

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch



Workshop Dreyfus Söhne & Cie. AG, Banquiers: Management von Risiken bei Private Equity Investments als Nominee für Bankkunden

Sandro Abegglen

Basel, 2. März 2018

NKF

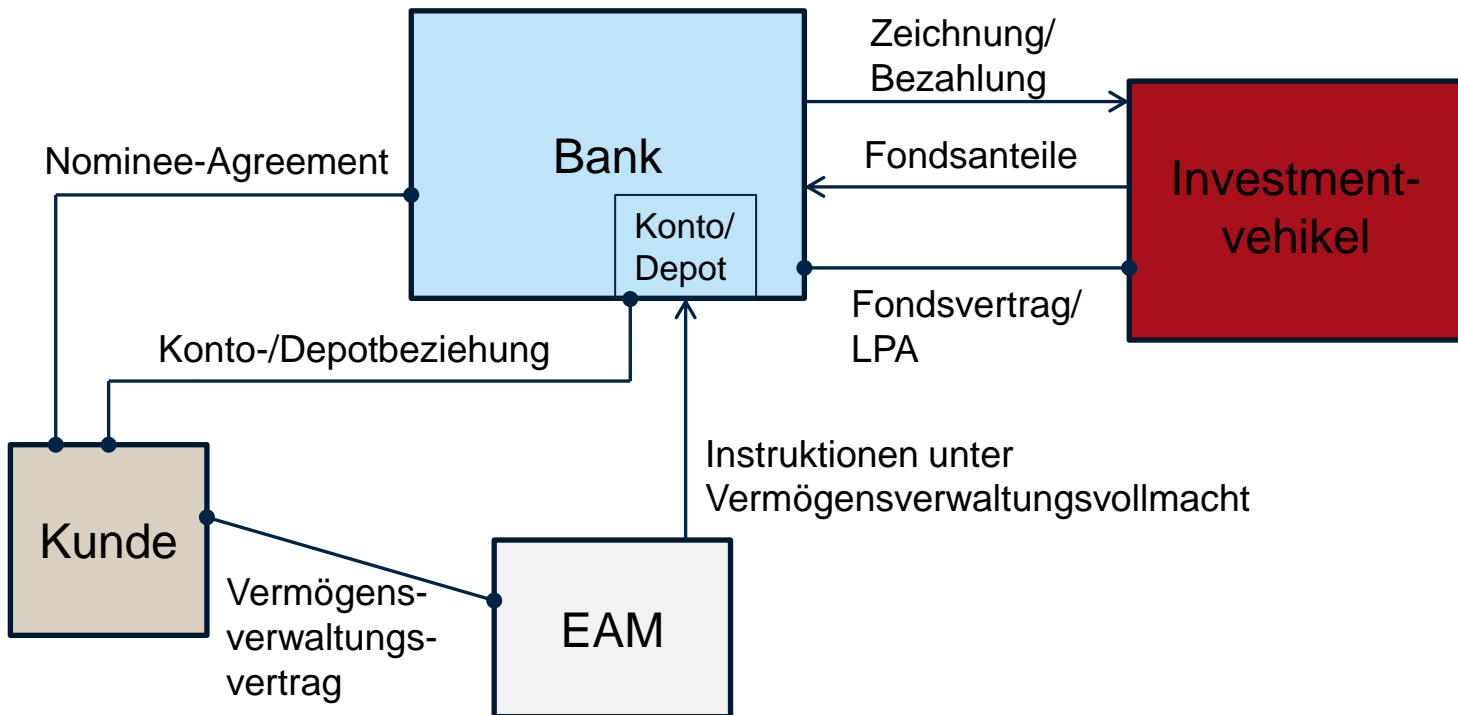
Übersicht

TEIL 1: VORTRAG

1. Übersicht der Rechtsbeziehungen; Grundproblem
2. Anbahnung des Nominee-Investments
3. Due Dilligence des Investmentvehikels
4. Nominee Agreement
5. Exkurs I: Zu was kann sich Kunde gültig verpflichten?
6. Exkurs II: Wahl des anwendbaren Rechts und Forums evtl. ungültig
7. Exkurs III: EAM gibt Auftrag
8. Vertragliche Regelungen mit dem Investmentvehikel
9. “Buchung” der Anteile im Depot des Kunden

TEIL 2: DISKUSSION

1. Übersicht der Rechtsbeziehungen; Grundproblem des Nominee



2. Anbahnung des Nominee-Investments

▪ Sorgfältige Protokollierung, insb.

- Kunde will Investment von sich aus tätigen (reverse solicitation)
- Bank wird keine Angemessenheits- und Eignungsprüfung durchführen, hingegen Vorprüfung bzgl. Anlegerrestriktionen

Sollte die Initiative zum Investment allerdings von der Bank kommen:

- Spezifische Aufklärung bei Empfehlung Eignung des Produkts zu prüfen
- i.d.R. Vertriebstätigkeit im Sinne des KAG; «Swiss Annex» zu Produktdokumentation erforderlich; Protokollpflicht gemäss Art. 24 KAG

- Rechtslage unter E-FIDLEG: siehe Art. 17 iVm Art. 14
 - Risikoaufklärung
 - ggf. Warnung/Abmahnung

3. Due Dilligence des Investmentvehikels (1/2)

▪ **Allg. Seriosität des Investmentvehikels**

- Inkorporationsort; regulatorischer Status
- Involvierte Akteure (Asset Manager, Advisor, Depotbank, Revisionsstelle etc.)
- “State of the Art”-Produktdokumentation

▪ ***Pro memoria: AML***

- Insbesondere wenn das Investmentvehikel resp. darin involvierte Akteure eine gewisse Nähe zum Kunden oder zu dessen EAM haben

▪ **Anlegerrestriktionen**

- Sind i.d.R. auch zu beachten, wenn der Kunde nicht direkt in das Investmentvehikel investiert; aber Frage des auf Investmentvehikel/Fondsvertrag anwendbaren Rechts

=> Bestätigung einholen, auch bzgl. Interpretation der Restriktionen

3. Due Dilligence des Investmentvehikels (2/2)

- **Ist ein Investment in eine Limited Partnership (“LP”) per se übermässig risikobehaftet?**
 - Limited Partnerships als die wohl immer noch am meisten verwendete Struktur für das Aufsetzen von Private Equity Funds (aber klarer Trend weg von Off-Shore-Jurisdiktionen)
 - Haftung eines Limited Partners im Grundsatz begrenzt auf dessen Partnership Interests
 - Jeweils genauer definiert im Limited Partnership Agreement;
 - Haftungsbegrenzung eines Limited Partners kann fallen, insb. wenn letzterer sich am Management oder an der Geschäftsführung der LP beteiligt (wie ein General Partner)
 - Konkrete Ausgestaltung durch das Limited Partnership Agreement (i.d.R. substanzielle Einschränkungen bzgl. Übertragbarkeit und Rückgabemöglichkeit der Limited Partnership Interests); Haftungs- und Schadloshaltungsklauseln prüfen
- => Investments in eine LP sind nicht von vorneherein risikobehafteter als bei AGs oder vertraglichen Fonds**
- => Relevant ist aber die konkrete Ausgestaltung (insb. Analyse des Limited Partnership Agreement nötig, evtl. unter Beizug eines Local Counsel) und die Umsetzung**

4. Nominee Agreement (1/6)

▪ **Transparente Skizzierung der Konstellation, insb.**

- Darlegen, dass Treuhandverhältnis
- Initiative ging vom Kunden aus; Bank vereinfacht/ermöglicht dem Kunden das Investment lediglich
- Konsequenzen einer gestuften Rechtsbeziehung (insb. kein direkter Rechtsanspruch des Kunden gegenüber dem Investmentvehikel)
- Zustimmung Kunde zum Fondsvertrag/LPA (Beilage des Nominee Agreement)
- Bestätigung des Kunden bzgl. Kenntnisnahme von Prospekt und Verlustpotential des Investments
- Bestätigung des Kunden bzgl. Kenntnisnahme von Gebühren, welche beim Investment direkt oder indirekt anfallen können (inkl. jene durch das Nominee-Verhältnis)

4. Nominee Agreement (2/6)

▪ **Finanzielle Deckung für die Bank**

- Bestätigung des Kunden, dass er das gesamte Risiko des Nominee-Investments trägt

- Pflicht des Kunden zum Auslagenersatz und zur Schadloshaltung iSv Art. 402 OR
 - Anwendungsbereich umschreiben; evtl. OR-402-Voraussetzungen modifizieren
 - Anwendungsfälle, die vernünftigerweise in Betracht gezogen werden müssen, beschreiben (Subscription, Capital Calls, Fees, Clawback-Claims etc.), inkl. Darlegung, wie dies zu Verpflichtungen des Kunden führen kann
 - Dauer: auch nach Beendigung des Nominee Agreements und des Investments

- Vorleistungspflicht des Kunden bei Erhalt eines Capital Calls durch die Bank spezifisch regeln
 - Fristen definieren
 - vorgängige Ermächtigung der Bank zur Abbuchung der entsprechenden Guthaben

4. Nominee Agreement (3/6)

▪ **Finanzielle Deckung für die Bank (Fortsetzung)**

- Konsequenzen bei nicht erfüllter Vorleistungspflicht
 - Bank kann in eigenem Ermessen entscheiden, ob resp. in welchem Umfang sie ihren Verpflichtungen ggü. dem Investmentvehikel nachkommt und dass der Kunde jegliche daraus resultierenden Konsequenzen zu tragen hat (insb. Verfall der Anteile, Verzugszinsen, Schadenersatzansprüche des Investmentvehikels oder Drittparteien)

- Pfandrecht am Kundenvermögen
 - Ausreichende Deckung; Problem, wenn nur wenig andere Vermögenswerte (neben treuhänderisch gehaltenen Fondsanteilen)
 - Kohärenz mit bereits anderweitig vereinbarten Sicherungsrechten: Die Pfandrechts-Language insb. so wählen, sodass keine Einschränkung der AGB-Pfandrechte
 - **Detaillierte Umschreibung der gesicherten Ansprüche** (der Kunde soll erkennen können, für was das von ihm bestellte Pfand alles als Deckung dient, vgl. BGE 142 III 746, E. 2.4 ff.)
 - Ggf. weitere/andere Sicherheiten

4. Nominee Agreement (4/6)

▪ Übertragung / Rückgabe der Anteile

- Zustimmung des Kunden, dass die Bank die treuhänderisch gehaltenen Anteile an den Kunden übertragen, an einen Dritten veräußern oder (wo vorgesehen) an das Investmentvehikel zurückgeben kann (und das Treuhandverhältnis aufgelöst wird), wenn der Kunde seinen Pflichten unter dem Nominee Agreement nicht nachkommt
 - HINWEIS: Übertragung/Rückgabe setzt regelmässig Zustimmung des Investmentvehikels voraus (siehe hinten)
 - Anwendbares Recht
 - Einverständnis des Kunden einholen, dass etwaige Wertebussen/Kosten zu seinen Lasten gehen

4. Nominee Agreement (5/6)

▪ **Verschiedenes**

- Klarstellung, dass keine Empfehlung/keine Due Dilligence; keine Zusicherung seitens der Bank bzgl. Qualität/Performance etc. des Investmentvehikels, auch wenn die Bank als Nominee investiert
- Hinweis auf Risikoaufklärung, inkl. derjenigen im Prospekt, sowie dass ggf. das Investmentvehikel über keine Genehmigung der FINMA oder entsprechender ausländischer Behörde verfügt (wodurch ein geringeres Mass an Anlegerschutz/Transparenz als unter schweizerischen und anderen Finanzmarktgesetzen gegeben sein kann [oder komplett fehlt])
- Regelung zu Retrozessionen und Rabatten entsprechend “Swiss Annex”
- Evtl. Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und Grobfahrlässigkeit der Bank
- Unübertragbarkeit der Ansprüche des Kunden gegenüber der Bank (es sei denn, die Bank stimmt schriftlich zu)

4. Nominee Agreement (6/6)

▪ **Verschiedenes (Fortsetzung)**

- Vereinbarung, welcher Wert für die treuhänderisch gehaltenen Anteile im Depotauszug des Kunden anzugeben ist (siehe auch hinten)
- (Detaillierte) Bestätigung des Kunden bzgl. Einhaltung der Anlegerrestriktionen
- Waiver bzgl. Bankgeheimnis / DSGVO
- Mitwirkungspflicht des Kunden bei Informationsanfragen des Investmentvehikels oder in- und ausländischer (Steuer-)Behörden
- Jederzeitiges Kündigungsrecht der Bank (unter Übertragung der Anteile auf den Kunden); vgl. a.o. Kündigung vorne Slide 10
- Rechtswahl / Forum

5. Exkurs I: Zu was kann sich Kunde gültig verpflichten? (*Legal entity*)

▪ Juristische *ultra-vires*-Doktrin

- Rechts- und Handlungsfähigkeit einer juristischen Person sind auf die “special powers” beschränkt, die ihr durch die Gründungsurkunde/Statuten verliehen werden (insb. Zweckumschreibung ist zu beachten)
- Absicherungsmöglichkeiten
 - Board resolution als Minimum
 - Legal opinion von local counsel
 - Ggf. Änderung der Statuten / des Gesellschaftsvertrags
 - U.U. Zustimmung des Beneficial Owners/Aktionärs, ggf. bis zum “Ultimate Beneficial Owner”

5. Exkurs I: Zu was kann sich Kunde gültig verpflichten? (*natürliche Person*)

▪ Handlungsfähigkeit

- Bezogen auf nicht “mündelsichere” Anlagen?
- Spezialproblem: nach ausländischem Recht nicht (voll) handlungsfähige Personen

▪ Verbot der übermässigen Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

“Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.”

6. Exkurs II: Wahl des anwendbaren Rechts und Forums evtl. ungültig

- **Unter Umständen kein vorgängiger Verzicht auf Gerichtsstand am Wohnsitz/gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten**
 - Art. 35 Abs. 1 lit. a iVm Art. 32 ZPO
 - Art. 114 Abs. 2 IPRG
 - Art. 17 LugÜ

- **Unter Umständen keine Rechtswahlmöglichkeit (im internationalen Verhältnis) bei Konsumentenverträgen**
 - Art. 120 Abs. 2 IPRG

- **Entsprechende ausländische Vorschriften (wie etwa Rom I) beachten**

7. Exkurs III: EAM gibt Auftrag

- **Konzept “Spezialvollmacht”:** Auftrag des EAM zur treuhänderischen Zeichnung
- **Wie kann sichergestellt werden, dass “Spezialvollmacht” informiert und daher gültig erteilt wird?**
 - Von Kunde gegenzeichnen/bestätigen lassen
 - In separatem Dokument, oder
 - Im Rahmen des Nominee Agreement

8. Vertragliche Regelungen mit dem Investmentvehikel (1/2)

- **Meist unter ausländischem Recht**
- **Inhalt je nach Verhandlungsposition der Bank, bspw.**
 - Investmentvehikel stimmt zu, dass die Verpflichtungen der Bank gegenüber dem Investmentvehikel erst dann resp. in jenem Umfang entstehen, wenn/wie die Bank vom Kunden entsprechende Deckung erhält
 - Investmentvehikel stimmt (*ex ante*) zur Übertragung der Anteile an den Kunden oder an Drittpersonen (resp. zur Rückgabe an das Investmentvehikel, wo vorgesehen) zu, und anerkennt, dass es anschliessend an die Übertragung keinerlei Ansprüche gegen die Bank mehr hat und sich fortan an den Bankkunden oder den Erwerber der Anteile halten muss (auch für Ansprüche, die vor der Übertragung entstanden sind)

8. Vertragliche Regelungen mit dem Investmentvehikel (2/2)

▪ “Side letter”

- Bei fehlender Bereitschaft des Investmentvehikels zum Abschluss einer expliziten Vereinbarung
- Inhalt je nach Einzelfall, bspw.
 - Hinweis auf das Nominee-Verhältnis zwischen Bank und Kunde
 - Hinweis, dass die Bank infolge möglicher Beendigung des Nominee-Verhältnisses mit dem Kunden darauf angewiesen sein kann, dass das Investmentvehikel der Übertragung/Rückgabe der Anteile zustimmt

9. «Buchung» der Anteile im Depot des Kunden

- **Festhalten, dass Kunde keinen direkten Anspruch ggü. dem Investmentvehikel hat (nicht selbst Anleger ist)**
- **Evtl. nur *pro-memoria*-Aufführung im Depotauszug (gilt insb. bei Drittnominees)**
- **Festhalten, dass keine liquide/bankfähige Anlage**
- **Bewertung**
 - Mit dem Kunden im Nominee Agreement zu vereinbaren, bspw.
 - NAV (wie vom Investmentvehikel zuletzt kommuniziert/publiziert), ohne Nachprüfung durch Bank
 - Klarstellung, dass kein Verlass auf Realisierbarkeit des Wertes, selbst wenn Übertragbarkeit etc. gemäss Fondsvertrag/LPA gegeben

TEIL 2: DISKUSSION

- **Welchen Problemen begegnen Sie?**
- **Weitere Themen**
 - Due Dilligence
 - GwG
 - Strafrechtliche Risiken
 - [...]

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch

Besten Dank!

Sandro Abegglen

PD Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Partner

Niederer Kraft & Frey AG

Bahnhofstrasse 13

8001 Zürich

Email: sandro.abegglen@nkf.ch

Telefon: 058 800 8310

NKF