

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Kaspar Ulmann
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern

Per Mail zugestellt an: regulation@finma.ch

Zürich, 9. Dezember 2024
FMU/058 330 62 17

Stellungnahme SBVg zum Entwurf einer neuen Verordnung der FINMA über das Insolvenzverfahren bei Finanzmarktinstituten (Insolvenzverordnung FINMA, InsV-FINMA)

Sehr geehrter Herr Ulmann
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 9. Oktober 2024 eröffnete Anhörung der FINMA zur neuen Verordnung über das Insolvenzverfahren bei Finanzinstituten. Wir bedanken uns für die Möglichkeit, Ihnen unsere Position und unsere Überlegungen darlegen zu können. Wir begrüssen das Zusammenführen zur InsV-FINMA und die darin vorgeschlagenen Änderungen. Gerne nutzen wir jedoch die Gelegenheit, um im Hinblick auf die Erhöhung der Rechtssicherheit in diesem wichtigen Bereich unsere Überlegungen anzubringen.

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand

Gemäss dem Entwurf fallen Schutzmassnahmen nicht unter den Anwendungsbereich der Verordnung. Bei Schutzmassnahmen mit Wirkung auf Dritte, insbesondere Gläubiger/Einleger, kann man aber den Standpunkt vertreten, dass es hilfreich wäre, dass diese auch unter den Anwendungsbereich der InsV-FINMA fallen. Zu denken ist etwa die Anordnung von Stundung oder Fälligkeitsaufschub, die Gegenparteien der Bank sehr direkt treffen würde. In einem solchen Fall wären etwa die Bestimmungen der InsV-FINMA hilfreich zur Information der Öffentlichkeit.

Der Fall der CS hat gezeigt, dass Schutzmassnahmen für Gegenparteien wesentlich sein können. Das anzuwendende Verfahren und die Beschwerdelegitimation in einem solchen Fall sind gegenwärtig vor Bundesverwaltungsgericht strittig. Hinzu kommt, dass mit der angestrebten Änderung der ERV im Bereich der AT1 Instrumente (Art. 27a, Art. 29, Möglichkeit der Teilabschreibung/Teilwandlung) und den Bestrebungen der Behörden zur Stärkung der Verlustabsorption von AT1 Instrumenten im going concern Schutzmassnahmen

eine erhöhte Relevanz erhalten können. Entsprechend bietet es sich wohl an, den Anwendungsbereich der InsV-FINMA im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens TBTF noch einmal zu überprüfen.

Art. 8 Meldung an die FINMA

Der Erläuterungsbericht erwähnt, dass die Entscheide des Sanierungsbeauftragten bzw. der Konkursverwaltung keine Verfügung darstellen und somit den meldenden Personen keine Parteistellung zukommt. Das ist ein erheblicher Unterschied zum allgemeinen Konkursrecht, wo der Konkursverwalter eigenständig verfügt und seine Entscheide über SchKG 17 angefochten werden können. Gerade bei sehr grossen Verfahren stellt sich die Frage, ob die Regelung der InsV-FINMA zweckmässig und prozessökonomisch ist, da konkret die FINMA jeden Entscheid selbst noch einmal treffen müsste.

Die Stellung des Sanierungsbeauftragten bedarf einer Klärung, insbesondere auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer Brückenbank, was aber wohl auf Gesetzesstufe erfolgen muss. Es ist gut vorstellbar, dass er privatrechtlich als faktisches Organ gelten würde.

Die Rechtstellung von Sanierungsbeauftragten sollte wohl als Teil der Arbeiten zu TBTF noch einmal eingehend diskutiert werden.

Die grundsätzliche Frage zur Rechtsstellung von Sanierungsbeauftragten wird unter Art. 12 erörtert.

Art. 10 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen

Der Begriff «Verbringung» könnte durch einen geläufigeren Ausdruck ersetzt werden oder anders umschrieben werden.

Wie bei section 89H UK Banking Act könnte man sich überlegen, ob man das Schweizer Anerkennungsrecht nicht ausweiten sollte auf Fälle, wo kein in der Schweiz gelegenes Vermögen vorhanden ist sondern lediglich Verträge Schweizer Recht unterstehen. Zudem könnte man sich überlegen, das Anerkennungsrecht generell anerkennungsfreundlicher auszugestalten (etwa analog section 89H UK Banking Act). Dieser Kommentar betrifft aber nicht direkt die vorgeschlagene Bestimmung in der InsV-FINMA, sondern müsste als Teil der Gesetzgebungsarbeiten aufgenommen werden.

2. Kapitel: Sanierung

Art. 11 Eröffnung des Verfahrens

Falls im Rahmen einer Sanierung eine Versteigerung als nötig erachtet wird, fehlen heute massgeschneiderte Bestimmungen über den Prozess, wie dann die Bank (oder eine Brückenbank) (als Ganzes) oder bestimmte Aktiven/Passiven verkauft werden sollen.

Einzig Art. 32 BIV-FINMA (mit einem Verweis auf Art. 257-259 SchKG – neu in Art. 36 InsV-FINMA) enthält Bestimmungen über eine Versteigerung. Diese Bestimmungen sind allerdings für den Konkursfall gedacht und bei Zeitdruck ungeeignet (physische Auflage der Bedingungen, Fristen, etc.).

Ein Versteigerungsverfahren in der Sanierung könnte entlang der folgenden Punkte entworfen werden:

• Swiss Banking

- Kompetenz der FINMA, ein rasches Verfahren festzulegen (mit Möglichkeit Delegation an Sanierungsbeauftragten), inkl. Möglichkeit einer eingeschränkten Zahl Bieter. Keine vorgegebenen Fristen.
- (freihändiger) Beizug Berater, auf Kosten der Bank (analog Untersuchungsbeauftragter/Sanierungsbeauftragter)
- Festlegung Zuschlagskriterien (Erhalt systemrelevanter Funktionen, Finanzstabilität, Minimierung Risiken für öffentliche Hand, Transaktionssicherheit, Einhaltung des NCWO, Bewilligungsmöglichkeit unter shareholder fit and proper assessment, bei gleichrangigen Angeboten Preis)
- Ermessen der FINMA, Zuschlagskriterien zu beurteilen und Kompetenz der FINMA, über Zuschlag zu entscheiden
- FROB letter vom 6. Juni 2017 betreffend Banco Popular als Beispiel einer Festlegung der Steigerungsbedingungen

Gewisse dieser Elemente würden wohl einer gesetzlichen Regelung bedürfen, insbesondere die generelle Delegationsnorm an die FINMA zum Notverkauf als Teil eines Sanierungsverfahrens. Entsprechend muss die InsV-FINMA mit den laufenden Gesetzgebungsarbeiten TBTF (und Art. 36 InsV-FINMA) koordiniert werden. Dies betrifft auch weitere Elemente des Sanierungsverfahrens, welches wohl in Zukunft erheblich ausgebaut werden muss, etwa betreffend Übertragungshandlungen oder das Instrument der Brückenbank. Diesbezüglich stellen wir fest, dass der bestehende Art. 51 BIV-FINMA betreffend Weiterführung von Bankdienstleistungen gestrichen werden soll.

Art. 12 Sanierungsbeauftragter oder Sanierungsbeauftragte

Wir begrüssen die Übernahme dieser Bestimmung (Abs. 1 bis 4) aus der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA in die InsV-FINMA.

In Bezug auf Absatz 5 stellt sich dagegen die ganz grundsätzliche Frage nach der Rechtstellung von Sanierungsbeauftragten.

Denn während einerseits mit Bezug auf Art. 28 Abs. 3 BankG die Ansicht vertreten wird, dass die (mit der Ausarbeitung des Sanierungsplans) «beauftragte» Person – anders als der Sachwalter gemäss SchKG – keine hoheitliche Tätigkeit ausführt (vgl. BSK BankG-Bauer, Art. 28 Rz. 23), stellt der Erläuterungsbericht zur InsV-FINMA im Hinblick auf Absatz 5 fest, dass «analog zur etablierten Praxis der FINMA in Konkursverfahren» die Einsetzung von Sanierungsbeauftragten unverzüglich dem zuständigen Handelsregisteramt mitgeteilt werden soll.

Es ist anzunehmen, dass Zweck einer solchen Mitteilung an das Handelsregisteramt die mit einer Eintragung in das Handelsregister verbundene Schaffung von Transparenz (und Akzeptanz) der Vertretungsbefugnis von Sanierungsbeauftragten sein soll, die neben der Ausarbeitung des Sanierungsplans gemäss Art. 12 Abs. 3 InsV-FINMA auch damit betraut werden können, anstelle der Organe des Finanzinstituts zu handeln. Sodann ist aber entweder mangels hoheitlichem Tätigwerden von Sanierungsbeauftragten die im Erläuterungsbericht zu Art. 12 Abs. 5 InsV-FINMA gezogene Parallele zum Sachwalter gemäss SchKG nicht gegeben oder es ist die Ansicht der FINMA, dass Sanierungsbeauftragte bei der Wahrnehmung von Aufgaben über die Erarbeitung des Sanierungsplans hinaus (und hier insbesondere bei der Handlung anstelle der Finanzinstitutsorgane) hoheitlich tätig werden.

Sanierungsbeauftragte sind somit entweder privatrechtlich handelnde Personen ohne hoheitliche Verfügungskompetenz (also faktische Organe der Bank-Gesellschaft) oder sie sind (wie der Sachwalter nach SchKG) hoheitlich Handelnde, welche die Organe von Finanzinstituten entweder ersetzen oder übersteuern können.

Die Rechtstellung von Sanierungsbeauftragten sollte von der FINMA daher klargestellt werden.

Die Eintragung des Sanierungsbeauftragten im Handelsregister stellt weitere Fragen. So ist unklar, ob die bisherigen Zeichnungsberechtigten in einem solchen Fall gelöscht werden würden, wie das heute üblich ist bei Enforcementverfahren der FINMA gegen gewisse Finanzmarktteilnehmer. Bei einer grossen Bank würde die Streichung der Zeichnungsberechtigung im HR dazu führen, dass die Bank zum Stillstand kommt, da keine neuen Verträge mehr abgeschlossen werden könnten. Das betrifft auch die Erneuerung von auslaufenden Verträgen, wie etwa Hypothekarkrediten. Die Eingriffsintensität in einem solchen Fall kann auch dazu führen, dass eine Bank damit nicht mehr kapitalmarktfähig ist und verlustabsorbierendes Kapital nicht mehr wieder aufbauen könnte. Auf jeden Fall sollte geklärt werden, dass die Meldung an das HR nur die Gesellschaft betrifft, die sich im formellen Sanierungsverfahren befindet und nicht andere Gruppengesellschaften.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Rolle des Sanierungsbeauftragten als Teil der laufenden TBTF-Gesetzgebungsarbeiten noch einmal vertieft angeschaut werden sollte.

Art. 14 Ablehnung des Sanierungsplans durch die Gläubiger und Gläubigerinnen

Durch die gesetzliche Anforderung der Gläubigerzustimmung bei nicht-systemrelevanten Banken hat die FINMA keine Möglichkeit über ein Wochenende eine rasche Lösung zu finden. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur Situation im Ausland. Es ist klar, dass dieses Problem nicht über die InsV-FINMA gelöst werden kann, dennoch scheint es uns angesichts der praktischen Bedeutung angezeigt an dieser Stelle darauf hinzuweisen.

3. Kapitel: Konkurs

1. Abschnitt: Verfahren

Art. 17 Einsetzung einer Konkursverwaltung

Die Ausführungen zu Art. 12 gelten analog auch für Art. 17.

Art. 18 Aufgaben und Befugnisse der Konkursverwaltung

Die Aufzählung der Aufgaben der Konkursverwaltung umfasst Elemente, die gemäss SchKG Art. 17 eigenständig anfechtbar wären. Detaillierte Ausführungen hierzu können unseren Kommentaren zu Art. 8 und 12 entnommen werden.

4. Abschnitt: Verwertung

Art. 35 Verwertungsmodus

Der Notverkauf gemäss InsV-FINMA bezieht sich gemäss Vorschlag lediglich auf die allgemeinrechtlichen Beweggründe eines solchen Notverkaufs, wie man sie auch im SchKG findet. Diese dienen im weiteren Sinn dem Gläubigerschutz.

Beim Bankenkonskurs können aber auch andere öffentlichen Interesse ins Spiel kommen, nicht nur der Gläubigerschutz. Zu denken ist insbesondere an die Weiterführung systemrelevanter Funktionen, die Vermeidung staatlicher Beihilfen oder die Finanzstabilität. So wäre etwa denkbar, dass die FINMA über eine Muttergesellschaft den Konkurs eröffnet, jedoch für die Tochtergesellschaft – welche systemrelevante Funktionen betreibt – den Notverkauf über ein Wochenende anstrebt, damit zumindest diese essentiellen Funktionen weiterbetrieben werden können. Entsprechend sollte Art. 35 Abs. 2 um jene weiteren Fälle ergänzt werden, in denen die FINMA einen Notverkauf anordnen kann. Diese Bestimmung ist mit den entsprechenden Regelungen zum Sanierungsverfahren abzugleichen, da im Voraus nicht mit Klarheit bestimmt werden kann, welches Szenario für die verschiedenen juristischen Einheiten einer sich in der Krise befindenden Bank zur Anwendung kommt. Einzelne Gesellschaften können sich im Sanierungsverfahren befinden, während andere in Konkurs gehen. Wiederum andere können normal weiterbetrieben werden. Die InsV-FINMA sollte möglichst modular die allgemeinen Verfahrensschritte beschreiben und das Ermessen der FINMA nicht unnötig einschränken.

Art. 36 Öffentliche Versteigerung

Wenn ein Konkursverfahren auf Gruppenebene und gleichzeitig ein Sanierungsverfahren auf einer operativen Gruppengesellschaft eröffnet wird, sollte geklärt werden, welche Bestimmungen anwendbar sind (Art. 36 vs 11 InsV-FINMA).

Das SchKG-Verfahren der öffentlichen Versteigerung ist nicht auf ein Krisenwochenende ausgelegt. Die Erfahrung aus dem Ausland (Banco Popular, US-Banken) zeigt aber, dass die Behörden unter Umständen ein solches Bieterverfahren sehr rasch durchziehen müssen. Das gilt für den Notverkauf sowohl im Sanierungs- als auch im Konkursverfahren. Die InsV-FINMA sollte diesem Umstand Rechnung tragen und nicht auf Bestimmungen im SchKG verweisen. Bedenklich ist insbesondere an Art. 257 Abs. 1 SchKG, wonach Ort und Zeit der Versteigerung öffentlich bekannt gegeben werden müssen, was ein eingeschränktes Bieterverfahren unter Geheimhaltung verunmöglichen würde. Der Zuschlag über dreimaligen Aufruf (Art. 258 SchKG) erscheint ebenfalls ungeeignet. Sodann könnte die 10-Tage-Auflage der Steigerungsbedingungen (Art. 259 i.V.m. Art. 134 SchKG) kaum eingehalten werden. Das SchKG-Verfahren geht nicht von einer Situation aus, in der die Finanzstabilität akut gefährdet ist.

Art. 38 Anfechtung von Verwertungshandlungen

Gemäss Art. 31d BankG wird ein Sanierungsplan bei systemrelevanten Banken mit Genehmigung der FINMA rechtswirksam. Dies könnte etwa einen Notverkauf beinhalten. Der Schutz der Gläubiger erfolgt in

diesem Fall über den «No creditor worse off»-Test und allenfalls Schadenersatz, nicht aber über die Möglichkeit der Ablehnung des Plans oder der Aufhebung des Sanierungsplans (Art. 37g^{bis} BankG).

Diese Straffung des Verfahrens im Sanierungsrecht wurde im Bankenkonzursrecht nicht übernommen. Entsprechend wäre die Rechtssicherheit eines Notverkaufs sehr unterschiedlich je nachdem, ob sich die übertragende Einheit in einem Sanierungsverfahren oder in einem Konkursverfahren befindet. Dies ist insbesondere problematisch in einem Bankenkonzern, da im Voraus nicht mit Klarheit bestimmt werden kann, in welchen Situationen sich die einzelnen Gruppengesellschaften befinden werden. Dieses Problem sollte im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten diskutiert werden, um die Rechtssicherheit bei Verwertungshandlungen zu erhöhen, insbesondere dann, wenn öffentliche Interessen wie die Finanzstabilität, die Weiterführung systemrelevanter Funktionen oder das Vermeiden von staatlichen Beihilfen betroffen sind.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Felix Muff
Leiter Legal & Compliance



Andrae Lamprecht
Senior Advisor Legal & Compliance