

*Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
Universität St. Gallen: St. Galler Bankrechtstag
SIX ConventionPoint Zürich, 24. Juni 2011*

u^b

**b
UNIVERSITÄT
BERN**

Wertpapierleihe sowie Stimmrechtsvertretung: Grenzerfahrungen zwischen Vertragsrecht und Gesellschaftsrecht

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Universität Bern
Geschäftsführender Direktor Institut für Wirtschaftsrecht

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Übersicht

I. Allgemeiner Teil

- A. Vorbemerkungen
- B. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)
- C. Mobilisierungen im „Dreieck“

II. Besonderer Teil

- A. Field Research
- B. Schutzbedürfnisse und Schutzmechanismen
- C. Sonderthemen
- D. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

- **Dichotomie der Rechtsgebiete**
Privatrecht + öffentliches Recht

- **Wirtschaftsrecht**
autonomes Rechtsgebiet – „Krone“ bzw. „Klammer“

- **Bankenrecht**
Privatrecht + öffentliches Recht

- **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**
Privatrecht (i.c. mit regulatorischen und selbstregulatorischen Aspekten)

Allgemeine Geschäftsbedingungen

a) Einführung

➤ **Grundverständnis**

AGB als „Kleingeschriebenes“ + Standardisierung + „Massengebrauch“ + „take it or leave it“...

➤ **Rechtsnatur**

Vertragsbestandteil, d.h. *Vertragsgrundsätze* anwendbar

➤ **Kontrollen durch Gerichtspraxis** (z.B. BGE 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008)

Geltungskontrolle + *Auslegungskontrolle* + (verdeckte) *Inhaltskontrolle*

➤ **Referat**

(1) AGB in *welchen Verträgen* von Banken? (2) AGB in Bankverträgen mit *welchen Inhalten* bzw. sind SLB/Stimmrechtsvertretungen als AGB-Inhalte zulässig?

Allgemeine Geschäftsbedingungen

b) Verbreitung

➤ **Unterscheidung**

„Gross v. Klein“ (sc. Konsumentenbereich) v. „Business to Business“

➤ **Fokus im Referat**

Konsumentenebene, d.h. Beziehung von Bank zu Bankkunde

➤ **Wirtschaftsrealität**

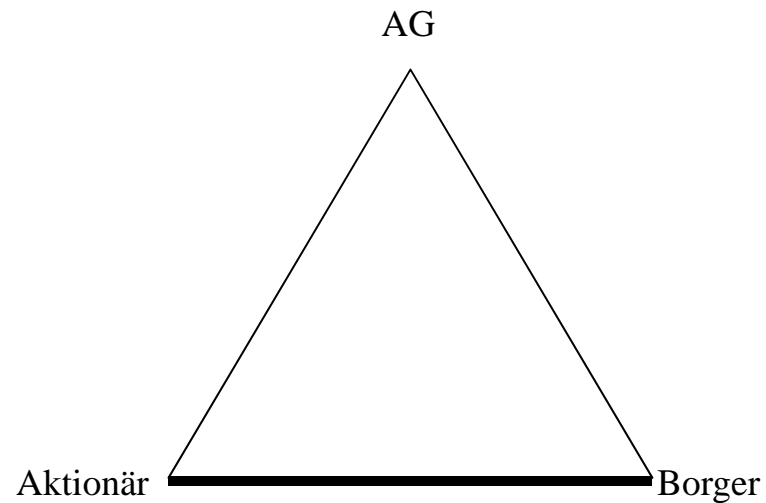
z.B. *Bankverträge*, *Versicherungsverträge* – zudem *Mietverträge* und *Internet-Downloads*

➤ **typische AGB-Inhalte in Bankverträgen**

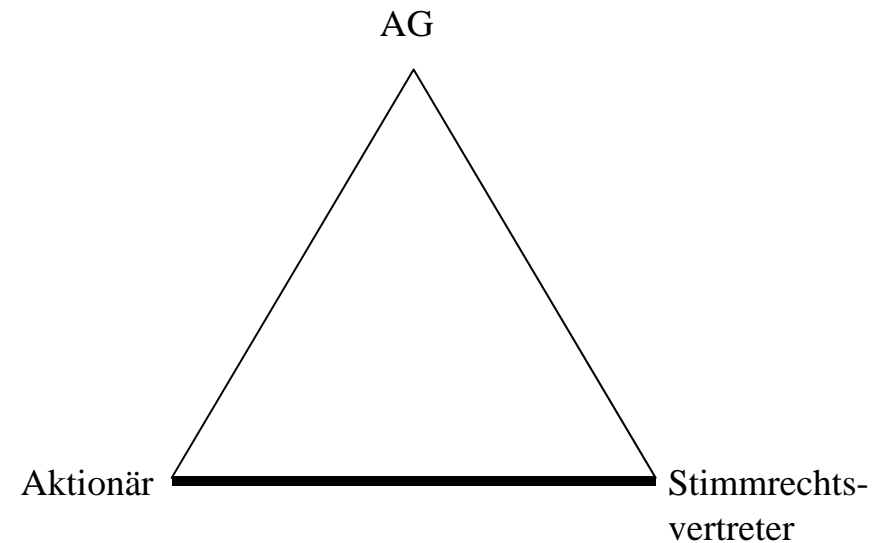
Erfüllungsort, Betreibungsort, anwendbares Recht, Gerichtsstand, *Mitteilung der Bank*, Pfandrecht, Verrechnungsrecht, *Bankkundengeheimnis* etc. – und: SLB sowie Stimmrechtsvertretung?

Mobilisierungen im „Dreieck“

„Leihe“ bzw. SLB



Stimmrechtsvertretung



Wertpapierleihe (SLB)

a) Übersicht

- **Basis: Darlehensvertrag, d.h. keine „Leihe“**
OR und teils öffentlichrechtliche Regeln beachtlich
- **Parteien**
Darleiher/Darlehensgeber (z.B. Aktionär) + Borger/Darlehensnehmer (z.B. Bank); es handelt sich i.c. um das sog. „*Principal*“-Modell (anders das sog. „Agent“-Modell mit Vierten etc.)
- **Inhalt**
BBl 2008 1614: „Bei der Effektenleihe veräussert eine Person ihre Aktien an einen Dritten, wobei vereinbart wird, dass sie nach Ablauf einer bestimmten Zeit Aktien der gleichen Gesellschaft in gleicher Anzahl zurückerhält.“
- **mögliches Motiv**
u.a. *Mobilisierung* von Stimmrechten (etwa zur *Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen u.ä.*)

Wertpapierleihe (SLB)

b) Aktienrechtsrevision

➤ **SLB etc. bei Übernahmestreitigkeiten**

Missbräuche sowohl bei „Angreifern“ als auch bei „Verteidigern“...

➤ **Vinkulierung:** BBl 2008 1665

Art. 685d Abs. 2 E-OR: „Die Gesellschaft kann einen Erwerber zudem *ablehnen*, wenn dieser auf ihr Verlangen *nicht ausdrücklich erklärt*, dass (...) keine Vereinbarung über die Rücknahme oder die Rückgabe [der erworbenen kotierten vinkulierten] Aktien besteht“; fakultative Ausgestaltung

➤ **Mobilisierung sog. eigener Aktien:** BBl 2008 1665

Art. 659a Abs. 2 E-OR: „Das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte ruhen auch dann, wenn die Gesellschaft *eigene Aktien überträgt* und die *Rücknahme* oder die *Rückgabe* entsprechender Aktien vereinbart wird“; zwingende Ausgestaltung

Stimmrechtsvertretungen

a) Übersicht

- **gewillkürte bzw. bürgerliche Stellvertretung**
Auftragsverhältnis als Basis + Art. 32 ff. OR; *AGB zum Mandat?*
- **Organvertretung**
Art. 689c OR: Vertretung der Gesellschaft durch eine „eigene Person“, z.B. VR-Mitglied – Einzelauftrag von Aktionär an Auftragnehmer/Organvertreter
- **unabhängige Stimmrechtsvertretung**
Art. 689c OR: Folge der Organvertretung, d.h. kein unabhängiger Stimmrechtsvertreter ohne Organvertreter – Einzelauftrag von Aktionär an Auftragnehmer/unabhängiger Stimmrechtsvertreter (keine Voten, sondern bloss Abstimmungen/Wahlen)
- **Depotvertretung**
Art. 689d OR: Bank vertritt hinterlegte Aktien – Weisungseinholungspflicht; *AGB möglich?*

Stimmrechtsvertretungen

b) Aktienrechtsrevision

➤ **Vertretungsrecht umfassend revidiert**

z.B. elektronische Vollmacht („Elektronisierung der GV“)

➤ **Revision der institutionellen Stimmrechtsvertretung**

Organvertretung wird abgeschafft (i.c. irrelevant) + *Depotvertretung* wird abgeschafft (i.c. relevant)

➤ **AGB-Relevanz**

AGB *nicht ausdrücklich thematisiert* – AGB wären heute zwar möglich bei der unabhängigen Stimmrechtsvertretung (kommt in der Praxis nicht vor), werden künftig aber mittelbar in Frage gestellt; sowie bei der *bürgerlichen Stellvertretung* (aber: Reflexwirkung der abgeschafften Depotvertretung)

Field Research

➤ **Banken generell**

AGB weit verbreitet (sozusagen „generelle“ AGB, des Weiteren aber in speziellen Bankverträgen) – jeweils unterschiedliche Inhalte

➤ **SLB**

Geschäftsbereich v.a. der Grossbanken und grosser Privatbanken; separate SLB-Verträge, d.h. nicht (mehr!) in AGB – teils unterschieden nach Kundenstruktur

➤ **Stimmrechtsvertretungen**

z.B. wird Depotvertretung nicht (mehr) angestrebt aus ökonomischen Gründen; gewillkürte Stellvertretungen durch Banken wurden nicht erfragt

➤ **AGB re SLB/Stimmrechtsvertretungen**

Uneinheitlichkeit der Banken-AGB – *Hoffnung auf Diskussion* nach Referat..!

Schutz-Themen

➤ **Schutzbedürfnisse**

Risikoakkumulation für Bankkunde (AGB + SLB/Stimmrechtsvertretung)

➤ **Schutzmechanismen**

Rechtssetzung (inkl. Selbstregulierung) + *Rechtsanwendung*

➤ **Rechtssetzung**

Fehlen eines CH AGB-Gesetzes; Art. 8 rev.UWG – zahlreiche Einzelnormen; eine legislative Intervention scheint i.c. überflüssig

➤ **Rechtsanwendung**

AGB-Praxis scheint ausreichend – v.a. mit der sog. *Ungewöhnlichkeitsregel*:
Unerfahrenheit + wirtschaftliche Schwäche + subjektive Ungewöhnlichkeit
(„Überraschungseffekt“) + objektive Ungewöhnlichkeit (geschäftsfremder Inhalt)

Regulierung – was geplant war...

➤ **Botschaft zum BEHG**

BB1 1993 I 1405 sowie 1449 (bundesrätlicher Entwurf zum BEHG)

➤ **AGB + Aufsichtsbehörde**

Verhaltenspflichten (Information etc.) sollten in AGB geregelt werden, die von der Aufsichtsbehörde (also: EBK bzw. FINMA) hätten genehmigt werden sollen

➤ **Entwurfstext**

Art. 11 Abs. 2/Abs. 3 E-BEHG: „[1] Der Effektenhändler regelt die *Einzelheiten* in seinen *allgemeinen Geschäftsbedingungen*. [2] Die allgemeinen Geschäftsbedingungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Die *Aufsichtsbehörde genehmigt* die allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie mit den in Absatz 1 genannten Pflichten vereinbar sind“

➤ **ersatzlose Streichung im Parlament...**

Ständerat strich die Genehmigungspflicht + *Nationalrat* strich generell die AGB

Regulierung

a) Umschreibungen bzw. Rechtsfolgen

➤ **SLB ist meldepflichtig gemäss Börsenrecht**

Art. 14 BEHV-FINMA: „[1] Leihgeschäfte und vergleichbare Geschäfte (...) sind zu *melden*. [2] *Meldepflichtig* ist nur die Vertragspartei, welche im Rahmen solcher Geschäfte die Effekten vorübergehend übernimmt, so a. bei Leihgeschäften: der *Borger* (...).“

➤ **SLB als Anlagetechnik gemäss Kollektivanlagenrecht**

z.B. Art. 55 Abs. 1 lit. a KAG: Zulässigkeit bei Effektenfonds; Art. 76 Abs. 3 KKV hält fest: „Die Effektenleihe und das Pensionsgeschäft sind in einem *standartisierten Rahmenvertrag* zu regeln“; weitere Details zu SLB finden sich in Art. 1 ff. KKV-FINMA

➤ **SLB mit Folgen für die Kapitalisierung gemäss Eigenmittelverordnung**

z.B. Art. 39 Abs. 1 ERV, Art. 63 Abs. 3 ERV sowie Art. 104 ff. ERV („Schweizer Ansatz“)

➤ **SLB und künftige Rechtsfolgen im Aktienrecht**

Zukunft: Streichung im Aktienbuch bei Eintragung mit fehlender Offenlegung des SLB + (neu) *Anfechtbarkeit von GV-Beschlüssen* bei Mobilisierung *eigener Aktien* durch SLB

Regulierung

b) Ordnungen spezifisch zu AGB (I/II)

➤ **Konsumenten-Ebene**

keine Regelungen

➤ **institutionelle Ebene**

singuläre Regelung im sog. *Bucheffektengesetz* (BEG)

➤ **Nutzungsrecht der sog. Verwahrungsstelle**

Art. 22 BEG: „[1] Die (...) *Kontoinhaber* können der *Verwahrungsstelle* das Recht einräumen, über ihre Bucheffekten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verfügen, namentlich die Bucheffekten als Sicherheit weiter zu verwenden. [2] Ist (...) der Kontoinhaber (...) kein qualifizierter Anleger, so ist die Ermächtigung *schriftlich* zu erteilen. Die Ermächtigung darf *nicht* in den *allgemeinen Geschäftsbedingungen* enthalten sein.“

Regulierung

b) Ordnungen spezifisch zu AGB (II/II)

➤ **FINMA-Regulierung**

Rundschreiben 2010/2 („Repo/SLB“) – wie steht es um dessen Rechtsverbindlichkeit?

➤ **Anwendungsbereich**

Banken und *Effekthändler* (Rz. 3) – wie steht es um *UVV* etc.?

➤ **Informationspflichten gemäss RS 2010/2**

Rz. 4: „Banken und Effekthändler, die aus Kundenbeständen Wertschriften als Gegenpartei borgen oder als Agent solche Geschäfte vermitteln, haben die Kunden (Darleiher) über die mit den einzelnen Geschäften verbundenen Risiken vorgängig und in verständlicher Weise aufzuklären. Die Kenntnisnahme ist separat oder im SLB-Vertrag (Rz 12) zu dokumentieren.“

Rz. 12: „Der Kunde hat der Teilnahme am SLB vorgängig in einem *von den allgemeinen Geschäftsbedingungen gesonderten Vertrag ausdrücklich* zuzustimmen. Eine Kombination mit anderen Verträgen ist möglich.“

Selbstregulierung

- **Bedeutung der Selbstregulierung**
sog. echte (bzw. autonome) Selbstregulierung v. sog. unechte Selbstregulierung
- **Selbstregulatoren**
v.a. *Schweizerische Bankiervereinigung* („Swiss Banking“)
- **Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge 2010**
Ziff. 8: SLB prinzipiell zulässig im Rahmen einer VV – hat *keine selbständige rechtliche Bedeutung* nebst FINMA RS 2010/10 + Art. 11 BEHG
- **AGB**
erstaunlicherweise *kein selbstreguliertes* Thema bei SBVg – *wieso eigentlich nicht?*

Sonderfragen

a) SLB in AGB?

➤ **Banken**

unzulässig wegen FINMA RS 2010/2, und zwar in *allen* Bankverträgen – Rückblick auf den Fall „Credit Suisse“ im Jahre 2002: Jahresbericht EBK 2002, S. 47 f. (2.5.3.2)

➤ **gesetzgeberischer Wille**

BB1 2008 1614 f. (betreffend Depotverträge) hält fest, dass die *Praxis der EBK* (nunmehr: FINMA) sowie *Art. 22 BEG* (damals noch als Entwurf) mit den Intentionen des Bundesrats *übereinstimmen*, so dass eine separate AGB-Regelung „daher nicht notwendig“ erscheint (a.a.O. 1615)

➤ **UVV**

FINMA hat zwar prinzipiell keine Aufsichtskompetenz betreffend UVV, aber SLB wäre in AGB UVV trotzdem wohl unzulässig: FINMA RS 2010/2 sowie Art. 22 BEG würde wohl in Praxis als *Standard der „Ungewöhnlichkeit“ von AGB* beurteilt...

Sonderfragen

b) Stimmrechtsvertretungen in AGB? (I/II)

➤ **Organvertretung**

kein Thema heute – in Zukunft ohnehin obsolet wegen Abschaffung

➤ **unabhängige Stimmrechtsvertretung**

kein Thema heute – sollten Banken in diesen Bereich expandieren zu wollen, müsste *künftig* aber Art. 689c Abs. 2 E-OR beachtet werden (sc. Weisungen einholen + keine Dauervollmachten), was eher gegen die Zulässigkeit von AGB spricht...

➤ **Depotvertretung**

Art. 689d Abs. 1 OR: Pflicht der Bank, um (individuelle) Weisungen beim Hinterleger nachzufragen – AGB können diese Bankenpflicht nicht ersetzen, d.h. *trotz AGB muss nachgefragt* werden

Beispiel einer AGB-Regelung in einem Vermögensverwaltungsvertrag (inkl. SLB): „Die Bank ist (...) berechtigt, aber nicht verpflichtet, die sich aus den Anlageprodukten ergebenden Rechte und Ansprüche geltend zu machen oder auszuüben, ohne den Kunden hierüber zu informieren. (...)“

Stimm- und Wahlrechte werden (...) nur im Zusammenhang mit Produkten, welche ausschliesslich für Vermögensverwaltungskunden geschaffen wurden, ausgeübt (*d. h. für kotierte Beteiligungspapiere werden keine Stimm- und Wahlrechte ausgeübt*).“

Sonderfragen

b) Stimmrechtsvertretungen in AGB? (II/II)

➤ **bürgerliche Stellvertretung**

Art. 32 ff. OR; mögliche Basis ist *jeder Bankvertrag*

➤ **Umgehungsmöglichkeiten**

Banken könnten versucht sein, die Abschaffung der Depotvertretung zu „umgehen“, indem sie einfach eine gewillkürte Stellvertretung ausüben...

➤ **Botschaft des Bundesrats**

BB1 2008 1668: „Es wird ferner darauf hingewiesen, dass das Verbot der Organ- und Depotvertretung *nicht* auf dem Weg einer *gewillkürten Stellvertretung umgangen* werden darf. So würde beispielsweise die Vertretung von Depotkundinnen und –kunden durch Banken gestützt auf eine *Dauervollmacht ohne konkrete Weisung* gegen Abs. 2 [von Art. 689c E-OR] verstossen“ – insofern erscheint hier die Einsatzmöglichkeit von *AGB erheblich eingeschränkt*...

Schlussbemerkungen

1. *Risikoakkumulation*

AGB sowie SLB/Stimmrechtsvertretungen sind potentiell gefährlich; zumindest auf Konsumenten-Ebene bestehen *Schutzbedürfnisse* – insbesondere bei *Kombination* dieser Vertragselemente.

2. *Lauf der Zeit*

Streitthemen (wie etwa die Depotvertretung) werden *mit der Zeit obsolet* – z.B. weil die Tätigkeit ökonomisch nicht mehr attraktiv ist, oder weil der Gesetzgeber interveniert.

3. *Rechtssetzung u.ä.*

AGB werden nicht generell im Finanzmarktrecht behandelt, sondern nur in Ausnahmefällen (Versicherungsrecht, Bucheffektenrecht etc.); es besteht indes *kein Regelungsbedarf* – es dürfte allerdings Sinn machen, dass die *SBVg selbstregulierend* tätig wird.

4. *Rechtsanwendung*

Die vereinzelt obigen Regulierungen dürften auf eine *Verallgemeinerungsfähigkeit* (z.B. UVV u.ä.) hinweisen, die von der Rechtsprechung aufgenommen werden sollte.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch