



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III

Schwerpunkt: Das neue Bankeninsolvenzrecht

Schulthess § 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013
ISBN 978-3-7255-6803-1

www.schulthess.com

Vorwort

In Europa war Schweden Vorreiter bei der Ausgabe von offiziellen Banknoten. Ab 1661 gab der Stockholms Banco „Kreditnoten“ aus, die zunächst ein voller Erfolg waren. Doch dann verlieh die Bank zu viel Geld und gab zu viele Noten aus, die sie nicht mehr einlösen konnte. 1667 ging die Bank Konkurs, und die schwedische Regierung musste ihre Schulden übernehmen. Bankenkongresse sind also kein ganz neues Phänomen. Dennoch waren in der Schweiz viele Jahrzehnte lang die Banken an Konkursen eigentlich immer nur in der Rolle von Gläubigerinnen beteiligt. Sie haben Kredite vergeben, der Kreditnehmer kam in Schwierigkeiten, und die Bank versuchte zu retten, was zu retten ist.

Seit einigen Jahren wissen wir aber auch in der Schweiz, dass Banken selbst ins konkursrechtliche Zentrum rücken können. Dies ist insbesondere dort von gewaltiger Tragweite, wo eine Bank volkswirtschaftliche Bedeutung erlangt, wie dies die Schweizer Grossbanken tun. Die Finanzkrise der letzten Jahre hat auch gezeigt, dass der Konkurs einer Bank nicht isoliert betrachtet werden darf, dass hier transnationale Domino-Effekte walten, indem fallierende Banken weitere Marktteilnehmer in den Abgrund reissen können.

Vor diesem Hintergrund erarbeitet die Schweiz ein neues Bankeninsolvenzrecht. Die vorliegende Schrift versucht hier erste Klärungen. Das neue Recht wird überblicksmässig und in Einzelaspekten vorgestellt. Hinzu kommen weitere wichtige Aspekte: das Bankkündengeheimnis in der Insolvenz sowie die Rolle der kreditgebenden Bank in Fällen der Sanierung der Kreditnehmer. Ausserdem wird aus der Praxis der Abwicklung von Lehman Brothers in der Schweiz berichtet.

Der Band versammelt teilweise in erweiterter Form Referate der Tagung „Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III – Schwerpunkt Banken“, die das Europa Institut an der Universität Zürich am 21. Juni 2012 durchgeführt hat. Für das Gelingen der Tagung und die Veröffentlichung dieses Bandes danke ich der Referentin und den Referenten sehr herzlich, wie auch Frau Marietta Zürcher für die Organisation und Frau Daniela De Marco für die Gestaltung dieses Bandes.

Erst nach der Tagung, am 1. November 2012, ist die neue Bankeninsolvenzverordnung-FINMA in Kraft getreten. Sie wird indes in den Beiträgen zu diesem Band berücksichtigt. Die BIV-FINMA vereinigt die Ausführungsbestimmungen zum Sanierungs- und Konkursverfahren von Banken und Effektenhändlern in einem Erlass. Neu enthält sie eine detaillierte Regelung des Sanierungsverfahrens, während die Konkursvorschriften inhaltlich praktisch unverändert aus der bestehenden Bankenkonkursverordnung-FINMA (BKV-FINMA) übernommen wurden. Die neue Verordnung regelt im Detail die Sanierungsbefugnisse, über welche die FINMA seit Inkraftsetzung des revidierten Bankengesetzes am 1. September 2011 verfügt.

Zürich, im Januar 2013

Thomas Sprecher

Inhaltsübersicht

Gesetzgebungsvorhaben im Bereich SchKG/Sanierung	7
<i>Dr. iur. et phil. Thomas Sprecher, Rechtsanwalt, LL.M., Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Lehman Brothers – Lessons Learned	13
<i>Dr. iur. Christiana Suhr Brunner, Rechtsanwältin, Partner PriceWaterhouseCoopers AG, Zürich</i>	
Die kreditgebende Bank im Debt-Work-out Prozess ihres Schuldners – Handlungsalternativen und Risiken	27
<i>Dr. iur. Roland Fischer, Rechtsanwalt, LL.M., Lenz & Staehelin, Zürich</i>	
Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht	57
<i>Dr. iur. Reto Schiltknecht, Rechtsanwalt, Leiter Solvenz und Kapital, Banken, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern</i>	
Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme sowie Vereinbarungen zur Risikoreduktion – Abschirmung in der Insolvenz	87
<i>Dr. iur. Urs Pulver, Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Das Bankkundengeheimnis in der Insolvenz	129
<i>Dr. iur. Thomas Bauer, Advokat, Partner Ernst & Young AG, Basel und Zürich</i>	
Sanierungen aus Bankensicht – aus der Praxis der Recovery Abteilung einer Grossbank	155
<i>lic. oec. HSG Christoph Schmid, Leiter Special Credit Solutions Schweiz, Credit Suisse AG, Zürich</i>	
Anhang	
Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA vom 30. August 2012 (Stand am 1. November 2012)	183

Gesetzgebungsvorhaben im Bereich SchKG/Sanierung

Thomas Sprecher

Inhalt

I. Übersicht.....	7
II. Revision des Sanierungsrechts.....	9

I. Übersicht

Es sind mehrere Gesetzgebungsvorhaben im Bereich SchKG/Sanierung am Laufen:

1. Neuerungen

Revision Bankengesetz: Verstärkung des Einlegerschutzes (BankG, SR 952.0)	Verabschiedung 18.3.2011 Anpassung von Art. 173b SchKG sowie Aufnahme des Einlegerprivilegs (Art. 37b BankG) in den Katalog von Art. 219 SchKG Inkrafttreten 1.9.2011
Too big to fail-Vorlage	Sonderregeln für Bankenkonkurs und -sanierung, insb. für Systemrelevante Banken Verabschiedung 30.9.2011 Inkrafttreten 1.3.2012

2. Laufende Gesetzgebungsprojekte

Revision des Sanierungsrechts (Nachlassverfahren)	Verabschiedung Botschaft 8.9.2010 (BBl 2010, 6455 ff.) Beschluss Nichteintreten Nationalrat 27.9.2011 Beschluss Eintreten Rechtskommission Ständerat Eintreten Ständerat und Detailberatung 31.5.2012, Detailberatung der Rechts- kommission des Nationalrats
Bankeninsolvenzverordnung- FINMA	Inkrafttreten 1.11.2012
Versicherungskonkursverordnung- FINMA	Öffentliche Anhörung eröffnet (Frist 30.6.2012)
Motion Hess 11.3925	Verhinderung des Missbrauchs des Konkurs- verfahrens durch den Konkursiten Vom Parlament überwiesen; Verwaltung bereitet Vernehmlassungsvorlage vor

3. Neue parlamentarische Vorstösse

Motion Flückiger-Bäni 11.3287	Einführung eines Schuldnerregisters Vom Bundesrat zur Ablehnung empfohlen 6.6.2011; Abklärungen im Hinblick auf die Einführung eines gesamtschweizerischen Be- treibungsregistrauszugs in Aussicht gestellt
Motion der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, 12.3403	Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurseröffnung; Annahme durch Ständerat am 27.9.2012; Bearbeitung durch Nationalrat
Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, 12.3654	identisch mit Motion 12.3403

II. Revision des Sanierungsrechts

In Bezug auf die Ausgangslage und den Stand der Revision des Sanierungsrechts per 1. August 2010 wird auf die Ausführungen im Band der Tagung zu „Sanierung und Insolvenz von Unternehmen“ vom 30. Juni 2010 sowie der Tagung zu „Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II“ vom 22. Juni 2011 verwiesen.¹ Die nachstehenden Ausführungen reflektieren den Stand 1. Dezember 2012.

Am 8. September 2010 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010 (nachfolgend nur „Botschaft“).²

Nachdem die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates am 25. März 2011 auf die Vorlage eingetreten war, kam sie auf ihren Beschluss zurück und beschloss am 24. Juni 2011, ihrem Rat Nichteintreten zu beantragen. Der Nationalrat folgte diesem Antrag am 27. September 2011. Nach Ansicht der SVP musste ein Konkurs nicht um jeden Preis verhindert werden, und SP und Grüne wehrten sich gegen Verschlechterungen für die Arbeitnehmer.

Der Bundesrat ging dann nochmals über die Bücher und arbeitete einen Kompromiss aus. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates nahm den Entwurf zur Revision des SchKG am 15. November 2011 an. Auch der Ständerat hat am 31. Mai 2012 das Gesetz mit 28 zu 5 Stimmen bei 2 Enthaltungen angenommen.³ Der bundesrätliche Kompromiss gab bei der ständerätlichen Beratung vor allem in folgenden beiden Punkten Anlass zu Diskussionen:

¹ Vgl. SPRECHER THOMAS, Revision des Sanierungsrechts, in: SPRECHER THOMAS (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011, 99-156; SPRECHER THOMAS, Update: Die Revision des Sanierungsrechts, in: SPRECHER THOMAS (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2012, 65-83. Vgl. ferner RÜETSCHI DAVID, Aktuelle Rechtsetzung und Rechtsetzungs-Projekte im SchKG und im Bankeninsolvenzrecht, AJP 6/2012, 739 ff.; RÜETSCHI DAVID, Rechtsetzung im Insolvenzrecht – Entwicklungen im Jahr 2012, ZZZ 2011/2012, 159 ff.

² 10.077 (BBl 2010 6455 ff., 6507 ff.).

³ Vgl. <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4904/380964/d_s_4904_380964_381024.htm>.

- Arbeitnehmerschutz: Es wurden Vorschläge zur Sozialplanpflicht gemacht.
- Sanierungsrecht im Obligationenrecht: Die Kommission beantragte, an den in Art. 725a OR vorgesehenen Sanierungsmöglichkeiten im Gegensatz zum Bundesrat festzuhalten. Sie beschloss zudem, den Bundesrat mit einer Motion (12.3403) zu beauftragen, ein umfassendes Sanierungsverfahren im Obligationenrecht vorzusehen, um Unternehmenssanierungen vor der Einleitung eines Nachlassverfahrens zu erleichtern.

Dem aktuellen Gesetzestext zufolge sollen Unternehmen nur dann bei Massenentlassungen von der Sozialplanpflicht befreit werden, wenn das Konkursverfahren tatsächlich in einem Nachlassvertrag endet. Wenn die Sanierung gelingt, besteht die Pflicht weiterhin. Ursprünglich hatte der Bundesrat vorgeschlagen, Unternehmen nach Beginn des Verfahrens grundsätzlich davon zu entbinden.

Kommissionssprecher Pirmin Bischof wies bereits in der Eintretensdebatte darauf hin, dass man mit der Verbesserung des Sanierungsrechts neue Interessengegensätze schaffe: vor allem zwischen Gläubigern, Lieferanten und Arbeitnehmern. Diesen Gegensätzen müsse Rechnung getragen und ein Gleichgewicht geschaffen werden. Allerdings beurteilten nicht alle Ratsmitglieder dieses Gleichgewicht gleich. Umstritten war unter anderem die Frage, welche Unternehmen überhaupt Sozialpläne ausarbeiten müssen. Der Bundesrat schlug Unternehmen ab 250 Angestellten vor, eine linke Minderheit verlangte Sozialpläne schon für Unternehmen ab 100 Angestellten. Gemäss Bundesrätin Simonetta Sommaruga machen die Unternehmen mit über 250 Angestellten zwar nur 0,37% aller Unternehmen in der Schweiz aus, beschäftigen aber rund ein Drittel aller Arbeitnehmer. Müssten auch mittelgrosse Unternehmen mit 50 bis 249 Mitarbeitern Sozialpläne ausarbeiten, wären davon rund 55% aller Angestellten erfasst. Der Bundesrat will die KMU aber nicht belasten. Auch der Ständerat lehnte den Minderheitsantrag mit 26 zu 12 Stimmen ab.

Mit demselben Stimmenverhältnis lehnte der Ständerat einen weiteren Antrag ab. Eine linke Minderheit wollte einen Artikel streichen, der vorsieht, dass ein Käufer die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten nur übernehmen muss, wenn er dem zustimmt. Dies soll es einem Käufer erlauben, nur einen rentablen Teil einer Firma und dessen Mitarbeiter zu über-

nehmen. Nach geltendem Recht müssen alle Angestellten übernommen werden. Dies kann dazu führen, dass sich kein Käufer finden lässt. Ebenfalls chancenlos blieb ein Antrag von bürgerlicher Seite, der die Sozialplanpflicht ganz aus der Vorlage kippen wollte. Der Ständerat lehnte dies mit 26 zu 11 Stimmen ab.

Diskussionslos stimmten die Ständerätinnen und -räte einem Vorschlag ihrer Rechtskommission zu. Neu sollen im Konkursfall nicht nur Verwaltungsratsmitglieder alles Honorar zurückbezahlen müssen, die in den fünf Jahren vor Konkurseröffnung ausbezahlt wurden, sondern auch die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Beirats. Zudem soll die Rückzahlungspflicht auch alle variablen Vergütungen betreffen.

Das Geschäft ging dann an den Nationalrat zurück. Nach der Debatte im Ständerat kam die Rechtskommission des Nationalrates Ende Juni 2012 auf ihren Entscheid zurück und beschloss, auf die Sanierungsrechtsvorlage einzutreten. Die Mehrheit reagierte damit auf das Zeichen, das der Ständerat insbesondere mit der leichten Erweiterung der Sozialplanpflicht gesetzt hatte. Ausserdem beschloss die Kommission, wie ihre Schwesterkommission des Ständerates eine Motion einzureichen, welche eine Parallelrevision des Obligationenrechts verlangt (12.3654).

Das Geschäft ging dann beschränkt auf die Eintretensfrage ans Plenum des Nationalrats.