

FINMA



D 0122031

FINMA		
ORG	13. SEP. 2012	SB
BS		
Beneplacito:		Flb

Autorité fédérale de surveillance des  
 marchés financiers FINMA  
 A l'att. de Roger Künzle  
 Einsteinstrasse 2  
 CH - 3003 Berne

Lausanne, le 12 septembre 2012

## Procédure d'audition

### Ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs

Cher Monsieur,

En date du 10 juillet 2012, vous vous êtes adressé aux cercles concernés en ouvrant la procédure d'audition citée en titre.

Les buts principaux de notre association (COPTIS) sont d'encourager en Suisse les activités liées à la titrisation immobilière, notamment celles développées par ses membres sous la forme de placements collectifs de capitaux, et de représenter les vues et les intérêts des membres auprès du gouvernement et d'autres instances suisses ou étrangères. De ce fait, nous considérons pouvoir apporter une valeur ajoutée au processus de création d'une ordonnance en matière de faillite de placements collectifs en vous communiquant une proposition spécifique relative aux placements collectifs immobiliers.

Nous sommes conscients du fait que notre courrier vous parvient après la clôture de l'audition fixée au 22 août 2012 et nous nous en excusons. Nous espérons toutefois que notre position particulière pourra faire l'objet d'une évaluation de votre part et être retenue.

De manière générale, COPTIS partage l'avis de la FINMA sur la nécessité d'une ordonnance sur la faillite des placements collectifs car effectivement, la loi sur les placements collectifs ne régit la procédure de faillite que de manière rudimentaire. Plus spécifiquement, en rapport avec les art. 34 al.1 et 35 al.1 de l'OFPC-FINMA, afin de protéger les investisseurs de PCC immobiliers et pour éviter tout doute à ce sujet, COPTIS considère que lorsque la FINMA - suite à la faillite du titulaire de l'autorisation - autorise le transfert d'un compartiment immobilier à une nouvelle Direction de fonds ou SICAV, les coûts occasionnés par ce transfert (droits de mutation, notaire, etc.) devraient systématiquement être mis à la charge de la direction du fonds / SICAV en faillite.

En espérant que cette proposition retiendra votre attention, nous vous remercions de l'intérêt que vous porterez à la présente prise de position et vous prions de croire, Cher Monsieur, à l'expression de notre considération distinguée.

Raffaele Rossetti

Président

Yves Claude Aubert

Secrétaire

**Vorab per E-Mail**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dr. Reto Schiltknecht  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

Dr. Patrizia Holenstein, LL.M.  
Prof. Dr. Franco Lorandi, LL.M.  
Lic. Thomas P. Zemp  
Lic. Marc R. Büttler, LL.M.  
Dr. Jurij Benn, dipl. Steuerexperte  
Lic. Regina Lehner-Höhener  
PD Dr. Jean-Marc Schaller  
Dr. Alexander M. Glutz von Blotzheim

Holenstein Rechtsanwälte AG  
Utoquai 29 / 31  
CH-8008 Zürich  
Tel. +41 44 257 20 00  
Fax +41 44 251 84 09  
E-Mail: [admin@hol-law.ch](mailto:admin@hol-law.ch)  
<http://www.hol-law.ch>

Zürich, 8. August 2012

a:\L:\Documents\p\_beghol\0001\00000136\General\000244529.docx

Eingetragen im Anwaltsregister

**Stellungnahme zum Entwurf der Kollektivanlage-Konkursverordnung-  
FINMA (KAKV-FINMA)**

Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Vorab bedanke ich mich für die Möglichkeit, Stellung zum Entwurf der Kollektivanlage-Konkursverordnung der FINMA nehmen zu können. Ich mache davon mit vorliegendem Schreiben gerne Gebrauch. Bei meinen Hinweisen habe ich mich sowohl von praktischen als auch dogmatischen Überlegungen leiten lassen.

Ich beschränke mich darauf, auf ausgewählte Aspekte einzugehen.

Soweit nichts anderes vermerkt ist, beziehen sich Verweise auf Artikel der KAKV-FINMA.

**Allgemeine Bestimmungen (Art. 1 bis Art. 12)**

Generell ist es zu bedauern, dass die *Verwendung der männlichen und weiblichen Form* aller Subjekte die Lesbarkeit unnötig erschwert. Die verwendete Dualität der Begriffe ist unnötig. Sie wurde auch nicht überall konsequent umgesetzt; so wird etwa der Begriff des Bewilligungsträgers ohne weibliches Pendant verwendet.

Sehr zu begrüßen ist, dass die KAKV-FINMA grundsätzlich die Formulierungen gemäss BIV-FINMA und VKV-FINMA übernimmt. Bei einer Vielzahl von Bestimmungen (z.B. Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3 Satz 1, Art. 5 Abs. 1, 3 und Abs. 4, Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 10 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 und 4, Art. 18 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 und 3, 24 Abs. 3, Art. 26 Abs. 2, Art. 31 Abs. 4, Art. 36 Abs. 2 und 3, Art. 39 Abs. 2, Art. 40 Abs. 2) ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb vom Wortlaut der BIV-FINMA (bzw. von der VKV-FINMA) abgewichen worden ist (auch wenn die Formulierungen gemäss KAKV-FINMA besser erscheinen). Im Sinne der Rechtssicherheit macht es sehr viel Sinn, eine weitgehend identische Regelung für alle drei Konkursverfahren zu

haben. Es wäre deshalb angezeigt, alle *drei Verordnungen* vor Inkraftsetzung *sprachlich abzugleichen bzw. zu vereinheitlichen*.

#### **Art. 1**

Die Beschränkung des Regelungsgegenstandes auf das Konkursverfahren ergibt sich aus Art. 137 Abs. 1 KAG. Für eine Stundung und einen Fälligkeitsschub bleibt – anders als für Banken und Versicherungsunternehmungen – aufgrund der fehlenden Rechtsgrundlage im KAG kein Raum. Dies ist zu bedauern (ist aber ein „Mangel“ des Gesetzes und nicht der KAKV-FINMA).

#### **Art. 5**

Die Regelung in Art. 5 ist sehr viel einschränkender als das Regime gemäss SchKG (Art. 8 f.). Die Einschränkungen gemäss Art. 5 ist für den Bankenkonzurs (von wo sie rezipiert worden ist) aufgrund des Bankkundengeheimnisses geboten. Für Bewilligungsträger nach dem KAG (und für Versicherungsunternehmen) ist dies m.E. weit weniger evident. Zwar bietet Art. 34 Abs. 3 BankG (durch Verweisung in Art. 137 Abs. 3 KAG) eine Grundlage dafür, dass die FINMA abweichende Verfügungen und Anordnungen treffen kann. Die Zulässigkeit einer generellen Einschränkung auf Verordnungsstufe scheint jedoch fraglich.

#### **Art. 8**

Die ausdrückliche Regelung in *Abs. 2*, dass der Konkursliquidator hoheitlich handelt, ist zu begrüssen und zwar sowohl zur Klärung der Rechtslage gegenüber Behörden im Ausland als auch in Anbetracht der unveränderten und unsinnigen Sichtweise der ESTV, wonach auf Aufwendungen der von der FINMA eingesetzten Konkursliquidatoren MWST zu entrichten sein soll.

#### **Art. 12**

Qua Verweis von Art. 137 KAG gilt die Regelung von Art. 37g BankG, wo in Abs. 5 auf die Art. 166-175 IPRG verwiesen wird. Damit würde das *Gegenrechtserfordernis* auch für Anschlussinsolvenzverfahren verankert. Nachdem dieses anerkanntermassen überholt ist, ist es sachlich angezeigt, für das Insolvenzrecht über Kollektivanlage-Bewilligungsträger (wie auch für Banken und Versicherungen) davon abzuweichen. Aufgrund der Kompetenz der FINMA (gemäss Art. 34 Abs. 3 BankG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 KAG), vom Bankengesetz abzuweichen, ist von der Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise auszugehen. Dem spezialgesetzlichen Insolvenzrecht (Banken, Versicherungen, Bewilligungsträger von kollektiven Kapitalanlagen) würde damit der Verdienst zufallen, das schweizerische internationale Insolvenzrecht in eine neue Epoche zu führen.

#### **Art. 24**

Abs. 3 sieht die Verlängerung der paulianischen Verdachtsfristen um die Dauer eines vorausgegangenen „Sanierungsverfahrens“ vor. Es ist jedoch unklar, was damit genau gemeint ist. Art. 137

Abs. 1 KAG nimmt zwar (im negativen Sinn) auf die Sanierung Bezug (indem der Konkurs eröffnet wird, wenn keine Aussicht auf Sanierung besteht oder diese gescheitert ist). Anders als das Bankengesetz sieht das KAG jedoch nirgends ein eigentliches Sanierungsverfahren vor. Damit wäre wohl eher von einer vorausgegangenen Sanierung (so auch Art. 21 Abs. 3 VKV-FINMA) als von einem Sanierungsverfahren zu sprechen.

Ohne einen formellen (d.h. eindeutig feststellbaren) Beginn und ein formelles Ende lässt sich m.E. die exakte Dauer eines vorausgegangenen Sanierungsverfahrens (oder eine vorausgegangenen Sanierung) gar nicht feststellen.

## Konkurspassiven (Art. 27 bis Art. 32)

### Art. 28

Wie im Begleitbericht zu Recht ausgeführt wird (S. 26/27) handelt sich bei den Regelungen in Abs. 2 und 3 um materiellrechtliche Bestimmungen. Eine Klarstellung der materiellrechtlichen Rechtslage in der KAKV-FINMA scheint jedoch hilfreich und sinnvoll.

### Art. 29

Die sehr sinnvolle Regelung in Abs. 3 könnte wie folgt präzisiert werden:

*„Im Konkurs einer SICAV sind die zu kollozierenden Forderungen in Bezug auf die verschiedenen Teilvermögen, welche für die einzelnen Forderungen beansprucht werden, voneinander **separat zu kollozieren, wobei jedes Teilvermögen durch Verweis auf das Inventar eindeutig zu individualisieren ist.**“*

### Art. 31

In Bezug auf den Verweis in Abs. 1 auf Art. 5 gilt das zu dieser Bestimmung vorn Gesagte.

### Art. 32

Das Haftungsregime bei der SICAV ist speziell (Art. 94 Abs. 2 KAG). Dies hat Auswirkungen auf die Kollokation (Art. 14, Art. 17 Abs. 1, Art. 28, Art. 29 Abs. 3) und der Verteilung (Art. 42). An den verschiedenen Haftungsteilvermögen (ein Unternehmerteilvermögen und ein oder mehrere Anlegerteilvermögen) sind unterschiedliche Personen berechtigt (Unternehmeraktionäre bzw. Anlegeraktionäre). Bleibt für ein Teilvermögen ein Überschuss, so geht dieser an die jeweiligen (Unternehmer- bzw. Anleger-)Aktionäre. Diesfalls hat der Schuldner einen „Anspruch (...) auf Herausgabe des Aktivenüberschusses“ (BGE 129 III 563). Bei natürlichen Personen als Schuldner hat dieser ausnahmsweise das Recht, Kollokationsklage zu führen (LORANDI, AJP 2006, 1270 f.). Bei einer SICAV müsste m.E. konsequenterweise den Anlegern das Recht zur Kollokationsklage zugestanden werden, wenn – in Bezug auf das jeweilige Teilvermögen – ein

Aktivenüberschuss besteht oder ein solcher herbeigeführt werden kann. Es fragt sich, ob dies in Art. 32 zum Ausdruck gebracht werden sollte.

## **Verwertung (Art. 33 bis Art. 38)**

### **Art. 33**

Ohne Aufschub können unter anderem Vermögenswerte verwertet werden, wenn sie nicht von bedeutendem Wert sind (Abs. 3 lit. d). Gemäss dem Erläuterungsbericht bestimmt offenbar die FINMA auf Antrag des Konkursliquidators für das einzelne Konkursverfahren, welche Vermögenswerte nicht von bedeutendem Wert sind (S. 29). Diese Regelung sollte m.E. in den Verordnungstext aufgenommen werden, da sie für jedes Verfahren Rechtssicherheit schafft.

### **Art. 39**

Die Regelung in Art. 1 lit. c ist gemäss Erläuterungsbericht von der Idee getragen, die Herauslösung der verwahrten Vermögenswerte bevorzugt zu behandeln, damit die Verwertung durchgeführt werden kann (S. 32). Diese Regelung vermag sich zwar in gewissem Sinne an jene gemäss Art. 17 Abs. 3 BEG anzulehnen. Zwingend geboten scheint sie m.E. jedoch nicht: Der Depotbank dürfte wohl ausnahmslos ein (vertragliches und/oder gesetzliches) Retentions- und Pfandrecht zusehen. Dieses kann sie im Konkurs geltend machen (Art. 219 Abs. 1 bis 3 SchKG). Als Pfandgläubiger tritt die Depotbank eine Ablieferungspflicht (Art. 20 Abs. 1), so dass die Verwertung durch den Konkursliquidator auch erfolgen kann, ohne eine Masseverbindlichkeit zu begründen. Insofern scheint die Regelung in Abs. 1 lit. c nicht notwendig.

Die Regelung kann aber auch zu einem „überschiessenden“ Ergebnis führen: Gemäss der Formulierung wären *sämtliche* Verbindlichkeiten gegenüber der Depotbank als Masseverbindlichkeiten zu behandeln. Dies ist dann zum Nachteil der (anderen) Gläubiger, wenn die Forderungen der Depotbank (ausnahmsweise) den Wert der (noch) bei ihr verbleibenden Depotwerte übersteigen. Eine Streichung von lit. c scheint mir daher gerechtfertigt.

## **Verteilung und Abschluss (Art. 39 bis Art. 46)**

### **Art. 40**

Abs. 4 lit. d sieht vor, dass keine Auszahlungen erfolgen, soweit in einem ausländischen Zwangsvollstreckungsverfahren, das mit dem Konkurs über den Bewilligungsträger im Zusammenhang steht, teilweise Deckung zu erwarten ist. Soweit es um ausländische Verfahren geht, welche Vermögenswerte des *Bewilligungsträgers* beschlagen, macht diese Regelung Sinn. Sofern sich das „im Zusammenhang stehende“ Zwangsvollstreckungsverfahren jedoch *gegen Dritte* (sog. Mitverpflichtete) richtet, sind m.E. zwingend die Art. 215-218 SchKG zu beachten (vgl. Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BankG), welche einen Rückbehalt nicht zulassen. Allenfalls sollte zur Klarstellung ein entsprechender Vorbehalt gemacht werden.

## Nachtrag zu Stellungnahme zur VKV-FINMA

Am 30. Mai 2012 habe ich Ihnen meine Stellungnahme zum Entwurf zur VKV-FINMA erstattet. Darin hatte ich (zu Art. 27) Hinweise dazu gemacht, dass die Regelung betreffend der Kollokation der Forderungen in Bezug auf das gebundene Vermögen geändert werden sollte, da das gebundene Vermögen ein Sondervermögen darstellt.

Die Teilvermögen einer SICAV sind ebenfalls Sondervermögen. Insofern macht es m.E. Sinn, die Regelungen der KAKV-FINMA mit jener der VKV-FINMA zum gebundenen Vermögen abzugleichen. Dies macht m.E. insbesondere Sinn in Bezug auf die Art. 19, Art. 28, Art. 29 Abs. 3, Art. 42 KAVK-FINMA in die VKV überführen, da die diesbezügliche Konstellation sehr vergleichbar ist. Die Regelung in der KAVK-FINMA diesbezüglich sehr klar und verständlich abgefasst.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen



Franco Lorandi



Betreibungsamt Illnau-Effretikon, 8307 Effretikon

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

8307 Effretikon, 22. August 2012

## **Öffentliche Anhörung zur „Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (KAKV-FINMA)“**

Sehr geehrter Herr Dr. Schildknecht,  
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, dass Sie uns die Möglichkeit geben, zur Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA Stellung zu nehmen.

Wir haben hierzu folgende Bemerkungen anzufügen:

### **Grundsätzliches**

Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BankG sieht vor, dass der Konkurs (unter Vorbehalt der weiteren Bestimmungen des BankG) nach den Artikeln 221–270 SchKG durchzuführen ist. Dies scheint im Erläuterungsbericht übersehen worden zu sein (z.B.: „Der E-KAKV-FINMA hat den Zweck, das in Art. 137 Abs. 1 KAG und Art. 137 Abs. 3 i.V.m. Art. 33-37g BankG rudimentär geregelte Konkursverfahren detaillierter festzulegen.“; vgl. S. 5, 8, 9, 10). Das SchKG ist jedoch anwendbar, soweit nichts Abweichendes bestimmt wird. Der Verordnungsentwurf enthält nun aber zahlreiche Bestimmungen, welche inhaltlich weitgehend SchKG-Konkursbestimmungen wiederholen (bspw. Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 4 Abs. 4 [= Art. 35 Abs. 1 2. Satz SchKG], Art. 8, Art. 18 Abs. 1 und 2 [ergibt sich bereits aus Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BankG], Art. 18 Abs. 4 [entspricht Art. 228 SchKG], Art. 20 Abs. 1 [entspricht im Wesentlichen Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG], Art. 23, Art. 24 Abs. 1, 2, 5 bis 7, Art. 25 Abs. 2, Art. 26 Abs. 4 [entspricht Art. 230a Abs. 2 SchKG, ausser dass sich Pfandgläubiger mit ihrem Begehren bei der FINMA zu melden haben], Art. 26 Abs. 6, Art. 27 Abs. 1 und 2, Art. 29 Abs. 1 und 2 [Art. 244, 246 und 247 Abs. 2 SchKG], Art. 30 Abs. 1, 3 und 4 [=Art. 63 Abs. 1 und 2 KOV bzw. Art. 260 Abs. 2 SchKG], Art. 31 Abs. 2 bis 4 [vgl. Art. 249 Abs. 3 SchKG und Art. 68 KOV], Art. 32 [= Art. 250 SchKG], Art. 33 Abs. 2, Art. 37 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1).

Unnötige, d.h. Gesetzesbestimmungen wiederholende Verordnungsbestimmungen führen nur zur Frage, ob sich hinter solchen Doppelspurigkeiten eine Abweichung vom Konkursrecht gemäss SchKG verbirgt. Es sollten deshalb nur Bestimmungen in die Verordnung aufgenommen werden, welche vom geltenden Konkursrecht nach SchKG abweichen. Dies würde nicht nur unnötige Streitigkeiten vermeiden helfen, sondern auch eine schlankere bzw. kürzere Verordnung ermöglichen. Im Übrigen sind auch verschiedene Bestimmungen zu finden, welche von den SchKG-Bestimmungen abweichen, ohne dass eine entsprechende Notwendigkeit ersichtlich würde.

Im Weiteren fällt auf, dass der FINMA Aufgaben übertragen werden, welche gemäss SchKG – wohl mit Grund – verschiedenen Organen übertragen sind. Zunächst obliegt der FINMA die Rolle des Konkursgerichts. Die FINMA übernimmt sodann in gewissem Masse auch Aufgaben der Aufsichtsbehörde. Beschwerden (auch solche wie nach Art. 17 SchKG) sollen allerdings gerade nicht zulässig sein, sondern lediglich „Anzeigen“, d.h. formlose Rechtsbehelfe. Die FINMA soll sodann aber auch über Fragen entscheiden, welche gemäss SchKG den Gläubigern vorbehalten sind (z.B. Führung von Prozessen). Es leuchtet nicht ein, weshalb diesbezüglich eine vom SchKG abweichende Lösung gewählt wird, welcher der FINMA bloss Haftungsrisiken bescheren könnte und zudem die Legitimität des Verfahrens aus Gläubigersicht schmälert.

#### **Zu den einzelnen Bestimmungen:**

##### **Art. 4 Abs. 2 KAKV-FINMA**

Weshalb können die Mitteilungen nicht nach Art. 176 SchKG erfolgen? Für den Fall, dass Beteiligungen laufen, ist zumindest die Mitteilung an das Betreibungsamt notwendig.

##### **Art. 6 KAKV-FINMA**

Anordnungen des Konkursliquidators müssen Verfügungen sein (man denke nur an die Kollokationsverfügung); nur sind diese nicht auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechtbar. Weshalb insbesondere die Stellung der Gläubiger im Konkurs einer kollektiven Kapitalanlage gegenüber Gläubigern in einem „normalen“ Konkurs derart verschlechtert werden soll, dass ihnen nur die Möglichkeit einer Anzeige und keine bspw. Art. 17 SchKG nachgebildete Beschwerdemöglichkeit zustehen soll, erstaunt angesichts des in anderen Rechtsgebieten laufend ausgebauten Rechtsschutzes.

##### **Art. 9 Abs. 3 KAKV-FINMA**

Es ist nicht einsichtig, weshalb hier von den Regeln des SchKG abgewichen wird.

##### **Art. 11 KAKV-FINMA**

Ist diese Norm nicht entbehrlich, weil es sich schlicht um eine Selbstverständlichkeit handelt?

##### **Art. 13 Abs. 2 KAKV-FINMA**

Wäre es nicht sinnvoller, ausgehend von Art. 232 Abs. 2 SchKG hier nur Abweichendes festzuhalten? Die gewählte Lösung führt ja z.B. dazu, dass der Verordnung nichts darüber zu entnehmen ist, wann und wie eine allfällige Gläubigerversammlung einberufen werden soll.

##### **Art. 15 Abs. 1 / 16 Abs. 1 KAKV-FINMA**

Diese Bestimmungen wiederholen nur Art. 35 Abs. 1 BankG, auf welchen in Art. 137 Abs. 3

KAG verwiesen wird. Hingegen wird entgegen dem zu Erwartenden in keiner Weise konkretisiert, nach welchen Kriterien die fraglichen Punkte festgelegt werden.

Art. 18 Abs. 3 KAKV-FINMA

Wieso soll der Konkursliquidator (generell) der FINMA Sicherungsmassnahmen erst beantragen müssen? Da solche Massnahmen in der Regel dringlich sind, muss er in der Lage sein, diese selbst sofort vornehmen zu können.

Art. 18 Abs. 4 KAKV-FINMA

Es scheint problematisch, wenn das Inventar einer möglicherweise so substanzhaltigen Konkursiten bloss von einer Person begutachtet werden soll. Hier sollte man deswegen zumindest auch die Möglichkeit einräumen, dass ein Gremium, eine Personenmehrheit zur Inventarprüfung gewählt wird. Bei einem Finanzintermediär kommt dieser Prüfung wohl grösste Bedeutung zu. Was da übersehen wird, dürfte danach für immer verloren sein.

Art. 20 Abs. 3 KAKV-FINMA

Weshalb wird hier eine von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG abweichende Formulierung gewählt? Ohnehin liegt die Bedeutung der fraglichen Bestimmung zur Hauptsache darin, die Pfandgläubiger möglichst wirkungsvoll zur Meldung anzuhalten. Es dürfte nur wenige Fälle von Nichtmeldungen geben, in welchen es zur Sanktion gekommen ist.

Art. 21 Abs. 1 KAKV-FINMA

Hier wird eine Ausnahme der Herausgabepflicht statuiert. Ein Dritter kann diese behalten oder selbst verkaufen, wenn sie ihm als Sicherheit dienen und wenn die gesetzlichen Voraussetzung der Verwertung durch diesen Sicherungsnehmer gegeben sind.

Laut Kommentar zur Vorlage definiert Art. 31 Bucheffektengesetz (BEG; SR 957.1) die "gesetzlichen Voraussetzungen" für diese Ausnahme zur Herausgabepflicht. Art. 21 der Vo müsste demnach auf Art. 31 BEG verweisen. Sonst ist die Sache unklar. Weiter unten in der Vo kommt diese Ausnahme nicht mehr vor.

Art. 23 KAKV-FINMA

Wieso ist hier ohne Not eine minim von Art. 242 SchKG abweichende Regelung vorgesehen?

Art. 24 Abs. 4 und Art. 25 Abs. 1 KAKV-FINMA

Weshalb werden diese Fragen nicht auf dem Wege eines Zirkulars den Gläubigern zum Entscheid überlassen?

Art. 26 Abs. 2 und 3 KAKV-FINMA

In diesen beiden Bestimmungen wird, wenn man es streng nimmt, die FINMA - und nur sie! - verpflichtet, Konkurse zu führen. Wir gehen aber davon aus, dass die Finma auch in diesen Fällen die Möglichkeit gem. Art. 7 Vo hat und einen Liquidatoren einsetzen kann. Eventuell könnte/müsste man das bei Art. 26 Abs. 2 und 3 noch verdeutlichen.

Art. 30 Abs. 2 KAKV-FINMA

Wieso sollen über diese Frage nicht die Gläubiger durch Zirkularbeschluss entscheiden?

Art. 31 KAKV-FINMA

Einsicht in den Kollokationsplan: Müsste hier nicht auch ein Sicherungsmechanismus wie in Art. 5 Abs. 4 eingebaut werden? Es könnte sein, dass ein Gläubiger Informationen aus dem Kollokationsplan sonst wettbewerbswidrig verwendet.

#### Art. 36 Abs. 1 KAKV-FINMA

Weshalb wird hier auf das SchKG verwiesen, wenn doch bereits Art. 137 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BankG vorsehen, dass grundsätzlich die SchKG-Bestimmungen gelten?

#### Art. 38 KAKV-FINMA

Vorerst fragt es sich, ob dieses zusätzliche Rechtsmittel, das es sonst in keinem Konkurs gibt, wirklich nötig ist. Falls man diese Frage bejaht, stellt sich folgendes Problem: Im Unterscheid zur Marginalie regelt der Artikel eben nicht klar, wie man eine Verwertungsanordnung anfechten kann. Der Vo-Text sagt bloss, dass man bei der Finma eine Verfügung über eine beabsichtigte Verwertungshandlung verlangen kann. Wie diese anzufechten ist, legt die Bestimmung aber leider nicht dar. In Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidg. Finanzmarktaufsicht (SR 956.1) ist festgehalten, dass Verfügungen der Finma nach den Bestimmungen über die Bundesrechtspflege anzufechten sind. Das verweist auf das BGG (SR 173.110). Und dort beginnt dann die Suche von neuem. Also sehr benutzerunfreundlich! Besser wäre eine klare Kompetenzordnung gerade in dieser Verordnung.

#### Art. 41 Abs. 1 KAKV-FINMA

Weshalb bei Entdeckung eines neuen Aktivums eine Wiederaufnahme nach einer Einstellung mangels Aktiven oder eine Nachverteilung im Sinne von Art. 269 SchKG nur während längstens 10 Jahren nach Verfahrensbeendigung in Frage kommen soll, ist nicht einsichtig. Die Stellung von Gläubigern konkursiter Kollektivanlageeinrichtungen im Verhältnis zu Gläubigern anderer Konkurschuldner würde dadurch grundlos verschlechtert.

#### Art. 44 Abs. 1 KAKV-FINMA

Zumindest im Falle konkursiter natürlicher Personen muss die Ausstellung eines Verlustscheins automatisch erfolgen und die entsprechenden Kosten müssen aus der Konkursmasse beglichen werden. Es gibt keinen Grund, in solchen Fällen vom SchKG abzuweichen.

#### Art. 45 KAKV-FINMA

Zusätzlich zur Festlegung der Aufbewahrung wäre hier auch ein Hinweis in der Vo selbst nützlich, dass der Konkursliquidator oder die Finma auch die Kosten für diese Aufbewahrung nach Rücksprache mit dem Aufbewahrer festlegt und dem Verfahren belastet. Das steht zwar im Vortrag zur Voerordnung, nicht aber in dieser selbst. Das müsste aber so sein; denn Rechtskraft hat bloss der Vo-Text, nicht aber der Vortrag.

Mit freundlichen Grüssen

Konferenz der Betreibungs- und  
Konkursbeamten der Schweiz

Stefan Broger, Präsident



Roger Schober, Sekretär



per E-Mail an [reto.schildknecht@finma.ch](mailto:reto.schildknecht@finma.ch)

Nur auf elektronischem Wege versandt

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herr Roger Künzle  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

Basel, 22. August 2012

## **Anhörung zur Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (KAKV-FINMA)**

Sehr geehrter Herr Künzle

Am 10. Juli 2012 hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA eine öffentliche Anhörung zur „Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (KAKV-FINMA)“ eröffnet. Auch die Swiss Funds Association SFA und die Swiss Bankers Association SBVg sind eingeladen, sich im Rahmen dieser Anhörung zu dieser Verordnung zu äussern.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Meinungsäusserung und kommen Ihrem Wunsche in einer gemeinsamen Stellungnahme gerne nach.

Der Entwurf der Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (E-KAKV-FINMA) befasst sich mit Verfahrensfragen und basiert weitgehend auf der Bankenkursverordnung-FINMA (BKV-FINMA): Ungefähr die Hälfte der Bestimmungen des Entwurfes wurde ohne Änderungen von der BKV-FINMA übernommen<sup>1</sup>. Dies hat zwei Folgen. Einerseits wird mit Inkrafttreten dieser Ausführungsbestimmungen auf die Bewilligungsträger gemäss Art. 2 E-KAKV-FINMA ein Konkursverfahren angewendet, das sich bereits in anderen Finanzbereichen bewährt hat. Andererseits wird die E-KAKV-FINMA für die „erfassten Institute keine organisatorischen Anpassungen oder Umstellungen zur Folge“ haben (Kernpunkte des E-KAKV-FINMA, S. 3)<sup>2</sup>.

Die Bestimmungen, welche die Eigenheiten der kollektiven Kapitalanlagen berücksichtigen, entsprechen den Grundsätzen des KAG bzw. sind mit diesen vereinbar<sup>3</sup>.

Aus diesen Gründen soll im Rahmen der Anhörung zum E-KAKV-FINMA lediglich auf die folgenden Punkte hingewiesen werden:

---

<sup>1</sup> Folgende Bestimmungen wurden ohne materielle Änderung von der BKV-FINMA übernommen: Art. 5, Art. 6, Art. 10, Art. 12, Art. 13, Art. 15, Art. 16, Art. 18, Art. 20, Art. 21, Art. 23, Art. 24, Art. 25, Art. 29 Abs. 1 und 2, Art. 30, Art. 31, Art. 32, Art. 33, Art. 36 Abs. 2 und 3, Art. 37, Art. 40, Art. 43, Art. 44 und Art. 45.

<sup>2</sup> Dies kann nicht nur für die Bewilligungsträger gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. a bis d KAG festgehalten werden, sondern auch für die Vermögensverwalter schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen (vgl. Art. 2 E-KAKV-FINMA und Art. 137 Abs. 1 E-KAG).

<sup>3</sup> Der E-KAKV-FINMA beinhaltet folgende Bestimmungen, die spezifisch für die SICAV sind: Art. 9, Art. 14, Art. 17, Art. 19, Art. 28, Art. 29 Abs. 3, Art. 35 und Art. 42. Folgende Bestimmungen sind ausschliesslich für Fondsleitungen anwendbar: Art. 22, Art. 34 und Art. 41.

- Vorab ist es uns ein Anliegen festzuhalten, dass u.E. der Name der Verordnung geändert werden sollte. Da die Verordnung eher den Konkurs der Institute, nicht aber ihrer „Kollektivanlagen“ betrifft und um eine Irreführung zu vermeiden, sollte diese Verordnung „KAG-Konkursverordnung-FINMA“ (KAGKV-FINMA) heissen. Letztlich wird mit dieser Verordnung die SICAV anvisiert. Man hätte demzufolge eine klarere Unterscheidung zwischen Bestimmungen für die SICAV und solchen für die vertraglichen Fonds vornehmen können.
- Anders als Art. 34 Abs. 3 BankG sieht Art. 137 KAG nicht vor, dass die FINMA "abweichende Verfügungen und Anordnungen" im Bereich der Konkursliquidation insolventer Bewilligungsträger treffen kann. Die gesetzliche Grundlage für die vorliegende Verordnung ist eher schwach. Eine solche Grundlage wird erst mit Inkrafttreten des teilrevidierten KAG geschaffen (vgl. Art. 138 Abs. 3 E-KAG). Zwar wird die Kompetenz der FINMA mit Art. 138 E-KAG etwas breiter, dennoch stellt sich die Frage, inwiefern die FINMA auf Verordnungsstufe z.B. das Beschwerderecht einschränken kann. Gemäss Botschaft zum KAG kann die FINMA dabei vom SchKG abweichen; dies dürfte allerdings nur insoweit gelten, als dies die Besonderheiten der Kollektivanlage erfordern. Weitergehende Anordnungen wären daher nicht von der Kompetenz nach Art. 138 KAG erfasst. In der geltenden Fassung des KAG und der KKV fehlt eine Bestimmung, welche der FINMA die Kompetenz erteilt, Ausführungsbestimmungen im Bereich der Konkursdurchführung zu erlassen<sup>4</sup>. Auch Art. 55 Abs. 2 FINMAG bietet keine genügende Rechtsgrundlage für den Erlass der KAKV-FINMA. Im Dienste der Rechtssicherheit sollte die neue Verordnung deshalb gleichzeitig mit dem teilrevidierten KAG in Kraft treten.
- In der E-KAKV-FINMA wird zu wenig prominent hervorgehoben, dass im Konkurs der Fondsleitung das Fondsvermögen abgesondert wird und dass nur im Ausnahmefall das Vermögen eines Anlegerteilvermögens für die Verbindlichkeiten des Unternehmerteilvermögens einer SICAV haftet. Damit die Öffentlichkeit bzw. die Anleger die Tragweite der neuen Verordnung besser einschätzen können, wird empfohlen, bereits im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich der KAKV-FINMA (und nicht erst in Art. 22 E-KAKV-FINMA bzw. in Art. 28 Abs. 3 E-KAKV-FINMA) diese Grundsätze zu erwähnen. Aus dem gleichen Grund sollen Art. 34 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 E-KAKV-FINMA dahingehend geändert werden, dass klar hervorkommt, dass die Fortführung der Anlagefonds bzw. der Anlegerteilvermögen stets das oberste Ziel ist. Ausserdem soll die FINMA in der Verordnung verpflichtet werden, den Konkursliquidator bei der Suche einer übernahmewilligen Fondsleitung bzw. SICAV zu unterstützen.
- In Bezug auf nicht bewilligte Institute müsste im KAG ähnlich wie im BankG (Art. 23<sup>quinquies</sup>) eine explizite Grundlage geschaffen werden, die es der FINMA ermöglicht, Institute, welche ohne erforderliche Bewilligung tätig sind, auch dann zu liquidieren, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 137 Abs. 1 KAG nicht erfüllt sind (keine Überschuldung und keine ernsthafte Liquiditätsprobleme). Eine solche Grundlage wäre insbesondere im Hinblick auf die geplante Ausweitung des Anwendungsbereiches des KAG auf sämtliche Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen im Interesse der Rechtssicherheit. Eigentlich ist das Fehlen einer Insolvenzverordnung zu bedauern.
- Obwohl der Komplementär einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK) kein Bewilligungsträger im Sinne von Art. 13 Abs. 2 KAG ist, sollte die KAKV-FINMA auch auf dieses Institut bzw. Aktiengesellschaft anwendbar sein. Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der KAKV-FINMA auf den General Partner rechtfertigt sich

<sup>4</sup> Betreffend der Kompetenz der FINMA, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, vgl. Rebord, La réglementation des placements collectifs immobiliers, S. 149 f. und D'Amelio, Les placements collectifs en investissements alternatifs, S. 12.

aus zwei Gründen. Einerseits gelten die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 14 KAG auch für den General Partner (Art. 118 Abs. 1 KKV), was ihm einen Status verleiht, der vergleichbar mit jenem eines Bewilligungsträgers ist. Andererseits ist es zweckmässig, eine überschuldete KGK im gleichen Verfahren wie den überschuldeten General Partner liquidieren zu können. Art. 2 Abs. 1 E-KAKV-FINMA sollte entsprechend angepasst werden.

- Art. 5: In Art. 6 E-KAKV-FINMA wird dem Konkursliquidator das Recht, eine Verfügung zu erlassen, abgesprochen. Ohne Verfügungsrecht kann dieser aber auch keine Sanktion nach Art. 292 StGB androhen. Hier liegt ein Widerspruch.
- Art. 6: Der Rechtsschutz wird hier erheblich eingeschränkt bzw. ausgeschlossen. Dies kann nicht auf Verordnungsstufe geschehen. Wer in seinen Interessen verletzt wird, soll Beschwerde erheben können. Anderslautende Bestimmungen wären mit der verfassungsmässig garantierten Rechtsweggarantie nicht vereinbar. Insbesondere auch in Bezug auf das Kollokationsverfahren (Art. 29 E-KAKV-FINMA) ist dies fragwürdig, weil es dort um den Bestand einer Forderung geht.
- Art. 8: Hoheitliches Handeln gegenüber einem Privaten erfordert ein Verfügungsrecht der Behörde (mit Ausnahme des verwaltungsrechtlichen Vertrags und Realakten, welche aber hier keine Rolle spielen dürften). Auch hier liegt ein Widerspruch vor, der sich schon in der Bankenkonkursverordnung fand.
- Art. 39 Abs. 1 Bst. c E-KAKV-FINMA sollte folgendermassen ergänzt werden:  
c. Verbindlichkeiten gegenüber einer Depotbank oder Depotstelle.  
Gemäss Erläuterungsbericht (siehe S. 31, Ziff. 3.7.1) soll die Herauslösung der verwahrten Vermögenswerte bevorzugt behandelt werden, damit sie der Verwertung zugeführt werden können. Unseres Erachtens hat dieselbe Überlegung auch im Falle einer Depotstelle einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen zu gelten.

Abschliessend gestatten wir uns noch eine Bemerkung zu Ziff. 3.7.1 des Erläuterungsberichtes: In der Schweiz ist es üblich, dass bestimmte Tätigkeiten von Fondsleitung/SICAV an die Depotbank delegiert werden, wie beispielsweise Transfer-Agent-Tätigkeiten. Diese werden üblicherweise auch im Depotbankvertrag erfasst und mit der dort geregelten Gebühr abgegolten. Es wäre wünschenswert, wenn in den Materialien zur KAKV-FINMA unmissverständlich zum Ausdruck käme, dass sich Art. 39 Abs. 1 Bst. c E-KAKV-FINMA auf sämtliche Verbindlichkeiten gegenüber einer Depotbank (oder Depotstelle) bezieht, da ansonsten der Zweck des Artikels vereitelt werden könnte.

Für die Aufmerksamkeit, die Sie unseren Ausführungen entgegenbringen, danken wir Ihnen herzlich. Selbstverständlich stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte jederzeit gerne zur Verfügung.

#### SWISS FUNDS ASSOCIATION SFA



Dr. M. Den Otter  
Geschäftsführer



H. Tschäni  
stv. Geschäftsführer

#### SWISS BANKERS ASSOCIATION SBVg



Dr. Ch. Winzeler  
Mitglied der Direktion



M. Tissot  
Mitglied der Direktion

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Roger Künzle  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern

Per Email: [roger.kuenzle@finma.ch](mailto:roger.kuenzle@finma.ch)

Zürich, 21. August 2012

### **Anhörung zur Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA**

Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrter Herr Künzle

Mit Schreiben vom 10. Juli 2012 haben Sie uns eingeladen, zum Entwurf der Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (E-KAKV-FINMA) Stellung zu nehmen.

Die TREUHAND-KAMMER ist der Spitzenverband der Treuhand- und Revisionsbranche mit den Fachbereichen Wirtschaftsprüfung sowie Wirtschafts- und Steuerberatung. Als schweizweit tätiger Verband mit über 5'600 Einzelmitgliedern sowie rund 950 grossen, mittelgrossen und kleinen Treuhandunternehmen aus den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Wirtschafts- und Steuerberatung nehmen wir unsere gesamtschweizerische Verpflichtung wahr und wollen wir aktiv einen Beitrag zu einer funktionierenden Wirtschaft zu leisten.

Die Mitglieder der TREUHAND-KAMMER können unter anderem in der Funktion als aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft von Bewilligungsträgern im Sinne des Kollektivanlagengesetz "KAG", als von der FINMA eingesetzte Untersuchungsbeauftragte der FINMA oder aber auch als Konkursliquidator von der Ausgestaltung der KAKV-FINMA betroffen sein. Zudem schätzen wir die Möglichkeit, als Fachverband auch unsere praktische Erfahrung mit der Thematik in die Anhörung einfließen lassen zu können.

Sehr gerne möchten wir auf die folgenden Punkte hinweisen:

#### **Art. 5 – Akteneinsicht**

In Anlehnung an Art. 5 Abs. 1 der Bankenkonkursverordnung regen wir an, die Einfügung folgender Ergänzung in Art. 5 Abs. 1 zu prüfen: „[...]“; dabei ist das Kundengeheimnis (Art. 148 Abs. 1 lit. k KAG) soweit als möglich zu Wahren.“

#### **Art. 34 – Haftung der übernehmenden Fondsleitung**

Es ist davon auszugehen, dass beim Konkurs eines Institutes die Interessen der Anleger zumeist am besten gewahrt werden können, indem die kollektiven Kapitalanlagen an eine neue Fondsleitung übertragen werden. Daher erachten wir es als essentiell, dass dieser Option grosse Bedeutung beigemessen wird. Wir gehen davon aus, dass die FINMA zur Vermeidung von Haftungsansprüchen in Fällen offensichtlicher Überschuldung gezwungen sein wird, zeitnah den Konkurs über ein Institut zu eröffnen.

Erfahrungen im Ausland haben gezeigt, dass die Übertragung von kollektiven Kapitalanlagen von konkursiten Fondsleitungen in der Praxis sehr zeitraubend sein kann. Entsprechend delikater ist die Frage der Haftung der neuen Fondsleitung, welche – wenn sämtliche Rechte und Pflichten an die neue Fondsleitung übergehen – potentiell für Verfehlungen der konkursiten Fondsleitung herangezogen werden kann. In diesem Zusammenhang wäre es begrüssenswert, wenn die Verordnung explizite Regelungen vorsähe, welche die Haftung der übernehmenden Fondsleitung für allfällige Verfehlungen der übertragenden Fondsleitung beschränken könnte. Dies würde die Suche nach einer neuen Fondsleitung in der Praxis sicherlich stark vereinfachen.

#### **Pflichten aus KAG bei Weiterführung der Fonds/Teilvermögen**

Es wäre zu begrüßen, wenn in der Verordnung Grundsätze für den Konkursliquidator geregelt würden, wie mit den einzelnen kollektiven Kapitalanlagen im Falle des Konkurses der Fondsleitung zu verfahren ist. Sicherlich wird in einer ersten Phase ein Konkursliquidator eng durch die FINMA begleitet. Jedoch benötigt ein Konkursliquidator nach Antritt seiner Funktion eine gewisse Zeit zur Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen, ob – und wenn ja welche kollektiven Kapitalanlagen zu liquidieren und welche an eine neue Fondsleitung zu übertragen sind. In diesem Zusammenhang wäre besonders eine ausdrückliche Regelung wünschenswert, nach welchen Kriterien Fonds vom Handel ausgesetzt werden können bzw. wieweit sie im Handel belassen werden können.

#### **Rolle der Revisionsstelle / Prüfgesellschaft nach erfolgter Konkurseröffnung**

Der Verordnungsentwurf äussert sich nicht zu allfälligen aufsichtsrechtlichen Pflichten einer Fondsleitung bzw. einer kollektiven Kapitalanlage im Rahmen des Konkurses. Eine klare Regelung wäre in diesem Zusammenhang sehr zu begrüßen.

Wenngleich es nicht in den Regelungsbereich der Verordnung fällt, möchten wir an dieser Stelle darauf hinweisen, dass die Frage, wann eine kollektive Kapitalanlage (insbesondere SICAV, SICAF und KGK) überschuldet ist, mit sehr vielen Unklarheiten behaftet ist. Dazu wäre eine baldige Klärung wünschenswert, zumal dieses Thema in die anstehende KAG-Teilrevision keinen Eingang gefunden hat.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zum Verordnungsentwurf Stellung nehmen zu können und stehen Ihnen für weitergehende Fragen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
TREUHAND-KAMMER



Dr. Thorsten Kleibold  
Mitglied der Geschäftsleitung



Astrid Keller  
Präsidentin Fachkommission  
Kollektive Kapitalanlagen