

Newsletter 1/2012

St. Gallen, 03. Mai 2012

von Lukas Metzler und Markus Schmuki

Liebe Kundin, lieber Kunde von AMG Rechtsanwälte

Im aktuellen Newsletter haben unsere Spezialisten für Sie drei Beiträge aus verschiedenen Rechtsgebieten verfasst.

Im ersten Artikel befasst sich Nicole Nobs mit den am 1. Juli 2012 in Kraft tretenden Neuerungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Nach dem neuen Recht können die Gerichte die AGB verstärkt inhaltlich überprüfen, soweit diese für Konsumenten bestimmt sind.

Damian Keel geht in seinem Artikel der Frage nach, inwieweit Retrozessionen vom Vermögensverwalter an die Kunden weitergegeben werden müssen.

Im letzten Artikel behandelt unser Steuerexperte Christof Schäfli die Verrechnungssteuererisiken für Verwaltungsräte.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen beim Lesen unseres Newsletters.

Bei Fragen zu den einzelnen Themen stehen Ihnen unsere Spezialisten jederzeit gerne zur Verfügung.

Inhaltsverzeichnis

1	Neue Bestimmungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen	4
2	Retrozessionen	6
3	Verrechnungssteuerrisiken für Verwaltungsräte	9
3.1	Solidarhaftung des Verwaltungsrates	9
3.2	Einschränkungen der Haftung	9
3.3	Entfall der Haftung?	10
3.4	Zusammenfassende Hinweise	10

1 Neue Bestimmungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen

von Nicole Nobs

Bis jetzt war in der Schweiz praktisch nicht geregelt, welche Klauseln allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) beinhalten dürfen. Die Unternehmen, welche AGB verwendeten, konnten den Inhalt der Geschäftsbedingungen praktisch frei bestimmen. Kam es zum Streitfall zwischen einem Unternehmen und dessen Kunden, konnten die Gerichte allgemeine Geschäftsbedingungen nur daraufhin überprüfen, ob der Inhalt der AGB als rechtswidrig zu betrachten ist oder ob die AGB so ungewöhnliche Klauseln enthalten, die der Kunde im Rahmen von Geschäftsbedingungen nicht erwarten musste. Nur in einem solchen Fall konnten die Gerichte AGB-Klauseln für nichtig erklären. Dagegen durfte ein Gericht allgemeine Geschäftsbedingungen nicht als nichtig qualifizieren, nur weil es den Inhalt der AGB als sehr unausgewogen beurteilte. Das Gericht durfte somit keine eigentliche Inhaltskontrolle der AGB vornehmen. Diese Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit erschien dem Gesetzgeber aus konsumentenschutzrechtlicher Sicht problematisch, insbesondere, weil es für den Konsumenten in der Regel nicht möglich ist, den Inhalt von AGB zu verhandeln. Um den Missbrauch dieses Ungleichgewichts in der Verhandlungsposition zu verhindern, wird nun im Rahmen der Revision des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) eine gegenüber dem bisherigen Recht strengere gesetzliche Regelung für Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeführt. Der diesbezüglich massgebliche Art. 8 UWG wird am 1. Juli 2012 in Kraft treten.

Gemäss dem revidierten Art. 8 UWG handelt unlauter, "wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen". Wie bereits aus dem Gesetzestext hervorgeht, bezieht sich die neue Regelung nur auf AGB, die gegenüber Konsumenten verwendet werden. Dabei gelten als Konsumenten die in der Vertriebskette an letzter Stelle stehenden Endverbraucher, die eine Sache oder eine Dienstleistung ausschliesslich zu privaten (und nicht auch beruflichen oder gewerblichen) Zwecken erwerben. Unternehmen, die in diesem Sinne im Endkundenbereich tätig sind, haben daher hinsichtlich ihrer AGB unter Umständen Anpassungsbedarf. Unternehmen, die ihre Produkte ausschliesslich anderen Unternehmen bzw. Händlern anbieten, sind dagegen von den neuen AGB-Regeln nicht betroffen.

Für die Ausgestaltung der AGB, die im Konsumentenbereich verwendet werden, wird in Zukunft von grosser Bedeutung sein, dass die Regelung in den Geschäftsbedingungen nicht zu einem erheblichen Ungleichgewicht in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien führt. Die in einem Streitfall angerufenen Gerichte haben neu eine Inhaltskontrolle vorzunehmen, d.h. sie haben in Zukunft sicherzustellen, dass die Anwendung der AGB bzw. einzelner AGB-Klauseln nicht zu einem ungerechtfertigten Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien führt. Wann im Einzelnen von einer noch angemessenen Verteilung der Rechte und Pflichten bzw. von einem diesbezüglichen Missverhältnis auszugehen ist, wird die Rechtsprechung erst festlegen müssen. Es wird jedoch allgemein davon ausgegangen, dass unter dem neuen Recht insbesondere folgende AGB-Klauseln als problematisch beurteilt werden könnten:

- Klauseln, die sehr weitgehende Haftungseinschränkungen zu Gunsten des Händlers vorsehen;
- Klauseln, die ein Recht des Händlers beinhalten, die AGB einseitig abzuändern;
- Klauseln, die dem Händler einseitig das Recht geben, den Vertrag ohne Grund (vorzeitig) aufzulösen;

- Klauseln, die es dem Konsumenten erschweren, seine Rechte zu verfolgen (z.B. Beweislastumkehr, unter Umständen auch Gerichtsstandsklauseln zu Lasten des Konsumenten).

Unlautere AGB-Klauseln sind nichtig. Die Nichtigkeit hat zur Folge, dass die Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien nicht mehr durch die unlautere Klausel, sondern durch das dispositive Gesetzesrecht bestimmt wird. Dabei muss der Richter in einem allfälligen Streitfall zwingend dieses dispositive Recht anwenden. Da das dispositive Gesetzesrecht zu einem grossen Teil eher konsumentenfreundlich ausgestaltet ist, wird die Nichtigkeit von unlauteren AGB-Bestimmungen somit häufig dazu führen, dass eine für den Händler oder Unternehmer sehr ungünstige Regelung massgeblich wird. Dies, obwohl es vor dem Gerichtsentscheid bzw. beim Vertragsabschluss mit dem Konsumenten möglich gewesen wäre, in den AGB eine Regelung zu treffen, die zwar für den Unternehmer nicht ganz so günstig gewesen wäre, wie die nun als unlauter beurteilte Klausel, jedoch doch noch bedeutend vorteilhafter als das dispositive Gesetzesrecht. Für Unternehmen, die ihre Produkte Konsumenten anbieten, empfiehlt es sich daher, spätestens auf den 1. Juli 2012 hin zu überprüfen, ob ihre AGB auch den Anforderungen des neuen Rechts standhalten. Ist dies nicht der Fall, sollte eine Anpassung der allgemeinen Vertragsbedingungen in Betracht gezogen werden. Eine solche Anpassung dürfte in aller Regel dazu führen, dass die AGB zwar nicht mehr die bisherige, für den Händler meist optimale Klausel enthält. Die AGB können jedoch so ausgearbeitet werden, dass sie der bisherigen Regelung im nach neuem Recht zulässigen Mass möglichst nahe kommen. Dies hat für den Unternehmer den Vorteil, dass das Risiko minimiert wird, dass im Streitfall das in aller Regel für ihn noch ungünstigere dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung kommt.

2 Retrozessionen

von *Damian Keel*

Lassen Sie Ihr Vermögen von einem professionellen Vermögensverwalter verwalten? Haben Sie ihre Bank mit der Verwaltung Ihres Vermögens betraut? In beiden Fällen wissen Sie sicher, wie hoch die Retrozession sind, die Ihre Vermögensverwaltung erhält - zusätzlich zum Honorar, das Sie bezahlen. Sie wissen das nicht. Sollten Sie aber, denn unter Umständen stehen diese Retrozession Ihnen zu.

In der Finanz- und Versicherungsbranche sind Retrozession verbreitet. Anbieter von Finanzprodukten machen z.B. Zahlungen an Vermögensverwalter, wenn diese von ihnen verwaltete Vermögen in deren Finanzprodukte anlegen. Die Höhe dieser Zahlungen beträgt vielfach einen Prozentsatz der Kosten des Finanzproduktes. Je höher das Anlagevolumen, desto höher die Zahlungen.

Der Vermögensverwalter ist vom Eigentümer des Vermögens beauftragt. Es liegt ein Auftragsverhältnis vor. Damit unterliegt der Vermögensverwalter der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht: Er hat alles, was ihm infolge des Auftragsverhältnisses 'aus irgendeinem Grunde zugekommen ist', dem Auftraggeber zu erstatten (Art. 400 OR).

Die Vermögensverwalter versuchen, diese Ablieferungspflicht vertraglich auszuhebeln. Sie vereinbaren mit den Auftraggebern, dass die (künftigen) Retrozessionen (in Abweichung der gesetzlichen Regelung) vollumfänglich dem Vermögensverwalter zustehen.

Soweit solche Vereinbarungen die Vergangenheit betreffen, sind sie ohne weiteres zulässig. Denn der beauftragte Vermögensverwalter muss dem Auftraggeber Auskunft über die Höhe der erhaltenen Retrozessionen machen. Dies ergibt sich aus seiner Rechenschaftsablegungspflicht (vgl. Art. 400 OR). Der Auftraggeber kann sich also informieren, wie viel an Retrozessionen er dem Vermögensverwalter überlässt, bevor er die Vereinbarung eingeht.

Im Hinblick auf **künftige Retrozessionen** hat das **Bundesgericht** in zwei Entscheiden formuliert, unter welchen Voraussetzungen eine Verzichtserklärung zulässig ist. Beide Urteile betrafen beauftragte, unabhängige Vermögensverwalter, die jeweils von der Depotbank Retrozessionen erhalten hatten (vgl. BGE 132 III 460 vom 22.3.2006 sowie BGE 137 III 393 vom 29.8.2011). Im einen Fall hatte der Auftraggeber eine Vereinbarung unterzeichnet, in der stipuliert worden war, dass die Retrozessionen dem Vermögensverwalter zustehen.

Ein Verzicht auf die **Erstattung von künftigen Retrozessionen** ist nach der **Rechtsprechung des Bundesgerichts** grundsätzlich zulässig. Es müssen dabei aber die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Auftraggeber muss über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein. Die Eckwerte von bestehenden Vereinbarungen sind vom Vermögensverwalter bekannt zu geben. Künftige zu erwartenden Retrozessionen können in einer Bandbreite des verwalteten Vermögens angegeben werden. Der Auftraggeber wird dadurch in die Lage versetzt, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandates zu erfassen. Denn aufgrund dieser Angaben weiss er, was der Vermögensverwalter neben dem Honorar zusätzlich an Retrozessionen erhält, auf die der Auftraggeber zu Gunsten des Vermögensverwalters verzichtet.
- Der Auftraggeber muss die mit den Retrozessionen verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters kennen. Denn es besteht das Risiko, dass Anlagen

nicht in die besten Produkte, sondern in diejenigen mit der höchsten Retrozession getätigt werden.

- Der Auftraggeber muss - mit diesem Wissen - dem Verzicht auf die Erstattung von künftigen Retrozessionen zustimmen.
- Der Vermögensverwalter hat die Pflicht, unaufgefordert über zufließende Retrozessionen zu informieren. Die Aufklärung ist nicht in einer bestimmten Form vorzunehmen. Ihre Ausgestaltung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Der Vermögensverwalter muss beweisen, dass er den Verzichtenden ausreichend informiert hat.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so geht das Bundesgericht davon aus, dass mit Bezug auf künftige Retrozessionen kein rechtswirksamer Verzicht auf den auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch vorliegt. Die Retrozessionen sind grundsätzlich dem Auftraggeber auszuhändigen - auch wenn eine Verzichtserklärung unterzeichnet wurde. Wie erwähnt, bezieht sich diese Rechtsprechung auf unabhängige Vermögensverwalter.

Das **Zürcher Obergericht** hat in diesem Frühjahr einen Entscheid gefällt, bei dem die Vermögensverwaltung von einer Schweizerischen Bank ausgeführt wurde (vgl. Zürcher Obergericht, Entscheid LB090076, II. Zivilkammer, 13.1.2012). Der klagende Kunde hatte die Bank mit einem Vermögensverwaltungsmandat betraut. Er verlangte die Rückerstattung der Retrozessionen, die die Bank im Rahmen des Vermögensverwaltungsmandats erhalten hatte. Das Obergericht ZH befand in seinem Urteil folgendes:

- **Die Bank als Vermögensverwalterin muss dem Kunden Retrozessionen herausgeben, die sie von Dritten erhalten hat. Retrozession, die Konzern-intern geflossen sind, kann die Bank behalten.**
- Können der Bank zugekommene Leistungen sowohl als Retrozessionen als auch als Vergütung für spezifische Leistungen der Bank beim Vertrieb der Produkte verstanden werden, muss die Bank belegen, was für ein ganz konkreter Aufwand auf ihre Vertriebsleistungen entfällt, damit die Zahlungen den beiden Rechtsgründen zugeordnet werden können. Werden diese Informationen von der Bank nicht beigebracht, dann werden diese Leistungen vollumfänglich als Retrozessionen betrachtet, die dem Kunden zustehen.

Das Obergericht ZH hat der Bank somit zugestanden, dass Entschädigungen nicht an den Kunden herauszugeben sind, soweit die Bank Vertriebsdienstleistungen für den Produkthanbieter erbringt. Die Bank muss diesen Aufwand aber detailliert belegen. Diesen Nachweis hatte die Bank im vorliegenden Fall nicht erbracht.

Das Obergericht ZH hat - soweit es sich um Finanzprodukte von Konzerngesellschaften der Bank handelte - eine wirtschaftliche Betrachtungsweise eingenommen. Dies hat mich erstaunt. Denn die Schweiz kennt kein Konzernrecht. Konzerngesellschaften sind grundsätzlich rechtlich selbständige Gesellschaften mit eigener Rechnungslegung. Trotzdem ging das Obergericht ZH davon aus, dass konzerninterne Zahlungen nicht als 'fremd' im Sinne des Auftragsrechts zu betrachten sind. Entsprechend verneinte es diesbezüglich die Ablieferungspflicht grundsätzlich.

Ausdrücklich offengelassen hat das Obergericht ZH, wie es sich mit Bezug auf die Ablieferungspflicht von Retrozessionen verhält, wenn die Bank einen (einzelnen) Kundenauftrag aufführt, ohne dass ein Vermögensverwaltungsmandat vorliegt.

Es ist davon auszugehen, dass dieser Entscheid des Obergerichts ZH vom Bundesgericht beurteilt wird. Auf das Ergebnis darf man gespannt sein.

Fazit:

Der Trend der Rechtsprechung geht dahin, der Ablieferungspflicht - die im Auftragsrecht stipuliert ist - Nachachtung zu verschaffen. Das heisst, dass grundsätzlich alle Vergütungen, die ein Vermögensverwalter oder eine Bank im Rahmen der Vermögensanlage für Kunden erhält, auch den Kunden zu erstatten sind. Dieser Trend ist meiner Ansicht nach begrüssenswert, denn - zumindest aus Sicht des Kunden - führt er dazu, dass beim Anlageentscheid die Qualität des Produkts entscheidend ist und die Kosten einer Vermögensverwaltung transparent werden.

3 Verrechnungssteuerrisiken für Verwaltungsräte

von Christof Schäfli

Neben den zivilrechtlichen Risiken tragen Verwaltungsräte auch Haftungsrisiken bezüglich von Sozialversicherungsabgaben, der Mehrwertsteuer und der Verrechnungssteuer. Der „Nachbezug“ von AHV/IV/EO Beiträgen bei Verwaltungsräten von konkursiten Klein- und Mittelunternehmen gehören zum Alltag der Sozialversicherungsbehörden, welche hier von einer sehr behördenfreundlichen Gerichtspraxis profitieren.

Um in der Regel höhere Beträge geht es bei der Verrechnungssteuer. Diese wird bekanntlich insbesondere auf den Gewinnanteilen und sonstigen Erträgen von inländischen Aktien erhoben. Dazu gehören auch geldwerte Leistungen, die an die Inhaber von Beteiligungsrechten oder denen nahestehende Dritte erbracht werden. Geldwerte Leistungen sind Leistungen, die einem Drittvergleich nicht Stand halten, also so einem gewöhnlichen Dritten nicht erbracht worden wären.

Ein Risiko in der Praxis ist hier, dass geldwerte Leistungen rechtzeitig beurteilt nach meiner Erfahrung nicht stets ohne weiteres erkannt werden können. Neben Darlehen sind insbesondere auch Provisionen, die beispielsweise ins Ausland bezahlt werden, risikobehaftet und können als geldwerte Leistungen qualifiziert werden. Ein nahestehender Dritter ist in der Praxis keine wesentliche Einschränkung, weil als nahestehend derjenige qualifiziert wird, der eine solche Leistung, welche einem Drittvergleich – angeblich- nicht Stand hält, empfängt.

Für die Verrechnungssteuern auf insbesondere diesen geldwerten Leistungen hat der Verwaltungsrat unter Umständen persönlich einzustehen.

3.1 Solidarhaftung des Verwaltungsrates

Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a des Verrechnungssteuergesetzes (VStG) haftet mit dem Steuerpflichtigen solidarisch für die Steuer einer aufgelösten juristischen Person, die mit der Liquidation betrauten Personen bis zum Betrag des Liquidationsergebnisses.

Hier ist zu berücksichtigen, dass neben der rechtlichen Liquidation, also dem im OR geregelten Liquidationsverfahren, schon der Beginn der *faktischen* Liquidation genügt um die Haftung auszulösen. Es ist also keineswegs so, dass der Liquidator bereits als solcher im Handelsregister eingetragen worden sein muss. Eine faktische Liquidation beginnt vielmehr schon dann, wenn die Gesellschaft ausgehöhlt bzw. ihr die wirtschaftliche Substanz entzogen wird, so dass eine ordentliche Geschäftstätigkeit nicht mehr möglich ist. Die Herausforderung in diesem Zusammenhang ist zu erkennen, wann die faktische Liquidation begonnen hat. Es besteht nämlich die Gefahr, dass bei einer Betrachtung aus der Retrospektive manches bereits als Liquidationshandlung qualifiziert wird, was bei echtzeitlicher Betrachtung noch einer normalen Geschäftstätigkeit entsprach. Es besteht daher ein Risiko, dass gewöhnliche geschäftliche Fehlentscheidungen im Nachhinein als Liquidationshandlungen qualifiziert werden. Selbstverständlich können auch Gesellschaften, bei welchen die Bilanz deponiert oder sonst ein Konkurs eröffnet wird, faktisch schon früher liquidiert worden sein.

3.2 Einschränkungen der Haftung

Die Haftung wird in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt, der Verwaltungsrat haftet nur für Steuer-, Zins- und Kostenforderungen, die während dessen Geschäftsführung entste-

hen, geltend gemacht oder fällig werden. Wie bereits erwähnt, beläuft sich die betragsliche Haftungsgrenze auf das zum Zeitpunkt des Beginns der faktischen Liquidation noch vorhandene Vermögen.

Ein weit verbreiteter Irrtum ist hier, dass Verwaltungsräte davon ausgehen, dass sie keine Haftung treffen könne, wenn während Ihrer Amtszeit keine Handlungen erfolgt sind, welche als geldwerte Leistungen qualifiziert werden könnten. Es reicht aber vielmehr schon aus, dass die entsprechenden Steuern während der Amtszeit geltend gemacht werden. Die Steuern können hingegen aufgrund von Handlungen von Vorgängern im Verwaltungsrat verursacht worden sein, welchen sich der Verwaltungsrat zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs durch die Steuerbehörden gar nicht bewusst war. Es lohnt sich daher vor Eintritt in einen Verwaltungsrat stets abzuklären, ob derartige Risiken aus der Vergangenheit bestehen. Ein meiner Meinung nach krasses Beispiel findet sich in einem Bundesgerichtsentscheid vom 19. April 2011 (2C_868/2010). Ein Sohn übernahm aus Pietät gegenüber dem verstorbenen Vater verschiedene von dessen Verwaltungsratsmandaten, wobei er feststellen musste, dass die Buchhaltungen sei Jahren nicht mehr geführt worden waren. Der Sohn bemühte sich, die Verhältnisse so schnell wie möglich zu klären, was ihm vom Gericht aus auch zugestanden wurde. Nichtsdestotrotz hatte er letztendlich für die während seiner Amtszeit geltend gemachten Verrechnungssteuern, aufgrund von geldwerten Leistungen, welche vor seiner Amtszeit erfolgt waren, einzustehen.

3.3 Entfall der Haftung?

Die Haftung entfällt gänzlich, soweit der Verwaltungsrat nachweist, dass er alles ihm Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderung getan hat.

In der Praxis argumentieren Mandanten regelmässig damit, dass sie weder die geldwerten Leistungen erkannt, noch Massnahmen hätten treffen können, um die Verrechnungssteuer zu decken.

Gemäss bisheriger Praxis ist es allerdings, soweit ersichtlich, noch keinem Verwaltungsrat gelungen, den Nachweis zu erbringen, dass er alles Zumutbare getan hat zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderung. Praktisch ist die Entlastung daher ausgeschlossen. Der Sachverhalt ist Beweis genug, dass vom Verwaltungsrat nicht alles Zumutbare unternommen wurde.

3.4 Zusammenfassende Hinweise

Für Verwaltungsräte von nicht börsenkotierten Gesellschaften, insbesondere bei ausländischem Aktionariat, lohnt es sich frühzeitig Vorsorge zu treffen:

- Vor Übernahme eines Mandates ist die Vergangenheit einer Gesellschaft kritisch zu prüfen.
- Geschäfte mit verbundenen Gesellschaften oder dem Aktionariat sind kritisch zu überprüfen.
- Auch Geschäfte mit Dritten sind kritisch auf die Angemessenheit der vereinbarten Konditionen zu prüfen.
- Es lohnt sich für eine umfassende Dokumentation der Geschäftsvorfälle besorgt zu sein. Erfahrungsgemäss ist es nach Liquidation einer Gesellschaft enorm schwierig,

von Dritten noch Informationen zu erhalten, namentlich wenn die Vorgänge schon mehrere Jahre zurückliegen.

- Bei Anzeichen von Liquidationshandlungen oder entsprechenden Äusserungen aus dem Kreis des Aktionariats sind die Verrechnungssteuern sicher zu stellen.
- Eine Verwaltungsratsstätigkeit aus „Gefälligkeit“ ohne detaillierten Zugang zu den Informationen ist zu unterlassen.
- In der Regel sollte bei ausländisch beherrschten Gesellschaften eine Einzelzeichnungsberechtigung der ausländischen Person vermieden werden. Es muss ein Vorbehalt der Mitunterzeichnung von allen wichtigen Dokumenten vereinbart werden.