



St. Galler Bankrechtstag

SIX ConventionPoint, Zürich (1095.)

7. Juni 2013

Escrow-Transaktionen

Reto Arpagaus

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

«Escrow»?

„Das Wort ist wohl normannisch-altfranzösischen Ursprungs und bezeichnet eine gesiegelte, an einen Dritten, der nicht Vertragspartei ist, übergebene Urkunde, die von diesem gehalten und bei Eintreten bestimmter Bedingungen herausgegeben werden und erst anschliessend Rechtswirkung entfalten soll.“

(Quelle: Wikipedia)

Einleitung und Übersicht

1. Anwendungsbereich und Relevanz (v.a. im Bankenbereich)
2. Rechtliche Qualifikation des Escrow-Agreements
3. Abgrenzungen zu Treuhandvertrag, Auftrag, Sequestration
4. Geldwäschereigesetzgebung
5. Sorgfaltspflichten der Bank

Anwendungsbereich und Relevanz

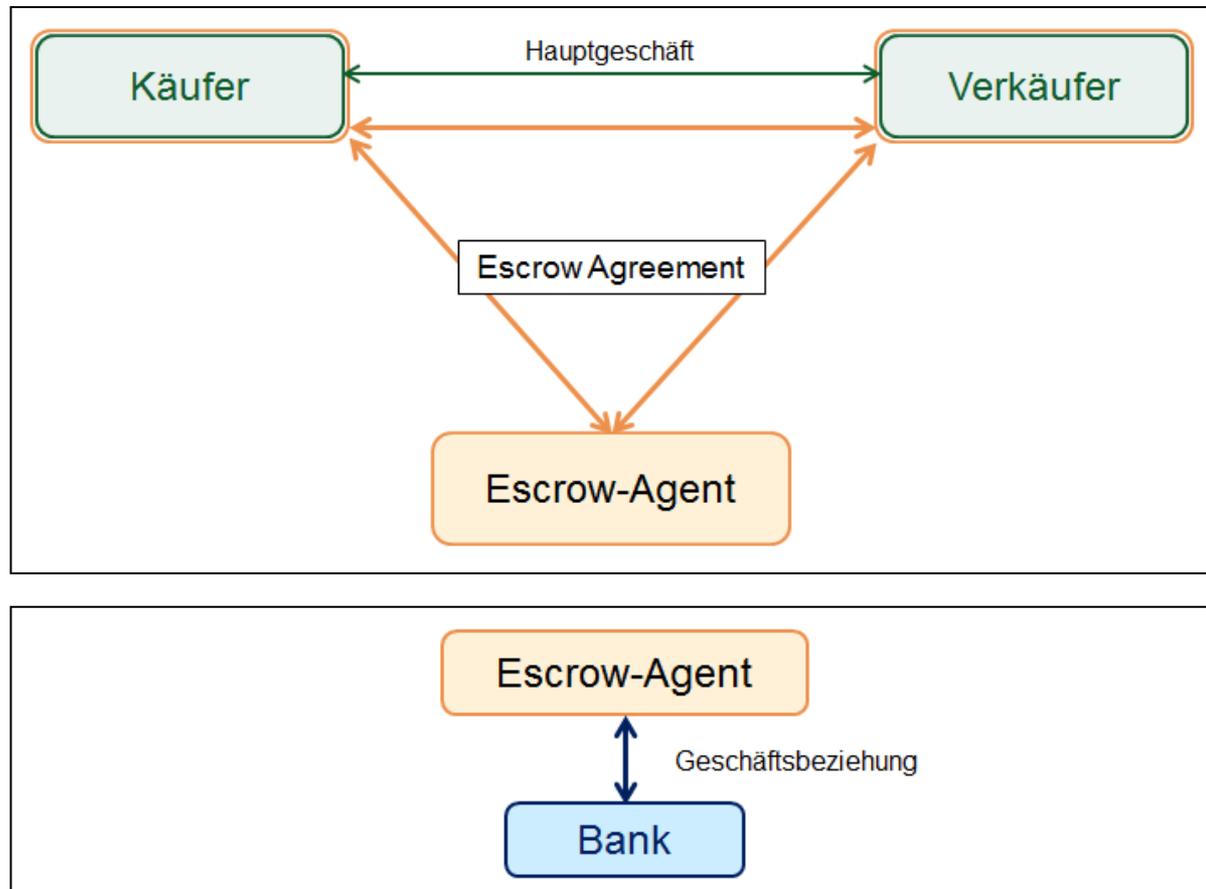
1. Unternehmenskaufverträge
2. Aktionärbindungsverträge
3. Investment Agreements
4. Joint Venture-Verträge
5. Hinterlegung von Source-Codes bei IT-Projekten
6. Verkauf Kunstsammlungen



Rechtliche Qualifikation des Escrow Agreements

1. (Zwei- oder) Mehrparteienverhältnis
2. Innominatkontrakt – gemischter Vertrag
 - Keine gesetzliche Regelung im OR
 - Hinterlegungsvertrag (Art. 472 ff OR)
 - Setzt jedoch Aufbewahrung einer «Sache» voraus
 - Bsp. Verbriefte Aktien, nicht aber bei Konto- und Depotguthaben
 - Sequestration (Art. 480 OR)
 - Ebenfalls nur «Sache»
 - Streitiges oder unklares Rechtsverhältnis
 - Auftrag (Art. 394 ff OR)
 - Vertrauensverhältnis
 - Art. 404 OR

Mehrparteienverhältnis



Rechtliche Qualifikation des Escrow-Agreements (Forts.)

1. Sicherungsfunktion
 - (evtl.) Treuhandgeschäft
 - Transaktions- und Abwicklungssicherheit für beide Parteien
 - Streitprävention / -abwicklung
2. Akzessorietät?
3. Rolle der Bank
 - nicht Teil des Escrow-Geschäfts



Typische Inhalte von Escrow Agreements

1. Umschreibung Hauptgeschäft und dessen Parteien
2. Escrow-Gegenstand
3. Instruktionen
4. Informationspflichten
5. Bei Aktien: Ausübung der Vermögens- und Mitgliedschaftsrechte
6. Release-Klauseln; Rückgaberecht Escrow-Agent
7. Entschädigung
8. Dauer und Beendigung

GwG – Finanzintermediär

1. Gesetzlicher Rahmen (Art. 2 Abs. 3 GwG)
 - FI = Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen > nicht abschliessender Katalog
 - «Vermögen»
 - «Effekten»: Art. 2 lit. a BEHG, Art. 4 BEHV

2. Unterstellung Escrow Agent? (Art. 6 VBF)
 - «Effekten» und «Finanzinstrumente»
 - FINMA-RS 2011/1



GwG – Berufsgeheimnisträger

1. Art. 9 Abs. 2 GwG
 - Keine Meldepflicht für Anwälte und Notare, **soweit** sie dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstehen
 - Auch keine Unterstellungspflicht
2. Art. 321 StGB, Art. 264 StPO, Art. 13 BGFA, Art. 15 Standesregeln SAV, Art. 398 Abs. 2 OR (115 Ia 197)
3. FINMA-RS 2011/1 (FINMA Sonderbulletin 1/2011)
4. Art. 5 VSB (08) (Standesregeln für Banken und Effekthändler) – Formular R
5. Art. 305bis StGB



VSB 08: Formular R

Art. 5 Berufsgeheimnisträger

Die Banken können auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei Konten oder Depots, die im Namen von in der Schweiz zugelassenen Rechtsanwälten sowie Notaren oder in Gesellschaftsform organisierten Anwaltsfirmen sowie Notariatsfirmen für Rechnung deren Klienten geführt werden, verzichten, sofern diese gegenüber der Bank schriftlich bestätigen, dass

- a) sie an den eingebuchten Werten nicht selber wirtschaftlich berechtigt sind und
- b) sie als Rechtsanwalt oder Notar der entsprechenden kantonalen und eidgenössischen Gesetzgebung unterstehen und
- c) sie bezüglich der eingebuchten Vermögenswerte dem gesetzlichen Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) unterstehen und
- d) das Konto/Depot ausschliesslich der anwaltlichen bzw. notariellen Tätigkeit dient.

R

Konto-/Depot-Nr.:

Allfällige Rubrik:

Vertragspartner:

Erklärung bei der Eröffnung eines Kontos oder Depots

durch einen schweizerischen
Anwalt/Notar

Ich bin an den jeweils eingebuchten Werten nicht selber wirtschaftlich berechtigt.

Ich bin als Rechtsanwalt/Notar tätig und unterstehe der entsprechenden kantonalen und eidgenössischen Gesetzgebung.

Ich bin bezüglich des vorerwähnten Kontos/Depots dem gesetzlichen Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) unterstellt und dieses Konto/Depot dient ausschliesslich anwaltlichen/notariellen Tätigkeiten.

Datum

durch eine schweizerische
Anwalts-/Notariatsgesellschaft

Unsere Anwaltsgesellschaft/Notariatsgesellschaft ist an den jeweils eingebuchten Werten nicht selber wirtschaftlich berechtigt.

Mit unserer Anwaltsgesellschaft/Notariatsgesellschaft verbundene Personen sind als Rechtsanwälte/Notare tätig und unterstehen der entsprechenden kantonalen und eidgenössischen Gesetzgebung.

Unsere Anwaltsgesellschaft/Notariatsgesellschaft bestätigt, dass die obigen Rechtsanwälte/Notare bezüglich des vorerwähnten Kontos/Depots dem gesetzlichen Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) unterstellt sind und dass dieses Konto/Depot ausschliesslich anwaltlichen/notariellen Tätigkeiten dient.

Unterschrift/en

Formular R (VSB 08)

1. Delegation der Pflichten nach Art. 3 VSB von der Bank an den Rechtsanwalt oder Notar.
2. Von einem in der Schweiz zugelassenen Rechtsanwalt oder Notar zu unterzeichnen (natürliche Person) – entsprechend dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 321 StGB
3. Anwalts-Notariatsgesellschaften: rechtsgültige Unterzeichnung durch (mindestens einen) Berufsgeheimnisträger, welcher die Gesellschaft vertreten kann.

Anwaltliche vs. kaufmännische Tätigkeit

1. Sicherstellung und Überwachung der juristisch korrekten Abwicklung der Haupttransaktion sowie der im Escrow Agreement vereinbarten Bedingungen > Ausübung des Rechtsanwaltsberufs
2. Lehre
3. Rechtsprechung: 132 II 103; 1P.32/2005; 120 Ib 112; 112 Ib 606
4. FINMA (früher Kontrollstelle GwG)
5. Aufsichtskommission zur Sorgfalt der Banken (VSB)



Beispiele für typische Escrow-Klauseln

3. AKTIENHERAUSGABE

Der Verwahrer darf die Aktien der Gesellschaft ausschliesslich bei Vorliegen der folgenden Dokumente und nur in dem darin genannten Umfang und an die darin bezeichnete Person oder Personen herausgeben:

- (a) aufgrund einer gemeinsamen schriftlichen Erklärung, die von allen Aktionären gemeinsam unterzeichnet ist, gemäss den darin bezeichneten spezifischen Transferinstruktionen; oder
- (b) gestützt auf einen rechtskräftigen und in der Schweiz vollstreckbaren Entscheid eines Gerichts oder Schiedsgerichts, welcher den Verwahrer zur Herausgabe der Aktien oder eines Teils davon an die darin genannte(n) Person(en) ermächtigt bzw. verpflichtet.

Bei Aktienübertragungen, die gestützt auf Ziffer 7.2 ABV (Vorkaufsrecht der Minderheitsaktionäre), Ziffer 7.5 ABV (Kaufrecht der Gesellschaft bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses) und/oder Ziffer 7.6 ABV (Kaufrechte aller Aktionäre) erfolgen, verbleiben die betroffenen Aktienzertifikate grundsätzlich im geschlossenen Depot beim Verwahrer. Diesfalls bezeichnen die Aktionäre in der gemeinsamen Erklärung gemäss Ziffer 3(a) diejenigen Handlungen (und ermächtigen den Verwahrer zur Vornahme derselben), welche für die Anpassung der geänderten Rechtsverhältnisse an den Aktien erforderlich sind (insbesondere vorübergehende Herausgabe zur Indossierung und Übertragung von Aktien, Ersatz von Aktienzertifikaten oder Split von Aktienzertifikaten).



Beispiele für typische Escrow-Klauseln

Release:

The Escrow Agent agrees and undertakes to disburse the Escrow Amount deposited in the Escrow Account only upon occurrence of any one of the events below:

- a) Upon receipt of the original of, and in compliance with, written instructions given jointly and concurrently by _____ and Buyer; or
- b) Upon submission in original, or in authenticated copy, of and in compliance with a **judgment** which has **become *res iudicata*** or an order of termination of a case handed down by the **competent court** or arbitration panel **expressly ruling or determining in the operative provisions of that judgment/order that the Escrow Amount must be released in whole or in part** (the original copy or authenticated copy thereof as well as a certificate of indefeasibility issued by the court must be submitted).



Beispiele für typische Escrow-Klauseln

Release:

the Escrow Agent shall transfer the Escrow Amount,
within 5 (five) business days upon the earlier of:

the expiration of 21 (twenty-one) months after the Closing Date, unless the Escrow Agent has at the latest 5 (five) business days after the lapse of the 21 (twenty-one) months been timely provided with a written notice by Buyer, supported by copies **evidencing the filing of legal action**, that Buyer has commenced **court proceedings (and not just debt enforcement proceedings) in accordance with section 8.1 of the Purchase Agreement** within 21 (twenty-one) months after the Closing Date; and



Beispiele für typische Escrow-Klauseln

Release:

The Escrow Funds including any accrued interest shall be released, within 10 (ten) Business Days following the occurrence of the following events:

- (i) to Seller after expiry of 26 (twenty-six) months following the Closing Date (the “**Release Date**”), reduced by the amount released to Purchaser according to (ii) or (iii) below, if any; however, in case Purchaser has filed with the **arbitral tribunal** or **any other competent court having jurisdiction over the matter a warranty or indemnity claim** under the SPA (the “**Claim**”) before the expiry of 26 (twenty-six) months following the Closing Date, the Escrow Agent shall **withhold an amount equal to the Claim, including interest sought**, until receipt of the **final and binding decision by the arbitral tribunal**. The Purchaser shall immediately notify the Escrow Agent and the Seller in case it has filed a Claim.



Beispiele für typische Escrow-Klauseln

Beendigung:

jointly by the Investors and the Company. In the event that the Investors and the Company have not timely appointed a new escrow agent, the **Escrow Agent shall be entitled to deposit the Escrow Amount, the Gobble-up Escrow Amount and any interests and revenues thereon in court in accordance with applicable Swiss laws** upon expiration of the termination period. The Investors, on the one hand, and the Company, on the other hand, shall each assume 50% of the costs of deposit.

Sorgfaltspflichten der Bank

1. Geschäftsbeziehung mit Berufsgeheimnisträger
2. Eigendeklaration des Berufsgeheimnisträgers,
 - dass er dem Berufsgeheimnis untersteht; und
 - dass Konto/Depot ausschliesslich im Zusammenhang mit anwaltlichen/notariellen Tätigkeiten eingesetzt wird.
3. Keine Möglichkeit der Überprüfung durch Bank (Art. 321 StGB)
4. Art. 5 VSB 08 > Kann-Vorschrift
5. Formular R vs. Formular A

Fazit

1. Escrow-Transaktionen sind aus dem heutigen Wirtschaftsleben kaum wegzudenken.
2. Anwalt/Notar in der Eigenschaft als Escrow Agent (Drittpartei) im Regelfall als von beiden Parteien des Hauptgeschäfts mandatierter Berufsgeheimnisträger (Formular R) und damit dem GwG grundsätzlich nicht unterstellt.



Fazit

3. Voraussetzungen:

- Wahrnehmung von Berufsgeheimnissen in Ausübung der Anwalts-/Notartätigkeit; und
- Fachkenntnisse als Anwalt/Notar für Ausführung des Escrow Agreements erforderlich > eigener, durch Parteivereinbarung eingeräumter juristischer «Ermessens-, Interpretations- oder Subsumtionsspielraum»

4. Je eigene Verantwortungsbereiche, sowohl auf Seiten des Escrow Agent als auch auf Seiten der Bank.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Reto Arpagaus