilnehmer oder der Systembetreiber in Schwierigkeiten geraten (Vermeidung eines Dominoeffekts).

aa) *Erfasste Zahlungssysteme und Effektenabwicklungssysteme*

Um den Anwendungsbereich der Norm zu verstehen, sind zunächst die Begriffe „Zahlungssysteme“ und „Effektenabwicklungssysteme“ auszulegen. Dafür ist das *Nationalbankgesetz*⁶⁷ hilfreich (systematisches Auslegungselement).⁶⁸ Dieses unterwirft Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme zum Zweck des Schutzes des Finanzsystems der Überwachung der Nationalbank.⁶⁹ Unter der Marginale „Ausgestaltung“ sieht das Nationalbankgesetz besondere Auskunftspflichten für Zahlungssysteme mit hohen Betragsvolu-

⁶⁶ Art. 27 Abs. 1 BankG.

⁶⁷ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG).

⁶⁸ Vgl. auch: SCHWOB RENATE, Kommentierung zu Art. 27 BankG, in: BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2009, Art. 27 N 2 f.; BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 10 f.

⁶⁹ Art. 19 Abs. 1 NBG.

mina und für Effektenabwicklungssysteme vor (Art. 20 Abs. 1 NBG) und ermächtigt die Nationalbank, an Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme, von denen Risiken für die Stabilität des Finanzsystems⁷⁰ ausgehen, Mindestanforderungen zu stellen (Art. 20 Abs. 2 NBG). Neben diesen beiden in Art. 20 NBG erwähnten Kategorien – Zahlungssysteme mit hohen Betragsvolumina und Effektenabwicklungssysteme ohne Systemrelevanz einerseits, systemrelevante Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme andererseits – deckt der in Art. 19 NBG verwendete Begriff der Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme eine dritte Kategorie ab: Zahlungssysteme ohne hohe Betragsvolumina und ohne Systemrelevanz. Auch sie werden von Art. 19 NBG erfasst,⁷¹ denn diese Bestimmung unterwirft Zahlungssysteme und Effektenabwicklungssysteme generell der Überwachung durch die Nationalbank, um die Stabilität des Finanzsystems zu schützen. Systeme in diesem weiten Sinne sowie die Begriffe „Zahlungssysteme“ und „Effektenabwicklungssysteme“ sind in Art. 19 NBG näher umschrieben und in Art. 2 Abs. 1 lit. h NBV genauer definiert. Nach letzterer Bestimmung ist ein *System*: „jede auf förmlich vereinbarten, gemeinsamen Regeln und Verfahren beruhende Einrichtung zur Abrechnung und Abwicklung von monetären Forderungen und Verpflichtungen (Zahlungssystem) oder von Geschäften mit Finanzinstrumenten, insbesondere Effekten (Effektenabwicklungssystem)“. Daraus ergibt sich bezüglich Art. 27 Abs. 1 BankG u.E. Folgendes:

Wie Art. 19 NBG knüpft *Art. 27 Abs. 1 BankG* an die Begriffe *Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme im Allgemeinen* und nicht an bestimmte

⁷⁰ Art. 20 der Nationalbankverordnung (Verordnung vom 18. März 2004 zum Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank [Nationalbankverordnung, NBV]) bestimmt die Kriterien für systemisch bedeutsame Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme. Nach dessen erstem Absatz ist ein Zahlungs- oder ein Effektenabwicklungssystem für die Stabilität des schweizerischen Finanzsystems bedeutsam, wenn (a) operationelle oder technische Probleme dieses Systems zu schwerwiegenden Kredit- oder Liquiditätsproblemen bei Finanzintermediären führen können; oder (b) Zahlungs- oder Lieferschwierigkeiten einzelner Teilnehmer über das System auf andere Teilnehmer übertragen und dadurch bei Finanzintermediären schwerwiegende Kredit- oder Liquiditätsprobleme ausgelöst werden können. Absatz 2 von Art. 20 NBV nennt Kriterien, die bei der Subsumption unter diesen Tatbestand zu berücksichtigen sind. Vgl. i.d.Z. auch die „Too big to fail“-Vorlage, hinten, V.3.c).

⁷¹ SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 3; BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 11.

Unterkategorien an. Daraus ist zu schliessen, dass nicht nur die beiden besonders bedeutsamen, in Art. 20 NBG genannten Kategorien⁷² in den Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 1 BankG sowie in denjenigen von Art. 19 NBG fallen, sondern auch die dritte Kategorie dieser Systeme.⁷³

Da die Risiken, die von Systemen der jeweiligen Kategorie ausgehen, jedoch unterschiedlich sind, geht die *Informationspflicht* der FINMA über bevorstehende Massnahmen für die drei Kategorien *unterschiedlich weit*. Dazu sogleich in lit. bb).

bb) Tragweite und Schranken der Informationspflicht

Der Zweck von Art. 27 BankG – Systemschutz – verbietet es, die Einschränkung der Informationspflicht durch die Worte „wenn möglich“ (vgl. den Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 BankG⁷⁴) in dem Sinne zu verstehen, dass es im freien Ermessen der FINMA stehe, ob sie die Betreiber von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen über bevorstehende Insolvenzmassnahmen informieren wolle. Um den Normzweck zu erreichen, sind die Betreiber solcher Systeme, welche für die Stabilität des Finanzsystems i.S.v. Art. 20 Abs. 2 NBG bedeutsam sind, unter allen Umständen im Voraus zu informieren.⁷⁵ Ausgenommen sind – dem Gesetzeswortlaut „wenn möglich“ entsprechend – einzig Fälle der Unmöglichkeit einer vorgängigen Information.⁷⁶ Die Schweizerische Nationalbank stuft gegenwärtig die folgenden Systeme in diese Kategorie ein: Das Zahlungssystem SIC (betrieben durch Swiss Interbank Clearing im Auftrag der Schweizerischen Nationalbank), das von der SIX SIS geführte Effektenabwicklungssystem SECOM, die zentrale Gegenpartei SIX x-clear, das Devisenabwicklungssystem Continuous Linked

⁷² Systemisch bedeutsame Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme sowie andere Zahlungssysteme mit hohen Betragsvolumina und Effektenabwicklungssysteme.

⁷³ Ebenso: SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 4; a.M. BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 12.

⁷⁴ Vgl. vorn, Ziff. V.1.

⁷⁵ Vgl. SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 4 a.E.; vgl. auch BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 11 f.

⁷⁶ Vgl. auch BaK-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 23; BBl 2002 (FN 35), 8083.

Settlement (CLS), die zentrale Gegenpartei LCH.Clearnet sowie die Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT)^{77, 78}.

Ebenfalls aus dem Gesetzeszweck – Systemschutz – schliessen wir, dass die Informationspflicht gegenüber *Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen, von denen keine i.S.v. Art. 20 Abs. 2 NBG systemisch bedeutsame Risiken ausgehen*, weniger strikt anzuwenden ist. Zwar gilt u.E. Art. 27 Abs. 1 BankG auch für solche, ebenfalls bedeutsame Systeme,⁷⁹ doch ist die *Ausnahmeklausel* „wenn möglich“ für sie *in einem breiteren Sinne* zu verstehen, der die Berücksichtigung auch anderer Kriterien als nur der Unmöglichkeit der Orientierung der Systembetreiber durch die FINMA zulässt.⁸⁰ In diesem Sinne sind von Art. 27 Abs. 1 BankG auch Zahlungssysteme mit hohen Betragsvolumina und Effektenabwicklungssysteme i.S.v. Art. 20 Abs. 1 NBG erfasst, von denen keine Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ausgehen – trotz dieser Charakteristik.⁸¹

Da die Systeme der dritten Kategorie – *Zahlungssysteme ohne hohe Betragsvolumina und ohne Systemrelevanz* – für die Stabilität des Finanzsystems weniger wichtig sind als die Systeme der beiden anderen Kategorien, kommt deren *Information keine Priorität* zu und sind die Anforderungen an eine

⁷⁷ Es handelt sich nicht um ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem, sondern um ein – systemrelevantes – System zur Abwicklung des Nachrichtenverkehrs von Finanzinstituten.

⁷⁸ Vgl. den Bericht der Schweizerischen Nationalbank über deren Überwachung von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen vom Mai 2009, 4. Der Bericht erwähnt auch das London Clearing House (LCH), das durch Fusion mit der Clearnet in LCH.Clearnet übergegangen ist; vgl. auch den Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2010 (Expertenbericht „too big to fail“), 19. Bei den drei letztgenannten Systemen hat der Betreiber Sitz im Ausland, so dass die Nationalbank die Systeme in Zusammenarbeit mit der entsprechenden ausländischen Behörde überwacht (vgl. Art. 21 lit. b NBV).

⁷⁹ SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 4; *a.M.* BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 12.

⁸⁰ So wohl auch SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 4.

⁸¹ Zahlungssysteme mit hohen Betragsvolumina und Effektenabwicklungssysteme unterstehen im Rahmen der Überwachung durch die Schweizerische Nationalbank besonderen Offenlegungspflichten, auch wenn von einem solchen System nicht unmittelbar ein Risiko für die Stabilität des Finanzsystems ausgeht (Art. 20 Abs. 1 NBG).

Unterlassung der Information bei jenen geringer als bei diesen. Schon aus zeitlichen Gründen kann es unpraktikabel sein, auch Systeme der dritten Kategorie in die Information einzuschliessen, was u.E. hinsichtlich dieser Kategorie eine Ausnahme von der Informationspflicht zu begründen vermag und im konkreten Einzelfall zu prüfen ist.⁸²

cc) Revision des Bankeninsolvenzrechts

Die Fassung gemäss Revision des Bankeninsolvenzrechts sieht *keine Änderung* von Art. 27 Abs. 1 BankG vor.

b) Finalität von in ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem eingebrachten Aufträgen

aa) Geltendes Recht

Art. 27 Abs. 2 BankG bestimmt, dass „Aufträge für Zahlungen und Effekten-transaktionen, die in ein System eingebracht wurden, bevor die FINMA Massnahmen angeordnet hatte oder bevor der Systembetreiber von diesen Massnahmen Kenntnis hatte oder haben musste, [...] nur widerrufen werden [können], wenn sie nach den Regeln des Systems nicht unwiderruflich sind“.

Im Falle der Anordnung von Schutzmassnahmen oder des Eintritts eines Insolvenzereignisses stellt sich für die Betreiber und die Teilnehmer eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystems die Frage, ob z.B. ein eingesetzter Untersuchungsbeauftragter oder Konkursliquidator in das System eingegebene Aufträge der betroffenen Bank widerrufen kann oder ob er daran gebunden ist und ob, allgemeiner, die Aufträge gültig erteilt wurden und Bestand haben.⁸³ Dazu ergibt sich aus Art. 27 Abs. 2 BankG, dass Aufträge

⁸² Vgl. BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 12, die schon den Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 1 (und 2) BankG „in der Regel“ auf Systeme beschränken wollen, die von der Nationalbank als systemisch wichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 2 NBG deklariert sind.

⁸³ Vgl. KRAMER STEFAN, Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs (Diss. Zürich 2005 = Schweizer Schriften zum Bankrecht 80), 192 ff.

für Zahlungen oder Effekientransaktionen trotz der Anordnung von „Massnahmen“ nicht widerrufen werden können, vorausgesetzt:

- dass sie nach den Regeln des Systems unwiderruflich geworden sind (ansonsten *zufolge der Regeln des Systems* ein Widerrufsrecht besteht);
und
- weiter vorausgesetzt, dass:
 - sie vor der Anordnung der Massnahme durch die FINMA in das System eingegeben worden sind;
 - *oder*, falls sie nach Anordnung der Massnahme in das System eingegeben wurden, dass der Systembetreiber von der Anordnung der Massnahme keine Kenntnis hatte und auch keine Kenntnis haben musste.⁸⁴

Wurde also ein Auftrag erst nach Anordnung der Massnahme in das System eingegeben, so kann er auch dann widerrufen werden – und hat der Systemschutz keinen Vorrang –, wenn der Auftrag nach den Regeln des Systems bereits unwiderruflich ist, jedoch nur, falls der Systembetreiber im Zeitpunkt der Eingabe in das System⁸⁵ (a) um die Anordnung der Massnahme wusste oder (b) zwar keine tatsächliche Kenntnis davon hatte, aber davon Kenntnis hätte haben müssen.

Ob eine *öffentliche Bekanntmachung* der Anordnung der Massnahme, z.B. auf der Webseite der FINMA, die Fiktion der Kenntnis begründen würde, ist unklar. HESS/KÜNZI⁸⁶ vertreten die Auffassung, dass die Betreiber systemisch bedeutsamer Systeme aufgrund der Informationspflicht der FINMA gemäss Art. 27 Abs. 1 BankG sich darauf verlassen dürfen, durch die FINMA über die Anordnung von Massnahmen im Voraus informiert zu werden, und dass sie deshalb vernünftigerweise erst mit einer solchen Informati-

⁸⁴ Vgl. BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 30.

⁸⁵ Dass dieser Zeitpunkt massgeblich ist, folgt aus dem klaren Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 BankG.

⁸⁶ BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 23, 30; vgl. auch HESS MARTIN, in KUHN/GRAHAM-SIEGENTHALER/THÉVENOZ: *The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC)*, Bern 2010, Art. 20 FISA N 15.

on durch die FINMA Kenntnis vom Erlass der fraglichen Massnahmen haben müssen. Ob ein Gericht aus der Informationspflicht der FINMA gemäss Art. 27 Abs. 1 BankG trotz der einschränkenden Formulierung (Information nur, „wenn möglich“) folgern würde, dass ohne eine Information durch die FINMA keine Kenntnis fingiert werden darf, ist unsicher. Die Ansicht von HESS/KÜNZI ist jedoch u.E. zu unterstützen. Denn jedenfalls für Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme, von denen Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ausgehen, darf die Endgültigkeit einer Weisung und damit die Sicherung der Finanzstabilität im konkreten Gefährdungsfall nicht daran scheitern, dass ein – möglicherweise in einem anderen Kontinent und einer anderen Zeitzone domizilierter, fremdsprachiger – Systembetreiber nicht genügend aufmerksam war, um zeitgerecht aus den Umständen zu schliessen, dass in der Schweiz eine Massnahme angeordnet worden war. Der Verwirklichung des Systemschutzes gebührt für die Dauer des laufenden Geschäftstags des Systems⁸⁷ Vorrang. Diese Überlegung gilt u.E. auch für andere Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme i.S.v. Art. 19 NBG und Art. 27 Abs. 2 BankG, weil der Schutz solcher Systeme durch die Anordnung der Endgültigkeit von Aufträgen, die nach den Regeln des Systems unabänderlich geworden sind, höher zu gewichten ist als die Gefahr eines Abflusses von Mitteln zulasten der Konkursmasse.

bb) Inhalt und Kritik der vorgeschlagenen Änderung von Art. 27 Abs. 2 BankG

aaa) Wortlaut der vorgeschlagenen Regelung

Mit der hängigen Revision des Bankengesetzes soll auch die geltende Finalitäts-Bestimmung von Art. 27 Abs. 2 BankG geändert werden. Damit wird bezweckt, deren unklaren Wortlaut⁸⁸ zu verbessern. Vor allem aber soll die

⁸⁷ Vgl. Art. 27 Abs. 2 E-BankG.

⁸⁸ Vgl. den Erläuternden Bericht zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen vom 11. September 2009, 51, wonach Anlass zur Anpassung der Bestimmung gegeben habe, „dass der heute geltende Wortlaut zu Verwirrung betreffend seinen Anwendungsbereich geführt hat“.

Bestimmung an die überarbeitete Regelung der EU-Finalitätsrichtlinie^{89, 90} sowie an diejenige des Bucheffektengesetzes⁹¹ angeglichen werden.⁹² Der Zweck der Regelung ändert dagegen nicht.⁹³ Die Fassung gemäss Schlussabstimmung vom 18. März 2011 lautet wie folgt⁹⁴:

„² Die Weisung einer Person, die an einem Zahlungs- und Effektenabwicklungssystem teilnimmt und gegen die eine solche Massnahme angeordnet wurde, ist rechtlich verbindlich und Dritten gegenüber wirksam, wenn sie:

- a. vor Anordnung der Massnahme in das System eingebracht und nach den Regeln des Systems unabänderlich wurde; oder
- b. an dem nach den Regeln des Systems definierten Geschäftstag ausgeführt wurde, in dessen Verlauf die Anordnung der Massnahme erfolgte, sofern der Systembetreiber nachweist, dass er von

⁸⁹ Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen, ABl. L 166 vom 11. Juni 1998, 45, zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009, ABl. L 146 vom 10. Juni 2009, 37.

⁹⁰ Art. 3 Abs. 1 der EU-Finalitätsrichtlinie lautet in der durch Richtlinie 2009/44/EG geänderten Fassung wie folgt:

„(1) Zahlungs- bzw. Übertragungsaufträge und Aufrechnungen (netting) sind rechtlich verbindlich und auch im Fall eines Insolvenzverfahrens gegen einen Teilnehmer Dritten gegenüber wirksam, sofern die Zahlungs- bzw. Übertragungsaufträge vor dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß Artikel 6 Absatz 1 in das System eingebracht wurden. Dies gilt auch im Fall eines Insolvenzverfahrens gegen einen Teilnehmer (des betreffenden Systems oder eines interoperablen Systems) oder gegen den Betreiber eines interoperablen Systems, der selbst nicht Teilnehmer des Systems ist.

Werden Zahlungs- bzw. Übertragungsaufträge nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in ein System eingebracht und an dem gemäss den Regeln des Systems definierten Geschäftstag ausgeführt, in dessen Verlauf das Verfahren eröffnet wird, sind sie nur dann rechtlich verbindlich und Dritten gegenüber wirksam, wenn der Systembetreiber nachweisen kann, dass er zu dem Zeitpunkt, an dem die betreffenden Aufträge unwiderruflich wurden, weder Kenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte noch Kenntnis davon hätte haben müssen“.

⁹¹ Art. 20 BEG.

⁹² BBl 2010 (FN 3), 4015.

⁹³ BBl 2010 (FN 3), 4015.

⁹⁴ AB Geschäftsnr. 10.049.

der Anordnung der Massnahme keine Kenntnis hatte oder haben musste.⁹⁵

^{2bis} Absatz 2 findet Anwendung, wenn:

- a. der Systembetreiber in der Schweiz beaufsichtigt oder überwacht wird; oder
- b. der Teilnahmevertrag Schweizer Recht untersteht.“

bbb) Finalität einer vor der Anordnung von Massnahmen in ein System eingegebenen Weisung

Die erste Regel, die sich aus der vorgeschlagenen Neufassung ergibt, entspricht dem bisherigen Recht: Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Weisungen⁹⁶, die *vor Anordnung der Massnahme* (a) in das System eingebracht und (b) nach dessen Regeln unabänderlich wurden. Wie unter dem geltenden Recht setzt diese Regel voraus, dass nicht nur die Einbringung vor Anordnung der Massnahme erfolgte, sondern dass kumulativ die Weisung im Zeitpunkt der Anordnung der Massnahme gemäss den Systemregeln bereits unabänderlich geworden ist (andernfalls bereits zufolge der Regeln des Systems ein Widerrufsrecht bestehen würde).⁹⁷

ccc) Finalität einer nach der Anordnung von Massnahmen in ein System eingegebenen Weisung

Obschon dies nicht *expressis verbis* klargestellt wird, betrifft die zweite Regel unter der vorgeschlagenen Neufassung (Abs. 2 lit. b) den zu lit. a alternativen Fall, dass die Weisung des Teilnehmers *nach der Anordnung der Mass-*

⁹⁵ Der Entwurf lautete wie folgt:
„b. nach den Regeln des Systems am gleichen Geschäftstag ausgeführt wurde, an dem die Anordnung erfolgte, sofern der Systembetreiber nachweist, dass er von der Anordnung der Massnahme keine Kenntnis hatte oder haben musste.“
Die neue Fassung, die den Regelungsgedanken klarer zum Ausdruck bringt, ist zu begrüssen.

⁹⁶ Der Begriff „Weisung“ ersetzt denjenigen des „Auftrags“ des bisherigen Rechts.

⁹⁷ Vgl. BBl 2010 (FN 3), 4015.

nahme der FINMA in das System eingebracht wurde.⁹⁸ Auch in diesem Fall ist die Weisung endgültig, *vorausgesetzt*:

- dass sie *am gleichen Geschäftstag ausgeführt* wurde, an dem die Massnahme angeordnet wurde, wobei als „Geschäftstag“ i.S.v. Art. 27 Abs. 2 E-BankG der Geschäftstag, wie er in den Regeln des Systems definiert ist, gilt⁹⁹;
- dass der Systembetreiber von der Anordnung der Massnahme *weder Kenntnis hatte noch haben musste*,¹⁰⁰ und
- dass der Systembetreiber *nachweist*, dass letztere Voraussetzung (mithin das Negativum: fehlende Kenntnis um die Anordnung der Massnahme und fehlendes Kennenmüssen) gegeben ist.

Entgegen der geltenden Regelung setzt die Anwendbarkeit der zweiten Finalitätsregel nach der vorgeschlagenen Neufassung nicht ausdrücklich voraus, dass die Weisung *nach den Regeln des Systems unabänderlich* geworden ist. Doch auch ohne explizite Erwähnung gilt dieses Erfordernis, weil beispielsweise ein Untersuchungsbeauftragter oder Konkursliquidator allein schon Kraft der parteiautonom vereinbarten Regeln des Systems berechtigt ist, die Weisung zu widerrufen oder sonstwie zu ändern, solange sie nach den Systemregeln widerruflich ist. Die Prämisse „Unabänderlichkeit nach den Regeln des Systems“ gilt mithin nicht nur für die erste Regel, sondern auch für die zweite.

⁹⁸ Vgl. BBl 2010 (FN 3), 4015. Explizit: Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 der EU-Finalitätsrichtlinie 98/26/EG in der durch Richtlinie 2009/44/EG geänderten Fassung.

⁹⁹ Mit dem Hinweis auf die Massgeblichkeit der Regeln des Systems für die Definition des Begriffs „Geschäftstag“ sollte klargestellt werden, dass bspw. die Abwicklung während der Nacht (*nighttime settlement*) nicht in Frage gestellt wird (vgl. BBl 2010, FN 3, 4015).

¹⁰⁰ Anstatt „keine Kenntnis hatte oder haben musste“ müsste die Formulierung von Art. 27 Abs. 2 lit. b E-BankG lauten: „weder Kenntnis hatte noch haben musste“ oder „keine Kenntnis hatte und auch nicht haben musste“.

ddd) Für die Kenntnis massgebender Zeitpunkt; Begriff der „Ausführung“

Wie unter dem geltenden Recht ist entscheidend, dass der Systembetreiber weder Kenntnis von der Anordnung der Massnahme hatte noch haben musste. Während jedoch aus dem Wortlaut jener Bestimmung klar hervorgeht, dass massgebend ist, ob (tatsächliche oder fingierte) Kenntnis im Zeitpunkt der Einbringung des Auftrags in das System bestand, ergibt sich aus der vorgeschlagenen revidierten Fassung nicht klar, welcher Zeitpunkt massgebend ist. In der Botschaft findet sich die Erläuterung, dass die Endgültigkeit der Weisung voraussetze, dass der Systembetreiber im *Zeitpunkt der Ausführung der Weisung* weder Kenntnis von der Anordnung der Massnahme hatte noch hätte haben müssen.¹⁰¹

Damit stellt sich die Frage, was „Ausführung“ bedeutet. Um den Zweck des Systemschutzes zu verwirklichen, der auch in der Botschaft in diesem Zusammenhang zum Ausdruck kommt¹⁰², darf „Ausführung“ (bzw. Zeitpunkt an dem „ausgeführt wurde“) nicht mit dem letzten Moment gleichgesetzt werden, in dem es dem Systembetreiber technisch noch möglich ist, zu intervenieren, oder in welchem die Abwicklung beendet ist. Vielmehr ist auf den Zeitpunkt abzustellen, ab welchem der betreffende Teilnehmer nach den Regeln des Systems die Ausführung nicht mehr verhindern kann, so dass diese ihren Lauf nimmt. Damit kommt es auf die Kenntnis im *Zeitpunkt an, in dem die Weisung nach den Regeln des Systems unabänderlich wird*. Das ist denn auch die Regelung gemäss Art. 3 Abs. 1 der EU-Finalitätsrichtlinie,¹⁰³ an der sich der Entwurf orientieren wollte.

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Da die vorgeschlagene Fassung von Art. 27 Abs. 2 lit. b diese wohl beabsichtigte Regelung nicht deutlich macht, bedarf sie der Korrektur.

¹⁰¹ BBl 2010 (FN 3), 4015/4016.

¹⁰² Die Botschaft führt aus, dass eine erst nach Anordnung der Massnahme eingebrachte Weisung verbindlich und Dritten gegenüber wirksam ist, sofern sie am gleichen Geschäftstag ausgeführt wird, um die Beeinträchtigung eines Systems im Fall von Massnahmen gegen einen Teilnehmer so gering wie möglich zu halten und einen rückwirkenden Eingriff in dessen Rechte und Pflichten zu verhindern.

¹⁰³ Vgl. vorn, FN 90.

eee) Systemschutz für die Dauer eines Geschäftstags i.S. des Systems

Nach der vorgeschlagenen neuen Fassung von Art. 27 Abs. 2 lit. b BankG sind Weisungen, die nach Anordnung der Massnahme in das System eingegeben worden sind, anders als nach geltendem Recht, in keinem Fall endgültig, wenn sie nicht an demjenigen Geschäftstag des Systems ausgeführt werden, an welchem die Massnahme angeordnet wurde (also auch dann, wenn der Systembetreiber bei späterer Ausführung keine Kenntnis von der Anordnung der Massnahme hatte oder haben musste). Der Zeitraum eines Geschäftstags im Sinne der Regelung des jeweiligen Systems scheint angemessen zu sein, um die ordentliche Abwicklung der Geschäfte an diesem Tag, die Ergreifung geeigneter Massnahmen für den Folgetag und damit den Systemschutz zu ermöglichen.

fff) Beweislast bzgl. fehlender Kenntnis; Kritik: „negativa non sunt probanda“

Hingegen ist es unbegründet, dem Systembetreiber den Nachweis aufzuerlegen, dass er von der Anordnung der Massnahme weder Kenntnis hatte noch hätte haben müssen. Die Auferlegung der Beweislast für Negativa ist an sich schon problematisch („negativa non sunt probanda“). Sie ist in diesem Zusammenhang besonders ungerechtfertigt, weil allein schon Beweisprobleme des Systembetreibers betreffend fehlende tatsächliche Kenntnis, aber auch nur schon betreffend fehlende Umstände, aus denen auf ein Kennenmüssen zu schliessen wäre, die Endgültigkeit der in das System eingegebenen Weisungen in Frage stellen würden. Der von der Norm bezweckte Systemschutz würde dadurch gefährdet, was namentlich bei Systemen, von denen Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ausgehen, fragwürdig ist.¹⁰⁴

Unter Berücksichtigung des übergeordneten Zwecks des Systemschutzes und der Informationspflicht der FINMA gemäss Art. 27 Abs. 1 BankG schiene uns eine Regelung sinnvoller, wonach die Endgültigkeit einer Weisung, die nach der Anordnung einer Massnahme der FINMA in das System eingegeben wurde, nicht bereits bei allgemeiner Kenntnis oder bei Kennenmüssen

¹⁰⁴ Die – hier kritisierte – Beweisregelung entspricht derjenigen in Art. 3 Abs. 1 der EU-Finalitätsrichtlinie (vgl. vorn, FN 91).

des Systembetreibers entfällt, sondern lediglich *wenn die FINMA den Systembetreiber* vor der Unabänderlichkeit der Weisung nach den Regeln des Systems über die Anordnung der Massnahme *konkret informiert hat*. Eine derartige Regelung ist jedenfalls für systemrelevante Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme erforderlich, um den Schutz der Stabilität des Finanzsystems zu gewährleisten, dürfte aber darüber hinaus für alle von Art. 19 NBG und Art. 27 Abs. 1 BankG erfassten Systeme angemessen sein, um deren Schutz es geht. Können sie nicht nach Art. 27 Abs. 1 BankG informiert werden, so sollte der Systemschutz für einen Geschäftstag greifen, wenn der Auftrag nicht vor seiner Unwiderruflichkeit widerrufen wird.¹⁰⁵

c) *Rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen und Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten*

Gemäss Art. 27 Abs. 3 BankG bleibt die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen („Netting-Vereinbarungen“) von Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG unberührt. Die Bestimmung ist insbesondere im Zusammenhang mit dem „Close-out-Netting“ von Bedeutung. Damit sollten namentlich Beendigungs- und Liquidationsregeln erfasst werden, wie sie in international gebräuchlichen Master Agreements¹⁰⁶ enthalten sind. Unter solchen Master Agreements werden im Falle eines Close-out Netting alle Leistungspflichten der beiden Parteien liquidiert, indem ein einziger Saldobetrag berechnet wird, welcher als alleinige Schuldpflicht der einen oder der anderen Partei verbleibt. Dies wird erreicht, indem alle Leistungspflichten der Parteien vorzeitig fällig gestellt werden, sämtliche Schuldpflichten und Vermögenswerte je der Partei A und der Partei B bewertet werden, woraus sich ein Schuldbetrag für A (z.B. 60) und für B (z.B. 100) ergibt, welche miteinander verrechnet werden, so dass

¹⁰⁵ Vgl. vorn, Ziff. V.2.b)aa) nach FN 85 und zum geltenden Recht: BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 23, 30.

¹⁰⁶ Z.B. ISDA Master Agreement, Global Master Repurchase Agreement (GMRA), Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA), Overseas Securities Lending Agreement (OSLA), Gilt Edged Securities Lending Agreement (GESLA).

lediglich die Differenz (im Beispiel: 40) als geschuldeter Liquidationsbetrag verbleibt (im Beispiel: als Schuld von B).¹⁰⁷

Dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 3 BankG entsprechend, ist diese Norm jedoch trotz der gegenteiligen Ausführungen in der Botschaft nicht lediglich auf Aufrechnungsvereinbarungen in den *international gebräuchlichen Standardverträgen (Master Agreements)*, sondern auch auf Aufrechnungsvereinbarungen in *lokalen Rahmenverträgen* anwendbar.¹⁰⁸ Darüber hinaus erstreckt sich der Anwendungsbereich u.E. auch auf Netting-Vereinbarungen in anderen Verträgen, insbesondere auf solche in den *Reglementen von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen*; denn um deren Schutz geht es in Art. 27 BankG.

Vom Systemschutz i.S.v. Art. 27 Abs. 3 BankG ebenfalls erfasst werden „Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten in Form von an einem repräsentativen Markt gehandelten Effekten oder anderen Finanzinstrumenten“. Da dingliche Sicherheiten häufig im Zusammenhang mit der Teilnahme an Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen gewährt werden, trägt die Möglichkeit einer raschen Verwertung von Sicherheiten dazu bei, zu verhindern, dass andere Marktteilnehmer vom „Ausfall“ in Mitleidenschaft gezogen werden (Verhinderung Dominoeffekt).¹⁰⁹

3. Geltungsbereich der Systemschutz-Bestimmungen

a) Problemstellung

Nach dem Wortlaut von Art. 27 BankG ist der Systemschutz mittels „Information von Systembetreibern“ (Abs. 1) anwendbar im Falle der Anordnung von „Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG“. Der Systemschutz mittels „Finalität“ von in ein System eingegebenen Aufträgen (Abs. 2) greift trotz angeordneter „Massnahmen“, und die Systemschutzmassnahme „Verbindlichkeit im Voraus vereinbarter Aufrechnung und Freihandverwertung“

¹⁰⁷ Vgl. SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 5; BaK-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 20.

¹⁰⁸ Vgl. BaK-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 20; SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 6.

¹⁰⁹ BBl 2002 (FN 35), 8084; BaK-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 32; SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 7.

(Abs. 3) gilt trotz „Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG“ (Abs. 3). Infolge der *unterschiedlichen Terminologie* stellen sich die Fragen, ob:

- die Anknüpfung an „Massnahmen“ im zweiten Absatz die gleiche Bedeutung hat wie im ersten Absatz (d.h. Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h);
- die Systemschutzmassnahmen auch in anderen Fällen von Schutzmassnahmen als in denjenigen, die in lit. f-h von Art. 26 Abs. 1 BankG genannt sind, Anwendung finden;
- und ob die Systemschutzmassnahmen ausschliesslich bei Schutzmassnahmen i.S.v. Art. 26 BankG anwendbar sind oder auch bei einer Sanierung, einem Konkurs oder einer Liquidation.

b) Für den Systemschutz massgebende Schutzmassnahmen

Die Information von Betreibern eines Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystems erfolgt gemäss dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 BankG über Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG, d.h.: im Falle des Verbots, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effektentransaktionen zu tätigen; bei einer Schliessung der Bank; bei Anordnung der Stundung oder eines Fälligkeitsschubs. Die drei genannten Schutzmassnahmen sind diejenigen, welche Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme betreffen können, wogegen sich Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. a-e BankG nicht unmittelbar auf solche Systeme auswirken. Die *Informationspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 BankG* ist dem Wortlaut dieser Norm entsprechend demnach *in den letzteren Fällen nicht anwendbar*.

In ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem eingegebene Aufträge bzw. Weisungen sind endgültig nach Massgabe von *Art. 27 Abs. 2 BankG* trotz der Anordnung von „Massnahmen“ durch die FINMA. „Massnahmen“ im Sinne des elften Abschnitts des Bankengesetzes sind nicht nur Schutzmassnahmen, sondern auch Sanierung und Bankenkonkurs. Im unmittelbar vorausgehenden Absatz 1 von Art. 27 allerdings ist (wie im dritten Absatz) nur von bestimmten Schutzmassnahmen die Rede. Der Entwurf klärt, dass auf die im ersten Absatz genannten Massnahmen gemäss *Art. 26 Abs. 1 lit. f-h* Bezug genommen werden soll, indem er das Wort „Massnahmen“

durch „solche“ („solche Massnahmen“; Art. 27 Abs. 2 E-BankG) ergänzt. – Daraus darf jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass in ein System eingegebene Aufträge bzw. Weisungen mit der Unabänderlichkeit gemäss den Regeln des Systems nicht endgültig würden, falls Schutzmassnahmen gemäss lit. a-e von Art. 26 Abs. 1 BankG verfügt wurden. Vielmehr wird präsumiert, dass die Endgültigkeit in Übereinstimmung mit den Regeln des Systems *von Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. a-e BankG überhaupt nicht tangiert* wird. Der Anwendung von Art. 27 Abs. 2 BankG – mit den in dieser Norm enthaltenen einschränkenden Voraussetzungen der Endgültigkeit – bedarf es nicht. Die Endgültigkeit nach Massgabe der Systemregeln wird bei solchen Schutzmassnahmen umso weniger in Frage gestellt, als Art. 27 Abs. 2 BankG die Endgültigkeit selbst bei Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG unter gewissen Voraussetzungen sichert.

Art. 27 Abs. 3 BankG bestätigt die Verbindlichkeit im Voraus vereinbarter Abreden über die Aufrechnung oder die freihändige Verwertung gewisser Sicherheiten trotz der Anordnung von Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG. A maiore ad minus ist auch hier zu schliessen, dass die Verbindlichkeit solcher Abreden *durch die weicheren Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. a-e BankG umso weniger in Frage gestellt* wird, als deren Verbindlichkeit selbst bei den härteren Schutzmassnahmen gemäss lit. f-h der genannten Norm gesetzlich statuiert ist. Dieses Ergebnis folgt auch aus dem Regelungszweck des Systemschutzes.

c) Anwendbarkeit von Art. 27 BankG im Bankenkurs

Der Wortlaut der Absätze 1 und 3 von Art. 27 BankG erfasst ausschliesslich Schutzmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f-h BankG, und dasselbe wird auf den zweiten Absatz zutreffen, wenn der revidierte Wortlaut Gesetz wird. Der Wortlaut deckt damit insbesondere den Fall eines Bankenkurses nicht ab. Sollte ein solcher eröffnet werden, ohne dass bereits vorher oder gleichzeitig mit der Konkurseröffnung Schutzmassnahmen der genannten Art erlassen werden, so wären die Systemschutzmassnahmen nach dem Wortlaut von Art. 27 BankG nicht anwendbar. Dieses Ergebnis steht jedoch

in diametralem Widerspruch zum gesetzgeberisch verfolgten Zweck des Systemschutzes.¹¹⁰ Wenn schon zwecks Systemschutzes Betreiber von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen über gewisse Schutzmassnahmen zu informieren sind und in das System eingegebene Aufträge trotz Schutzmassnahmen nach Massgabe der Systemregeln endgültig sind, damit das System und möglicherweise die Stabilität des gesamten Finanzsystems nicht in Gefahr gerät, so muss dies umso mehr im Falle der Konkurseröffnung über eine Bank als härtesten Eingriff in deren Existenz (aber auch in anderen Fällen der behördlichen Zwangsliquidation) gelten.¹¹¹ Die bestehende Gesetzeslücke ist durch *analoge Anwendung von Art. 27 BankG* zu schliessen.

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Die von den Räten verabschiedete Änderung von Art. 27 Abs. 3 des Entwurfs, die vorsieht, dass „die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen und Abreden ... von sämtlichen Anordnungen unter dem elften und zwölften Abschnitt dieses Gesetzes unberührt [bleiben]“, ist nach dem Gesagten eine begrüssenswerte Klarstellung. Die vorgesehene Änderung verdeutlicht, dass dieses Element des Systemschutzes in allen Fällen von Schutzmassnahmen, im Sanierungsverfahren und im Konkursverfahren nach BankG gilt.

Damit werden allerdings die dargestellten Unklarheiten betreffend Art. 27 Abs. 1 und 2 BankG nicht beseitigt. Diese beiden Absätze sollten dahingehend ergänzt werden, dass sie auch in Konkursverfahren und im Falle der Anordnung von Massnahmen im Zusammenhang mit der Verletzung von Bewilligungsvoraussetzungen oder mit der Zwangsliquidation zur Anwendung kommen.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass gemäss dem Vorentwurf vom 22. Dezember 2010 betreffend Änderung des Bankengesetzes („Too big to fail“-Vorlage) der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der Systemrelevanz definiert werden soll. Ob eine Bank als systemrelevant einzustufen ist, entscheidet die Nationalbank nach Anhörung der FINMA, wobei sie sich

¹¹⁰ Zu den Auswirkungen, die sich bei Konkurs eines Teilnehmers für das betreffende Zahlungsabwicklungssystem ergeben können, vgl. im Einzelnen ISLER PETER R., Continuous Linked Settlement, in: NOBEL PETER (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2001, 98 ff.

¹¹¹ Ebenso: BaK BankG-HESS/KÜNZI, Art. 27 N 17; SCHWOB (FN 68), Art. 27 N 9.

dabei auf die Kriterien Grösse, Vernetzung mit dem Finanzsystem und der Volkswirtschaft sowie kurzfristige Substituierbarkeit von Dienstleistungen stützen soll (vgl. Art. 7 f.).

VI. Sanierung

Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 BankG können in der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens nach Art. 28 ff. BankG münden. Sie gehen einem Sanierungsverfahren regelmässig, aber nicht notwendigerweise voraus. Namentlich wird oft ein Untersuchungsbeauftragter i.S.v. Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG die Lage der Bank und insbesondere die Sanierungsmöglichkeiten abklären, bevor die FINMA über die Anordnung eines Sanierungsverfahrens entscheidet.

1. Voraussetzungen für die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens

Die FINMA kann einschreiten, wenn ein Sanierungsbedarf gegeben ist. Wie in den anderen Fällen von Insolvenzmassnahmen müssen die in Art. 25 Abs. 1 BankG genannten Gründe gegeben sein: begründete Besorgnis der Überschuldung oder der Illiquidität; Nichteinhaltung der Eigenmittelvorschriften.¹¹² Die Einleitung eines Sanierungsverfahrens setzt ferner voraus, dass eine *begründete Aussicht auf Sanierung* besteht.¹¹³

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kann die FINMA einen Sanierungsbeauftragten einsetzen, dessen Aufgaben sie bestimmt.¹¹⁴ Die Sanierungsverfügung der FINMA regelt ferner die Geschäftsführung der Bank während der Dauer des Sanierungsverfahrens.¹¹⁵

¹¹² Vgl. dazu bereits vorn, Ziff. III.2.

¹¹³ Vgl. Art. 28 Abs. 1 BankG.

¹¹⁴ Art. 28 Abs. 1 BankG.

¹¹⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 2 BankG.

2. Sanierungsplan

Das geltende Recht sieht vor, dass der Sanierungsbeauftragte einen Sanierungsplan ausarbeitet, der die *Interessen der Gläubiger und der Eigner bestmöglich wahrt*.¹¹⁶ Der Sanierungsplan hat konkreten *Kriterien* zu genügen. Er soll:

- aufzeigen, dass die Gläubiger durch die Sanierung voraussichtlich besser gestellt werden, als sie im Falle eines Konkurses ständen;
- den Interessen der Gläubiger Vorrang vor denjenigen der Eigner geben;
- die Konkurs-Rangfolge der Gläubiger berücksichtigen;
- auf einer vorsichtigen Bewertung der Aktiven beruhen;
- aufzeigen, dass die Einhaltung insbesondere der gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen nach Durchführung der Sanierung sichergestellt ist; und
- allfällige Einwendungen der Gläubiger und Eigner angemessen berücksichtigen.¹¹⁷

Einwendungen der Gläubiger und Eigner sind dann möglich, wenn der Sanierungsbeauftragte den betroffenen Gläubigern oder Eignern den Sanierungsplan bekannt macht. Eine *Bekanntmachung* erfolgt nicht in jedem Fall, muss jedoch vorgenommen werden, wenn der Sanierungsplan *in die Rechte der Gläubiger oder Eigner eingreift*.¹¹⁸ Den Gläubigern kommt diesfalls insofern ein Vetorecht zu, als der Sanierungsplan nicht genehmigungsfähig ist, sondern die FINMA stattdessen den Konkurs über die Bank eröffnet, wenn Gläubiger, welche betragsmässig mehr als die Hälfte der aus den Büchern hervorgehenden Forderungen der dritten Klasse nach Art. 219 Abs. 4

¹¹⁶ Art. 29 Abs. 1 BankG.

¹¹⁷ Art. 31 BankG; vgl. Art. 29, 31 Abs. 1, 31a Abs. 1 E-BankG.

¹¹⁸ Art. 29 Abs. 2 BankG.

SchKG vertreten, den Sanierungsplan innert der Bekanntmachungsfrist ablehnen.^{119, 120}

Der Sanierungsplan ist sodann der FINMA zur Genehmigung vorzulegen. Die FINMA prüft zu diesem Zweck, ob die vorgenannten Kriterien erfüllt sind. Hingegen bedarf der Sanierungsplan (zwecks Straffung des Verfahrens) *keiner Zustimmung der Generalversammlung* der betroffenen Bank.¹²¹ Dies trifft selbst dann zu, wenn Massnahmen zur Diskussion stehen, welche aufgrund des Aktienrechts in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fallen würden, wie bspw. *Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen oder die Wahl und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats*. Den Eignern der Bank steht einzig das erwähnte Recht offen, Einwendungen zu erheben, und auch dies nur, wenn der Sanierungsplan in ihre Rechte eingreift und ihnen deshalb bekannt gemacht wurde.

3. Änderungen des Sanierungsrechts

a) *Kompetenz der FINMA zum Erlass von Anordnungen und Verfügungen*

Neu soll nach dem Vorbild von Art. 34 Abs. 3 BankG mit Art. 28 Abs. 2 E-BankG eine Grundlage geschaffen werden, welche die FINMA ermächtigt, die für die Durchführung des Sanierungsverfahrens erforderlichen Anordnungen und Verfügungen zu erlassen. Die Norm soll den Erlass *generell-abstrakter Bestimmungen wie auch individuell-konkreter Verfügungen* erlauben, wobei es sich bei ersteren gemäss der Botschaft vor allem um Bestimmungen formeller und abwicklungstechnischer Natur handeln werde.¹²² Es

¹¹⁹ Art. 30 BankG.

¹²⁰ Nach dem Entwurf setzt die FINMA den Gläubigern spätestens mit der Genehmigung des Sanierungsplans Frist zur Erhebung von Einwendungen an, wenn der Sanierungsplan in deren Rechte eingreift (Art. 31a Abs. 1 E-BankG). Die Gläubiger müssen also vor der Auflage des Sanierungsplans nicht angehört werden (Expertenbericht „too big to fail“, FN 78, 45). Das Quorum für eine Ablehnung und deren Rechtsfolge bleiben unverändert (Art. 31a Abs. 2 E-BankG).

¹²¹ Art. 29 Abs. 3 BankG.

¹²² BBI 2010 (FN 3), 4017.

ist davon auszugehen, dass die FINMA im Rahmen der „Too big to fail“-Vorlage eine entsprechende Ausführungsverordnung erlassen wird.

b) Einsetzung eines Sanierungsbeauftragten nicht zwingend

Nach dem Entwurf ist nicht mehr zwingend ein Sanierungsbeauftragter einzusetzen und mit der Erarbeitung eines Sanierungsplans zu beauftragen.¹²³ Gemäss der Botschaft erübrige sich dies in vielen Fällen, da die Grundzüge der Sanierung bei der Einleitung eines Sanierungsverfahrens bereits festgelegt seien und – zwecks glaubwürdiger Kommunikation – auch sein müssten.¹²⁴ Der Expertenbericht „too big to fail“ begrüsst diese Änderung als wichtigen Schritt in Richtung der Verbesserung der Sanierbarkeit, indem dadurch das bisher starre Verfahren (formelle Eröffnung, Einsetzung eines Sanierungsbeauftragten etc.) flexibilisiert werde.¹²⁵

c) Sanierungsfähigkeit bei Aussicht auf Weiterführung auch nur einzelner Bankdienstleistungen

Nach dem Entwurf für die Änderung des Bankeninsolvenzrechts setzt ein Sanierungsverfahren nicht mehr voraus, dass die Bank insgesamt weiterbestehen kann. Vielmehr soll ein Sanierungsverfahren bereits bei begründeter Aussicht auf Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen eingeleitet werden können.¹²⁶ Diese sinnvolle Änderung soll ermöglichen, den Konkurs der gesamten Bank und damit die Einstellung aller ihrer bisherigen Tätigkeiten zu verhindern. Unter Wahrung der Gleichbehandlung der Gläubiger soll eine für alle bessere Lösung ermöglicht werden, indem zumindest einzelne Bankgeschäfte im Sinne einer geordneten Abwicklung weitergeführt und gegebenenfalls auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden.¹²⁷ Dies trage auch der Erkenntnis Rechnung, dass es nicht in allen Fällen sinnvoll und

¹²³ Vgl. Art. 28 Abs. 3 E-BankG.

¹²⁴ BBl 2010 (FN 3), 4017.

¹²⁵ Expertenbericht „too big to fail“ (FN 78), 45.

¹²⁶ Art. 28 Abs. 1 E-BankG.

¹²⁷ BBl 2010 (FN 3), 4017.

wünschenswert sei, die Bank in ihrer bisherigen Form weiterzuführen.¹²⁸ – Der Expertenbericht „too big to fail“ unterstützt diese Änderung.¹²⁹

d) *Übertragung von Vermögen und Vertragsverhältnissen auf andere Rechtsträger*

Entsprechend dem soeben erwähnten Konzeptwechsel kann sich der Sanierungsplan – ungeachtet des Weiterbestands der betroffenen Bank – auf die Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen beschränken.¹³⁰

Zu diesem Zweck kann der Sanierungsplan insbesondere vorsehen, dass das Vermögen der Bank oder Teile davon mit Aktiven und Passiven – im Vordergrund stehen systemrelevante Funktionen¹³¹ – auf andere Rechtsträger übertragen werden, z.B. auf eine Übergangsbank (*bridge bank*). Auch Vertragsverhältnisse können in eine solche Vermögensübertragung einbezogen werden.¹³² Der Expertenbericht „too big to fail“ unterstützt zu Recht diese Änderung des Bankeninsolvenzrechts als Vereinfachung und Flexibilisierung des Verfahrens und Eröffnung der Möglichkeit, einzelne Geschäftsbereiche und Dienstleistungen abzutrennen und separat weiterzuführen.¹³³

Der Sanierungsplan muss die zu übertragenden Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse bezeichnen.¹³⁴ Die Übertragung der spezifizierten Vermögenswerte und Vertragsverhältnisse wird sodann mit der Vollstreckbarkeit des Genehmigungsentscheids der FINMA betreffend den Sanierungsplan rechtswirksam.¹³⁵ Nota bene:

¹²⁸ BBl 2010 (FN 3), 4017.

¹²⁹ Expertenbericht „too big to fail“ (FN 78), 45.

¹³⁰ Art. 30 Abs. 1 E-BankG.

¹³¹ Expertenbericht „too big to fail“ (FN 78), 45.

¹³² Art. 30 Abs. 2 E-BankG.

¹³³ Expertenbericht „too big to fail“ (FN 78), 45.

¹³⁴ BBl 2010 (FN 3), 4018.

¹³⁵ BBl 2010 (FN 3), 4018.

- Eine Zustimmung etwa des Verwaltungsrats oder der Generalversammlung der betroffenen Bank ist nicht vorgesehen.
- Gemäss Botschaft¹³⁶ sind auch Formvorschriften unbeachtlich, und es gilt der Genehmigungentscheid der FINMA als Urkunde für die Übertragung von Grundstücken.
- Die Bestimmungen des Fusionsgesetzes, namentlich diejenigen über die Vermögensübertragung, sollen gemäss der Botschaft¹³⁷ nicht anwendbar sein. Dem Entwurf lässt sich dies nicht entnehmen; der Rechtsanwender wird wohl auf den Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* verwiesen.

e) *Kapitalveränderungen und Debt Equity Swap*

Als subsidiäre Massnahmen, d.h. wenn sich die Insolvenz nicht auf andere Weise beseitigen lässt, kann der Sanierungsplan die *Reduktion des bisherigen und die Schaffung neuen Eigenkapitals* sowie die *Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital* vorsehen.¹³⁸ Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, können solche Massnahmen im Bankenkonkurs ohne Beschlussfassung durch die Generalversammlung erfolgen.¹³⁹

Der Entwurf erlaubt damit massive Eingriffe. Die Ermöglichung solcher Massnahmen ist, wie die Finanzkrise gezeigt hat, sinnvoll, damit namentlich systemische Risiken wirksam bekämpft werden können. Nach Auffassung der Expertenkommission „too big to fail“ bilden denn auch diese Kompetenzen der Aufsichtsbehörde einen wichtigen ersten Schritt in Richtung der Verbesserung der Sanierbarkeit (*Resolvability*) systemrelevanter Bankkonzerne.¹⁴⁰ Die Zulässigkeit der behördlichen Anordnung einer im vorangehenden Absatz genannten Massnahme ist im Einzelfall am öffentlichen Interesse an einer solchen Massnahme und am Verhältnismässigkeitsprinzip zu mes-

¹³⁶ BBl 2010 (FN 3), 4018.

¹³⁷ BBl 2010 (FN 3), 4018.

¹³⁸ Art. 31 Abs. 3 E-BankG.

¹³⁹ Vgl. vorn, Ziff. VI.2.

¹⁴⁰ Expertenbericht „too big to fail“ (FN 78), 45.

sen. Der Expertenbericht „too big to fail“ fordert in einer Fussnote, dass ein hoheitlich angeordneter Debt Equity Swap als starker Eingriff in die Gläubigerrechte nur angeordnet werden dürfe, wenn die Eigner vorgängig vollständig enteignet worden seien.¹⁴¹

- f) *Stellungnahme zu Einzelfragen: Auswirkungen von Sanierungsmassnahmen auf Master Agreements, insb. auf Beendigungsklauseln*
- aa) *Wirksamkeit der Auflösungsbestimmungen von Master Agreements auch im Sanierungsverfahren*
- aaa) *Problemstellung: Unwirksamkeit von Auflösungsklauseln gemäss Art. 31 Abs. 3 VE-BankG*

Der Vorentwurf betreffend die Revision des Bankeninsolvenzrechts enthielt eine Regelung¹⁴², wonach eine Änderung der Beteiligungsstruktur oder die Übertragung von Vertragsverhältnissen im Rahmen einer Sanierung *keinen Grund für die Auflösung einzelner Schuldverhältnisse* darstelle und entgegenstehende vertragliche Bestimmungen als unwirksam gelten würden. Aus dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf¹⁴³ war zu schliessen, dass sich der Anwendungsbereich dieser Regelung auch auf „Aufrechnungsverträge (*close-out netting*-Verträge)“ erstrecken sollte.

Diese Regelung ist im Vernehmlassungsverfahren – zu Recht – auf *Ablehnung* gestossen. Durchsetzbare Netting Agreements bilden ein Schlüsselement des Risikomanagements der Banken.¹⁴⁴ Würde man ausschliessen, dass

¹⁴¹ Expertenbericht „too big to fail“ (FN 78), 45 FN 44. – Die in der Botschaft 2002 (BBl 2002, FN 35, 8086) vertretene Meinung, die FINMA könne bereits unter dem gegenwärtig geltenden Bankeninsolvenzrecht einen Debt Equity Swap verfügen, ist u.E. unzutreffend. Dem Erfordernis einer klaren gesetzlichen Grundlage wird durch eine Meinungsäusserung in der Botschaft nicht Genüge getan (vgl. jetzt auch Botschaft 2010, BBl 2010, FN 3, 4018).

¹⁴² Art. 31 Abs. 3 VE-BankG.

¹⁴³ Erläuternder Bericht (FN 88), 53 f.

¹⁴⁴ Eingabe der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 30. Dezember 2009.

gegenüber Schweizer Banken oder Effekthändlern im Sanierungsfall die Close-out-Netting-Bestimmungen geltend gemacht werden können, so wäre zweifelhaft, ob Schweizer Banken und Effekthändler weiterhin als Parteien solcher Master Agreements akzeptiert würden. Die unter solchen Verträgen abgeschlossenen Transaktionen sind für Schweizer Institute und ihre Kunden wichtig, und vor allem ist die durch die Master Agreements und deren Close-out-Netting-Bestimmungen bewirkte Reduktion der Brutto- auf Netto-Risiken nicht nur für das Einzelinstitut bedeutsam (dessen Risiken ebenso wie die erforderliche Eigenmittelunterlegung geringer sind), sondern trägt massgeblich zum *Schutz des Finanzsystems* bei. Letzteres kommt – wie vorn gezeigt – auch in Art. 27 Abs. 3 BankG zum Ausdruck.

Überdies wäre unseres Erachtens eine solche *Regelung untauglich*: Die erwähnten, vorwiegend in internationalen Verhältnissen eingesetzten Master Agreements unterstehen – je nach Rechtswahl der Parteien – dem Recht von England und Wales oder demjenigen von New York, und als Gerichtsstand wird entsprechend England/Wales oder New York gewählt. Das hat zur Folge, dass die Schweizer Partei sich an die zuständigen Gerichte an diesen Orten wenden muss, wenn sie (bestrittene) Ansprüche gegen die Gegenpartei geltend machen will. In einem solchen Fall hätten *diese* Gerichte darüber zu entscheiden, ob das Master Agreement und die darunter abgeschlossenen Transaktionen gemäss den Auflösungsbestimmungen des Master Agreement und trotz der entgegenstehenden Regelung des Schweizer Bankeninsolvenzrechts beendet wurden oder weiter bestanden, falls diese Frage strittig wäre. Es ist zweifelhaft, ob ausländische Gerichte einer Insolvenzbestimmung schweizerischen Rechts gegenüber der abweichenden vertraglichen Regelung den Vorrang geben würden. Wenn dies nicht der Fall wäre, wäre die Wirkung einer solchen Insolvenzbestimmung, welche die Unbeachtlichkeit der Close-out-Netting-Bestimmungen vorsieht, äusserst beschränkt (nämlich auf Verfahren vor Schweizer Gerichten). In jedem Fall aber würden die geschilderten Unwägbarkeiten zu *Rechtsunsicherheit* führen, die einer Sanierung abträglich wäre.

bbb) Keine Aufhebung der Wirksamkeit von Auflösungsklauseln in Sanierungsverfahren gemäss Revision

Die soeben erläuterte Bestimmung von Art. 31 Abs. 3 VE-BankG wurde kommentarlos fallen gelassen und ist im Entwurf zu Recht nicht mehr enthalten. Daraus folgt u.E. zwingend, dass *Beendigungsklauseln* im Falle einer Änderung der Beteiligungsstruktur oder der Übertragung von Vertragsverhältnissen im Rahmen einer Sanierung (und ebenso im Konkurs) unter schweizerischem Recht *beachtlich* bleiben, wenn der von den Räten verabschiedete Text Gesetz wird.

Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus Art. 30 Abs. 3 E-BankG: Diese Bestimmung besagt, dass der Übernehmer mit rechtswirksamer Genehmigung des Sanierungsplans bezüglich des übertragenen Vermögens und der übertragenen Vertragsverhältnisse an die Stelle der Bank tritt. Daraus ist u.E. zu schliessen, dass die Vermögensübertragung zu keinen anderen Eingriffen in die übertragenen Verträge als eben dem genannten *Parteiwechsel* (Ersetzung der Bank durch den Übernehmer) führt. Dies folgt auch daraus, dass im schweizerischen Konkursrecht der allgemein anerkannte Grundsatz gilt, dass die Konkursverwaltung Verträge so zu akzeptieren hat, wie sie nach Gesetz oder vertraglicher Regelung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehen.¹⁴⁵ Dies muss allein schon aus Gründen der Rechtssicherheit analog auch im Falle einer Übertragung von Vertragsverhältnissen im Rahmen eines Sanierungsplans gelten. Führt ein solches Sanierungsverfahren oder die Vermögensübertragung zu einer Auflösung des Vertrags, beispielsweise durch Close-out-Netting-Vereinbarungen, wie sie in international gebräuchlichen Master Agreements¹⁴⁶ üblich sind, so hat diese zu gelten. Die gegenteilige Rechtsfolge müsste ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sein, was zufolge der Streichung von Art. 31 Abs. 3 VE-BankG gerade nicht zutrifft. Es wäre solches auch dem Schutz des Finanzsystems nicht förderlich, dienen doch die Close-out-Netting-Bestimmungen in Master Agreements der Reduktion von Systemrisiken, indem Risiken von Brutto- auf Nettobeträge gekürzt werden.

¹⁴⁵ Vgl. STAEHELIN DANIEL, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004, 363 ff., 366 f. (mit Nachweisen in FN 32).

¹⁴⁶ Z.B. ISDA Master Agreement, Global Master Repurchase Agreement oder die diversen Securities Lending Master Agreements.

Aus diesem Grund bildet denn auch die Verbindlichkeit von „Aufrechnungsvereinbarungen“ (Netting-Vereinbarungen) in Art. 27 Abs. 3 BankG Teil des gesetzlich angestrebten Systemschutzes.¹⁴⁷

Zusammengefasst folgt u.E. zwingend, dass Close-out-Netting-Bestimmungen auch in einem Sanierungsverfahren *wirksam* bleiben.

bb) Unzulässigkeit der behördlichen Übertragung nur einzelner Transaktionen unter einem Master Agreement (kein cherry picking)

Im Zusammenhang mit Art. 31 Abs. 3 VE-BankG und Art. 30 Abs. 3 E-BankG wurde vereinzelt die Befürchtung zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen der Übertragung von Vertragsverhältnissen bei einer Sanierung behördlich angeordnet werden könnte, dass nur gewisse Transaktionen, die unter einem Master Agreement abgeschlossen wurden, auf den neuen Rechtsträger (bridge bank) übergehen sollen, andere dagegen nicht.¹⁴⁸

Wir erachten eine solche Trennung als unzulässig: Die erwähnten Master Agreements basieren nach dem im Vertrag ausdrücklich formulierten Parteiwillen auf dem sogenannten „*Single Agreement Concept*“ (Konzept des Einheitsvertrags). Danach stehen sämtliche Rechte und Pflichten unter dem Master Agreement und alle darunter abgeschlossenen Transaktionen in einem Austauschverhältnis, und sie bilden ein einheitliches Vertragsverhältnis. Im Sanierungs- wie im Konkursverfahren sind diese Verträge mit dem Inhalt zu beachten, den sie im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hatten.¹⁴⁹ Sanierungsbeauftragte, Konkursliquidatoren und die FINMA als deren Aufsichtsbehörde haben demnach das vor der Verfahrenseröffnung im Master Agreement vereinbarte „*Single Agreement Concept*“ hinzunehmen. Sie dürfen dieses einheitliche Vertragsverhältnis ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht entgegen der vorbestehenden vertraglichen Vereinbarung in Einzeltransaktionen zerlegen, die dann teilweise auf einen neuen Rechtsträger übertragen und teilweise beim alten Rechtsträger verbleiben würden.

¹⁴⁷ Vgl. vorn, Ziff. V.2.c).

¹⁴⁸ Vgl. LANZ MARTIN/FAVRE OLIVIER, Swiss Bridge Bank Legislation, Newsletter Schellenberg Wittmer, September 2010.

¹⁴⁹ Vgl. STAEHELIN (FN 145), 366 (mit Nachweisen).

Überdies stellt sich auch hier die Frage, ob die gegenteilige Auffassung zu einer Sanierung beitragen würde oder nicht vielmehr grosse *Rechtsunsicherheit* zur Folge hätte: Falls die im *cherry picking* ausgewählten, gewinnträchtigen Transaktionen gegenüber der Gegenpartei geltend gemacht werden müssten, so wären i.d.R. ausländische Gerichte zuständig. Ob diese die Abspaltung und die Übertragung dieser Transaktionen auf den neuen Rechtsträger trotz des „Single Agreement Concept“ anerkennen würden, ist fraglich.

cc) Ergebnis

Zusammengefasst ergibt sich u.E. aus der Weglassung von Art. 31 Abs. 3 VE-BankG zwingend Folgendes:

- die üblichen vor Eröffnung eines Sanierungsverfahrens vereinbarten Close-out-Netting-Regelungen eines Master Agreement auch im Falle einer Änderung der Beteiligungsstruktur oder einer Vermögensübertragung, die im Rahmen eines Sanierungsverfahrens verfügt wird, wirksam bleiben; und
- das einheitliche Vertragsverhältnis nicht in Einzeltransaktionen zerlegt werden darf, von denen nur einzelne auf den neuen Rechtsträger übertragen würden.

Eine Klarstellung im revidierten Bankengesetz oder der Bankenkonkursverordnung ist zwar u.E. nicht unerlässlich, wäre aber der Rechtssicherheit dienlich.

VII. Konkurs

1. Allgemeines und Zuständigkeiten

Der zwölfte Abschnitt des Bankengesetzes und die Bankenkonkursverordnung¹⁵⁰ bilden eine einheitliche *Sonderregelung des Bankenkonkurses*. Damit sollte das Konkursverfahren für Banken und Effekthändler unabhängig

¹⁵⁰ Die BKV-FINMA stützt sich auf Art. 34 Abs. 3 BankG.

vom SchKG *umfassend* geregelt werden, von der Verfahrenseröffnung bis zu dessen Schliessung.

Da Konkursverfahren betreffend Banken und Effekthändler oft eine Vielzahl von Kunden berühren, sollte das Sonderregime insbesondere ein *beschleunigtes Verfahren* erlauben, das flexibel auf die Bedürfnisse des Einzelfalls zugeschnitten werden kann. Dem entsprechend und um die erforderlichen Fachkenntnisse der zuständigen Behörden im Finanzbereich sicherzustellen, weichen die Zuständigkeiten im Bankenkonzurs von denjenigen im gemeinen Konkurs ab.

So wird der Bankenkonzurs nicht durch den Richter angeordnet, sondern einzig durch die FINMA. Konkursbegehren, welche eine Bank oder einen Effekthändler betreffen, sind vom Konkursgericht an die FINMA zu überweisen.¹⁵¹ Die FINMA ist allgemein für die konkursrechtlichen Aufgaben zuständig; sie nimmt grundsätzlich diejenigen Aufgaben wahr, für die vor der Einführung der spezifischen Regeln zum Bankenkonzurs das Konkursgericht oder die Nachlassbehörde zuständig waren. Der FINMA kommt damit im Bankenkonzurs eine ausserordentlich starke Stellung zu.¹⁵² Dies begründete der Gesetzgeber damit, dass es eines speziellen Organs mit besonderen Fachkenntnissen bedarf, um das Verfahren des Bankenkonzurses zu leiten und zu überwachen,¹⁵³ und es hat sich dies u.E. bewährt.¹⁵⁴

¹⁵¹ Art. 173b SchKG.

¹⁵² Vgl. BBI 2002 (FN 35), 8091: „Mit der vorgeschlagenen Lösung stehen die Banken von der Aufnahme der Geschäftstätigkeit an bis zur vollständigen Liquidation unter der dauernden Aufsicht der Bankenkommision.“

¹⁵³ SPÜHLER KARL, Bankenkonzurs – Bankennachlassstundung – Bankensanierung – gestern und morgen, in: NOBEL PETER (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2004, 85 f.

¹⁵⁴ Was die – teilweise kritisierte – Personalunion der FINMA als Untersuchungs- und richterliche Behörde anbetrifft, so hat das Bundesgericht entschieden, jene sei nicht verfassungswidrig, da die Entscheide der FINMA der Überprüfung durch das Bundesgericht unterlägen. Mit der im Lichte der Rechtssicherheit eher zweifelhaften Regelung, dass die FINMA abweichende Verfügungen treffen kann (Art. 34 Abs. 3 BankG), habe der Gesetzgeber gemäss der Botschaft immerhin in erster Linie nur an Bestimmungen formeller Natur (Fristen, Verfahrensabläufe) gedacht.

Die FINMA ist auch für die Entscheidung zuständig, ob ein Konkursliquidator eingesetzt wird und wer gegebenenfalls mit dieser Aufgabe betraut wird. Der Konkursliquidator untersteht der Aufsicht der FINMA.¹⁵⁵

Der Konkursliquidator ist namentlich verantwortlich für die Sicherung und Verwertung der Konkursaktiven, die Besorgung der im Rahmen des Bankenkursverfahrens notwendigen Geschäftsführung, die Vertretung der Masse vor Gericht sowie die Erhebung und Auszahlung der nach BankG gesicherten Einlagen.¹⁵⁶ Dagegen kommt ihm keine eigene Verfügungskompetenz zu.¹⁵⁷

Die folgende Liste gibt einen Kurzüberblick über die Zuständigkeiten:

FINMA:

- Konkursöffnung
- Konkursabwicklung
- Überwachung Verfahrensablauf
- Beaufsichtigung des Konkursliquidators
- Konkursrichter und Aufsichtsbehörde

Konkursliquidator:

- Verwaltung der Konkursmasse
- Geschäftsführung im Rahmen des Konkursverfahrens (z.B. Sicherung und Verwertung von Aktiven, Zulassung von Konkursforderungen, Erhebung und Auszahlung gesicherter Einlagen, Vertretung der Konkursmasse vor Behörden und Gerichten)
- keine Behörde – keine Verfügungskompetenz

¹⁵⁵ Als Konkursliquidator kommen Personen in Frage, die über das notwendige Fachwissen verfügen und die unabhängig sind (in der Praxis vorwiegend Anwälte und Wirtschaftsprüfer). War bereits ein Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragter eingesetzt, so wird die Aufgabe des Konkursliquidators i.d.R. sinnvollerweise dieser Person übertragen (vgl. BaK BankG-BAUER, Art. 33 N 25).

¹⁵⁶ Art. 9 BKV-FINMA.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 6 BKV-FINMA.

Ordentliche Konkursgerichte, z.B.:

- Kollokationsklagen
- Aussonderungsklagen
- Anfechtungsklagen (actio Pauliana)

Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung:

Falls die FINMA einen Gläubigerausschuss oder eine Gläubigerversammlung einsetzt (s. hinten, Ziff. 4.d), so legt sie das Verfahren und die Kompetenzen des Ausschusses bzw. der Versammlung fest.

2. Voraussetzungen und Konkurseröffnung

Die Anordnung des Bankenkurses setzt entweder die *fehlende Aussicht auf eine Sanierung* oder ein *gescheitertes Sanierungsverfahren* voraus.¹⁵⁸ Zwecks Abklärung des Status des Finanzinstituts, namentlich mit Bezug auf die soeben erwähnten Voraussetzungen, sowie zur Sicherung der Vermögenswerte und Gläubigerrechte gehen einem Bankenkurs regelmässig Schutzmassnahmen¹⁵⁹ voraus. Hatte ursprünglich begründete Aussicht auf Sanierung bestanden, wird dem Konkursverfahren ein Sanierungsverfahren gemäss Art. 28 ff. BankG vorangegangen sein.¹⁶⁰ Bereits vor der Konkurseröffnung liegen der FINMA daher meist Berichte eines Untersuchungsbeauftragten oder eines Sanierungsbeauftragten vor.¹⁶¹

Die Konkurseröffnung wird von der FINMA auf einen genauen Zeitpunkt festgelegt und öffentlich bekannt gemacht.¹⁶² Das schweizerische Recht kennt, im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen, *keine Rückwirkung* der Konkurswirkungen auf die erste Minute des Tages, an dem der Konkurs

¹⁵⁸ Art. 33 Abs. 1 BankG.

¹⁵⁹ Vgl. dazu vorn, Ziff. IV.

¹⁶⁰ Vgl. dazu vorn, Ziff. VI.

¹⁶¹ Vgl. BaK BankG-BAUER, Art. 33 N 16. Vgl. zum Untersuchungsbeauftragten die Ausführungen unter Ziff. IV.2.a).

¹⁶² Art. 11 BKV-FINMA.

angeordnet wurde (sog. „zero hour rule“). Mit der Konkursöffnung entzieht die FINMA der Bank die Bewilligung.¹⁶³

3. Wirkungen des Bankenkurses; Grundsatz der Universalität und der Gleichbehandlung

Die Konkursöffnung nach dem Bankengesetz und nach SchKG verfolgen dasselbe Ziel und führen – im Wesentlichen – zu denselben Rechtsfolgen. So bestimmt Art. 34 Abs. 1 BankG, dass die Konkursöffnung nach Bankengesetz die Wirkungen einer Konkursöffnung nach den Art. 197-220 SchKG hat. Es geht in erster Linie darum, die Aktiven festzustellen und zusammenzuführen, sie zu verwerten und die Schulden zu liquidieren.

Im Bankenkurs gilt der Grundsatz der Universalität: Vom Konkurs werden *sämtliche verwertbaren Vermögenswerte* erfasst, die der Bank im Zeitpunkt der Konkursöffnung gehören, unabhängig davon, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden.¹⁶⁴ Ferner sind *alle Gläubiger* der Bank und ihrer ausländischen Zweigniederlassungen in gleicher Weise und mit gleichen Privilegien berechtigt, am schweizerischen Bankenkursverfahren teilzunehmen (Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger).¹⁶⁵

4. Verfahren des Bankenkurses

Im Folgenden sei kurz auf einige Besonderheiten des Bankenkursverfahrens hingewiesen:

- a) *Forderungsanmeldung; Meldepflicht von Schuldnern, Pfandgläubigern, Verrechnungsberechtigten*

Die *Forderungen der Gläubiger* der Bank, die aus den Büchern ersichtlich sind, gelten für den Zweck der Erstellung des Kollokationsplans als ange-

¹⁶³ Art. 33 Abs. 1 BankG.

¹⁶⁴ Art. 3 BKV-FINMA.

¹⁶⁵ Art. 3 Abs. 2 BKV-FINMA.

meldet¹⁶⁶ und als von der Bank im Sinne von Art. 265 SchKG anerkannt¹⁶⁷. Forderungen sind „aus den Büchern ersichtlich“, wenn der betreffende Gläubiger von der Bank regelmässig Auszüge oder Saldobestätigungen über den Bestand und die Höhe der Forderungen erhalten hat.¹⁶⁸

Art. 15 ff. BKV-FINMA (Herausgabe- und Meldepflicht) sieht ein dem Schuldenruf gemäss Art. 232 SchKG nachempfundenes Verfahren vor. Danach haben sich *Schuldner der Bank* sowie Personen, die Vermögenswerte der Bank als Pfandgläubiger oder aus anderen Gründen besitzen, innert der von der FINMA verfügbaren Eingabefrist beim Konkursliquidator zu melden und diesem die Vermögenswerte zur Verfügung zu stellen. Eine Anmeldung hat auch dann zu erfolgen, wenn der Schuldner der konkursiten Bank eine Verrechnung geltend macht. Als Sicherheit dienende Effekten und andere Finanzinstrumente unterliegen der Herausgabepflicht nicht, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verwertung durch den Sicherungsnehmer gegeben sind.¹⁶⁹ Sie sind dem Konkursliquidator aber dennoch zu melden und von diesem im Inventar vorzumerken; der Sicherungsnehmer hat über den erzielten Erlös abzurechnen sowie einen Überschuss an die Konkursmasse herauszugeben.¹⁷⁰ Im Übrigen kann die FINMA bestimmen, dass die Meldung von Schuldnern der Bank im Falle von Forderungen, die aus deren Büchern ersichtlich sind¹⁷¹, unterbleiben kann.

Besondere Beachtung verdient die Rechtsfolge im Falle *arglistig unterlassener Meldung oder Herausgabe*: Bestehende *Vorzugsrechte erlöschen*.¹⁷²

¹⁶⁶ Art. 36 Abs. 1 BankG.

¹⁶⁷ Art. 24 Abs. 4 BKV-FINMA.

¹⁶⁸ Art. 24 Abs. 3 BKV-FINMA.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 27 Abs. 3 BankG.

¹⁷⁰ Art. 16 Abs. 1 und 2 BKV-FINMA.

¹⁷¹ Art. 17 Abs. 2 BKV-FINMA.

¹⁷² Art. 15 Abs. 3 BKV-FINMA.

b) *Bestrittene Forderungen; Admassierung und Anfechtung*

Will der Konkursliquidator eine bestrittene Forderung oder einen Anspruch der Konkursmasse auf (bewegliche oder unbewegliche) Sachen gerichtlich geltend machen oder ein Rechtsgeschäft mit der *actio Pauliana* anfechten, so hat er vorgängig die *Zustimmung der FINMA* sowie allenfalls zweckdienliche Weisungen einzuholen.¹⁷³ Erfolgt *keine* gerichtliche Geltendmachung, so hat der Konkursliquidator die Wahl, entweder den Gläubigern unter Fristansetzung die Abtretung i.S.v. Art. 260 Abs. 1 und 2 SchKG anzubieten oder die Forderungen der Konkursmasse zu verwerten. Letztere Möglichkeit steht für Anfechtungsansprüche nach Art. 285-292 SchKG und Verantwortlichkeitsansprüche nicht offen.¹⁷⁴

c) *Verwertung*

Dem Konkursliquidator kommt bezüglich der Verwertung grosse Freiheit zu.¹⁷⁵ Gemäss Art. 29 Abs. 1 BKV-FINMA entscheidet er über die Art und den Zeitpunkt der Verwertung und führt diese durch. Gewisse Aktiven (namentlich solche, die schneller Wertverminderung ausgesetzt sind oder hohe Verwaltungskosten verursachen) kann der Konkursliquidator ohne Aufschub verwerten¹⁷⁶, für die übrigen hat er periodisch einen Verwertungsplan zu erstellen¹⁷⁷. Dieser wird den Gläubigern mitgeteilt, und es wird ihnen eine Frist angesetzt, innert der sie von der FINMA eine anfechtbare Verfügung betreffend einzelne Verwertungshandlungen verlangen können. Erwähnt sei schliesslich, dass der Konkursliquidator Forderungen der Konkursmasse, anstatt sie im Sinne von Art. 260 SchKG den Gläubigern zur Abtretung anzubieten, wie im gemeinen Verfahren nach SchKG verwerten kann.¹⁷⁸

¹⁷³ Art. 19 Abs. 4 BKV-FINMA.

¹⁷⁴ Art. 19 Abs. 5-7 BKV-FINMA.

¹⁷⁵ Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommission 48/2006 betr. Bankenkonzern und Einlagensicherung, 142.

¹⁷⁶ Art. 29 BKV-FINMA.

¹⁷⁷ Art. 7 BKV-FINMA.

¹⁷⁸ Art. 19 Abs. 6 BKV-FINMA.

d) *Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss*

Aus Gründen der Effizienz findet eine Gläubigerversammlung – in Abweichung zum SchKG-Verfahren – nur dann statt, wenn es die Liquidatoren als angezeigt erachten.¹⁷⁹ Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn „Entscheidungen bei der Liquidation wichtige Interessen der Gläubiger tangieren und deren Einverständnis wesentlich zu einem reibungslosen Ablauf des Verfahrens beitragen kann“¹⁸⁰.

Gemäss dem Entwurf für die Revision des Bankeninsolvenzrechts fällt die Einsetzung einer Gläubigerversammlung in die Kompetenz der FINMA, wobei den Liquidatoren ein Antragsrecht zukommt.¹⁸¹ Die Kompetenzen und die Regeln für die Beschlussfassung der Gläubigerversammlung werden bereits nach geltendem Recht von der FINMA festgelegt.¹⁸²

Ein Gläubigerausschuss wird im Bankenkursverfahren nur eingesetzt, wenn es die FINMA auf Antrag des Liquidators bestimmt, welche auch die Kompetenzen festlegt.¹⁸³

e) *Eingeschränktes Beschwerderecht*

Gläubiger und Eigner können im Verfahren des Bankenkurses einzig im Verwertungsplan festgehaltene Verwertungshandlungen anfechten, und dies auch nur, wenn sie von der FINMA eine entsprechende Verfügung beantragt haben (vgl. vorn lit. c). Die allgemeine Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG ist ausgeschlossen.

¹⁷⁹ Art. 35 BankG.

¹⁸⁰ BBl 2002 (FN 35), 8093.

¹⁸¹ Art. 35 E-BankG.

¹⁸² Art. 12 Abs. 1 BKV-FINMA und künftig Art. 35 E-BankG.

¹⁸³ Art. 35 Abs. 2 BankG; Art. 13 BKV-FINMA; Art. 35 Abs. 2 E-BankG. Vgl. BBl 2002 (FN 35), 8093, wonach ein Gläubigerausschuss eingesetzt werde, wenn dies zur sinnvollen Interessenvertretung der Gläubiger angezeigt sei.

VIII. Schlussbemerkung

Seit 2004 verfügt die Schweiz über eine spezifische Insolvenzordnung für Banken und Effektenhändler, die sich im Wesentlichen bewährt hat. Mit der von den Räten genehmigten Revision des Bankeninsolvenzrechts soll es an neuere Erkenntnisse angepasst werden. Insbesondere soll damit – und mit der hängigen „Too big to fail“-Vorlage – die Rechtsgrundlage geschaffen werden, um auch systemrelevante Banken und Effektenhändler besser sanieren und gegebenenfalls geordnet abwickeln zu können. Mit der Revision wird der Geltungsbereich des Bankeninsolvenzrechts über Banken und Effektenhändler hinaus ausgedehnt auf Investmentgesellschaften nach dem KAG und Versicherungen, indem die alleinige Zuständigkeit der FINMA für die Konkurseröffnung und die Durchführung des Konkursverfahrens analog den Bestimmungen zum Bankenkonzurs auch für diese gelten soll.

Künftige Revisionen, insbesondere diejenige im Zusammenhang mit „too big to fail“, sollten genutzt werden, um einzelne Unstimmigkeiten des Bankeninsolvenzrechts im Interesse der Rechtssicherheit und des Systemschutzes zu beseitigen. Dies betrifft die Regelung der Endgültigkeit von Weisungen, die in ein Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystem eingegeben werden (Art. 27 Abs. 2 BankG). Die darin vorgesehene Beweislastverteilung läuft dem Zweck des Systemschutzes zuwider, und die Bestimmung ist unklar, insbesondere was den Zeitpunkt anbetrifft, der für die tatsächliche oder fiktive Kenntnis des Systembetreibers über Schutzmassnahmen, welche die FINMA verfügt hat, massgebend sein soll.¹⁸⁴ Die vorgesehene Änderung von Art. 27 Abs. 3 BankG, wonach Systemschutz in allen Fällen von Schutzmassnahmen, im Sanierungsverfahren und im Konkursverfahren nach BankG gegeben sein soll, ist zu begrüßen. Um der Klarheit willen sollten die Absätze 1 und 2 von Art. 27 BankG dahingehend ergänzt werden, dass sie auch in Konkursverfahren und im Falle der Anordnung von Massnahmen im Zusammenhang mit der Verletzung von Bewilligungsvoraussetzungen oder mit der Zwangsliquidation zur Anwendung kommen.

Close-out-Netting-Vereinbarungen, insbesondere in Master Agreements, sind für den Systemschutz wichtig, wie u.a. Art. 27 Abs. 3 BankG verdeutlicht.

¹⁸⁴ Vorn, Ziff. V.2.b)bb).

Es ist zu begrüßen, dass Bestimmungen wie diejenige von Art. 31 Abs. 3 VE-BankG, welche die Wirksamkeit von Close-out-Netting-Vereinbarungen in einem Sanierungsverfahren in Frage gestellt hätte, in der Revision fallengelassen wurden und nicht Gesetz werden. Andernfalls würden sich die Risiken der Finanzinstitute erhöhen, anstatt reduzieren, und würde Rechtsunsicherheit geschaffen, die einer Sanierung und raschen Abwicklung abträglich wäre. Bei Gelegenheit wäre auch Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG zu ändern, um den Gesetzeszweck – Verhinderung von cherry picking und Konkursbeständigkeit von Close-out-Netting-Vereinbarungen in Master Agreements – besser abzudecken und in diesem Zusammenhang strittige Fragen zu klären.

