

6 Anerkennung von ausländischen Bankeninsolvenzverfahren ohne Durchführung eines Partikularverfahrens in der Schweiz

VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 28. August 2012

Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen (Art. 37g Abs. 5 BankG, Art. 166–175 IPRG); Wirkungen der Anerkennung in der Schweiz (Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 170 Abs. 1 IPRG); Herausgabe von inländischen Vermögenswerten an die ausländische Insolvenzmasse nach Art. 37g Abs. 2 BankG.

1. Die FINMA kann im Sinne eines abgekürzten Verfahrens das in der Schweiz belegene Vermögen eines Konkursiten ohne Durchführung eines inländischen (Hilfs-)Verfahrens der ausländischen Vermögensmasse zur Verfügung stellen. Ein abgekürztes Verfahren setzt gemäss Art. 37g Abs. 2 Bst. a und b BankG voraus, dass im ausländischen (Haupt-)Insolvenzverfahren die nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt werden und die übrigen Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz angemessen berücksichtigt werden (Rz. 50–86).
2. Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann die FINMA die ausländische Insolvenzverwaltung zwecks Liquidation des Partikularvermögens zu Rechtshandlungen in der Schweiz ermächtigen (Rz. 87–102).

Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger (art. 37g al. 5 LB; art. 166 à 175 LDIP); effets de la reconnaissance en Suisse (art. 37g al. 5 LB en relation avec l'art. 170 al. 2 LDIP); distribution du patrimoine situé en suisse à la masse en faillite étrangère selon l'art. 37g al. 2 LB.

1. Au sens d'une procédure abrégée, la FINMA peut mettre à disposition de la masse des actifs étrangers le patrimoine situé en Suisse d'un failli sans procédure (d'entraide) suisse. Une telle procédure abrégée nécessite, selon l'art. 37g al. 2 let. a et b LB, que la (principale) procédure d'insolvabilité étrangère traite de manière équivalente les créances garanties par gage et les créances privilégiées en vertu de l'art. 219 LP des créanciers domiciliés en Suisse et prenne dûment en compte les autres créances des créanciers domiciliés en Suisse (Cm 50-86).
2. Si les conditions sont remplies, la FINMA peut autoriser l'administration étrangère de la faillite à agir juridiquement en Suisse afin de liquider les actifs particuliers (Cm 87-102).

Riconoscimento di decreti di fallimento e di misure esteri (art. 37g cpv. 5 LBCR; art. 166-175 LDIP); effetti del riconoscimento in Svizzera (art. 37g cpv. 5 LBCR in combinato disposto con l'art. 170 cpv. 1 LDIP); consegna di valori patrimoniali situati in Svizzera alla massa fallimentare estera ai sensi dell'art. 37g cpv. 2 LBCR.

1. Avvalendosi di una procedura abbreviata, la FINMA può mettere a disposizione della massa patrimoniale estera il patrimonio di un fallito situato in Svizzera senza avviare una procedura (ancillare) interna. Ai sensi dell'art. 37g cpv. 2 lett. a e b LBCR, una procedura abbreviata presuppone che, nella procedura (principale) estera di insolvenza, i crediti garantiti da pegno e privilegiati, ai sensi dell'art. 219 LEF, di creditori domiciliati in Svizzera sono trattati in maniera equivalente e gli altri crediti di creditori domiciliati in Svizzera sono adeguatamente presi in considerazione (nm. 50-86).
2. Se le premesse sono adempiute, la FINMA può autorizzare l'amministrazione del fallimento estera a effettuare atti giuridici in Svizzera a scopo di liquidazione degli attivi particolari (nm. 87-102).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Glitnir hf. wurde unter der Firma Íslandsbanki im Jahr 1990 durch Fusion mehrerer Banken als hlutafélag (hf., isländische Aktiengesellschaft) gegründet. Mit Bewilligung der Fjármálaeftirlitið (FME, isländische Finanzaufsichtsbehörde) war sie für die Ausübung einer Banktätigkeit nach dem Act on Financial Undertakings (nachfolgend «AFU», isländisches Gesetz über Finanzunternehmen) lizenziert. Die erteilte Lizenz wurde mit Entscheidung vom 19. Juli 2011 entzogen. Seit 2006 bis zum Entzug der Banklizenz im Jahr 2011 lautete die Firma Glitnir banki hf., seither Glitnir hf.

Am 7. Oktober 2008 wurde der Verwaltungsrat der Gesuchstellerin durch die FME abgesetzt und stattdessen ein Resolution Committee bestellt. Mit Beschluss des Héraðsdómi Reykjavíkur (Bezirksgericht Reykjavík), Island, vom 24. November 2008 wurde der Glitnir banki hf. erstmals eine Nachlassstundung gewährt. Mit Inkrafttreten des Änderungsgesetzes zum AFU am 22. April 2009 war die Glitnir banki hf. qua Gesetz in ein besonderes Winding-up-Verfahren versetzt worden, das weiterhin als ein Verfahren der Nachlassstundung galt. In diesem besonderen Verfahren wurde mit Beschluss vom 12. Mai 2009 auf Antrag der Glitnir banki hf. zusätzlich ein Winding-up-Committee eingesetzt. Zum Ende der Nachlassstundung leitete das Bezirksgericht Reykjavík auf Antrag der Gesuchstellerin am 22. November 2010 das besondere Winding-up-Verfahren in ein normales Winding-up-Verfahren über. Per 1. Januar 2012 ging die Verwaltungs-, Verfügungs- und Verwertungsbefugnis über das Vermögen der zu liquidierenden Bank qua Gesetz allein auf das Winding-up-Committee über. Das Winding-up-Committee ist seither allein für die Durchführung des Winding-up-Verfahrens zuständig.

Mit Schreiben vom 11. April 2012 ersuchte die Glitnir hf., handelnd durch das Winding-up-Committee, die FINMA, es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Reykjavík vom 22. Dezember 2010 betreffend Eröffnung eines Winding-up-Verfahrens mit Wirkung für die Schweiz anzuerkennen, das in der Schweiz liegende Vermögen ohne Durchführung eines inländischen

Verfahrens der Gesuchstellerin zur Verfügung zu stellen und das Winding-up-Committee zu ermächtigen, die Vermögenswerte in der Schweiz selbst einzufordern.

Aus den Erwägungen

A. Zuständigkeit der FINMA

(10) Nach Art. 37g Abs. 1 des Bankengesetzes (BankG; SR 952.0) entscheidet die FINMA über die Anerkennung von Konkursdekreten und Insolvenzmassnahmen in der Schweiz, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden.

(11) Als ausländische Bank im Sinne von Art. 37g Abs. 1 BankG gelten Unternehmen, die (a) im Ausland eine Bewilligung als Bank besitzen, (b) in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszwecks oder in den Geschäftsunterlagen den Ausdruck «Bank» oder «Bankier» verwenden, oder (c) die Bankentätigkeit im Sinne von Art. 2a der Verordnung über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) betreiben (Art. 1 Abs. 1 Auslandsbankenverordnung [ABV-FINMA; SR 952.111]).

(12) Die Gesuchstellerin verfügte bei Eröffnung des isländischen Winding-up-Verfahrens über die Erlaubnis der FME (...), Bankgeschäfte (...) zu betreiben. Sie gilt als Geschäftsbank im Sinne des AFU. Damit durfte sie unter anderem gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen (...). Sie erfüllt somit alle drei alternativen Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 ABV-FINMA. Die Gesuchstellerin ist folglich als Bank im Sinne von Art. 37g Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 ABV-FINMA zu qualifizieren.

(13) Unter einer Insolvenzmassnahme nach Art. 37g BankG ist ein behördlicher Entscheid zu verstehen, mit dem eine wirtschaftliche Krisensituation, in der das Haftungssubstrat nicht zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht (Insolvenz oder Insolvenzgefahr), in einem staatlich normierten und behördlich überwachten Verfahren mit Hilfe einer Verfahrensleitung beseitigt werden soll. Ziel des Entscheids muss es sein, den Weiterbestand des Unternehmens zu sichern (Sanierung) oder alle Gläubiger im Rahmen einer Generalexekution des Schuldnervermögens zu befriedigen (Konkurs).

(14) Mit Entscheid vom 22. November 2010 hat das Bezirksgericht Reykjavik die Gesuchstellerin in ein «normales» Winding-up-Verfahren übergeleitet. (...) Die Anordnung des Gerichts stützt sich u.a. auf Interim Provision V Ziff. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 2 Ziff. 3 AFÜ, wonach ein Winding-up-Verfahren eröffnet werden [soll], wenn der Gemeinschuldner «cannot completely fulfill its obligations to creditors when they fall due and the undertaking's payment difficulties are not deemed to be temporary in nature». Ein solches Winding-up-Verfahren dient dazu, die Gläubiger der Bank gemeinschaftlich, in der Rangfolge bestimmter Gläubigerklassen (...) zu befriedigen. Das Verfahren findet (...) vor dem zuständigen Bezirksgericht am Sitz des Gemeinschuldners statt. Die Handlungen des Winding-up-Committees werden durch eine Aufsichtsbehörde überwacht. Sollten die Vermögenswerte zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen, kann die Bank ihre Geschäftstätigkeit wiederaufnehmen oder die verbliebenen Vermögenswerte den Aktionären zur Verfügung stellen. Reichen dagegen die Vermögenswerte nicht zur Befriedigung aller Gläubiger aus, kann mit den Gläubigern ein Nachlassvertrag (...) («composition with creditors») geschlossen werden. Dabei setzt (...) die notwendige, gerichtliche Bestätigung eines solchen Nachlassvertrages voraus, dass die privilegierten Forderungen (...) beglichen oder sichergestellt werden. Gelingt der Abschluss eines genehmigungsfähigen Nachlassvertrags nicht, ist beim Bezirksgericht Konkursantrag zu stellen ([...]«demand [...] bankruptcy proceedings»).

(15) Der Entscheid vom 22. November 2010 ist durch das Bezirksgericht Reykjavik und damit von einer Behörde erlassen worden. Der Entscheid erfolgte in einer Situation, als nach Feststellung des isländischen Gerichts das Haftungssubstrat nicht zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreichte. Das isländische Verfahren ist, wie aufgezeigt, gesetzlich normiert und wird durch das isländische Bezirksgericht und eine isländische Aufsichtsbehörde überwacht.

(16) Im aktuellen Verfahrensstadium ist weder sicher noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit absehbar, ob im Rahmen des isländischen Verfahrens die Bank über einen Nachlassvertrag («composition with creditors») saniert werden kann oder liquidiert werden muss. Ein Nachlassvertrag («composition with creditors») soll den Gläubigern erst noch zur Abstimmung vorgelegt werden. Das Ziel des durch Entscheid des isländischen Bezirksgerichts eröffneten Verfahrens steht damit (noch) nicht abschliessend fest. Nach bisherigem Sachstand und beabsichtigtem Verfahrensfortgang scheidet eine Qualifikation als Konkursdekret im Sinne von Art. 37g BankG i.V.m. Art. 166 IPRG im aktuellen Verfahrensstadium jedoch aus. Allerdings liegen derzeit die Merkmale einer sonstigen Insolvenzmassnahme nach Art. 37g BankG i.V.m. Art. 175 IPRG vor. Der Beschluss des Bezirksgerichts vom 22. November 2010 ist folglich (zumindest vorerst) als Eröffnung eines Sanierungsverfahrens zu qualifizieren.

(17) Bereits mit Entscheid vom 12. Mai 2009 setzte das Bezirksgericht Reykjavik für die Leitung und Durchführung des besonderen Winding-up-Verfahrens ein Winding-up-Committee ein. [Dieses] (...) eingesetzte Winding-up-Committee [bleibt] mit unveränderten Befugnissen auch für die Leitung und Durchführung des mit Entscheid vom 22. November 2010 eröffneten, «normalen» Winding-up-Verfahrens zuständig.

(18) Die in Island getroffenen Massnahmen – Einsetzung einer Zwangsverwaltung, Schuldenruf, Sanierung (über Nachlassvertrag) oder

ordentliche Liquidation der Gesellschaft – sind dem Grundsatz nach dem in der Schweiz im 11. und 12. Abschnitt des BankG geregelten Verfahren betreffend die Sanierung bzw. Liquidation insolventer Banken (Bankenkonzurs) ähnlich. Die vom Bezirksgericht Reykjavik erlassenen Entscheide stellen deshalb Massnahmen im Sinne von Art. 37g BankG dar.

(19) Die FINMA ist somit nach Art. 37g Abs. 1 BankG zuständig für die Anerkennung der Entscheide des Bezirksgerichts Reykjavik vom 12. Mai 2009 über die Ernennung des Winding-up-Committees und vom 22. November 2010 über die Eröffnung eines Winding-up-Verfahrens über die Glitnir hf. in der Schweiz.

B. Antrag

(20) Für die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes bzw. einer ausländischen Insolvenzmassnahme bedarf es eines Antrags an das zuständige Gericht (Art 175 und Art. 166 Abs. 1 Satz 1 IPRG i.V.m. Art. 167 Abs. 1 Satz 1 IPRG). Als zuständiges Gericht gilt vorliegend – wie bereits ausgeführt – die FINMA.

(...)

(22) Das Gesuch kann durch die ausländische Insolvenzverwaltung oder einen Konkursgläubiger eingereicht werden. Als Insolvenzverwaltung gilt, wer gestützt auf die erlassenen Insolvenzmassnahmen die Verwaltungs-, Verfügungs- und Verteilungsbefugnis für das Schuldnervermögen innehat (Paul Volken, in: Girsberger/Heini/Keller/Kren Kostkiewicz/Siehr/Vischer/Volken [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 166 N 64), wer also zur Anhebung, Leitung und Durchführung des Verfahrens zuständig ist (BGE 137 III 631 E. 2.3.2).

(23) Das Anerkennungsgesuch wurde vorliegend von der Glitnir hf., handelnd durch das Winding-up-Committee, eingereicht. (...). Mit Erlass eines Entscheids über die Eröffnung eines Winding-up-Verfahrens obliegt dem Winding-up-Committee die Verwaltungs-, Verfügungs- und Verwertungsbefugnis, der Schuldenruf sowie die Verteilungsbefugnis über das Vermögen des Gemeinschuldners.

(24) Zusammen mit dem Gesuch sind nach Art. 167 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. a IPRG vollständige und beglaubigte Ausfertigungen der anzuerkennenden Entscheide einzureichen.

(25) Neben der Beglaubigung der vorzulegenden ausländischen Entscheide durch die zuständige ausländische Behörde ist bei Vorlage von öffentlichen Urkunden in einem anderen Staat als dem Staat, in dem die Urkunde errichtet wurde, eine Überbeglaubigung vorzunehmen. Diese erfolgt durch die diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Staates, in dem die Urkunde vorgelegt werden soll, um die Echtheit der Unterschrift, die Eigenschaft, in welcher der Unterzeichner der Urkunde gehandelt hat, und gegebenenfalls die Echtheit des Siegels oder Stempels, mit dem die Urkunde versehen ist, zu bestätigen. In Anwendung des am 5. Oktober 1961 in Den Haag geschlossenen Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung (Haager Übereinkommen, SR 0.172.030.4) werden anstelle einer Überbeglaubigung durch die zuständigen isländischen Stellen ausgestellte Apostillen nach Art. 4 des Übereinkommens anerkannt (vgl. Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens).

(26) Die Gesuchstellerin legte jeweils eine vollständige und beglaubigte Ausfertigung des Beschlusses des Bezirksgerichts Reykjavik vom 22. November 2010 mit Schreiben vom 11. April 2012 und des Beschlusses vom 12. Mai 2009 mit Schreiben vom 16. Juli 2012 vor. Mit letztgenanntem Schreiben reichte sie zudem die mit Apostillen der zuständigen isländischen

Behörde im Sinne von Art. 6 des Haager Übereinkommens versehenen Ausfertigungen der beiden genannten Beschlüsse nach.

(27) Soweit ersichtlich handelt es sich beim Entscheid vom 22. November 2010 nicht um ein Abwesenheitsurteil, so dass der Antrag keine weiteren Beilagen erfordert (vgl. Art. 167 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG).

C. Aktuelles und praktisches Interesse

(28) Eine Anerkennung setzt weiter voraus, dass der ausländische Gemeinschuldner Vermögen in der Schweiz hat (vgl. Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 167 Abs. 1 und 3 IPRG). Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist die ausländische Insolvenzmasse daran gehindert, auf dieses in der Schweiz belegene Vermögen zuzugreifen. Für diesen Zugriff ist die Anerkennung der ausländischen Insolvenzmassnahme in der Schweiz notwendig.

(29) Die Glitnir hf. beabsichtigt, Vermögensinteressen in der Schweiz wahrzunehmen und mit den Gläubigern die für die Durchführung des Winding-up-Verfahrens notwendige Korrespondenz zu führen. Folglich hat sie ein aktuelles rechtliches und praktisches Interesse an der Anerkennung des Entscheids des Bezirksgerichts Reykjavik.

D. Anerkennungsvoraussetzungen

(30) Die Bedingungen der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen richten sich nach den Art. 166 bis 175 IPRG, soweit das BankG nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt (Art. 37g Abs. 5 BankG).

(...)

[Als Anerkennungsvoraussetzungen gilt das Vorliegen eines geeigneten Anerkennungsobjekts (z.B. ausländisches Konkursdekret oder ein Nachlassvertrag u.a.), das universalen Charakter für sich beansprucht und vollstreckbar ist. Das Anerkennungsobjekt muss daneben am Wohnsitz des Schuldners ergangen sein und darf weder dem formellen noch dem materiellen Ordre public entgegenstehen. Der Staat, in dem das Anerkennungsobjekt ergangen ist, muss schliesslich Gegenrecht halten. Vorliegend waren diese Anerkennungsvoraussetzungen allesamt erfüllt.]

E. Wirkungen der Anerkennung in der Schweiz

(50) Aufgrund des passiven Territorialitätsprinzips entfalten im Ausland ergangene Insolvenzmassnahmen keine unmittelbare Wirkung in der Schweiz. Vielmehr bestimmt das schweizerische Recht, welche Wirkungen sich aus der Anerkennung in der Schweiz ergeben.

1. Massgebendes Verfahren

(51) Die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen zieht die Folgen des Schweizer Rechts nach sich, soweit das IPRG nichts anderes vorsieht (Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 170 Abs. 1 IPRG).

(52) Zur Bestimmung dieser Folgen sind die im Ausland getroffenen Entscheide nach der *lex fori* – also dem schweizerischen Recht – zu qualifizieren. Massgeblich ist dabei nicht die Bezeichnung der ausländischen Entscheide und des ausländischen Verfahrens, sondern allein der tatsächliche Regelungsgehalt und dessen Wirkung.

(53) Wie bereits ausgeführt, ist derzeit das Ziel des isländischen Verfahrens (Sanierung oder Liquidation) nicht abschliessend vorhersehbar;

aufgrund des beabsichtigten Verfahrensforgangs ist es jedoch (vorerst) als Sanierungsverfahren zu qualifizieren (vgl. Rz. (16)).

(54) Massgebliche Rechtsgrundlage für die vorliegend zu bestimmenden insolvenzrechtlichen Folgen der Anerkennung ist daher der 11. Abschnitt, Art. 28 ff. BankG, betreffend das Bankensanierungsverfahren. Zudem führt Art. 10 Abs. 4 Bankenkonzursverordnung-FINMA (BKV-FINMA, SR 952.812.32) dazu aus, dass die FINMA das anwendbare Verfahren regelt, wenn sie eine andere (als ein Konkursdekret) ausländische Liquidations- oder Sanierungsmassnahme anerkennt.

(55) Bei den Folgen, die eine Anerkennung in der Schweiz nach sich zieht, ist Art. 37f BankG zu berücksichtigen. Demnach sind inländische Konkursverfahren soweit als möglich mit ausländischen Verfahren und den dort zuständigen Organen abzustimmen. Dieser Grundsatz ist allgemein auf parallele Insolvenzverfahren im In- und Ausland anzuwenden. Im Kontext von Sanierungsverfahren gewinnt er gegenüber Konkursverfahren noch stärker an Bedeutung, da der Koordinationsbedarf in internationalen Sanierungsverfahren naturgemäss höher ist. Bei Sanierungsmassnahmen ist es für deren erfolgreiche Durchführung grundsätzlich notwendig, dass diese auf das gesamte Unternehmen und gegenüber allen Gläubigern gleichermaßen angewandt werden. Anders als im (Hilfs-)Konkursverfahren würde ein eigenständiges, vom ausländischen Verfahren abgekoppeltes (Hilfs-) Sanierungsverfahren erfahrungsgemäss kaum bzw. nur in Ausnahmefällen die notwendigen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Sanierung der Bank als Ganzes schaffen. Auch werden in Sanierungsverfahren die Gläubiger in der Regel stärker in das Verfahren eingebunden, als dies in einem Konkursverfahren der Fall ist. Daraus entsteht im Interesse eines erfolgreichen Gelingens von Sanierungsmassnahmen ein gesteigertes Interesse, die in der Schweiz durchzuführenden Sanierungsmassnahmen mit dem ausländischen Verfahren zu koordinieren.

(56) Als Grundsatz zieht die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzmassnahme in der Schweiz gemäss Art. 37g BankG die Eröffnung eines eigenständigen Hilfssanierungsverfahrens über das in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners nach sich (Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 170 Abs. 1, Art. 175 IPRG und Art. 10 BKV-FINMA).

(57) Die Gesuchstellerin begehrt in ihrem Hauptantrag, es seien die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte der Glitnir hf. ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens dem Winding-up-Committee zur Verfügung zu stellen.

(58) Seit Inkrafttreten der Änderungen des Bankengesetzes vom 18. März 2011 (Sicherung der Einlagen; AS 2011 3919, 3925) am 1. September 2011 sieht Art. 37g Abs. 2 BankG die Möglichkeit vor, das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen (Hilfs-)Verfahrens der ausländischen Vermögensmasse zur Verfügung zu stellen. Die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzmassnahme wird nach dieser Norm insofern abgekürzt, als mit erfolgter Anerkennung das Verfahren aus schweizerischer Sichtweise grundsätzlich beendet ist. Ein solch abgekürztes Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG bedingt, dass im ausländischen (Haupt-)Verfahren die nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt und die übrigen Forderungen von Gläubigern mit Schweizer Wohnsitz angemessen berücksichtigt werden (Art. 37g Abs. 2 Bst. a und b BankG).

(59) Nachfolgend ist zu prüfen, ob die in Art. 37g Abs. 2 BankG an das abgekürzte Verfahren gestellten Voraussetzungen hinsichtlich der Gläubigerstellung im ausländischen Verfahren erfüllt sind.

2. Gleichwertige Behandlung von pfandgesicherten und privilegierten Gläubigern

2.1 Begriff der Gleichwertigkeit

(60) Gemäss Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG setzt ein abgekürztes Verfahren voraus, dass im ausländischen Verfahren die nach Art. 219 Abs. 1 und 4 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt werden.

(61) Es ist auslegungsbedürftig, wie der Begriff «gleichwertig» zu definieren ist. Die Botschaft des Bundesrates führt hierzu aus, dass die Berücksichtigung der den Gläubigern nach schweizerischem Recht zukommenden Privilegierung gewährleistet sein muss (Botschaft des Bundesrates vom 12. Mai 2010 zur Änderung des Bankengesetzes [Sicherung der Einlagen], BBl 2010 3993, 4009 [nachfolgend «Botschaft Einlagensicherung»]). Eine gleichwertige Behandlung bzw. eine Gewährleistung der Privilegierung ist dann gegeben, wenn ein Gläubiger unabhängig davon, ob er die Forderung in der Schweiz in einem Sanierungsverfahren oder im Ausland nach dem entsprechenden Insolvenzverfahren eingibt, in gleichem Masse behandelt wird. Unerheblich ist dabei, ob ein privilegierter Gläubiger im ausländischen Verfahren die gleiche Dividende erzielt, wie wenn er seine Forderung im Rahmen eines Hilfssanierungsverfahrens befriedigt erhalten hätte. Dieser Umstand ist durch die von Art. 37g Abs. 2 BankG vorgesehene Teilnahme am ausländischen Verfahren naturgemäss bedingt, wird in diesem doch kaum je dasselbe Verhältnis zwischen den relevanten Aktiven und Passiven bestehen, wie dies im schweizerischen Hilfssanierungsverfahren der Fall wäre. Die im schweizerischen Hilfssanierungsverfahren vorgesehene bevorzugte Befriedigung am in der Schweiz erhältlichen Vermögen durch die daran teilnehmenden Gläubiger wird nicht geschützt. Eine gleichwertige Behandlung der pfandgesicherten und privilegierten Forderungen ist dann zu bejahen, wenn das Privileg im ausländischen Insolvenzverfahren in seiner Rangordnung und in seinem Umfang gleich wie in einem schweizerischen Verfahren berücksichtigt wird und aufgrund dieser Umstände

einem Gläubiger so im ausländischen Verfahren voraussichtlich die gleiche Dividende zukäme, wie wenn das Verfahren als Hauptsanierungsverfahren in der Schweiz stattfinden würde. Gleichwertig bedeutet aber nicht gleich. Geringfügige Unterschiede, wie sie sich beispielsweise aufgrund unterschiedlicher Verwertungskosten ergeben können, bleiben zulässig.

(62) Weiter ist zu klären, ob der Nachweis der Gleichwertigkeit einzel-fallbezogen oder in allgemeiner Form zu erfolgen hat. Erfolgt die Prüfung einzelfallbezogen, so kann der Nachweis der Gleichwertigkeit auf diejeni-gen privilegierten Forderungen beschränkt werden, bei denen Gläubiger-positionen im konkreten Fall auch vorliegen bzw. vorliegen können. Ist ein abstrakter Nachweis erforderlich, so ist unabhängig vom Einzelfall die Gleichwertigkeit der gesamten Privilegienordnung, also jedes einzelnen Privilegiums der Rangordnung von Art. 219 SchKG, nachzuweisen.

(63) Den klassischen Auslegungsmethoden folgend, ist für die Aus-legung von Art. 37g Abs. 2 BankG zuerst vom Wortlaut auszugehen. Gemäss diesem ist die Voraussetzung von Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG erfüllt, wenn die gleichwertige Behandlung «im ausländischen Insolvenz-verfahren» erfolgt. Dieser Ausdruck deutet eher auf einen Vergleich mit dem konkreten ausländischen Insolvenzverfahren hin. Aus der gramma-tikalischen Auslegung ist somit eher auf eine einzelfallbezogene Anwen-dung zu schliessen.

(64) Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG ist im zwölften Abschnitt mit dem Titel «Konkursliquidation insolventer Banken (Bankenkonzurs)» enthalten. Der Titel der Norm «Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen» gibt ebenso wenig eine Hilfestellung bei der Auslegung des Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG wie der Zusammenhang mit den anderen Normen dieses Abschnitts. Aus der systematischen Auslegung lassen sich vorliegend keine Rückschlüsse ziehen.

(65) In den Beratungen des National- und Ständerats lassen sich keine Hinweise für eine Auslegung von Art. 37g Abs. 2 BankG finden. Es ist lediglich der Hinweis zu finden, dass der FINMA die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen erleichtert werden soll (AB 2010 1155, Votum Widmer Schlumpf). Der Botschaft ist zu entnehmen, dass bis zum Inkrafttreten des Art. 37g Abs. 2 BankG in der heutigen Form bei der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens ein Partikularverfahren in der Schweiz stattzufinden hatte, selbst wenn in der Schweiz nur Aktiven vorhanden waren und keine Gläubiger mit Schweizer Wohnsitz existierten (Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Das zum 1. September 2011 eingeführte Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG soll eine Vereinfachung gegenüber dem aufwändigen Verfahren nach Art. 37g Abs. 1 BankG darstellen (Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, 30. September 2010, S. 46; ähnlich Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Beispiele für die Einschlägigkeit von Art. 37g Abs. 2 BankG enthält die Botschaft nicht. Daher hat eine Auslegung nach dem Zweck der Norm zu erfolgen.

(66) Mit dem Nachweis der Gleichwertigkeit sollen die Interessen der Gläubiger von pfandgesicherten und privilegierten Forderungen geschützt werden. Ein solches Interesse entfällt, wenn keine entsprechenden Gläubiger existieren. Der Schutz soll nicht einer fiktiven Gläubigergruppe, sondern den vorhandenen Gläubigern im konkreten Fall zukommen. (...). Sinn und Zweck der Norm ist somit eine konkrete, einzelfallbezogene Prüfung der Gleichwertigkeit.

(67) Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass der Nachweis der gleichwertigen Behandlung der nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz anhand des konkreten Einzelfalls zu erbringen ist.

2.2 Existenz von pfandgesicherten oder privilegierten Gläubigern

(68) Auf das Erfordernis der Gleichwertigkeit kann somit insoweit verzichtet werden, als der Gesuchsteller darzulegen vermag, dass entsprechende Gläubiger in der Schweiz im konkreten Fall nicht existieren.

(69) Der strikte Beweis eines Nichtbestehens von pfandgesicherten und privilegierten Forderungen ist naturgemäss nicht restlos zu erbringen. Wenn ein direkter Beweis des Negativen nicht möglich ist, ist er indirekt über positive Sachumstände zu führen (Hans Schmid/Flavio Lardelli in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB 1, Art. 8 N 72). Es ist ausreichend, wenn die Gesuchstellerin das Nichtbestehen soweit darzulegen vermag, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass im konkreten Verfahren keine pfandgesicherten und privilegierten Gläubiger gemäss Art. 219 SchKG bestehen (analoge Anwendung von Art. 8 Zivilgesetzbuch [ZGB, SR 210]; vgl. dazu BGE 107 II 269 E. 1.b). Der Nachweis ist auch anhand objektiver Anhaltspunkte zu führen, eine blosser Behauptung reicht dagegen nicht aus.

(70) Vorliegend hat die Gesuchstellerin bzw. das Winding-up-Committee bestätigt, dass pfandgesicherte oder privilegierte Gläubiger nach Art. 219 Abs. 4 SchKG mit Wohnsitz in der Schweiz nach ihrer Einschätzung weder existieren noch derartige Pfandrechte oder Privilegierungen – mit einer Ausnahme (vgl. nachfolgend Rz. (82)) – geltend gemacht wurden. Insbesondere hat das Winding-up-Committee bestätigt, dass die Gesuchstellerin keine Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz beschäftigte und auch nicht der schweizerischen Mehrwertsteuer unterlag.

(71) Grundsätzlich muss die FINMA auf Zusicherungen der Gesuchstellerin abstellen können, soweit sie über keine gegenteiligen Anhaltspunkte verfügt. Auf eine Zusicherung ist insbesondere dann abzustellen, wenn die Gesuchstellerin darlegen kann, dass die Gläubiger über das Insolvenzverfahren informiert wurden und ihre Forderungen anmelden konnten. Von

Bedeutung ist somit, ob ein Schuldenruf in einer geeigneten Weise erfolgt ist, so dass die Gläubiger gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG Kenntnis vom Insolvenzverfahren erhalten haben.

(72) Die Gesuchstellerin unterhält unter «www.glitnirbank.com» eine Webseite über das ausländische Winding-up-Verfahren, auf der über den Verfahrensfortgang und die den Beteiligten zustehenden Rechte informiert wird. Insbesondere finden sich darauf Hinweise, wie die Gläubiger Forderungen im Winding-up-Verfahren geltend machen können (...). Diese Informationen sind im Internet abrufbar und somit auch für privilegierte Gläubiger gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG aus der Schweiz ohne Weiteres zugänglich.

(73) Angesichts der internationalen Auswirkung des vorliegenden ausländischen Winding-up-Verfahrens kann die genannte Webseite als geeignetes Publikationsorgan bezeichnet werden, um sich an die Gläubigersamtheit zu wenden. Dies umfasst auch Gläubiger nach Art. 37g Abs. 2 BankG. Die pfandgesicherten und privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz erhielten vom ausländischen Winding-up-Verfahren somit ausreichend Kenntnis. In der Beschränkung der Publikationen über das Internet ist vorliegend keine besondere Härte für die pfandgesicherten oder privilegierten Gläubiger zu erblicken. Zwar kann nicht notwendig davon ausgegangen werden, dass jedermann Publikationen im Internet zur Kenntnis nimmt bzw. nehmen kann, doch ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls daraus keine massgebliche Benachteiligung. Die Glitnir banki hf. hatte weder eine physische Anlaufstation in der Schweiz noch war ihr Geschäft massgeblich auf die Schweiz ausgerichtet. Potentielle Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz haben somit bei Eintritt in eine Geschäftsbeziehung mit der Glitnir banki hf. in Kauf genommen, allein über Fernkommunikationsmedien mit der Glitnir banki hf. in Kontakt treten zu können. Von einer Publikation des Schuldenrufes in der Schweiz, insbesondere im Schweizerischen Handelsamtsblatt, kann daher abgesehen werden.

(74) Trotz angemessener und zumutbarer Aufforderung der Gesuchstellerin haben sich – mit einer Ausnahme (vgl. nachfolgend Rz. (82)) – keine Gläubiger im ausländischen Verfahren manifestiert, um dort pfandgesicherte oder privilegierte Forderungen nach Art. 219 SchKG geltend zu machen.

2.3 Plausibilisierung des Fehlens von pfandgesicherten und privilegierten Gläubigern

(75) Es ist auch plausibel, dass keine pfandgesicherten Forderungen nach Art. 219 Abs. 1 SchKG in der Schweiz bestehen.

(76) Zunächst ist festzuhalten, dass bei pfandgesicherten Forderungen von Gläubigern im Sinne von Art. 37g Abs. 2 BankG das Anknüpfungskriterium an die Schweiz die Belegenheit des Pfandes in der Schweiz ist. Der Wohnsitz des Pfandgläubigers ist irrelevant. Dies entspricht der Definition gemäss Art. 172 IPRG, worauf sich das Bankengesetz stützt (vgl. dazu Paul Volken, in: Girsberger/Heini/Keller/Kren Kostkiewicz/Siehr/Vischer/Volken [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 172 N 9).

(77) Als Vermögenswerte in der Schweiz gab die Gesuchstellerin Kontoguthaben bei zwei Banken sowie eine Forderung in einem Konkursverfahren an. Massgeblich sind somit Pfandrechte einzig an diesen Forderungsrechten der Gesuchstellerin. Solche Pfandrechte sind nach Art. 899 ff. ZGB grundsätzlich möglich; es erscheint aber unwahrscheinlich, dass sie vorliegend bestehen. Weder haben die Banken entsprechende Pfandrechte auf Anfrage der FINMA mitgeteilt, noch sind der FINMA als Aufsichtsbehörde solche im Konkursverfahren, in dem die Gesuchstellerin Forderungen angemeldet hat, bekannt. Damit bestünde mangels «Übergabe» bzw. Übergabesurrogats (vgl. Art. 899 Abs. 2 i.V.m. Art. 884 Abs. 1 und 3 ZGB) für den Pfandgläubiger keine Sicherheit bezüglich des Pfandwertes. In der Praxis werden Forderungsverpfändungen daher zugunsten von Siche-

rungszessionen oder anderen Sicherungsgeschäften kaum praktiziert (vgl. Thomas Bauer, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB 2, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 899 N 8; Stephan Wolf/Martin Eggel, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], ZGB Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 899 N 2).

(78) Es liegen somit neben der glaubhaften Zusicherung der Gesuchstellerin auch objektive Anhaltspunkte für das Fehlen von pfandgesicherten Forderungen im Sinne von Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG vor.

(79) Auch für privilegierte Forderungen nach Art. 219 Abs. 4 SchKG, erste und zweite Klasse, ist es aufgrund bestehender, objektiver Anhaltspunkte plausibel, dass keine derartigen Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen.

(80) Die Gesuchstellerin hatte nie eine Niederlassung oder sonst eine feste Einrichtung in der Schweiz. Es ist daher unter Berücksichtigung der geographischen Entfernung zwischen der Schweiz und dem Sitz der Gesuchstellerin in Island unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz beschäftigt hat. Es bestehen somit auch objektive Anhaltspunkte dafür, dass keine privilegierten Forderungen (vgl. Art. 219 Abs. 4 erste Klasse Bst. a, a^{bis}, a^{ter} und b sowie zweite Klasse Bst. b und d) bestehen, die ihren Ursprung in einem Arbeitsverhältnis zwischen der Gesuchstellerin und einem Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz haben.

(81) Dasselbe gilt mangels relevanter Tätigkeit in der Schweiz für das Vorliegen von Mehrwertsteuerforderungen (Art. 219 Abs. 4 zweite Klasse Bst. e SchKG) und, da die Gesuchstellerin keine natürliche Person ist, für die familienrechtlichen Privilegien (Art. 219 Abs. 4 erste Klasse Bst. c und zweite Klasse Bst. a) und die Forderungen der sozialen Krankenversicherungen (zweite Klasse Bst. c).

(82) Soweit eine Privilegierung geltend gemacht wurde, stützt diese sich nach Angabe der Gesuchstellerin darauf, dass die geltend gemachten Forderungen der Einlagensicherung unterliegen. Art. 219 Abs. 4 zweite Klasse Bst. f SchKG i.V.m. Art. 37a Abs. 1 BankG und Art. 23 BKV-FINMA sehen eine Privilegierung von Einlagen bis zu CHF 100'000.–, die auf den Namen des Einlegers lauten, vor. Diese aufsichtsrechtlichen Vorschriften gelten jedoch nur für Banken, die in der Schweiz eine Bewilligung als Bank besitzen (vgl. Art. 1 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 2a BankV und Art. 1 ABV-FINMA). Die Gesuchstellerin war nur nach isländischem Recht, nicht jedoch nach schweizerischem Recht, lizenziert. Einlagen bei ihr unterliegen daher nicht der Einlagensicherung nach Schweizer Recht. Eine Privilegierung nach schweizerischem Recht (vgl. Art. 37a BankG), die für die Anwendbarkeit des abgekürzten Verfahrens nach Art. 37g BankG im ausländischen Verfahren gleichwertig zu beachten wäre, kann folglich nicht bestehen.

(83) Zusammenfassend ist demzufolge davon auszugehen, dass keine pfandgesicherten oder privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz existieren. Mangels entsprechender Gläubiger ist eine Prüfung des Kriteriums der gleichwertigen Behandlung von pfandgesicherten und privilegierten Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG entbehrlich.

3. Angemessene Berücksichtigung der übrigen Forderungen

(84) Als weiteres Kriterium für die Durchführung des abgekürzten Verfahrens ist erforderlich, dass die übrigen, nicht pfandgesicherten oder privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt werden (Art. 37g Abs. 2 Bst. b BankG). Dieses Kriterium entspricht im Wesentlichen den Voraussetzungen, welche an die Anerkennung eines ausländischen Kollokationsplanes gemäss Art. 173 IPRG gestellt werden. Im Gegensatz zu den pfandgesicherten und privilegierten Forderungen hat es hier der Gesetzgeber bei einer Angemessenheitsprüfung belassen. Danach ist

insbesondere zu prüfen, dass Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren nicht schlechter gestellt werden als die übrigen Gläubiger, insbesondere aufgrund ihres schweizerischen Wohnsitzes. Eine angemessene Berücksichtigung kann zu verneinen sein, wenn das ausländische Verfahren exorbitante Privilegien vorsieht, welche im Ergebnis gegen den schweizerischen Ordre public verstossen und durch ihre Grösse die mutmassliche Dividende der schweizerischen Drittgläubiger in einem nicht zumutbaren Ausmass beeinträchtigen.

(85) Anhaltspunkte für eine Benachteiligung von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im isländischen Verfahren sind nicht ersichtlich. Insbesondere werden Gläubiger unabhängig von ihrem Wohnort gleich behandelt. Können nicht alle Gläubiger einer Gläubigerklasse befriedigt werden, so werden die Gläubiger dieser Klasse anteilmässig befriedigt. Diesbezüglich ist die Rechtslage mit der Schweiz vergleichbar. Auch sind keine Privilegien erkennbar, welche gegen den schweizerischen Ordre public verstossen. Das Kriterium einer angemessenen Berücksichtigung der Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gemäss Art. 37g Abs. 2 Bst. b BankG ist demnach zu bejahen.

(86) Somit sind die Voraussetzungen des Art. 37g Abs. 2 BankG hinsichtlich der Herausgabe des sich in der Schweiz befindlichen Vermögens an die ausländische Insolvenzmasse ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens gegeben.

4. Herausgabe von Vermögenswerten

4.1 Rechtshandlungen von ausländischen Insolvenzverwaltern in der Schweiz

(87) Die Gesuchstellerin begehrt, es seien die in der Schweiz liegenden Vermögenswerte ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der Insolvenzmasse der Gesuchstellerin zur Verfügung zu stellen, und das Winding-up-Committee sei zu ermächtigen, die Vermögenswerte in der

Schweiz einzufordern. Mit ihrem Rechtsbegehren beabsichtigt die Gesuchstellerin, in der Schweiz durch Handlungen ihrer Zeichnungsberechtigten aktiv zu werden und Rechtshandlungen vorzunehmen. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob eine derartige Ermächtigung als Rechtsfolge einer Anerkennung nach Art. 37g Abs. 2 BankG zulässig ist.

(88) Die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Insolvenzdekrets in der Schweiz fusst auf dem Grundsatz des Territorialitätsprinzips (Daniel Staehelin, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz [Art. 166 ff. IPRG], Basel 1989, S. 3 f.). Als ein wesentlicher Ausfluss dieses Prinzips folgt, dass ausländische Insolvenzverwalter in der Schweiz grundsätzlich keine Rechtshandlungen vornehmen dürfen. Selbst nach erfolgter Anerkennung wird ein allfälliges Hilfssanierungsverfahren in der Schweiz ausschliesslich durch eine inländische Insolvenzverwaltung durchgeführt.

(89) Im abgekürzten Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG wird auf die Durchführung eines Hilfssanierungsverfahrens verzichtet, an den Grundprinzipien ändert sich nichts. Insofern ist das Territorialitätsprinzip grundsätzlich auch bei der Durchführung eines abgekürzten Verfahrens nach Art. 37g Abs. 2 BankG zu berücksichtigen. Der Gesetzeswortlaut, wonach das in der Schweiz belegene Vermögen der ausländischen Masse zur Verfügung gestellt wird, enthält ebenfalls keine Anhaltspunkte, dass hierfür Rechtshandlungen in der Schweiz notwendig sind. Die Formulierung entspricht Art. 173 Abs. 1 IPRG. Auch hier wird das Territorialitätsprinzip durch die Herausgabe nicht aufgehoben. Vielmehr ist es Aufgabe der inländischen Insolvenzverwaltung, die Vermögenswerte der ausländischen Masse durch die Herausgabe an das Ausland abzuliefern.

(90) Es stellt sich somit die Frage, ob es Gründe gibt, bei Art. 37g Abs. 2 BankG eine Durchbrechung des Territorialitätsprinzips zu bejahen und einer ausländischen Insolvenzverwaltung zu ermöglichen, in der Schweiz

Rechtshandlungen vorzunehmen. Hierfür spricht, dass nach Massgabe von Art. 37g Abs. 2 BankG – anders als bei Art. 173 Abs. 1 IPRG – keine inländische Insolvenzverwaltung besteht, welche eine Übertragung ins Ausland vollziehen könnte. Dies müsste direkt durch die FINMA vollzogen werden. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich zur Frage von Rechtshandlungsbefugnissen in der Schweiz keine Antwort, da er nicht dazu Stellung nimmt, ob die Vermögenswerte im In- oder im Ausland zur Verfügung gestellt werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass Rechtshandlungen ausländischer Liquidatoren in der Schweiz auch ausserhalb von Art. 37g Abs. 2 BankG nicht restlos ausgeschlossen sind. So können im Rahmen eines Hilfskonkursverfahrens Ansprüche auch an die ausländische Masse abgetreten werden, welche dann von dieser in Durchbrechung des Territorialitätsprinzips in der Schweiz geltend gemacht werden können (BGE 137 III 374 E. 3).

(91) Wie sich anhand eines Beispiels in der Botschaft des Bundesrates ergibt, hat der Gesetzgeber bei Art. 37g Abs. 2 BankG primär an die Herausgabe von Aktiven in Form eines Guthabens bei einer Schweizer Bank gedacht (Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Durch den Zusatz «insbesondere» wurde aber auch zum Ausdruck gebracht, dass gemäss Artikel 37g Abs. 2 BankG auch andere Vermögenswerte der ausländischen Insolvenzverwaltung zur Verfügung gestellt werden können. Die Botschaft führt weiter aus, dass die Liquidation von Partikularvermögen im abgekürzten Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG möglich ist. Da nach erfolgter Anerkennung kein inländisches Verfahren eröffnet wird, bedingt dies zwangsweise, dass entsprechende Rechtshandlungen in der Schweiz durch den ausländischen Liquidator vorgenommen werden dürfen. Ebenfalls in diese Richtung zielt der Hinweis in der Botschaft auf das Chapter-15-Verfahren in den USA, welches ebenfalls Rechtshandlungen des ausländischen Insolvenzverwalters ermöglicht. Schliesslich erwähnt die Botschaft ausdrücklich, dass die FINMA neben dem ausländischen Insolvenzverfahren auch die dort eingesetzten Administratoren anerkennen können soll (Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Dies kann sinnvollerweise

nur so verstanden werden, dass den ausländischen Administratoren Rechts-handlungsbefugnisse in der Schweiz verliehen werden können, da deren Anerkennung – neben dem ausländischen Insolvenzverfahren – ansonsten zwecklos wäre. Der Botschaft des Bundesrates ist somit zu entnehmen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hat, dass eine ausländische Insolvenzverwaltung im Namen der insolventen Gesellschaft in der Schweiz Verwertungshandlungen vornehmen kann.

(92) Aus diesen Gründen ist der Schluss zu ziehen, dass mit Art. 37g Abs. 2 BankG bewusst eine Durchbrechung des passiven Territorialitätsprinzips statuiert worden ist und folgerichtig ausländische Liquidatoren zu Rechtshandlungen in der Schweiz ermächtigt werden können.

4.2 Ermessen der FINMA

(93) Mit der «kann»-Formulierung in Art. 37g Abs. 2 BankG wird zum Ausdruck gebracht, dass kein Rechtsanspruch auf Anwendung dieser Norm besteht, selbst wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Es liegt somit im Ermessen der FINMA, zu entscheiden, ob sie eine Durchführung im abgekürzten Verfahren für zweckdienlich erachtet. Allerdings wird die FINMA bei Vorliegen der Voraussetzungen ein ausländisches Konkursdekret nur dann nicht mit Wirkung eines abgekürzten Verfahrens anerkennen, wenn dies aufgrund besonderer Umstände angezeigt ist.

(94) Bedenken, dass durch eine entsprechende Anwendung von Art. 37g Abs. 2 BankG ausländische Insolvenzverwalter ohne Beschränkung und ohne Kenntnis inländischer Behörden Vermögenswerte in der Schweiz verwerten und in das Ausland überweisen, kann dahingehend Rechnung getragen werden, dass es der FINMA frei steht, im Rahmen der Anerkennungsverfügung einzelfallbezogen Auflagen zu machen, um so eine gewisse Kontrolle der Handlungen der ausländischen Liquidatoren sicherzustellen. Dies ist auch in der Botschaft des Bundesrates entsprechend vorgesehen, indem ausgeführt wird, dass die Liquidation des Partikularvermögens im

Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG «unter Aufsicht der FINMA» erfolgen kann (Botschaft Einlagensicherung, BBl 2010 4009).

(95) Aufgrund obiger Überlegungen ist die beantragte Ermächtigung des Winding-up-Committee im Anwendungsbereich von Art. 37g Abs. 2 BankG zulässig. Gemäss ihren eigenen Angaben verfügt die Gesuchstellerin in der Schweiz über Aktiva bei zwei Banken und in einem Bankenkonnkursverfahren. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, die genannten Aktiva (...) im Namen der Gesuchstellerin einzufordern. Damit wird der Gesuchstellerin erlaubt, Rechtshandlungen in der Schweiz vorzunehmen. Das Winding-up-Committee ist nach isländischem Recht berechtigt, für die Gesellschaft zu handeln. Demzufolge ist das Winding-up-Committee berechtigt, die ersuchten Rechtshandlungen in der Schweiz vorzunehmen.

(96) Die angeordnete Herausgabe der in der Schweiz befindlichen Vermögenswerte bezieht sich einzig auf die angegebenen Aktiva (...). Sollte sich herausstellen, dass in einem anderen Zusammenhang weitere Rechtshandlungen durch die Gesuchstellerin in der Schweiz erfolgen sollen, insbesondere, wenn die Gesuchstellerin noch über weitere Vermögenswerte in der Schweiz verfügt, welche in den Anwendungsbereich von Art. 37g BankG fallen, so ist für deren Geltendmachung vorgängig die Zustimmung der FINMA einzuholen.

(97) Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, nach erfolgter Überführung der jeweiligen Vermögenswerte ins Ausland, der FINMA den jeweils abgeschlossenen Vermögenstransfer und nach Überführung aller Vermögenswerte der Glitnir hf. in das Ausland die Beendigung der Tätigkeit in der Schweiz anzuzeigen. Dadurch behält die FINMA die Übersicht über die aktuellen Aktivitäten ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz.

5. Kommunikation mit Schweizer Gläubigern

(98) Die Gesuchstellerin ersucht sodann um Ermächtigung, den in der Schweiz wohnhaften Gläubigern sämtliche Unterlagen, Informationen und Entscheide, welche das ausländische Winding-up-Verfahren, insbesondere das geplante Nachlassverfahren («composition with creditors») und dessen Vorbereitung oder die individuellen Gläubigerforderungen betreffen, zustellen zu dürfen.

(99) Die Information der Schweizer Gläubiger ist zur Wahrung ihrer Rechte und dem ordnungsgemässen Ablauf des isländischen Winding-up-Verfahrens erforderlich. Ohne die Zusendung jeglicher verfahrensbezogener Informationen könnten Schweizer Gläubiger einen Schaden erleiden und gegebenenfalls ihre Rechte nicht in der gleichen Art ausüben, wie Gläubiger aus anderen Staaten. Es bestehen zudem keine Anhaltspunkte, dass durch die Zusendung verfahrensbezogener Informationen nicht wiedergutzumachende Nachteile für die Schweizer Gläubiger entstehen könnten. Somit wird die Gesuchstellerin ermächtigt, mit den Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz über alle verfahrensbezogenen Unterlagen, Informationen und Entscheide zu kommunizieren.

(100) Ihr wird allerdings zur Auflage gemacht, dass sie dabei die während des laufenden Geschäftsbetriebs, das heisst vor dem Eintritt in das Stundungs- bzw. Winding-up-Verfahren, dem jeweiligen Gläubiger gegenüber verwendete Sprache gebraucht.

(101) Weiter wird zur Auflage gemacht, die FINMA über Zustellungen an Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz in Kenntnis zu setzen, damit diese sich über den Verfahrensstand informieren und somit die Koordination der Verfahren fördern kann.

(102) Ein in Island ergangener Sanierungsplan ist nach Eintritt der Rechtskraft zur Anerkennung in der Schweiz vorzulegen (analog Art. 173 Abs. 2

IPRG), so dass über eine Wirkungserstreckung bzw. eine anderweitige Koordination der Sanierungsmassnahmen entschieden werden kann. Der Gesuchstellerin wird deshalb die Auflage gemacht, der FINMA die erfolgte gerichtliche Genehmigung des Sanierungsplans nach in Island eingetretener Rechtskraft unverzüglich mitzuteilen und zur Anerkennung vorzulegen. Ebenso ist der FINMA unverzüglich mitzuteilen, falls eine rechtskräftige gerichtliche Genehmigung des Sanierungsplans nicht zu erreichen sein wird.

F. Publikation der Massnahmen

(103) Die Anerkennung der ausländischen Insolvenzmassnahme in der Schweiz ist nach Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 175 und Art. 169 IPRG öffentlich bekanntzumachen.

(104) Die Veröffentlichung erfolgt im Schweizerischen Handelsamtsblatt und auf der Internetseite der FINMA (www.finma.ch) durch Wiedergabe der Bestimmungen des Dispositivs (vgl. Art. 10 Abs. 4 BKV-FINMA i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BKV-FINMA analog).

G. Sofortige Vollstreckung

(105) Aufgrund von Art. 24 Abs. 3 BankG kommt einer Beschwerde gegen diese Verfügung von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Die hier getroffenen Anordnungen sind damit sofort vollstreckbar.

(106) Nicht gerechtfertigt erscheint die sofortige Vollstreckbarkeit hingegen bezüglich der Ermächtigung an das Winding-up-Committee, Vermögenswerte selbst einzufordern. Gestützt auf diese Ermächtigung könnte das Winding-up-Committee die Vermögenswerte sofort an sich nehmen und ins Ausland transferieren. Der Hauptzweck der sofortigen Vollstreckung von

Insolvenzentscheiden nach Art. 24 Abs. 3 BankG liegt darin, die Vermögenswerte der insolventen Gesellschaft im Interesse der Gläubigersamtheit zu schützen (vgl. auch BBI 2006 7759, 7768). Der Gläubigerschutz bedingt deshalb die sofortige Anerkennung von Insolvenzmassnahmen. Weitergehende Massnahmen wie die Herausgabe oder Transferierung von Vermögenswerten nach Island sind jedoch nicht notwendig. Im Interesse der allenfalls doch vorhandenen, privilegierten Gläubiger in der Schweiz, die sich gegen diese Verfügung zur Wehr setzen möchten, hat deshalb jegliche Verfügung über das in der Schweiz belegene Haftungssubstrat bis zur Rechtskraft dieser Verfügung zu unterbleiben.

(...)

Dispositiv