Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-1374/2009/sce/ped
{T 0/2}

Urteil vom 19. März 2009

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Philippe Weissenberger und Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiber Daniel Peyer.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Sara Huber und
Rechtsanwalt Dieter Hofmann,
Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
vertreten durch die Advokaten Prof. Dr. Daniel Staehelin
und Dr. Lukas Bopp, Kellerhals Anwälte,
Beschwerdegegnerin,

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen.

Sachverhalt:

A.

A.a Die B._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) hat ihren statutarischen Sitz in X._____. Sie verfügt dort über eine Bankbewilligung. Ende (...) eröffnete sie mit Ermächtigung der Eidgenössischen Bankenkommission, der Vorgängerorganisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz), eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung mit Sitz in Y._____.

A.b Auf Antrag der Beschwerdegegnerin eröffnete das Tribunal X._____ mit Entscheid vom 9. Oktober 2008 einen sursis de paiement (Nachlassstundung) für die Dauer von sechs Monaten und ernannte einen Sachwalter. Dieses Urteil wurde durch einen weiteren Entscheid des Gerichts X._____ vom 31. Oktober 2008 ergänzt.

A.c Die A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) liess mit Arrestbefehl vom 17. Oktober 2008 und Arresturkunde vom 22. Oktober 2008 ein Guthaben in der Höhe von (...) auf einem auf den Namen der Beschwerdegegnerin lautenden Konto bei der C._____ verarrestieren.

A.d Mit Verfügung vom 17. November 2008 eröffnete die Vorinstanz über die Zweigniederlassung der Beschwerdegegnerin in Y._____ den Konkurs (nachfolgend: Zweigniederlassung Y._____).

A.e Mit Schreiben vom 18. Dezember 2008 bzw. 15. Januar 2009 ersuchte die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz u.a. um Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der oben erwähnten Urteile des Tribunal X._____ vom 9. und 31. Oktober 2008.

A.f Am 3. Februar 2009 anerkannte die Vorinstanz die Entscheidungen des Tribunal X._____ vom 9. und 31. Oktober 2008 betreffend die Eröffnung eines sursis de paiement über die Beschwerdegegnerin (Dispositiv-Ziffer 1) und verfügte eine bis Ende April 2009 befristete Stundung aller Forderungen gegenüber der Beschwerdegegnerin, ausgenommen der pfandgedeckten Forderungen der Pfandbriefzentrale und der Forderungen gegenüber der Zweigniederlassung Y._____. Weiter verfügte die Vorinstanz u.a. die Einsetzung von Untersuchungsbeauftragten und die Umschreibung von deren Aufgaben sowie weite-

re Anordnungen (Dispositiv-Ziffern 2-8). Insbesondere wies sie die auf Konten und in Depots bei der C._____ unter der Stammnummer (...) liegenden Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin der Konkursmasse der Zweigniederlassung Y._____ zu (Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1).

B.
Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Februar 2009 reicht die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. März 2009 Beschwerde ein. Beantragt wird die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 der angefochtenen Verfügung. Zudem sei der Beschwerde die vorinstanzlich entzogene aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen, welche Anordnung vorsorglich bzw. superprovisorisch zu verfügen sei. Zugleich wird der Erlass verschiedener Anweisungen zuhanden der Vorinstanz, der Untersuchungsbeauftragten sowie weiterer Personen und Behörden verlangt. Ferner wird beantragt, der Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten des Anerkennungsverfahrens zu gewähren.

Zur Begründung wird zur Hauptsache ausgeführt, durch die Zuweisung von Vermögenswerten der Beschwerdegegnerin an die Zweigniederlassung Y._____ werde der Beschwerdeführerin Arrestsubstrat entzogen. Für die Zuweisung durch die Vorinstanz fehle es an einer gesetzlichen Grundlage. Hinzu komme, dass dafür kein praktischer Anlass bestehe, insbesondere, wenn beachtet werde, dass über die Beschwerdegegnerin in X._____ nicht der Konkurs eröffnet, sondern ein sursis de paiement bewilligt worden sei. Die Vorinstanz habe dadurch das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Die Zuweisung sei auch materiell fehlerhaft, seien die Vermögenswerte doch der Beschwerdegegnerin zugehörig, wogegen die Zweigniederlassung Y._____ daran nicht berechtigt sei. Die Vorinstanz habe zudem den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie diese weder angehört noch die angefochtene Verfügung genügend begründet habe.

C.
Die Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts wies die Vorinstanz und die Untersuchungsbeauftragten mit superprovisorischer Zwischenverfügung vom 5. März 2009 an, weitere Vollstreckungsvorkehrungen betreffend Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 der angefochtenen Verfügung zu unterlassen.

D.
Vom 6. März 2009 datiert eine Eingabe der Beschwerdegegnerin, worin diese auf die Erhebung einer Beschwerde in eigenem Namen gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Februar 2009 verweist. Eventualiter unterstützt die Beschwerdegegnerin die superprovisorisch verlangten Begehren der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren.

E.
Mit Vernehmlassung vom 10. März 2009 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde vom 4. März 2009 sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Vom Erlass vorsorglicher Massnahmen sei abzusehen, eventualiter seien die superprovisorisch angeordneten Massnahmen betragsmässig auf die Höhe des bei der C._____ verarrestierten Guthabens zu beschränken.

F.
Mit Eingabe vom 11. März 2009 ergänzt die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde im Hinblick auf die eigene Legitimation.

G.
Mit Zwischenverfügung vom 12. März 2009 folgte die Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts dem vorinstanzlichen Eventualantrag vom 10. März 2009 und bestätigte teilweise die superprovisorische Verfügung vom 5. März 2009.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

1.1 Die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Februar 2009 stellt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten des Bundes erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die vorliegende, von der Vorinstanz erlassene Verfügung (vgl. Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes [FINMAG, SR 956.1]. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der Streitsache zuständig.

1.2 Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Auch liegen rechtsgültige Vollmachten der Rechtsvertreter vor.

1.3 Umstritten ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz macht diesbezüglich geltend, gemäss Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BankG könnten Gläubiger in Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des Gesetzes bloss gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen Beschwerde erheben. Die angefochtene Bestimmung habe aber weder das eine noch das andere zum Gegenstand. Gegen Verfügungen betreffend Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen in der Schweiz komme nur der betroffenen Bank oder dem die Anerkennung beantragenden Gläubiger die Beschwerdelegitimation zu. Die Beschwerdeführerin sei daher nicht beschwerdelegitimiert.

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, die von der Vorinstanz vorgenommene Zuweisung von Vermögenswerten der Beschwerdegegnerin zur Konkursmasse der Zweigniederlassung Y._____ müsse im Ergebnis analog einer Verwertungshandlung behandelt werden. Das BankG wolle Gläubigern eine Beschwerdemöglichkeit gegen die für sie wichtigsten Verfügungen der Vorinstanz einräumen: Angeordnete Verwertungshandlungen gehörten dazu, weil sie zu Substanzverlusten führen und die Rechte der Gläubiger schmälern könnten. Da die Beschwerdeführerin Gläubigerin der Beschwerdegegnerin, nicht aber der Zweigniederlassung Y._____ sei, führe die Zuweisung der Vermögenswerte an letztere im Ergebnis zu einem Substanzverlust für die Beschwerdeführerin. Die Vermögenszuweisung finde zudem keine Grundlage im BankG. Da es sich bei den Vermögenswerten um eine zugunsten der Beschwerdeführerin verarrestierte Forderung einer Arrestschuldnerin (hier der Beschwerdegegnerin) handle, hätte vielmehr das Drittanspruchsverfahren gemäss Art. 107 SchKG zur Anwendung kommen müssen. Auch ausserhalb eines Arrestverfahrens hätte die Vorinstanz eine Admassierungsklage nach Art. 242 Abs. 3 SchKG erheben müssen. So oder anders sei für die Vermögenszuweisung demnach der Zivilrichter zuständig. Die durch die Vorinstanz verfügte Zuweisung stütze sich nicht auf den elften und zwölften Abschnitt des Bankengesetzes, weshalb die Einschränkung der Beschwerdelegitimation nach Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BankG ohnehin nicht gelte.

1.3.1 Art. 24 Abs. 2 Satz 1 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) schliesst eine gerichtliche Nachprüfung von Verfügungen in Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG für Gläubiger und Eigner der Bank grundsätzlich aus. Ausnahmen davon bilden die Genehmigung eines Sanierungsplanes sowie Verwertungshandlungen, gegen welche Beschwerde geführt werden kann. Die Einschränkung der Beschwerdelegitimation ergibt sich aus der gesetzlichen Zielsetzung der von der Vorinstanz im Rahmen des elften und zwölften Abschnitts des BankG zu treffenden Massnahmen: Damit soll eine von Solvenzproblemen betroffene Bank im Einzelfall entweder ohne Verzögerung einem effizienten und effektiven Sanierungsverfahren zugeführt werden, oder – wenn keine Sanierung mehr möglich ist – mit einem für Gläubiger und Eigner möglichst günstigen Ergebnis liquidiert werden. Würden solche Verfahren dadurch am Fortgang gehindert oder zum Erliegen gebracht, dass Gläubiger oder Eigner der Bank nach jeder von der Vorinstanz getroffenen Verfahrensmassnahme Beschwerde einlegen könnten, wären die Ziele des elften und zwölften Abschnitts des BankG kaum mehr erreichbar (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060 8078). Im Interesse der Gesamtheit der Betroffenen und eines zielgerichteten Verfahrens soll deshalb die Gläubiger- bzw. Eignerbeschwerde nicht gegen alle, sondern nur gegen die für sie wichtigsten Verfügungen zulässig sein (vgl. Tomas Poledna/Lorenzo Marazzotta, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005, Rz. 26 zu Art. 24). Als solche gelten nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes lediglich eine von der Vorinstanz verfügte Genehmigung eines Sanierungsplanes oder von ihr verfügte Verwertungshandlungen.

1.3.2 Im vorliegenden Fall liegt unbestrittenermassen weder eine Verwertungshandlung noch ein Entscheid über einen Sanierungsplan vor. Angesichts des klaren Wortlautes von Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BankG besteht für eine analoge Anwendung auf andere, allenfalls vergleichbare Sachverhalte kein Raum. Mit ihrer Argumentation macht die Beschwerdeführerin indessen sinngemäss geltend, der Ausschluss der Beschwerdelegitimation gemäss Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BankG greife im vorliegenden Fall gar nicht, weil es sich bei der angefochtenen Verfügungsziffer sachlich gar nicht um eine Anordnung handle, für die der elfte oder zwölfte Abschnitt des Bankengesetzes eine Grundlage biete. Diese Frage ist daher in der Folge zu prüfen.

1.3.3 Gemäss Art. 37g Abs. 1 BankG entscheidet die Vorinstanz u.a. über die Anerkennung von Liquidations- und Sanierungsmassnahmen, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden. Im Übrigen sind die Art. 166-175 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) vom 18. Dezember 1987 anwendbar. Art. 175 IPRG sieht die Anerkennung einer von der zuständigen Behörde ausgesprochenen Genehmigung eines Nachlassvertrages oder eines ähnlichen Verfahrens in der Schweiz vor, wobei die Art. 166-170 IPRG sinngemäss anzuwenden sind. Die Anerkennung führt nicht zu einer direkten Erstreckung der Wirkung ausländischer Insolvenzmassnahmen, vielmehr sind die geeigneten Massnahmen durch die anerkennende Behörde eigenständig anzuordnen. Die ausländischen Massnahmen werden somit ins schweizerische Recht transponiert. Die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen erfordert damit zugleich immer die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in der Schweiz und die Ergreifung der im Einzelfall notwendigen Massnahmen. Wurde bereits vor der Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen ein Niederlassungskonkurs über die schweizerische Niederlassung des Schuldners eröffnet, so sind die beiden Verfahren zu koordinieren: Ist als erster der Niederlassungskonkurs angehoben worden, so erfasst er alle mit der betroffenen Niederlassung in Zusammenhang stehenden Aktiven und Passiven, während das in der Folge der Anerkennung der ausländischen Insolvenzmassnahmen eröffnete Sekundärverfahren sich auf das übrige in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners bezieht (vgl. zum Ganzen: PAUL VOLKEN, in: Daniel Girsberger et al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 166 N 109 und 116).

1.3.4 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Entscheidungen des Gericht X._____ vom 9. bzw. 31. Oktober 2008 derartige ausländische Insolvenzmassnahmen darstellen, welche die Vorinstanz anerkennen und ins schweizerische Recht transponieren durften. Gemäss Art. 10 Abs. 4 der Bankenkonkursverordnung-FINMA (BKV-FINMA, SR 952.812.32) i.V.m. Art. 25 ff. bzw. 33 ff. BankG hat die Vorinstanz in der Folge einer Anerkennung ausländischer Sanierungs- oder Liquidationsmassnahmen auch das anwendbare Verfahren zu regeln. Die Frage, welche Vermögenswerte dem Niederlassungskonkursverfahren und welche dem Sekundärverfahren zuzuweisen seien, stellt sich in jedem Fall, in dem ein Niederlassungskonkurs bereits vor der Anerkennung der ausländischen Insolvenzmassnahmen eröffnet wurde. Im vorliegenden Fall musste daher – im Rahmen der von der Vorin-

stanz als Folge der Anerkennung zu verfügenden Massnahmen – notwendigerweise auch die diesbezügliche Abgrenzung zwischen den beiden Verfahren geregelt werden. Insofern handelt es sich bei dieser Regelung um eine Massnahme, für die Art. 37g BankG sowie die übrigen Artikel des elften und zwölften Abschnitts des Gesetzes eine hinreichende formelle Grundlage bieten.

1.3.5 Unter diesen Umständen kann auch der Argumentation der Beschwerdeführerin, durch die angefochtene Verfügung würden ihr Ansprüche abgeschnitten, die sie ansonsten auf dem Weg eines ordentlichen Zivilprozesses erfolgreich hätte geltend machen können, nicht gefolgt werden. Wie das normale Konkursverfahren nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) kennt auch das Bankenkonkursverfahren den Weg des ordentlichen Zivilprozesses für die Aussonderung oder Admassierung von bestrittenen Vermögensgegenständen (vgl. Art. 18 f. BKV-FINMA). Die Annahme der Beschwerdeführerin, mit Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz das Resultat eines entsprechenden Zivilprozesses vorweggenommen, stellt eine Interpretation von Funktion und Tragweite der erwähnten Dispositivziffer dar, welche nicht dieser Systematik des Bankenkonkursverfahrens entspricht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser Ziffer nur um eine Anweisung an die von der Vorinstanz eingesetzten Untersuchungsbeauftragten handelt, wie diese im Hinblick auf das obgenannte Koordinationsproblem zwischen dem Konkursverfahren der Zweigniederlassung Y._____ und dem Sekundärverfahren der Beschwerdegegnerin vorzugehen haben.

1.3.6 Es ergibt sich somit, dass es sich bei Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 der angefochtenen Verfügung um eine Massnahme handelt, welche gestützt auf den elften und zwölften Abschnitt des BankG verfügt wurde und die weder eine Verwertungshandlung noch einen Entscheid über einen Sanierungsplan darstellt. Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde nicht legitimiert, weshalb auf ihre Beschwerde – und damit auch auf ihre weiteren Rügen in formeller und materieller Hinsicht – nicht einzutreten ist.

2.
Damit fällt das mit Zwischenverfügungen der Instruktionsrichterin vom 5. bzw. 12. März 2009 angeordnete Vollstreckungsverbot mit sofortiger Wirkung dahin.

3.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind angesichts der Schwierigkeit der Streitsache und der in Frage stehenden Vermögensinteressen auf Fr. 2'500.- festzusetzen (vgl. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Beschwerdeführerin steht keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 VGKE). Der Beschwerdegegnerin ist ebenfalls keine Parteientschädigung auszurichten, da sie sich im Verfahren weder mit einer eigentlichen Stellungnahme noch mit eigenen Anträgen hat vernehmen lassen (vgl. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

Sofern die Beschwerdeführerin im Urteilszeitpunkt den von ihr einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.- bereits ganz oder teilweise bezahlt haben sollte, werden die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 2'500.- per Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils damit verrechnet. Ein verbleibender Überschuss wird ihr diesfalls nach Rechtskrafteintritt zurückerstattet.

3.
Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben mit Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Einschreiben mit Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Eva Schneeberger Daniel Peyer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).