Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede

Von Prof. Dr. Franco Lorandi, Universität St. Gallen

The regular enforcement proceedings against a bank before opening of bankruptcy, such as the realization of a pledge or attachment of assets, are governed by the Bankruptcy Act. The bankruptcy regime for banks is governed by the rules provided for by banking law and, in the absence of such rules, by the Bankruptcy Act. However, FINMA is empowered to enact provisions which deviate from the regular bankruptcy rules. Due to this dual system, the interrelation between the insolvency regime for banks and the Bankruptcy Act is complex and depends on the specific issue to be decided on. There are no general rules which can be followed in this respect. With the exception of a reorganisation plan and enforcement measures, creditors cannot challenge decisions to be taken during bankruptcy proceedings. However, contrary to the prevailing doctrine, this does not mean that the decisions taken by the bankruptcy liquidator are of no legal force or cannot be reviewed by civil law courts.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Verhältnis des bankenrechtlichen Sonderregimes zum SchKG beim Sanierungsrecht
1. **Bankenstundung**
2. **Rangfolge der Gläubigerforderungen**
3. **Paulianische Anfechtung**
4. **Masseverbindlichkeiten**
III. Verhältnis des bankenrechtlichen Sonderregimes zum SchKG bei der Konkursliquidation
1. **Materielles Konkursrecht**
2. **Formelles Konkursrecht (Verfahrensrecht)**
2.1 In Abwesenheit von bankengesetzlichen Sonderbestimmungen
2.2 In Bereichen mit bankenrechtlicher Sonderregelung
IV. Aufsicht/Verfügungskompetenz des verfahrensleitenden Organs/Rechtsmittelweg
1. **Im SchKG**
2. **Nach Bankengesetz**
2.1 Stellung der verfahrensleitenden Organe und Aufsicht
2.2 Rechtsmittel und Rechtsmittelweg
2.3 Verfügungskompetenz
2.4 Nichtigkeit von Verfügungen eines Konkursliquidators

I. Einleitung

Das bankengesetzliche Insolvenzrecht und das SchKG haben einen gemeinsamen Regelungsbereich, nämlich die *Generalexekution*. Diesbezüglich verfolgen beide ein gemeinsames Ziel: Die Aktiven sollen festgestellt, zusammengeführt und verwertet werden. Zudem sollen die Schulden (soweit als möglich) liquidiert werden.[1] Dafür muss das Insolvenzverfahren geregelt werden. Diesbezüglich ist das SchKG die «Mutter aller Insolvenzregime». Dies gilt nur schon in zeitlicher Hinsicht, ist das SchKG doch in der Tat seit 1892 in Kraft. Das SchKG hat sich in dieser Zeit bewährt. Es wurde zwar verschiedenen Teilrevisionen unterzogen; es wurde aber nie total revidiert.

Das SchKG ist für «gewöhnliche» Schuldner (dies im Gegensatz zu den Subjekten, welche dem bankengesetzlichen Insolvenzregime unterliegen[2]) ein Massengeschäft. Dies zeigt schon allein ein Blick auf die statistisch erfassten Vollstreckungsakte: Pro Jahr ergehen rund 2.7 Mio. Zahlungsbefehle, rund 13 000 Konkurseröffnungen, rund 1.4 Mio. Pfändungsvollzüge und rund 550 000 Verwertungen.[3] Ein Gesetz, dass sich seit über hundert Jahren täglich in der Praxis hundertfach bewährt hat, kann als tragfähige Grundlage auch für insolvenzrechtliche Sonderregime gelten.

Vorab stellt sich die Frage, welche *Institute den bankenrechtlichen Insolvenzbestimmungen unterstehen*. Das Bankengesetz gilt grundsätzlich für Banken, Privatbanken und Sparkassen (Art. 1 Abs. 1 BankG). Für das Insolvenzrecht wird diese Umschreibung aber *wesentlich erweitert:* Zum einen fallen neben den Banken i.e.S. (Art. 1 Abs. 1 BankG) auch die Effektenhändler nach BEHG (Art. 2 Abs. 1 lit. b BIV-FINMA) und die Pfandbriefzentralen nach PfG darunter (Art. 2 Abs. 1 lit. c BIV-FINMA). Zum anderen werden auch natürliche oder juristische Personen erfasst, welche ohne die erforderliche Bewilligung tätig sind: In Bezug auf die Konkursliquidation gilt dies generell. In Bezug auf die sanierungsrechtli-

[1] BBl 2002, 8091.

[2] Vgl. dazu sogleich unten im Text.

[3] Betreibungs- und Konkursstatistik des Bundes (Bundesamt für Statistik; aktualisiert per 16. Mai 2013).

chen Vorschriften (Art. 40–57 BankG) kann die FINMA (im Einzelfall) diese Bestimmungen für anwendbar erklären, wenn ein hinreichendes öffentliches Interesse vorliegt (Art. 2 Abs. 2 BIV-FINMA).

Da es in der Vergangenheit (glücklicherweise) sehr wenige Fälle gab, in denen das Sonderregime auf Banken angewandt werden musste,[4] konnte die EBK und nachfolgend die FINMA die Tauglichkeit dieser Sonderregime (namentlich was die Konkursliquidation angeht) in den Verfahren gegen sog. «Illegale» einem Praxistest unterziehen.[5] Auch wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in diesen Fällen bedeutend einfacher sind als bei Banken i.e.S., konnten doch wichtige Erfahrungen gesammelt werden.

In verschiedener Hinsicht richtet sich die Zwangsvollstreckung gegen Banken (i.S.v. Art. 2 BIV-FINMA) *nach dem SchKG* – und zwar abschliessend. Dies gilt für das gesamte *Einleitungsverfahren einer Betreibung* (Art. 67–88 SchKG), die *Betreibung auf Pfändung* (Art. 89–150 SchKG), die *Betreibung auf Pfandverwertung* (Art. 151–158 SchKG), die *Retentionsbetreibung* (Art. 283/284 SchKG), den *Arrest* (Art. 271–281 SchKG) und die *paulianische Anfechtung* (Art. 285–292 SchKG).[6]

Die Bankengesetzgebung und in deren Ausführung auch die BIV-FINMA regeln nur Teilaspekte des Insolvenzrechts besonders. Dies gilt grundsätzlich für die Verfahren der sog. *Generalexekution* (d.h. die Konkursliquidation und das Sanierungsrecht). Der Bundesgesetzgeber hat die Abgrenzung zwischen Sonderregime und SchKG unterschiedlich getroffen; je nachdem, ob es um das Sanierungsrecht oder um das Konkursrecht geht.

II. Verhältnis des bankenrechtlichen Sonderregimes zum SchKG beim Sanierungsrecht

Die Regulierung im Bereich der Sanierung ist komplex. Anders als ein Konkursverfahren kennt ein Sanierungsverfahren keinen strikten standardisierten Verfahrensablauf. Das Verfahren muss einerseits flexibel sein, um den Anforderungen im Einzelfall gerecht zu werden. Zum anderen muss es den Anforderungen der Voraussehbarkeit und Bestimmtheit genügen.[7] Im Rahmen des Bankenrechts wurde deshalb ein auf Banken zugeschnittenes besonderes Sanierungsverfahren mit spezifischen Massnahmen geschaffen.[8] Aufgrund dessen werden für das Sanierungsrecht die Bestimmungen des SchKG[9] (Art. 293–336) für nicht anwendbar erklärt (Art. 25 Abs. 3 BankG) – es wird sozusagen *tabula rasa* gemacht. Damit war es zwingend notwendig, für das Sanierungsverfahren ein umfassendes Sonderregime zu schaffen (Art. 25–32 BankG).

Aufgrund dessen kann als Grundregel das SchKG nicht als *lex generalis* Platz greifen. Bei offenen bzw. ungelösten Fragen sind vielmehr Lösungen aus dem Sinn und Geist des Bankengesetzes zu suchen (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). Dies gilt namentlich in Bezug auf die Schutzmassnahmen (Art. 26 BankG)[10], den Systemschutz (Art. 27 BankG), das Sanierungsverfahren und das Sanieren einer Bank (Art. 28 f. BankG), die Genehmigung (Art. 31 BankG) bzw. die Ablehnung des Sanierungsplans (Art. 31*a* BankG) und den Wertausgleich (Art. 31*b* BankG).

Einzig dort, wo das bankengesetzliche Sanierungsrecht in Teilbereichen ausdrücklich auf Institute des SchKG verweist oder solche rezipiert, können die entsprechenden SchKG-Bestimmungen in Lückenfüllung beigezogen werden. Dies gilt namentlich in Bezug auf folgende Aspekte:

[4] Vgl. Erläuterungsbericht der FINMA vom 16. Januar 2012 zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (zit. Erläuterungsbericht FINMA) unter <*http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/br-anhoerung-vkv 20120508-d.pdf*> (zuletzt geprüft am 7.8.2013), 7.

[5] Seit Juli 2004 bis Januar 2012 gab es 138 abgewickelte und 124 hängige Konkursliquidationen (vgl. Erläuterungsbericht FINMA [Fn. 4], 7; vgl. auch *Urs Zulauf/Mirjam Eggen*, Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2013, 110).

[6] Vgl. Art. 32 Abs. 1 BankG und Art. 21 Abs. 3 BIV-FINMA, wo *in globo* auf das SchKG verwiesen wird. Vgl. dazu auch hinten II.3. und III.2.1.

[7] Jahresbericht FINMA 2010 unter <*http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/finma_jb_2010_d.pdf*> (zuletzt geprüft am 7.8.2013), 47.

[8] BBl 2002 8080.

[9] Dasselbe gilt für den Konkursaufschub gemäss Art. 725/725*a* OR (Art. 25 Abs. 3 BankG).

[10] Zur Stundung vgl. aber II.2.

1. Bankenstundung

Eine von der FINMA angeordnete *Stundung* (Art. 26 Abs. 1 lit. h BankG) hat grundsätzlich die Wirkungen einer Nachlassstundung gemäss Art. 297 SchKG (Art. 26 Abs. 3 BankG). Diese beschlägt den Betreibungsstopp (Art. 297 Abs. 1 und 2 SchKG)[11], die Auswirkungen auf die Verjährungs- und Verwirkungsfristen (Art. 297 Abs. 1 SchKG, Art. 297 Abs. 6 revSchKG)[12] und die Verrechnung (Art. 297 Abs. 4 SchKG)[13]. Dies gilt auch in Bezug auf den Zinsenlauf (Art. 297 Abs. 3 SchKG, Art. 297 Abs. 8 revSchKG),[14] soweit die FINMA nichts anderes anordnet (Art. 26 Abs. 3 BankG).

Nach Inkrafttreten des *revidierten Sanierungsrechts im SchKG*[15] greifen auch weitere Wirkungen einer Nachlassstundung bei einer Bankenstundung Platz. Dies gilt m.E. für den Ausschluss von Arresten und anderen Sicherungsmassnahmen (Art. 297 Abs. 3 revSchKG), den Wegfall der Wirkungen genereller Debitorenzessionen für Forderungen, welche nach der Bankenstundung entstehen (Art. 297 Abs. 4 revSchKG), die Sistierung *(ex lege)* von Zivilprozessen und Verwaltungsverfahren (Art. 297 Abs. 5 revSchKG) und die optionale Umwandlung von Real- in Geldforderungen, sobald der Sanierungsbeauftragte dies der Gegenpartei mitteilt (Art. 297 Abs. 9 revSchKG). Das revidierte SchKG-Sanierungsrecht sieht neu bei einer Nachlassstundung auch ein ausserordentliches Kündigungsrecht des Schuldners in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse vor, wenn der Sachwalter zustimmt (Art. 297*a* revSchKG). Das Bankengesetz verweist zwar (in Art. 26 Abs. 4) nur auf Art. 297 SchKG. Damit ist das neue Kündigungsrecht, welches im Art. 297*a* revSchKG geregelt ist, zwar vom Verweis nicht ausdrücklich erfasst. Der Verweis ist jedoch funktional zu verstehen. Die Regelung des Kündigungsrechts für Dauerschuldverhältnisse gehört gesetzessystematisch zu den Wirkungen der Nachlassstundung. Es wurde nur deshalb in einem separaten Artikel geregelt, weil Art. 297 SchKG mit neun Absätzen schon (über Gebühr) lang wurde und es sich aufgedrängt hat, die Bestimmungen über die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen in einer separaten Norm zusammenzufassen. Art. 297*a* revSchKG kommt insofern sinngemäss zur Anwendung, als die Zustimmung (anstatt des Sachwalters) des Sanierungsbeauftragten bzw. der FINMA vorliegen muss.

2. Rangfolge der Gläubigerforderungen

Soweit auf die *Rangfolge der Gläubiger* (Art. 31 Abs. 1 lit. c BankG)[16], Forderungen der dritten Klasse (Art. 31*a* Abs. 2 BankG)[17], privilegierte (Art. 49 lit. a BIV-FINMA) bzw. nicht privilegierte Forderungen (Art. 48 lit. d Ziff. 3 BIV-FINMA) Bezug genommen wird, kommen die Grundsätze von Art. 219 Abs. 4 SchKG (ergänzt durch Art. 37*a* BankG[18]) zur Anwendung.[19] Die im Rahmen des Sanierungsrechts SchKG beschlossene Abschaffung des Privilegs (zweiter Klasse) für MWST-Forderungen (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e revSchKG) gilt unmittelbar auch im Geltungsbereich des BankG.

3. Paulianische Anfechtung

Bei Genehmigung eines Sanierungsplans können *paulianische Anfechtungsansprüche* geltend gemacht werden (nämlich von der Bank selbst). Diesbezüglich mussten nur einzelne Aspekte geregelt werden (Art. 32 BankG; Art. 44 Abs. 2 lit. e BIV-FINMA); im Übrigen kommen die Regeln von Art. 285 ff. SchKG zur Anwendung.[20] Auch diesbezüglich werden die im Rahmen des Sanierungsrechts nach SchKG beschlossenen Änderungen der paulianischen Anfechtung (Art. 285 Abs. 3[21], 286 Abs. 3, Art. 288 Abs. 2,

[11] BBl 2002 8082 f.
[12] BBl 2002 8083.
[13] BBl 2002 8083; BSK BankG-*Hess*, Art. 26 N 30.
[14] *Daniel Hunkeler*, Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten, SZW 2010, 483.
[15] Vgl. BBl 2013 4747 ff.; Inkrafttreten 1. Januar 2014.
[16] BBl 2002 8088; BSK BankG-*Hüpkes*, Art. 31 N 6.
[17] BBl 2002 8087.
[18] Vgl. auch den Verweis in Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. f SchKG.
[19] Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz, Bericht der vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission, 2000 (zit. Expertenbericht *Schaerer*), weiterführender Link unter <*http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00862/index.html*> (zuletzt geprüft am 14.8.2013), 63 f.
[20] BBl 2002 8089; BSK BankG-*Bauer*, Art. 32 N 2.
[21] Bei einem Sanierungsverfahren gemäss Bankeninsolvenzrecht gibt es weder ein Nachlassgericht noch einen Gläubigerausschuss, welcher (i.S.v. Art. 295 Abs. 3 revSchKG) eine Genehmigung erteilen könnte (welche die Anfechtbarkeit ausschliessen würde). M.E. bedeutet diese Norm im Kontext des Bankeninsolvenzrechts, dass die FINMA

Art. 288*a* und Art. 292 revSchKG) automatisch ins Bankeninsolvenzrecht «importiert».

4. Masseverbindlichkeiten

Verbindlichkeiten, welche die Bank während der Dauer des Sanierungsverfahrens mit Zustimmung des Sanierungsbeauftragten eingeht, werden im Falle eines Scheiterns der Sanierung im daran anschliessenden Konkursverfahren vor allen anderen Forderungen befriedigt (Art. 37 BankG; Art. 43 BIV-FINMA). Solche Ansprüche werden zu *Masseverbindlichkeiten*.[22] Diese Regelung lehnt sich offenkundig an diejenige während der Nachlassstundung an (Art. 310 Abs. 2 SchKG),[23] weshalb Lehre und Rechtsprechung dazu beigezogen werden können.

Auch in dieser Hinsicht ist zu beachten, dass Art. 310 Abs. 2 SchKG im Rahmen des Sanierungsrechts eine Änderung[24] erfährt, indem für Dauerschuldverhältnisse eine besondere Regelung eingeführt wird (Art. 310 Abs. 2 Satz 2 revSchKG). In einem funktionalen Verständnis der Verweisungsnorm von Art. 26 Abs. 3 BankG kommt auch Art. 310 Abs. 2 revSchKG im Bankeninsolvenzrecht zur Anwendung. Die Anwendung ist insofern eine sinngemässe, als die Zustimmung durch Sanierungsbeauftragten (anstatt durch Sachwalter) erfolgen muss.

Weiter kann auch die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 262 SchKG beigezogen werden, wenn es darum geht, wer über die Qualifizierung als Masseverbindlichkeit entscheidet und wie der Gläubiger vorzugehen hat.[25] Die Rangfolge innerhalb der Masseverbindlichkeiten ergibt sich dagegen – in teilweiser Abkehr von den Regeln des SchKG[26] – aus Art. 35 BIV-FINMA.

III. Verhältnis des bankenrechtlichen Sonderregimes zum SchKG bei der Konkursliquidation

Für die Konkursliquidation hat der Bundesgesetzgeber ein anderes Konzept gewählt: Die Liquidation einer Bank verfolgt letztlich dasselbe Ziel und hat grundsätzlich dieselben Wirkungen wie eine Konkurseröffnung nach SchKG: Die Aktiven sollen festgestellt, zusammengeführt und verwertet werden. Und die Schulden sollen (soweit als möglich) daraus bezahlt werden.[27] Das Bankenkonkursverfahren ist deshalb dem Konkursverfahren gemäss SchKG nachgebildet. Dabei trägt es den Besonderheiten der Bankenliquidation Rechnung und ermöglicht eine flexible, massgeschneiderte und rasche Abwicklung.[28] Die Notwendigkeit, für das Bankenkonkursverfahren vom SchKG abzuweichen, ist unterschiedlich beim materiellen und beim formellen Konkursrecht.

1. Materielles Konkursrecht

Die materiellrechtliche Rechtslage ist weitgehend dieselbe unabhängig davon, ob ein Schuldner nach den Bestimmungen des SchKG oder nach bankengesetzlichen Normen liquidiert wird. Im Bereich des materiellen Konkursrechts besteht deshalb kaum ein Bedarf für spezifische bankenrechtliche Bestimmungen.[29] Das Bankenkonkursrecht sieht nur sehr wenige abweichende Regelungen vor, wie etwa das *Absonderungsrecht von Depotwerten* (Art. 37*d* BankG). Aufgrund dessen wird im BankG das mate-

ihre Zustimmung erteilen müsste (was sie könnte), um eine Anfechtung auszuschliessen.

22 Vgl. Art. 35 BIV-FINMA; *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. Bern 2010, § 8 Rz. 357; BSK BankG-*Haas*, Art. 37 N 15.

23 Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 70; BBl 2002 8080; BSK BankG-*Haas*, Art. 37 N 1 ff., 16.

24 Diese ist jedoch als blosse Präzisierung des bisherigen Rechts (SchKG) zu verstehen.

25 BSK BankG-*Haas*, Art. 37 N 37.

26 Vgl. BGE 113 III 151; 59 III 171; 58 III 42 f.; 56 III 185 f.; 50 II 74 f.; *Walter Böni*, Die Masseverbindlichkeiten im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Freiburg i.Ue. 1959, 72, 74; *Peter Ludwig*, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 95; *Manuel Arroyo*, Zu Sinn und Tragweite von Art. 310 Abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren – Verbindlichkeiten der Masse, BJM 2003, 271 f.; CR LP-*Jeandin/Casonato*, Art. 262 N 8.

27 Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 67; BBl 2002 8091; Bericht Arbeitsgruppe BKV, 2005 unter <*http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2005/20050418/050418_03_d.pdf*> (zuletzt geprüft am 14.8.2013), 11; Eidgenössische Bankenkommission, Bankeninsolvenz – Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene (zit. EBK-Bankeninsolvenzbericht), Januar 2008 (http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/aktuell/20080128/20080128_d.pdf, zuletzt geprüft am 7.8.2013), 17; *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Art. 34 BankG N 3; BSK BankG-*Bauer/Haas*, Art. 34 N 7; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 352.

28 Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 47; EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 17.

29 Vgl. Jahresbericht FINMA 2010 (Fn. 7), 47; Jahresbericht FINMA 2011 unter <*http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/finma_jb_2011_d.pdf*> (zuletzt geprüft am 7.8.2013), 28.

rielle Konkursrecht gemäss SchKG (Art. 197–220 SchKG) durch Globalverweis «flächendeckend» für anwendbar erklärt (Art. 34 Abs. 1 BankG)[30].

Es handelt sich um einen *dynamischen Verweis,* indem auf das jeweils geltende SchKG verwiesen wird. Dies bedeutet, dass die im Rahmen des Sanierungsrechts SchKG vorgenommenen Anpassungen des Konkursrechts unmittelbar auch für das bankenrechtliche Konkursliquidationsverfahren gelten. Dies betrifft zum einen die Einteilung der Konkursforderungen in die drei Klassen gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG,[31] weshalb die Abschaffung des Konkursprivilegs für MWST-Forderungen (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. 3 revSchKG) auch hier gilt. Es betrifft zum anderen die neue Regel von Art. 211*a* revSchKG, welche Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen erfasst.

2. Formelles Konkursrecht (Verfahrensrecht)

Für das formelle Konkursrecht (d.h. den Verfahrensablauf; Art. 221–270 SchKG) hat der Gesetzgeber ebenfalls auf das SchKG verwiesen. Auch hier handelt es sich um einen dynamischen Verweis.[32] Dieser steht jedoch «unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen» (Art. 34 Abs. 2 BankG). Damit wird dem Bedarf zur Regulierung der verfahrensrechtlichen Vorschriften Rechnung getragen.[33] Zudem kann die FINMA abweichende[34] Verfügungen und Anordnungen treffen (Art. 34 Abs. 3 BankG). Dies erlaubt es ihr, sowohl im Einzelfall als auch in generell-abstrakter Form Regelungen zu treffen.[35]

Von der letztgenannten Befugnis machte die FINMA Gebrauch, indem sie die *BIV-FINMA*[36] erliess. Mit dieser Verordnung hat sie für beide Teilbereiche (Sanierung und Konkurs) eine in sich geschlossene (wenn auch nicht abschliessende[37]), *eigenständige und umfassende Regelung* geschaffen.[38] Man kann von einem «Sonderkonkursrecht» sprechen.[39] Dies ist namentlich aus der Optik des Praktikers sehr zu begrüssen, da damit über weite Strecken die Frage entfällt, welche Regeln des SchKG (namentlich zum Konkursverfahren) ergänzend zu den Bestimmungen des BankG zur Anwendung gelangen. Damit werden Auslegungsfragen (weitgehend) vermieden. Der Verfahrensablauf wird vorhersehbarer, was der Rechtssicherheit zuträglich ist.[40] Der im Vorfeld zum Erlass der BIV-FINMA eingesetzten Expertengruppe ist zuzustimmen, dass dem Praktiker mit der Verordnung zusammen mit dem Erläuterungsbericht eine gute *«Wegleitung»* dazu in die Hand gegeben wird.[41]

Dessen ungeachtet gibt es immer wieder Einzelfragen, welche sich weder aufgrund der Normen des BankG noch gemäss der BIV-FINMA eindeutig beantworten lassen. In Abwesenheit spezialgesetzlicher Bestimmungen stellt sich die Frage, ob bzw. inwiefern Normen oder Rechtsgrundsätze des SchKG als *lex generalis* zur Anwendung kommen sollen bzw. können. Diese Frage ist m.E. wie folgt zu beantworten:

Der Umstand, dass die BIV-FINMA eine umfassende und eigenständige Regelung darstellt, schliesst nicht aus, dass (auch ohne ausdrücklichen Verweis)

[30] Vgl. dazu Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 67 f.; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 23; *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 34 BankG N 3 ff.; BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 7 ff.; *Raphael Jaeger/Thomas Hautle,* Bankenkonkurs und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP 2009, 398.

[31] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 68.

[32] Vgl. III.1.

[33] Jahresbericht FINMA 2010 (Fn. 7), 47; Jahresbericht FINMA 2011 (Fn. 29), 28.

[34] Die Abweichung bezieht sich auf die Bestimmungen des SchKG, nicht etwa auf das Bankenrecht (BBl 2002 8092; BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 29; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3771/2012 vom 12. März 2013, E. 2.3.1).

[35] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 68; BBl 2002 8092; *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 34 BankG N 1; BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 27.

[36] Früher erliess die EBK gestützt auf Art. 34 Abs. 3 BankG die Bankenkonkursverordnung (BKV) (welche in weiten Teilen in die BIV-FINMA Eingang gefunden hat).

[37] Die Verordnung soll die gesetzlichen Bestimmungen erläutern, aber nicht wiederholen (Erläuterungsbericht FINMA [Fn. 4], 8).

[38] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 3 ff.

[39] Jahresbericht FINMA 2011 (Fn. 29), 28; *Zulauf/Eggen* (Fn. 5), 110; *Urs Pulver/Bertrand G. Schott,* Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011, 242 f.; vgl. auch EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 9.

[40] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 4; Jahresbericht FINMA 2010 (Fn. 7), 47; Jahresbericht FINMA 2011 (Fn. 29), 28; Jahresbericht FINMA 2012 unter <*http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/jahresbericht-2012-d.pdf*> (zuletzt geprüft am 7.8.2013), 47.

[41] Erläuterungsbericht FINMA (Fn. 4), 15.

Bestimmungen des SchKG subsidiär zur Anwendung gelangen.[42] Die bankenrechtlichen Bestimmungen sind *lex specialis* und das SchKG ist die *lex generalis.*[43] Als solche kann das SchKG grundsätzlich immer dann zur Anwendung gelangen, wenn bankenrechtliche Bestimmungen fehlen.[44] Dies gilt nicht nur für Bestimmungen des SchKG selbst, sondern auch für sonstige vollstreckungsrechtliche Normen in Nebenerlassen, namentlich solche der KOV[45], der VZG[46], der GebV SchKG[47], der VVAG oder der VPAG[48].

2.1 In Abwesenheit von bankengesetzlichen Sonderbestimmungen

Für viele Aspekte kommen mangels abweichender Regelung im Bankenrecht oder zufolge expliziter oder impliziter Verweisung die Regeln des SchKG zur Anwendung. Dies gilt namentlich für folgende Aspekte:

- Inventaraufnahme (Art. 16 Abs. 2 BIV-FINMA, Art. 221 ff. SchKG).[49]
- Mitwirkungspflicht der schuldnerischen Organe (Art. 222 und 228 f. SchKG).[50]
- Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 23 BIV-FINMA, Art. 230/230*a* SchKG).[51]
- Schuldenruf (Art. 232 SchKG),[52] einschliesslich der Gefahr, dass Vorzugsrechte erlöschen können, wenn sie nicht fristgemäss bzw. zufolge eines erheblichen Verschuldens des Berechtigten massgeblich verspätet angemeldet werden (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG).[53]
- Aussonderung und Aussonderungsklage (Art. 20 BIV-FINMA, 242 SchKG).[54]
- Admassierung (Art. 21 Abs. 2 BIV-FINMA, Art. 242 Abs. 3 SchKG).[55]
- Einziehung fälliger Guthaben (Art. 21 Abs. 1 BIV-FINMA, Art. 243 Abs. 1 SchKG).
- Prüfung der Gläubigerforderungen (Art. 26 BIV-FINMA, Art. 244 SchKG).[56]
- Erstellung des Kollokationsplans[57] und der Lastenverzeichnisse (Art. 27 BIV-FINMA, Art. 245 ff. SchKG).
- Kollokationsklage (Art. 30 BIV-FINMA, Art. 250 SchKG).[58]
- Versteigerung (Art. 32 BIV-FINMA, Art. 257 ff. SchKG).[59]
- Freihandverkauf (Art. 31 BIV-FINMA, Art. 256 SchKG):[60] Abweichend von der Regelung im SchKG kommt der Freihandverkauf im Verhältnis zur Steigerung jedoch nicht nur subsidiär zur

[42] So auch Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 43; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 5; *Oliver Arter,* Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, Bern 2008, 286 Fn. 1690; *Jaeger/Hautle* (Fn. 39), 397; *Oliver Arter/Christina Federle,* Bank- und Versicherungsaufsicht: Gleichklang und Unterschiede, in: Peter Nobel (Hrsg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Institutionengefüge zum Finanzmarkt, Bern 2009, 96; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 349.

[43] BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 1.

[44] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 2.

[45] Vgl. Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 26.

[46] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 23; *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 34 BankG N 1 und 13; BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 4 und 21.

[47] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 24.

[48] *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 34 BankG N 1.

[49] BBl 2002 8090, 8092; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 14; *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 34 BankG N 11; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 353.

[50] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 68; BBl 2002 8092; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 14; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 353.

[51] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 18; *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 34 BankG N 9; BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 15.

[52] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 42, 65, 68; BBl 2002 8092; BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 17; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 353.

[53] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 15.

[54] BBl 2002 8078, 8090; EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 20.

[55] BBl 2002 8090.

[56] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 68; BBl 2002 8090, 8092; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 353.

[57] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 42; BBl 2002 8090, 8092; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 22; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 353; für registerpfandgesicherte Forderungen kann der Konkursliquidator jedoch mit Zustimmung der FINMA einen separaten Kollokationsplan erstellen, wenn Systemrisiken nur so begrenzt werden können (Art. 27 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 5 BIV-FINMA).

[58] BBl 2002 8078; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 22; EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 20.

[59] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 23. Abweichend vom SchKG ist die öffentliche Versteigerung aber nicht die ordentliche Verwertungsart; ihr kommt keine vorrangige Bedeutung zu (Bericht Arbeitsgruppe BKV [Fn. 27], 22; EBK-Bankeninsolvenzbericht [Fn. 27], 18).

[60] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 17 (wo mit «Forderungsverkauf» bzw. «Verkauf» ein Freihandverkauf gemeint ist); EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 18, 20 (wo ausdrücklich von Freihandhandverkauf die Rede ist).

Anwendung,[61] sondern beide Verwertungsarten sind gleichwertig. Bei einem Freihandverkauf gemäss SchKG sind zwei Kautelen zu beachten: Bei der Verwertung von verpfändeten Objekten muss die Zustimmung des Pfandgläubigers vorliegen (Art. 256 Abs. 2 SchKG). Zudem dürfen Vermögensstücke von bedeutendem Wert[62] und Grundstücke nur freihändig verwertet werden, wenn den Gläubigern vorgängig das *Recht zum höheren Angebot* eingeräumt worden ist (Art. 256 Abs. 3 SchKG). Beide Kautelen gründen darin, dass der Freihandverkauf (im SchKG) nicht die ordentliche Verwertungsart ist. Die Gleichstellung des Freihandverkaufs mit der Steigerung im Bankeninsolvenzrecht könnte so verstanden werden, dass beide genannten Kautelen für einen Freihandverkauf nicht einzuhalten sind. Die Zustimmung der Pfandgläubiger wird in der BIV-FINMA jedoch ausdrücklich vorgeschrieben (Art. 31 Abs. 2). Das Recht zum höheren Angebot wird in der BIV-FINMA nicht geregelt. Angesichts der Regelung in Art. 34 Abs. 2 BankG ist aus der (bloss) impliziten Gleichstellung des Freihandverkaufs mit der Steigerung nicht zu schliessen, dass damit das Recht zum höheren Angebot gemäss SchKG derogiert werden sollte. Damit gilt dieses Recht im Bankeninsolvenzrecht gleichermassen, wenn ein Vermögenswert von bedeutendem Wert oder ein Grundstück freihändig verwertet werden soll.

- Abtretung von Rechtsansprüchen (Art. 28 Abs. 4 und Art. 33 BIV-FINMA; Art. 260 SchKG):[63] Abweichend vom SchKG (Art. 260 Abs. 3) ist die Verwertung (qua Steigerung oder Freihandverkauf) nicht subsidiär zur Abtretung nach Art. 260 SchKG, d.h. diese Verwertungsarten können ohne Weiteres anstelle der Abtretung erfolgen (Art. 19 Abs. 6 BIV-FINMA).[64] Ebenfalls abweichend von der Praxis zu Art. 260 SchKG[65] fällt die Abtretungsverfügung im bankenrechtlichen Konkursverfahren automatisch mit Ablauf der Frist (und nicht erst durch Widerruf des verfahrensleitenden Organs) dahin (Art. 33 Abs. 1 Satz 2 BIV-FINMA, sofern die Frist nicht vom Konkursliquidator verlängert wird).
- Paulianische Anfechtung (Art. 21 Abs. 3 BIV-FINMA, Art. 285 ff. SchKG):[66] Auch diesbezüglich werden die im Rahmen des Sanierungsrechts SchKG beschlossenen Änderungen der paulianischen Anfechtung (Art. 285 Abs. 3, Art. 286 Abs. 3, Art. 288 Abs. 2 und Art. 292 revSchKG) automatisch ins Bankeninsolvenzrecht «importiert».
- Grundsätze der Verteilung einschliesslich Abschlagszahlungen (Art. 36 BIV-FINMA, Art. 261 ff. SchKG).[67]
- Folgen für Gläubiger, welche Forderungen im Verfahren nicht eingegeben haben (Art. 267 SchKG).
- Hinterlegung von Vermögenswerten bei der Depositenanstalt (Art. 38 BIV-FINMA, Art. 264 Abs. 3 SchKG).
- Wirkungen eines Konkursverlustscheins (Art. 265 SchKG).[68] Abweichend vom SchKG muss den Gläubigern nur auf Verlangen ein Konkursverlustschein ausgestellt werden, worauf sie vom Konkursliquidator aufmerksam gemacht werden müssen (Art. 37 BIV-FINMA).
- Vorgehen bei der nachträglichen Entdeckung von Vermögenswerten (Art. 39 BIV-FINMA, Art. 269 SchKG).

2.2 In Bereichen mit bankenrechtlicher Sonderregelung

Beschlägt eine Lücke dagegen eine Frage, welche das SchKG nicht regelt, oder ergeben sich bankengesetzlich besondere Aspekte, welche im gemeinrecht-

[61] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 22; EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 18; *Jaeger/Hautle* (Fn. 30), 397.

[62] Die Frage des bedeutenden Werts hat im Bankeninsolvenzrecht auch eine Bedeutung, aber eine andere: Vermögenswerte ohne bedeutenden Wert können ohne Aufschub verwertet werden (Art. 31 Abs. 1 lit. d BIV-FINMA). Die betragsmässige Grenze eines bedeutenden Werts kann die FINMA auf Antrag des Konkursliquidators für das jeweilige Konkursverfahren festsetzen (Bericht Arbeitsgruppe BKV [Fn. 27], 23; vgl. auch Erläuterungsbericht FINMA [Fn. 4], 25).

[63] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 24; *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Art. 34 BankG N 14.

[64] EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 18, 21.

[65] Vgl. BGE 121 III 291, E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 5C.194/2001 vom 25. Februar 2002, E. 5a; 5A_170/2012 vom 24. August 2012, E. 5.3.2 (=Pra 2013 Nr. 27).

[66] BSK BankG-*Bauer/Haas*, Art. 34 N 5.

[67] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 42, 73; BBl 2002 8090; a.M. BBl 2002 8092; *Nobel* (Fn. 22), § 8 Rz. 363.

[68] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 27; *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Art. 34 BankG N 16.

lichen Konkursverfahren so nicht vorherrschen, dann wird man nur sehr zurückhaltend auf SchKG-rechtliche Regeln zurückgreifen können. Dies scheint immerhin in drei Fällen möglich:[69]

(i) Art. 28 BIV-FINMA regelt, wie *Forderungen, die Gegenstand eines Zivilprozesses oder eines Verwaltungsverfahrens sind,* bei der Kollokation zu behandeln sind. Da diese Norm im Wesentlichen Art. 63 KOV nachgebildet ist, kann weitgehend auf die diesbezügliche Lehre und Rechtsprechung abgestellt werden.

(ii) *Aus den Büchern ersichtliche Forderungen* werden im Bankenkonkurs bei der Kollokation von Amtes wegen (d.h. auch ohne Anmeldung) berücksichtigt (Art. 8 i.V.m. Art. 26 Abs. 2 lit. b BIV-FINMA). Diese Regelung entspricht weitgehend Art. 321 Abs. 1 SchKG für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Die entsprechende Lehre und Rechtsprechung zu dieser Norm können deshalb weitgehend auch für das Bankenkonkursrecht herangezogen werden.

(iii) Soweit die Gläubiger überhaupt (ausnahmsweise) Beschlüsse fassen können, können sie dies auch auf dem *Zirkularweg* tun (Art. 14 Abs. 4 BIV-FINMA). Diesbezüglich kann weitgehend auf Lehre und Praxis zu Art. 255*a* SchKG abgestellt werden.

In aller Regel drängen sich jedoch in Nachachtung der bankenrechtlichen Sonderregelungen eigenständige Lösungen auf, indem Lücken durch Richterrecht zu schliessen sind (vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). So verhält es sich etwa in Bezug auf folgende Fragen, welche (weitgehend) spezialgesetzlich besonders geregelt sind:[70]

- Die Notwendigkeit und die Kompetenzen von Gläubigerversammlungen (Art. 14 BIV-FINMA).
- Die Notwendigkeit und die Befugnisse eines Gläubigerausschusses (Art. 15 BIV-FINMA).
- Es gibt nur ein mögliches Konkursverfahren; dieses kann von der FINMA auf den Einzelfall zugeschnitten werden; es gibt aber *kein summarisches Konkursverfahren.*[71]
- Absonderung von Depotwerten (Art. 37*d* BankG, Art. 16 Abs. 3 BIV-FINMA).
- Anfechtung von Verwertungshandlungen (Art. 34 BIV-FINMA).[72]
- Der Konkursliquidator kann mit Zustimmung der FINMA *für registerpfandgesicherte Forderungen* einen *separaten Kollokationsplan* erstellen, wenn Systemrisiken nur so begrenzt werden können (Art. 27 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 5 BIV-FINMA).
- Wenn der Konkursliquidator eine vom Drittschuldner *bestrittene Aktivforderung der Konkursmasse auf dem Klageweg geltend* machen will, so holt er von der FINMA zweckdienliche Weisungen ein (Art. 21 Abs. 4 BIV-FINMA).

IV. Aufsicht/Verfügungskompetenz des verfahrensleitenden Organs/ Rechtsmittelweg

Eine der grundlegenden Abweichungen des Bankeninsolvenzregimes vom SchKG betrifft die Frage der Aufsicht, der Verfügungskompetenz und damit des Rechtsmittelwegs. Diese Fragen sind miteinander verknüpft.

1. Im SchKG

Die Regelung im SchKG ist einfach und hat sich bewährt: Die verfahrensleitenden Organe (in der Generalexekution das Konkursamt bzw. die Konkursverwaltung und im Nachlassverfahren der Sachwalter bzw. der Liquidator) handeln hoheitlich. Sie unterstehen der Aufsicht der SchKG-Aufsichtsbehörden (Art. 13 f. SchKG). Die verfahrensleitenden Organe erlassen Verfügungen im Einzelfall. Diese können allesamt mit SchKG-Beschwerde bei den kantonalen Aufsichtsbehörden angefochten werden (Art. 17 Abs. 1, Art. 18, Art. 241 und Art. 295 Abs. 3 SchKG). Die SchKG-Aufsichtsbehörden können auch über die Nichtigkeit von Verfügungen entscheiden (Art. 22 SchKG). Entscheide der (einzigen oder obe-

[69] Diese Aufzählung hat keinen abschliessenden Charakter.

[70] Für einen Überblick über die hauptsächlichen Unterschiede zum Konkursverfahren nach SchKG vgl. EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 18.

[71] EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 18; *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 34 BankG N 9; BSK BankG-*Bauer/Haas,* Art. 34 N 3 und 15; *Jaeger/Hautle* (Fn. 30), 397.

[72] Vgl. dazu näher IV.2.2.

ren; Art. 13 SchKG) kantonalen Aufsichtsbehörde können grundsätzlich (mit Beschwerde in Zivilsachen) beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 72 Abs. 2 lit. a BBG).

2. Nach Bankengesetz

2.1 Stellung der verfahrensleitenden Organe und Aufsicht

Auch nach Bankengesetz ist weitgehend unbestritten, dass das verfahrensleitende Organ in Ausübung seiner Tätigkeit (nämlich der Abwicklung eines Insolvenzverfahrens) hoheitliche Aufgaben wahrnimmt (vgl. Art. 6 Abs. 1 BIV-FINMA).[73] Dies gilt sowohl für den Konkursliquidator als auch für den Sanierungsbeauftragten. Sie unterstehen nicht der Aufsicht der SchKG-Aufsichtsbehörden,[74] sondern ausschliesslich der *Aufsicht der FINMA*, von welcher sie auch eingesetzt werden (Art. 33 Abs. 2 BankG).[75]

2.2 Rechtsmittel und Rechtsmittelweg

In Bezug auf den Rechtsmittelweg gilt, dass Gläubiger und Anteilseigner bei Sanierungsverfahren und bei einer Konkursliquidation einzig[76] gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen können. Die Beschwerde nach Art. 17 SchKG wird ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 24 Abs. 2 BankG).[77]

Grund für die äusserst beschränkte Möglichkeit, Beschwerde zu führen, ist, dass die Gläubiger und Eigner im Interesse der Gesamtheit der Betroffenen und eines zielgerichteten Verfahrens nur gegen die für sie wichtigsten Verfügungen Beschwerde erheben können sollen.[78] Es sollte zudem verhindert werden, dass (wie im SchKG) ein Gläubiger gegen jede einzelne Verfügung Beschwerde ergreifen und damit das Verfahren blockieren bzw. massiv verzögern kann.[79]

Während das BankG nur die Beschwerden von Gläubigern und Anteilseignern bzw. deren fehlende Beschwerdelegitimation regelt (Art. 24 Abs. 2 BankG), geht die BIV-FINMA weiter, indem sie an die Entscheide selbst anknüpft: *Entscheide* von Personen, welche von der FINMA mit Aufgaben im Insolvenzbereich betraut worden sind (Art. 6 Abs. 1 BIV-FINMA),[80] sind *keine Verfügungen* (Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA[81]).[82] Wer mit Entscheidungen der verfahrensleitenden Personen nicht einverstanden ist, kann dies der FINMA anzeigen (Art. 6 Abs. 1 BIV-FINMA). Die FINMA beurteilt den Sachverhalt, trifft die notwendigen Massnahmen und erlässt, falls erforderlich, eine Verfügung (Art. 6 Abs. 3 BIV-FINMA).

Das *Rechtsmittelverfahren* knüpft damit erst an eine (allfällige) Verfügung der FINMA an.[83] So kann gegen Verfügungen der FINMA Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht geführt werden (Art. 1 und 31 VGG). Beschwerden haben von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung; der Instruktions-

[73] Erläuterungsbericht FINMA (Fn. 4), 21; Anhörungsbericht zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vom 22. Oktober 2012 (zit. Anhörungsbericht) unter *<http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/be-biv-finma-d.pdf>* (zuletzt geprüft am 7.8.2013), 6; Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission, Beauftragte der EBK (zit. EBK-Bericht Beauftragte), 2008 unter *<http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/aktuell/20080320/20080320_02d.pdf>* (zuletzt geprüft am 7.8.2013), 21, 27; a.M. Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 82, wonach die Mandatierten keine öffentlichen Aufgaben im engeren Sinn erfüllen; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 3, sowie *Pulver/Schott* (Fn. 39), 294, wonach der Konkursliquidator keine Behörde sei; BSK BankG-*Bauer*, Art. 33 N 34, wonach der Konkursliquidator nicht als konkursgesetzliches Organ handle bzw. *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Art. 33 BankG N 12, wonach der Konkursliquidator kein mit öffentlichrechtlichen Funktionen betrautes Organ sei.

[74] BBl 2002 8091.

[75] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 66; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 3; EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 17; *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Art. 33 BankG N 8; BSK BankG-*Bauer*, Art. 33 N 6 und 31; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3771/2012 vom 12. März 2013, E. 2.3.3.

[76] Da die Beschränkung der anfechtbaren Akte nur das laufende Konkursverfahren betrifft, kann auch die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven angefochten werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2526/2011 vom 7. August 2012, E. 4.2.3).

[77] Weshalb das Rechtsmittelregime gleichsam «in Anlehnung an das SchKG» zu verstehen sein soll (so BBl 2002 8079), ist nicht einsichtig.

[78] BBl 2002 8072, 8078; BGE 137 II 431 E. 2.2.4; 131 II 306 E. 1.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_237/2009 vom 28. September 2009, E. 3.2; BSK BankG-*Poledna/Marazzotta*, Art. 24 N 26.

[79] BBl 2002 8078.

[80] Dies sind Untersuchungsbeauftragte (Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG), Sanierungsbeauftragte (Art. 28 Abs. 3 BankG) und Konkursliquidatoren (Art. 33 Abs. 2 BankG).

[81] Analoge Regelungen gelten für Insolvenzverfahren über Versicherungen (Art. 6 Abs. 2 VKV-FINMA) und kollektive Kapitalanlagen (Art. 6 Abs. 2 KAKV-FINMA).

[82] BBl 2002 8079.

[83] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 48; BBl 2002 8079; EBK-Bericht Beauftragte (Fn. 73), 21.

richter kann einer Beschwerde jedoch aufschiebende Wirkung erteilen (Art. 24 Abs. 2 BankG). Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts können alsdann ans Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

In Bezug auf *Verwertungshandlungen*[84] muss der Konkursliquidator periodisch einen *Verwertungsplan* aufstellen, der über die zur Verwertung anstehenden Konkursaktiven und die Art ihrer Verwertung Auskunft gibt (Art. 34 Abs. 1 BIV-FINMA).[85] Der Verwertungsplan wird den Gläubigern mitgeteilt und der Konkursliquidator setzt ihnen Frist an, um über die darin aufgeführten Verwertungshandlungen von der FINMA eine anfechtbare Verfügung verlangen zu können (Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA). Damit können die Gläubiger ihren (sehr beschränkten) Einfluss auf den Ablauf des Konkursverfahrens ausüben.[86]

2.3 *Verfügungskompetenz*

Grund für das dargelegte Regime ist, dass die verfahrensleitenden Personen als «verlängerter Arm» der FINMA agieren sollen.[87] Für die Durchführung des Verfahrens soll weiterhin (in letzter Konsequenz) die *FINMA* zuständig sein;[88] bei ihr soll sozusagen die *Verfahrenshoheit* verbleiben. Daraus wird gemeinhin geschlossen, dass dem Konkursliquidator keine Verfügungskompetenz zukommen soll.[89]

Dies würde bedeuten, dass die verfahrensleitende Person (namentlich ein Konkursliquidator) zwar das gesamte Konkursverfahren abwickelt, dies aber tut bzw. tun müsste, ohne Verfügungen erlassen zu können. Dieses Regime soll generell gelten, also nicht nur für sonstige Entscheide im Einzelfall, sondern namentlich auch für Verwertungshandlungen (Art. 32 BIV-FINMA), insbesondere auch Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG (Art. 33 BIV-FINMA), die Erstellung und Auflage des Kollokationsplans (Art. 27 BIV-FINMA), die Abweisung von Aussonderungsbegehren oder die Ausstellung von Verlustscheinen (Art. 37 BIV-FINMA).

Diese Konklusion überzeugt nicht. Sie ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Sie ist weder notwendig noch sinnfällig. Letztlich beruht sie m.E. auf einem *Denkfehler:* Das Gesetz sagt einzig, dass Entscheide der verfahrensleitenden Organe nicht angefochten werden können (Art. 24 Abs. 2 BankG). Das Gesetz stipuliert damit eine Regel in Bezug auf das Rechtsmittelverfahren.[90] Nicht mehr und nicht weniger. Es geht weder darum, den Entscheidungen der verfahrensleitenden Personen die Verfügungsqualität noch darum den verfahrensleitenden Personen die Verfügungskompetenz abzusprechen. Aus dem Ausschluss

[84] Weder das BankG noch die BIV-FINMA definieren, was eine Verwertungshandlung ist. Die Konkursliquidation ist unter Vorbehalt der Bestimmungen des BankG nach den Art. 221–270 SchKG durchzuführen (Art. 34 Abs. 2 BankG). Das BankG enthält für die Konkursliquidation insolventer Banken keinerlei Bestimmungen über die Verwertung der Aktiven. Der gesetzliche Vorbehalt greift damit nicht Platz. Für das Bankenkonkursrecht gilt in Bezug auf die Verwertung somit die Regelung des SchKG. Die Verwertung ist im SchKG in den Art. 252–260 geregelt (Marginale vor Art. 252 SchKG «V. Verwertung»). Als Verwertungsarten kennt das SchKG für den Konkurs die Versteigerung (Art. 257–259), den Freihandverkauf (Art. 256 Abs. 2–4) sowie die Abtretung gemäss Art. 260 (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3771/2012 vom 12. März 2013, E. 1.4.2, 1.4.3 und 1.4.5). Das Gesetz nennt die Verwertungsarten abschliessend. Es gilt ein *numerus clausus* der zulässigen Verwertungsarten (*Franco Lorandi,* Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Bern 1994 [zit. Freihandverkauf], 7). Damit gelten als Verwertungshandlungen (i.S.v. Art. 24 Abs. 2 BankG und Art. 34 BIV-FINMA) die Versteigerung, der Freihandverkauf und die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG.

[85] Art. 34 Abs. 3 BIV-FINMA besagt, dass eine Abtretung von Rechtsansprüchen nicht als Verwertungshandlung gilt. Dies widerspricht übergeordnetem Bundesrecht, sodass diese Bestimmung keine Wirkungen entfaltet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3771/2012 vom 12. März 2013, E. 2.3.1.). Letztlich scheint die Norm aber eher unglücklich formuliert denn unzulässig zu sein. Aus dem Sachzusammenhang liegt nahe, die Norm so zu verstehen, dass Abtretungen von Rechtsansprüchen nicht in den Verwertungsplan aufgenommen werden müssen. Damit handelt es sich bei Licht betrachtet um eine reine Verfahrensnorm, welche zulässig ist.

[86] Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 22 f.

[87] EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 14.

[88] Anhörungsbericht (Fn. 73), 6 f.

[89] Expertenbericht *Schaerer* (Fn. 19), 48, 66; BBl 2002 8079; Bericht Arbeitsgruppe BKV (Fn. 27), 1 f.; EBK-Bankeninsolvenzbericht (Fn. 27), 14; *Bodmer/Kleiner/Lutz,* Art. 33 BankG N 11, Art. 34 BankG N 11; BSK BankG-*Poledna/Marazzotta,* Art. 24 N 29; BSK BankG-*Bauer,* Art. 33 N 33; *Carlo Lombardini,* Droit bancaire Suisse, 2. Aufl., Zürich 2008, Kap. X Rz. 33; *Pulver/Schott* (Fn. 39), 284.

[90] So ist auch Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA bei richtiger Lesart zu verstehen: Es liegen keine Verfügungen *i.S. von Art. 5 VwVG* vor. Wären sie solche, dann könnten sie angefochten werden. Insofern will Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA nicht die Verfügungsqualität in Abrede stellen, sondern die *Untauglichkeit* (der Verfügungen) *als Anfechtungsobjekt* zum Ausdruck bringen.

eines Rechtsmittels zu folgern, ein Entscheid der verfahrensleitenden Person sei keine Verfügung,[91] ist verfehlt; es wird sozusagen das Kind mit dem Bade ausgeschüttet.

Die Entscheide der verfahrensleitenden Organe haben sehr wohl als *Verfügungen* zu gelten – sie sind aber als (gewollte) Besonderheit *nicht anfechtbar*. Als Verfügungen erzeugen sie unmittelbar Rechtswirkungen, welche von den Parteien des Insolvenzverfahrens und den sonstigen Behörden zu beachten sind (und zwar gleichermassen, wie wenn die Verfügungen anfechtbar wären). Dies gilt namentlich für folgende Entscheide:

(i) Bei der *Verwertung* (durch Versteigerung oder Freihandverkauf) kommt der Rechtsakt mit dem Steigerungszuschlag (Art. 229 Abs. 1 OR) bzw. (beim Freihandverkauf) durch Austausch der übereinstimmenden Willenserklärungen zustande.[92] Dabei handelt es sich um eine (aus Sicht des Erwerbers zustimmungsbedürftige) Verfügung.[93] Das Zustandekommen des Verwertungsaktes bewirkt *ex lege* den Rechtsübergang auf den Erwerber; allfällige zivilrechtliche Verfügungsgeschäfte (Besitzübertragung bei Fahrnis, Abtretung bei Forderungen und anderen Rechten, Grundbucheintrag bei Grundstücken) haben rein deklaratorische Wirkung.[94]

(ii) Die *Bescheinigung* über eine erfolgte *Abtretung gemäss Art. 260 SchKG* ergeht als Verfügung.[95] Sie begründet im Prozess ohne Weiteres die Prozessführungsbefugnis des Abtretungsgläubigers.[96] Dies ist vom Gericht oder allenfalls von der Verwaltungsbehörde (als Prozessvoraussetzung) grundsätzlich von Amtes wegen zu beachten.[97]

(iii) *Kollokationsentscheide* (Art. 27 Abs. 1 BIV-FINMA) stellen Verfügungen[98] dar und können (bzw. müssen, ansonsten sie in Rechtskraft erwachsen) innert Frist mit Kollokationsklage beim Zivilrichter angefochten werden (Art. 250 SchKG i.V.m. Art. 30 BankG).

(iv) Eine Fristansetzung im Rahmen eines *Aussonderungsverfahrens* (Art. 242 SchKG) hat Folgen für den Ansprecher, indem er sein Recht verwirkt, wenn er nicht rechtzeitig Klage erhebt (Art. 20 BIV-FINMA). Eine Fristansetzung gilt als Verfügung.[99]

(v) Auch *Fristansetzungen an die Gläubiger* (Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 6, Art. 22 Abs. 2, Art. 33 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA) stellen Verfügungen dar; Säumnis zieht die jeweiligen Konsequenzen im Einzelfall nach sich, weshalb auch solche Fristansetzungen als Verfügungen gelten.[100]

(vi) Das Ausstellen eines *Konkursverlustscheins* (Art. 37 BIV-FINMA) stellt eine Verfügung dar; sie hat die Wirkungen gemäss SchKG[101] (Art. 37 Abs. 1 BIV-FINMA). Diese Wirkungen sind von den Beteiligten und den Behörden zu beachten.

2.4 Nichtigkeit von Verfügungen eines Konkursliquidators

Nachdem etabliert ist, dass der Konkursliquidator[102] im Lauf einer Bankenliquidation Verfügungen erlassen kann,[103] stellt sich die Frage, ob solche Ver-

[91] Die «falsche Spur» wurde bereits mit der Botschaft zur Änderung des BankG (BBl 2002 8060 ff.) gelegt und seither in der Materialien und in der Literatur «verschleppt».

[92] Vgl. *Lorandi*, Freihandverkauf (Fn. 84), 55 ff.; Urteil des Bundesgerichts 7B.66/2003 vom 11. Juni 2003, E. 2.2.

[93] *Lorandi*, Freihandverkauf (Fn. 84), 38; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_590/2010 vom 20. Dezember 2010, E. 3: «Zu Recht steht nicht in Frage, dass der Freihandverkauf eine Verfügung ist (...)».

[94] *Lorandi*, Freihandverkauf (Fn. 84), 110 ff.; BGE 128 III 108 f. m.w.H.

[95] Vgl. *Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 47 Rz. 1 und 14; KUKO-*Bürgi*, Art. 260 SchKG N 9.

[96] BGE 132 III 346; 122 III 202; Urteile des Bundesgerichts 4C.312/2005 vom 10. Januar 2005, E. 2.3.3; 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000, E. 4b.

[97] Urteil des Bundesgerichts 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000, E. 4b.

[98] Vgl. *Lombardini* (Fn. 89), Kap. 10 Rz. 40.

[99] Unter Verfügung ist eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren zu verstehen, welche in Ausübung der amtlichen Funktion auf Grund des SchKG und/oder dessen Ausführungsbestimmungen erlassen worden ist (BGE 129 III 400). Diese Verfügung muss das Verfahren vorantreiben und Aussenwirkung zeigen (*Franco Lorandi*, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Art. 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, Art. 17 SchKG N 46 ff.; BGE 116 III 93).

[100] Vgl. Fn. 68.

[101] Art. 265, Art. 265*a*, Art. 149 Abs. 4 und Art. 149*a* SchKG.

[102] Ähnliches gilt – wenn auch in untergeordnetem Mass – für den Sanierungsbeauftragten.

[103] Vgl. IV.2.2.

fügungen (auch wenn diese nicht angefochten werden können) nichtig sein können, und wer diesfalls über die Frage der Nichtigkeit entscheiden kann bzw. die Nichtigkeit zu beachten hat.

Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Verfügungen des Konkursliquidators nicht nichtig sein könnten. Wenn Verfügungen fehlerhaft sein können (womit sie in der Regel mit Beschwerde anfechtbar sind[104]), so können sie auch qualifiziert fehlerhaft, d.h. nichtig sein.[105] Der Begriff der *Nichtigkeit* ist im Bankeninsolvenzrecht kein anderer als im SchKG. Art. 22 SchKG ist damit auch im Bankeninsolvenzrecht einschlägig. Zum Begriff der Nichtigkeit gemäss Art. 22 SchKG besteht eine reichhaltige (und jahrzehntelange) Rechtsprechung des Bundesgerichts.[106] Davon abzuweichen, besteht auch im Bankeninsolvenzrecht keine Veranlassung.[107]

Über die Nichtigkeit entscheidet in erster Linie die zuständige Aufsichtsbehörde (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Nachdem die *FINMA* die (ausschliessliche) Aufsicht über den Konkursliquidator ausübt (Art. 33 Abs. 2 BankG),[108] kommt ihr die Befugnis zu, auf Anzeige hin (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 BIV-FINMA[109]) oder aufgrund eigener Wahrnehmung die Nichtigkeit festzustellen.

Sofern *andere Behörden* (wie etwa Grundbuchämter[110] oder Gerichte[111]) mit der Frage der Nichtigkeit von Verfügungen des Konkursliquidators konfrontiert sind, werden sie (analog Art. 173 Abs. 2 SchKG) ihren Entscheid aussetzen, und die Frage der Nichtigkeit der FINMA als Aufsichtsbehörde unterbreiten.[112] Gerichte können die Nichtigkeit *ausnahmsweise* dann selber (vorfrageweise) prüfen, wenn sich diese Frage aufgrund der zugänglichen Akten zweifelsfrei beurteilen lässt und überdies damit zu rechnen ist, dass die FINMA (als Aufsichtsbehörde) die Nichtigkeit ebenfalls beachten wird.[113]

Nachdem die FINMA (aufgrund der von ihr erlassenen BIV-FINMA) der (nach der hier vertretenen Meinung unzutreffenden) Ansicht zu sein scheint, dass ein Konkursliquidator schon gar keine Verfügungen erlassen kann (sodass diese auch nicht nichtig sein könnten), muss im heutigen Zeitpunkt bezweifelt werden, ob die FINMA einen (vorfrageweisen) richterlichen Entscheid, welcher sich mit der Frage der Nichtigkeit einer Verfügung eines Konkursliquidators befasst, beachten würde. Es ist deshalb zu empfehlen, dass andere Behörden die Frage der Nichtigkeit vorerst der FINMA zum Entscheid unterbreiten. Sollte die FINMA auf solche Anfragen nicht eintreten (mit der Begründung, es liege schon keine Verfügung vor, sodass sich die Frage der Nichtigkeit gar nicht stellen könne), steht m.E. nichts entgegen, dass die Behörde (namentlich ein Gericht), welche sich mit der Frage der Nichtigkeit befassen muss, diese nachfolgend in eigener Kompetenz prüft. Ansonsten kann sie die für sie relevante Vorfrage keiner Entscheidung zuführen.

[104] Was in Bezug auf Verfügungen des Konkursliquidators allerdings gerade nicht möglich ist (vgl. IV.B.2); dies ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht von Belang.

[105] Vgl. auch Urteil des Bundesvewaltungsgerichts B-377/2012 vom 12. März 2013, E. 1.8 und 2, in Bezug auf nichtige Entscheide der FINMA.

[106] Vgl. *Lorandi* (Fn. 99), Art. 22 SchKG N 12 ff.; BSK SchKG I-*Cometta/Möckli*, Art. 22 N 3 ff. jeweils mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis.

[107] Im Entscheid B-377/2012 vom 12. März 2013 (E. 2) hat das Bundesverwaltungsgericht – allerdings in Bezug auf einen Entscheid der FINMA (nicht eines Konkursliquidators) – den verwaltungsrechtlichen Begriff der Nichtigkeit angewandt, welcher mit jenem gemäss Art. 22 SchKG nicht deckungsgleich ist.

[108] Vgl. IV.2.1.

[109] Soweit es um Nichtigkeit geht, ist jedoch (entgegen Art. 6 Abs. 1 BIV-FINMA) keine persönliche Betroffenheit des Anzeigenden notwendig (vgl. *Lorandi* [Fn. 99], Art. 22 SchKG N 170).

[110] Etwa bei der Verwertung von Grundstücken (Verwertungshandlungen gelten als Verfügungen; vgl. IV.B.3.(i)).

[111] Etwa bei Prozessen, an welchen Abtretungsgläubiger beteiligt sind (Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG gelten als Verfügungen; vgl. IV.B.3. (ii)).

[112] Im Geltungsbereich des SchKG vgl. BGE 118 III 6; 96 III 34, 119; 73 I 356 f.; BlSchK 1991, 71; 1989, 188; *Lorandi* (Fn. 99), Art. 22 SchKG N 149.

[113] Im Geltungsbereich des SchKG vgl. *Hans U. Walder*, Beschwerdeverfahren, Abgrenzung kantonales Recht/Bundesrecht, Fristen, nichtige Verfügungen, ZSR 115/1996 I, 202; *Lorandi* (Fn. 99), Art. 22 SchKG N 151; KUKO-*Dieth*, Art. 22 SchKG N 8; BGE 96 III 119, 34.