

**Dr. Urs Kägi**  
Rechtsanwalt, LL.M.  
+41 58 261 56 13  
urs.kaegi@baerkarrer.ch

**Roland Truffer**  
Rechtsanwalt, M.Jur (Oxon.)  
+41 58 261 50 00  
roland.truffer@baerkarrer.ch

Postfach 1548 | CH-8027 Zürich

---

**BÄR  
& KARRER**

**Per E-Mail an  
rechtsdienst@sif.admin.ch**  
Staatssekretariat für internationale  
Finanzfragen SIF  
Bundesgasse 3  
3011 Bern

Zürich, 14. Juni 2019

[ProjectNo]/345\_Telephone/kag/

## **Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes vom 8. März 2019 (Insolvenz und Einlagensicherung)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Zusammenhang mit der Vernehmlassung zur rubrizierten Änderung des Bankengesetzes reichen wir Ihnen gerne im Namen der Bär & Karrer AG innert der angesetzten Frist (instruktionsgemäss elektronisch; WORD und PDF) unsere Stellungnahme ein.

Die Bär & Karrer AG berät und vertritt regelmässig Banken, darunter sowohl systemrelevante als auch andere Institute, in den hier angesprochenen Rechtsbereichen, einschliesslich im Zusammenhang mit Notfallplänen, wie auch Gläubiger in Bankinsolvenzverfahren. Allen involvierten Parteien ist mit einer rechtssicheren und rechtsstaatlichen Regelung der hier angesprochenen Bereiche gedient.

Insgesamt begrüssen wir die Vorlage, welche die Rechtssicherheit insbesondere im Bereich der Bankensanierung erhöht. Die detaillierte Stellungnahme zu den einzelnen Artikeln finden Sie in der **beiliegenden Tabelle**. Zusammenfassend möchten wir namentlich auf folgende Punkte hinweisen:

- Die *Regelung des "Bail-in" (Art. 30c BankG) im Gesetz selbst ist grundsätzlich zu begrüssen*. Wir bedauern es indessen konzeptionell, dass die *Rangfolge der Gläubiger ("Wasserfall") im Sanierungsverfahren und im Bankenkonzurs nicht stärker vereinheitlicht wurde*. Unseres Erachtens sollte die – zwingende – Rangfolge stärker angeglichen werden, damit Sanierungen nicht am "No-

creditor-worse-off"-Erfordernis scheitern. Dies ist namentlich mit einer stärkeren Privilegierung der Einlagen im Konkurs zu erreichen. Gleichzeitig ist *innerhalb einer Gläubigerkategorie bei Sanierungen angemessene Flexibilität* zu gewährleisten, solange jeder Gläubiger durch das "No-creditor-worse-off"-Erfordernis geschützt ist und das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsprinzip – das sachliche Differenzierungen und Schematisierungen erlaubt – eingehalten wird. Damit werden – ökonomisch gesprochen – Pareto-Verbesserungen gegenüber einem Konkurs erzielt, die wohlfahrtsvermehrend sind, ohne dass dies zulasten Einzelner geht.

- Eine *weitere Einschränkung des Rechtsschutzes* bei Sanierungen, wie sie der Entwurf teilweise vorsieht, halten wir grundsätzlich *nicht für angezeigt*. Wirksame Rechtsmittel und Gewaltenteilung sind rechtsstaatlich zentral und verfassungsrechtlich verlangt (Art. 29a BV, Art. 6 EMRK). So sollte der Gesetzgeber etwa beim Thema der Erteilung der aufschiebenden Wirkung durchaus den Gerichten vertrauen können, dass sie im Einzelfall die betroffenen Interessen richtig gewichten. Eine Bank sollte z.B. einen Sanierungsplan wirksam anfechten können, zumal bei nicht systemrelevanten Banken ohnehin eine Ablehnungsfrist für die Gläubiger läuft.
- *Im Übrigen* sind unsere Kommentare *primär technischer Natur* und verfolgen das Ziel, die Rechtssicherheit und die Praktikabilität der Vorlage weiter zu optimieren.

Wir danken Ihnen für die Entgegennahme unserer Vernehmlassung und wohlwollende Prüfung unserer Vorschläge, und verbleiben

mit freundlichen Grüßen



Roland Truffer



Dr. Urs Kägi

**Beilage**

## Stellungnahme der Bär &amp; Karrer AG vom 14. Juni 2019 zur Teilrevision des Bankengesetzes

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 3g Abs. 3	<sup>3</sup> Der Bundesrat kann Vorschriften erlassen über die finanzielle Ausstattung und Organisation wesentlicher Gruppengesellschaften nach Artikel 2bis Absatz 1 Buchstabe b, die wesentliche Funktionen für systemrelevante Banken erfüllen. <b>Die Anforderungen richten sich nach dem Umfang der wesentlichen Dienstleistungen, welche die Gesellschaft für systemrelevante Einzelinstitute der Finanzgruppe erbringt.</b>	Es wäre begrüssenswert, wenn bereits auf Gesetzesstufe klargestellt wird, dass sich die Anforderungen nach den Dienstleistungen für systemrelevante Einzelinstitute bemessen. In der Krise können andere Dienstleistungen ggf. heruntergefahren bzw. beendet werden, weshalb sich diesbezüglich keine Regulierung rechtfertigt.
Art. 28 Abs. 2 und 4	<sup>2</sup> Sie erlässt die für die Durchführung des Sanierungsverfahrens notwendigen Verfügungen.  <sup>4</sup> Sie kann <b>Ausführungsbestimmungen erlassen [und insbesondere das Verfahren näher regeln, namentlich Fristen und Abläufe].</b>	Die Verordnungskompetenz der FINMA sollte nicht auf blosse Verfahrensfragen beschränkt werden, sondern auch materielle Ausführungsbestimmungen umfassen. Auch wenn nun deutlich mehr auf Gesetzesebene geregelt ist, besteht dennoch noch ein Bedarf nach solchen Ausführungsbestimmungen (so bleibt z.B. die Regelung gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. h BIV-FINMA relevant). Es ist generell begrüssenswert, wenn die FINMA Ausführungsbestimmungen erlässt und nicht bloss einzelfallweise in der Praxis konkretisiert.  Der Abschnitt, den wir in eckige Klammern gesetzt haben, kann u.E. im Interesse einer schlanken Gesetzgebung auch weggelassen werden.
Art. 30 Abs. 2 und 3	<sup>2</sup> Er kann insbesondere vorsehen, dass:  a. das Vermögen der Bank oder Teile davon mit Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen auf andere Rechtsträger oder auf eine Übergangsbank übertragen werden;  b. sich die Bank mit einer anderen Gesellschaft zu einem neuen Rechtsträger zusammenschliesst;  c. ein anderer Rechtsträger die Bank übernimmt.  <sup>3</sup> Die Rechtsträger und die Übergangsbank nach Absatz 2 treten mit Genehmigung des Sanierungsplans <b>im Umfang, in dem das Vermögen der Bank an sie übertragen wird</b> , an die Stelle der Bank. Das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 ist nicht anwendbar.	Abs. 3: Es ist klarzustellen, dass es sich nicht in allen Fällen um eine umfassende Universalsukzession handelt. So kann nach Abs. 2 Bst. a auch nur ein Teil des Vermögens übertragen werden, und nach Abs. 2 Bst. c ist auch eine Übernahme der Aktien der Bank möglich, ohne dass eine Fusion erfolgt.

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 30b	<p>Der Sanierungsplan nennt und erläutert die wesentlichen Grundzüge der Sanierung. Er enthält insbesondere Ausführungen zu:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. der Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen nach Artikel 31 Absatz 1;</li> <li>b. Art und Weise, wie die Bank nach Durchführung der Sanierung die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften einhält;</li> <li>c. der künftigen Kapitalstruktur und zum Geschäftsmodell der Bank;</li> <li>d. den Aktiven und Passiven der Bank;</li> <li>e. der künftigen Organisation und Führung der Bank sowie zur Ernennung und Abberufung ihrer Organe;</li> <li>f. der Abgangsregelung für ausscheidende Organe;</li> <li>g. der künftigen Gruppen- oder Konglomeratsorganisation;</li> <li>h. Art und Umfang allfälliger Eingriffe in die Rechte der <b>Eigner und</b> Gläubiger;</li> <li>i. einem allfälligen Ausschluss des Anfechtungsrechts der Bank nach Artikel 32 Absatz 1 und der Verantwortlichkeitsansprüche nach Artikel 39;</li> <li>j. den Geschäften, die einer Eintragung in das Handelsregister oder das Grundbuch bedürfen.</li> </ul>	<p>Bst. h: Der Sanierungsplan greift ggf. auch in die Rechte der Eigner (Aktionäre bzw. Gesellschafter) ein, welche erwähnt werden sollten, wie es bereits heute Art. 44 Abs. 2 lit. d BIV-FINMA tut.</p>

<p>Art. 30c</p>	<p><sup>1</sup> Der Sanierungsplan kann die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital, die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital sowie die Reduktion von Forderungen vorsehen.</p> <p><sup>2</sup> Von der Wandlung sowie der Forderungsreduktion ausgenommen sind:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. privilegierte Forderungen der ersten und zweiten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG: im Umfang ihrer Privilegierung;</li> <li>b. besicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung;</li> <li>c. verrechenbare Forderungen: im Umfang ihrer Verrechenbarkeit; und</li> <li>d. Forderungen aus Verbindlichkeiten, die die Bank während der Dauer der Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h oder während eines Sanierungsverfahrens <b>mit Genehmigung der FINMA oder eines von der FINMA eingesetzten Beauftragten eingegangen ist-eingehen durfte.</b></li> </ul> <p><sup>3</sup> Die FINMA kann <b>weitere</b> Forderungen, <b>insbesondere</b> aus Warenlieferungen und Dienstleistungen, ausnehmen, soweit dies für die Weiterführung der Bank erforderlich ist.</p> <p><sup>4</sup> Die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital und die Reduktion von Forderungen sind nur möglich, wenn vorher:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. <b>auf die erforderlichen Eigenmittel anrechenbare Pflichtwandelanleihen und Anleihen mit Forderungsverzicht im Sinne von <del>das Wandlungskapital nach</del> Artikel 11 <del>Absatz 1 Buchstabe b</del> vollständig in Eigenkapital gewandelt <del>und die nach Artikel 14 Absatz 2 ausgegebenen Anleihen mit Forderungsverzicht</del> bzw. vollständig reduziert werden; und</b></li> <li>b. das Gesellschaftskapital vollständig herabgesetzt wird.</li> </ul> <p><sup>5</sup> Die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital und die Reduktion von Forderungen sind in folgender Reihenfolge vorzunehmen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. nachrangige Forderungen;</li> <li><b><del>b. Forderungen, die auf Schuldinstrumenten zur Verlusttragung bei Insolvenzmassnahmen (Bail-in Bonds) basieren; Absatz 6 bleibt vorbehalten;</del></b></li> <li><b>be.</b> übrige Forderungen, mit Ausnahme der Einlagen;</li> </ul>	<p>Abs. 2 Bst. d: Die Ausnahme ist im Grundsatz zu begrüssen, erscheint aber zu breit und ist deshalb analog Art. 310 Abs. 2 SchKG einzuschränken. Relevant ist die Genehmigung der FINMA oder eines durch diese Beauftragten, auf die sich ein Dritter verlassen darf und soll.</p> <p>Abs. 3: Wir begrüssen grundsätzlich die Bestimmung, welche auch der "critical vendor"-Doktrin unter dem amerikanischen Chapter 11 entspricht. Die Ausnahme ist aber u.E. zu eng und die FINMA sollte ein weitergehendes Ermessen haben, Forderungen auszunehmen, sofern dies für die Fortführung erforderlich ist.</p> <p>Abs. 4: Die vorgeschlagenen Änderungen bezwecken eine Präzisierung und die konsequente Verwendung der Begriffe.</p> <p>Abs. 5 und 6:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Im Hinblick auf den "No creditor worse off"-Test ("NCWO") wäre es von Vorteil, wenn der Bail-in-Wasserfall dem Konkurs-Wasserfall entspricht. Dabei wäre es u.E. durchaus denkbar, im Konkurs nicht bereits vertraglich subordinierte Bail-in-Bonds einer separaten, 4. Klasse zuzuweisen. In dem Fall wäre auch die vorgeschlagene Regelung beim Bail-in angemessen.</li> <li>- Hingegen führt der aktuelle Vorschlag, bei dem die Regelung beim Bail-in und im Konkurs auseinanderfallen, zu potenziellen Verletzungen des NCWO-Tests bei einem Bail-in. Gleichzeitig kann eine Konzentration auf Bail-in Bonds aus Praktikabilitätsgründen sehr sinnvoll sein, um in Situationen, in welcher der NCWO-Test eingehalten wird, eine rasche Sanierung (möglichst über ein "Resolution Weekend") zu ermöglichen, welche insb. bei systemrelevanten Banken entscheidend für den Erfolg der Sanierung ist.</li> <li>- Ein Verzicht auf eine zwingende Subordination von Bail-in Bonds sowohl im Konkurs als auch beim Bail-in erscheint dann als sinnvoll, wenn (a) – wie in der ERV vorgesehen – Bail-in Bonds, welche nicht durch Konzernobergesellschaften ausgegeben werden, vertraglich subordiniert sein müssen, (b) – wie im Entwurf der ERV geplant – interne Bail-in Bonds ebenfalls vertraglich zu subordinieren sind, und (c) Flexibilität besteht, Bail-in Bonds von Konzernobergesellschaften dennoch in erster Linie zu wandeln bzw. zu reduzieren.</li> <li>- Die vorgeschlagene Regelung in Abs. 6 ist zudem u.E. schwer verständlich, unpraktikabel und praktisch auch kaum relevant. Im Ergebnis wird praktisch auf die Anwendung von Abs. 5 Bst. b verzichtet, da dieser nur bei Bail-in Bonds von Konzernobergesellschaften relevant ist (nur diese müssen nicht vertraglich subordiniert sein) und die Ausnahme gemäss Abs. 6 bei diesen regelmässig greifen wird. Zudem führt die Formulierung "soweit" zu Rechtsunsicherheit.</li> <li>- Deshalb beantragen wir die Streichung des Abs. 5 Bst.b, verbunden mit einer Flexibilisierung der Konzentration des Bail-in von Bail-in Bonds in Abs. 6. Selbstverständlich muss das NCWO-Erfordernis stets gewahrt werden (Art. 31).</li> </ul>
-----------------	---	--

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
	<p><del>cd.</del> Einlagen.</p> <p><del>6 An Drittgläubiger ausgegebene</del> Die FINMA kann aus Praktikabilitätsgründen unter den Forderungen nach Abs. 5 lit. b ausschliesslich Schuldinstrumente zur Verlusttragung bei Insolvenzmassnahmen (Bail-in-Bonds) wandeln oder reduzieren, sofern die Reihenfolge von Abs. 5 gewahrt wird. <del>von Konzernobergesellschaften nach Artikel 2bis Absatz 1 fallen in den Rang gemäss Absatz 5 Buchstabe e, soweit</del> [Dies gilt insbesondere im Fall, dass die übrigen Forderungen, die in denselben Rang fallen, <del>zum Zeitpunkt der Ausgabe dieser Bail-in-Bonds</del> 5 Prozent des Nominalwerts der gesamthaft ausstehenden Bail-in-Bonds nicht übersteigen. Nicht zu den übrigen Forderungen gemäss diesem Absatz gerechnet werden Forderungen gegenüber der Konzernobergesellschaft aus Vergütungsplänen zugunsten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Konzerneinheiten.]</p> <p><sup>7</sup> Die FINMA kann vorübergehend die Mitwirkungsrechte der neuen Eigner <del>vollständig</del> suspendieren.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Während in diesem Fall der Konkurs-Wasserfall für Bail-in-Bonds nicht angepasst werden muss, wäre es u.E. hilfreich, wenn die nicht der zweiten Klasse zugewiesenen Einlagen auch im Konkurs gegenüber den normalen Drittklassforderungen privilegiert würden, um zu vermeiden, dass ein Bail-in den NCWO-Test verletzt. Vgl. hierzu den Vorschlag eines neuen Art. 37a Abs. 7.</li> <li>- Der Abschnitt, den wir in eckige Klammern gesetzt haben, kann u.E. im Interesse einer schlanken Gesetzgebung auch weggelassen werden.</li> </ul> <p>Abs. 7: In Frage kommt u.U. auch eine teilweise Suspendierung (z.B. beschränkt auf gewisse Befugnisse, wie Ausrichtung von Dividenden oder Wahl des Verwaltungsrats) – das Wort "vollständig" ist deshalb nicht bloss unnötig, sondern u.U. auch missverständlich.</p>
Art. 31	<p><sup>1</sup> Die FINMA genehmigt den Sanierungsplan, wenn er:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. die Vorgaben nach Artikel 30b erfüllt;</li> <li>b. auf einer vorsichtigen Bewertung der Aktiven und Passiven der Bank und einer vorsichtigen Schätzung des Sanierungsbedarfs beruht;</li> <li>c. die Gläubiger voraussichtlich wirtschaftlich nicht schlechter stellt als die sofortige Eröffnung des Bankenkurses;</li> <li>d. <del>den Vorrang der Interessen der Gläubiger vor denjenigen der Eigner und die Rangfolge der Gläubiger angemessen berücksichtigt;</del></li> <li>e. <del>die rechtliche oder wirtschaftliche Verbundenheit unter Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen angemessen berücksichtigt.</del></li> </ul> <p><sup>2</sup> Die Zustimmung der Generalversammlung ist nicht notwendig.</p> <p><sup>3</sup> Die FINMA macht die Grundzüge des Sanierungsplans öffentlich bekannt. Sie orientiert dabei gleichzeitig über die Modalitäten, wie die betroffenen Gläubiger und Eigner Einsicht nehmen können.</p>	<p>Bst. d und e: U.E. ist es angezeigt, diese beiden bisherigen Grundsätze weiterhin festzuhalten, da sie bei der Genehmigung zu prüfen sind. Dabei wird Bst. d für den Bail-in von Art. 30c konkretisiert; die Bestimmung ist aber ggf. auch in Sanierungen ohne einen Bail-in von Bedeutung (z.B. sollten nicht einseitig zu Lasten der Gläubiger während längerer Zeit Schutzmassnahmen, wie eine Stundung, aufrecht erhalten werden müssen, ohne dass die Eigner ebenfalls Einbussen hinnehmen müssen). Aus diesem Grund ist es besser, den Grundsatz beizubehalten, statt bloss auf Art. 30c zu verweisen (selbst ein solcher Verweis fehlt allerdings im Entwurf, im Unterschied zum Verweis in Bst. a). Gegenüber dem heutigen Recht ist immerhin zu präzisieren, dass die Berücksichtigung nur "angemessen" sein muss, wie heute bereits in Bst. d (neu Bst. e).</p>

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 31b	<p><sup>1</sup> Werden Aktiven, Passiven oder Vertragsverhältnisse <del>nur teilweise</del> auf einen anderen Rechtsträger oder eine Übergangsbank übertragen, so <del>legt kann</del> die FINMA eine angemessene Gegenleistung fest<del>legen</del>.</p> <p><sup>2</sup> Die FINMA kann zu deren Festlegung eine unabhängige Bewertung anordnen.</p>	<p>Bei jeder Übertragung muss zwingend eine angemessene Gegenleistung festgelegt werden – selbst wenn diese einzig in der Übernahme von (mit den Aktiven gleichwertigen) Passiven besteht.</p> <p>Die Beschränkung auf "teilweise" Übertragungen ist zudem u.E. nicht sinnvoll, da z.B. bei der vollständigen Übertragung des Vermögens auf eine Brückenbank auch eine Gegenleistung zu bestimmen ist.</p>
Art. 31c	<p><sup>1</sup> Sieht der Sanierungsplan eine Kapitalmassnahme nach Artikel 30c vor, so kann er einen angemessenen Wertausgleich für die Eigner vorsehen <del>oder vorbehalten</del>, falls <del>die eine vorsichtige</del> Bewertung <del>nach Artikel 31 Absatz 1 Buchstabe b</del> zeigt, dass der Wert des den Gläubigern zugeteilten Eigenkapitals den Nominalwert ihrer nach Artikel 30c gewandelten oder reduzierten Forderungen übersteigt.</p> <p><sup>2</sup> Der Wertausgleich kann namentlich durch Zuteilung von Aktien, anderen Beteiligungsrechten, Optionen oder Besserungsscheinen erfolgen.</p>	<p>Eine rasche Sanierung (möglichst über ein "Resolution Weekend"), welche für den Erfolg der Sanierung von systemrelevanten Banken zentral ist, erfordert, dass die Bewertung ggf. auch erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann. Dies entspricht der EU-Regelung (BRRD), welche vorläufige und endgültige ex-post-Bewertungen vorsieht (vgl. Art.36 BRRD). Diesfalls ist der Wertausgleich nicht im Sanierungsplan festzulegen, sondern nur vorzubehalten, und es handelt sich nicht um die ursprüngliche Bewertung im Sanierungsplan, was klarzustellen ist.</p> <p>Grundsätzlich ist es u.E. zudem unzutreffend, die Bewertung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. b mit der hier relevanten Bewertung gleichzusetzen, da es dort um die Aktiven und Passiven bzw. den Kapitalbedarf der Bank geht, im hier relevanten Fall dagegen um die Bewertung der Beteiligungsinstrumente der Bank (insb. Aktien). Auch deshalb darf nicht auf Art. 31 Abs. 1 Bst. b verwiesen werden.</p>

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 31d	<p><sup>1</sup> Die Anordnungen des Sanierungsplans werden wie folgt wirksam:</p> <p>a. bei systemrelevanten Banken und Gruppengesellschaften von systemrelevanten Finanzgruppen oder -konglomeraten: mit Genehmigung des Sanierungsplans;</p> <p>b. in allen anderen Fällen: mit unbenutztem Ablauf der Frist nach Artikel 31a Absatz 1.</p> <p><del><sup>2</sup> Die Wirksamkeit tritt direkt ein namentlich für:</del></p> <p><del>a. die Herabsetzung von bestehendem und die Schaffung von neuem Eigenkapital;</del></p> <p><del>b. die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital;</del></p> <p><del>c. die Reduktion von Forderungen;</del></p> <p><del>d. die Übertragung von Grundstücken;</del></p> <p><del>e. die Einräumung von dinglichen Rechten und Pflichten an Grundstücken oder Änderungen des Gesellschaftskapitals;</del></p> <p><del><sup>2-3</sup> Eintragungen in das Grundbuch, das Handelsregister oder in andere Register haben lediglich deklaratorische Wirkung. Sie sind so rasch wie möglich vorzunehmen.</del></p>	<p>Die Aufzählung von Beispielen bezüglich der direkten Wirksamkeit der Anordnungen des Sanierungsplans in Absatz 2 erscheint unnötig und kann unseres Erachtens gestrichen werden. Die verbleibenden Absätze ordnen die direkte Wirksamkeit mit hinreichender Klarheit an. Ansonsten wäre es z.B. auch wenig sinnvoll, in lit. d allein Grundstücke und nicht sämtliche Aktiven und Passiven zu erwähnen.</p>
Art. 34 Abs. 2 und 3	<p><sup>2</sup> Die Konkursliquidation ist nach den Artikeln 221–270 SchKG durchzuführen. <del>Die FINMA kann abweichende Verfügungen treffen.</del> Vorbehalten werden die Artikel 35–37m. <del>Die FINMA kann abweichende Verfügungen treffen.</del></p> <p><sup>3</sup> Die FINMA kann das Verfahren näher regeln, namentlich Fristen und Abläufe.</p>	<p>Abs. 2: Nach der herrschenden Rechtslehre zum heutigen Art. 34 Abs. 3 BankG dürfen Verfügungen der FINMA zwar von den Vorschriften von Art. 221-270 SchKG, nicht jedoch von denjenigen des BankG selbst abweichen. Dies erscheint gerechtfertigt und sollte auch weiterhin gelten.</p> <p>Die vorgeschlagene Umstellung der Sätze in Absatz 1 würde die entsprechende Rechtslage klarer zum Ausdruck bringen.</p>
Art. 37	<p>Verbindlichkeiten, die die Bank während der Dauer der Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h oder während eines Sanierungsverfahrens <del>mit Genehmigung der FINMA oder eines von der FINMA eingesetzten Beauftragten eingegangen ist eingehen durfte</del>, werden im Falle einer Konkursliquidation vor allen anderen befriedigt.</p>	<p>Vgl. Begründung zu Art. 30c Abs. 2.</p>

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art 37a Abs. 7	Einlagen, welche den Betrag nach Abs. 1 übersteigen, werden einer separaten Klasse zugewiesen, welche im Rang hinter der zweiten Klasse, aber vor der dritten Klasse steht.	Mit der vorgeschlagenen Regelung würde der Gleichlauf zwischen dem Bail-in-Wasserfall und dem Konkurs-Wasserfall sichergestellt. Siehe Begründung zu Art. 30c. Gleichzeitig wird der Schutz der Einlagen gestärkt, was die Systemstabilität und das Vertrauen in den Finanzplatz erhöht.
Art. 37g <sup>bis</sup>	Wird die Beschwerde einer anderen Person als der Bank selbst gegen die Genehmigung des Sanierungsplans gutgeheissen, so kann das Gericht nur eine Entschädigung zusprechen. Die Entschädigung kann auch <del>erfolgt</del> durch Zuteilung von Aktien, anderen Beteiligungsrechten, Optionen oder Besserungsscheinen erfolgen.	<p>Die Rechtsfolge einer Entschädigung ist nur für Gläubiger oder Eigner und allenfalls weitere Dritte (wie z.B. betroffene Organe) adäquat, was klarzustellen ist. Gleichzeitig wäre es von Vorteil, wenn in der Botschaft festgehalten würde, dass eine Aufhebung eines wirksam gewordenen Sanierungsplans – d.h. wenn die Suspensivwirkung nicht erteilt wurde – wegen der damit verbundenen Drittwirkungen nur in Ausnahmefällen in Frage kommt.</p> <p>Die Zusprechung einer Entschädigung in Form von Aktien, anderen Beteiligungsrechten, Optionen oder Besserungsscheinen sollte vom Gesetz ermöglicht, jedoch nicht zwingend vorgeschrieben werden. Es sind auch Fälle denkbar, in denen eine Barentschädigung sinnvoller ist (etwa im Falle geringfügiger Beträge, oder von Banken in öffentlich-rechtlicher Form). Die Wahl der angemessenen Form einer Entschädigung sollte daher unseres Erachtens dem Gericht überlassen bleiben.</p>
Art. 37g <sup>ter</sup>	<p><sup>1</sup> Gläubiger und Eigner einer Bank, einer Konzernobergesellschaft oder einer wesentlichen Gruppengesellschaft gemäss Artikel 2bis können in den Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt lediglich Beschwerde führen gegen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. die Genehmigung des Sanierungsplans;</li> <li>b. die Kollokation, soweit keine Kollokationsklagen zur Verfügung stehen, und Verwertungshandlungen;</li> <li>c. die Genehmigung der Verteilungsliste und der Schlussrechnung.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Die Beschwerde nach Artikel 17 SchKG ist in diesen Verfahren ausgeschlossen.</p>	Im Rahmen des Kollokationsverfahrens sollten wie im normalen Konkurs Beschwerden möglich sein, wo keine Kollokationsklage besteht (z.B. Verletzung formeller Vorschriften über die Aufstellung des Kollokationsplans).

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 37g <sup>quater</sup>	<p><sup>1</sup> Den Beschwerden in den Verfahren nach dem elften und dem zwölften Abschnitt kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Der Instruktionsrichter kann die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist ausgeschlossen für Beschwerden <del>einer anderen Person als der Bank selbst</del> gegen:</p> <p><del>a. die Anordnung von Schutzmassnahmen;</del>  <del>b. die Anordnung eines Sanierungsverfahrens;</del>  <del>c. die Genehmigung des Sanierungsplans; und</del>  <del>d. die Anordnung der Konkursliquidation.</del></p> <p><sup>2</sup> Die Frist für eine Beschwerde <del>gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen nach Artikel 37g<sup>ter</sup> Absatz 1 Buchstaben b oder c</del> beträgt zehn Tage. Artikel 22a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 findet keine Anwendung.</p> <p><sup>3</sup> Der Fristenlauf für eine Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans beginnt am Tag nach der öffentlichen Bekanntgabe der Grundzüge des Sanierungsplans. Der Fristenlauf für eine Beschwerde gegen die Genehmigung der Verteilungsliste und der Schlussrechnung beginnt am Tag nach der Publikation der Genehmigung.</p>	<p>Die in diesem Artikel vorgeschlagenen zusätzlichen Einschränkungen des Rechtsschutzes gegen insolvenzrechtliche Anordnungen der FINMA (gegenüber der heutigen Rechtslage) erscheinen übertrieben und nicht notwendig.</p> <p>So kann es im Falle der Anordnung von Schutzmassnahmen oder eines Sanierungsverfahrens (wo die Beschwerdelegitimation angesichts von Art. 37g<sup>ter</sup> ohnehin in praktischer Hinsicht auf die Bank selbst beschränkt ist) und <i>a fortiori</i> im Falle einer Konkursliquidation durchaus dem Instruktionsrichter überantwortet werden, die für und gegen eine Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen. Eine unbegründete Anordnung solcher Massnahmen durch die FINMA kann für ein Institut irreversible Folgen haben, und ein Aufschub der Wirkungen durch den Richter, wenn die Beschwerde aussichtsreich erscheint, daher durchaus in Betracht kommen. Auch im Falle der Genehmigung des Sanierungsplans sollte in dem Fall, dass die Bank selbst Beschwerde führt, die Anordnung der aufschiebenden Wirkung möglich bleiben, da in diesem Fall die Zusprechung einer Entschädigung an den Beschwerdeführer nicht in Betracht kommt (vgl. die Bemerkung zu Art. 37g<sup>bis</sup>) und die Aufhebung des Sanierungsplans möglich bleiben muss, welche aber kaum noch umsetzbar wäre, wenn die Wirkungen des Plans während des Verfahrens nicht suspendiert wurden.</p> <p>Auch die Beschränkung der Beschwerdefrist auf nur zehn Tage erscheint, zumindest im Falle der Genehmigung eines Sanierungsplans, verfehlt und geeignet, das Beschwerderecht auszuhöhlen. Die Begründung einer solchen Beschwerde wird typischerweise anspruchsvoll sein; zudem beginnt die Frist gemäss Abs. 3 bereits mit der Publikation (nur) der Grundzüge des Sanierungsplans.</p>

Art. 37h	<p><sup>1</sup> Die Banken sorgen für die Sicherung der privilegierten Einlagen nach Artikel 37a Absatz 1 bei schweizerischen Geschäftsstellen. Banken, die solche Einlagen besitzen, sind verpflichtet, sich zu diesem Zweck der Selbstregulierung der Banken anzuschliessen.</p> <p><sup>2</sup> Die Selbstregulierung unterliegt der Genehmigung durch die FINMA.</p> <p><sup>3</sup> Die Selbstregulierung wird genehmigt, wenn sie:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a. gewährleistet, dass der Träger der Einlagensicherung die gesicherten Einlagen dem von der FINMA eingesetzten <del>Untersuchungs</del>Beauftragten oder Konkursliquidator ausbezahlt, und zwar innert sieben Arbeitstagen, nachdem er die Mitteilung der FINMA über die Anordnung des Konkurses oder einer <del>im Hinblick auf den Konkurs zu treffenden</del> Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e-h erhalten hat;</li><li>b. vorsieht, dass die Banken zu Beiträgen in der Höhe von insgesamt 1,6 Prozent der Gesamtsumme der gesicherten Einlagen, mindestens aber 6 Milliarden Franken verpflichtet sind;</li><li>c. sicherstellt, dass jede Bank im Umfang der Hälfte ihrer Beitragsverpflichtungen auf Dauer:<ul style="list-style-type: none"><li>1. leicht verwertbare Wertschriften von hoher Qualität oder Schweizer Franken in bar bei einer sicheren Drittverwahrungsstelle hinterlegt, oder</li><li>2. dem Träger der Einlagensicherung Bardarlehen gewährt;</li></ul></li><li>d. jede Bank dazu verpflichtet, dass sie im ordentlichen Geschäftsgang die notwendigen Vorbereitungen trifft, die dem <del>Untersuchungs</del>Beauftragten oder dem Konkursliquidator die Erstellung eines Auszahlungsplans, die Kontaktierung der Einleger sowie die Auszahlung gemäss Artikel 37j BankG erlauben.</li></ul> <p><del><sup>3bis</sup> Zu den Vorbereitungen nach Absatz 3 Buchstabe d gehört insbesondere die Bereitstellung:</del></p> <ul style="list-style-type: none"><li><del>a. einer angemessenen Infrastruktur;</del></li><li><del>b. standardisierter Prozesse;</del></li></ul>	<p>In terminologischer Hinsicht dürfte der Begriff des "Untersuchungsbeauftragten" nicht in jedem Fall einer Schutzmassnahme zutreffen, so dass mit Vorteil allgemeiner von einem "Beauftragten" der FINMA gesprochen werden sollte.</p> <p>Betreffend die Auslösung der Einlagensicherung bei Schutzmassnahmen siehe unten die Bemerkungen zu Art. 37i.</p> <p>Der vorgeschlagene neue Absatz <sup>3bis</sup> enthält Einzelheiten, die in einem Bundesgesetz nicht am richtigen Ort sind und stattdessen (sofern notwendig) in die BIV-FINMA aufgenommen werden könnten.</p>
----------	---	--

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
	<p><del>e. einer Einlegerliste mit den gemäss Artikel 37h Absatz 1 gesicherten Einlagen;</del></p> <p><del>d. einer summarischen Aufstellung mit den übrigen gemäss Artikel 37a Absatz 1 privilegierten Einlagen.</del></p> <p><sup>4</sup> Der Bundesrat kann die Anforderungen gemäss Absatz 3 Buchstabe b anpassen, sofern besondere Umstände dies erfordern.</p> <p><sup>5</sup> Genügt die Selbstregulierung den Anforderungen nach den Absätzen 1–<sup>3</sup><sup>bis</sup> nicht, so regelt der Bundesrat die Einlagensicherung in einer Verordnung. Er bezeichnet namentlich den Träger der Einlagensicherung und legt die Beiträge der Banken fest.</p>	
Art. 37i	<p><sup>1</sup> Hat die FINMA den Konkurs oder <del>im Hinblick auf den Konkurs</del> eine Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h angeordnet, so teilt sie dies dem Träger der Einlagensicherung mit und informiert ihn über den Bedarf an Leistungen zur Auszahlung der gesicherten Einlagen.</p> <p><sup>2</sup> Der Träger der Einlagensicherung stellt den entsprechenden Betrag innert sieben Arbeitstagen nach Erhalt der Mitteilung dem von der FINMA eingesetzten <del>Untersuchungs</del>Beauftragten oder Konkursliquidator zur Verfügung.</p> <p><sup>3</sup> Im Fall einer Schutzmassnahme kann die FINMA <del>von der Mitteilung absehen, sofern die Massnahme nicht im Hinblick auf den Konkurs angeordnet wurde und ein Bedarf nach einer raschen Auszahlung der gesicherten Einlagen nicht besteht.</del> Sie kann die Mitteilung aufschieben, solange begründete Aussicht besteht, dass die Schutzmassnahme innert kurzer Frist wieder aufgehoben wird.</p>	Die generelle Beschränkung der Auslösung der Einlagensicherung auf den Fall von Schutzmassnahmen, die im Hinblick auf den Konkurs angeordnet werden, erscheint zu eng. Auch im Falle von (mutmasslich) zur Abwendung der Insolvenzgefahr ausreichenden Schutzmassnahmen, z.B. eines längeren Fälligkeitsaufschubes, kann es sachgerecht sein, dass die Einleger ihre privilegierten Einlagen zwischenzeitlich ausbezahlt erhalten. Die Entscheidung darüber, ob im Falle solcher Schutzmassnahmen die Einlagensicherung ausgelöst wird, sollte daher durch eine Kann-Vorschrift dem pflichtgemässen Ermessen der FINMA überlassen werden.

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 37j	<p><sup>1</sup> Der von der FINMA eingesetzte <del>Untersuchungs</del>Beauftragte oder Konkursliquidator erstellt einen Auszahlungsplan anhand der Einlegerliste.</p> <p><sup>2</sup> Er ersucht die aus dem Auszahlungsplan ersichtlichen Einleger umgehend um Zahlungsinstruktionen zur Auszahlung der gesicherten Einlagen.</p> <p><sup>3</sup> Er sorgt nach Erhalt der Zahlungsinstruktionen dafür, dass die gesicherten Einlagen den Einlegern spätestens nach sieben Arbeitstagen ausbezahlt werden.</p> <p><sup>4</sup> Genügt der Betrag, der durch den Träger der Einlagensicherung zur Verfügung gestellt wurde, nicht zur Befriedigung der in den Auszahlungsplan aufgenommenen Forderungen, so werden die gesicherten Einlagen anteilmässig ausbezahlt. <del>Die Restforderungen sind weiterhin zu kollozieren.</del></p> <p><sup>5</sup> Die Frist nach Absatz 3 verlängert sich oder wird ausgesetzt bei Einlagen, bei denen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. unklare oder komplexe Rechtsansprüche vorliegen;</li> <li>b. kein objektiver Bedarf nach einer raschen Auszahlung besteht;</li> <li>c. ungenaue oder unklare Zahlungsinstruktionen vorliegen.</li> </ul> <p><sup>6</sup> Die Banken bestimmen die Einlagen nach Absatz 5 im Rahmen der durch die FINMA zu genehmigenden Selbstregulierung.</p>	<p>Abs. 1: Siehe die Bemerkung zu Art. 37h.</p> <p>Abs. 4: Dieser Absatz bezieht sich nach unserem Verständnis allein auf die sofortige Auszahlung der Einlagen, soll aber spätere Abschlagszahlungen nicht verhindern. Denn die Einlagen bleiben ja im Konkursverfahren privilegiert. Dies ist u.E. klarzustellen.</p>
Art. 37j <sup>bis</sup>	<p><sup>1</sup> Die gesicherten Einlagen werden unter Ausschluss jeglicher Verrechnung ausbezahlt.</p> <p><sup>2</sup> Den Einlegern steht gegenüber dem Träger der Einlagensicherung kein direkter Anspruch zu.</p> <p><sup>3</sup> Die Rechte der Einleger gehen im Umfang der Auszahlungen auf den <del>inländischen oder ausländischen</del> Träger der Einlagensicherung über.</p>	<p>Abs. 3: Es sollte klargestellt werden, dass ausländische Einlagensicherungen ebenfalls in den Genuss der Legalzession kommen. Ansonsten kämen – vorwiegend ausländische – Kunden von ausländischen Zweigniederlassungen der Schweizer Banken zu einer ungerechtfertigten Privilegierung, da sie ihren Anspruch im schweizerischen Konkurs nochmals geltend machen könnten. Damit würden ungesicherte – inländische und ausländische – Gläubiger gegenüber ausländischen Einlegern diskriminiert.</p>
Art. 37k Abs. 2	<p><sup>2</sup> Der Träger der Einlagensicherung erteilt der FINMA sowie dem von der FINMA eingesetzten <del>Untersuchungs</del>Beauftragten oder Konkursliquidator alle Auskünfte und übermittelt diesen alle Unterlagen, die sie zur Durchsetzung der Einlagensicherung benötigen.</p>	<p>Siehe die Bemerkung zu Art. 37h.</p>

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 173b Abs. 2 SchKG	<p><sup>2</sup> Ein nach Artikel 166 zulässiges Konkursbegehren stellt einen hinreichenden Grund zur Eröffnung des Konkurses durch die FINMA dar. Die Artikel 172-173a gelten sinngemäss.</p> <p><sup>3</sup> Nicht der Konkurszuständigkeit der FINMA unterstehen Schuldner, die nicht über die erforderliche Bewilligung der FINMA verfügen.</p>	<p>Da die Finanzmarktgesetze den Konkursgrund eines von einem Gläubiger zulässigerweise gestellten Konkursbegehrens nicht ausdrücklich erwähnen, wurde in der Rechtslehre angezweifelt, ob die FINMA nach einer Überweisung der Akten gemäss Art. 173b SchKG den Konkurs eröffnen kann (und muss), sofern nicht einer der spezialgesetzlichen Fälle vorliegt (z.B. gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG die begründete Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme, oder die Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften) (vgl. Michel Kähr, Die Voraussetzungen für die Ergreifung von Massnahmen bei Insolvenzgefahr nach Art. 25 BankG, SZW 2013 472 ff., 475 f.).</p> <p>Eine Verneinung dieser Frage würde jedoch in letzter Konsequenz bedeuten, dass Forderungen gegen von der FINMA beaufsichtigte Institute überhaupt nicht zwangsweise vollstreckbar wären, weil in dem Fall, dass ein eigentlich solventes Institut die Bezahlung (ggf. auch nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils) mutwillig verweigert, keine Möglichkeit der Zwangsvollstreckung bestünde. Dies kann nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen.</p> <p>Es sollte daher in Art. 173b SchKG klargestellt werden, dass auch ein nach den Regeln des SchKG zulässigerweise von einem Gläubiger gestelltes Konkursbegehren einen hinreichenden Grund zur Konkurseröffnung durch die FINMA darstellt (sofern nicht eine andere, spezialgesetzlich vorgesehene insolvenzrechtliche Massnahme ausreichend ist).</p>
Art. 11a Abs. 2 BEG	<p><sup>2</sup> Hält die Verwahrungsstelle Eigen- und Drittbestände bei einer Drittverwahrungsstelle im Inland, so hat sie die Eigen- und die Drittbestände auf verschiedenen Effektenkonten zu halten. Drittverwahrungsstellen müssen den Verwahrungsstellen die Möglichkeit anbieten, Eigen- und Drittbestände auf verschiedenen Effektenkonten zu halten; im Falle der Drittbestände ist sowohl die Führung gemeinsamer (Omnibus-Kunden-Kontentrennung) als auch gesonderter Konten (Einzelkunden-Kontentrennung) anzubieten.</p>	<p>Der Vorschlag entspricht der Regelung von Art. 73 FinfraG (Anforderungen an Teilnehmer von Zentralverwahren) und dient damit der Konsistenz der Gesetzgebung.</p>

VE	Änderungsvorschlag	Begründung
Art. 11a Abs. 6 BEG	<p><sup>6</sup> <del><b>Streichen – oder eventuell:</b> Sie informiert die Kontoinhaberin oder den Kontoinhaber im Falle ungewöhnlicher Risiken bei der Drittverwahrung, namentlich in den Fällen gemäss Absatz 5 Buchstabe a. vorgängig in standardisierter Weise. Sie legt dar:</del></p> <p><del>a. dass die Verwahrung in der Regel bei einer Drittverwahrungsstelle erfolgt;</del></p> <p><del>b. dass eine Drittverwahrungsstelle je nach Emittent allenfalls Sitz im Ausland hat und die Verwahrung diesfalls ausländischem Recht untersteht;</del></p> <p><del>c. dass mit einer Verwahrung im Ausland für die Kontoinhaberin oder den Kontoinhaber Risiken verbunden sind, und umschreibt diese Risiken in genereller Weise; auf Anfrage der Kontoinhaberin oder des Kontoinhabers informiert sie über die spezifischen Risiken der jeweiligen Verwahrung;</del></p> <p><del>d. die Kosten der Verwahrung von Bucheffekten.</del></p>	<p>Die Notwendigkeit einer solchen Informationspflicht im BEG ist u.E. grundsätzlich zweifelhaft, weshalb der Verzicht auf die Bestimmung zu erwägen ist. Es ist daran zu denken, dass die Kosten solcher Pflichten letztlich von den Anlegern getragen werden müssen.</p> <p>In jedem Fall erscheint eine Pflicht zur Information der Kontoinhaber "in standardisierter Weise" über generelle Risiken der Drittverwahrung wenig sinnvoll und trägt nur zur Aufblähung der (Effekten-)Kontoeröffnungsdokumentation bei. Informationen über solche Risiken sind dem daran interessierten Kunden auch anderweitig zugänglich.</p> <p>Hingegen wäre es u.E. denkbar festzuhalten, dass eine Information über spezifische Risiken im Einzelfall erfolgen muss, wenn diese unüblich sind, etwa im Falle der Drittverwahrung in einem Staat, in dem Schutzmassnahmen gemäss Abs. 4 nicht möglich sind (Abs. 5 lit. a).</p>