



von Thomas Reimann

## Wem gehören Retrozessionen? Das Bundesgericht hat entschieden

**WIE BEREITS IN UNSEREM NEWSLETTER 03/2005 IN AUSSICHT GESTELLT, HAT DAS BUNDESGERICHT IN SEINEM FÜR DEN FINANZPLATZ SCHWEIZ WEGWEISENDEN ENTSCHEID 4C.432/2005 VOM 22. MÄRZ 2006 NUNMEHR ENTSCHEIDEN, DASS DIE DEM BANKUNABHÄNGIGEN VERMÖGENSVERWALTER VON DER BANK AUSGERICHTETEN RETROZSSIONEN (PROVISIONEN) GRUNDSÄTZLICH DEM KUNDEN ZUSTEHEN UND DESHALB DEM KUNDEN WEITERZULEITEN SIND.**

### Zur Ausgangslage

Bei Retrozessionen, auch Kick-Backs oder Provisionen genannt, handelt es sich um Zahlungen von Banken an externe Vermögensverwalter, welche von den Banken für die Zuführung von Geschäften sowie bei der Durchführung von einzelnen Transaktionen ausgerichtet werden. Externe Vermögensverwalter, die Vermögen von wohlhabenden Kunden verwalten, sind auch für Banken attraktive Kunden. Die Banken versuchen deshalb, solche externen Vermögensverwalter mit finanziellen Zuwendungen bei der Stange zu halten, indem sie den Vermögensverwaltern einen bestimmten Teil von den bei der Bank anfallenden Kommissionen und Gebühren weitergeben, und zwar üblicherweise zwischen 30% bis 50% der seitens der Bank auf diesen Geschäften realisierten Nettoeinnahmen.

### Bisherige Praxis und Urteil des Bundesgerichts

Die Zahlung von Retrozessionen an externe Vermögensverwalter entsprach bisher geübter Praxis und ist, von Aus-

nahmefällen abgesehen, vom Bundesgericht auch nicht beanstandet worden.

Vom Bundesgericht zu entscheiden galt es im vorliegenden Fall aber, ob der Vermögensverwalter verpflichtet ist, die ihm von der Bank zugeflossenen Retrozessionen dem Kunden offen zu legen und auch weiterzuleiten. Diesbezüglich haben Studien gezeigt, dass bisher nur rund 40% der befragten Vermögensverwalter dem Kunden gegenüber die Höhe der vereinnahmten Retrozessionen freiwillig und vollständig offen gelegt haben, weitere 40% der Befragten haben dies nur teilweise oder nur auf Anfrage hin getan und ganze 20% haben sich über die Vereinnahmung gegenüber dem Kunden vollständig ausgeschwiegen. Bezüglich der Weiterleitung erklärten lediglich 9% der Befragten, die vereinnahmten Retrozessionen den Kunden auch tatsächlich weitergeleitet zu haben, 26% taten dies nur teilweise oder nur auf Anfrage hin und ganze 65% der Befragten haben die Retrozessionen für sich einbehalten.

## Inhalt

	Seite
Wem gehören Retrozessionen?	1
Neues GmbH-Recht und Änderungen im Gesellschaftsrecht	3
Einsichts- und Auskunftsrechte des Aktionärs	5
Besonderheit Bankenkonzern	7

Fortsetzung Seite 2

### Fortsetzung

Diese bisher geübte Praxis hat das Bundesgericht nun als unstatthaft qualifiziert: Ein von Lutz Rechtsanwälte vertretener Kunde eines Vermögensverwalters hat vom Vermögensverwalter die von diesem vereinnahmten Retrozessionen vollständig herausverlangt – und vor Bundesgericht Recht bekommen.

Im konkreten Fall hat das Bundesgericht entschieden, dass die vom Vermögensverwalter vereinnahmten Retrozessionen dem Kunden gehören. Das Bundesgericht hat aber auch festgestellt, dass der Kunde und der Vermögensverwalter eine Vereinbarung treffen können, wonach der Vermögensverwalter die Retrozessionen behalten darf. Voraussetzung für einen derartigen Verzicht des Kunden ist aber, dass der Kunde vorgängig über die konkrete Höhe der Retrozessionen aufgeklärt wird. Ein in Unkenntnis der Höhe der vereinnahmten Retrozessionen abgegebener Verzicht dagegen ist ungültig.

Es ist klar, dass angesichts der Höhe der von externen Vermögensverwaltern in der Schweiz verwalteten Kundenvermögen durch diesen Bundesgerichtsentscheid jährlich bezahlte Retrozessionen in dreistelliger Millionenhöhe betroffen sind bzw. sein werden.

#### **Vermögensverwalter müssen mit Klagen rechnen**

Gemäss dem Bundesgerichtsurteil ist nunmehr erstellt, dass der Vermögensverwalter Retrozessionen nur dann behalten darf, wenn er dies mit dem Kunden ausdrücklich vereinbart hat. Dazu muss der Kunde vom Vermögensverwalter aber auch über den konkreten Anfall von Retrozessionen und insbesondere auch über deren Höhe aufgeklärt wer-

den bzw. worden sein. Da viele, insbesondere aber ausländische Kunden von Vermögensverwaltern oft überhaupt keine Kenntnis davon haben, dass «hinter ihrem Rücken» erhebliche Gelder an den Vermögensverwalter fliessen, sind seit dem Bundesgerichtsurteil auch etwaige in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene und im Voraus erklärte Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen nicht wirksam vereinbart worden und dem Kunden bleiben die entsprechenden Herausgabeansprüche erhalten, und zwar auch rückwirkend. Kunden haben gegenüber dem Vermögensverwalter einen unabdingbaren Anspruch auf Rechenschaftsablegung. Wenn sie diesen Anspruch geltend machen, so muss der Vermögensverwalter die gewünschten Auskünfte erteilen. Hat der Vermögensverwalter Retrozessionen erhalten, so können heute Kunden, gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts, die entsprechenden Rückforderungen geltend machen – und auch durchsetzen.

#### **Handlungsbedarf für Vermögensverwalter**

Der Entscheid hat nicht nur Vorteile für den Kunden, sondern letztlich auch für den Vermögensverwalter selber. Lange Zeit war unklar, ob und wie ein Kunde zugunsten des Vermögensverwalters auf die vereinnahmten Retrozessionen verzichten kann. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts steht fest: Ein Verzicht ist möglich, wenn der Kunde vom Vermögensverwalter vorab vollständig und wahrheitsgetreu über die zu erwartenden Retrozessionen aufgeklärt wurde bzw. mindestens die Höhe der zu erwartenden Retrozessionen abschätzen kann. Die entsprechenden Verträge sind diesen Erfordernissen anzupassen und zwar rasch, ansonsten der Vermögensverwal-

ter auch in der Zukunft Gefahr läuft, von seinen Kunden auf Herausgabe der inskünftig vereinnahmten Retrozessionen belangt zu werden.

#### **Fazit**

Der Bundesgerichtsentscheid hat einige wichtige Fragen geklärt – andererseits aber auch weitere Fragen aufgeworfen. Klar ist heute aber, dass ein Kunde gegenüber seinem Vermögensverwalter einen Herausgabeanspruch hat, wenn der Vermögensverwalter den Kunden nicht über die Vereinnahmung von Retrozessionen aufgeklärt hat.

Der Entscheid selber dürfte vorerst noch keine direkten Auswirkungen auf Bankinstitute haben, die mit externen Vermögensverwaltern zusammenarbeiten. Auswirkungen könnten sich aber dann zeitigen, wenn Vermögensverwalter mit umfangreichen Rückforderungsansprüchen ihrer Kunden konfrontiert werden und nicht in der Lage sind, diesen Rückforderungsansprüchen nachzukommen, wobei bezüglich der rückwirkenden Geltendmachung derartiger Rückforderungsansprüche – je nach Rechtsauffassung – eine Verjährungsfrist von fünf oder zehn Jahren (oder bei strafrechtlich relevanter Rückbehaltung von Retrozessionen noch länger) gilt. Die zu Verlust kommenden Kunden könnten dann versucht sein, den erlittenen Schaden bei den beteiligten Banken liquidieren zu wollen. Ob solchen Ansprüchen Erfolg beschieden sein wird, dürfte u.a. dann auch davon abhängig sein, ob das betroffene Bankinstitut wusste, dass der Vermögensverwalter Retrozessionen vereinnahmt hat, ohne dazu berechtigt gewesen zu sein. In solchen Fällen wäre nicht auszuschliessen, dass der Kunde auch die betreffende Bank in die Pflicht nehmen kann. ■

## Neues GmbH-Recht und Änderungen im Gesellschaftsrecht

**ENDE LETZTEN JAHRES HAT DIE BUNDESVERSAMMLUNG DIE ÄNDERUNG DES GMBH-RECHTS UND EINZELNER BESTIMMUNGEN DES AKTIEN-, GENOSSENSCHAFTS-, HANDELSREGISTER- UND FIRMIENRECHTS BESCHLOSSEN. DIE REFERENDUMSFRIST IST AM 6. APRIL 2006 UNBENUTZT ABGELAUFEN UND DIE NEUEN BESTIMMUNGEN WERDEN VORAUSSICHTLICH IM ZWEITEN HALBJAHR 2007 IN KRAFT TRETEN. DIE WESENTLICHEN ÄNDERUNGEN WERDEN IN DIESEM BEITRAG DARGELEGT.**

### Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Als personenbezogene Kapitalgesellschaft ist die Rechtsform der GmbH auf die Bedürfnisse *kleinerer und mittlerer Unternehmen* (KMU) zugeschnitten. Das neue GmbH-Recht beseitigt mehrere Schwachpunkte des alten Rechts aus dem Jahr 1936 und macht damit die GmbH für KMU noch attraktiver.

Neu kann die GmbH als sog. *Einpersonengesellschaft* gegründet werden. Auch unter dem neuem Recht müssen sowohl Identität der Gesellschafter als auch die Anzahl der von ihnen gehaltenen Stammanteile in das (öffentlich zugängliche) Handelsregister eingetragen werden. Die – ohnehin nur noch selten beachtete – Pflicht zur jährlichen Meldung des Gesellschafterbestandes, der Stammanteile und deren Liberierung wird jedoch aufgehoben. Das *Mindestkapital* beträgt nach wie vor CHF 20'000.–, muss aber neu voll und nicht mehr nur bis zur Hälfte liberiert werden. Die *Begrenzung* des Stammkapitals auf maximal CHF 2 Mio. wird abgeschafft. Neu kann der Nennwert der Stammanteile mindestens CHF 100.– betragen (nach geltendem Recht CHF 1'000.–). Im Gegensatz zum alten Recht kann jeder Gesellschafter mehrere Anteile besitzen, so dass die umständliche, nach nahezu je-

der Abtretung von Stammanteilen erforderliche Änderung der Statuten künftig nicht mehr nötig sein wird. Schliesslich bedürfen *Kapitalerhöhungen* nicht mehr der Einstimmigkeit der Gesellschafter.

Das *Haftungssystem* des geltenden Rechts wird erheblich verändert: Nach (noch) geltendem Recht haften die Gesellschafter persönlich und solidarisch für sämtliche Geschäftsschulden bis zu der Höhe des eingetragenen Stammkapitals, wenn und soweit das Stammkapital nicht einbezahlt (liberiert) oder wenn das Stammkapital durch Rückleistungen oder durch ungerechtfertigte Bezüge vermindert worden ist. Dieses Haftungssystem barg erhebliche Risiken, v.a. für Minderheitsgesellschafter. Im neuen Recht fällt die persönliche Haftung der Gesellschafter weg. Sie wird «ersetzt» durch verstärkte Kapitalschutzbestimmungen und durch eine – auf das Doppelte des Nominalbetrages des jeweiligen Stammanteils beschränkte – statutarische *Nachschusspflicht*. Abgeschafft wird auch die Regelung, wonach der Konkurs eines Gesellschafters denjenigen der GmbH nach sich ziehen kann.

Einer der wichtigsten, nun bereinigten Schwachpunkte des alten Rechts (und Grund für die Bevorzugung der AG) ist das aufwändige Verfahren zur *Übertragung von Stammanteilen*. Neu bedür-



von Julien Veyrassat

fen die Abtretung von Stammanteilen sowie die Verpflichtung dazu keiner öffentlichen Beurkundung mehr. Es genügt einfache Schriftlichkeit. Auch fällt das Erfordernis der Zustimmung einer zwingenden Mehrheit von 3/4 aller Gesellschafter und des Stammkapitals weg, eine Mehrheit von 2/3 der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des Stammkapitals wird künftig genügen. Mittels statutarischer Regelung kann die Übertragung unter dem neuen Recht noch weiter *erleichtert* werden, bis hin zur vollständig freien Übertragbarkeit. Andererseits können die Statuten die Übertragung aber auch erschweren (sog. *Vinkulierung*), sogar vollständig ausschliessen; vorbehalten bleibt dann aber das Recht auf Austritt aus der Gesell-

schaft aus wichtigen Gründen.

Neu können die Statuten die Gesellschafter zu *Nebenleistungen*, die dem Zweck der Gesellschaft, der Erhaltung ihrer Selbstständigkeit oder der Wahrung der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dienen, verpflichten. Diese Neuerung scheint nur auf den ersten Blick unbedeutend zu sein: Nebenleistungspflichten der Gesellschafter (typischerweise Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte betreffend die Gesellschaftsanteile, Lieferungs- und Abnahmepflichten etc.) können bei der AG nur mittels meist komplizierter Aktionärsbindungs- bzw. sog. Poolverträgen vereinbart, aber nicht in den Statuten vorgesehen werden. Demgegenüber erlaubt es das neue GmbH-Recht nun, solche Pflichten *gesellschaftsrechtlich* und nicht bloss – beschränkt durchsetzbar – vertragsrechtlich zu statuieren, was die Attraktivität der GmbH im Vergleich zur AG für kleinere und mittlere Verhältnisse weiter erhöht.

Wesentliche Änderungen gibt es auch bei den Bestimmungen über die *Organe* der GmbH. Die Statuten können neu vorsehen, dass die Geschäftsführer den Gesellschaftern bestimmte Entscheidungen zur Genehmigung vorlegen müssen (*Zustimmungsvorbehalte*) und/oder einzelne Fragen zur Genehmigung vorlegen können. Weiter kann den Gesellschaftern in den Statuten ein *Vetorecht* gegen bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung eingeräumt werden. Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse weiterhin mit der sog. absoluten Mehrheit, wobei sich diese nicht mehr anhand der abgegebenen, sondern der vertretenen Stimmen berechnet. Der Vorsitzende der Gesellschafterversammlung hat, sofern statutarisch nicht anders vorgesehen, in *Pattsituationen* den Stichtscheid. Die Bestimmung über den Wohn-

sitz der Geschäftsführer wurde aufgehoben. Neu muss die Gesellschaft nur noch durch einen Geschäftsführer oder einen Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können. Die Regelung der Geschäftsführung zeichnet sich durch eine umfassende *Flexibilität* aus: Die Geschäftsführung kann allen oder einzelnen Gesellschaftern oder Dritten eingeräumt werden. Für die Revisionsstelle sind die – neuen – Vorschriften des Aktienrechts anwendbar: Je nach «Grösse» der GmbH bestehen unterschiedliche Anforderungen an die Revision (vgl. dazu unten). Erwähnenswert ist an dieser Stelle aber, dass nur noch bei kleinen Unternehmen mit 10 oder weniger Vollzeitstellen die gänzliche *Freistellung* von der Revision durch die Gesellschafter beschlossen werden kann.

Schliesslich ist noch auf die *übergangsrechtliche* Bestimmung aufmerksam zu machen, wonach die bestehenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung ihre Statuten und Reglemente innert zwei Jahren ab Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts den neuen Bestimmungen anpassen werden müssen.

### **Aktiengesellschaft, Revision und Firmenrecht**

Auch die AG kann neu als *Eipersonengesellschaft* gegründet werden. Die Bestimmung über Nationalität und Wohnsitz der Verwaltungsratsmitglieder fällt weg. Die AG muss nur noch durch ein Mitglied des Verwaltungsrates oder einen Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können. Die *Revisionspflicht* richtet sich nach der Grösse der Gesellschaft. Publikumsgesellschaften müssen als Revisionsstelle ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen einsetzen, andere grössere Unternehmen einen zugelassenen Revisionsexperten. Dage-

gen bedürfen kleinere Unternehmen nur einer eingeschränkten Revision durch einen zugelassenen Revisor bzw. können unter gewissen Voraussetzungen (siehe oben bei der GmbH) gänzlich auf eine Revision verzichten.

Die Zulassung und die Beaufsichtigung von Personen, welche die Revisionsdienstleistungen erbringen, sind im – ebenfalls neuen – *Revisionsaufsichtsgesetz* (RAG) geregelt.

Die wesentliche Neuerung im *Firmenrecht* besteht darin, dass Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften in der Firmenbezeichnung neu zwingend die *Rechtsform* angeben müssen. Bereits eingetragene Gesellschaften müssen ihre Firmenbezeichnung innert zwei Jahren ab Inkrafttreten des neuen Firmenrechts anpassen. ■

# Einsichts- und Auskunftsrechte des Aktionärs, insbesondere im Konzern



von Romeo Da Rugna

## Gesetzliche Grundlage

Gemäss Art. 697 OR kann ein Aktionär mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates *Einsicht* in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft nehmen (Abs. 3). Dieses Einsichtsrecht besteht soweit, als die Einsicht für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Abs. 2). Ausserdem sind die Geschäftsgeheimnisse zu wahren (Abs. 3). Wird die Einsicht ungerechtfertigt verweigert, hat der Aktionär die Möglichkeit, den Richter am Sitz der Gesellschaft anzurufen (Abs. 4). Gemäss Art. 697 OR ist jeder Aktionär auch berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat *Auskunft* über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen (Abs. 1).

## Gegenstand von Einsichts- und Auskunftsrecht

Gegenstand des Einsichtsrechts sind gemäss Art. 697 Abs. 3 OR die «Geschäftsbücher und Korrespondenzen» der Gesellschaft. Diese beiden Begriffe sind ex-

**IN DEM KÜRZLICH IN DER AMTLICHEN SAMMLUNG VERÖFFENTLICHTEN ENTSCHEID BGE 132 III 71 HAT DAS BUNDESGERICHT UMFANG UND GRENZEN DER EINSICHTS- UND AUSKUNFTSRECHTE DES AKTIONÄRS PRÄZISER GEFASST.**

tensiv auszulegen und umfassen alle bei der Gesellschaft befindlichen schriftlichen Unterlagen, die für die Ausübung der Aktionärsrechte mit Einschluss der Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind. Bei der Auskunftserteilung formuliert demgegenüber der Verwaltungsrat zu diesem Zweck selbst einen Informationsinhalt über einen bestimmten Sachverhalt. Dieser Informationsinhalt wird grundsätzlich mündlich an der Generalversammlung bekannt gegeben und protokolliert. Während beim Einsichtsrecht das Dokument, auf welches sich das Begehren bezieht, zu bezeichnen ist, ist beim Auskunftsbegehren der konkrete Sachverhalt zu umschreiben.

## Insbesondere im Konzern

Im *Konzern* bezieht sich das Einsichtsrecht des Aktionärs auf die schriftlichen Unterlagen, die sich bei jener Gesellschaft befinden, *an welcher er selbst direkt beteiligt ist*. Ist er an der Konzernobergesellschaft beteiligt, können dies auch vorhandene Unterlagen *über die* Untergesellschaften sein, namentlich können die sich im Besitz der Konzernobergesellschaft befindlichen Jahresrechnungen und die Revisionsberichte *der Beteiligungsgesellschaften* einen möglichen Gegenstand des Einsichtsrechts darstellen.

## Zweck des Einsichts- und Auskunftsrechts

Das Einsichts- und Auskunftsrecht dient dazu, dem Aktionär jene Informationen zu verschaffen, die zur sinnvollen Ausübung der *Aktionärsrechte* erforderlich sind. In Betracht kommen insbesondere das *Stimmrecht*, das heisst die Meinungsbildung hinsichtlich der Abnahme der Jahresrechnung und der Gewinnverteilung sowie in Bezug auf Wahlen und Décharge-Erteilung, sodann das Recht auf Durchführung einer *Sonderprüfung*, die *Anfechtung* von Beschlüssen der Generalversammlung und die *Verantwortlichkeitsklage*. Auch das Recht auf *Veräusserung der Aktien* kann zu Einsichtsbegehren Anlass bilden, wenn der Aktionär den wirklichen Wert seiner Aktien erfahren will. Ob die verlangte Einsicht zur Meinungsbildung hinsichtlich der Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Massstab eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs.

## Prozessuale Durchsetzung des Einsichts- und Auskunftsrechts

Im Streitfall hat der Aktionär zu beweisen, dass die Einsicht im Hinblick auf die Ausübung seiner Rechte erforderlich ist. Vorerst genügt der Beweis, dass der entsprechende *Bezug in genereller Art für einen Durchschnittsaktionär* gegeben ist,

Fortsetzung Seite 6

### Fortsetzung

ohne spezifischen Nachweis bezogen auf die individuelle Situation des die Einsicht verlangenden Aktionärs und seine konkreten Interessen. Ausserhalb dieses Rahmens hat der Aktionär sein *individuelles Interesse* unter Nachweis entsprechender konkreter Umstände zu belegen. In beiden Fällen reicht ein blosses Glaubhaftmachen *nicht* aus.

### Insbesondere bei Konzernverhältnissen

Bei der Prüfung, ob die verlangte Einsicht oder Auskunft für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sei, ist jeweils auch zu berücksichtigen, über *welche andere Angaben und Unterlagen* der Aktionär – insbesondere aufgrund des ihm abgegebenen *Geschäftsberichts* – bereits verfügt.

Gesellschaften, die eine oder mehrere andere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfassen (*Konzerne*), sind verpflichtet, eine konsolidierte Jahresrechnung (*Konzernrechnung*) zu erstellen, die zum Geschäftsbericht gehört, der gemäss Art. 696 OR vor der ordentlichen Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen ist und welchen jeder Aktionär verlangen kann. Ziel der Konzernrechnung ist, dem Aktionär Transparenz über die ganze unter einheitlicher Leitung zusammengefasste Gruppe von rechtlich selbständigen Gesellschaften zu verschaffen. Sie wird aufgestellt, wie wenn die Obergesellschaft und die Untergesellschaften nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich eine Einheit, ein einziges Unternehmen bilden würden. Demgemäss werden die Einzelabschlüsse zusammengefügt und alle konzerninternen Vorgänge eliminiert. Die Rechnung ist so aufzustellen, dass die Vermögens- und Ertragslage des

Gesamtunternehmens möglichst zuverlässig bewertet werden kann.

Wenn ein Aktionär der Muttergesellschaft über die ihm zur Verfügung stehende Konzernrechnung hinaus Einsicht in die Jahresrechnungen der Tochtergesellschaften und die zugehörigen Revisionsberichte verlangt, muss er nach dem Gesagten somit nachweisen, dass diese weitergehenden Informationen für ihn erforderlich sind, um seine Aktionärsrechte *in der Konzernobergesellschaft* sinnvoll ausüben zu können. Soweit er nur an der Muttergesellschaft als Aktionär beteiligt ist, stehen ihm in den Tochtergesellschaften keinerlei Aktionärsrechte zu.

Ein Recht auf Einblick in die Jahresrechnungen der Tochtergesellschaften lässt sich nach dem erwähnten Entscheid

des Bundesgerichts auch nicht mit der abstrakten Möglichkeit begründen, dass bezüglich der verschiedenen Tochtergesellschaften «unausgeglichene Verhältnisse» vorliegen könnten, indem etwa eine überfinanzierte und eine der Insolvenz nahe stehende Untergesellschaft mit einer stark verschuldeten Obergesellschaft konsolidiert werden. Obwohl dem Aktionär der Nachweis einer solchen Situation vor dem Einblick in die Jahresrechnungen der Untergesellschaften schwer fallen mag, genügt dies nicht, um den Aktionär vom konkreten Nachweis zu entbinden, dass die verlangten Informationen für ihn erforderlich sind. Andernfalls müsste die Erforderlichkeit für jedwelche gewünschte Information bejaht werden, da stets alles theoretisch möglich ist. ■

## Humor

Ein reicher Mann liegt auf dem Sterbebett. Er möchte sein Vermögen mit ins Grab nehmen. In seiner letzten Stunde lässt er seinen Arzt, seinen Anwalt und einen Pfarrer zu sich rufen. Jedem übergibt er 50'000 Franken in bar und lässt sich versprechen, dass bei der Beerdigung alle drei das Geld in sein Grab legen. Bei der Beerdigung treten nacheinander der Pfarrer, der Arzt und der Anwalt an das Grab und werfen einen Briefumschlag hinein.

Auf dem Nachhauseweg bricht der Pfarrer in Tränen aus: «Ich habe gesün-

dig. Ich muss gestehen, dass ich nur 40'000 Franken in den Umschlag gesteckt habe, weil ich 10'000 Franken für einen neuen Altar für unsere Kirche gebraucht habe.» Darauf sagt der Arzt: «Ich muss zugeben, dass ich sogar nur 30'000 Franken ins Grab geworfen habe. Unsere Klinik brauchte dringend neue Geräte, dafür habe ich die 20'000 Franken abgezweigt.» Der Anwalt erwidert: «Meine Herren, ich bin erschüttert! Selbstverständlich habe ich dem Verstorbenen über die volle Summe einen Scheck ins Grab gelegt.»

## Besonderheit Bankenkonzurs

**AM 1. JULI 2004 SIND DIE ÄNDERUNGEN DES BANKENGESETZES BETREFFEND DIE BANKINSOLVENZ UND AM 1. AUGUST 2005 DIE HIERAUF BASIERENDE BANKENKONKURSVERORDNUNG IN KRAFT GETRETEN. DIESE ÄNDERUNGEN SIND TEIL EINES GESETZGEBUNGSPROZESSES, WELCHER DIE VERBESSERUNG DES EINLEGER-SCHUTZES AUF DEM SCHWEIZER FINANZPLATZ BEZWECKT.**



von Michael Bopp

### **Notwendigkeit einer detaillierteren Regulierung des Bankenkonzurses**

Die neuen Bestimmungen des Bankengesetzes (BankG) zur Liquidation insolventer Banken (Art. 33 – 37g BankG) regeln nur die Grundprinzipien des Bankenkonzursverfahrens und begnügen sich hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen zur Durchführung des Verfahrens des generellen Verweises auf die entsprechenden Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) (Art. 34 Abs. 2 BankG). Dieser Verweis alleine mochte jedoch den Anforderungen an die Liquidation eines insolventen Bankinstitutes nicht zu genügen, da der Bankenkonzurs aufgrund seiner besonderen Bedürfnisse stark von einem Konkursverfahren nach SchKG abweicht. Als solche Besonderheiten sind insbesondere die Wahrung des Berufsgeheimnisses der Banken, die rasche Auszahlung der Einlagen («Kleinsparer») und die meist sehr grosse Anzahl der in- und ausländischen Gläubiger zu nennen. Zudem ist zu gewährleisten, dass der Konkurs einer Bank nicht die übrigen Banken

gefährdet, was angesichts der Vernetzung der Banken untereinander und über Clearing- und Settlementssysteme eine ernstliche Gefährdung des gesamten Bankensystems zur Folge haben könnte.

### **Eigenständige Regulierung**

Aus diesen Gründen hat sich die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) zum Erlass der Bankenkonzursverordnung (BKV) und damit zu einer eigenständigen und abschliessenden Regelung des Bankenkonzursverfahrens entschlossen. Die BKV regelt in Ergänzung zu den Art. 33 – 37g BankG den Ablauf der Liquidation eines der Aufsicht der EBK unterstellten Instituts in umfassender und von den Regeln des SchKG unabhängigen Weise. Diese Regelung erstreckt sich von der Eröffnung des Bankenkonzurses über die Abwicklung bis zur Schliessung des Verfahrens und sogar auf darüber hinaus notwendige Anordnungen.

### **Kernpunkte des neuen Bankenkonzursverfahrens**

Unabhängig davon, ob die Gläubiger ihr Domizil in der Schweiz oder im Ausland haben, sind sie neu untereinander gleichgestellt. Dies manifestiert sich unter anderem im vereinfachten Zustellungsverfahren sowie in der automatischen Berücksichtigung der aus den Büchern ersichtlichen Gläubiger. Zur Wahrung des Bankkundengeheimnisses wurde das Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten an bestimmte Bedingungen geknüpft. So

können beispielsweise die Gläubiger auch den Kollokationsplan nur soweit einsehen, als dies zur Wahrung ihrer Gläubigerrechte notwendig ist. Auch wird die Verteilungsliste am Schluss des Verfahrens nicht allen Beteiligten zur Einsicht aufgelegt. Der Konkursliquidator verfügt neu über eine grosse Freiheit bei der Art und Weise der Verwertung der Konkursaktiven. Schuldner, für welche die Forderungen der Masse aus den Büchern ersichtlich sind, können durch die EBK von ihrer Pflicht zur Meldung der entsprechenden Konkursaktiva befreit werden. Weiter sind in jedem Stadium des Verfahrens Abschlagszahlungen möglich. Verlustscheine werden den Gläubigern am Schluss des Verfahrens lediglich auf deren Verlangen ausgestellt.

### **Hauptunterschied zum Konkursverfahren nach SchKG (privilegierte Einlagen)**

Einlagen bei den zu liquidierenden Banken, welche nicht auf den Inhaber lauten, werden bis zu einer Höhe von CHF 30'000 je Gläubiger dadurch privilegiert behandelt, dass sie in der zweiten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG kolloziert werden, solche bis maximal CHF 5'000 werden schliesslich ausserhalb jeder Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung raschmöglichst ausbezahlt. Dies bedeutet, dass jeder «Kleinsparer» bei Beträgen bis CHF 5'000 gar nicht wirklich am Konkurs teilnimmt, mithin nach

*Fortsetzung Seite 8*

*Fortsetzung*

erfolgreicher Befriedigung ausserhalb jeglicher Kollokation und Verrechnungsmöglichkeit keine Gläubigereigenschaft mehr besitzt.

Diese Gläubiger mit privilegierten Forderungen werden im Bankenkonzurs direkt und im vollen Umfang ihrer Einlage innerhalb dreier Monate nach Eröffnung des Konkurses ausbezahlt. Möglich macht dies die in den Art. 37h ff. BankG neu vorgesehene Verpflichtung der Banken, für die Sicherung sämtlicher privilegierter Einlagen besorgt zu sein. Dieser Aufgabe nimmt sich in der Praxis der zum Zwecke der Selbstregulierung von den Schweizer Banken und Effektenhändlern gegründete und von der EBK genehmigte Verein «Einlagensicherung der Schweizer Banken und Effektenhändler» an, welcher die Auszahlung aller privilegierten Forderungen bevorschusst. Die zur Auszahlung nötigen Beträge werden vom Träger der Einlagensicherung zur Verfügung gestellt. Dieser tritt alsdann im entsprechenden Umfang in die Rechte der ursprünglichen «Kleinsparer» bzw. Einleger ein.

#### Weitere Unterschiede zum Konkursverfahren nach SchKG

Aus dem Verfahren der BKV ergeben sich weitere entscheidende Abweichungen zum Konkursverfahren nach SchKG. Seitens der Gläubiger bestehen nur eingeschränkte Interventionsmöglichkeiten. So steht diesen neben der Anfechtung der Kollokation ihrer eigenen oder eines anderen Gläubigers Forderung nur noch ein Anspruch auf Anfechtung von Verwertungshandlungen zu. Im Gegensatz zur (amtlichen oder ausseramtlichen) Konkursverwaltung nach SchKG ist der Konkursliquidator keine Behörde. Seine Handlungen und Entscheide stellen demnach keine (anfechtbaren) Verfü-

gungen dar. Gläubiger und andere Beteiligte, die in ihren Interessen verletzt sind, haben die Möglichkeit, den Sachverhalt der EBK anzuzeigen. Mit Inkrafttreten der BKV wurde die EBK gleichzeitig zur Aufsichtsbehörde über den Konkursliquidator und zur Konkursrichterin. Zudem obliegt ihr die Überwachung des korrekten Ablaufes des konkreten Konkursverfahrens. Eine Gläubigerversammlung findet nur statt, wenn der Konkursliquidator es als sinnvoll erachtet. Diesfalls legt die EBK auf seinen Antrag die Aufgaben und Kompetenzen der Gläubigerversammlung und eines allfälligen Gläubigerausschusses fest. Alle aus den Büchern ersichtlichen Forderungen gelten als angemeldet. Dies hat zum Vorteil, dass die Mehrheit der Gläubiger unabhängig von ihrer Kenntnis vom Konkurs davon befreit ist, ihre Forderungen anzumelden und zu begründen.

#### Schlussbemerkung

Abschliessend kann festgehalten werden, dass das in erster Linie den ökonomischen Realitäten im Falle des Bankenkonzurses sowie den hieraus resultierenden Folgen für das gesamte Bankensystem Rechnung tragende und zudem einer erhöhten Sicherheit der grossen Masse der «Sparer», mithin auch der Reputation des Bankenplatzes Schweiz dienliche, völlig neu ausgestaltete Bankenkonzursverfahren seine Zielsetzungen erreicht hat. Dabei dürfte jedoch nicht nur dem rechtskundigen Beobachter aufgefallen sein, dass der Preis hierfür in einer vergleichsweise seltenen, wenn nicht gar einzigartigen Konzentration von Kompetenzen in den Händen einer einzigen Verwaltungsbehörde (der EBK) zu sehen ist. Dies rechtfertigt sich jedoch mit den grossen Systemrisiken im Falle einer weniger flexiblen Lösung. ■

Dr. Reinhard Lutz

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur. Rolf Kuhn LL.M.

Lic.iur.  
Christopher Tillman LL.M.

Lic.iur. Julien Veyrassat

Dr. Sabine Kilgus LL.M.

Lic.iur. Michael Bopp

Forchstrasse 2 · Kreuzplatz

Postfach

CH-8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen  
im Anwaltsregister