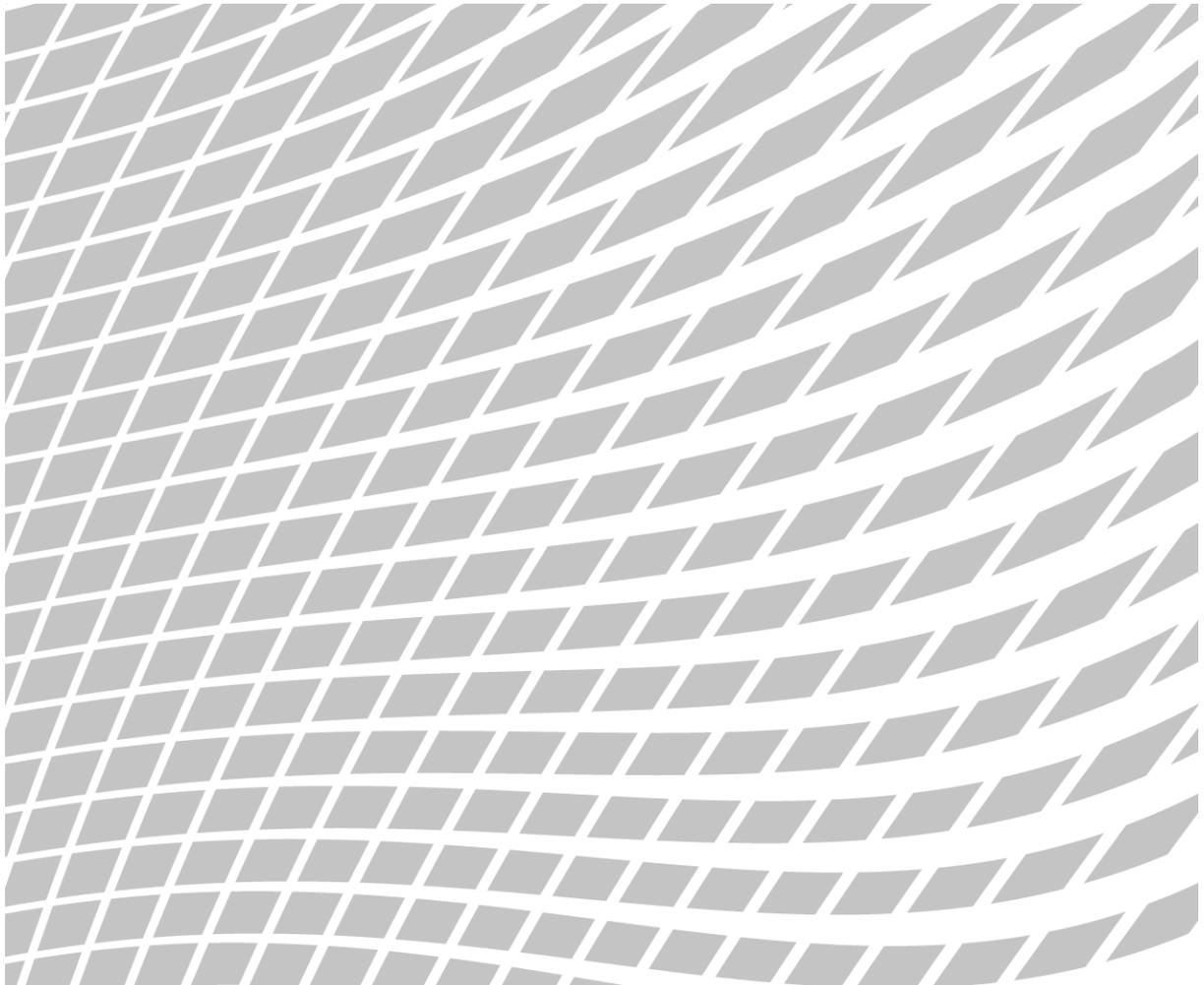


10. Juli 2012

Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA

Erläuterungsbericht



Inhaltsverzeichnis

1	Kernpunkte	5
2	Einführung	7
2.1	Ausgangslage.....	7
2.2	Internationales Umfeld	8
2.3	Grundlagen.....	9
2.3.1	Rechtlicher Rahmen der E-KAKV-FINMA	9
2.3.2	Institutspezifische Regelungen	9
3	Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen	10
3.1	Titel der Verordnung.....	10
3.2	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen.....	10
3.2.1	Gegenstand (Art. 1 E-KAKV-FINMA)	10
3.2.2	Geltungsbereich (Art. 2 E-KAKV-FINMA).....	10
3.2.3	Universalität (Art. 3 E-KAKV-FINMA)	11
3.2.4	Öffentliche Bekanntmachungen und Mitteilungen (Art. 4 E-KAKV-FINMA)	11
3.2.5	Akteneinsicht (Art. 5 E-KAKV-FINMA).....	12
3.2.6	Anzeige an die FINMA (Art. 6 E-KAKV-FINMA).....	13
3.2.7	Einsetzung eines Konkursliquidators (Art. 7 E-KAKV-FINMA).....	13
3.2.8	Aufgaben des Konkursliquidators (Art. 8 E-KAKV-FINMA).....	13
3.2.9	Aufgaben des Konkursliquidators im Konkurs einer SICAV (Art. 9 E-KAKV-FINMA).....	14
3.2.10	Konkursort (Art. 10 E-KAKV-FINMA).....	14
3.2.11	Koordination (Art. 11 E-KAKV-FINMA).....	15
3.2.12	Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen (Art. 12 E-KAKV-FINMA)	15
3.3	2. Abschnitt: Verfahren	16
3.3.1	Publikation und Schuldenruf (Art. 13 E-KAKV-FINMA)	16

3.3.2	Publikation und Schuldenruf im Konkurs einer SICAV (Art. 14 E-KAKV-FINMA)	17
3.3.3	Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss (Art. 15 und 16 E-KAKV-FINMA).....	18
3.3.4	Rechte der Gläubiger im Konkurs einer SICAV (Art. 17 E-KAKV-FINMA)	19
3.4	3. Abschnitt: Konkursaktiven	20
3.4.1	Inventaraufnahme (Art. 18 E-KAKV-FINMA)	20
3.4.2	Inventaraufnahme im Konkurs eine SICAV (Art. 19 E-KAKV-FINMA)	20
3.4.3	Herausgabe- und Meldepflicht (Art. 20 E-KAKV-FINMA).....	20
3.4.4	Ausnahmen von der Herausgabepflicht (Art. 21 E-KAKV-FINMA)	21
3.4.5	Absonderung im Konkurs einer Fondsleitung (Art. 22 E-KAKV-FINMA)	21
3.4.6	Aussonderung (Art. 23 E-KAKV-FINMA).....	22
3.4.7	Guthaben, Admassierung und Anfechtung (Art. 24 E-KAKV-FINMA).	22
3.4.8	Fortführung hängiger Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren (Art. 25 E-KAKV-FINMA)	23
3.4.9	Einstellung mangels Aktiven (Art. 26 E-KAKV-FINMA).....	23
3.5	4. Abschnitt: Konkurspassiven	25
3.5.1	Prüfung der Forderungen (Art. 27 E-KAKV-FINMA)	25
3.5.2	Prüfung der Forderungen im Konkurs einer SICAV (Art. 28 E-KAKV-FINMA)	25
3.5.3	Kollokation (Art. 29 E-KAKV-FINMA)	26
3.5.4	Im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren liegende Forderungen (Art. 30 E-KAKV-FINMA)	27
3.5.5	Einsicht in den Kollokationsplan (Art. 31 E-KAKV-FINMA)	27
3.5.6	Kollokationsklage (Art. 32 E-KAKV-FINMA).....	28
3.6	5. Abschnitt: Verwertung	29
3.6.1	Art der Verwertung (Art. 33 E-KAKV-FINMA).....	29
3.6.2	Verwertung im Konkurs einer Fondsleitung (Art. 34 E-KAKV-FINMA)	29
3.6.3	Verwertung im Konkurs einer SICAV (Art. 35 E-KAKV-FINMA)	30
3.6.4	Öffentliche Versteigerung (Art. 36 E-KAKV-FINMA)	30
3.6.5	Abtretung von Rechtsansprüchen (Art. 37 E-KAKV-FINMA)	30
3.6.6	Anfechtung von Verwertungshandlungen (Art. 38 E-KAKV-FINMA)...	31

3.7	6. Abschnitt: Verteilung und Abschluss.....	31
3.7.1	Massaverpflichtungen (Art. 39 E-KAKV-FINMA)	31
3.7.2	Verteilung (Art. 40 E-KAKV-FINMA).....	32
3.7.3	Verteilung im Konkurs einer Fondsleitung (Art. 41 E-KAKV-FINMA)..	33
3.7.4	Verteilung im Konkurs einer SICAV (Art. 42 E-KAKV-FINMA).....	33
3.7.5	Schlussbericht und Hinterlegung (Art. 43 E-KAKV-FINMA)	33
3.7.6	Verlustschein (Art. 44 E-KAKV-FINMA)	34
3.7.7	Aktenaufbewahrung (Art. 45 E-KAKV-FINMA)	34
3.7.8	Nachträglich anfallende und hinterlegte Vermögenswerte (Art. 46 E-KAKV-FINMA).....	34
3.8	7. Abschnitt: Schlussbestimmungen (Art. 47 und 48 E-KAKV-FINMA)	35

1 Kernpunkte

Ausgangslage

Seit dem 1. September 2011 ist die FINMA zuständig für die Konkurseröffnung und -durchführung in Bezug auf bestimmte dem Kollektivanlagengesetz (KAG; SR 951.31) unterstehenden Institute.

Das KAG regelt das Konkursverfahren nicht selber, sondern verweist auf Art. 33-37g des Bankengesetzes (BankG; SR 952.9). Das BankG seinerseits regelt das Konkursverfahren in den Grundzügen. Zudem passt die bankenrechtliche Regelung materiell lediglich punktuell auf die dem KAG unterstehenden Institute. Die vorliegende Verordnung konkretisiert und präzisiert die gesetzliche Regelung.

Der vorliegende Entwurf der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA, KAKV-FINMA) soll sowohl inhaltlich als auch in puncto Inkrafttreten mit dem sich zur Zeit in Revision befindlichen KAG abgestimmt werden. Sollte die KAG-Revision jedoch, anders als geplant, nicht im ersten Quartal 2013 in Kraft treten, würde die vorliegende Verordnung auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt und auf das Inkrafttreten der KAG-Revision hin revidiert werden.

Ziele

Ein **rasches Konkursverfahren**: Das Verfahren wird beschleunigt, indem das Verfahren aus einer Hand (FINMA) geführt und gestrafft wird.

Ein **effizientes Konkursverfahren**: Das Konkursverfahren wird effizienter gestaltet, indem der FINMA bzw. dem Konkursliquidator verschiedene kollektivanlagenspezifische Instrumente zur Verfügung gestellt werden.

Eine Stärkung des **Anlegerschutzes**: Der Schutz der Anleger wird gestärkt, indem insbesondere im Bereich der SICAV deren besonderen Verhältnissen, z.B. den verschiedenen Teilvermögen mit unterschiedlicher Haftungsregelung, Rechnung getragen wird.

Eine Verbesserung der **Rechtssicherheit**: Das Konkursverfahren wird rechtssicherer gestaltet, indem durch den Erlass dieser Verordnung Transparenz und Vorhersehbarkeit geschaffen werden.

Wesentliche Eckpunkte der Verordnung

Mit den Entwürfen der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA und der Versicherungskonkursverordnung-FINMA existieren bereits zwei Verordnungen, welche das Konkursverfahren über bestimmte, von der FINMA beaufsichtigte Finanzintermediäre regeln. Angesichts der sachlichen Nähe dienen diese zwei Entwürfe als Rezeptionsgrundlage für den vorliegenden Entwurf der KAKV-FINMA (E-KAKV-FINMA).

Diese Verordnung schafft ein flexibles, auf die Bedürfnisse des im Einzelfall zu liquidierenden Instituts zugeschnittenes Verfahren. Insbesondere werden für den Konkurs einer Fondsleitung sowie für den Konkurs einer SICAV auf die entsprechende Rechtsform angepasste Regelungen vorgeschlagen.

Die meisten institutsspezifischen Regeln im E-KAKV-FINMA betreffen die SICAV. Die Grundsätze, dass jedes Teilvermögen für eigene Verbindlichkeiten haftet und dass die Unternehmeraktionäre nachrangig befriedigt werden, machen eine differenzierte Handhabung der verschiedenen Teilvermögen erforderlich.

Vereinzelt werden institutsspezifische Regeln für den Konkurs einer Fondsleitung normiert. Zudem wird der gesetzlichen Vorgabe, dass zum Anlagefonds gehörende Vermögenswerte im Konkurs abge sondert werden, Rechnung getragen.

Für die SICAF und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen erübrigen sich auf die Rechtsform zugeschnittene, spezielle Bestimmungen.

Der E-KAKV-FINMA hat für die von ihr erfassten Institute keine organisatorischen Anpassungen oder Umstellungen zur Folge, da sich die neuen Bestimmungen einzig gegen konkursrechtlich zu liquidierende Rechtssubjekte richten. Entsprechend werden mit dem Inkrafttreten der Verordnung für die der FINMA unterstellten Institute keine zusätzlichen Kosten anfallen.

2 Einführung

2.1 Ausgangslage

Am 1. September 2011 sind die Änderungen des Bankengesetzes aus der Einlagensicherungsvorlage in Kraft getreten¹. Im Rahmen dieser Revision hat auch das Kollektivanlagengesetz gewisse Modifikationen erfahren. Als wesentlichste Änderung hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (FINMA) neu die Zuständigkeit zur Konkurseröffnung und -durchführung in Bezug auf Bewilligungsträger² nach Art. 13 Abs. 2 Bst. a-d KAG erhalten³. Die FINMA ist daher für den Konkurs über Fondsleitungen, SICAV, Kommandigesellschaften für kollektive Kapitalanlagen und über SICAF zuständig.

Die FINMA hat bei begründeter Besorgnis, dass ein Bewilligungsträger nach Art. 13 Abs. 2 Bst. a-d KAG überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, den Konkurs zu eröffnen, sofern keine Aussicht auf Sanierung besteht oder diese gescheitert ist. Die FINMA hat den Konkurs öffentlich bekannt zu machen. Im Übrigen verzichtet das KAG darauf, das Konkursverfahren oder dessen Rahmen selber zu regeln. Dafür verweist es auf Art. 33-37g BankG⁴. Das BankG regelt in diesen Artikeln die Eckpunkte des Konkursverfahrens für Banken.

Die FINMA hat einen Konkursliquidator⁵ zu ernennen. Er untersteht diesbezüglich ihrer Aufsicht und erstattet ihr Bericht. Für die Durchführung des Konkurses wird auf Art. 197 bis 270 Bundesgesetz über Schuldbetreibung- und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG; SR 281.1) verwiesen, wobei die FINMA vom SchKG abweichende Verfügungen und Anordnungen treffen kann⁶. Gemäss Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 35 BankG sind sowohl die Gläubigerversammlung als auch der Gläubigerausschuss nicht zwingender Natur, sondern können von der FINMA auf Antrag des Konkursliquidators eingesetzt werden. Das Konkursverfahren wird mit einem Schlussbericht des Konkursliquidators an die FINMA sowie mit der öffentlichen Bekanntmachung der Schliessung des Verfahrens abgeschlossen⁷. Die Koordination mit ausländischen Verfahren und die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen richten sich auf Grund des Verweises in Art. 137 Abs. 3 KAG nach Art. 37f und 37g BankG.

Der Verweis in Art. 137 Abs. 3 KAG auf das Bankenrecht geht auf der einen Seite zu weit. So ist insbesondere die Thematik der privilegierten Einlagen und deren sofortigen Auszahlung⁸ im Bereich der Bewilligungsträger gemäss KAG nicht relevant. Auf der anderen Seite berücksichtigt der Verweis die

¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0), Sicherung der Einlagen, Änderungen vom 18. März 2011; AS 2011 3919; BBl 2010 3993

² Das Konkursverfahren richtet sich an die Bewilligungsträger nach Art. 13 Abs. 2 Bst. a-d KAG. Es gilt jedoch zu beachten, dass es sich bei der SICAV, der SICAF und der KGK um Bewilligungsträger handelt, die sowohl Institut und Produkt sind. Das Produkt ist dabei gesellschaftsrechtlich ausgestaltet.

³ Art. 137 Abs. 1 KAG

⁴ Art. 137 Abs. 3 KAG

⁵ Die männlichen Formen gelten sinngemäss auch für die weiblichen und eine Mehrzahl von Personen.

⁶ Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 BankG

⁷ Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37e BankG

⁸ Art. 37a f. BankG

Eigenheiten der kollektiven Kapitalanlagen nicht. Insbesondere wird er den Besonderheiten der SICAV nicht gerecht. Dem ist bei der Schaffung der KAKV-FINMA im Rahmen der sinngemässen Anwendbarkeit des BankG gemäss Art. 137 Abs. 3 KAG Rechnung zu tragen.

Zudem regeln die Art. 33-37g BankG das Konkursverfahren nur rudimentär. Aus diesem Grund ist für den Bankenbereich die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Banken und Effekthändlern vom 30. Juni 2005 (Bankenkonkursverordnung-FINMA, BKV-FINMA; SR 952.812.32) erlassen worden, welche sich zurzeit in Überarbeitung befindet. Gleichermassen wie für den Bankenbereich bedarf es auch für den Bereich der kollektiven Kapitalanlagen konkretisierender Ausführungsbestimmungen zum Konkurs.

Der E-KAKV-FINMA hat den Zweck, das in Art. 137 Abs. 1 KAG und Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 33-37g BankG rudimentär geregelte Konkursverfahren detaillierter festzulegen.

2.2 Internationales Umfeld

Die in der Europäischen Union (EU) geltende UCITS IV-Richtlinie⁹ sowie die geltende AIFMD¹⁰ enthalten keine Regelungen bezüglich der Eröffnung eines Konkursverfahrens über Verwaltungs- bzw. Investmentgesellschaften sowie über die AIFM¹¹. Folglich obliegt es den EU-Mitgliedstaaten, die Eröffnung eines Konkursverfahrens über Bewilligungsträger von Fonds zu regeln.

Nachfolgend sollen exemplarisch einzelne Regelungen der Staaten Luxemburg, Deutschland und Frankreich angeschnitten werden.

Sofern in Luxemburg beispielsweise die Fondsleitung einer FCP (Fonds Commun du Placement) oder eine SICAV (Société d'Investissement à Capital Variable) in Konkurs fällt, findet der Code de Commerce Anwendung. Das zuständige Tribunal d'arrondissement en matière commerciale eröffnet und führt das Konkursverfahren durch. Die Commission de Surveillance du Sector Financier (CSSF) verfügt grundsätzlich nur über bestimmte Aufsichtsrechte im Konkursverfahren.

Im Fall einer Insolvenz einer Kapital- oder Investmentaktiengesellschaft findet in Deutschland grundsätzlich die Insolvenzordnung Anwendung. Für das Insolvenzverfahren ist das Amtsgericht zuständig. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) verfügt über bestimmte Aufsichts- und Kontrollrechte im Insolvenzverfahren.

In Frankreich ist grundsätzlich der Code de Commerce bei der Insolvenz einer Handelsgesellschaft, wie beispielsweise die SICAV, anzuwenden. Der Code de Commerce sieht vor, dass, sofern keine Aussicht auf Sanierung besteht, die Gesellschaft durch das Tribunal de Commerce liquidiert wird. Die französische Aufsichtsbehörde l'Autorité des marchés financiers (AMF) verfügt in beschränktem Masse über Interventionsrechte im Insolvenzverfahren.

⁹ UCITS: Undertakings for collective investment in transferable securities

¹⁰ AIFMD: Alternative Investment Fund Managers Directive

¹¹ AIFM: Alternative Investment Fund Managers

2.3 Grundlagen

2.3.1 Rechtlicher Rahmen der E-KAKV-FINMA

Der E-KAKV-FINMA stützt sich auf Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 BankG und bildet zusammen mit Art. 137 KAG eine eigenständige und in sich geschlossene Konkursordnung.

Die in Entwurfsform bereits existierende BIV-FINMA und VKV-FINMA, welche das Konkursverfahren über bestimmte, von der FINMA beaufsichtigte Finanzintermediäre regeln, dienen als Rezeptionsgrundlage für den E-KAKV-FINMA. Diese geht dem allgemeinen Konkursverfahren, wie es in Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 und 2 BankG generell normiert wird, vor¹².

Zurzeit ist das KAG in Revision. Dessen Änderungen sollen Anfang 2013 in Kraft treten. Der vorliegende Entwurf wird daher noch an das revidierte KAG anzupassen sein. Es ist beabsichtigt, die KAKV-FINMA gleichzeitig mit dem revidierten KAG in Kraft treten zu lassen. Vorbehalten bleiben zeitliche Verzögerungen im Rahmen der KAG-Revision.

2.3.2 Institutsspezifische Regelungen

Die dem E-KAKV-FINMA unterstehenden Institute unterscheiden sich in ihrer materiell-rechtlichen Ausgestaltung zum Teil in grundlegender Art und Weise. Dementsprechend sieht die Verordnung an verschiedenen Stellen auf die einzelnen Institute zugeschnittene Bestimmungen vor. Dies gilt insbesondere für den Konkurs einer SICAV sowie für den Konkurs einer Fondsleitung.

Die meisten institutsspezifischen Regeln im E-KAKV-FINMA betreffen die SICAV. Die Grundsätze, dass jedes Teilvermögen für eigene Verbindlichkeiten haftet und dass die Unternehmeraktionäre nachrangig befriedigt werden¹³, machen eine differenzierte Handhabung der verschiedenen Teilvermögen erforderlich. Dementsprechend hat der Konkursliquidator das Inventar der SICAV in Abschnitte pro Teilvermögen zu unterteilen. Auf der Passivseite sind im Kollokationsplan diejenigen Forderungen, welche jeweils gegenüber dem gleichen Teilvermögen zugelassen werden, gemeinsam zu erfassen bzw. von den anderen Forderungen zu separieren. Diese Regelung soll gewährleisten, dass mit dem Erlös der Vermögenswerte eines Teilvermögens konkret diejenigen Forderungen beglichen werden, für welche das entsprechende Teilvermögen effektiv aufzukommen hat.

Im Konkurs einer Fondsleitung wird der gesetzlichen Vorgabe, dass zum Anlagefonds gehörende Vermögenswerte abgesondert werden, Rechnung getragen.

Für die SICAF und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen sind keine auf die Rechtsform zugeschnittenen, speziellen Bestimmungen vorgesehen. Dies begründet sich darin, dass diese zwei Bewilligungsträger über keine materiell-rechtlichen Besonderheiten verfügen, welche eine spezifische Behandlung für den Konkurs erfordern würden.

¹² Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 BankG

¹³ Art. 94 Abs. 2 KAG und Art. 97 Abs. 3 KAG

3 Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen

3.1 Titel der Verordnung

Die gesetzliche Grundlage dieser Verordnung ist in Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 BankG festgehalten, gemäss welchem die FINMA für die Durchführung des Konkurses Verfügungen und Anordnungen treffen kann. Im Gegensatz zum Bankengesetz gewährt das KAG der FINMA keine Kompetenz, das Sanierungsverfahren detailliert zu regeln. Insbesondere ist Art. 28 Abs. 2 BankG vom Verweis in Art. 137 Abs. 3 KAG nicht erfasst. Dementsprechend beschränkt sich die Verordnung - im Gegensatz zum E-BIV-FINMA - auf das Konkursverfahren. Mit dem Titel „Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA, KAKV-FINMA)“ wird dies zum Ausdruck gebracht.

3.2 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

3.2.1 Gegenstand (Art. 1 E-KAKV-FINMA)

Der E-KAKV-FINMA regelt das Verfahren des Konkurses von Bewilligungsträgern gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. a-d KAG und führt die gesetzlichen Bestimmungen im Bereich des Konkursverfahrens näher aus. Die detailliertere Regelung auf Verordnungsstufe ist erforderlich, weil sich das KAG i.V.m. Art. 33-37g BankG auf die Festlegung von Grundsätzen beschränkt.

Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 BankG ermächtigt die FINMA, neben der Möglichkeit, im Einzelfall abweichende Verfügungen zu erlassen, von den SchKG-Bestimmungen, auf welche Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 und 2 BankG verweist, allgemein abweichende Anordnungen zu treffen. Die FINMA hat sich dabei am Sinn und Zweck des KAG zu orientieren. Abweichende Regelungen können sich insbesondere zum Zwecke des Anlegerschutzes¹⁴ aufdrängen.

Der E-KAKV-FINMA äussert sich nicht zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Konkurs zu eröffnen ist. Dafür ist auf die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen zu verweisen. So hat die FINMA gemäss Art. 137 Abs. 1 KAG den Konkurs zu eröffnen, sofern begründete Besorgnis einer Überschuldung oder von ernsthaften Liquiditätsproblemen vorliegt und keine Aussicht auf Sanierung besteht oder diese gescheitert ist. Sofern ein Konkursbegehren betreffend ein Institut gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. a-d KAG bei einem Konkursgericht hängig ist, so hat letzteres die Akten der FINMA zu überweisen¹⁵.

3.2.2 Geltungsbereich (Art. 2 E-KAKV-FINMA)

Art. 2 definiert den Begriff „Bewilligungsträger“ im Sinne des vorliegenden Entwurfs. Dabei wird der Begriff „Bewilligungsträger“ auf der einen Seite enger, andererseits weiter als im KAG gefasst.

¹⁴ Art. 1 KAG

¹⁵ Art. 173b SchKG

Enger ist der Begriff, weil von der Verordnung nur die Institute Fondsleitung, SICAV, Kommandigesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und SICAF erfasst werden. Dies ergibt sich aus dem Verweis in Art. 137 Abs. 3 KAG, gemäss welchem die FINMA nur über die in Art. 13 Abs. 2 Bst. a-d genannten Institute zur Konkurseröffnung und -durchführung zuständig ist. Hingegen sind Art. 13 Abs. 2 Bst. e-h KAG vom Verweis in Art. 137 Abs. 3 KAG nicht erfasst; dennoch bedürfen die entsprechenden Personen für die Ausübung ihrer Tätigkeit einer Bewilligung der FINMA.

Der Begriff „Bewilligungsträger“ wird in der Verordnung insofern weiter gefasst, als dass darunter auch Personen subsumiert werden, die, obwohl eine nach Art. 13 Abs. 2 Bst. a-d KAG bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübend, über keine Bewilligung verfügen, also sogenannte „Unbewilligte“.

Im Rahmen des Geltungsbereichs des E-KAKV-FINMA werden auch diese unter Bst. e genannten Personen unter den Begriff „Bewilligungsträger“ subsumiert (Abs. 2).

3.2.3 Universalität (Art. 3 E-KAKV-FINMA)

Die Konkursmasse des in der Schweiz eröffneten Konkurses umfasst sämtliche Vermögenswerte im In- und Ausland, die dem Bewilligungsträger im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehören.

Unabhängig ihrer Nationalität und ihres Wohnsitzes sind alle Gläubiger gleichberechtigt, sich am in der Schweiz eröffneten Konkursverfahren zu beteiligen. Dies gilt nicht nur für Gläubiger des in der Schweiz liegenden Hauptsitzes, sondern auch für Gläubiger einer Zweigniederlassung und auch mit Bezug zu den verfahrensrechtlichen Privilegien (Abs. 2).

Für ausländische Zweigniederlassungen wird de lege lata keine eigenständigen Bewilligungen gewährt. Die Bewilligung zur Verwaltung oder Aufbewahrung einer kollektiven Kapitalanlage erhält die juristische Person; befindet sich Letztere im Ausland, so hat sie im Ausland eine Bewilligung zu beantragen. Die ausländischen Zweigniederlassungen werden im Rahmen dieser Verordnung dennoch genannt, weil es sein kann, dass ein ausländisches Institut in der Schweiz ohne Bewilligung eine bewilligungspflichtige Tätigkeit via eine Betriebsstätte oder ähnliches ausübt. Diesfalls kann Letzere durch die FINMA als Zweigniederlassung zwecks Liquidation im Handelsregister eingetragen werden. Ausschliesslich in diesem Zusammenhang werden de lege lata die ausländischen Zweigniederlassungen im E-KAKV-FINMA genannt¹⁶.

3.2.4 Öffentliche Bekanntmachungen und Mitteilungen (Art. 4 E-KAKV-FINMA)

Die FINMA publiziert öffentliche Bekanntmachungen sowohl im Schweizerischen Handelsamtsblatt als auch auf ihrer Internetseite. Die zwingende Publikation auf der Internetseite begründet sich darin, dass die FINMA ihre Homepage ohnehin als Informationsplattform verwendet¹⁷. Insofern ist es das interessierte Publikum gewohnt, sich in Bezug auf die Tätigkeit und insbesondere die Aufsichtstätigkeit der

¹⁶ Um der Klarheit willen ist unmissverständlich festzuhalten, dass ausländische Zweigniederlassungen nicht bewilligungsfähig sind und entsprechend nur im Zusammenhang mit der Konkursliquidation in das Handelsregister eingetragen werden.

¹⁷ Vgl. Art. 22 Abs. 4, 23 Abs. 2 und 34 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1)

FINMA auf deren Internetseite zu informieren. Die Publikation der Konkureröffnung auf der Internetseite wird dieser Usanz gerecht.

Die FINMA hat zudem öffentliche Bekanntmachungen auch in in den Publikationsorganen gemäss Art. 39 Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen vom 22. November 2006 (Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311) zu publizieren. Gemäss Art. 39 KKV gelten für den Anlagefonds die im Prospekt genannten Printmedien oder von der FINMA anerkannte, öffentlich zugängliche elektronische Plattformen als Publiaktionsorgane. Art. 39 KKV gilt sinngemäss auch für die SICAV¹⁸.

Abs. 2 normiert den Informationsfluss zwischen FINMA und zuständigem Handelsregisteramt.

Mitteilungen werden grundsätzlich allen bekannten Gläubigern zugestellt. Diese allgemeine Pflicht zur direkten Kontaktierung kann im Einzelfall zugunsten eines effektiven und effizienten Verfahrens eingeschränkt werden (Abs. 3). Dies ist insbesondere bei Verfahren mit einer grossen oder internationalen Gläubigerstruktur denkbar, bei der eine direkte Kontaktierung zeitlich und finanziell eine erhebliche Belastung für das Konkursverfahren darstellt. Jedenfalls aber hat die FINMA diese Informationen öffentlich bekannt zu machen.

Mit Abs. 4 wird klargestellt, dass für den Fristenlauf und die an eine öffentliche Bekanntmachung gebundenen Rechtsfolgen stets die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgebend bleibt.

3.2.5 Akteneinsicht (Art. 5 E-KAKV-FINMA)

Nur wer glaubhaft machen kann, dass seine eigenen Vermögensinteressen unmittelbar betroffen sind, soll Einsicht in die Konkursakten haben. Anderweitige Interessen vermögen keine Akteneinsicht zu begründen (Abs. 1). Der Konkursliquidator bestimmt den Ort der Akteneinsicht. Grundsätzlich kann der Konkursliquidator gemäss seinem Ermessen die Akteneinsicht durch physische Einsicht der Akten vor Ort, wo sie sich befinden, oder anderweitig, so etwa durch Zustellung der Akten per Post, durch Zustellung eines elektronischen Speichermediums mit den gescannten Akten oder durch Erteilung der Zugriffsberechtigung auf einen elektronischen Datenraum, gewähren.

Das Akteneinsichtsrecht kann gemäss Abs. 2 beschränkt werden. So kann der Konkursliquidator die Akteneinsicht auf bestimmte Verfahrensstadien beschränken. Zudem kann eine Verweigerung oder Einschränkung des Einsichtsrechts auf Grund entgegenstehender überwiegender Interessen angeordnet werden. Diesbezüglich können insbesondere Geschäftsgeheimnisse des betroffenen Bewilligungsträgers, der Datenschutz oder Interessen der Konkursmasse relevant sein.

Die durch die Akteneinsicht erhaltenen Kenntnisse dürfen nur zur Wahrung der unmittelbaren eigenen Vermögensinteressen verwendet werden (Abs. 3). Mit „unmittelbar“ wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich um Interessen handeln muss, die in einem direkten Zusammenhang mit dem Konkursverfahren stehen. Die Akteneinsicht soll insbesondere dann nicht gewährt werden, wenn die durch die Einsicht gewonnenen Erkenntnisse ausschliesslich in einem Drittverfahren verwendet werden sollen.

¹⁸ Art. 43 Abs. 1 Bst. f KAG i.V.m. Art. 60 KKV

Der Konkursliquidator kann die Einsichtnahme von einer entsprechenden Erklärung abhängig machen und vorgängig auf die Strafdrohung nach Art. 48 FINMAG und Art. 292 des Schweizerischen Strafbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) hinweisen (Abs. 4).

Über die Akteneinsicht entscheidet der Konkursliquidator. Nach Abschluss des Konkursverfahrens obliegt der Entscheid über die Akteneinsicht direkt der FINMA, an die ab diesem Zeitpunkt auch entsprechende Gesuche zu richten sind (Abs. 5).

3.2.6 Anzeige an die FINMA (Art. 6 E-KAKV-FINMA)

Handlungen des Konkursliquidators, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung sind grundsätzlich keine Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) und demzufolge nicht mit Beschwerde anfechtbar. Eine Anfechtungsmöglichkeit besteht dort, wo dies gesetzlich vorgesehen ist (vgl. Art. 38 Abs. 3). Im Übrigen kann die in ihren Interessen verletzte Person direkt bei der FINMA Anzeige erstatten. Die FINMA wird die vorgebrachten Anzeigegründe prüfen und, soweit notwendig, die erforderlichen Massnahmen ergreifen. Der Anzeigende hat jedoch keine Parteistellung.

3.2.7 Einsetzung eines Konkursliquidators (Art. 7 E-KAKV-FINMA)

Die FINMA kann mittels Verfügung einen Konkursliquidator einsetzen, falls sie dessen mit dem Konkursverfahren verbundenen Aufgaben nicht selber wahrnimmt.

Die FINMA hat darauf zu achten, dass keine Interessenkonflikte bestehen und der Konkursliquidator zeitlich und fachlich in der Lage ist, den Auftrag sorgfältig, effektiv und effizient auszuführen. Es steht der FINMA frei, weitere Kriterien wie insbesondere Kenntnisse im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen sowie im Konkursrecht festzulegen. Auch eine bereits zuvor mit einer Untersuchung beim Bewilligungsträger beauftragte und damit mit der Sache bzw. dem Institut vertraute Person kann grundsätzlich mit der Liquidation betraut werden.

Auf die Einsetzung eines externen Konkursliquidators wird insbesondere verzichtet, wenn sich in der Konkursmasse nur geringfügige Vermögenswerte befinden.

3.2.8 Aufgaben des Konkursliquidators (Art. 8 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursliquidator hat die technischen und administrativen Voraussetzungen für die Durchführung des Konkurses zu schaffen sowie die Konkursaktiven zu sichern und für eine bestmögliche Verwertung besorgt zu sein. Der Konkursliquidator beurteilt die Konkurspassiven und entscheidet über deren Anerkennung im Kollokationsplan.

Der von der FINMA eingesetzte Konkursliquidator handelt hoheitlich und vertritt die Konkursmasse vor Behörden und Gericht. In der Praxis ist das Prinzip der Hoheitlichkeit bereits implementiert. Zu beachten ist, dass vom Konkursliquidator getroffene Massnahmen grundsätzlich keine anfechtbaren Verfügungen im Sinne des VwVG darstellen (vgl. hierzu auch Ausführungen zu Art. 6).

3.2.9 Aufgaben des Konkursliquidators im Konkurs einer SICAV (Art. 9 E-KAKV-FINMA)

Art. 9 nennt die zusätzlichen Aufgaben des Konkursliquidators im Konkurs einer SICAV. Bst. a betrifft dabei das externe Verhältnis, d.h. das Verhältnis zwischen der SICAV und deren Gläubigern. Bst. b hingegen betrifft das SICAV-interne Verhältnis. Für beide Konstellationen ist relevant, dass die SICAV über ein Unternehmerteilvermögen sowie mindestens ein Anlegerteilvermögen verfügt.

Die einzelnen Teilvermögen haften grundsätzlich nur für ihre eigenen Verbindlichkeiten (Art. 94 Abs. 2 KAG). Dieser materielle Grundsatz hat der Konkursliquidator zu berücksichtigen. Die Forderungen, welche gegenüber der SICAV geltend gemacht werden, sind daher unter Berücksichtigung dieser Haftungsregelung zu erwahren (Bst. a; siehe auch Art. 28).

Das Unternehmerteilvermögen erbringt gegenüber dem oder den Anlegerteilvermögen gewisse Dienstleistungen und hat insofern Forderungen auf Entgelt gegenüber dem oder den Anlegerteilvermögen. Es können aber auch zwischen Anlegerteilvermögen und dem Unternehmerteilvermögen sowie zwischen den Anlegerteilvermögen Forderungen bestehen. Diese SICAV-internen Forderungen hat der Konkursliquidator zu berücksichtigen (Bst. b). Er erhält in diesem Bereich insofern eine neue Rolle, als dass er nicht die Interessen eines Vermögenskomplexes insgesamt wahrnehmen kann, sondern aus einer objektiven Sicht, in Richter-ähnlicher Art und Weise die innerhalb der SICAV zwischen den verschiedenen Teilvermögen bestehenden Forderungen zu erheben beziehungsweise die Interessen der verschiedenen Teilvermögen zu wahren hat. Soweit sich daraus Interessenskonflikte realisieren, hat der Konkursliquidator sein Vorgehen jeweils der FINMA vorzulegen.

Die Differenzierung in der Wortwahl – „erwahren“ in Bst. a und „erheben“ in Bst. b – begründet sich darin, dass die Forderungen gemäss Bst. a von den Gläubigern anzumelden sind. In Bezug auf die Forderungen gemäss Bst. b ist es hingegen die Pflicht des Konkursliquidators, sie zu berücksichtigen und zu erheben.

3.2.10 Konkursort (Art. 10 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursort befindet sich grundsätzlich analog zu Art. 46 SchKG am Sitz der Gesellschaft bzw. analog zu Art. 50 SchKG am Sitz der Zweigniederlassung des ausländischen Instituts.

In Bezug auf Zweigniederlassungen von ausländischen Instituten ist bereits in den Ausführungen zu Art. 3 darauf hingewiesen worden, dass es de lege lata keine entsprechenden bewilligten Zweigniederlassungen gibt. Die Zweigniederlassung eines ausländischen Bewilligungsträgers wird hier genannt für den Fall, dass ein ausländischer Bewilligungsträger unbewilligt in der Schweiz im Bereich der kollektiven Kapitalanlage tätig ist. Diesfalls kann die FINMA die entsprechende Betriebsstätte oder den Ableger als Zweigniederlassung zum Zwecke der Liquidation im Handelsregister eintragen lassen. Für den Fall, dass mehrere Zweigniederlassungen eines ausländischen Bewilligungsträgers in der Schweiz eingetragen werden, ist ein einheitlicher Konkursort festzulegen. Der Konkursort hat dabei am Ort einer Zweigniederlassung zu sein. Der Konkursort wird jeweils in der Konkurspublikation veröffentlicht (Art. 13).

Bei natürlichen Personen ist für die Bestimmung des Konkursortes nicht auf ihren Wohnsitz, sondern auf ihr Geschäftsdomizil im Zeitpunkt der Konkurseröffnung, 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.

3.2.11 Koordination (Art. 11 E-KAKV-FINMA)

Diesem Artikel kommt angesichts der immer häufiger anzutreffenden globalen Tätigkeit besondere Bedeutung zu. Zwar wird schon auf Gesetzesstufe¹⁹ die Koordinationspflicht festgehalten. Jedoch wird erst mit Art. 11 verdeutlicht, dass diese Koordinationspflicht nicht auf Stufe der direkt zuständigen Behörden endet, sondern auch die von dieser Behörde mandatierten Personen grundsätzlich zur Koordination mit ihren ausländischen Pendants bzw. den diese einsetzenden Behörden und Stellen verpflichtet sind.

Die Koordination beschlägt in erster Linie die formelle Seite der Insolvenzverfahren. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch in materiellen Insolvenzbelangen koordiniert werden kann bzw. gar muss. Zu denken ist etwa an eine Übertragung eines vertraglichen Anlagefonds an eine andere Fondsleitung oder eines Anlegerteilvermögens an eine andere SICAV. Sind die dafür notwendigen Vermögenswerte, Verträge oder Infrastrukturen im In- und im Ausland belegen, so ist eine Absprache zwischen den involvierten Behörden bzw. von diesen Mandatierten mehrheitlich unumgänglich.

3.2.12 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen (Art. 12 E-KAKV-FINMA)

Im Hinblick auf die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen verweist das KAG auf Art. 37g BankG. Gemäss Art. 37g Abs. 1 BankG ist die FINMA die zuständige Behörde für die Anerkennung von Konkursdekreten und Insolvenzmassnahmen, welche im Ausland gegenüber Bewilligungsträgern ausgesprochen werden.

Auch ein sogenanntes Hilfskonkursverfahren - das nach der Anerkennung durchzuführende Verfahren - erfolgt nach den Regeln des E-KAKV-FINMA. Die FINMA ist auch in diesem Fall Anerkennungs- und Konkursbehörde. Nichtsdestotrotz muss ein einheitlicher Konkursort für die allfällige Bestimmung der Zuständigkeit kantonaler Gerichte definiert werden. Die FINMA legt den Konkursort dort fest, wo in Anlehnung an Art. 167 IPRG sich wenigstens ein Teil des in der Schweiz liegenden Vermögens befindet oder vermutet wird.

Im Gegensatz zu ordentlichen Konkursverfahren über Bewilligungsträger mit Sitz in der Schweiz sowie über schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Institute erfasst der Hilfskonkurs nur die in der Schweiz befindlichen Vermögenswerte. Zudem sind grundsätzlich nur die pfandgesicherten und privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz am Verfahren beteiligt. Es können jedoch auch

¹⁹ Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37f BankG

Gläubiger der dritten Klasse sowie Gläubiger mit Wohnsitz im Ausland berücksichtigt werden²⁰. Der entsprechende Entscheid liegt im Ermessen der FINMA (Abs. 2).

Ein nach Deckung der am Verfahren in der Schweiz miteinbezogenen Forderungen verbleibender Überschuss wird der ausländischen Konkursmasse zur Verfügung gestellt. Die Modalitäten richten sich nach 173 Abs. 1 IPRG, auf welchen in Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37g Abs. 5 BankG verwiesen wird. Es ist zu beachten, dass der Überschuss erst nach Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes zur Verfügung gestellt werden darf. Obwohl für die Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans an sich ein Gericht zuständig wäre, fällt dies vorliegend in die Kompetenz der FINMA. Dies begründet sich darin, dass für die Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans gemäss Art. 173 Abs. 3 IPRG dasjenige Gericht zurständig wäre, welches das ausländische Konkursdekret anerkannt hat; da gemäss Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37g Abs. 1 BankG die FINMA für die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete zuständig ist, ist sie es auch für die Anerkennung ausländischer Kollokationspläne. Sofern der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt werden kann, steht der Überschuss den Gläubigern der dritten Klasse mit Wohnsitz in der Schweiz zu²¹.

Anstelle der Eröffnung eines Hilfskonkursverfahrens kann die FINMA unter den Voraussetzungen von Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37g Abs. 2 BankG das in der Schweiz belegene Vermögen der ausländischen Insolvenzmasse direkt zur Verfügung stellen.

Gemäss Abs. 4 hat die FINMA bei Anerkennung von anderweitigen ausländischen Insolvenzmassnahmen das anwendbare Verfahren zu regeln. Mit dem Begriff „Insolvenzmassnahmen“ werden sämtliche Massnahmen, welche nicht als Konkursdekrete zu qualifizieren sind, aber Schutz- oder Sanierungsmassnahmen darstellen, angesprochen. Zu denken ist beispielsweise an die behördliche Gewährung der Stundung. Für die Genehmigung eines Nachlassvertrages oder eines ähnlichen Verfahrens kommt Art. 175 IPRG zur Anwendung²².

3.3 2. Abschnitt: Verfahren

3.3.1 Publikation und Schuldenruf (Art. 13 E-KAKV-FINMA)

Die FINMA veröffentlicht die Konkursverfügung und den Schuldenruf zeitgleich. Die Publikation enthält eine Aufforderung an Gläubiger und Personen, welche Ansprüche auf Vermögenswerte des betroffenen Bewilligungsträgers erheben, ihre Forderungen innert der vom Konkursliquidator angesetzten Frist unter Vorlage der Beweismittel anzumelden.

Forderungen, die aus dem Grundbuch ersichtlich sind, gelten als angemeldet (Art. 27 Abs. 2). Dies ergibt sich aus Art. 246 SchKG, auf welchen in Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BankG verwiesen wird. Anders als im Banken- und Versicherungsunternehmenskonkurs sind hingegen Forderungen, die aus den Büchern ersichtlich sind, nicht automatisch als angemeldet anzusehen. Für die Banken und Versicherungen besteht diesbezüglich mit Art. 36 Abs. 1 BankG bzw. Art. 54a VAG eine

²⁰ Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37g Abs. 4 BankG

²¹ Art. 174 IPRG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 KAG und Art. 37g BankG

²² Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37g Abs. 5 BankG

explizite gesetzliche Grundlage. Das KAG hingegen verfügt über keine eigene entsprechende Grundlage; Art. 36 Abs. 1 BankG wird lediglich vom generellen Verweis in Art. 137 Abs. 3 KAG erfasst. Dieser Verweis ist aber, wie bereits erwähnt, nur begrenzt auf die Verhältnisse der kollektiven Kapitalanlagen angepasst. So hat ein im Bereich der kollektiven Kapitalanlage tätiges Institut nicht auf Grund seiner klassischen Tätigkeit eine grosse Anzahl von Gläubiger, wie dies bei der Bank auf Grund des Zinsdifferenzgeschäftes bzw. bei Versicherungen auf Grund von Versicherungsdienstleistungen in der Regel der Fall ist. Vielmehr steht bei den kollektiven Kapitalanlagen der Anleger und nicht der Gläubiger im Vordergrund. Aus diesen Gründen ist es im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen nicht gewollt und folglich im E-KAKV-FINMA nicht vorgesehen, dass Forderungen, die aus den Büchern des Bewilligungsträgers ersichtlich sind, als angemeldet gelten. Der generelle Verweis in Art. 137 Abs. 3 KAG ist dahingehend zu verstehen, dass Art. 36 Abs. 1 BankG von ihm nicht erfasst ist.

Dem Konkursliquidator steht es frei, allen oder im Einzelfall einzelnen bekannten Gläubigern Exemplare der Bekanntmachung zukommen zu lassen.

3.3.2 Publikation und Schuldenruf im Konkurs einer SICAV (Art. 14 E-KAKV-FINMA)

Grundsätzlich haftet jedes Teilvermögen einer SICAV nur für seine eigenen Verbindlichkeiten (Art. 94 Abs. 2 KAG, Art. 112 Abs. 3 Bst. d Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen vom 22. November 2006 (Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311)). Es ist daher – im Gegensatz zu anderen juristischen Personen – nicht so, dass im Konkurs einer SICAV ein Vermögenskomplex vorhanden ist, der für sämtliche Verbindlichkeiten aufzukommen hat. Vielmehr ist zu eruieren, welche Forderung welches Teilvermögen belastet. Die Befriedigung der Forderung hat primär aus dem entsprechenden Teilvermögen zu erfolgen. Vorbehalten bleibt Art. 94 Abs. 2 KAG, gemäss welchem unter gewissen Umständen die SICAV mit ihrem ganzen Vermögen haftet.

Auf Grund dieser Rechtslage hat der Gläubiger im Rahmen der Anmeldung seiner Forderung anzugeben, welches Teilvermögen er für seine Forderung als haftendes Vermögen belangt. Sofern für die Forderung mehrere oder gar alle Teilvermögen haften, hat der Gläubiger auch diesen Umstand anzugeben. Die entsprechenden Angaben des Gläubigers sollen es dem Konkursliquidator erleichtern, die Forderungen entsprechend den haftenden Teilvermögen zu erwahren. Die Frist für die Meldung wird gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. e publiziert.

Eine weitere Besonderheit der SICAV besteht darin, dass die Anleger nur am Vermögen und Ertrag desjenigen Teilvermögens beteiligt sind, dessen Aktien sie halten (Art. 94 Abs. 1 KAG, Art. 112 Abs. 3 Bst. c KKV). Da die Teilvermögen grundsätzlich nur für ihre eigenen Verbindlichkeiten haften, kann es sein, dass nach Liquidation aller zur betroffenen SICAV dazugehörenden Teilvermögen die Anleger des einen Teilvermögens noch einen Anteil am Liquidationserlös erhalten, während die Anleger eines anderen Teilvermögens leer ausgehen. Damit der Konkursliquidator Kenntnis erlangen kann, wer an den einzelnen Teilvermögen berechtigt ist, haben die entsprechenden Anleger gemäss Art. 14 Bst. b

ihre Beteiligung anzumelden. Insbesondere soweit Inhaberaktien ausgegeben sind, könnte andernfalls die am Liquidationserlös Berechtigten nicht eruiert werden²³.

Innert welcher Frist die Anleger ihre Beteiligung anzumelden haben, ist von der FINMA festzulegen. Weitgehend dürfte diese Frist jener Frist, welche den Gläubigern gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. e gesetzt wird, entsprechen. Dies ist jedoch nicht zwingend vorgegeben.

Die SICAV kann über Anteilsklassen verfügen (Art. 78 Abs. 3 KAG). In Bezug auf diese verweist Art. 61 Abs. 2 KKV sinngemäss auf Art. 40 KKV. Dieser wiederum verweist in Absatz 4 auf Art. 112 Abs. 3 Bst. a-c KKV. Art. 112 Abs. 3 Bst. c KKV führt aus, dass Anleger nur am Vermögen und Ertrag desjenigen Teilvermögens berechtigt sind, an dem sie Aktien halten. Da für die Anteilsklassen via einen doppelten Verweis diese Bestimmung zur Anwendung kommt, sind die Anleger, soweit Anteilsklassen bestehen, nur an Anteilsklassen berechtigt, an denen sie beteiligt sind. Aus diesem Grund haben die Anleger in ihrer Eingabe auch festzuhalten, an welcher Anteilsklasse sie beteiligt sind.

Anteilsklassen können nicht nur bei der SICAV bestehen. Aber grundsätzlich kann nur bei der SICAV die Konstellation vorliegen, dass trotz Konkurs gewisse Anlegeraktionäre noch einen Anteil am Liquidationserlös erhalten. Insofern ist es nur bei der SICAV ausschlaggebend, welche Anleger an welchen Anteilsklassen beteiligt sind. Bei anderen juristischen Personen erhalten die Eigner am Ende eines Konkursverfahrens mangels genügenden Erlöses in der Regel nichts mehr.

3.3.3 Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss (Art. 15 und 16 E-KAKV-FINMA)

Gemäss Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 35 BankG kann der Konkursliquidator der FINMA die Einsetzung einer Gläubigerversammlung und die Einrichtung eines Gläubigerausschusses beantragen. Es ist somit weder eine Gläubigerversammlung noch einen Gläubigerausschuss zwingend vorgesehen.

Die Frage nach der Einberufung einer Gläubigerversammlung stellt sich insbesondere dann, wenn die zu treffenden Entscheidungen wichtige Interessen der Gläubiger tangieren. Die FINMA legt die Beschlussfassungskompetenzen sowie die notwendigen Präsenz- und Stimmenquoten fest. Die Quoten sind je nach Zusammensetzung der Gläubiger zu bestimmen. So sind die Gewichtung der vertretenen Forderungen und die Zustimmungsvoraussetzungen anders vorzunehmen, wenn einige wenige Hauptgläubiger beteiligt sind, als wenn kein Gläubiger eine beherrschende Stellung einnimmt.

Zur Teilnahme an der Gläubigerversammlung und zur damit verbundenen Ausübung der Mitbestimmungsrechte sind die Gläubiger oder ihre sich durch eine schriftliche Vollmacht ausweisenden Vertreter zugelassen.

Im Gegensatz zum ordentlichen Konkursverfahren nach SchKG findet die Gläubigerversammlung nicht unter dem zeitlichen Druck der sogenannten Ersten Gläubigerversammlung statt²⁴. Zudem liegt

²³ Unternehmeraktien lauten gemäss Art. 40 Abs. 1 KAG auf den Namen. E contrario können Anlegeraktien als Namen- oder als Inhaberaktien ausgegeben werden. Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009, Art. 40 KAG, Rz 11.

²⁴ Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG: innert 20 Tagen nach der öffentlichen Bekanntmachung.

in Zweifelsfällen der Entscheid über die Zulassung zur Teilnahme an der Gläubigerversammlung im Ermessen des Konkursliquidators²⁵.

Der Konkursliquidator ist nicht gezwungen, die Gläubigerversammlung in physischer Form durchzuführen. Vielmehr liegt es in seinem Ermessen, ob er zur Beschlussfassung eine physische Versammlung einberufen, eine Videokonferenz abhalten, den Zirkularweg oder andere Wege zur Beratung und Beschlussfassung beschreiten will.

Auf Antrag des Konkursliquidators bei der FINMA kann zudem ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden. Die FINMA umschreibt dessen Zusammensetzung, Aufgaben und Kompetenzen im Einzelfall.

Die Entschädigung der einzelnen Mitglieder des Gläubigerausschusses wird von der FINMA festgelegt. Sie hat sich dabei an der Verhältnismässigkeit zu orientieren. Wie beim Konkursliquidator findet die Entschädigungsregelung der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG; SR 281.35) keine Anwendung.

3.3.4 Rechte der Gläubiger im Konkurs einer SICAV (Art. 17 E-KAKV-FINMA)

Wie bereits erwähnt, haften die Teilvermögen einer SICAV grundsätzlich nur für ihre jeweiligen Verbindlichkeiten. Die Interessen der Gläubiger gehen daher in Bezug auf die Kollokation von Forderungen bzw. zu erwerbende und zu verwertende Vermögenswerte jeweils soweit, wie diejenigen Teilvermögen betroffen sind, welche für ihre Forderungen aufzukommen haben. Dementsprechend beziehen sich die Gläubigerrechte im Konkurs einer SICAV lediglich auf die Teilvermögen, welche für die einzelnen Gläubigerforderungen jeweils aufzukommen haben.

Diese Limitierung findet ihren Grund im Rechtsschutzinteresse. So kann z.B. ein Gläubiger, für dessen Forderung ausschliesslich das Teilvermögen 1 aufzukommen hat, die Kollokation betreffend das Teilvermögen 2 nicht mittels Kollokationsklage anfechten oder sich ein Prozessführungsrecht betreffend Vermögensrechte oder Verpflichtungen, die ausschliesslich das Teilvermögen 2 betreffen, nicht abtreten lassen. Zu beachten ist, dass Art. 17 nicht nur Verfahrensrechte, sondern generell Rechtsbehelfe und -mittel, erfasst.

Entsprechend Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 35 BankG kann die FINMA pro Teilvermögen eine Gläubigerversammlung vorsehen beziehungsweise pro Teilvermögen einen Gläubigerausschuss einsetzen. Es liegt dabei auch in ihrer Kompetenz, z.B. für eine bestimmte Gruppe von Teilvermögen eine gemeinsame Gläubigerversammlung vorzusehen bzw. einen Gläubigerausschuss in Bezug auf mehrere Teilvermögen einzusetzen.

²⁵ Art. 235 Abs. 2 SchKG: Das Büro, bestehend aus dem Konkursliquidator und zwei von ihm bezeichneten Gläubigern, entscheidet über die Zulassung.

3.4 3. Abschnitt: Konkursaktiven

3.4.1 Inventaraufnahme (Art. 18 E-KAKV-FINMA)

Die Inventaraufnahme richtet sich nach Art. 221-229 SchKG, soweit die Verordnung nichts Abweichendes festhält. Der Konkursliquidator hat die für die Sicherung der Konkursmasse erforderlichen Massnahmen der FINMA zur Vornahme zu beantragen. Der Entscheid über die zu treffenden Massnahmen liegt bei der FINMA.

Nachdem der Konkursliquidator das Inventar erstellt hat, legt er dieses einer von den Eignern des Bewilligungsträgers als Organ gewählten Person vor. Diese hat eine Erklärung über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars abzugeben. In diesem Zusammenhang nicht als Organ gelten von der FINMA eingesetzte Personen wie insbesondere ein Untersuchungsbeauftragter²⁶.

3.4.2 Inventaraufnahme im Konkurs eine SICAV (Art. 19 E-KAKV-FINMA)

Die zum gleichen Teilvermögen gehörenden Vermögenswerte sind innerhalb des Inventars je in separaten Abschnitten zu erfassen. Pro Teilvermögen ist ein Abschnitt vorzusehen.

Der Grund dieser Regelung findet sich in Art. 94 Abs. 2 KAG, gemäss welchem jedes Teilvermögen für seine eigenen Verbindlichkeiten haftet. Die Unterteilung des Inventars in verschiedene Abschnitte soll es dem Konkursliquidator erleichtern, das pro Teilvermögen vorhandene Vermögen zu erheben.

3.4.3 Herausgabe- und Meldepflicht (Art. 20 E-KAKV-FINMA)

Vermögenswerte, die dem Bewilligungsträger gehören, zählen zu den Konkursaktiven und müssen dem Konkursliquidator gemeldet und ausgehändigt werden. Dies gilt insbesondere auch für Vermögenswerte im Besitz von Pfandgläubigern. Erfasst werden auch Pfandgläubiger, die aufgrund einer Weiterverpfändung in den Besitz von Vermögenswerten des Bewilligungsträgers gelangt sind²⁷. Unterbleibt die Meldung oder Herausgabe, so können an den Vermögenswerten bestehende Vorzugsrechte, wie beispielsweise ein Pfandrecht, erlöschen. Ein solcher Rechtsverlust tritt nach der geltenden Praxis zur analogen Bestimmung in Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG nur bei erheblichem Verschulden des Pflichtigen ein²⁸. In Anlehnung daran wird für diesen Eingriff in das Privatrecht ein arglistiges Unterlassen vorausgesetzt.

Zu melden haben sich auch Schuldner des Bewilligungsträgers. Eine Anmeldung hat auch dann zu erfolgen, wenn der Schuldner eine Verrechnung mit entgegenstehenden Forderungen geltend macht.

²⁶ Art. 36 FINMAG

²⁷ Vgl. die allgemeine Regel zur Weiterverpfändung nach Art. 887 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) und die qualifizierten Voraussetzungen in Art. 22 des Bundesgesetzes über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008 (BEG; SR 957.1).

²⁸ BGE 71 III 80 E. 2 S. 87.

Die Herausgabe- und Meldepflicht gemäss Art. 20 wird durch die Regelung in Art. 222 SchKG, auf welchen in Art. 18 Abs. 2 verwiesen wird, ergänzt.

3.4.4 Ausnahmen von der Herausgabepflicht (Art. 21 E-KAKV-FINMA)

Die Ausnahmen von der Herausgabepflicht finden ihre gesetzliche Grundlage in Art. 31 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008 (Bucheffektengesetz, BEG; SR 957.1). Ein gemäss BEG vereinbartes Verwertungsbefugnis bleibt in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Sicherungsgeber bestehen. Dementsprechend sieht Art. 21 vor, dass Effekten und andere Finanzinstrumente, die als Sicherheit dienen, nicht herausgegeben werden müssen, sofern die Voraussetzungen für die Verwertung durch den Sicherungsnehmer gegeben sind. Dies ist dann der Fall, wenn es sich um Bucheffekten handelt, die an einem repräsentativen Markt gehandelt werden, und die Sicherheit entsprechend den Vorgaben von Art. 25 Abs. 1 BEG bestellt worden ist (Art. 31 Abs. 1 BEG). Dafür muss mit der Verwahrungsstelle unwiderruflich vereinbart sein, dass Letztere die Weisungen des Sicherungsnehmers ohne weitere Zustimmung oder Mitwirkung des Kontoinhabers auszuführen hat. Diesfalls kann der Sicherungsnehmer die Verwertung der Sicherheit eigenhändig anordnen.

Die Art der Verwertung solcher Bucheffekten richtet sich nach den im Sicherungsvertrag festgelegten Bedingungen und kann grundsätzlich auf zwei Arten erfolgen: durch Verkauf am repräsentativen Markt oder Aneignung durch den Sicherungsnehmer (sog. Selbsteintritt). Hält sich der Sicherungsnehmer nicht an die im Sicherungsvertrag vereinbarten Verwertungsbedingungen, haftet er gegenüber der Konkursmasse für den daraus entstehenden Schaden.

Wenn diese Vermögenswerte auch nicht zur Verwertung herausgegeben werden müssen, so sind sie trotzdem dem Konkursliquidator zwecks Vormerkung im Inventar zu melden. Der an den Vermögenswerten berechnete Sicherungsnehmer hat mit dem Konkursliquidator über den erzielten Erlös abzurechnen und einen allfälligen über der zu deckenden Forderung liegenden Betrag zuhanden der Konkursmasse herauszugeben.

3.4.5 Absonderung im Konkurs einer Fondsleitung (Art. 22 E-KAKV-FINMA)

Gemäss Art. 35 KAG sind Sachen und Rechte, die zum Anlagefonds gehören, im Konkurs der Fondsleitung zugunsten der Anleger abzusondern. Vorbehalten sind lediglich Ansprüche der Fondsleitung gemäss Art. 33 KAG. Gemäss diesem Artikel hat die Fondsleitung Anspruch auf:

- die im Fondsvertrag vorgesehenen Vergütungen,
- Befreiung von den Verbindlichkeiten, die sie in richtiger Erfüllung ihrer Aufgaben eingegangen ist, und auf
- Ersatz der Aufwendungen, die sie zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gemacht hat.

Art. 22 soll dem Konkursliquidator diese materiell-rechtlichen Vorgaben des KAG in Erinnerung rufen. Es kommt diesem Artikel keinen eigenen Regelungsgehalt zu.

Unabhängig von der Absonderung im Konkurs gilt Art. 34 Abs. 1, wonach eine Übertragung des Anlagenfonds auf eine andere Fondsleitung auch nach Konkurseröffnung möglich ist.

3.4.6 Aussonderung (Art. 23 E-KAKV-FINMA)

Personen, die Eigentumsansprüche auf im Besitz des Bewilligungsträgers befindliche Vermögenswerte erheben, werden mit dem Schuldenruf aufgefordert, dies dem Konkursliquidator zu melden. Auch wenn die Ansprecher aufgefordert werden, sich innert der für Forderungen geltenden Eingabefrist zu melden, sind auch später eintreffende Begehren noch bis zur Verteilung des aus den beanspruchten Vermögenswerten erzielten Erlöses zu behandeln. Die Mehrkosten, welche auf Grund der Eingabe nach der angegebenen Frist entstehen, gehen zu Lasten der Person, welche das Begehren gestellt hat.

Die Beurteilung der Eigentumsansprüche erfolgt durch den Konkursliquidator. Hält dieser den Eigentumsanspruch für begründet, gibt er den Gläubigern die Gelegenheit, sich den Bestreitungsanspruch im Sinne von Art. 260 SchKG abtreten zu lassen. Verlangt kein Gläubiger die Abtretung, erfolgt die Herausgabe an den Ansprecher.

Für den Fall, dass der Konkursliquidator oder die Abtretungsgläubiger den Eigentumsanspruch des Ansprechers bestreiten, setzt der Konkursliquidator dem Ansprecher eine Frist, innert der er auf Herausgabe des beanspruchten Vermögensgegenstandes gegen die Konkursmasse bzw., im Falle einer Abtretung, gegen den Abtretungsgläubiger klagen kann. Klagt er nicht, so wird sein Verzicht auf den Herausgabeanspruch angenommen.

Wurde der Bestreitungsanspruch an Gläubiger abgetreten und war der Ansprecher mit seiner Klage auf Herausgabe erfolglos oder hat er auf eine gerichtliche Geltendmachung gar verzichtet, dient der Erlös aus der Verwertung des entsprechenden Vermögensstückes vorab zur Deckung der Forderungen der erfolgreichen Abtretungsgläubiger. Ein Überschuss ist an die Konkursmasse abzuliefern²⁹.

3.4.7 Guthaben, Admassierung und Anfechtung (Art. 24 E-KAKV-FINMA)

Forderungen des Bewilligungsträgers macht der Konkursliquidator nötigenfalls auf dem Betreibungsweg geltend. Ebenfalls zu prüfen hat er Ansprüche der Konkursmasse auf Vermögenswerte, die in ihrem Eigentum stehen, sich jedoch im Besitz von Drittpersonen befinden oder aber der Konkursmasse unrechtmässig oder in anfechtbarer Weise entzogen wurden.

Ist dem Konkursverfahren ein Sanierungsverfahren vorausgegangen, ist diese für die Dauer der Anfechtungsfristen nach Art. 286-288 SchKG nicht mitzubersichtigen.

Beabsichtigt der Konkursliquidator, eine bestrittene Forderung oder einen Anspruch zur Admassierung von Vermögenswerten via Klage weiter zu verfolgen, bedarf er dafür der Zustimmung der FINMA. Durch diese Genehmigungsvoraussetzung soll sichergestellt werden, dass die Konkursmasse nicht in

²⁹ Art. 260 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 KAG und Art. 34 Abs. 2 BankG

langjährige Prozesse verwickelt wird, deren Kosten-Nutzen-Verhältnis für die Masse bei genauer Analyse als kaum vorteilhaft erscheint.

Lehnt die FINMA die Geltendmachung von Forderungen und Ansprüchen ab oder verzichtet der Konkursliquidator selber, weil er sie für unbegründet, uneinbringlich oder für die Masse zu risikohaft hält, kann er die Ansprüche den Gläubigern zur Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG offerieren.

Anstelle der Abtretung an die Gläubiger kann der Konkursliquidator die nicht durch ihn gerichtlich geltend gemachten Forderungen und übrigen Ansprüche nach Art. 33 bestmöglich verwerten. Dabei liegt es im Ermessen des Konkursliquidators, ob er den Gläubigern die Abtretung offeriert oder direkt eine Verwertung nach Art. 33 anstrebt. Entschliesst er sich für eine Verwertung, können die Gläubiger ihre Rechte nach Art. 38, Anfechtung von Verwertungshandlungen, wahrnehmen. Nur für Anfechtungs-³⁰ sowie Verantwortlichkeitsansprüche ist die Verwertung nach Art. 33 ausgeschlossen (Abs. 6).

3.4.8 Fortführung hängiger Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren (Art. 25 E-KAKV-FINMA)

Im Zeitpunkt der Konkursöffnung hängige Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren, in denen der Bewilligungsträger Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, werden vorübergehend eingestellt³¹. Soweit ein hängiger Prozess die Konkursaktiven betrifft, hat der Konkursliquidator die Prozessaussichten und die allenfalls damit verbundene Einbringlichkeit im Falle eines Obsiegens zu beurteilen.

Der Konkursliquidator stellt der FINMA Antrag betreffend Fortführung von hängigen Prozessen. Wird der Prozess seitens der Konkursmasse nicht fortgeführt, gibt der Konkursliquidator den Gläubigern die Möglichkeit, sich im Sinne von Art. 260 SchKG das Prozessführungsrecht abtreten zu lassen.

Der Konkursliquidator hat den Gerichten und den Verwaltungsbehörden, bei denen entsprechende Prozesse hängig sind, mitzuteilen, ob die Konkursmasse selbst, vertreten durch den Konkursliquidator, in die Stellung des Bewilligungsträgers eintritt, ob Abtretungsgläubiger anstelle der Konkursmasse den Prozess fortführen, oder ob die Konkursmasse definitiv auf die Fortführung verzichtet. Im letzteren Fall bedeutet dies die Anerkennung der gegnerischen Ansprüche (Klageanerkennung) respektive den Verzicht auf die vom Bewilligungsträger selbst geltend gemachten Ansprüche (Klagerückzug) unter Kostenfolge, wobei die in diesem Fall dem Bewilligungsträger auferlegten Verfahrens- und Parteikosten keine Massaverbindlichkeiten darstellen.

3.4.9 Einstellung mangels Aktiven (Art. 26 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursliquidator hat unmittelbar nach der Konkursöffnung mit der Inventaraufnahme zu beginnen. Stellt er dabei fest, dass die vorhandenen Konkursaktiven voraussichtlich nicht zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens ausreichen, hat er bei der FINMA die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven zu beantragen. Leistet die FINMA diesem Antrag Folge, macht sie dies öffentlich bekannt. In der Publikation macht sie darauf aufmerksam, dass das Verfahren definitiv geschlossen wird,

³⁰ Vgl. analoge Bestimmung in Art. 256 Abs. 4 SchKG

³¹ Vgl. Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BankG, welcher auf Art. 207 SchKG verweist.

wenn nicht ein Gläubiger für den durch die Konkursaktiven nicht gedeckten Teil der Kosten Sicherheit leistet. In Ausnahmefällen, insbesondere wenn an der Durchführung des Konkursverfahrens ein besonderes Interesse besteht, kann die FINMA das Verfahren auch bei nicht ausreichenden Konkursaktiven durchführen (Abs. 2).

Im Konkurs einer SICAV hat der Konkursliquidator für die Beurteilung, ob die Konkursaktiven die Kosten des Konkursverfahrens zu decken vermögen, das gesamte Vermögen der SICAV zu berücksichtigen und nicht etwa nur das Vermögen des Unternehmerteilvermögens. Dies ergibt sich daraus, dass der Konkurs über die SICAV als juristisches Institut – und nicht etwa über einzelne Teilvermögen – eröffnet wird.

Soweit Konkursaktiven pfandbelastet sind, sind sie bei der Beurteilung nicht zu berücksichtigen. Das Pfandrecht geht gestützt auf das Zivilrecht sowie nach Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BankG, der auf Art. 198 SchKG verweist, selbst Massaverpflichtungen in jedem Falle vor, soweit Letztere auf Grund der Pfandverwertung nicht das Pfand selbst betreffen.

Nach der Verfahrenseinstellung setzt die FINMA den Pfandgläubigern eine Frist, innert der diese die Verwertung ihrer Pfänder verlangen können. Dadurch wird gewährleistet, dass die Pfandgläubiger für die Verwertung ihrer Pfänder nicht eine Betreuung auf Pfandverwertung einleiten müssen. Die FINMA wird in der Regel bereits in der Publikation der Verfahrenseinstellung den Pfandgläubigern eine entsprechende Frist ansetzen. Im Gegensatz zu Art. 230a Abs. 2 SchKG erfolgt für diese vereinfachte Möglichkeit der Pfandverwertung keine Beschränkung auf Konkursverfahren gegen juristische Personen.

Verlangt ein Gläubiger die Verwertung seines Pfandes, beauftragt die FINMA einen Konkursliquidator mit der Durchführung. Als Konkursliquidator kann auch ein Konkurs- oder Betreibungsamt in Frage kommen. Das Verfahren beschränkt sich auf die Verwertung des Pfandobjektes und die Verteilung des Erlöses.

Im Falle eines Konkurses einer juristischen Person ordnet die FINMA die Verwertung allfälliger Aktiven an, die nach der Einstellung des Verfahrens und nach Verwertung von Pfandgegenständen noch vorhanden sind. Keine Verwertung erfolgt, wenn der voraussichtliche Erlös die Verwertungskosten nicht deckt. Ein nach Abzug der Verwertungskosten und der allenfalls auf dem Aktivum haftenden Lasten verbleibender Erlös verfällt nach der Deckung der allgemeinen Kosten der FINMA an den Bund.

Ist eine natürliche Person vom Konkurs betroffen, kann auf Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG verwiesen werden. Die nach Einstellung des Verfahrens und vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungsverfahren leben wieder auf. Unabhängig ihrer Eintragung im Handelsregister kann diese Person zudem während zwei Jahren auch auf Pfändung betrieben werden.

3.5 4. Abschnitt: Konkurspassiven

3.5.1 Prüfung der Forderungen (Art. 27 E-KAKV-FINMA)

Sämtliche angemeldeten und von Gesetzes wegen zu berücksichtigenden Forderungen sind vom Konkursliquidator zu prüfen. Hierfür kann er die Gläubiger auffordern, ihre Forderungen näher zu begründen und entsprechend zu belegen. Zudem kann er zur Verifizierung eigene Abklärungen vornehmen³².

Von Gesetzes wegen als angemeldet gelten die aus dem Grundbuch ersichtlichen Forderungen samt dem laufenden Zins. Dies ergibt sich aus Art. 246 SchKG, auf welchen in Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BankG verwiesen wird.

3.5.2 Prüfung der Forderungen im Konkurs einer SICAV (Art. 28 E-KAKV-FINMA)

Gemäss Art. 94 Abs. 2 KAG kann es vorkommen, dass für die Schuld einer SICAV nur ein Teilvermögen oder aber alle Teilvermögen aufzukommen haben. Aus diesem Grund hat der Konkursliquidator zu prüfen, welches Teilvermögen vom Gläubiger jeweils belangt wird bzw. in welchem Umfang welches Teilvermögen für welche Verbindlichkeiten der SICAV aufzukommen hat.

Gemäss Abs. 2 Satz 1 gilt der bereit in Art. 94 Abs. 2 KAG normierte und im Entwurf lediglich zur Klarstellung wiederholte Grundsatz, dass Teilvermögen nur für ihre eigenen Verbindlichkeiten haften. Das Gesetz spricht dabei von „Teilvermögen“. Im vorliegenden Entwurf wird dies mit dem Begriff „Anlegerteilvermögen“ präzisiert. Dass mit „Teilvermögen“ gemäss Art. 94 Abs. 2 KAG nur die „Anlegerteilvermögen“ angesprochen sind, ergibt sich insbesondere aus Art. 94 Abs. 1 KAG, welcher sich an die Anleger richtet³³.

Bei Verbindlichkeiten, für welche nur das jeweilige betroffene Anlegerteilvermögen aufzukommen hat, dürfte es sich hauptsächlich um Verpflichtungen im Zusammenhang mit Anlageentscheiden handeln.

Sofern ein Anlegerteilvermögen nicht für sämtliche, es betreffende Verpflichtungen aufkommen kann, haftet subsidiär das Unternehmerteilvermögen. Dies entspricht Art. 97 Abs. 3 KAG, gemäss welchem die Unternehmeraktionäre nachrangig befriedigt werden³⁴ und somit das Unternehmerteilvermögen für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft sowie subsidiär für die Verbindlichkeiten aller Anlegerteilvermögen aufzukommen hat³⁵.

Die SICAV haftet mit ihrem gesamten Vermögen, wenn insbesondere eine Beschränkung auf ein Anlegerteilvermögen vertraglich nicht offen gelegt worden ist. Entsprechend der bereits erwähnten Regelung, dass die Unternehmeraktionäre nachrangig befriedigt werden, hat für entsprechende Verbindlichkeiten primär das Unternehmerteilvermögen aufzukommen. Das Unternehmerteilvermögen haftet

³² So z.B. via die Zusammenarbeit mit anderen Behörden, Art. 38 ff. FINMAG.

³³ Vgl. dazu Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009, Art. 94 KAG Rz 1.

³⁴ Vgl. dazu Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009, Art. 97 KAG Rz 25.

³⁵ Vgl. dazu Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009, Art. 36 KAG Rz 19 sowie Art. 41 Rz 2 und 6.

somit primär für alle Verbindlichkeiten, für welche die SICAV allgemein haftet, sowie für diejenigen Verbindlichkeiten, bei denen eine Beschränkung der Haftung auf das Unternehmerteilvermögen offen gelegt wurde. Sollte das Unternehmerteilvermögen zur Deckung der die SICAV allgemein belastenden Verbindlichkeiten nicht ausreichen und zugleich die Haftungsbeschränkung auf das Unternehmerteilvermögen nicht offen gelegt worden sein, haben subsidiär die Anlegerteilvermögen einzustehen. Die Anlegerteilvermögen haften dabei im Verhältnis zum Fondsvermögen. Kann ein Anlegerteilvermögen oder können mehrere Anlegerteilvermögen dieser Pflicht mangels Aktiven nicht nachkommen, so erhöht sich der zu leistende Betrag der restlichen Anlegerteilvermögen im entsprechenden Umfang.

Diese Regelung soll anhand eines Beispiels erläutert werden: Die SICAV hat mit einer Immobiliengesellschaft einen langfristigen Mietvertrag abgeschlossen. Mietobjekt sind Geschäftsräume für die SICAV. Die Beschränkung der Haftung auf das Unternehmerteilvermögen ist im Mietvertrag nicht offengelegt. Die SICAV haftet somit mit ihrem gesamten Vermögen³⁶. Soweit das Unternehmerteilvermögen über genügend Aktiven verfügt, hat Letzteres für die offenen Mieten aufzukommen. Im Fall der Überschuldung des Unternehmerteilvermögens haben die Anlegerteilvermögen für die ausstehenden Mietzinsen in der Höhe von z.B. CHF 500'000 aufzukommen und zwar im Verhältnis zu ihren Fondsvermögen. Verfügt das Anlegerteilvermögen 1 über ein Fondsvermögen von CHF 4 Millionen, das Anlegerteilvermögen 2 über ein Fondsvermögen von CHF 5 Millionen und das Anlegerteilvermögen 3 über ein Fondsvermögen von CHF 11 Millionen, so haben die drei Teilvermögen im Verhältnis 4:5:11 für die ausstehenden Mietzinsen einzustehen. Sollte hingegen das Anlegerteilvermögen 1 über kein Fondsvermögen verfügen, z.B. weil sich der Verwalter mit seinen Anlageentscheidungen vollkommen verspekuliert hat, so haben die Anlegerteilvermögen 2 und 3 im Verhältnis 5:11 aufzukommen. In der ersten Konstellation hat somit das Anlegerteilvermögen 1 CHF 100'000, das Anlegerteilvermögen 2 CHF 125'000 und das Anlegerteilvermögen 3 CHF 275'000 zu übernehmen. Sofern das Anlegerteilvermögen 1 hingegen über keine Aktiven mehr verfügt, haben die Teilvermögen 2 und 3 im Umfang von CHF 156'250 beziehungsweise von CHF 343'750 für die Mietzinsen aufzukommen.

Es ist zu ergänzen, dass sich die Haftungsordnung der SICAV auf die Verrechnung auswirkt. Eine Verrechnung ist nur möglich, soweit eine Forderung bzw. Schuld das gleiche Teilvermögen betrifft. Eine Schuld gegenüber dem Unternehmerteilvermögen kann insbesondere nicht mit einer Forderung gegenüber einem Anlegerteilvermögen verrechnet werden.

Art. 28 Abs. 2 und 3 enthalten materiell-rechtliche Regelungen, welche insbesondere die bereits geltende, nicht aber eindeutig formulierte Regelung von Art. 94 Abs. 2 KAG präzisieren sollen. Im Sinne einer Klarstellung einer geltenden Rechtslage sind Abs. 2 und 3 trotz ihres materiell-rechtlichen Gehalts angebracht.

3.5.3 Kollokation (Art. 29 E-KAKV-FINMA)

Es ist Aufgabe des Konkursliquidators darüber zu entscheiden, ob Bestand, Höhe und Rang einer Forderung anerkannt und in den von ihm zu erstellenden Kollokationsplan wie angemeldet aufgenommen oder allenfalls ganz oder teilweise abgewiesen bzw. einem anderen Rang zugewiesen werden.

³⁶ Art. 94 Abs. 2 KAG

Für den Fall, dass ein Grundstück zur Konkursmasse gehört, ist als Bestandteil des Kollokationsplans ein Lastenverzeichnis zu erstellen.

Gemäss Abs. 3 sind im Konkurs einer SICAV die Forderungen unter Berücksichtigung der als Haftungssubstrat geltend gemachten Teilvermögen voneinander zu separieren. Es soll dadurch ein Überblick gewonnen werden, in welchem Umfang die einzelnen Teilvermögen jeweils beansprucht werden.

3.5.4 Im Zivilprozess oder im Verwaltungsverfahren liegende Forderungen (Art. 30 E-KAKV-FINMA)

Im Zeitpunkt der Konkursöffnung in der Schweiz³⁷ bereits hängige Zivilprozesse oder Verwaltungsverfahren werden einstweilen eingestellt³⁸. Über Bestand und Höhe dieser Forderungen müsste - wäre kein Prozess hängig - im Kollokationsverfahren entschieden werden. Bis zum Abschluss des hängigen Prozesses, dem nach Konkursöffnung die Funktion eines Kollokationsprozesses zukommt, sind solche Forderung pro memoria im Kollokationsplan aufzunehmen.

Der Konkursliquidator entscheidet, ob er die im Prozess liegende Forderung anerkennen und damit auf die Fortführung des Prozesses verzichten will. Wird der Prozess nicht fortgeführt, gibt der Konkursliquidator den Gläubigern die Möglichkeit, sich im Sinne von Art. 260 SchKG das Prozessführungsrecht abtreten zu lassen. Wird der Prozess auch von einzelnen Abtretungsgläubigern nicht fortgeführt, so haben die Gläubiger keine Möglichkeit mehr, die nach Abschluss des Prozesses definitiv in den Kollokationsplan aufgenommene Forderung mit einer Kollokationsklage anzufechten. Die Kollokation kann seitens der Gläubiger einzig über die Abtretung des Prozessführungsrechts angefochten werden, wenn der Konkursliquidator auf die Fortführung des Prozesses verzichtet.

Führen einzelne Abtretungsgläubiger den Prozess weiter, so dient der Betrag, um den im Rahmen ihres Obsiegens der Anteil des unterliegenden Gläubigers an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung der Abtretungsgläubiger bis zur vollen Deckung ihrer kollozierten Forderungen sowie der Prozesskosten. Der dem obsiegenden Abtretungsgläubiger zugesprochene Prozessgewinn bestimmt sich dabei nach der Differenz zwischen der Konkursdividende, welche dem unterlegenen Gläubiger gemäss ursprünglicher Kollokation zugekommen wäre und derjenigen Konkursdividende welche er nun aufgrund des verlorenen Prozesses erhält. Nicht massgebend ist hingegen der Nominalwert der Forderung des unterlegenen Gläubigers, welcher ein Vielfaches der Konkursdividende betragen kann. Ein allfälliger Überschuss fällt in die Konkursmasse bzw. dem entsprechenden Teilvermögen zu.

3.5.5 Einsicht in den Kollokationsplan (Art. 31 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursliquidator ermöglicht den Gläubigern die Einsicht in den Kollokationsplan. Er publiziert die Einsichtsmöglichkeit und informiert über Zeitpunkt, Ort und Form der Einsicht. Es ist insbesondere denkbar, dass der Kollokationsplan elektronisch, beispielsweise über einen passwortgeschützten Zugriff auf einen zentralen Server, eingesehen werden kann.

³⁷ BGE 130 III 769 vom 12. November 2004

³⁸ Vgl. Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BankG, welcher auf Art. 207 SchKG verweist, sowie Ausführungen zu Art. 25.

Die Einsicht ist während mindestens 20 Tagen ab Publikation der Einsichtsmöglichkeit zu gewähren. Dies entspricht der Frist für die Anfechtung sowohl der eigenen Kollokation als auch jener anderer Gläubiger mittels Kollokationsklage³⁹. Die gemäss Publikation gewährte Möglichkeit der Einsichtnahme in den Kollokationsplan richtet sich an die Gläubiger. Abgesehen davon gelten die allgemeinen Regeln über die Akteneinsicht nach Art. 5. Soweit die Voraussetzungen für die Akteneinsicht gegeben sind, kann der Kollokationsplan auch noch nach Ablauf der Frist eingesehen werden.

Werden Gläubigerforderungen ganz, teilweise oder im Rang abgewiesen, teilt der Konkursliquidator dem betroffenen Gläubiger dies mit und begründet, weshalb die Forderung oder deren Privileg (Pfandrecht oder Rang) abgewiesen wurde. Nach der allgemeinen Regel von Art. 4 Abs. 3 muss die Mitteilung nur an jene Gläubiger erfolgen, deren Name und aktuelle Adresse bekannt sind. Die Mitteilung kann allerdings durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden. Bei einer allfälligen öffentlichen Bekanntmachung ist zu berücksichtigen, dass die Ausführungen über die umfassende oder teilweise Abweisung des eingegebenen Betrags beziehungsweise des angemeldeten Rangs oder die entsprechende Begründung unter Umständen sensible persönliche Daten enthalten. In entsprechenden Konstellationen ist in der Regel von einer öffentlichen Bekanntmachung abzusehen.

3.5.6 Kollokationsklage (Art. 32 E-KAKV-FINMA)

Die Voraussetzungen und Modalitäten einer Kollokationsklage bleiben im Konkursverfahren gegenüber dem SchKG-Verfahren unverändert. Zuständig ist das ordentliche Gericht am Konkursort.

Gläubiger, deren Forderung oder Privileg ganz oder teilweise abgewiesen wurden, können beim Gericht am Konkursort gegen die Konkursmasse eine Kollokationsklage einreichen. Ebenfalls steht ihnen das Recht zu, beim selben Richter die Kollokation eines anderen Gläubigers anzufechten. Bezüglich Ansetzung der Klagefrist von 20 Tagen muss die Einsichtnahme in den Kollokationsplan berücksichtigt werden. Bei Fristbeginn muss die Möglichkeit der Einsichtnahme nicht nur publiziert worden, sondern auch tatsächlich möglich sein.

³⁹ Vgl. Art. 250 SchKG sowie Ausführungen zu Art. 32

3.6 5. Abschnitt: Verwertung

3.6.1 Art der Verwertung (Art. 33 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursliquidator hat die Aufgabe, die Konkursaktiven bestmöglich zu verwerten und kann hierfür frei über Art und Zeitpunkt der Verwertung bestimmen. Betreffend Zeitpunkt der Verwertung ist die Frist für die Anfechtung von angezeigten Verwertungshandlungen abzuwarten⁴⁰.

Für Pfandgläubiger gilt, dass die ihnen als Pfand dienende Vermögenswerte nur mit ihrer Zustimmung anders als durch öffentliche Versteigerung verwertet werden dürfen. An einer öffentlichen Versteigerung haben sie im Gegensatz zu anderen Verwertungsarten stets die Möglichkeit, den Pfandgegenstand auch selber zu erwerben.

In bestimmten Fällen können Vermögenswerte ohne Aufschub und ohne Aufnahme in den Verwertungsplan gemäss Art. 38 verwertet werden. Dies gilt für Vermögenswerte, die einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind, hohe Verwaltungskosten verursachen, an einem repräsentativen Markt gehandelt werden oder die von nicht bedeutendem Wert sind. Die betragsmässige Grenze eines „nicht bedeutenden Werts“ ist auf Antrag des Konkursliquidators von der FINMA für das einzelne Verfahren zu bestimmen.

3.6.2 Verwertung im Konkurs einer Fondsleitung (Art. 34 E-KAKV-FINMA)

Gemäss Art. 96 Abs. 1 Bst. c Ziff. 3 KAG wird ein Anlagefonds in den Fällen von Art. 133 ff. KAG aufgelöst. Dies gilt dementsprechend auch im Konkurs einer Fondsleitung. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Anlagefonds vom Vermögen der Fondsleitung abzusondern ist. Lediglich gewisse Ansprüche der Fondsleitung bleiben vorbehalten⁴¹.

Es ist überdies zu beachten, dass auch im Konkurs ein vertraglicher Anlagefonds unter Umständen auf eine neue Fondsleitung übertragen werden kann. Insbesondere kann es je nach Sachverhalt sein, dass die Liquidation eines Anlagefonds nicht im Interesse der Anleger liegt und dass eine Übertragung des Fonds auf eine andere Fondsleitung die Interessen der Anleger besser wahren würde. In dieser Konstellation prüft der Konkursliquidator die Möglichkeit einer Übertragung des Anlagefonds auf eine andere Fondsleitung und beantragt gegebenenfalls der FINMA die Übertragung⁴².

Die Übertragung auf eine andere Fondsleitung bedarf derer Zustimmung. Die Rechtsfolgen einer Übertragung werden insbesondere in Art. 141 Abs. 2 KKV ausgeführt.

⁴⁰ Vgl. Art. 38 Abs. 3

⁴¹ Art. 35 KAG i.V.m. Art. 33 KAG

⁴² Vgl. Art. 96 Abs. 1 Bst. c Ziff. 3 KAG i.V.m. Art. 141 Abs. 1 KKV

3.6.3 Verwertung im Konkurs einer SICAV (Art. 35 E-KAKV-FINMA)

Gemäss Art. 96 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 96 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 KAG werden die Teilvermögen in den Fällen von Art. 133 ff. KAG aufgelöst. Dies gilt entsprechend auch im Konkurs einer SICAV. Die Rechtsfolgen einer Auflösung werden in Art. 97 Abs. 3 KAG festgehalten.

Ein Teilvermögen kann jedoch auch im Konkurs einer SICAV unter bestimmten Voraussetzungen auf eine andere SICAV übertragen werden. So kann es sein, dass die Liquidation eines Teilvermögens nicht im Interesse der Anleger liegt und dass eine Übertragung des Teilvermögens auf eine andere SICAV die Interessen der Anleger besser wahren würde. In diesen Fällen überprüft der Konkursliquidator die Möglichkeit der Übertragung des entsprechenden Teilvermögens auf eine andere SICAV und beantragt gegebenenfalls der FINMA die Übertragung⁴³. Die Übertragung auf eine andere SICAV bedarf derer Zustimmung.

3.6.4 Öffentliche Versteigerung (Art. 36 E-KAKV-FINMA)

Grundsätzlich besteht kein Anlass bei einer Verwertung durch öffentliche Versteigerung von den bereits bestehenden Regeln abzuweichen. Es rechtfertigt sich daher, grundsätzlich auf die Bestimmungen von Art. 257-259 SchKG zu verweisen.

Der Konkursliquidator ist für die Vorbereitung und Durchführung sowie für den darauf folgenden Vollzug einer öffentlichen Versteigerung verantwortlich. Ihm obliegt es auch, in den Steigerungsbedingungen ein Mindestangebot für die erste Versteigerung festzusetzen. Er publiziert die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Steigerungsbedingungen, welche wie bei der Einsicht in den Kollokationsplan⁴⁴ durch Auflage an einem bestimmten Ort oder durch Zugriff über eine andere Art, insbesondere via elektronisches Medium, erfolgen kann. Die Einsichtnahme kann auch bei einem Konkurs- oder Betreibungsamt am Ort, wo sich der zu verwertende Vermögensgegenstand befindet, vorgesehen werden.

3.6.5 Abtretung von Rechtsansprüchen (Art. 37 E-KAKV-FINMA)

Gläubiger, die sich Rechtsansprüche haben abtreten lassen, auf deren Geltendmachung seitens der Konkursmasse verzichtet wurde, können innert einer vom Konkursliquidator gesetzten Frist den abgetretenen Anspruch gerichtlich geltend machen. Der Konkursliquidator stellt ihnen eine Bescheinigung aus, in der er die Bedingungen der Abtretung näher umschreibt. Nach unbenutztem Ablauf der Frist fällt die Abtretung dahin. Da der Konkursliquidator diese Frist eigenhändig festlegt, liegt auch eine allfällige Verlängerung in seinem Ermessen. Eine solche kann insbesondere dann in Frage kommen, wenn glaubhaft dargelegt wird, dass ohne Verzögerung eine aussergerichtliche Lösung gesucht wurde und ein Abschluss oder die gerichtliche Geltendmachung bevorsteht.

⁴³ Art. 141 Abs. 3 KKV spricht nicht die Übertragung der einzelnen Teilvermögen, sondern der SICAV als solche an. Gemäss Art. 96 Abs. 3 KAG gilt Art. 96 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 KAG und somit auch Art. 141 KKV, der sich auf Art. 96 bezieht, für Teilvermögen jedoch sinngemäss.

⁴⁴ Vgl. Ausführungen zu Art. 31

Die Abtretungsgläubiger informieren den Konkursliquidator umgehend über das Resultat einer Geltendmachung. Der nach den Verwertungskosten resultierende Erlös dient vorab zur Deckung der mit der Geltendmachung entstandenen Prozesskosten sowie der Forderungen der Abtretungsgläubiger. Ein allfälliger Überschuss fällt in die Konkursmasse und ist dieser herauszugeben. Nach Abschluss des Konkursverfahrens hat die Mitteilung an die FINMA zu erfolgen, die die notwendigen Anordnungen trifft.

Verzichtet die Konkursmasse auf die Geltendmachung eines Rechtsanspruchs und verlangt kein Gläubiger dessen Abtretung, liegt es im Ermessen des Konkursliquidators und nach Abschluss des Konkursverfahrens der FINMA zu beurteilen, ob der Anspruch noch in irgendeiner Form verwertet werden kann und soll. Das gleiche gilt, wenn die Frist zur Geltendmachung unbenutzt verstrichen ist. Die entsprechende Verwertung kann formlos erfolgen, denn die Gläubiger haben bereits auf ihre Rechte an diesem Rechtsanspruch verzichtet.

3.6.6 Anfechtung von Verwertungshandlungen (Art. 38 E-KAKV-FINMA)

Die Gläubiger haben die Möglichkeit, für einzelne Verwertungshandlungen während einer vom Konkursliquidator festgelegten Frist bei Letzterer eine anfechtbare Verfügung zu verlangen. Damit sie dieses Recht wahrnehmen können, müssen sie vom Konkursliquidator über die Verwertungshandlungen in Kenntnis gesetzt werden. Zu diesem Zweck hat er die Gläubiger periodisch mittels eines Verwertungsplans über die bevorstehenden Verwertungshandlungen zu informieren. Der Konkursliquidator hat über die Periodizität situationsadäquat zu bestimmen. In der Regel erfolgt die Information über die Verwertungshandlungen im Rahmen der allgemeinen Zirkularschreiben des Konkursliquidators an alle Gläubiger.

Verwertungshandlungen, die ohne Aufschub erfolgen können, müssen nicht in den Verwertungsplan aufgenommen werden und unterliegen dementsprechend keiner Anfechtung durch die Gläubiger.

3.7 6. Abschnitt: Verteilung und Abschluss

3.7.1 Massaverpflichtungen (Art. 39 E-KAKV-FINMA)

Das Verfahren ist einzustellen, wenn die vorhandenen Konkursaktiven die auflaufenden Kosten und Verbindlichkeiten der Konkursmasse nicht bzw. nicht mehr decken und seitens der Gläubiger nicht hinreichend Sicherheiten geleistet werden⁴⁵. Für den Fall, dass die vorhandenen Konkursaktiven am Schluss des Verfahrens oder trotz inzwischen erfolgter Einstellung nicht ausreichen, um alle Massaverbindlichkeiten zu decken, ist die Reihenfolge ihrer Deckung massgebend.

Im Rahmen der Verteilung werden aus der Konkursmasse als erstes Verbindlichkeiten befriedigt, welche die Konkursmasse während der Dauer des Verfahrens eingegangen ist. Erwartungsgemäss sind dies Massnahmen, die zum Ziel haben, gewisse Aktivitäten des Bewilligungsträgers fortzuführen. Ohne dieses Privileg würde kaum jemand mehr Geschäfte mit dem betroffenen Bewilligungsträger ab-

⁴⁵ Vgl. Art. 26

schliessen. Darunter fallen können insbesondere Mietkosten für Räumlichkeiten, die nach Ablauf der Kündigungsfrist noch für eine gewisse Dauer benutzt wurden.

In einem zweiten Schritt sind sämtliche Kosten für Eröffnung und Durchführung des Konkursverfahrens zu decken. Darunter fallen die Kosten und Auslagen des eingesetzten Konkursliquidators und weiterer von diesem oder der FINMA beauftragten Personen sowie allgemein die Kosten der Konkursöffnung und -durchführung.

Schliesslich sind an dritter Stelle die Verbindlichkeiten gegenüber einer Depotbank zu begleichen, wobei insbesondere an Depotbanken gemäss Art. 72 ff. KAG zu denken ist. Die Idee hinter dieser Regelung ist, dass die Herauslösung der verwahrten Vermögenswerte bevorzugt behandelt werden soll, damit sie der Verwertung zugeführt werden können.

Im Konkurs einer SICAV werden Massaverpflichtungen grundsätzlich aus dem Unternehmerteilvermögen gedeckt. Vorbehalten bleiben diejenigen Kosten, welche jeweils einem konkreten Anlegerteilvermögen zugeordnet werden können. Dies gilt für den finanziellen Aufwand für die Inventur, Verwaltung und Verwertung der Vermögenswerte eines Anlegerteilvermögens. Die Formulierung der Verordnung lehnt sich dabei an die Regelung des SchKG in Bezug auf die den Pfandgegenständen anzulastenden Verfahrenskosten an⁴⁶. Insofern kann auf das entsprechende Verständnis verwiesen werden.

Diese Beschränkung der Pflicht, für Massaverbindlichkeiten aufzukommen, gilt für die die Anlegerteilvermögen jedoch nur soweit, wie das Unternehmerteilvermögen über genügend Aktiven zur Deckung der Massaverbindlichkeiten verfügt. Sekundär haben auch die Anlegerteilvermögen im Verhältnis zum Fondsvermögen für Massaverbindlichkeiten einzustehen⁴⁷.

3.7.2 Verteilung (Art. 40 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursliquidator kann mit Zustimmung der FINMA Abschlagsverteilungen vornehmen. Dies entspricht einem Bedürfnis, insbesondere bei komplexen und daher lange andauernden Verfahren. Die entsprechend provisorische Verteilungsliste bedarf der Genehmigung durch die FINMA.

Sobald der Konkursliquidator sämtliche Verwertungshandlungen abgeschlossen hat und sämtliche Prozesse über Konkursaktiven und -passiven, in denen die Konkursmasse Partei war, erledigt sind, erstellt er die abschliessende Verteilungsliste über die zu verteilenden Aktiven. Dabei braucht der Konkursliquidator keine Rücksicht zu nehmen auf in diesem Zeitpunkt noch nicht erledigten Rechtsansprüche, die zur Geltendmachung an einzelne Gläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG abgetreten wurden. Die Verteilungsliste ist vor der Verteilung der FINMA zur Genehmigung einzureichen. Die Verteilungsliste wird nicht aufgelegt⁴⁸.

⁴⁶ Art. 262 Abs. 2 SchKG, auf welchen ohnehin via Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BankG verwiesen wird, welcher aber die Verfahrenskosten zu Lasten der Pfandgegenstände regelt.

⁴⁷ Vgl. dazu auch die Ausführungen unter Art. 28

⁴⁸ Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37e Abs. 1 BankG

Eine Auszahlung für Forderungen hat insbesondere zu unterbleiben, solange deren Bestand, Höhe oder der Berechtigte nicht abschliessend feststeht. Keine Auszahlung erfolgt auch für Forderungen, die teilweise durch noch nicht verwertete Sicherheiten im Ausland oder gemäss Art. 21 gedeckt sind. Die Nennung von Art. 21 ist erforderlich für diejenigen Fällen, in denen der Sicherungsnehmer gemäss Art. 21 von seinem Recht zur eigenständigen Verwertung keinen Gebrauch macht. Sofern ein Gläubiger voraussichtlich durch eine noch ausstehende Befriedigung in einem ausländischen Zwangsvollstreckungsverfahren, das mit dem Konkursverfahren in der Schweiz in einem Zusammenhang steht, teilweise Deckung erhalten kann⁴⁹, erfolgt ebenfalls noch keine Auszahlung. Denn die auch an einem ausländischen Verfahren teilnehmenden Gläubiger sollen nicht besser gestellt werden als die nur am schweizerischen Verfahren teilnehmenden gleichen Ranges.

3.7.3 Verteilung im Konkurs einer Fondsleitung (Art. 41 E-KAKV-FINMA)

Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt im Konkurs einer Fondsleitung aus dem Erlös, welcher aus der Verwertung der Vermögenswerte der Fondsleitung resultiert. Diesbezüglich ist zu beachten, dass das Vermögen der Anlagefonds zu Gunsten der Anleger abzusondern ist. Die Anleger werden aus dem Erlös befriedigt, der sich aus der Verwertung der zum Anlagefonds gehörenden Vermögenswerte ergibt.

3.7.4 Verteilung im Konkurs einer SICAV (Art. 42 E-KAKV-FINMA)

Entsprechend dem Grundsatz, dass die Anlegerteilvermögen nur für eigene Verbindlichkeiten haften, erfolgt die Verteilung der Erlöse der verschiedenen Teilvermögen separiert. Jeder Gläubiger erhält für seine Forderung Befriedigung aus dem oder denjenigen Teilvermögen, gegenüber welchen seine Forderung im rechtskräftigen Kollokationsplan erfasst ist. In Bezug auf die einzelnen Teilvermögen gilt unter den Gläubigern die im Kollokationsplan rechtskräftig festgelegte Rangordnung gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG⁵⁰.

Da im Konkurs einer SICAV nicht sämtliche Teilvermögen für alle Verbindlichkeiten einzustehen haben, sondern die Anlegerteilvermögen grundsätzlich nur für eigene Verbindlichkeiten haften, kann es sein, dass in einem Anlegerteilvermögen die Gläubiger zu einem grossen Teil leer ausgehen, während bei einem anderen Anlegerteilvermögen alle Gläubiger vollumfänglich befriedigt werden und noch ein Überschuss verbleibt. Ein solcher Überschuss steht den entsprechenden Anlegeraktionären zu (Art. 97 Abs. 3 KAG). Die Verteilung eines Überschusses an die entsprechenden Anlegeraktionäre erfolgt im Verhältnis ihrer Kapitalbeteiligung.

3.7.5 Schlussbericht und Hinterlegung (Art. 43 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursliquidator hat im Schlussbericht zu Handen der FINMA die wichtigsten Expunkte und Probleme des Verfahrens sowie die einzelnen Prozesse, in welche die Konkursmasse als Partei auf der Aktiv- oder Passivseite involviert war, summarisch zusammenzufassen. Unter Vorbehalt der aus-

⁴⁹ Vgl. Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 37f Abs. 2 BankG

⁵⁰ Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BankG

drücklichen Aufforderung im Einzelfall ist hier keine tiefe Detaillierung gefordert. Nichtsdestotrotz müssen jene Angaben enthalten sein, die auch nach Abschluss des Verfahrens von Bedeutung sein können. Insbesondere sind die noch nicht ausbezahlten Anteile zu nennen, wobei der Begriff „Anteile“ gemäss Art. 43 Abs. 2 Bst. c sowohl Anteile der Gläubiger wie auch Anteile der Anleger im Fokus hat.

Da das Mandat des Konkursliquidators mit Abschluss des Verfahrens endet, erfolgt die spätere Auszahlung und die Prüfung, ob die Auszahlungsvoraussetzungen inzwischen gegeben sind, durch die FINMA – soweit sie diese Aufgaben nicht an Dritte delegiert.

Die FINMA informiert die Öffentlichkeit über den Schluss des Konkursverfahrens. Zu den Anordnungen zur Schliessung des Verfahrens gehören auch solche über die Handhabung von noch nicht ausbezahlten Beträge.

3.7.6 Verlustschein (Art. 44 E-KAKV-FINMA)

Der Konkursliquidator macht die Gläubiger darauf aufmerksam, dass sie für die Forderungen, die im Konkursverfahren nicht vollständig gedeckt wurden, berechtigt sind, bei ihm einen Verlustschein gemäss Art. 265 SchKG einzufordern. Der Verlustschein wird nur auf Verlangen und gegen Entrichtung einer Kostenpauschale ausgestellt.

Im Verlustschein ist insbesondere anzugeben, ob die ursprüngliche Forderung des Gläubigers vom Bewilligungsträger anerkannt wurde und welches oder welche Teilvermögen für die Forderung hätte bzw. hätten aufkommen müssen. Bei einer Anerkennung durch den Bewilligungsträger gilt der Verlustschein als Schuldanererkennung im Sinne des Art. 82 SchKG. Dies kann auch bei juristischen Personen trotz deren Löschung von Bedeutung sein, wenn es beispielsweise darum geht, gegenüber Dritten Nebenrechte wie Bürgschaften geltend zu machen.

3.7.7 Aktenaufbewahrung (Art. 45 E-KAKV-FINMA)

Nach Abschluss oder Einstellung des Konkursverfahrens muss der Zugang zu den Akten und die Aufbewahrung der Akten von der FINMA geregelt werden. Für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Aufbewahrung und späteren Vernichtung dieser Akten sind bereits vor der Verteilung an die Gläubiger die notwendigen Mittel als Verfahrenskosten auszuscheiden.

Die Konkursakten sowie die von Gesetzes wegen aufzubewahrenden Geschäftsakten sind nach Abschluss des Konkursverfahrens noch zehn Jahre aufzubewahren. Die anschliessende Vernichtung erfolgt auf Anordnung der FINMA. Zu berücksichtigen sind dabei gesetzliche Spezialregelungen bezüglich einer längeren Aufbewahrung einzelner Aktenstücke.

3.7.8 Nachträglich anfallende und hinterlegte Vermögenswerte (Art. 46 E-KAKV-FINMA)

Neu entdeckte Vermögenswerte und Rechtsansprüche des Bewilligungsträgers, die bisher nicht zur Konkursmasse gezogen wurden, werden gemäss Anordnung der FINMA verwertet. Die FINMA kann insbesondere den früheren Konkursliquidator mit der Verwertung beauftragen oder ein Konkurs- oder

Betreibungsamt damit betrauen. Die nachträgliche Verwertung durch Wiederaufnahme des bereits geschlossenen Konkursverfahrens erfolgt nach den Bestimmungen des Konkursverfahrens bezüglich Bewilligungsträger und ist auf zehn Jahre seit dessen Abschluss beschränkt.

Die Verteilung des Nettoerlöses aus der nachträglichen Verwertung an die im Konkursverfahren zu Verlust gekommenen Gläubiger erfolgt nach deren Rang. Die Rückgabe oder Reduktion der ausgestellten Verlustscheine ist mit der Verteilung zu verbinden.

Die Gläubiger können - unter Verwirkungsfolge - in einer öffentlichen Bekanntmachung aufgefordert werden, dem Konkursliquidator innert einer bestimmten Frist die notwendigen Angaben für die Auszahlung bekannt zu geben, denn die Auszahlung erfolgt nur an Gläubiger, von denen die Informationen bekannt sind.

Sofern ersichtlich ist, dass die mit der Wiederaufnahme des Konkursverfahrens entstehenden Kosten vom zu erwartenden Erlös aus der Verwertung der nachträglich angefallenen Vermögenswerte nicht gedeckt oder nur geringfügig übertroffen werden, kann die FINMA von der Wiederaufnahme des Verfahrens absehen. Sie leitet diesfalls die nachträglich angefallenen Vermögenswerte an den Bund.

Hinterlegte Vermögenswerte, die nach Ablauf von zehn Jahren nicht bezogen wurden, werden wie die neu entdeckten Vermögenswerte und Rechtsansprüche verwertet und an die zu Verlust gekommenen Gläubiger verteilt. Spezialgesetzliche Regelungen bleiben vorbehalten.

3.8 7. Abschnitt: Schlussbestimmungen (Art. 47 und 48 E-KAKV-FINMA)

Das Inkrafttreten ist auf den 1. Januar 2013 geplant. Die Konkursverordnung soll ab dem 1. Januar 2013 auf alle Verfahren Anwendung finden, für welche eine FINMA-Konkurszuständigkeit gemäss Art. 137 Abs. 3 KAG besteht. Dies gilt auch für Verfahren, die bereits vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung angehängen wurden bzw. in diesem Zeitpunkt bereits rechtshängig sind.

Das KAG befindet sich zurzeit in Revision. Das revidierte KAG soll Anfang 2013 in Kraft treten. Der E-KAKV-FINMA wird daher noch an das revidierte KAG anzupassen sein.

Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der KAKV-FINMA wird mit dem Inkrafttreten des revidierten KAG abgestimmt werden. Es ist beabsichtigt, die KAKV-FINMA gleichzeitig mit dem revidierten KAG in Kraft treten zu lassen. Allfällige zeitliche Verzögerungen im Rahmen der KAG-Revision bleiben jedoch vorbehalten.