

Dokument	SZW 2013 S. 509
Autor	Susan Emmenegger, Regula Kurzbein
Titel	Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Herausgeber	Peter Nobel, Marc Amstutz, Jean-Luc Chenaux, Hans Caspar von der Crone, Susan Emmenegger, Mario Giovanoli, Claire Huguenin, Andreas von Planta, Henry Peter, Rolf Sethe, Walter A. Stoffel, Luc Thévenoz, Rolf H. Weber
Frühere Herausgeber	Hans Peter Walter, Dieter Zobl
ISSN	1018-7987
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

SZW 2013 S. 509

Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz

Von Susan Emmenegger und Regula Kurzbein, Bern*

Financial market law is mostly crisis-driven. This is particularly true for bank insolvency law. The Swiss legislator has taken major steps in reforming bank insolvency law 2004 as a result of the failure of a small local bank called "Spar- und Leihkasse Thun". In the aftermath of the financial crisis, changes have taken place almost on a yearly basis. All these legislative efforts pursue the same goal: The protection of bank depositors and the well-functioning of the financial markets and, in the case of systemically important banks, the protection of the banking system as a whole. The means to pursue said goals always follow the same lines: each time, even more timely, more flexible and more efficient resolution procedures are established. As a result, the instruments for intervention by the Swiss Financial Market Authority (FINMA) have been significantly extended, whereas the rights of the bank creditors and owners have continuously been reduced. This article looks at the latest changes in bank insolvency law, in particular to the responsibilities and powers given to FINMA and the bank liquidators on the one hand, and the procedural rights of creditors and

* Prof. Dr., LL.M., ordentliche Professorin an der Universität Bern, Direktorin des Instituts für Bankrecht, Mitglied der Übernahmekommission; E-Mail: susan.emmenegger@ziv.unibe.ch. Dr. iur. Regula Kurzbein, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin am Institut für Bankrecht der Universität Bern. Die Autorinnen danken Herrn Dr. Hans-Claas Bernhardt, Rechtsanwalt, ganz herzlich für die wertvollen Hinweise.



owners on the other. As will be shown, the courts play an important role in assuring the compliance with the insolvency framework set up by the legislator.

I. Einleitung

*Banks are special.*¹ Das galt – gerade auch im Hinblick auf die Sanierung und Liquidation von Banken – bereits beim Erlass des Bankengesetzes im Jahre 1934. Das damalige Gesetz und die verschiedenen Verordnungen enthielten Sonderregeln zum Fälligkeitsaufschub, zur Bankenstundung, zum Bankennachlass und Bankenkonzern,² zudem war die EBK von 1936 bis 1949 gestützt auf einen Bundesratsbeschluss zur Durchführung von Sanierungsverfahren befugt.³

SZW 2013 S. 509, 510

Bis zu einer Konsolidierung und Modernisierung des damaligen Bankinsolvenzrechts⁴ sollte es dann allerdings dauern: Nach zwei erfolglosen Revisionsversuchen brachte erst der Zusammenbruch der Spar- und Leihkasse Thun (SLT) im Jahr 1991⁵ die notwendige Dynamik, um den Gesetzgebungsprozess anzustossen und erfolgreich zu Ende zu bringen.⁶ Im Jahr 2004 trat die entsprechende Teilrevision des BankG in Kraft.⁷ Sie enthielt neben einem verbesserten Einlegerschutz insbesondere eine Konsolidierung des Verfahrens in der Hand der EBK und eine massgebliche Erweiterung ihrer Eingriffskompetenzen.⁸ Mit dieser Gesetzesrevision erhielt die Schweiz eines der modernsten Bankinsolvenzrechte weltweit.

Die Finanzkrise von 2007/2008 brachte einen weiteren Revisions Schub, der 2011 und 2013 zu einer Neuordnung des Bankinsolvenzrechts führte. Dabei kam es einerseits zur Verstärkung des Einlegerschutzes, andererseits zu Änderungen im Sanierungsverfahren. Die Massnahmen zum Einlegerschutz waren bereits im Jahr 2008 mittels eines dringlichen Bundesbeschlusses umgesetzt worden, bevor sie 2011 in das Bankengesetz eingefügt wurden.⁹ Was das Sanierungsverfahren betrifft, so wurde anlässlich der ursprünglich allein dem Einlegerschutz gewidmeten Revision die

-
- ¹ Grundlegend hierzu Eugene Fama, What's Different about Banks, *Journal of Monetary Economics* 15/1985, 29–35.
 - ² Art. 25–28, 29–35, 36–37 BankG 1934 (AS 51 117). Weitere Regeln enthielten die Bankenverordnung (AS 1972 821), die Vollziehungsverordnung zum BankG vom 30. August 1961 (AS 1961 693) sowie die Verordnung des Bundesgerichts betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 (AS 51 248). Siehe dazu Martin Hess, N 8 zu Art. 26 BankG, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, Basel 2005; Renate Schwob, N 1 zu Vorb. Abschnitte 11–13, in: Zobl/Schwob/Geiger et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zürich 2013.
 - ³ Bundesratsbeschluss über die Sanierung von Banken vom 17. April 1936 (BB1 1936 721 ff., 716 f. und Anhang 2), mit Verlängerungen/Nachträgen vom 13. Juli 1937, 4. Januar 1938 und 27. Dezember 1938 (BB1 1939 405 ff., 406 f. und Beilagen 1–3, 409 ff.) sowie vom 1. Juni 1942 (BB1 1942 740 ff., 756) und [letztmals bis Ende 1949] vom 18. Dezember 1944 (BB1 1945 501 ff., 519). Siehe dazu auch Eva Hülpkes, *Basler Kommentar* (Fn. 2), N 10 zu Vor Abschnitt 11 BankG; Schwob, *Komm. BankG* (Fn. 2), N 6 zu Vorb. Abschnitte 11–13.
 - ⁴ Zum Begriff des Bankinsolvenzrechts (auch Bankeninsolvenzrecht): Urs Zulauf, *Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken?*, WM 2010, 1525–1576 (1525 f.).
 - ⁵ Zum Fall SLT siehe EBK, Jahresbericht 1991, 26 ff. Zu den dort aufgetretenen Schwächen des Verfahrens siehe Urs Zulauf, *Zur Revision der schweizerischen Rechtsvorschriften über Banksanierung und Bankliquidation*, in: Peter Nobel (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Bern 1999, 25–49 (41 ff.).
 - ⁶ Die Liquidation der SLT dauerte insgesamt 15 Jahre, siehe dazu auch Zulauf (Fn. 4), 1529.
 - ⁷ Hierzu und zu den früheren Expertenkommissionen siehe Schwob, *Komm. BankG* (Fn. 2), N 6 zu Vorb. Abschnitte 11–13.
 - ⁸ Schwob, *Komm. BankG* (Fn. 2), N 9 zu Vorb. Abschnitte 11–13.
 - ⁹ Dringlicher Beschluss der Bundesversammlung vom 19. Dezember 2008 (AS 2009 55 f.), überführt in das Gesetz mit Beschluss vom 17. Dezember 2010 (AS 2004 6405).

Flexibilität im Sanierungsverfahren weiter vorangetrieben, namentlich im Hinblick auf die Weiterführung von einzelnen Bankgeschäften mittels Übertragung auf andere Institute oder auf Übergangsbanken (Art. 30 Abs. 1 und 2 BankG) und bezüglich der Möglichkeit der Anordnung von Debt-Equity-Swaps (Art. 31 Abs. 3 BankG).¹⁰ Zudem erhielt die FINMA neu die Möglichkeit, im Rahmen der Anerkennung eines ausländischen Konkursverfahrens auf ein inländisches Partikulärverfahren zu verzichten und auch die im Ausland eingesetzten Administratoren anzuerkennen (Art. 37g BankG).¹¹

Schliesslich trat im Jahr 2013 die Too-Big-To-Fail-Vorlage in Kraft.¹² Sie enthielt – neben den Sonderregelungen für systemrelevante Banken – Änderungen des allgemeinen Bankinsolvenzrechts, namentlich (und wiederum) des Banksanierungsrechts. So wurden insbesondere die Rechtsbehelfe im Rahmen von Sanierungsverfahren weiter eingeschränkt, indem die Beschwerde eines Gläubigers oder Eigners gegen die Genehmigung des Sanierungsplans bei Gutheissung lediglich einen Anspruch auf Entschädigung begründet (Art. 24 Abs. 4 BankG). Zudem ist die paulianische Anfechtung von Rechtshandlungen, die sich auf den Sanierungsplan stützen, ausgeschlossen (Art. 32 Abs. 2^{bis} BankG).

Offen ist noch die Abwicklung von systemrelevanten Banken, die in der Revision von 2013 erst rudimentär geregelt wurde, indem die (beschränkte) Möglichkeit der Gläubiger zur Ablehnung des Sanierungsplans bei der Sanierung systemrelevanter Banken keine Anwendung findet (Art. 31a Abs. 3 BankG). Die FINMA hat dazu am 7. August 2013 ein Positionspapier veröffentlicht.¹³

Die Zielsetzung eines besonderen Bankinsolvenzrechts blieb über den gesamten Zeitraum dieselbe. Das übergeordnete Ziel liegt im Gläubiger- und Funktionsschutz¹⁴ sowie – mit Blick auf die systemrelevanten Banken – im Systemschutz, während sich die insolvenzspezifische Zielsetzung mit folgenden Stichworten zusammenfassen lässt: Angestrebt wird ein einfaches, kurzes, flexibles und effizientes Verfahren.¹⁵ Im Ergebnis führte diese Zielsetzung

SZW 2013 S. 509, 511

durchweg zu einer Erweiterung der Kompetenzen der FINMA und zu Abweichungen vom allgemeinen Insolvenzrecht, insbesondere im Hinblick auf die Gläubigerrechte.¹⁶ In der Logik des Gesetzgebers wird mithin der Schutz der Gläubiger dadurch erreicht, dass man die individuellen Gläubigerrechte einschränkt (Schutz durch Rechtsschutzbeschränkung).

II. Rollenverteilung

1. Überblick

Der Weg von einer sektoriellen Kompetenz der damaligen EBK hin zu einer umfassenden Verfahrenshoheit der FINMA lässt ohne Weiteres die Rollenverteilung im Bankinsolvenzrecht erahnen: Die Hauptrolle spielt die FINMA. Sie ordnet insolvenzrechtliche Massnahmen an (Art. 26 BankG) und unternimmt die notwendigen

¹⁰ Siehe dazu Botschaft Revision Bankengesetz, BBl 2010 4009.

¹¹ Für die Kernelemente siehe Zulauf (Fn. 4), 1533 f.; Schwob, Komm. BankG (Fn. 2), N 15 zu Vorb. Abschnitte 11–13.

¹² Siehe hierzu Schwob, Komm. BankG (Fn. 2), N 16 zu Vorb. Abschnitte 11–13.

¹³ FINMA, Resolution of global systemically important banks, 7. August 2013.

¹⁴ Siehe dazu Zulauf (Fn. 4), 1531, m.w.N.

¹⁵ So ausdrücklich BVGer B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.2, BVGer B-6154/2007 vom 30. Oktober 2008 E. 2.5 (unter Hinweis u.a. auf EBK-Bull 48/2006, S. 128 f.: Effizienz, Vereinfachung Rechtssicherheit, Differenzierung); FINMA, Erläuterungsbericht zur BIV-FINMA vom 16. Januar 2012, 5 (rasch, effizient, angemessen, rechtssicher, anwenderfreundlich); Jana Essebier/Markus Guggenbühl, Bankenkonzers und Einlagensicherung, Rechtslage seit 1. Januar 2006 im Überblick, SJZ 102/2006, 374 (zügiges und effizientes Verfahren).

¹⁶ Schwob, Komm. BankG (Fn. 2), N 1 zu Vorb. Abschnitte 11–13.



Schritte für den Systemschutz (Art. 27 BankG), sie entscheidet, ob eine Bank zu sanieren (Art. 28–32 BankG) oder zu liquidieren (Art. 33–37 BankG) ist, und sie trifft bejahendenfalls die notwendigen Verfügungen und Anordnungen (Art. 28 Abs. 2, Art. 34 Abs. 3 BankG). Unterstützt wird sie in dieser Kompetenzen-Trilogie von ihren Beauftragten: Dem Untersuchungsbeauftragten, dem Sanierungsbeauftragten und dem Konkursliquidator.

Die Rollenverteilung zwischen FINMA und Konkursliquidator ist – wie das übrige Liquidationsverfahren¹⁷ – im Bankengesetz nur rudimentär geregelt. Art. 34 BankG verweist auf die Bestimmungen des SchKG über die Wirkungen der Konkursöffnung (Art. 197–220 SchKG) und dessen Durchführung (Art. 221–270 SchKG) und ermächtigt die FINMA, "davon abweichende Verfügungen und Anordnungen" zu treffen (Art. 34 Abs. 3 BankG).¹⁸ Von der Rollenverteilung zwischen dem Konkursliquidator und der FINMA handeln lediglich Art. 33 BankG (Ernennung und Beaufsichtigung des Konkursliquidators), Art. 35 BankG (Verzicht auf eine Gläubigerversammlung oder einen Gläubigerausschuss) und Art. 37d BankG (Verteilung). Die übrige Aufgabenverteilung zwischen FINMA und Konkursliquidator ist in der BIV-FINMA geregelt und stützt sich auf Art. 34 Abs. 3 BankG. Dem Gesetzgeber dürften allerdings kaum Abweichungen im Umfang der daraufhin erlassenen Konkursverordnungen¹⁹ vorgeschwebt haben. Die Botschaft führt dazu aus: "Dabei wird es sich vor allem um Bestimmungen formeller Natur handeln, wie beispielsweise Regelungen von Fristen oder Verfahrensabläufen."²⁰ Untersucht man die BIV-FINMA unter diesem Gesichtspunkt, so ist sicherlich bei einigen Bestimmungen Skepsis angesagt – eine Skepsis, die sich im Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Fall Aston Bank bestätigt hat.²¹

2. Aufgabenbereiche im Einzelnen

Bei der Konkursliquidation ist die FINMA Verordnungsgeberin (BIV-FINMA) und für den Konkursliquidator zuständige Aufsichtsbehörde. Darüber hinaus fällt sie Entscheide, die im regulären Verfahren dem Konkursgericht obliegen würden.²²

SZW 2013 S. 509, 512

Die Funktionen, die im regulären Konkursverfahren durch das Konkursamt und die Konkursverwaltung wahrgenommen werden, obliegen im Bankinsolvenzrecht

17 Die übrigen bankengesetzlichen Regeln können stichwortartig wie folgt zusammengefasst werden: Erleichterte Forderungsanmeldung (Art. 36 BankG), Privilegierung von Verbindlichkeiten im Rahmen von Schutzmassnahmen (Art. 37 BankG), Einlegerschutz (Art. 37a, 37b BankG), Absonderungen von Depotwerten (Art. 37d BankG), ausländische Konkursverfahren (Art. 37f, 37g BankG).

18 Mit dieser Sonderkompetenz der FINMA wurde – wie zu Recht bemerkt wird – eine «legislatorische Kuriosität» geschaffen, weil die FINMA, obwohl sie gesetzesvollziehende Behörde ist, gleichzeitig Gesetzesrecht derogieren kann. Siehe dazu Thomas Bauer/Christian Haas, Basler Kommentar (Fn. 2), N 29 zu Art. 34 BankG.

19 BKV-EBK bzw. BKV-FINMA vom 30. Juni 2005, BIV-FINMA vom 30. August 2012.

20 Botschaft Revision Bankengesetz, BBl 2002 8092. Diese Einschränkung wird von der Rechtsprechung durchwegs übernommen, vgl. etwa BGer Urteil 2C_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.2.1.

21 BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013: Art. 34 Abs. 3 BankG genügt nicht als gesetzliche Grundlage für Art. 12 Abs. 1 BIV-FINMA (E. 2.3.1) und für Art. 34 Abs. 3 BIV-FINMA (E. 1.4.4).

22 Z.B.: Entscheid über die Eröffnung des Konkursverfahrens (Art. 171 i.V.m. Art. 55 SchKG, Art. 33 Abs. 1 BankG), Entscheid über die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG, Art. 23 Abs. 1 BIV-FINMA); öffentliche Bekanntmachung der Schliessung des Konkursverfahrens (Art. 37e Abs. 3 BankG, Art. 58 Abs. 3 BIV-FINMA, Art. 268 Abs. 4 SchKG).

einerseits der FINMA,²³ andererseits dem Konkursliquidator.²⁴ Im Unterschied zur Regelung im SchKG sind aber die Entscheide des Konkursliquidators nicht anfechtbar (vgl. Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA).²⁵ Im Einzelnen können die Aufgaben wie folgt zusammengefasst werden:

Die FINMA entscheidet über die Einleitung des Liquidationsverfahrens: Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, so entzieht die FINMA der Bank die Bewilligung, ordnet die Konkursliquidation an und macht diese öffentlich bekannt (Art. 33 Abs. 1 BankG).²⁶ Sie ernennt in diesem Fall einen oder mehrere Konkursliquidatoren. Diese unterstehen ihrer Aufsicht und erstatten ihr auf Verlangen Bericht (Art. 33 Abs. 3 BankG). Die FINMA entscheidet auch, ob eine Gläubigerversammlung eingesetzt oder ein Gläubigerausschuss eingerichtet wird (Art. 35 Abs. 1 BankG). Der Antrag hierzu wird der FINMA vom Konkursliquidator gestellt, die FINMA ist aber an dessen Anträge nicht gebunden (Art. 35 Abs. 2 BankG). Sie ist weiter zuständig für die Festsetzung des Höchstbetrages der sofort auszahlbaren Einlagen im Einzelfall (Art. 37b Abs. 2 BankG). Nach der Verteilung trifft sie sodann die nötigen Anordnungen zur Schliessung des Verfahrens und macht diese öffentlich bekannt (Art. 37e BankG). Schliesslich ist sie im internationalen Kontext für die Verfahrenskoordination verantwortlich (Art. 37f und Art. 37g BankG).

Der von der FINMA eingesetzte und von ihr beaufsichtigte Konkursliquidator "treibt das Verfahren voran" (Art. 13 BIV-FINMA). Die zentralen Aufgabenbereiche des Konkursliquidators werden in Art. 13 BIV-FINMA stichwortartig umschrieben. Danach schafft er die technischen und administrativen Voraussetzungen für die Durchführung des Konkurses (etwa die Erstellung des Inventars, das Eintreiben fälliger Forderungen oder die Aussonderung und Admassierung von Vermögensgegenständen), sichert und verwertet die Konkursaktiven,²⁷ besorgt die im Rahmen des Konkursverfahrens notwendige Geschäftsführung, vertritt die Konkursmasse vor Gericht und anderen Behörden und kümmert sich um die Erhebung und Auszahlung der gesicherten Einlagen. Er hat die Gläubiger mindestens einmal jährlich über den Stand des Verfahrens zu orientieren (Art. 33 Abs. 3 BankG).

3. FINMA als Konkursliquidatorin

Das Gesetz geht von einer Aufgabenteilung zwischen FINMA und Konkursliquidator aus: Dafür spricht der Wortlaut der Bestimmung ("Die FINMA ernennt einen oder mehrere Konkursliquidatoren"). Dafür spricht weiter die Ausgestaltung des Verfahrens, indem der Konkursliquidator der Aufsicht der FINMA untersteht, ihr auf Verlangen

²³ Z.B.: Öffentliche Bekanntmachung des Konkurses (Art. 33 Abs. 1 BankG, Art. 232 SchKG); Entscheid (auf Antrag des Konkursliquidators) über Massnahmen zur Sicherung des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens (Art. 16 Abs. 4 BIV-FINMA, Art. 240 SchKG) und über die Fortführung hängiger Zivil- oder Verwaltungsprozesse (Art. 22 Abs. 1 BIV-FINMA, Art. 240 SchKG); Genehmigung der Verteilungsliste (Art. 36 BIV-FINMA, Art. 261 SchKG); Entscheid über die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens im Falle von nachträglich entdeckten Vermögenswerten.

²⁴ Z.B.: Inventaraufnahme (Art. 16 Abs. 1–3 BIV-FINMA, Art. 221 SchKG); Aussonderung (Art. 20 BIV-FINMA, Art. 242 Abs. 1 und 2 SchKG); Admassierung (Art. 21 BIV-FINMA, Art. 242 Abs. 3 SchKG), wobei die Einforderung auf dem Klageweg der Zustimmung der FINMA bedarf (Art. 21 Abs. 4 BIV-FINMA); Vertretung der Masse vor Gericht (Art. 13 lit. d BIV-FINMA, Art. 240 SchKG); Abtretung von Rechtsansprüchen (Art. 33 BIV-FINMA, Art. 260 SchKG); grundsätzlich auch Verwertungshandlungen (Art. 34 BIV-FINMA, Art. 256 SchKG); Erstellung des Schlussberichts (Art. 37e Abs. 2 BankG, Art. 58 Abs. 1 und 2 BIV-FINMA, Art. 268 Abs. 1 SchKG).

²⁵ Siehe zu dieser Bestimmung die berechtigte Kritik von Franco Lorandi, Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede, Abschn. IV.2.3, vorne, S. 506 f. in diesem Heft.

²⁶ Eine Konkursöffnung durch ein kantonales Konkursgericht ist ausgeschlossen (Art. 173b SchKG).

²⁷ Den Entscheid über die Sicherung der Konkursaktiven trifft allerdings (auf Antrag des Konkursliquidators) die FINMA, vgl. Art. 16 Abs. 4 BIV-FINMA. Zur Verwertung vgl. Art. 34 Abs. 1 BIV-FINMA: Der Konkursliquidator muss periodisch einen Verwertungsplan aufzustellen, der über die zur Verwertung anstehenden Konkursaktiven und die Art der Verwertung Auskunft gibt.

Bericht erstattet (Art. 33 Abs. 2 BankG) und zudem die zentralen Verfahrensentscheide von der FINMA genehmigt werden müssen.²⁸

SZW 2013 S. 509, 513

Das Bundesverwaltungsgericht hat demgegenüber im Fall Aston Bank²⁹ entschieden, dass die FINMA befugt sei, die Konkursliquidation in Eigenregie vorzunehmen. Zwar könne sich die FINMA dafür nicht auf Art. 34 Abs. 3 BankG stützen, wonach sie bei der Konkursliquidation "abweichende Verfügungen und Anordnungen treffen" könne. Diese Sonderkompetenz – so das Gericht – beschränke sich auf Abweichungen vom SchKG (Art. 197–220) und umfasse primär Bestimmungen formeller Natur, wie z.B. Fristen oder Verfahrensregeln.³⁰ Hier gehe es aber um die Frage, ob Art. 33 Abs. 2 BankG trotz seines Wortlauts eine Funktionsübernahme durch die FINMA erlaube. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies mit Blick auf den Sinn und Zweck des Bankeninsolvenzrechts (Vereinfachung, Schnelligkeit, Flexibilität, Effizienz) bejaht.³¹ Einen Freipass hat das Gericht der FINMA dennoch nicht ausgestellt: Die Funktion als Konkursliquidatorin kann die FINMA nur in *berechtigten Fällen* ("in casi giustificati")³² übernehmen. Das bedeutet auch: Den Gläubigern und Eignern steht die Möglichkeit offen, vom Bundesverwaltungsgericht feststellen zu lassen, dass im spezifischen Fall die Konkursliquidation in Eigenregie nicht gerechtfertigt ist, was bejahendfalls dazu führen würde, dass alle diesbezüglichen Akte der FINMA nichtig wären.³³

Im Ergebnis ist der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vertretbar, obwohl wenn neben dem Wortlaut des Gesetzes auch die systematische Auslegung tendenziell gegen die Funktionsdoppelung der FINMA spricht: Anders als bei der Konkursliquidation ist nämlich beim Sanierungsverfahren die Ernennung eines Sanierungsbeauftragten ausdrücklich als "Kann-Bestimmung" ausgestaltet.³⁴ Ein Vergleich der beiden Verfahrensarten zeigt zudem, dass das Sanierungsrecht sehr viel stärker auf Flexibilität ausgerichtet ist als das Konkursliquidationsverfahren. Aus systematischer Sicht würde sich daher auch eine unterschiedliche Ausgestaltung des Delegationsverfahrens rechtfertigen. Schliesslich wird man festhalten müssen, dass mit der Doppelfunktion der FINMA eine weitere Einschränkung der Gläubiger- und Eignerrechte verbunden ist. Nimmt die FINMA die Aufgaben des Konkursliquidators (oder des Sanierungsbeauftragten) selbst wahr, so steht den Gläubigern und Eignern die Anzeige nach Art. 6 BIV-FINMA nicht zur Verfügung. Es fehlt in diesem Sinne die *second opinion*, die mit einer solchen Anzeige verbunden ist. Natürlich bleibt es den Betroffenen überlassen, die FINMA dennoch auf vermeintliche Unregelmässigkeiten hinzuweisen; nur liegt es in der Natur der Sache, dass der Blick auf eigene Handlungen tendenziell positiv ausfällt.

Hinzuweisen ist im Zusammenhang mit der Frage der Doppelfunktion der FINMA noch auf Folgendes: Art. 12 Abs. 1 BIV-FINMA sieht die Ausübung der Aufgaben des Konkursliquidators durch die FINMA ausdrücklich vor. Das Bundesverwaltungsgericht hat – ungeachtet der übergangsrechtlichen Fragen – die BIV-FINMA in anderen Teilen des Urteils als Entscheidungshilfe berücksichtigt. Für die Frage der Doppelfunktion hat

²⁸ Z.B. Einsetzung einer Gläubigerversammlung oder eines Gläubigerausschusses (Art. 35 BankG), oder die Erstellung der provisorischen Verteilungsliste (Art. 36 BIV-FINMA).

²⁹ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013.

³⁰ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3.1 und 2.3.3, m.w.H.

³¹ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3.3 a.E.: «Per questi motivi è ammissibile che per meglio rispon dere alle esigenze del singolo caso la FINMA in determinate circostanze possa decidere se fare a capo o meno a uno o più liquidatori e, nel caso negativo, rinunciare alla loro designazione e concentrare in sé le funzioni di sorveglianze e i compiti decisionali nella loro completezza. Visto quanto precede un'interpretazione teleologica dell'art. 32 cpv. 2 LBCR consente alla FINMA, in casi giustificati, di prescindere dal designare i liquidatori e di avocare a sé la procedura di fallimento bancario.»

³² BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3.3 a.E.

³³ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.1.

³⁴ Art. 28 Abs. 1 BankG 2004: «Bei begründeter Aussicht auf Sanierung kann die Bankenkommission eine Person mit der Sanierung der Bank beauftragen (Sanierungsbeauftragter).» Heute Art. 28 Abs. 3 BankG: «Sie [die FINMA] kann eine Person mit der Ausarbeitung eines Sanierungsplans beauftragen (Sanierungsbeauftragter).»

es Art. 12 Abs. 1 BIV-FINMA aber offensichtlich keine entscheidrelevante Bedeutung zugemessen. Damit hat es auch deutlich gemacht, dass ohne eine entsprechende Grundlage im Bankengesetz die Bestimmungen der BIV-FINMA keine Begründungsfunktion übernehmen können.

III. Rechtsschutz

1. Überblick

Der Rechtsschutz im Bankinsolvenzrecht steht ganz im Zeichen eines einfachen, kurzen, flexiblen und effizienten Verfahrens. Dies zeigt sich vorab an

SZW 2013 S. 509, 514

den eingeschränkten Beschwerdemöglichkeiten gegen Handlungen der FINMA-Beauftragten (Untersuchungsbeauftragter, Sanierungsbeauftragter, Konkursliquidator). Die Entscheide der Beauftragten sind gemäss BIV-FINMA keine Verfügungen und die anzeigenden Personen sind keine Parteien im Sinne des VwVG (Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA). Zulässig ist lediglich eine Anzeige an die FINMA, die den angezeigten Sachverhalt untersucht, die notwendigen Massnahmen ergreift und – falls erforderlich – eine anfechtbare Verfügung erlässt (Art. 6 Abs. 3 BIV-FINMA). Führt man sich vor Augen, welche Handlungen die Beauftragten effektiv vornehmen, so denkt man unweigerlich an das Märchen über des Kaisers neue Kleider, und man sieht vor seinem inneren Auge eine junge Bundesrichterin, die ganz unbefangen von einer Verfügung ausgeht, wenn der Untersuchungsbeauftragte den Bankorganen einen Vertragsabschluss oder die Vertragserfüllung verbietet (Art. 26 Abs. 1 lit. a und f BankG)³⁵ oder wenn der Konkursliquidator einem Gläubiger die Akteneinsicht verweigert (Art. 5 Abs. 5 BIV-FINMA) oder einen Vermögensgegenstand der fallierten Bank freihändig verkauft (Art. 31 Abs. 3 BIV-FINMA). So weit wird es nicht kommen: Bei der Geschichte um des Kaisers neue Kleider handelt es sich nicht umsonst um ein Märchen, denn erstens sind die Bundesrichter selten weiblich und noch seltener jung, und zweitens spricht alles dafür, den Rechtsschutz bei diesen Verfahren einzuschränken, um dessen Zielsetzung nicht illusorisch werden zu lassen. Entsprechend findet sich bereits eine gefestigte Rechtsprechung, welche die in Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA geäusserte Sichtweise stützt,³⁶ und auch die Materialien zu den jüngeren Revisionen folgen der Logik eines effizienten Verfahrens und halten unmissverständlich fest, dass die FINMA-Beauftragten nur handeln und nicht (anfechtbar) verfügen.³⁷ Das Ergebnis hätte man sowohl aus rechtsstaatlicher wie auch aus dogmatischer Sicht überzeugender erreicht, indem man im Gesetz die Einschränkung des Rechtsschutzes explizit statuiert.

Was sodann die FINMA angeht, so sind zwar dem Grundsatz nach ihre Verfügungen mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar (Art. 54 FINMAG).³⁸ Dieser Beschwerdeweg unterliegt aber im Rahmen der Konkursliquidation massgeblichen Einschränkungen. Die Kernbestimmung ist dabei Art. 24 BankG, der im Wesentlichen drei Themen aufgreift: Die Aktivlegitimation der Gläubiger und Eigner, die zulässigen Rechtsbegehren und schliesslich die Frage der aufschiebenden Wirkung. So können die Gläubiger und Eigner einzig gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen (Art.

35 Die FINMA delegiert solche Entscheide regelmässig an den Untersuchungsbeauftragten.

36 Früh schon BGE 130 II 351 E. 3.3.2 S. 358 f. (Klaro) zum Untersuchungsbeauftragten (unter dem alten Recht); BVGer Urteil B-5272/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2.1 und BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3.3 zur Konkursliquidatorin, beide Entscheide unter Hinweis auf Art. 6 BIV-FINMA. Siehe auch BGE 132 II 382 E. 1.2.3 S. 386 zur Konkursliquidation, unter Hinweis auf den damals geltenden Art. 6 Abs. 2 BKV (Anzeige an die EBK, fehlende Verfügungskompetenz in Art. 6 Abs. 1 BKV festgelegt).

37 Botschaft Revision Bankengesetz, BBl 2002 8079.

38 Art. 54 FINMAG verweist auf die Bestimmungen zur Bundesrechtspflege (VwVG, VGG, BGG). Zur deklaratorischen Natur dieser Bestimmung siehe André E. Lebrecht, Basler Kommentar (Fn. 2), N 4 zu Art. 54 FINMAG: Die Verfügungen der FINMA könnten ohnehin beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 1 Abs. 2 lit. c und Art. 44 VwVG sowie Art. 33 lit. e VGG).

24 Abs. 2 BankG).³⁹ Ausgenommen von dieser Einschränkung ist die Beschwerde gegen die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven.⁴⁰ Aufschiebende Wirkung hat die Beschwerde zudem für alle Beschwerdeführer nur unter der Bedingung, dass der Instruktionsrichter diese auf Gesuch hin erteilt.⁴¹ Auch steht die betriebsrechtliche Aufsichtsbeschwerde (Art. 17 SchKG) nicht zur Verfügung.

Bestehen bleiben im Rahmen der Konkursliquidation die Klagen vor dem Zivilgericht, also die Aussonderungs-, Admassierungs- und die Kollokationsklage.⁴² Schliesslich bleibt es auch in diesen Verfahren beim Rechtsschutz durch Staatshaftung: Die FINMA und ihre Beauftragten haften für wesentli-

SZW 2013 S. 509, 515

che Amtspflichtverletzungen, allerdings unter der Einschränkung, dass der eingetretene Schaden nicht auf eine Pflichtverletzung des Beaufsichtigten zurückzuführen ist (Art. 19 Abs. 2 FINMAG).

Aus dem Gesagten ergibt sich im Einzelnen folgende Rechtslage:

2. Beschwerderecht der Bank

Bei einer Bank bewirkt die Konkursöffnung durch die FINMA eine Einschränkung der Vertretungsbefugnis der Organe, die sich nach dem auf die Bank anwendbaren Organisationsrecht – namentlich also dem Aktienrecht – richtet, sofern die FINMA nicht im Rahmen einer Schutzmassnahme die Organe abberufen hat (Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG). Es gilt also grundsätzlich Art. 740 Abs. 5 OR, wonach die Organe ihre Vertretungsbefugnis nur soweit behalten, als eine Vertretung durch sie noch notwendig ist. Diese Notwendigkeit besteht im Hinblick auf Beschwerden gegen Verfügungen der FINMA im Zusammenhang mit der Konkursöffnung und dem Konkursverfahren, weil nicht zu erwarten ist, dass der von der FINMA eingesetzte Konkursliquidator in dieser Frage die Interessen der Bank umfassend wahrnimmt – zumal die FINMA nach aktueller Rechtsprechung befugt ist, die Funktion des Konkursliquidators in berechtigten Fällen selbst wahrzunehmen.⁴³

Dass Art. 24 BankG die Beschwerdelegitimation der Bank nicht tangiert, wird durch die Revisionsmaterialien bestätigt⁴⁴ und entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁴⁵ Soweit also die übrigen Voraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erfüllt sind, sind die Organe einer in Liquidation versetzten Bank trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis berechtigt, Entscheide für die

³⁹ Im Sanierungsverfahren beschränkt sich die Beschwerdemöglichkeit auf die Genehmigung des Sanierungsplans (Art. 24 Abs. 2 BankG). Bei Gutheissung der Beschwerde besteht allerdings lediglich ein Entschädigungsanspruch (Art. 24 Abs. 4 BankG).

⁴⁰ BVGer Urteil A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 4.2.3.

⁴¹ Zu den Kriterien für die Erteilung einer aufschiebenden Wirkung siehe BVGer Urteil B-1523/2009 vom 26. März 2009 E. 2. Im Gegensatz dazu ist der Suspensiveffekt bei Beschwerden gegen die Genehmigung des Sanierungsplans ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 24 Abs. 3 BankG).

⁴² BGer Urteil 2C_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.2.2; BVGer Urteil A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 4.2.1. So schon die Materialien, siehe Botschaft Revision Bankengesetz, BBl 2002 8078.

⁴³ BVGer B-3771/2013 vom 12. März 2013 E. 2.3.3. Siehe auch BGer Urteil 2C_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.2.1 («Die FINMA eröffnet in solchen Fällen den Konkurs auf Antrag des von ihr eingesetzten und überwachten Liquidators; es kann von diesem nicht erwartet werden, dass er deren Entscheid und damit letztlich seinen eigenen Antrag für die Gesellschaft in Liquidation in Frage stellt.»).

⁴⁴ Botschaft Revision Bankengesetz, BBl 2002 8077.

⁴⁵ BGE 131 II 306 E. 1.1 S. 310 (Klaro). Siehe auch BGer Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004 E. 2.1, m.w.N.; BVGer Urteil B-4171/2009 vom 31. Juli 2009 E. 1.4; BVGer Urteil B-4888/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 1.3.

Gleiches gilt im Zusammenhang mit der – in Art. 24 Abs. 2 BankG ausgeschlossenen – Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG. Auch hier wird die Vertretungsbefugnis der Organe zur Erhebung der Beschwerde bejaht, siehe BGE 88 III 28 E. 2a S. 35 (Aktiengesellschaft), BGE 53 III 107 (Genossenschaft).



Bank anzufechten.⁴⁶ Dies muss auch gelten, wenn den Organen im Rahmen einer Schutzmassnahme (Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG) die Vertretungsbefugnis zu einem früheren Zeitpunkt entzogen wurde.⁴⁷

Hingegen gilt auch für die Bank die Einschränkung, dass die Beschwerde nur dann aufschiebende Wirkung hat, wenn sie vom Instruktionsrichter auf Gesuch hin erteilt wird (Art. 24 Abs. 2 BankG).⁴⁸

3. Beschwerderecht von Gläubigern und Eignern

Trotz des an sich klaren Wortlauts von Art. 24 Abs. 2 BankG, wonach das Beschwerderecht von Gläubigern und Eignern im Konkursliquidationsverfahren auf Verwertungshandlungen beschränkt ist, waren die Gerichte bereits mehrfach mit einschlägigen Auslegungsfragen befasst. Aus Sicht der Doktrin sind zudem weitere Präzisierungen anzubringen.

3.1 Konkurseinstellung mangels Aktiven

Ausgenommen von der Beschränkung der Beschwerdelegitimation der Eigner und Gläubiger ist die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven.⁴⁹ Im NicStic-Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, die Einstellungsverfügung mangels Aktiven betreffe nicht den laufenden Konkurs. Eine Beschwerdemöglichkeit laufe deshalb nicht dem bankeninsolvenzrechtlichen Zweck eines schnellen Verfahrens zuwider, zudem stelle die Konkurseinstellung für die Betroffenen eine sehr wichtige Verfügung dar. Entsprechend sei eine solche Verfügung mit (Verwaltungsgerichts-)Beschwerde anfechtbar.⁵⁰

SZW 2013 S. 509, 516

Im Ergebnis wird der Anwendungsbereich von Art. 24 Abs. 2 BankG mit Blick auf die bankinsolvenzrechtliche Zielsetzung eng gefasst. Dem Wortlaut lässt sich die Einschränkung nicht entnehmen, er spricht allgemein von den Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des Bankengesetzes. Da die Verfügung über eine Einstellung mangels Aktiven (Art. 34 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 230 SchKG) in den zwölften Abschnitt fällt, wäre sie grundsätzlich von Art. 24 Abs. 2 BankG erfasst. Die Haltung des Bundesverwaltungsgerichts ist insofern konsequent, als es auch sonst der Zielsetzung des Bankinsolvenzrechts bei der Auslegung eine überragende Bedeutung beimisst.⁵¹

3.2 Beschwerdelegitimation der Eigner bei Verwertungshandlungen

Mit Blick auf die Verwertungshandlungen ist zu beachten, dass der Konkursliquidator die Verwertungshandlungen vornimmt (Art. 31 BIV-FINMA) und sein Entscheid keine anfechtbare Verfügung im Sinne des VwVG darstellt.⁵² Für die Gläubiger präzisiert allerdings Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA, dass der Konkursliquidator periodisch einen Verwertungsplan erstellt, diesen den Gläubigern mitteilt und ihnen eine Frist setzt, innert der sie über einzelne darin aufgeführte Verwertungshandlungen von der FINMA eine anfechtbare Verfügung verlangen können. Über die Eigner äussert sich die BIV-

⁴⁶ BGer Urteil 2C_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.2.1 (Vertretungsbefugnis der Organe einer sich in aufsichtsrechtlicher Liquidation befindlichen Gesellschaft zur Anfechtung eines [nachträglichen] Konkurserkennnisses).

⁴⁷ Siehe BGer Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004 E. 2.1, m.w.N.; BVGer Urteil B-4171/2009 vom 31. Juli 2009 E. 1.4 (beide zur aufsichtsrechtlichen Liquidation).

⁴⁸ Siehe BVGer Urteil B-1523/2009 vom 26. März 2009 E. 1.3 (mit ausführlicher Begründung).

⁴⁹ Geregelt in Art. 23 BIV-FINMA.

⁵⁰ BVGer Urteil A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 4.2.3 (NicStic).

⁵¹ So etwa bei der Frage, ob – entgegen dem Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 BankG – die Ernennung eines Konkursliquidators unterbleiben und die FINMA diese Funktion eigenständig wahrnehmen kann (BVGer B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3.3, siehe dazu vorne II.3).

⁵² Vgl. Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA, siehe vorne II.2 und III.1.

FINMA nicht. In beiden Fällen ergibt sich aber die Anfechtbarkeit der Verwertungshandlungen und – damit verbunden – der Anspruch auf eine anfechtbare Verfügung direkt aus dem Gesetz (Art. 24 Abs. 2 BankG).⁵³ Die Kompetenz der FINMA gemäss Art. 34 Abs. 3 BankG "abweichende Verfügungen und Anordnungen" zu treffen, beschränkt sich auf (fristen- und verfahrenstechnische) Abweichungen vom SchKG, nicht aber auf Abweichungen vom Bankengesetz.⁵⁴ Eine über Art. 24 Abs. 2 BankG hinausgehende Einschränkung der Beschwerdemöglichkeiten der Eigner könnte sie also nicht vornehmen. Die praktische Frage, wie die Eigner von Verwertungsverhandlungen Kenntnis erlangen, lässt sich relativ leicht beantworten: Die Mitteilung über die zur Verwertung anstehenden Konkursaktiven wird jeweils auf der Homepage der FINMA und im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert. Die Eigner können dann gleich wie die Gläubiger weitere Informationen beim Konkursliquidator einholen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Mitteilungen und Informationen auf der FINMA-Homepage auf die Gläubiger ausgerichtet sind.

3.3 Gläubigereigenschaft

Als streitiger Punkt erwies sich im Fall Aston Bank die Gläubigereigenschaft des Beschwerdeführers. Dieser war unstrittig der geschäftsführende Direktor und Mehrheitsaktionär der fallierten Bank. Neben Lohnansprüchen machte er als Forderung auch ausstehende (pfandgesicherte) Mietzinsen für die Geschäftsräumlichkeiten der Bank geltend. Die FINMA sprach dem Beschwerdeführer die Gläubigereigenschaft ab, weil seine Lohnansprüche im Rahmen der Kollokation kaum anerkannt werden würden und weil der Konkursmasse gegen ihn viel höhere Verantwortlichkeitsansprüche zustünden als er umgekehrt Lohnansprüche habe. Was das Pfandrecht angehe, so seien die Forderungen nach der Konkurseröffnung entstanden, weshalb es sich um Massschulden handle.

Das Bundesverwaltungsgericht hat für die Frage nach der Gläubigereigenschaft auf die Lehre und Rechtsprechung zur SchKG-Beschwerde zurückgegriffen. Danach gelten als Gläubiger im Konkursverfahren grundsätzlich all jene Personen, die von sich behaupten, Gläubiger zu sein.⁵⁵ Keine Gläubigereigenschaft kommt hingegen jenen Personen zu, deren Forderung in einem rechtsgültigen Kollokationsplan endgültig abgelehnt worden ist.⁵⁶ Da im betreffenden Verfahren noch kein Kollokationsplan erstellt worden war, konnte dem Beschwerdeführer gemäss Bundesverwaltungsgericht die Gläubiger-

SZW 2013 S. 509, 517

eigenschaft nicht abgesprochen werden. Auch der Einwand der viel höheren Verrechnungsforderungen der Masse änderte am Ergebnis nichts, weil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch derjenige Gläubiger, der gleichzeitig Schuldner der Konkursmasse ist, mit Blick auf seine Forderung beschwerdelegitimiert ist.⁵⁷ Ein aktueller oder möglicher Verrechnungsanspruch hat mithin keine Auswirkungen auf die Beschwerdelegitimation. Die Überprüfung der Forderungen erfolgt im Rahmen der Kollokation und die Beurteilung einer allfälligen Kollokationsklage obliegt ausschliesslich dem Zivilgericht.

⁵³ In diesem Sinne auch die Botschaft Revision Bankengesetz, BBl 2002 8079: «Für Gläubiger und Eigner besteht [...] bei Verwertungshandlungen ein Anspruch auf eine Verfügung.»

⁵⁴ Schwob, Komm. BankG (Fn. 2), N 2 zu Art. 34 BankG.

⁵⁵ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 3.3, m.w.N.

⁵⁶ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 3.3, unter Hinweis auf Ernst Brügger, SchKG Gerichtspraxis 1946–2005, Zürich 2006, N 133 zu Art. 17 SchKG.

⁵⁷ BGE 119 III 81 E. 2 S. 83.

3.4 Verwertungshandlungen

Im Fall Aston Bank hatte der Beschwerdeführer unter anderem geltend gemacht, es sei unzulässig, dass die FINMA als Konkursliquidatorin über die Abtretung von Rechtsansprüchen im Sinne von Art. 260 SchKG entschieden habe, ohne ihren Verzicht auf deren Geltendmachung zu begründen, und bevor überhaupt der Kollokationsplan erstellt worden sei. Die Gläubiger könnten ohne Kenntnis ihrer Position nicht einschätzen, ob sie eine Abtretung verlangen sollten. Die FINMA bestritt die Legitimation des Beschwerdeführers unter anderem mit der Begründung, gemäss Art. 34 Abs. 3 BIV-FINMA gelte die Abtretung von Rechtsansprüchen nicht als Verwertungshandlung, weshalb die Voraussetzung für die Anfechtung nach Art. 24 Abs. 2 BankG nicht erfüllt sei.⁵⁸

Das Bundesverwaltungsgericht liess dies nicht gelten. Es hielt fest, dass diese Regelung dem gesetzlich festgelegten Beschwerderecht der Gläubiger und Eigner (Art. 24 Abs. 2 BankG) widerspricht und dass der Regelung in Art. 34 Abs. 3 BIV-FINMA die gesetzliche Grundlage fehlt.⁵⁹ Eine solche Grundlage sah das Gericht auch nicht in Art. 34 Abs. 3 BankG, denn die Kompetenz der FINMA zum Erlass von "abweichenden Verfügungen und Anordnungen" sei auf Bestimmungen formeller Natur (Fristen, Verfahrensablauf) ausgerichtet, während es sich beim Verwertungsrecht in Art. 256–260 SchKG, das die Abtretung von Rechtsansprüchen zu den Verwertungshandlungen zählt, offensichtlich um Bestimmungen materieller Natur handle.⁶⁰ Zudem ergebe sich aus der Gesetzessystematik, dass sich die Sonderkompetenz der FINMA auf die Wirkungen und den Ablauf (Marginalie zu Art. 34 BankG) der Konkursliquidation beziehe, während sich die Rechtsschutzbestimmung in Art. 24 BankG im zehnten Abschnitt zur Überwachung finde.⁶¹ Sodann könne die Abtretung von Rechtsansprüchen zu Substanzverlusten bei den Gläubigern und Eignern führen, weshalb ihr nach dem Willen des Gesetzgebers die Qualität als (anfechtbare) Verwertungshandlung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 BankG zukommen müsse.⁶² Wenn Art. 34 Abs. 3 BIV-FINMA eine abweichende Regel treffe, so widerspreche die Bestimmung dem höherrangigen Gesetzesrecht.⁶³

Auch diese Erwägungen zeigen deutlich, dass das Bundesverwaltungsgericht sich nicht davon abbringen lässt, die gesetzliche Grundlage von Bestimmungen in der BIV-FINMA jeweils zu überprüfen.

3.5 Abtretung von Rechtsansprüchen vor Erstellung des Kollokationsplans

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht klargestellt hatte, dass die Abtretung von Rechtsansprüchen zu den anfechtbaren Verwertungshandlungen zählt, nahm es in einem weiteren Schritt Stellung zur Rüge, wonach es unzulässig sei, Rechtsansprüche abzutreten, bevor die eingegangenen Forderungen überprüft und ein Kollokationsplan erstellt worden sei. Tatsächlich ist in einem solchen Fall nicht

⁵⁸ BVGer Urteil B-3771/2013 vom 12. März 2013 E. 1.4.1. Weder die Vorgängernorm von Art. 7 BKV-FINMA noch der Entwurf zur BIV-FINMA vom 16. Januar 2012 enthielten diese Einschränkung. Der FINMA-Erläuterungsbericht hält zudem fest, dass sich am Anfechtungsregime inhaltlich nichts geändert habe. FINMA, Bankeninsolvenzverordnung FINMA, Erläuterungsbericht, 16. Januar 2012, S. 24. In den Stellungnahmen (bis 2. März 2012) findet sich kein Vorschlag zur Aufnahme einer solchen Einschränkung des Begriffs der Verwertungshandlung. Hingegen erliess die FINMA am 9. März 2012 im Fall Aston Bank die Mitteilung über die Abtretung von Rechtsansprüchen, am 7. Juli 2012 begründete sie ihren Nichteintretensentscheid mit dem Hinweis darauf, dass die Abtretung von Rechtsansprüchen keine Verwertungshandlung darstelle. In der BIV-FINMA vom 30. August 2012 findet sich erstmals der neue Art. 34 Abs. 3. Ein Schelm, wer Böses denkt ...

⁵⁹ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 1.4.4.

⁶⁰ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 1.4.2 und 1.4.4.

⁶¹ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 1.4.4.

⁶² BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 1.4.3.4 a.E.

⁶³ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 1.4.4.

klar, wer überhaupt Gläubiger ist und die Abtretung verlangen kann, zudem müssen die potenziellen Gläubiger ihre Entscheidung über das Begehren um Abtretung in Unkenntnis darüber treffen, in welchem Umfang sie aus der Konkursmasse befriedigt werden. Auch weicht diese Verfahrensgestaltung vom üblichen Verfahrensablauf nach SchKG ab. Die FINMA berief sich für die Zulässigkeit des Vorgehens insbesondere auf Art. 21 Abs. 5 BIV-FINMA, der diesen Ablauf vorsieht, und auf Art. 34 Abs. 3 BankG als gesetzliche Grundlage für die Sonderregelung. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Vorgehen als zulässig erklärt, es aber gleichzeitig an Bedingungen geknüpft.

Vorab hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Bestimmungen über die Voraussetzungen der Abtretung von Rechtsansprüchen formeller Natur sind, weshalb sie gestützt auf die Kompetenz der FINMA gemäss Art. 34 Abs. 3 BankG, vom SchKG abweichende Verfügungen und Anordnungen zu treffen, gedeckt sind.⁶⁴ Hingegen knüpfte das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit der vorzeitigen Abtretung unter Hinweis auf die SchKG-Praxis an zusätzliche Voraussetzungen. So hat die Abtretung an einen noch nicht rechtskräftig kollozierten Gläubiger *bedingt* zu erfolgen.⁶⁵ Das setzt allerdings die spätere rechtskräftige Kollokation voraus, womit ein Verzicht auf die Erstellung eines Kollokationsplans nicht zulässig ist. Mit anderen Worten: Der Konkursliquidator kann die vorzeitige Abtretung von Rechtsansprüchen vornehmen, aber unter der Bedingung, dass im Anschluss daran zügig ein Kollokationsplan erstellt wird.⁶⁶

Unter diesen Voraussetzungen wird die FINMA – was auch vom Bundesverwaltungsgericht angemerkt wird⁶⁷ – sorgfältig prüfen, ob sie eine vorzeitige Abtretung von Rechtsansprüchen vornehmen will. Dies umso mehr, als auch Gläubiger, deren Forderungen bestritten sind, die Abtretung ohne Weiteres verlangen können. Dies führt in einem Fall wie dem vorliegenden dazu, dass der Direktor und Mehrheitsaktionär der fallierten Bank die Abtretung von Rechtsansprüchen verlangen kann. Rechtsmissbräuchlich wäre ein solches Begehren nur, wenn die Abtretung einzig dem Ziel dienen würde, die Stellung der anderen Abtretungsgläubiger bei der Durchsetzung der Abtretungsansprüche zu erschweren oder zu verunmöglichen.⁶⁸

IV. Fazit

Über den Konkursbestimmungen der BIV-FINMA hängt das Damoklesschwert der gerichtlichen Kontrolle, namentlich derjenigen durch das Bundesverwaltungsgericht. Das macht die Arbeit der FINMA nicht einfacher. Andererseits muss man sich den Ausnahmecharakter von Art. 34 Abs. 3 BankG vor Augen führen. Der Gesetzgeber hat sich damit doch in bemerkenswerter Weise vom Grundsatz entfernt, wonach die Behörde als Vollzugsorgan an das Gesetz gebunden ist und sie nicht umgekehrt als Vollzugsorgan mittels Verordnung das Gesetz derogieren kann. Daraus ergibt sich aus rechtsstaatlicher Sicht auch die Notwendigkeit, dieser Kompetenz gewisse Schranken zu setzen.

⁶⁴ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 2.3.1 und 5.1.

⁶⁵ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 5.1, unter Hinweis auf BGE 128 III 291 E. 4c/aa S. 292 f. Für die Lehre siehe Steven V. Berti, in: Staehelin et al. (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs III, Basel 1998, N 28 zu Art. 260 SchKG.

⁶⁶ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 5.1.

⁶⁷ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 5.2.

⁶⁸ BVGer Urteil B-3771/2012 vom 12. März 2013 E. 5.2 a.E. unter Hinweis auf BGE 107 III 91 E. 2 S. 94.