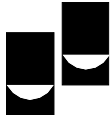


Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-1523/2009
wep/ped
{T 0/2}

Zwischenverfügung
vom 26. März 2009

In der Beschwerdesache

Parteien

A. _____.,

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

Beschwerdeführerin,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,

Vorinstanz,

Gegenstand

Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) erliess am 3. Februar 2009 eine Verfügung gegenüber der A._____ betreffend die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen. In Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 der Verfügung wies die Vorinstanz die auf Konti und Depots unter der Stammnummer (...) bei der B._____ AG liegenden Vermögenswerte der Konkursmasse der A._____, (...) Branch, in Liquidation, zu. Zudem erklärte die Vorinstanz u.a. Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 ihrer Verfügung für sofort vollstreckbar (vgl. Dispositiv-Ziffer 12).

B.

Die A._____ (Beschwerdeführerin) erhebt gegen die Verfügung vom 3. Februar 2009 mit Eingabe vom 6. März 2009 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Mit Rechtsbegehren Ziffer 2 stellt sie zudem das Gesuch, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu gewähren.

C.

Mit Vernehmlassung vom 20. März 2009 beantragt die Vorinstanz, von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzusehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Vorbehalten bleiben Bestimmungen anderer Bundesgesetze, nach denen eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. Art. 55 Abs. 5 VwVG).

1.1 Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung u.a. gestützt auf die Art. 26, 37f und 37g des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) erlassen. Die genannten Normen sind Bestandteile des elften und zwölften Abschnitts des BankG (Massnahmen bei Insolvenzgefahr bzw. Liquidation insolventer Banken [Bankenkonkurs]).

1.2 Gemäss Art. 24 Abs. 1 Satz 1 BankG richtet sich das Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen der Vorinstanz nach den allgemeinen Regeln über die Bundesrechtspflege. In den Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG können indes Gläubiger und Eigner einer Bank nur in zwei Ausnahmefällen (gegen die Genehmigung eines Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen) Beschwerde führen (vgl. Art. 24 Abs. 2 BankG). Beschwerden im Sinne von Absatz 2 von Artikel 24 BankG haben keine aufschiebende Wirkung; der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin kann die aufschiebende Wirkung jedoch auf Gesuch hin erteilen (vgl. Art. 24 Abs. 3 BankG).

1.3 Aus dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 BankG ist nicht restlos klar, ob diese Bestimmung bzw. der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung für Beschwerden gegen Verfügungen in den Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitts des BankG generell gilt oder beschränkt ist auf Beschwerden von Gläubigern und Eignern. Das ist mittels Auslegung zu klären.

1.3.1 Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich Folgendes: Verfügungen der Vorinstanz nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG, d.h. Sanierungs- und Liquidationsverfahren, sollen zielgerichtet und ohne Verzögerungen durchgeführt werden. Eine Bank mit Solvenzproblemen soll in einem effizienten, auf den Einzelfall zugeschnittenen Verfahren entweder saniert oder – bei fehlender Sanierungsfähigkeit – mit einem für Gläubiger und Eigner möglichst günstigen Ergebnis liquidiert werden. Dieses Ziel lässt sich zum Vornherein nur erreichen, wenn nicht durch Einlegung eines Rechtsmittels jede Verfahrensmassnahme der Vorinstanz umgehend blockiert werden kann. Im Interesse der Gesamtheit der Beteiligten ist daher der Rechtsschutz in solchen Verfahren auf das Wesentliche beschränkt worden (vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060, 8078).

Um dem dargelegten gesetzgeberischen Ziel Genüge zu tun, haben allfällige Beschwerden in diesem Bereich von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 24 Abs. 3 BankG; in Kraft seit dem 1. Januar 2007, AS 2006 5599). Damit wird bezweckt, Verzögerungen auf das Sanierungs- und Liquidationsverfahren allgemein zu verhindern. Weil die Erteilung der aufschiebenden Wirkung auf das rasch und effizient durchzuführende Verfahren weitreichende Folgen haben

kann, wollte der Gesetzgeber, dass die Beschwerdeinstanz sie nur sehr zurückhaltend gewährt (vgl. BBI 2002 8060, 8079).

1.3.2 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Beschwerden gegen Massnahmen nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG generell keine aufschiebende Wirkung haben und der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in Art. 24 Abs. 3 BankG sich nicht auf Beschwerden der in Absatz 2 der Norm genannten Eigner und Gläubiger der betroffenen Bank beschränkt (vgl. auch die Botschaft des Bundesrates zur Verordnung der Bundesversammlung betreffend die Anpassung von Erlassen an die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 6. September 2006, BBI 2006 7759, 7768 f.; HANSJÖRG SEILER in: Praxiskommentar VwVG, Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2009, N. 182 ff. zu Art. 55).

Diese Regelung entspricht im Übrigen der altrechtlichen Normierung. Bis zum Inkrafttreten der neuen bzw. geänderten Erlasse im Rahmen der Reform der Bundesrechtspflege ergab sich die fehlende aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sinne von Art. 24 BankG, damals noch direkt beim Bundesgericht einzureichen, aus Art. 111 des per 31. Dezember 2006 hin aufgehobenen Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, BS 3 521). An dieser Regelung wollte der Gesetzgeber nichts ändern, weshalb er die Rechtsschutzbestimmung von Art. 24 BankG per 1. Januar 2007 durch eine entsprechende Regelung (vgl. den heutigen Absatz 3) ergänzte (vgl. dazu BBI 2006 7759, 7769 i.f.).

1.4 Der Beschwerde vom 6. März 2009 kommt demnach von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Es kann daher offen gelassen werden kann, ob die Vorinstanz mit Anordnung der sofortigen Vollstreckbarkeit der Dispositiv-Ziffern 1-11 der angefochtenen Verfügung (vgl. Dispositiv-Ziffer 12) lediglich Art. 24 Abs. 3 BankG bekräftigt hat oder damit den Entzug der aufschiebenden Wirkung anordnen wollte.

2.

Zu befinden ist damit über das Gesuch der Beschwerdeführerin, der Beschwerde nachträglich durch Verfügung der zuständigen Instruktionsrichterin aufschiebende Wirkung zu erteilen, weil diese ihr – wie erwähnt – von Gesetzes wegen nicht zukommt (vgl. Art. 55 Abs. 5 VwVG).

2.1 Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist in solchen Fällen, in denen der Gesetzgeber den ansonsten geltenden Grundsatz umgekehrt hat, an qualifizierte Voraussetzungen geknüpft. Sie ist nur ausnahmsweise gerechtfertigt, wenn wichtige, erhebliche Gründe vorliegen (vgl. SEILER, a.a.O., N. 185 zu Art. 55). Die Anforderungen sind insoweit höher als im Rahmen des instruktionsrichterlichen Entscheides über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde, welche durch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung entzogen wurde (vgl. Art. 55 Abs. 2 VwVG).

2.2 Liegt somit wie hier ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde vor, die von Gesetzes wegen grundsätzlich nicht aufschiebend wirkt, so ist im Sinne einer Prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der Akten davon auszugehen ist, dass das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Umgekehrt ist die aufschiebende Wirkung zu gewähren, wenn die Prozessprognose für die Beschwerdeführerin anhand der Akten zum Vornherein eindeutig positiv ausfällt. Im Regelfall lässt sich jedoch keine unzweifelhaft klare Verfahrensprognose aufgrund der Akten bzw. im Rahmen der erwähnten Prima-facie-Beurteilung treffen, weshalb diesem Kriterium meist untergeordnete Bedeutung zukommt (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen). Auch vorliegend sind zumindest im jetzigen Verfahrensstadium die Prozessaussichten in der Sache selbst nicht derart eindeutig, dass ein Unterliegen oder Obsiegen der Beschwerdeführerin offensichtlich wäre. Auf den prognostizierten Ausgang des Beschwerdeverfahrens kann daher nicht abgestellt werden.

2.3 Über das Begehren um aufschiebende Wirkung ist vorliegend daher gestützt auf eine Interessenabwägung zu befinden (vgl. zur Praxis den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 2.2). Dem öffentlichen Interesse an einer mög-

lichst effizienten und raschen Durchführung des Insolvenzverfahrens – im Sinne des gesetzgeberischen Ziels des Schutzes und der Gleichbehandlung aller Gläubiger – kommt hier erhebliches Gewicht zu. Dem sind das Interesse der Beschwerdeführerin und allfällige private Interessen Dritter gegenüberzustellen. Ihr Interesse geht dahin, dass, keine Präjudizien geschaffen werden, insbesondere nicht im Hinblick etwa auf den Vermögensbestand der Beschwerdeführerin oder den spezialexekutorischen Zugriff Dritter auf einzelne Bestandteile davon (etwa im Sinne eines Arrestbeschlages und einer späteren Prosequierung des Arrestes). Diesen zweitgenannten Interessen trägt die angefochtene Verfügung Rechnung und schützt sie. Würde die aufschiebende Wirkung gewährt, hätte dies nämlich zur Folge, dass die mit Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 der angefochtenen Verfügung der Zweigniederlassung (...) der Beschwerdeführerin (bzw. der entsprechenden Konkursmasse) zugewiesenen Vermögenswerte angesichts des hängigen Arrestprosequierungsverfahrens (einer Gläubigerin der Beschwerdeführerin) dem Niederlassungskonkursverfahren dauerhaft entzogen werden könnten. Die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, dass diese Gefahr auch durch die – ebenfalls durch die angefochtene Verfügung (vgl. Dispositiv-Ziffer 2) angeordnete – Stundung von Forderungen gegenüber der Beschwerdeführerin nicht beseitigt worden ist. Dies gilt umso mehr, als die Stundung (...) befristet wurde.

Die erwähnten verbleibenden Interessen der Beschwerdeführerin und Dritter haben gegenüber den öffentlichen Interessen ohne weiteres zurückzustehen. Zu beachten gilt dabei, dass die von der Vorinstanz der Niederlassung der Beschwerdeführerin in (...) bzw. deren Konkursmasse zugewiesenen Vermögenswerte innerhalb derselben juristischen Person – also der Beschwerdeführerin – verbleiben. Sofern Gläubiger im Niederlassungskonkursverfahren nicht vollständig befriedigt würden, könnten sie immer noch als Gläubiger am allfälligen Insolvenzverfahren über die Beschwerdeführerin selbst teilnehmen. Abgesehen davon ist die angefochtene Zuweisung der fraglichen Vermögenswerte nicht gleichbedeutend mit ihrer sofortigen Verwertung oder Verteilung. Im Niederlassungskonkursverfahren wurde der Kollokationsplan noch nicht aufgelegt. Nach Darstellung der Vorinstanz befindet sich das Verfahren nicht in fortgeschrittenem Stadium. Eine Verteilung wäre ohnehin von der vorgängigen Zustimmung der Vorinstanz – als Aufsichts- und Konkursbehörde – abhängig (vgl. die Art. 33 ff. BankG). Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Fortgang des Sanierungsverfahrens gegen die Beschwerdeführerin in Z. _____ angesichts der dies-

bezüglichen Ausführungen der Vorinstanz unsicher ist und die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht ausgeschlossen erscheint.

2.4 In Erwägung dieser Umstände resultieren aus der Abwägung der verschiedenen Interessen jedenfalls keine wichtigen, erheblichen Gründe zugunsten der Anliegen der Beschwerdeführerin, welche gegenüber dem öffentlichen Interesse an einem geordneten, raschen und effizienten Insolvenzverfahren überwiegen würden. Qualifizierte Grundlagen für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sind nicht gegeben.

3.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin ist somit abzuweisen. Damit kann im jetzigen Zeitpunkt die Frage nach dem (aktuellen) schutzwürdigen Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 7 Satz 1 offen gelassen werden.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig. Über die Auferlegung der Kosten für diese Zwischenverfügung wird aber erst im Rahmen des Urteils in der Hauptsache entschieden werden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Kosten für diese Zwischenverfügung werden zur Hauptsache geschlagen.

3.

Die Eingabe der Vorinstanz vom 20. März 2009 geht zur Kenntnisnahme an die Beschwerdeführerin.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (im Doppel; Einschreiben mit Rückschein; Beilage gemäss Ziffer 3)
- die Vorinstanz (Einschreiben mit Rückschein)

Die Instruktionsrichterin:

Der Gerichtsschreiber:

(i.V. Philippe Weissenberger)

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, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift 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).