

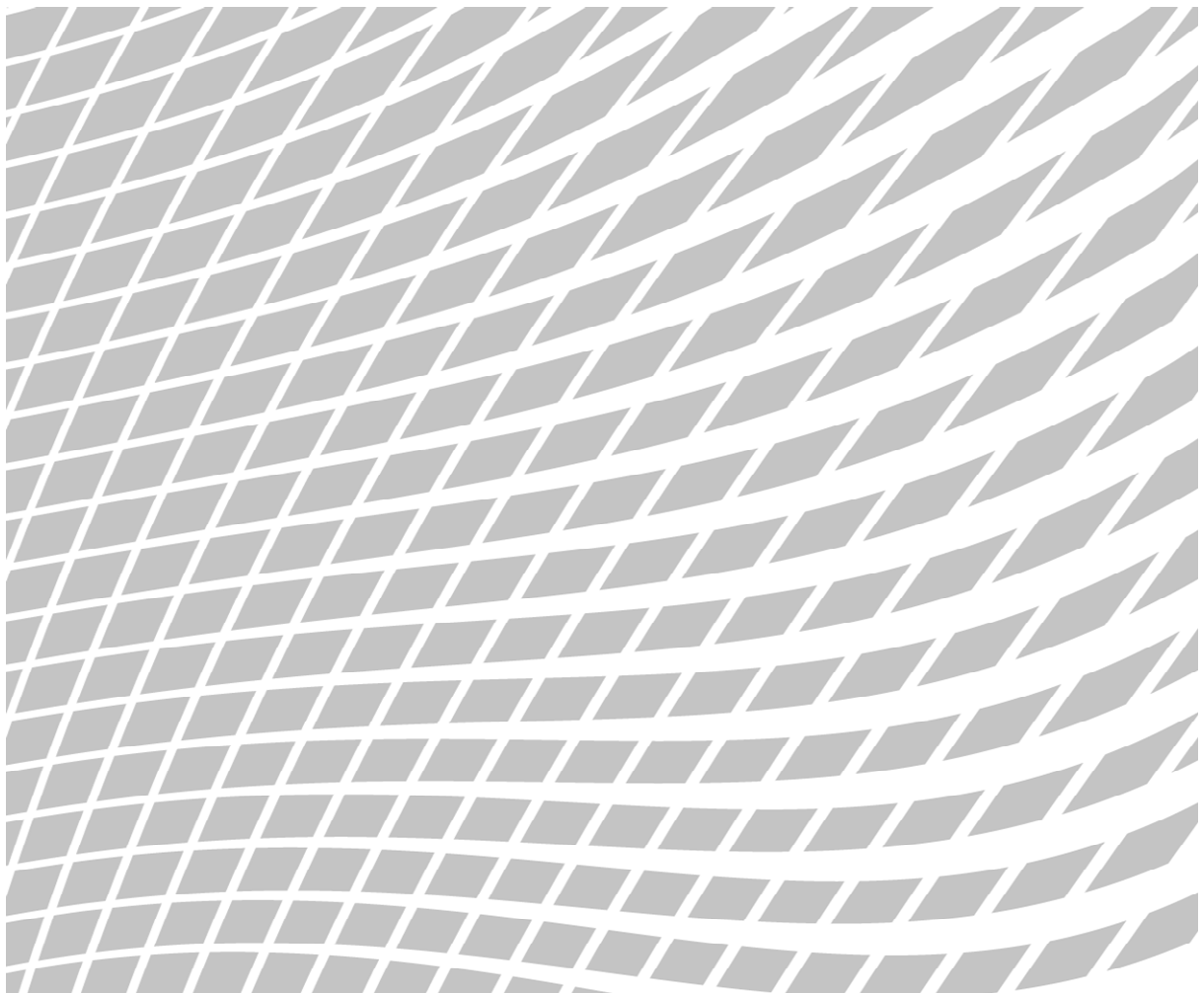
Januar 2013

---

## **Anhörungsbericht zur Kollektivanlagen- Konkursverordnung-FINMA**

Bericht der FINMA über die Anhörung vom 10. Juli bis  
22. August 2012 betreffend den Entwurf der Kollektivanlagen-  
Konkursverordnung-FINMA

---



# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Kernpunkte .....</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>3</b>
<b>3</b>	<b>Eingegangene Stellungnahmen .....</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Ergebnis der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA .....</b>	<b>4</b>
4.1	Grundsätzliches.....	4
4.2	Allgemeine Bestimmungen der KAKV-FINMA .....	5
4.3	Kollektivanlagen-Konkurs.....	7
4.4	Schlussbestimmungen .....	8
<b>5</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>8</b>

## 1 Kernpunkte

### **Inhalt der Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA**

1. Die Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (KAKV-FINMA) regelt das im Konkurs bestimmter Bewilligungsträger gemäss Kollektivanlagengesetz (KAG) anzuwendende Verfahren.
2. Die KAKV-FINMA konkretisiert die Art. 137–138c KAG.

### **Anhörungsergebnisse**

3. Der am 10. Juli 2012 zur Anhörung publizierte Entwurf der KAKV-FINMA wurde grossmehrheitlich begrüsst. Vor allem die durch die Konkretisierung erreichte Transparenz sowie die damit einhergehende Verbesserung der Rechtssicherheit wurden in den Rückmeldungen als positiv gewertet.
4. Wo Kritik in den Stellungnahmen geäussert wurde, bezog sich diese hauptsächlich auf formelle Aspekte. In materieller Hinsicht wurde kaum Kritik geäussert. Insbesondere wurden speziell für einzelne Kollektivanlagen aufgenommene Bestimmungen nicht beanstandet.

### **Änderungen im Verhältnis zum Entwurf der KAKV-FINMA**

5. Im Verhältnis zur Fassung der KAKV-FINMA, welche in die Anhörung gegeben wurde, wurden vorwiegend formelle bzw. redaktionelle Änderungen vorgenommen. Materielle Änderungen erfolgten nur vereinzelt. Die kritisierte Verwendung stets der weiblichen und männlichen Form muss hingegen aufrechterhalten werden, selbst wenn dies die Lesbarkeit erschwert.

### **Revision des Kollektivanlagengesetzes**

6. Am 17. Januar 2013 lief die Referendumsfrist bezüglich der KAG-Revision ab. Die vorliegende Verordnung steht mit den im Rahmen der KAG-Revision abgeänderten Bestimmungen des KAG in Einklang und wird zeitgleich mit dem revidierten KAG in Kraftgesetzt.

## 2 Einleitung

Vom 10. Juli bis zum 22. August 2012 führte die FINMA eine öffentliche Anhörung zu ihrem Entwurf der Verordnung über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA; KAKV-FINMA) durch. Die darin enthaltenen Normen, die Entstehungsgeschichte sowie die damit verfolgten Ziele wurden in einem von der FINMA verfassten Bericht erläutert.

Die Information über die Anhörung erfolgte via die Website der FINMA. Entsprechend konnte daran teilnehmen, wer sich dazu berufen sah. Daneben wurden einzelne Privatpersonen und Institutionen mit besonderem Bezug zur Thematik individuell via E-Mail über die Anhörung informiert und zur Stellungnahme eingeladen.

Der vorliegende Bericht geht in allgemeiner und zusammengefasster Form auf die eingegangenen Stellungnahmen der Anhörungsteilnehmer zum Entwurf der KAKV-FINMA ein.

### 3 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende Personen und Institutionen haben an der Anhörung partizipiert und der FINMA eine Stellungnahme eingereicht (in alphabetischer Reihenfolge):

- COPTIS Association suisse des professionnels en titrisation immobilière
- Holenstein Rechtsanwälte
- Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz
- Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) und Swiss Funds Association (SFA)
- Treuhand-Kammer (TK)

### 4 Ergebnis der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

#### 4.1 Grundsätzliches

Der Entwurf der KAKV-FINMA (E-KAKV-FINMA) und der dazugehörige Erläuterungsbericht wurden von allen Anhörungsteilnehmern begrüsst. Dabei wurde betont, dass eine Abstimmung der KAKV-FINMA mit der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA) und der Versicherungskonkursverordnung FINMA (VKV-FINMA) nötig sei. Konkursverfahrensrechtliche Vorschriften mit identischem Regelungsgehalt werden nun in allen drei Verordnungen gleich formuliert, so dass diesbezüglich eine einheitliche Anwendung bzw. die Bildung einer einheitlichen Praxis sichergestellt ist. Was kollektivanlagenrechtliche Spezifika anbelangt, wurde festgehalten, dass diese den Grundsätzen des KAG entsprechen bzw. mit diesen vereinbar sind. Gleichzeitig wurde moniert, dass der Gesetzgeber im Kollektivanlagenbereich nicht auch die Möglichkeit einer (umfassenderen) Insolvenzordnung vorgesehen habe.

Die eingegangenen Stellungnahmen enthielten des weiteren Fragen, Kommentare und Modifikationsvorschläge zu verschiedenen konkreten Normen, dies jedoch v.a. in formeller Hinsicht. Generell wurde auch – wie bereits bei der BIV-FINMA und der VKV-FINMA – die Verwendung je der weiblichen und männlichen Formen beanstandet. In einer Stellungnahme wurde zudem vor „unnötigen“ Wiederholungen von Bestimmungen des allgemeinen Schuldbetreibungs- und Konkursrechts gemahnt und eine weitere Stellungnahme regte eine Anpassung der Bezeichnung der Verordnung in „KAG-Konkursverordnung-FINMA“ (KAGKV-FINMA) an. Die Verordnung regelt den Ablauf der Konkursliquidation eines der Aufsicht der FINMA unterstellten Bewilligungsträgers gemäss KAG in umfassender und von den Regeln des SchKG unabhängiger Weise – also von der Eröffnung des Konkurses bis zur Schliessung des Verfahrens und sogar die darüber hinaus notwendigen Anordnungen wie beispielsweise die Aufbewahrung der Akten. Eine umfassende und eigenständige Regelung schliesst jedoch einen Verweis auf andere Gesetzesbestimmungen nicht aus, was dem Erfordernis nach Transparenz und Vereinfachung des Verfahrens Rechnung trägt. Was die Bezeichnung der Verordnung anbelangt, so ist in Abstimmung mit jener des Gesetzes, auf welches sich die Verordnung stützt, an der für den Entwurf gewählten Bezeichnung festzuhalten. Diese wurde im Übrigen vorgängig mit der Bundeskanzlei abgestimmt.

Während in formeller bzw. redaktioneller Hinsicht im Verhältnis zum E-KAKV-FINMA zahlreiche Änderungen mit dem Ziel der Verbesserung der Verständlichkeit und der Präzision vorgenommen wurden, enthält die KAKV-FINMA keine nennenswerten materiellen Abweichungen.

## 4.2 Allgemeine Bestimmungen der KAKV-FINMA

Die allgemeinen Bestimmungen gaben nur vereinzelt zu Stellungnahmen Anlass. Im Verhältnis zum Anhörungsentwurf wurden entsprechend nur wenige formelle Änderungen vorgenommen. Zudem erfolgten verschiedentlich sprachliche Umformulierungen.

Der Geltungsbereich der Verordnung (Art. 2 des Entwurfs) erfuhr angesichts der KAG-Revision eine Ergänzung um die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen, da der revidierte Art. 137 Abs. 1 KAG der FINMA die entsprechende Konkurszuständigkeit neu ebenfalls zuweist. Zudem wurde mit Recht darauf hingewiesen, dass nur natürliche und juristische Personen – auch solche, die ohne erforderliche Bewilligung tätig sind – in den Geltungsbereich der Verordnung fallen. Entsprechend kann über ein blosses Teilvermögen einer SICAV oder einen vertraglichen Anlagefonds mangels Rechtspersönlichkeit kein Konkurs eröffnet werden. Im Konkurs einer Fondsleitung erfolgt zudem eine Absonderung des Fondsvermögens. Dies ergibt sich aus Art. 35 KAG (und wird in Art. 22 des Entwurfs wiederholt). In einer Stellungnahme wurde zudem die Frage aufgeworfen, weshalb nicht auch Komplementäre einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK) erfasst würden und inwieweit auch die Liquidation unbewilligter Finanzdienstleister möglich sei, die nicht überschuldet sind oder ernsthafte Liquiditätsprobleme aufweisen. Vereinzelt wurde angeregt, den Komplementär einer KGK in den Geltungsbereich der KAKV-FINMA aufzunehmen. Diesem Ansinnen wird aus folgenden Gründen nicht nachgekommen: Zum einen ist der Komplementär kein Bewilligungsträger gemäss KAG. Er wird weder von Art. 173b SchKG noch von Art. 137 KAG erfasst. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches auf Verordnungsstufe ist nicht zulässig. Zum anderen hat der Komplementär selbst keine Anleger, so dass eine Aufnahme unter dem Blickwinkel des Anlegerschutzes entbehrlich ist. Was unbewilligte Finanzdienstleister anbelangt, so erlaubt Art. 135 KAG generell deren Auflösung und Liquidation.

Die mit Blick auf Art. 6 des Anhörungsentwurfs geäusserte Kritik, dieser sei unklar oder stehe gar im Widerspruch zu übergeordnetem Recht, ist unbegründet, stimmt doch die vorgeschlagene Version von Art. 6 E-KAKV-FINMA inhaltlich mit dem aktuell gültigen Art. 6 BKV-FINMA überein. Nachdem Art. 6 BKV-FINMA bisher noch von keinem Richter beurteilt worden ist, lässt sich der Vorwurf der Rechtsverletzung jedenfalls nicht positiv belegen. In der bisherigen Verfahrenspraxis der FINMA hat sich Art. 6 BKV-FINMA bewährt. Dennoch wurde dieser Artikel, gleich dem Art. 6 BIV-FINMA (und dem Art. 6 VKV-FINMA), redaktionell modifiziert. Dabei spielen nachfolgend geschilderte Überlegungen eine Rolle.

Der Konkursliquidator ist hoheitlich tätig, auch wenn dies die KAKV-FINMA nicht explizit festhält. Einzig hinsichtlich des Erlasses von Verfügungen ist seine Befugnis eingeschränkt. Dies ergibt sich daraus, dass der Konkursliquidator bei der Durchführung eines Konkurses gleichsam als „verlängerter Arm“ der FINMA tätig ist. Dass die FINMA hoheitlich handelt, ist unbestritten. Während der Konkursliquidator grundsätzlich für die Konkursdurchführung an sich zuständig ist, verbleiben wesentliche Entscheidungsbefugnisse in der Konkursabwicklung (bspw. die Genehmigung der Verteilungsliste gemäss Art.

40 Abs. 2 KAKV-FINMA oder der Entscheid für eine Klageführung gemäss Art. 24 Abs. 4 KAKV-FINMA) bei der FINMA. Auch die Verfügungsbefugnis bleibt im Falle der Einsetzung eines Konkursliquidators bei ihr. Andernfalls hätte die (erstinstanzlich tätige) FINMA Beschwerden gegen Verfügungen vom von ihr eingesetzten Konkursliquidator zu beurteilen. Käme hinzu, dass bei einer solchen Regelung vom Grundsatz abgewichen würde, dass Verfügungen über zwei Instanzen weitergezogen werden können – sie könnten nämlich diesfalls über drei Instanzen gezogen werden (FINMA, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht), wobei es sich bei der FINMA erst noch um eine nicht unabhängige Instanz handeln würde. Mit einer Regelung mit dreifachem Instanzenzug würde zudem die angestrebte und allgemein geforderte Verfahrensbeschleunigung ins Gegenteil verkehrt. Als Alternative müsste eine Verfügung des Konkursliquidators ohne Beurteilung durch die FINMA beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Eine solche Umgehung der FINMA wäre angesichts deren Sachnähe zum Beurteilungsgegenstand nicht sinnvoll; auch würde es an einer gesetzlichen Grundlage für die direkte Einreichung einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht fehlen. Von grundlegender Bedeutung ist zudem, dass hierdurch ein wesentliches Aufsichtsinstrument der FINMA über den Konkursliquidator verloren gehen würde, in dem die Verleihung der Verfügungsbefugnis an den Konkursliquidator gleichbedeutend wäre mit dem Verzicht der FINMA, auf dessen Handlungen im Rahmen seiner Verfügungskompetenz Einfluss zu nehmen und die Aufsicht im Sinne der Rechtsgestaltung auszuüben.

Entsprechend kann festgehalten werden, dass die beim Erlass der BKV-FINMA von der Eidgenössische Bankkommission (EBK) erlassene Regelung, wonach die Verfügungskompetenz bei der Behörde und nicht beim eingesetzten Beauftragen liegt, auch für das Kollektivanlagenkonkursverfahren zweckmässig ist. In diesem Sinne ist auch der neue Art. 6 Abs. 3 KAKV-FINMA zu verstehen, welcher gegenüber der Anhörungsvorlage eine redaktionelle Änderung erfährt. In materieller Hinsicht ändert sich im Vergleich zur heutigen Rechtslage nichts. Weiterhin steht einem Betroffenen die Möglichkeit offen, der FINMA einen Sachverhalt anzuzeigen, wenn er durch einen Entscheid, eine Handlung oder eine Unterlassung einer Person, die von der FINMA mit Aufgaben nach der KAKV-FINMA beauftragt wurde, in seinen Interessen verletzt wurde. Der Klarheit halber wird nun in Art. 6 Abs. 3 KAKV-FINMA explizit verankert, dass die FINMA den ihr vorgelegten Sachverhalt eigenständig abklärt und die notwendigen Massnahmen trifft. Dieser Absatz präzisiert hierzu, dass die notwendigen Massnahmen bis hin zu einer Verfügung reichen, sofern diese erforderlich ist. Allgemein gilt, dass gemäss Art. 6 Abs. 2 KAKV-FINMA der Anzeiger bei den Abklärungen und den daraus resultierenden Massnahmen der FINMA bis hin zur Verfügung keine Parteistellung innehat. Daraus ergibt sich zudem, dass er weder einen Anspruch auf den Erlass einer Verfügung hat noch im Falle des Erlasses einer Verfügung Verfügungsadressat ist.

Was die Kritik an Art. 10 Abs. 3 E-KAKV-FINMA anbelangt, so ist – wie im Erläuterungsbericht festgehalten – bei natürlichen Personen betreffend Konkursort nicht auf ihren Wohnsitz, sondern auf ihr Geschäftsdomizil, an dem die bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird, abzustellen. Die Mehrheit der Gläubiger wird gegenüber einer solchen Person Forderungen aus der Geschäftstätigkeit geltend machen, für die kein Bezug zum Wohnsitz besteht, weshalb sich eine Abweichung von Art. 46 SchKG aufdrängt.

Schliesslich erhält Art. 12 KAKV-FINMA einen neuen Abs. 2. Gemäss diesem kann die FINMA einem Anerkennungsersuchen auch dann stattgeben, wenn der betroffene ausländische Staat kein Gegen-

recht gewährt. Voraussetzung ist, dass die Anerkennung im Interesse der betroffenen Gläubiger liegt. In dieser Hinsicht ist Art. 138c KAG im Verhältnis zu den Art. 166 bis 175 IPRG – auf die Art. 138c KAG und Art. 37g Abs. 5 BankG nur „im Übrigen“ verweisen – lex specialis. Im Interesse des international ausgerichteten Schweizer Finanzplatzes und aufgrund der Besonderheiten des Kollektivanlagen-Konkursverfahrens ist die in Art. 166 Abs. 1 Bst. c IPRG genannte Gewährung von Gegenrecht durch den Staat, in dem die Entscheidung ergangen ist, für die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete nicht zwingende, sondern lediglich fakultative Voraussetzung (vgl. betreffend Bankeninsolvenz schon Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060, 8099f). Auch das Schweizerische Bundesgericht hielt die Geltung des Gegenrechtserfordernisses in der Bankeninsolvenz für nicht zweckmässig (vgl. BGE 137 III 570, E.3). Angesichts der zunehmenden Bedenken, welche mit Bezug zum Gegenrechtserfordernis geäussert werden, und der stipulierten Einschränkung, dass nur dann davon abgewichen werden darf, wenn dies im Interesse der Gläubiger ist, ist die in Art. 12 Abs. 2 KAKV-FINMA getroffene Regelung im Sinne des Gesetzes.

### 4.3 Kollektivanlagen-Konkurs

Die weiteren Abschnitte der KAKV-FINMA befassen sich mit der Verfahrenseröffnung, den Aktiven und Passiven, der Verwertung und der Verteilung, sowie dem Abschluss des Verfahrens.

Auch hier erfolgen zunächst sprachliche Anpassungen, so etwa bei Art. 15 (Gläubigerversammlung), Art. 24 (Guthaben, Admassierung und Anfechtung) und Art. 46 KAKV-FINMA (nachträglich entdeckte und hinterlegte Vermögenswerte).

Bei Art. 18 KAKV-FINMA (Inventaraufnahme) wurde mit Recht darauf hingewiesen, dass im Rahmen von Abs. 4, soweit zweckdienlich, auch eine Personenmehrheit eingesetzt werden kann. Zudem wurde betreffend Abs. 2 geltend gemacht, der Konkursliquidator müsse derartige Massnahmen auch eigenständig vornehmen können. Letzteres scheidet indes aus, da dem Konkursliquidator, wie auch unter Abschnitt 4.2 festgehalten, die Verfügungsbefugnis fehlt.

Art. 20 KAKV-FINMA (Herausgabe- und Meldepflicht) erfährt insofern eine materielle Änderung, als neu – in Anlehnung an Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG – bestehende Vorzugsrechte nicht mehr nur erlöschen, wenn deren Meldung „arglistig“ unterbleibt, sondern auch dann, wenn sie „ungerechtfertigterweise“ nicht gemeldet werden.

Hinsichtlich Art. 26 KAKV-FINMA (Einstellung mangels Aktiven) ist festzuhalten, dass die FINMA – wie allgemein nach Art. 7 Abs. 1 KAKV-FINMA –, in Ermangelung der Einsetzung eines Konkursliquidators, dessen Funktionen und Befugnisse selbst ausübt. Diesfalls hat die FINMA die gleiche Stellung und Funktion wie ein Konkursliquidator.

Weiter werden einzelne Bestimmungen, welche sich mit kollektivanlagenrechtlichen Spezifika beschäftigen, präzisiert. Eine inhaltliche Änderung ergibt sich daraus jedoch nicht. Bei Art. 29 KAKV-FINMA (Kollokation) wurde im Rahmen der Anhörung mit Recht darauf hingewiesen, dass bei Abs. 3 (SICAV) eine separate Kollokation bedeute, dass jedes Teilvermögen eindeutig zu individualisieren sei. Zudem sei im Konkurs einer Fondsleitung oder einer SICAV zu prüfen, ob die Fortführung von

Anlagefonds bzw. von Anlegervermögen im Interesse der Anleger und Anlegerinnen liege. Letzteres ergibt sich aus Art. 34 und 35 KAKV-FINMA (sowie bereits aus Art. 96 KAG und Art. 141 KKV).

Schliesslich gilt es mit Bezug zu Art. 39 Abs. 1 Bst. c KAKV-FINMA (Massverpflichtungen) festzuhalten, dass im Rahmen der Abwicklung eines unbewilligten Institutes Verbindlichkeiten dieses Institutes gegenüber einem Rechtsträger, der die Funktion einer Depotbank wahrnimmt (Depotstelle), ebenfalls Massverpflichtungen sind. Unerheblich ist dabei, ob die Depotstelle über einen Depotbankenstatus verfügt oder nicht.

#### 4.4 Schlussbestimmungen

Um der Klarheit willen wird eine Übergangsbestimmung aufgenommen. Diese Übergangsbestimmung hält fest, dass auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung laufende bzw. rechtshängige Verfahren die Vorschriften dieser Verordnung Anwendung finden (Art. 47 KAKV-FINMA).

## 5 Fazit

Die FINMA hat die eingegangenen Stellungnahmen und vorgebrachten Kritikpunkte analysiert und bei der Redaktion der KAKV-FINMA, wo möglich, berücksichtigt. Die definitive Fassung der KAKV-FINMA hat entsprechend, im Verhältnis zum E-KAKV-FINMA, grossmehrheitlich formelle bzw. redaktionelle und, vereinzelt, materielle Modifikationen erfahren.

Die KAKV-FINMA wird zeitgleich mit dem revidierten KAG auf den 1. März 2013 in Kraft gesetzt (vgl. Art. 48 KAKV-FINMA).