

Vernehmlassung E-BKV (28. Mai 2005)

E-BKV	Bemerkungen	
Allgemeines	<p>Die Verordnung ist auf eine Beschleunigung und Vereinfachung des Konkursverfahrens von Banken angelegt. Sie ermöglicht es, entsprechend den Bedürfnissen der Gläubiger ein „massgeschneidertes“ Konkursverfahren für den jeweiligen Einzelfall zu gestalten. Dies ist zu begrüssen. Ob es jedoch tatsächlich erforderlich war, diese Gestaltungsmöglichkeiten mit einer geradezu einzigartigen <b>Ballung von Verfahrensmacht bei der EBK</b> zu erwirken, mag angesichts der gesetzlichen Vorgaben dahingestellt bleiben. Die EBK hat immerhin die Möglichkeit, eine Gläubigerversammlung einzuberufen und / oder einen Gläubigerausschuss einzusetzen und dessen Aufgaben zu umschreiben.</p>	
Konzept	<p>Auf Seite 5 ihres Berichts verweist die Arbeitsgruppe auf die Anwenderfreundlichkeit, welche für eine „geschlossene“ <b>Regelung</b> des Bankenkursverfahrens gesprochen habe. Hier kann man, wie die Arbeitsgruppe selbst ausführt, geteilter Meinung sein. Eine Beschränkung der Verordnung auf die Abweichungen zum SchKG hätte diese sinnfällig hervortreten lassen. Beim gewählten Konzept wird den Anwender immer wieder mit der Frage konfrontiert, ob eine Regelung als Wiedergabe und Bestätigung oder aber -v.a. im systematischem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen- als bewusste Abweichung zum SchKG zu verstehen ist.</p> <p>Ferner stellt sich u.E. noch die Frage, inwieweit <b>Kreisschreiben und Nebenerlasse zum SchKG</b>, welche sich auf die Art. 197 bis 270 beziehen (Art. 34 BankG) anwendbar bleiben. Im Bericht der Arbeitsgruppe (S. 24) wird lediglich mit Bezug auf die VZG ausgeführt, es bestünde kein Anlass, hiervon abzuweichen (falls eine öffentliche Versteigerung überhaupt stattfindet).</p> <p><b>Gebühren</b> sind für das Bankenkursverfahren, soweit ersichtlich, nicht vorgesehen. Die Gebührenregelung des Art. 23 octies BankG bezieht sich nur auf die Gebühren für <i>Aufsichtsverfahren</i>. Die GebV SchKG ist nicht anwendbar. Mit Bezug auf die Massnahmen bei Insolvenzgefahr (Art. 25 ff.) äussert sich auch die Botschaft nicht zu dieser Frage (Botschaft, 8073).</p>	
Art. 4	<p>Im gemeinrechtlichen Konkursverfahren hat seitens des Konkursgerichts eine Mitteilung u.a. zu erfolgen an das Betreibungsamt, das <b>Handelsregisteramt</b> und das <b>Grundbuchamt</b> (Art. 176 SchKG). Wir empfehlen, im Bankenkurs ebenso zu verfahren.</p>	

<p><b>Art. 6</b></p>	<p>Die Einführung eines „<b>Konkursliquidators</b>“ ohne jede Verfügungsmacht bildet eine zentrale Neuerung im Gesamtvollstreckungsrecht. Diese <i>Kastration</i>, deren praktische Tragweite sich heute im Einzelnen nicht erkennen lässt, ergibt sich streng genommen nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst, sondern allenfalls aus der Botschaft und –indirekt– aus Art. 24 Abs. 2. Indem jede Entscheidung letztlich in die Hand der EBK gelegt wird, entfällt die klassische Zweitteilung zwischen verfügender und überprüfender Behörde. Nur wenige Anordnungen sind im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 BaG der gerichtlichen Überprüfung überhaupt zugänglich. In allen anderen Fällen, die nicht Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht sein können, ergreift die EBK –allenfalls auf Anzeige hin– die „notwendigen Massnahmen“, die alle der Überprüfung durch die Justiz entzogen sind. Selbst wenn die Begründung für diese Ordnung letztlich in der Beschleunigung und der Vereinfachung des Verfahrens liegt, so stellt sich doch die Frage, ob hier nicht über das Ziel hinausgeschossen wurde, oder umgekehrt, weshalb für andere Grosskonkurse oder Nachlassliquidationen (z.B. <i>Swissair</i>) nicht dieselben Vereinfachungen gelten.</p> <p>Es stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob der Konkursliquidator nicht zumindest im Bereiche der <b>Aktivensicherung</b> soll Verfügungen erlassen können (Art. 9 E-BKV).</p>
<p><b>Art. 9</b></p>	<p>Anders als der Sachwalter und der ausseramtliche Konkursverwalter übt der Liquidator keine hoheitlichen Befugnisse aus. Es stellt sich deshalb die Frage, ob seine Honorare der <b>MWSt</b> unterliegen (vgl. Merkblatt Nr. 2 für Betriebs- und Konkursämter der Hauptabteilung Mehrwertsteuer, Ziff. 10).</p>
<p><b>Art. 24</b></p>	<p>Nach Art. 36 Abs. 1 BankG gelten grundsätzlich <b>sämtliche Forderungen</b>, die in der Buchhaltung der Bank ihren Niederschlag gefunden haben, als angemeldet. Demgegenüber will die EBK „<i>die aus den Büchern ersichtlichen Forderungen</i>“ in ihrer Konkursverordnung auf solche begrenzen, „<i>über deren Bestand und Höhe die Gläubiger von der Bank regelmässig mit Auszügen oder Saldobestätigungen benachrichtigt wurden.</i>“ (Art. 24 Abs. 2 E-BKV). Auch wenn diese „Umschreibung“ mit Blick auf die charakteristische Bankklientel nachvollziehbar ist, stellt sie angesichts des offenen Gesetzeswortlautes eine Änderung resp. Einschränkung von Art. 36 Abs. 1 dar, zu der die EBK nicht ermächtigt ist. Gestützt auf Art. 34 Abs. 3 darf sie „lediglich“ vom SchKG abweichende Anordnungen treffen. Entsprechend wird die EBK auch bei dem in Art. 11 Abs. 2 lit. f E-BKV (Publikation der Konkursöffnung und Schuldenruf) vorgesehenen Hinweis auf die als angemeldet geltenden Forderungen keine Einschränkungen vornehmen dürfen.</p> <p>Im übrigen begrüssen wir den Grundsatz, dass bankspezifischen Verbindlichkeiten als angemeldet gelten. Auf diese Weise wird ein sehr erheblicher Aufwand seitens des Liquidators vermieden. Sollte sich in einem Einzelfall einmal ergeben, dass die Konten eines konkursiten Unternehmens nicht korrekt geführt sind, so kann die EBK eine abweichende Verfügung treffen (Art. 34 Abs. 3 BankG).</p>

<p><b>Art. 27</b></p>	<p>Gemäss Art. 27 Abs. 1 E-BKV hat die <b>Einsichtnahme</b> im Rahmen von Art. 5 E-BKV (Akteneinsicht) zu erfolgen, womit die Regeln für die Akteneinsicht auch für die Einsicht in den Kollokationsplan als anwendbar erklärt werden. Da eine direkte Anwendung von Art. 5 E-BKV u.E. zu einer über Art. 36 Abs. 2 hinausgehenden Beschränkung des Einsichtsrechtes in den Kollokationsplan führt – und im Übrigen aufgrund der unterschiedlichen (sachlichen und zeitlichen) Ausgangslage bei der allgemeinen Akteneinsicht und der Einsicht in den Kollokationsplan auch nicht adäquat erscheint –, dürfte dieser undifferenzierte Verweis mit der Kompetenz von Art. 34 Abs. 3 kaum vereinbar sein.</p>
<p><b>Art. 32</b></p>	<p>Für den Fall, dass die vorhandenen Konkursaktiven am Schluss des Verfahrens oder trotz inzwischen erfolgter Einstellung nicht ausreichen, alle Massverbindlichkeiten zu decken, hat die EBK für das Bankenkursverfahrens in ihrer gestützt auf Art. 34 Abs. 3 erlassenen Verordnung eine <b>Rangfolge der Massverbindlichkeiten</b> bei der Deckung festgelegt (Art. 32 E-BKV). Begründet wird diese spezielle Regelung für den Bankenkurs damit, dass in der Praxis zwar anerkannt sei, dass unter den Massverbindlichkeiten eine Reihenfolge bestehe (BGE 113 III 151), eine klare Abgrenzung aber fehle (BERICHT ARBEITSGRUPPE BKV, 25). Mit Blick auf den angerufenen Entscheid des Bundesgerichtes und die einschlägige Literatur (vgl. BSK SchKG-STAFHELIN, Art. 262 N 26) kann diese Begründung nicht ganz nachvollzogen werden. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ergibt sich nämlich das folgende klare Vorgehen: Vorab sind die Auslagen der Konkursverwaltung zu begleichen. Anschliessend sind die Massschulden zu bezahlen. Und erst zuletzt, wenn die Auslagen und die Massschulden befriedigt sind, sind die Gebühren und die Entschädigung der Konkursverwaltung zu begleichen (BGE 113 III 148). In Bezug auf die Massschulden ist ferner zu beachten, dass der aufgrund des Verweises in Art. 34 Abs. 2 auch im Bankenkurs geltende Art. 262 Abs. 1 SchKG (vorbehaltlich abweichender Bestimmungen des BankG) grundsätzlich eine Gleichbehandlung aller Massgläubiger verlangt (BGE 113 III 150). Demgegenüber legt die EBK in Art. 32 E-BKV folgende Rangordnung fest:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Verbindlichkeiten nach Art. 37 BankG,</li> <li>2. sämtliche Kosten für Eröffnung und Durchführung des Bankenkursverfahrens: Darunter fallen „die Kosten und Auslagen des eingesetzten Konkursliquidators und weiterer von diesem oder der EBK beauftragten Personen sowie auch die Kosten der Konkursöffnung und weiterer Verfahren.“ (BERICHT ARBEITSGRUPPE BKV, 25),</li> <li>3. Verbindlichkeiten, welche die Konkursmasse während der Dauer des Verfahrens eingegangen ist, sowie</li> <li>4. Verbindlichkeiten gegenüber einem Drittverwahrer nach Art. 37d BankG.</li> </ol> <p>Damit werden einzelne Massschulden, d.h. die Verbindlichkeiten nach Art. 37, gegenüber anderen Massverbindlichkeiten bevorzugt behandelt (wie es sich mit den ebenfalls Massschulden bildenden</p>

	<p><b>Kleinsteinalagen</b> nach Art. 37a verhält, bleibt im Übrigen offen; da Ziffer 3 die Massaschulden anspricht, dürfte die Meinung bestehen, die Kleinsteinalagen hier einzuordnen). Ferner sollen die <b>Gebühren</b> und die <b>Entschädigung der Konkursverwaltung</b> resp. des von der EBK eingesetzten <b>Konkursliquidators</b> noch vor den Massaschulden honoriert werden.</p> <p>Es stellt sich die Frage, ob diese Regelung durch die Kompetenz von Art. 34 Abs. 3 gedeckt ist. Gemäss dieser Norm kann die EBK eine von den Bestimmungen des SchKG abweichende Ordnung treffen. Gestützt darauf wird die für den Fall der Nichtdeckung aller Massverbindlichkeiten vorgesehene Bevorzugung der Gebühren und Kosten der Konkursverwaltung resp. des Konkursliquidators gegenüber den übrigen Massaschulden nicht zu beanstanden sein, zumal das SchKG tatsächlich keine Reihenfolge der Massverbindlichkeiten vorgibt (BERICHT ARBEITSGRUPPE BKV, 25). Ebenso dürfte die Privilegierung der Verbindlichkeiten nach Art. 37 durch Art. 34 Abs. 3 gedeckt sein, insoweit jedenfalls, als die Kleinsteinalagen gemäss Art. 37a davon unberührt bleiben. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich dem BankG nämlich nicht entnehmen, dass die Kleinsteinalagen erst <i>nach</i> den Verbindlichkeiten gemäss Art. 37 zu befriedigen sind. Aus der Wendung „<i>möglichst rasch</i>“ (Art. 37a) könnte im Gegenteil sogar auf deren Vorrangigkeit geschlossen werden. So betrachtet, führt die Regelung von Art. 32 E-BKV zu einer Abweichung vom BankG, welche nicht durch Art. 34 Abs. 3 gedeckt und damit unzulässig ist.</p>
<p><b>Art. 35</b></p>	<p>Ein <b>Verlustschein</b> soll nur auf Antrag des Gläubigers und nur gegen Erstattung einer Kostenpauschale ausgegeben werden. Beides steht im Gegensatz zu Art. 265 SchKG bzw. zur GebV SchKG. Die Abweichungen werden im Bericht der Arbeitsgruppe nicht erläutert (S. 27). Die Regelung ist in der Sache her unverständlich und erscheint kleinlich.</p>