

Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Kaspar Ullmann
Laupenstrasse 27
CH-3003 Bern
regulation@finma.ch

9. Dezember 2024

Entwurf einer neuen Verordnung der FINMA über das Insolvenzverfahren bei Finanzmarktinstituten

Sehr geehrter Herr Ullmann

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (**FINMA**) hat interessierte Kreise eingeladen, zum Entwurf einer neuen Verordnung der FINMA über das Insolvenzverfahren bei Finanzmarktinstituten (die **Insolvenzverordnung FINMA**) Stellung zu nehmen. Da wir als Anwaltskanzlei häufig mit Fragen im Zusammenhang mit der Sanierung sowie Konkursliquidation von Finanzmarktinstituten befasst sind, haben wir den Entwurf der Insolvenzverordnung FINMA mit Interesse zur Kenntnis genommen. Einleitend möchten wir anmerken, dass wir den Erlass der Insolvenzverordnung FINMA im Grundsatz begrüßen. Nachfolgend lassen wir Ihnen im Rahmen unserer Vernehmlassung einige Änderungsvorschläge zukommen, die unseres Erachtens die Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der Sanierung und Konkursliquidation weiter stärken würden.

Änderungsvorschläge	Kommentare
<p>Art. 2 – Geltungsbereich</p> <p>¹ Diese Verordnung gilt für die folgenden Finanzmarktinstitute, für deren Sanierung oder Konkurs die FINMA zuständig ist:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Banken nach Artikel 1a BankG, Personen nach Artikel 1b Absatz 1 BankG und Gesellschaften nach Artikel 2^{bis}BankG sowie Zweigniederlassungen von ausländischen Banken nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Auslandbankenverordnung-FINMA vom 21. Oktober 1996; b. Pfandbriefzentralen nach dem PfG; c. Wertpapierhäuser nach Artikel 41 FINIG, Fondsleitungen nach Artikel 32 FINIG und Gesellschaften nach Artikel 4 FINIG sowie Zweigniederlassungen von ausländischen Wertpapierhäusern nach Artikel 52 Absatz 1 FINIG; d. Finanzmarktinfrastrukturen nach Artikel 2 Buchstabe a FinfraG sowie Gesellschaften nach Artikel 3 FinfraG; e. Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV) nach Artikel 36 Absatz 1 KAG mit Ausnahme von Limited Qualified Investor Funds nach Art. 118a KAG; f. Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen (KmGK) nach Artikel 98 KAG mit Ausnahme von Limited Qualified Investor Funds nach Art. 118a KAG; g. Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF) nach Artikel 110 Absatz 1 KAG; h. Versicherungsunternehmen nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b VAG, Versicherungszweckgesellschaften nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e VAG sowie Gesellschaften nach Artikel 2a VAG. <p>² Auf Finanzmarktinstitute nach Absatz 1 Buchstaben e–g sind die Bestimmungen zur Sanierung nicht anwendbar.</p>	<p>Die InsV FINMA müsste auch für Versicherungszweckgesellschaften gelten. Nach Art. 30e Abs. 2 VAG finden die Bestimmungen des VAG auf Versicherungszweckgesellschaften sinngemäss Anwendung. Insoweit ist unseres Erachtens fraglich, ob Art. 111d Abs. 1 AVO für die Nichtanwendbarkeit von Art. 51 – 54j VAG eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt. Vielmehr müsste aus Konsistenz- und Systemgründen für Insolvenzverfahren von Versicherungszweckgesellschaften ebenfalls die FINMA zuständig sein, zumal Versicherungszweckgesellschaften Risiken von Versicherungsunternehmen übernehmen.</p>
<p>Art. 5 – Insolvenzort</p> <p>¹ Bei juristischen Personen befindet sich der Sanierungs- oder Konkursort (Insolvenzort) am Sitz des Finanzmarktinstituts beziehungsweise der</p>	<p>Zur Klarstellung schlagen wir vor einen neuen Absatz für Versicherungszweckgesellschaften einzufügen (vgl. Vorschlag).</p>

<p>Zweigniederlassung eines ausländischen Finanzmarktinstituts in der Schweiz im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.</p> <p>² Hat ein Finanzmarktinstitut mehrere Sitze oder ein ausländisches Finanzmarktinstitut mehrere Zweigniederlassungen in der Schweiz, so bestimmt die FINMA den Insolvenzort.</p> <p>³ Bei natürlichen Personen befindet sich der Insolvenzort am Ort, an dem die bewilligungspflichtige Tätigkeit im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wird.</p> <p>⁴ Die Rechte der Gläubiger und Gläubigerinnen einer Risikogruppe der Versicherungs-zweckgesellschaft beschränken sich auf das Teilvermögen dieser Risikogruppe</p>	
<p>Art. 10 – Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen</p> <p>¹ Anerkennt die FINMA ein ausländisches Konkursdekret oder eine ausländische Insolvenzmassnahme, so sind bei Durchführung eines inländischen Verfahrens für das in der Schweiz befindliche Vermögen die Bestimmungen dieser Verordnung anwendbar. Wird kein inländisches Verfahren durchgeführt, so sind nur die Artikel 6 und 7 sowie der vorliegende Artikel anwendbar.</p> <p>² Wird ein inländisches Verfahren durchgeführt, so bestimmt die FINMA den einheitlichen Insolvenzort in der Schweiz und den Kreis der am inländischen Verfahren beteiligten Gläubiger und Gläubigerinnen.</p> <p>³ Sie macht die Anerkennung sowie, im Fall eines inländischen Verfahrens, den Kreis der an diesem beteiligten Gläubiger und Gläubigerinnen öffentlich bekannt.</p> <p>⁴ Wird im Rahmen der Anerkennung das in der Schweiz befindliche Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung gestellt, so ist die ausländische Insolvenzverwaltung verpflichtet, der FINMA bis zur Beendigung ihrer Handlungen in der Schweiz jährlich Bericht zum Stand der Verbringung des in der Schweiz befindlichen Vermögens ins Ausland zu erstatten.</p>	<p>Art. 37g BankG sowie Art. 10 BIV-FINMA finden dem expliziten Wortlaut zufolge Anwendung auf die Anerkennung von ausländischen Konkursdekreten sowie Insolvenzmassnahmen. In den genannten Fällen sind die ausländischen bankenkonkurs- und insolvenzrechtlichen Anordnungen in aller Regel auf die Generalexekution sowie Auslieferung des sich in der Schweiz befindlichen Vermögens der konkursiten bzw. insolventen Bank gerichtet.</p> <p>Der Wortlaut von Art. 37g Abs. 1 BankG ist breit formuliert und erfasst gemäss herrschender Lehre ebenfalls die Anerkennung von Sanierungsmassnahmen, hinsichtlich welcher eine Durchsetzung in der Schweiz keine Auslieferung von Vermögenswerten erfordert – namentlich die Anordnung einer vollständigen oder partiellen Abschreibung von Fremdkapital bzw. deren Wandlung in Eigenkapital (<i>Bail-in</i>).</p> <p>Zur Schaffung von Rechtssicherheit wäre eine entsprechende Klarstellung (im Einklang mit der herrschenden Lehre) begrüssenswert, wonach Art. 37g BankG sowie das Verfahren gemäss Art. 10 InsV-FINMA ebenfalls in Bezug auf Sanierungsmassnahmen zur Anwendung gelangt, welche keine Auslieferung von Vermögenswerten zum Gegenstand haben.</p>

<p>Art. 11 – Eröffnung des Verfahrens</p> <p>¹ Die FINMA eröffnet das Sanierungsverfahren mittels Verfügung. Sie macht die Eröffnung sofort öffentlich bekannt.</p> <p>² Sie regelt in der Eröffnungsverfügung, ob bereits bestehende Schutzmassnahmen nach Artikel 26 BankG oder Artikel 51 VAG weiterzuführen oder anzupassen sind und ob neue Schutzmassnahmen erforderlich sind.</p> <p>³ Sie kann mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens auch bereits den Sanierungsplan genehmigen.</p> <p>⁴ Es besteht kein Anspruch auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens.</p> <p>⁵ In begründeten Fällen kann auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist. In einem solchen Fall unterbleibt die Mitteilung an das Handelsregisteramt</p>	<p>Unseres Erachtens sollte eine Bestimmung analog Art. 293c Abs. 2 SchKG aufgenommen werden, damit in bestimmten Fällen eine "stille" Sanierung durchgeführt werden kann (vgl. Vorschlag).</p>
<p>Art. 12 – Sanierungsbeauftragter oder Sanierungsbeauftragte</p> <p>¹ Die FINMA setzt mittels Verfügung einen Sanierungsbeauftragten oder eine Sanierungsbeauftragte ein, sofern sie die entsprechenden Aufgaben nicht selbst wahrnimmt.</p> <p>² Setzt die FINMA einen Sanierungsbeauftragten oder eine Sanierungsbeauftragte ein, so muss sie bei der Auswahl darauf achten sicherstellen:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. dass die betreffende Person zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag auszuüben; und b. keinen Interessenkonflikten unterliegt, die der Aufgabenteilung entgegenstehen. <p>³ Die FINMA legt fest, welche Befugnisse der oder die Sanierungsbeauftragte hat und ob er oder sie anstelle der Organe des Finanzmarktinstituts handeln kann.</p>	<p>Unseres Erachtens würde Rechtssicherheit geschaffen werden, wenn die FINMA die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere betreffend Kosten, Berichterstattung und Kontrolle des oder der Sanierungsbeauftragten mittels Verfügung präzisieren würde (vgl. Vorschlag).</p>

<p>⁴ Die FINMA präzisiert die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere betreffend Kosten, Berichterstattung und Kontrolle des oder der Sanierungsbeauftragten mittels Verfügung.</p> <p>⁵ Sie teilt dem zuständigen Handelsregisteramt die Einsetzung des Sanierungsbeauftragten oder der Sanierungsbeauftragten unverzüglich mit.</p>	
<p>Art. 14 – Ablehnung des Sanierungsplans durch die Gläubiger und Gläubigerinnen</p> <p>¹ Die Frist zur Ablehnung des Sanierungsplans nach Artikel 31a BankG oder Artikel 52k VAG beträgt mindestens zehn Tage. Die Übertragung von Passiven und Vertragsverhältnissen und der damit verbundene Schuldnerwechsel gelten nicht als Eingriff in die Rechte der Gläubiger und Gläubigerinnen im Sinne von Artikel 31a BankG oder Artikel 52k VAG, soweit es sich dabei nicht um eine Übertragung des Versicherungsbestands eines Versicherungsunternehmens handelt.</p> <p>² Gläubiger und Gläubigerinnen, die den Sanierungsplan ablehnen wollen, müssen dies schriftlich tun. Sie müssen den Namen, die Adresse, die Höhe der Forderung im Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens und den Forderungsgrund angeben. Die Ablehnungsschrift ist an den Sanierungsbeauftragten oder die Sanierungsbeauftragte oder, wenn kein solcher oder keine solche eingesetzt ist, an die FINMA zu richten.</p>	<p>Es besteht aus zivilrechtlicher Sicht keine Rechtfertigung, Versicherungsbestände anders zu regeln als andere Vertragsverhältnisse. Beide Tatbestände sind naturgemäß mit einem Schuldnerwechsel verbunden, der nach zivilrechtlichen Grundsätzen einer Annahme durch den Gläubiger bedürfte. Allgemein fragt sich, ob es für Art. 14 Abs. 1 Satz 2 eine gesetzliche Grundlage gibt, da dadurch Artikel 31a BankG oder Artikel 52k VAG geändert werden. Jedenfalls ist die Andersbehandlung des Versicherungsbestandes abzulehnen (vgl. Streichung).</p>
<p>Art. 17 – Einsetzung einer Konkursverwaltung</p> <p>¹ Die FINMA setzt mittels Verfügung einen externen Konkursliquidator oder eine externe Konkursliquidatorin als Konkursverwaltung ein, sofern sie die entsprechenden Aufgaben nicht selbst wahrt.</p> <p>² Setzt die FINMA eine Konkursverwaltung ein, so muss sie bei der Auswahl darauf achten sicherstellen, dass die betreffende Person:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag auszuüben; und b. keinen Interessenkonflikten unterliegt, die der Auftragserteilung entgegenstehen. 	<p>Unseres Erachtens würde Rechtssicherheit geschaffen werden, wenn die FINMA die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere betreffend Kosten, Berichterstattung und Kontrolle der Konkursverwaltung mittels Verfügung präzisieren würde (vgl. Vorschlag).</p>

<p>³ Die FINMA präzisiert die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere betreffend Kosten, Berichterstattung und Kontrolle der Konkursverwaltung mittels Verfügung.</p> <p>⁴ Sie teilt dem zuständigen Handelsregisteramt die Einsetzung der Konkursverwaltung unverzüglich mit.</p>	
<p>Art. 27 – Guthaben und Admassierung</p> <p>¹ Die Konkursverwaltung zieht fällige Forderungen der Konkursmasse im In- und Ausland ein, nötigenfalls auf dem Wege der Zwangsvollstreckung.</p> <p>² Die Konkursverwaltung prüft Ansprüche der Konkursmasse auf bewegliche Sachen, die sich im Gewahrsam oder Mitgewahrsam einer Drittperson befinden, oder auf Grundstücke, die im Grundbuch auf den Namen einer Drittperson eingetragen sind.</p> <p>³ Die Konkursverwaltung prüft, ob zivilrechtliche Ansprüche erhoben und Rechtsgeschäfte nach den Artikeln 285–292 SchKG angefochten werden können. Die Dauer eines vorausgegangenen Sanierungsverfahrens sowie einer vorgängig angeordneten Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h BankG oder Artikel 51 Absatz 2 Buchstaben a, b, d, e oder i VAG werden bei den Fristen der Artikel 286–288 SchKG nicht mitberechnet.</p> <p>⁴ Beabsichtigt die Konkursverwaltung, eine bestrittene Forderung oder einen Anspruch nach Absatz 2 oder 3 auf dem Klageweg weiterzuverfolgen, so holt sie von der FINMA die Zustimmung und zweckdienliche Weisungen ein.</p> <p>⁵ Klagt die Konkursverwaltung nicht, so trifft sie eine der folgenden beiden Massnahmen:</p> <ol style="list-style-type: none"> Sie gibt den Gläubigern und Gläubigerinnen die Möglichkeit, nach Artikel 260 Absätze 1 und 2 SchKG die Abtretung des Klagerechts zu verlangen, und setzt ihnen dazu eine angemessene Frist. Sie verwertet die betreffenden Forderungen und die übrigen Ansprüche. <p>⁶ Verbleibt nach der vollständigen Rückzahlung von Pfandbriefdarlehen ein Über- schuss an Deckung oder ergibt sich im Zusammenhang mit der Übertragung von Darlehen und der Deckung nach Artikel 40a Absatz 3 PfG ein Erlös, so werden daraus</p>	<p>In Abs. 3 sollte klargestellt werden, dass die Konkursverwaltung auch zivilrechtliche Ansprüche wie z.B. Verantwortlichkeitsansprüche erheben kann (vgl. Art. 757 OR).</p> <p>Mit diesem Änderungsvorschlag muss aber Art. 37 Abs. 3 letzter Satz angepasst werden (s. unten). Denn bei den der Konkursmasse bzw. der konkursten Gesellschaft zustehenden Ansprüche, wie z.B. Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber Organen handelt es sich – im Gegensatz zu den paulianischen Anfechtungsansprüchen, die ihrem Wesen nach insolvenzrechtlich sind – um zivilrechtliche Ansprüche (vgl. auch Änderungen im Normtext des besagten Artikels):</p> <p><i>Handelt es sich um Rechtsansprüche nach Artikel 27 Absatz 3 <u>gestützt auf Rechtsgeschäfte gemäss Artikeln 285–292 SchKG</u>, so ist die weitere Verwertung ausgeschlossen.</i></p>

zunächst die Kosten der Konkursverwaltung für die Separierung einschliesslich der Verwaltung von Darlehen und Deckung gedeckt. Verbleibt ein Überschuss, so fällt dieser der Konkursmasse zu.	
<p>Art. 37 – Abtretung von Rechtsansprüchen</p> <p>¹ Verlangt ein Gläubiger oder eine Gläubigerin nach Artikel 260 Absätze 1 und 2 SchKG die Abtretung eines Rechtsanspruchs der Konkursmasse, so bestimmt die Konkursverwaltung in der Bescheinigung über die Abtretung die Frist, innert der der Abtretungsgläubiger oder die Abtretungsgläubigerin den Rechtsanspruch gerichtlich geltend machen muss. Bei unbenutztem Ablauf der Frist fällt die Abtretung dahin.</p> <p>² Die Abtretungsgläubiger und Abtretungsgläubigerinnen müssen der Konkursverwaltung oder, nach Abschluss des Konkursverfahrens, der FINMA ohne Verzug über das Resultat der Geltendmachung berichten. Resultiert aus der Geltendmachung ein Überschuss und steht dies erst nach Abschluss des Konkursverfahrens fest, so ist Artikel 44 sinngemäss anwendbar.</p> <p>³ Verlangt kein Gläubiger und keine Gläubigerin die Abtretung oder ist die Frist zur Geltendmachung unbenutzt abgelaufen, so entscheidet die Konkursverwaltung oder, nach Abschluss des Konkursverfahrens, die FINMA über die allfällige weitere Verwertung dieser Rechtsansprüche. Handelt es sich um Rechtsansprüche nach Artikel 27 Absatz 3 <i>gestützt auf Rechtsgeschäfte gemäss Artikeln 285–292 SchKG</i>, so ist die weitere Verwertung ausgeschlossen.</p>	Vgl. Änderungsvorschlag zu Art. 37.

Wir würden uns sehr freuen, wenn die vorstehenden Überlegungen und Formulierungen für Sie von Interesse wären. Selbstverständlich stehen wir für Fragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,



Hansjürg Appenzeller



Stefan Kramer