

Aufsichtsrechtliche Standards für die Wertschriftenleihe

VIELE BANKKUNDEN WISSEN NICHT, WAS MIT IHREN KUNDENDEPOTS, DIE SIE BEI EINER BANK UNTERHALTEN, GESCHEHEN KANN. DER KONKURS VON LEHMAN BROTHERS HAT DRASTISCH VOR AUGEN GEFÜHRT, DASS EIN GESCHÄFT, DAS UNSPEKTAKULÄR DAHERKOMMT UND EINE VERMEINTLICH SICHERE RENDITE ABWIRFT, LETZTLICH DIE GEFAHR EINES TOTALVERLUSTES IN SICH BERGEN KANN. DIE REDE IST VOM SOGENANTEN SECURITIES LENDING AND BORROWING, KURZ SECURITIES LENDING.



von Sabine Kilgus

1. Worum geht es beim Securities Lending eigentlich?

Beim Securities Lending leiht der Darlehensgeber (Lender) dem Darlehensnehmer oder Borger (Borrower) gegen Bezahlung einer sogenannten Lending Fee oder Kommission Wertschriften aus sei-

bei Vertragsablauf oder jederzeit (Art. 404 OR) das Darlehen zu kündigen. Da er seines Eigentums an den Titeln verlustig ging, hat er nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung der Titel oder auf Wertersatz. Der Darlehensgeber trägt somit nicht nur das Marktrisiko der Titel, sondern auch das Ausfallrisiko des Borgers. Im Konkurs des Borgers hat der Darlehensgeber nur eine ungesicherte Forderung, die weder privilegiert noch von der Einlagensicherung gedeckt ist. Bezüglich der ausgeliehenen Bucheffekten hat der Darlehensgeber einerseits einen gesetzlichen Anspruch auf Rückerstattung der Sicherheiten (Art. 23 BEG) und zudem gemäss Art. 17 und 18 BEG i.V.m. Art. 37d BankG ein Absonderungsrecht gegenüber der Verwahrungsstelle. Damit dürfte der Darlehensgeber in vielen Fällen geschützt sein, gilt doch das Absonderungsrecht für alle Stufen der Verwahrungsstellen, insbesondere auch gegenüber Drittverwahrern wie bspw. die SIS SegalnterSettle, nicht nur gegenüber Banken.

Diese Grundform des Securities Lending kann nun in zwei verschiedenen

die erhaltenen Wertschriften frei verfügen zu können, denn er wird Eigentümer der Wertschriften. Ebenso kommen allfällige Zins- und/oder Dividendenzahlungen, aber auch allfällige Stimmrechte, die an den Wertschriften haften, dem Borger zu, es sei denn, es sei explizit etwas Anderes vereinbart worden. Das Bucheffektengesetz sieht sogar explizit vor, dass der Borger die geborgten Wertschriften als Sicherheit weiter verwenden darf (Art. 22 Abs. 1 BEG). Der Darlehensgeber hat je nach Vertrag das Recht,

Inhalt

Seite

Aufsichtsrechtliche Standards für die Wertschriftenleihe 1

Chancen und Risiken der Auffanggesellschaft: Sanierungsinstrument in Krisenzeiten 4

Immobilien leasen statt Hypotheken-Finanzierung 8

Das Kind im Konkubinat 10

Fortsetzung Seite 2

Fortsetzung von Seite 1

Formen erfolgen, gedeckt, d.h. gegen Sicherheiten, oder ungedeckt, d.h. blanko (sog. covered or naked). Beim gedeckten Securities Lending muss der Darlehensnehmer seinerseits Sicherheiten stellen, zumeist cash oder andere Wertschriften. Im Konkursfall kann der Darlehensgeber diese in der Regel verwerten, so dass sich sein Ausfallrisiko entscheidend reduziert.

2. Rolle der Banken

Banken und Effektenhändler sind in verschiedenen Rollen im Securities Lending-Geschäft engagiert. Sie können entweder auf eigene Rechnung als Darlehensgeber oder Borger auftreten, z.B. im Interbankenmarkt, oder aber, sie können sich Wertschriften ihrer Kunden ausleihen, die sie dann ihrerseits zur Erfüllung von Lieferverträgen, anderen Securities Lending-Geschäften oder zum Abschluss von sogenannten Repo-Geschäften (Verkauf an die Nationalbank gegen Erhalt von Liquidität mit gleichzeitigem Rückkaufsrecht) mit der Schweizerischen Nationalbank einsetzen.

Bei Securities Lending-Geschäften mit Bankkunden treten die Banken und Effektenhändler entweder selber als Vertragspartei in Erscheinung (Principal), typischerweise als Borger der Depotbestände ihrer Kunden oder aber sie agieren als Makler (Agents) und vermitteln die Ausleihe anderen Banken und/oder anderen Kunden gegen eine Kommission. Bei dieser Variante des Geschäfts weiss der Kunde unter Umständen nicht einmal genau, wer seine Gegenpartei ist.

Es ist offensichtlich, dass bei allen Vorteilen, die die Mobilisierung von

Kundendepots durch Securities Lending-Geschäfte ermöglicht, auch erhebliche Risiken damit verbunden sein können. Wegen dieser Risiken sehen das Bucheffektengesetz einerseits und ein am 30. Juni 2010 in Kraft tretendes Rundschreiben der FINMA über Grundsätze bei Pensions- und Darlehensgeschäften mit Wertschriften (Repo/SLB)² andererseits verschiedene Schutzklauseln für sogenannte nicht-qualifizierte Anleger vor, die von den Banken zu beachten sind.

3. Grundsätze für das Securities Lending-Geschäft gemäss BEG und FINMA-Rundschreiben

Das Bucheffektengesetz verlangt in Art. 22 Abs. 2 BEG, dass die Securities Lending-Vereinbarung mit nicht-qualifizierten Anlegern in Schriftform abgeschlossen werden müsse und dass hierfür eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht genüge. Das Gesetz erläutert indessen nicht näher, was unter «nicht-qualifizierten Anlegern» zu verstehen ist.

Das FINMA-RS 10/2 regelt einerseits die in diesem Kontext nicht weiter interessierende liquiditätsmässige Behandlung von Securities Lending und Repurchase (REPO)-Geschäften in der Rechnungslegung von Banken und Effektenhändlern. Andererseits legt die FINMA aufsichtsrechtliche Standards fest, die inskünftig bei Securities Lending-Geschäften mit Privaten eingehalten werden müssen. Sie stützt sich dabei auf Art. 11 des Börsengesetzes (BEHG), welcher dem Effektenhändler bzw. der Bank die Pflicht auferlegt, bei Geschäften mit Effekten – wozu auch Bucheffekten gehören – den Kunden über die inhärenten Risiken zu informieren, die Geschäfte sorgfältig und im besten Inter-

esse des Kunden auszuführen und allfällige Interessenkonflikte nicht zu Lasten des Kunden auswirken zu lassen.

Als Erstes verlangt das Rundschreiben über das BEG hinaus, dass Privatpersonen nur gedeckte Securities Lending-Geschäfte eingehen können. Das Gleiche gilt ohnehin für Versicherungsgesellschaften und Pensionskassen aufgrund der restriktiven Anlagepolitik, die sie zu verfolgen haben. Indessen basiert auch das FINMA RS 10/2 auf einer unterschiedlichen Behandlung von qualifizierten und nicht qualifizierten Anlegern und definiert im Unterschied zum BEG gleich selber, wann qualifizierte Anleger gegeben sind:

Neben den professionellen Händlern von Banken, Effektenhändlern oder Versicherungen sind gemäss Art. 10 Abs. 3 des Kollektivanlagegesetzes (KAG) auch Privatpersonen qualifizierte Anleger, sofern sie gewisse Kriterien erfüllen, nämlich:

- vermögende Privatkunden, d.h. solche, die ein Vermögen von mehr als CHF 2 Mio. aufweisen;
- Privatkunden, die ihr Vermögen durch einen Vermögensverwaltungsvertrag verwalten lassen.

Diese Anleger müssen ausdrücklich darauf achten, dass sie keine ungedeckten Securities Lending- und Borrowing-Geschäfte eingehen, wenn sie das nicht wollen. Das gilt ganz besonders beim Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrages mit der Bank oder mit einem unabhängigen Vermögensverwalter.

Ungeachtet dieser Schutzbestimmung für (kleine) Privatanleger auferlegt das Rundschreiben den Banken und Effektenhändlern verschiedene vertragsrechtlich relevante Pflichten, die bei allen Securities Lending-Geschäften

einzuhalten sind. Dazu gehört, dass ein Securities Lending-Geschäft in einem von den allgemeinen Bankverträgen separaten, schriftlich vereinbarten Vertrag abgeschlossen werden muss, der die Entschädigung der Bank (Lending Fee), die Rechte und Pflichten der Parteien und insbesondere die Abwicklung und Bezahlung (Ausgleichszahlungen) regelt und über die Risiken – Übergang des Eigentums, fehlende Einlagensicherung, fehlendes Absonderungsrecht soweit nicht das Bucheffektengesetz greift – adäquat informiert. Die Bank bzw. der Effektenhändler hat auch darüber zu informieren, ob sie als Principal oder lediglich als Agent handelt. Auch aufsichtsrechtlich genügt es nicht, dass sich die Banken in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorab und generell das Recht einräumen lassen, solche Geschäfte zu tätigen. Entsprechende Klauseln in den AGB einer Bank hatte die ehemalige EBK bereits im Jahre 2002 für ungültig erklärt. Im Gegenteil, der Kunde soll explizit wissen, dass er ein solches Geschäft abschliesst. Ferner wird

den Banken und Effektenhändlern die normale auftragsrechtliche Pflicht auferlegt, jederzeit über die ausgeliehenen Wertschriften Rechenschaft ablegen zu können (Art. 400 Abs. 1 OR), die Leihe im Depotauszug zu kennzeichnen, periodisch abzurechnen und gegebenenfalls Registereinträge für Wertschriften, bspw. im Aktienregister bei Namenaktien, sauber nachzuführen. Sodann muss dem Kunden das Recht eingeräumt werden, selektiv einzelne Wertschriften von der Leihe auszunehmen. Durch diese Transparenzanforderungen soll der Kunde in der Lage sein, einmal abgeschlossene Securities Lending-Geschäfte auch adäquat überwachen und gegebenenfalls modifizieren oder kündigen zu können.

Fazit

Diese im Bucheffektengesetz rudimentär und im Rundschreiben explizit gestützt auf Art. 11 BEHG formulierten Grundsätze verdeutlichen die ohnehin bestehenden vertraglichen Rechte und Pflichten der Bankkunden, die mit einer

Bank oder einem Effektenhändler ein Securities Lending-Geschäft eingehen wollen, ohne solche Geschäfte zu unterbinden.

Mit der zwingend vorgeschriebenen Schriftlichkeit des Vertrages und den von den Banken wahrzunehmenden Aufklärungspflichten kann dem Schutzbedürfnis gerade auch einer weniger geschäftserfahrenen Privatperson Rechnung getragen werden. Private haben insbesondere wachsam zu sein, ob sie aufgrund ihrer Vermögenssituation (mehr als CHF 2 Mio. Anlagen) oder wegen einer externen Vermögensverwaltung plötzlich als qualifizierte Anleger betrachtet werden und nicht mehr automatisch vor ungedecktem Securities Lending geschützt sind. ■

¹ Zum Bucheffektengesetz allgemein siehe den Artikel von Dr. Peter Lutz, in: Newsletter 2009/3 (verfügbar unter: <http://www.lawyerlutz.ch>)

² FINMA-RS 10/2. <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2010-02.pdf>.

Chancen und Risiken der Auffanggesellschaft: Sanierungsinstrument in Krisenzeiten

IN WIRTSCHAFTLICH SCHWIERIGEN ZEITEN STELLT SICH FÜR VIELE UNTERNEHMEN DIE FRAGE NACH EINEM NEUANFANG MIT DEN FORTFÜHRUNGSFÄHIGEN BETRIEBSTEILEN DER UNTERNEHMUNG, UNTER AUSKLAMMERUNG DER BESTEHENDEN ALTLASTEN, DIE ALLZU OFT EINER EIGENTLICHEN SANIERUNG DER GESAMTUNTERNEHMUNG IM WEGE STEHEN. ÜBERDIES STEHEN DIE INTERESSEN DER ALT-GLÄUBIGER UND DER AKTIONÄRE BEI DER SANIERUNG DER GESAMTUNTERNEHMUNG OFT IN EINEM UNÜBERBRÜCKBAREN GEGENSATZ UND VERSPERREN DEN BLICK AUF ZUKUNFTSGERICHTETE UND WIRTSCHAFTLICH TRAGBARE LÖSUNGEN. DAS SCHWEIZERISCHE RECHT SELBER KENNT IMMER NOCH KEIN EIGENTLICHES SANIERUNGSRECHT FÜR UNTERNEHMUNGEN VOR DER KONKURSERÖFFNUNG UND AUCH DIE MÖGLICHKEIT ZUR STELLUNG EINES ANTRAGES AUF KONKURSAUFSCHUB NACH ART. 725A OR BIETET KEINE ECHTE LÖSUNG DAFÜR, FORTFÜHRUNGSFÄHIGE BETRIEBSTEILE IN EIGENVERANTWORTUNG AUSZUGLIEDERN UND EINER NEUEN WIRTSCHAFTLICHEN ZUKUNFT ZUZUFÜHREN. IN DIESER SITUATION KANN ALS ECHTE ALTERNATIVE DIE AUFFANGGESELLSCHAFT HELFEN, UM FORTFÜHRUNGSFÄHIGE BETRIEBSTEILE IN IHRER EXISTENZ ZU BEWAHREN UND VOR EINER ZERSCHLAGUNG ZU SICHERN: DIE CHANCEN UND RISIKEN GILT ES IM NACHFOLGENDEN DARZUSTELLEN.



von Thomas Reimann

1. Die Grundidee der Auffanggesellschaft

Die Grundidee der Auffanggesellschaft besteht darin, nach erfolgloser Ausschöpfung der gängigen Sanierungsinstrumente (u.a. Restrukturierungsmaßnahmen, Bilanzsanierung, Forderungsverzichte oder Rangrücktritte seitens der Gläubiger etc.) durch einen eigentlichen Befreiungsschlag Teile der bisherigen Geschäftstätigkeit der Unternehmung weiterzuführen und sich gleichzeitig bisheriger Altlasten zu entledigen. Überdies soll neues Eigen- und/oder Fremdkapital nicht zur Bewältigung der Vergangenheit bzw. zur Liquidierung der Altlasten und Bezahlung der alten Schulden verwendet werden, sondern zur Finanzierung und Sicherstellung einer erfolgreichen Zukunft des fortführungsfähigen Betriebsteils dienen.

2. Zum Begriff der Auffanggesellschaft

Die Auffanggesellschaft ist im schweizerischen Recht gesetzlich nicht gere-

gelt. Von einer Auffanggesellschaft wird üblicherweise dann gesprochen, wenn eine neu gegründete oder eine bereits bestehende Gesellschaft (in Frage kommen alle Gesellschaftsformen) von einem anderen Rechtsträger (natürliche oder juristische Person) einen ganzen Betrieb oder einzelne Betriebsteile übernimmt, wobei regelmässig nur die Aktiven oder auch nur Teile davon und nur ausnahmsweise auch die Passiven oder Teile davon übernommen werden.

In zeitlicher Hinsicht erfolgt die Betriebsübernahme (oder die Übernahme von Betriebsteilen) durch die Auffanggesellschaft regelmässig nach dem Scheitern anderer Sanierungsmöglichkeiten, die ohne richterliche Zwangsmassnahmen gegenüber den Gläubigern des ursprünglichen, sanierungsbedürftigen Rechtsträgers durchgeführt werden können. Die Betriebsübernahme hat jedoch vor dem Konkursaufschub im Sinne von Art. 725a OR und auch vor der Konkurseröffnung oder Nachlassstundung zu erfolgen.

3. Grundmodelle bei der Strukturierung der Auffanglösung

Zu unterscheiden sind folgende Grundmodelle zur Betriebsübertragung:

Vertikale Ausgründung des operativen Betriebes in eine 100%ige Tochtergesellschaft des notleidenden Unternehmens.

Horizontale Ausgliederung eines Betriebsteils oder Teilen davon in eine Schwester-Gesellschaft des notleidenden Unternehmens, mit oder ohne Beteiligung der alten Eigentümer.

Die Wahl des «richtigen» Grundmodells hängt im Wesentlichen von der konkreten Ausgangssituation und der verfolgten Zielsetzung ab; gemeinsam ist bei den Modellen, dass gewisse Altlasten, insbesondere Schulden, im notleidenden Unternehmen zurückgelassen werden sollen, um einem fortführungsfähigen Betriebsteil eine neue wirtschaftliche Existenz zu ermöglichen.

3.1 Vertikale Ausgründung des operativen Betriebes in eine 100%ige Tochtergesellschaft des notleidenden Unternehmens

3.1.1. Ausgangssituation und Zielsetzungen

Ausgangssituation bildet regelmässig der Umstand, dass die bisherigen Sanierungsbemühungen im notleidenden Unternehmen am Widerstand von Grossgläubigern gescheitert sind oder zu scheitern drohen, und weder die bisherigen Eigentümer noch neue Geldgeber bereit sind, Geldmittel in das notleidende Unternehmen zu investieren, um damit die alten Schulden zu bezahlen. Überdies soll die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, wenigstens vorüber-

gehend, zurückgewonnen werden, insbesondere auch im Hinblick auf das sonst drohende Konkurszenario.

3.1.2. Umsetzung und Durchführung (a) Sacheinlagegründung

Die vertikale Ausgründung des gesamten operativen Betriebes in eine 100%ige Tochtergesellschaft (nachfolgend «Newco») des notleidenden Unternehmens (nachfolgend «Oldco») erfolgt rechtstechnisch mittels einer Sacheinlagegründung; übertragen wird das gesamte Anlage- und Umlaufvermögen der Oldco, aber ohne die bestehenden Schulden gegenüber den Gläubigern und Eigentümer der Oldco.

Die Oldco als Sacheinlegerin erhält im Gegenzug für die erbrachte Sacheinlage 100% der Beteiligungsrechte an der Newco und ist neu Alleinaktionärin der Newco. In der Bilanz der Oldco treten anstelle der Betriebsaktiven neu die Beteiligungsrechte an der Newco; die Schulden der Oldco verbleiben bei der Oldco. Die Ausgründung des operativen Geschäftes auf dem Wege der Sacheinlagegründung in eine Tochtergesellschaft kann ohne die Zustimmung der Gläubiger der Oldco durchgeführt werden, da die Substanz der Oldco durch die Ausgründung selber nicht vermindert wird. Überdies wird im Rahmen der Sacheinlagegründung durch die Revisionsstelle die Werthaltigkeit bzw. der Marktwert «at arms length» bestätigt, so dass sich in dieser Phase die sonst üblichen und oftmals kaum lösbaren Bewertungsprobleme nicht stellen.

(b) Auswirkungen auf Vertragsverhältnisse, insbesondere Arbeitsverhältnisse

Die Arbeitsverhältnisse der Oldco gehen ex lege (vgl. Art. 333 OR) auf die Newco über; die Newco übernimmt auch alle

mit den Arbeitsverhältnissen verbundenen Verpflichtungen; die Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Kunden- und Lieferantenverträge sowie auch alle übrigen Vertragsverhältnisse dagegen müssen jeweils einzeln übernommen werden; diese Vertragsübernahmen in die Newco können nur mit Zustimmung der ehemaligen Vertragspartner erfolgen.

Neu abzuschliessen sind auch alle Verträge zwischen der Oldco und der Newco, wie Erwerb der Betriebsmittel und der Lagerbestände (gemäss den Möglichkeiten nach Fusionsgesetz oder durch Singularsukzession), Abschluss von Mietverträgen, soweit die Oldco selber Eigentümerin der Büro- und Produktionsstätten ist und dergl. mehr.

(c) Restrukturierung und Finanzierung Newco

Nach der erfolgten Sacheinlagegründung ist die Newco umgehend zu restrukturieren und insbesondere auch deren operatives Geschäft mit neuen liquiden Mitteln zu finanzieren; dazu sind sämtliche sich bietenden Möglichkeiten auszuschöpfen.

(d) Weiteres Schicksal der Oldco

Abhängig vom bisherigen Verhalten der Altgläubiger entscheidet sich das weitere Schicksal der Oldco. Bei bisherigem Widerstand der Altgläubiger kann sich die Durchführung einer Nachlassstundung aufdrängen und bei einem Scheitern der Nachlassstundung daran anschliessend das Konkursverfahren über die Oldco. Bei grundsätzlich positiver Gesinnung der Altgläubiger drängt sich die Durchführung einer stillen Sanierung im Rahmen einer Stillhalteverein-

Fortsetzung Seite 6

Fortsetzung von Seite 5

barung mit den Grossgläubigern auf, mit dem Ziel, die Newco nach erfolgter Restrukturierung zu verkaufen, um mit dem erlösten Kaufpreis wenigstens noch Teile der Altschulden bedienen zu können.

3.1.3. Bewertung der Risiken und Chancen

Der Vorgang der vertikalen Ausgründung des operativen Betriebsteils in eine 100%-ige Tochtergesellschaft ist komplex und vielschichtig, bietet aber der Unternehmensleitung die Chance mit diesem Befreiungsschlag wenigstens vorübergehend die unternehmerische Entscheidungsfreiheit auch gegen den Willen der Grossgläubiger zurückzugewinnen, um den operativen Betriebsteil zu restrukturieren und einer neuen Zukunft zuführen zu können. Die Risiken bei der vertikalen Ausgründung für die Unternehmensleitung selber (Verantwortlichkeitsansprüche und dergl.) sind überblickbar bzw. praktisch nicht existent, da sich mit der vertikalen Ausgründung selbst grundsätzlich keine Bewertungsprobleme bezüglich der übertragenen Aktiven stellen. Mit der auch gegen den Willen der Grossgläubiger erfolgten Ausgründung des operativen Betriebsteils durch die Unternehmensleitung werden dann oftmals, nach anfänglichem Zorn der Grossgläubiger, die bei der vorgängig erfolglos versuchten Sanierung der Oldco von den Grossgläubigern bezogenen, und als unverrückbar bezeichneten Verhandlungspositionen bezüglich Altschuldenbereinigung (Forderungsverzichte etc.) aufgeweicht, wenn nicht sogar aufgebrochen. Dies ist der eigentliche Vorteil der Variante der

vertikalen Ausgründung: Erhaltung von Vermögenswerten, Arbeitsplätzen und Zukunftschancen für den operativen Betriebsteil einer Unternehmung in der Krise auch gegen den Willen der bisherigen Gläubiger und Kapitalgeber.

3.2 Horizontale Ausgliederung eines Betriebsteils oder Teilen davon in eine Schwester-Gesellschaft des notleidenden Unternehmens, mit oder ohne Beteiligung der alten Eigentümer

3.2.1. Ausgangssituation

Die Ausgangssituation ist grundsätzlich dieselbe: Die bisherigen Sanierungsbemühungen im notleidenden Unternehmen sind am Widerstand von Grossgläubigern gescheitert oder drohen zu scheitern und weder die bisherigen Eigentümer noch neue Geldgeber sind bereit, Geldmittel in das notleidende Unternehmen zu investieren, um damit die alten Schulden zu bezahlen. Mit der Ausgliederung soll eine Vermögenszerschlagung verhindert und eine Besserstellung aller Beteiligten erreicht werden.

3.2.2 Hauptunterschied zur vertikalen Ausgründung

Hauptunterschied zur Variante vertikale Ausgründung des operativen Betriebsteils bildet bei der horizontalen Ausgliederung der Umstand, dass die zu übertragenden Vermögenswerte von der Oldco auch in wirtschaftlicher Hinsicht definitiv auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden. Bei der vertikalen Ausgründung verbleiben die zu übertragenden Vermögenswerte dagegen noch - indirekt über die 100%-ige Beteiligung der Oldco an der Newco - im wirtschaftlichen Zugriff der Oldco.

Durch die horizontale Ausgliederung müssen die zu übertragenden Vermögenswerte bzw. die zu übertragenden, fortführungsfähigen Betriebsteile einzeln bewertet werden. Durch diese Bewertung können sowohl die Oldco wie auch die einzelnen Gläubiger der Oldco erheblich geschädigt werden. Dabei geht es immer um Bewertungsprobleme von Aktiven ohne klaren Markt- und/oder Börsenpreis und um die Differenz zwischen den eigentlichen Fortführungswerten im Falle der Betriebsweiterführung und den Liquidationswerten von Aktiven im Falle des Konkurses. In der Absicht das Überleben der neuen Gesellschaft zu sichern und um einen guten Start zu ermöglichen, erfolgen Bewertungen von übernommenen Aktiven in der Tendenz eher zu tief. Streitigkeiten und Prozesse über Bewertungsfragen sind bei einer horizontalen Ausgliederung, falls sich an der neuen Gesellschaft auch noch alte Eigentümer der Oldco beteiligen, deshalb häufig.

3.2.3. Umsetzung und Durchführung (a) Gesellschaftsgründung mit Sachübernahme

Bei der Gründung einer neuen Gesellschaft als Auffanggesellschaft sind die gesetzlichen Vorschriften über die Sachübernahme bzw. beabsichtigten Sachübernahme zu beachten.

(b) Verwendung einer bereits bestehenden Gesellschaft

Im Falle der Verwendung einer bereits bestehenden Gesellschaft als Übernehmerin des operativen Betriebs (oder Betriebsteilen) des notleidenden Unternehmens sind die entsprechenden gesetzlichen Schutzbestimmungen zu

gunsten der Gläubiger, der Arbeitnehmer sowie auch die Vorgaben nach Fusionsgesetz einzuhalten.

(c) Auswirkungen auf Vertragsverhältnisse, insbesondere

Arbeitsverhältnisse

Die Arbeitsverhältnisse der Oldco gehen ebenfalls ex lege (vgl. Art. 333 OR) auf die Newco über; die Newco übernimmt auch alle mit den Arbeitsverhältnissen verbundenen Verpflichtungen; die Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Kunden- und Lieferantenverträge sowie auch alle übrigen Vertragsverhältnisse müssen jeweils einzeln übernommen werden; diese Vertragsübernahmen durch Newco können nur mit Zustimmung der ehemaligen Vertragspartner erfolgen.

Zudem sind weitere Verträge zwischen der Oldco und der Newco abzuschliessen wie bspw. Verträge über die Übernahme der Betriebsmittel und der Lagerbestände (gemäss den Möglichkeiten nach Fusionsgesetz oder durch Singularsukzession), Mietverträge (insbesondere wenn bspw. die Oldco Eigentümerin der Büro- und Produktionsstätten ist) und dergl. mehr.

3.2.4. Bewertung der Risiken und Chancen

Der Vorgang der horizontalen Ausgliederung des operativen Betriebsteils in eine neue oder bereits bestehende Schwestergesellschaft, mit oder ohne Beteiligung der bisherigen Eigentümer der Oldco ist ebenfalls komplex und vielschichtig. Die Vorbereitung der Auffanggesellschaft, die Aussonderung und Übernahme der Aktiven bzw. der zu übernehmenden operativen Betriebsteile, die Analyse und Durchführung der einzelnen Vertragsübernahmen, die Durchführung der notwendigen Bewertungen und dergl. benötigen viel Zeit und müssen rechtzeitig veranlasst werden.

Erfahrungsgemäss geben sich Altgläubiger der Oldco selten mit den vorgenommenen Bewertungen bezüglich der übernommenen Betriebsaktiven zufrieden. Deshalb besteht wegen den vielschichtigen Bewertungsproblemen die erhebliche Gefahr, dass es zu einem späteren Zeitpunkt zu Verantwortlichkeits- und/oder Anfechtungsprozessen kommen kann.

Fazit

Sanierungsrecht ist komplex und der Druck auf die Verantwortlichen im Falle einer Unternehmenskrise ist gross: Inert kurzer Zeit muss, auch gegen den Widerstand der Beteiligten, insbesondere der Grossgläubiger, für das Unternehmen bzw. für die fortführungsfähigen Betriebsteile, das Richtige entschieden und das Falsche vermieden werden. Die Auffanggesellschaft kann in solchen schwierigen Zeiten als Instrument dafür verwendet werden, um Unternehmenssubstanz vor der Zerschlagung zu bewahren, mit dem Ziel, für alle Beteiligten zu besseren Lösungen zu gelangen, als dies im Falle der Durchführung eines Konkurses der Fall wäre. Vertikale Ausgründungen erhöhen die unternehmerischen Entscheidungsfreiheiten und vermeiden komplexe Bewertungsfragen; horizontale Ausgliederungen dienen zwar dem gleichen Ziel, führen aber häufig zu schwierigen Bewertungsfragen und bieten den Altgläubigern diesbezüglich häufig auch ein Einfallstor, um gegenüber den verantwortlichen Organen Schadensersatz- und/oder Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen zu können. ■

Immobilien leasen statt Hypotheken-Finanzierung

JEDER ZWEITE NEUWAGEN AUF UNSEREN STRASSEN IST GELEAST – NICHT ABER JEDES ZWEITE HAUS, AN DEM WIR VORBEIGEHEN. DIE MÖGLICHKEIT EIN HAUS ZU LEASEN IST IN DER PRAXIS WENIG BEKANNT. AUS JURISTISCHER SICHT IST DIES JEDOCH MÖGLICH UND KANN EINE ALTERNATIVE ZU HERKÖMMLICHEN IMMOBILIENFINANZIERUNGSMODELLEN SEIN.



von
Christopher Tillman

Seit rund 35 Jahren werden in der Schweiz Immobilienleasingverträge für gewerbliche oder industrielle Bauten abgeschlossen. Dadurch soll eine grösstmögliche Fremdfinanzierung nach dem Grundsatz «pay as you earn» möglich werden. Während früher vor allem Konzerne das Immobilienleasing in Betracht zogen, sind es heute vermehrt auch mittelständige Unternehmen. In der Praxis werden Immobilienleasingverträge bei Gewerbeliegenschaften meistens für eine Dauer von ca. 20 Jahren vereinbart, da sich bei einer kürzeren Dauer ein Leasing in finanzieller Hinsicht kaum lohnen würde.

Was aber ist überhaupt unter «Leasing» zu verstehen und wie kann eine

Liegenschaft ge- und verleast werden? Kann neben einer Gewerbeliegenschaft auch ein Einfamilienhaus geleast werden? Diese und weitere Fragen zum Immobilienleasing sollen im Folgenden beantwortet werden.

1. Was ist unter Immobilienleasing zu verstehen?

Unter Leasing versteht man die Überlassung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache (sog. Leasingobjekt) auf eine bestimmte Zeit gegen einen periodisch zu bezahlenden Leasingzins. Dabei treffen den Leasingnehmer die Gefahr (des Untergangs/der Beschädigung) und die Instandhaltungskosten. Das Eigentum an der «verleaste» Sache verbleibt jedoch beim Leasinggeber.

Beim Immobilienleasing ist das Leasingobjekt stets eine unbewegliche Sache. So wird das Immobilienleasing zumeist als Finanzierungsmöglichkeit für grosse gewerbliche Investitionsprojekte genutzt (z.B. Bau von Warenhäusern etc.). Aber auch kleinere Projekte, wie der Bau von Einfamilienhäusern, können mittels Leasing finanziert werden, sofern sich dafür eine Leasinggesellschaft finden lässt.

Das Finanzierungsleasing ist in der Praxis die wichtigste Leasingform. Beim Immobilienleasing spielt denn auch nur

dieses eine Rolle. Unter Finanzierungsleasing wird ein Vertragsverhältnis verstanden, bei welchem der Leasinggeber vom Leasingnehmer oder einem Dritten einen Gegenstand kauft und diesen dem Leasingnehmer gegen Bezahlung eines Leasingzinses während des ganzen oder grössten Teil der voraussichtlichen wirtschaftlichen Nutzungsdauer zum ausschliesslichen Gebrauch überlässt (sog. sale-and-lease-back). In der Regel ist der Vertrag während dieser Dauer unkündbar.

2. Vorteile des Immobilienleasings

Einer der Vorteile des Immobilienleasings für die Nutzer liegt darin, dass die Eigenmittel erhalten bleiben und eine langfristige Anbindung an die derzeit noch immer tiefen Zinssätze möglich ist. Eine Leasinggesellschaft kann in Krisenzeiten als Eigentümerin des Leasingobjekts viel schneller und flexibler handeln als eine Bank, welche eine klassische Hypothekarfinanzierung gewährt. Muss die Bank auf die werthaltige Sicherheit zugreifen, so muss sie u.U. ein zweistufiges Verfahren durchlaufen und dann die Immobiliarsicherheit, d.h. das Grundstück, verwerten. Das diesfalls einzuhaltende Verfahren ist recht formalistisch und dauert lange. Demgegenüber kann beim Immobilienleasing

die Leasinggesellschaft als Eigentümerin schnelle Entscheide fällen und auch mit Auffanggesellschaften verhandeln und somit flexibel reagieren.

3. Nutzen des Immobilienleasings

Der Leasinggeber wird seine Anschaffungs- und Herstellungskosten im Idealfalle weitgehend über die Leasingzinsen amortisieren. Dem Leasingnehmer ermöglicht das Leasing eine Sache über einen längeren Zeitraum zu gebrauchen, ohne grosse Investitionen vornehmen zu müssen. Dabei werden der Gebrauch und die Nutzung der Sache ohne Pflicht zum Erwerb des Eigentums ermöglicht. Durch diese Vorgehensweise muss bei Investitionen kein Fremdkapital aufgenommen werden.

Der Leasingzins enthält meist einen Zinsanteil für das investierte Kapital und einen Amortisationsanteil für die Wertverminderung des Leasingobjekts. Der Leasingzins umfasst aber kein Entgelt für den Unterhalt des Leasingobjekts. Der Leasingnehmer ist verpflichtet, neben dem Leasingzins auch die Kosten für den Unterhalt aufzubringen.

4. Gefahrtragung für Beschädigung und Untergang des Leasingobjekts

Nach der gängigen Praxis wird in Leasingverträgen die Gefahrtragung dem Leasingnehmer überbunden. Dabei wird meist festgelegt, dass der Leasingnehmer die Gefahr für eine Beschädigung, die teilweise oder komplette Zerstörung sowie für eine weitere Wertverminderung trägt. Der Leasingzins muss auch dann entrichtet werden, wenn das Leasingobjekt nur teilweise genutzt werden kann oder untergegangen ist. Der Leasingnehmer haftet jedoch nicht für Schäden und Wertverminderungen, die durch den Leasinggeber vorsätzlich oder

fahrlässig verursacht worden sind. Aus diesem Grunde liegt es im Interesse des Leasingnehmers, dass eine Versicherung für allfällige Haftungsfälle abgeschlossen wird. Der Abschluss einer Versicherung für eine allfällige Grund- und Werk-eigentümerhaftung ist dagegen Sache des Grundeigentümers und Leasinggebers.

5. Ablauf eines Immobilienleasings

Der Leasinggeber kauft das zu bebauende Grundstück vom Leasingnehmer oder einem Dritten. Der Leasinggeber führt in der Folge ein geplantes Bauvorhaben aus und überlässt das Leasingobjekt dem Leasingnehmer gegen Bezahlung eines Leasingzinses zu Nutzen und Gebrauch. Der Leasinggeber verpflichtet sich damit zur Finanzierung des Gebäudes. Der Leasingnehmer erhält auf diese Weise die Möglichkeit, mit einer vollständigen Fremdfinanzierung ein Bauvorhaben durchzuführen. Das Eigentum an der Immobilie verbleibt jedoch beim Leasinggeber. Nach Ablauf der im Leasingvertrag vereinbarten Leasingdauer kann dem Leasingnehmer – sofern vertraglich vereinbart – ein im Grundbuch vorgemerktetes Kaufsrecht zustehen. Das Kaufsrecht ermöglicht dem Leasingnehmer, das Leasingobjekt nach Eintritt einer gewissen Bedingung (z.B. Ablauf einer Anzahl Jahre) vorzugsweise zu einem bereits von Anfang an festgelegten Preis zu kaufen.

6. Form des Leasingvertrages

Da es sich beim Leasingvertrag um einen gesetzlich nicht geregelten eigenständigen Vertrag handelt (sog. Innominatvertrag), ist für dessen Gültigkeit grundsätzlich weder das Formerfordernis der Schriftlichkeit noch der öffentlichen Beurkundung vorgesehen. Gemäss

bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedarf auch der Immobilienleasingvertrag keiner öffentlichen Beurkundung, ausser wenn dem Leasingnehmer vertraglich ein Kaufsrecht eingeräumt wird (BGE 132 III 549, S. 553). Diesfalls erfolgt die öffentliche Beurkundung gerade wegen des Kaufsrechts.

Der sorgfältigen Vertragsgestaltung sowie der Rechtssicherheit halber, ist jedoch zu empfehlen, den Immobilienleasingvertrag öffentlich zu beurkunden oder mindestens schriftlich abzufassen. Die öffentliche Beurkundung ist – auch ohne gesetzliches Formerfordernis – zu wählen, weil zum Einen die öffentliche Urkunde den vollen Beweis für durch die Urkunde bezeugte Tatsachen bringt, solange die Unrichtigkeit dieser Tatsachen nicht nachgewiesen ist. Zum Anderen ist der Leasingvertrag vollumfänglich nichtig, sofern die entsprechenden Formvorschriften nicht erfüllt sind. Enthält der Vertrag aber nicht nur leasingbezogene Bestandteile, sondern auch vertragliche Regeln, die dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung unterliegen, so ist bei Fehlen der öffentlichen Beurkundung des Vertrages der komplette Vertrag nichtig und entfaltet keine Wirkung. ■



von Irène Biber



und Marjolaine Jakob

Das Kind im Konkubinat

KOMMT EIN KIND UNVERHEIRATETER ELTERN AUF DIE WELT, SO STELLEN SICH AUCH FRAGEN JURISTISCHER NATUR. VON GESETZES WEGEN HABEN UNVERHEIRATETE VÄTER UND MÜTTER NICHT DIESELBEN RECHTE UND PFLICHTEN WIE VERHEIRATETE ELTERN. UM EINE ANGLEICHUNG DER RECHTLICHEN STELLUNG DER KONKUBINATSPARTNER AN DIE STELLUNG VERHEIRATETER ELTERN HERBEIZUFÜHREN, SIND VERSCHIEDENE VORKEHRUNGEN NOTWENDIG. IM FOLGENDEN WIRD DIE RECHTLICHE LAGE EINES KINDES IM KONKUBINAT AUFGEZEIGT.

Entstehung des Kindesverhältnisses bei unverheirateten Eltern durch Anerkennung oder Vaterschaftsklage

Das Kindesverhältnis zur Mutter entsteht bei verheirateten und unverheirateten Eltern mit der Geburt des Kindes (Art. 252 ZGB). Ist ein Kind während der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater (Art. 255 Abs. 1 ZGB). Bei unverheirateten Eltern wird das Kindesverhältnis zwischen dem Vater und dem Kind durch Anerkennung (Art. 260 Abs. 1 ZGB) oder durch Vaterschaftsklage (Art. 261 ZGB) begründet.

Der Kindesvater kann vor der Geburt – unter der Voraussetzung, dass das Kind lebend geboren wird –, wie auch zu Lebzeiten des Kindes das Kind anerkennen. Die Anerkennung setzt jedoch voraus, dass das Kindesverhältnis zur Mutter – und nur zur Mutter – besteht. Der Anerkennende muss seine genetische Vaterschaft nicht nachweisen. Die Anerkennung ist vor einem Zivilstandsbeamten abzugeben.

Besteht das Kindesverhältnis nur zur Mutter und wird das Kind nicht durch den Kindesvater anerkannt, so können die Mutter und/oder das Kind mittels Vaterschaftsklage die gerichtli-

che Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater herbeiführen.

Die Anerkennung und die erfolgreiche Vaterschaftsklage begründen das Kindesverhältnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt. Mit der Anerkennung sowie mit der erfolgreichen Vaterschaftsklage erwirbt der Kindesvater sämtliche Rechte und Pflichten, welche sich für den Kindesvater aus den Bestimmungen des Kindesrechts im weiteren Sinn ergeben. Nur dort, wo das Gesetz danach differenziert, ob ein Kind ausserhalb oder innerhalb einer Ehe geboren ist, unterscheidet sich die Vaterschaft durch Anerkennung und Vaterschaftsklage von jener des Ehemannes (z.B. mit Bezug auf den Nachnamen und den Bürgerort des Kindes).

Wirkungen der Begründung des Kindesverhältnisses

Durch die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater entsteht der Anspruch auf angemessenen persönlichen Kontakt zwischen Vater und Kind. Des Weiteren hat das Kind Anspruch auf Unterhaltszahlungen sowie auf allfällige Leistungen der Sozialversicherung und der Pensionskasse des Vaters. Unter dem

Vorbehalt der Lebendgeburt ist bereits das ungeborene Kind (der sog. Nasciturus) erbberechtigt (Art. 544 ZGB).

Nach Begründung der Vaterschaft wird der Vater im Zivilstandsregister und in den Schriften des Kindes (Geburtsschein, Heimatschein, Ausweisschriften) eingetragen. Trotz der Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater behält das Kind den Namen und das Bürgerrecht der Mutter.

Elterliche Sorge und Obhut über das Kind

Die *elterliche Sorge* ist das unverzichtbare und unübertragbare Pflichtrecht der Eltern, die für das minderjährige Kind notwendigen Entscheidungen zu treffen, es zu erziehen sowie zu vertreten und sein Vermögen zu verwalten.

Die *Obhut* ist Teil der elterlichen Sorge und umfasst die tägliche Betreuung und Pflege des Kindes sowie die Befugnis, über den Aufenthaltsort des Kindes zu entscheiden.

Sind die Eltern des Kindes nicht verheiratet, stehen die Obhut und die elterliche Sorge grundsätzlich allein der Kindesmutter zu. Die Eltern können sich jedoch in einer von der Vormundschaftsbehörde zu genehmigenden Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung des Kindes einigen und ein gemeinsames Sorgerecht bei der Vormundschaftsbehörde beantragen. Ist eine gemeinsame elterliche Sorge mit dem Kindeswohl vereinbar, so überträgt ihnen die Vormundschaftsbehörde die elterliche Sorge gemeinsam (Art. 298a ZGB).

Mit Bezug auf die gemeinsame elterliche Sorge ist jedoch zu betonen, dass ein einmal erteiltes gemeinsames Sorgerecht nur unter strengen Voraussetzungen wieder aufgehoben werden kann. Die Aufhebung der gemeinsamen

elterlichen Sorge setzt eine sog. *wesentliche Veränderung der Verhältnisse* voraus. So reicht eine Trennung der Kindeseltern für eine Abänderung der elterlichen Sorge nicht aus, sondern es müssen die wesentlichen Grundlagen für eine gemeinsame Elternverantwortung nicht mehr gegeben und die Kooperationsfähigkeit der Eltern muss entfallen sein.

Unterhaltspflicht der Eltern

Der Vater sowie die Mutter sind unterhaltspflichtig. Unverheiratete Eltern tragen die Kosten für den Unterhalt des Kindes nach stillschweigender oder ausdrücklicher Absprache gemeinsam. Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert von der Geburt bis zum Abschluss der Erstausbildung, mindestens jedoch bis zur Mündigkeit (Art. 277 ZGB).

Der *Unterhalt* umfasst alles, was ein Kind an Mitteln für seine körperliche, geistige und sittliche Entwicklung benötigt. Der Unterhalt umfasst damit nicht nur die physischen Grundbedürfnisse des Kindes, sondern auch die Befriedigung der geistigen und emotionalen Anliegen des Kindes. Der Unterhalt wird durch Pflege und Erziehung (als Naturalleistung) und/oder Geldzahlung geleistet. Geldzahlungen sind namentlich dann geschuldet, wenn das Kind nicht unter der faktischen Obhut der Eltern oder eines Elternteils steht. Der zu bezahlende Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB).

Die Unterhaltspflicht wird durch eine von der Vormundschaftsbehörde zu genehmigende Vereinbarung zwischen den unverheirateten Kindeseltern gere-

gelt. Der Unterhaltsvertrag konkretisiert die zwischen den Eltern und dem Kind bestehende gesetzliche Unterhaltspflicht. Die Genehmigung des Unterhaltsvertrages setzt voraus, dass das Kindesverhältnis zum Vater schon besteht resp. gleichzeitig festgestellt wird. Voraussetzung der Genehmigung des Unterhaltsvertrages ist ferner, dass die Bemessungsgrundsätze eingehalten sind und die Vereinbarung klar und vollständig ist.

Erbberechtigung des Nasciturus und des geborenen Kindes

Unter der Bedingung, dass es lebend geboren wird, ist das Kind vom Zeitpunkt der Empfängnis an erbfähig (Art. 544 ZGB). Das noch nicht geborene Kind (Nasciturus) ist unmittelbarer gesetzlicher oder eingesetzter Erbe des Erblassers mit sämtlichen Rechten und Pflichten. Das ungeborene Kind haftet jedoch auch für Erbschaftsschulden des Erblassers. Aus diesem Grunde sind zum Schutze des Kindesvermögens beim Tode des Erblassers Vorkehrungen zu treffen, um eine Haftung des Kindes für Erbschaftsschulden (sowie auch Erblasserschulden) zu vermeiden. Diesbezüglich kann beim unmündigen Kind und schon beim Nasciturus der gesetzliche Vertreter die Erstellung eines öffentlichen Inventars verlangen.

Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche des Kindes

Kinder, deren Mutter und/oder Vater gestorben sind/ist, haben u.a. Anspruch auf eine AHV- sowie eine BVG-Waisenrente. Um anspruchsberechtigt zu sein, muss aber das Kindesverhältnis zum Vater feststehen. Auch der Nasciturus

Fortsetzung Seite 12

Fortsetzung von Seite 11

ist unter Vorbehalt der Lebendgeburt anspruchsberechtigt. Kinder werden bis zum Erreichen des 18. Lebensjahres resp. vor Abschluss der Erstausbildung bis zum 25. Lebensjahr durch die Waisenrente begünstigt.

Kindern können zudem Ansprüche aus Versicherungen mit Rückkaufswert (z.B. Lebensversicherungen) zugewendet werden.

Fazit

Auch wenn die Anerkennung sowie die erfolgreiche Vaterschaftsklage das Kindesverhältnis rückwirkend auf die Geburt begründen, ist zu empfehlen, die Anerkennung pränatal in die Wege zu leiten, damit im Zeitpunkt der Geburt das Kindesverhältnis zum Vater geregelt ist. Damit hat das Kind Anspruch auf Unterhaltszahlungen sowie allfällige sozialversicherungsrechtliche Leistungen und wird erbberechtigt bezüglich einer allfälligen Erbschaft des Kindesvaters. ■

Humor

Ein Gast steigt vor einem Hotel aus einem Taxi und sagt zu einem Mann, der am Strassenrand steht: «Bringen Sie bitte mein Gepäck auf Zimmer 107.» Dieser erwidert: «Bitte entschuldigen Sie, aber ich bin Anwalt!» Darauf der Hotelgast: «Macht nichts, ich vertraue Ihnen trotzdem!»

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 ImmobilienrechtPD 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.

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 : 2008