

Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten

Von Dr. iur. Daniel Hunkeler, LL.M.*

Within the field of cross-border bank insolvencies and reorganizations there are currently no obligatory defaults on an international level. Hence, the laws of the individual jurisdictions concerned in each case are applied. These laws differ substantially from each other, both in their objective as well as in procedure and in material-legal regard. For the best possible handling of transnational reorganization of banks, it is therefore essential that suitable instruments be

put in place, so that the responsible authorities are able to decide upon appropriate measures and to cooperate with each other on an international basis. Furthermore, certain legal adjustments must take place. Different committees on the international level are attempting in different ways to advance this objective. Nonetheless, even an approximate consent in this connection is still far away.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Das Bankensanierungsverfahren gemäss Art. 25 ff. BankG
 - 1. Übersicht
 - 2. Schutzmassnahmen
 - 3. Sanierungsverfahren
 - 3.1 Sanierungsplan
 - 3.2 Einlegerschutz
 - 4. Bisherige praktische Erfahrungen
 - 5. Anstehende Neuerungen
- III. Herausforderungen einer internationalen Bankensanierung
 - 1. Grundlegende Problemstellung
 - 2. Unterschiedliche Rechtsgrundlagen
 - 3. Unterschiedliche Zuständigkeiten und Kompetenzen
 - 4. Änderung der Betrachtungsweise mit Eintritt des Sanierungsfalls
 - 5. Schutz heimischer Gläubiger
 - 6. Weitere Ungleichbehandlung von Gläubigern
- IV. Grenzüberschreitende Konstellationen
 - 1. Schweizerisches Sanierungsverfahren mit ausländischen Gläubigern und/oder Eignern
 - 2. Schweizerisches Sanierungsverfahren mit weitergehendem Bezug zum Ausland
 - 3. Unterschiedliche Modelle
 - 4. Anerkennung ausländischer Bankensanierungsverfahren in der Schweiz
- V. Internationale Bemühungen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision)
 - 2.1 Übersicht
 - 2.2 Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group

- 3. Group of Thirty/INSOL
- 4. G-10
- 5. UNCITRAL
- 6. Europäische Union (EU)
- 7. Neueste Entwicklung
- VI. Schlussfolgerungen

I. Einführung

Unter «Bankensanierung» wird vorliegend ein auf Banken (Banken, Privatbanken und Sparkassen)¹ anwendbares, gesetzlich geregeltes Verfahren unter behördlicher Mitwirkung mit Zwangseinwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte von Beteiligten (Bankorgane, Gläubiger, Eigner etc.) verstanden, wie es die Schweiz mit dem Sanierungsverfahren nach Art. 25 ff. Bankengesetz kennt. Eine Bankensanierung auf anderem Weg, insbesondere auf der Basis des Privatrechts und/oder mit Unterstützung Dritter (z.B. Regierungen, Zentralbanken), wird nachfolgend nicht näher beleuchtet.

Eine so verstandene Bankensanierung ist regelmässig ein sehr komplexer Vorgang. Wenn zusätzlich internationale Aspekte hinzukommen, ergeben sich viele offene Fragen und ungelöste Probleme. Dies, zumal vielfach verbindliche Normenwerke oder nur schon allgemein anerkannte Grundsätze im Bereich der internationalen Bankensanierung fehlen.

* Der Autor dankt seiner Mitarbeiterin, lic. iur. *Andrea Domani*, herzlich für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

¹ Zum Begriff vgl. Art. 1 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 2a BankV. Dass Bankensanierungsverfahren u.a. auch auf Effektenhändler und auf weitere Betroffene Anwendung finden können (für Effektenhändler vgl. etwa den Verweis in Art. 36a BEHG auf Art. 25 ff. BankG), interessiert in diesem Zusammenhang nicht weiter.

Mit dem vorliegenden Aufsatz, welcher eine Zusammenfassung eines an einer Veranstaltung gehaltenen ausführlicheren Referates darstellt,² soll das Thema trotzdem zumindest in den Grundzügen aufgegriffen werden.

II. Das Bankensanierungsverfahren gemäss Art. 25 ff. BankG

1. Übersicht

Die Bankensanierung in der Schweiz ist im Wesentlichen im 11. Abschnitt des Bankengesetzes normiert.³ Die dazugehörigen Art. 25 ff. BankG regeln dabei unter den «Massnahmen bei Insolvenzgefahr» u.a. die Voraussetzungen für ein Eingreifen der FINMA. Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder erfüllt diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist nicht, so kann die FINMA

- Schutzmassnahmen nach Artikel 26 BankG
- ein Sanierungsverfahren nach den Artikeln 28–32 BankG
- die Liquidation der Bank (Bankenkonkurs) nach den Artikeln 33–37g BankG

anordnen.⁴ Die Schutzmassnahmen können selbständig oder in Verbindung mit einer Sanierung oder einer Liquidation angeordnet werden.⁵ Es genügt mithin bereits eine begründete *Besorgnis*, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, damit die FINMA die genannten, teilweise ausserordentlich weitgehenden Massnahmen ergreifen kann. Ob *tatsächlich* eine Überschuldung oder ein Liquiditätsproblem vorliegt, ist letzten Endes irrelevant.⁶ Bezüglich der Verletzung von Eigenmittelvorschriften ist hingegen erforderlich, dass eine solche

tatsächlich vorliegt bzw. von der FINMA festgestellt wurde.⁷

Die Normen über das Sanierungsverfahren gemäss Art. 25 ff. BankG stellen eine Spezialgesetzgebung dar, welche die Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Nachlassverfahren gemäss Art. 293 ff. SchKG, über den Konkursaufschub gemäss Art. 725 und 725a OR und über die gesellschaftsrechtlichen Pflichten zur Benachrichtigung des Konkursrichters (Art. 725 Abs. 2 und 3 und Art. 729c OR) ausschliesst.⁸

2. Schutzmassnahmen

Die FINMA kann gemäss der nicht abschliessenden Regelung des Art. 26 Abs. 1 BankG bei der Verfügung von Schutzmassnahmen⁹ namentlich

- den Organen der Bank Weisungen erteilen;
- einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen;
- den Organen die Vertretungsbefugnis entziehen oder sie abberufen;
- die bankengesetzliche Prüfgesellschaft oder die obligationenrechtliche Revisionsstelle abberufen;
- die Geschäftstätigkeit der Bank einschränken;
- der Bank verbieten, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effektentransaktionen zu tätigen;
- die Bank schliessen oder
- Stundung und Fälligkeitsaufschub anordnen, ausgenommen für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen.

Diese Massnahmen sind zu publizieren, soweit es zu deren Durchsetzung oder zum Schutz Dritter erforderlich ist.¹⁰ Insbesondere bei einschneidenden Massnahmen wie der Einschränkung der Geschäftstätigkeit oder der Schliessung einer Bank oder bei grösseren Instituten wird eine Publikation der Regelfall sein. Die FINMA soll wenn möglich auch die Betreiber in- und ausländischer Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme rechtzeitig über Zahlungs- und Transaktionsverbote, über eine vorgesehene Schliessung einer Bank oder über die Anordnung von Stundung und Fälligkeitsaufschub

² Quo Vadis-Finanzplatz Schweiz? System und Banken – Who is Big Enough?, Seminar des Europainstitutes der Universität Zürich vom 26. August 2010 in Zürich.

³ Vgl. dazu (statt vieler) *Eva Hüpkes*, BSK BankG, Basel 2005, vor 11. Abschnitt N 1 ff.; *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 8 N 336.

⁴ Vgl. Art. 25 Abs. 1 BankG.

⁵ Vgl. Art. 25 Abs. 2 BankG.

⁶ Vgl. (statt vieler) *Christian Haas*, BSK BankG, Basel 2005, Art. 25 N 15 ff.

⁷ Vgl. (statt vieler) *Haas* (Fn. 6), Art. 25 N 24; vgl. auch Art. 4 BankG i.V.m. Art. 16 ff. BankV.

⁸ Vgl. Art. 25 Abs. 3 BankG.

⁹ Vgl. (statt vieler) *Nobel* (Fn. 3), § 8 N 338 ff.

¹⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 2 BankG.

orientieren.¹¹ Soweit die FINMA in Bezug auf den Zinsenlauf nichts anderes verfügt, hat eine Stundung dieselben Wirkungen wie im Nachlassverfahren nach Art. 297 Abs. 3 SchKG, d.h. mit Bewilligung der Stundung hört gegenüber der Schuldnerbank der Zinsenlauf für alle nicht pfandgesicherten Forderungen grundsätzlich auf.¹²

3. Sanierungsverfahren

Das Sanierungsverfahren gemäss Art. 28–32 BankG als Massnahme der FINMA bei Insolvenzgefahr darf stets nur angeordnet werden, wenn die Bank *begründete Aussicht auf Sanierung* hat,¹³ wenn sie mithin mutmasslich die Bewilligungsvoraussetzungen nachhaltig erfüllen kann. Ist dies der Fall, kann die FINMA zur Sanierung der Bank einen *Sanierungsbeauftragten* einsetzen und dessen Aufgaben bestimmen¹⁴ sowie die Geschäftsführung der Bank während der Dauer des Sanierungsverfahrens regeln.¹⁵

3.1 Sanierungsplan

Anders als im Nachlassverfahren nach SchKG, wo grundsätzlich der Schuldner bzw. die schuldnerischen Organe einen Nachlassvertrag vorlegen dürfen,¹⁶ liegt es im Bankensanierungsverfahren in der Verpflichtung des Sanierungsbeauftragten, einen Sanierungsplan auszuarbeiten, welcher «die Interessen der Gläubiger und der Eigner bestmöglich wahrht».¹⁷ Der Sanierungsplan kann inhaltlich viel weiter gehen als ein Nachlassvertrag nach SchKG. Er kann Eingriffe in die Rechte der Eigner und/oder der Gläubiger und zudem organisatorische und personelle Massnahmen vorsehen. Nebst Zahlungsauf-

schub, Zinsverzicht und Eingriffen in Forderungsrechte der Gläubiger können insbesondere auch eine Änderung des Gesellschaftszweckes, eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, ein Kapitalschnitt mit eventueller nachträglicher Kapitalerhöhung (allenfalls durch Verrechnung mit Forderungen [«Debt-Equity-Swap» zum «bail-in» durch die Gläubiger statt «bail-out» durch den Staat])¹⁸ oder beliebige organisatorische und personelle Massnahmen angeordnet werden, etwa eine Entlassung von Personen, eine Neubesetzung gewisser Stellen, betriebliche oder rechtliche Reorganisationen (inkl. Aufgliederung einer bestehenden Bank in mehrere Teile) oder die Ausgliederung oder der Verkauf gewisser Geschäftsbereiche.¹⁹

Sieht der Sanierungsplan Eingriffe in die Rechte der Gläubiger oder Eigner vor, wird er den Betroffenen bekannt gemacht, damit sie innert 20 Tagen beim Sanierungsbeauftragten Einwendungen erheben können.²⁰ Allfällige Einwendungen haben allerdings keine aufschiebende Wirkung, vermögen mithin eine allenfalls rasch vorzunehmende Sanierung nicht zu blockieren.²¹ In jedem Fall muss der Sanierungsplan den Vorrang der Gläubigeransprüche gegenüber den Ansprüchen der Eigner beachten und ist die gesetzliche Rangfolge der Gläubiger im Konkurs gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG einzuhalten.²² Privilegierte Lohnforderungen beispielsweise müssen in jedem Fall vor den Ansprüchen der in der dritten Klasse zu kollozierenden gewöhnlichen Obligationäre voll befriedigt werden. Vorbehalten bleibt jeweils ein ausdrückliches Einverständnis von Betroffenen zu einer abweichenden Regelung.

Wie ein Nachlassvertrag nach SchKG²³ muss auch ein Sanierungsplan mit bestimmten Mehrheiten von den Gläubigern angenommen bzw. zumindest nicht abgelehnt werden, um Rechtsgültigkeit zu erlangen. Dabei sind allerdings nur die von den Gläu-

¹¹ Vgl. Art. 27 BankG.

¹² Vgl. Art. 26 Abs. 3 BankG i.V.m. Art. 297 Abs. 3 SchKG; vgl. dazu (statt vieler) *Daniel Hunkeler*; Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg, 2. Aufl., 1999, S. 199 ff. N 749 ff.

¹³ Vgl. Art. 28 Abs. 1 BankG; vgl. dazu auch (statt vieler) *Nobel* (Fn. 3), § 8 N 346.

¹⁴ Vgl. Art. 28 Abs. 1 BankG.

¹⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 2 BankG; vgl. zum Ganzen auch *Urs Zulauf*, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken?, WM 33/2010, S. 1531 f.

¹⁶ Vgl. Art. 298 SchKG sowie (statt vieler) *Hans Ulrich Hardmeier*, in: *Kurzkommentar zum SchKG*, Basel 2009, Art. 302 N 7 ff.; *Hunkeler* (Fn. 12), S. 238 f. N 907 ff.

¹⁷ Vgl. Art. 29 Abs. 1 BankG; vgl. dazu auch (statt vieler) *Nobel* (Fn. 3), § 8 N 347.

¹⁸ Vgl. dazu *Zulauf* (Fn. 15), S. 1532.

¹⁹ Vgl. *Hüpkens* (Fn. 3), Art. 29 N 10 ff.; EBK-Bankinsolvenzbericht, Bankinsolvenz – Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Januar 2008, S. 16 f.; *Zulauf* (Fn. 15), S. 1532.

²⁰ Vgl. Art. 29 Abs. 2 BankG; vgl. auch *Hüpkens* (Fn. 3), Art. 29 N 16 ff.

²¹ Vgl. dazu sowie zur diesbezüglich de lege ferenda (vgl. Fn. 30) ausdrücklich vorgesehenen Regelung *Zulauf* (Fn. 15), S. 1530 (insbesondere Fn. 57) und S. 1531.

²² Vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. c und d BankG.

²³ Vgl. Art. 305 SchKG.

bigern vertretenen Forderungssummen massgebend und nicht die Kopfstimmen. Eine Zustimmung der Generalversammlung der Bank zum Sanierungsplan ist nicht erforderlich, was in Anbetracht der weitgehenden Möglichkeiten zum Eingriff in Eignerrechte sehr bemerkenswert erscheint.²⁴ Lehnen die Gläubiger, welche betragsmässig mehr als die Hälfte der aus den Büchern hervorgehenden Forderungen der dritten Klasse (nach Art. 219 Abs. 4 SchKG) vertreten, den Sanierungsplan innert Frist ab, muss die FINMA die Liquidation der Bank anordnen.²⁵ Vergleichbar der Homologierung eines Nachlassvertrages nach SchKG²⁶ muss ein Sanierungsplan auch noch von der FINMA genehmigt werden. Diese genehmigt den Sanierungsplan, wenn er namentlich auf einer vorsichtigen Bewertung der Aktiven der Bank beruht, die Gläubiger voraussichtlich besser gestellt werden als bei einer Liquidation der Bank, den Einwendungen der Gläubiger und der Eigner angemessen Rechnung getragen wurde und der Vorrang der Interessen der Gläubiger vor denjenigen der Eigner sowie die gesetzliche Rangfolge der Gläubiger im Konkurs berücksichtigt wurden. In jedem Fall müssen die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen und der übrigen gesetzlichen Vorschriften nach Durchführung der Sanierung sichergestellt sein.²⁷

Verantwortlichkeitsansprüche gegen (ehemalige) Bankorgane und paulianische Anfechtungsansprüche können vorab durch die Bank selber geltend gemacht werden, sofern der Sanierungsplan dies nicht ausschliesst. Steht ein solcher Ausschluss fest, ist jeder Gläubiger zur Geltendmachung der Ansprüche in demjenigen Umfang berechtigt, in dem der Sanierungsplan in seine Rechte eingreift.²⁸

3.2 Einlegerschutz

Alle Einlagen, die nicht auf den Inhaber lauten, inklusive Kassaobligationen bis zu einem Betrag von CHF 100 000.–, sind in der zweiten Klasse gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG privilegiert.²⁹ Vom Privileg erfasst sind auch Einlagen in Fremdwährung, was

in vielen Ländern nicht der Fall ist. Solche privilegierten Einlagen sind unter Ausschluss der Verrechnung innert drei Monaten zu einem von der FINMA zu bestimmenden Betrag auszubezahlen, wobei die FINMA immer dann die Auszahlung des vollen Betrages anordnen wird, wenn die finanzielle Situation und insbesondere die Liquiditätslage der Bank dies erlaubt.³⁰ Die Regelung über den Einlegerschutz war zunächst als Dringlichkeitsrecht bis zum 31. Dezember 2010 befristet und soll ins Dauerrecht überführt werden. Die im Dezember 2008 beschlossene dringliche Massnahme zum Einlegerschutz wurde vom Ständerat in der Herbstsession 2010 bis längstens Ende 2012 verlängert.³¹

4. Bisherige praktische Erfahrungen

Abgesehen vom Verfahren in Sachen UBS AG ist die FINMA bei bewilligten Instituten bisher in drei Fällen gestützt auf Bestimmungen im Bankeninsolvenzrecht eingeschritten, und zwar bei der Zweigniederlassung der Lehman Brothers International [Europe], bei der Zweigniederlassung der Kaupthing Luxemburg und bei der AZH Securities SA. In allen drei Fällen konnten rasch und flexibel die notwendigen Massnahmen ergriffen werden, auch wenn es später dann jeweils zur Konkurseröffnung kam.³²

5. Anstehende Neuerungen

Neben den soeben erwähnten Neuerungen zum Einlegerschutz³³ sieht die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010 auch einige punktuelle Änderungen zum eigentlichen Bankensanierungsverfahren

²⁴ Vgl. Art. 29 Abs. 3 BankG sowie dazu insbes. *Zulauf* (Fn. 15), S. 1532.

²⁵ Vgl. Art. 30 BankG.

²⁶ Vgl. Art. 306 SchKG.

²⁷ Vgl. Art. 31 BankG.

²⁸ Vgl. Art. 32 BankG.

²⁹ Vgl. Art. 37b Abs. 1^{bis} BankG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 SchKG.

³⁰ Vgl. Art. 37a^{bis} i.V.m. Art. 33 ff. BankG; vgl. dazu auch die *Botschaft* vom 12. Mai 2010 zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen), BBl 2010 4006 und den dazugehörigen *Entwurf* des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), BBl 2010 4039 ff.

³¹ Vgl. dazu Botschaft (Fn. 30), S. 3999 f.; Beschluss des Ständerates vom 15. September 2010 (<http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4815/333532/d_s_4815_333532_333541.htm>).

³² Vgl. dazu Botschaft (Fn. 30), S. 4008 sowie (in Bezug auf die UBS AG) *Zulauf* (Fn. 15), S. 1533, wo sich u.a. auch Ausführungen zum Anhörungsrecht von Betroffenen finden.

³³ Vgl. soeben II/3.2.

(Art. 25 ff. BankG) vor.³⁴ Der für das Sanierungsverfahren bisher vorgesehene Ablauf mit verschiedenen Zwischenschritten wird durch eine flexiblere Regelung ersetzt, indem die FINMA die für die Durchführung des Sanierungsverfahrens im Einzelfall notwendigen Anordnungen und Verfügungen erlassen kann.³⁵ Insbesondere ist nicht auszuschliessen, dass in bestimmten Fällen mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens auch bereits ein Sanierungsplan vorliegt, der zu genehmigen ist. Auf einen solchen Fall würde das geltende Recht nicht passen. Auch der Sanierungsplan ist folglich nicht mehr zwingend durch den Sanierungsbeauftragten auszuarbeiten, sondern nur noch dann, wenn dies im konkreten Fall notwendig und sinnvoll erscheint.³⁶ Anders als das geltende Recht sieht die Gesetzesnovelle weiter ausdrücklich die Möglichkeit vor, einzelne Bankdienstleistungen weiterzuführen und auf andere Institute oder auf eine Übergangsbank («bridge bank») zu übertragen. Dadurch können Bankdienstleistungen (z.B. der Zahlungsverkehr von Geschäftskunden) neu auch bei einem allfälligen späteren Konkurs der Bank frühzeitig besser sichergestellt werden.³⁷ Der Gesetzesentwurf hält im Sinne einer Verankerung des aktiven Universalitätsprinzips überdies ausdrücklich fest, dass die Anordnungen der FINMA sämtliches Vermögen der Bank mit Aktiven und Passiven sowie die Vertragsverhältnisse umfassen, ungeachtet dessen, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden.³⁸ Im Bereich der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen sieht Art. 37g der Vorlage schliesslich begrüssenswerte Neuerungen vor.³⁹ Die vom Bundesrat eingesetzte Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen sieht in ihrem Schlussbericht vom 30. September 2010 zwar eine ganze Reihe von Massnahmen vor zur Begrenzung der «Too big to fail»-Risiken, jedoch keine Sondernormen zur Sanierung systemrelevanter Banken.⁴⁰

³⁴ Vgl. dazu Botschaft (Fn. 30), S. 4007 ff. sowie den dazugehörigen Entwurf (Fn. 30), S. 4039 ff.

³⁵ Vgl. Art. 28 des Entwurfs (Fn. 30), S. 4040.

³⁶ Vgl. Botschaft (Fn. 30), S. 4007.

³⁷ Vgl. dazu Botschaft (Fn. 30), S. 4008 sowie Art. 30 des Entwurfs (Fn. 30), S. 4040.

³⁸ Vgl. Art. 25 Abs. 4 des Entwurfs (Fn. 30), S. 4039.

³⁹ Vgl. dazu hinten IV/4 (in fine).

⁴⁰ Vgl. <<http://www.sif.admin.ch/dokumentation/00514/00519/00592/>>, insb. S. 45 ff., 67 ff., 116.

III. Herausforderungen einer internationalen Bankensanierung

1. Grundlegende Problemstellung

Das vorgestellte Bankensanierungsverfahren beruht auf nationalem Recht. Sobald ein relevanter *internationaler* Bezug bei einer Sanierung besteht, insbesondere, wenn eine Bank Vermögen im Ausland hat oder ausländische Zweigniederlassungen oder Konzerngesellschaften bestehen, gelangt neben dem nationalen Recht (inkl. des IPRG) auch ausländisches Recht zur Anwendung. Dabei bestehen verschiedenste Rechtsordnungen bzw. unzählige – teilweise stark divergierende – Rechtsgrundlagen. Ein wesentliches Problem stellt dabei die *Anerkennung* der jeweiligen nationalen Massnahmen bzw. (wo vorhanden) eines jeweiligen nationalen Sanierungsplans dar. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass auf internationaler Ebene *bisher keinerlei Vorgaben zur Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzen oder zur Durchführung grenzüberschreitender Bankensanierungen bestehen*.⁴¹ Somit muss für den Fall, dass die jeweils zuständigen nationalen Behörden nicht oder nicht rechtzeitig kooperieren, damit gerechnet werden, dass die von einem nationalen Gesetzgeber oder von nationalen Behörden vorgesehenen bzw. angeordneten Massnahmen im Ausland nicht oder nicht ohne Weiteres wirken, und dass auf im Ausland gelegene Vermögenswerte einer Bank insbesondere rechtliche Zugriffe von Gläubigern erfolgen. Beispielsweise werden Arreste gelegt, sonstige Vollstreckungsmassnahmen erwirkt (Betreibungen, Zahlungsverbote, Verwertungen von Vermögenswerten mit damit einhergehender Vorabbefriedigung ausländischer Gläubiger) oder es kommt zur Konkursöffnung oder zur Eröffnung eines eigenständigen Sanierungsverfahrens im Ausland.

Eine zu sanierende Bank kann dadurch in ihrem Nerv getroffen werden, einerseits, weil sie oftmals auf den Zugriff von im Ausland gelegenen Vermögenswerten oder immerhin auf eine Zusammenarbeit mit ausländischen Zweigniederlassungen oder Konzerngesellschaften angewiesen ist, andererseits, weil solches die Reputation der Bank empfindlich schädigen und somit zumindest mittelbar den im Inland angestregten Sanierungsprozess beeinträchtigt.

⁴¹ Vgl. auch hinten V/1.

gen oder gar verunmöglichen kann. Im Übrigen ist die bilanzmässige Bewertung von im Ausland gelegenen Vermögenswerten einer Bank selbstredend unterschiedlich, je nachdem, ob das im Ausland gelegene Vermögen rechtlichen Angriffen von Gläubigern ausgesetzt sein kann oder nicht. Wegen den Verflechtungen ausländischer Zweigniederlassungen mit einer sich im Sanierungsprozess befindlichen Bank besteht zudem regelmässig die Möglichkeit, dass ausländische Aufsichtsbehörden als Folge eines anderswo eingeleiteten Sanierungsverfahrens ihre beaufsichtigten Institute einer neuen Überprüfung unterziehen und eigenständige Massnahmen gegen sie anordnen, welche möglicherweise überhaupt nicht oder nur teilweise mit den angeordneten Massnahmen übereinstimmen. Ausländische Konzerngesellschaften unterliegen als eigenständige juristische Personen ohnehin regelmässig einem eigenen rechtlichen Schicksal.

2. Unterschiedliche Rechtsgrundlagen

Nicht überall gibt es Spezialgesetzgebungen für Banken, wie wir sie mit der Regelung des BankG kennen. In England beispielsweise war bis vor Kurzem auf Banken die ganz normale Konkursgesetzgebung anwendbar.⁴² Eine internationale Koordination der im Einzelfall erforderlichen Massnahmen kann dadurch schwieriger werden, insbesondere, wenn die jeweils anwendbare nationale Gesetzgebung gar keine Koordination bzw. Anordnung von erforderlichen adäquaten Massnahmen vorsieht.

3. Unterschiedliche Zuständigkeiten und Kompetenzen

Auch bestehen mitunter unterschiedliche Zuständigkeiten und Kompetenzen der jeweils zuständigen Behörden. In der Schweiz etwa ist im Bereich der

Bankensanierung mit der FINMA die Aufsichtsbehörde zuständig, welche, wie dargelegt, sehr weitgehende Eingriffe verfügen kann. In England hingegen war es bis vor Kurzem aus dem dargelegten Grund die gewöhnliche Konkursbehörde bzw. das jeweils zuständige Konkursgericht.⁴³ In den USA schliesslich ist beispielsweise die Einlagensicherungsbehörde zuständig, welche teilweise einen anderen gesetzlichen Auftrag verfolgt als eine Aufsichtsbehörde über Banken.⁴⁴ Durch diese unterschiedlichen Zuständigkeiten wird eine effiziente grenzüberschreitende Koordination und Zusammenarbeit zwischen Behörden miteinander erschwert oder gar verunmöglicht, zumal nicht jede Behörde überhaupt über Kompetenzen verfügt, um Sanierungsmassnahmen anzuordnen bzw. über die Landesgrenzen hinaus sinnvoll zu koordinieren.⁴⁵ Bei systemrelevanten Banken kommen zudem Notenbanken, Finanzministerien und Regierungen als weitere Akteure hinzu.⁴⁶

4. Änderung der Betrachtungsweise mit Eintritt des Sanierungsfalls

Mit Eintritt des Krisenfalls kommt es auch zu einem Paradigmawechsel bei der Betrachtung eines Finanzinstituts. Ausserhalb des Krisenfalls kann der Grundsatz der konsolidierten Aufsicht gelten, mit der Folge, dass eine grenzüberschreitende Betrachtung der im Einzelfall relevanten Faktoren erfolgt. So ist es im Zusammenhang mit den Mindestanforderungen für die Eigenmittelausstattung grundsätzlich irrelevant, wo die Aktiven eines Finanzinstitutes liegen (konsolidierte Betrachtung). Im Sanierungsfall kann demgegenüber eine isolierte Betrachtung der jeweiligen Schuldner und deren Vermögenswerte erfolgen, indem im Ausland gelegene Aktiven möglicherweise nicht oder nur noch beschränkt mitberücksichtigt werden.⁴⁷

⁴² Vgl. (dazu etwa) EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 28 sowie bereits etwa *Eva Hüpkas*, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommission als Konkursbehörde, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 1/2003 (im Folgenden zitiert als *Hüpkas*, IWR 2003), S. 5. Mit dem Banking Act 2009 besteht neuerdings ein umfassendes Sonderregelungswerk für (insolvente) Banken: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/pdfs/ukpga_20090001_en.pdf; vgl. auch *Rolf H. Weber/Seraina Grünwald*, Finanzkrise und Wirtschaftspolitik: Herausforderungen für das Europäische Wettbewerbsrecht, EuZ 3 (2009), S. 66 f.

⁴³ Vgl. (statt vieler) *Hüpkas* (Fn. 3), vor 11. Abschnitt N 50; unter dem Banking Act 2009 sind insbesondere die Bank of England, die «Treasury» und die Financial Services Authority (FSA) zuständig; vgl. etwa Art. 1 (5) und Art. 6 Banking Act 2009.

⁴⁴ Vgl. (statt vieler) *Hüpkas* (Fn. 3), vor 11. Abschnitt N 52.

⁴⁵ Vgl. EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 28.

⁴⁶ Vgl. *Zulauf* (Fn. 15), S. 1526.

⁴⁷ Vgl. EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 28.

5. Schutz heimischer Gläubiger

Wie allgemein bei grenzüberschreitenden Insolvenzen existiert auch im Bankenbereich die Schwierigkeit, dass in vielen Jurisdiktionen eine Tendenz zum Schutz von heimischen gegenüber ausländischen Gläubigern besteht,⁴⁸ sei dies aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung oder aufgrund eines entsprechenden Auftrags bzw. einer entsprechenden Praxis der jeweils zuständigen Behörden. Spannungsverhältnisse zwischen den insolvenzrechtlichen Grundsätzen der Territorialität und der Universalität⁴⁹ fördern (auch) bei Bankensanierungen grosse praktische Probleme zu Tage. Weitere Phänomene wie diejenigen des «ring fencing» bzw. der «asset maintenance»⁵⁰ manifestieren sich und äussern ihre unerfreulichen Wirkungen.⁵¹

6. Weitere Ungleichbehandlung von Gläubigern

Die Gläubiger verschiedener Jurisdiktionen werden oftmals auch dadurch ungleich behandelt, dass verschiedene insolvenzrechtliche und/oder materielle Normen bei der Beurteilung ihrer jeweiligen Ansprüche zur Anwendung gelangen. Beispielsweise bestehen unterschiedliche Normen zur Verrechenbarkeit, zur gesetzlichen Privilegierung oder zur Verjährung von Forderungen ebenso wie für die Gültigkeit von Pfand- und Vorzugsrechten (wie etwa ein Retentionsrecht oder ein Eigentumsvorbehalt). Daher ist für die Gläubiger unter Umständen entscheidend, mit welcher Geschäftsstelle einer Bank Geschäfte getätigt wurden. Ein Gläubiger erhält unter Umständen eine höhere oder tiefere Befriedigung, je nachdem, in welchem Sanierungsverfahren er gestützt auf welche Rechtsgrundlagen seine Ansprüche geltend machen

kann.⁵² Soweit in einem nationalen Sanierungsrecht nicht sichergestellt ist, dass die von Gläubigern im Ausland bzw. aus einem ausländischen Sanierungs- bzw. Insolvenzverfahren erhaltenen Zahlungen angerechnet werden, kann sich auch daraus eine Ungleichbehandlung von Gläubigern ergeben. Im BankG ist dazu vorgesehen, dass sich ein Gläubiger, der in einem ausländischen Verfahren, welches mit dem Bankenkurs im Zusammenhang steht, teilweise befriedigt worden ist, sich diesen Teil nach Abzug der ihm entstandenen Kosten im schweizerischen Verfahren anrechnen lassen muss.⁵³

IV. Grenzüberschreitende Konstellationen

1. Schweizerisches Sanierungsverfahren mit ausländischen Gläubigern und/oder Eignern

Die Situation, in welcher in der Schweiz ein Sanierungsverfahren durchgeführt wird, an welchem im Ausland domizilierte Gläubiger und/oder Eigner der schweizerischen Bank teilnehmen (wollen), ist grundsätzlich *unproblematisch*. Diese ausländischen Gläubiger und/oder Eigner haben im schweizerischen Sanierungsverfahren grundsätzlich dieselben Rechte wie die in der Schweiz ansässigen.⁵⁴ Art. 37f BankG kennt überdies eine Koordinationsregel für den Bankenkurs, welche auch auf das Bankensanierungsverfahren Anwendung findet. Danach stimmt die FINMA den Bankenkurs soweit möglich mit den zuständigen ausländischen Organen ab, wenn eine Bank auch im Ausland Gegenstand von Zwangsvollstreckungsverfahren bildet.⁵⁵

2. Schweizerisches Sanierungsverfahren mit weiter gehendem Bezug zum Ausland

Wenn ein weiter gehender Bezug einer Bank zum Ausland vorliegt, insbesondere Aktiven, Zweignie-

⁴⁸ EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 28 f.

⁴⁹ Vgl. dazu etwa *Daniel Staehelin*, BSK BankG, Basel 2005 (im Folgenden zitiert als *BSK-Staehelin*), Art. 37f N 6; *Daniel Staehelin*, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Band 45, Basel 1989 (im Folgenden zitiert als *Staehelin*, Anerkennung), S. 1 ff.; *Fridolin Walther*, Allgemeiner Überblick: Grundlagen und Probleme des internationalen Konkursrechts, in: Karl Spühler (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechtes, Zürich 2003, S. 5 f.

⁵⁰ Vgl. dazu EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 29.

⁵¹ Vgl. dazu auch *Zulauf* (Fn. 15), S. 1527 f. («Global in life, but national in death»).

⁵² Vgl. EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 29.

⁵³ Vgl. Art. 37f Abs. 2 BankG für den Bankenkurs, welcher unseres Erachtens auch bei der Bankensanierung zur Anwendung gelangen muss.

⁵⁴ Vgl. Art. 3 Bankenkursverordnung-FINMA vom 30. Juni 2005, BKV-FINMA, SR 952.812.32, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/952_812_32/index.html>; *Zulauf* (Fn. 15), S. 1532.

⁵⁵ Vgl. Art. 37f Abs. 1 BankG; vgl. zudem die grundsätzliche Anrechenbarkeit von ausländischen Dividenden gemäss dem zweiten Absatz dieser Bestimmung (vgl. vorne III/6).

derlassungen oder Konzerngesellschaften im Ausland existieren, besteht die Gefahr von rechtlichen Angriffen gegen dieselben im Ausland. Insbesondere werden Gläubiger versucht sein, auf Aktiven oder Zweigniederlassungen einer schweizerischen Bank im Ausland zu greifen, obwohl das schweizerische Recht nach dem Grundsatz der Universalität auch die im Ausland gelegenen Aktiven der schweizerischen Bank und deren Zweigniederlassung beansprucht⁵⁶ und obwohl diese Aktiven vielleicht auch von allfälligen von der FINMA angeordneten Schutz- und Sanierungsmassnahmen ebenfalls erfasst sein sollen.

Soweit ausländische Konzerngesellschaften betroffen sind, erfahren diese in jedem Fall ein eigenständiges rechtliches Schicksal, ungeachtet dessen, ob die nationale Gesetzgebung dem Grundsatz der Universalität folgt oder nicht.⁵⁷ Als eigenständige juristische Personen sind Konzerngesellschaften des in einer anderen Jurisdiktion domizilierten Schuldners zunächst einmal nicht unmittelbar betroffen. Unabhängig davon kann beim Vorliegen entsprechender gesetzlicher Grundlagen die jeweils zuständige Behörde selbstverständlich anordnen, dass die angeschlagene Bank oder ihr eingesetzter Sanierungsverwalter soweit rechtlich möglich in einer bestimmten Weise auf ausländische Konzerngesellschaften Einfluss nehmen soll, beispielsweise über vorhandene Aktien gesellschaftsrechtlich einwirken oder die Rückzahlung von konzerninternen Ansprüchen erwirken. Die Gläubiger der angeschlagenen Bank werden mitunter direkte Zugriffe auf ausländische Konzerngesellschaften, insbesondere unter Berufung auf eine angebliche Konzernhaftung, versuchen.

3. Unterschiedliche Modelle

Die Frage, wie ausländische Staaten mit einem in der Schweiz eröffneten Bankensanierungsverfahren (Hauptverfahren) umgehen, ist grundsätzlich nicht beantwortet, da (glücklicherweise) entsprechende

praktische Erfahrungen fehlen.⁵⁸ Immerhin kann auf die bisherige Praxis zur Anerkennung von schweizerischen Konkursen im Ausland zurückgegriffen werden. Dabei können folgende Grundmodelle festgestellt werden: Es kann u.a. vom Insolvenzverwalter eines in einem bestimmten Fall eröffneten Insolvenzverfahrens (Hauptinsolvenzverfahren) eine Anerkennung im Ausland erwirkt werden, wie etwa in den USA über § 304 des US-amerikanischen Bankruptcy Code im Hilfsverfahren des «ancillary proceeding» bzw. aufgrund von analogen einschlägigen Normen gemäss dem Kapitel 15 dieses Erlasses. Das Verfahren erlaubt einem ausländischen Insolvenzverwalter u.a., direkt in den USA auf Vermögenswerte des Schuldners zu greifen, diese soweit tunlich in das ausländische Hauptsanierungsverfahren zu integrieren bzw. die Auslieferung derselben ins Ausland zu verlangen oder sie zumindest vor dem Zugriff der Gläubiger in den USA zu schützen.⁵⁹ Gewisse Länder kennen zudem eine automatische Anerkennung oder umgekehrt überhaupt keine Anerkennung von ausländischen Konkursen.⁶⁰

Jedenfalls verlangen viele Länder die Gewährung von Gegenrecht als Voraussetzung dafür, dass sie ein ausländisches bzw. (in casu) ein schweizerisches Insolvenzverfahren in irgendeiner Form anerkennen, d.h. es wird geprüft, ob das jeweils betroffene Land, in welchem ein Haupt-(Sanierungs-)Verfahren eröffnet wurde, im umgekehrten Fall auch die jeweils ausländischen insolvenzrechtlichen Massnahmen anerkennen würde.⁶¹

4. Anerkennung ausländischer Bankensanierungsverfahren in der Schweiz

Gemäss schweizerischer Gesetzgebung erfolgt keine automatische Anerkennung ausländischer Ban-

⁵⁶ Vgl. Art. 3 BKV-FINMA; *Zulauf* (Fn. 15), S. 1532. Mit der geplanten Revision des BankG ist dies nun ausdrücklich festgehalten; vgl. vorne II/5.

⁵⁷ Vorbehalt bleibt der Fall, in welchem ausnahmsweise ein allfälliges Konzerninsolvenzrecht zur Anwendung gelangt. Vgl. auch für den umgekehrten Fall, dass im Ausland ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde und in der Schweiz ausländische Tochtergesellschaften bestehen: *Hüpkens*, IWR 2003 (Fn. 42), S. 3.

⁵⁸ Vgl. auch schon EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 27.

⁵⁹ Vgl. *Ivo Schwander*; in: *Kurzkommentar zum SchKG*, Basel 2009, Art. 30a N 1 ff., 23 ff.; vgl. ferner etwa *Stahelin*, Anerkennung (Fn. 49), S. 99 f.; *Walther* (Fn. 45), S. 7. Ob das Verfahren auch in Bezug auf die Schweiz zur Anwendung gelangen würde, ist in Bezug auf Banken allerdings eine andere Frage.

⁶⁰ Vgl. *Stahelin*, Anerkennung (Fn. 49), S. 72 ff.; *Walther* (Fn. 49), S. 5 f.; zu internationalen Bemühungen einer Rechtsvereinheitlichung und insbesondere zur Lage in der EU vgl. hinten V/6.

⁶¹ Vgl. (statt vieler) *Paul Volken*, in: *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 166 N 94 ff.

kensanierungsverfahren in der Schweiz. Vielmehr ist die FINMA für eine solche Anerkennung zuständig.⁶² Die FINMA hat sich dabei an den Anerkennungs Voraussetzungen der Art. 166 ff. IPRG zu orientieren.⁶³ Es muss somit insbesondere das ausländische Dekret vollstreckbar sein, es darf kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG vorliegen («kein Ordre-public-Verstoss») und der ausländische Staat muss ebenfalls Gegenrecht halten.⁶⁴ Aus letzterem Erfordernis kann eine schwierige Patt-Situation entstehen, indem die schweizerischen Behörden die Anerkennungspraxis der ausländischen beurteilen müssen und umgekehrt, bevor jeweils Unterstützung gewährt werden kann.

Soweit eine Anerkennung erfolgt, bewirkt diese bekanntlich kein direktes Zugriffsrecht des ausländischen Sachwalters in der Schweiz, sondern es kommt zu einem Hilfsverfahren nach Art. 37g BankG, welches nur die in der Schweiz gelegenen Aktiven der ausländischen Bank umfasst. Dabei wird ein schweizerischer Hilfssanierungsverwalter eingesetzt.⁶⁵ Es erfolgt ein Schuldenruf in Bezug auf Gläubiger, die durch ein in der Schweiz belegenes Pfand gesichert sind oder die gemäss schweizerischem Recht privilegierte Forderungen haben, und es wird schliesslich ein Kollokationsverfahren (nur) bezüglich dieser Gläubiger durchgeführt. In der Folge werden solche Gläubiger – soweit vorhanden – aus den in der Schweiz gelegenen Aktiven vorab befriedigt. Nur ein Überschuss steht dem ausländischen Sanierungsverfahren zur Verfügung, und zwar auch erst dann, wenn der ausländische Sanierungsplan von der FINMA anerkannt wurde.⁶⁶ Auch die schweizerische (Anerkennungs-)Praxis ist somit von territorialen Elementen geprägt, und auch aus diesem Grunde können schweizerische Sanierungsmassnahmen im Ausland

nicht ohne Weiteres mit Unterstützung rechnen. Die diesbezügliche Rechtslage ist unseres Erachtens unbefriedigend. Es wäre auch oftmals effizienter und im Interesse der Gläubiger, wenn ein *direkter Zugriff* des ausländischen Sachwalters auf in der Schweiz gelegene Aktiven (ohne formalisiertes Hilfsverfahren) möglich wäre bzw. wenn die FINMA diesbezüglich weitgehende Anordnungen treffen könnte. Dies, zumal die FINMA bereits heute berechtigt und verpflichtet ist, mit der jeweils ausländischen Behörde zu kooperieren und die in- und ausländischen Massnahmen zu koordinieren.⁶⁷

Mit der bereits erwähnten Botschaft zur Änderung des BankG (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010⁶⁸ ist diesbezüglich eine erfreuliche Gesetzesnovelle vorgesehen: Gemäss dem neuen Art. 37g Abs. 2 BankG kann die FINMA das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens (Hilfsverfahrens) der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung stellen, wenn im ausländischen Insolvenzverfahren die nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt und die übrigen Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz angemessen berücksichtigt werden.⁶⁹

V. Internationale Bemühungen

1. Allgemeines

Auf internationaler Ebene bestehen bisher keinerlei Vorgaben zur Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzen oder zur Durchführung grenzüberschreitender Banksanierungen.⁷⁰ Immerhin beschäftigen sich seit Anfang der 90er-Jahre verschiedene internationale Gremien und Institutionen mit dieser Problematik.⁷¹ Die FINMA (bzw. vorgängig die EBK)

⁶² Vgl. Art. 37g Abs. 1 BankG; vgl. auch EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 24 f.; Zulauf (Fn. 15), S. 1532 f.

⁶³ Vgl. Art. 37g Abs. 4 BankG i.V.m. Art. 166 ff. IPRG sowie etwa Hüpkes, IWR 2003 (Fn. 42), S. 3 f.

⁶⁴ Vgl. Paolo Michele Patocchi/Elliott Geisinger, IPRG Internationales Privatrecht, Zürich 2000, Art. 166, S. 486 f.; Staehelin, Anerkennung (Fn. 49), S. 8, 52 ff.; Volken (Fn. 61), Art. 166 N 77 ff.

⁶⁵ Vgl. Karl Spühler, Anerkennung von ausländischen Insolvenzscheidungen (mit Einschluss von USA), in: ders. (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechtes, Zürich 2003, S. 85 f.; Patocchi/Geisinger (Fn. 64), Art. 170, S. 493 f.; Volken (Fn. 61), Art. 167 N 1 ff.; Walther (Fn. 49), S. 14.

⁶⁶ Art. 173 Abs. 1 und 2 IPRG; vgl. auch (statt vieler) Staehelin, Anerkennung (Fn. 49), S. 8.

⁶⁷ Dies ergibt sich u.a. aus der genannten Koordinationsregel des Art. 37f BankG und auch aus den ausserordentlich weitgehenden Eingriffsmöglichkeiten der FINMA gemäss Art. 26 ff. BankG; vgl. Patocchi/Geisinger (Fn. 64), Art. 166, S. 486 f.; Staehelin, Anerkennung (Fn. 49), S. 8, 52 ff.; Volken (Fn. 61), Art. 166 N 77 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu vorne II/5.

⁶⁹ Vgl. Botschaft (Fn. 30), S. 4042.

⁷⁰ Vgl. bereits vorne III/1.

⁷¹ Vgl. dazu ausführlicher EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 29 ff. sowie Hüpkes (Fn. 3), vor 11. Abschnitt N 57 ff.

engagiert sich auf internationaler Ebene seit jeher stark für eine bessere Zusammenarbeit bzw. für eine Verbesserung der Rahmenbedingungen bei grenzüberschreitenden Insolvenz- und Sanierungsverfahren von Banken. Im Folgenden sollen einige internationale Bemühungen aufgezeigt werden:

2. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision)

2.1 Übersicht

Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision) ist bekanntlich ein internationales Gremium der Bankaufseher, welches seit 1974 massgeblich dazu beiträgt, dass die nationale Bankenaufsicht nach Massgabe von international abgestimmten Prinzipien erfolgt. Das Gremium hat im Zusammenhang mit der Überwachung und der Liquidation und Sanierung von Banken mehrfache Anstrengungen unternommen, u.a. schon verschiedene task forces eingesetzt. So wurde im Sommer 2001 auf Initiative des Financial Stability Forum (FSF) eine task force des Basler Ausschusses eingesetzt zur Ausarbeitung von Weisungen (guidances) für die Behandlung von Problembanken. Die task force veröffentlichte in der Folge den sogenannten «Supervisory Guidance on Dealing with Weak Banks». Darin wurden zahlreiche Massnahmen zur Früherkennung von Bankkrisen und unterschiedliche aufsichtsrechtliche Instrumente zur frühzeitigen Intervention durch Aufsichtsbehörden und Sanierung von Problembanken aufgezeigt.⁷²

Im Zuge der globalen Finanzkrise hatte der Basler Ausschuss Ende 2007 mit der sogenannten «Cross-border Bank Resolution Group of the Basel Committee on Banking Supervision» eine Arbeitsgruppe eingesetzt. Diese hatte die Aufgabe einer grundlegenden Bestandaufnahme und der Abgabe von Empfehlungen im Bereich von grenzüberschreitenden Bank- und Finanzkrisen de lege ferenda. Die Arbeitsgruppe erstattete im März 2010 unter dem Vorsitz der FINMA (bzw. vorgängig der EBK) und der FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation) mit dem «Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group» ihren ausführlichen

Bericht inkl. dazugehörigen Empfehlungen.⁷³ Der Bericht wurde unter besonderer Berücksichtigung der Erfahrungen aus den grenzüberschreitenden Insolvenzen der Banken bzw. Bankgruppen Fortis Group, Dexia, Kaupthing und Lehman Brothers erstellt. Er gibt u.a. zehn massgebliche Empfehlungen (recommendations) ab, welche nachfolgend jeweils kurz zusammengefasst werden:

2.2 Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group

Wie soeben erwähnt, enthält der Bericht dieser Arbeitsgruppe zehn Empfehlungen (recommendations), welche sind:

- «Recommendation 1:
Effective national resolution powers»
Die jeweils zuständigen nationalen Behörden sollen umfassende Eingriffskompetenzen für den Krisenfall haben inkl. der Ermöglichung einer Überbrückungsfinanzierung oder eines Transfers von Aktiven und Passiven bzw. von Geschäftsteilen einer Bank auf Dritte.
- «Recommendation 2:
Frameworks for a coordinated resolution of financial groups»
Jede Jurisdiktion sollte ein nationales Regelwerk haben im Hinblick auf Gruppenstrukturen innerhalb der jeweiligen Jurisdiktion.
- «Recommendation 3:
Convergence of national resolution measures»
Die nationalen Behörden sollen sich untereinander abstimmen bei der Erarbeitung von Grundlagen gemäss den vorangehenden Empfehlungen 1 und 2.
- «Recommendation 4:
Cross-border effects of national resolution measures»
Nationale Behörden sollen auf die Schaffung von Regeln zur Vereinfachung der Anerkennung von Krisenmanagement und Sanierungsverfahren aus ausländischen Jurisdiktionen hinwirken.
- «Recommendation 5:
Reduction of complexity and interconnectedness of group structures and operations»
Die nationalen Aufsichtsbehörden sollen wenn immer möglich im Voraus verstehen, wie ein bestimmtes Finanzkonglomerat im Insolvenzfall behandelt würde. Es soll gewissermassen die Situation im Insolvenzfall anti-

⁷² EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 30. Der Bericht ist u.a. auf der Webseite der Bank for International Settlements (BIS) veröffentlicht, vgl. <www.bis.org>.

⁷³ Der Bericht ist u.a. auf der Webseite der Bank for International Settlements (BIS) veröffentlicht, vgl. <www.bis.org>. Das Co-Präsidium hatte zusammen mit einem Vertreter der FDIC *Eva Hüpkens* von der FINMA inne. Seitens der FINMA war im Übrigen auch *Daniel Roth* im Gremium vertreten und als Vertreter der Schweizerischen Nationalbank *Hans Kuhn*.

zipt werden. Soweit erforderlich, soll als Folge davon eine vereinfachte Gruppenstruktur verlangt werden und/oder es sollen andere Massnahmen angeordnet werden, z.B. eine bessere Kapitalisierung einer Bank bzw. einer Gruppe.⁷⁴

- «Recommendation 6: Planning in advance for orderly resolution»
Alle wichtigen bzw. systemrelevanten Banken und Gruppen sollen zwingend und regelmässig jeweils anpassende Notfallszenarien für den Fall finanzieller Instabilität bzw. für Krisensituationen aufzeigen. Dabei soll dargelegt werden, wie selbst im Krisenfall Schlüsselbereiche im Geschäftsbetrieb einer Bank weitergeführt werden können und wie gegebenenfalls eine Stilllegung oder Auslagerung bestimmter Geschäftsbereiche rasch bewerkstelligt werden kann.
- «Recommendation 7: Cross-border cooperation and information sharing»
Die nationalen Behörden sollen möglichst effizient zusammenarbeiten und Informationen austauschen können.
- «Recommendation 8: Strengthening risk mitigation mechanisms»
Die jeweiligen Jurisdiktionen sollen Risikoabschwächungsmechanismen fördern, welche Systemrisiken reduzieren und die Elastizität von kritischen Finanz- oder Marktfunktionen während einer Krise begünstigen. Zu solchen Mechanismen gehören etwa durchsetzbare Netting-Vereinbarungen, Besicherungen und Abtrennung von Klienten-Positionen.
- «Recommendation 9: Transfer of contractual relationships»
Vertragsauflösungsklauseln, welche für den Krisenfall vereinbart wurden, sollen von nationalen Behörden vorübergehend ausser Kraft gesetzt werden können, damit in der Folge gewisse vertragliche Beziehungen rechtzeitig auf einen neuen Vertragspartner des angeschlagenen Finanzinstituts übertragen werden können.⁷⁵
- «Recommendation 10: Exit strategies and market discipline»
Zur Wiederherstellung der Marktdisziplin und zur Förderung der Effizienz der Finanzmärkte soll vermehrt darauf hingewirkt werden, dass eine Unterstützung angeschlagener Finanzinstitute durch Mittel der öffentlichen Hand unterbleibt.

3. Group of Thirty/INSOL

Im Jahr 1995, im Nachgang zum Barings-Fall, schuf die Group of Thirty (G-30) zusammen mit der INSOL (International Federation of Insolvency

Practitioners) eine Arbeitsgruppe zur Analyse von regulatorischen und finanziellen Problemen beim Zusammenbruch eines internationalen Finanzinstituts. Die Arbeitsgruppe formulierte 14 Empfehlungen zur Stärkung des regulatorischen Rahmens für den Umgang mit Bankeninsolvenzen.⁷⁶

4. G-10

Ein Bericht der G-10⁷⁷ erläutert den Status quo und die rechtlichen Probleme, die sich aus den bestehenden Rahmenbedingungen bei der Bewältigung von grenzüberschreitenden Insolvenzen im Finanzsektor ergeben, wobei insbesondere auch die Problematik der Aufrechnung und der Verwertung von Sicherheiten in diesem Zusammenhang betrachtet werden.⁷⁸

5. UNCITRAL

Die UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), eine Kommission der UNO für internationales Handelsrecht,⁷⁹ hat die Aufgabe, die Vereinheitlichung des internationalen Handelsrechts aktiv zu fördern. Sie hat schon vor längerer Zeit u.a. ein Modellgesetz für grenzüberschreitende Insolvenzen geschaffen (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency),⁸⁰ welches als Modellgesetz von den Staaten ins nationale Recht überführt werden kann. Kurz- bis mittelfristig ist aus verschiedenen Gründen jedoch nicht mit einer Umsetzung zu rechnen. Die «Working Group V» der UNCITRAL unternimmt seit Jahren weitere Bestrebungen, das Insolvenzrecht für global tätige Finanzinstitute international zu vereinheitlichen.⁸¹

⁷⁴ Vgl. dazu auch *Zulauf* (Fn. 15), S. 1527 («Complex in life, too complex in death»).

⁷⁵ Vgl. dazu auch *Zulauf* (Fn. 15), S. 1528.

⁷⁶ Group of Thirty, *International Insolvencies in the Financial Sector, A Study Group Report*, 1998, <www.group30.org/pubs/pub_0995.htm>; vgl. dazu EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 30; *Hüpkens* (Fn. 3), vor 11. Abschnitt N 58.

⁷⁷ *Insolvency Arrangements and Contract Enforceability: Report of the G-10 Contact group on the legal and institutional underpinnings of the international financial system*, September 2002, <www.bis.org/publ/gten06.htm>.

⁷⁸ Vgl. (etwa) EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 30; *Hüpkens* (Fn. 3), vor 11. Abschnitt N 62.

⁷⁹ Vgl. <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>.

⁸⁰ Vgl. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html>.

⁸¹ Vgl. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html>.

6. Europäische Union (EU)

In der EU besteht die Richtlinie 2001/24/EG über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten.⁸² Nach dieser sind für die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen die Behörden bzw. Gerichte des Herkunftsmitgliedstaates, d.h. desjenigen Staates, in welchem das betroffene Institut erstmals zum Bankengeschäft zugelassen wurde, ausschliesslich zuständig. In den übrigen Mitgliedstaaten wird die Entscheidung des Herkunftsmitgliedstaates über die Eröffnung eines Liquidations- oder Sanierungsverfahrens automatisch im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung anerkannt, und die verfahrens- und materiell-rechtlichen Wirkungen von Sanierungs- und Liquidationsverfahren richten sich nach dem Recht des Herkunftsmitgliedstaates. Hingegen harmonisiert die Richtlinie nicht die Art und den Inhalt von Massnahmen, sodass die Verschiedenartigkeit der jeweiligen nationalen Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten erhalten bleibt. Gegenüber der Schweiz und anderen Drittstaaten ist die Richtlinie nur sehr beschränkt anwendbar, nämlich nur dann, wenn eine schweizerische Bank Zweigstellen in mindestens zwei Mitgliedstaaten betreibt. Diesfalls beschränken sich die Vorschriften der Richtlinie auf eine Verpflichtung der Behörden der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit. Hingegen regelt die Richtlinie im Verhältnis zu Drittstaaten weder die Zuständigkeit noch die Anerkennungswirkungen.⁸³

7. Neueste Entwicklung

Gemäss einer Beschlussvorlage des Basler Ausschusses vom 19. August 2010 soll bis auf Weiteres Abstand genommen werden von der Weiterverfolgung einer Idee zur Schaffung eines weltweiten grenzüberschreitenden Insolvenzrechts für Banken oder eines entsprechenden Modellgesetzes. Ein solches Projekt habe in nächster Zeit wenig praktische Aussicht auf Realisierung.⁸⁴

VI. Schlussfolgerungen

Im Bereich der internationalen Bankensanierung scheint die Schaffung eines gemeinsamen Regelwerkes bis auf Weiteres kaum möglich. Als Folge der zahlreichen und in vielen Jurisdiktionen teilweise erheblich unterschiedlichen Rechtsgrundlagen zum Vorgehen bei grenzüberschreitenden Sanierungs- und Insolvenzfällen und aufgrund des jeweils unterschiedlichen materiellen Rechts ist eine möglichst rechtzeitige Zusammenarbeit der jeweils nationalen Behörden heute wohl fast der einzige Weg, um grenzüberschreitende Krisenfälle bestmöglich aufzufangen zu können. Eine erfolgreiche grenzüberschreitende Sanierung von Banken setzt voraus, dass die Behörden sich anbahnende Krisenfälle möglichst rechtzeitig erkennen und im Zusammenhang mit den betroffenen Instituten und mit weiteren Kreisen entsprechende Szenarien für den Krisenfall entwickeln und eine gegenseitige Zusammenarbeit pflegen. Insbesondere sollen jeweilige nationale Massnahmen möglichst frühzeitig kommuniziert und aufeinander abgestimmt werden. Eine grosse Herausforderung besteht darin, dass in den jeweiligen Jurisdiktionen überhaupt geeignete Massnahmen für eine zielführende grenzüberschreitende Sanierung und Kooperation zur Verfügung stehen. U.a. werden die jeweiligen nationalen Behörden und Gesetzgeber gefordert sein, die kürzlich erlassenen Empfehlungen der «Cross-border Bank Resolution Group» des Basler Ausschusses⁸⁵ einigermassen zeitnah und effizient umzusetzen, evtl. auch auf der Grundlage von abzuschliessenden zwischenstaatlichen Übereinkünften.⁸⁶ Bei uns ist diese Umsetzung teilweise schon erfolgt bzw. zumindest in die Wege geleitet, u.a. mit der im Entwurf vorliegenden Gesetzesrevision zum BankG vom 12. Mai 2010.⁸⁷ Eine weitere Gelegenheit dazu wird sich bei uns mit der bald auszuarbeitenden Verordnung zum Bankensanierungsrecht gemäss BankG bieten. Die FINMA (bzw. die vormalige EBK) hat auch auf internationaler Ebene schon viele Anstrengungen zur Schaffung besserer Grundlagen für eine internationale Zusammenarbeit unternommen.

⁸² <www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0024:DE:HTML>. Dieser Richtlinie ist die Richtlinie 2001/17/EG über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen nachempfunden; vgl. (statt vieler) *Hülpkes* (Fn. 3), vor 11. Abschnitt N 53.

⁸³ Vgl. dazu EBK-Bankinsolvenzbericht (Fn. 19), S. 31; *Hülpkes* (Fn. 3), vor 11. Abschnitt N 53 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu etwa Tages-Anzeiger vom 19. August 2010, S. 17.

⁸⁵ Vgl. dazu vorne V/2.2.

⁸⁶ *Zulauf* (Fn. 15), S. 1536.

⁸⁷ Vgl. Fn. 30 sowie insbesondere auch vorne II/5.