

Band 100

# **Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dieter Zobl

Prof. Dr. Mario Giovanoli

Prof. Dr. Rolf H. Weber

Dr. iur. Luzius Staehelin

## **Bankinsolvenzrechtliche Finalität bei der systemischen Abwicklung von Zahlungen und Effekientransaktionen**

Schulthess § 2012

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Vorwort .....                                                                                     | V         |
| Inhaltsverzeichnis.....                                                                           | VII       |
| Abkürzungsverzeichnis.....                                                                        | XVII      |
| Literaturverzeichnis.....                                                                         | XXI       |
| Einleitung .....                                                                                  | 1         |
| <b>1. Teil: Grundlagen .....</b>                                                                  | <b>3</b>  |
| <b>§ 1 BANKINSOLVENZRECHT .....</b>                                                               | <b>3</b>  |
| A. Begriff und Adressaten des Bankinsolvenzrechts .....                                           | 3         |
| I. Begriff .....                                                                                  | 3         |
| II. Adressaten .....                                                                              | 3         |
| 1. Banken gemäss Art. 2a BankV .....                                                              | 3         |
| 2. Effektenhändler gemäss Art. 2 lit. d BEHG .....                                                | 4         |
| 3. Personen, die bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben gemäss<br>Art. 2 lit. c BKV-FINMA ..... | 5         |
| 4. Terminologie .....                                                                             | 5         |
| B. Bankinsolvenzrecht als Sonderrecht unter Leitung der FINMA .....                               | 5         |
| I. Bankinsolvenzrecht als Sonderrecht .....                                                       | 6         |
| 1. Gründe für insolvenzrechtliche Sonderstellung der Banken .....                                 | 6         |
| 2. Sanierungsrechtliches Sonderrecht.....                                                         | 7         |
| 2.1 Schutzmassnahmen .....                                                                        | 7         |
| 2.2 Eigentliches Sanierungsrecht .....                                                            | 8         |
| 2.2.1 Keine Anwendbarkeit von Art. 725 OR .....                                                   | 8         |
| 2.2.2 Einleitung des Sanierungsverfahrens.....                                                    | 8         |
| 2.2.3 Sanierungsplan.....                                                                         | 9         |
| 2.2.4 Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital als spezifische<br>Sanierungsmassnahme .....          | 10        |
| 2.2.5 Genehmigung und Ablehnung des Sanierungsplans .....                                         | 10        |
| 3. Konkursrechtliches Sonderrecht.....                                                            | 11        |
| 3.1 Materielles Bankenkonzursrecht.....                                                           | 11        |
| 3.2 Bankenkonzursverfahrensrecht.....                                                             | 12        |
| II. Umfassende Kompetenz der FINMA im gesamten Bankinsolvenzrecht.....                            | 13        |
| <b>§ 2 ZAHLUNGS- UND EFFEKTRANSAKTIONSSYSTEME.....</b>                                            | <b>15</b> |
| A. Definition, Abwicklungstätigkeit und Typisierung der Systeme .....                             | 15        |
| I. Begriffsdefinition gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. h NBV .....                                       | 15        |
| II. Funktion der Systeme .....                                                                    | 15        |

|            |                                                                                                                           |           |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.         | Funktion der Effektenabwicklungssysteme.....                                                                              | 15        |
| 1.1        | Clearing.....                                                                                                             | 16        |
| 1.2        | Settlement.....                                                                                                           | 16        |
| 1.3        | Begriff der Abwicklung.....                                                                                               | 16        |
| 2.         | Funktion der Zahlungssysteme.....                                                                                         | 16        |
| III.       | Systemtypen.....                                                                                                          | 17        |
| 1.         | Effektenabwicklungssysteme.....                                                                                           | 17        |
| 1.1        | Systeme der Zentralverwahrer (central securities depository).....                                                         | 17        |
| 1.2        | Zentrale Gegenpartei (central counterparty).....                                                                          | 18        |
| 2.         | Zahlungssysteme.....                                                                                                      | 18        |
| 2.1        | Real-Time- und Designated-Time-Systeme, Brutto- und<br>Nettosysteme.....                                                  | 18        |
| 2.2        | Real-Time Gross Settlement- (RTGS-) und Designated-Time Net<br>Settlement- (DNS-) Systeme.....                            | 19        |
| 2.2.1      | Ausgestaltung von RTGS- und DNS-Systemen.....                                                                             | 19        |
| 2.2.2      | SIC, euroSIC und CLS als RTGS-Systeme.....                                                                                | 20        |
| B.         | Bankinsolvenzrechtliche Risiken für Systeme.....                                                                          | 21        |
| I.         | Systemrisiko als Oberbegriff.....                                                                                         | 21        |
| II.        | Kredit-, Erfüllungs- und Liquiditätsrisiko.....                                                                           | 22        |
| 1.         | Kredit- und Liquiditätsrisiken bei RTGS- und DNS-Zahlungssystemen.....                                                    | 22        |
| 2.         | Erfüllungsrisiken bei Devisen- und Effektenabwicklung.....                                                                | 23        |
| 2.1        | Devisenabwicklung: Vom Herstatt-Risiko zu CLS.....                                                                        | 23        |
| 2.2        | Effektenabwicklung nach dem DVP-Prinzip.....                                                                              | 24        |
| III.       | Rechtsrisiko.....                                                                                                         | 24        |
| C.         | Teilaspekte der Systemüberwachung durch die SNB.....                                                                      | 25        |
| I.         | Begriff des systemisch bedeutsamen Systems gemäss Art. 20 Abs. 2 NBG<br>i.V.m. Art. 20 NBV.....                           | 25        |
| II.        | Mindestanforderungen gemäss Art. 20 Abs. 2 NBG.....                                                                       | 26        |
| D.         | Systembegriff gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG und<br>Verhältnis zum Systembegriff gemäss NBV..... | 27        |
| I.         | Unklarer Systembegriff von Art. 27 Abs. 2 BankG.....                                                                      | 27        |
| II.        | Festlegung des Anwendungsbereichs in Art. 27 Abs. 2 <sup>bis</sup> E-BankG.....                                           | 27        |
| <b>§ 3</b> | <b>FINALITÄT.....</b>                                                                                                     | <b>28</b> |
| A.         | Definition und Einteilung.....                                                                                            | 28        |
| I.         | Definition.....                                                                                                           | 28        |
| II.        | Abwicklungsfinalität und zivilrechtliche Finalität.....                                                                   | 28        |

|                                                                                                                                                               |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| B. Erfassung, Begründung und Umsetzung des Konzepts der Finalität auf internationaler Ebene .....                                                             | 29        |
| I. Erfassung und Begründung .....                                                                                                                             | 29        |
| II. Festlegung von Mindeststandards .....                                                                                                                     | 29        |
| C. Gesetzliche Regelung der Finalität .....                                                                                                                   | 30        |
| I. Im europäischen Gemeinschaftsrecht .....                                                                                                                   | 30        |
| 1. Richtlinie 98/26/EG (Finalitätsrichtlinie, Finalitäts-RL) .....                                                                                            | 30        |
| 2. Abänderung der Finalitäts-RL durch die Richtlinie 2009/44/EG .....                                                                                         | 30        |
| 3. Insbesondere Art. 3 Abs. 1 Finalitäts-RL .....                                                                                                             | 31        |
| II. In der Schweiz .....                                                                                                                                      | 32        |
| 1. Finalität als Mindestanforderung bei der Systemüberwachung der SNB gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. d NBV i.V.m. Art. 24 Abs. 5 NBV und Art. 25 Abs. 1 NBV ..... | 32        |
| 2. Bankinsolvenzrechtliche Finalität gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG .....                                                            | 32        |
| 2.1 Sinn und Zweck einer bankinsolvenzrechtlichen Finalitätsregelung .....                                                                                    | 33        |
| 2.2 Gründe für eine bankinsolvenzrechtliche Regelung der Finalität .....                                                                                      | 33        |
| 3. Insolvenzrechtliche Regelung der Finalität gemäss Art. 20 BEG .....                                                                                        | 34        |
| III. De lege ferenda: UNIDROIT Geneva Securities Convention .....                                                                                             | 34        |
| <b>2. Teil: Bankinsolvenzrechtliche Finalität bei der systemischen Abwicklung von Zahlungen .....</b>                                                         | <b>37</b> |
| <b>§ 4 SYSTEMISCH ABGEWICKELTE ZAHLUNGEN .....</b>                                                                                                            | <b>37</b> |
| A. Begriff und Zulässigkeit .....                                                                                                                             | 37        |
| I. Begriff der Zahlung gemäss Art. 84 Abs. 1 OR und seine Erweiterung .....                                                                                   | 37        |
| 1. Geld als Leistungsobjekt .....                                                                                                                             | 37        |
| 2. Beschränkung auf gesetzliche Zahlungsmittel der geschuldeten Währung .....                                                                                 | 38        |
| 3. Gesetzliche Annahmepflicht des Gläubigers .....                                                                                                            | 38        |
| 4. Erweiterung des Zahlungsbegriffes auf faktische Zahlungsmittel .....                                                                                       | 39        |
| 5. Zulässigkeit der Zahlung mittels faktischer Zahlungsmittel aufgrund vertraglicher Vereinbarung .....                                                       | 39        |
| II. Begriff der systemisch abgewickelten Zahlung gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG .....                                                | 40        |
| 1. Verwendung des erweiterten Zahlungsbegriffes in Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG .....                                                     | 40        |
| 2. Erfordernis der systemischen Abwicklung .....                                                                                                              | 40        |
| B. Analyse der Rechtsbeziehungen bei systemisch abgewickelten Zahlungen .....                                                                                 | 41        |
| I. Systemisch abgewickelte Zahlung als Zahlung der Absenderbank über Systembetreiber an Empfängerbank .....                                                   | 41        |
| II. Vertragsrechtliche Analyse .....                                                                                                                          | 42        |

|            |                                                                                                                    |           |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.         | Verhältnis zwischen Absenderbank und Empfängerbank als Rechtsgrund für systemisch abgewickelte Zahlung.....        | 42        |
| 1.1        | Interbanken-Geschäft als Rechtsgrund.....                                                                          | 42        |
| 1.2        | Kundenzahlung: Interbanken-Girovertrag als Rechtsgrund.....                                                        | 42        |
| 1.2.1      | Interbanken-Girovertrag zwischen Absenderbank und Empfängerbank.....                                               | 42        |
| 1.2.2      | Auslagenersatz für Ausführung der auftragsrechtlichen Weisung als Rechtsgrund.....                                 | 42        |
| 2.         | Verhältnis zwischen Absenderbank und Systembetreiber sowie zwischen Systembetreiber und Empfängerbank.....         | 43        |
| 2.1        | Kontokorrentvertrag.....                                                                                           | 44        |
| 2.1.1      | Bankmässiger Kontokorrentvertrag.....                                                                              | 44        |
| 2.1.2      | Übertragbarkeit des bankmässigen Kontokorrentvertrages auf Verhältnis zwischen Systembetreiber und Teilnehmer..... | 45        |
| 2.2        | Girovertrag.....                                                                                                   | 45        |
| 2.2.1      | Bankmässiger Girovertrag.....                                                                                      | 45        |
| 2.2.2      | Übertragbarkeit des bankmässigen Girovertrages auf Verhältnis zwischen Systembetreiber und Teilnehmer.....         | 47        |
| III.       | Anweisungsrechtliche Analyse.....                                                                                  | 48        |
| 1.         | Valutaverhältnis zwischen Absenderbank und Empfängerbank.....                                                      | 48        |
| 2.         | Zahlungsauftrag als Anweisung.....                                                                                 | 49        |
| 3.         | Annahme der Anweisung durch Systembetreiber.....                                                                   | 49        |
| 3.1        | Generelle Bedeutung der Annahme.....                                                                               | 49        |
| 3.2        | Ausgestaltung und Zeitpunkt der Annahme.....                                                                       | 50        |
| 3.2.1      | Lehrmeinungen.....                                                                                                 | 50        |
| 3.2.2      | Stellungnahme.....                                                                                                 | 51        |
| <b>§ 5</b> | <b>TATBESTAND VON ART. 27 ABS. 2 BANKG UND ART. 27 ABS. 2 E-BANKG.....</b>                                         | <b>53</b> |
| A.         | Persönlicher Anwendungsbereich.....                                                                                | 54        |
| I.         | Anwendungsbereich der bisher geltenden Regelung von Art. 27 Abs. 2 BankG.....                                      | 54        |
| II.        | Anwendungsbereich gemäss Art. 27 Abs. 2 <sup>bis</sup> E-BankG.....                                                | 54        |
| B.         | Massnahmen.....                                                                                                    | 55        |
| I.         | Begriff der Massnahmen gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG.....                                                            | 55        |
| 1.         | Konkurseröffnung als Massnahme gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG.....                        | 55        |
| 2.         | Analoge Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 BankG bei aufsichtsrechtlichen Massnahmen.....                            | 55        |
| II.        | Mögliche Beeinträchtigungen für systemisch abgewickelte Zahlungen durch Anordnung von Massnahmen.....              | 56        |

|            |                                                                                                                                          |           |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.         | Schutzmassnahmen.....                                                                                                                    | 56        |
| 1.1        | Einschränkung oder Verbot bestimmter Geschäftstätigkeiten<br>(Art. 26 Abs. 1 lit. e BankG).....                                          | 56        |
| 1.2        | Transaktionsverbot (Art. 26 Abs. 1 lit. f BankG).....                                                                                    | 56        |
| 2.         | Sanierungsverfahren .....                                                                                                                | 57        |
| 3.         | Konkurs .....                                                                                                                            | 57        |
| III.       | Kenntnis der Massnahme durch Systembetreiber .....                                                                                       | 58        |
| 1.         | Verhältnis zwischen Anordnung und Kenntnisnahme gemäss<br>Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 lit. b E-BankG .....                  | 58        |
| 2.         | Verhältnis zwischen Kenntnisnahme und Kennenmüssen .....                                                                                 | 59        |
| 2.1        | Kennenmüssen als Gesetzesfiktion der Kenntnis.....                                                                                       | 59        |
| 2.2        | Zeitpunkt des Kennenmüssens .....                                                                                                        | 59        |
| 3.         | Beweislastverteilung hinsichtlich Kenntnis des Systembetreibers in<br>Art. 27 Abs. 2 lit. b E-BankG .....                                | 60        |
| C.         | Ausführung am Geschäftstag der Anordnung der Massnahme .....                                                                             | 60        |
| I.         | Begrenzung der zeitlichen Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 lit. b E-BankG ....                                                           | 60        |
| II.        | Begrenzung auf Geschäftstag gemäss Regeln des Systems .....                                                                              | 60        |
| D.         | Einbringen der Zahlung in ein System .....                                                                                               | 61        |
| I.         | Einbringen der Zahlung in ein System als zeitlicher Beginn der Rechtsfolge<br>von Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG ..... | 61        |
| II.        | Fehlende Legaldefinition.....                                                                                                            | 61        |
| III.       | Einbringen in ein System aus obligationenrechtlicher Sicht.....                                                                          | 61        |
| IV.        | Eigenständige Begriffsdefinition.....                                                                                                    | 62        |
| <b>§ 6</b> | <b>RECHTSFOLGE VON ART. 27 ABS. 2 BANKG UND ART. 27 ABS. 2 E-BANKG.....</b>                                                              | <b>64</b> |
| A.         | Unterschiedlicher Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 BankG und Art. 27 Abs. 2<br>E-BankG .....                                                  | 64        |
| B.         | Bei Anordnung von Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 BankG.....                                                                             | 65        |
| I.         | Widerruf .....                                                                                                                           | 65        |
| 1.         | Widerruf gemäss allgemeinem Recht.....                                                                                                   | 65        |
| 1.1        | Beurteilung nach Anweisungsrecht.....                                                                                                    | 65        |
| 1.2        | Verhältnis von Art. 470 Abs. 2 zu Art. 470 Abs. 2 <sup>bis</sup> OR .....                                                                | 66        |
| 1.3        | Widerruf gemäss Art. 470 Abs. 2 <sup>bis</sup> OR.....                                                                                   | 67        |
| 1.3.1      | Grundsatz: Widerruf bis zur Belastung des Kontos des<br>Anweisenden.....                                                                 | 67        |
| 1.3.2      | Ausnahme: Anders lautende Regeln des Zahlungssystems .....                                                                               | 67        |
| 2.         | Widerruf des Zahlungsauftrages gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG.....                                                                          | 68        |
| 2.1        | Geltung der Widerrufsregeln des betroffenen Zahlungssystems .....                                                                        | 68        |
| 2.2        | Zeitliche Dimension der Rechtsfolge von Art. 27 Abs. 2 BankG.....                                                                        | 68        |

|       |                                                                                                                                                                                 |    |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2.1 | Verringerung des zeitlichen Anwendungsbereichs von Art. 27 Abs. 2 BankG durch frühzeitige Information gemäss Art. 27 Abs. 1 BankG .....                                         | 68 |
| 2.2.2 | Ende der Rechtsfolge von Art. 27 Abs. 2 BankG: Verpflichtung der Systembetreiber .....                                                                                          | 69 |
| 3.    | Verhältnis von Art. 27 Abs. 2 BankG zu Art. 470 Abs. 2 <sup>bis</sup> OR .....                                                                                                  | 69 |
| 4.    | Verzicht auf Regelung der Unwiderrufflichkeit de lege ferenda? .....                                                                                                            | 70 |
| II.   | Gültigkeit .....                                                                                                                                                                | 70 |
| 1.    | Aussage von Art. 27 Abs. 2 BankG zur Gültigkeit von Zahlungen .....                                                                                                             | 70 |
| 2.    | Regelung der Gültigkeit eines Zahlungsauftrages, welcher nach Anordnung einer Massnahme in ein System eingebracht wird .....                                                    | 71 |
| 3.    | Sonderfall: Regelung der Gültigkeit eines Zahlungsauftrages, welcher vor Anordnung einer Massnahme in ein System eingebracht und erst danach vollständig abgewickelt wird ..... | 72 |
| 3.1   | Gemäss allgemeinem Bankinsolvenzrecht .....                                                                                                                                     | 72 |
| 3.2   | Gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG .....                                                                                                                   | 73 |
| C.    | Konkurs .....                                                                                                                                                                   | 73 |
| I.    | Widerruf .....                                                                                                                                                                  | 74 |
| 1.    | Widerruf gemäss Art. 470 Abs. 3 OR .....                                                                                                                                        | 74 |
| 1.1   | Anwendbarkeit von Art. 470 Abs. 3 OR im Bankenkonzursrecht .....                                                                                                                | 74 |
| 1.2   | Beginn der Wirkung des Widerrufs gemäss Art. 470 Abs. 3 OR .....                                                                                                                | 74 |
| 1.2.1 | Lehrmeinungen .....                                                                                                                                                             | 74 |
| 1.2.2 | Stellungnahme .....                                                                                                                                                             | 75 |
| 1.3   | Objekte des konkursrechtlichen Widerrufs gemäss Art. 470 Abs. 3 OR .....                                                                                                        | 75 |
| 1.3.1 | Noch nicht angenommene Anweisungen gemäss Art. 470 Abs. 2 OR .....                                                                                                              | 75 |
| 1.3.2 | Beschränkung durch Art. 470 Abs. 2 <sup>bis</sup> OR .....                                                                                                                      | 76 |
| 2.    | Verhältnis der Regelung des Widerrufs gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG zu Art. 470 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 470 Abs. 2 <sup>bis</sup> OR und Art. 205 Abs. 2 SchKG .....                | 76 |
| 3.    | Verzicht auf Regelung der Unwiderrufflichkeit gemäss Art. 27 Abs. 2 E-BankG? .....                                                                                              | 77 |
| II.   | Gültigkeit .....                                                                                                                                                                | 77 |
| 1.    | Art. 470 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 205 Abs. 2 SchKG im Verhältnis zu Art. 204 Abs. 1 SchKG .....                                                                                    | 77 |
| 2.    | Verhältnis von Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG zu Art. 204 Abs. 1 SchKG und Art. 470 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 205 Abs. 2 SchKG .....                              | 78 |
| 2.1   | Einbringen der Weisung vor Konkurseröffnung .....                                                                                                                               | 78 |

|                 |                                                                                                                                         |           |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.2             | Einbringen der Weisung nach Konkursöffnung.....                                                                                         | 78        |
| 3.              | Art. 27 Abs. 2 lit. b E-BankG: Wegfall der Regelung der Gültigkeit von Weisungen, welche gemäss Systemregeln unwiderruflich sind? ..... | 79        |
| D.              | Zusammenfassung: Mögliche Sachverhalte und ihre Rechtsfolgen .....                                                                      | 80        |
| I.              | Anordnung von Schutzmassnahmen .....                                                                                                    | 80        |
| II.             | Konkurs .....                                                                                                                           | 80        |
| <b>3. Teil:</b> | <b>Bankinsolvenzrechtliche Finalität bei der systemischen Abwicklung von Effektentransaktionen .....</b>                                | <b>83</b> |
| <b>§ 7</b>      | <b>SYSTEMISCH ABGEWICKELTE EFFEKENTRANSAKTIONEN .....</b>                                                                               | <b>83</b> |
| A.              | Begriff der Effekten und der systemisch abgewickelten Effektentransaktion.....                                                          | 83        |
| I.              | Begriff der Effekten und der Bucheffekten .....                                                                                         | 83        |
| 1.              | Begriff der Effekten gemäss Art. 2 lit. a BEHG.....                                                                                     | 83        |
| 2.              | Begriff der Bucheffekten gemäss Art. 3 Abs. 1 BEG .....                                                                                 | 84        |
| 3.              | Terminologie .....                                                                                                                      | 84        |
| II.             | Effektentransaktion gemäss Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Effektenabwicklung gemäss Art. 27 Abs. 2 E-BankG als Verfügungsgeschäft.....       | 84        |
| III.            | Systemische Abwicklung bei Verwahrung der Effekten durch Zentralverwahrer .....                                                         | 85        |
| B.              | Rechtsbeziehungen und Art der Berechtigung bei zentralverwahrten Effekten.....                                                          | 85        |
| I.              | Berechtigung bei der Sammelverwahrung (Wertpapiere).....                                                                                | 86        |
| 1.              | Begriff der Sammelverwahrung .....                                                                                                      | 86        |
| 2.              | Vertragliche Grundlagen .....                                                                                                           | 86        |
| 2.1             | Offener Depotvertrag zwischen Bankkunde und Depotbank.....                                                                              | 86        |
| 2.2             | Offener Depotvertrag zwischen Depotbank und Zentralverwahrer .....                                                                      | 86        |
| 3.              | Sachenrechtliche Berechtigung an girosammelverwahrten Effekten .....                                                                    | 87        |
| II.             | Berechtigung bei der Verbriefung in Globalurkunde (Wertpapiere) .....                                                                   | 87        |
| 1.              | Begriff der Globalurkunde.....                                                                                                          | 87        |
| 2.              | Sachenrechtliche Berechtigung an den in Globalurkunde verbrieften Effekten .....                                                        | 88        |
| III.            | Berechtigung bei der reinen Verbuchung (Wertrechte) .....                                                                               | 88        |
| 1.              | Reine Verbuchung bei den Wertrechten.....                                                                                               | 88        |
| 2.              | Vertragliche Grundlagen .....                                                                                                           | 88        |
| 2.1             | Verbuchungsvertrag zwischen Bankkunde und Depotbank.....                                                                                | 88        |
| 2.2             | Verbuchungsvertrag zwischen Depotbank und Zentralverwahrer .....                                                                        | 89        |
| 3.              | Rein obligatorische Berechtigung .....                                                                                                  | 89        |
| IV.             | Berechtigung an einer Bucheffekte gemäss BEG .....                                                                                      | 89        |
| 1.              | Berechtigung sui generis .....                                                                                                          | 89        |



|            |                                                                                                                                           |           |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.         | Vertragliche Grundlagen .....                                                                                                             | 90        |
| 2.1        | Vertrag zwischen Bankkunde und Depotbank .....                                                                                            | 90        |
| 2.2        | Vertrag zwischen Depotbank und Zentralverwahrer .....                                                                                     | 91        |
| C.         | Vertretungsverhältnis zwischen Bankkunden und Depotbank bei<br>Effektenkommission .....                                                   | 91        |
| D.         | Rechtliche Analyse einer systemisch abgewickelten Effektentransaktion .....                                                               | 92        |
| I.         | Ausserhalb des BEG: Unterscheidung zwischen Wertpapieren und<br>Wertrechten .....                                                         | 92        |
| 1.         | Transaktion von Wertpapieren .....                                                                                                        | 92        |
| 1.1        | Einleitung durch auftragsrechtliche Weisung .....                                                                                         | 92        |
| 1.2        | Besitzanweisung .....                                                                                                                     | 92        |
| 1.3        | Abschluss des Besitzanweisungsvertrags zum Zeitpunkt der<br>Buchung .....                                                                 | 93        |
| 2.         | Transaktion von Wertrechten .....                                                                                                         | 93        |
| 2.1        | Anwendbarkeit des Zessionsrechts .....                                                                                                    | 93        |
| 2.2        | Analyse der Transaktion gemäss Zessionsrecht .....                                                                                        | 94        |
| 2.2.1      | Einleitung der Zessionshandlungen durch auftragsrechtliche<br>Weisung .....                                                               | 94        |
| 2.2.2      | Vornahme der Zession durch den Zentralverwahrer als<br>Stellvertreter .....                                                               | 94        |
| 2.2.3      | Zeitpunkt der Übertragung .....                                                                                                           | 94        |
| II.        | Bucheffekten: .....                                                                                                                       | 95        |
| 1.         | Übertragung durch Weisung und Gutschrift gemäss Art. 24 Abs. 1 BEG .....                                                                  | 95        |
| 1.1        | Weisung .....                                                                                                                             | 95        |
| 1.2        | Gutschrift auf Effektenkonto des Erwerbers .....                                                                                          | 96        |
| 1.2.1      | Interbanken-Geschäft .....                                                                                                                | 96        |
| 1.2.2      | Bucheffektenkommission .....                                                                                                              | 96        |
| 2.         | Übertragung mittels Zession gemäss Art. 30 Abs. 3 BEG .....                                                                               | 96        |
| <b>§ 8</b> | <b>RECHTSFOLGE VON ART. 27 ABS. 2 BANKG UND ART. 27 ABS. 2 E-BANKG BEI<br/>DER SYSTEMISCHEN ABWICKLUNG VON EFFEKENTRANSAKTIONEN .....</b> | <b>98</b> |
| A.         | Bei Anordnung von Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 BankG .....                                                                             | 99        |
| I.         | Widerruf .....                                                                                                                            | 99        |
| 1.         | Widerruf gemäss OR und BEG .....                                                                                                          | 99        |
| 1.1        | Widerruf der auftragsrechtlichen Weisung bei Wertrechten und<br>Wertpapieren .....                                                        | 99        |
| 1.1.1      | Auftrag zur Effektentransaktion als auftragsrechtliche Weisung .....                                                                      | 99        |
| 1.1.2      | Widerruflichkeit der auftragsrechtlichen Weisung bis zu ihrer<br>Ausführung .....                                                         | 99        |

|                 |                                                                                                                                                            |            |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1.1.3           | Geltung des Widerrufs: Anwendbarkeit von Art. 406 OR auf Widerruf der auftragsrechtlichen Weisung? .....                                                   | 100        |
| 1.2             | Widerruf gemäss Art. 15 Abs. 3 BEG bei Bucheffekten .....                                                                                                  | 101        |
| 2.              | Art. 27 Abs. 2 BankG als lex specialis .....                                                                                                               | 101        |
| 2.1             | Verhältnis von Art. 27 Abs. 2 BankG zum Widerruf der auftragsrechtlichen Weisung bei Wertpapieren und Wertrechten.....                                     | 101        |
| 2.2             | Verhältnis von Art. 27 Abs. 2 BankG zu Art. 15 Abs. 3 BEG.....                                                                                             | 102        |
| II.             | Gültigkeit.....                                                                                                                                            | 102        |
| 1.              | Aussage von Art. 27 Abs. 2 BankG zur Gültigkeit .....                                                                                                      | 102        |
| 2.              | Ungültigkeit der Transaktion von Wertpapieren und Wertrechten gemäss Art. 26 BankG und Verhältnis zu Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs 2 E-BankG ..... | 103        |
| 2.1             | Einbringen des Transaktionsauftrages nach Anordnung einer Schutzmassnahme .....                                                                            | 103        |
| 2.2             | Sonderfall: Einbringen des Transaktionsauftrages vor Anordnung einer Schutzmassnahme, vollständige Abwicklung erst danach.....                             | 103        |
| 3.              | Regelung von Art. 20 BEG und Verhältnis zu Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG .....                                                          | 104        |
| B.              | Bei Konkurseröffnung gemäss Art. 33 ff. BankG .....                                                                                                        | 105        |
| I.              | Widerruf: Keine bankenkonkursrechtliche Regelung bei Effekientransaktionen.....                                                                            | 105        |
| II.             | Gültigkeit.....                                                                                                                                            | 105        |
| 1.              | Wertpapiere und Wertrechte.....                                                                                                                            | 105        |
| 1.1             | Anwendbarkeit von Art. 405 f. OR im Bankenkonsursrecht.....                                                                                                | 105        |
| 1.2             | Regelung von Art. 405 f. OR betreffend Konkurs .....                                                                                                       | 106        |
| 1.3             | Verhältnis von Art. 406 OR zu Art. 204 Abs. 1 SchKG .....                                                                                                  | 106        |
| 1.4             | Verhältnis von Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG zu Art. 406 OR und Art. 204 Abs. 1 SchKG.....                                              | 106        |
| 1.4.1           | Einbringen des Transaktionsauftrages vor Konkurseröffnung .....                                                                                            | 106        |
| 1.4.2           | Einbringen des Transaktionsauftrages nach Konkurseröffnung.....                                                                                            | 107        |
| 2.              | Bucheffekten: Art. 20 BEG und Verhältnis zu Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG wie bei der Anordnung von Schutzmassnahmen....                | 107        |
| C.              | Zusammenfassung: Mögliche Sachverhalte und ihre Rechtsfolgen.....                                                                                          | 108        |
| I.              | Anordnung einer Schutzmassnahme gemäss Art. 26 BankG.....                                                                                                  | 108        |
| 1.              | Widerruf.....                                                                                                                                              | 108        |
| 2.              | Gültigkeit.....                                                                                                                                            | 108        |
| II.             | Konkurseröffnung .....                                                                                                                                     | 108        |
| <b>4. Teil:</b> | <b>Regelung der Finalität im internationalen Bankinsolvenzrecht der Schweiz ..</b>                                                                         | <b>111</b> |

|                                                                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>§ 9 ANWENDBARKEIT VON ART. 27 ABS. 2 BANKG BZW. ART. 27 ABS. 2 E-BANKG<br/>IM INTERNATIONALEN VERHÄLTNIS .....</b>                              | <b>111</b> |
| A. Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG und internationale<br>Sachverhalte.....                                                        | 111        |
| B. Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG auf<br>Schweizer Insolvenzverfahren mit ausländischem Bezug.....             | 111        |
| C. Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 BankG bzw. Art. 27 Abs. 2 E-BankG auf<br>ausländisches Bankinsolvenzverfahren mit schweizerischem Bezug .....  | 113        |
| I. Direkte Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 E-BankG auf Grund von<br>Art. 27 Abs. 2 <sup>bis</sup> E-BankG.....                                    | 113        |
| II. Passive Territorialität: Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 BankG bzw.<br>Art. 27 Abs. 2 E-BankG gemäss internationalem Bankinsolvenzrecht ..... | 113        |
| 1. Erfordernis der Anerkennung und Rechtslage bei fehlender Anerkennung...                                                                         | 113        |
| 2. Rechtslage nach Anerkennung .....                                                                                                               | 114        |
| 2.1 Wirkung der bankinsolvenzrechtlichen Anerkennung.....                                                                                          | 114        |
| 2.2 Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 E-BankG gemäss<br>Art. 27 Abs. 2 <sup>bis</sup> E-BankG.....                                                  | 115        |
| III. Zusammenfassung .....                                                                                                                         | 115        |
| <b>Zusammenfassung.....</b>                                                                                                                        | <b>117</b> |