

02.084

**Botschaft
zur Änderung des Bundesgesetzes
über die Banken und Sparkassen**

vom 20. November 2002

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen hiermit Botschaft und Entwurf zu einer Änderung des Bankengesetzes mit dem Antrag auf Zustimmung.

Gleichzeitig beantragen wir, folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

1996 P 95.3574 Gesetzliche Verankerung eines Bankeneinlegerschutzes
(N 24.9.96, Vollmer)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

20. November 2002

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Kaspar Villiger

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Die geltenden Bestimmungen im Bundesrecht über die Bankensanierung und Bankenliquidation sind revisionsbedürftig. Dies ist nicht erst seit der seinerzeitigen Schliessung der Spar- und Leihkasse Thun (SLT) klar, welche in der Öffentlichkeit grosse Betroffenheit auslöste und über die Landesgrenzen hinaus Wellen warf. Das auch heute noch nicht abgeschlossene Liquidationsverfahren der SLT hat erneut die zahlreichen Verfahrensmängel aufgezeigt; auch der Ruf nach einem verstärkten Schutz der Einleger wurde laut. Aus diesen Gründen und weil eine Bankenschliessung ohne weiteres landesweite Auswirkungen zeitigen kann, erscheint es wichtig, das rechtliche Instrumentarium bereitzustellen, welches die rechtzeitige Sanierung – nötigenfalls aber auch die effiziente und kostengünstige Liquidation – einer insolvenzgefährdeten Bank ermöglicht. Nur so kann der Schaden für die zahlreichen Gläubiger möglichst klein gehalten werden. Ein griffiges Recht für Bankensanierung und Bankenliquidation ist im Übrigen auch für den schweizerischen Bankenplatz unabdingbar.

Die hier vorgelegte Botschaft basiert auf einem Bericht von Experten aus Lehre, Praxis und Verwaltung. Sie sieht eine Änderung des Bankengesetzes vor, welche im Bereich der Sanierung und Liquidation von Banken die in zahlreichen Erlassen verstreuten Bestimmungen im Bankengesetz zusammenfasst und auf das Wesentliche konzentriert. Das Zusammenspiel von Aufsichts-, Sanierungs- und Liquidationsrecht wird optimiert. Die Eidgenössische Bankenkommision soll für die Leitung der Verfahren allein zuständig sein, also auch bei der Sanierung und im Bankenkurs. In einem flexiblen Sanierungsverfahren soll ein von der Bankenkommision eingesetzter Sanierungsbeauftragter unter Anhörung der Gläubiger und Eigner einen Sanierungsplan erarbeiten, der von der Bankenkommision zu genehmigen ist. Kommt keine Sanierung zustande, so führt die Bankenkommision ein Bankenkursverfahren (Liquidation) durch. Dieses untersteht eigenen Regeln; das Konkursverfahren nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kommt lediglich ergänzend zur Anwendung. Schliesslich sind Massnahmen vorgesehen zum Schutz und zur Gleichbehandlung der Gläubiger sowie zum Schutz der Banken vor nicht erfüllbaren Rückzügen.

Beim Einlegerschutz ergibt sich eine erste Verbesserung aus der neu geschaffenen Möglichkeit, Kleinstgläubiger mit Einlagen von bis zu 5000 Franken vor allen anderen Gläubigern auszuzahlen. Im Weiteren soll das Konkursprivileg in der Höhe von 30 000 Franken auf sämtliche Einlagen bei Banken erweitert werden. Schliesslich werden die privilegierten Einlagen durch eine nunmehr obligatorische, sich weitgehend auf eine Selbstregulierung der Banken stützende Einlagensicherung geschützt, welche von der Bankenkommision zu genehmigen ist. Der schweizerische Einlegerschutz erreicht damit das Schutzniveau der EU.

Botschaft

1 Allgemeiner Teil

1.1 Ausgangslage/Mängel der geltenden Ordnung

Seit seinem Entstehen in den dreissiger Jahren ist das Recht über die Bankensanierung und Bankenliquidation Gegenstand von zahlreichen Untersuchungen und Revisionsvorschlägen sowie verschiedensten Berichten und Gutachten. Den Grund dafür bilden in der Praxis im Verlauf von Sanierungs- und Liquidationsverfahren oftmals festgestellte erhebliche Mängel. Die Vorschriften zur Bankensanierung und zur Bankenliquidation finden sich auf diverse Erlasse verteilt. Dies erschwert den Betroffenen die Übersicht über den Verfahrensverlauf und steht einer zügigen Abwicklung der ohnehin schwerfälligen Verfahren entgegen. Das Zusammenspiel zwischen Aufsichts-, Sanierungs- und Liquidationsrecht ist gesetzlich nicht klar geregelt. Eine Vielzahl von Instanzen ist – teilweise nebeneinander, teilweise nacheinander – in das Verfahren involviert.

Im Zusammenhang mit dem Fall der Spar- und Leihkasse Thun (SLT) ist aber nicht nur Kritik an den Verfahren geübt worden. Auch der Schutz einzelner als besonders schutzbedürftig erachteter Einleger wurde in verschiedenen Eingaben an den Bundesrat als verbesserungswürdig erachtet, nicht zuletzt im Vergleich mit Regelungen im Ausland. Im Gegensatz etwa zur Regelung in der Europäischen Union (EU) ist die Einlagensicherung in der Schweiz nicht obligatorisch. Zudem ist das bestehende Konkursprivileg auch nach einer Gesetzesänderung von 1997 auf bestimmte Kontoarten beschränkt. Mit der weiter zunehmenden Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs werden heute aber Gelder in den unterschiedlichsten Formen entgegengenommen, so dass sich eine Beschränkung des Privilegs auf ganz bestimmte, namentlich definierte Heft- und Kontotypen nicht mehr rechtfertigen lässt.

1.1.1 Recht der Bankensanierung und Bankenliquidation

1.1.1.1 Geltende Regelung

1.1.1.1.1 Bankengesetz und ausführende Bestimmungen

Das Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) enthält Sonderbestimmungen zum Konkurs, zum Nachlass und zur Stundung von Banken. Diese Bestimmungen werden präzisiert in der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02) und in der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankVV; SR 952.821). Daneben hat das Bundesgericht in der Verordnung vom 11. April 1935 betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen (VNB; SR 952.831) Sonderbestimmungen für das Nachlassverfahren von Banken erlassen. All diese Bestimmungen stellen gegenwärtig folgendes Instrumentarium gegenüber Banken in Insolvenzgefahr bereit:

Präventive Massnahmen

Das Bankengesetz ermächtigt die Bankenkommission, lange vor einer Überschuldung einer Bank einzugreifen, um Unregelmässigkeiten zu beheben. Ziel dieser präventiven Bankenaufsicht ist zum einen der Schutz der Gläubiger. Zum anderen soll aber auch die Ausbreitung der Krise bei einer Bank auf das eng verflochtene Bankensystem verhindert werden. Hierzu verfügt die Bankenkommission über verschiedene Aufsichtsinstrumente¹. Beaufsichtigt wird unter anderem die Erfüllung der in Artikel 4 BankG verankerten Pflicht der Banken, jederzeit die erforderlichen Eigenmittel zu halten. Jeder nicht innert nützlicher Frist korrigierbare Eigenmittelmangel stellt nach der Praxis eine «grobe Verletzung der gesetzlichen Pflichten» dar und würde im Extremfall einen Bewilligungsentzug durch die Bankenkommission rechtfertigen. Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit versucht die Bankenkommission indessen, bei Eigenmittelproblemen vorerst einen Weg zu finden, um mit Hilfe der Bank oder Dritten eine Liquidation zu verhindern. Wenn diese stillen Sanierungsbemühungen scheitern oder schwerwiegende Missstände die betroffene Bank nicht mehr überlebensfähig erscheinen lassen, trifft die Bankenkommission weitergehende Massnahmen.

Schliessung der Bank

Die Bankenkommission kann die Schliessung der Bank und die Blockierung ihrer Geschäftstätigkeit gleichzeitig mit einem Bewilligungsentzug (Art. 23^{quinquies} BankG) anordnen². Die Schliessung kann dem Bewilligungsentzug aber auch vorausgehen. Mit der Schliessung wird der Bank verboten, weitere Zahlungen auszuführen und neue Einlagen anzunehmen; sie ändert grundsätzlich nichts an den zivilrechtlichen Pflichten der Bank. Sie hat auch keinen Einfluss auf Verzinsung, Fälligkeit und Verrechenbarkeit von Forderungen und gewährt vor allem keinen Betreibungsschutz. Diesen muss die Bank erst über eine Banken- oder Nachlassstundung oder einen Fälligkeitsaufschub erlangen, womit im Hinblick auf eine Sanierung kostbare Zeit verloren geht.

Fälligkeitsaufschub durch den Bundesrat

Der Bundesrat kann einer Bank, welche andauernd übermässigen Geldabhebungen ausgesetzt ist, nach Anhörung der Bankenkommission und der Nationalbank unter bestimmten Voraussetzungen einen Fälligkeitsaufschub gewähren. Dies bewährte sich in der Praxis indessen nicht. Der Fälligkeitsaufschub war faktisch nie etwas anderes als eine Vorstufe zur Sanierung oder Liquidation.

Bankenstundung durch Stundungsrichter

Der kantonale Stundungsrichter ist für die Bankenstundung zuständig. Sie soll wie der Fälligkeitsaufschub einer zahlungsunfähigen, aber nicht überschuldeten Bank Ruhe vor drängenden Gläubigern gewähren. Die Wirkungen der Bankenstundung entsprechen grundsätzlich denjenigen der Nachlassstundung nach dem Bundesgesetz

- ¹ Vgl. die Übersicht bei Leo Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 1994, S. 345 ff., oder bei Nobel Peter, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Bern 1997, S. 225 ff.
- ² Vgl. die Verfügung der Bankenkommission vom 29. März 1983 i. S. Banque Commerciale SA, Genf, EBK Bulletin 12, S. 19. Das Bundesgericht schützte die sofortige Vollstreckung eines Bewilligungsentzugs im (unveröffentlichten) Entscheid i. S. Mebco Bank SA, Genf, vom 6. März 1990, E. 6.

vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1). Die Bank erlangt Betreuungsschutz und soll so ihre Probleme angehen und beispielsweise eine aussergerichtliche Sanierung organisieren können. In neuerer Zeit wurde die Bankenstundung auch nach einer durch die Bankenkommission angeordneten Liquidation gewährt, da dies als im Interesse der Gläubiger erachtet wurde³. Die Bankenstundung ist also theoretisch gleichzeitig Sanierungs- wie auch Liquidationshilfe. Faktisch diente auch sie bereits in den dreissiger Jahren des letzten Jahrhunderts einzig als Vorstufe zur Liquidation⁴.

Nachlassstundung durch den Nachlassrichter

Da Fälligkeitsaufschub und Bankenstundung nur nicht überschuldeten Banken gewährt werden können, müssen überschuldete Banken beim zuständigen kantonalen Gericht um Nachlassstundung ersuchen. Rechtlich ist die Überschuldung jedoch nicht Voraussetzung für eine Nachlassstundung, was aus der Möglichkeit des (in der Praxis allerdings kaum für sich alleine realisierten) Stundungsvergleichs hervorgeht⁵. Von praktischer Bedeutung waren in den letzten Jahrzehnten nur die Liquidationsverfahren (Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Liquidationsvergleich). Im Gegensatz zum Fälligkeitsaufschub und zur Bankenstundung ist die Nachlassstundung in das ordentliche gerichtliche Nachlassverfahren eingebettet. Anders als die bisher dargestellten Massnahmen löst die Nachlassstundung sodann den Einlegerschutz nach der Vereinbarung der Bankiervereinigung aus⁶.

Selbstliquidation

Wie bei jeder Gesellschaft kann auch bei einer Bank die Generalversammlung jederzeit die Liquidation beschliessen, beispielsweise infolge Wegfalls des Geschäftsinteresses. Die Liquidation erfolgt nach den im Gesellschaftsrecht vorgesehenen Regeln unter voller Befriedigung aller Gläubiger.

Liquidation infolge Bewilligungsentzugs der Bankenkommission

Sind informelle Bemühungen zur stillen Sanierung einer insolvenzgefährdeten Bank erfolglos, so bleibt der Bankenkommission nach geltendem Recht einzig der Bewilligungsentzug nach Artikel 23^{quiquies} Absatz 2 BankG; zur Gleichbehandlung der Gläubiger ordnet die Bankenkommission die Schliessung der Bank an und beschränkt den Zahlungsverkehr. Mit dem Bewilligungsentzug ist zwingend die Liquidation – also das Ende der Bank – verbunden. Auch eine Sanierung durch Eingriff in die Gläubigerrechte, beispielsweise durch Umwandlung von Forderungen in Eigenkapital, ist ausgeschlossen. Möglich bleibt zwar die Anordnung einer Bankenstundung⁷ oder einer Nachlassstundung. Beide Instrumente dienen aber nur der ungestörten Abwicklung der Liquidation. Diese erfolgt nicht durch die bisherigen Bankorgane, sondern durch einen von der Bankenkommission bestimmten und überwachten Liquidator. Erweist sich die Bank als zu Liquidationswerten überschuldet, ist beim Gericht das Nachlass- oder Konkursverfahren einzuleiten.

³ BGE 117 III 83

⁴ Ehrsam Paul, Die Bankenkrise der 30er Jahre in der Schweiz, in: Eid. Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 104.

⁵ Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997, S. 444 N 15 und 19.

⁶ Vgl. Ziff. 1.1.2.3

⁷ BGE 117 III 83

Bankenkonzurs

Letztes und radikalstes Liquidationsmittel ist der Bankenkonzurs, welcher in den letzten Jahrzehnten kaum mehr zur Anwendung gekommen ist. Das kantonale Konkursgericht ernennt die Konkursverwaltung, welche sämtliche Rechte der Gläubigerversammlung ausübt.

1.1.1.1.2 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Soweit nicht die soeben dargestellten Sonderbestimmungen aus dem Bereich der Bankengesetzgebung zur Anwendung kommen, findet das SchKG auch auf Banken Anwendung. Demnach kann ein Konkurs gegen eine Bank nach den Bestimmungen zur ordentlichen Konkursbetreibung (Art. 159 ff. SchKG), Wechsel- oder Scheckbetreibung (Art. 177 ff. SchKG) oder Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 SchKG) eröffnet werden. Zudem kann ohne vorherige Betreibung der Konkurs auch bei Zahlungseinstellung durch die Bank (Art. 190 Ziff. 2 SchKG), bei Abgabe der Insolvenzerklärung durch die Bank (Art. 191 Abs. 1 SchKG) oder bei Deponierung der Bilanz (Art. 725 f. Obligationenrecht, OR; SR 220) erklärt werden. Zuständig sind die kantonalen Behörden.

1.1.1.1.3 Obligationenrecht

Für eine überschuldete Bank in der Form einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft gelten ausserdem die Anzeigepflichten gemäss Artikel 725 und 725a sowie 903 OR. Ein Aufschub des Konkurses gemäss Artikel 725a Absatz 1 und 903 Absatz 5 OR ist allerdings nicht zulässig (Art. 35 Abs. 2 BankG). Auf Banken sind im Weiteren die Bestimmungen von Artikel 1157 ff. OR über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen anwendbar (Art. 60 BankV), im Konkurs allerdings nur dann, wenn die Konkursverwaltung es als angezeigt erachtet (Art. 49 Abs. 2 BankVV).

1.1.1.2 Frühere Gesetzgebung und Revisionsbemühungen

Schon bald nach Inkrafttreten des Bankengesetzes im Jahre 1934 wurde erkannt, dass dessen Sanierungsregeln revidiert werden müssten. Keine der diversen Bemühungen zu einer Neuregelung wurde indessen zu Ende geführt.

Die Anfang der dreissiger Jahre des letzten Jahrhunderts ausgebrochene Krise im schweizerischen Bankwesen gab 1936 den Anstoss zu einem dringlichen Bundesbeschluss, welcher den Bundesrat ermächtigte, Massnahmen zur Erhaltung des Landeskredits zu ergreifen. Der Bundesrat änderte hierauf das Nachlassrecht in einem Bundesratsbeschluss über die Sanierung von Banken (AS 1936 185). Für das Verfahren war in einer ersten Stufe die Bankenkommission, in einer zweiten das Bundesgericht zuständig. Verschiedene Banken wurden in der Folge erfolgreich saniert. Der Bundesratsbeschluss galt vorerst bis Ende 1937, wurde aber dreimal verlängert und trat erst Ende 1949 ausser Kraft.

Schon 1938 sollte eine von der Bankenkommission beauftragte Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. Haab die Überführung des bundesrätlichen Sanierungsbeschlusses ins ordentliche Recht untersuchen. Die Kommission schlug in ihrem Bericht die Neuordnung des gesamten Bankenkonzurs- und Sanierungsrechts in einem neuen Spezialgesetz beziehungsweise in einem Ermächtigungsgesetz vor. Die Anregungen wurden nicht weiter verfolgt.

1976 erteilte das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) einer Expertenkommission unter Vorsitz von Bundesrichter Egli den Auftrag zur vollständigen Überarbeitung der Sonderbestimmungen im Bankengesetz. Diese sollten nach dem Entwurf der Kommission durch ein Spezialgesetz abgelöst werden. Der Entwurf wurde nicht weiterbearbeitet; es wurde auch kein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt.

1.1.2 Einlegerschutz und Konkursprivileg

1.1.2.1 Geschichtliche Entwicklung

Die Überwachung der ab Mitte des 19. Jahrhunderts zahlenmässig rasch zunehmenden Banken (vor allem der Sparkassen) lag anfänglich noch bei den Kantonen. Gesetzliche Eingriffe in die Geschäftstätigkeit erfolgten wegen der Handels- und Gewerbefreiheit nur sehr zurückhaltend. Der Schutz des Kleininlegers stand im Vordergrund. Die Kantone setzten deshalb weniger auf eine laufende Beaufsichtigung des Bankgeschäfts (aufsichtsrechtliche Disziplin), sondern eher auf Regeln, welche im Konkursfall die Schuldigen treffen und die Unschuldigen schützen sollten (Marktdisziplin). Die persönliche Haftung der Eigentümer bewährte sich indessen (vor allem bei Genossenschaften) kaum. Die in verschiedenen Kantonen angestrebte Privilegierung der Kleinsparer konnte nicht weiterverfolgt werden, weil mit dem Erlass des SchKG die entsprechende Regelungskompetenz an den Bund übergang. Eine an sich mögliche indirekte Privilegierung durch ein Pfandrecht der Spargläubiger widersprach dem obligationenrechtlichen Faustpfandprinzip. Den Kantonen blieb deshalb einzig die Staatsgarantie bei Guthaben der Kantonalbanken, wenn sie die Einleger wirkungsvoll schützen wollten. Sowohl Konkursprivileg als auch gesetzliches Pfandrecht fanden hingegen Eingang in die Bankengesetzgebung auf Bundesebene. Während die Konkursprivilegien mit der letzten Revision im Jahre 1997 ausgebaut wurden, wurden die Pfandrechte endgültig abgeschafft.

1.1.2.2 Konkursprivileg für Spareinlagen

Mit einem Konkursprivileg wird eine Gläubigerkategorie im Konkursfall besser gestellt, indem deren Forderungen einer bestimmten Klasse in der Rangordnung zugewiesen und so vor den nachfolgenden Klassen befriedigt werden (vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG). Das zusammen mit dem Bankengesetz im Jahre 1934 eingeführte Konkursprivileg von 5000 Franken für Spareinlagen wurde 1971 auf 10 000 Franken und 1997 auf 30 000 Franken pro Kunde erhöht (Art. 37a BankG). Seit 1997 umfasst das Privileg neben den herkömmlichen Sparformen (Einlagen, die den Wortbestandteil «Spar» enthalten) alle Anlageformen, die nach Artikel 25 Absatz 1 Ziffer 2.3 BankV zu bilanzieren sind, und alle «Forderungen aus Konten, auf die regelmässig Erwerbseinkommen, Renten oder Pensionen von Arbeitnehmern oder

familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge überwiesen werden». Ebenfalls 1997 wurden diese privilegierten Forderungen einer besonderen Klasse zwischen der zweiten und dritten Klasse zugewiesen, was bedeutet, dass sie beispielsweise nach den pfandgesicherten Forderungen und den Lohnforderungen der Arbeitnehmer der Bank, aber vor allen übrigen Forderungen befriedigt werden.

Die Beschränkung des Privilegs auf die genannten Einlagen lässt sich heute angesichts des weiter zunehmenden bargeldlosen Zahlungsverkehrs – bei welchem Gelder in den unterschiedlichsten Formen entgegengenommen werden – nicht mehr rechtfertigen⁸. Es ist nicht einzusehen, warum das Kontokorrent eines Gewerbebetriebes, über welches Arbeitnehmerlöhne bezahlt werden, nicht unter das Privileg fällt, wohl hingegen – unbesehen der tatsächlichen Schutzbedürftigkeit seines Inhabers – das Konto, auf welches regelmässig eine Rente einbezahlt wird. Die Beschränkung kann im Übrigen im Konkurs- oder Nachlassfall auch zu heiklen Abgrenzungsproblemen führen, und damit einer raschen Ermittlung der privilegierten Einlagen und deren Auszahlung entgegenstehen. Dies, weil vorerst mit grossem Aufwand die geschützten Konti ermittelt werden müssen, wobei der Einleger allenfalls den Nachweis des regelmässigen Eingangs von Löhnen, Renten und familienrechtlichen Leistungen zu erbringen hat. Zudem können die Banken die privilegierten Einlagen wegen der unklaren Abgrenzung nicht ausweisen und die Gläubiger damit auch nicht in Erfahrung bringen, über welchen Anteil an gesicherten Einlagen die Bank verfügt.

1.1.2.3 Einlegerschutzvereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung

Ergänzend zum Konkursprivileg ermöglicht die von der Bankiervereinigung im Jahre 1980 geschaffene und 1993 in revidierter Form zur Unterzeichnung aufgelegte «Vereinbarung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank» die beschleunigte Auszahlung der gesetzlich privilegierten Einlagen von nunmehr 30 000 Franken, wobei es sich rechtlich um eine rückzahlbare Bevorschussung handelt. Gegen Verpfändung ihres Guthabens im entsprechenden Umfang gelangen die Kleingläubiger nach Eröffnung des Konkurses oder Bewilligung der Nachlassstundung rasch zu ihrem Geld. Die Finanzierung der an die Einleger ausbezahlten Vorschüsse geschieht im konkreten Einzelfall durch Beiträge der Unterzeichnerbanken, d.h. die Banken bringen die notwendigen Mittel erst bei Bedarf auf. Ein Fonds nach deutschem Vorbild besteht nicht. Die Bankiervereinigung lässt sich die ausbezahlten Guthaben durch die betroffenen Einleger verpfänden und tritt im entsprechenden Umfang als Gläubigerin der Masse an deren Stelle. Die Bevorschussung durch die Unterzeichnerbanken ist auf eine Gesamtsumme von 1 Milliarde Franken begrenzt. Alle Einlagen entgegennehmenden Banken haben die Vereinbarung unterzeichnet. Die Einlagensicherung ist aber nicht obligatorisch. Jede Unterzeichnerbank kann sie auf Ende eines Kalenderjahres unter Einhaltung einer zwölfmonatigen Kündigungsfrist kündigen. Auch kann der Verwaltungsrat der Bankiervereinigung die Vereinbarung mit sofortiger Wirkung aufheben, wenn

⁸ Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Loseblattsammlung, Zürich 1976–2000, N 10 zu Art. 37a BankG.

Anzahl oder Grösse der in Nachlassstundung oder Konkurs geratenen Banken geeignet ist, zur Überschuldung weiterer Unterzeichnerbanken zu führen.

1.2 Ergebnisse des Vorverfahrens

1.2.1 Expertenkommission

Am 19. März 1999 hat der Vorsteher des EFD eine Expertenkommission⁹ zur Überprüfung des Rechts der Bankensanierung und Bankenliquidation sowie des Einlegerschutzes eingesetzt. Sie wurde beauftragt, die geltenden Regelungen über die Bankensanierung und die Bankenliquidation anzupassen und einen Gesetzesentwurf samt erläuterndem Bericht vorzulegen. Weiter sollte sie abklären, ob und inwieweit die Regelungen über den Einlegerschutz befriedigen, und gegebenenfalls Verbesserungsvorschläge vorlegen. Nach insgesamt 16 Sitzungen und einem Hearing mit Vertretern der Versicherungsbranche legte die Kommission im Oktober 2000 ihren Bericht vor.

1.2.2 Vernehmlassung

Der Bericht wurde den Kantonsregierungen, dem Bundesgericht, 13 politischen Parteien, acht Spitzenverbänden der Wirtschaft sowie 18 weiteren Organisationen zur Vernehmlassung zugestellt. Die Ergebnisse der Vernehmlassung wurden im Dezember 2001 publiziert; es kann auf die Ausführungen des entsprechenden Berichts verwiesen werden.

Als wesentliches Ergebnis der Vernehmlassung lässt sich feststellen, dass Stossrichtung und Inhalt der Vorschläge der Expertenkommission im Bereich der *Sanierung und Liquidation* von Banken weitgehend begrüsst wurden. Die Änderungsvorschläge einiger Vernehmlassungsteilnehmer betrafen vornehmlich die Mitsprache der Bankeigner im Verfahren und die Rechtsfolgen, die sich im Sanierungs- und Liquidationsverfahren für Transaktionen im Rahmen von Zahlungs- und Abwicklungssystemen ergeben. Die Vorschläge der Experten im Bereich des *Einlegerschutzes* stiessen ebenfalls auf grosse Zustimmung, so namentlich die neu geschaffene Möglichkeit, Kleinstgläubiger mit Einlagen bis zu 5000 Franken vor allen anderen Gläubigern auszuzahlen oder die Erweiterung des Konkursprivilegs auf sämtliche Einlagen. Auch das neue Obligatorium für die Einlagensicherung, die sich weiterhin weitgehend auf eine Selbstregulierung der Banken stützen soll, stiess auf Zustim-

⁹ Der Kommission gehörten an: Dr. Barbara Schaefer, Vizedirektorin Eidg. Finanzverwaltung (Präsidentin); Bernhard Binzegger, dipl. Wirtschaftsprüfer (teilweise vertreten durch Dr. Mathias Widmer, Richter am Appellationsgericht Basel, ehemals Direktor ATAG Ernst & Young AG); PD Dr. Urs W. Birchler, Direktor der Schweiz. Nationalbank; Prof. Dr. Niklaus Blattner, damals Vorsitzender der Geschäftsleitung der Schweiz. Bankiervereinigung, heute Mitglied des Direktoriums der Schweiz. Nationalbank (teilweise vertreten durch PD Dr. Christoph Winzeler, Mitglied der Direktion der Schweiz. Bankiervereinigung); Fürsprecher Dominik Gasser, wiss. Adjunkt, Bundesamt für Justiz; Prof. Dr. Karl Spühler, Universität Zürich; Dr. Urs Zulauf, Vizedirektor Eidg. Bankenkommision. Die Mitglieder amtierten als unabhängige Expertinnen und Experten. Das Sekretariat wurde geführt von Dr. iur. Eva Hüpkes, Eidg. Bankenkommision, und Fürsprecher Bruno Dorner, Eidg. Finanzverwaltung.

mung. Opposition erwuchs einzig der vorgesehenen Sicherung für diejenigen privilegierten Einlagen, die gesamthaft den Betrag übersteigen, der ohne Gefahr für das Einlagensicherungssystem selber noch tragbar wäre. Die Expertenkommission hatte hier vorgeschlagen, dass die betroffenen Institute – es handelt sich um wenige grosse Banken – diese Einlagen gesondert mit einem Versicherungsvertrag oder mit Lösungen am Kapitalmarkt (Garantien, Verpfändung, Bürgschaften usw.) zu sichern hätten.

In der zuletzt angesprochenen Frage schlägt der Bundesrat nunmehr eine Lösung vor, die im Zusammengehen mit der Bankenkommission, der Nationalbank und der Schweizerischen Bankiervereinigung erarbeitet wurde. Die übrigen Vorschläge aus der Vernehmlassung wurden in Zusammenarbeit mit den Betroffenen weitgehend übernommen.

1.3 Abschreibung parlamentarischer Vorstösse

Der Schutz der Einleger gemäss dem vorliegenden Gesetzesentwurf entspricht weitgehend dem EU-Recht. Damit wird der in ein Postulat umgewandelten Motion Vollmer¹⁰ entsprochen.

2 Besonderer Teil

2.1 Grundzüge des vorliegenden Gesetzesentwurfs

2.1.1 Bankensanierung und -liquidation

Die vorgeschlagenen Verfahrensbestimmungen sollen – namentlich im Interesse der Gläubiger – ein auf den Einzelfall zugeschnittenes Sanierungs- und Liquidationsverfahren ermöglichen. Es wurden bewusst nur die für ein solches Verfahren wesentlichen Regeln aufgestellt, um den verantwortlichen Behörden den unabdingbaren Handlungsspielraum zu belassen.

2.1.1.1 Massnahmen bei Insolvenzgefahr

Nach dem Entwurf (Art. 25 ff.) sollen insolvenzgefährdete Banken nicht mehr wie heute automatisch durch Bewilligungsentzug liquidiert werden. Statt dessen kann die Bankenkommission vorerst Schutzmassnahmen zur Wahrung der Gläubigerinteressen sowie zum Schutz der Bank vor Geldrückzügen ergreifen. Die Bankenkommission hat sodann zu prüfen, ob die Bank mit *Sanierungsmassnahmen* gerettet werden kann. Verneint sie die Frage, sei es im Voraus, sei es nach Durchführung eines Sanierungsverfahrens, so muss die Bank wie nach geltendem Recht zwangsliquidiert werden.

Diese Sonderordnung gilt nur bei Insolvenzgefahr. Unverändert bleiben Befugnis und Pflicht der Bankenkommission, einer Bank die Bewilligung zu entziehen, wel-

¹⁰ Postulat Vollmer Peter (95.3574), Gesetzliche Verankerung eines Bankeneinlegerschutzes

che die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder die gesetzlichen Pflichten grob verletzt (Art. 23^{quinquies} Abs. 1 BankG). Fehlt es an einer Überschuldung, liegen aber beispielsweise schwere organisatorische Mängel vor, so bewirkt der Bewilligungsentzug wie bisher die Liquidation der Bank. Angesichts der fehlenden Gefahr für die Gläubiger kann die Liquidation in diesen Fällen nach den normalen gesellschaftsrechtlichen Regeln (Art. 739 ff. OR) erfolgen.

2.1.1.1.1 Schutzmassnahmen

Die der Bankenkommission zur Verfügung stehenden Schutzmassnahmen für insolvenzgefährdete Banken sind im Gesetz einzeln – aber nicht abschliessend – genannt. Es handelt sich um Instrumente aus der bisherigen Praxis, welche sich auf die Generalklausel von Artikel 23^{ter} BankG stützen. Sie erlauben einen auf den Einzelfall zugeschnittenen optimalen Schutz. Die Bankenkommission kann auf den Führungsbereich der Bank Einfluss nehmen, indem sie den Organen Weisungen erteilt, ihnen die Vertretungsbefugnis ganz oder teilweise entzieht oder sie im Extremfall abberuft. Gezielte Massnahmen sind aber auch im Geschäftsbereich möglich, etwa durch Einschränkung der Geschäftstätigkeit oder des Zahlungsverkehrs oder durch Schliessung der Bank. Neu erhält die Bankenkommission die Kompetenz, eine Stundung oder einen Fälligkeitsaufschub anzuordnen (Art. 26 Abs. 1 Bst. h). Damit wird auch die heute unbefriedigende Rechtslage korrigiert, wonach der Bank bei einer Schliessung verwaltungsrechtlich verboten wird, wozu sie zivilrechtlich weiterhin verpflichtet ist, nämlich auf Verlangen fällige Guthaben auszusahlen. Alle Schutzmassnahmen können vor oder gleichzeitig mit Sanierungsmassnahmen oder der Liquidation angeordnet werden. Erachtet die Bankenkommission die Sanierung einer insolvenzgefährdeten Bank als möglich, wird sie weniger einschneidende Beschränkungen des Geschäftsverkehrs anordnen als bei einer direkten Liquidation.

2.1.1.1.2 Sanierungsverfahren

Bereits nach geltendem Recht versucht die Bankenkommission vorerst eine «stille Sanierung» von insolvenzgefährdeten Banken oder solchen mit Eigenmittelmanko. Die Sanierung kann in direkten Kapitalzuschüssen eines Hauptaktionärs, der Ausgliederung gefährdeter Aktiven oder der Übernahme der Bank durch eine andere Bank bestehen. Darüber hinaus kann bei einer Bank mit wenigen grossen Gläubigern allenfalls versucht werden, mit diesen informell über eine Sanierung zu verhandeln.

Sanierungen unter Eingriff in Gläubigerrechte sind angesichts des damit zwangsläufig verbundenen Vertrauensverlustes schwierig, weil die Kunden vielfach zu einer gesunden Bank abwandern. Trotz diesem allgemeinen Problem können Sanierungen durchaus erfolgreich sein, weshalb ein möglichst praktikables Sanierungsrecht geschaffen wird, welches im Ergebnis weitgehend dem bewährten Sonderrecht aus den dreissiger Jahren des letzten Jahrhunderts¹¹ entspricht. Der Entwurf enthält folgende Leitideen (Art. 28):

¹¹ Vgl. Ziff. 1.1.1.2

- Beurteilung der Aussicht auf Sanierung durch die Bankenkommision;
- bei Aussicht auf Sanierung kein Entzug der Bewilligung, sondern Einsetzung eines Sanierungsbeauftragten durch die Bankenkommision;
- gegebenenfalls gleichzeitige Anordnung von Schutzmassnahmen;
- Erstellung eines Sanierungsplans durch den Sanierungsbeauftragten;
- allfälligen Einwendungen von Gläubigern und Eignern zum Sanierungsplan ist Rechnung zu tragen; einer Zustimmung dieser Betroffenen bedarf er indessen nicht; hingegen folgt die
- Anordnung der Liquidation (Bankenkongkurs), wenn dies von Gläubigern verlangt wird, die mehr als der Hälfte der nicht privilegierten Forderungen vertreten;
- Genehmigung des Sanierungsplans durch die Bankenkommision, wenn dieser den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht.

Das heikelste Problem der Sanierung liegt in der Beurteilung der Entwicklungsaussichten der Bank. Theoretisch könnte nämlich jede Bank, sei sie noch so überschuldet, durch eine genügend hohe Umwandlung von Gläubigerforderungen in Eigenkapital bilanzmässig saniert werden. Trotzdem bleibt fraglich, ob die Gläubiger als Kunden bei der sanierten Bank bleiben oder ob sie nicht zu einer anderen Bank wechseln, der sie mehr vertrauen.

2.1.1.1.3 Erweiterte Zuständigkeiten der Bankenkommision

Die Massnahmen zum Schutz und zur Sanierung einer bedrohten Bank können nur dann ihren vornehmlichen Sinn und Zweck – die Verhinderung einer Liquidation – erfüllen, wenn sie rasch, sachgerecht und den Umständen des Einzelfalls angemessen ergriffen werden. Der Entscheid ist von einer Behörde zu treffen, welche sich umgehend ein realistisches und umfassendes Bild von der Lage verschaffen und gestützt darauf die notwendigen Massnahmen treffen kann. Aufgrund der speziellen Natur einer Bankeninsolvenz und den damit verbundenen banktechnischen Fragen gibt es neben der Bankenkommision keine Behörde, welche die Aufgabe der hier geforderten Fachinstanz effizient wahrnehmen könnte. Es ist daher richtig, den Entscheid über die zu treffenden Schutz- und Sanierungsmassnahmen in die Hände der Bankenkommision zu legen.

2.1.1.2 Vereinfachung des Bankenkongkursverfahrens

Erweist sich eine Sanierung als nicht möglich, schlägt sie fehl oder kann die Weiterexistenz einer Bank von Anfang an ausgeschlossen werden, so soll die Bank zur raschen Befriedigung der Gläubiger und Vermeidung unnötiger Kosten möglichst ohne Verzug liquidiert werden. Diesem Anliegen wäre nicht gedient, wenn die Bankenkommision, welche zumeist ein vorgängiges Sanierungsverfahren geleitet hat, in diesem fortgeschrittenen Verfahrensstadium die Akten einem kantonalen Konkursamt zur Durchführung der Liquidation zu übergeben hätte. Ein Konkursamt müsste sich zuerst in den Fall einarbeiten, womit wertvolle Zeit verstreichen würde.

Zahlreiche Konkursämter wären auch fachlich und kapazitätsmässig bereits mit der Liquidation einer mittleren Bank überfordert. Es erweist sich mithin als sachgerecht, auch das Liquidationsverfahren unter die Aufsicht der Bankenkommission zu stellen.

Das vorgeschlagene Verfahren lehnt sich an das ordentliche Konkursverfahren des SchKG an, es gelten aber entsprechend den Besonderheiten der Bankenliquidation wie teilweise schon bisher einige spezielle Regeln. Die Bankenkommission verfügt die Liquidation. Dieser Verfügung kommen die Wirkungen einer Konkurseröffnung zu. Die Bankenkommission setzt die Liquidatoren ein und beaufsichtigt sie. Als Neuerung sollen Gesamtforderungen gegenüber der Bank von höchstens 5000 Franken vorweg und ausserhalb der Kollokation befriedigt werden; dies erspart vielen Kleinstgläubigern ein längeres Zuwarten, steigert die Effizienz des Verfahrens und senkt dessen Kosten. Depotwerte sollen wie bis anhin nicht zur Liquidationsmasse gezogen, sondern ausgesondert werden. Bei der Auflegung des Kollokationsplans sowie im Verteilungsverfahren soll auf das Bankgeheimnis angemessen Rücksicht genommen werden.

Weil der Zusammenbruch einer international tätigen Bank zahlreiche Folgen mit grenzüberschreitender Wirkung hat, welche vom Sitzstaat allein nicht befriedigend gelöst werden können, enthält der Gesetzesentwurf auch Regelungen für Fälle von grenzüberschreitender Insolvenz. Die einschlägigen Bestimmungen zur Amts- und Rechtshilfe werden von diesen Anpassungen nicht berührt.

2.1.1.3 Rechtsschutz

Aus der Neuregelung der geschilderten Verfahren ergibt sich eine Vereinfachung der Rechtsmittel und damit auch eine Vereinheitlichung der Kognition. Für Schutz- und Sanierungsmassnahmen und die Anordnung der Liquidation ist nunmehr allein die Bankenkommission zuständig. Deren Verfügungen sind wie nach geltendem Recht (Art. 24 BankG) grundsätzlich mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechtbar. Gläubiger und Eigner der Bank sollen indessen im Interesse der Gesamtheit der Betroffenen und eines zielgerichteten Verfahrens nur gegen die für sie wichtigsten Verfügungen der Bankenkommission Beschwerde erheben können. Das Verfahren kann problemlos angepasst werden, wenn – entsprechend der Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (vgl. BBl 2001 4202) – bei Verwaltungsgerichtsbeschwerden zwischen der Bankenkommission und dem Bundesgericht eine weitere Instanz (Bundesverwaltungsgericht) eingeschaltet werden sollte.

2.1.1.4 Anpassung von Verordnungsrecht

Der Gesetzesentwurf fasst die auf zahlreiche Erlasse verteilten Bestimmungen der Bankensanierung und -liquidation im Bankengesetz zusammen. Die dabei übernommenen Verordnungsbestimmungen wären daher aufzuheben. Zu denken ist vor allem an die BankV¹², die BankVV und die VNB, wobei die Kompetenz zur Anpas-

¹² Vgl. Art. 55–61.

sung beziehungsweise Aufhebung der ersten beiden Verordnungen beim Bundesrat und der letztgenannten beim Bundesgericht liegt. In Zukunft dürfte auf Verordnungsrecht weitgehend verzichtet werden können. Allenfalls notwendige Ausführungsbestimmungen könnten von der Bankenkommision in ihren Richtlinien und Rundschreiben festgeschrieben werden.

2.1.2 Konkursprivileg und Einlegerschutz

Die Stellung der Einleger wird mit dem vorliegenden Entwurf massgeblich gestärkt. Nebst der schon erwähnten vorgängigen Befriedigung von Einlagen bis 5000 Franken wird das Konkursprivileg nunmehr auf alle Einlagen¹³ ausgedehnt. Neu sind dadurch nebst den traditionellen Spareinlagen vor allem auch die Zahlungsverkehrskonten des Publikums geschützt.

Der unter das Privileg fallende Betrag von (wie bisher) 30 000 Franken entspricht ziemlich genau den 20 000 Euro (Kurs Oktober 2002), die nach der EU-Richtlinie über Einlagensicherungssysteme¹⁴ zu sichern sind. Gemäss dem Entwurf sind die Banken nunmehr von Gesetzes wegen verpflichtet, die Einlagen im Umfang des Konkursprivilegs zu sichern. Damit wird dem Bankensystem im Krisenfall mehr Stabilität verliehen. In Anlehnung an die Einlegerschutzvereinbarung der Bankiervereinigung¹⁵ haben die Banken Einlagen im Rahmen einer von der Bankenkommision zu genehmigenden Selbstregulierung zu sichern, wobei der gesamthaft vom System zu sichernde Betrag massgeblich erhöht wird. Bietet die Selbstregulierung keinen genügenden Schutz, erlässt der Bundesrat eine Regelung auf Verordnungsstufe.

2.1.3 Übriges (Verantwortlichkeit/Gebühren)

Der Entwurf enthält im Weiteren formelle Anpassungen bei den Regeln zur Verantwortlichkeit von Gründern und Bankorganen sowie bei der Grundlage für die von der Bankenkommision erhobenen Gebühren. Für die Betroffenen bringen diese Anpassungen keine Änderungen mit sich.

2.2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

2.2.1 Geänderte Bestimmungen vor dem elften Abschnitt

2.2.1.1 Artikel 16 Einleitungssatz

Die Verweisung ist auf die vorliegende Gesetzesänderung anzupassen.

¹³ Der Einlagenbegriff ist hier in einem weiteren Sinne zu verstehen und deckt sich nicht mit der für die Unterstellung unter das BankG massgeblichen Definition in Art. 3a BankV.

¹⁴ Vgl. Ziff. 5.2

¹⁵ Vgl. Ziff. 1.1.2.3

2.2.1.2 Artikel 23 Absatz 4

Dieser Absatz wird durch den neuen Artikel 23^{octies} ersetzt.

2.2.1.3 Artikel 23^{quater}

Absatz 1

Die Bestimmung lehnt sich an den bestehenden Artikel 23^{quater} BankG an. Die neue Bezeichnung «Untersuchungsbeauftragter» (anstelle von «Beobachter») bringt zum Ausdruck, dass dessen Mandat über das einer passiven Beobachtung und Berichterstattung an die Bankenkommission hinausgehen kann (vgl. Abs. 2), was nach geltendem Recht nur beschränkt möglich ist¹⁶. Die Bankenkommission wird einen Untersuchungsbeauftragten insbesondere dann einsetzen, wenn das genaue Ausmass vermuteter Schwierigkeiten nicht bekannt ist. Der Untersuchungsbeauftragte kann auch eingesetzt werden, um den Vollzug aufsichtsrechtlicher Massnahmen zu kontrollieren. Im Weiteren kommt er beispielsweise zum Einsatz, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Institut die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt, das Gesetz verletzt oder eine Banktätigkeit ohne Bewilligung der Bankenkommission ausübt.

Die Erteilung des Mandats an den Untersuchungsbeauftragten erfolgt nach den Umständen im Einzelfall. Die Bankenkommission verfügt über eine Liste von potentiellen unabhängigen und fachkundigen Kandidaten, die als Untersuchungs- und Sanierungsbeauftragte oder als Liquidatoren (siehe hiernach) eingesetzt werden können. Somit ist bei Bedarf sofort eine geeignete Person verfügbar. Die Kandidaten werden anhand einer Reihe von Kriterien ausgewählt (z.B. forensische und konkursrechtliche Erfahrung, bankengesetzliche Expertise, Honorarsätze, internationale Abstützung, Anzahl von Mitarbeitern), welche je nach Art und Umfang des Mandats unterschiedlich gewichtet werden. In komplizierten Fällen mit internationalen Anknüpfungspunkten sowie bei bewilligten Banken ist in der Regel die Infrastruktur und das Fachwissen einer bankengesetzlichen Revisionsstelle oder einer Anwaltskanzlei mit internationalem Netzwerk notwendig. Bei weniger komplexen Fällen, beispielsweise bei der Abklärung der Unterstellungspflicht eines kleineren Unternehmens, genügen die Kenntnisse von qualifizierten Anwaltskanzleien, Treuhandgesellschaften oder unabhängigen Wirtschaftsprüfern.

Absatz 2

Die Bankenkommission kann – anders als beim Beobachter nach geltendem Recht – anordnen, dass der Untersuchungsbeauftragte in einem bestimmten Umfang an Stelle der Organe der Bank handeln darf.

¹⁶ BGE 126 II 119 E. 5

Der Gesetzesentwurf verwendet den Begriff «Aufgaben» anstelle von «Befugnisse». Damit wird ausgedrückt, dass der Untersuchungsbeauftragte zwar hoheitlich eingesetzt, dadurch aber nicht zu einer «Bundesbehörde» wird. Unter Vorbehalt anders lautender Anordnungen der Bankenkommission bleiben die ordentlichen Organe bei Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten im Amt. Der Untersuchungsbeauftragte kann demnach keine Verfügungen, sondern lediglich faktische Anordnungen treffen¹⁷.

Absatz 3

Schon nach der geltenden Regelung steht dem Beobachter ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in die Geschäftstätigkeit, die Bücher und die Akten der betroffenen Gesellschaft zu. Auch der Untersuchungsbeauftragte soll Auskünfte und Einsicht in Geschäftsunterlagen verlangen können, soweit dies zur Erfüllung seines Mandats erforderlich ist. Dieses Recht umfasst den Zutritt zu allen von der Bank beziehungsweise unterstellungspflichtigen Unternehmen benützten Räumlichkeiten und insbesondere auch den Zugang zu deren Computersystemen. Dem betroffenen Institut obliegt eine umfassende Auskunfts- und Mitwirkungspflicht. Der Beizug von genügenden und gesicherten Informationen liegt im öffentlichen Interesse und soll die frühzeitige Erkennung von Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen ermöglichen¹⁸. Die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten fällt unter die Bestimmung des Artikels 47 BankG über das Bankgeheimnis.

Absatz 4

Die Übernahme der Kosten des Untersuchungsbeauftragten durch das betroffene Institut entspricht geltendem Recht. Das Prinzip gilt auch dann, wenn der Verdacht der Bankenkommission auf eine gesetzwidrige Handlung zwar anfänglich begründet war, sich aber nach den Abklärungen des Untersuchungsbeauftragten als nicht gerechtfertigt herausstellt, beispielsweise weil keine dem Bankengesetz unterliegende Tätigkeit ausgeübt wird¹⁹.

2.2.1.4 Artikel 23^{quinquies} Absatz 3 (neu)

Nach dem heute geltenden Artikel 23^{quinquies} Absatz 1 BankG entzieht die Bankenkommission einer Bank die Bewilligung, welche die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt. Nach Absatz 2 ist mit dem Bewilligungsentzug zwingend die Liquidation der Bank verbunden.

An dieser Ordnung soll sich grundsätzlich nichts ändern. Neu sind jedoch Schutz- und Sanierungsmassnahmen gemäss dem 11. Abschnitt vorbehalten. Damit muss die Bankenkommission nicht immer mit einem Bewilligungsentzug und der Liquidation reagieren, wenn ein nicht innert kurzer Frist behebbares Eigenmittelmanko und damit nach der Praxis eine grobe Gesetzesverletzung vorliegt. Besteht nach Einschätzung der Bankenkommission die Aussicht, die Bank nach einem Sanierungsverfahren weiterführen zu können, so kann sie auf einen Bewilligungsentzug

¹⁷ Vgl. Ziff. 2.2.1.6 a. E.

¹⁸ BGE 121 II 148 E. 3a

¹⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 1991 i. S. X. AG, E. 6, veröffentlicht in EBK Bulletin 22, S. 53 ff.

verzichten. Erst wenn die Sanierung scheitert, muss die Bankenkommission die Liquidation anordnen und den Bankenkonzurs eröffnen (Art. 33).

In der Regel geht bei einer Bank die Insolvenzgefahr mit grundlegenden organisatorischen Problemen einher; vielfach gewährleistet die Bankleitung keine einwandfreie Geschäftsführung mehr. In diesen Fällen liegt eine Verletzung der Bewilligungsvoraussetzungen vor, die für sich alleine zu einem Bewilligungsentzug führen müsste. Auch in diesen Fällen ist aber ein Sanierungsverfahren nicht ausgeschlossen, sofern Aussicht darauf besteht, dass die Probleme durch organisatorische oder personelle Massnahmen erfolgreich behoben werden können.

Durch die Sanierungsmöglichkeit ohne zwingenden Bewilligungsentzug werden die insolvenzgefährdeten Banken gegenüber solventen – aus anderen Gründen in Schwierigkeiten geratenen – Banken nicht bevorzugt. Auch bei diesen ordnet die Bankenkommission den Bewilligungsentzug nur an, wenn alle Versuche gescheitert sind, den gesetzmässigen Zustand wieder herzustellen.

2.2.1.5 **Artikel 23^{octies} (neu)**

Der bestehende Artikel 23 Absatz 4 BankG wird durch den neuen Artikel 23^{octies} ersetzt. An der heute bestehenden Situation, wonach die Kosten der Bankenkommission über Gebühren und Abgaben gedeckt werden, ändert sich dadurch materiell indessen nichts. Die gesetzliche Grundlage wird lediglich den verfassungsmässigen Vorgaben entsprechend präzisiert. Die vorgeschlagene Regelung führt das gegenwärtige Finanzierungssystem weiter, wonach die Kosten der Bankenkommission über Gebühren und Abgaben gedeckt werden (vgl. Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidgenössische Bankenkommission, EBK-GebV; SR 611.014). Die ausdrückliche gesetzliche Erwähnung von Abgaben soll den gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Anforderungen betreffend die Abgabenerhebung Rechnung tragen (Art. 164 Abs. 1 Bst. d Bundesverfassung, BV). Wie nach bisherigem Recht gilt Artikel 23^{octies} für alle durch die Bankenkommission beaufsichtigten Bereiche (vgl. dementsprechend auch Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidgenössische Bankenkommission; SR 611.014).

Absatz 1

Die Kosten für Aufsichtsverfahren im Einzelfall (inkl. Untersuchungen) und für Dienstleistungen werden durch Gebühren gedeckt, alle übrigen Kosten durch eine pauschale Aufsichtsabgabe. Endet ein Verfahren nicht ohnehin mit einer Verfügung, so erlässt die Bankenkommission eine Gebührenverfügung, sofern die Rechnung bestritten wird. Der bisher verwendete Begriff der Gebühr war zu eng gefasst, denn Gebühren sind allein für eine dem Gebührenpflichtigen individuell zurechenbare staatliche Gegenleistung zu entrichten (Individualäquivalenz).

Absatz 2

Die pauschale Aufsichtsabgabe lässt sich als Kausalabgabe auf Grund qualifizierter Gruppenäquivalenz umschreiben: Die von einer bestimmten Gruppe von Abgabepflichtigen erhobenen Abgaben decken verursachergerecht den von ihr verursachten Aufsichtsaufwand. Erfasst werden so auch Kosten für gewisse Aufsichtstätigkeiten,

wie zum Beispiel die Beobachtung und Beaufsichtigung der Märkte und der Marktentwicklung oder die Teilnahme an der Rechtsentwicklung, die sich nicht individuell einem einzelnen Marktteilnehmer zuordnen lassen. Die Aufteilung der Aufsichtsabgabe in einen fixen und variablen Teil bewährt sich angesichts der sehr unterschiedlichen Grössenverhältnisse der Beaufsichtigten (z.B. Grossbank im Vergleich zu einem reinen Effektenhändler). Die gesetzliche Umschreibung der Abgabepflichtigen, des Gegenstands der Abgaben und der Bemessungsgrundlagen entspricht der heutigen Verordnungsregelung. Für die Kosten der Bankenkommision, die durch die Aufsichtsabgaben zu decken sind, müssen gemäss heutiger Verordnung die Anlagefonds zu 10–20 Prozent und die übrigen Beaufsichtigten zu 80–90 Prozent aufkommen. Der Kostenanteil der Anlagefonds liegt heute bei 14 Prozent.

Absatz 3

Die Grundabgabe soll den Aufwand der «Sockel»-Aufsicht decken, welcher für die Beaufsichtigten regelmässig (in der Regel jährlich) und ungeachtet der Unternehmensgrösse für alle mehr oder weniger in der gleichen Höhe anfällt. Die aktuellen Grundabgaben wurden seinerzeit als politischer Konsens im Rahmen der Vernehmlassung vor der Inkraftsetzung der EBK-GebV festgesetzt. Es ist beabsichtigt, ihre Höhe dem Kostenwachstum bei der Bankenkommision anzupassen. Die Grundabgaben betragen heute rund 22 Prozent der gesamten Aufsichtsabgaben.

Absatz 4

Im Gegensatz zur Grundabgabe werden heute die Zusatzabgaben je hälftig im Verhältnis zur Unternehmensgrösse (Bilanzsumme) und nach Handelsvolumen (Effektumsatz) erhoben. Bei den Anlagefonds bemisst sich die Zusatzabgabe nach dem Fondsvermögen. Die Zusatzabgaben bilden mit rund 78 Prozent den Hauptteil der Aufsichtsabgaben. Entsprechend ihrer Ankündigung im April 2002 wird die Bankenkommision künftig die Aufsicht über die Tätigkeit der anerkannten bankengesetzlichen Revisionsstellen intensivieren; in diesem Kontext sollen auch die Revisionsstellen der Abgabepflicht unterstellt werden.

Absatz 5

Der Bundesrat bestimmt bei der pauschalen Aufsichtsabgabe die Lastenverteilung zwischen Anlagefonds und übrigen Beaufsichtigten. Der Anteil der durch die Zusatzabgaben zu deckenden Kosten ergibt sich als rein rechnerische Grösse aus der Differenz zwischen den Gesamtkosten der Kommision einerseits und dem Ertrag aus Gebühren und Grundabgaben andererseits.

2.2.1.6 Artikel 24 Absatz 2 (neu)

Der Absatz regelt die Beschwerdelegitimation der Gläubiger und Eigner zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde, welche an die Stelle der Beschwerde nach Artikel 17 SchKG tritt. Die Beschwerdelegitimation der betroffenen Bank bleibt von der Regelung unberührt. Die Regelung führt im Ergebnis zu einem Rechtsschutz, welcher weitgehend mit demjenigen des SchKG verglichen werden kann. Sie gilt ausschliesslich für Massnahmen bei Insolvenzgefahr und für das Liquidationsverfahren (11. und 12. Abschnitt); die Beschwerdebefugnis gegen andere Entscheide der Ban-

kenkommission bleibt unverändert. Auch die Legitimation zu den gerichtlichen Klagen im Liquidationsverfahren (Kollokationsklage, Aussonderungsklage usw.) ist nicht betroffen; diese folgen weiterhin den schon heute geltenden Zuständigkeiten.

Nach dem vorliegenden Entwurf soll eine Bank mit Solvenzproblemen in einem effizienten, auf den Einzelfall zugeschnittenen Verfahren entweder saniert oder – wenn sie nicht sanierungswürdig ist – mit einem für Gläubiger und Eigner möglichst günstigen Ergebnis liquidiert werden. Dieses Ziel lässt sich zum Vornherein nur erreichen, wenn nicht gegen jegliche Verfahrensmassnahme der Bankenkommission oder der eingesetzten Personen Beschwerde eingelegt und damit der Fortgang des Verfahrens blockiert werden kann. Gerade bei Sanierungen aber auch während der Liquidation könnten sich von Gläubigern oder Eignern ausgelöste Beschwerdeverfahren rasch einmal fatal auswirken. Im Interesse der Gesamtheit der Beteiligten ist daher der Rechtsschutz für die Gläubiger und Eigner auf das Wesentliche, das heisst auf diejenigen Verfügungen zu konzentrieren, welche direkt in deren Rechte eingreifen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es dabei angebracht, klar zu regeln, gegenüber welchen Verfügungen die Gläubiger und Eigner zur Beschwerde befugt sein sollen. Damit ist der Umfang des Beschwerderechts für alle Seiten und von Anfang an klar definiert.

Betrachtet man den Ablauf des Verfahrens von den Schutzmassnahmen über die Sanierung bis zur Liquidation, so sind zum einen die Genehmigung des Sanierungsplans und zum anderen die Verwertungshandlungen für Gläubiger und Eigner zentral. Bis zur Erstellung des Sanierungsplans sind Gläubiger und Eigner vom Verfahren – wenn überhaupt – nur am Rande betroffen, denn die vorgängigen Schutzmassnahmen und der Entscheid, die Aussichten für eine Sanierung prüfen zu lassen, tangieren ihre Forderungen oder Beteiligungen höchstens vorläufig oder auf eine indirekte Weise. (Auch nach den Regeln des SchKG haben die Gläubiger – mit Ausnahme des gesuchstellenden – kein Beschwerderecht gegen den Entscheid über die Nachlassstundung, welche mit den Schutzmassnahmen nach Art. 26 Bst. f–h vergleichbar ist.) Hingegen kann der Sanierungsplan mit seinen Massnahmen die Gläubiger und Eigner direkt betreffen. Diese sollen daher gegen den Sanierungsplan Einwendungen erheben können, wenn er in ihre Rechte eingreift (Art. 29 Abs. 2); zudem steht ihnen gegen seine Genehmigung durch die Bankenkommission die Beschwerde offen. Kein Beschwerderecht haben die Gläubiger und Eigner hingegen gegen den Entscheid der Bankenkommission, kein Sanierungsverfahren durchzuführen, sondern die Bank zu liquidieren. Auch diese Regelung entspricht derjenigen des SchKG, welche kein Beschwerderecht von Gläubigern oder Eignern gegen das Konkurskenntnis vorsieht. Kommt es zur Sanierung, so folgt diese den Vorgaben des Sanierungsplans, weshalb gegen den Vollzug der geplanten Sanierungsmassnahmen grundsätzlich wiederum keine Beschwerde durch Gläubiger oder Eigner möglich sein soll. Diese sind – unter den Voraussetzungen von Artikel 103 des Bundesrechtspflegegesetzes (OG; SR 173.110) – indessen zur Anfechtung einzelner Verwertungshandlungen legitimiert, da diese Substanzverluste mit sich bringen und damit die Rechte von Gläubigern und Eignern schmälern können. Kommt es zu einem Liquidationsverfahren, so sind – analog zur Regelung im SchKG – auch in diesem Verfahren die Gläubiger und auch die Eigner zur Anfechtung von Verwertungshandlungen legitimiert.

Die von der Bankenkommission in den diversen Verfahrensstadien einsetzbaren Personen (Untersuchungs- und Sanierungsbeauftragte sowie Liquidatoren) dienen dem Vollzug von Verfügungen der Bankenkommission. Es steht ihnen – anders als einer Konkursverwaltung nach SchKG – keinerlei eigene Verfügungskompetenz zu. Gegen Handlungen der mandatierten Personen ist von daher von vornherein keine direkte Beschwerde möglich. Vielmehr hat die Bankenkommission – auf Anzeige eines Betroffenen hin – eine förmliche Verfügung zu erlassen. Für Gläubiger und Eigner besteht indessen nach der vorliegenden Regelung (in Anlehnung an das SchKG) nur bei Verwertungshandlungen ein Anspruch auf eine Verfügung. Die Bankenkommission wird bei der Anordnung der Sanierung oder Liquidation auch die Fristen festsetzen, binnen derer eine solche Verfügung über Verwertungshandlungen verlangt werden kann. Auch eine von der Bankenkommission eingesetzte Person kann eine Verfügung verlangen, wenn dies zur Durchsetzung des Mandats notwendig sein sollte (z.B. wenn Mitarbeiter der Bank den Anordnungen des Liquidators Widerstand leisten). Die Verfügung der Bankenkommission kann sodann mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 24 BankG). Der Beschwerde kommt von Gesetzes wegen – andere Anordnungen des Bundesgerichts vorbehalten – keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 111 Abs. 1 OG e contrario), weshalb sie sich kaum verzögernd auf das Sanierungs- oder Liquidationsverfahren auswirken wird. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann auf das Verfahren weitreichende Auswirkungen haben und dürfte deshalb nur zurückhaltend gewährt werden.

2.2.2 Elfter Abschnitt: Massnahmen bei Insolvenzgefahr

2.2.2.1 Artikel 25 Voraussetzungen

Absatz 1

Die Anordnung von Massnahmen nach Artikel 25 ff. setzt voraus, dass aufgrund der finanziellen Lage der Bank eine Gefahr für die Gläubiger besteht. Vorgängig wird die Bankenkommission informelle Kontakte unter anderem mit den Eignern und allenfalls auch den Hauptgläubigern der Bank aufnehmen, um die für eine möglichst umfassende Gesamtbeurteilung der Situation notwendigen Informationen zu erhalten.

Die *begründete Besorgnis auf Überschuldung* ist nicht erst dann gegeben, wenn die Bank ihre Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern nicht mehr erfüllt. Sie liegt vielmehr schon dann vor, wenn sich aufgrund einer Neubewertung der Aktiven Zweifel an der Deckung der Forderungen der Gläubiger ergeben. Es genügt, wenn besondere Umstände auf eine bestehende oder in naher Zukunft eintretende Überschuldung schliessen lassen; ein förmlicher Nachweis ist nicht erforderlich.

Ernsthafte Liquiditätsprobleme liegen beispielsweise dann vor, wenn eine Bank nicht in der Lage ist, sich zu Marktbedingungen flüssige Mittel zu verschaffen, und davon ausgegangen werden muss, dass die vorhandene Liquidität die fälligen oder die nächstens fällig werdenden Verpflichtungen nicht mehr deckt.

Eine zumindest potentielle Gefährdung von Gläubigerinteressen ist schliesslich auch dann gegeben, wenn die Bank die gesetzlichen *Eigenmittelvorschriften* nicht mehr erfüllt. Behebt ein Institut den Mangel nicht innerhalb einer von der Banken-

kommission bestimmten Frist, kann die Bankenkommission Massnahmen ergreifen. Lassen die Umstände darauf schliessen, dass die Bank die Mängel ohnehin nicht fristgerecht beheben kann, darf auf eine Fristansetzung verzichtet werden.

Absatz 2

Im Interesse eines flexiblen Verfahrens können Schutzmassnahmen selbstständig oder zusammen mit Sanierungs- oder Liquidationsmassnahmen angeordnet werden. Selbstverständlich kann auch nach eingeleiteter Sanierung jederzeit ein Bewilligungsentzug gemäss Artikel 23^{quinqies} BankG und die Zwangsliquidation (Bankenkonzurs) gemäss Artikel 33 ff. angeordnet werden, wenn die Massnahmen fehlschlagen.

Absatz 3

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Nachlassverfahren gemäss Artikel 293 ff. SchKG wird deshalb ausgeschlossen, weil vorliegend ein auf die Banken zugeschnittenes besonderes Sanierungsverfahren mit spezifischen Massnahmen geschaffen wird. Für ein Nachlassverfahren besteht kein Bedarf mehr; es wäre im Gegenteil nach den Erfahrungen in der Praxis äusserst ineffizient, wenn ein solches parallel zum Sonderverfahren nach dem Bankengesetz durchgeführt würde. Ebenso ist das aktienrechtliche Moratorium nach Artikel 725 f. OR für Banken nicht sinnvoll. Nicht der Richter, sondern einzig die Bankenkommission soll über Sanierung und Liquidation von Banken entscheiden. Es ist einer Bank jedoch unbenommen, bei der Bankenkommission ihre Insolvenz zu erklären. In der Praxis wird dies allerdings kaum vorkommen, wie es bisher auch keine Insolvenzanzeigen von Banken beim Richter gab. Ebenfalls hinfällig ist die Pflicht von obligationenrechtlichen Revisionsstellen, offensichtlich überschuldete Banken beim Richter anzuzeigen, sofern der Verwaltungsrat dies unterlässt (Art. 729b Abs. 2 OR). Anstelle dieser Pflicht tritt die Anzeigepflicht der bankengesetzlichen Revisionsstelle nach Artikel 21 Absatz 4 BankG.

2.2.2.2 Artikel 26 Schutzmassnahmen

Absatz 1

Die Schutzmassnahmen sind vorsorgliche Massnahmen. Sie sollen eine drohende Gefahr für die Gläubiger abwenden, deren Gleichbehandlung gewähren und die Bank vor nicht erfüllbaren Rückzügen (*bank run*) schützen. Einzelne Schutzmassnahmen sind im Entwurf ausdrücklich aufgezählt; die Aufzählung ist nicht abschliessend. Sie können einzeln oder kombiniert angeordnet werden. Art und Umfang liegen im Ermessen der Bankenkommission. Sie ist dabei an das Prinzip der Verhältnismässigkeit gebunden und darf nur diejenigen Massnahmen ergreifen, die zur Gewährleistung des Gläubigerschutzes erforderlich erscheinen. Einzelne dieser Massnahmen (z.B. Weisungen an die Organe oder Abberufung der Organe) kann sie schon heute gegenüber solventen Banken anordnen, wenn «Verletzungen des Gesetzes» oder «sonstige Missstände» vorliegen (Art. 23^{ter} BankG).

Buchstabe a

Weisungen an die Bankorgane können beispielsweise im Verbot bestehen, bestimmte Geschäfte zu tätigen. Die Aufsichtsbehörde kann von der Bank auch verlangen, dass sie organisatorische Mängel beseitigt, auf Bonuszahlungen oder die Ausschüttung von Dividenden ganz oder teilweise verzichtet, eine geplante Geschäftsausweitung unterlässt, eine Kapitalerhöhung vorbereitet oder Kundengelder zurückzahlt, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen entgegengenommen wurden.

Buchstabe b

Liegen über das Ausmass der finanziellen Probleme noch keine genauen Angaben vor, besteht aber Anlass, die Entwicklung zu überwachen, wird die Bankenkommission einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen. Dessen Aufgabe kann auch darin bestehen, die Umsetzung von Weisungen der Bankenkommission zu überwachen (vgl. auch Art. 23^{quater}).

Buchstabe c

Sind den Organen schwerwiegende Verfehlungen vorzuwerfen, welche mitursächlich für die Gefährdung der Bank sind, können sie von der Bankenkommission abberufen werden. Die Bankenkommission kann einzelnen Organen auch bloss die Vertretungsbefugnis entziehen.

Buchstabe d

Die bankengesetzliche Revisionsstelle hat die Einhaltung der Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung sowie der Bewilligungsvoraussetzungen zu prüfen und die Bankenkommission zu informieren, wenn sie gravierende Missstände feststellt (Art. 19 Abs. 1, Art. 21 Abs. 3 und 4 BankG). Sind der Revisionsstelle selber Verfehlungen vorzuwerfen, beispielsweise weil sie unterlassen hat, die Bank rechtzeitig auf finanzielle Probleme hinzuweisen und zu Gegenmassnahmen anzuhalten, kann die Bankenkommission ihre Abberufung anordnen. Das Gleiche gilt, wenn die Revisionsstelle die Sanierungsmassnahmen behindert. Die Bankenkommission kann auch die – von der Bank eingesetzte – obligationenrechtliche Revisionsstelle abberufen, wenn dieser bei der Prüfung Verfehlungen oder Sorgfaltspflichtverletzungen vorzuwerfen sind.

Buchstabe e

Eine Einschränkung oder ein dauerndes Verbot bestimmter Geschäftstätigkeiten oder einzelner Geschäfte kommt dann in Frage, wenn diese für die finanziellen Probleme ursächlich sind oder die Gläubigerinteressen gefährden, beispielsweise indem sie die Liquidität des Institutes beeinträchtigen. Die Bankenkommission kann bestimmte verlustbringende Geschäfte verbieten oder das Einlagengeschäft sowie die Kreditgewährung begrenzen.

Buchstabe f

Bereits unter heutigem Recht kann die Bankenkommission der Bank in Anwendung von Artikel 23^{ter} und 23^{quinqüies} BankG verbieten, Auszahlungen zu tätigen und Einlagen entgegenzunehmen²⁰. Auch in Artikel 35 Absatz 3 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) sind entsprechende Befugnisse erwähnt. Die im Bankengesetz nun ausdrücklich genannten Massnahmen ergeben sich daher weitgehend aus der heutigen Praxis der Bankenkommission. Das Verbot soll bis zum Abschluss des Sanierungsverfahrens oder der Anordnung des Bankenkurses verhindern, dass einzelne Gläubiger auf Kosten der übrigen Gläubiger befriedigt werden oder Einleger weiter gutgläubig Zahlungen leisten. Die Bankenkommission kann Ausnahmen zulassen, insbesondere wenn dies zur Durchführung der Sanierungsmassnahmen notwendig erscheint. Sie kann zur Verhinderung von Missbräuchen während der Dauer der Schutzmassnahmen auch verbieten, dass ein Schuldner der Bank seine Schuld mit einer Gegenforderung verrechnet (vorbehalten bleibt Art. 27).

Buchstabe g

Die Bankenkommission kann die Schliessung der Bank für den Kundenverkehr anordnen. Die Massnahme unterstützt das Zahlungsverbot nach Buchstabe f und hilft, einen Sturm auf die Schalter der Bank zu vermeiden.

Buchstabe h

Schliesslich kann die Bankenkommission – vornehmlich im Zusammenhang mit einer Schliessung und einem Zahlungsverbot – eine Stundung oder einen Fälligkeitsaufschub anordnen und der Bank damit direkt oder indirekt Betreuungsschutz gewähren. Während der Stundung kann eine Betreuung gegen die Bank weder angehoben noch fortgesetzt werden, womit sie die notwendigen Sanierungsmassnahmen unbehindert von drängenden Gläubigern durchführen kann. Der Fälligkeitsaufschub verhindert hingegen, dass eine Forderung überhaupt fällig wird. Damit ist die grösstmögliche Flexibilität gewahrt. Die Bankenkommission kann wählen, welches der beiden Instrumente sie einsetzen will. Die pfandgedeckten Forderungen der Pfandbriefzentralen sind gemäss Artikel 61 Absatz 1 BankV vom Fälligkeitsaufschub und von der Stundung bereits heute ausgenommen. Dies soll nach neuem Recht nicht ändern. Auch die der Bankenkommission im Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930 (PfG; SR 211.423.4) zugewiesenen aufsichtsrechtlichen Behelfe bleiben bestehen.

Absatz 2

Die Art und Weise der Publikation richtet sich nach dem Einzelfall. Je nach Massnahme kann eine Publikation zum Schutz der Interessen Dritter sinnvoll sein (z.B. im Falle eines Verbotes der Entgegennahme von Zahlungen, einer Stundung oder wenn Organen die Vertretungsbefugnis entzogen wird). In zahlreichen Fällen wird eine Veröffentlichung aber eine Vertrauenskrise auslösen und somit einer raschen Behebung der Mängel entgegenstehen. So wird zumeist darauf verzichtet werden müssen, die Erteilung von Weisungen an die Bankorgane oder die Beschränkung bestimmter Geschäftstätigkeiten öffentlich bekannt zu machen.

²⁰ Vgl. Verfügung vom 3. Oktober 1991 i. S. SLT, erwähnt in EBK Bulletin 22, S. 11.

Absatz 3

Die Stundung nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe h hat dieselben Wirkungen wie diejenige nach SchKG. Namentlich kann somit während der Stundung gegen die Bank eine Betreibung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden. Verjährungs- und Verwirkungsfristen sowie der Zinsenlauf für alle nicht pfandgesicherten Forderungen stehen still. Die Bankenkommision kann anders verfügen und die Zinsen weiterlaufen lassen. Die Verrechnung untersteht einer speziellen Regelung (vgl. Art. 297 Abs. 4 SchKG). Die Gültigkeit von *close-out netting*-Vereinbarungen bleibt davon unberührt (vgl. Art. 27 Abs. 3).

2.2.2.3 Artikel 27 Systemschutz

Diese Bestimmung soll die systembedingten Risiken aus der Teilnahme an Zahlungs- oder Effektenabwicklungssystemen senken und sicherstellen, dass Vereinbarungen zur Aufrechnung oder zur Verwertung von Sicherheiten auch dann Bestand haben, wenn die Bankenkommision Massnahmen wie ein Zahlungsverbot, eine Stundung, einen Fälligkeitsaufschub oder eine Schliessung der Bank anordnet. Die Regeln dieses Artikels gelten nicht nur bei Schutzmassnahmen, sondern auch im Falle einer direkten Liquidation, da zu dieser regelmässig eine oder mehrere Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h angeordnet werden.

Absatz 1

Bereits unter der geltenden Ordnung ist es ständige Praxis der Bankenkommision, die verfügte Schliessung von Banken den Betreibern von Zahlungs- und Abwicklungssystemen mitzuteilen und die Handlungen gegenüber der zu schliessenden Bank mit diesen Stellen zu koordinieren. Absatz 1 schafft für dieses Vorgehen eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage.

Absatz 2

Die zum Betrieb von Zahlungs- und Abwicklungssystemen unerlässliche Rechtssicherheit wird gefährdet, wenn in das System eingebrachte Aufträge für Zahlungen und Effekentransaktionen widerrufen oder bereits ausgeführte Transaktionen rückgängig gemacht werden. Die vorgeschlagene Regelung soll verhindern, dass schuldenrische Verfügungen ungültig werden und demzufolge rückgängig gemacht werden müssen, die nach Anordnung eines Zahlungsverbot, einer Schliessung, einer Stundung oder eines Fälligkeitsaufschubs vorgenommen wurden (vgl. Art. 204 Abs. 1 SchKG). Die Regel gilt unabhängig davon, ob es sich beim benützten System um ein schweizerisches (z.B. SIS) oder ein ausländisches (z.B. Euroclear) handelt. Voraussetzungen sind allein, dass der Teilnehmer eine Bank oder ein Effektenhändler nach schweizerischem Recht ist und dass der Systembetreiber von den Massnahmen keine Kenntnis hatte oder haben konnte. Der Zeitpunkt, zu dem ein Zahlungs- bzw. Übertragungsauftrag in ein System eingebracht wird, bestimmt sich nach den Regeln des betreffenden Systems.

Absatz 3

Das mit Finanztransaktionen verbundene Kreditrisiko kann durch Aufrechnung oder Sicherung erheblich gesenkt werden. Vereinbarungen zur Aufrechnung (*netting*) und die Möglichkeit der sofortigen Verwertung von Sicherheiten senken zudem das Risiko, dass auch andere Marktteilnehmer in der Kette ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen können. Dies trägt zu einer Verbesserung der Stabilität und Verringerung des Systemrisikos bei.

Der Begriff *Aufrechnungsvereinbarung* erfasst Vereinbarungen zur Aufrechnung im Sinne von Artikel 12f Absatz 2 BankV. Bei Insolvenzgefahr ist insbesondere die Aufrechnung im Beendigungsfall (*close-out netting*) von Bedeutung. Im Rahmen des *close-out netting* werden die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien fällig oder beendet. Es bleibt einzig die Verpflichtung einer Partei den Nettobetrag zu bezahlen (entsprechend der Differenz der nicht realisierten Gewinne und Verluste aus den vom *netting* erfassten Geschäften zwischen den beiden Parteien).

Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung kann die Konkursverwaltung (und der Vertragspartner) heute die Differenz zwischen dem vereinbarten Wert der vertraglichen Leistungen und deren Marktwert geltend machen, was letztlich auf eine Anerkennung entsprechender *netting*-Vereinbarungen hinausläuft (vgl. Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG). Absatz 3 stellt sicher, dass diese Regelung auch bei Massnahmen der Bankenkommision gilt, und zwar insbesondere bei Anordnung eines Fälligkeitsaufschubs, da dieser den Eintritt der Fälligkeit von Forderungen aus einer *close-out netting*-Vereinbarung, verhindern könnte. Die Anwendung dieser Bestimmung dürfte sich aus praktischen Gründen auf einige wenige international gebräuchliche Standardverträge (*master agreements*) beschränken.

Bei Vereinbarungen zur freihändigen Verwertung von *Sicherheiten* müssen sich die Sicherungsnehmer darauf verlassen können, dass sie die Sicherheiten, ungeachtet der von der Bankenkommision angeordneten Massnahmen vertragsgemäss verwerthen können. Dingliche Sicherheiten werden häufig im Zusammenhang mit der Teilnahme an Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen sowie in Finanztransaktionen zwischen Marktteilnehmern gewährt. Die Möglichkeit der raschen Verwertung einer Sicherheit soll die durch eine Insolvenz ausgelöste Marktstörung und dadurch das systembedingte Risiko verringern.

Gemäss schweizerischem Konkursrecht werden dingliche Sicherheiten zur Konkursmasse gezogen (Art. 198 SchKG). Der dinglich gesicherte Gläubiger verliert damit nicht seine Rechte, jedoch ist eine umgehende freihändige Verwertung der vom konkursiten Teilnehmer bestellten dinglichen Sicherheiten nach Konkurseröffnung nicht mehr möglich. Im grenzüberschreitenden Verhältnis führt diese Rechtslage zu einem unnötigen Wettbewerbsnachteil für einen schweizerischen Besteller einer Sicherheit, da die fehlende unmittelbare Verwertungsmöglichkeit den Wert der Sicherheit erheblich schmälert. Letztlich könnte sie auch dazu führen, dass der Sicherungsnehmer seinen eigenen Verbindlichkeiten gegenüber anderen Vertragspartnern nicht mehr nachkommen kann. Ein Sicherungsnehmer soll daher eine Sicherheit bei Anordnung von Massnahmen der Bankenkommision nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h gegen den Sicherungsgeber umgehend freihändig verwerthen können. Diese Regelung gilt aber nur für Sicherheiten, welche börsenmässig oder an einem repräsentativen Markt im Sinne von Artikel 14 BankV gehandelt

werden, und erfasst damit namentlich Barsicherheiten, Sicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung, Effekten und sonstige verbriefte Schuldtitel.

Die vorgeschlagene Regelung entspricht im Übrigen auch Artikel 36 VNB, wonach Pfandgläubiger ihre Faustpfänder durch Freihandverkauf oder börsenmässige Liquidation verwerten dürfen, sofern sie dazu durch Pfandvertrag berechtigt sind. Aufgrund der Art der Sicherheiten und der Effizienz der Märkte ist davon auszugehen, dass ein angemessener Preis für die Sicherheit erzielt werden kann.

2.2.2.4 Einleitende Bemerkungen zum Sanierungsverfahren (Art. 28–32)

Vor Einleitung eines formellen Sanierungsverfahrens müssen alle sinnvollen Versuche zur informellen Sanierung unternommen worden sein. Sind diese gescheitert und besteht dennoch Aussicht, den gesetzmässigen Zustand wieder herzustellen (d.h. namentlich die finanziellen Probleme zu beheben), kann die gesetzliche Sanierung angeordnet werden. Ob zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch eine Sanierung möglich ist, mag oft fraglich erscheinen, sollte aber nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Zweck der nachfolgenden (sich an den Bundesratsbeschluss von 1936 anlehnenden) Sanierungsbestimmungen ist es daher, von Gesetzes wegen einer Bank in finanziellen Schwierigkeiten noch eine letzte, durch behördliche Massnahmen unterstützte Chance einzuräumen, die Geschäftstätigkeit mit einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubigerforderungen fortzusetzen. Es besteht aber weder seitens der Bank noch der Gläubiger ein Anspruch auf Durchführung eines Sanierungsverfahrens. Die Bankenkommission prüft die Sanierungsaussichten und legt in der Verfügung dar, aus welchen Gründen sie ein Sanierungsverfahren einleitet. Dabei ist eine Sanierung nur dann sinnvoll, wenn eine Bank in Zukunft *alle* Voraussetzungen zur Bewilligung wird erfüllen können. Die Bankenkommission hat daher unter anderem auch zu prüfen, ob allenfalls notwendige organisatorische Verbesserungen realistischweise durchgeführt werden können. Folgerichtig werden Finanzintermediäre nicht saniert, wenn sie über keine Bewilligung verfügen oder wenn ihnen die Bewilligung verweigert wurde. Zur Wahrung der Verhältnismässigkeit zwischen Aufwand und Erfolgsaussichten wird die Bankenkommission in jedem Fall auch die Entwicklung der Kosten überwachen müssen.

2.2.2.5 Artikel 28 Sanierungsbeauftragter und Geschäftsführung während des Verfahrens

Absätze 1 und 2

Bei begründeter Aussicht auf Sanierung kann die Bankenkommission ein Sanierungsverfahren durchführen und dafür einen Sanierungsbeauftragten ernennen. Sofern bereits ein Untersuchungsbeauftragter ernannt wurde, kann sie dessen Mandat entsprechend erweitern. Der Sanierungsbeauftragte hat wie der Untersuchungsbeauftragte keine hoheitlichen Befugnisse. Die von ihm getroffenen Massnahmen

sind demnach keine Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) und nicht anfechtbar²¹.

2.2.2.6 Artikel 29 Sanierungsplan

Absatz 1

Der Sanierungsbeauftragte erstellt einen Sanierungsplan, der aufzeigt, wie und in welcher Frist allfällige organisatorische Mängel behoben und personelle Änderungen (z.B. die Auswechslung der Geschäftsleitung) vorgenommen werden. Kernpunkt des Sanierungsplans ist indessen die Strategie zur Behebung der finanziellen Probleme. Diese kann etwa in einer vollständigen oder teilweisen Übernahme der Bank durch ein anderes Institut bestehen, in einer Neuorientierung der Geschäftstätigkeit, in der Aufgabe bestimmter Geschäftsbereiche, im Verkauf eines Teils der Aktiven, in der Rekapitalisierung der Unternehmung (allenfalls auch durch Drittinteressenten), im Einschliessen von Kapital durch die Aktionäre oder in einer Kapitalerhöhung oder Umwandlung von notleidenden Forderungen durch Verrechnungslibrierung in Eigenkapital (*debt equity swap*). Zweck der Sanierung ist nicht lediglich die Rettung der Bank, vielmehr soll für die Gläubiger und Aktionäre beziehungsweise Eigner eine wirtschaftlich optimale Lösung gesucht werden. Grundsätzlich geht dabei der Gläubigerschutz dem Schutz der Eigner vor. Den Interessen der Eigner ist insofern angemessen Rechnung zu tragen, als ihre Unterstützung mittel- und langfristig für eine erfolgreiche Sanierung notwendig ist. Entsprechend wird namentlich bei einer Herabsetzung und anschliessender Wiederheraufsetzung des Eigenkapitals auch darauf zu achten sein, dass sanierungswillige Eigner gegenüber nicht sanierungswilligen keinen Nachteil erleiden. Dies kann beispielsweise durch entsprechende Zuteilung von Bezugsrechten geschehen, wie dies auch allgemein bei Sanierungen von Kapitalgesellschaften üblich ist.

Absatz 2

Sanierungsmassnahmen sollen sehr schnell ergriffen und nicht durch ein schwerfälliges Verfahren behindert werden. Es ist somit nicht angezeigt, allen Gläubigern und Eignern ein direktes Mitspracherecht einzuräumen. Sieht der Sanierungsplan einen Eingriff in Rechte von Gläubigern oder Eignern vor, müssen diese jedoch informiert werden. Sie haben in der Folge die Möglichkeit, während der Auflagefrist von 20 Tagen Einwendungen zu erheben. Der Sanierungsbeauftragte ist verpflichtet, diese im Sanierungsplan zu berücksichtigen; geht er nicht auf sie ein, hat er dies der Bankenkommission gegenüber zu begründen.

Absatz 3

Die Genehmigung des Sanierungsplans obliegt der Bankenkommission. Die Voraussetzungen sind in Artikel 31 geregelt. Der Sanierungsplan bedarf keiner Zustimmung der Generalversammlung. Dies gilt auch für Entscheide, welche gemäss Artikel 698 Absatz 2 OR in ihre Kompetenz fallen würden, wie beispielsweise die Wahl und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), die Erweiterung der Aufgaben der Revisionsstelle

²¹ Vgl. Ziff. 2.2.1.6

(Art. 731 OR), Kapitalerhöhungen (Art. 650 ff. OR), der Entzug des Bezugsrechts (Art. 652b Abs. 2 OR), Kapitalherabsetzungen (Art. 732 OR) oder die Fusion oder Übernahme durch eine andere Gesellschaft (Art. 748 OR). Zweck dieser Bestimmung ist die Verfahrensbeschleunigung. Die Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung würde die Sanierung verzögern und ihr Gelingen gefährden. Mit der Bestimmung wird auch verhindert, dass wenige Grossaktionäre ein Sanierungsvorhaben boykottieren können.

2.2.2.7 Artikel 30 Ablehnung des Sanierungsplans

Wegen der möglicherweise massiven Eingriffe in ihre Rechte, beispielsweise durch Kürzung, Stundung oder Umwandlung ihrer Forderungen, kann den Gläubigern nicht einfach eine Sanierung aufgezwungen werden. Nach der vorgeschlagenen Regelung ist daher die Liquidation anzuordnen, wenn dies von Gläubigern verlangt wird, die mehr als die Hälfte der aus den Büchern hervorgehenden Forderungen der dritten Klasse vertreten. (Die Klassifizierung ergibt sich aus der für die Kollokation massgeblichen Bestimmung von Art. 219 SchKG, wobei natürlich im Zeitpunkt des Entscheids über den Sanierungsplan kein Kollokationsplan vorliegt.) Stimmberechtigt sind somit allein die Drittklassgläubiger nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG, das heisst nur die Gläubiger, deren Forderungen weder pfandgesichert noch privilegiert sind. Würde man die gesicherten Gläubiger mitbestimmen lassen, so bestünde die Gefahr, dass sie im Interesse einer raschen Auszahlung die Bank in die Liquidation treiben. Kleinsteinleger (Art. 37a) sind also ebenso wenig stimmberechtigt wie Gläubiger mit Einlagen nach Artikel 37b, soweit diese betragsmässig vom Privileg (und von der Einlagensicherung) erfasst werden und damit in die zweite Klasse fallen (für den über das Privileg hinausgehenden Teil ihrer Einlagen sind diese Gläubiger aber stimmberechtigt, da dieser in die dritte Klasse fällt).

2.2.2.8 Artikel 31 Genehmigung des Sanierungsplans

Greift der Sanierungsplan in die Rechte der Gläubiger ein, darf ihn der Sanierungsbeauftragte erst nach Durchführung des Verfahrens nach Artikel 29 Absatz 2 zur Genehmigung vorlegen. Die Bankenkommission kann den Sanierungsplan abändern und zusätzliche Bedingungen oder Auflagen hinzufügen. Das Erfordernis der Genehmigung soll soweit möglich gewährleisten, dass das Sanierungsverfahren nur bei realistischer Aussicht auf Erfolg durchgeführt und nicht dazu missbraucht wird, den Entscheid über die Liquidation aufzuschieben, womit zum Schaden der Gläubiger nur zusätzliche Kosten entstehen würden. Aus diesem Grund hat die Bankenkommission namentlich zu entscheiden, ob die Sanierung tatsächlich eine gangbare Alternative zur Liquidation darstellt. Eine sichere Erfolgsprognose kann sie selbstverständlich nicht stellen, da letztlich viele Faktoren für den Erfolg einer Sanierung verantwortlich sind.

Buchstabe a

Wichtig für die Beurteilung der Sanierungsaussichten ist eine realistische Analyse der Lage, wozu namentlich eine auf aktuellen Zahlen beruhende, konservative Bewertung der Aktiven gehört. Dabei ist auch die allgemeine Wirtschaftslage und

die erwartete konjunkturelle Entwicklung zu berücksichtigen. Bei der Bewertung der von Kreditnehmern geleisteten Deckung, insbesondere von Realsicherheiten, müssen bestehende und künftige Wertverminderungen mit einbezogen werden. Da eine sichere Beurteilung der Bonität von Schuldnern zumeist kaum möglich ist, hat auch sie zurückhaltend zu erfolgen. Entsprechend ist auch die Wirtschaftslage für Drittunternehmen, gegenüber denen die Bank Forderungen und Beteiligungsrechte besitzt, vorsichtig zu beurteilen. Den allfällig weiter zu erwartenden und häufig nicht leicht abschätzbaren Verlusten ist mit ausreichenden Rückstellungen beziehungsweise Wertberichtigungen Rechnung zu tragen.

Buchstabe b

Mit dieser Bestimmung wird verdeutlicht, dass die Sanierung nicht nur der Rettung der Bank als solcher dient, sondern die Bewältigung der Finanzprobleme unter bestmöglicher Wahrung der Gläubigerinteressen erlauben soll. Normalerweise dürfen die Interessen der Einleger durch eine Sanierung besser gewahrt werden als durch eine Liquidation. Die Liquidation ist mit der Einstellung der Geschäftstätigkeit und Unterbrechung des Zahlungsverkehrs verbunden, womit der Bank die Möglichkeit zur Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Situation genommen wird. Bei einem *debt equity swap* – bei dem die Gläubiger zu Teilhabern werden – muss berücksichtigt werden, dass diese im Falle einer erfolgreichen Sanierung vom Wertzuwachs profitieren. Sie verzichten zwar auf eine sofortige Begleichung ihrer kurzfristig ohnehin nicht einbringlichen Forderung, haben aber Aussicht darauf, dass der Wert ihrer Anteile bei positiver wirtschaftlicher Entwicklung denjenigen ihrer ursprünglichen Forderung sogar übersteigen und einen Gewinn einbringen kann.

Buchstabe c

Der Sanierungsplan soll den Einwendungen der Gläubiger und Eigner (Art. 29 Abs. 2) angemessen Rechnung tragen. Wird auf die entsprechenden Begehren nicht eingegangen, so ist dies im Sanierungsplan zu begründen. Dies ist umso wichtiger, als den Gläubigern und Eignern keine weitere Mitsprache zusteht und der Sanierungsplan erheblich in deren Rechte eingreifen kann. Die Bankenkommision hat sicherzustellen, dass die Belastung für die Betroffenen verhältnismässig bleibt und für die Gläubiger nicht über das hinausgeht, was ihnen im Falle einer Liquidation abverlangt würde (vgl. Bst. b).

Buchstabe d

Der Sanierungsplan hat die Interessen der Gläubiger denjenigen der Eigner voranzustellen; für die Gewichtung der Interessen unter verschiedenen Gläubigerkategorien sind die konkursrechtlichen und bankengesetzlichen Privilegien massgebend (vgl. Art. 219 SchKG und Art. 37b). Diese Rangordnung unter den Beteiligten entspricht einem allgemeinen und unbestrittenen Grundsatz. Verluste sollen in erster Linie durch die Aktionäre getragen werden, umso mehr als diese im Gegensatz zu den Gläubigern die Möglichkeit hatten, tatsächlich Einfluss auf die Geschäftsführung zu nehmen und bereits bei ersten Anzeichen finanzieller Probleme präventiv einzugreifen. Den Aktionären annähernd gleichzustellen sind nachrangige Gläubiger, welche explizit Risikokapital zur Verfügung gestellt haben. Erst danach sind Verluste von Drittklassgläubigern zu tragen und erst zum Schluss dürfen allenfalls privilegierte Gläubiger zu Schaden kommen. Damit werden einerseits Anreize für Aktionäre und ungeschützte Gläubiger geschaffen, sich im Rahmen ihrer Möglich-

keiten um die Bonität ihrer Bank zu kümmern. Andererseits entfällt die Gefahr, dass falsche Anreize zu Gunsten einer Liquidationslösung entstehen.

Buchstabe e

Nach Beendigung der Sanierungsphase muss die Bank alle Bewilligungsvoraussetzungen und übrigen gesetzlichen Vorschriften wieder einhalten können. Abweichungen von den Eigenmittelanforderungen werden nur während des Sanierungsverfahrens toleriert. Für die sanierungsbedürftige Bank darf keinesfalls ein Sonderregime geschaffen werden, welches über die Sanierungsphase hinaus Wettbewerbsvorteile einräumt und in das Marktgeschehen eingreift.

2.2.2.9 Artikel 32 Geltendmachung von Ansprüchen

Die Anfechtung von Rechtsgeschäften, welche während bereits bestehender Insolvenzgefahr getätigt wurden (so genannte Pauliana, vgl. Art. 285 ff. SchKG), setzt nach geltendem Recht einen Konkurs oder einen Liquidationsvergleich voraus. Bereits die Erfahrungen mit Bankensanierungen in den dreissiger Jahren des letzten Jahrhunderts zeigten, dass diese Ordnung unbefriedigend ist. So kann es im Interesse einer Sanierung liegen, wenn die sanierte Bank nicht mit langwierigen Prozessen gegen ihre früheren Organe belastet wird, sondern sich auf ihre neuen Geschäfte konzentrieren kann. Dennoch wäre es unbillig, wenn die bisherigen Organe oder begünstigte Dritte mangels eines Konkurses nicht zur Verantwortung gezogen werden könnten.

Absatz 1

Paulianische Klagen sollen bereits im Sanierungsverfahren mit der Genehmigung des Sanierungsplans und nicht erst bei einer (allenfalls gar nicht stattfindenden) Liquidation zulässig sein. Unter Vorbehalt von Absatz 2 ist es die Bank, welche berechtigt ist, die Ansprüche geltend zu machen.

Absatz 2

Die Gläubiger sollen die paulianischen Ansprüche geltend machen können, wenn in einem ihre Rechte tangierenden Sanierungsplan nicht vorgesehen ist, dass die sanierte Bank diese Ansprüche durchsetzt. Es findet jedoch keine Abtretung an die Gläubiger nach Artikel 260 Absatz 1 SchKG statt. Jeder Gläubiger kann Forderungen nur in dem Umfang geltend machen, in dem der Sanierungsplan in seine Rechte eingreift.

Absatz 3

Die Artikel 286–288 SchKG lassen die Anfechtung von Rechtshandlungen zu, welche in einem bestimmten Zeitraum vor der Pfändung oder Konkursöffnung stattgefunden haben. Da es bei der Sanierung einer Bank weder zur Pfändung noch zur Konkursöffnung kommt, gilt die Genehmigung des Sanierungsplans durch die Bankenkommission für die Berechnung besagten Zeitraums als massgeblicher Zeitpunkt. Sollte allerdings bereits vorher durch die Bankenkommission eine Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h verfügt worden sein, so wäre der Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung massgeblich.

Absatz 4

Die bankengesetzlichen Verantwortlichkeitsansprüche können nach demselben Prinzip wie die paulianischen Ansprüche geltend gemacht werden.

2.2.3 Zwölfter Abschnitt: Liquidation insolventer Banken (Bankenkonkurs)

2.2.3.1 Artikel 33 Anordnung der Liquidation und Ernennung der Liquidatoren

Absatz 1

Führen die Sanierungsbemühungen nach den Feststellungen der Bankenkommission nicht zu einer Gesundung der Bank oder ist ein Sanierungsversuch von vornherein zum Scheitern verurteilt, so muss die Bank liquidiert werden, weil sie die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt. Die Anordnung der Liquidation ist zwingend, denn nur so kann der Gefahr begegnet werden, dass sich die Situation der Gläubiger noch mehr verschlechtert. Zum Schutz der Einleger ist der Bank mit der Anordnung der Liquidation die Bewilligung zu entziehen. Wie bereits gesagt, wird sich die Bankenkommission vor einem allfälligen Liquidationsentscheid unter Einbezug der Eigner und Grossgläubiger ein möglichst umfassendes Bild von der Situation des Instituts machen müssen.

Die Bankenkommission macht die Anordnung der Liquidation öffentlich bekannt, was der Regelung beim Konkurs entspricht (Art. 232 Abs. 1 SchKG) und zur Orientierung der Gläubiger und Schuldner der Bank notwendig ist. Die Art und Weise der öffentlichen Bekanntmachung ist nicht festgelegt; nebst der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt soll beispielsweise auch der Bezug elektronischer Medien (z.B. des Internets) möglich sein.

Absatz 2

Je nach Umfang und Schwierigkeit des durchzuführenden Liquidationsverfahrens ernennt die Bankenkommission einen oder mehrere Liquidatoren. Dabei wird es sich in der Regel um eine mit dem Bankgeschäft vertraute Treuhandfirma handeln. Auch mit der Sache bereits befasste Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragte können mit der Liquidation betraut werden. Die Liquidatoren vereinigen faktisch die Funktionen von Konkursamt und Konkursverwaltung im Konkursverfahren nach SchKG. Sie werden also etwa das Inventar über das zur Liquidationsmasse gehörende Vermögen aufnehmen, Massnahmen zur Sicherung des Vermögens treffen, über die Aussonderung und Admassierung befinden, die eingegangenen Forderungen prüfen, einen Kollokationsplan erstellen und die Verteilung vornehmen. Sie üben auch die Rechte der Gläubigerversammlung und – sofern die Bankenkommission keinen bestimmt – des Gläubigerausschusses aus (vgl. Art. 35 Abs. 2). Anders als im Konkursverfahren steht den Liquidatoren im vorliegenden Verfahren aber keinerlei Verfügungskompetenz zu²².

²² Vgl. dazu Ziff. 2.2.1.6

Die Ernennung durch die Bankenkommission ist sachgerecht, da diese in der Regel bereits die Schutzmassnahmen angeordnet oder das Sanierungsverfahren beaufsichtigt hat und daher am besten beurteilen kann, wer die fallspezifischen Anforderungen an einen Liquidator erfüllt.

Die Aufsicht über die Liquidatoren obliegt ebenfalls der Bankenkommission. Dadurch wird vermieden, dass wie im heutigen Verfahren zwei Instanzen (Bankenkommission und Gerichte nach SchKG) gleichzeitig Aufsichtsfunktionen innehaben. Eine Übertragung der Aufsicht an die Gerichte, d.h. an die Aufsichtsbehörden nach Artikel 17 ff. SchKG, wäre an sich auch möglich. Diese hätten indessen mangels vertiefter Kenntnis des vorgängigen Verfahrens Schwierigkeiten, eine Aufsicht über die Liquidation zu gewährleisten, die sich nahtlos an das Verfahren zum Erlass von Schutz- und Sanierungsmassnahmen anschliesst. Gegen eine Zuweisung der Aufsicht an die Gerichte spricht aber vor allem, dass die Aufsichtsbehörden in mehrheitlich ländlichen Kantonen mit verhältnismässig wenigen umfangreichen Konkursverfahren bei der Liquidation einer Bank überfordert wären. Diese Behörden verfügen weder über die nötige Anzahl Personal noch über das unabdingbare bankenspezifische Fachwissen. Eine Aufsicht durch kantonale Gerichte kommt daher nicht in Frage. Die Schaffung einer eigens dafür einzurichtenden Fachinstanz erscheint ebenfalls unzweckmässig, denn auch dieser würden zur Wahrnehmung der Aufsicht über die Liquidation vertiefere Kenntnisse des vorgängigen Verfahrens fehlen. Da Liquidationen insolventer Banken im Weiteren relativ selten sind, könnte diese Behörde nur als nicht ständige eingerichtet werden. Das für die Aufsicht notwendige Personal und die erforderliche Infrastruktur wäre mit einer entsprechenden Verzögerung ad hoc bereitzustellen. Der Behörde würde zudem aktuelles Fachwissen und namentlich die Erfahrung bei Liquidationen von Banken fehlen. Aus diesen Gründen bleibt nur die Bankenkommission, die eine fortlaufende Aufsicht über die Liquidatoren gewährleisten kann. Bereits nach geltendem Recht beaufsichtigt sie die von ihr eingesetzten Liquidatoren, solange kein Konkursverfahren eröffnet worden ist. Mit der vorgeschlagenen Lösung stehen die Banken von der Aufnahme der Geschäftstätigkeit an bis zur vollständigen Liquidation unter der dauernden Aufsicht der Bankenkommission. Die Liquidatoren haben der Bankenkommission auf Verlangen Bericht zu erstatten.

Absatz 3

Die Gläubiger sind jährlich über den aktuellen Stand des Verfahrens zu orientieren, wobei ihnen unter Wahrung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG) namentlich die für die Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Angaben bekannt zu geben sind (vgl. auch Art. 36 Abs. 2).

2.2.3.2 Artikel 34 Wirkungen und Ablauf

Absatz 1

Die Anordnung der Liquidation einer insolventen Bank nach dem Bankengesetz hat das gleiche Ziel und dieselbe rechtliche Wirkung wie die richterliche Eröffnung des Konkurses bei Nichtbanken nach SchKG. Beiderorts geht es im Wesentlichen darum, die Aktiven festzustellen und zusammenzuführen, sie zu verwerten und die Schulden zu liquidieren. Daher gilt auch bei der Liquidation einer Bank analog zum

Konkurs, dass sämtliches pfändbares Vermögen eine der gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger dienende Masse bildet (Art. 197 Abs. 1 SchKG), die Bank verfügungsunfähig wird (Art. 204 Abs. 1 SchKG), Zahlungen an die Bank gegenüber den Bankgläubigern nur insoweit befreiend wirken, als sie in die Masse gelangen (Art. 205 Abs. 1 SchKG), alle Beteiligungen und nicht dringlichen Zivilprozesse gegen die Bank aufgehoben beziehungsweise einzustellen sind (Art. 206 Abs. 1 und 207 Abs. 1 SchKG), sämtliche Schuldverpflichtungen der Bank fällig werden (Art. 208 Abs. 1 SchKG), der Zinsenlauf ihr gegenüber aufhört (Art. 209 Abs. 1 SchKG) und die Gläubiger in einer bestimmten Rangordnung befriedigt werden (Art. 219 SchKG). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die speziellen Regelungen zur Umwandlung von Forderungen (Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG) dem Sinn der Norm nach nicht nur im Konkurs gelten, sondern in allen Liquidationsverfahren und damit auch im vorliegenden.

Absatz 2

Was das Verfahren anbelangt, so unterscheidet sich die Liquidation einer insolventen Bank grundsätzlich von der Liquidation nach Artikel 23^{quinqüies} BankG, welche (abgesehen von der Einsetzung des Liquidators durch die Bankenkommission) nach den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts erfolgt (für Aktiengesellschaften nach Art. 739 ff. OR). Entsprechend haben auch die Liquidatoren in den beiden Verfahren nicht dieselben Kompetenzen. Dies ist nicht anders als bei Nichtbanken, welche bei Überschuldung nach dem Konkursverfahren und ansonsten ebenfalls nach dem OR liquidiert werden. Das hier vorgeschlagene Verfahren zur Liquidation insolventer Banken soll den bankenspezifischen Besonderheiten Rechnung tragen, im Übrigen aber nach den bewährten Regeln des Konkurses (Art. 221 ff. SchKG) abgewickelt werden. Daher kommt das SchKG zur Anwendung, wenn keine Spezialbestimmungen dieses Gesetzes entgegenstehen. Nach den Bestimmungen dieses Abschnitts gelten bei der bankengesetzlichen Liquidation einer insolventen Bank wie im Konkursverfahren im Wesentlichen die Regeln über die Inventaraufnahme (Art. 221 SchKG), die Mitwirkungspflichten der schuldnerischen Bank (Art. 222, 228 und 229 SchKG), den Schuldenruf (Art. 232 SchKG), die Erhaltung der Konkursforderungen (Art. 244–246 SchKG) und die Kollokation der Gläubiger (Art. 247–251 SchKG). Den Banken angepasste Regelungen bestehen hingegen bei den Zuständigkeiten sowie bei der Verwertung und Verteilung.

Absatz 3

Es lässt sich nicht ausschliessen, dass sich der Erlass weiterer Spezialbestimmungen zur Durchführung der Liquidation als notwendig erweist. Für diesen Fall kann die Bankenkommission abweichende Anordnungen treffen und zwar sowohl im Einzelfall durch Verfügung als auch generell-abstrakt in Form von Verordnungen. Dabei wird es sich vor allem um Bestimmungen formeller Natur handeln, wie beispielsweise Regelungen von Fristen oder Verfahrensabläufen.

2.2.3.3

Artikel 35 Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss

Absatz 1

Im Bankenkonzurs findet bereits nach geltendem Recht (Art. 36 Abs. 2 und 37 Abs. 5 BankG) keine Gläubigerversammlung statt. Diese bewährte Regelung dient zum einen der raschen Abwicklung des Verfahrens; die Durchführung der Liquidation einer Bank unter Aufsicht einer Gläubigerversammlung wäre angesichts der Vielzahl der Gläubiger, der Komplexität der vorzunehmenden Liquidationshandlungen und dem vielfach geforderten raschen Handeln nicht praktikabel. Zum anderen könnte mit der Durchführung der Gläubigerversammlung das Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) nicht gewahrt werden. Die Gläubiger werden indessen auch ohne Gläubigerversammlung bei der Liquidation einer Bank nicht schlechter gestellt als sonst. Ihre Rechte werden durch die Liquidatoren gewahrt, die der Bankkommission gegenüber rechenschaftspflichtig sind.

Die Liquidatoren werden namentlich dann eine Gläubigerversammlung einberufen, wenn Entscheidungen bei der Liquidation wichtige Interessen der Gläubiger tangieren und deren Einverständnis wesentlich zu einem reibungslosen Ablauf des Verfahrens beitragen kann.

Absatz 2

Die Bankkommission bestimmt einen Gläubigerausschuss, wenn dies zur sinnvollen Interessenvertretung der Gläubiger angezeigt ist. Sie kann dessen Aufgaben im Einzelnen umschreiben.

2.2.3.4

Artikel 36 Behandlung der Forderungen; Kollokationsplan

Absatz 1

Die Übernahme der bereits bestehenden Regelung (Art. 36 Abs. 3 und Art. 37 Abs. 4 BankG) erlaubt es, die zu erwartenden Forderungseingaben einfach und rasch zu erfassen.

Absatz 2

Das Berufs- bzw. Bankgeheimnis (vgl. Art. 47 BankG) wäre nicht gewährleistet, wenn jedem Gläubiger unbeschränkte Einsicht in den Kollokationsplan und damit in die vollständige Auflistung der Einleger und deren Einlagen zustünde. Auf der anderen Seite hat der Gläubiger ein berechtigtes Interesse daran, die Kollokation seiner eigenen Forderungen zu kennen und vor allem auch zu wissen, ob und in welchem Umfang Forderungen anderer Gläubiger kolloziert worden sind, die er allenfalls als unberechtigt anfechten könnte. Diesen entgegengesetzten Interessen trägt der Entwurf Rechnung, indem den Gläubigern die Einsicht in den Kollokationsplan ermöglicht wird, soweit dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Einem ausgewiesenen Gläubiger werden die Liquidatoren daher ganz oder teilweise Einsicht gewähren, wenn er ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen kann. Auch diese Regelung ist nicht neu; sie entspricht sinngemäss dem geltenden Artikel 10 VNB für das Nachlassverfahren.

2.2.3.5

Artikel 37 Bei Schutzmassnahmen eingegangene Verbindlichkeiten

Aufgrund dieser Bestimmung werden Verpflichtungen bevorzugt behandelt, welche die Bank eingegangen ist nachdem die Bankenkommission Schutzmassnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 verfügte, also etwa eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit, ein Verbot für Auszahlungen oder für Entgegennahme von Zahlungen, die Schliessung der Bank oder eine Stundung. Verbindlichkeiten, die mit Einverständnis der Bankenkommission beziehungsweise des Untersuchungsbeauftragten oder des Sanierungsbeauftragten begründet wurden, werden im Liquidationsfall vor allen anderen befriedigt, also auch vor den Kleinsteinlagen gemäss Artikel 37a. Ohne ein solches Privileg für die genannten Verbindlichkeiten wäre niemand mehr bereit, mit einer finanziell angeschlagenen Bank Geschäfte zu tätigen, was die zur Sanierung meist notwendige Fortsetzung der Geschäftstätigkeit erschweren oder gar verunmöglichen könnte. Die Regelung entspricht Artikel 310 SchKG, wonach die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten gelten und als solche vor allen anderen zu befriedigen sind.

2.2.3.6

Artikel 37a Kleinsteinlagen

Absatz 1

Gläubiger mit (einer oder mehreren) Einlagen, welche unter das Konkursprivileg nach Artikel 37b fallen und zusammengerechnet 5000 Franken nicht übersteigen, sollen nach dieser neuen Bestimmung noch vor Erstellung und ausserhalb eines Kollokationsplans befriedigt werden und damit endgültig aus dem Verfahren ausscheiden. Ihre Forderungen werden wie Masseverbindlichkeiten behandelt. Diese Kleinstgläubiger sollen grundsätzlich sofort befriedigt werden, wobei je nach Finanzlage der insolventen Bank die Summe auch in Teilbeträgen ausbezahlt werden kann. Dies verletzt zwar den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger, rechtfertigt sich aber durch eine erhebliche Verfahrensvereinfachung und Kostenersparnis, indem die Anzahl der am Liquidationsverfahren beteiligten Gläubiger wesentlich reduziert wird, was letztlich auch den im Verfahren verbleibenden Gläubigern zugute kommt. Nach Berechnungen von Experten könnten heute bei einer mittleren Bank durch Auszahlung der Kleinsteinlagen mit durchschnittlich rund 6 Prozent der Aktiven 60 Prozent der Gläubiger endgültig befriedigt werden. Ihre Forderungen werden nicht mit Gegenforderungen der Bank verrechnet, da die hierzu notwendigen Erhebungen einen unverhältnismässigen Aufwand auslösen und zu lange Zeit in Anspruch nehmen würden. Sollte sich in kleineren, rasch überblickbaren Fällen die fehlende Verrechnungsmöglichkeit hemmend auswirken, könnte die Bankenkommission durch Herabsetzung des Betrags (Abs. 2) korrigierend eingreifen. Nicht umgehend erreichbare Gläubiger fallen nicht unter die Bestimmung. Es widerspräche der angestrebten Vereinfachung des Verfahrens, wenn die Gläubiger (namentlich solche im Ausland) von den Liquidatoren erst in einem zeitaufwendigen Verfahren ausfindig gemacht werden müssten. Hingegen können auch Gläubiger mit Guthaben über 5000 Franken von dieser Bestimmung profitieren, sofern sie auf den

5000 Franken übersteigenden Teil ihrer Forderung verzichten (was bei Gesamtforderungen von wenig mehr als 5000 Franken durchaus sinnvoll sein könnte).

Absatz 2

Die Bankenkommission kann den Betrag von 5000 Franken herabsetzen, was sie namentlich dann tun wird, wenn die Liquidität der Bank zur Auszahlung sämtlicher Kleinstforderungen nicht ausreicht. Im Extremfall kann der Betrag bis auf Null herabgesetzt werden. Mit der Herabsetzung des Betrags scheidet ein entsprechend kleinerer Teil von Gläubigern aus dem Verfahren aus. Verbleibende Einlagen von nicht befriedigten Gläubigern fallen unter das Privileg von Artikel 37b.

2.2.3.7 Artikel 37b Privilegierte Einlagen

Absatz 1

Die Einlagen der Bankkunden sind schon unter dem heutigen Recht privilegiert; ihre Forderungen werden im Konkursfall vor zahlreichen anderen Forderungen befriedigt (Art. 37a BankG). Es gibt keinen Anlass, etwas an dieser sozialpolitisch und ökonomisch begründeten Privilegierung zu ändern²³. Nachdem jüngst Guthaben der Sozialversicherungen in die zweite Klasse aufgenommen wurden, rechtfertigt es sich, Einlegerforderungen im Umfang des Privilegs ebenfalls der zweiten Klasse zuzuweisen. Die dort kollozierten Guthaben sind Forderungen mit sozialpolitischem Hintergrund, was im Umfang des Privilegs auch für die Einlegerforderungen bei Banken gilt. Die vorgeschlagene Änderung lässt daher die bisherige «Zwischenklasse» nach Artikel 37a BankG entfallen, vereinfacht die Rangordnung der Konkursforderungen und verkürzt entsprechend das Liquidationsverfahren. Jeder Einleger kann das Privileg nur einmal geltend machen, auch wenn er mehrere Konten besitzt, andernfalls würde er sich rechtsmissbräuchlich verhalten. Die Bank kann mit ihren Forderungen gegenüber dem Einleger verrechnen, sofern das zugrundeliegende Vertragsverhältnis dies nicht ausschliesst.

Die bisherige Beschränkung des Privilegs auf bestimmte Einlagen (vgl. Art. 37a Abs. 2 BankG) führt zu kaum begründbaren Ungleichheiten unter den Einlegern, weshalb neu grundsätzlich alle Einlagen unter das Privileg fallen sollen. Dies dient nicht zuletzt auch der Verfahrensökonomie. Der Fall SLT hat gezeigt, dass die Auscheidung von privilegierten und nicht privilegierten Einlagen sehr aufwändig ist. Zur Einordnung eines Kontos mussten vielfach in mühsamer Kleinarbeit dessen vorgängige Bewegungen festgestellt werden. Die hieraus entstehenden Mehrkosten und Verzögerungen bei der Liquidation sind kaum zu rechtfertigen. Eine Umfrage der Bankenkommission bei repräsentativen Banken hat im Übrigen ergeben, dass die Ausdehnung des Privilegs keine negativen Auswirkungen mit sich bringen wird. Die privilegierten Einlagen werden neu bei grösseren Banken immer noch weniger als 25 Prozent der gesamten Einlagen ausmachen und bei kleineren Banken selten mehr als 50 Prozent. Diese Werte weichen damit von den bisherigen kaum ab, weshalb die Ausdehnung des Privilegs keinen wesentlichen Eingriff in die Rechte nicht privilegierter Gläubiger mit sich bringt und auch die Einlagensicherung nicht über

²³ Vgl. dazu auch Birchler Urs. W., «Bankruptcy priority for bank deposits: a contract theoretic explanation», *The Review of Financial Studies*, 13, August 2000, S. 813–839.

Gebühr belastet. Hingegen würde eine nominelle Erhöhung des Privilegs beispielsweise auf 35 000 Franken sehr wohl eine spürbare Mehrbelastung für die anderen Gläubiger und die Einlagensicherung bedeuten. Es rechtfertigt sich deshalb, das Privileg betragsmässig auf 30 000 Franken zu belassen.

Vom Privileg ausgenommen sind sämtliche auf den Inhaber lautende Einlagen. Dies gilt auch für diejenigen, die bereits vor Schalterschluss im Besitz des Gläubigers und damit nach heutiger Regel noch geschützt sind (vgl. Art. 37a Abs. 3 BankG). Mit der neuen Bestimmung wird verhindert, dass ein Kunde mehr als die privilegierte Summe ausbezahlt erhält, indem er diese Summe übersteigende Einlagen auf verschiedene Personen verteilt. Zudem entfallen langwierige und schwierige Abklärungen über die Besitzverhältnisse.

Von der Privilegierung nicht mehr ausgenommen sind hingegen die Einlagen von Banken (Art. 37a Abs. 2 Ziff. 2 BankG). Auch dies ist aus Sicht der Verfahrensökonomie konsequent. Diese Einlagen sind wie alle anderen nur bis zu einer Höhe von 30 000 Franken pro Gläubigerbank privilegiert, weshalb sich der Ausschluss einer Bank als Gläubigerin auch quantitativ nicht mit dem Schutz der anderen Gläubiger rechtfertigen liesse.

Da Einlagen vielfach auf US-Dollar und in der Zukunft wohl auch immer mehr auf Euro lauten werden, besteht kein Anlass, das Privileg nicht auch auf Fremdwährungen zu erstrecken. Privilegiert sind damit – ohne dass dies eigens im Gesetz gesagt werden müsste – auch Einlagen in Fremdwährungen, wie dies im Übrigen auch in der EU gilt, wo die entsprechende Richtlinie alle Währungen des EWR abdeckt und der Einschluss von weiteren ausländischen Währungen für die Mitgliedstaaten möglich ist.

Die neu und eindeutig umschriebenen privilegierten Einlagen können von den Banken nunmehr in der Bilanz jederzeit separat ausgewiesen werden. Eine entsprechende Bilanzierungsregelung erleichtert die Beurteilung der Deckung; sie wird im Rahmen einer Revision der BankV eingeführt werden.

Absatz 2

Die Bankenkommission kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die gesetzlichen Aufsichtsinstrumente auch gegenüber Unternehmen oder Personen einsetzen, deren Unterstellungspflicht umstritten ist²⁴. Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass ein Institut eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausübt, leitet die Bankenkommission²⁵ Abklärungen ein und trifft die nötigen Anordnungen. Die im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen neuen oder geänderten Bestimmungen gelten daher auch für Unternehmen, deren Unterstellungspflicht die Bankenkommission abklärt. Es wäre aber stossend, wenn bei der Liquidation eines solchen Unternehmens privilegierte Einlagen geltend gemacht werden könnten. Die Gläubiger dieser Unternehmen dürften nämlich nicht damit rechnen, dass es sich beim fraglichen Unternehmen um eine Bank mit privilegierten Einlagen handelte. Diese Bestimmung ist somit auf solche Unternehmen nicht anwendbar.

Absatz 3

Die Bestimmung entspricht wörtlich dem heutigen Artikel 37a Absatz 4 BankG.

²⁴ BGE 121 II 148 E. 3a; 116 Ib 198 E. 3

²⁵ BGE 115 Ib 58 E. 3; 105 Ib 408 E. 2

2.2.3.8 Artikel 37c Anpassung an die Geldentwertung

Die Möglichkeit, die betragsmässig fixierten Kleinsteinlagen und die privilegierten Einlagen an die Geldentwertung anzupassen, erlaubt namentlich, eine Erosion des Einlegerschutzes aufgrund der Teuerung zu verhindern.

2.2.3.9 Artikel 37d Behandlung der Depotwerte

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Artikel 37b BankG, wonach von der Bank verwahrte Depotwerte (vgl. Art. 16 BankG) im Konkursfall nicht zur Masse gezogen, sondern unter Vorbehalt von Ansprüchen der Bank gegenüber dem DepONENTEN zu dessen Gunsten abgesondert werden. Es besteht keine Veranlassung, diese seit 1997 geltende Norm zu modifizieren; anzupassen ist sie lediglich an den Umstand, dass Banken nach dem vorliegenden Entwurf einem speziellen Liquidationsverfahren nach Bankengesetz unterliegen (und nicht mehr in Konkurs fallen).

2.2.3.10 Artikel 37e Verteilung und Schluss des Verfahrens

Absatz 1

Die Verteilung der nach der Liquidation verbleibenden Aktiven an die Gläubiger richtet sich grundsätzlich nach den Bestimmungen von Artikel 261 ff. SchKG. Anders als dort wird indessen im Interesse der Verfahrensökonomie und der Wahrung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG) die Verteilungsliste nicht aufgelegt und den einzelnen Gläubigern statt dessen nur der auf sie entfallende Anteil bekannt gegeben. Wie beim Kollokationsplan ist aber auch hier dem Gläubiger, der ein berechtigtes Interesse nachweisen kann, ganz oder teilweise Einsicht in die Verteilungsliste zu gewähren.

Absatz 2

Die Tätigkeit der Liquidatoren endet mit der Ablieferung des Schlussberichts an die Bankenkommission.

Absatz 3

Das Liquidationsverfahren endet mit dem öffentlich bekannt gemachten Abschluss des Verfahrens durch die Bankenkommission. Zu den Anordnungen zur Schliessung des Verfahrens gehören auch solche über nicht abgeholte Depotwerte und nicht geltend gemachte Ansprüche. Gegebenenfalls sind dabei die Regelungen über nachrichtenlose Vermögenswerte zu beachten.

2.2.3.11

Artikel 37f Koordination mit ausländischen Verfahren

Dieser Artikel regelt den Fall eines Bankenkurses einer international tätigen Bank mit Hauptsitz in der Schweiz und Zweigniederlassungen im Ausland. Das schweizerische Insolvenzrecht folgt in diesem Fall dem Grundsatz der aktiven Universalität des Konkurses und erfasst damit das gesamte Vermögen des Schuldners unabhängig davon, wo es sich befindet (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Grundsätzlich ist damit auch das im Ausland liegende Vermögen ins Inventar des schweizerischen Konkurses aufzunehmen. Ob im Falle der Liquidation einer Schweizer Bank im Ausland liegende Vermögenswerte tatsächlich in das schweizerische Verfahren einbezogen werden können, hängt aber von der jeweiligen Regelung in der betreffenden ausländischen Rechtsordnung ab. Traditionellerweise verfolgen zahlreiche Staaten im Konkursrecht einen territorialen Ansatz und geben sich verschlossen, wenn es darum geht, Wirkungen eines ausländischen Konkurses im Inland anzuerkennen und den Einbezug von Vermögenswerten in das ausländische Verfahren zuzulassen.

Absatz 1

Zur bestmöglichen Verwertung der Aktiven und Gleichbehandlung der Gläubiger soll vermieden werden, dass in jedem Staat, in dem ein schweizerisches Bankinstitut eine Niederlassung oder Aktiven hat, ein separates Verfahren geführt wird. Aufgrund der grossen Unterschiede im materiellen Recht ist ein einziges Bankenkursverfahren mit universaler Geltung jedoch nicht realisierbar. Ziel ist es daher, auf dem Wege der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden sowie der gegenseitigen Anerkennung von Massnahmen, die Durchführung eines Hauptinsolvenzverfahrens zu ermöglichen und allenfalls parallel hängige Verfahren zu koordinieren. Damit soll die Liquidationsmasse möglichst effizient verwertet und letztendlich entsprechend dem Rang und der Höhe der Forderungen an die in- und ausländischen Gläubiger verteilt werden. Die Liquidatoren werden daher angehalten, ihre Handlungen mit den zuständigen ausländischen Stellen zu koordinieren.

Absatz 2

Dieser Absatz folgt dem Wortlaut von Artikel 172 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) über die Anrechnung von im Ausland erwirkten Teildividenden. Der Bestimmung liegt die Idee zugrunde, dass alle Gläubiger, die sich bezüglich Art und Absicherung ihrer Forderungen gegenüber dem Schuldner in vergleichbarer Rechtsposition befinden, möglichst gleich zu behandeln sind (*par conditio creditorum*). Jeder Gläubiger, der am schweizerischen Verfahren teilnimmt, kann somit behalten, was er im Rahmen eines Verfahrens im Ausland erhalten hat. Er soll aber an der Verteilung der Masse im schweizerischen Verfahren erst dann teilnehmen können, wenn die Gläubiger gleichen Ranges die gleiche Quote auf ihrer Forderung erlangt haben. Die Bestimmung stellt sicher, dass Gläubiger, die an einem ausländischen Verfahren teilnehmen, nicht besser gestellt werden als nur am schweizerischen Verfahren teilnehmende Gläubiger gleichen Ranges.

2.2.3.12

Artikel 37g Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen

Im Gegensatz zu Artikel 37f regelt dieser Artikel den Insolvenzfall einer international tätigen Bank mit Hauptsitz im Ausland und einer Niederlassung in der Schweiz. Die Bestimmung stellt in Ergänzung zu Artikel 166 ff. IPRG zum Verfahren betreffend Anerkennung ausländischer Konkursdekrete einige Sonderregeln auf.

Absatz 1

Nach Artikel 166 ff. IPRG können ausländische Konkurse unter bestimmten Voraussetzungen in der Schweiz anerkannt werden. Der Antrag auf Anerkennung ist an das zuständige Gericht am Ort des Vermögens in der Schweiz zu richten (Art. 167 Abs. 1 IPRG). Da nach dem vorliegenden Entwurf nicht die Konkursgerichte, sondern die Bankenkommission zur Durchführung des Liquidationsverfahrens über Banken zuständig ist, rechtfertigt es sich, die Bankenkommission an Stelle der nach IPRG zuständigen Gerichte zur Anerkennung ausländischer Konkursdekrete zu ermächtigen. Allfällige im Ausland angeordnete Liquidations- und Sanierungsmaßnahmen sollen ebenfalls durch die Bankenkommission anerkannt werden können (vgl. Art. 175 IPRG).

Absatz 2

Der Wortlaut von Artikel 166 Absatz 1 IPRG lässt die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete nur zu, sofern sie am Wohnsitz oder statutarischen Sitz des Schuldners ergangen sind. Die Praxis hat gezeigt, dass ausländische Behörden wie die Bankenkommission²⁶ zuweilen auch am tatsächlichen und nicht am rechtlichen Sitz einer Bank den Konkurs eröffnen, also am Ort, an welchem diese ihre Geschäftstätigkeit in Wirklichkeit ausübt. Um auch in solchen Fällen ausländische Verfügungen anerkennen zu können, wird dies in diesem Absatz ausdrücklich geregelt. Die Zuständigkeit der Bankenkommission erstreckt sich auf alle Sanierungs- und Liquidationsmassnahmen, welche von den nach ausländischem Recht zuständigen Stellen gegenüber der insolventen Bank angeordnet werden und erfasst damit nicht nur gerichtliche Massnahmen, sondern auch solche der Aufsichtsbehörden.

Absatz 3

Nach Artikel 170 Absatz 1 IPRG hat die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes die Durchführung eines verkürzten Konkursverfahrens, des so genannten Hilfskonkurses, zur Folge. Der Kollokationsplan in diesem Konkurs enthält gemäss Artikel 172 Absatz 1 IPRG nur Forderungen, für deren Sicherheit ein in der Schweiz gelegenes Pfand bestellt ist, sowie privilegierte Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz. Diese Regelung kann auf eine Benachteiligung ausländischer Bankkunden hinauslaufen, weil deren nicht pfandgesicherten privilegierten Forderungen nicht kolloziert werden können. Die vorgelegte Bestimmung erlaubt es, diese Forderungen ausländischer Einleger in den Kollokationsplan aufzunehmen, was nicht zuletzt auch im Interesse des international ausgerichteten Schweizer Finanzplatzes liegt. Die Aufnahme im Kollokationsplan ist indessen nicht

²⁶ EBK Bulletin 40, S. 94 ff.

zwingend und kann im Einzelfall von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, namentlich von der Gewährung von Gegenrecht durch den ausländischen Staat.

Absatz 4

Unter Vorbehalt der in diesem Artikel vorgesehenen Abweichungen finden die Artikel 166–175 IPRG bei Anerkennung eines ausländischen Konkurses Anwendung. Findet im Ausland kein Konkursverfahren statt oder wird kein Antrag auf Anerkennung gestellt, so wird eine Niederlassung einer ausländischen Bank analog zu Artikel 50 Absatz 1 SchKG liquidiert. Wenn im Ausland ein Verfahren eingeleitet wurde und ein Gesuch auf Anerkennung ansteht oder zu erwarten ist, kann die Bankkommission Schutzmassnahmen ergreifen und die Liquidation aussetzen. Dies kann sich zum Beispiel dann rechtfertigen, wenn die Gläubiger einer Zweigniederlassung hauptsächlich im Staat des Hauptkonkurses wohnhaft oder wenn ihre Aktiven vor allem dort gelegen sind.

2.2.4 Dreizehnter Abschnitt: Einlagensicherung

2.2.4.1 Artikel 37h Grundsatz

Mit der Privilegierung von Einlagen gemäss Artikel 37b erhalten die Einleger zwar im Liquidationsfall einen verstärkten Anspruch auf Erfüllung ihrer Forderungen, aber noch keine garantierte rasche Auszahlung. Damit ist kein wirksamer Einlegerschutz gewährleistet, weshalb bereits heute die freiwillige Einlegerschutzvereinbarung der Bankiervereinigung eine Bevorschussung solcher Einlagen vorsieht²⁷. Das heutige Regime weist jedoch einige Lücken auf, welche mit der neuen Regelung in den Artikel 37h und 37i geschlossen werden sollen. Artikel 37h regelt, auf welche Weise die Sicherung der privilegierten Einlagen zu gewährleisten ist.

Absatz 1

Diese Bestimmung erklärt für die Banken die Sicherung der nach Artikel 37b privilegierten Einlagen als obligatorisch. Räumlich gilt die Sicherung für Einlagen bei Geschäftsstellen einer Bank in der Schweiz unbeschaffen davon, ob sich der Sitz der Bank in der Schweiz oder im Ausland befindet. Einlagen bei im Ausland gelegenen Geschäftsstellen von schweizerischen Banken fallen hingegen nicht unter diese Sicherung (sondern gegebenenfalls unter diejenige des Staates, in welchem sich die Geschäftsstelle befindet).

Die Banken sollen die Einlagensicherung soweit möglich im Rahmen der bestehenden Selbstregulierung organisieren. Das hier vorgeschlagene System stützt sich damit auf die bestehende Einlegerschutzvereinbarung der Bankiervereinigung, welche die rasche Auszahlung der privilegierten Forderungen gewährleistet. Die Einlegerschutzvereinbarung kann somit grundsätzlich mit bestimmten, hiernach geschilderten Modifikationen bestehen bleiben. Wie die Banken die Sicherung im Rahmen der Selbstregulierung konkret finanzieren – ob über eine Beitragspflicht im Sicherungsfall, über einen regelmässig zu äufnenden Fonds, über eine Versicherung oder mit einer kombinierten Lösung – bleibt ihnen überlassen, vorbehaltlich der Geneh-

²⁷ Vgl. Ziff. 1.1.2.3

migung durch die Bankenkommission (Abs. 2 und 3). Die Vorteile des Fonds liegen im Umstand, dass das Sicherungssystem im Ernstfall weniger belastet wird, da es bereits über Liquidität im Umfang der geleisteten Vorschüsse verfügt. Bei einem reinen Umlageverfahren besteht in Krisenzeiten die Gefahr, dass die von den einzelnen Banken auf ein Mal zu leistenden Beitragszahlungen eine zu hohe Belastung für das Bankensystem darstellen und damit der gesetzlich garantierte Einlegerschutz nicht gewährleistet ist. Ein Fonds würde es auch ermöglichen, die Beiträge bei den Banken risikogewichtet zu erheben. Auf der andere Seite bringt ein Fonds einen nicht zu unterschätzenden Verwaltungs- und Kostenaufwand mit sich. Zudem bindet er Mittel der Banken für ein möglicherweise gar nie eintretendes Ereignis. Bisher war den Banken die Unterzeichnung der Einlegerschutzvereinbarung freigestellt und konnte von der Bankiervereinigung nur als Mitgliedschaftsbedingung durchgesetzt werden. Praktisch alle Banken in der Schweiz haben die Vereinbarung jedoch unterzeichnet. Neu ist jede Bank, die privilegierte Guthaben führt, verpflichtet, sich der Selbstregulierung anzuschliessen. Nebst dem Einhalten der übrigen Standesregeln – etwa der Sorgfaltspflichtvereinbarung, der Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge oder der Verhaltensregeln für Effekthändler – ist damit auch der Anschluss an die Selbstregulierung nunmehr obligatorisch und Prüfungsgegenstand der jährlichen Revision²⁸.

Auch die *Kantonalbanken* sind gehalten, sich der Selbstregulierung anzuschliessen, denn sie unterstehen seit der Revision des BankG (in Kraft seit 1. Oktober 1999) der Bewilligung der Bankenkommission. Auf den ersten Blick mag eine Einlagensicherung für eine Kantonbank mit Staatsgarantie unnötig erscheinen. Es ist aber zumindest rechtlich nicht ausgeschlossen, dass ein Kanton seine Kantonbank trotz Staatsgarantie liquidieren lässt. Die Einlagen wären diesfalls (durch die Staatshaftung) zwar abgesichert, nicht aber ihre rasche Auszahlung (vgl. Art. 37h Abs. 3 Bst. a), für welche die Einlagensicherung zu sorgen hätte. Diese kommt damit auch den Kantonbanken zugute, umso mehr, als die Staatshaftung seit besagter Gesetzesänderung auch eine beschränkte sein kann (Art. 3a letzter Satz BankG).

Absatz 2

Die Bankenkommission genehmigt die Selbstregulierung, womit gewährleistet ist, dass der Einlegerschutz die Anforderungen des Gesetzes erfüllt.

Absatz 3

Die Voraussetzungen der Genehmigung sind die folgenden:

Buchstabe a

Die Auszahlung der gesicherten Einlagen an die berechtigten Gläubiger soll innert dreier Monate nach dem Zeitpunkt erfolgen, zu welchem die Bank diese Einlagen nicht mehr zurückzahlen kann. Da dieser Zeitpunkt regelmässig mit der verfügten Einschränkung der Geschäftstätigkeit, der Anordnung eines Auszahlungsverbots, der Bankschliessung, der Stundung bzw. dem Fälligkeitsaufschub (Art. 26 Abs. 1 Bst. e–h) oder der Einleitung des Liquidationsverfahrens (Art. 33 ff.) zusammenfällt, rechtfertigt es sich, diese Frist ab dem Erlass der entsprechenden behördlichen Ver-

²⁸ Vgl. Randziffer 24 und Anhang I des Rundschreibens 96/3 «Revisionsbericht: Form und Inhalt» der Bankenkommission.

fügung laufen zu lassen. Dies entspricht dem Ziel des Einlegerschutzes und dem Recht der EU. Lässt sich die Frist in einem konkreten Fall aus praktischen Gründen nicht einhalten, kann die Bankenkommission eine Ausnahme beziehungsweise Erstreckung bewilligen. Die geschützten Einleger erhalten damit einen klagbaren Anspruch gegen die Einlagensicherung. Eine Bevorschussung wie heute ist nicht mehr vorgesehen; die Auszahlung des garantierten Betrags an die Einleger erfolgt voraussetzungslos. Der Schutz der Einleger entspricht somit weitgehend dem EU-Recht.

Mehr Transparenz für die Gläubiger bringt schliesslich auch die in die BankV aufzunehmende Verpflichtung der Banken, in ihrer Bilanz die privilegierten Einlagen auszuweisen²⁹ (was bisher wegen Abgrenzungsproblemen kaum möglich war).

Buchstabe b

Aus ökonomischen und staatspolitischen Gründen ist von einem Sicherungssystem nicht mehr und nicht weniger zu erwarten, als dass es eine höchstmögliche Sicherung der Einlagen bietet. Die Einlagensicherung darf aber die Stabilität des Bankensystems nicht gefährden. Es gilt auszuschliessen, dass bei angespannter Wirtschaftslage der Zusammenbruch einer Bank durch die Beitragspflicht der übrigen Banken eine Kettenreaktion auslöst und weitere Institute in den Ruin treibt. Damit hätte die Einlagensicherung nicht nur das Ziel verfehlt, sondern dessen Gegenteil erreicht. Es ist nun aber ausserordentlich schwierig, die Grenze der Leistungsfähigkeit der Einlagensicherung zu bestimmen.

Stichproben haben gezeigt, dass die privilegierten Einlagen nach der neuen Definition im vorliegenden Entwurf je nach Bank höchstens 20–30 Prozent der in der Schweiz gebuchten *Bilanzsumme* ausmachen dürften. Dies bedeutet, dass die Aktiven einer Bank im Durchschnitt mehr als 70 Prozent ihres Wertes einbüßen müssten, bis die privilegierten Einlagen nicht mehr voll gedeckt wären. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Ereignisses ist derart gering, dass es kaum praktische Bedeutung hat. Die Grenze der Leistungsfähigkeit der Einlagensicherung ergibt sich denn auch nicht in erster Linie aus der Sicherung der Einlagen an sich, sondern aus dem Umstand, dass diese gemäss Buchstabe a dieser Bestimmung innert drei Monaten auszuzahlen sind. Die Grenze des Sicherungssystems bestimmt sich daher nach seiner Fähigkeit, im Krisenfall Liquidität bereit zu stellen.

Die geltende Einlegerschutzvereinbarung legt die *Systemgrenze* bei einer Mia. Franken fest. Dieser Betrag hätte rund 12-mal den Fall «Spar- und Leihkasse Thun» abgedeckt (allerdings unter der bisherigen Definition der privilegierten Einlagen) und würde damit ermöglichen, eine Kleinbankenkrise grösseren Ausmasses zu überstehen. Falls hingegen eine grössere oder mehrere mittelgrosse Banken geschlossen werden müssten, würde die Grenze von 1 Milliarde Franken überschritten. Der Bundesrat ist überzeugt, dass das Sicherungssystem unter dem künftigen Obligatorium in der Lage sein muss, deutlich mehr als die bisherige Milliarde zu tragen. Er ist in Übereinstimmung mit der Bankenkommission, der Nationalbank und der Schweizerischen Bankiervereinigung der Auffassung, dass die Festsetzung des Maximalbetrags auf 4 Milliarden Franken eine Lösung darstellt, die für das System noch tragbar ist und den berechtigten Interessen aller Beteiligten so weit wie nur möglich Rechnung trägt. Die konkreten Regeln zur Bedeutung und Berechnung dieses

²⁹ Vgl. Ziff. 2.2.3.7 zu Art. 37b Abs. 1 a. E.

Maximalbetrags werden im Rahmen der Selbstregulierung zwischen Bankiervereinigung und Bankenkommission auszuhandeln sein. Zu bestimmen ist unter anderem, wie sich der Maximalbetrag bemisst und wie sich die Beitragsverpflichtung der einzelnen Bank im Verhältnis zum Maximalbetrag und zu ihrem Anteil an den gesamten gesicherten Einlagen berechnet. Insbesondere ist der Leistungsumfang nach eingetretenen Schadensfällen festzulegen und dabei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Sicherungssystem seine erbrachten Leistungen erst am Ende des Liquidationsverfahrens zurückerhält, welches sich auch künftig über mehrere Jahre hinziehen kann.

Einige grosse Banken verfügen nun aber über privilegierte Einlagen (im Sinne von Art. 37b), die gesamthaft gesehen über der erwähnten Systemgrenze liegen, auch wenn diese auf 4 Milliarden Franken erhöht werden sollte. Die Absicherung dieser über den Maximalbetrag hinausgehenden Einlagen ist nach dem Gesagten im Rahmen der Selbstregulierung nicht möglich, da sie zu einem Systemrisiko führen würde. Die Expertenkommission hatte vorgeschlagen, dass die betroffenen Banken die fraglichen Einlagen mit einem Versicherungsvertrag oder mit Lösungen am Kapitalmarkt (Garantien, Verpfändung, Bürgschaften usw.) zu sichern hätten. Dieser Vorschlag stiess in der Vernehmlassung auf klare Opposition aus verschiedenen Kreisen. Es wurde geltend gemacht, eine Sicherung der Einlagen über der Systemgrenze sei von den möglichen Krisenszenarien her betrachtet unnötig und auch unrealistisch. Auch sei eine solche Sicherung in anderen Staaten nicht bekannt, weshalb eine isolierte Einführung in der Schweiz für den Bankenplatz zu einem unnötigen Standortnachteil führe. Auf diese Kritik hin hat die Verwaltung vertiefte Abklärungen und Hearings durchgeführt. Diese haben gezeigt, dass an einer Sicherung der Einlagen über der Systemgrenze durch den Privatsektor aus verschiedenen Gründen nicht festgehalten werden kann:

Dem internationalen privaten Markt fehlt die Kapazität, die Liquidität im geforderten Umfang abzusichern. Die privilegierten Einlagen bei den Banken in der Schweiz liegen bei ungefähr 120–140 Milliarden Franken. Die Gesamtkapazität der internationalen Versicherungs- und Finanzmärkte für die Bereitstellung von Liquidität wird von Experten der Swiss Re und der Banken dagegen auf rund 10 Milliarden Franken geschätzt. Die Liquiditätslinien, die Argentinien und Mexiko von grossen internationalen Banksyndikaten zur Verfügung gestellt worden sind, bewegen sich ebenfalls in dieser Grössenordnung.

Selbst wenn Liquiditätszusagen im geforderten Umfang erhältlich wären, ist sehr zweifelhaft, ob diese im Krisenfall auch eingehalten werden könnten. Bei einer weltweiten massiven Verunsicherung auf den Finanzmärkten – der wohl plausibelsten Ursache für einen Grossbankenkonkurs – ist anzunehmen, dass auch die Liquiditätsgeber mit beträchtlichen finanziellen Schwierigkeiten und einer gespannten Liquiditätslage konfrontiert wären. Der Versicherungsschutz wäre damit nur theoretischer Natur.

Ein Blick ins Ausland zeigt, dass kein anderes Industrieland ein Einlagensicherungssystem kennt, welches die Verfügbarkeit der geschützten Einlagen im Falle der Schliessung einer grösseren Bank ohne Liquiditätszufuhr von Seiten des Staates garantieren könnte. So basiert zum Beispiel in Frankreich das neu geschaffene Einlagensicherungssystem auf einem von den Banken finanzierten Fonds von 1 Milliarde Euro. In Deutschland finanzieren die Banken mehrere Einlagensicherungseinrichtungen, die zwar keine expliziten Systemgrenzen vorsehen. In der Tat

ist aber wie in allen Staaten auch in Deutschland eine Systemgrenze implizit vorhanden, und es wäre undenkbar, dass der deutsche Bankensektor die Einlagen einer konkursiten Grossbank finanzieren könnte.

In diesem Lichte hat denn auch die im Rahmen des Financial Stability Forums tätige Arbeitsgruppe aus den weltweit gesammelten Erfahrungen den Schluss gezogen, dass Einlagensicherungssysteme nicht dafür geschaffen sein können, Systemrisiken zu begegnen; die Lösung von Systemrisiken verlangen gemäss dem Forum vielmehr breit abgestützte koordinierte Eingriffe des Staates³⁰.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass sich das Liquiditätsproblem bei Systemkrisen nicht durch im vornherein getroffene Regelungen, sondern nur pragmatisch lösen lässt. In solchen ausserordentlichen Krisenfällen sind massgeschneiderte Lösungen gefragt, welche von Fall zu Fall zu finden sind. Es ist klar, dass auch hier in erster Linie der private Sektor seine Verantwortung wahrzunehmen hat. Rechtlich wäre es auch denkbar, dass die Nationalbank einen allfälligen grösseren Liquiditätsbedarf decken würde (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. e Entwurf NBG). Es ist aber mit aller Deutlichkeit festzuhalten, dass es in der alleinigen Kompetenz der Nationalbank steht zu entscheiden, ob sie im Einzelfall Liquiditätshilfe leisten will. Namentlich dürfen insolvente Banken nicht mit Hilfe der Zentralbank im Markt gehalten werden. Sie sind zu liquidieren oder zu rekaptalisieren. Deshalb ist die Liquiditätshilfe der Nationalbank klar zu unterscheiden von allfälligen Hilfsmassnahmen, die auf die Rekapitalisierung insolventer Banken mit staatlichen Geldern abzielen. Ob und in welcher Form sich ein Mitwirken des Staates an der Lösung einer Solvenzkrise überhaupt rechtfertigen lässt, wird allerdings auch im Extremfall sorgfältig zu prüfen sein. Der Bundesrat verzichtet hier demzufolge auf eine Regelung für Einlagen über der Systemgrenze. Im Gegenzug geht er aber davon aus, dass die geltende Maximalgrenze im Sinne der vorstehenden Ausführungen auf 4 Milliarden Franken erhöht wird. Damit sollten nach dem Gesagten die nach menschlichem Ermessen zu erwartenden Risiken abgedeckt werden können.

Buchstabe c

Mit der Verpflichtung, erhöhte Liquidität zu halten, wird die Fähigkeit der Banken verbessert, in einer Krisensituation ihren Beitragsverpflichtungen nachzukommen. Zudem wird die Nationalbank leichter Liquidität zur Verfügung stellen können, da bei den Banken in vermehrtem Masse nationalbankfähige Aktiven vorhanden sind. Insgesamt wird die Liquidität um die Hälfte des Maximalbetrags von Buchstabe b – also um 2 Milliarden Franken – erhöht, was als namhafte Verbesserung bezeichnet werden kann. Unter diesen Umständen kann darauf verzichtet werden, der Selbstregulierung die Schaffung eines Fonds vorzuschreiben. Die geforderte Liquidität ist in Form greifbarer Mittel und leicht verwertbarer Aktiven zu halten (Gesamtliquidität, nicht Kassenliquidität) und von der Bankenkommission zu kontrollieren. Die Prüfung der zusätzlichen Liquidität kann z.B. durch Meldepflichten, Rechnungslegungsvorschriften oder durch Stichproben und Schwerpunktprüfungen der bankengesetzlichen Revisionsstellen erfolgen; genauere Regeln dazu werden im Rahmen der Selbstregulierung festzulegen sein. Ebenso wird dort zu bestimmen sein, wie sich die Zusatzliquidität im Verhältnis zur Beitragsverpflichtung nach Buchstabe b konkret berechnet.

³⁰ Vgl. FSF Working Group of Deposit Insurance, International Guidance on Deposit Insurance, A Consultative Process and Background Paper, June 2000, S. 16.

Absatz 4

Diese Bestimmung erlaubt dem Bundesrat, den Maximalbetrag von 4 Milliarden Franken (Abs. 3 Bst. b) veränderten Umständen anzupassen. Diese können etwa in einer erheblichen Veränderung des Anteils der privilegierten Einlagen an den gesamten Einlagen bestehen oder in wesentlichen Änderungen im wirtschaftlichen Umfeld der Banken.

Absatz 5

Diese Bestimmung verleiht dem Sicherungsobligatorium Nachdruck, indem sie den Bundesrat verpflichtet, das Nötige in einer Verordnung zu regeln, sollte die Selbstregulierung nicht oder nur in ungenügender Weise zustande kommen.

2.2.4.2 Artikel 37i Legalzession

Die Einlagensicherung erwirbt durch Legalzession im Umfang ihrer gegenüber dem Gläubiger erbrachten Leistung dessen privilegierte, in der zweiten Klasse kollozierte Forderung gegenüber der Bank. Daneben tritt sie in sämtliche mit der Forderung verbundenen Nebenrechte des Gläubigers ein, zu denen auch Anfechtungsrechte im Sinne von Artikel 32 sowie Mitspracherechte in einem allfälligen Sanierungsverfahren gehören (bei welchem die Einlagensicherung möglicherweise schon Leistungen erbringt, vgl. Art. 37h Abs. 3 Bst. a). Eine Rückforderung gegenüber dem Gläubiger steht der Einlagensicherung nicht zu, auch wenn ihre erworbenen Ansprüche am Ende der Liquidation der Bank nicht oder nur unvollständig befriedigt werden.

2.2.5 Geänderte Bestimmungen nach dem dreizehnten Abschnitt

2.2.5.1 Artikel 39

Es erweist sich als sinnvoll, auch die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Bankengesetzes zu überarbeiten. Die gegenwärtige Regelung der Verantwortlichkeit unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen des Aktienrechts, welche seinerzeit bei der Schaffung des Bankengesetzes übernommen wurde. Anders geregelt ist nur die Verantwortung der Privatbankiers, die als Einzelunternehmung oder Personengesellschaft auftreten und bei denen allgemein auf das OR verwiesen wird (Art. 38 Abs. 2 BankG).

Bei der Rechtsanwendung sind aus der 1992 in Kraft gesetzten Revision des Aktienrechts nun aber einige Unsicherheiten entstanden. Der neue Artikel 759 OR regelt die Solidarität anders als die bis zur Revision geltende Praxis. Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist nunmehr jede von ihnen nur noch insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände ihr persönlich zurechenbar ist. Diese Regelung steht zumindest hinsichtlich des Wortlauts in einem gewissen Widerspruch zum heutigen Artikel 44 BankG, auch wenn dieser durch das Bundesgericht in seiner jüngsten Praxis im Lichte des neuen Artikel 759 OR ausgelegt wird. Im Weiteren fehlt im Bankengesetz eine dem neuen Artikel 754 Absatz 2 OR entsprechende

Regelung der Verantwortlichkeit bei einer befugten Übertragung von Aufgaben an ein anderes Organ; solche Delegationen sind im Bankenbereich üblich (vgl. etwa Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG). Im Übrigen erweist sich eine Anpassung der Verantwortlichkeitsbestimmungen auch terminologisch als notwendig, weil es nach dem vorgelegten Entwurf keine «Beobachter» und «Kommissare» mehr gibt und dafür «Untersuchungs- und Sanierungsbeauftragte» eingeführt werden. Schliesslich ist die heutige Regelung im Bereich der Verantwortlichkeit von Revisoren unbefriedigend: Während nach herrschender Lehre die von der Generalversammlung gewählten obligationenrechtlichen Revisoren nach Artikel 755 OR haften, richtet sich die Haftbarkeit der gestützt auf das Bankengesetz eingesetzten Revisoren nach Artikel 97 ff. OR. Diese Ungleichbehandlung führt namentlich deshalb zu Problemen, weil die Revision nach OR und jene nach BankG zumeist von den gleichen Personen vorgenommen wird.

Grundsätzlich besteht kein Anlass, die Verantwortlichkeit von Organen bei Banken anders zu regeln als bei den übrigen Aktiengesellschaften. Die massgeblichen Bestimmungen des Aktienrechts könnten daher wortwörtlich ins Bankengesetz übernommen werden. Einfacher ist die hier vorgeschlagene Lösung, welche in einer einzigen Bestimmung (Art. 39) auf die in Artikel 752 ff. OR geregelten Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts verweist (welches damit für alle verantwortlichen Personen sowie Banken mit anderen Rechtsformen gilt). Die bisherigen Artikel 40–45 BankG können damit ersatzlos aufgehoben werden. Die Regelung für Privatbankiers in Artikel 38 BankG kann unverändert beibehalten werden.

Absatz 1

Dieser Absatz regelt die Verantwortlichkeit von Gründern, Organen und sämtlichen von der *Bank* mandatierten Personen. Bei der Bemessung der Sorgfalt werden die besonderen Anforderungen, die sich aus dem Bankengesetz ergeben, zu berücksichtigen sein. Dies ergibt sich aus dem Aktienrecht, welches allgemein auf die Pflichten der Verantwortlichen verweist (vgl. Art. 754 Abs. 1 OR) und damit im Bankenbereich die spezifischen Pflichten des Bankengesetzes miterfasst.

Absatz 2

Die Bestimmung präzisiert und aktualisiert die Bezeichnung der Personen, welche von der *Bankenkommission* zur Erfüllung spezifischer Aufgaben mandatiert werden. Die Mandatierten erfüllen keine öffentlichen Aufgaben im engeren Sinne und haften daher der Bank sowie ihren Aktionären und Gläubigern gegenüber zivilrechtlich. Eine Haftbarkeit kann selbstverständlich insofern nicht bestehen, als die schädigenden Handlungen im Rahmen einer ordnungsgemässen Ausübung des Mandats der Bankenkommission erfolgten. Diesfalls stellt sich höchstens die Frage, ob nicht eine Haftung der Eidgenossenschaft gestützt auf das Verantwortlichkeitsgesetz vorliegt.

2.2.5.2 Artikel 47 Ziffer 1

Diese Bestimmung ist an den Wegfall des «Kommissärs» und die neu geschaffenen Funktionen des Untersuchungs- und Sanierungsbeauftragten anzupassen.

2.2.6 Änderung bisherigen Rechts

1. Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.1)

Artikel 36a (neu) Anwendung der Bestimmungen über die Bankinsolvenz auf Effekthändler

Die Regulierung und die Beaufsichtigung der Effekthändler nach Börsengesetz entspricht weitgehend derjenigen der Banken nach Bankengesetz. Es rechtfertigt sich deshalb, die Bestimmungen über die Sanierung, Liquidation und Verantwortlichkeit der Banken auch auf Effekthändler anzuwenden. Die Bankenkommission soll auch bei Effekthändlern befugt sein, einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, was der Praxis des Bundesgerichts entspricht³¹. Durch die Anwendung von Artikel 37d wird die für Effekthändler wichtige Aussonderungsfähigkeit von Depotwerten sichergestellt. Die neuen Bestimmungen sollten die Geschäftstätigkeit der Effekthändler grundsätzlich nicht erschweren oder verteuern. Immerhin müssten aber diejenigen Effekthändler, welche Einlagen besitzen, dem Einlagensicherungssystem der Banken beitreten.

2. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)

Artikel 173b (neu) 3.^{bis} Verfahren bei Banken

Nach den vorgeschlagenen Änderungen des Bankengesetzes ist immer noch denkbar, wenn auch nicht sehr wahrscheinlich, dass eine Betreibung gegen eine Bank bis zur Stellung des Konkursbegehrens weitergeführt wird. Da jedoch Konkursöffnungen gegen Banken durch kantonale Gerichte nicht mehr möglich sein werden, sondern nur noch die Liquidation durch die Bankenkommission, wird mit dieser Änderung des SchKG sichergestellt, dass ein allfälliges Konkursbegehren an die Bankenkommission überwiesen wird. Diese prüft alsdann Massnahmen nach den Artikeln 25 ff. Sie eröffnet die Liquidation, wenn weder Schutz- noch Sanierungsmassnahmen in Frage kommen. Es versteht sich von selbst, dass dem Betreibungsgläubiger weder aus der Überweisung nach diesem Artikel noch aus dem Verfahren vor der Bankenkommission Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen.

2.2.7 Übergangsbestimmungen

Absatz 1

Dem Träger der gestützt auf Artikel 37h geschaffenen Selbstregulierung muss eine Frist angesetzt werden, binnen derer er die Selbstregulierung zur Genehmigung vorzulegen hat.

Absatz 2

Hat die Bankenkommission in einem Verfahren gegen eine Bank bereits die Liquidation nach bisherigem Recht verfügt, so soll das Verfahren gegen diese Bank nach bisherigem Recht fortgeführt und abgeschlossen werden. Mit dieser Regelung wird

³¹ BGE 126 II 111

vermieden, dass die neuen Bestimmungen auf laufende Liquidations- oder Banken- bzw. Nachlassstundungsverfahren angewendet werden müssen, mit denen sie nicht durchwegs kompatibel sind.

3 Auswirkungen

3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

3.1.1 auf den Bund

Die neu zugewiesenen Zuständigkeiten, namentlich im Liquidationsverfahren, dürften bei der Bankenkommision zu einem zusätzlichen Personalbedarf führen. Dieser hängt allerdings sehr von der jeweiligen wirtschaftlichen Lage im Bankensektor ab und lässt sich im Voraus nur schwer quantifizieren. Es kann von der groben Annahme ausgegangen werden, dass die Bankenkommision zwei bis drei neue Stellen benötigen wird, um den neuen Aufgaben gewachsen zu sein.

3.1.2 auf die Kantone und Gemeinden

Der Mehrbedarf an Personal auf Bundesebene führt zu einer entsprechenden Reduktion bei den entlasteten kantonalen Gerichten. Auch hier ist eine Quantifizierung kaum möglich; am ehesten entlastet werden Kantone mit einer hohen Bankendichte und damit häufigeren Verfahren.

3.2 Auswirkungen auf die Informatik

Es sind keine Auswirkungen auf die Informatik zu gewärtigen.

3.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Eine neue gesetzliche Regelung des Verfahrens bei Bankinsolvenz als Ergänzung des allgemeinen Schuldbetreibungs- und Konkursrechts ist notwendig angesichts der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der Banken sowie deren besonderen Verletzlichkeit (kurzfristige Finanzierung). Das in der vorliegenden Form weitgehend neue Sanierungsrecht verbessert die Chancen, dass eine bedrohte Bank auf einer neuen Grundlage eine längerfristige Überlebenschance erhält. Gleichzeitig verhindert der Einlegerschutz, dass es zu einer Blockierung oder zu einem geballten Abzug von Kundengeldern mit entsprechenden Folgen für das Zahlungssystem kommt. Die Revision stärkt deshalb die Stabilität des Bankensystems in Krisenzeiten.

Die vorgeschlagenen Regelungen wirken nicht erst in einer Krise, sondern bereits in normalen Zeiten. Die Chance auf eine erfolgreiche Sanierung im Krisenfall sollte die Kreditkosten einer Bank tendenziell leicht senken. Die Privilegierung der Kleinlagen bedeutet allerdings ein entsprechend leicht höheres Risiko für grosse Gläu-

lediglich verpflichtet, die Bankenaufsicht in den anderen Mitgliedstaaten über Zweck und Wirkungen dieser Massnahmen zu unterrichten. Die Richtlinie regelt Wirkungen und Anerkennung von Massnahmen ausschliesslich innerhalb der EU. Zweigniederlassungen von Banken mit Sitz ausserhalb der EU werden wie unabhängige Unternehmen liquidiert, wobei die Behörden ihr Vorgehen abstimmen sollen. Die Richtlinie enthält keine materiellen Regeln zum Umgang mit Banken in finanziellen Schwierigkeiten.

Die Artikel 37*f* und 37*g* des Gesetzesentwurfes lehnen sich an die Regelung der EU an. Die der Bankenkommission eingeräumte Kompetenz, ausländische Massnahmen anzuerkennen und den Bankenkonzurs mit ausländischen Verfahren abzustimmen, ist dabei natürlich nicht auf EU-Mitgliedländer beschränkt.

5.2 Richtlinie über Einlagensicherungssysteme³³

Die Richtlinie harmonisiert den Einlegerschutz innerhalb der EU. Sie erklärt die Mitgliedschaft in einem amtlich anerkannten Einlagensicherungssystem für alle Banken für obligatorisch. Die Einleger bei Zweigstellen innerhalb der EU müssen durch dasselbe Sicherungssystem geschützt sein wie die Einleger im Staat des Hauptsitzes des Instituts. Die Richtlinie setzt die Mindestdeckung auf 20 000 Euro (rund 30 000 Fr., Stand Ende 2001) fest, womit im Interesse des Verbraucherschutzes und der Stabilität des Finanzsystems möglichst viele Einlagen erfasst werden sollen. Geschützt sind Einlagen in den Landeswährungen der Mitgliedstaaten. Der Mindestbetrag gilt grundsätzlich pro Einleger und nicht pro Einlage. Den einzelnen Mitgliedstaaten steht es frei, institutionelle und professionelle Kunden vom Schutzbereich des Einlagensicherungssystems auszunehmen. Die Mitgliedstaaten können einen Selbstbehalt für die Einleger von 10 Prozent vorsehen. Die Banken müssen ihre Kunden umfassend über den Entschädigungsbetrag und den Umfang des Einlagensicherungssystems informieren. Die Auszahlung an die Einleger muss innerhalb von drei Monaten nach dem Zeitpunkt erfolgen, an dem ein Zahlungsstopp über das Institut verhängt wurde oder die zuständige Behörde festgestellt hat, dass es nicht mehr in der Lage ist, die fälligen und rückzahlbaren Einlagen auszuführen. Die Frist ist bei aussergewöhnlichen Umständen verlängerbar. Die Richtlinie sagt nichts über die Organisation und Finanzierung der Einlagensicherungssysteme. Deren Träger können daher private oder staatliche Behörden sein. Sowohl Garantiefonds mit regelmässigen zum Voraus erhobenen Beiträgen als auch ein System mit nachträglichen Beiträgen im Bedarfsfall sind zulässig. Die Richtlinie enthält ferner Vorschriften über das Verfahren, das einzuschlagen ist, wenn eine Bank ihren Verpflichtungen gegenüber dem Einlagensicherungssystem nicht nachkommt. Bei Niederlassungen von Banken mit Sitz ausserhalb der Gemeinschaft prüfen die Mitgliedstaaten, ob diese Niederlassungen in ihrem Hoheitsbereich über eine Deckung verfügen, die jener der Richtlinie gleichwertig ist. Andernfalls können sie verlangen, dass solche Zweigstellen sich dem Einlagensicherungssystem im betreffenden Staat der Gemeinschaft anschliessen.

³³ Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme Amtsblatt Nr. L 135 vom 31.5.1994 S. 5 ff.

Das Niveau des Einlegerschutzes im vorliegenden Gesetzesentwurf entspricht demjenigen der Richtlinie. Die Banken sind zur Teilnahme an einem Sicherungssystem verpflichtet, welches für die Sicherung der Einlagen in der Höhe von mindestens 30 000 Franken (20 000 Euro) zu sorgen hat. Wie die europäische Regelung verleiht der Entwurf einen Rechtsanspruch auf die Auszahlung der Einlagensicherung innert dreier Monate seit festgestellter Zahlungsunfähigkeit einer Bank. Anders als die Richtlinie verlangt der Entwurf nicht, dass das schweizerische Einlegerschutzsystem auch die Einleger bei ausländischen Zweigstellen von Schweizer Banken schützt. Zweigstellen von Schweizer Banken unterstehen sowohl innerhalb der EU als auch in anderen Ländern nicht der schweizerischen sondern der lokalen Aufsicht (*host country supervision*) und haben nach den Rechtsvorschriften des jeweiligen Landes die Möglichkeit oder die Pflicht sich einer lokalen Einlegerschutzeinrichtung anzuschliessen. Dies gewährleistet einen ausreichenden Schutz der Bankkunden ausländischer Zweigstellen von Schweizer Banken. Eine zusätzliche Deckung durch das schweizerische Einlegerschutzsystem ist nicht erforderlich.

5.3 Richtlinie über die Entschädigung der Anleger³⁴

Die Richtlinie wurde am 17. Februar 1997 nach dem Vorbild der Richtlinie über Einlagensicherungssysteme verabschiedet. Sie bietet Kleinanlegern bei Zahlungsunfähigkeit von Wertpapierfirmen (Effekthändlern nach schweizerischem Recht) einen analogen Schutz von mindestens 20 000 Euro. Alle Wertpapierfirmen sollen einem Anlegerentschädigungssystem angehören. Dieses sichert Gelder oder Instrumente, die im Rahmen der Wertpapiergeschäfte eines Anlegers gehalten werden. Für Niederlassungen in anderen Mitgliedstaaten gilt auch hier der Grundsatz der Zugehörigkeit zum System des Herkunftslandes. Als Wertpapierfirma gelten auch Banken, die im Wertpapierhandel tätig sind. Banken, die gleichzeitig Wertpapiergeschäfte tätigen, können auch nur einem Sicherungssystem angehören, sofern dieses sowohl den Anforderungen der Richtlinie über die Anlegerentschädigung als auch denen der Einlegerschutzrichtlinie entspricht.

Nach dem Entwurf gelten die Einlegerschutzbestimmungen des Bankengesetzes auch für Effekthändler (vgl. II Änderung bisherigen Rechts Ziff. 2). Damit sind im Sinne der Richtlinie auch die Anleger bei Effekthändlern geschützt. Im Unterschied zur europäischen Regelung, die eine Sicherung der gesamthaften Forderung des Anlegers gegen eine in Verzug geratene Wertpapierfirma verlangt, werden nach dem Entwurf nur Geldeinlagen geschützt; Depotwerte sind im Insolvenzfall aber aussonderbar (Art. 37d).

³⁴ Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger, Amtsblatt Nr. L 084 vom 26.3.1997 S. 22 ff.

5.4

Richtlinie über die Wirksamkeit von Abrechnungen³⁵

Die Richtlinie soll systembedingte Risiken aus der Teilnahme an Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen senken, und zwar insbesondere die Risiken aus der Insolvenz eines Systemteilnehmers. Die Richtlinie enthält die rechtlichen Voraussetzungen für die Integration der nationalen Zahlungssysteme in das TARGET System³⁶ der Europäischen Währungsunion (EWU) und unterstützt so die Durchsetzung einer einheitlichen Geldpolitik im Euro-Gebiet³⁷.

Die Richtlinie erklärt Zahlungs- und Übertragungsaufträge als rechtlich wirksam und für Dritte verbindlich, sofern sie vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in ein System eingebracht wurden. Der Zeitpunkt des Einbringens bestimmt sich dabei nach den Regeln des Systems. Nach dem Einbringen dürfen Zahlungs- und Übertragungsaufträge nicht mehr widerrufen werden. Das gilt auch für Aufträge, die noch am Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und ohne Kenntnis der Eröffnung eingebracht wurden. Der Begriff «Insolvenzverfahren» erfasst sowohl Sanierungs- als auch Liquidationsmassnahmen, welche die Befugnis des Teilnehmers einschränken, Zahlungen oder sonstige Verfügungen vorzunehmen. Jeder Mitgliedstaat hat eine nationale Behörde zu bezeichnen, die informiert werden muss, wenn ein Insolvenzverfahren über einen Systemteilnehmer eröffnet wird. Diese Behörde hat ihrerseits die anderen Mitgliedländer zu benachrichtigen. Nach der Richtlinie werden die Rechte der Systemteilnehmer (sowie die Rechte der Zentralbanken der Mitgliedstaaten und der Europäischen Zentralbank) an Sicherheiten durch ein Insolvenzverfahren gegen das die Sicherheit leistende Institut nicht berührt.

Der Entwurf setzt die Bestimmungen der Richtlinie weitgehend um (Art. 27 Abs. 1 bis 3). Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass vorgesehen ist, mit der Änderung von Artikel 1^{bis} BankG bzw. Artikel 10^{bis} BEHG im Zusammenhang mit der Revision des Nationalbankgesetzes der Bankenkommission eine Unterstellungskompetenz für Systembetreiber zu übertragen.

5.5

Richtlinie über Finanzsicherheiten

Die soeben dargestellte Richtlinie über die Wirksamkeit von Abrechnungen gilt nur für Sicherheiten, die im Zusammenhang mit der Teilnahme an Zahlungssystemen und Geschäften der Zentralbanken der Mitgliedstaaten und der Europäischen Zentralbank bestellt werden. Die am 27. Juni 2002 in Kraft getretene Richtlinie über

³⁵ 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, Amtsblatt Nr. L 166 vom 11.6.1998 S. 45 ff.

³⁶ TARGET steht für Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfersystem und ist das Echtzeit-Bruttozahlungssystem für den Euro. TARGET setzt sich aus 15 nationalen Echtzeit-Bruttozahlungssystemen (RTGS-Systeme) und dem Zahlungsverkehrsmechanismus der Europäischen Zentralbank (EPM) zusammen, die untereinander verknüpft sind und so eine einheitliche Plattform für die Verarbeitung grenzüberschreitender Zahlungen schaffen.

³⁷ Richtlinie über die Wirksamkeit von Abrechnungen Präambel (3) Richtlinie, *siehe auch* Opinion of the European Monetary Institute relating to a proposal for a European Parliament and Council Directive on settlement finality and collateral security (98/C 156/12).

Finanzsicherheiten («collateral»)³⁸ harmonisiert darüber hinaus die Regelungen bei der Hinterlegung und Übertragung von Sicherheiten bei Finanzmarktgeschäften. Sicherheiten können bei Ausfall der Sicherungsgeber umgehend verwertet werden. Die Sicherungsnehmer sind damit nicht an eine Wartezeit gebunden, die den Wert der Sicherheiten schmälert und möglicherweise dazu führt, dass sie ihren eigenen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen können. Entsprechend kann die Verwertung von Sicherheiten und die Anwendung der Bestimmung über beendigungsbedingte Aufrechnung (*close-out netting*)³⁹ bei Sanierungs- oder Insolvenzmassnahmen nicht ausgesetzt werden⁴⁰.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht im Sinne der Richtlinie eine freihändige Verwertung von bestimmten Sicherheiten vor (Art. 27 Abs. 3). Was die rechtliche Verbindlichkeit von *close-out netting* betrifft, besteht dafür bereits seit der Revision des SchKG eine sichere Rechtsgrundlage. Artikel 211 Absatz 2^{bis} SchKG schliesst das Wahlrecht der Konkursverwaltung aus und sieht stattdessen eine Aufrechnung vor. Die Bestimmung ist anwendbar, sofern ein Markt- oder Börsenpreis vorhanden ist oder ein Finanztermin-, Swap- oder Optionsgeschäft oder ein Fixgeschäft vorliegt. Sie gilt nicht nur bei der Liquidation, sondern auch schon bei Anordnung bestimmter Schutzmassnahmen durch die Bankenkommission.

6 Rechtliche Grundlagen

6.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die hier vorgeschlagenen Änderungen des Bankengesetzes stützen sich wie dieses selber auf Artikel 98 BV.

6.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Es werden keine Änderungen an den bestehenden Delegationsregelungen vorgeschlagen.

³⁸ Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten

³⁹ Im Rahmen der Aufrechnung im Beendigungsfall werden die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien beschleunigt oder beendet und durch eine Verpflichtung einer Partie ersetzt, der anderen einen einzigen Nettobetrag zu zahlen, der der Differenz zwischen dem geschätzten Zeitwert der Verpflichtungen beider Parteien entspricht.

⁴⁰ Siehe Art. 4 der Richtlinie.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	8061
1 Allgemeiner Teil	8062
1.1 Ausgangslage/Mängel der geltenden Ordnung	8062
1.1.1 Recht der Bankensanierung und Bankenliquidation	8062
1.1.1.1 Geltende Regelung	8062
1.1.1.1.1 Bankengesetz und ausführende Bestimmungen	8062
1.1.1.1.2 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs	8065
1.1.1.1.3 Obligationenrecht	8065
1.1.1.2 Frühere Gesetzgebung und Revisionsbemühungen	8065
1.1.2 Einlegerschutz und Konkursprivileg	8066
1.1.2.1 Geschichtliche Entwicklung	8066
1.1.2.2 Konkursprivileg für Spareinlagen	8066
1.1.2.3 Einlegerschutzvereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung	8067
1.2 Ergebnisse des Vorverfahrens	8068
1.2.1 Expertenkommission	8068
1.2.2 Vernehmlassung	8068
1.3 Abschreibung parlamentarischer Vorstösse	8069
2 Besonderer Teil	8069
2.1 Grundzüge des vorliegenden Gesetzesentwurfs	8069
2.1.1 Bankensanierung und -liquidation	8069
2.1.1.1 Massnahmen bei Insolvenzgefahr	8069
2.1.1.1.1 Schutzmassnahmen	8070
2.1.1.1.2 Sanierungsverfahren	8070
2.1.1.1.3 Erweiterte Zuständigkeiten der Bankenkommission	8071
2.1.1.2 Vereinfachung des Bankenkonzursverfahrens	8071
2.1.1.3 Rechtsschutz	8072
2.1.1.4 Anpassung von Verordnungsrecht	8072
2.1.2 Konkursprivileg und Einlegerschutz	8073
2.1.3 Übriges (Verantwortlichkeit/Gebühren)	8073
2.2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen	8073
2.2.1 Geänderte Bestimmungen vor dem elften Abschnitt	8073
2.2.1.1 Artikel 16 Einleitungssatz	8073
2.2.1.2 Artikel 23 Absatz 4	8074
2.2.1.3 Artikel 23quater	8074
2.2.1.4 Artikel 23quinquies Absatz 3 (<i>neu</i>)	8075
2.2.1.5 Artikel 23octies (<i>neu</i>)	8076
2.2.1.6 Artikel 24 Absatz 2 (<i>neu</i>)	8077
2.2.2 Elfte Abschnitt: Massnahmen bei Insolvenzgefahr	8079
2.2.2.1 Artikel 25 Voraussetzungen	8079
2.2.2.2 Artikel 26 Schutzmassnahmen	8080

2.2.2.3	Artikel 27 Systemschutz	8083
2.2.2.4	Einleitende Bemerkungen zum Sanierungsverfahren (Art. 28–32)	8085
2.2.2.5	Artikel 28 Sanierungsbeauftragter und Geschäftsführung während des Verfahrens	8085
2.2.2.6	Artikel 29 Sanierungsplan	8086
2.2.2.7	Artikel 30 Ablehnung des Sanierungsplans	8087
2.2.2.8	Artikel 31 Genehmigung des Sanierungsplans	8087
2.2.2.9	Artikel 32 Geltendmachung von Ansprüchen	8089
2.2.3	Zwölfter Abschnitt: Liquidation insolventer Banken (Bankenkonzurs)	8090
2.2.3.1	Artikel 33 Anordnung der Liquidation und Ernennung der Liquidatoren	8090
2.2.3.2	Artikel 34 Wirkungen und Ablauf	8091
2.2.3.3	Artikel 35 Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss	8093
2.2.3.4	Artikel 36 Behandlung der Forderungen; Kollokationsplan	8093
2.2.3.5	Artikel 37 Bei Schutzmassnahmen eingegangene Verbindlichkeiten	8094
2.2.3.6	Artikel 37a Kleinsteinalagen	8094
2.2.3.7	Artikel 37b Privilegierte Einlagen	8095
2.2.3.8	Artikel 37c Anpassung an die Geldentwertung	8097
2.2.3.9	Artikel 37d Behandlung der Depotwerte	8097
2.2.3.10	Artikel 37e Verteilung und Schluss des Verfahrens	8097
2.2.3.11	Artikel 37f Koordination mit ausländischen Verfahren	8098
2.2.3.12	Artikel 37g Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen	8099
2.2.4	Dreizehnter Abschnitt: Einlagensicherung	8100
2.2.4.1	Artikel 37h Grundsatz	8100
2.2.4.2	Artikel 37i Legalzession	8105
2.2.5	Geänderte Bestimmungen nach dem dreizehnten Abschnitt	8105
2.2.5.1	Artikel 39	8105
2.2.5.2	Artikel 47 Ziffer 1	8106
2.2.6	Änderung bisherigen Rechts	8107
2.2.7	Übergangsbestimmungen	8107
3	Auswirkungen	8108
3.1	Finanzielle und personelle Auswirkungen	8108
3.1.1	auf den Bund	8108
3.1.2	auf die Kantone und Gemeinden	8108
3.2	Auswirkungen auf die Informatik	8108
3.3	Volkswirtschaftliche Auswirkungen	8108
4	Legislaturplanung	8109
5	Verhältnis zum europäischen Recht	8109
5.1	Richtlinie über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten	8109
5.2	Richtlinie über Einlagensicherungssysteme	8110

5.3 Richtlinie über die Entschädigung der Anleger	8111
5.4 Richtlinie über die Wirksamkeit von Abrechnungen	8112
5.5 Richtlinie über Finanzsicherheiten	8112
6 Rechtliche Grundlagen	8113
6.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	8113
6.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	8113
Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (<i>Entwurf</i>)	8117