

## Zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag

**DAS VVG IST ERST KÜRZLICH EINER TEILREVISION UNTERZOGEN WORDEN. MIT DIESER WURDEN DIE VORDRINGLICHSTEN ANLIEGEN UMGESETZT. DIESE NEUEN BESTIMMUNGEN TRATEN DANN ANFANGS 2006 BZW. EIN JAHR SPÄTER IN KRAFT. DAS VVG SOLL NUN ABER BEREITS EINER WEITEREN REVISION UNTERZOGEN WERDEN. DER GESETZGEBER WILL SICH DABEI ABER NICHT NUR AUF EINE WEITERE PUNKTUELLE REVISION DES VVG BESCHRÄNKEN, SONDERN EINE EIGENTLICHE TOTALREVISION VOLLZIEHEN. DER ENTWURF DES NEUEN VVG LIEGT SEIT ANFANGS DIESES JAHRES VOR. DIE VERNEHMLASSUNGSFRIST IST PER MITTE DIESES JAHRES AUSGELAUFEN. WELCHE NEUERUNGEN BRINGT DIESER ENTWURF MIT SICH?**

### 1. Die wichtigsten Grundzüge der Vorlage

Das Grundanliegen der Totalrevision des VVG besteht darin, das Versicherungsvertragsrecht an die geänderten Gegebenheiten und Bedürfnisse anzupassen und einen vernünftigen und realisierbaren Versicherungsschutz zu gewährleisten.

Der neue Entwurf normiert u.a. die vorvertraglichen Verhältnisse zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsunternehmen differenzierter. Die Informationspflicht des Versicherungsunternehmens einerseits und die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers andererseits werden einer neuen Regelung zugeführt. Weiter werden die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten des Versicherungsvertrages im Entwurf definiert und ein Widerrufsrecht eingeführt. Neben weiteren Aspekten wird schliesslich auch das Verhältnis des Versicherungsnehmers zu Versicherungsvermittlern und Agenten geregelt.

### 2. Informations- und Anzeigepflichten

Die Verletzung allfälliger dem Versicherungsnehmer obliegender Anzeigepflichten war in der Vergangenheit stets Gegenstand kontroverser Diskussion und häufig Ausgangspunkt von Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer:

Vereinfacht ausgedrückt, kann das Versicherungsunternehmen in gewissen Fällen, d.h. wenn der Versicherungs-



von Rolf Kuhn

nehmer sog. «erheblichen Gefahrentatsachen» bei Vertragsabschluss dem Versicherer nicht angezeigt hat, den Vertrag innert vier Wochen seit Kenntnis der Verletzung der Anzeigepflicht kündigen und damit die Ausrichtung von Leistungen folglich verweigern.

Unter dem heutigen Recht gilt das Prinzip, dass der Antragssteller dem Versicherer alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen schriftlich mitzuteilen hat. Dies wird häufig dadurch bewerkstelligt, indem der Versicherungsnehmer einen Fragebogen des

Fortsetzung Seite 2

## Inhalt

Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag 1

Auskunftsrechte von Erben gegenüber Banken 3

Vergütungssysteme in der Finanzbranche und das Rundschreiben der FINMA 6

Das neue Mehrwertsteuergesetz 8

Das Bucheffektengesetz – Worum es geht 10

*Fortsetzung von Seite 1*

Versicherungsunternehmens schriftlich ausfüllt. Dabei gilt die Vermutung, dass die Gefahrentatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, erheblich sind (vgl. Art. 4 Abs. 3 VVG). Beantwortet ein Antragssteller solche Fragen falsch, kann der Versicherer zu einem späteren Zeitpunkt den Vertrag allenfalls kündigen.

Fraglich war dann aber, ob der Versicherer dies auch tun kann, wenn der Antragssteller Fragen, die unbestimmt und zweideutig formuliert waren, falsch beantwortete. Dies war – pointiert formuliert – unter dem Regime von Art. 4 Abs. 3 VVG ebenfalls möglich, sofern der Versicherer nachweisen konnte, dass die «falschen» Antworten auf die «zweideutigen» Fragen den Entscheid des Versicherers zum Vertragsabschluss beeinflusst hatten, d.h. für den Versicherer im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss wesentlich waren.

Neu gilt die Regelung, dass das Versicherungsunternehmen dem Versicherungsnehmer schriftlich, unmissverständlich und spezifiziert mitteilen muss, über welche erheblichen Gefahrentatsachen er Auskunft geben muss. Unbestimmte und zweideutige Fragen in Fragebögen von Versicherern sollte es deshalb in Zukunft nicht mehr geben, womit sich auch die Kontroverse erübrigen sollte.

**3. Widerrufsrecht**

Der Entwurf zum VVG sieht zudem neu ein Widerrufsrecht vor: Gemäss Art. 7 des Entwurfes soll dem Versicherungsnehmer neu ein auf 14 Tage befristetes Recht den Vertrag zu widerrufen zustehen. Dieses Widerrufsrecht soll den Kon-

sumenten davor schützen, einen überstürzt abgeschlossenen Vertrag gegen sich gelten zu lassen. Das Widerrufsrecht gilt auch in Bezug auf die Änderung oder die Verlängerung eines Vertrages.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass von Verkäufern/Vertreibern von Versicherungsprodukten gelegentlich auch «aggressive» Verkaufsmethoden an den Tag gelegt wurden, was zu unüberlegten Versicherungsabschlüssen führte und dazu, dass Konsumenten Versicherungen abschlossen, die sie nicht zwingend benötigten oder die bspw. weniger günstige Konditionen aufwiesen, als bestehende Versicherungen. Das Widerrufsrecht könnte deshalb ein Instrument sein, um derartige Auswüchse zu unterbinden, weshalb die Neuerung an sich zu begrüssen wäre.

Allerdings könnte das Widerrufsrecht auch genutzt werden, um Missbrauch zu betreiben: Versicherungen werden im Hinblick auf bestimmte, sich in Zukunft möglicherweise manifestierende Risiken abgeschlossen. Es mag Konstellationen geben, in welchen eine Versicherung im Hinblick auf ein (möglicherweise) unmittelbar bevorstehendes Schadensereignis abgeschlossen wird. Es wäre daher denkbar, eine solche abgeschlossene Versicherung dann noch zu widerrufen, sobald feststeht, dass sich das versicherte Ereignis in der 14-tägigen Frist nicht manifestiert hat. Die Folge des Widerrufs besteht darin, dass die erbrachten Leistungen der jeweiligen anderen Partei zurückerstattet werden müssen, mithin wäre eine bereits bezahlte Prämie somit wieder zurückzuerstatten. Die Regelung könnte daher dazu verleiten, Versicherungen abzuschliessen, um diese dann – «falls nicht gebraucht» – zu widerrufen.

**4. Bestimmungen betreffend****Versicherungsmakler und -agenten**

Der Entwurf enthält sodann Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen Versicherungsmakler und Versicherungsagenten einerseits und dem Versicherungsnehmer andererseits regeln. Von Bedeutung ist hier insbesondere Art. 68 des Entwurfes, welcher die Entschädigung des Versicherungsmaklers und die Verwendung von Provisionen regelt.

Der Entwurf hält in Art. 67 fest, dass der Versicherungsmakler in einem Treuverhältnis zum Versicherungsnehmer stehe. Im erläuternden Bericht des Finanzdepartements wird deshalb auf die auftragsrechtliche Komponente des Vertrages zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherungsnehmer hingewiesen. In Anlehnung an BGE 132 III 460, worin das Bundesgericht ausgeführt hat, dass Retrozessionszahlungen der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht unterliegen und an den Kunden abzuführen sind, welche nur unter besonderen Voraussetzungen auf die Ablieferung verzichten kann, sieht der Gesetzgeber in Art. 68 vor, dass der Versicherungsmakler Provisionen, Superprovisionen und andere Vorteile, die direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen, dem Versicherungsnehmer zu erstatten hat.

Nach dem Entwurf hat der Makler solche Leistungen somit an den Versicherungsnehmer herauszugeben. Gemäss Art. 68 Abs. 3 des Entwurfes kann der Versicherungsnehmer auf die Herausgabe jedoch verzichten, allerdings nur insoweit, wie die Leistungen Erfüllungshalber an die Entschädigung des Maklers anzurechnen sind. Der Makler darf die Leistungen somit maximal in dem Umfang vereinnahmen, welcher

dem «Lohn» des Maklers entspricht, den er vom Versicherungsnehmer erhalten würde. Die Regelung zielt auf die Unterbindung von Interessenskonflikten ab. Der Makler soll dem Versicherungsnehmer nicht die Police verkaufen, die für den Makler am meisten Provisionen abwirft, sondern die Versicherungslösung verkaufen, welche für den Versicherungsnehmer die Beste ist.

Im Vernehmlassungsverfahren ist diese Bestimmung teilweise auf heftige

Kritik gestossen. Tatsächlich dürfte es so sein, dass die Bestimmung von Art. 68 entscheidende Fragen nicht regelt und damit wohl Raum für künftige Unklarheiten offen lässt. So ist bspw. nicht klar, welche Kriterien gelten, um zu bestimmen, ob eine Leistung nun «direkt oder indirekt» mit dem vermittelten Vertrag «zusammenhängt». Fallen unter diese Begriffe lediglich Entschädigungen, welche der Versicherungsmakler im Zusammenhang mit dem Verkauf eines be-

stimmten Versicherungsprodukts erhält oder aber auch Entschädigungen, welche der Versicherungsmakler im Zusammenhang mit administrativen Leistungen für den Versicherer bezieht? Hier wird es schwierig sein, eine Grenze zu ziehen. Wenn Art. 68 des Entwurfs in der vorgesehenen Fassung in Kraft tritt, dürften entsprechende Diskussionen vorprogrammiert sein. ■

## Die Auskunftsrechte von Erben gegenüber Banken

**IM RAHMEN DER NACHLASSABWICKLUNG STOSSEN DIE ERBEN AUS VERSCHIEDENEN GRÜNDEN OFT AUF DIE SCHWIERIGKEIT, SICH EIN KLARES BILD ÜBER DIE BEI BANKEN LIEGENDEN VERMÖGENSWERTE DES ERBLASSERS ZU VERSCHAFFEN, INSBESONDERE DANN, WENN DER ERBLASSER SELBER KEINE ODER NUR UNVOLLSTÄNDIGE AUFZEICHNUNGEN ÜBER SEINE BANKBEZIEHUNGEN GEFÜHRT HAT ODER FÜHREN WOLLTE, WAS BEI AUSLÄNDISCHEM WOHNSTZ DES ERBLASSERS ÖFTERS DER FALL SEIN KANN. ABER AUCH DIE VOM ERBLASSER IM INLAND GEFÜHRTEN BANKBEZIEHUNGEN MÜSSEN FÜR DIE ERBEN NICHT IMMER TRANSPARENT SEIN, INSBESONDERE DANN, WENN ES SICH UM NICHT-VERSTEUERTE VERMÖGENSWERTE DES ERBLASSERS HANDELT. DEM BERECHTIGTEN INTERESSE JEDES EINZELNEN ERBEN AN EINER UMFASSENDEN AUSKUNFT ÜBER DEN STAND DES VERMÖGENS DES ERBLASSERS KÖNNEN BERECHTIGTE INTERESSEN DES ERBLASSERS AN GEHEIMHALTUNG ENTGEGENSTEHEN, NICHT ABER DIE VERPFLICHTUNG DER BANKEN ZUR WAHRUNG DES BANKKUNDENGEHEIMNISSES.**



von Thomas Reimann

### 1. Die Rechtsgrundlagen der Auskunftsrechte der Erben

Zum einen bestehen allgemeine Informationsansprüche der Erben untereinander und gegenüber den mit dem Nachlass und der Teilung befassten Personen oder Behörden (wie Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter, Inventarbehörde, Erbenvertreter, amtlichem Liquidator etc.). Diese Informationsansprüche der Erben sind erbrechtlicher Natur und stützen sich auf Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB.

Davon zu unterscheiden sind die Informationsansprüche, die mittels Universalsukzession auf die Erben überge-

gangen sind, sowohl gegenüber den Vertragspartnern des Erblassers selber als auch gegenüber weiteren Auskunftspflichtigen. Zu den ersteren gehören insbesondere die Informationsansprüche der Erben gegenüber einer Bank, da diese mit dem Erblasser regelmässig durch ein Auftragsverhältnis (Vermögensverwaltungs- beziehungsweise Kontoführungsvertrag) verbunden ist: Stirbt der Auftraggeber, geht das Rechtsverhältnis kraft Universalsukzession mitsamt dem Anspruch auf Rechenschaftsablegung umfassend auf seine

*Fortsetzung Seite 4*

*Fortsetzung von Seite 3*

Erben über. Selbst wenn der Auftrag gemäss Art. 405 Abs. 1 OR mit dem Tod des Auftraggebers erlischt, betrifft dies grundsätzlich nur die Ausführungspflicht, während der Anspruch auf Rechenschaftsablegung auf die Erben übergeht.

Dieser Auffassung folgt auch das Bundesgericht in einem Entscheid vom 10. September 2007 (BGE 133 II 664, E. 2.5). Es führt aus, dass «aus dem Wesen der Universalsukzession im Sinne von Art. 560 ZGB folgt, dass nicht nur sämtliche Vermögensrechte, sondern insbesondere auch die vertraglichen Auskunft- und Informationsansprüche auf die Erben übergehen.»

## 2. Umfang des Auskunftsrechts der Erben gegenüber Banken

### 2.1 In materieller Hinsicht

#### 2.1.1 Grundsatz

Aus dem Erwerb kraft Universalsukzession folgt, dass die Erben ihre Informationsansprüche grundsätzlich in ihrem Bestand und Umfang zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers erwerben. Die Informations- und Rechenschaftsablegungspflicht umfasst nicht bloss die Erstellung regelmässiger Berichte (Konto- und Depotauszüge), sondern auch die von den Erben gewünschten Einzelauskünfte. Dabei sind von der Bank auch Fragen zu beantworten, die ihr selbst als belanglos erscheinen mögen. Dem Informationsanspruch kann auch nicht entgegengehalten werden, die Informationen seien dem Erblasser bereits erteilt worden oder ihm bekannt gewesen. Dies ist aus der Überlegung begründbar, dass sich das Informationsrecht im Zuge

der Erbrechtsnachfolge inhaltlich, im Interesse der Erben, gewandelt hat.

Ferner spielt es auch keine Rolle, falls dies nicht mit Sicherheit feststeht, ob Transaktionen auf dem Konto erfolgt sind oder ob der Erblasser überhaupt ein Konto bei der um Auskunft ersuchten Bank führt. Schliesslich kann ein Kunde an einer solchen Auskunft auch ohne Erbfall gegenüber den Steuerbehörden oder in einem Scheidungsverfahren gegenüber dem Ehegatten interessiert sein (BGE 133 III 664, E. 2.6).

#### 2.1.2 Schranken

**Höchstpersönliche Rechte des Erblassers:** Aus dem Wesen der Universalsukzession im Sinne von Art. 560 ZGB folgt, dass die Rechte des Erblassers nur soweit auf die Erben übergehen, als sie nicht höchstpersönliche Rechte des Erblassers beschlagen. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB (BGE 133 II 664, E. 2.3; nicht publ. Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2008, 5C.209/2006, E. 4.1; Emch / Renz / Arpagaus, a.a.O., N 422). Der Entscheid, welche Daten diesen besonderen Schutz geniessen, fällt in der Praxis dann allerdings nicht leicht aus.

#### Geheimhaltungswille des Erblassers:

Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob ein (geäusserter oder zu vermutender) Geheimhaltungswille des Erblassers gegenüber den Erben beachtlich ist. Die herrschende Lehre bejaht dies. Wollte der Erblasser seine Angelegenheiten auch vor seinen Erben geheim halten, so findet der Übergang des Rechts auf Geheimhaltung nicht statt, denn der Kunde bestimmt den näheren Inhalt des Rechts. Dafür bedarf es eines vom Erblasser entsprechend zum Aus-

druck gebrachten Willens, wobei auch ein mutmasslicher Geheimhaltungswille genügen kann (bspw. lebzeitige Vernichtung von Bankakten). Wann ein solcher vorliegt, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Ein Geheimhaltungswille ist dort eher zu vermuten, wo ein Sachverhalt den Persönlichkeitsbereich des Erblassers tangiert.

Da diese Frage ausser in eindeutigen Fällen nicht von der Bank selber entschieden werden kann, wird von der Lehre die Einsichtnahme durch einen Sonderprüfer analog einem Vertrauensarzt vorgeschlagen, der den Erben gegenüber zur Wahrung der Diskretionsbedürfnisse des Erblassers verpflichtet ist. Unbeachtlich dagegen ist der Geheimhaltungswille des Erblassers immer dann, wenn dadurch die Pflichtteilsansprüche der Erben beeinträchtigt werden sollen. Diesbezüglich haben die Erben einen erbrechtlichen Anspruch auf Auskunft, welcher gegenüber dem vertraglichen Informationsanspruch subsidiär ist. Diesen Anspruch kann der Erblasser seinen Erben nicht entziehen.

Der erbrechtliche Informationsanspruch gegenüber Dritten soll sich gemäss Bundesgericht auf eine analoge Anwendung von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB stützen und mit der Gleichbehandlung von Miterben und Nichterben bei der Herabsetzung begründet werden. Diese Lösung überzeugt, denn sie erlaubt, eine vom Gesetzgeber nicht bedachte Einschränkung der Informationsrechte auf die Miterben zu durchbrechen (BGE 132 III 677, E. 4.2.4).

Der erbrechtliche Informationsanspruch ist selbstverständlich begrenzt durch seinen Zweck. So kann gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB in zeit-

licher Hinsicht in der Regel nur für die letzten fünf Jahre Auskunft verlangt werden, es sei denn, es lägen Anhaltspunkte für eine absichtliche Umgehung des Pflichtteilsrechts vor (Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB). In materieller Hinsicht braucht die Auskunft nur Verfügungen zu betreffen, bei denen eine Herabsetzung in Betracht kommt, die also eine Pflichtteilsverletzung darstellen können.

**Bankkundengeheimnis:** Das Bankkundengeheimnis betrifft die Geheimhaltungspflicht der Banken und ihrer Mitarbeiter bezüglich der geschäftlichen Beziehungen zu ihren Kunden und deren vermögensrechtlichen und privaten Verhältnisse, in welche sie durch diese Geschäftsbeziehungen Einblick erhalten haben. Zum Bereich des Geheimnisses gehört auch schon allein die Tatsache, dass zwischen dem Kunden und der Bank eine Geschäftsbeziehung besteht. Das Bankkundengeheimnis gilt nicht absolut und unbedingt. Das Bundesgericht hat bereits im Jahr 1963 entschieden, dass die Geheimnisherrschaft beim Bankgeheimnis qua Universalsukzession auf die Erben übergeht (BGE 89 II 87, E. 6.). Entsprechend bestätigte es im September 2007 auch, dass sich die Bank gegenüber den Erben nicht auf das Bankkundengeheimnis berufen kann, da dieses nur gegenüber Dritten gilt, während es gegenüber dem Geheimnisherrn – und im Rahmen der Erbfolge auch gegenüber seinen Universalsukzessoren – von vornherein nicht greifen

kann (BGE 133 III 664, E. 2.6). Diese Auffassung stösst auch in der Lehre auf Zustimmung.

### 2.2 In zeitlicher Hinsicht

In zeitlicher Hinsicht umfasst der Informationsanspruch aus denselben Überlegungen nicht nur den Stand des erblasserischen Vermögens per Todestag, sondern alles, worüber die Bank dem Erblasser gegenüber auskunftspflichtig war, namentlich auch lebzeitige Vorgänge. Aus praktischen Überlegungen ist sowohl der vertragliche als auch der erbrechtliche Informationsanspruch durch die gesetzliche Aktenaufbewahrungspflicht von zehn Jahren gemäss Art. 962 Abs. 1 OR in zeitlicher Hinsicht begrenzt. Die Klageanhebung begründet jedoch die Pflicht des Beklagten, auch allenfalls noch vorhandene Akten zu sichern, für die im betreffenden Zeitpunkt keine Aufbewahrungspflicht mehr besteht.

Ferner verjährt der vertragliche Auskunft- und Rechenschaftsablegungsanspruch gemäss Art. 127 OR innert zehn Jahren ab Beendigung des Vertragsverhältnisses, wobei der Tod des Erblassers ein noch laufendes Vertragsverhältnis nicht beendet.

### 3. Legitimation

Sowohl die vertraglichen als auch die erbrechtlichen Ansprüche auf Auskunft und Rechenschaftsablegung stehen jedem Erben einzeln zu (BGE 89 II 87, E. 6.; BGE 132 III 677, E. 4.2.4, BGE 133 III 664, E. 2.5).

Selbst provisorischen Erben (d.h. sol-

che, die über eine Ausschlagung der Erbschaft noch nicht entschieden haben) kann der Auskunftsanspruch zukommen, wenn er dazu dient, ihnen die Entscheidungsgrundlagen zu liefern. Virtuelle Erben (d.h. vom Erblasser vollständig übergangene Pflichtteilerben) sind gegenüber Dritten mit den gleichen Einschränkungen aktivlegitimiert wie gegenüber den Miterben.

Um sich ein genaues Bild über die Erbenqualität des Ansprechers machen zu können, verlangt die Bank in der Regel eine amtliche Erbenbescheinigung, bevor sie Auskünfte erteilt. Im Falle provisorischer Erben empfiehlt sich wegen der Gefahr der Einmischung die Einholung einer blossen Ermächtigung der Behörde. Virtuelle Erben haben Anspruch auf eine spezielle Bescheinigung über ihren Status.

### 4. Fazit

Tritt der Erbe kraft Universalsukzession in ein Vertragsverhältnis mit der Bank ein, so stehen ihm die vertraglichen Rechte auf Auskunft und Rechenschaftsablegung vollumfänglich zu, soweit nicht höchstpersönliche Rechte des Erblassers betroffen sind. Der einzelne Erbe kann diese Rechte einzeln und unabhängig von anderen Erben geltend machen, ein gemeinsames Vorgehen aller Erben ist nicht erforderlich. In zeitlicher Hinsicht sind diese Ansprüche durch Art. 962 Abs. 1 OR auf 10 Jahre beschränkt. ■

# Vergütungssysteme in der Finanzbranche und das Rundschreiben der FINMA

**SEIT LÄNGEREM STEHEN DIE SOGENANTEN «BANKER-BONI» UNTER BESCHUSS VON MEDIEN UND POLITIK. KEIN WUNDER SCHOB LETZTERE DER EIDGENÖSSISCHEN FINANZMARKTAUFSICHTSBEHÖRDE (FINMA, WWW.FINMA.CH) DAS HEISSE THEMA ZU UND VERLANGTE VON IHR VORGABEN FÜR NACHHALTIGE VERGÜTUNGSSYSTEME IN DEN IHR UNTERSTELLTEN BRANCHEN (BANKEN UND VERSICHERUNGEN). DRUCKFRISCH LIEGT DAS RUNDSCHREIBEN DER FINMA NUN VOR.**

## 1. Ausgangslage und Übersicht

Vergütungssysteme haben einen Einfluss auf das Verhalten der davon Betroffenen; das ist ihr ureigentliches Ziel. Belohnt das System das Eingehen von viel Risiko mit hohen Boni, ohne zugleich den Misserfolg finanziell abzustrafen, wird der Einzelne hohes Risiko fahren. Riskieren aber viele Einzelne für ihren Arbeitgeber viel, steigt das Exposure des ganzen Unternehmens. Im Extremfall kann das zu einer schweren Schädigung des Unternehmens führen. Dass diese Mechanismen teilweise verantwortlich waren für das einstürzende Kartenhaus der Finanzbranche, ist mittlerweile unbestritten.

Zum Thema der «gerechten Vergütung» wurden schon Millionen (oder aktueller: «Milliarden») von Seiten geschrieben. In der Schweiz kommen dabei dem «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» der *economiesuisse* aus dem Jahr 2002 und der Richtlinie der SWX Swiss Exchange zur Corporate Governance aus demselben Jahr besondere Bedeutung zu. Beide befassen sich prominent mit dem Thema der Vergütung und eignen sich gut als Einstieg ins Thema (vgl. nachfolgend **Ziffer 2**).

Auch in der aktuellen Aktienrechtsrevision und der «Abzocker-Initiative» nimmt das Thema einen prominenten Platz ein – kein Wunder, hoffen doch Po-

litiker, sich damit positiv in Szene setzen zu können. Dazu kurz einige Worte in **Ziffer 3**.

Das neuste Kapitel – zumindest für die Schweizer Finanz- und Versicherungsinstitute – hat jetzt die FINMA geschrieben. Ihr «Rundschreiben 10/1 Vergütungssysteme» vom 21.10.09 wurde am 11.11.09 (hoffentlich wirkt sich der «Narrentag» insofern nicht aus) publiziert. Wir besprechen es in **Ziffer 4**.

## 2. Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance und die SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance

Der **Swiss Code** enthält Empfehlungen für Schweizer Publikumsgesellschaften. Doch auch andere bedeutende Gesellschaften und Organisationen können ihm zweckmässige Leitideen entnehmen. Zum Thema der Entschädigung schlägt der Swiss Code u.a. folgendes vor: Entschädigungen sollen markt- und leistungsgerecht sein, um Personen mit den nötigen Fähigkeiten und Charaktereigenschaften gewinnen und behalten zu können und sie sollen nachvollziehbar vom nachhaltigen Erfolg des Unternehmens und vom persönlichen Beitrag abhängig gemacht werden. Falsche Anreize sind zu vermeiden.

Die **SWX-Richtlinie** ihrerseits setzt auf Transparenz und will damit einer



von Stefan Schalch

ungesunden Entschädigungspolitik Einhalt gebieten. So müssen die gesamten, direkt oder indirekt ausgerichteten Entschädigungen an amtierende und ehemalige Organmitglieder im Geschäftsbericht ausgewiesen werden.

Der Swiss Code ist aber nicht rechtsverbindlich und die SWX-Richtlinie findet nur für einen kleinen Kreis Anwendung, nämlich primär auf alle Emittenten, deren Beteiligungsrechte an der SWX kotiert sind und deren Gesellschaftssitz in der Schweiz ist. Somit ist der Einfluss beider «Erlasse» beschränkt.

## 3. Das Aktienrecht, seine Revision und die Volksinitiative gegen die Abzockerei

Das **aktuelle Aktienrecht** verfügt nur über ein beschränktes Instrumentarium im Bereich der Entschädigung: Es setzt auf Transparenz, indem Gesellschaften



mit börsenkotierten Aktien alle Vergütungen, die sie direkt oder indirekt an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ausrichten, im Anhang zur Bilanz offen legen müssen (Artikel 663bbis OR).

Der **Entwurf zum neuen Aktienrecht** geht weiter. Unter anderem will er eine statutarische Kompetenz der Generalversammlung zur Festsetzung der Entschädigungspolitik sowie der konkreten Entschädigung der höchsten Organe (VR und GL) einführen. Ferner sieht er eine neue Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen vor, soweit die Leistung der Gesellschaft (z.B. Vergütung) in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Gegenleistung steht. Gesteigert werden soll ferner die Transparenz betreffend Vergütungen, indem jeder Aktionär vom Verwaltungsrat Auskunft über die Vergütungen, Darlehen und Kredite an das obere Management verlangen können soll. Wann und wie das neue Aktienrecht in Kraft treten wird, ist jedoch offen.

Die **Volksinitiative «gegen die Abzockerei»** will den von den Initianten als überhöht empfundenen Vergütungen des obersten Managements von börsenkotierten Aktiengesellschaften durch die Verbesserung der Corporate Governance Einhalt bieten. Die Aktionäre sollen an der Generalversammlung vermehrt auf die Vergütungspolitik des obersten Kaders Einfluss nehmen können, z.B. indem die GV über die Gesamtsumme der Vergütungen des VR und der GL abstimmen soll, Abgangsentschädigungen und Vorab-Vergütungen untersagt werden, die Statuten Bestimmungen über die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an Organmitglieder, die Dauer der Arbeitsverträge der GL-Mitglieder und die zulässige Anzahl ex-

terner Mandate der Organmitglieder enthalten müssen und das Ganze noch mit strafrechtlichen Sanktionen (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren!) geschmückt wird. Insgesamt ist dies ein extremer Vorschlag, der dem liberalen und freiheitlichen Schweizer Recht schlecht anständig und ökonomisch für die Schweiz zum Rohrkrepierer würde.

#### **4. Das Rundschreiben der FINMA 10/1 über Vergütungssysteme bei Finanzinstituten**

Die FINMA schafft für die ihr unterstellte Finanz- und Versicherungsbranche aufsichtsrechtliche Regeln. Verbindlich sind sie jedoch nur für die sieben grössten Banken (gemäss Medienberichten BNP Paribas [Suisse], Credit Suisse, EFG International, HSBC [Suisse], Raiffeisen-gruppe, UBS und ZKB) und die fünf grössten Versicherungen (Axa Winterthur, Bâloise, Swiss Life, Swiss Re und Zurich), nämlich diejenigen Institute, die mindestens zwei Milliarden CHF erforderliche Eigenmittel (Banken) bzw. Solvabilität (Versicherungen) vorhalten müssen. Für alle anderen Banken, Effektenhändler, Versicherungen und Bewilligungsträger nach Kollektivanlagengesetz gilt das Rundschreiben als Leitplanke («Best Practice»). Die FINMA behält sich aber explizit vor, einzelne Institute auch dann auf die Regeln zu verpflichten, wenn sie zwar nicht den Schwellenwert erreichen, dies aber aufgrund des Risikoprofils oder von Missständen und unangemessenen Vergütungspraktiken angebracht ist.

Erklärtes Ziel der Behörde war es, Vergütungssysteme zu verhindern, die Anreize für unangemessene Risiken schaffen und damit die Stabilität von Finanz- oder Versicherungsinstituten gefährden können. Das Hauptaugenmerk

liegt dabei auf der variablen Vergütung, welche die FINMA als Beteiligung am Erfolg des Unternehmens einstuft. Sie hat somit zwingend abhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Instituts zu sein, wobei Risikoprofil und Nachhaltigkeit als Leitplanken gelten. Glücklicherweise hat die FINMA der Versuchung widerstanden, eine Begrenzung der Vergütung nach oben vorzusehen, denn damit würde die Konkurrenzfähigkeit hiesiger Institute auf der Jagd nach Spitzenkräften stark eingeschränkt. Hingegen sind die Vergütungen umfassend in die Kapital- und Liquiditätsplanung eines Instituts einzubeziehen. Ein erheblicher Teil der variablen Vergütung soll dem Arbeitnehmer erst dann zukommen, wenn die zukünftige Entwicklung des Unternehmens abschätzbar ist (i.d.R. nach frühestens drei Jahren), sogenannte «aufgeschobene Vergütung» oder auch «risikogebundene Vergütung» (so wie kürzlich von der Credit Suisse für ihre höheren Mitarbeiter eingeführt). Auch der Vereinbarung von Malus- oder «Clawback»-Elementen (so wie jüngst von der deutschen Commerzbank für die beiden höchsten Ebenen eingeführt) steht die FINMA positiv gegenüber. Solche lassen sich auch an konkrete, dem Verantwortungsbereich eines Mitarbeitenden zuzuordnende Risiken knüpfen.

En passant will auch die FINMA die Transparenz verbessern. Der VR muss in einem den Aktionären (und damit faktisch öffentlich) zugänglichen Vergütungsbericht Rechenschaft über die Vergütungspolitik des gesamten Instituts, d.h. somit aller Stufen, geben. Damit geht die FINMA über das bestehende Recht und über den Entwurf zum revidierten Aktienrecht hinaus.

*Fortsetzung Seite 8*

*Fortsetzung von Seite 7*

Die neue Regelung tritt per 1. Januar 2010 in Kraft. Dass sich bei der Umsetzung heikle Fragen stellen werden, gerade auch in arbeits- und steuerrechtlicher Hinsicht, ist der FINMA bewusst. Sie nimmt dies in Kauf und überlässt diese Probleme den Umsetzungskünstlern der unterstellten Institute. Diese haben ein Jahr Zeit, ihre Entschädigungssysteme anzupassen. Ab 2011 müssen (bzw. sollen – soweit nicht obligatorisch unterstellt) ihre Vergütungssysteme «FINMA-konform» sein. Die Institute haben der FINMA bis zum 30. April 2011 zu berichten und ihre Prüfungsgesellschaften haben diese Berichte zu testen. Zwar besteht keine Genehmigungspflicht für die Vergütungssysteme, doch wird die FINMA sicher ein wachsames Auge auf die Umsetzung haben.

systeme «FINMA-konform» sein. Die Institute haben der FINMA bis zum 30. April 2011 zu berichten und ihre Prüfungsgesellschaften haben diese Berichte zu testen. Zwar besteht keine Genehmigungspflicht für die Vergütungssysteme, doch wird die FINMA sicher ein wachsames Auge auf die Umsetzung haben.

**5. Fazit**

Das Thema der richtigen Vergütung ist und bleibt heiss. Mit ihrem Vorstoss hat die FINMA Bewegung in die Diskussion

gebracht und man darf gespannt sein, ob und wie weit ihre Überlegungen auf die Revisionsarbeiten beim Aktienrecht zurück wirken. Die FINMA-Regeln könnten griffig sein in der Praxis, was von anderen Regeln bisher nicht unbedingt gesagt werden kann. Umgekehrt scheinen die FINMA-Regeln weiter zu gehen als diejenigen ihrer europäischen Aufsichtskollegen. Bleibt also zu hoffen, dass daraus kein nachhaltiger Schaden für den Finanzplatz Schweiz resultiert. Warten wir ab. So oder so gilt: The show must go on... ■

## Das neue Mehrwertsteuergesetz



von Martin Rust

**AM 12. JUNI 2009 HAT DER GESETZGEBER DAS NEUE BUNDESGESETZ ÜBER DIE MEHRWERTSTEUER VERABSCHIEDET (nMWSTG), WELCHES AM 1. JANUAR 2010 IN KRAFT TRITT. DIE ZUGEHÖRIGE AUSFÜHRUNGSVERORDNUNG BEFINDET SICH NOCH IN AUSARBEITUNG. MIT DIESER TOTALREVISION DES BUNDESGESETZES ÜBER DIE MWST SOLLEN IN ERSTER LINIE DIE GESETZLICHEN BESTIMMUNGEN EINFACHER UND BENUTZERFREUNDLICHER AUSGESTALTET WERDEN. DIVERSE MASSNAHMEN ZIELEN DARAUF AB, DIE UNTERNEHMEN ADMINISTRATIV ZU ENTLASTEN UND DIE MIT DER ERHEBUNG DER STEUER VERBUNDENEN KOSTEN ZU SENKEN.**

**1. Steuerpflicht**

Grundsätzlich ist nach dem nMWSTG steuerpflichtig, wer unabhängig von Rechtsform, Zweck und Gewinnabsicht ein Unternehmen betreibt. Ein Unternehmen im Sinne des nMWSTG betreibt, wer eine auf die nachhaltige Erzielung von Einnahmen ausgerichtete berufliche oder gewerbliche Tätigkeit selbstständig ausübt und unter eigenem Namen nach Aussen auftritt (Art. 10 Abs. 1 nMWSTG). Unternehmen, deren Umsatz aus steuerbaren Leistungen weniger als

CHF 100'000.– beträgt, sind jedoch von der Steuerpflicht befreit (Art. 10 Abs. 2 lit. a nMWSTG). Neu wird die Steuerpflicht also nicht mehr dadurch begründet, dass die Umsätze eine gewisse Limite überschreiten (gemäss aktuellem MWSTG CHF 75'000.– bzw. CHF 250'000.– in Verbindung mit der Steuerzahllast von CHF 4000.–), sondern das Nichterreichen der einheitlichen Grösse von CHF 100'000.– führt dazu, dass der Erbringer der Umsätze von der Steuerpflicht befreit ist. Ausnahmen hiervon

bilden die Sport- und Kulturvereine sowie gemeinnützig Institutionen, für welche eine erhöhte Umsatzgrenze aus steuerbaren Leistungen von CHF 150'000.– gilt (Art. 10 Abs. 2 lit. c nMWSTG).

Die Bestimmungen betreffend Verzicht auf die Befreiung von der Mehrwertsteuerpflicht wurden ebenfalls angepasst. Jede Person, welche ein Unternehmen im Sinne des nMWSTG betreibt, hat das Recht auf die Befreiung von der Mehrwertsteuerpflicht zu verzichten



und sich freiwillig der Steuer zu unterstellen (Art. 11 Abs. 1 nMWSTG). Die freiwillige Steuerpflicht ist damit auch möglich, wenn noch keine Umsätze erzielt werden.

Wünscht ein steuerpflichtiges Unternehmen, welches per Ende dieses Jahres die massgebende Umsatzgrenze von CHF 100'000.– gemäss nMWSTG nicht erreicht, von der Mehrwertsteuerpflicht befreit zu werden, so muss es dies der Eidgenössischen Steuerverwaltung bis zum 31. Januar 2010 schriftlich mitteilen. Andernfalls wird angenommen, dass auf eine Befreiung von der Steuerpflicht verzichtet werde (Art. 14 Abs. 5 nMWSTG). Dasselbe gilt für nach geltendem Recht steuerpflichtige Sport- und Kulturvereine sowie gemeinnützige Institutionen, welche die Umsatzgrenze gemäss neuem Recht von CHF 150'000.– per Ende Jahr nicht erreichen.

## 2. Saldo- und Pauschalsteuersätze

Künftig kann eine steuerpflichtige Person, die jährlich nicht mehr als CHF 5 Mio. (aktuell: CHF 3 Mio.) Umsatz aus steuerbaren Leistungen erzielt und im gleichen Zeitraum nicht mehr als CHF 100'000.– (aktuell: CHF 60'000.–) zu bezahlen hat, nach der Saldosteuerersatzmethode abrechnen (Art. 37 Abs. 1 nMWSTG). Wird diese Abrechnungsmethode gewählt, muss sie neu mindestens ein Jahr (bisher: 5 Jahre) beibehalten werden (Art. 37 Abs. 4 nMWSTG).

Gemeinwesen und verwandte Einrichtungen, wie private Spitäler und Schulen können nach der Pauschalsteuermethode abrechnen (Art. 37 Abs. 5 nMWSTG). Die Details hierzu werden in der Ausführungsverordnung geregelt sein, welche sich wie erwähnt momentan noch in Ausarbeitung befindet.

Diejenigen steuerpflichtigen Per-

sonen, welche ihre Abrechnungsmethode per 1. Januar 2010 ändern wollen, haben bis Ende März 2010 ein entsprechendes Gesuch an die Eidgenössische Steuerverwaltung zu richten. Wer seine gegenwärtige Abrechnungsmethode beibehalten möchte, braucht hingegen nichts zu unternehmen.

## 3. Vorsteuerabzug

Ab dem 1. Januar 2010 sind grundsätzlich alle im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit anfallenden Vorsteuern abziehbar (Art. 28 Abs. 1 und 2 nMWSTG). Daher dürfen nach neuem Recht z.B. alle Steuerbeträge auf Ausgaben für Verpflegung und Getränke im Rahmen des Vorsteuerabzuges geltend gemacht werden. Das aktuelle Recht sieht in diesem Zusammenhang noch einen Ausschluss von 50% des Vorsteuerabzuges auf diesen Ausgaben vor.

Hat die steuerpflichtige Person im Rahmen ihrer zum Vorsteuerabzug berechtigenden unternehmerischen Tätigkeit einen gebrauchten, individualisierbaren Gegenstand (z.B. Gebrauchtwagen oder Antiquitäten) für die Lieferung an einen Abnehmer bezogen, so kann sie auf dem von ihr entrichteten Betrag neu einen fiktiven Vorsteuerabzug vornehmen. Dabei wird angenommen, dieser Betrag habe die Mehrwertsteuer zu dem im Zeitpunkt des Bezuges anwendbaren Steuersatz enthalten, auch wenn faktisch keine Steuer belastet wurde (Art. 28 Abs. 3 nMWSTG). Dieser fiktive Steuerabzug ersetzt das bisher geltende System der Margenbesteuerung (Art. 35 MWSTG).

## 4. Eigenverbrauch

Der Eigenverbrauch wird künftig nur noch in Form einer Korrektur des Vorsteuerabzuges berechnet. Er ist daher

nicht mehr Bestandteil des für die Berechnung der Steuer relevanten Umsatzes. Mit Inkrafttreten des neuen Mehrwertsteuergesetzes wird u.a. auch der baugewerbliche Eigenverbrauch abgeschafft (Art. 9 Abs. 2 MWSTG). Neu muss bei auf eigene Rechnung ausgeführten baugewerblichen Leistungen, die z.B. privaten Zwecken dienen, keine Mehrwertsteuer mehr in Form von Eigenverbrauch abgerechnet werden.

## 5. Konkursrechtliche Privilegierung

Die Einführung des neuen Mehrwertsteuergesetzes führt auch zu einer Anpassung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG): Neu gehören nämlich auch Mehrwertsteuerforderungen der zweiten Konkursklasse an.

Diese Neuerung wurde bereits von verschiedenen Autoren kritisiert. Es wird dabei vor allem geltend gemacht, dass in den Konkursfällen, in welchen Konkursvermögen für die Drittklassgläubiger vorhanden ist, dieses künftig durch Mehrwertsteuerforderungen abgeschöpft werden wird. Die Gläubiger der Dritten Klasse würden damit künftig (noch) häufiger leer ausgehen bzw. eine geringere Dividende erhalten.

## 6. Anhebung der Mehrwertsteuersätze

Am 27. September 2009 wurde die Vorlage über die Zusatzfinanzierung der IV durch das Volk angenommen. Die zeitlich befristete Anhebung der Mehrwertsteuersätze tritt aus konjunkturellen Gründen erst per 1. Januar 2011 in Kraft. Ab diesem Zeitpunkt wird u.a. der Normalsatz um 0,4 Prozentpunkte auf 8% erhöht. Das Ergebnis der Volksabstimmung hat keinen Einfluss auf die Einführung des nMWSTG per 1. Januar 2010. ■

# Das Bucheffektengesetz – Worum es geht

**DAS BUNDESGESETZ ÜBER BUCHEFFEKTE (BEG) TRITT AM 1. JANUAR 2010 IN KRAFT. DAMIT WIRD DER PROFESSIONELLE EFFEKTENHANDEL MIT MEDIATISierter WERTPAPIERVERWAHRUNG AUF EIN NEUES FUNDAMENT GESTELLT, NACHDEM IN DEN LETZTEN JAHRZEHNEN DIE ENTWICKLUNG IN DER PRAXIS ZU EINEM KLAREN REGULATIONSBEDARF GEFÜHRT HAT.**



von Peter Lutz

## 1. Regelungsbereich und Grundzüge des BEG

Das BEG regelt die Verwahrung von Wertpapieren und Wertrechten durch Verwahrungsstellen sowie die Übertragung von solchen Rechten (Art. 1 Abs. 1 BEG). Nicht erfasst ist die Heimverwahrung oder die Verwahrung durch den Emittenten, welcher selber nicht Verwahrungsstelle ist.

Gemäss Art. 965 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) ist ein Wertpapier eine Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne diese weder geltend gemacht noch übertragen werden kann. Da im professionellen Effektenhandel mit börsenkotierten Wertpapieren diese in der Regel nicht physisch, sondern durch Umbuchung in Konten und Depots übertragen werden, kommt dieser Übertragungsfunktion seit längerer Zeit kaum mehr Bedeutung zu. Effekten werden heute nur noch in seltenen Fällen direkt durch Anleger verwahrt. Meistens sind es Banken oder zentrale Verwahrungsstellen, welche diese Aufgabe übernehmen. Diese Verwahrungssysteme werden als mediatisierte Verwahrungssysteme bezeichnet.

Mit dem BEG wird ein neues Vermögensobjekt «sui generis», die Bucheffekte (nachfolgend «BE»), geschaffen, welches alle funktionellen Eigen-

schaften eines Wertpapiers beinhaltet.

Art. 6 BEG regelt die Entstehung von BE. Erforderlich ist die Hinterlegung von Wertpapieren zur Sammelverwahrung oder von Globalurkunden bei einer Verwahrungsstelle. Bei Wertrechten braucht es die Eintragung im Hauptregister einer Verwahrungsstelle. Zusätzlich ist die Gutschrift der hinterlegten Wertpapiere oder Globalurkunden resp. eingetragenen Wertrechte im Effektenkonto eines Kontoinhabers erforderlich. Die Gutschrift hat konstitutionelle Wirkung. Nur bei Abschluss beider Vorgänge wird das BEG anwendbar. Bei den Verwahrungsstellen handelt es sich um inländisch regulierte Institute sowie ausländische Finanzintermediäre, welche im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Effektenkonten führen. Der Kontoinhaber kann gemäss Art. 16 BEG von der Verwahrungsstelle jederzeit einen Ausweis über die dem betreffenden Effektenkonto gutgeschriebenen BE verlangen, wobei diesem Ausweis nicht die Eigenschaft eines Wertpapiers zukommt.

## 2. Übertragung und Bestellung von Sicherheiten

Übertragen wird eine BE durch eine (formfreie) Weisung des Kontoinhabers an seine Verwahrungsstelle, eine Übertragung vorzunehmen und eine entsprechende Gutschrift im Effektenkonto des

Erwerbers (Art. 24 Abs. 1 BEG). Dieser kommt konstitutive Wirkung zu. Gemäss Art. 24 Abs. 4 BEG sind Beschränkungen der Übertragbarkeit von BE gegenüber dem Erwerber oder Dritten mit Ausnahme von statutarischer Vinkulierung unwirksam.

Die Bestellung einer Sicherheit an BE richtet sich gemäss dem neuen Art. 901 Abs. 3 ZGB ausschliesslich nach dem BEG. Damit entfällt auch ein Rückgriff auf pfandrechtliche Prinzipien. Bei der Bestellung einer Sicherheit mit Übertragung der BE gelten die oben genannten Regeln für den Übergang des Eigentums. Die Bestellung von Sicherheiten ohne Übertragung ist in Art. 25 BEG geregelt. Sie entstehen, indem der Kontoinhaber und die Verwahrungsstelle unwiderruflich vereinbaren, dass die Weisungen des Sicherungsnehmers ohne Zustimmung des Kontoinhabers auszuführen sind. Die BE bleiben diesfalls auf dem Konto des Sicherungsgebers eingebucht. Die Sicherheit kann sich auf bestimmte Titel, auf alle dem Konto gutgeschriebenen BE oder auf wertmässig bestimmte Quoten beziehen. Zinsen, Dividenden und Stimmrechte verbleiben beim Sicherungsgeber. Bei Eintritt des Sicherungsfalls kann der Sicherungsnehmer ohne Zustimmung des Sicherungsgebers über die Buchwerte verfügen.

Ein Sicherungsrecht zugunsten der Verwahrungsstelle kann mittels Vereinbarung eingeräumt werden. Die Sicherungszession nach Art. 164 OR ist neben der im BEG vorgesehenen Übertragung nach wie vor möglich. Zu beachten ist, dass die Rechte von Personen, welche die BE nach den Regeln des BEG erworben haben, den Rechten des Zessionars im Range vorgehen, und zwar unabhängig davon, in welcher zeitlicher Reihenfolge die Verfügungen erfolgten.

### 3. Einzelfragen

#### 3.1 BE bei Zwangsliquidation der Verwahrungsstelle

Zu den wichtigsten Elementen des Rechtsschutzes im System der BE gehört die Gewährleistung der Eigentumsrechte der Kontoinhaber im Konkurs der Verwahrungsstelle. Wertpapiere und Wertrechte, die sie über eine Verwahrungsstelle halten, dürfen in deren Konkurs nicht in die Konkursmasse fallen. Die Regelung im BEG (Art. 17 f. BEG) entspricht in grossen Teilen derjenigen des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG). Wesentlich ist, dass bei einem Zwangsliquidationsverfahren zum Zwecke der Generalexekution über eine Verwahrungsstelle der Liquidator im Umfang der Effekto Guthaben der Kontoinhaber die BE von Amtes wegen abzusondern hat.

#### 3.2 Arrest und Pfändung von BE

Art. 14 BEG legt betreffend Pfändung und Arrest fest, dass bei einer solchen bzw. bei einer anderen vorsorglichen Massnahme, welche BE des Kontoinhabers zum Gegenstand haben, diese ausschliesslich bei der Verwahrungsstelle zu vollziehen ist, die das Effektenkonto der KontoinhaberIn oder des Kontoinhabers führt. Pfändungen, Arreste und andere vorsorgliche Massnahmen gegen einen Kontoinhaber, die bei einer Drittverwahrungsstelle vollzogen werden, sind nichtig. Die Bestimmung ist gemäss Botschaft zum BEG (BBl 2006 9315 ff., S. 9358) «als Präzisierung von Artikel 89 SchKG zu verstehen. Die örtliche Zuständigkeit für die Anordnung eines Arrests bleibt davon unberührt. Auch vorsorgliche Massnahmen nach kantonalem oder eidgenössischem Zivilprozessrecht sind aus-

schliesslich bei dieser Verwahrungsstelle zu vollziehen».

#### 3.3 Weiterverpfändung/Securities Lending

Beim Securities Lending leiht der Darlehensgeber dem Borger gegen Bezahlung einer sogenannten Lending Fee Wertpapiere aus seinem Depotbestand aus. Der Borger ist zudem zur Rückgabe von Effekten gleicher Art und gleicher Güte verpflichtet (Art. 312 ff. OR). Ein Kontoinhaber kann auch bei BE der Verwahrungsstelle das Recht einräumen, über seine BE im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verfügen. Handelt es sich beim Kontoinhaber dabei nicht um einen qualifizierten Anleger i.S. des BEG, so ist die Ermächtigung hierfür schriftlich in einer separaten Vereinbarung zu erteilen und darf nicht in den AGB enthalten sein (Art. 22 Abs. 2 BEG).

Die BE sind in das Effektenkonto des Borgers einzubuchen. Dieser erwirbt in der Regel auch die an die BE gebundenen Mitwirkungsrechte. Gemäss BEG kommt dem Buchungsvorgang, genauer der Gutschrift der BE im Effektenkonto des Borgers, konstitutive Wirkung für die Übertragung der BE zu.

#### 3.4 Handlungsbedarf betreffend Sicherheiten

Die bestehenden Vertragsgrundlagen sind auf ihre Übereinstimmung mit den neuen Regeln zu überprüfen. Das BEG enthält über den Inhalt der Sicherungsabrede und über die unwiderrufliche Vereinbarung zwischen Kontoinhaber und Verwahrungsstelle keine Angaben. Deshalb ist eine genaue Analyse der bisherigen Pfandverträge und Sicherungsübereignungen sowie -zessionen erforderlich. Dabei müssen vor allem die Rechte und Pflichten der Bank als Siche-

*Fortsetzung von Seite 11*

rungsnehmerin oder blosser Verwahrer bei Drittpfändern geprüft, die in Art. 31 BEG erwähnte Verwertung von Sicherheiten näher umschrieben und die Rückerstattung von Sicherheiten neu geregelt werden.

### 3.5 Handlungsbedarf betreffend Wertrechtbuch

Der Emittent von Wertrechten hat gemäss Art. 973c OR über die von ihm ausgegebenen Wertrechte ein Wertrechtbuch, analog zum Aktienbuch, aufzusetzen. Es enthält Anzahl und Stückelung der Wertrechte sowie die Gläubiger.

### 3.6 Handlungsbedarf betreffend Statuten und Ausgabebedingungen

Kontoinhaber können gemäss Art. 7 Abs. 2 BEG vom Emittenten jederzeit verlangen, für BE, die durch Hinterlegung einer Globalurkunde oder durch Eintra-

gung von Wertrechten in ein Hauptregister entstehen, Wertpapiere auszustellen, sofern die Ausgabebedingungen oder die Statuten dies vorsehen. Anleihebedingungen und Statuten sollten zur Vermeidung einer entsprechenden Lieferverpflichtung des Emittenten bereinigt werden.

### 4. Schlussbemerkung

Mit dem BEG wird die seit den letzten Jahren weit fortgeschrittene Entwicklung in der Praxis der Effektaufbewahrung und -übertragung sowie deren Hingabe als Sicherheit auf gesetzgeberischer Ebene nachvollzogen und geregelt. Obwohl verschiedene Aspekte wohl noch der Klärung in der Praxis bedürfen, ist eine sehr brauchbare Grundlage entstanden. Der Botschaft zum BEG kann eine ausführliche Darstellung der Grundlagen und eine detaillierte Kommentierung der einzelnen Bestimmungen entnommen werden. ■

Dr. Peter Lutz LL.M.

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan H. Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur. Rolf Kuhn LL.M.

Lic.iur. Irène Biber

Lic.iur. Roger Meier

Lic.iur.

Christopher Tillman LL.M.

Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

PD Dr. Sabine Kilgus LL.M.

Konsulentin

Dr. Christian Christen LL.M.

Lic.iur. Ivo Meyer LL.M.

Lic.iur. Giuseppe Mongiovi

Lic. iur. Martin Rust, LL.M.

Lic. iur. Irene Derungs

## Humor

A lawyer named Strange died, and his friend asked the tombstone maker to inscribe on his tombstone, «Here lies Strange, an honest man, and a lawyer.» The stonecutter insisted that such an inscription would be confusing, for passersby would tend to think that

three men were buried under the stone. However he suggested an alternative: He would inscribe, «Here lies a man who was both honest and a lawyer.» That way, whenever anyone walked by the tombstone and read it, they would be certain to remark: «That's Strange!»

Forchstrasse 2

Postfach 1467

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@lawyerlutz.ch

Eingetragen  
im AnwaltsregisterZertifiziert nach  
EN ISO 9001 : 2000