



Die allgemeinen Spielregeln im Bankenkonkursrecht

FRANCO LORANDI

Für das Konkursverfahren über eine Bank gelten teilweise spezielle Regeln, um den besonderen Aspekten bei der Liquidation einer Bank Rechnung zu tragen. Das Bankengesetz (BankG) verweist für das formelle und das materielle Konkursrecht weitgehend auf das SchKG (Art. 34 Abs. 1 und Abs. 2 BankG). Weder das BankG noch die Bankeninsolvenzverordnung der FINMA (BIV-FINMA) sprechen sich dazu aus, inwiefern die allgemeinen Bestimmungen des SchKG (Art. 5 bis Art. 37) im Bankenkonkursverfahren gelten. Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage nach.

La procédure de mise en faillite d'une banque prévoit certaines règles spécifiques afin de tenir compte des aspects particuliers liés à la liquidation d'une banque. La loi sur les banques (LB) renvoie en grande partie à la LP pour les dispositions formelles et matérielles de la faillite (art. 34 al. 1 et al. 2 LB). Ni la LB, ni l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA) ne se prononcent sur l'application des dispositions générales de la LP (art. 5 à 37 LP) dans le cadre de la procédure de faillite bancaire. La présente contribution examine cette question.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Allgemeine Verfahrensregeln (ausserhalb des formellen Konkursrechts)
 - A. Keine Anwendung des VwVG
 1. Keine Anwendung zufolge Verweisung in Art. 53 FINMAG
 2. Keine Anwendung aufgrund des Geltungsbereichs des VwVG
 - B. Analoge Anwendung von Normen des SchKG im Allgemeinen
 - C. Allgemeine Verfahrensregeln zu verschiedenen Aspekten
 1. Haftung (Art. 5 ff. SchKG)
 2. Einsichtsrecht (Art. 8/8a SchKG)
 3. Ausstandspflicht/verbotene Rechtsgeschäfte (Art. 10/11 SchKG)
 4. Kantonale Aufsichtsbehörden (Art. 13 ff. SchKG)/betriebsrechtliche Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG)/Nichtigkeit von Verfügungen (Art. 22 SchKG)
 5. Depositenanstalten (Art. 9 und Art. 24 SchKG)
 6. Gewerbmässige Vertretung im Insolvenzverfahren (Art. 27 SchKG)
 7. Fristen (Art. 31 ff., Art. 56 ff. SchKG)
 8. Zustellung (Art. 34/35 und Art. 64/66 SchKG)
 9. Begrifflichkeiten (Art. 37 SchKG)

I. Einleitung

Die konkursrechtliche Liquidation einer Bank¹ verfolgt dasselbe Ziel und hat grundsätzlich dieselben Wirkungen

wie ein Konkursverfahren nach SchKG²: Das Bankenkonkursverfahren ist deshalb dem Konkursverfahren gemäss SchKG weitgehend nachgebildet. Dabei trägt es den Besonderheiten der Bankenliquidation Rechnung. Das BankG begnügt sich damit, einzelne Sondernormen für den Bankenkonkurs aufzustellen, und der FINMA eine Kompetenz einzuräumen, von den Regeln des SchKG abzuweichen. Im Übrigen verweist das BankG weitgehend auf das SchKG.

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 Bestimmungen³. Das Bankenkonkursrecht sieht deshalb nur sehr wenige abweichende Regelungen vor, wie etwa das Absonderungsrecht von Depotwerten (Art. 37d BankG). Aufgrund dessen erklärt das BankG das *materielle Konkursrecht* gemäss SchKG (Art. 197 bis Art. 220 SchKG) durch Globalver-

FRANCO LORANDI, Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Partner Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich.

¹ Das Bankenkonkursregime gilt für (i) Banken, Privatbanken und Sparkassen (Art. 1 Abs. 1 BankG), (ii) Effektenhändler nach BEHG (Art. 2 Abs. 1 lit. b BIV-FINMA), (iii) Pfandbriefzentralen nach PfG (Art. 2 Abs. 1 lit. c BIV-FINMA), (iv) für natürliche und juristische Personen, welche ohne die erforderliche Bewilligung tätig

sind (Art. 2 Abs. 2 BIV-FINMA), (v) Konzernobergesellschaften (Art. 2^{bis} Abs. 1 lit. a BankG) sowie (vi) von der FINMA bezeichnete wesentliche Gruppengesellschaften (Art. 2^{bis} Abs. 1 lit. b und Abs. 3 BankG). Art. 2^{bis} BankG ist seit 1. Januar 2016 in Kraft.

² Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1).

³ Vgl. Jahresbericht FINMA 2010, unter https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/jb10_d_finma.pdf?la=de (zuletzt geprüft am 13.1.2016), 47; Jahresbericht FINMA 2011, unter https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/jb11_d_finma.pdf?la=de (zuletzt geprüft am 13.1.2016), 28.

weis «flächendeckend» für anwendbar (Art. 34 Abs. 1 BankG)^{4/5}.

Für das *formelle Konkursrecht* (d.h. den Verfahrensablauf) verweist das BankG ebenfalls auf das SchKG (Art. 221 bis Art. 270). Dieser Verweis steht jedoch «unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen» (Art. 34 Abs. 2 BankG). Damit wird dem Bedarf zur Regulierung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen im Bankenkonkurs Rechnung getragen⁶. Zudem kann die FINMA vom SchKG⁷ abweichende Verfügungen und Anordnungen treffen (Art. 34 Abs. 3 BankG). Dies erlaubt es der FINMA, sowohl im Einzelfall als auch in generell-abstrakter Form Regelungen zu treffen⁸.

Von der letztgenannten Befugnis hat die FINMA namentlich mit Erlass der *BIV-FINMA*⁹ Gebrauch gemacht¹⁰. Mit dieser Verordnung hat die FINMA namentlich für das Bankenkonkursverfahren eine in sich geschlossene (wenn auch nicht abschliessende¹¹), *eigenständige und umfas-*

sende Regelung geschaffen¹². Man kann von einem «Sonderkonkursrecht» sprechen¹³.

Nebst dem materiellen und dem formellen Konkursrecht stellt sich jedoch eine Vielzahl von Fragen, welche für ein «gewöhnliches» Konkursverfahren im allgemeinen Teil des SchKG geregelt sind. Diesbezüglich sehen in verschiedener Hinsicht weder das BankG noch die BIV-FINMA eine Regelung vor. Es soll deshalb nachfolgend untersucht werden, welche Regeln für solche Fragen Platz greifen.

II. Allgemeine Verfahrensregeln (ausserhalb des formellen Konkursrechts)

A. Keine Anwendung des VwVG

1. Keine Anwendung zufolge Verweisung in Art. 53 FINMAG

Gemäss Art. 53 FINMAG richtet sich das Verwaltungsverfahren¹⁴ nach dem VwVG¹⁵. Diese Verweisung bezieht sich auf die von der FINMA (selbst) geführten Verfahren¹⁶ – und nur auf solche. Dies ergibt sich zunächst aus der systematischen Stellung von Art. 53 FINMAG: Unter der Marginalie¹⁷ «Verfahren und Rechtschutz» befasst sich Art. 53 mit dem Verwaltungsverfahren und Art. 54 mit dem

⁴ Vgl. Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz, Bericht der vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission, Oktober 2000 (zit. Expertenbericht *Schaerer*), unter <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00862/index.html> (aktuell nicht mehr verfügbar), 67 f.; Bericht der durch die Eidgenössische Bankenkommision eingesetzten Arbeitsgruppe zum Entwurf einer Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision zum Konkurs von Banken und Effektenhändlern, März 2005 (zit. Bericht Arbeitsgruppe BKV), unter http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2005/20050418/050418_03_d.pdf (zuletzt geprüft am 13.1.2016), 23; Dieter Zobl/Renate Schwob/Hans Geiger/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Rolf H. Weber/Stefan Kramer (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand: 22. Nachlieferung 2014, Zürich 2014 (zit. BODMER/KLEINER/LUTZ), Art. 34 BankG N 3 ff.; Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK BankG-BEARBEITER), BSK BankG-BAUER/HAAS, Art. 34 N 7 ff.; RAPHAEL JAEGER/THOMAS HAUTLE, Bankenkonkurs und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP/PJA 2009, 397 ff., 398.

⁵ Vgl. dazu näher FRANCO LORANDI, Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede, SZW 2013, 497 ff. (zit. Insolvenzrecht), 500 f. m.w.H.

⁶ Jahresbericht FINMA 2010 (FN 3), 47; Jahresbericht FINMA 2011 (FN 3), 28.

⁷ Abweichungen vom Bankengesetz sind dagegen nicht zulässig (BBl 2002 8092; BSK BankG-BAUER/HAAS [FN 4], Art. 34 N 29; BVGer B-3771/2012 vom 12. März 2013, E. 2.3.1.).

⁸ Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 68; BBl 2002 8092; BODMER/KLEINER/LUTZ (FN 4), Art. 34 BankG N 1; BSK BankG-BAUER/HAAS (FN 4), Art. 34 N 27.

⁹ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändler (SR 952.05).

¹⁰ 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).

¹¹ Die Verordnung soll die gesetzlichen Bestimmungen erläutern, aber nicht wiederholen (Erläuterungsbericht der FINMA

vom 16. Januar 2012 zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA [zit. FINMA Erläuterungsbericht], unter <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/17-bankeninsolvenzverordnung/eb-biv-finma-d.pdf?la=de> [zuletzt geprüft am 13.1.2016], 8).

¹² Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 3 ff.

¹³ Jahresbericht FINMA 2011 (FN 3), 28; Eidgenössische Bankenkommision, Bankeninsolvenz – Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Januar 2008 (zit. EBK-Bankeninsolvenzbericht), unter https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/aktuell/20080128/20080128_d.pdf (zuletzt geprüft am 13.1.2016), 9; ÜRS ZULAUF/MIRJAM EGGEN, Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2013, 110; ÜRS PULVER/BERTRAND G. SCHOTT, Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen (Thomas Sprecher), Zürich 2011, 242 f.

¹⁴ So der Randtitel zu Art. 53 FINMAG.

¹⁵ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021).

¹⁶ Bericht der Eidgenössischen Bankenkommision, Beauftragte der EBK, März 2008 (zit. EBK-Bericht Beauftragte), unter http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/aktuell/20080320/20080320_02d.pdf (zuletzt geprüft am 13.1.2016), 22; Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz/Finanzmarktaufsicht, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK FINMAG-BEARBEITER), BSK FINMAG-LÉBRECHT, Art. 53 N 18 und N 19; BGE 129 II 189, BGE 126 II 122; BVGer B-3201/2014 vom 28. April 2015, E. 4.2.

¹⁷ Vor Art. 53 FINMAG.

Rechtsschutz, und zwar in Bezug auf die «Anfechtung von Verfügungen der FINMA» (Art. 54 Abs. 1 FINMAG).

Dass die Verweisung in Art. 53 FINMAG *ausschliesslich* die *Verwaltungsverfahren der FINMA* beschlägt, bestätigt sich aufgrund des Geltungsbereichs des FINMAG: So besagt dessen Art. 1 Abs. 2, dass das Gesetz die Organisation und die Aufsichtsinstrumente der FINMA festlegt. Nach dem FINMAG richtet sich zwar auch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten (Art. 36 FINMAG). Die Tätigkeit eines Konkursliquidators richtet sich dagegen nicht nach dem FINMAG: Die FINMA entzieht einem Beaufsichtigten die Bewilligung, wenn er die Voraussetzungen für die bewilligungspflichtige Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Art. 37 Abs. 1 FINMAG). Mit dem Entzug verliert der Beaufsichtigte das Recht, die Tätigkeit auszuüben. Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich dagegen nach den anwendbaren Finanzmarktgesetzen (Art. 37 Abs. 2 FINMAG).

Die Verweisung in Art. 53 FINMAG erfasst keinerlei Handlungen des Konkursliquidators. Dies gilt auch, wenn er den Gläubigern Frist ansetzt, um über im Verwertungsplan aufgeführten Verwertungshandlungen von der FINMA eine anfechtbare Verfügung zu verlangen (Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA) oder bevor in Bezug auf Handlungen des Konkursliquidators eine Anzeige an die FINMA ergeht (Art. 6 BIV-FINMA).

2. Keine Anwendung aufgrund des Geltungsbereichs des VwVG

Es stellt sich die Frage, ob das Handeln eines Konkursliquidators sonst (d.h. ohne Verweisung im FINMAG) vom Geltungsbereich des VwVG erfasst ist: Das VwVG findet Anwendung auf das Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde hin zu erledigen sind (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Ein Bankenkongressverfahren ist kein «Verfahren in Verwaltungssachen». Nach der Konzeption des Bankengesetzes agiert ein Konkursliquidator zudem nur als «verlängerter Arm» der FINMA¹⁸. Aufgrund dessen gilt er nicht als «Bundesverwaltungsbehörde» im Sinne des VwVG¹⁹. Dieses Gesetz findet schon aus diesem Grund keine Anwendung.

Das VwVG findet sodann nur auf Verwaltungsverfahren Anwendung, in denen Bundesbehörden Verfügungen erlassen können (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Als Bundesverwaltungsbehörde gelten unter anderem andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen von übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes verfügen (Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG). Ein Konkursliquidator im Rahmen eines Bankenkongressverfahrens²⁰ ist keine Instanz (oder Organisation) im Sinne dieser Bestimmungen²¹. Es fehlt ihm nach herrschender Lehre die Befugnis, Verfügungen (Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA)²² bzw. solche i.S.v. Art. 5 VwVG zu erlassen²³.

Selbst wenn man den Konkursliquidator anders (d.h. als Behörde i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG) qualifizieren wollte, würde sich am Ergebnis nichts ändern. Das VwVG findet keine Anwendung, wenn gegen Verfügungen solcher Instanzen oder Organisationen (i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG) eine Beschwerde unmittelbar an eine Bundesbehörde unzulässig ist. Letztes ist unzweifelhaft der Fall (Art. 24 Abs. 2 BankG; Art. 6 BIV-FINMA)²⁴, weshalb das VwVG in keinem Fall Anwendung findet.

Das VwVG findet aufgrund des Ausgeführten auf *keinerlei Handlungen* eines Konkursliquidators Anwendung. Dies gilt auch, wenn er den Gläubigern Frist ansetzt, um über im Verwertungsplan aufgeführten Verwertungshandlungen von der FINMA eine anfechtbare Verfügung zu verlangen (Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA) oder bevor in Bezug auf Handlungen des Konkursliquidators eine Anzeige an die FINMA ergeht (Art. 6 BIV-FINMA). Oder anders gesagt: *An den Schnittstellen zwischen* dem Bankenkongressverfahren, welches vom Konkursliquidator geführt

¹⁸ EBK-Bankinsolvenzbericht (FN 13), 14; Anhörungsbericht zur Bankensolvenzverordnung-FINMA vom 22. Oktober 2012 (zit. Anhörungsbericht), 6; BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 2.3.

¹⁹ EBK-Bankinsolvenzbericht (FN 13), 14; EBK-Bericht Beauftragte (FN 16), 22; FINMA Erläuterungsbericht (FN 11), 21.

²⁰ Dasselbe gilt übrigens auch für den Sanierungsbeauftragten (FINMA Erläuterungsbericht [FN 11], 27).

²¹ Bericht der Eidgenössischen Bankenkommision zum Bankenkongress und Einlagensicherung vom Januar 2006, EBK 48/2006 (zit. Bankenkongressbericht), unter <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull48.pdf> (zuletzt geprüft am 13.1.2016), 136; EBK-Bericht Beauftragte (FN 16), 21.

²² BBI 2002 8079; Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 48, 66; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 1 ff.; EBK-Bankensolvenzbericht (FN 13), 14; Anhörungsbericht (FN 18), 6; BODMER/KLEINER/LUTZ (FN 4), Art. 33 BankG N 11, Art. 34 BankG N 11; BSK BankG-BAUER (FN 4), Art. 33 N 33; CARLO LOMBARDINI, *Droit bancaire Suisse*, 2. A., Zürich 2008, Kap. X Rz. 33; PULVER/SCHOTT (FN 13), 284.

²³ Bankenkongressbericht (FN 21), 136, 148; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 6, 9; FINMA Erläuterungsbericht (FN 11), 21; BSK BankG-HAAS/BAUER (FN 4), Art. 25 N 55; RETO SCHILDKNECHT, *Das neue schweizerische Bankensolvenzrecht*, in: *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III* (Hrsg. Thomas Sprecher), Zürich 2013, 83.

²⁴ BBI 2002 8079; vgl. auch vor FN 22.

wird, und den Verfahrensfragen, für welche die FINMA zuständig ist, gelangt das VwVG nur und erst zur Anwendung, wenn (für die relevante Frage) ein Verfahren bei der FINMA anhängig ist – vorher nicht.

B. Analoge Anwendung von Normen des SchKG im Allgemeinen

Der Umstand, dass die BIV-FINMA eine umfassende und eigenständige Regelung darstellt, schliesst nicht aus, dass (auch ohne ausdrücklichen Verweis) *Bestimmungen des SchKG subsidiär zur Anwendung gelangen*²⁵. Die bankenrechtlichen Bestimmungen sind *lex specialis* und das SchKG ist die *lex generalis*²⁶. Als solche kann das SchKG²⁷ grundsätzlich immer dann zur Anwendung gelangen, wenn bankenrechtliche Bestimmungen fehlen²⁸.

C. Allgemeine Verfahrensregeln zu verschiedenen Aspekten

Die nachfolgend adressierten Aspekte ergeben sich aus dem allgemeinen Teil des SchKG (Art. 1 bis Art. 37 SchKG). Nicht eingegangen wird auf das materielle und das formelle Konkursrecht²⁹, soweit es in den Art. 197 bis Art. 220 bzw. in den Art. 221 bis Art. 270 SchKG zum

Ausdruck kommt. Hierzu wird auf die Sonderliteratur zum Bankenkonkursrecht verwiesen.

Bei der Frage, ob bzw. inwiefern die allgemeinen Bestimmungen des SchKG auch im Bankenkonkursverfahren zu Anwendung gelangen, ist zu beachten, dass die konkursrechtliche Liquidation einer Bank letztlich *denselben Zweck verfolgt* und grundsätzlich *dieselben Wirkungen* hat wie eine Konkursöffnung nach SchKG: Die Aktiven sollen festgestellt, zusammengeführt und verwertet werden, um die Schulden (soweit als möglich) daraus bezahlen zu können³⁰. Das Bankenkonkursverfahren ist deshalb dem Konkursverfahren gemäss SchKG nachgebildet. Dabei trägt es den Besonderheiten der Bankliquidation Rechnung und ermöglicht eine flexible, massgeschneiderte und rasche Abwicklung³¹. Sofern die Sondernormen des Bankenkonkursverfahrens keine abweichende Handhabung erheischen, spricht prima vista Vieles dafür und Wenig dagegen, die allgemeinen Regelungen des SchKG auch für das Sonderregime des Bankenkonkurses anzuwenden.

1. Haftung (Art. 5 ff. SchKG)

Die Haftung für Handlungen des Konkursamtes bzw. der Konkursverwaltung im Rahmen eines gewöhnlichen Konkursverfahrens richten sich nach Art. 5 ff. SchKG. Es gilt eine ausschliessliche (Art. 5 Abs. 2 SchKG) Staatshaftung des Kantons (Art. 5 Abs. 1 SchKG) im Sinne einer Kausalhaftung.

Die Haftung der FINMA und der von ihr Beauftragten richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (Art. 19 Abs. 1 FINMAG). Zu den Beauftragten gehören auch die Konkursliquidatoren in einem Bankenkonkursverfahren³².

Fügt ein Organ oder ein Angestellter einer mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit Dritten oder dem Bund widerrechtlich Schaden zu, so greift eine Haftung Platz (Art. 19 Abs. 1 VG³³). Die Haftung setzt Verschulden des Verur-

²⁵ Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 43; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 5; OLIVER ARTER, Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, Bern 2008, 286 Fn. 1690; JAEGER/HAUTLE (FN 4), 397; OLIVER ARTER/CHRISTINA FEDERLE, Bank- und Versicherungsaufsicht: Gleichklang und Unterschiede, in: St. Galler Bankrechtstag 2009, Institutionengefüge zum Finanzmarkt (Hrsg. Peter Nobel), Bern 2009, 96; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. A. Bern 2010, § 8 Rz. 349; LORANDI, Insolvenzrecht (FN 5), 501 f.

²⁶ BSK BankG-BAUER/HAAS (FN 4), Art. 34 N 1.

²⁷ Dasselbe gilt für die *KOV* (Bericht Arbeitsgruppe BVK [FN 4], 26), die *VZG* (Bericht Arbeitsgruppe BKV [FN 4], 23; BODMER/KLEINER/LUTZ [FN 4], Art. 34 BankG N 1, N 13; BSK BankG-BAUER/HAAS [FN 4], Art. 34 N 4, N 21), den *GebV SchKG* (Bericht Arbeitsgruppe BKV [FN 4], 24), die *VVAG* oder die *VPAG* (BODMER/KLEINER/LUTZ [FN 4], Art. 34 BankG N 1; LORANDI, Insolvenzrecht [FN 5], 502).

²⁸ Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 2.

²⁹ Für folgende Aspekte kommt das SchKG vollumfänglich und abschliessend zur Anwendung, da weder das BankG noch die BIV-FINMA abweichende Normen aufstellt (LORANDI, Insolvenzrecht [FN 5], 498): (i) das gesamte *Einleitungsverfahren einer Betreuung* (Art. 67 bis Art. 88 SchKG), (ii) die *Betreibung auf Pfändung* (Art. 89 bis Art. 150 SchKG), (iii) die *Betreibung auf Pfandverwertung* (Art. 151 Abs. 158 SchKG), (iv) die *Retentionsbetreuung* (Art. 283/284 SchKG), (v) der *Arrest* (Art. 271 bis Art. 281 SchKG) und (vi) die *paulianische Anfechtung* (Art. 285 bis Art. 292 SchKG; vgl. Art. 32 Abs. 1 BankG und Art. 21 Abs. 3 BIV-FINMA, wo im globo auf das SchKG verwiesen wird).

³⁰ Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 67; BBI 2002, 8091; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 11; EBK-Bankeninsolvenzbericht (FN 13), 17; BODMER/KLEINER/LUTZ (FN 4), Art. 34 BankG N 3; BSK BankG-BAUER/HAAS (FN 4), Art. 34 N 7; NOBEL (FN 25), § 8 Rz. 352; LORANDI, Insolvenzrecht (FN 5), 500.

³¹ Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 47; EBK-Bankeninsolvenzbericht (FN 13), 17.

³² BSK FINMAG-KÜHNI/BÄRTSCHI (FN 16), Art. 19 N 32; EBK-Bericht Beauftragte (FN 16), 8, 21.

³³ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (VG; SR 170.32).

sachers voraus (Art. 3 Abs. 1 VG). Gegenüber dem Fehlbaren steht dem Geschädigten kein Anspruch zu (Art. 3 Abs. 3 VG). Die FINMA und die von ihr Beauftragten haften nur, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben und der Schaden nicht auf Pflichtverletzungen eines Beaufsichtigten zurückzuführen ist (Art. 19 Abs. 2 FINMAG).

Es ist umstritten, ob bei einem Fehlverhalten eines Konkursliquidators die primäre Haftung die FINMA³⁴ oder den Beauftragten bzw. den Konkursliquidator trifft (Art. 19 Abs. 1 lit. a VG)^{35 36}. Soweit die primär haftende Partei die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag (Art. 19 Abs. 1 lit. a VG)³⁷.

Das Haftungsregime gemäss FINMAG i.V.m. dem Verantwortlichkeitsgesetz ist abschliessend und verdrängt als Sonderregelung (auch wenn es nicht im BankG geregelt ist) das Haftungsregime des SchKG vollumfänglich.

2. Einsichtsrecht (Art. 8/8a SchKG)

Art. 8 und Art. 8a SchKG regeln das Einsichtsrecht im SchKG. Diese Normen gelten auch im Konkursverfahren (vgl. Art. 241 SchKG). Die Praxis dazu ist sehr liberal³⁸.

Für das Bankenkongressverfahren besagt das BankG, dass die Gläubiger den Kollokationsplan nur einsehen können, sofern und soweit es zur Wahrung ihrer Gläubigerrechte erforderlich ist; dabei ist das Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG so weit als möglich zu wahren (Art. 36 Abs. 2 BankG; vgl. dazu auch Art. 29 BIV-FINMA)³⁹. Art. 5 BIV-FINMA trifft eine umfassende Regelung der Akteneinsicht, welche sachlich über die Einsicht in den

Kollokationsplan hinausgeht und restriktiv ist⁴⁰. Die gesetzliche Grundlage von Art. 5 BIV-FINMA ist umstritten⁴¹.

Soweit das Bankkundengeheimnis (so dieses noch besteht) betroffen ist⁴², vermag das sehr restriktive Einsichtsrechtsregime im Grundsatz zu überzeugen. Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, um welche Sachverhalte und die Einsicht in welche Unterlagen es geht, sowie welche spezifischen Geheimhaltungsinteressen dabei in Frage stehen⁴³. Wo es darum geht, dass Gläubiger ihre (ohnehin schon sehr beschränkten) Verfahrensrechte ausüben wollen (wie z.B. bei der Einsicht in den Kollokationsplan oder um eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen, um solche Ansprüche durchzusetzen), sind m.E. sehr hohe Anforderungen für Einschränkungen des Einsichtsrechts erforderlich. Wo es sodann um die konkursrechtliche Liquidation von unbewilligten Unternehmen geht (Art. 2 Abs. 2 BIV-FINMA), fehlt wertungsmässig eine entsprechende Rechtfertigung für eine restriktive Einsicht, wie es der Wortlaut von Art. 5 BIV-FINMA nahelegt. M.E.⁴⁴ gibt es bei unbewilligten Instituten (mangels Bankstatus) per se kein Bankkundengeheimnis⁴⁵, welches im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen wäre.

Ganz generell kann und soll bei der Auslegung von Art. 5 BIV-FINMA – sozusagen als «*Bodensatz*» – auf die Praxis zum SchKG zurückgegriffen werden⁴⁶. Aufgrund dessen kommt jedem Gläubiger grundsätzlich ein unmittelbares Vermögensinteresse zu, wie es Art. 5

³⁴ So BBI 2006 2845, 2871; SUSAN EMMENEGGER, Die Haftung der EBK-Beauftragten, in: Schweizerische Bankrechtstagung 2006 (Hrsg. Susan Emmenegger), Basel 2006, 48 f.; ROLF H. WEBER/CHRISTINE KAUFMANN, Haftung für mangelnde staatliche Aufsicht im Finanzmarktbereich, HAVE 2008, 273 f.; URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCH/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, Bern 2014, 178, 182.

³⁵ BSK FINMAG-KÜHNI/BÄRTSCHI (FN 16), Art. 19 N 36 f., N 41 m.w.H. Die Rechtsunsicherheit hängt mit der teilweise unpräzisen Darstellung in der Botschaft zusammen (vgl. WEBER/KAUFMANN [FN 34], 273 Fn. 50).

³⁶ In BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 2.3., wird diese Frage nicht berührt.

³⁷ BSK FINMAG-KÜHNI/BÄRTSCHI (FN 16), Art. 19 N 38.

³⁸ Es wird hierzu auf die einschlägige Literatur zum Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 8a SchKG verwiesen. Eine Einschränkung gilt gemäss neuester bundesgerichtlicher Praxis, wenn jemand, der Akteneinsicht verlangt, mit der Insolvenzmasse in einem Prozessverhältnis steht (BGE 141 III 281 ff.).

³⁹ BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 3.4., E. 3.8.

⁴⁰ BSK BankG-HAAS/BAUER (FN 4), Art. 25 N 51 f.

⁴¹ BSK BankG-HAAS/BAUER (N. 4), Art. 25 N 55; BGE 86 III 119 (in Bezug auf Art. 36 aBankG: «Im Übrigen kann nicht in Frage kommen, wichtige Grundsätze des allgemeinen Konkursrechts auf dem Verordnungswege [in casu die BNV; Verordnung betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen] für den Bankenkongress ausser Geltung zu setzen.»).

⁴² BGE 86 III 114 ff., wonach der Konkursliquidator nicht an das Bankkundengeheimnis gebunden sei und er sich demzufolge nicht mit Hinweis darauf seiner Offenlegungspflicht entziehen könne, erging (1960) noch auf anderer Rechtsgrundlage, weshalb diesem Entscheid keine (volle) Präjudizwirkung mehr zukommt.

⁴³ BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 3.5.

⁴⁴ In BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 3.8, hat das Gericht offen gelassen, ob im einem Verfahren gegen ein unbewilligtes Institut das Bankkundengeheimnis Anwendung findet.

⁴⁵ Es gibt deshalb auch keine (i.S.v. Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. f SchKG; Art. 37a BankG) privilegierte Einlagen bei unbewilligten Instituten (Expertenbericht *Schaerer* [FN 4], 49); BBI 2002 8096; BSK BankG-WÜTHRICH/KESSELBACH [FN 4], Art. 37a N 12; BSK BankG-WINZELER [FN 4], Art. 37h N 9; FRANCO LORANDI, Aktuelles zum Bankenkongress, in: St. Galler Bankrechtstag 2009 [Hrsg. Peter Nobel], Bern 2010, 111) und die Regelung über die Einlagensicherung (Art. 37h BankG) kommt nicht zum Tragen (BSK BankG-WINZELER [FN 4], Art. 37h N 9).

⁴⁶ BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 3.4., E. 3.5 und E. 3.6; vgl. auch BGE 86 III 114 ff.

Abs. 1 BIV-FINMA verlangt⁴⁷. Nur wenn und soweit das Bankkunden- oder das Amtsgeheimnis im Rahmen einer Interessenabwägung zwingend eine Einschränkung des Einsichtsrechts erheischen, darf eine solche erfolgen. Im Ergebnis ist damit ein aller Regel eine grosszügige(re) Akteneinsicht zu gewähren, als dies der Wortlaut von Art. 5 BIV-FINMA nahelegt.

3. Ausstandspflicht/verbotene Rechtsgeschäfte (Art. 10/11 SchKG)

Art. 10 SchKG regelt die Ausstandspflicht von Betreibungs- und Konkursbeamten. Zudem hält Art. 11 SchKG fest, dass den Betreibungs- und Konkursbeamten gewisse Rechtsgeschäfte untersagt sind. Diese Regelung gilt im Konkursverfahren auch für eine ausseramtliche Konkursverwaltung (Art. 241 SchKG).

Weder das BankG noch die BIV-FINMA stellen diesbezüglich Vorschriften auf. Gemäss Art. 34 Abs. 2 BankG ist die Konkursliquidation nach den Bestimmungen der Art. 221 bis 270 SchKG durchzuführen. Art. 241 SchKG erklärt namentlich die Art. 10 und 11 SchKG für ausseramtliche Konkursverwaltungen für anwendbar. Damit gilt die Regelung über die Ausstandspflicht (Art. 10 SchKG) und über verbotene Rechtsgeschäfte (Art. 11 SchKG) gleichermaßen und integral auch für den Konkursliquidator im Bankenkonkursverfahren. Zu beachten ist, dass offensichtliche bzw. krasse Verstösse gegen Art. 11 SchKG zur Nichtigkeit des Verwertungsaktes führen können⁴⁸.

4. Kantonale Aufsichtsbehörden (Art. 13 ff. SchKG)/betriebsrechtliche Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG)/Nichtigkeit von Verfügungen (Art. 22 SchKG)

Art. 13 ff. SchKG regeln für die Konkursverfahren nach SchKG die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörden für die Geschäftsprüfungs- und Disziplinaufsicht. Art. 17 ff. SchKG regeln die Beschwerde an die Aufsichtsbehörden. Art. 22 SchKG umschreibt die Nichtigkeit von betriebsrechtlichen Verfügungen.

Das Zuständigkeits-, Verfügungs- und Rechtsmittelregime des Bankenkonkursrechts ist ausdrücklich abweichend vom SchKG geregelt (Art. 24, Art. 33 Abs. 2 BankG; Art. 6 BIV-FINMA): Einzige Aufsichtsbehörde ist die FINMA (Art. 33 Abs. 2 BankG), welche den Kon-

kursliquidator einsetzt und überwacht⁴⁹. Die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG ist ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 24 Abs. 2 BankG). Der Konkursliquidator soll nach herrschender Lehre keine Verfügungen erlassen können⁵⁰, was auch in der BIV-FINMA⁵¹ ihren Niederschlag gefunden hat (Art. 6 Abs. 2). Das Rechtsmittelverfahren knüpft deshalb erst an eine (allfällige) Verfügung der FINMA an (Art. 54 FINMAG)⁵². Damit bleibt für eine (subsidiäre) Anwendung der Art. 13 bis Art. 21 SchKG kein Raum.

Anders verhält es sich m.E. in Bezug auf Art. 22 SchKG. Ein Konkursliquidator kann – entgegen der herrschenden Meinung⁵³ – sehr wohl Verfügungen erlassen; seine Handlungen und Entscheide sind rechtlich nicht ein «nichts». Dass solche Handlungen des Konkursliquidators – aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (Art. 24 Abs. 2 BankG) – nicht angefochten werden können, ändert nichts an deren Verfügungscharakter⁵⁴. Der Rückschluss, die fehlende Anfechtungsmöglichkeit impliziere den fehlenden Verfügungscharakter, ist ein Fehlschluss, dem schon die Logik abgeht⁵⁵.

Anders als mit Verfügungen kann der Konkursliquidator das Konkursverfahren denn auch gar nicht führen. So qualifizieren namentlich folgende Akte als Verfügung⁵⁶: die Versteigerung (Art. 32 BIV-FINMA), der Freihandverkauf (Art. 31 Abs. 2 BIV-FINMA)⁵⁷, die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG (Art. 21 Abs. 5, Art. 28 Abs. 2, Art. 33 BIV-FINMA), der Kollokationsentscheid (Art. 27 BIV-FINMA), die Entscheide über die Ab- oder Aussonderung (Art. 37d BankG; Art. 16 Abs. 3, Art. 20 BIV-FINMA; Art. 242 SchKG), der Entscheid über die

⁴⁷ BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 3.3.

⁴⁸ BGE 122 III 337, BGE 112 III 66 f.; FRANCO LORANDI, Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel 2000 (zit. Betriebsrechtliche Beschwerde), Art. 22 SchKG N 25.

⁴⁹ Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 66; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 3; BBI 2002, 8091; EBK-Bankeninsolvenzbericht (FN 13), 17; BODMER/KLEINER/LUTZ (FN 4), Art. 33 BankG N 8; BSK BankG-BAUER (FN 4) Art. 33 N 6, N 31; BVGer B-3771/2012 vom 12. März 2013, E. 2.3.3.

⁵⁰ BBI 2002 8078 f.; Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 48, 66; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 1 f., 6; EBK-Bankeninsolvenzbericht (FN 13), 14; BODMER/KLEINER/LUTZ (FN 4), Art. 33 BankG N 11, Art. 34 BankG N 11; BSK BankG-POLEDNA/MARAZZOTTA (FN 4), Art. 24 N 29; BSK BankG-BAUER (FN 4), Art. 33 N 33; LOMBARDINI (FN 22), Kap. X Rz. 33; PULVER/SCHOTT (FN 13), 284; BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E. 2.3; vgl. auch FN 22.

⁵¹ Analoge Regelungen gelten für Insolvenzverfahren über Versicherungen (Art. 6 Abs. 2 VKV-FINMA) und über kollektive Kapitalanlagen (Art. 6 Abs. 2 KAKV-FINMA).

⁵² Expertenbericht *Schaerer* (FN 4), 48; BBI 2002, 8079; EBK-Bericht Beauftragte (FN 16), 21.

⁵³ Vgl. FN 50.

⁵⁴ Vgl. LORANDI, Insolvenzrecht (FN 5), 506 f.

⁵⁵ LORANDI, Insolvenzrecht (FN 5), 506 f.

⁵⁶ Vgl. im Einzelnen LORANDI, Insolvenzrecht (FN 5), 506 ff.

⁵⁷ SUSAN EMMENEGGER/REGULA KURZBEIN, Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz, SZW 2013, 509 ff., 514.

Akteneinsicht (Art. 5 Abs. 5, Art. 29 BIV-FINMA)⁵⁸, Fristansetzungen an die Gläubiger oder sonstige Verfahrensbeteiligte, die Erstellung der Schlussrechnung und der Verteilungsliste (Art. 36 BIV-FINMA)⁵⁹ oder die Ausstellung eines Konkursverlustscheins (Art. 37 BIV-FINMA).

Steht fest, dass ein Konkursliquidator Verfügungen erlassen kann, dann kann sich diesbezüglich auch die Frage der *Nichtigkeit* stellen. Diese Frage hat durchaus *praktische Bedeutung*, wie die Vielzahl und Wichtigkeit der Verfügungen zeigt. Sie kann sich für die FINMA, für andere Behörden (wie etwa Gerichte, welche im Rahmen eines Zivilprozesses über die Gültigkeit einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG⁶⁰ oder über die Rechtsbeständigkeit von Verwertungsakte entscheiden müssen⁶¹)⁶² oder für Private stellen⁶³. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb im Bankenkonskursrecht ein anderer Nichtigkeitsbegriff gelten sollte als im SchKG. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit kann und soll auf Art. 22 SchKG und die langjährige und reichhaltige Bundesgerichtspraxis (und Lehre) dazu abgestellt werden⁶⁴.

5. Depositenanstalten (Art. 9 und Art. 24 SchKG)

Gemäss SchKG haben die (Betreibungs- und) Konkursbeamten Geldsummen, Wertpapiere und Wertsachen,

über welche nicht innert dreier Tage nach dem Eingang verfügt wird, einer Depositenanstalt zu übergeben (Art. 9 SchKG). Sodann haben die Kantone die Depositenanstalten zu bezeichnen. Diese sind verpflichtet, in den vom Gesetz vorgesehen Fällen⁶⁵ Depositen anzunehmen (Art. 24 SchKG). So sind namentlich die Gelder, welche im Rahmen der Verteilung auf Forderungen unter aufschiebender Bedingung oder mit ungewisser Verfallzeit entfallen (oder für welche die Kontoangaben des Berechtigten fehlen), bei der Depositenanstalt zu hinterlegen (Art. 264 Abs. 3 SchKG).

Gemäss Art. 38 BIV-FINMA trifft die FINMA die notwendigen Anordnungen über die Hinterlegung der nicht ausbezahlten Anteile an Geldern, welche zur Verteilung kommen. Es geht namentlich⁶⁶ um Gelder für aufschiebend bedingte Forderungen (Art. 34 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 210 Abs. 1 SchKG), für solche, welche noch nicht ausbezahlt werden können (Art. 36 Abs. 4 BIV-FINMA) oder wenn die Kontoangaben des Gläubigers nicht zutreffen oder der Gläubiger nicht erreicht werden kann. Es obliegt damit der FINMA, im Einzelfall (d.h. je Bankenkursverfahren) und im geeigneten Zeitpunkt (in der Regel erst nach Vorliegen der Verteilungsliste) die notwendigen Anordnungen zu treffen.

Die Hinterlegungspflicht des Konkursliquidators bei der Depositenanstalt ist zwar von der gesetzlichen Verweisung (Art. 34 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 241 und Art. 9 SchKG) erfasst. Sodann muss wohl auch von einer Annahmepflicht der Depositenanstalten ausgegangen werden (Art. 34 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 264 Abs. 3 und Art. 24 SchKG). In einem Bankenkursverfahren sind jedoch die kantonalen Elemente untergeordnet; so findet etwa auch keine Publikation im kantonalen Amtsblatt statt (Art. 4 BIV-FINMA). Insofern scheint eine Beschränkung der Hinterlegung bei Depositenanstalten in jenem Kanton, in welchen die Bank ihren Sitz hat (wie es der Regelung im SchKG entspricht), unpassend und unnötig.

Es kommt hinzu, dass es sich sowohl bei Art. 9 als auch bei Art. 24 SchKG um blosser Ordnungsvorschriften handelt⁶⁷. Die Hinterlegungspflicht «bezweckt die Sicherung

⁵⁸ BSK BankG-HAAS/BAUER (FN 4), Art. 25 N 51; EMMENEGGER/KURZBEIN (FN 57), 514.

⁵⁹ BODMER/KLEINER/LUTZ (FN 4), Art. 33 BankG N 9.

⁶⁰ Gerade in Bezug auf *Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG* ist Frage der Nichtigkeit eine (in Bezug auf Generalexécutionen nach SchKG) relativ *häufig thematisierte Frage* (vgl. BGE 134 III 78, BGE 120 III 38, BGE 118 III 59, BGE 113 III 137, BGE 86 III 25 f., BGE 79 III 12; Pra 1995, 145 f.; BGer 7B.18/2006 vom 24. April 2006, E. 3.1.; BGer 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000, E. 4b).

⁶¹ Auch in Bezug auf den *Steigerungszuschlag* oder einen *Freihandverkauf* wird häufig die Frage der Nichtigkeit aufgeworfen (BGE 131 III 239, BGE 130 III 408 f., BGE 117 III 42 f., BGE 106 III 82, BGE 88 III 39 f., BGE 88 III 81 f., BGE 87 III 117, BGE 51 III 167 ff.; BGer 5A_393/2011 vom 3. November 2011, E. 6.2.1., BGer 7B.2007 vom 30. April 2007, E. 3.2., BGer 7B.188/2005 vom 31. Oktober 2005, E. 3.2., BGer 7B.46/2005 vom 6. Juni 2005, E. 2.4., BGer 7B.168/2005 vom 16. Januar 2006, E. 3.1.1.).

⁶² Unter gewissen Voraussetzungen können auch andere Behörden als die FINMA über die Nichtigkeit von Verfügungen eines Konkursliquidators entscheiden (Art. 172 Abs. 2 SchKG analog; LORANDI, *Insolvenzrecht* [FN 5], 508).

⁶³ Vgl. LORANDI, *Insolvenzrecht* (FN 5), 507 f.

⁶⁴ Vgl. LORANDI, *Insolvenzrecht* (FN 5), 507 f. In BVGer 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 (was zutreffend ist), welcher mit jenem gemäss Art. 22 SchKG nicht deckungsgleich ist.

⁶⁵ Zu den einzelnen Anwendungsfällen vgl. LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde* (FN 48), Art. 24 SchKG N 6 ff.

⁶⁶ Auch auf Forderungen, welche mit *Sicherungszessionen* oder *Sicherungsübereignungen* besichert sind, findet erst nach Realisierung der Sicherheit eine Auszahlung statt (Art. 62 KOV analog; BGE 55 III 85).

⁶⁷ Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-BEARBEITER), KUKO SchKG-MÖCKLI, Art. 9 N 6; KUKO SchKG-MUSTER, Art. 24 N 6 f.; KURT AMONN/FRIDLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts*, 9. A., Bern 2013, § 4 Rz. 29; Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundes-*

solchen Bargelds vor Diebstahl und Brandschaden»⁶⁸. Aufgrund dessen verletzen die Ämter bzw. die Liquidatoren ihre Pflicht nicht, wenn sie die Werte bei einer anderen Bank hinterlegen, welche keine (kantonale) Depositenanstalt ist, welche aber vergleichbare Sicherheit bietet wie die Depositenanstalten⁶⁹. Aus diesem Grund müssen denn auch Gelder, welche auf das Postcheckkonto des Amtes bzw. des Liquidators bezahlt werden, nicht bei der Depositenanstalt hinterlegt werden⁷⁰.

Diese Flexibilität bei der Hinterlegung von Depositen im Geltungsbereich des SchKG muss in jedem Fall auch für das Bankenkonkursrecht gelten. Damit kann der Konkursliquidator während der Dauer des Konkursverfahrens Depositen bei jeder Bank in der Schweiz (oder auf einem Postcheckkonto) hinterlegen. In Sinne einer «best practice» scheint es aber tunlich, ein Institut zu wählen, dass vom einem Kanton als Depositenanstalt benannt worden ist. Einzig nach Auflage der Verteilungsliste sind Geldbeträge, für welche eine Auszahlung (noch) nicht erfolgen kann oder darf, gemäss den Anordnungen der FINMA zu hinterlegen.

6. Gewerbsmässige Vertretung im Insolvenzverfahren (Art. 27 SchKG)

Art. 27 SchKG ermächtigt die Kantone, Regeln über die gewerbsmässige Vertretung von Personen zu erlassen, welche an einem Zwangsvollstreckungsverfahren beteiligt sind (Art. 27 Abs. 1 SchKG). Von Bundesrechts wegen gilt für die in einem Kanton zugelassene Person eine interkantonale Freizügigkeit (Art. 27 Abs. 2 SchKG). Zudem kann niemand verpflichtet werden, in einem Zwangsvollstreckungsverfahren einen gewerbsmässigen Vertreter zu bestellen. Weiter dürfen dem Schuldner die Kosten der Vertretung eines Gläubigers nicht überbunden werden (Art. 27 Abs. 3 SchKG). Diese Bestimmungen gelten namentlich auch für die Vertretung im Konkursverfahren⁷¹.

Weder das BankG noch die BIV-FINMA stellen bezüglich der gewerbsmässigen Vertretung im Bankenkon-

kursverfahren eigenständige Regeln auf. Von der Verweisung in Art. 34 Abs. 2 BankG auf die Art. 221 bis Art. 270 SchKG wird Art. 27 SchKG zwar nicht erfasst. Es ist jedoch m.E. kein Grund ersichtlich, weshalb die Regelung im SchKG über die gewerbsmässige Vertretung nicht auch im Bankenkonkursverfahren Anwendung finden sollte. Dafür spricht die gleiche Zweckausrichtung beider Konkursverfahren⁷². Namentlich stehen die Besonderheiten des Bankenkonkursverfahrens einer Anwendung dieser Regeln in keiner Weise entgegen.

7. Fristen (Art. 31 ff., Art. 56 ff. SchKG)

In einem Konkursverfahren gibt es eine Vielzahl von Fristen, welche zu beachten sind⁷³. Dies gilt für gesetzliche Fristen oder solche, welche die Konkursverwaltung ansetzt.

Das SchKG verweist für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen auf die Zivilprozessordnung (ZPO; Art. 31 SchKG). Zudem stellt das SchKG zwei Vorschriften über die Einhaltung von Fristen auf (Art. 32 SchKG). Schliesslich regelt Art. 33 SchKG die Änderung und vor allem auch die Wiederherstellung von Fristen. Auch die geschlossenen Zeiten (Art. 56 Ziff. 1 SchKG), die Betreibungsferien (Art. 56 Ziff. 2 SchKG) und ein Rechtsstillstand (Art. 56 Ziff. 3, Art. 57 ff. SchKG) haben Auswirkungen auf den Fristenlauf (Art. 63 SchKG).

Als *Betriebungshandlungen* (i.S.v. Art. 56 SchKG) gelten jedoch nur Vollstreckungshandlungen, welche sich gegen Schuldner richten, nicht aber solche gegenüber Gläubigern oder Dritten, weshalb ihnen gegenüber die *Betriebungsferien* (Art. 56 Ziff. 2 SchKG) nicht gelten⁷⁴. Zudem gilt der Vollstreckungsschutz des Schuldners nach Konkurseröffnung nicht mehr, weshalb die *Betriebungsferien* auch dem Schuldner gegenüber im Konkursverfahren nicht zur Anwendung gelangen⁷⁵. Die *Betriebungsferien* sind damit im Konkursverfahren unbeachtlich.

Das BankG enthält keine Bestimmungen zu den Fristen oder zum Fristenlauf. Die BIV-FINMA regelt einzig zweierlei: Zum einen ist für den Fristenlauf und die mit einer öffentlichen Bekanntmachung verbundenen

gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-BEARBEITER), BSK SchKG I-PETER, Art. 9 SchKG N 1; BSK SchKG I-ENGLER, Art. 24 N 5; LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde* (FN 48), Art. 24 SchKG N 4; BLSchK 1991, 217.

⁶⁸ BGE 98 III 2; BLSchK 1991, 217.

⁶⁹ KUKO SchKG-MUSTER (FN 67), Art. 24 N 6; BSK SchKG I-ENGLER (FN 67), Art. 24 N 5; RBOG 1999, 87.

⁷⁰ BSK SchKG I-ENGLER (FN 67), Art. 24 N 3; LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde* (FN 48), Art. 24 SchKG N 4; BGE 98 III 2 f.

⁷¹ LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde* (FN 48), Art. 27 SchKG N 8; KUKO SchKG-MUSTER (FN 67), Art. 27 N 6.

⁷² Vgl. I.

⁷³ Vgl. etwa AMMON/WALTHER (FN 67), § 11 N 2 ff.

⁷⁴ KUKO SchKG-SARBACH (FN 67), Art. 56 N 8.

⁷⁵ CARL JAEGER, *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, 3. A., Zürich 1911, Art. 56 SchKG N 3; BSK SchKG I-BAUER (FN 67), Art. 56 N 41; SYLVAIN MARCHAND, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Commentaire romand de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi sur le droit international privé*, Basel 2005, Art. 56 N 4; AMONN/WALTHER (FN 67), § 11 N 31; BGE 114 III 61, BGE 96 III 77.

Rechtsfolgen die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) massgebend (Art. 4 Abs. 3 BIV-FINMA). Zum anderen beginnt die Klagefrist für die Kollokationsklage in dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem in den Kollokationsplan Einsicht genommen werden kann (Art. 30 Abs. 2 BIV-FINMA). Andere Regeln enthält die Verordnung nicht.

Es läge für verschiedene Fragen betreffend der Fristberechnung und den Fristenlauf eine *echte Lücke* vor, wenn keine Regeln gelten würden. Die Art. 31 bis Art. 33 sowie die Art. 56 ff. SchKG sind zwar von der Verweisung in Art. 34 Abs. 2 BankG auf die Art. 221 bis 270 SchKG nicht erfasst. Zum einen gelten aber für sämtliche Fristen, welche in den Art. 221 bis Art. 270 SchKG geregelt sind bzw. angesetzt werden können, implizit die Art. 31 bis Art. 33 sowie die Art. 56 ff. SchKG. Zum anderen ist m.E. auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Regelung im SchKG (bzw. durch Weiterverweisung [in Art. 31 SchKG] die Regelung in der ZPO) über die Fristen, welche durch Handlungen des Konkursliquidators ausgelöst werden, nicht auch im Bankenkonzursverfahren Anwendung finden sollten.

Ein Grossteil der Regeln im SchKG über die Fristen ist zwar «Common Sense», indem die meisten Verfahrensordnungen fast identische Regeln aufstellen. Gleichsam verlangt schon die *Rechtssicherheit* danach, dass klare und verlässliche Regeln für die Fristen gelten. Anstatt passende Regeln aus anderen Verfahrensordnungen «herauszudestillieren», liegt es viel näher, die bewährten Regeln des SchKG zu übernehmen. Namentlich stehen die Besonderheiten des Bankenkonzursverfahrens in keiner Weise einer Anwendung dieser Regeln entgegen. Die Übernahme des Fristenregimes des SchKG liegt auch deshalb nahe, da sich verschiedene gesetzliche oder behördliche Fristen im Bankenkonzursverfahren aus Normen des SchKG ergeben, auf welche das Bankenregime verweist oder von diesem rezipiert werden (so etwa Art. 20 Abs. 3 BIV-FINMA i.V.m. Art. 242 SchKG, Art. 22 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 1 BIV-FINMA i.V.m. Art. 260 SchKG, Art. 23 Abs. 3 BIV-FINMA i.V.m. Art. 230 SchKG, Art. 29 Abs. 1 BIV-FINMA für die Einsicht in den Kollokationsplan [Art. 250 Abs. 1 SchKG]).

8. Zustellung (Art. 34/35 und Art. 64/66 SchKG)

Das SchKG stellt den Grundsatz auf, dass die Zustellungen von Mitteilungen und Verfügungen⁷⁶ durch die Kon-

kursverwaltung mittels eingeschriebener Postsendung oder gegen Empfangsbestätigung erfolgen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 34 Abs. 1 SchKG). Mit dem Einverständnis der betroffenen Person kann die Zustellung auch elektronisch erfolgen (Art. 34 Abs. 2 Satz 1 SchKG). Öffentliche Bekanntmachungen erfolgen im SHAB und im betreffenden kantonalen Amtsblatt (Art. 35 Abs. 1 SchKG).

Das BankG enthält keine Regeln über die Zustellung oder die öffentliche Bekanntmachung in einem Bankenkonzursverfahren⁷⁷. In einem Bankenkonzursverfahren ist mit einer grossen Zahl von Gläubigerin zu rechnen. Dies erfordert zum einen, dass die Zustellung erleichtert wird, und zum anderen, dass die Fristen im Sinne der Rechtssicherheit für alle Gläubiger parallel laufen⁷⁸:

Die *BIV-FINMA* stellt deshalb verschiedene Bestimmungen auf: Öffentliche Bekanntmachungen werden (nur⁷⁹) im SHAB und auf der Internetseite der FINMA publiziert (Art. 4 Abs. 1 BIV-FINMA). Für den Fristenlauf ist die Veröffentlichung im SHAB massgebend (Art. 4 Abs. 3 BIV-FINMA). Gläubigern, deren Name und Adresse bekannt sind, werden Mitteilungen direkt zugestellt. Wenn dies der Vereinfachung des Verfahrens dient, kann die FINMA Gläubiger mit Wohnsitz im Ausland zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten in der Schweiz verpflichten. Bei Dringlichkeit oder zur Vereinfachung des Verfahrens kann auf die direkte Mitteilung verzichtet werden (Art. 4 Abs. 2 BIV-FINMA).

Der Konkursliquidator kann zudem den bekannten Gläubigern ein Exemplar der Konkurspublikation (Art. 11 Abs. 2 BIV-FINMA) zustellen (Art. 11 Abs. 3 BIV-FINMA). Er teilt auch jedem Gläubiger, dessen Forderung nicht vollumfänglich im Kollokationsplan zugelassen wird, die Gründe für die Abweisung mit (Art. 29 Abs. 4 BIV-FINMA). Schliesslich erstellt er periodisch einen Verwertungsplan (Art. 34 Abs. 1 BIV-FINMA), teilt diesen den Gläubigern mit und setzt ihnen eine Frist, in der sie über einzelne darin aufgeführte Verwertungshandlungen von der FINMA eine anfechtbare Verfügung verlangen können (Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA).

Art. 34 Abs. 2 BankG verweist zwar (unter anderem) auf Art. 241 SchKG, welcher wiederum auf die Art. 34

SchKG I-ANGST [FN 67], Art. 64 N 8; KUKO SchKG-GEHRI [FN 67], Art. 64 N 1). Im Konkursverfahren finden die Art. 64 bis Art. 66 SchKG jedoch keine Anwendung.

⁷⁷ BBI 2002 8090.

⁷⁸ Bankenkonzursbericht (FN 21), 146; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 8.

⁷⁹ Eine Publikation in einem kantonalen Amtsblatt ist nicht vorgesehen.

⁷⁶ Die Zustellung von *Betriebungsurkunden* richtet sich nach den Art. 64 bis Art. 66 SchKG. Es besteht zwar eine Kontroverse, was unter den Begriff der «Betriebsbehandlung» fällt (vgl. BSK

und 35 SchKG weiterverweist⁸⁰. Diese Verweisung gilt aber nur «unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen» (Art. 34 Abs. 2 BankG). Nachdem die (sich auf Art. 34 Abs. 3 BankG stützende) BIV-FINMA Sondervorschriften für den Bankenkonkurs aufstellt, verdrängen diese die gemeinrechtlichen Bestimmungen des SchKG vollumfänglich. Das Regime für Mitteilungen und öffentliche Bekanntmachungen richtet sich damit (m.E. abschliessend) nach der BIV-FINMA.

9. Begrifflichkeiten (Art. 37 SchKG)

Das SchKG verwendet weite, über die *termini technici* des Sachenrechts hinausgehende Begriffsdefinitionen für «Pfand», «Faustpfand» und «Grundpfand» (Art. 37 SchKG). Diese Begriffsbestimmung gilt auch im Konkursverfahren, namentlich bei der Kollokation (Art. 219 Abs. 1 bis 3 SchKG).

Weder das BankG noch die BIV-FINMA stellen diesbezüglich für das Bankenkonkursverfahren abweichende, eigenständige Regeln auf. Die BIV-FINMA nimmt auf «Pfandrechte» (Art. 27 Abs. 2), «verpfändete Vermögensstücke» bzw. «Pfandgläubiger» Bezug (Art. 31 Abs. 2). Sie definiert diese Begriffe aber nicht. Die Verweisung in Art. 34 Abs. 1 BankG auf die Art. 197 bis Art. 220 SchKG erfasst namentlich auch Art. 219 SchKG, welche Bestimmung (in den Abs. 1 bis 3) die Pfandbegriffe gemäss Art. 37 SchKG rezipiert. Auch die Art. 27, Art. 29 und Art. 30 BIV-FINMA rezipieren die Regelungen im SchKG zur Erstellung des Kollokationsplans und zu dessen Anfechtung. Es ist sodann m.E. kein Grund ersichtlich, weshalb die Regelung im SchKG über das Verständnis von «Pfand», «Faustpfand» und «Grundpfand» im Bankenkonkursverfahren ein anderes sein sollte. Namentlich stehen die Besonderheiten des Bankenkonkursverfahrens (vgl. etwa Art. 27 Abs. 3, Art. 26 Abs. 2 BIV-FINMA) in keiner Weise einer Anwendung dieser Regeln entgegen. Die Rechtssicherheit erheischt vielmehr, dass im Bankenkonkursverfahren dieselben Begrifflichkeiten gelten wie im Konkurs nach SchKG.

⁸⁰ Unzutreffend Bankenkonkursbericht (FN 21), 146 f.; Bericht Arbeitsgruppe BKV (FN 4), 8 f.