



---

Abteilung II  
B-5964/2017

## Urteil vom 10. Mai 2019

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Ronald Flury, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ SA,**  
vertreten durch Maître Olivier Wehrli,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Z. \_\_\_\_\_ Limited in Liquidation,**  
handelnd durch A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Ernst F. Schmid und/oder Marie-Cristine Kaptan,  
Beschwerdegegnerin,

**Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zurverfügungstellung des in der Schweiz belegenen  
Vermögens ohne Durchführung eines inländischen  
Verfahrens.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die Z. \_\_\_\_\_ Limited in Liquidation, (Angaben zum Sitz), Antigua (nachfolgend: Beschwerdegegnerin), wurde 1981 gegründet. Eigentümerin der Bank war die von Robert Allen Stanford aufgebaute und beherrschte Stanford Financial Group. Letztere umfasste u.a. die Stanford International Bank Ltd. (SIB). Verschiedene Gruppengesellschaften wurden 2009 aufgrund einer laufenden Anklage der US Securities and Exchange Commission (SEC) wegen Betrugs (Betreiben eines Schneeballsystems, Veruntreuung von Kundengeldern, Fälschen von Geschäftsunterlagen der SIB zwecks Vertuschung) von den US-Behörden unter Zwangsverwaltung gestellt (sog. management of a receiver). Über der SIB wurde im April 2009 der Konkurs in Antigua und Barbuda eröffnet und im Juni 2010 ein Hilfskonkursverfahren in der Schweiz. Um einen bank run sowie einen (weiteren) Abfluss von liquiden Mitteln zu verhindern, wurde die Beschwerdegegnerin bereits im Februar 2009 von der Eastern Caribbean Central Bank (Bankenaufsichtsbehörde von Antigua und Barbuda) übernommen. Daraufhin wurde eine neue Gesellschaft gegründet – die Y. \_\_\_\_\_ Bank – die sich im Besitz des antiguanischen Staats sowie verschiedener karibischer (Zentral-)banken befand. Das Privatkundengeschäft der Beschwerdegegnerin wurde auf die neue Bank übertragen. Die vorliegend in Frage stehenden Vermögenswerte sind davon nicht betroffen. Die Beschwerdegegnerin stellte ihre Geschäftstätigkeit ein.

**A.b** Mit Verfügung ("order") vom 28. Oktober 2013 erklärte der Eastern Caribbean Supreme Court, High Court of Justice Antigua and Barbuda, auf Gesuch der Liquidatoren der SIB hin die Eröffnung des Konkurses ("winding up") über der Beschwerdegegnerin und setzte Konkursliquidatoren ("joint liquidators") ein, die mit Verfügung ("order") vom 21. März 2014 ersetzt wurden.

**A.c** Mit Schreiben vom 21. Mai 2014 wurde die X. \_\_\_\_\_ SA, (Angaben zum Sitz) (nachfolgend: Beschwerdeführerin), von den Liquidatoren der Beschwerdegegnerin aufgefordert, alle auf den Namen der Beschwerdegegnerin lautenden Konti einzufrieren und allfällige Guthaben zu überweisen. Am 26. Mai 2014 veröffentlichten die Liquidatoren der Beschwerdegegnerin im "The Daily Observer", einer Tageszeitung in Antigua und Barbuda, die Eröffnung des Konkurses über der Beschwerdegegnerin und forderten die Gläubiger auf, ihre Ansprüche geltend zu machen.

**A.d** Mit Eingabe vom 8. September 2014 ersuchte die Beschwerdegegnerin, handelnd durch ihre Liquidatoren, die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) um Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets für das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Sie beantragte weiter, ihr in der Schweiz belegenes Vermögen sei ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen und die Liquidatoren seien zu ermächtigen, die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte selbst einzufordern (vereinfachtes oder abgekürztes Verfahren). Die Beschwerdegegnerin verfüge über Konto- und Depotguthaben bei vier Banken in der Schweiz, u.a. bei der Beschwerdeführerin.

**A.e** Mit E-Mail vom 11. August 2015 erklärte die Beschwerdegegnerin gegenüber der Vorinstanz, dass das Inserat, in welchem die Gläubiger aufgefordert worden seien, ihre Ansprüche anzumelden, lediglich in Antigua und Barbuda publiziert worden sei, da die Gesellschaft nach Kenntnisstand der Liquidatoren nur dort über Gläubiger verfüge. Sie fügte ihren Ausführungen das entsprechende Inserat bei.

**A.f** Mit Verfügung vom 27. August 2015 anerkannte die Vorinstanz die Entscheidung des Eastern Caribbean Supreme Court, High Court of Justice Antigua and Barbuda, vom 28. Oktober 2013 betreffend "winding up" der Beschwerdegegnerin, sowie vom 21. März 2014 betreffend Ernennung der Liquidatoren mit Wirkung für die Schweiz, ordnete die Durchführung des Verfahrens nach Art. 37g Abs. 2 BankG (zit. in E. 1.2) an und ermächtigte die Beschwerdegegnerin, handelnd durch ihre jeweiligen zeichnungsberechtigten Liquidatoren, ihre Konto- und Depotguthaben u.a. gegenüber der Beschwerdeführerin geltend zu machen (Dispositiv-Ziff. 1-3). Die Vorinstanz verfügte gegenüber der Beschwerdegegnerin die Auflage, dass die Überführung der Vermögenswerte ins Ausland erst nach Rechtskraft der Verfügung erfolgen dürfe und der Vorinstanz die Beendigung der Tätigkeit mitzuteilen sei, nachdem ein aus der Geltendmachung der Forderungen allenfalls resultierender Erlös ins Ausland überführt worden sei (Dispositiv-Ziff. 4 Bst. a und c). Ferner ordnete die Vorinstanz die Publikation von Dispositiv-Ziff. 1-6 auf ihrer Webseite sowie im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) an und bestimmte deren sofortige Vollstreckbarkeit (Dispositiv-Ziff. 5 und 6). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Verfahrenskosten von CHF 10'000.– (Dispositiv-Ziff. 7).

**A.g** Mit Eingabe vom 25. September 2015 erhob die Beschwerdeführerin gegen diese Verfügung Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht und

beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, über der Beschwerdegegnerin ein Hilfskonkursverfahren zu eröffnen.

**A.h** Mit Urteil B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut, soweit es darauf eintrat, hob die angefochtene Verfügung auf, soweit die Vorinstanz darin entschieden hatte, das Verfahren ohne inländischen Hilfskonkurs durchzuführen, und wies die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese vor einem erneuten Entscheid darüber, ob ein Hilfskonkursverfahren durchzuführen sei oder ob darauf verzichtet werden dürfe, prüfe, ob pfandgesicherte Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Insolvenzverfahren gleichwertig i.S.v. Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG (zit. in E. 1.2) behandelt würden.

## **B.**

**B.a** Mit Schreiben vom 13. Juli 2016 gab die Vorinstanz der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, ob pfandgesicherte Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Insolvenzverfahren gleichwertig i.S.v. Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG (zit. in E. 1.2) behandelt würden. Die Stellungnahme sei unter Beilage sämtlicher sachdienlicher Unterlagen zu begründen.

**B.b** Mit Stellungnahme vom 30. August 2016 hielt die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag fest, wonach ihr in der Schweiz belegenes Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen sei. Zum Nachweis ihrer Behauptung, dass pfandgesicherte Gläubiger im Insolvenzverfahren in Antigua und Barbuda gleichwertig behandelt würden, reichte sie ein Rechtsgutachten ("opinion") vom 4. Januar 2016 sowie Kopien der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen ein.

**B.c** Die Beschwerdeführerin äusserte sich innert der gesetzten Frist nicht.

**B.d** Auf Anfrage der Vorinstanz bestätigte das Bundesamt für Justiz BJ mit Schreiben vom 25. Oktober 2016, dass u.a. ein auf die Beschwerdeführerin lautendes Konto bei der Beschwerdeführerin im Betrag von USD 18.47 Mio. auf Ersuchen der USA hin (Rechtshilfe) mit einer Sperre belegt sei. Eine frühere Sperre aufgrund eines Strafverfahrens in der Schweiz sei aufgehoben worden.

**B.e** Mit Schreiben vom 9. Dezember 2016 teilte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin mit, dass sie die Eröffnung eines Hilfskonkursverfahrens in Genf erwäge, legte der Beschwerdegegnerin die Gründe dar und setzte ihr eine Frist zur Stellungnahme.

**B.f** Mit Stellungnahme vom 6. Februar 2017 äusserte sich die Beschwerdegegnerin eingehend zu den Darlegungen der Vorinstanz und hielt an ihrem Antrag fest.

**B.g** Am 1. Mai 2017 erreichte die Vorinstanz eine unaufgeforderte Eingabe des Konkursliquidators im schweizerischen Hilfskonkursverfahren der SIB. Dieser teilte mit, dass die Konkursmasse keine Einwände gegen ein vereinfachtes Verfahren bezüglich der in der Schweiz belegenen Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin habe.

**B.h** Mit E-Mail vom 18. September 2017 reichte die Beschwerdegegnerin auf Anfrage der Vorinstanz hin eine schriftliche Bestätigung ihrer Liquidatoren ein, wonach der Schuldenruf noch nicht stattgefunden habe und die Gläubiger erst später aufgefordert würden, ihre Forderungen anzumelden.

## **C.**

**C.a** Mit Verfügung vom 19. September 2017 ordnete die Vorinstanz im Hinblick auf die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin die Durchführung des Verfahrens nach Art. 37g Abs. 2 BankG (zit. in E. 1.2) an und ermächtigte die Beschwerdegegnerin, handelnd durch ihre zeichnungsberechtigten Liquidatoren, ihre Konto- und Depotguthaben u.a. gegenüber der Beschwerdeführerin geltend zu machen (Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Die Vorinstanz verfügte gegenüber der Beschwerdegegnerin folgende Auflagen (Dispositiv-Ziff. 3):

"a) Eine Überführung der Vermögenswerte ins Ausland darf erst nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung erfolgen.

b) Für den Fall, dass ausserhalb des Anwendungsbereichs von Ziff. 2 des Dispositivs weitere Rechtshandlungen durch die Z. \_\_\_\_\_ Limited in Liquidation, Antigua, in der Schweiz erfolgen sollen, insbesondere, wenn die Z. \_\_\_\_\_ Limited in Liquidation, Antigua, noch über weitere in der Schweiz belegene Vermögenswerte verfügt, welche in den Anwendungsbereich von Art. 37g BankG fallen, wird die Z. \_\_\_\_\_ Limited in Liquidation, Antigua, verpflichtet, für deren Geltendmachung vorgängig die Zustimmung der FINMA einzuholen.

c) Die Z. \_\_\_\_\_ Limited in Liquidation, Antigua, wird verpflichtet, der FINMA nach erfolgter Überführung des aus der Geltendmachung der unter

Ziff. 2 hiavor erwähnten Forderungen allenfalls resultierenden Erlöses in das Ausland die Beendigung ihrer Tätigkeit in der Schweiz mitzuteilen."

Ferner ordnete die Vorinstanz die Publikation von Dispositiv-Ziff. 1-5 auf ihrer Webseite und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie deren sofortige Vollstreckung an (Dispositiv-Ziff. 4 und 5). Schliesslich auferlegte sie der Beschwerdegegnerin keine zusätzlichen Verfahrenskosten, legte aber fest, dass Ziff. 7 des Dispositivs der Verfügung vom 27. August 2015, in welcher der Beschwerdegegnerin Verfahrenskosten von CHF 10'000.– auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe bereits entnommen worden waren, in Kraft bleibe (Dispositiv-Ziff. 6).

**C.b** Mit Schreiben vom 22. September 2017 an die Vorinstanz ersuchte die Beschwerdeführerin um Akteneinsicht. Mit E-Mail vom 26. September 2017 sowie Schreiben vom 5. Oktober 2017 gewährte die Vorinstanz die Akteneinsicht und sandte der Beschwerdeführerin die Verfahrensakten zu.

#### **D.**

Mit Eingabe vom 20. Oktober 2017 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung vom 19. September 2017 Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt deren Aufhebung sowie die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens zu Gunsten der Beschwerdegegnerin (Ziff. 4 und 5). In prozessualer Hinsicht stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Ziff. 1), beantragte die Edition einer ungeschwärzten Version von Anhang B (List of Swiss Assets) des "Cross-Border and Settlement Protocol" (recte: Settlement Agreement and Cross-border Protocol vom 8. März 2013; nachfolgend: Settlement Agreement) bei der Vorinstanz (Ziff. 2) sowie Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Beschwerdeschrift (Ziff. 3). Als Beilage reichte sie u.a. ein Rechtsgutachten ("opinion") vom 19. Oktober 2017 zur Frage der Gleichwertigkeit der Behandlung von pfandgesicherten Gläubigern in Antigua und der Schweiz ein.

#### **E.**

Mit Stellungnahmen vom 6. und 20. November 2017 beantragten die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin, der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 4. Dezember 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde teilweise gut. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung insoweit erteilt, als sie sich gegen den

Entscheid der Vorinstanz, von der Durchführung eines inländischen Hilfskonkursverfahrens abzusehen, richtet. Der Beschwerdegegnerin wurde indessen unbenommen gelassen, ihre Rechte in Bezug auf die durch das BJ verfügte Sperre der Vermögenswerte sowie das hängige Rechtshilfeersuchen wahrzunehmen, solange sie keinem Transfer der Vermögenswerte mit Wirkung vor der rechtskräftigen Beendigung des vorliegenden Verfahrens zustimme. Die Beschwerdeführerin wurde angewiesen, der Beschwerdegegnerin die von dieser verlangten Informationen über die auf den Konten und Depots, deren Inhaberin die Beschwerdegegnerin ist, liegenden Vermögenswerte zu erteilen, soweit die Beschwerdegegnerin in ihrer Eigenschaft als Konto- bzw. Depotinhaberin einen Rechtsanspruch auf diese Informationen besitze. Die Beschwerdeführerin wurde weiter angewiesen, alles zu unterlassen, was den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnte. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits wurde angewiesen, bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche von allen Handlungen abzusehen, die eine allfällige Durchführung eines Hilfskonkurses durch die Vorinstanz präjudizieren könnten.

**G.**

Mit Vernehmlassung vom 15. Januar 2018 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der in Ziff. 2-6 der Beschwerde enthaltenen Anträge.

**H.**

Mit Beschwerdeantwort vom 19. Januar 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei bezüglich der Anträge 3 (Ergänzung der Beschwerde), 4 (Aufhebung der angefochtenen Verfügung) und 5 (Eröffnung eines Hilfskonkursverfahrens) abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

**I.**

Mit Replik vom 21. Februar 2017 (recte: 2018) hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Ferner teilte sie mit, dass sie dem BJ gegenüber erklärt habe, sie wersetze sich der Herausgabe der fraglichen Vermögenswerte, und die Abweisung des Rechtshilfeersuchens beantragt habe. Eventualiter habe sie eine Sistierung bis zum Entscheid über ihre Kollokationsklage im Hilfskonkursverfahren der SIB beim erstinstanzlichen Gericht (betreffend ein Pfandrecht an den bei ihr belegenen Vermögenswerten der SIB) und bis zum Entscheid im vorliegenden Beschwerdeverfahren beantragt.

**J.**

Mit Duplik vom 27. März 2018 äussert sich die Vorinstanz insbesondere

zum Antrag auf Herausgabe des ungeschwärzten Anhangs B des Settlement Agreements.

## **K.**

Mit Duplik vom 12. April 2018 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen fest.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**1.2** Zur Beschwerde ist legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Mit Urteil B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Beschwerdeführerin im Umfang, als die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung auf die Durchführung eines inländischen Hilfskonkurses verzichtet hat, direkt und unmittelbar in ihren eigenen, rechtlich geschützten Interessen betroffen sei, weshalb ihr die Einschränkung von Art. 24 Abs. 2 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) nicht entgegen gehalten werden könne und sie zur Beschwerde legitimiert sei (Urteil des BVGer B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 E. 1). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, mit dem die Sache zurückgewiesen wurde, bindet nicht nur die Vorinstanz, sondern auch das Bundesverwaltungsgericht selbst, unter Vorbehalt eigentlicher Revisionsgründe (Urteile des BVGer B-1284/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.5 und B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 4.2; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1158 in fine; PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 61 Rz. 28). Die Frage nach der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin kann daher nicht erneut aufgeworfen werden.



**1.3** Die Beschwerdeführerin hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **2.**

**2.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie macht geltend, Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) sei auf Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG anwendbar, da die Vorinstanz im Bereich der Anerkennung von ausländischen Konkursdekreten als "autorité judiciaire" und nicht als Aufsichtsbehörde, vor der das Replikrecht nach der Rechtsprechung nicht anwendbar sei, tätig sei. Jedenfalls garantiere auch Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1990 (BV, SR 101) das Replikrecht vor Verwaltungs- und Justizbehörden für neue Elemente, die den Entscheid beeinflussen könnten. Vorliegend sei aber nicht (so sehr) das Replikrecht verletzt, sondern vielmehr das rechtliche Gehör in der grundlegenden Form des Äusserungsrechts und der Kenntnis des Dossiers vor Erlass der Verfügung. Im Schriftenwechsel zwischen Vorinstanz und Beschwerdegegnerin seien zahlreiche neue Argumente sachverhaltlicher und rechtlicher Natur vorgebracht worden, wozu sich die Beschwerdeführerin nicht habe äussern können.

Die Beschwerdeführerin bringt im Einzelnen vor, sie habe keine Stellungnahme zur Gleichwertigkeit der Behandlung pfandgesicherter Gläubiger eingereicht, weil sie davon ausgegangen sei, die Beweislast liege bei der Beschwerdegegnerin, die sich zuerst äussern müsse. Ihre Stellungnahme sowie die Ergänzung vom 6. Februar 2017 sei der Beschwerdeführerin nicht zugestellt worden. Somit sei sie vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht angehört worden und habe sich nicht zu den Überlegungen der Vorinstanz im Schreiben vom 9. Dezember 2016 äussern können. Aus dem Verzicht, sich zu äussern bei einem Verfahrensschritt könne nicht abgeleitet werden, in einem späteren Stadium des Verfahrens werde ebenfalls darauf verzichtet. Die Voraussetzungen für einen gültigen Verzicht seien nicht erfüllt. Die Vorinstanz hätte die Pflicht gehabt, die Beschwerdeführerin als Partei – nach dem Schriftenwechsel mit der Beschwerdegegnerin – anzuhören und ihr eine kurze Frist zur Stellungnahme anzusetzen. Das Inter-

esse der Beschwerdeführerin, von der Vorinstanz über den weiteren Verfahrensgang nach der Rückweisung informiert zu werden und Einsicht in die Stellungnahmen der Beschwerdegegnerin zu erhalten, sei offensichtlich.

**2.2** Die Vorinstanz führt aus, dass sie beiden Parteien Gelegenheit gegeben habe, zur Frage der gleichwertigen Behandlung von pfandgesicherten Gläubigern Stellung zu nehmen. Als die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vorgelegen habe, habe die Vorinstanz eigene Ermittlungen aufgenommen und sich in das antiguianische Recht bzw. das britische Common Law eingearbeitet. Dabei hätten sich Fragen ergeben, die bilateral mit der Beschwerdegegnerin aufgenommen worden seien. Als diese ihre Stellungnahme am 6. Februar 2017 nachgebessert habe, sei die Vorinstanz in der Lage gewesen, einen Entscheid zu treffen. Die Beschwerdeführerin habe keine Stellungnahme abgegeben und insoweit bewusst auf einen Beitrag zur Sachverhaltsermittlung und dessen Bewertung verzichtet. Dagegen habe sich die Beschwerdegegnerin veranlasst gesehen, im Verlauf des Verfahrens ein Akteneinsichtsgesuch in die Eingabe der Beschwerdeführerin zu stellen, davon aber Abstand genommen, sobald klar gewesen sei, dass sich die Beschwerdeführerin gar nicht geäußert habe. Auch im weiteren Verlauf des Verfahrens habe sich die Beschwerdeführerin nicht um eine Beteiligung bemüht. Die Vorinstanz habe das nur als Verzicht werten können. Berufe sich die Beschwerdeführerin nun auf eine unzureichende Gewährung des rechtlichen Gehörs, sei dies treuwidrig. Sie müsse sich die Frage gefallen lassen, welche Vorteile sie aus der Verwaltung der bei ihr gelegenen Vermögenswerte ziehe und weshalb sie ihren behaupteten, pfandgesicherten Anspruch noch nicht (zumindest vorsorglich) im antiguianischen Konkursverfahren angemeldet habe. So hätte der Anspruch u.U. von einem Schweizer Gericht bereits materiell-rechtlich überprüft werden können. Durch ihr Verhalten behindere sie die Klärung rechtlicher Fragen, namentlich in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Beschlagnahme von Vermögenswerten der Beschwerdegegnerin durch das BJ, den Bestand eines pfandgesicherten Anspruchs sowie die Repatriierung von Vermögenswerten, die weder beschlagnahmt seien noch einem vermeintlichen Pfandrecht der Beschwerdeführerin unterliegen würden. Auch unter Berücksichtigung des in der Beschwerdeschrift enthaltenen Vortrags halte die Vorinstanz an ihrer Entscheidung fest und werde im Falle einer Rückweisung erneut ein vereinfachtes Verfahren anordnen. Im Sinne der Prozessökonomie dürfe nicht vergessen werden, was vorliegend Streitgegenstand bilde: Es gehe um ein Annexproblem im Zusammenhang mit

einem anerkannten, ausländischen Konkursverfahren. Die weitere Verzögerung einer allfälligen Realisierung ausländischer Vermögenswerte aufgrund einer offensichtlichen Verfahrenstaktik einer einzelnen vermeintlichen Gläubigerin führe dazu, dass das ausländische Konkursverfahren nicht abgeschlossen werden könne und sich seit Jahren in einem Schwebestand befinde. Dies widerspreche Sinn und Zweck des Anerkennungsverfahrens im Zusammenhang mit ausländischen Bankkonkursdekreten und den Interessen der involvierten Gläubiger.

**2.3** Die Beschwerdegegnerin macht geltend, es liege keine Gehörsverletzung vor. Das Replikrecht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV gelte für gerichtliche Verfahren, nicht jedoch für Administrativverfahren. Im vorliegenden Verfahren bestehe daher kein allgemeines uneingeschränktes Replikrecht, sondern nur dann, wenn von einer anderen Partei Noven eingebracht würden, die prozessual zulässig und materiell geeignet seien, den Entscheid der Behörde zu beeinflussen, was vorliegend nicht zutreffe. Zudem bestehe keine Orientierungspflicht über Aktenstücke, die der betroffenen Person bereits bekannt seien oder die sie hätte kennen müssen. Inhaltlich sei die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Ausführungen im ersten Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht identisch gewesen. Auch das Rechtsgutachten sowie sämtliche Beilagen habe sie bereits im ersten Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Die Beschwerdeführerin habe vor Gericht die Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zum Rechtsgutachten beantragt. Diesbezüglich habe das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, sie könne ihre Parteirechte nach der Rückweisung wahrnehmen. Einzig das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 6. Februar 2017 habe teilweise Überlegungen enthalten, die der Beschwerdeführerin noch nicht bekannt gewesen seien; auf diese Überlegungen habe sich die Vorinstanz jedoch kaum gestützt. Sie habe einerseits auf das von der Beschwerdegegnerin eingereichte Gutachten abgestellt, andererseits auf eigene Erkenntnisse. Demnach habe auch keine Notwendigkeit bestanden, die Eingaben im vorinstanzlichen Verfahren der Beschwerdeführerin zuzustellen. Bereits das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass die Beschwerdeführerin im zurückgewiesenen Verfahren ein Gutachten einreichen könne. Das habe sie jedoch erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren getan. Die Beschwerdeführerin verhalte sich rechtsmissbräuchlich, indem sie trotz Aufforderung keine Stellungnahme einreiche, nicht einmal auf die Aufforderung reagiere, kein Akteneinsichtsgesuch stelle und erst im Beschwerdeverfahren eine Gehörsverletzung geltend mache. Auf Rechtsmissbrauch sei nach der Rechtsprechung zu schliessen, wenn der Berechtigte seinen

Gehörsanspruch ausschliesslich zum Zeitgewinn oder zur Blockierung eines aussichtslosen Verfahrens verwende, was vorliegend zutreffe. Derweil steige die Forderung kontinuierlich an und liege nun bei rund USD 5 Mio. Offensichtlich beabsichtige die Beschwerdeführerin, die Vermögenswerte so lange wie möglich zu halten. Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass eine Gehörsverletzung vorliege, habe diese durch Berücksichtigung der Vorbringen im Beschwerdeverfahren als geheilt zu gelten. Überdies seien sämtliche Einwände der Beschwerdeführerin bereits in der angefochtenen Verfügung behandelt worden.

**2.4** Der durch Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete und in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren des Bundes konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (BGE 140 I 99 E. 3.4; 137 II 266 E. 3.2; 135 II 286 E. 5.1). Als Mitwirkungsrecht umfasst der Anspruch alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen und auf den Prozess der Entscheidungsfindung Einfluss nehmen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1). Der Gehörsanspruch mit seinen Teilgehalten richtet sich im Anwendungsbereich des FINMAG bzw. vorliegend des BankG nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG).

**2.4.1** Gemäss Art. 30 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Entsprechend besteht ein Anspruch, vor Erlass der Verfügung Stellung zu nehmen. Die Wirksamkeit des Anhörungsrechts ist von weiteren Teilgehalten des rechtlichen Gehörs abhängig, insbesondere vom Akteneinsichtsrecht und vom Recht auf Orientierung (vgl. E. 2.4.2). Mit dem Recht auf vorgängige Anhörung korreliert die Pflicht der Behörde, die Äusserungen der Parteien tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinanderzusetzen (Berücksichtigungspflicht, Art. 32 f. VwVG; vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 29 Rz. 80 ff., Art. 30 Rz. 5 f.).

**2.4.2** Das Recht auf vorgängige Orientierung wird im VwVG nicht explizit erwähnt, jedoch legen Lehre und Rechtsprechung Art. 29 VwVG analog zu Art. 29 Abs. 2 BV aus und entnehmen diesem den Anspruch (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 29 Rz. 71; RENÉ WIEDERKEHR/IVY ANGELLI ROSALES-GEYER, Anspruch auf Orientierung nach Art. 29 Abs. 2 BV, in:

AJP 2018, S. 1261 ff., 1263). Dieser gewährleistet genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, indem die Parteien in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg zu orientieren sind (BGE 140 I 99 E. 3.4; vgl. auch BGE 141 I 60 E. 3.3), und bildet damit notwendige Voraussetzung für die Wahrnehmung weiterer Rechte wie das Akteneinsichtsrecht oder das Recht auf vorgängige Äusserung. Wie weit das Recht auf Orientierung geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen (BGE 144 I 11 E. 5.3; WIEDERKEHR/ROSALES-GEYER, a.a.O., S. 1263). Entscheidend ist, ob dem Betroffenen ermöglicht wurde, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 144 I 11 E. 5.3 in fine).

**2.4.3** Das Bundesgericht unterscheidet das Replikrecht i.e.S. (auch "bedingtes Replikrecht"), das unmittelbar aus Art. 29 BV fliesst und auf alle Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden Anwendung findet, vom Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahmen zu den Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vom EGMR entwickeltes Replikrecht), das nur auf Gerichtsverfahren Anwendung findet (BGE 138 I 154 E. 2.3). Das Replikrecht i.e.S. setzt voraus, dass die Eingaben Noven enthalten, die prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 138 I 154 E. 2.3.2).

**2.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits in der Begründung des Urteils B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 (E. 5) festgehalten, dass nicht der Beschwerdeführerin die Beweislast dafür obliege, dass pfandgesicherte Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im Insolvenzverfahren auf Antigua *nicht* gleichwertig i.S.v. Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG behandelt würden, sondern, dass ein Hilfskonkurs durchzuführen sei, falls die Vorinstanz sich nicht rechtsgenügend versichern könne, dass die Gleichwertigkeit gegeben sei. Mit der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin im Rechtsmittelverfahren korreliere ein Anspruch auf Parteirechte im vorinstanzlichen Verfahren nach der Rückweisung, insbesondere auch in Bezug auf die Abklärung des massgeblichen ausländischen Rechts. Dabei werde die Beschwerdeführerin ihr Gegengutachten einbringen können.

**2.6** Die Vorinstanz hat beiden Parteien nach der Rückweisung durch das Bundesverwaltungsgericht gleichzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Die Beschwerdeführerin hat sich weder geäussert, noch eine Fristerstreckung verlangt oder erklärt, dass sie sich zu einem späteren Zeitpunkt äussern werde. In der Folge hat die Vorinstanz ihre schriftliche Korrespondenz mit der Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin nicht zur

Kenntnis zugestellt und ihr auch keine weitere Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Mit diesem Vorgehen ist die Vorinstanz offensichtlich ein nicht unerhebliches Risiko im Hinblick auf ihre Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs eingegangen.

**2.7** Die Beschwerdegegnerin weist indessen zutreffend darauf hin, dass sie das am 30. August 2016 bei der Vorinstanz eingereichte Rechtsgutachten vom 4. Januar 2016 sowie die Kopien von Gesetzestexten bereits im vorangegangenen Rechtsmittelverfahren als Beschwerdeantwortbeilagen beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht hatte. Diese Beilagen wurden der Beschwerdeführerin denn auch damals, zusammen mit einem Doppel der Beschwerdeantwort, durch das Bundesverwaltungsgericht zugestellt. Als die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 13. Juli 2016 das rechtliche Gehör gewährte, verfügte die Beschwerdeführerin somit bereits über diese relevanten Eingaben der Beschwerdegegnerin. Insoweit war ihr Anspruch auf rechtliches Gehör daher nicht verletzt.

**2.8** Es stellt sich daher lediglich die Frage, ob das Replikrecht der Beschwerdeführerin verletzt wurde, weil die Vorinstanz ihr die Argumentation der Beschwerdegegnerin in deren Eingaben vom 30. August 2016 und 6. Februar 2017 nicht zur Kenntnis gebracht und ihr keine Gelegenheit zur Gegenäußerung gegeben hat. Das Replikrecht i.e.S. setzt indessen, wie bereits dargelegt, voraus, dass die Eingaben, auf die zu replizieren wäre, Noven enthalten, die materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen. Dass dies vorliegend der Fall gewesen wäre, d.h. dass in diesen Rechtsschriften der Beschwerdegegnerin relevante neue Argumente enthalten gewesen wären, die sich nicht bereits aus dem Rechtsgutachten vom 4. Januar 2016 und aus der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 8. Januar 2016 ergeben hätten, wird von der Beschwerdeführerin zwar pauschal behauptet, aber nicht substantiiert, und auch in ihrer Beschwerde und Replik nimmt sie nicht konkret Stellung zu Sachverhaltsdarstellungen oder Argumenten, die von der Beschwerdegegnerin erstmals in deren Eingaben vom 30. August 2016 und 6. Februar 2017 vorgebracht worden wären. Dass das Replikrecht i.e.S. verletzt worden wäre, ist daher nicht rechtsgenügend dargetan.

**2.9** Ob das Verhalten der Beschwerdeführerin als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist – wie die Beschwerdegegnerin geltend macht – kann angesichts dieses Ergebnisses offen bleiben.

### **3.**

**3.1** Nach Art. 37g Abs. 1 BankG entscheidet die FINMA über die Anerkennung von Konkursdekreten und Insolvenzmassnahmen, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden. Die FINMA kann das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung stellen, wenn im ausländischen Insolvenzverfahren die nach Art. 219 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) 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 (Art. 37g Abs. 2 BankG).

**3.2** Dieses abgekürzte bzw. vereinfachte Verfahren bezweckt, dass ausländische Bankenkonkursliquidatoren rasch und effizient in der Schweiz belegene Vermögenswerte zu Gunsten der ausländischen Bankengläubiger repatriieren können, dies vor dem Hintergrund, dass die Schweiz als internationaler Finanzplatz zahlreiche Berührungspunkte zu ausländischen Banken und anderen ausländischen bewilligten Finanzintermediären hat, ohne dass diese effektiv Gläubiger in der Schweiz haben (Urteil des BVGer B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 E. 3.1 m.H.). Ein aufwendiges Partikularverfahren soll nicht in allen Fällen Anwendung finden müssen. Die Vorinstanz soll neben dem ausländischen Insolvenzverfahren auch die dort eingesetzten Administratoren anerkennen können, wenn die Gleichbehandlung der Gläubigerinnen und Gläubiger in der Schweiz und die Berücksichtigung der ihnen nach Schweizer Recht zukommenden Privilegierung gewährleistet wird. Die Liquidation des Partikularvermögens kann auch so in vereinfachter Form unter Aufsicht der Vorinstanz erfolgen. Verschiedene ausländische Rechtssysteme – wie insbesondere die USA mit dem Verfahren nach dem US-Chapter 15 – kennen ähnliche Regelungen. Mit dieser grösseren Flexibilität ist es auch besser möglich, bei in mehreren Ländern tätigen Banken eine bessere Koordination und damit im Sinne des Anlegerschutzes eine schnellere und effizientere Abwicklung der verschiedenen nationalen Insolvenzverfahren zu ermöglichen (Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes [Sicherung der Einlagen] vom 12. Mai 2010 [nachfolgend: Botschaft Einlagensicherung], BBI 2010 4009). Die Möglichkeit, auf ein Hilfskonkursverfahren zu verzichten, führt zu einer wesentlich gesteigerten Verfahrenseffizienz (vgl. RETO SCHILDKNECHT, Entwicklungen im Bankeninsolvenzrecht, in: Thomas Sprecher [Hrsg.], Sanierung und Insolvenz in Unternehmen Vorinstanz, Zürich 2014, S. 77 ff., 91; RETO SCHILDKNECHT/DAVID BILLETER, Die internationale Durchsetzung von Insolvenz-

massnahmen bei Banken – eine Bestandesaufnahme, in: Weber/Stoffel/Chenaux/Sethe [Hrsg.], Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 441 ff., 458 f.).

**3.3** Ermächtigt die Vorinstanz die ausländische Insolvenzverwaltung, über die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte der Gemeinschuldnerin zu verfügen, so erhält diese damit lediglich die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis. Es ist ihr damit erlaubt, in der Schweiz jene Rechtshandlungen vorzunehmen, die der ausländischen Bank selbst zustünden. Die Vorinstanz kann der ausländischen Behörde dabei Auflagen machen und die Rechtshandlungen überwachen (vgl. RENATE SCHWOB/THOMAS S. MÜLLER, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Ausgabe März 2014, Art. 37g Rz. 21; DANIEL STAEHELIN, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 37g Rz. 8k ff.).

**3.4** Mit der neuen Bestimmung von Art. 174a sieht nun auch das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291) die Möglichkeit des Verzichts auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens vor. Neben der Analogie zur Regelung von Art. 37g Abs. 2 BankG (vgl. FRANCO LORANDI, Die Revision des internationalen Insolvenzrechts [Art. 166 ff. IPRG], in: Markus/Hrubesch-Millauer/Rodriguez [Hrsg.], Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 196) fallen auch verschiedene Abweichungen in den Formulierungen auf: Anders als in Art. 37g Abs. 2 BankG führt der Verzicht auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens gemäss Art. 174a Abs. 4 IPRG nicht zu einem Zurverfügungstellen des in der Schweiz belegenen Vermögens an die ausländische Insolvenzmasse, sondern lediglich zur Berechtigung der ausländischen Konkursverwaltung, unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben, die ihr nach dem Recht des Staates der Konkurseröffnung zustehen; sie darf insbesondere Vermögenswerte ins Ausland verbringen und Prozesse führen. Diese Befugnisse umfassen dagegen nicht die Vornahme hoheitlicher Handlungen, die Anwendung von Zwangsmitteln oder das Recht, Streitigkeiten zu entscheiden (Art. 174a Abs. 4 IPRG; vgl. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, IPRG/LugÜ Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 174a Rz. 6). Ein Zurverfügungstellen des in der Schweiz belegenen Vermögens durch die Vorinstanz an die ausländische Insolvenzmasse (vgl. den frz. Gesetzestext "remettre la patrimoine situé en Suisse à la masse en faillite étrangère"), wie es Art. 37g Abs. 2 BankG vorsieht, setzt begriffsnotwendig voraus, dass die Vorinstanz ihrerseits über diese Aktiven verfügen kann. Eine analoge Formulierung, dass Vermögen



der ausländischen Konkursmasse zur Verfügung gestellt werde, findet sich nicht in Art. 174a IPRG, wohl aber in Art. 173 Abs. 1 IPRG, der das Vorgehen *nach* der Durchführung eines Partikularkonkurses regelt, d.h. nachdem die zuständige schweizerische Konkursbehörde die Verfügung über das in der Schweiz belegene Vermögen erlangt, die Gläubigerkategorien nach Art. 172 Abs. 1 IPRG befriedigt hat und ein Überschuss verbleibt.

**3.5** Diese Unterschiede in den Formulierungen von Art. 37g Abs. 2 BankG und Art. 174a IPRG zeigen, dass das Spektrum der möglichen Verfügungen, welche die Vorinstanz gestützt auf Art. 37g Abs. 2 BankG bei einem Verzicht auf die Durchführung eines inländischen Verfahrens treffen kann, mehr umfasst als nur eine Ermächtigung der ausländischen Konkursverwaltung, wie sie Art. 174a Abs. 4 IPRG vorsieht, und allfällige Auflagen in Bezug auf deren Tätigkeit. Sowohl die Formulierung, dass das in der Schweiz belegene Vermögen der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung gestellt werden kann, wie auch die Anforderung, dass dies nur zulässig ist, wenn u.a. pfandgesicherte Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt werden, implizieren, dass die Vorinstanz auch bei einem Verzicht auf die Durchführung eines inländischen Verfahrens die Kompetenz hätte, allfällige Pfandgläubiger verfügungsweise aufzufordern, die in deren Besitz befindlichen Vermögenswerte zur Verfügung zu stellen (vgl. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG, Art. 17 der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vom 30. August 2012 [BIV-FINMA, SR 952.05]; STAEHELIN, a.a.O. Art. 37g Rz. 8m).

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, die Gleichbehandlung pfandgesicherter Gläubiger sei im Vergleich zum antiguianischen Recht nicht garantiert. Die Vorinstanz stützte sich in ihrer Begründung im Wesentlichen auf die Argumentation der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführerin hält dafür, dass sich die Anerkennung eines ausländischen Konkurses nach den Art. 166-175 IPRG richte, sofern das BankG keine abweichenden Regelungen treffe. Auch wenn das BankG anwendbar sei, müssten die generellen Anerkennungsvoraussetzungen, namentlich die formellen, erfüllt sein. Die Prüfung der Voraussetzungen habe im konkreten Fall zu erfolgen. Eine abstrakte Prüfung des antiguianischen und englischen Rechts verkenne diese Prinzipien in mehrfacher Hinsicht. Das antiguianische Recht ermögliche den Pfandgläubigern zwar, das Pfand zu behalten oder zu realisieren, um die Forderung zu befriedigen, doch

seien die Auswirkungen des Entscheids der Vorinstanz auf die Rechtsgültigkeit des Pfandes und die Folgen der Aushändigung der Vermögenswerte an die Liquidatoren in der angefochtenen Verfügung nicht behandelt worden. Es sei davon auszugehen, dass die SIB und die Beschwerdegegnerin alles daran setzten, das Pfandrecht und die Forderung in Frage zu stellen. Dieses Risiko bestätige auch das von der Beschwerdeführerin eingereichte Rechtsgutachten. Die Ansicht, wonach pfandgesicherte Gläubiger ein "proprietary right" an den verpfändeten Vermögenswerten besässen, das von einem Insolvenzverfahren unberührt bleibe, sei falsch. Nach antiguaischem und englischem Recht seien das Faustpfand und das Retentionsrecht wie im schweizerischen Recht beschränkte dingliche Rechte, die eine Rückgabe des Pfandobjekts (Besitz) an den Schuldner nicht überdauern. Im Falle der Rückgabe der fraglichen Vermögenswerte an die Beschwerdegegnerin würden die antiguaischen Gerichte Bestand und Geltung des Pfandes überprüfen. Es könne nicht mit Sicherheit angenommen werden, dass diese dann schweizerisches Recht anwenden würden; vielmehr würde diese Frage nach antiguaischem Recht beurteilt werden. Die antiguaischen Richter würde das Pfandrecht als "equitable charge" qualifizieren, was gemäss Section 250(1) Companies Act eine Registrierung voraussetze, ansonsten es nicht anerkannt würde. Diese Bestimmung finde Anwendung auf alle Aktiven einer nach antiguaischem Recht gegründeten Gesellschaft, auch wenn diese sich im Ausland befänden. Die Ausnahme von der Registrierungspflicht gemäss Section 250(3) Companies Act würde zumindest teilweise keine Anwendung finden, da es sich bei den in Frage stehenden Vermögenswerten nicht nur um "goods" im Sinne dieser Bestimmung handle. Aus diesen Gründen seien die Schlussfolgerungen der Gutachterin der Beschwerdegegnerin falsch. Es sei offensichtlich, dass ein Hilfskonkursverfahren, in dessen Rahmen über das Pfandrecht zu entscheiden wäre, der geeignetste Weg für die Beschwerdeführerin sei. Die Annahme der Vorinstanz, wonach der geltend gemachte Schadenersatzanspruch aller Voraussicht nach voll befriedigt würde, sei falsch: Die Anwaltskosten für das Verfahren in den USA würden sich zwischenzeitlich auf USD 5 Mio. belaufen, wobei eine allfällige Verurteilung noch nicht eingerechnet sei. Daher sei die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihre Forderung im Konkurs der Beschwerdegegnerin anmelden könne, zentral. Eine Verschiebung der Vermögenswerte an die Liquidatoren in Antigua würde die Situation komplizieren und das Risiko sich widersprechender Urteile erhöhen.

**4.2** Die Vorinstanz erklärt, es sei wichtig festzuhalten, worüber sie eigentlich verfügt habe. Sie habe keine dritte Partei – wie bspw. die Beschwerdeführerin – dazu verpflichtet, der Beschwerdegegnerin bei Vorlage des Dispositivs bedingungslos Vermögenswerte auszuhändigen oder auf diese zu übertragen. Die Beschwerdegegnerin werde zunächst einmal berechtigt, Forderungen im Zusammenhang mit in der Schweiz belegenem Vermögen (vorliegend Konto- und Depotguthaben) der Gesellschaft gegenüber Dritten geltend zu machen. Erst nach erfolgreicher Geltendmachung und allfälliger gerichtlicher Durchsetzung könne gegebenenfalls ein Transfer des realisierten Vermögens nach Antigua erfolgen. Den betroffenen Banken bleibe es unbenommen, gegenüber der Beschwerdegegnerin ein Retentionsrecht geltend zu machen und die Herausgabe von Vermögenswerten unter Hinweis auf potentielle Gegenansprüche und allfällige Pfandrechte zumindest bis auf weiteres zu verweigern. Die Beschwerdegegnerin müsse dann den Zivilrechtsweg beschreiten und ihren Anspruch klageweise geltend machen. Die Beschwerdeführerin könne ihren behaupteten pfandgesicherten Schadenersatzanspruch im antiguanischen Konkursverfahren geltend machen bei gleichzeitiger Verweigerung der Herausgabe der von ihr verwalteten Vermögenswerte, bis durch ein Schweizer Gericht oder ein auf Schweizer Recht beruhendes Gutachten geklärt würde, ob ein Pfandrecht bestehe, ob und in welcher Höhe die Beschwerdeführerin einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Beschwerdegegnerin habe und ob ein allfälliges Pfand verwertet und zur Befriedigung eines solchen in den USA begründeten Anspruchs herangezogen werden könne. Bei einem positiven Ausgang könne sodann eine Verrechnung mit den bei ihr belegenen Vermögenswerten erfolgen, bei einem negativen Ausgang müsste sie diese transferieren. Würde der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt, wäre bei Geltendmachung einer pfandgesicherten Forderung durch einen Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz die Anordnung eines vereinfachten Verfahrens unmöglich. Im Ergebnis könne eine Gefährdung des Bestands eines vermeintlichen Pfandrechts der Beschwerdeführerin bis zur abschliessenden rechtlichen Klärung seines Bestehens sowie des Bestehens eines damit gesicherten Anspruchs aber wie dargelegt ohnehin ausgeschlossen werden.

**4.3** Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass nach schweizerischem Konkursrecht pfandgesicherte Forderungen aus dem Erlös der Pfänder vorweg bezahlt würden und pfandgesicherte Gläubiger nach dem Recht von Antigua und Barbuda genauso privilegiert würden. Das antiguanische Recht kenne, im Einklang mit der englischen Rechtstradition, das Konzept des Pfandrechts und die Pfandgläubiger würden im Konkurs privilegiert,

indem sie vor anderen Gläubigern aus der Verwertung des Pfandes vorweg bezahlt würden bzw. sich bezahlt machen könnten, ohne das Pfand herausgeben zu müssen. Den Anforderungen von Art. 37g Abs. 2 BankG sei damit Genüge getan. Im vorliegenden Verfahren sei nicht zu prüfen, ob das behauptete Pfandrecht bestehe, dies sei Sache des Zivilrichters. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten setze sich nur mit der Frage auseinander, ob nach antiguanischem Recht ein Pfandrecht bestehe und gehe insofern an der Sache vorbei. Die Beschwerdeführerin vermische die Frage der gleichwertigen Behandlung mit der Frage, ob überhaupt ein gültiges Pfandrecht vorliege. Ferner sei nicht ersichtlich, inwiefern die Gefahr sich widersprechender Urteile bestehe. Auch die von der Beschwerdeführerin angeführte Komplexität der verschiedenen Verfahren sei kein Grund für die Durchführung eines schweizerischen Hilfskonkursverfahrens. Die Vorinstanz habe alle Voraussetzungen geprüft und als erfüllt erachtet: Sie habe einen Rechtsvergleich durchgeführt, geprüft, ob die von der Beschwerdeführerin im ersten Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht vorgebrachten Bedenken oder andere Gründe vorliegen würden, die gegen eine gleichwertige Behandlung sprechen würden, den unbestimmten Rechtsbegriff der Gleichwertigkeit ausgelegt und durch spezifische Auflagen an die Beschwerdegegnerin den Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen.

**4.4** Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet lediglich die Anordnung des abgekürzten Verfahrens gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG. Soweit die Beschwerdeführerin Einwände gegen die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets vorbringt oder Ausführungen dazu macht, ist festzuhalten, dass diese nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Die Entscheide des Eastern Caribbean Supreme Court, High Court of Justice Antigua and Barbuda, vom 28. Oktober 2013 betreffend "winding up" der Beschwerdegegnerin, sowie vom 21. März 2014 betreffend Ernennung der Liquidatoren sind mit Wirkung für die Schweiz rechtskräftig anerkannt.

In Bezug auf die Anordnung des abgekürzten Verfahrens ist einzig bestritten, ob die Voraussetzung der gleichwertigen Behandlung von Pfandgläubigern nach Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG erfüllt ist. Die weiteren Voraussetzungen von Art. 37g Abs. 2 BankG – die Gleichbehandlung privilegierter Gläubiger und die angemessene Berücksichtigung übriger Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz – sind vorliegend nicht zu prüfen, da keine entsprechenden Gläubiger bekannt sind. Dies wird von der Beschwerdeführerin auch nicht in Frage gestellt.

**4.5** Wie bereits dargelegt, bindet das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, mit dem die Sache zurückgewiesen wurde, nicht nur die Vorinstanz, sondern auch das Bundesverwaltungsgericht selbst, unter Vorbehalt eigentlicher Revisionsgründe (vgl. E. 1.2). Nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 die Vorinstanz angewiesen hat, vor einer erneuten Entscheidung darüber, ob ein Hilfskonkurs durchzuführen sei oder ob darauf verzichtet werden dürfe, zu prüfen, ob pfandgesicherte Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Insolvenzverfahren gleichwertig i.S.v. Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG behandelt würden, kann das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren die Frage nicht mehr aufwerfen, ob die Prüfung überhaupt erforderlich ist, wenn die Vorinstanz – wie im vorliegenden Fall – die schweizerischen Schuldner der ausländischen Gemeinschuldnerin nicht angewiesen hat, ihr die in Frage stehenden Vermögenswerte auszuliefern, damit sie in der Folge das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung stellen könnte, sondern lediglich die ausländische Gemeinschuldnerin ermächtigt hat, ihre in der Schweiz belegenen Guthaben gegenüber den jeweiligen Schuldnern geltend zu machen.

**4.6** Wann die Behandlung der pfandgesicherten Gläubiger nach ausländischem Recht gleichwertig ist mit derjenigen nach Schweizer Recht, wird im Gesetz nicht näher definiert. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung der Vorinstanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht (Urteil des BVGer B-6065/2015 vom 6. Mai 2016 E. 4). Die Botschaft führt hierzu lediglich aus, dass die FINMA ausländische Insolvenzverfahren sowie die dort eingesetzten Administratoren ohne zwingende Durchführung eines Partikularverfahrens in der Schweiz anerkennen können soll, wenn die Gleichbehandlung der Gläubiger in der Schweiz und die Berücksichtigung der ihnen nach Schweizer Recht zukommenden Privilegierung gewährleistet wird ("soient dûment pris en compte"; Botschaft Einlagensicherung, BBl 2010 4009, 4021; vgl. SCHWOB/MÜLLER, a.a.O., Art. 37g Rz. 18).

Die Vorinstanz hat den Begriff der gleichwertigen Behandlung ausgehend von einer von ihr getroffenen Verfügung vom 28. August 2012 betreffend die Anerkennung von ausländischen Bankeninsolvenzverfahren ohne Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens in der Schweiz (publiziert in: FINMA Bulletin 4/2013, S. 128 ff., Rz. 60-67) und gestützt auf die Materialien sowie unter Berücksichtigung einschlägiger Literatur wie folgt ausge-

legt: Eine gleichwertige Behandlung bzw. eine Gewährleistung der Privilegierung sei dann gegeben, wenn ein Gläubiger unabhängig davon, ob er die Forderung in der Schweiz in einem Konkursverfahren oder im Ausland nach dem entsprechenden Insolvenzverfahren eingebe, in gleichem Masse behandelt werde. Unerheblich sei dabei, ob ein (pfandgesicherter oder) privilegierter Gläubiger im ausländischen Verfahren die gleiche Dividende erziele, wie wenn er seine Forderung im Rahmen eines Hilfssanierungsverfahrens befriedigt erhalten hätte. Dieser Umstand sei durch die von Art. 37g Abs. 2 BankG vorgesehene Teilnahme am ausländischen Verfahren naturgemäss bedingt, werde 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 Konkursverfahren vorgesehene bevorzugte Befriedigung am in der Schweiz erhältlichen Vermögen durch die daran teilnehmenden Gläubiger werde nicht geschützt. Eine gleichwertige Behandlung der pfandgesicherten und privilegierten Forderungen sei dann zu bejahen, wenn das Privileg im ausländischen Insolvenzverfahren in seiner Rangordnung und in seinem Umfang gleich wie in einem schweizerischen Verfahren berücksichtigt werde und aufgrund dieser Umstände einem Gläubiger so im ausländischen Verfahren voraussichtlich die gleiche Dividende zukäme, wie wenn das Verfahren als Hauptkonkursverfahren in der Schweiz stattfinden würde. Geringfügige Unterschiede, wie sie sich bspw. aufgrund unterschiedlicher Verwertungskosten ergeben könnten, blieben indessen zulässig. Diese Auslegung ist nicht zu beanstanden. Sie wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht gerügt.

**4.7** Nach schweizerischem Recht sind die pfandgesicherten Forderungen insofern privilegiert, als sie aus dem Ergebnis der Verwertung der Pfänder vorweg bezahlt werden (Art. 219 Abs. 1 SchKG). Der ungedeckte Betrag der pfandgesicherten Forderungen ist diesbezüglich nicht privilegiert; er wird seinem Rang gemäss aus dem Erlös der ganzen übrigen Konkursmasse gedeckt (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Für die Beantwortung der Frage, ob pfandgesicherte Forderungen im antiguianischen Verfahren gleichwertig behandelt werden, ist daher mit dieser Behandlung zu vergleichen.

**4.8** Das Bankengesetz enthält keine verfahrensrechtliche Regelung für die Frage, wie der Inhalt des massgeblichen ausländischen Rechts festzustellen ist. Eine derartige Regelung findet sich hingegen in Art. 16 Abs. 1 IPRG: Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen. Indessen kann die Mitwirkung der Parteien verlangt wer-

den. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis den Parteien überbunden werden (Art. 16 Abs. 1 IPRG). Auch wenn das Bankengesetz keinen ausdrücklichen Verweis auf diese Bestimmung enthält, ist aus systematischen und teleologischen Gründen davon auszugehen, dass die in dieser Bestimmung festgelegten Grundsätze auch bei der vorfrageweisen Feststellung von ausländischem Recht im Kontext der Prüfung, ob die Voraussetzungen für ein abgekürztes Verfahren gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG gegeben sind, zur Anwendung kommen.

**4.9** Gestützt auf das von der Beschwerdegegnerin eingereichte Rechtsgutachten vom 4. Januar 2016 der auf Antigua praktizierenden Anwältin C. \_\_\_\_\_ QC, die von ihr eingereichten Gesetzestexte und weitere öffentlich zugängliche Informationen stellte die Vorinstanz das massgebliche antiguanische Recht wie folgt fest:

**4.9.1** Das Rechtssystem von Antigua und Barbuda basiere auf dem englischen Common Law. Seit 1981 sei Antigua und Barbuda als Teil des Commonwealth of Nations ein vom Vereinigten Königreich unabhängiger Staat, wobei die englische Königin Staatsoberhaupt sei. Unter gewissen Umständen finde das Recht von England direkte Anwendung in Antigua. In Insolvenzverfahren würden bei Fehlen von lokalen gesetzlichen Vorschriften, die englischen Insolvenzgesetze angewendet (Insolvency Act und Insolvency Rules UK [1986]). Aus den massgeblichen Rechtsgrundlagen ergebe sich, dass pfandgesicherte Gläubiger ein Recht ("proprietary right") an den verpfändeten Vermögenswerten besässen, das von einem Insolvenzverfahren unberührt bleibe. Pfandgesicherte Gläubiger würden auch im Insolvenzverfahren in Antigua und Barbuda aus der Verwertung der Pfänder vorweg bezahlt. Dies sei ein fundamentaler Grundsatz aus dem englischen Common Law (English law of property), auf welches sich das Recht von Antigua und Barbuda stütze. Im Rechtsgutachten werde ausgeführt, dass dieser Grundsatz nicht ausdrücklich in den antiguanischen Insolvenzbestimmungen kodifiziert worden sei, doch werde er in verbindlichen Texten zum Common Law wiedergegeben und untermauere das Regime zur Befriedigung von Verbindlichkeiten insolventer Unternehmen, wie es im antiguanischen Companies Act und im Bankruptcy Act geregelt sei.

**4.9.2** Die Vorinstanz stellte fest, dass sich aus dem antiguanischen Bankruptcy Act ergebe, dass der pfandgesicherte Gläubiger unabhängig vom Insolvenzverfahren und damit vorrangig vor anderen Gläubigern aus dem Pfand befriedigen könne, und dass er mit einer allfälligen Restforderung im Anschluss an eine Pfandverwertung an einer Schlussverteilung teilnehmen

könne ("On the making of a receiving order an official receiver shall be thereby constituted receiver of the property of the debtor, and thereafter except as directed by this Act, no creditor to whom the debtor is indebted in respect of any debt provable in bankruptcy shall have any remedy against the property or person of the debtor in respect of the debt, or shall commence any action or other legal proceedings unless with the leave of the Court, and on such terms as the Court may impose. This section shall not affect the power of any secured creditor to realize or otherwise deal with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it if this section had not been passed." [Section 9]. "If a secured creditor realizes his security, he may prove for the balance due to him, after deducting the net amount realized." [Second Schedule, Section 9]).

**4.9.3** Die Vorinstanz verweist schliesslich auf den seit dem Jahr 2016 geltenden antiguanischen International Banking Act, der die bevorzugte Stellung von pfandgesicherten Gläubigern insolventer Banken nunmehr expressis verbis regle und vorsehe, dass pfandgesicherte Gläubiger sich aus dem Pfand befriedigen oder eine Übertragung des Pfands verlangen können, während sich alle anderen Gläubiger der in einem Insolvenzverfahren geltenden Rangordnung unterwerfen müssen und eine davon abhängige Befriedigung erfahren ("In any liquidation of a licensed financial Institution's assets, allowed secured claims shall be paid to the extent of the realization of the security or the security shall be delivered to the secured creditor." [Section 152(1)]). Auch wenn unklar sei, ob der neu in Kraft getretene International Banking Act auf das Insolvenzverfahren über der Beschwerdeführerin anwendbar sei, lasse sich daraus die vorrangige Stellung von pfandgesicherten Gläubigern in antiguanischen Insolvenzverfahren entnehmen.

**4.9.4** Diese Feststellungen sind an sich nicht bestritten.

**4.10** Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, als die Frage, ob das massgebliche ausländische Recht eine gleichwertige Privilegierung von pfandgesicherten Forderungen vorsieht, grundsätzlich nicht unabhängig von der Frage beantwortet werden kann, ob das betreffende ausländische Recht ein vergleichbares Verständnis von Pfandrechten hat oder ob allenfalls gewisse Pfandarten, die nach schweizerischem Recht vorgesehen sind und gemäss Art. 219 Abs. 1 SchKG zu einer Privilegierung im Konkurs führen, im ausländischen Recht nicht bekannt sind und die entsprechenden pfandgesicherten Forderungen deshalb keine gleichwertige



Privilegierung erfahren würden. Auch die Frage, ob Unterschiede zwischen den jeweiligen Konkursverfahren dazu führen könnten, dass pfandgesicherte Forderungen durch die Modalitäten der Rechtshilfe ihre Privilegierung verlieren würden, erscheint nicht von vornherein irrelevant.

**4.10.1** Im vorliegenden Fall basiert die Argumentation der Beschwerdeführerin und ihres Rechtsgutachters C. \_\_\_\_\_ QC indessen auf der Annahme, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin angewiesen habe, der Beschwerdegegnerin deren Vermögenswerte herauszugeben. Diese Annahme ist unzutreffend. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin weder verfügungsweise aufgefordert, ihr oder der Beschwerdegegnerin die in ihrem Besitz befindlichen Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin zur Verfügung zu stellen, noch durch die Eröffnung eines inländischen Hilfskonkursverfahrens eine derartige Pflicht implizit ausgelöst (vgl. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG, Art. 17 BIV-FINMA; vgl. E. 3.5 in fine). Die Vorinstanz hat lediglich die Beschwerdegegnerin ermächtigt, ihre Konto- und Depotguthaben gegenüber mehreren Banken, darunter auch die Beschwerdeführerin, sowie deren möglichen Rechtsnachfolgern geltend zu machen. Die Beschwerdegegnerin erhält durch diese Ermächtigung nur die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis (vgl. E. 3.3). Es wird der ausländischen Konkursverwaltung damit erlaubt, in der Schweiz jene Rechtshandlungen vorzunehmen, die der ausländischen Bank selbst zustünden, wenn sie noch durch ihre eigenen Organe handeln könnte, d.h. sie kann von in der Schweiz domizilierten Schuldnern die Erfüllung der Forderung verlangen. Verweigert ein Schuldner die Zahlung, kann die ausländische Insolvenzverwaltung lediglich eine zivilrechtliche Klage einreichen (vgl. STAEHELIN, a.a.O., Art. 37g Rz. 8k), so dass die Beschwerdeführerin in jenem Verfahren ihre Zahlungs- und Herausgabepflicht bestreiten könnte. Eine Verfügungskompetenz, um der Beschwerdeführerin gegenüber die Herausgabe dieser Vermögenswerte anzuordnen, enthält diese Ermächtigung dagegen nicht. Sie könnte der Beschwerdegegnerin durch die Vorinstanz auch gar nicht delegiert werden, da die Delegation einer Verfügungskompetenz nur gestützt auf eine hinreichende Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn möglich wäre (BGE 138 II 134 E. 5.1; 137 II 409 E. 6.1 ff.) und gegenüber einer ausländischen Behörde ohnehin nicht vorstellbar ist.

**4.10.2** Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin sich für das von ihr geltend gemachten Pfand- und Retentionsrecht auf Verträge beruft, die schweizerisches Recht als anwendbar und einen schweizerischen Gerichtsstand für zuständig erklären. Da und solange die Vorinstanz im konkreten Fall die Beschwerdeführerin nicht verfügungsweise angewiesen hat,

die bei ihr belegenen Vermögenswerte herauszugeben, sondern lediglich die Beschwerdegegnerin ermächtigt, diese auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen, ist nicht ersichtlich, warum das Risiko bestehen sollte, dass die Fragen nach Bestand und Begründetheit des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Pfand- und Retentionsrechts durch ein antiguanisches Gericht oder nach antiguanischem Recht beurteilt werden würden. Die von der Beschwerdeführerin bzw. von ihrem Rechtsgutachter dargelegten Bedenken in Bezug auf die fehlende Registrierung oder einen allfälligen Rechtsverlust wegen der Herausgabe des Pfandgegenstands sind daher nicht nachvollziehbar. Aus den gleichen Gründen ist auch nicht nachvollziehbar, inwiefern die von der Beschwerdeführerin gerügten widersprüchlichen Aussagen der Beschwerdegegnerin bezüglich der Frage, ob bereits ein Schuldenruf erfolgt sei oder nicht, und die diesbezügliche Unsicherheit das von ihr behauptete Pfand- und Retentionsrecht beeinträchtigen könnten.

**4.11** Die Rüge der Beschwerdeführerin, im vorliegenden Fall seien die Voraussetzungen für die Anordnung eines abgekürzten Verfahrens in der Form der von der Vorinstanz verfügten Ermächtigung der Beschwerdegegnerin nicht gegeben gewesen, erweist sich daher als unbegründet.

## **5.**

**5.1** Aufgrund der "kann"-Formulierung in Art. 37g Abs. 2 BankG besteht kein Anspruch auf Anwendung dieser Bestimmung, selbst wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Es liegt somit im Ermessen der Vorinstanz, zu entscheiden, ob sie die Anordnung eines abgekürzten Verfahrens als zweckdienlich erachtet. Die Vorinstanz sieht praxisgemäss nur dann davon ab, wenn es aufgrund besonderer Umstände angezeigt ist.

**5.2** Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin, wie dargelegt, anlässlich des ihr von der Vorinstanz gewährten rechtlichen Gehörs keine Gründe vorgebracht, die im Rahmen dieses Ermessensentscheids gegen die Anordnung eines abgekürzten Verfahrens sprechen würden. Erst im Rechtsmittelverfahren macht sie geltend, das Rechtshilfeersuchen der US-Behörden an das BJ sei nicht angemessen berücksichtigt worden. Im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens sei das Pfandrecht nach Art. 74a Abs. 4 des Rechtshilfegesetzes vom 20. März 1981 (IRSG, SR 351.1) zu prüfen. Weiter bestehe die Gefahr sich widersprechender Urteile. Die paulianische Anfechtung der Hilfskonkursmasse der SIB gegenüber der Beschwerdegegnerin sei vor erster Instanz erfolgreich gewesen. Die Liquidation der in

der Schweiz belegenen Vermögenswerte habe daher unter der Kontrolle der Schweizer Behörden stattzufinden, die auch das Problem der paulianischen Anfechtung berücksichtigen könnten. Zudem bilde die Anordnung eines Hilfskonkursverfahrens die Regel, die Aushändigung der Vermögenswerte ohne Hilfskonkursverfahren die Ausnahme.

**5.3** Die Vorinstanz legt dar, der Vorwurf der Beschwerdeführerin, wonach die Konsequenzen der Beschlagnahme durch das BJ und des damit verbundenen Rückführungsersuchens sowie die paulianische Anfechtung durch die SIB nicht ausreichend berücksichtigt worden seien, sei unklar. Jedenfalls seien von diesen Punkten nur Dritte und deren Interessen betroffen, auf die sich die Beschwerdeführerin nicht berufen könne, um ihre Beschwerde zu begründen. Das Bundesverwaltungsgericht habe ihr die Beschwerdelegitimation nur zuerkannt, soweit sie direkt und unmittelbar in ihren eigenen rechtlich geschützten Interessen betroffen sei. Mögliche Ermessensfehler zulasten Dritter könne sie nicht nutzen, um im Ergebnis die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens zu erzwingen. Davon abgesehen seien die genannten Umstände in die Ermessensentscheidung eingeflossen. Die durch die US-Behörden erwirkte Beschlagnahme von Vermögenswerten der Beschwerdegegnerin und damit auch die angestrebte Repatriierung der betroffenen Vermögenswerte hätten keinen Einfluss auf die Ermessensausübung gehabt.

**5.4** Die Beschwerdegegnerin führt aus, sie sei über das Rechtshilfeersuchen nicht informiert worden. Damit habe die Beschwerdeführerin ihre auftragsrechtlichen Informationspflichten verletzt. Es werde nicht begründet, weshalb das Rechtshilfeersuchen beim Entscheid über das abgekürzte Verfahren zu berücksichtigen sei. Dieses stehe in keinem Zusammenhang zum vorliegenden Verfahren und zur Frage, ob die Beschwerdeführerin als pfandgesicherte Gläubigerin im antiguanischen Insolvenzverfahren gleichwertig wie in der Schweiz behandelt werde. Soweit deliktisches Vermögen vorliege, gehe die Herausgabe an den im Rahmen der Rechtshilfe in Strafsachen ersuchenden Staat den (behaupteten oder tatsächlichen) Ansprüchen der Konkursgläubiger ohnehin vor. Darüber entscheide die zuständige Verwaltungsbehörde, das BJ, wobei es genüge, wenn der ersuchende Staat die deliktische Herkunft der beanspruchten Vermögenswerte glaubhaft mache. Der Vorrang der strafrechtlichen Einziehung gelte unabhängig davon, ob das abgekürzte Verfahren zur Anwendung komme oder ein Hilfskonkursverfahren durchgeführt werde. In jedem Fall bilde nur jenes Vermögen Teil der Konkursmasse der Beschwerdegegnerin, das nicht im Rahmen der Rechtshilfe in Strafsachen an die US-Behörden herausgegeben

oder von den Schweizer Behörden eingezogen werde. Auch habe die paulianische Anfechtung der schweizerischen Hilfskonkursmasse der SIB keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren. Dasselbe gelte für die Kollokationsklage der Beschwerdeführerin gegenüber der SIB. Die Beschwerdeführerin versuche offensichtlich, das vorliegende Verfahren durch eine Vermischung mit anderen Prozessen zu verkomplizieren, damit die eigentliche rechtliche Frage in den Hintergrund rücke. Ferner sei nicht ersichtlich und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht begründet, weshalb der Verzicht auf einen schweizerischen Hilfskonkurs zu widersprüchlichen Entscheidungen führen solle.

**5.5** Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Anordnung eines Hilfskonkursverfahrens die Regel, die Aushändigung der Vermögenswerte ohne Hilfskonkursverfahren die Ausnahme bilde, findet im Gesetz und der Botschaft keine Stütze (vgl. E. 3.2 und 5.1). Art. 37g Abs. 2 BankG räumt der Vorinstanz die Kompetenz ein, das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung stellen, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens in der Schweiz die Regel ist und nur ausnahmsweise das abgekürzte Verfahren angeordnet werden kann (vgl. auch STAEHELIN, a.a.O., Art. 37g Rz. 8d; SCHWOB/MÜLLER, a.a.O., Art. 37g Rz. 20).

**5.6** Gestützt auf ein Rechtshilfeersuchen der US-Behörden wurden u.a. die fraglichen Vermögenswerte beschlagnahmt. Der Entscheid über das Rechtshilfeersuchen obliegt dem BJ. Der Beschwerdeführerin wurde – wie sie dem Gericht zur Kenntnis brachte – das in Art. 74a Abs. 5 Halbsatz 1 IRSG vorgesehene Recht eingeräumt, allfällige Ansprüche geltend zu machen. Die Beschwerdeführerin hat gemäss eigenen Angaben dem BJ die Abweisung des Rechtshilfeersuchens beantragt, eventualiter die Sistierung bis zum Entscheid über die Kollokationsklage der Beschwerdeführerin im Hilfskonkursverfahren der SIB beim erstinstanzlichen Gericht und dem Entscheid im vorliegenden Beschwerdeverfahren. Damit ist gemäss Art. 74a Abs. 5 IRSG die Freigabe der betreffenden Vermögenswerte an den ersuchenden Staat bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben. Die streitigen Vermögenswerte dürfen dem Berechtigten nur herausgegeben werden, wenn einer der Tatbestände von Art. 74a Abs. 5 Bst. a-c IRSG vorliegt (MICHAEL AEPPLI, in: Niggli/Heimgartner [Hrsg.], Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Basel 2015, Art. 74a IRSG Rz. 75). Ein Ent-

scheid des BJ über das Rechtshilfeersuchen ist nach Angaben der Beschwerdeführerin bisher nicht ergangen. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung diesbezüglich erwogen, die durch die US-Behörden erwirkte Beschlagnahme des BJ betreffend das Konto der Beschwerdegegnerin bei der Beschwerdeführerin stelle sowohl im vereinfachten Verfahren als auch in einem Hilfskonkursverfahren ein Hindernis dafür dar, diese Vermögenswerte für die antiguanische Hauptkonkursmasse bzw. die schweizerische Hilfskonkursmasse zu realisieren. Einfluss auf die Ermessensausübung durch die Vorinstanz habe dieser Umstand nicht. Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Es ist nicht ersichtlich, warum die Beschlagnahme der in Frage stehenden Vermögenswerte für die Frage, ob bei erfüllten Voraussetzungen ein abgekürztes Verfahren oder ein Hilfskonkurs durchzuführen sei, relevant sein sollte.

**5.7** Die Beschwerdeführerin hat eine Kollokationsklage im Hilfskonkursverfahren der SIB anhängig und ein Pfandrecht an den bei ihr belegenen Vermögenswerten der SIB geltend gemacht. Nach Angaben der Beschwerdeführerin ist bis anhin noch kein Entscheid des zuständigen Gerichts ergangen. Dabei handelt es sich nach den Feststellungen der Vorinstanz um dieselbe Forderung, welche die Beschwerdeführerin auch gegenüber der Beschwerdegegnerin geltend macht. Die Vorinstanz war zuerst davon ausgegangen, dass aus prozessökonomischen Gründen dasselbe Gericht eine allfällige Klage beurteilen solle, um Widersprüche zu vermeiden zwischen einem Urteil im Schweizer Kollokationsprozess und einem allfälligen Urteil in Antigua oder in der Schweiz, kam dann aber zum Schluss, dass aufgrund der unterschiedlichen Parteien, gegen welche diese Forderung der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird (die Hilfskonkursmasse der SIB einerseits und die Beschwerdegegnerin andererseits), eine Differenzierung in den sie betreffenden Urteilen unter Umständen zwingend notwendig sein könnte, weshalb sich an der Ermessensausübung zugunsten des vereinfachten Verfahrens nichts ändere. Die Beschwerdeführerin legt nicht konkret dar, weshalb dieser Kollokationsprozess gegen eine Anordnung des abgekürzten Verfahrens spricht, sondern führt lediglich aus, dass damit sich widersprechende Urteile riskiert würden. Die Kollokationsklage wird gegen die Hilfskonkursmasse der SIB geführt und bezweckt die Kollokation einer pfandgesicherten Forderung für entstandene Prozesskosten und eine allfällige Verurteilung in den USA, während die hier in Frage stehende, von der Beschwerdeführerin geltend gemachte pfandgesicherte Forderung sich gegen die Beschwerdegegnerin richtet. Die Frage allfälliger sich widersprechender Urteile sollte sich daher nicht stellen, da es sich um unter-

schiedliche Schuldnerinnen handelt. Vor allem aber ist nicht ersichtlich, warum aus diesem Grund ein schweizerisches Hilfskonkursverfahren durchgeführt werden sollte, statt im abgekürzten Verfahren die Beschwerdegegnerin zu ermächtigen, ihre in der Schweiz belegenen Vermögenswerte vor einem Schweizer Gericht geltend zu machen.

**5.8** Die Hilfskonkursmasse der SIB hat eine paulianische Anfechtungsklage in der Schweiz gegenüber der Beschwerdegegnerin erhoben. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zutreffend erwogen, der Umstand, dass die SIB tatsächlich an den in der Schweiz belegenen Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin berechtigt wäre, habe im antiguanischen Hauptkonkursverfahren dieselbe Wirkung wie in einem schweizerischen Hilfskonkursverfahren. Die Vermögenswerte gehörten in diesem Fall nicht zur Konkursmasse der Beschwerdegegnerin. Die Insolvenzmasse der Beschwerdegegnerin würde damit im gleichen Umfang vermindert, wie die Insolvenzmasse in einem schweizerischen Hilfskonkursverfahren. Mit Urteil vom 27. Juni 2017 hat das für die paulianische Anfechtungsklage zuständige Gericht die Herausgabe von USD 6 Mio. vom Konto der Beschwerdegegnerin bei der Beschwerdeführerin an die SIB angeordnet. Inwiefern sich daraus Umstände ergeben sollten, die gegen die Anordnung des abgekürzten Verfahrens sprechen würden, ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht ersichtlich.

**5.9** Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind daher nicht geeignet, den Ermessensentscheid der Vorinstanz, auf ein schweizerisches Hilfskonkursverfahren zu verzichten und ein abgekürztes Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG in der Form einer Ermächtigung der Beschwerdegegnerin, ihre in der Schweiz belegenen Vermögenswerte geltend zu machen, durchzuführen, als rechtsfehlerhaft erscheinen zu lassen.

## **6.**

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin die Edition des ungeschwärzten Anhangs B des Settlement Agreements vom 8. März 2013 bei der Vorinstanz.

**6.1** Die Vorinstanz führt dazu aus, sie habe dieses Dokument selber nur in dieser teilweise geschwärzten Fassung von der Beschwerdegegnerin erhalten. Ohnehin sei das Settlement Agreement zwischen anderen Parteien geschlossen worden und betreffe weder die Rechtsposition der Beschwerdeführerin noch diejenige der Beschwerdegegnerin. Es sei für die Prüfung der Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens rechtlich ohne Belang.

**6.2** Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, die Vorinstanz verfüge sehr wohl über das Settlement Agreement, was sich aus einem Schreiben der Vorinstanz an einen anderen Anwalt betreffend das Hilfskonkursverfahren der SIB ergebe. Das Settlement Agreement betreffe auch das im vorliegenden Fall in Frage stehende Konto der Beschwerdegegnerin bei der Beschwerdeführerin. Auch wenn die Beschwerdegegnerin das Settlement Agreement nicht unterzeichnet habe, ändere dies nichts daran, dass es von den Liquidatoren der SIB abgeschlossen worden sei – die den Konkurs der Beschwerdegegnerin verursacht hätten – der Receiver dies im Namen der Unternehmenseinheiten, die im Eigentum von Robert Allen Stanford waren oder von diesem kontrolliert wurden, abgeschlossen und gerichtlich genehmigt worden sei.

**6.3** Die Beschwerdegegnerin erklärt, sie sei nicht Partei dieser Vereinbarung. Diese ermächtige die Liquidatoren der SIB nur an den Vermögenswerten der SIB und der Stanford Trust Company Ltd., nicht an denjenigen der Beschwerdegegnerin. Das Settlement Agreement finde daher auf sie keine Anwendung. Sie bestreitet darüber hinaus, dass ihre Vermögenswerte bei der Beschwerdeführerin zu den "Swiss Assets" gemäss Anhang B gehörten.

**6.4** Die Vorinstanz bestreitet, dass sich aus dem von der Beschwerdeführerin genannten Schreiben in jenem anderen Verfahren ergebe, dass sie über den fraglichen Anhang in ungeschwätzter Form verfüge. Darin verweise sie lediglich auf die Existenz des Settlement Agreements und gebe dessen Fundstelle im Internet (ohne Anhänge) an.

**6.5** Das Akteneinsichtsrecht einer Partei bezieht sich auf Eingaben von Parteien, Vernehmlassungen von Behörden, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke und Niederschriften eröffneter Verfügungen, soweit sie zur jeweiligen Sache gehören (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Das Akteneinsichtsrecht beinhaltet dagegen keinen Anspruch, in Akten Einsicht zu nehmen, die nicht zur betreffenden Sache gehören (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.3; Urteile des BGer 8C\_292/2012 vom 19. Juli 2012 E. 5.1-5.4 und 2C\_63/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 3.2.3).

**6.6** Aus den von der Vorinstanz eingereichten Vorakten ergibt sich, dass das in Frage stehende Dokument durch die Beschwerdegegnerin eingereicht wurde, und zwar lediglich in der teilweise geschwätzten Fassung.

**6.7** Das Settlement Agreement wurde am 8. März 2013 geschlossen vom DOJ, den antiguanischen Liquidatoren der SIB und der Stanford Trust Company Ltd., dem "US District Court appointed Receiver" (Konkursverwalter) der SIB und weiteren Gruppengesellschaften, der SEC, einem gerichtlich eingesetzten "Examiner" sowie dem "Official Stanford Investors Committee". Gemäss der Vereinbarung sollen die in der Schweiz belegenen betroffenen Vermögenswerte in die USA gezogen und hernach im Verhältnis 2.2 zu 1 zwischen dem "Receiver" und den Liquidatoren der SIB und der Stanford Trust Company Ltd. aufgeteilt werden (Settlement Agreement, S. 26). Anhang B dieses Agreements enthält eine Liste von "Frozen Assets in Switzerland Accounts", wobei die kontoführenden Banken genannt und lediglich die Kontonummern geschwärzt sind.

**6.8** Die massgeblichen Vorakten, auf die sich der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht bezieht, enthalten somit keine ungeschwärzte Fassung des in Frage stehenden Anhangs. Die Beschwerdegegnerin ist nicht Vertragspartei des Settlement Agreements. Ein Interesse der Beschwerdeführerin könnte sich nur auf die Frage beziehen, ob die in Anhang B geschwärzte Kontonummer diejenige des vorliegend in Frage stehenden Kontos der Beschwerdegegnerin bei der Beschwerdeführerin ist. Es ist indessen nicht ersichtlich, inwiefern der Umstand, dass diese Vermögenswerte Gegenstand der Absichtserklärung des Settlement Agreement sein könnten, für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung relevant sein könnte.

**6.9** Der Editionsantrag ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

## **7.**

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.



## 8.

**8.1** Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) sowie unter Berücksichtigung des Zwischenentscheids vom 4. Dezember 2017 und dem damit verbundenen Aufwand für das Gericht auf Fr. 20'000.– festzusetzen.

**8.2** Angesichts des Verfahrensausgangs ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**8.3** Die Beschwerdegegnerin, die sich mit Anträgen am Verfahren beteiligt hat, hat als obsiegende Partei Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei; unnötiger Aufwand wird nicht entschädigt (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar ist nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters zu bemessen (Art. 10 VwVG). Wird keine Kostennote eingereicht, so setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Die Beschwerdegegnerin, die sich vor Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten liess, hat keine Kostennote eingereicht. Aufgrund der Akten und des geschätzten notwendigen Aufwands der Vertretung sowie unter Berücksichtigung, dass ein Grossteil der Ausführungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren bzw. im ersten Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht erarbeitet wurden, erscheint eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 14'000.– als angemessen. Die Parteientschädigung wird der Beschwerdeführerin als unterliegender Gegenpartei auferlegt (Art. 64 Abs. 3 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 15'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdegegnerin wird zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 14'000.– zugesprochen. Dieser Betrag ist der Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Astrid Hirzel

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. Mai 2019