

**Per E-Mail**

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

9. Dezember 2024

**Entwurf einer neuen Verordnung der FINMA über das Insolvenzverfahren bei Finanzmarktinstituten**

Sehr geehrter Herr Ulmann

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

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

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

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

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



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

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

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

Mit freundlichen Grüßen,



Stefan Kramer





ZÜRICH  
Lenz & Staehelin  
Brandschenkestrasse 24  
CH-8027 Zürich

GENÈVE  
Lenz & Staehelin  
Route de Chêne 30  
CH-1211 Genève 6

LAUSANNE  
Lenz & Staehelin  
Avenue de Rhodanie 40C  
CH-1007 Lausanne

Per Email  
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Kaspar Ulmann  
Laupenstrasse 27  
3003 Bern  
(Per Email an [regulation@finma.ch](mailto:regulation@finma.ch))

Zürich, 9. Dezember 2024  
1754550\_1 / HUNEP / HUNEP

## **Anhörung zu einer neuen Verordnung der FINMA über das Insolvenzverfahren bei Finanzmarktinstituten (Insolvenzverordnung FINMA)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf das von der FINMA am 9. Oktober 2024 eröffnete Anhörungsverfahren betreffend eine neue Insolvenzverordnung FINMA und lassen Ihnen gerne nachfolgend unsere Stellungnahme innert der auf den 9. Dezember 2024 angesetzten Frist zukommen.

### **1 Generelle Vorbemerkung**

Die Konsolidierung der bisher in verschiedenen industriespezifischen Insolvenzverordnungen der FINMA enthaltenen Verfahrensregeln in einer Insolvenzverordnung FINMA gemäss Entwurf der FINMA (E-IVO-FINMA) erscheint uns unter Wahrung der in den jeweiligen Gesetzen vorgesehenen, auf die entsprechenden Finanzmarktinstitute zugeschnittenen Regeln sinnvoll.

In formeller Hinsicht wäre es unseres Erachtens hilfreich, wenn bei den einzelnen Bestimmungen der E-IVO-FINMA jeweils im Titel ein Verweis auf die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, auf welche diese Regeln sich abstützen (SchKG bzw. die Spezialgesetzgebung für die einzelnen Finanzmarktinstitute) aufgenommen würde.

#### **PARTNERS**

**ZÜRICH:** Patrick Hünerwadel · Matthias Oertle · Martin Burkhardt · Heini Rüdüsühli · Marcel Meinhardt · Patrick Schleiffer · Thierry Calame · Beat Kühni · Lukas Morscher · Tanja Luginbühl · Prof. Jürg Simon · Matthias Wolf · Prof. Pascal Hinny · Harold Frey · Marcel Tranchet · Tino Gaberthüel · Astrid Waser · Stephan Erni · Dominique Müller · Alexander Greter · Peter Ling · Simone Ehrensam · Patrick Schärli · Anja Affolter Marino

**GENÈVE:** Shelby R. du Pasquier · Guy Vermeil · François Rayroux · Jean-Blaise Eckert · Daniel Tunik · Olivier Stahler · Andreas Rötheli · Xavier Favre-Bulle · Benoît Merkt · David Ledermann · Jacques Iffland · Daniel Schafer · Miguel Oural · Fedor Poskriakov · Frédéric Neukomm · Cécile Berger Meyer · Floran Ponce · Valérie Menoud · Hikmat Maleh · Roman Graf · Sevan Antreasyan · Ariel Ben Hattar · Rébecca Dorasamy

**LAUSANNE:** Lucien Masméjan

Eingetragen im kantonalen Anwaltsregister

**Lenz & Staehelin**



## 2 Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Zu den vorgeschlagenen Bestimmungen haben wir im Einzelnen nur wenige Bemerkungen.

### 2.1 Art .2 Abs.1 Bst. h E-IVO-FINMA:

Nachdem die E-IVO-FINMA in anderen Bestimmungen ausdrücklich auf Zweigniederlassungen Bezug nimmt, wäre zu erwägen, diese für Versicherungsunternehmen in Art. 2 Abs. 1 Bst. h E-IVO-FINMA bei der Referenz auf Art. 2 Abs. 1 Bst. b VAG ausdrücklich zu erwähnen.

### 2.2 Art. 14 Abs. 2 E-IVO-FINMA

Um die Lesbarkeit und Verständlichkeit dieser Bestimmung zu erhöhen, würden wir anregen, statt indirekt über den Begriff des "Eingriffs" eine Ablehnung für die betreffenden Fälle, unter Vorbehalt der Übertragung des Versicherungsbestands, direkt auszuschliessen:

"Ausgeschlossen ist eine Ablehnung des Sanierungsplans bei Übertragung von Passiven und Vertragsverhältnissen und dem damit verbundenen Schuldnerwechsel, soweit es sich nicht um eine Übertragung des Versicherungsbestands eines Versicherungsunternehmens handelt."

### 2.3 Art. 24 Abs. 2 E-IVO-FINMA

Diese Bestimmung spricht kryptobasierte Vermögenswerte an. Unklar bleibt jedoch, ob es sich dabei um eine generelle Subsumierung unter den Begriff der "Finanzinstrumente" handelt, welcher von den Spezialgesetzen verwendet wird, oder diese Vermögenswerte zunächst als Effekten oder Finanzinstrumente qualifizieren müssen. Sodann scheint sich grammatikalisch das Erfordernis der "objektiven Bestimmbarkeit" des Wertes nicht auf kryptobasierte Vermögenswerte zu beziehen, was wohl nicht beabsichtigt ist.

Zu begrüssen ist, dass der Art. 24 Abs. 2 E-IVO-FINMA für sämtliche Finanzinstitute gleichermassen gilt. Die jeweilige gesetzliche Grundlage ist für die verschiedenen Finanzinstitute gleichlautend bzw. u.E. gleich zu interpretieren. Gleichwohl bleibt es, wie von uns im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens für die Revision des FinfraG angeregt sinnvoll, Art. 51b Abs. 1 Bst. b VAG so anzupassen, dass auch hier Barsicherheiten ausdrücklich erwähnt werden. Ggf. wäre eine Aufnahme von kryptobasierten Vermögenswerte in die Spezialgesetze ebenfalls zu erwägen.

### 2.4 Art. 26 E-IVO-FINMA

Art. 26 Abs. 1 E-IVO-FINMA verwendet in Bezug auf vertragliche Anlagefonds den Begriff "Anlagefonds" und hinsichtlich einer SICAV denjenigen der "Anlegerteilvermögen". Wir regen aus folgenden Gründen eine begriffliche Klärung insbesondere des Konzepts der "Anlagefonds" in Art. 26 E-IVO-FINMA an, welche mit Vorteil direkt im Text der Bestimmung oder zumindest im Erläuterungsbericht erfolgen kann.



- (a) Gemäss Art. 92 KAG stellt jedes Teilvermögen eine eigene kollektive Kapitalanlage dar. Der Begriff "Anlagefonds" wird in Art. 25 Abs. 1 KAG eingeführt (nicht aber bereits in Art. 7 bzw Art. 8 KAG). Er schliesst vom System des Gesetzes her u.E. nach auch Teilvermögen von vertraglichen Anlagefonds ein. Dies wird aber in Art. 93 KAG (Anlagefonds mit Teilvermögen) nicht so präzisiert. Unklar bleibt damit, ob in Art. 26 E-IVO-FINMA immer bewusst nur ein ganzer Anlagefonds angesprochen werden soll oder ob auch nur einzelne Teilvermögen Gegenstand einer Uebertragung i.S.v. Art. 26 E-IVO-FINMA sein kann. U.E. sollte letzteres der Fall sein.
- (b) Es wäre deshalb im Zusammenhang mit Art. 26 E-IVO\_FINMA begrüssenswert, wenn der Text der Bestimmung derart spezifiziert werden könnte, dass eine Konkursverwaltung der FINMA einzelne Teilvermögen und nicht nur stets die gesamte vertragliche Umbrella-Struktur auf eine solvente Fondsleitung übertragen kann. Die Rechtslage ist in Bezug auf SICAVs bzw Anlegerteilvermögen begrifflich wohl klarer, aber auch hier wäre eine Klärung wünschenswert. Allenfalls kann diese Klärung auch im Erläuterungsbericht aufgenommen werden.

Art. 26 Abs. 2 E-IVO-FINMA beschränkt überdies ausdrücklich den Anwendungsbereich von Art. 26 E-IVO-FINMA auf von der FINMA genehmigte bzw. bewilligte und damit beaufsichtigte kollektive Kapitalanlagen. Er schliesst damit erklärtermassen eine Uebertragung im Falle von L-QIFs aus.

Dies bedeutet, dass im Falle einer Insolvenz die Anleger eines L-QIFs schlechter gestellt sind als diejenigen einer von der FINMA beaufsichtigten kollektiven Kapitalanlage. Dass ein L-QIF keiner FINMA Bewilligung, Genehmigung und Aufsicht untersteht ist klar durch das Gesetz gewollt und soll hier nicht in Frage gestellt werden.

Bei Art. 26 E-IVO-FINMA handelt es sich jedoch nicht um eine Frage, welche die prudentielle Aufsicht über eine kollektive Kapitalanlage betrifft, sondern um den Anlegerschutz sowie den Systemschutz im Falle der Insolvenz. Im Sinne des Anlegerschutzes wäre es u.M. nach sinnvoll, auch im Falle von L-QIFs in der Form einer offenen Kapitalanlage ein Antragsrecht der Konkursverwaltung i.S. v. Art. 26 E-IVO-FINMA vorzusehen. Andernfalls muss ein L-QIF im Falle einer Insolvenz liquidiert werden und es greift lediglich - auf Ebene des Instituts - Art. 40 FINIG im Falle der Insolvenz der Fondsleitung. Art. 40 FINIG sieht jedoch keine Unterscheidung vor, ob die insolvente Fondsleitung LQIFs verwaltet oder auch andere, beaufsichtigte Kollektive Kapitalanlagen gemäss Art. 7 KAG. Auch hier würde die FINMA die konkursrechtliche Liquidation der Fondsleitung beaufsichtigen, weshalb eine "Diskriminierung" der L-QIFs durch deren Ausklammerung vom Anwendungsbereich von Art. 26 E-IVA-FINMA als nicht sachgerecht erscheint: Es handelt sich hier um die Frage des Schutzes der Anleger im Falle einer Insolvenz, nicht aber um die Konsequenz der vom Gesetzgeber gewollten fehlenden Produktaufsicht durch die FINMA über L-QIFs als kollektive Kapitalanlagen.



Für Rückfragen stehen Ihnen François Rayroux ([francois.rayroux.lenzstaehelin.com](mailto:francois.rayroux.lenzstaehelin.com)) und Patrick Hünerwadel ([patrick.hunerwadel@lenzstaehelin.com](mailto:patrick.hunerwadel@lenzstaehelin.com)) gerne zur Verfügung.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Anliegen

Mit freundlichen Grüßen

Patrick Hünerwadel

François Rayroux

PS wie gewünscht senden wir Ihnen auch eine Word Fassung unserer Eingabe

Nansenstrasse 16  
8050 Zürich  
Telefon +41 44 315 44 55  
[www.pfandbriefbank.ch](http://www.pfandbriefbank.ch)

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herr Kaspar Ulmann  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern  
[regulation@finma.ch](mailto:regulation@finma.ch)

8050 Zürich, 6. Dezember 2024 RH

Kontaktperson Robert Horat  
Telefon-Nr. 044 315 44 56  
E-Mail [robert.horat@pfandbriefbank.ch](mailto:robert.horat@pfandbriefbank.ch)

## **Stellungnahme zum Verordnungsentwurf InsV-FINMA: Schutz des Pfandbriefsystems in der Bankinsolvenz**

Sehr geehrter Herr Ulmann

Wir beziehen uns auf die am 9. Oktober 2024 eröffnete Anhörung zur neuen Verordnung über das Insolvenzverfahren bei Finanzinstituten, die an Stelle der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA treten soll. Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme und nehmen diese Gelegenheit gerne wahr.

Die FINMA ist im Schweizer Finanzsektor gleichzeitig die massgebliche Aufsichts- und Insolvenzbehörde. Dies gilt sowohl für die Banken wie auch für die Pfandbriefinstitute als solche, namentlich aber auch für die Aufsicht und den Schutz des Pfandbriefsystems. Für Banken, die Darlehen eines Pfandbriefinstituts ausstehend haben, sind in Bezug auf die verschiedenen Stufen einer Bankinsolvenz immer auch die pfandbriefbezogenen Sachverhalte zu beachten. Als Pfandbriefinstitut begrüssen wir grundsätzlich die Verbesserung von Systematik und Transparenz durch die erfolgten Revisionen BankG und PfG (inkl. PfV) und die neue InsV-FINMA.

Pfandbriefspezifische Fragen bei Bankinsolvenzverfahren, insbesondere im Konkursfall einer Bank, waren bis zur Revision von BankG und PfG wenig konkret und lückenhaft. Diese Lücke wurde mit dem überarbeiteten Art. 40 PfG und dem neuen Art. 40a PfG «stufengerecht» geschlossen. Die Artikel liefern wenige, dafür klare Vorgaben und lassen gleichzeitig ausreichend Spielraum für eine situative und risikogerechte Behandlung durch die FINMA. Die Ausführungen in der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020 («Botschaft BankG/PfG») liefern dabei zusätzliche Anhaltspunkte, wie pfandbriefgerechte Massnahmen aussehen sollen.

Die überarbeitete PfV liefert in weiteren relevanten Punkten Klärung, so beispielsweise in Bezug auf die Aufbewahrung der Deckung durch die Mitgliedbanken oder den Informationsfluss, wenn die FINMA Vorkehrungen zum Schutz des Pfandbriefsystems anordnet. Auch hier liefert der entsprechende Erläuterungsbericht zur Änderung der Bankenverordnung (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung und Resolvability) vom 8. April 2022 («Erläuterungsbericht BankV/PfV») relevante Interpretationshilfen zur Sachlage. Für eine Auswahl relevanter Textstellen in der Botschaft BankG/PfG und im Erläuterungsbericht BankV/PfV sei auf den Anhang zu dieser Stellungnahme verwiesen.



In der InsV-FINMA braucht es unseres Erachtens nun weitere Präzisierungen, wie die FINMA die pfandbriefspezifischen, regulatorischen Anforderungen im Falle einer Schief-lage einer Mitgliedbank oder gar deren Konkurs umsetzen und das Pfandbriefsystem schützen will. Dabei geht es um Sonderbestimmungen für die klar abgrenzbare Schnitt-stelle zum Pfandbriefwesen. Mit Blick auf die ausserordentliche Bedeutung des Pfand-briefsystems als Refinanzierungsmodell für das schweizerische Hypothekargeschäft der Banken sowie als Anlageinstrument und Collateral für den ganzen CHF-Kapitalmarkt ist es wichtig, frühzeitig Klarheit und Transparenz zu schaffen.

In der Botschaft BankG/PfG heisst es: «Bankenkonkurse sind komplexe Unterfangen, die unter Zeitdruck abgewickelt werden müssen. Ein klarer, weitgehend vordefinierter Ab-wicklungsprozess für den abgrenzbaren, pfandbriefspezifischen Teil einer Mitgliedsbank vermindert die Gesamtkomplexität und schafft ausreichend Zeit für angemessene Lösun-gen. Weiter kann auch das Risiko verlustreicher Notverkäufe minimiert werden. Gleich-zeitig unterstützt eine klare Regelung die hohe Qualität des Pfandbriefs und hilft, dass den Banken auch in angespannten Zeiten oder gar Krisensituationen über das Pfand-briefsystem der Zugang zum Kapitalmarkt offenbleibt. Dieser Liquiditätszugang kann exis-tenziell sein, wenn andere Finanzierungsquellen in einer solchen Situation nur noch be-grenzt verfügbar sind.» (BBl 2020, 6409)

Bereits die Revision hatte eine frühe und risikogerechte Intervention seitens FINMA zum Ziel. Entsprechend zielt die Botschaft BankG/PfG an mehreren Stellen auf die Notwen-digkeit rechtzeitiger Interventionen und Vorbereitungsmaßnahmen, z. B.: «Um das schweizerische Pfandbriefsystem auch im Falle der Insolvenz einer Mitgliedsbank stabil zu halten, dürfen die Deckungswerte nicht durch konkursrechtliche Abläufe beeinträchtigt werden. Mit vorliegender Anpassung von Artikel 40 [PfG] soll dieses Ziel erreicht und eine Grundlage für eine frühzeitige und situationsgerechte Intervention geschaffen wer-den.» (S. 6379) und weiter: «Diese Voraussetzungen [gemäss dem damaligen Art. 40 PfG] sind relativ hoch und verhindern ein rechtzeitiges Eingreifen der Aufsichtsbehörde zur Sicherung des Systems. Nach dem neuen Absatz 1 [des revidierten Art. 40 PfG] soll die FINMA bereits dann Massnahmen ergreifen und zusätzlich einen Untersuchungsbe-auftragten einsetzen oder die Aushändigung der Deckungswerte anordnen dürfen, wenn eine Mitgliedsbank die gesetzlichen Vorschriften [...] verletzt. Mit der zusätzlichen Mög-lichkeit, einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, kann die FINMA situativ und risi-koadäquat die Kontrolle über die Ordnungsmässigkeit der Pfandregisterführung verbes-ern.» (S. 6408). Es ist wichtig, diese Absicht hinter dem revidierten Art. 40 PfV jetzt zu verwirklichen.

Aufgrund der Spezifika des Pfandbriefwesens empfehlen wir entlang des Insolvenzver-fahrens für Banken mit ausstehenden Pfandbriefdarlehen mehrere Klarstellungen in die InsV-FINMA aufzunehmen:

- **Ein Untersuchungsbeauftragter gemäss Art. 40 PfG soll eingesetzt werden**
  - **bei Verfügung von Schutzmassnahmen oder bei Einleitung eines Sanie-rungsverfahrens gegen die Bank,**
  - **bei Verdacht auf oder erhöhter Gefahr aus einer ungenügenden Aufbewah-rung oder Verwaltung der Darlehensdeckung durch die Mitgliedbank,**
  - **bei anderweitiger ernsthafter Beeinträchtigung des Vertrauens in die Mit-gliedbank.**

Der direkte gesetzliche Schutz des Pfandbriefwesens für den Zeitraum zwischen Er-kennen von Problemen bei einer Mitgliedbank bis unmittelbar vor Konkurseröffnung ist (zu) schwach konturiert. Die erweiterten Möglichkeiten des neuen Art. 40 PfG

sind durch Ausführungen in der InsV-FINMA zu präzisieren. Wie der Gesetzgeber in der Botschaft BankG/PfG festhält, sollte mit der Anpassung des Art. 40 PfG die vormalig hohe Interventionshürde reduziert und mit zusätzlichen Möglichkeiten eine frühzeitige, situationsgerechte und risikoadäquate Intervention ermöglicht werden. Dabei ist aus Risikosicht relevant, dass es die Mitgliedbank ist, die gemäss PfG für ihren Deckungsstock und die Einhaltung der Vorgaben verantwortlich ist. Mit zunehmender Schieflage einer Bank wird dieser Vertrauensbeweis des Gesetzgebers potenziell zu einem relevanten Risiko für die Integrität des Deckungsstocks (Qualität und/oder Quantität des Inhalts oder Qualität der Aufbewahrung). Eine verschärfte Überwachung durch einen FINMA-Untersuchungsbeauftragten in der Bank gemäss Art. 40 PfG, im Bedarfsfall risikogerecht flankiert durch weitergehende Massnahmen bis hin zur Beschränkung des Zugriffs auf die Deckung, ist zielführend. Mit Blick auf eine mögliche spätere Konkursituation hilft dieses Konzept einer risikogerecht verschärften Aufsicht ausreichend vorbereitet zu sein. Zeigen die Abklärungen des Untersuchungsbeauftragten, dass alles in bester Ordnung ist und für den Deckungsstock keine erhöhte Gefahr besteht, so behält die FINMA die Flexibilität, den Untersuchungsbeauftragten ohne weiteres wieder zurückzuziehen.

Durch den rechtzeitigen Einsatz eines Untersuchungsbeauftragten ist sicher zu stellen, dass bei Konkurseröffnung der Deckungsstock qualitativ und quantitativ den gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften entspricht und die Systeme für eine zeitnahe Abwicklung vorbereitet und getestet sind. Die Aufgabe des Untersuchungsbeauftragten ist mindestens die Ordnungsmässigkeit der Pfandregisterführung zu prüfen und der FINMA weitere Massnahmen zu beantragen, sollte er dies als Erkenntnis seiner Prüfung für notwendig erachten. Mit zunehmender Schieflage einer Bank oder zunehmenden Risiken im Deckungsstock ist die Kontrolle zu verschärfen und weitere Massnahmen im Hinblick auf eine «Auslieferung der Deckung» zu treffen.

- **Mit der Anordnung eines Sanierungsverfahrens oder bei ernsthafter Gefahr einer Konkurseröffnung soll grundsätzlich auch der Deckungsstock separiert und dessen Verwaltung in der Bank dem Untersuchungsbeauftragten unterstellt werden. Vorgängig sind dazu neben der Sicherstellung eines regulatorisch und reglementarisch ordnungsgemässen Pfandregisters situativ und risikogerecht vorbereitende Massnahmen anzuordnen, damit bei einer allfälligen Konkurseröffnung die Pfandbriefdarlehen und die Deckung sofort (quasi «auf Knopfdruck») und prozesssicher separiert werden können.**

Auch dieser Schritt ist aufgrund der akuten Situation konsequent und risikogerecht, auch wenn immer der konkrete Einzelfall zu beachten ist. Insbesondere die Prüfung der technischen Systeme sollte nicht vernachlässigt werden. Dabei ist relevant, dass die einzelnen Banken unterschiedliche Banksysteme betreiben, dass die Deckung teilweise in physischer, teilweise in elektronischer Form vorhanden ist und dass bei der Aufbewahrung der (physischen oder elektronischen) Deckung Drittparteien involviert sein können (vgl. auch Art. 14 PfV). Je schneller die Pfandbriefdarlehen und die Deckung separiert sind, desto schneller und besser können im Konkursfall sowohl der allgemeine Konkursverwalter als auch der Beauftragte gemäss Art. 40a PfG ihre Arbeit aufnehmen.

- **Bei Konkurseröffnung über eine Bank mit Pfandbriefdarlehen separiert die FINMA gemäss Art. 40a Pfandbriefdarlehen und Deckung von der übrigen Bilanz und setzt einen Beauftragten für die Verwaltung von Darlehen und Deckung ein.**

- **Darlehen und Deckung sind gemeinsam und als untrennbar zusammengehörende Teile zu separieren und zu verwalten.**

Die Separierung gemäss Art. 40a Abs. 1 PfG fasst Darlehen und Deckung als Einheit auf und hält somit das Deckungsprinzip der (durch die Konkurseröffnung explizit nicht fällig werdenden) Pfandbriefdarlehen aufrecht. Eine Zuweisung der Pfandbriefdarlehen zu den Konkurspassiven und der Deckung zu den Konkursaktiven mit Zusatz «pro memoria» reicht demnach nicht aus.

- **Der Beauftragte wird direkt von der FINMA ernannt und ist verantwortlich für den vom übrigen Konkursverfahren so weit wie möglich abzusondern den Teil der Pfandbriefdarlehen und Deckung. Er ist gegenüber der FINMA rapportierungs- und abrechnungspflichtig.**

Diese Abtrennung vom übrigen Konkursverfahren ist konsistent mit der Separierung von Darlehen und Deckung, der Nichtfälligkeit der Darlehen bei Konkurseröffnung und der Abrechnungspflicht nach erfülltem Auftrag. Dieser Auftrag, also die vollständige und fristgerechte Erfüllung aller Verpflichtungen aus den Darlehen sowie die Verwaltung von Darlehen und Deckung einschliesslich der eingehenden Zinsen und Rückzahlungen, ist gemäss Botschaft BankG/PfG «so zu erfüllen, dass der Insolvenzverwaltung nach der vollständigen Befriedigung der Pfandbriefdarlehen ein möglichst grosses, verpflichtungsfreies Deckungsstock-Restvermögen zurückgegeben werden kann.» (S. 6410). Sollte die FINMA mit der Art oder dem Fortschritt der Auftragserfüllung nicht zufrieden sein, bleibt es ihr jederzeit vorbehalten, dem Beauftragten Anordnungen zu erteilen. Die direkte FINMA-Unterstellung zeigt sich auch bei Übertragungen von Deckung und Darlehen gemäss Art. 40a Abs. 3 PfG, einem Instrument zur Beschleunigung des Liquidationsprozesses. Hierzu hält der Erläuterungsbericht BankV/PfV fest: «Die beauftragte Person holt [...] die Genehmigung der FINMA ein. Als Gläubigerin muss die Zentrale miteinbezogen werden.» (S. 24) Hingegen bleibt der Konkursverwalter ausgeklammert.

- **Der Beauftragte muss im Grundsatz für seinen abgegrenzten Aufgabenbereich selbständig agieren können. Er braucht entsprechende Weisungsbefugnisse z. B. im Rahmen der Verwaltung der Deckung, der Verbuchung und Kontoführung oder des Zahlungsverkehrs. Er darf insbesondere nicht von der allgemeinen Konkursverwaltung abhängig oder dieser unterstellt sein.**

Die Unabhängigkeit des Beauftragten von der Konkursverwaltung ist schon aus dem inhärenten Interessenkonflikt gegeben. Dies schliesst hingegen nicht aus, dass der Beauftragte eng mit dem Konkursverwalter zusammenarbeiten und unter den gegebenen Prämissen für alle Beteiligten möglichst gute Lösungen erarbeiten soll.

- **Die Kosten für den Beauftragten sowie die Verwaltung der Darlehen und Deckung sind Teil der Konkurskosten und daher gleich zu behandeln.**

In jedem Konkursfall müssen sämtliche Aktiven bis zum Abschluss des Konkursverfahrens verwaltet werden. Der Umstand, dass Pfandbriefdarlehen und Deckung bei Konkurseröffnung abgesondert und am Schluss (also nach vollständiger Bedienung der Darlehen) der Saldo der Masse zurückgeführt wird, ändert

wirtschaftlich gesehen an diesem Umstand nichts. Über die Abrechnungspflicht gemäss Art. 40a Abs. 4 fallen sämtliche Überschüsse der Masse zu. Auch wenn ein solcher Überschuss nach normalem Ermessen zu erwarten ist, ist er nicht garantiert. Der Vorschlag gemäss Art. 27 Abs. 6 VE-InsV-FINMA ist nicht praktikabel, die Entschädigung des Beauftragten erst nach vollständiger Rückzahlung der Darlehen und aus einem allfälligen Überschuss des Deckungsstocks leisten zu wollen. Hingegen wäre jedenfalls zu ergänzen, dass vorgängig alle Pfandbriefdarlehen nebst Zinsen aus dem Deckungsstock beglichen sein müssten.

- **Informationsfluss und Zusammenarbeit der nach Art. 40 oder 40a PfG eingesetzten Person mit dem Pfandbriefinstitut.**

Art. 21a PfV ermächtigt und instruiert die beauftragten Personen zum regelmässigen und aktiven Informationsaustausch mit den Pfandbriefinstituten, soweit diese von den Massnahmen betroffen sind. Im Erläuterungsbericht BankV/PfV steht ergänzend: «Insbesondere im Konkurs einer Mitgliedsbank ist eine offene Kommunikation seitens der beauftragten Person gegenüber der oder den betroffenen Zentralen wichtig damit diese die Einhaltung des Deckungs- sowie Gleichgewichtsprinzips überprüfen kann. Selbstverständlich wird die FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgaben der Gewährleistung eines stabilen Pfandbriefsystems gebührend Rechnung tragen.» (S. 25) Inwieweit die Pfandbriefinstitute von Massnahmen innerhalb der Pfandregisterführung, der Verwaltung oder der Auswahl von Deckung betroffen ist, bleibt dahingestellt. Insbesondere im Konkursfall, aber nicht nur dann, ist von einer Betroffenheit auszugehen. Bekanntlich handelt es sich bei den Pfandbriefinstituten um Aktiengesellschaften, welche gemäss OR ein professionelles integrales Risikomanagement zu betreiben haben. Zudem sind die beiden Pfandbriefinstitute die Spezialisten für Fragen zum Pfandbriefwesen und sinnvolle Lösungen sind in ihrem eigenen Interesse. Insbesondere bei Fragen zum Deckungsstock und zu reglementarischen Vorgaben können sie wertvolle Unterstützung und möglicherweise pragmatische Lösungsansätze liefern.

In der Beilage erhalten Sie eine Beurteilung von Prof. Dr. Peter Nobel zum vorliegenden Entwurf InsV-FINMA in Bezug auf dessen Umsetzung pfandbriefbezogener Spezifika. Er stützt darin unsere Überlegungen aus juristischem Blickwinkel ebenfalls. Als Anhang dieser Beurteilung finden Sie auch die oben erwähnte Auswahl relevanter Textstellen in der Botschaft BankG/PfG und im Erläuterungsbericht BankV/PfV.

Unsere Stellungnahme ist mit der Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken AG abgesprochen und diese wird eine gleichlautende Stellungnahme einreichen. Herr Prof. Nobel und die Vertreter der beiden Pfandbriefzentralen stellen sich für vertiefende Gespräche sowie für die Erarbeitung der Umsetzung der Anliegen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**PFANDBRIEFBANK**  
SCHWEIZERISCHER HYPOTHEKARINSTITUTE AG

Dr. R. Horat  
Geschäftsführender Direktor

P. Eichenberger  
Stellvertretender Direktor

**Beilage**

- Schreiben von Prof. Dr. Peter Nobel, Nobel & Partner Rechtsanwälte

**Kopie an**

- Lukas Bissegger, FINMA, Kontaktperson für die reguläre Aufsicht der beiden Pfandbriefzentralen
- Sven Bucher, Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken AG
- Prof. Dr. Peter Nobel, Nobel & Partner Rechtsanwälte



## NOBEL & PARTNER

RECHTSANWÄLTE  
ZÜRICH

PROF. DR. PETER NOBEL  
DR. BENNO BERNET  
C. S. ANDERFUHREN-WAYNE, J.D.\*  
ZUGELASSEN IM STAATE NEW YORK  
MARKUS KAEMPF  
IN DER SCHWEIZ UND DEUTSCHLAND ZUGELASSEN  
MLAW NICOLAS DURAND  
DR. SEJEE PHURTAG

HEGIBACHSTRASSE 1  
POSTFACH  
CH-8032 ZÜRICH  
TELEFON +41 (0) 44 269 77 77

INFO@NOBEL.LAW  
WWW.NOBEL.LAW

\* NICHT ALS ANWALT IN DER SCHWEIZ ZUGELASSEN

EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER  
DES KANTONS ZÜRICH

CHE-147.823.073 MWST

Pfandbriefbank schweizerischer  
Hypothekarinstitute AG  
Nansenstrasse 16  
8050 Zürich

Pfandbriefzentrale der  
schweizerischen Kantonalbanken AG  
Postfach  
8010 Zürich

Zürich, 2. Dezember 2024

### **Stellungnahme betr. Anhörung Insolvenzverordnung FINMA**

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich erlaube mir, Ihnen auftragsgemäss meine Stellungnahme zur Situation  
des Pfandbriefwesens im Kontext der geplanten InsV zu übermitteln.

Ich hoffe, dass wir mit dem Vorstoss Erfolg haben.

Mit den besten Grüssen

Peter Nobel

Beilage erwähnt

**Stellungnahme betreffend Anhörung Insolvenzverordnung FINMA**  
(InsV-FINMA) für die Pfandbriefbank Schweizerischer Hypothekarstitute  
AG und die Pfandbriefzentrale der Schweizerischen Kantonalbanken AG

von Prof. Dr. Peter Nobel

Nach Sichtung der obgenannten Vorlage erlaube ich mir die folgenden Ausführungen:

1.

Die FINMA ist heute die im Finanzsektor massgebliche Insolvenzbehörde. Sie ist zuständig für die Pfandbriefinstitute selbst wie auch in den Fällen der Insolvenz von Mitgliedbanken (Art. 2). Die Pfandbriefinstitute begrüssen grundsätzlich die Verbesserung von Systematik und Transparenz durch die erfolgte Gesetzesrevision sowie die neue umfassende InsV-FINMA.

Das Schweizer Pfandbriefwesen nimmt eine tragende Rolle im Schweizer Bankensektor und auf dem Schweizer Kapitalmarkt ein. Dies wurde insbesondere in der Botschaft zur Revision des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020 betont, die auch die auch die Revision von Art. 40 PfG und die Schaffung von Art. 40a PfG umfasste (in Kraft seit. 1. Januar 2023). Ich erlaube mir einen Auszug aus dieser Botschaft und aus dem Erläuterungsbericht vom 8. April 2022 zur Änderung der Bankenverordnung hier im Anhang zu reproduzieren (Anhang). Die Entwicklung ist seither aber auch im Pfandbriefwesen weitergegangen und es ist angebracht, die entstandenen Bedenken als Begehren vorzutragen.

2.

Die Pfandbriefe und damit die Pfandbriefdarlehen sollen im Verhältnis zu den Mitgliedsinstituten insolvenzfest sein.

Das steht nirgends mit der gewünschten Deutlichkeit im Gesetz. Die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020 (BBl 2020, 6359) sagt zwar bereits auch folgendes:

«Weil die Pfandbriefzentralen ihrerseits gegenüber den Pfandbriefinvestoren in der Pflicht stehen, sind sie darauf angewiesen, dass die Mittelflüsse aus den Pfandbriefdarlehen fristgerecht und vollständig eingehen. Aus diesem Grund sind die Pfandbriefdarlehen gegen Massnahmen wie Fälligkeits-

aufschub, Stundung und Kapitalmassnahmen (Bail-in) geschützt.» (S.6409), ferner:

«Zudem werden die Darlehen durch die Konkurseröffnung wegen Insolvenzferne nicht fällig. Die Insolvenzferne der Pfandbriefdarlehen in Verbindung mit der Weiterbedienung aus dem Deckungsstock erhalten Deckungs- und Gleichgewichtsprinzip im ganzen Pfandbriefsystem aufrecht.» (S. 6410).

Es ist notwendig zu sehen, wie weit die Gesetzgebung diese Aussagen verwirklicht.

3.

Um eine Lücke betreffend die Insolvenz einer Pfandbriefzentrale zu füllen, wurde im Pfandbriefgesetz Art. 42 eingefügt (s. BBI 2010, 4009 f., 4026), der die FINMA für die Abwicklung der Insolvenz einer Pfandbriefzentrale für zuständig erklärt. Dieser besagt:

«Die Artikel 25-37g des Bankengesetzes vom 8. November 1934 gelten sinngemäss.»

Art. 25 ff. BankG halten die Zuständigkeit der FINMA fest.

Die «sinngemässe» Anwendung des BankG betrifft aber nur die Pfandbriefzentralen. Für die Mitglied institute gelten BankG und PfG integral.

4.

In Bezug auf die Mitglied institute findet sich erstens bei den Schutzmassnahmen (Art. 25 BankG), dass eine Stundung oder ein Fälligkeitsaufschub für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen nicht möglich ist (lit. h).

5.

In den Bestimmungen des BankG zur Insolvenz und in der aktuellen BIV-FINMA finden sich keine Sonderbestimmungen.

Die FINMA kann einen Sanierungsplan allerdings nur genehmigen, wenn er die rechtliche oder wirtschaftliche Verbundenheit unter Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen angemessen berücksichtigt (Art. 30c Abs. 1 lit. d BankG).

Der Entwurf zur Insolvenzverordnung FINMA verlangt in Art. 9 eine Koordination zwischen Behörden und Organen. Bei der Erhaltung der Konkursaktiven wird festgehalten, dass die Deckung der Pfandbriefdarlehen (nur) «pro

memoria» festgehalten wird (Art. 22 Abs. 2 lit. b). Dies entspricht auch der Sachlage, da ja gemäss Art. 40a PfG eine Absonderung zu erfolgen hat. Der Wortlaut gibt aber die Rechtslage, dass Darlehen und Deckung gemeinsam abzusondern und bis zur Erfüllung aller Verpflichtungen aus den Darlehen als untrennbare Einheit zu behandeln sind, nicht deutlich wieder.

Art. 27 Abs. 6 wird die Verwendung eines Deckungsüberschusses nach Rückzahlung von Pfandbriefdarlehen (anzumerken: nebst Zinsen) geregelt. Dass daraus im Nachgang zuerst die Kosten der Konkursverwaltung für die Separierung einschliesslich der Verwaltung von Darlehen und Deckung gedeckt werden sollen, ist kaum praktikabel. Verbleibt ein Überschuss, so fällt dieser der Konkursmasse zu. Es schiene wohl einfacher, diese Konkurskosten direkt und fortlaufend der Konkursmasse zu belasten und ihr dann aber einen grösseren allfälligen Schlussaldo zu überlassen (s. auch Art. 40a Abs. 4 PfG).

6.

Das PfG enthält seit der Revision von 2021 (Insolvenz und Einlagensicherung, in Kraft seit 1. Januar 2023) zwei Sonderbestimmungen, eine ist allgemeiner Art für eine nähere Überwachung bei erhöhten Risiken einer nicht konkursiten Mitgliedbank und die zweite ist direkt konkursbezogen.

Art. 40 PfG erlaubt der FINMA einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, u.a. wenn ein schuldnerisches Mitglied der Pfandbriefzentralen, gesetzliche Vorschriften, namentlich Eigenmittelvorschriften verletzt oder «das Vertrauen ernsthaft beeinträchtigt ist». Die FINMA kann auch die Aushändigung der Deckungswerte anordnen und sie kann den Untersuchungsbeauftragten mit der Prüfung und Verwaltung der Deckung (...) beauftragen.

Hier ist zu bedenken, dass die Insolvenzmassnahmen der FINMA eingesetzt werden können, wenn in Bezug auf eine Bank begründete Besorgnis besteht, dass sie überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat (Art. 25 Abs. 1 BankG). Die FINMA setzt dann nach Art. 25 Abs. 1 BankG eine Frist zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und wenn diese nicht eingehalten wird, kann die FINMA Schutzmassnahmen, ein Sanierungsverfahren oder die Konkurseröffnung anordnen.

Das bedeutet, dass (auch) schon bei der Anordnung von Schutzmassnahmen oder (spätestens) der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens die Voraussetzungen der Anwendung des Art. 40 PfG regelmässig gegeben sind.

Die Absonderung findet hier aber nur teilweise statt, indem ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt und die Aushändigung der Deckungswerte angeordnet werden kann. Die Darlehen ergeben sich aus den Büchern der Bank, doch ist die Wahrung der Integrität des Deckungsstockes essentiell.

Dieser ist in einer Krisensituation besonders gefährdet, da die Mitgliedbanken das Pfandregister selber führen (Art. 21 PfG) und damit der Deckungsstock trotz der Separierung von den übrigen Vermögenswerten der Bank (Art. 22 PfG) allenfalls auch manipuliert werden könnte. Die Sicherung ist nämlich unvollkommen: «Die Delegation der Pfandregisterführung an die Banken ist ein Vertrauensbeweis des Gesetzgebers, aber auch den technischen Gegebenheiten der damaligen Zeit geschuldet.» (Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung der BankV vom 8. April 2022, S. 23).

Mit zunehmender Schieflage einer Bank kann dieser Vertrauensbeweis zu einem relevanten Risiko werden; der frühe Einsatz eines Untersuchungsbeauftragten der FINMA drängt sich auf.

Es ist hier auch festzuhalten, dass die Untersuchungsbeauftragten gemäss Art. 40 und 40a PfG den Zentralen alle Auskünfte erteilen sollen und auch zur regelmässigen Information an diese gehalten sind (Art. 21a PfV).

7.

Art. 40a PfG lautet wie folgt:

Art. 40a PfG

1 Wird über ein Mitglied der Konkurs eröffnet, so ordnet die FINMA die Separierung der Darlehen und der Deckung, einschliesslich der eingehenden Zinsen und Rückzahlungen, an. Die Darlehen werden durch die Konkurseröffnung nicht fällig.

2 Die FINMA setzt zur Verwaltung der Darlehen und der Deckung einen Beauftragten ein. Dieser trifft alle Massnahmen, die erforderlich sind, um die vollständige und fristgerechte Erfüllung der Pflichten aus den Darlehen, einschliesslich Zins- und Rückzahlungen, zu gewährleisten.

3 Die FINMA kann die ganze oder teilweise Übertragung von Darlehen und der Deckung genehmigen.

4 Nach der Rückzahlung oder Übertragung der Darlehen hat der Beauftragte darüber abzurechnen, wie weit die Deckung beansprucht wurde.

Die Bestimmung von Art. 40a PfG setzt als Pflicht des Beauftragten alle Massnahmen zu ergreifen, «die erforderlich sind, um die vollständige und fristgerechte Erfüllung der Pflichten aus den Darlehen, einschliesslich Zins und Rückzahlungen, zu gewährleisten.» (Abs. 2).



Diese Formulierung hält praktisch die Konkursfestigkeit (Konkursferne) der Pfandbriefdarlehen fest.

Die Separierung von Darlehen und Deckung und die Verwaltung durch einen Beauftragten (der merkwürdigerweise nicht wie in Art. 40 als Untersuchungsbeauftragter bezeichnet wird) ist rechtlich gesehen auch eine Absonderung aus dem Konkursverfahren. Auch die Botschaft spricht von der «Weiterbedienung aus dem Deckungsstock» (s. oben bei 1.) und insofern ist dies ein Kreislauf ausserhalb des Konkurses. Dafür spricht auch die klare Abgrenzung des Beauftragten von der Konkursverwaltung.

Zu den Auskunft- und Orientierungspflichten des Untersuchungsbeauftragten s. Art. 21a PfV.

(Zur Frage, ob die Pfandbriefzentrale bzw. der Beauftragte im Konkurs einen privilegierten Anspruch auf Nachdeckung noch geltend machen könnte, äussere ich mich hier nicht).

8.

Ein Unterschied zwischen der Situation von Art. 40 PfG und Art. 40a PfG kann insofern begründet werden, dass im Rahmen einer Sanierung noch eine Aussicht besteht, dass das Bank-Unternehmen weitergeführt werden kann, während der Konkurs Liquidation bedeutet (auch bereits aufgrund des Bewilligungsentzuges gemäss Art. 33 Abs. 1 BankG).

Für beide Konstellationen gilt aber:

(Im Weiteren) «besteht der Bedarf, die Funktion des Schweizer Pfandbriefsystems als wichtige Liquiditätsquelle des Schweizer Kapitalmarktes auch im Falle der Insolvenz oder im Konkurs einer Mitgliedsbank stabil zu halten und die Deckungswerte nicht durch konkursrechtliche Abläufe zu beeinträchtigen. Ein ansteckungsbedingter Zusammenbruch der zwei zentralen Pfandbriefinstitute mit gravierenden Folgen für den Schweizer Finanzplatz soll verhindert werden.» (BBI 2020, S. 6379).

9.

Man kann die ketzerische Frage stellen, ob die Pfandbriefdarlehen auch sanierungssicher sind.

Die Bestimmung zum Bail-in im BankG) enthält als Ausnahme «besicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung» (Art. 30b Abs. 3 lit. b BankG). Darunter fallen auch (und besonders) die Pfandbriefdarlehen.

Die Frage ist aber auch darum zu bejahen, dass wenn sogar im Konkurs keine Reduktion auf eine Konkursdividende erfolgen kann und insofern die

Konkursferne gesichert ist, so ist auch Sanierungsferne anzunehmen. Die Botschaft spricht denn auch allgemein von «Insolvenzferne» (s. auch Titel elfter Abschnitt Bankengesetz: Massnahmen bei Insolvenzgefahr).

10.

Was ist nun zu tun?

- Die Gelegenheit der Anhörung zur InsV-FINMA sollte genutzt werden;
- Die speziellen pfandbriefrelevanten Aspekte einer Bankinsolvenz sollten besser zum Ausdruck kommen.
- Der direkte gesetzliche Schutz des Pfandbriefwesens ist ausser für den Konkurs einer Mitgliedbank (Art. 40a PfG) schwach konturiert und sollte für den Zeitraum vor einer Konkurseröffnung (Art. 40 PfG) verbessert werden;
- Es ist zu fordern, dass spätestens dann, wenn Schutzmassnahmen angeordnet werden, ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt wird, der den Deckungsstock und besonders die Ordnungsmässigkeit der Registerführung und der Aufbewahrung prüft und überwacht.
- Bei der Anordnung eines Sanierungsverfahrens sollte der Deckungsstock jedenfalls separiert werden.
- Es muss gewährleistet sein, dass der im Konkurs von der FINMA einzusetzende Beauftragte seinen Auftrag nach Art. 40a PfG unabhängig von der allgemeinen Konkursverwaltung und mit den nötigen Befugnissen ausüben kann.

(s. auch noch Art. 27 Abs. 6: Pfandbriefdarlehen und Zinsen)

  
Prof. Dr. Peter Nobel

2. Dezember 2024

Anhang

Bezüglich pfandbriefgerechter Insolvenzbestimmungen bemerkenswerte Auszüge aus der **Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes** (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom **19. Juni 2020** (BBl 2020, 6359)

«Im Weiteren besteht Bedarf, die Funktion des Schweizerischen Pfandbriefsystems als wichtige Liquiditätsquelle des Schweizer Kapitalmarkts auch im Falle der Insolvenz oder im Konkurs einer Mitgliedsbank stabil zu halten [...].» (S. 6364), ferner:

«Um das schweizerische Pfandbriefsystem auch im Falle der Insolvenz einer Mitgliedsbank stabil zu halten, dürfen die Deckungswerte nicht durch konkursrechtliche Abläufe beeinträchtigt werden. Mit vorliegender Anpassung von Artikel 40 [PfG] soll dieses Ziel erreicht und eine Grundlage für eine frühzeitige und situationsgerechte Intervention geschaffen werden.» (S. 6379), ferner:

«Diese Voraussetzungen [gemäss Wortlaut des damaligen Art. 40 PfG] sind relativ hoch und verhindern ein rechtzeitiges Eingreifen der Aufsichtsbehörde zur Sicherung des Systems. Nach dem neuen Absatz 1 [des neuen Art. 40 PfG] soll die FINMA bereits dann Massnahmen ergreifen und zusätzlich einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen oder die Aushändigung der Deckungswerte anordnen dürfen, wenn eine Mitgliedsbank die gesetzlichen Vorschriften [...] verletzt. Mit der zusätzlichen Möglichkeit, einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, kann die FINMA situativ und risikoadäquat die Kontrolle über die Ordnungsmässigkeit der Pfandregisterführung verbessern.» (S. 6408), ferner:

«Der neue Artikel 40a E-PfG bezweckt daneben eine zusätzliche Stärkung der Widerstandsfähigkeit des Pfandbriefsystems im Falle des Konkurses einer Mitgliedsbank. Er greift im Unterschied zum geltenden Artikel 40 PfG somit erst dann, wenn über eine Mitgliedsbank bereits der Konkurs eröffnet wurde. Insbesondere soll ein ansteckungsbedingter Zusammenbruch der zwei zentralen Pfandbriefinstitute verhindert werden. Ein solcher hätte gravierende Folgen für den ganzen Schweizer Finanzplatz. Die Anpassungen schaffen Klarheit und Transparenz über die pfandbriefbezogenen Aspekte bei der Abwicklung einer konkursiten Bank.» (S. 6379), ferner:

«Bankenkonkurse sind komplexe Unterfangen, die unter Zeitdruck abgewickelt werden müssen. Ein klarer, weitgehend vordefinierter Abwicklungsprozess für den abgrenzbaren, pfandbriefspezifischen Teil einer Mitgliedsbank vermindert die Gesamtkomplexität und schafft ausreichend Zeit für angemessene Lösungen. Weiter kann auch das Risiko verlustreicher Notverkäufe minimiert werden. Gleichzeitig unterstützt eine klare Regelung die hohe Qualität des Pfandbriefs und hilft, dass den Banken auch in angespannten Zeiten oder gar Krisensituationen über das Pfandbriefsystem der Zugang

zum Kapitalmarkt offenbleibt. Dieser Liquiditätszugang kann existenziell sein, wenn andere Finanzierungsquellen in einer solchen Situation nur noch begrenzt verfügbar sind.» (S. 6409), ferner:

«Weil die Pfandbriefzentralen ihrerseits gegenüber den Pfandbriefinvestoren in der Pflicht stehen, sind sie darauf angewiesen, dass die Mittelflüsse aus den Pfandbriefdarlehen fristgerecht und vollständig eingehen. Aus diesem Grund sind die Pfandbriefdarlehen gegen Massnahmen wie Fälligkeitsschub, Stundung und Kapitalmassnahmen (Bail-in) geschützt.» (S. 6409), ferner:

«Zudem werden die Darlehen durch die Konkurseröffnung wegen Insolvenzferne nicht fällig. Die Insolvenzferne der Pfandbriefdarlehen in Verbindung mit der Weiterbedienung aus dem Deckungsstock erhalten Deckungs- und Gleichgewichtsprinzip im ganzen Pfandbriefsystem aufrecht.» (S. 6410), ferner:

«Die beauftragte Person hat diesen Auftrag [Verwaltung der Darlehen und Deckung einschliesslich der eingehenden Zinsen und Rückzahlungen] so zu erfüllen, dass der Insolvenzverwaltung nach der vollständigen Befriedigung der Pfandbriefdarlehen ein möglichst grosses, verpflichtungsfreies Deckungsstock-Restvermögen zurückgegeben werden kann.» (S. 6410).

Der **Erläuterungsbericht zur Änderung der Bankenverordnung** (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung und Resolvability) vom **8. April 2022** liefert weitere Interpretationshilfen:

«So ist es insbesondere klar, dass die FINMA ihrer Aufgabe gemäss gegen eine Mitgliedsbank Massnahmen ergreifen wird, wenn die Gefahr einer ungenügenden Aufbewahrung oder Verwaltung der Darlehensdeckung besteht.» (S. 24), ferner:

«Auch hält schon die Botschaft fest, dass die FINMA und die von ihr beauftragte Person die Interessen der Zentrale an der Sicherstellung der gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben an die Deckungswerte wahren muss.» (S. 24), ferner:

«Die beauftragte Person holt bei einer Übertragung von Darlehen und Deckung die Genehmigung der FINMA ein. Als Gläubigerin muss die Zentrale miteinbezogen werden.» (S. 24), ferner:

«Insbesondere im Konkurs einer Mitgliedsbank ist eine offene Kommunikation seitens der beauftragten Person gegenüber der oder den betroffenen Zentralen wichtig damit diese die Einhaltung des Deckungs- sowie Gleichgewichtsprinzips überprüfen kann. Selbstverständlich wird die FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgaben der Gewährleistung eines stabilen Pfandbriefsystems gebührend Rechnung tragen.» (S. 25).

Darüber hinaus liefern auch die Ausführungen zur Verwaltung der Deckung (Art. 14 PfV) wichtige Hinweise zur Insolvenz einer Mitgliedbank: «Es geht darum, die Vorgaben an die Aufbewahrung und Kennzeichnung der Deckung so festzulegen, dass die gesetzlichen Vorgaben auch im Fall eingehalten werden können, in dem die FINMA eine Bank abwickeln müsste. Zentraler Aspekt ist dabei, dass die Kennzeichnung und Aufbewahrung so ausgestaltet sind, dass auf entsprechende Anordnung innert kürzester Zeit und mit hoher Prozesssicherheit eine Separierung und beziehungsweise oder Zugriffssperre durchgeführt werden kann. Drittaufbewahrung soll zulässig sein, aber sie darf die Zugriffsgeschwindigkeit und Abwicklungssicherheit nicht beeinträchtigen.» (S. 23).

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herr Kaspar Ulmann  
Laupenstrasse 27  
3003 Bern  
regulation@finma.ch

Briefadresse:  
Pfandbriefzentrale  
der schweizerischen Kantonalbanken AG  
Postfach  
CH-8010 Zürich

[www.pfandbriefzentrale.ch](http://www.pfandbriefzentrale.ch)

Kontakt	Sven Bucher
Referenz	IM2/sb
Direktwahl	+41 44 292 35 35
E-Mail	<a href="mailto:svn.bucher@zkb.ch">svn.bucher@zkb.ch</a>

Zürich, 6. Dezember 2024

## **Stellungnahme zum Verordnungsentwurf InsV-FINMA: Schutz des Pfandbriefsystems in der Bankinsolvenz**

Sehr geehrter Herr Ulmann

Wir beziehen uns auf die am 9. Oktober 2024 eröffnete Anhörung zur neuen Verordnung über das Insolvenzverfahren bei Finanzinstituten, die an Stelle der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA treten soll. Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme und nehmen diese Gelegenheit gerne wahr.

Die FINMA ist im Schweizer Finanzsektor gleichzeitig die massgebliche Aufsichts- und Insolvenzbehörde. Dies gilt sowohl für die Banken wie auch für die Pfandbriefinstitute als solche, namentlich aber auch für die Aufsicht und den Schutz des Pfandbriefsystems. Für Banken, die Darlehen eines Pfandbriefinstituts ausstehend haben, sind in Bezug auf die verschiedenen Stufen einer Bankinsolvenz immer auch die pfandbriefbezogenen Sachverhalte zu beachten. Als Pfandbriefinstitut begrüssen wir grundsätzlich die Verbesserung von Systematik und Transparenz durch die erfolgten Revisionen BankG und PfG (inkl. PfV) und die neue InsV-FINMA.

Pfandbriefspezifische Fragen bei Bankinsolvenzverfahren, insbesondere im Konkursfall einer Bank, waren bis zur Revision von BankG und PfG wenig konkret und lückenhaft. Diese Lücke wurde mit dem überarbeiteten Art. 40 PfG und dem neuen Art. 40a PfG «stufengerecht» geschlossen. Die Artikel liefern wenige, dafür klare Vorgaben und lassen gleichzeitig ausreichend Spielraum für eine situative und risikogerechte Behandlung durch die FINMA. Die Ausführungen in der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020 («Botschaft BankG/PfG») liefern dabei zusätzliche Anhaltspunkte, wie pfandbriefgerechte Massnahmen aussehen sollen.

Die überarbeitete PfV liefert in weiteren relevanten Punkten Klärung, so beispielsweise in Bezug auf die Aufbewahrung der Deckung durch die Mitgliedbanken oder den Informationsfluss, wenn die FINMA Vorkehrungen zum Schutz des Pfandbriefsystems anordnet. Auch hier liefert der entsprechende Erläuterungsbericht zur Änderung der Bankenverordnung (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung und Resolvability) vom 8. April 2022 («Erläuterungsbericht BankV/PfV») relevante Interpretationshilfen zur Sachlage. Für eine Auswahl relevanter Textstellen in der Botschaft BankG/PfG und im Erläuterungsbericht BankV/PfV sei auf den Anhang zu dieser Stellungnahme verwiesen.

In der InsV-FINMA braucht es unseres Erachtens nun weitere Präzisierungen, wie die FINMA die pfandbriefspezifischen, regulatorischen Anforderungen im Falle einer Schieflage einer Mitgliedbank oder gar deren Konkurs umsetzen und das Pfandbriefsystem schützen will. Dabei geht es um Sonderbestimmungen für die klar abgrenzbare Schnittstelle zum Pfandbriefwesen. Mit Blick auf die ausserordentliche Bedeutung des Pfandbriefsystems als Refinanzierungsmodell für das schweizerische Hypothekengeschäft der Banken sowie als Anlageinstrument und Collateral für den ganzen CHF-Kapitalmarkt ist es wichtig, frühzeitig Klarheit und Transparenz zu schaffen.

In der Botschaft BankG/PfG heisst es: «Bankenkonkurse sind komplexe Unterfangen, die unter Zeitdruck abgewickelt werden müssen. Ein klarer, weitgehend vordefinierter Abwicklungsprozess für den abgrenzbaren, pfandbriefspezifischen Teil einer Mitgliedsbank vermindert die Gesamtkomplexität und schafft ausreichend Zeit für angemessene Lösungen. Weiter kann auch das Risiko verlustreicher Notverkäufe minimiert werden. Gleichzeitig unterstützt eine klare Regelung die hohe Qualität des Pfandbriefs und hilft, dass den Banken auch in angespannten Zeiten oder gar Krisensituationen über das Pfandbriefsystem der Zugang zum Kapitalmarkt offenbleibt. Dieser Liquiditätszugang kann existenziell sein, wenn andere Finanzierungsquellen in einer solchen Situation nur noch begrenzt verfügbar sind.» (BBl 2020, 6409)

Bereits die Revision hatte eine frühe und risikogerechte Intervention seitens FINMA zum Ziel. Entsprechend zielt die Botschaft BankG/PfG an mehreren Stellen auf die Notwendigkeit rechtzeitiger Interventionen und Vorbereitungsmaßnahmen, z. B.: «Um das schweizerische Pfandbriefsystem auch im Falle der Insolvenz einer Mitgliedsbank stabil zu halten, dürfen die Deckungswerte nicht durch konkursrechtliche Abläufe beeinträchtigt werden. Mit vorliegender Anpassung von Artikel 40 [PfG] soll dieses Ziel erreicht und eine Grundlage für eine frühzeitige und situationsgerechte Intervention geschaffen werden.» (S. 6379) und weiter: «Diese Voraussetzungen [gemäss dem damaligen Art. 40 PfG] sind relativ hoch und verhindern ein rechtzeitiges Eingreifen der Aufsichtsbehörde zur Sicherung des Systems. Nach dem neuen Absatz 1 [des revidierten Art. 40 PfG] soll die FINMA bereits dann Massnahmen ergreifen und zusätzlich einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen oder die Aushändigung der Deckungswerte anordnen dürfen, wenn eine Mitgliedbank die gesetzlichen Vorschriften [...] verletzt. Mit der zusätzlichen Möglichkeit, einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, kann die FINMA situativ und risikoadäquat die Kontrolle über die Ordnungsmässigkeit der Pfandregisterführung verbessern.» (S. 6408). Es ist wichtig, diese Absicht hinter dem revidierten Art. 40 PfV jetzt zu verwirklichen.

Aufgrund der Spezifika des Pfandbriefwesens empfehlen wir entlang des Insolvenzverfahrens für Banken mit ausstehenden Pfandbriefdarlehen mehrere Klarstellungen in die InsV-FINMA aufzunehmen:

- **Ein Untersuchungsbeauftragter gemäss Art. 40 PfG soll eingesetzt werden**
  - **bei Verfügung von Schutzmassnahmen oder bei Einleitung eines Sanierungsverfahrens gegen die Bank,**
  - **bei Verdacht auf oder erhöhter Gefahr aus einer ungenügenden Aufbewahrung oder Verwaltung der Darlehensdeckung durch die Mitgliedbank,**
  - **bei anderweitiger ernsthafter Beeinträchtigung des Vertrauens in die Mitgliedbank.**

Der direkte gesetzliche Schutz des Pfandbriefwesens für den Zeitraum zwischen Erkennen von Problemen bei einer Mitgliedbank bis unmittelbar vor Konkurseröffnung ist (zu) schwach konturiert. Die erweiterten Möglichkeiten des neuen Art. 40 PfG sind durch Ausführungen in der InsV-FINMA zu präzisieren. Wie der Gesetzgeber in der Botschaft BankG/PfG festhält, sollte mit der Anpassung des Art. 40 PfG die vormalig hohe Interventionshürde reduziert und mit zusätzlichen Möglichkeiten eine frühzeitige, situationsgerechte und risikoadäquate Intervention ermöglicht werden.

Dabei ist aus Risikosicht relevant, dass es die Mitgliedbank ist, die gemäss PfG für ihren Deckungsstock und die Einhaltung der Vorgaben verantwortlich ist. Mit zunehmender Schieflage einer Bank wird dieser Vertrauensbeweis des Gesetzgebers potenziell zu einem relevanten Risiko für die Integrität des Deckungsstocks (Qualität und/oder Quantität des Inhalts oder Qualität der Aufbewahrung). Eine verschärfte Überwachung durch einen FINMA-Untersuchungsbeauftragten in der Bank gemäss Art. 40 PfG, im Bedarfsfall risikogerecht flankiert durch weitergehende Massnahmen bis hin zur Beschränkung des Zugriffs auf die Deckung, ist zielführend. Mit Blick auf eine mögliche spätere Konkursituation hilft dieses Konzept einer risikogerecht verschärften Aufsicht ausreichend vorbereitet zu sein. Zeigen die Abklärungen des Untersuchungsbeauftragten, dass alles in bester Ordnung ist und für den Deckungsstock keine erhöhte Gefahr besteht, so behält die FINMA die Flexibilität, den Untersuchungsbeauftragten ohne weiteres wieder zurückzuziehen.

Durch den rechtzeitigen Einsatz eines Untersuchungsbeauftragten ist sicher zu stellen, dass bei Konkurseröffnung der Deckungsstock qualitativ und quantitativ den gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften entspricht und die Systeme für eine zeitnahe Abwicklung vorbereitet und getestet sind. Die Aufgabe des Untersuchungsbeauftragten ist mindestens die Ordnungsmässigkeit der Pfandregisterführung zu prüfen und der FINMA weitere Massnahmen zu beantragen, sollte er dies als Erkenntnis seiner Prüfung für notwendig erachten. Mit zunehmender Schieflage einer Bank oder zunehmenden Risiken im Deckungsstock ist die Kontrolle zu verschärfen und weitere Massnahmen im Hinblick auf eine «Auslieferung der Deckung» zu treffen.

- **Mit der Anordnung eines Sanierungsverfahrens oder bei ernsthafter Gefahr einer Konkurseröffnung soll grundsätzlich auch der Deckungsstock saniert und dessen Verwaltung in der Bank dem Untersuchungsbeauftragten unterstellt werden. Vorgängig sind dazu neben der Sicherstellung eines regulatorisch und reglementarisch ordnungsgemässen Pfandregisters situativ und risikogerecht vorbereitende Massnahmen anzuordnen, damit bei einer allfälligen Konkurseröffnung die Pfandbriefdarlehen und die Deckung sofort (quasi «auf Knopfdruck») und prozesssicher saniert werden können.**

Auch dieser Schritt ist aufgrund der akuten Situation konsequent und risikogerecht, auch wenn immer der konkrete Einzelfall zu beachten ist. Insbesondere die Prüfung der technischen Systeme sollte nicht vernachlässigt werden. Dabei ist relevant, dass die einzelnen Banken unterschiedliche Banksysteme betreiben, dass die Deckung teilweise in physischer, teilweise in elektronischer Form vorhanden ist und dass bei der Aufbewahrung der (physischen oder elektronischen) Deckung Drittparteien involviert sein können (vgl. auch Art. 14 PfV). Je schneller die Pfandbriefdarlehen und die Deckung saniert sind, desto schneller und besser können im Konkursfall sowohl der allgemeine Konkursverwalter als auch der Beauftragte gemäss Art. 40a PfG ihre Arbeit aufnehmen.

- **Bei Konkurseröffnung über eine Bank mit Pfandbriefdarlehen saniert die FINMA gemäss Art. 40a PfG Pfandbriefdarlehen und Deckung von der übrigen Bilanz und setzt einen Beauftragten für die Verwaltung von Darlehen und Deckung ein.**
  - **Darlehen und Deckung sind gemeinsam und als untrennbar zusammengehörende Teile zu separieren und zu verwalten.**

Die Separierung gemäss Art. 40a Abs. 1 PfG fasst Darlehen und Deckung als Einheit auf und hält somit das Deckungsprinzip der (durch die Konkurseröffnung explizit nicht fällig werdenenden) Pfandbriefdarlehen aufrecht. Eine Zuweisung der Pfandbriefdarlehen zu den Konkurspassiven und der Deckung zu den Konkursaktiven mit Zusatz «pro memoria» reicht demnach nicht aus.



- **Der Beauftragte wird direkt von der FINMA ernannt und ist verantwortlich für den vom übrigen Konkursverfahren so weit wie möglich abzusondernden Teil der Pfandbriefdarlehen und Deckung. Er ist gegenüber der FINMA rapportierungs- und abrechnungspflichtig.**

Diese Abtrennung vom übrigen Konkursverfahren ist konsistent mit der Separierung von Darlehen und Deckung, der Nichtfälligkeit der Darlehen bei Konkursöffnung und der Abrechnungspflicht nach erfülltem Auftrag. Dieser Auftrag, also die vollständige und fristgerechte Erfüllung aller Verpflichtungen aus den Darlehen sowie die Verwaltung von Darlehen und Deckung einschliesslich der eingehenden Zinsen und Rückzahlungen, ist gemäss Botschaft BankG/PfG «so zu erfüllen, dass der Insolvenzverwaltung nach der vollständigen Befriedigung der Pfandbriefdarlehen ein möglichst grosses, verpflichtungsfreies Deckungsstock-Restvermögen zurückgegeben werden kann.» (S. 6410). Sollte die FINMA mit der Art oder dem Fortschritt der Auftrags Erfüllung nicht zufrieden sein, bleibt es ihr jederzeit vorbehalten, dem Beauftragten Anordnungen zu erteilen. Die direkte FINMA-Unterstellung zeigt sich auch bei Übertragungen von Deckung und Darlehen gemäss Art. 40a Abs. 3 PfG, einem Instrument zur Beschleunigung des Liquidationsprozesses. Hierzu hält der Erläuterungsbericht BankV/PfV fest: «Die beauftragte Person holt [...] die Genehmigung der FINMA ein. Als Gläubigerin muss die Zentrale miteinbezogen werden.» (S. 24) Hingegen bleibt der Konkursverwalter ausgeklammert.

- **Der Beauftragte muss im Grundsatz für seinen abgegrenzten Aufgabenbereich selbständig agieren können. Er braucht entsprechende Weisungsbefugnisse z. B. im Rahmen der Verwaltung der Deckung, der Verbuchung und Kontoführung oder des Zahlungsverkehrs. Er darf insbesondere nicht von der allgemeinen Konkursverwaltung abhängig oder dieser unterstellt sein.**

Die Unabhängigkeit des Beauftragten von der Konkursverwaltung ist schon aus dem inhärenten Interessenkonflikt gegeben. Dies schliesst hingegen nicht aus, dass der Beauftragte eng mit dem Konkursverwalter zusammenarbeiten und unter den gegebenen Prämissen für alle Beteiligten möglichst gute Lösungen erarbeiten soll.

- **Die Kosten für den Beauftragten sowie die Verwaltung der Darlehen und Deckung sind Teil der Konkurskosten und daher gleich zu behandeln.**

In jedem Konkursfall müssen sämtliche Aktiven bis zum Abschluss des Konkursverfahrens verwaltet werden. Der Umstand, dass Pfandbriefdarlehen und Deckung bei Konkursöffnung abgesondert und am Schluss (also nach vollständiger Bedienung der Darlehen) der Saldo der Masse zurückgeführt wird, ändert wirtschaftlich gesehen an diesem Umstand nichts. Über die Abrechnungspflicht gemäss Art. 40a Abs. 4 fallen sämtliche Überschüsse der Masse zu. Auch wenn ein solcher Überschuss nach normalem Ermessen zu erwarten ist, ist er nicht garantiert. Der Vorschlag gemäss Art. 27 Abs. 6 VE-InsV-FINMA ist nicht praktikabel, die Entschädigung des Beauftragten erst nach vollständiger Rückzahlung der Darlehen und aus einem allfälligen Überschuss des Deckungsstocks leisten zu wollen. Hingegen wäre jedenfalls zu ergänzen, dass vorgängig alle Pfandbriefdarlehen nebst Zinsen aus dem Deckungsstock beglichen sein müssten.

- **Informationsfluss und Zusammenarbeit der nach Art. 40 oder 40a PfG eingesetzten Person mit dem Pfandbriefinstitut.**

Art. 21a PfV ermächtigt und instruiert die beauftragten Personen zum regelmässigen und aktiven Informationsaustausch mit den Pfandbriefinstituten, soweit diese von den Massnahmen betroffen sind. Im Erläuterungsbericht BankV/PfV steht ergänzend: «Insbesondere im Konkurs einer Mitgliedsbank ist eine offene Kommunikation seitens der beauftragten Person gegenüber der oder den betroffenen Zentralen wichtig, damit diese die Einhaltung des Deckungs- sowie Gleichgewichtsprinzips überprüfen kann. Selbstverständlich wird die FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgaben der Gewährleistung eines stabilen Pfandbriefsystems gebührend Rechnung tragen.» (S. 25) Inwieweit die Pfandbriefinstitute von Massnahmen innerhalb der Pfandregisterführung, der Verwaltung oder der Auswahl von Deckung betroffen ist, bleibt dahingestellt. Insbesondere im Konkursfall, aber nicht nur dann, ist von einer Betroffenheit auszugehen. Bekanntlich handelt es sich bei den Pfandbriefinstituten um Aktiengesellschaften, welche gemäss OR ein professionelles integrales Risikomanagement zu betreiben haben. Zudem sind die beiden Pfandbriefinstitute die Spezialisten für Fragen zum Pfandbriefwesen und sinnvolle Lösungen sind in ihrem eigenen Interesse. Insbesondere bei Fragen zum Deckungsstock und zu reglementarischen Vorgaben können sie wertvolle Unterstützung und möglicherweise pragmatische Lösungsansätze liefern.

In der Beilage erhalten Sie eine Beurteilung von Prof. Dr. Peter Nobel zum vorliegenden Entwurf InsV-FINMA in Bezug auf dessen Umsetzung pfandbriefbezogener Spezifika. Er stützt darin unsere Überlegungen aus juristischem Blickwinkel ebenfalls. Als Anhang dieser Beurteilung finden Sie auch die oben erwähnte Auswahl relevanter Textstellen in der Botschaft BankG/PfG und im Erläuterungsbericht BankV/PfV.

Unsere Stellungnahme ist mit der Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute AG abgesprochen und diese wird eine gleichlautende Stellungnahme einreichen. Herr Prof. Nobel und die Vertreter der beiden Pfandbriefzentralen stellen sich für vertiefende Gespräche sowie für die Erarbeitung der Umsetzung der Anliegen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken AG

Sven Bucher  
Direktor

Michael Benn  
Stellvertretender Direktor

**Beilage**

- Schreiben von Prof. Dr. Peter Nobel, Nobel & Partner Rechtsanwälte

**Kopie an**

- Lukas Bissegger, FINMA, Kontaktperson für die reguläre Aufsicht der beiden Pfandbriefzentralen
- Dr. Robert Horat, Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute AG
- Prof. Dr. Peter Nobel, Nobel & Partner Rechtsanwälte

## NOBEL & PARTNER

RECHTSANWÄLTE  
ZÜRICH

PROF. DR. PETER NOBEL  
DR. BENNO BERNET  
C. S. ANDERFUHREN-WAYNE, J.D.\*  
ZUGELASSEN IM STAATE NEW YORK  
MARKUS KAEMPF  
IN DER SCHWEIZ UND DEUTSCHLAND ZUGELASSEN  
MLAW NICOLAS DURAND  
DR. SEJEE PHURTAG

Pfandbriefbank schweizerischer  
Hypothekarinstitute AG  
Nansenstrasse 16  
8050 Zürich

Pfandbriefzentrale der  
schweizerischen Kantonalbanken AG  
Postfach  
8010 Zürich

HEGIBACHSTRASSE 1  
POSTFACH  
CH-8032 ZÜRICH  
TELEFON +41 (0) 44 269 77 77

INFO@NOBEL.LAW  
WWW.NOBEL.LAW

\* NICHT ALS ANWALT IN DER SCHWEIZ ZUGELASSEN

EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER  
DES KANTONS ZÜRICH

Zürich, 2. Dezember 2024

CHE-147.823.073 MWST

### **Stellungnahme betr. Anhörung Insolvenzverordnung FINMA**

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich erlaube mir, Ihnen auftragsgemäss meine Stellungnahme zur Situation  
des Pfandbriefwesens im Kontext der geplanten InsV zu übermitteln.

Ich hoffe, dass wir mit dem Vorstoss Erfolg haben.

Mit den besten Grüssen

Peter Nobel

Beilage erwähnt

**Stellungnahme betreffend Anhörung Insolvenzverordnung FINMA**  
(InsV-FINMA) für die Pfandbriefbank Schweizerischer Hypothekarinstitute  
AG und die Pfandbriefzentrale der Schweizerischen Kantonalbanken AG

von Prof. Dr. Peter Nobel

Nach Sichtung der obgenannten Vorlage erlaube ich mir die folgenden Ausführungen:

1.

Die FINMA ist heute die im Finanzsektor massgebliche Insolvenzbehörde. Sie ist zuständig für die Pfandbriefinstitute selbst wie auch in den Fällen der Insolvenz von Mitgliedbanken (Art. 2). Die Pfandbriefinstitute begrüssen grundsätzlich die Verbesserung von Systematik und Transparenz durch die erfolgte Gesetzesrevision sowie die neue umfassende InsV-FINMA.

Das Schweizer Pfandbriefwesen nimmt eine tragende Rolle im Schweizer Bankensektor und auf dem Schweizer Kapitalmarkt ein. Dies wurde insbesondere in der Botschaft zur Revision des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020 betont, die auch die Revision von Art. 40 PfG und die Schaffung von Art. 40a PfG umfasste (in Kraft seit. 1. Januar 2023). Ich erlaube mir einen Auszug aus dieser Botschaft und aus dem Erläuterungsbericht vom 8. April 2022 zur Änderung der Bankenverordnung hier im Anhang zu reproduzieren (Anhang). Die Entwicklung ist seither aber auch im Pfandbriefwesen weitergegangen und es ist angebracht, die entstandenen Bedenken als Begehren vorzutragen.

2.

Die Pfandbriefe und damit die Pfandbriefdarlehen sollen im Verhältnis zu den Mitgliedsinstituten insolvenzfest sein.

Das steht nirgends mit der gewünschten Deutlichkeit im Gesetz. Die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020 (BBl 2020, 6359) sagt zwar bereits auch folgendes:

«Weil die Pfandbriefzentralen ihrerseits gegenüber den Pfandbriefinvestoren in der Pflicht stehen, sind sie darauf angewiesen, dass die Mittelflüsse aus den Pfandbriefdarlehen fristgerecht und vollständig eingehen. Aus diesem Grund sind die Pfandbriefdarlehen gegen Massnahmen wie Fälligkeits-

aufschub, Stundung und Kapitalmassnahmen (Bail-in) geschützt.» (S.6409), ferner:

«Zudem werden die Darlehen durch die Konkurseröffnung wegen Insolvenzferne nicht fällig. Die Insolvenzferne der Pfandbriefdarlehen in Verbindung mit der Weiterbedienung aus dem Deckungsstock erhalten Deckungs- und Gleichgewichtsprinzip im ganzen Pfandbriefsystem aufrecht.» (S. 6410).

Es ist notwendig zu sehen, wie weit die Gesetzgebung diese Aussagen verwirklicht.

3.

Um eine Lücke betreffend die Insolvenz einer Pfandbriefzentrale zu füllen, wurde im Pfandbriefgesetz Art. 42 eingefügt (s. BBI 2010, 4009 f., 4026), der die FINMA für die Abwicklung der Insolvenz einer Pfandbriefzentrale für zuständig erklärt. Dieser besagt:

«Die Artikel 25-37g des Bankengesetzes vom 8. November 1934 gelten sinngemäss.»

Art. 25 ff. BankG halten die Zuständigkeit der FINMA fest.

Die «sinngemässe» Anwendung des BankG betrifft aber nur die Pfandbriefzentralen. Für die Mitglied institute gelten BankG und PfG integral.

4.

In Bezug auf die Mitglied institute findet sich erstens bei den Schutzmassnahmen (Art. 25 BankG), dass eine Stundung oder ein Fälligkeitsaufschub für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen nicht möglich ist (lit. h).

5.

In den Bestimmungen des BankG zur Insolvenz und in der aktuellen BIV-FINMA finden sich keine Sonderbestimmungen.

Die FINMA kann einen Sanierungsplan allerdings nur genehmigen, wenn er die rechtliche oder wirtschaftliche Verbundenheit unter Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen angemessen berücksichtigt (Art. 30c Abs. 1 lit. d BankG).

Der Entwurf zur Insolvenzverordnung FINMA verlangt in Art. 9 eine Koordination zwischen Behörden und Organen. Bei der Erhaltung der Konkursaktiven wird festgehalten, dass die Deckung der Pfandbriefdarlehen (nur) «pro

memoria» festgehalten wird (Art. 22 Abs. 2 lit. b). Dies entspricht auch der Sachlage, da ja gemäss Art. 40a PfG eine Absonderung zu erfolgen hat. Der Wortlaut gibt aber die Rechtslage, dass Darlehen und Deckung gemeinsam abzusondern und bis zur Erfüllung aller Verpflichtungen aus den Darlehen als untrennbare Einheit zu behandeln sind, nicht deutlich wieder.

Art. 27 Abs. 6 wird die Verwendung eines Deckungsüberschusses nach Rückzahlung von Pfandbriefdarlehen (anzumerken: nebst Zinsen) geregelt. Dass daraus im Nachgang zuerst die Kosten der Konkursverwaltung für die Separierung einschliesslich der Verwaltung von Darlehen und Deckung gedeckt werden sollen, ist kaum praktikabel. Verbleibt ein Überschuss, so fällt dieser der Konkursmasse zu. Es schiene wohl einfacher, diese Konkurskosten direkt und fortlaufend der Konkursmasse zu belasten und ihr dann aber einen grösseren allfälligen Schlussaldo zu überlassen (s. auch Art. 40a Abs. 4 PfG).

6.

Das PfG enthält seit der Revision von 2021 (Insolvenz und Einlagensicherung, in Kraft seit 1. Januar 2023) zwei Sonderbestimmungen, eine ist allgemeiner Art für eine nähere Überwachung bei erhöhten Risiken einer nicht konkursiten Mitgliedbank und die zweite ist direkt konkursbezogen.

Art. 40 PfG erlaubt der FINMA einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, u.a. wenn ein schuldnerisches Mitglied der Pfandbriefzentralen, gesetzliche Vorschriften, namentlich Eigenmittelvorschriften verletzt oder «das Vertrauen ernsthaft beeinträchtigt ist». Die FINMA kann auch die Aushändigung der Deckungswerte anordnen und sie kann den Untersuchungsbeauftragten mit der Prüfung und Verwaltung der Deckung (...) beauftragen.

Hier ist zu bedenken, dass die Insolvenzmassnahmen der FINMA eingesetzt werden können, wenn in Bezug auf eine Bank begründete Besorgnis besteht, dass sie überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat (Art. 25 Abs. 1 BankG). Die FINMA setzt dann nach Art. 25 Abs. 1 BankG eine Frist zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und wenn diese nicht eingehalten wird, kann die FINMA Schutzmassnahmen, ein Sanierungsverfahren oder die Konkurseröffnung anordnen.

Das bedeutet, dass (auch) schon bei der Anordnung von Schutzmassnahmen oder (spätestens) der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens die Voraussetzungen der Anwendung des Art. 40 PfG regelmässig gegeben sind.

Die Absonderung findet hier aber nur teilweise statt, indem ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt und die Aushändigung der Deckungswerte angeordnet werden kann. Die Darlehen ergeben sich aus den Büchern der Bank, doch ist die Wahrung der Integrität des Deckungsstockes essentiell.

Dieser ist in einer Krisensituation besonders gefährdet, da die Mitgliedbanken das Pfandregister selber führen (Art. 21 PfG) und damit der Deckungsstock trotz der Separierung von den übrigen Vermögenswerten der Bank (Art. 22 PfG) allenfalls auch manipuliert werden könnte. Die Sicherung ist nämlich unvollkommen: «Die Delegation der Pfandregisterführung an die Banken ist ein Vertrauensbeweis des Gesetzgebers, aber auch den technischen Gegebenheiten der damaligen Zeit geschuldet.» (Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung der BankV vom 8. April 2022, S. 23).

Mit zunehmender Schiefelage einer Bank kann dieser Vertrauensbeweis zu einem relevanten Risiko werden; der frühe Einsatz eines Untersuchungsbeauftragten der FINMA drängt sich auf.

Es ist hier auch festzuhalten, dass die Untersuchungsbeauftragten gemäss Art. 40 und 40a PfG den Zentralen alle Auskünfte erteilen sollen und auch zur regelmässigen Information an diese gehalten sind (Art. 21a PfV).

7.

Art. 40a PfG lautet wie folgt:

Art. 40a PfG

1 Wird über ein Mitglied der Konkurs eröffnet, so ordnet die FINMA die Separierung der Darlehen und der Deckung, einschliesslich der eingehenden Zinsen und Rückzahlungen, an. Die Darlehen werden durch die Konkurseröffnung nicht fällig.

2 Die FINMA setzt zur Verwaltung der Darlehen und der Deckung einen Beauftragten ein. Dieser trifft alle Massnahmen, die erforderlich sind, um die vollständige und fristgerechte Erfüllung der Pflichten aus den Darlehen, einschliesslich Zins- und Rückzahlungen, zu gewährleisten.

3 Die FINMA kann die ganze oder teilweise Übertragung von Darlehen und der Deckung genehmigen.

4 Nach der Rückzahlung oder Übertragung der Darlehen hat der Beauftragte darüber abzurechnen, wie weit die Deckung beansprucht wurde.

Die Bestimmung von Art. 40a PfG setzt als Pflicht des Beauftragten alle Massnahmen zu ergreifen, «die erforderlich sind, um die vollständige und fristgerechte Erfüllung der Pflichten aus den Darlehen, einschliesslich Zins und Rückzahlungen, zu gewährleisten.» (Abs. 2).



Diese Formulierung hält praktisch die Konkursfestigkeit (Konkursferne) der Pfandbriefdarlehen fest.

Die Separierung von Darlehen und Deckung und die Verwaltung durch einen Beauftragten (der merkwürdigerweise nicht wie in Art. 40 als Untersuchungsbeauftragter bezeichnet wird) ist rechtlich gesehen auch eine Absonderung aus dem Konkursverfahren. Auch die Botschaft spricht von der «Weiterbedienung aus dem Deckungsstock» (s. oben bei 1.) und insofern ist dies ein Kreislauf ausserhalb des Konkurses. Dafür spricht auch die klare Abgrenzung des Beauftragten von der Konkursverwaltung.

Zu den Auskunft- und Orientierungspflichten des Untersuchungsbeauftragten s. Art. 21a PfV.

(Zur Frage, ob die Pfandbriefzentrale bzw. der Beauftragte im Konkurs einen privilegierten Anspruch auf Nachdeckung noch geltend machen könnte, äussere ich mich hier nicht).

8.

Ein Unterschied zwischen der Situation von Art. 40 PfG und Art. 40a PfG kann insofern begründet werden, dass im Rahmen einer Sanierung noch eine Aussicht besteht, dass das Bank-Unternehmen weitergeführt werden kann, während der Konkurs Liquidation bedeutet (auch bereits aufgrund des Bewilligungsentzuges gemäss Art. 33 Abs. 1 BankG).

Für beide Konstellationen gilt aber:

(Im Weiteren) «besteht der Bedarf, die Funktion des Schweizer Pfandbriefsystems als wichtige Liquiditätsquelle des Schweizer Kapitalmarktes auch im Falle der Insolvenz oder im Konkurs einer Mitgliedsbank stabil zu halten und die Deckungswerte nicht durch konkursrechtliche Abläufe zu beeinträchtigen. Ein ansteckungsbedingter Zusammenbruch der zwei zentralen Pfandbriefinstitute mit gravierenden Folgen für den Schweizer Finanzplatz soll verhindert werden.» (BBI 2020, S. 6379).

9.

Man kann die ketzerische Frage stellen, ob die Pfandbriefdarlehen auch sanierungssicher sind.

Die Bestimmung zum Bail-in im BankG) enthält als Ausnahme «besicherte Forderungen im Umfang ihrer Sicherstellung» (Art. 30b Abs. 3 lit. b BankG). Darunter fallen auch (und besonders) die Pfandbriefdarlehen.

Die Frage ist aber auch darum zu bejahen, dass wenn sogar im Konkurs keine Reduktion auf eine Konkursdividende erfolgen kann und insofern die

Konkursferne gesichert ist, so ist auch Sanierungsferne anzunehmen. Die Botschaft spricht denn auch allgemein von «Insolvenzferne» (s. auch Titel elfter Abschnitt Bankengesetz: Massnahmen bei Insolvenzgefahr).

10.

Was ist nun zu tun?

- Die Gelegenheit der Anhörung zur InsV-FINMA sollte genutzt werden;
- Die speziellen pfandbriefrelevanten Aspekte einer Bankinsolvenz sollten besser zum Ausdruck kommen.
- Der direkte gesetzliche Schutz des Pfandbriefwesens ist ausser für den Konkurs einer Mitgliedbank (Art. 40a PfG) schwach konturiert und sollte für den Zeitraum vor einer Konkurseröffnung (Art. 40 PfG) verbessert werden;
- Es ist zu fordern, dass spätestens dann, wenn Schutzmassnahmen angeordnet werden, ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt wird, der den Deckungsstock und besonders die Ordnungsmässigkeit der Registerführung und der Aufbewahrung prüft und überwacht.
- Bei der Anordnung eines Sanierungsverfahrens sollte der Deckungsstock jedenfalls separiert werden.
- Es muss gewährleistet sein, dass der im Konkurs von der FINMA einzusetzende Beauftragte seinen Auftrag nach Art. 40a PfG unabhängig von der allgemeinen Konkursverwaltung und mit den nötigen Befugnissen ausüben kann.

(s. auch noch Art. 27 Abs. 6: Pfandbriefdarlehen und Zinsen)

  
Prof. Dr. Peter Nobel

2. Dezember 2024

Anhang

Bezüglich pfandbriefgerechter Insolvenzbestimmungen bemerkenswerte Auszüge aus der **Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes** (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom **19. Juni 2020** (BBl 2020, 6359)

«Im Weiteren besteht Bedarf, die Funktion des Schweizerischen Pfandbriefsystems als wichtige Liquiditätsquelle des Schweizer Kapitalmarkts auch im Falle der Insolvenz oder im Konkurs einer Mitgliedsbank stabil zu halten [...].» (S. 6364), ferner:

«Um das schweizerische Pfandbriefsystem auch im Falle der Insolvenz einer Mitgliedsbank stabil zu halten, dürfen die Deckungswerte nicht durch konkursrechtliche Abläufe beeinträchtigt werden. Mit vorliegender Anpassung von Artikel 40 [PfG] soll dieses Ziel erreicht und eine Grundlage für eine frühzeitige und situationsgerechte Intervention geschaffen werden.» (S. 6379), ferner:

«Diese Voraussetzungen [gemäss Wortlaut des damaligen Art. 40 PfG] sind relativ hoch und verhindern ein rechtzeitiges Eingreifen der Aufsichtsbehörde zur Sicherung des Systems. Nach dem neuen Absatz 1 [des neuen Art. 40 PfG] soll die FINMA bereits dann Massnahmen ergreifen und zusätzlich einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen oder die Aushändigung der Deckungswerte anordnen dürfen, wenn eine Mitgliedsbank die gesetzlichen Vorschriften [...] verletzt. Mit der zusätzlichen Möglichkeit, einen Untersuchungsbeauftragten einzusetzen, kann die FINMA situativ und risikoadäquat die Kontrolle über die Ordnungsmässigkeit der Pfandregisterführung verbessern.» (S. 6408), ferner:

«Der neue Artikel 40a E-PfG bezweckt daneben eine zusätzliche Stärkung der Widerstandsfähigkeit des Pfandbriefsystems im Falle des Konkurses einer Mitgliedsbank. Er greift im Unterschied zum geltenden Artikel 40 PfG somit erst dann, wenn über eine Mitgliedsbank bereits der Konkurs eröffnet wurde. Insbesondere soll ein ansteckungsbedingter Zusammenbruch der zwei zentralen Pfandbriefinstitute verhindert werden. Ein solcher hätte gravierende Folgen für den ganzen Schweizer Finanzplatz. Die Anpassungen schaffen Klarheit und Transparenz über die pfandbriefbezogenen Aspekte bei der Abwicklung einer konkursiten Bank.» (S. 6379), ferner:

«Bankenkonkurse sind komplexe Unterfangen, die unter Zeitdruck abgewickelt werden müssen. Ein klarer, weitgehend vordefinierter Abwicklungsprozess für den abgrenzbaren, pfandbriefspezifischen Teil einer Mitgliedsbank vermindert die Gesamtkomplexität und schafft ausreichend Zeit für angemessene Lösungen. Weiter kann auch das Risiko verlustreicher Notverkäufe minimiert werden. Gleichzeitig unterstützt eine klare Regelung die hohe Qualität des Pfandbriefs und hilft, dass den Banken auch in angespannten Zeiten oder gar Krisensituationen über das Pfandbriefsystem der Zugang

zum Kapitalmarkt offenbleibt. Dieser Liquiditätszugang kann existenziell sein, wenn andere Finanzierungsquellen in einer solchen Situation nur noch begrenzt verfügbar sind.» (S. 6409), ferner:

«Weil die Pfandbriefzentralen ihrerseits gegenüber den Pfandbriefinvestoren in der Pflicht stehen, sind sie darauf angewiesen, dass die Mittelflüsse aus den Pfandbriefdarlehen fristgerecht und vollständig eingehen. Aus diesem Grund sind die Pfandbriefdarlehen gegen Massnahmen wie Fälligkeitsschub, Stundung und Kapitalmassnahmen (Bail-in) geschützt.» (S. 6409), ferner:

«Zudem werden die Darlehen durch die Konkurseröffnung wegen Insolvenzferne nicht fällig. Die Insolvenzferne der Pfandbriefdarlehen in Verbindung mit der Weiterbedienung aus dem Deckungsstock erhalten Deckungs- und Gleichgewichtsprinzip im ganzen Pfandbriefsystem aufrecht.» (S. 6410), ferner:

«Die beauftragte Person hat diesen Auftrag [Verwaltung der Darlehen und Deckung einschliesslich der eingehenden Zinsen und Rückzahlungen] so zu erfüllen, dass der Insolvenzverwaltung nach der vollständigen Befriedigung der Pfandbriefdarlehen ein möglichst grosses, verpflichtungsfreies Deckungsstock-Restvermögen zurückgegeben werden kann.» (S. 6410).

Der **Erläuterungsbericht zur Änderung der Bankenverordnung** (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung und Resolvability) vom **8. April 2022** liefert weitere Interpretationshilfen:

«So ist es insbesondere klar, dass die FINMA ihrer Aufgabe gemäss gegen eine Mitgliedsbank Massnahmen ergreifen wird, wenn die Gefahr einer ungenügenden Aufbewahrung oder Verwaltung der Darlehensdeckung besteht.» (S. 24), ferner:

«Auch hält schon die Botschaft fest, dass die FINMA und die von ihr beauftragte Person die Interessen der Zentrale an der Sicherstellung der gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben an die Deckungswerte wahren muss.» (S. 24), ferner:

«Die beauftragte Person holt bei einer Übertragung von Darlehen und Deckung die Genehmigung der FINMA ein. Als Gläubigerin muss die Zentrale miteinbezogen werden.» (S. 24), ferner:

«Insbesondere im Konkurs einer Mitgliedsbank ist eine offene Kommunikation seitens der beauftragten Person gegenüber der oder den betroffenen Zentralen wichtig damit diese die Einhaltung des Deckungs- sowie Gleichgewichtsprinzips überprüfen kann. Selbstverständlich wird die FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtsaufgaben der Gewährleistung eines stabilen Pfandbriefsystems gebührend Rechnung tragen.» (S. 25).

Darüber hinaus liefern auch die Ausführungen zur Verwaltung der Deckung (Art. 14 PfV) wichtige Hinweise zur Insolvenz einer Mitgliedbank: «Es geht darum, die Vorgaben an die Aufbewahrung und Kennzeichnung der Deckung so festzulegen, dass die gesetzlichen Vorgaben auch im Fall eingehalten werden können, in dem die FINMA eine Bank abwickeln müsste. Zentraler Aspekt ist dabei, dass die Kennzeichnung und Aufbewahrung so ausgestaltet sind, dass auf entsprechende Anordnung innert kürzester Zeit und mit hoher Prozesssicherheit eine Separierung und beziehungsweise oder Zugriffssperre durchgeführt werden kann. Drittaufbewahrung soll zulässig sein, aber sie darf die Zugriffsgeschwindigkeit und Abwicklungssicherheit nicht beeinträchtigen.» (S. 23).

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Kaspar Ulmann  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern

Per Mail zugestellt an: [regulation@finma.ch](mailto:regulation@finma.ch)

Zürich, 9. Dezember 2024  
FMU/058 330 62 17

## **Stellungnahme SBVg zum Entwurf einer neuen Verordnung der FINMA über das Insolvenzverfahren bei Finanzmarktinstituten (Insolvenzverordnung FINMA, InsV-FINMA)**

Sehr geehrter Herr Ulmann  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 9. Oktober 2024 eröffnete Anhörung der FINMA zur neuen Verordnung über das Insolvenzverfahren bei Finanzinstituten. Wir bedanken uns für die Möglichkeit, Ihnen unsere Position und unsere Überlegungen darlegen zu können. Wir begrüssen das Zusammenführen zur InsV-FINMA und die darin vorgeschlagenen Änderungen. Gerne nutzen wir jedoch die Gelegenheit, um im Hinblick auf die Erhöhung der Rechtssicherheit in diesem wichtigen Bereich unsere Überlegungen anzubringen.

## **1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen**

### **Art. 1 Gegenstand**

Gemäss dem Entwurf fallen Schutzmassnahmen nicht unter den Anwendungsbereich der Verordnung. Bei Schutzmassnahmen mit Wirkung auf Dritte, insbesondere Gläubiger/Einleger, kann man aber den Standpunkt vertreten, dass es hilfreich wäre, dass diese auch unter den Anwendungsbereich der InsV-FINMA fallen. Zu denken ist etwa die Anordnung von Stundung oder Fälligkeitsaufschub, die Gegenparteien der Bank sehr direkt treffen würde. In einem solchen Fall wären etwa die Bestimmungen der InsV-FINMA hilfreich zur Information der Öffentlichkeit.

Der Fall der CS hat gezeigt, dass Schutzmassnahmen für Gegenparteien wesentlich sein können. Das anzuwendende Verfahren und die Beschwerdelegitimation in einem solchen Fall sind gegenwärtig vor Bundesverwaltungsgericht strittig. Hinzu kommt, dass mit der angestrebten Änderung der ERV im Bereich der AT1 Instrumente (Art. 27a, Art. 29, Möglichkeit der Teilabschreibung/Teilwandlung) und den Bestrebungen der Behörden zur Stärkung der Verlustabsorption von AT1 Instrumenten im going concern Schutzmassnahmen

eine erhöhte Relevanz erhalten können. Entsprechend bietet es sich wohl an, den Anwendungsbereich der InsV-FINMA im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens TBTF noch einmal zu überprüfen.

## Art. 8 Meldung an die FINMA

Der Erläuterungsbericht erwähnt, dass die Entscheide des Sanierungsbeauftragten bzw. der Konkursverwaltung keine Verfügung darstellen und somit den meldenden Personen keine Parteistellung zukommt. Das ist ein erheblicher Unterschied zum allgemeinen Konkursrecht, wo der Konkursverwalter eigenständig verfügt und seine Entscheide über SchKG 17 angefochten werden können. Gerade bei sehr grossen Verfahren stellt sich die Frage, ob die Regelung der InsV-FINMA zweckmässig und prozessökonomisch ist, da konkret die FINMA jeden Entscheid selbst noch einmal treffen müsste.

Die Stellung des Sanierungsbeauftragte bedarf einer Klärung, insbesondere auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer Brückenbank, was aber wohl auf Gesetzesstufe erfolgen muss. Es ist gut vorstellbar, dass er privatrechtlich als faktisches Organe gelten würde.

Die Rechtstellung von Sanierungsbeauftragten sollte wohl als Teil der Arbeiten zu TBTF noch einmal eingehend diskutiert werden.

Die grundsätzliche Frage zur Rechtsstellung von Sanierungsbeauftragten wird unter Art. 12 erörtert.

## Art. 10 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen

Der Begriff «Verbringung» könnte durch einen geläufigeren Ausdruck ersetzt werden oder anders umschrieben werden.

Wie bei section 89H UK Banking Act könnte man sich überlegen, ob man das Schweizer Anerkennungsrecht nicht ausweiten sollte auf Fälle, wo kein in der Schweiz gelegenes Vermögen vorhanden ist sondern lediglich Verträge Schweizer Recht unterstehen. Zudem könnte man sich überlegen, das Anerkennungsrecht generell anerkennungsfreundlicher auszugestalten (etwa analog section 89H UK Banking Act). Dieser Kommentar betrifft aber nicht direkt die vorgeschlagene Bestimmung in der InsV-FINMA, sondern müsste als Teil der Gesetzgebungsarbeiten aufgenommen werden.

## 2. Kapitel: Sanierung

### Art. 11 Eröffnung des Verfahrens

Falls im Rahmen einer Sanierung eine Versteigerung als nötig erachtet wird, fehlen heute massgeschneiderte Bestimmungen über den Prozess, wie dann die Bank (oder eine Brückenbank) (als Ganzes) oder bestimmte Aktiven/Passiven verkauft werden sollen.

Einzig Art. 32 BIV-FINMA (mit einem Verweis auf Art. 257-259 SchKG – neu in Art. 36 InsV-FINMA) enthält Bestimmungen über eine Versteigerung. Diese Bestimmungen sind allerdings für den Konkursfall gedacht und bei Zeitdruck ungeeignet (physische Auflage der Bedingungen, Fristen, etc.).

Ein Versteigerungsverfahren in der Sanierung könnte entlang der folgenden Punkte entworfen werden:

# • Swiss Banking

- Kompetenz der FINMA, ein rasches Verfahren festzulegen (mit Möglichkeit Delegation an Sanierungsbeauftragten), inkl. Möglichkeit einer eingeschränkten Zahl Bieter. Keine vorgegebenen Fristen.
- (freihändiger) Beizug Berater, auf Kosten der Bank (analog Untersuchungsbeauftragter/Sanierungsbeauftragter)
- Festlegung Zuschlagskriterien (Erhalt systemrelevanter Funktionen, Finanzstabilität, Minimierung Risiken für öffentliche Hand, Transaktionssicherheit, Einhaltung des NCWO, Bewilligungsmöglichkeit unter shareholder fit and proper assessment, bei gleichrangigen Angeboten Preis)
- Ermessen der FINMA, Zuschlagskriterien zu beurteilen und Kompetenz der FINMA, über Zuschlag zu entscheiden
- FROB letter vom 6. Juni 2017 betreffend Banco Popular als Beispiel einer Festlegung der Steigerungsbedingungen

Gewisse dieser Elemente würden wohl einer gesetzlichen Regelung bedürfen, insbesondere die generelle Delegationsnorm an die FINMA zum Notverkauf als Teil eines Sanierungsverfahrens. Entsprechend muss die InsV-FINMA mit den laufenden Gesetzgebungsarbeiten TBTF (und Art. 36 InsV-FINMA) koordiniert werden. Dies betrifft auch weitere Elemente des Sanierungsverfahrens, welches wohl in Zukunft erheblich ausgebaut werden muss, etwa betreffend Übertragungshandlungen oder das Instrument der Brückenbank. Diesbezüglich stellen wir fest, dass der bestehende Art. 51 BIV-FINMA betreffend Weiterführung von Bankdienstleistungen gestrichen werden soll.

## Art. 12 Sanierungsbeauftragter oder Sanierungsbeauftragte

Wir begrüßen die Übernahme dieser Bestimmung (Abs. 1 bis 4) aus der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA in die InsV-FINMA.

In Bezug auf Absatz 5 stellt sich dagegen die ganz grundsätzliche Frage nach der Rechtstellung von Sanierungsbeauftragten.

Denn während einerseits mit Bezug auf Art. 28 Abs. 3 BankG die Ansicht vertreten wird, dass die (mit der Ausarbeitung des Sanierungsplans) «beauftragte» Person – anders als der Sachwalter gemäss SchKG – keine hoheitliche Tätigkeit ausführt (vgl. BSK BankG-Bauer, Art. 28 Rz. 23), stellt der Erläuterungsbericht zur InsV-FINMA im Hinblick auf Absatz 5 fest, dass «analog zur etablierten Praxis der FINMA in Konkursverfahren» die Einsetzung von Sanierungsbeauftragten unverzüglich dem zuständigen Handelsregisteramt mitgeteilt werden soll.

Es ist anzunehmen, dass Zweck einer solchen Mitteilung an das Handelsregisteramt die mit einer Eintragung in das Handelsregister verbundene Schaffung von Transparenz (und Akzeptanz) der Vertretungsbefugnis von Sanierungsbeauftragten sein soll, die neben der Ausarbeitung des Sanierungsplans gemäss Art. 12 Abs. 3 InsV-FINMA auch damit betraut werden können, anstelle der Organe des Finanzinstituts zu handeln. Sodann ist aber entweder mangels hoheitlichem Tätigwerden von Sanierungsbeauftragten die im Erläuterungsbericht zu Art. 12 Abs. 5 InsV-FINMA gezogene Parallele zum Sachwalter gemäss SchKG nicht gegeben oder es ist die Ansicht der FINMA, dass Sanierungsbeauftragte bei der Wahrnehmung von Aufgaben über die Erarbeitung des Sanierungsplans hinaus (und hier insbesondere bei der Handlung anstelle der Finanzinstitutsorgane) hoheitlich tätig werden.



Sanierungsbeauftragte sind somit entweder privatrechtlich handelnde Personen ohne hoheitliche Verfügungskompetenz (also faktische Organe der Bank-Gesellschaft) oder sie sind (wie der Sachwalter nach SchKG) hoheitlich Handelnde, welche die Organe von Finanzinstituten entweder ersetzen oder übersteuern können.

Die Rechtstellung von Sanierungsbeauftragten sollte von der FINMA daher klargestellt werden.

Die Eintragung des Sanierungsbeauftragten im Handelsregister stellt weitere Fragen. So ist unklar, ob die bisherigen Zeichnungsberechtigten in einem solchen Fall gelöscht werden würden, wie das heute üblich ist bei Enforcementverfahren der FINMA gegen gewisse Finanzmarktteilnehmer. Bei einer grossen Bank würde die Streichung der Zeichnungsberechtigung im HR dazu führen, dass die Bank zum Stillstand kommt, da keine neuen Verträge mehr abgeschlossen werden könnten. Das betrifft auch die Erneuerung von auslaufenden Verträgen, wie etwa Hypothekarkrediten. Die Eingriffsintensität in einem solchen Fall kann auch dazu führen, dass eine Bank damit nicht mehr kapitalmarktfähig ist und verlustabsorbierendes Kapital nicht mehr wieder aufbauen könnte. Auf jeden Fall sollte geklärt werden, dass die Meldung an das HR nur die Gesellschaft betrifft, die sich im formellen Sanierungsverfahren befindet und nicht andere Gruppengesellschaften.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Rolle des Sanierungsbeauftragten als Teil der laufenden TBTF-Gesetzgebungsarbeiten noch einmal vertieft angeschaut werden sollte.

## Art. 14 Ablehnung des Sanierungsplans durch die Gläubiger und Gläubigerinnen

Durch die gesetzliche Anforderung der Gläubigerzustimmung bei nicht-systemrelevanten Banken hat die FINMA keine Möglichkeit über ein Wochenende eine rasche Lösung zu finden. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur Situation im Ausland. Es ist klar, dass dieses Problem nicht über die InsV-FINMA gelöst werden kann, dennoch scheint es uns angesichts der praktischen Bedeutung angezeigt an dieser Stelle darauf hinzuweisen.

## 3. Kapitel: Konkurs

### 1. Abschnitt: Verfahren

#### Art. 17 Einsetzung einer Konkursverwaltung

Die Ausführungen zu Art. 12 gelten analog auch für Art. 17.

#### Art. 18 Aufgaben und Befugnisse der Konkursverwaltung

Die Aufzählung der Aufgaben der Konkursverwaltung umfasst Elemente, die gemäss SchKG Art. 17 eigenständig anfechtbar wären. Detaillierte Ausführungen hierzu können unseren Kommentaren zu Art. 8 und 12 entnommen werden.

## 4. Abschnitt: Verwertung

### Art. 35 Verwertungsmodus

Der Notverkauf gemäss InsV-FINMA bezieht sich gemäss Vorschlag lediglich auf die allgemeinrechtlichen Beweggründe eines solchen Notverkaufs, wie man sie auch im SchKG findet. Diese dienen im weiteren Sinn dem Gläubigerschutz.

Beim Bankenkonzurs können aber auch andere öffentlichen Interesse ins Spiel kommen, nicht nur der Gläubigerschutz. Zu denken ist insbesondere an die Weiterführung systemrelevanter Funktionen, die Vermeidung staatlicher Beihilfen oder die Finanzstabilität. So wäre etwa denkbar, dass die FINMA über eine Muttergesellschaft den Konkurs eröffnet, jedoch für die Tochtergesellschaft – welche systemrelevante Funktionen betreibt – den Notverkauf über ein Wochenende anstrebt, damit zumindest diese essentiellen Funktionen weiterbetrieben werden können. Entsprechend sollte Art. 35 Abs. 2 um jene weiteren Fälle ergänzt werden, in denen die FINMA einen Notverkauf anordnen kann. Diese Bestimmung ist mit den entsprechenden Regelungen zum Sanierungsverfahren abzugleichen, da im Voraus nicht mit Klarheit bestimmt werden kann, welches Szenario für die verschiedenen juristischen Einheiten einer sich in der Krise befindenden Bank zur Anwendung kommt. Einzelne Gesellschaften können sich im Sanierungsverfahren befinden, während andere in Konkurs gehen. Wiederum andere können normal weiterbetrieben werden. Die InsV-FINMA sollte möglichst modular die allgemeinen Verfahrensschritte beschreiben und das Ermessen der FINMA nicht unnötig einschränken.

### Art. 36 Öffentliche Versteigerung

Wenn ein Konkursverfahren auf Gruppenstufe und gleichzeitig ein Sanierungsverfahren auf einer operativen Gruppengesellschaft eröffnet wird, sollte geklärt werden, welche Bestimmungen anwendbar sind (Art. 36 vs 11 InsV-FINMA).

Das SchKG-Verfahren der öffentlichen Versteigerung ist nicht auf ein Krisenwochenende ausgelegt. Die Erfahrung aus dem Ausland (Banco Popular, US-Banken) zeigt aber, dass die Behörden unter Umständen ein solches Bieterverfahren sehr rasch durchziehen müssen. Das gilt für den Notverkauf sowohl im Sanierungs- als auch im Konkursverfahren. Die InsV-FINMA sollte diesem Umstand Rechnung tragen und nicht auf Bestimmungen im SchKG verweisen. Bedenklich ist insbesondere an Art. 257 Abs. 1 SchKG, wonach Ort und Zeit der Versteigerung öffentlich bekannt gegeben werden müssen, was ein eingeschränktes Bieterverfahren unter Geheimhaltung verunmöglichen würde. Der Zuschlag über dreimaligen Aufruf (Art. 258 SchKG) erscheint ebenfalls ungeeignet. Sodann könnte die 10-Tage-Auflage der Steigerungsbedingungen (Art. 259 i.V.m. Art. 134 SchKG) kaum eingehalten werden. Das SchKG-Verfahren geht nicht von einer Situation aus, in der die Finanzstabilität akut gefährdet ist.

### Art. 38 Anfechtung von Verwertungshandlungen

Gemäss Art. 31d BankG wird ein Sanierungsplan bei systemrelevanten Banken mit Genehmigung der FINMA rechtswirksam. Dies könnte etwa einen Notverkauf beinhalten. Der Schutz der Gläubiger erfolgt in

diesem Fall über den «No creditor worse off»-Test und allenfalls Schadenersatz, nicht aber über die Möglichkeit der Ablehnung des Plans oder der Aufhebung des Sanierungsplans (Art. 37g<sup>bis</sup> BankG).

Diese Straffung des Verfahrens im Sanierungsrecht wurde im Bankenkonzursrecht nicht übernommen. Entsprechend wäre die Rechtssicherheit eines Notverkaufs sehr unterschiedlich je nachdem, ob sich die übertragende Einheit in einem Sanierungsverfahren oder in einem Konkursverfahren befindet. Dies ist insbesondere problematisch in einem Bankenkonzern, da im Voraus nicht mit Klarheit bestimmt werden kann, in welchen Situationen sich die einzelnen Gruppengesellschaften befinden werden. Dieses Problem sollte im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten diskutiert werden, um die Rechtssicherheit bei Verwertungshandlungen zu erhöhen, insbesondere dann, wenn öffentliche Interessen wie die Finanzstabilität, die Weiterführung systemrelevanter Funktionen oder das Vermeiden von staatlichen Beihilfen betroffen sind.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
Schweizerische Bankiervereinigung

Felix Muff  
Leiter Legal & Compliance

Andrae Lamprecht  
Senior Advisor Legal & Compliance