C|R||P

GUTACHTEN

über

den Schutz der Ansprüche der Versicherten aus Versicherungsverträgen, insbesondere im Konkurs des Versicherungsunternehmens

erstattet im Auftrage

des Bundesamtes für Privatversicherungen, Postfach, 3003 Bern

von

Dr. Daniel Staehelin, Advokat und Notar,
Lehrbeauftragter an der Universität Basel

Christen Rickli Partner
Advokatur und Notariat

Dr. Rudolf Gfeller
Dr. Bernhard Christen
Dr. Peter Rickli
lic. iur. Thomas Hentz
Dr. Daniel Staehelin
Dr. Balthasar Bessenich
Dr. Fabrizio Gabrielli
Dr. Marco Balmelli
Dr. Carl-Gustav Mez, LL. M.
Dr. Thomas Müller-Tschumi
lic. oec. lic. iur. Astrid Mounier
Dr. Philippe Nordmann
Dr. Maurice Courvoisier, LL. M.
Dr. Patrick Schädler
Prof. Dr. Adrian Staehelin, Konsulent

Hirschgässlein 11
Postfach
CH-4010 Basel
Telefon + 41 61 279 45 00
Telefax + 41 61 279 45 10
www.crplaw.ch

Eingetragen im Anwaltsregister

Inhaltsverzeichnis

I. Inhalt und Zweck des Auftrages 4

II. Das Sicherstellungsrecht

A. Allgemeines 4

B. Inländische Lebensversicherer 5

C. Inländische und EU-Schadenversicherer 5

D. Ausländische Lebensversicherer 6

E. Ausländische Schadenversicherer aus einem Nicht-EU Land 6

III. Rechtsnatur der Sondervermögen 7

IV. Beschränkung der Verfügungsmacht?

A. Beim Sicherungsfonds in der Lebensversicherung 9

B. Beim gebundenen Vermögen in der Schadenversicherung 10

V. Zugehörigkeit von Vermögenswerten zum Sondervermögen

A. Beim Sicherungsfonds in der Lebensversicherung 10

B. Beim gebundenen Vermögen in der Schadenversicherung 11

VI. Verhältnis der Bestimmungen über das Sondervermögen zum SchKG 11

VII. Betreibungsart 12

VIII. Verwahrungsart und Verwahrungsort

A. Allgemeines 13

B. Fremdverwahrung bei einzelnen Vermögenswerten 13

IX. Verrechnungsrecht der Schuldner des Sondervermögens

A. Allgemeines 14

B. Grundsätzliche Zulässigkeit der Verrechnung durch den Schuldner von Forderungen des Sondervermögens mit Forderungen gegen das übrige Vermögen 14

C. Vertraglicher Ausschluss der Verrechnung 15

D. Verrechnungsverzicht aller Schuldner, nicht nur der Depotstellen 16

E. IPR 16

F. Risikoabschätzung

a) Forderungen gegenüber Schuldner mit (Wohn)sitz in der Schweiz 17

b) Forderungen gegenüber Schuldner mit (Wohn)sitz im Ausland zusätzlich 17

G. Massnahmen de lege lata 18

H. Massnahmen de lege ferenda 18

X. Retentionsrecht

A. Allgemeines 18

B. Ausschluss des Retentionsrechts auf Grund der "öffentlichen Ordnung"? 19

C. Ausschluss des Retentionsrechts auf Grund fehlender Verfügungsbefugnis 19

D. Ausschluss des Retentionsrechts durch Anordnung oder Vereinbarung 20

E. Notretentionsrecht 20

F. Lösungsvorschläge 21

G. Retentionsrecht bei Vermögenswerten im Ausland 21

XI. Vermögenswerte im Ausland

A. Das Problem

1. Allgemeines 21

2. Kompetenz der Schweizer Behörden zur Verwertung des Sondervermögens 22

3. Positive Kompetenzkonflikte 22

B. Im Ausland liegende Vermögenswerte in einem Schweizer Konkurs

1. Allgemeines 22

2. Der ausländische Staat anerkennt den schweizerischen Konkurs nicht 23

3. Der ausländische Staat anerkennt den schweizerischen Konkurs 23

4. Niederlassungskonkurs 24

C. Ausländische Zwangsvollstreckungsmassnahmen ausserhalb des Konkurses 24

D. Belegenheit von Vermögenswerten

1. Allgemeines 24

2. Dingliche Rechte 25

3. Forderungen 25

4. Forderungen gegen einen ausländischen Schuldner, die bei einer Schweizer Depotstelle geführt werden 26

5. Wertpapiere 26

E. Risikoabklärung 27

F. Lösungsvorschläge 28

XII. Paulianische Anfechtung 29

XIII. Kaution der ausländischen Versicherungen 30

XIV. "Convention de Depot" der Luxemburger Aufsichtsbehörden 30

Literaturverzeichnis 33

I. Inhalt und Zweck des Auftrages

1. Der Gutachter wurde vom Bundesamt für Privatversicherungen beauftragt, ein Rechtsgutachten über den Schutz der Ansprüche der Versicherten aus Versicherungsverträgen, insbesondere im Konkurs des Versicherungsunternehmens, zu erstellen.

2. Auszugehen ist dabei von der Funktion des Sondervermögens (Sicherungsfonds, gebundenes Vermögen) der Versicherungsunternehmen zur Deckung des Sollbetrages der versicherungstechnischen Rückstellungen. Durch Zuweisung von Vermögenswerten zum Sondervermögen soll sichergestellt werden, dass die Ansprüche der Versicherten jederzeit, insbesondere auch im Konkurs des Versicherungsunternehmens, sichergestellt werden können. Zu prüfen ist hierbei die Frage, ob und wie die Vermögenswerte des Sondervermögens an sich sowie unter Berücksichtigung der Verwahrungsart von Wertpapieren und des Verwahrungsortes (namentlich bei Depotstellen im Ausland) dem Zweck ihrer Zuweisung zum Sondervermögen gerecht werden können.

3. Zum einen soll die Rechtslage aus Sicht des Schweizer Rechts dargestellt und hier insbesondere die im Ausland liegenden Vermögenswerte berücksichtigt werden. Zudem soll abgeklärt werden, inwiefern die Banken oder Dritte ihre Verrechnungs- und Pfandrechte am Sondervermögen geltend machen können. Danach sollen Lösungsvorschläge für diese Probleme aufgezeigt werden. Es soll dargestellt werden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit auch im Konkurs des Versicherungsunternehmens die vollständige Befriedigung der Ansprüche der Versicherten aus Versicherungsverträgen durch die dem Sondervermögen zugewiesenen Vermögenswerte gewährleistet ist.

4. Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist zum einen der Vorentwurf für ein neues Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen von 1998 einerseits, sowie ausländisches Recht andererseits.

II. Das Sicherstellungsrecht

A. *Allgemeines*

5. Das Versicherungsaufsichtsrecht bezweckt den Schutz der Ansprüche der Versicherten. Ein Bestandteil des Aufsichtsrechts sind hierbei die Vorschriften über Umfang und Anlage der Vermögenswerte der Versicherungsunternehmen. Hierbei muss unterschieden werden zwischen den allgemeinen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Eigenmittel der Versicherungsunternehmen einerseits und den Vorschriften über die Bildung eines Sondervermögens, welches vorweg dem Versicherungsnehmer verhaftet ist, andererseits. Die allgemeinen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Eigenmittel der Versicherungsunternehmen, wie Mindestkapital, Solvabilitätsspanne, Garantiefonds, Organisationsfonds (vgl. Art. 4 ff. LeVG[1], Art. 3 ff. SchVG[2]) sind blosse Vorschriften über die Mindesthöhe des Gesamtvermögens und bilden kein Sondervermögen

---

[1] Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die direkte Lebensversicherung (LeVG, SR 961.61).

[2] Bundesgesetz vom 20. März 1992 über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (Schadenversicherungsgesetz, SchVG, SR 967.71).

zu Gunsten gewisser Gläubiger[3]. Hiervon zu unterscheiden sind die Vorschriften, wonach jede Versicherungsgesellschaft einen Teil ihres Vermögens physisch auszuscheiden hat, welches sodann ein Sondervermögen bildet, das vorab den Versicherten verhaftet ist. Obwohl die allgemeinen Bestimmungen über die Eigenmittel auch den Insolvenzschutz der Versicherten bezwecken, soll im Folgenden nur auf das eigentliche, ein Sondervermögen bildende Sicherstellungsrecht eingegangen werden. Hierbei muss unterschieden werden zwischen inländischen und ausländischen Unternehmungen sowie zwischen Lebens- und Sachversicherern.

B. Inländische Lebensversicherer

6. Bei den inländischen Lebensversicherungsgesellschaften ergibt sich die Pflicht, ein Sondervermögen zu bilden, aus Art. 3 der Sicherstellungsgesetzes von 1930 (SG)[4]. Die Versicherungen haben einen sogenannten *Sicherungsfonds* einzurichten, der das Deckungskapital, Rückstellungen für schwebende Leistungen, den Versicherungsnehmern gutgeschriebene Gewinnanteile und einen Zuschuss umfasst. Die Art. 23 ff. der Lebensversicherungsverordnung von 1993 (LeVV)[5] regeln die Bestellung des Sicherungsfonds, die Art. 29 ff. die Bewertung. Die Bestellung erfolgt durch effektive Überweisung der entsprechenden Werte (Art. 5 SG) und Eintrag in ein von der Gesellschaft zu führendes Register (Art. 7 SG). Seit ca. 1970 wird das Register nicht mehr in Buchform geführt, sondern besteht aus einem Verzeichnis der Sicherungsfondswerte. Dieses kann in Form von Listen oder Depotauszügen der Depotbanken oder auch in elektronischer Form bestehen (Art. 42 LeVV). Die Vermögenswerte gelten solange als zum Fonds gehörig, solange sie dort eingetragen sind und nicht Dritte daran gutgläubig Rechte erworben haben (Art. 8 SG). Die Werte können von der Gesellschaft selbst oder von einem Dritten verwahrt werden. Bei der Eigenverwahrung sind die Werte getrennt vom übrigen Vermögen der Gesellschaft zu verwahren (Art. 13 SG). Der Fonds haftet primär für die Ansprüche der Versicherten (Art. 14 SG), nur ein allfälliger Überschuss geht in der Zwangsvollstreckung an die übrigen Gläubiger des Versicherungsunternehmens. Ausländische Bestände müssen nicht sichergestellt werden, wenn im Ausland eine gleichwertige Sicherheit geleistet werden muss (Art. 2 SG).

C. Inländische und EU-Schadenversicherer

7. Bei den Schadenversicherern werden auf Grund des Übereinkommens mit der EWG von 1989[6] inländische Gesellschaften und ausländische aus der EU (und solche aus Liechtenstein[7]) gleich behandelt. Da das Abkommen die Kautionsstellung bei ausländischen Gesellschaften untersagt, müssen gemäss dem Schadenversicherungsgesetz von 1993 (SchVG) alle Gesellschaften, sowohl die aus dem EU-Raum wie die inländischen, einen Teil ihres Vermögens als sog. "gebundenes Vermögen" anlegen. Der

---

3 LIPOWSKY, in: Prölls, § 53c dt. VAG N 14.

4 Bundesgesetz vom 25. Juni 1930 über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen (SG, SR 961.03).

5 Verordnung vom 29. November 1993 über die direkte Lebensversicherung (LeVV, SR 961.611).

6 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10. Oktober 1989 (SR 0.961.1).

7 Vgl. Ziff. III. B. 1. des Anhangs des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung vom 19. Dezember 1996.

Sollbetrag des gebundenen Vermögens setzt sich zusammen aus den Prämienüberträgen, den Rückstellungen für eingetretene Schäden, den Deckungskapitalien für laufende Renten und Alterungsrückstellungen sowie einem angemessenen Zuschlag (Art. 9 SchVG). Die Werte können von der Gesellschaft selbst oder von einem Dritten verwahrt werden (Art. 25 Abs. 1 SchVV[8]). Bei der Eigenverwahrung sind die Werte getrennt vom übrigen Vermögen der Gesellschaft zu verwahren und müssen besonders gekennzeichnet sein (Art. 25 Abs. 2 SchVV). Auch das gebundene Vermögen haftet primär für die Ansprüche der Versicherten (Art. 8, 22 Abs. 3, 23 SchVG). Das gebundene Vermögen der Schadenversicherer entspricht weitgehend dem Sicherungsfonds der Lebensversicherer mit der Erleichterung, dass zu seiner Bestellung kein Registereintrag erforderlich ist[9]. Dieser theoretische Unterschied ist indes von geringer praktischer Bedeutung, da in beiden Fällen Verzeichnisse über die Sondervermögen geführt werden müssen, die bloss der Aufsichtsbehörde, nicht jedoch der Öffentlichkeit bekanntgegeben werden müssen. Ausländische Bestände müssen nicht sichergestellt werden, wenn im Ausland eine gleichwertige Sicherheit geleistet werden muss (Art. 8 Abs. 2 SG).

D. Ausländische Lebensversicherer

8. Ausländische Lebensversicherer (mit Ausnahme liechtensteinischer Gesellschaften[10]) haben Vermögenswerte in der Höhe des Deckungskapitals und eines Zuschusses gemäss dem Kautionsgesetz von 1919 als Kaution bei der Nationalbank oder einer anderen, vom Bundesrat bezeichneten Stelle zu hinterlegen (Art. 1, 3 Abs. 2, 5 KG). Der Unterschied zum Sicherungsfonds der inländischen Versicherungen besteht darin, dass die Kaution nicht von der Versicherungsgesellschaft, sondern von der Hinterlegungsstelle verwahrt wird. Die Versicherungsgesellschaft hat keinen Zugriff mehr auf die als Kaution hinterlegten Werte, verfügungsberechtigt ist allein die Aufsichtsbehörde[11]. Auch die Kaution haftet primär für die Ansprüche der Versicherten (Art. 2, 6 KG).

E. Ausländische Schadenversicherer aus einem Nicht-EU Land

9. Schadenversicherer aus einem Nicht-EU Land (sog. Drittland-Versicherungseinrichtungen) und nicht aus Liechtenstein haben weiterhin, wie alle ausländischen Lebensversicherer, eine Kaution zu hinterlegen (Art. 7 Abs. 1 lit. f SchVG). Die Höhe der Kaution beträgt die Hälfte der im letzten Jahr in der Schweiz eingenommenen Prämien, mindestens aber ein Achtel des Mindestgarantiefonds (Art. 12 SchVV). Auch hier wird die Kaution durch den Bund verwahrt.

---

8 Verordnung vom 8. September 1993 über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (SchVV, SR 967.711).

9 Botschaft, BBl. 1991 IV, S. 19; P. PFUND, Die aufsichtsrechtlichen Folgen des Abkommens zwischen der Schweiz und der EWG, SVZ 1989, 358.

10 Vgl. Ziff. III. B. 1. des Anhangs des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung vom 19. Dezember 1996.

11 GANZ, S. 87.

III. Rechtsnatur der Sondervermögen

10. Sicherungsfonds und gebundenes Vermögen sollen im Folgenden als Sondervermögen bezeichnet werden. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich primär auf diese Sondervermögen, nicht auf die Kaution der ausländischen Versicherungsunternehmen. Auf diese wird am Ende[12] kurz eingegangen. Nicht weiter untersucht wird das gebundene Vermögen ausländischer Versicherungseinrichtigungen mit Sitz in einem Vertragsstaat (Art. 2 SchVG), welches vom Gesetz ausdrücklich als Pfand bezeichnet wird (Art. 23 SchVG).

11. Es stellt sich nun die Frage, ob es sich bei den Bestimmungen betreffend das Sondervermögen um privates oder öffentliches Recht handelt. Sie wären dem Privatrecht zuzuordnen, wenn sie als zivilrechtliche Haftungsbeschränkungen zu qualifizieren wären, als öffentliches Recht hingegen, wenn es sich um vollstreckungsrechtliche Normen handeln würde. Bei den allgemeinen Grundsätzen betreffend die Qualifizierung einer Norm als öffentlich- oder privatrechtliche (Subordinationstheorie, Interessentheorie, Funktionstheorie, Modale Theorie[13]) kann am ehesten noch auf die Funktionstheorie zurückgegriffen werden, obwohl das Vollstreckungsrecht, wie das Zivilprozessrecht[14], zwar allgemein dem öffentlichen Recht zugeordnet wird[15], funktional ähnliche Aufgaben wie das Privatrecht erfüllt und andererseits bei den privatrechtlichen Normen über das Haftungssubstrat die Gewährleistung der Rechtsdurchsetzung das Hauptmotiv ist[16]. Ob eine Norm materiellrechtlich oder vollstreckungsrechtlich zu qualifizieren ist, bestimmt sich auch nicht danach, ob sie in einem materiell- oder vollstreckungsrechtlichen Erlass geregelt ist, sondern welche Funktion sie im gesamten System des Privatrechts erfüllt[17]. So kann eine bestimmte Norm, obwohl sie im materiellen Recht enthalten ist, vollstreckungsrechtlich qualifiziert werden, wenn sie ausschliesslich einen vollstreckungsrechtlichen Sachverhalt regelt[18]. In rechtsvergleichender Hinsicht ist es zudem oft purer Zufall, ob ein Vorrecht im materiellen Recht oder im Konkursrecht geregelt wird[19].

12. Neben den Bestimmungen über die Sondervermögen im Versicherungsrecht gibt es weitere Fälle in unserer Rechtsordnung, wo ein Teil eines Vermögens einer Person ausschliesslich oder vorrangig gewissen Gläubigern verhaftet ist. Als Beispiele wären zu nennen:

- Für Verpflichtungen, welche das unter elterlicher Sorge stehende Kind im Rahmen der Verwaltung seines Arbeitserwerbs nach Art. 323 ZGB begründet, haftet nur sein Arbeitserwerb[20];

---

12 Ziff. XIII.
13 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N 253 ff.
14 STAEHELIN/SUTTER, § 1 N 5.
15 BGE 128 I 209; FAVRE, S. 10.
16 MEIER, S. 105.
17 D. STAEHELIN, Anerkennung , S. 134.
18 Vgl. D. STAEHELIN, Anerkennung, S. 134 f.; BARTHOLD, S. 17.
19 HENNING, S. 124.
20 SCHKG-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 68e N 4; MEIER, S. 97, beide m. weit. Hinw.; a. M. ZGB-SCHWENZER, Art. 304/305 N 13.

- Ein unter Verwaltungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 2 ZGB) gestellter Schuldner haftet für Verpflichtungen, die ohne Zustimmung des Beirates eingegangen wurden, nur mit den Erträgnissen seines Vermögens[21];
- Die vom Bevormundeten gemäss Art. 414 ZGB eingegangenen Schulden, die allein durch das freie Vermögen gesichert sind[22];
- Eigengut und Gesamtgut bei der Gütergemeinschaft (Art. 233 f. ZGB);
- Der Nachlass, solange ein Erbe noch ausschlagen kann[23];
- Der Nachlass im Falle der amtlichen Liquidation (Art. 593 Abs. 3 ZGB);
- Die Konkursmasse mit ihren Konkurs- und Masseforderungen (Art. 262 SchKG)[24];
- Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft im Falle der Absorbtionsfusion einer Aktiengesellschaft (Art. 748 Ziff. 5 OR);
- Der Anlagefonds als bankinternes Sondervermögen gemäss AFG[25].

13. Voraussetzungen und Wirkungen dieser Sondervermögen sind indes nicht in allen Fällen dieselben. So muss bei jeder einzelnen Bestimmung gesondert untersucht werden, ob sie privat- oder vollstreckungsrechtlicher Natur ist. Als privates Recht könnte man die Bestimmungen über die Sondervermögen bei den Versicherungsunternehmen qualifizieren, wenn man sie als zivilrechtliche Haftungsnormen, wie z. B. die Bestimmungen über die Gütergemeinschaft, deuten würde. Die entsprechenden Bestimmungen im (öffentlich-rechtlichen) Versicherungsaufsichtsrecht würden als privatrechtliche Norm statuieren, dass ein Teil des Vermögens der Versicherungsunternehmen ausschliesslich für gewisse Forderungen haftet. Auf der anderen Seite könnten die entsprechenden Normen auch als Bestimmungen des Vollstreckungsrechts betrachtet werden[26], analog zu der Privilegienordnung im SchKG auf der Passivseite (Art. 219 SchKG)[27] resp. zu den Aussonderungsansprüchen auf der Aktivseite (Art. 201 ff. SchKG)[28].

14. Eine entsprechende Qualifikation darf jedoch nicht begriffsjuristisch abstrakt, sondern muss funktional jeweils im Hinblick auf eine spezifische Fragestellung erfolgen. Von Bedeutung ist die Qualifikation insbesondere im internationalen Verhältnis, wenn abgeklärt werden muss, ob eine ausländische Norm materiellrechtlich qualifiziert und anerkannt werden kann, oder ob sie als Teil des ausländischen Vollstreckungsrechts keine Wirkungen in der Schweiz haben kann. Weder die eine noch die andere Frage muss durch vorliegendes Gutachten beantwortet werden (da es bloss um die Rechtsnatur der dem Schweizer Recht unterliegenden Sondervermögen geht und die Anerkennung desselben im Ausland gemäss dem ausländischen Recht nicht Bestandteil dieser Untersuchung ist). Somit kann die Qualifikation vorderhand offengelassen werden.

---

21 BK-SCHNYDER/MURER, Art. 395 N 120; MEIER, S. 97.
22 ZGB-LEUBA, Art. 414; MEIER, S. 97.
23 PIOTET, § 79 I, S. 606 f.
24 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1).
25 Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz) vom 18. März 1994 (SR 951.31).
26 FAVRE, S. 21 spricht bezüglich der Ansprüche gegen den Sicherungsfonds von einem Konkursprivileg.
27 AMONN/GASSER, § 42 N 69 ff.
28 AMONN/GASSER, § 40 N 25 ff.

IV. Beschränkung der Verfügungsmacht?

A. *Beim Sicherungsfonds in der Lebensversicherung*

15. Unabhängig von der Qualifikation der Normen als öffentliches oder privates Recht stellt sich die Frage, ob die Normen betreffend die Sondervermögen auch ausserhalb eines Konkurses eine Verfügungsbeschränkung beinhalten. Kann das Versicherungsunternehmen Vermögenswerte, die zum Sondervermögen gehören, gültig veräussern? Aus dem Begriff des Sondervermögens alleine, das vorrangig gewissen Gläubigern verhaftet ist, ergibt sich noch nicht Bestand und Umfang einer Verfügungsbeschränkung, dies muss für jedes Sondervermögen einzeln untersucht werden.

16. Beim Sicherungsfonds bestimmt Art. 8 SG, dass die Werte als zum Fonds gehörend gelten, solange sie im Register eingetragen sind und soweit nicht Dritte an den Werten gutgläubig Rechte erworben haben. Zum einen ist es dementsprechend (anders als z. B. in Österreich[29]) grundsätzlich möglich, dass Dritte Rechte (z. B. Eigentum oder Pfandrechte) an diesen Vermögenswerten erwerben können. Der Registereintrag wirkt somit nicht absolut (wie z. B. ein Grundbucheintrag, Art. 970 Abs. 3 ZGB), zumal das Register nicht öffentlich ist. Zum anderen folgert e contrario daraus, dass bösgläubige Dritte keine Rechte an diesen Vermögenswerten erwerben können resp. dass die Rechte bösgläubiger Dritter den Rechten der Versicherten nachgehen. Dies entspricht der Regelung im Mobiliarsachenrecht, wo Beschränkungen der Verfügungsmacht gegenüber bösgläubigen, nicht aber gegenüber gutgläubigen Dritten Wirkungen haben (Art. 933 ZGB). Daraus muss abgeleitet werden, dass beim Sicherungsfonds eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Versicherungsunternehmens über die im Register eingetragenen Vermögenswerte besteht. Anders lässt es sich zivilrechtlich nicht erklären, wieso Dritte vor der Konkurseröffnung keine (resp. nur beschränkte) Rechte am Sicherungsfonds erwerben können, sofern sie nicht gutgläubig sind. In diesem Sinne begründen die Normen betreffend den Sicherungsfonds nicht nur eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Versicherungsunternehmen gegenüber der Aufsichtsbehörde, und auch nicht bloss ein vollstreckungsrechtliches Privileg, sondern haben auf Grund einer Verfügungsbeschränkung privatrechtliche Drittwirkung. Die Gültigkeit dieses Grundsatzes erleidet keine Einschränkung durch den Umstand, dass das Register nicht mehr in Buchform geführt wird[30], denn Art. 8 SG regelt die Wirkungen des Registereintrages unabhängig davon, in welcher Form es geführt wird.

17. Offen gelassen werden kann die Frage, ob im Sinne einer teleologischen Reduktion angenommen werden muss, dass der Erwerb von Werten des Sicherungsfonds durch bösgläubige Dritte nicht absolut nichtig ist, sondern dass bösgläubige Dritte zwar Rechte an diesen Vermögenswerten erwerben können, dass diese Werte indes auch dann weiterhin zum Sicherungsfonds gehören und die Rechte der Versicherten gemäss Art. 14 SG vorgehen. Solange diese Werte weiterhin zum Sicherungsfonds gehören, kann die Aufsichtsbehörde deren Verwahrungsart und Verwahrungsort bestimmen, selbst wenn sie in das Eigentum eines bösgläubigen Dritten übergegangen sein sollten. Im Konkurse des Versicherungsunternehmens werden diese Werte zu Gunsten der

---

[29] Diskussionsvotum WEBER-WOLF, in: Fritz Reichert-Facilides/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Versicherungsrecht in Europa, Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts, Basel/Genf/München 2000, S. 288.

[30] Vgl. oben Ziff. 6.

Versicherten verwertet, im Konkurs des bösgläubigen Dritterwerbers können sie ausgesondert werden (Art. 242 SchKG).

18. Da das Register nicht öffentlich ist und die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 11 SG den Versicherungsunternehmen gestattet, im Rahmen der Überdeckung Vermögenswerte dem Sicherungsfonds zu entnehmen, ohne vorgängig die Zustimmung der Aufsichtsbehörde einzuholen, werden laufend Vermögenswerte zwischen dem Sicherungsfonds und dem freien Vermögen hin- und hergeschoben. Ein Dritterwerber handelt somit gutgläubig, wenn er darauf vertraut, dass die ihm vom Versicherungsunternehmen angebotenen Vermögenswerte zum freien Vermögen gehören. Auf Grund der Nichtöffentlichkeit des Registers obliegt ihm keine Nachforschungspflicht. Bösgläubigkeit wäre indes anzunehmen, wenn eine Bank ein Pfandrecht an Vermögenswerten erhält, die in einem von ihr selbst geführten Depot mit der Bezeichnung "Sicherungsfonds" hinterlegt sind, ohne dass vorher diese Vermögenswerte aus dem Depot ausgebucht werden. Lässt hingegen das Versicherungsunternehmen die Vermögenswerte zuerst aus dem Depot ausbuchen, so darf die Bank gutgläubig darauf vertrauen, dass sie nicht mehr Bestandteil des Sicherungsfonds sind.

B. Beim gebundenen Vermögen in der Schadenversicherung

19. Fraglich ist, wie es sich beim gebundenen Vermögen in der Schadenversicherung verhält. Hier gibt es keinen Registereintrag und keine Bestimmung über den Erwerb durch gutgläubige Dritte. Es könnte nun argumentiert werden, da das gebundene Vermögen weitgehend dem Sicherungsfonds entspreche, sei die Rechtsfolge auch dieselbe: eine Verfügungsbeschränkung; es bestünden keine sachlichen Gründe, hier das gebundene Vermögen und den Sicherungsfonds anders zu behandeln. Dem muss entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber in der Schadenversicherung, wo weniger grosse Beträge sicherzustellen sind, bewusst ein einfacheres, bloss intern wirkendes Regime einführte. Es gibt somit hier keine zivilrechtliche Verfügungsbeschränkung, sondern nur aufsichtsrechtliche Vorschriften. Konsequenterweise verzichtete der Gesetzgeber auch auf eine Bestimmung über den Erwerb durch gutgläubige Dritte. Dementsprechend kann zivilrechtlich das Versicherungsunternehmen in der Schadenversicherung frei über das gebundene Vermögen verfügen; jeder Dritte, ob gut- oder bösgläubig, kann daran Rechte erwerben.

V. Zugehörigkeit von Vermögenswerten zum Sondervermögen

A. Beim Sicherungsfonds in der Lebensversicherung

20. Die Bestimmungen über das Sondervermögen entfalten somit zumindest beim Sicherungsfonds der Lebensversicherung (nicht aber beim gebundenen Vermögen in der Schadenversicherung) nicht nur Wirkungen im Konkurs des Versicherungsunternehmens, sondern bereits vorher. Solange ein Vermögenswert zum Sicherungsfonds gehört und nicht gutgläubige Dritte daran ausschliessende Rechte erworben haben, kann von der Aufsichtsbehörde Aufbewahrungsart und -ort bestimmt werden. Von Bedeutung ist dies insbesondere bei bevorstehender Konkurseröffnung, die nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde erfolgen kann (Art. 18 SG). Die Aufsichtsbehörde

kann diese Zustimmung solange verweigern, bis sie das Sondervermögen effektiv sichergestellt hat.

21. Es stellt sich daher die Frage, was alles zum Sicherungsfonds gehört. Einzige Voraussetzung, dass ein Vermögenswert Bestandteil des Sicherungsfonds wird, ist der Registereintrag (Art. 7 SG). Nicht erforderlich ist eine separate Verwahrung, diese ist Folge (Art. 45 Abs. 2 LeVV) und nicht Voraussetzung der Zugehörigkeit eines Vermögenswertes zum Sicherungsfonds. Da das Register nicht öffentlich ist, besteht keine Veranlassung, die Rechtsverhältnisse durch einen anderen Publizitätsakt offenzulegen. Dementsprechend verlässt ein Vermögenswert den Sicherungsfonds, wenn das Versicherungsunternehmen ihn im Register streicht (Art. 8 SG e contrario).

22. Gemäss Art. 10 SG und Art. 47 LeVV darf die Gesellschaft Werte aus dem Sicherungsfonds nur gegen gleichzeitigen, vollwertigen Ersatz und unter sofortiger Anzeige an die Aufsichtsbehörde ausscheiden. In der Praxis wird gestützt auf Art. 48 LeVV auf diese Anzeige verzichtet, die Aufsichtsbehörde begnügt sich mit monatlichen Rapporten. Weder die Anzeige noch die Leistung von Ersatz sind gemäss dem Wortlaut des Gesetzes Voraussetzungen dafür, dass ein Vermögenswert aus dem Sicherungsfonds ausscheidet (Art. 10 SG, Art. 8 SG e contrario), einzige Voraussetzung ist die Streichung im Register (Art. 41 Abs. 3 LeVV). Die Gesellschaft darf zwar keine Vermögenswerte ohne Ersatz streichen, sie kann es jedoch. Demzufolge wäre ein Versicherungsunternehmen zivilrechtlich in der Lage, sämtliche Vermögenswerte im Register zu streichen und an Dritte zu veräussern. Die Dritten würden daran vollumfänglich Eigentum erwerben, auch wenn sie bösgläubig sind, denn nur bei Werten, die Bestandteil des Sicherungsfonds sind, ist der Erwerb durch Bösgläubige ausgeschlossen. Da diesfalls die Dritten die entsprechenden Werte ohne Einschränkung erwerben, können sie auch von der Aufsichtsbehörde nicht mehr in den Sicherungsfonds zurückverbracht werden. Wohl könnte argumentiert werden, eine derartige Auslegung von Art. 10 SG entspreche nicht der ratio legis, doch ist eine Auslegung gegen den Wortlaut immer problematisch.

B. Beim gebundenen Vermögen in der Schadenversicherung

23. Diffuser ist das Problem in der Schadenversicherung. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, das gebundene Vermögen habe vor Konkurseröffnung überhaupt keine Drittwirkung, so spielt die Gut- oder Bösgläubigkeit eines Dritterwerbers keine Rolle. Stellt man das gebundene Vermögen indes dem Sicherungsfonds gleich, so stellt sich die Frage, wann ein bestimmter Vermögenswert Bestandteil des Sondervermögens wird und wann er diese Eigenschaft wieder verliert. Auch hier müsste wohl allein auf die Erfassung der Vermögenswerte der Vermögenswerte gemäss Art. 13 Abs. 1 SchVV abgestellt werden. Dementsprechend könnte auch hier das Versicherungsunternehmen Vermögenswerte aus dem gebundenen Vermögen an bösgläubige Dritte veräussern, wenn diese zuvor aus den Listen gestrichen wurden.

VI. Verhältnis der Bestimmungen über das Sondervermögen zum SchKG

24. Das SchKG behält in Art. 30 Abs. 2 die Bestimmungen anderer Bundesgesetze über besondere Zwangsvollstreckungsverfahren ausdrücklich vor. Zu diesen besonderen Zwangsvollstreckungsverfahren gehören nach unbestrittener Auffassung in der Lehre

die Sondernormen betreffend die Versicherungsgesellschaften und darin die Bestimmungen über die Sondervermögen[31]. Als lex specialis gingen diese Bestimmungen schon vor der Revision des SchKG 1994 den allgemeinen Normen des SchKG vor[32], obwohl damals in Art. 30 aSchKG die Ausnahmefälle einzeln aufgeführt wurden und die Bestimmungen betreffend den Konkurs der Versicherungsunternehmen nicht dabei waren. Als lex specialis gehen die Bestimmungen über die Sondervermögen auch den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsgrundsätzen des Obligationenrechts vor, wonach üblicherweise der Schuldner all seinen Gläubigern mit seinem gesamten Vermögen haftet[33].

25. Die Bestimmungen, wonach das Sondervermögen vorerst den Versicherten zusteht und nur ein allfälliger Überschuss den übrigen Gläubigern verhaftet ist, hat somit auch im Konkurs des Versicherungsunternehmens unbeschränkte Geltung.

VII. Betreibungsart

26. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage (vgl. Art. 37 SchKG) gilt das Sondervermögen nicht als Pfand. Dementsprechend können die Versicherten eines schweizerischen Unternehmens ihre Vorrechte auf das Sondervermögen nicht auf dem Wege der Spezialexekution mittels Betreibung auf Pfandverwertung geltend machen, sondern haben gemäss den allgemeinen Regeln das Versicherungsunternehmen als im Handelsregister eingetragene juristische Personen auf Konkurs zu betreiben (Art. 37 SchKG). Erst im Konkursverfahren können die Versicherten ihr Anspruch geltend machen.

27. Anders verhält es sich auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften bei der Kaution und dem Sondervermögen ausländischer Gesellschaften aus einem Vertragsstaat. Hier kann der einzelne Versicherte die Gesellschaft auf Pfandverwertung betreiben (Art. 7 KG; Art. 30b SG; Art. 24 SchVG).

28. Obwohl Versicherungsunternehmen als im Handelsregister eingetragene juristische Personen der Betreibung auf Konkurs unterliegen (Art. 39 SchKG), können sie für öffentlich-rechtliche Ansprüche auch auf Pfändung betrieben werden (Art. 43 Ziff. 1 SchKG). Auf Grund des Vorbehaltes in Art. 30 Abs. 2 SchKG sind nun auch im Pfändungsverfahren die Haftungsbestimmungen von Art. 14 SG und Art. 8 SchVG zu beachten. Vermögenswerte des Sondervermögens können nicht für Forderungen, denen das Sondervermögen nicht primär verhaftet ist, gepfändet werden. Auch wenn dieser Grundsatz in Art. 23 SchVG nur für ausländische Versicherungsunternehmen ausdrücklich festgehalten ist, gilt er zweifellos auch für inländische Versicherer. Der Gesetzgeber ist wohl davon ausgegangen, dass Spezialexekutionen nur gegen ausländische Unternehmen erfolgen, dass bei inländischen Unternehmen die Betreibung auf Konkurs erfolge (Art. 18 ff. SG; Art. 21 SchVG), und hat dabei darauf verzichtet, den Sonderfall von Art. 43 Ziff. 1 SchKG zu regeln.

---

31 SCHKG-JENNY, Art. 30 N 14; GILLIÉRON, Art. 30 SchKG N 67 f.; einzig JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, erwähnen die entsprechenden Bestimmungen nicht bei ihrer Kommentierung. Hierbei dürfte es sich um ein Versehen handeln.

32 FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 80 N 3 ff.;

33 VON TUHR/PETER, S. 18.

VIII. Verwahrungsart und Verwahrungsort

A. *Allgemeines*

29. Die Versicherungsunternehmen können das Sondervermögen entweder selbst verwahren oder von einem Dritten verwahren lassen (Art. 13 SG, Art. 25 Abs. 1 SchVV). Bei der Drittverwahrung fungiert üblicherweise eine Bank als Depotstelle.

30. In der Lebensversicherung unterliegen der Verwahrungsort sowie die Verwahrungsart der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde (Art. 13 Abs. 2 SG). Bei der Schadenversicherung bestimmt Art. 13 SchVG, dass der Bundesrat Vorschriften über die Verwahrung der Werte des gebundenen Vermögens erlässt. Gemäss Abs. 2 von Art. 13 SchVG kann die Aufsichtsbehörde im Einzelfall der Versicherungseinrichtung Ort und Art der Verwahrung vorschreiben, wenn dies im Interesse der Versicherten erforderlich ist. Bezüglich der hier interessierenden Fremdverwahrung enthält bloss Art. 25 Abs. 3 SchVV die Bestimmung, wonach die in Fremdverwahrung gegebenen Vermögenswerte vom Aufbewahrer auf den Depotauszügen als zu dem gebundenen Vermögen gehörend zu kennzeichnen ist. Anweisungen der Aufsichtsbehörde über den Ort und die Art der Verwahrung müssen somit in der Schadenversicherung in jedem Einzelfall dadurch gerechtfertigt werden, dass sie als im Interesse der Versicherten erforderlich erscheinen. Die hier diskutierten Massnahmen zum Schutz der Versicherten im Insolvenzfall dürften jedoch derart im Interesse der Versicherten liegen, dass eine spezielle Begründung im Einzelfall nicht als notwendig erscheint.

B. *Fremdverwahrung bei einzelnen Vermögenswerten*

31. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Vermögenswerte im Sondervermögen eines Versicherungsunternehmens im Insolvenzfall zu Gunsten der Versicherten verwertet werden können, muss die Verwahrungsart (Eigen- oder Fremdvermögen) für jeden Vermögenswert einzeln bestimmt werden. Dabei soll zugleich ein Überblick darüber gegeben werden, was für Vermögenswerte Bestandteil der Sondervermögen sein können. Grundvoraussetzung ist, dass sie vollstreckungsrechtlich verwertbar sind.

32. Bei Liegenschaften stellt sich das Problem der Fremdverwahrung nicht. Sie sind auf den Namen der Versicherungsunternehmung im Grundbuch eingetragen. Eine Anmerkung oder Vormerkung des Umstandes, dass sie Bestandteil eines Sondervermögens sind, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Ähnliches gilt für Immaterialgüterrechte, sie sind auf den Namen des Versicherungsunternehmens eingetragen.

33. Fahrnis (z.B. Edelmetalle) können von den Versicherungsunternehmen selbst oder von einer Depotstelle fremdverwahrt werden. Werden sie von einem Versicherungsunternehmen selbst verwahrt, so sind sie getrennt vom übrigen Vermögen aufzubewahren (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 SG, Art. 25 Abs. 2 Satz 1 SchVV). Bei Verwahrung im Tresor genügt eine Lagerung in gesonderten Schliessfächern (Art. 25 Abs. 2 Satz 2 SchVV).

34. Bei Wertpapieren gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Aufbewahrung von Fahrnis. Auch diese können von dem Versicherungsunternehmen selbst oder von einem Dritten verwahrt werden. Zu den Wertpapieren gehören insbesondere Aktien und Obligationen, aber auch die in einem Schuldbrief verurkundeten und durch ein Grundpfand gesicherten Forderungen.

35. Bei Forderungen, die nicht in einem Wertpapier verurkundet sind, gibt es keine Eigen- oder Fremdverwahrung. Im Verhältnis zu einer Bank sind hierbei insbesondere Kontokorrentforderungen sowie Festgeldforderungen von Bedeutung. Hier ist die Bank Schuldnerin der Forderung. Zu unterscheiden sind diese Forderungen von den Forderungen, welche wohl von einer Bank "verwaltet" werden, deren Schuldner jedoch eine Drittperson ist wie bei den sog. "Geldmarktbuchforderungen" oder nicht verbrieften Obligationen.

36. Mitgliedschaftsrechte an Gesellschaften können, wie bei den Aktiengesellschaften (Art. 622, 683 f. OR), in einem Wertpapier verkörpert sein, müssen es jedoch nicht. Anteile an Gesellschaften beschränkter Haftung sind nie in einem Wertpapier verkörpert (Art. 789 Abs. 3 OR). Nicht in einem Wertpapier verurkundete Mitgliedschaftsrechte werden vollstreckungsrechtlich wie gewöhnliche Forderungen behandelt.

IX. Verrechnungsrecht der Schuldner des Sondervermögens

A. *Allgemeines*

37. Jeder Schuldner einer Geldforderung kann diese mit einer Geldforderung, die er seinerseits als Gläubiger gegen die andere Partei hat, verrechnen (Art. 120 OR), sofern seine Forderung fällig und seine Schuld erfüllbar ist. Grundsätzlich kann auch im Konkurs verrechnet werden (Art. 123 OR). Einzig, wenn ein Schuldner des Konkursiten erst nach der Konkurseröffnung dessen Gläubiger wird oder ein Gläubiger des Konkursiten erst nach dessen Konkurseröffnung Schuldner wird, ist gemäss Art. 213 SchKG die Verrechnung ausgeschlossen.

38. Die Forderung des Kompensanten, die sog. Hauptforderung[34] (in casu eines Dritten gegen das Versicherungsunternehmen) muss entgegen dem Gesetzeswortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR bloss erfüllbar sein[35], nur die Verrechnungsforderung[36] (in casu des Versicherungsunternehmens gegen einen Dritten) muss fällig sein.

B. *Grundsätzliche Zulässigkeit der Verrechnung durch den Schuldner von Forderungen des Sondervermögens mit Forderungen gegen das übrige Vermögen*

39. Es stellt sich zuerst die grundsätzliche die Frage, inwiefern der Schuldner eine Forderung, die zum Sondervermögen eines Versicherungsunternehmens gehört, verrechnen kann mit einer Forderung, die er seinerseits gegenüber dem Versicherungsunternehmen hat, die jedoch nicht aus einem Versicherungsvertrag stammt. Dadurch könnte das Sondervermögen zur Tilgung einer Forderung verwendet werden, für welche es von Gesetzes wegen nicht in erster Linie vorgesehen ist.

40. Es stellt sich zuerst die Frage, ob diesfalls die Gegenseitigkeit im Sinne von Art. 120 OR gegeben ist. Hierbei sind analoge Situationen bei anderen Sondervermögen zu untersuchen:

---

[34] ZK-AEPLI, Vorbemerk zu Art. 120-126 OR N 13.

[35] BGE 42 III 277; 39 II 394; ZK-AEPLI, Art. 120 OR N 81; SCHKG-STÄUBLI/DUBACHER, Art. 213 N 14.

[36] ZK-AEPLI, Vorbemerk. zu Art. 120-126 OR N 12.

- Gemäss AEPLI[37] ist der Umstand, dass nur ein bestimmter Vermögensteil des Schuldners im Falle einer Zwangsvollstreckung haften würde oder die effektive Leistung des Schuldners einem bestimmten Vermögensteil des Gläubigers zukommen würde, ohne Bedeutung für die Voraussetzung der Gegenseitigkeit.
- Nach der Fusion einer Aktiengesellschaft kann auch während der Dauer der getrennten Vermögensverwaltung ein Drittschuldner die Schuld, die er gegenüber einer Gesellschaft hat, mit der Forderung, welche er gegenüber der anderen hat, verrechnen[38].
- Ein Drittschuldner einer gepfändeten Forderung kann diese als Hauptforderung verwenden und sich so durch Verrechnung befreien, falls er bereits im Zeitpunkt der Pfändungsanzeige selbst eine Forderung hatte[39].
- Einzig beim Anlagefonds ist auf Grund einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung die Verrechnung von Forderungen gegen die Fondsleitung, die sich nicht aus dem Kollektivanlagevertrag ergeben, mit Forderungen, die zum Anlagefonds gehören, ausgeschlossen (Art. 16 Abs. 2 AFG).
- Spezialregeln, die sich nicht verallgemeinern lassen, gelten für die Verrechnung zwischen Konkursforderungen, Masseforderungen und Forderungen des Gemeinschuldners, die nicht admassiert werden können (Art. 123 OR, 213 SchKG)[40].

41. Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Verrechnungsgegners (des Kompensaten) das Gegenseitigkeitserfordernis nicht aufhebt. Somit kann ein Dritter eine Schuld gegenüber dem Sondervermögen mit einer Forderung, die sich gegen das übrige Vermögen eines Versicherungsunternehmens richtet, verrechnen, da das Versicherungsunternehmen Gläubiger und Schuldner beider Forderungen ist und keine gesetzliche Bestimmung besteht, welche die Verrechnung ausschliesst.

C. Vertraglicher Ausschluss der Verrechnung

42. Gemäss Art. 126 OR kann die Verrechnung vertraglich ausgeschlossen werden. Umstritten ist jedoch die Geltung eines Verrechnungsverzichtes, wenn der Gläubiger (in casu das Versicherungsunternehmen) zahlungsunfähig wird. Gemäss herrschender Lehre gilt vermutlich ein Verrechnungsverzicht des Schuldners in dem Falle nicht, dass der Gläubiger seinen Verpflichtungen als Schuldner infolge Zahlungsunfähigkeit nicht nachkommen kann[41]. Daher ist vermutungsweise ein Verrechnungsverzicht auch im Konkurs des Gläubigers unwirksam[42]. Der Grundsatz, wonach ein Verrechnungsverzicht im Konkurs des Gläubigers keine Geltung habe, ist jedoch nur eine Vermutung, die nicht zum Zuge kommt, wenn die Parteien ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben. Im Draft des Musterreglements ist dies in Ziff. 2 ausdrücklich vorbehalten, womit der Verrechnungsverzicht gültig ist.

---

37 ZK-AEPLI, Art. 120 OR N 29.
38 LGVE 1996 I S. 7; LUC THEVENOZ, S. 352 f. N 35.
39 BGE 95 II 239 f.; 100 IV 228; ZK-AEPLI, Art. 120 OR N 111.
40 Vgl. hierzu SCHKG-STÄUBLI/DUBACHER, Art. 213 N 15 ff.; ZK-AEPLI, Art. 123 OR N 25 f.
41 ZK-AEPLI, Art. 126 OR N 49.
42 BK-BECKER, Art. 126 OR N 6; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 126 OR N 2; vgl. aber OR-PETER, Art. 126 N 6, wonach diese Auslegung im Einzelfall zu ermitteln ist.

D. Verrechnungsverzicht aller Schuldner, nicht nur der Depotstellen

43. Zu beachten ist, dass jeder Schuldner einer Forderung, die zum gebundenen Vermögen gehört, einen entsprechenden Verrechnungsverzicht leisten muss, nicht nur die Depotbank. Ein Verrechnungsausschluss ist auch notwendig für Forderungen, die in einem Wertpapier verurkundet sind. Derzeit müssen nur die Depotstellen einen entsprechenden Verrechnungsverzicht leisten, womit die Schuldner aller übrigen Forderungen des Sondervermögens verrechnen können. Der Ausschluss des Verrechnungsrechts gegenüber einer Depotbank nützt somit nur bei Forderungen, deren Schuldner die Bank selbst ist (z.B. Konktokorrent, Festgeld etc.), nicht jedoch bei Forderungen gegenüber Dritten, selbst wenn diese Forderungen als Wertpapiere bei der Bank hinterlegt sind oder wenn die entsprechende Forderung z.B. als Geldmarkt-Buchforderung von der Bank verwaltet wird. Dies ist eine reale Gefahr für den Bestand der Sondervermögen.

44. Soweit in den Anleihensbedingungen kein Verrechnungsverzicht erklärt wurde, können auch Emittenten von Anleihensobligationen und Geldmarkt-Buchforderungen sowie sonstige an der Börse kotierten Forderungen verrechnen[43]. Kapitalmarktforderungen haben indes üblicherweise eine feste Laufzeit. Während der Laufzeit kann der Schuldner sie nicht zurückzahlen, womit sie nicht erfüllbar sind (Art. 81 Abs. 1 OR)[44]. Der Konkurs des Versicherungsunternehmens bewirkt nicht die Fälligkeit der von ihr gehaltenen Obligationen, denn gemäss. Art. 208 SchKG werden nur Forderungen gegenüber der Konkursmasse mit der Konkurseröffnung fällig, nicht Forderungen der Konkursmasse gegenüber Dritten. Obligationen mit fester Laufzeit können daher vor Fälligkeit von Emittenten nicht zur Verrechnung gebracht werden. Eine Verrechnung ist jedoch im Laufe des Konkursverfahrens möglich, wenn die Obligation fällig wird.

E. IPR

45. Gemäss unserem IPRG untersteht bei der Verrechnung das Erlöschen dem Recht der Forderung, deren Tilgung mit der Verrechnung bezweckt ist (Art. 148 IPRG). Es darf angenommen werden, dass Forderungen eines schweizerischen Versicherungsunternehmens gegen einen Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz üblicherweise dem schweizerischen Recht unterliegen, obwohl dies nicht zwingend der Fall sein muss. Anders verhält es sich bei Forderungen gegen Schuldner mit (Wohn)sitz im Ausland.

46. Heute dürfen 30 % des Sollbetrages der Sondervermögen aus Forderungen gegen Schuldner mit Sitz im Ausland bestehen (Art. 25 Abs. 1 lit. a LeVV; Art. 16 Abs. 1 lit. a SchVV). Bevor das auf die Verrechnung anwendbare Recht bestimmt werden kann, muss abgeklärt werden, wo diese Forderungen gerichtlich geltend gemacht werden können, denn es ist das internationale Privatrecht des Gerichtsortes, das bestimmt, welches materielle Recht anwendbar ist. Wo eine Forderung eingeklagt werden kann, muss jeweils im Einzelfall untersucht werden. Manchmal stehen dem Gläubiger auch

---

43 In den Anleihensbedingungen der 3 ¼ % Anleihe 1999 bis 2009 über CHF 250'000'000 des Schweizer Verbandes der Raiffeisenkassen ist z.B. kein explizites Verrechnungsverbot enthalten. Ob die Verpflichtung in Ziff. 4.1 der Anleihensbedingungen, die Obligationen ohne vorherige Kündigung am 27. Mai 2009 zum Nennwert zurückzuzahlen, als Barzahlungsversprechen zu qualifizieren ist, in welchem ein Verrechnungsverzicht enthalten ist (vgl. hierzu ZK-Aepli, Art. 126 OR N 26), ist offen.

44 BK-Weber, Art. 81 OR N 14 m. weit. Hinw.

mehrere Gerichtsstände zur Auswahl, was zur Folge hat, dass, je nachdem wo geklagt wird, ein anderes materielles Recht auf die Forderung anwendbar sein kann.

47. Üblicherweise kann in internationalen Verhältnissen eine Forderung am Wohnsitz des Schuldners eingeklagt werden. Es kann jedoch auch durch eine Gerichtsstandsvereinbarung ein anderes forum bezeichnet worden sein. Im Bereich des Lugano-Übereinkommens steht zudem der Gerichtsstand am Erfüllungsort zur Verfügung (Art. 5 Abs. 1 lit. d LugÜ), der sich zumindest bei Forderungen auf Geldleistungen oft am Wohnsitz des Gläubigers befindet[45].

48. Soweit die anwendbare (in- oder ausländische) Kollisionsnorm auf das Schweizer Recht verweist, gelten grundsätzlich die oben dargestellten Ausführungen. Soweit das ausländische materielle Recht zur Anwendung gelangt, muss im Einzelfall abgeklärt werden, inwiefern dieses die Verrechnung zulässt.

49. Die ausländischen materiellrechtlichen Normen werden zudem überlagert durch die ausländischen vollstreckungsrechtlichen Normen. Diese kommen immer zur Anwendung, wenn die Forderung im jeweiligen Land "belegen" ist, was der Fall ist, wenn der Schuldner der Forderung im jeweiligen Land wohnt. Auch die vollstreckungsrechtlichen ausländischen Normen können Bestimmungen über die Verrechnung enthalten.

50. Bei den Forderungen gegen Schuldner mit (Wohn)sitz im Ausland können somit keine allgemeinen Aussagen gemacht werden, sondern es ist im Einzelfall zu untersuchen, welches Recht zur Anwendung gelangt und was dieses Recht anordnet.

F. Risikoabschätzung

51. Um das Risiko abzuschätzen, ob Forderungen des Versicherungsunternehmens gegen Dritte von diesen verrechnet werden können, müssen folgende Parameter abgeklärt werden:

a) Forderungen gegenüber Schuldner mit (Wohn)sitz in der Schweiz

- Der Umfang der Forderungen gegenüber Dritten mit Ausnahme der Forderungen gegenüber der Depotstelle, welche nachweislich auf die Verrechnung verzichtet hat;
- Ob bei jeder einzelnen Forderung die Verrechnung ausgeschlossen wurde und ob der Verrechnungsausschluss auch für den Konkursfall vereinbart wurde;
- In welchem Umfang diese Schuldner ihrerseits Forderungen gegenüber dem Versicherungsunternehmen haben;

b) Forderungen gegenüber Schuldner mit (Wohn)sitz im Ausland zusätzlich:

- Welches materielle Recht gemäss den Kollisionsnormen am Wohnsitz des Schuldners zur Anwendung kommt;
- Inwiefern auf Grund dieses anwendbaren Rechts eine Verrechnung möglich ist;

---

45 KROPHOLLER, Art. 5 N 3.

- Ob vollstreckungsrechtliche Normen am Wohnsitz des Schuldners einen Einfluss auf die Verrechnung haben.

G. Massnahmen de lege lata

52. Es empfiehlt sich, dass im Konkursfall der Konkursverwalter alle Obligationen, bei denen bei Fälligkeit eine Verrechnung droht, sofort verkauft. Durch den Verkauf während der Laufzeit, bevor der Emittent die Verrechnung erklären kann, erhält die Konkursmasse den entsprechenden Gegenwert in Geld.

53. Bei Forderungen gegen Personen mit (Wohn)sitz im Ausland könnte im Einzelfall von dem Versicherungsunternehmen eine "legal opinion" darüber verlangt werden, dass gemäss dem anwendbaren Recht eine Verrechnung ausgeschlossen ist.

H. Massnahmen de lege ferenda

54. De lege ferenda wäre eine Gesetzesbestimmung analog Art. 16 Abs. 2 AFG aufzunehmen, wonach Schulden des Versicherungsunternehmens nicht mit Forderungen, die zu den Sondervermögen gehören, verrechnet werden können. Zu prüfen wäre indes, ob die Verrechnung nicht innerhalb des Sondervermögens, z. B. mit Schulden im Zusammenhang mit der Aufbewahrung, zugelassen werden sollte.

55. Möglich wären auch Weisungen der Aufsichtsbehörde, wonach zu den Sondervermögen keine Forderungen gegen Personen gehören dürfen, die ihrerseits Gläubiger des Versicherungsunternehmens sind, sofern kein Verrechnungsverzicht (auch für den Insolvenzfall) vereinbart wurde. Für entsprechende Weisungen besteht zur Zeit noch keine ausreichende gesetzliche Grundlage, sie können sich höchstens auf die Generalklausel von Art. 17 Abs. 2 VAG[46] stützen. Ob diese Klausel angerufen werden kann, ist zweifelhaft, nachdem in den Verordnungen, welche die zulässigen Werte detailliert umschreibt, keine entsprechende Bestimmung zu finden ist.

56. De lege ferenda wäre zu prüfen, ob nicht allgemein nur Forderungen gegenüber Schuldnern mit Wohnsitz im Inland als Bestandteil des Sondervermögens zugelassen werden sollen. Dafür spricht, dass die juristische Risikoabschätzung bei Schuldnern mit (Wohn)sitz im Ausland enorm aufwändig ist. Dagegen sprechen ökonomische Argumente wie eine breite Risikostreuung sowie die begrenzten Aufnahmefähigkeit des inländischen Kapitalmarktes. Hier einen Ausgleich zu finden ist eine interdisziplinäre Aufgabe.

X. Retentionsrecht

A. Allgemeines

57. Gemäss Art. 895 Abs. 1 ZGB hat die Verwahrungsstelle, bei welcher ein Versicherungsunternehmen bewegliche Sachen und Wertpapiere hinterlegt hat, ein Retentionsrecht, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention

---

[46] Bundesgesetz vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG, SR 961.01).

im Zusammenhang steht. Unter Kaufleuten besteht dieser Zusammenhang, sobald der Besitz wie auch die Forderung aus ihrem geschäftlichen Verkehr herrühren (Art. 895 Abs. 2 ZGB). Somit kann grundsätzlich die Depotstelle ein Retentionsrecht am Sondervermögen ausüben, auch wenn ihr Anspruch nicht aus einem Versicherungsvertrag stammt.

B. Ausschluss des Retentionsrechts auf Grund der "öffentlichen Ordnung"?

58. Zuerst stellt sich die Frage, ob die Bestimmung im Versicherungsrecht, wonach das gebundene Vermögen resp. der Sicherungsfonds gewissen Gläubigern vorbehalten bleibt, eine Vorschrift der öffentlichen Ordnung sei, welche gemäss Art. 896 Abs. 2 ZGB in fine die Entstehung des Retentionsrecht verhindert. Das Problem stellt sich analog bei den gemäss Art. 92 SchKG unpfändbaren Vermögenswerten (sog. Kompetenzstücken). Gemäss Art. 268 Abs. 3 OR ist hier das Retentionsrecht des Vermieters ausgeschlossen. Inwiefern dies auch für das Retentionsrecht gemäss Art. 895 ff. ZGB gilt, ist in der Literatur höchst umstritten. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass unpfändbare Gegenstände nicht retiniert werden können[47]. Das Gegenargument lautet, dass unpfändbare Gegenstände privatrechtlich verpfändbar sind[48], womit sie auch retiniert werden können[49]. Die Zulässigkeit von Pfandrechten ergibt sich auch daraus, dass der Schuldner jederzeit berechtigt ist, diese Gegenstände zu veräussern. Dem lässt sich wiederum entgegenhalten, dass bei der Pfändung und Verpfändung die Interessenlage nicht dieselbe ist, weil bei der Verpfändung resp. bei der Veräusserung der Schuldner zeigt, dass er die Kompetenzgegenstände nicht braucht. Ob dieses Argument wiederum richtig ist, ist fraglich, denn er wird nur dann Kompetenzgegenstände veräussern, wenn er sich in grosser Not befindet und Geld für noch notwendigeren Bedarf (z.B. Nahrung) braucht. Das Bundesgericht hat die Frage der Retinierbarkeit von Kompetenzstücken bisher offen gelassen[50]. Auf Grund des heutigen Standes von Lehre und Rechtsprechung kann die Frage somit nicht eindeutig beantwortet werden.

C. Ausschluss des Retentionsrechts auf Grund fehlender Verfügungsbefugnis

59. Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Versicherungsunternehmen über den Sicherungsfonds keine Verfügungsbefugnis[51]. Verfügungsmacht ist indes Voraussetzung für die Entstehung des Retentionsrechts; soweit der Schuldner keine Verfügungsmacht an den zu retinierenden Gegenständen hat, kann kein Retentionsrecht entstehen, wenn der Schuldner um die Beschränkung der Verfügungsmacht wusste[52]. Wusste der Gläubiger indes gutgläubig nichts von der Verfügungsbeschränkung, so kann er das Rentionsrecht geltend machen (Art. 895 Abs. 3 ZGB).

60. Soweit nun ein Bankdepot ausdrücklich als "Sicherungsfonds" bezeichnet ist, kann die Bank nicht gutgläubig sein, womit kein Retentionsrecht begründet werden kann. Dasselbe würde beim gebundenen Vermögen gelten, sofern man dieses, entgegen der

---

47 ZK-OFTINGER/BÄR, Art. 896 N 33; STUDER, S. 22.
48 BGE 78 III 5; 55 III 120; 40 II 627; BK-ZOBL, Art. 884 ZGB N 160; ZK-OFTINGER/BÄR, Art. 884 N 68.
49 BK-ZOBL, Art. 896 ZGB N 28.
50 BGE 83 III 34 ff.; 45 III 32.
51 Vgl. oben Ziff. 16.
52 OR-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, Art. 895 ZGB N 48; BK-ZOBL, Art. 895 ZGB N 268.

hier vertretenen Auffassung, ebenfalls als einer Verfügungssperre unterliegend erachtet und die entsprechenden Depots gekennzeichnet sind.

D. Ausschluss des Retentionsrechts durch Anordnung oder Vereinbarung

61. Gemäss Art. 896 ZGB ist die Retention ausgeschlossen, wenn ihr eine vom Gläubiger übernommene Verpflichtung oder eine vom Schuldner vor oder bei der Übergabe der Sache erteilte Vorschrift entgegensteht. Das Versicherungsunternehmen könnte somit die Depotstelle anweisen, dass diese daran kein Retentionsrecht nehmen dürfe. Die entsprechende Anordnung hat jedoch nur dann Rechtswirkung, wenn sie vor oder bei der Übergabe der Sache erteilt worden ist; später ist eine einseitige Weisung des Schuldners wirkungslos[53]. Diese einseitige Anordnung hat zur Folge, dass kein Retentionsrecht entsteht[54].

62. Des Gleichen kann das Retentionsrecht vertraglich ausgeschlossen werden. Im Gegensatz zur Vorschrift des Schuldners kann eine entsprechende vertragliche Verpflichtung des Gläubigers auch nachträglich übernommen werden[55].

E. Notretentionsrecht

63. Sowohl die Wirkungen der einseitigen Anordnung wie des vertraglichen Verzichts fallen indes gemäss Art. 897 Abs. 2 ZGB dahin, wenn die Zahlungsunfähigkeit erst nach Übergabe der Sache eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden ist. Dasselbe gilt für eine entsprechende Vorschrift des Schuldners. Dieses Recht wird in der Literatur als «Notretentionsrecht» bezeichnet[56]. Es stellt sich nun die Frage, ob Art. 897 Abs. 2 ZGB zwingend ist oder ob nicht die Parteien von vorneherein auch auf das Notretentionsrecht verzichten können.

64. Da grundsätzlich im Privatrecht innerhalb der Grenzen von Art. 27 ZGB auf alle Ansprüche verzichtet werden kann, sofern dies nicht durch eine entsprechende Regel verboten wird, besteht kein Grund, Art. 897 Abs. 2 ZGB als zwingend zu betrachten. Art. 897 Abs. 2 ZGB ist vielmehr eine Auslegungsregel für den vertraglichen Ausschluss des Retentionsrechtes, da angenommen werden muss, der Gläubiger hätte nicht auf das Retentionsrecht verzichtet, wenn ihm die Zahlungsunfähigkeit bekannt gewesen wäre. Das Notretentionsrecht gemäss Art. 897 Abs. 2 ZGB wird in der Literatur mit Art. 83 OR verglichen, wonach eine Partei beim zweiseitigen Vertrag bei Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei ihre eigene Leistung solange zurückbehalten kann, bis ihr die Gegenleistung sichergestellt worden ist. Es ist nun herrschende Lehre, dass Art. 83 OR dispositives Recht enthält, somit durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann[57]. Es besteht somit kein Grund, wieso nicht der Gläubiger im Voraus auf das Notretentionsrecht gemäss Art. 897 Abs. 2 ZGB verzichten können soll. Es besteht indes, soweit ersichtlich, zu dieser Frage weder Literatur noch Judikatur.

---

53 BK-Zobl, Art. 896 ZGB N 21; ZK-Oftinger/Bär, Art. 896 ZGB N 13.
54 BK-Zobl, Art. 896 N 21.
55 ZK-Oftinger/Bär, Art. 896 N 13.
56 BK-Zobl, Art. 897 ZGB N 2.
57 BK-Weber, Art. 83 OR N 19; ZK-Schraner, Art. 83 OR N 5; OR-Leu, Art. 83 N 1 in fine.

F. Lösungsvorschläge

65. Der Ausschluss des Retentionsrechts in der Depotvereinbarung ist gültig und hat Wirkung für alle Wertpapiere, welche vor der Zahlungsunfähigkeit in das Depot gelangen. In dem mir vorliegenden Draft wird zudem das Notretentionsrecht gemäss Art. 897 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen, was meiner Ansicht nach zulässig ist. Damit ist das Problem des Retentionsrechtes der Depotstelle zumindest bei Depotstellen in der Schweiz weitgehend entschärft. Zudem ist zumindest beim Sicherungsfonds kein Retentionsrecht möglich, sofern die Bankdepots entsprechend gekennzeichnet sind.

66. Sollten weitere Vorkehrungen als notwendig erachtet werden, so könnte die Aufsichtsbehörde im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder bereits zuvor durch direkte Weisungen verhindern, dass Wertpapiere in ein Depot verbracht werden, dessen Inhaber eine Gegenforderung hat und somit das Retentionsrecht geltend machen könnte.

67. Prospektiv könnte die Aufsichtsbehörde Weisungen erlassen, wonach es den Versicherungsunternehmen verboten ist, Kredite aufzunehmen bei den Banken, bei welchen sie Wertpapiere hinterlegt haben, damit es gar nicht zur Situation kommt, dass die Depotstelle eine Forderung gegenüber das Versicherungsunternehmen erhält.

G. Retentionsrecht bei Vermögenswerten im Ausland

68. Vorstehende Ausführungen gelten jedoch nur für das Retentionsrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Soweit die Wertpapiere im Ausland bei einer Depotstelle liegen und sich eine Behörde oder ein Gericht im Ausland mit der Frage der Retinierbarkeit befasst, wenden diese die Kollisionsnormen ihres eigenen Forums an. Diese dürften vielfach an die lex fori anknüpfen, womit das ausländische Retentionsrecht zur Anwendung gelangt. Ob dieses die Bestimmungen des Schweizerischen Rechts betreffend das gebundene Vermögen und den Sicherungsfonds anerkennt, ist sehr fraglich, müsste jedoch im Einzelfall untersucht werden.

XI. Vermögenswerte im Ausland

A. Das Problem

1. Allgemeines

69. Die grösste Gefahr droht dem gebundenen Vermögen und dem Sicherungsfonds, wenn die entsprechenden Vermögenswerte im Ausland liegen[58]. Damit das Sondervermögen zu Gunsten der Versicherten verwertet werden kann, muss es einerseits dem Zugriff der schweizerischen Aufsichtsbehörden resp. der schweizerischen Zwangsvollstreckungsbehörden unterliegen. Der Zugriff dieser Behörden ist, wie der Zugriff aller Behörden, territorial begrenzt und hat, Staatsverträge vorbehalten, nur Wirkungen im Inland. Andererseits darf das Sondervermögen nicht dem Zugriff ausländischer Behörden unterliegen, denn ob diese unsere Haftungsnormen betreffend die Sondervermögen anerkennen, richtet sich nach dem jeweiligen ausländischen Verweisungsrecht und ist höchst ungewiss.

58 BRAUMÜLLER, S. 515.

2. Kompetenz der Schweizer Behörden zur Verwertung des Sondervermögens

70. Die erste Frage betrifft das Problem, auf welche Vermögenswerte des Sondervermögens die Schweizer Behörden überhaupt greifen können, welche Vermögenswerte im Inland und welche im Ausland als "belegen" gelten. Hierbei wird nachfolgend sub lit. 79 ff. die vollstreckungsrechtliche Belegenheit für jeden einzelnen Vermögenswert untersucht, die Aussage, dass alle Vermögenswerte die einer Depotstelle im Inland anvertraut wurden, auch im Inland liegen, wäre verkürzt.

3. Positive Kompetenzkonflikte

71. Die zweite Frage betrifft das Problem, auf welche Vermögenswerte die ausländischen Vollstreckungsbehörden, sei es in der Spezial- oder in der Generalexekution greifen können. Dies entscheidet jede Behörde nach ihrem eigenen Recht, welches mit unserem Recht nicht kongruent sein muss. So kann es sein, dass Vermögenswerte die nach schweizerischem Recht als in der Schweiz belegen gelten, vom ausländischem Recht als im Ausland belegen gesehen werden. Diese können, unabhängig davon, ob sie von der Schweiz als in der Schweiz belegen gelten, im Ausland verwertet werden. Die Konsequenz dieses positiven Kompetenzkonfliktes ist, dass der entsprechende Vermögenswert nach der Zwangsverwertung zwei verschiedene Eigentümer erhält, einen in der Schweiz und einen im Ausland. Dadurch würden die Ansprüche der inländischen Versicherer gefährdet, denn ein Vermögenswert, der im Ausland bereits verwertet wurde und einen neuen Eigentümer erhalten hat, kann in einer inländischen Zwangsverwertung gegen das Versicherungsunternehmen nur noch zu einem geringeren Preis verwertet werden. Wann dieses Problem aktuell wird, kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht untersucht werden, da hierfür das ausländische Recht beizuziehen wäre.

B. Im Ausland liegende Vermögenswerte in einem Schweizer Konkurs

1. Allgemeines

72. Wohl will ein schweizerischer Konkurs auch das im Ausland liegende Vermögen umfassen (Art. 27 Abs. 1 KOV). Dies bedeutet indes nicht, dass der schweizerische Konkursverwalter auch die im Ausland belegenen Vermögenswerte beschlagnahmen und verwerten darf. Nur die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte unterliegen dem schweizerischen Konkursbeschlag und werden hier verwertet. Der schweizerische Konkursverwalter soll jedoch versuchen, beim ausländischen Staat die Auslieferung der dort belegenen Vermögenswerte resp. deren Verwertung und Aushändigung des Erlöses zu erlangen[59]. Ob dies möglich ist, bestimmt das ausländische Recht. Dieses kann den Schweizer Konkurs und seine Wirkungen (Konkursbeschlag, Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters, Aufhebung von Einzelzwangsvollstreckungen) gemäss dem sog. Universalitätsprinzip anerkennen, kann die Schweizerische Konkurseröffnung zum Anlass nehmen, im Ausland ein Sekundärverfahren zu eröffnen, oder kann gemäss dem strengen Territorialitätsprinzip den schweizerischen Konkurs ignorieren.

---

[59] BGE 42 III 268 f. Zur Bereitschaft der ausländischen Staaten, diesem Ersuchen nachzukommen, vgl. die Länderübersicht bei H. HANISCH, SZIER 1992, S. 9 ff. und D. STAEHELIN, Anerkennung, S. 71 ff.

2. Der ausländische Staat anerkennt den schweizerischen Konkurs nicht

73. Solange das ausländische Recht den schweizerischen Konkurs über ein hier domiziliertes Versicherungsunternehmen nicht anerkennt, kann jeder Gläubiger durch Einzelvollstreckungen auf die in diesem Land belegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners greifen. Ob hierbei das ausländische Recht die schweizerischen Vorschriften über die Sondervermögen anerkennt, ist ungewiss[60] und muss im Einzelfall untersucht werden. Ob das ausländische Recht die Sondervermögen anerkennt, richtet sich ausschliesslich nach ausländischem Vollstreckungsrecht, welches lege fori qualifiziert. Auch wenn wir das Sondervermögen als zivilrechtliche Haftungsbeschränkung qualifizieren, ist es sehr gut möglich, dass das ausländische Recht diese als vollstreckungsrechtliches Privileg betrachtet, welches grundsätzlich im Ausland nicht anerkannt wird[61].

74. Das oben dargestellt Problem von positiven Kompetenzkonflikten ist besonders zu beachten, wenn der ausländische Staat den Schweizer Konkurs nicht anerkennt, da dann keine Kooperation zwischen den verschiedenen Behörden stattfindet.

3. Der ausländische Staat anerkennt den schweizerischen Konkurs

75. Das Problem entschärft sich nur teilweise, wenn der ausländische Staat den schweizerischen Konkurs anerkennt. Eine Mehrheit der Staaten steht nicht mehr vollkommen auf der Seite des reinen Territorialitätsprinzips und anerkennt oder unterstützt zumindest ausländische Konkurse[62]. Hierbei gibt es wiederum verschiedene Arten, wie Rechtshilfe geleistet wird. Möglich ist neben der vollkommenen Anerkennung z.B. die Eröffnung eines Sekundärkonkurses im Ausland. Unabhängig davon, in welcher Form Rechtshilfe geleistet wird, bleiben in den meisten Staaten die nationalen Bestimmungen über die Konkursprivilegien vorbehalten und es werden keine ausländischen Privilegien anerkannt. Die "Anerkennung" hat somit oft nur die Wirkung, dass Einzelzwangsvollstreckungen eines Gläubigers ausgeschlossen werden, hilft indes wenig bezüglich der Frage, ob die schweizerischen Normen betreffend die Sondervermögen anerkannt werden. Auch ist in den meisten Fällen das Problem der doppelten Belegenheit nicht gelöst.

76. In Deutschland z. B., welches ausländische Konkurse grundsätzlich anerkennt (Art. 102 Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung), bestimmt z. B. § 77 Abs. 5 dt. VAG, dass ausländische Konkursvorrechte zu Gunsten der Versicherten eines Lebensversicherungsunternehmens und zu Gunsten von Versicherten eines Kranken- und Unfallversicherungsunternehmens aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder aus einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) anerkannt werden, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist und die Vorrechte dem § 77 Abs. 5 dt. VAG entsprechen. E contrario sind Konkursvorrechte aus den übrigen Staaten, zu denen auch die Schweiz gehört, nicht zu anerkennen. Es ist nun zu befürchten, dass das deutsche Recht die schweizerischen Vorschriften über die Sondervermögen lege fori als Konkursvorrechte qualifiziert, womit sie nicht anerkannt würden.

---

60 HENNING, S. 22; BRAUMÜLLER, 514 f.
61 D. STAEHELIN, Der Schutz der Versicherten, S. 266 f.
62 Vgl. D. STAEHELIN, Anerkennung, S. 65 ff.

4. Niederlassungskonkurs

77. Verfügt das Versicherungsunternehmen im Ausland über eine Geschäftsniederlassung (als rechtlicher Teil des Hauptunternehmens, nicht als selbständige Tochtergesellschaft[63]), so wird in den meisten Ländern über diese Niederlassung ein separater Konkurs eröffnet und die entsprechenden Vermögenswerte prioritär für die Gläubiger dieser Niederlassung verwendet. Auch hier ist die Gefahr gross, dass die schweizerischen Normen über das Sondervermögen nicht anerkannt werden.

C. Ausländische Zwangsvollstreckungsmassnahmen ausserhalb des Konkurses

78. Nicht nur im Konkurs des Versicherungsunternehmens, sondern auch zuvor ist das im Ausland liegende Sondervermögen durch ausländische Zwangsvollstreckungsbehörden gefährdet. Die ausländische Behörden können gemäss ihrem eigenen Recht jederzeit die im betreffenden Land belegenen Vermögenswerte zu Gunsten irgendwelcher Gläubiger beschlagnahmen. Ob sie hierbei unsere Bestimmungen betreffend die Sondervermögen und das Haftungsvorrecht der Versicherungsnehmer beachten, ist, wie vorgehend beim Konkurs dargetan, zweifelhaft.

D. Belegenheit von Vermögenswerten

1. Allgemeines

79. Dem vollstreckungsrechtlichen Zugriff unterliegen immer nur Rechte, nicht die einzelnen Vermögenswerte. Es wird somit das Eigentum an einer Sache gepfändet, nie die Sache selbst. In einem ersten Schritt gilt es somit abzuklären, auf welche Rechte die Schweizer Vollstreckungsbehörden zugreifen können, d.h., welche Rechte als in der Schweiz «belegen» gelten. Ausgangspunkt ist hierbei das Territorialitätsprinzip, welches eine Zuständigkeitsbeschränkung unter dem Gesichtspunkt einer sinnvollen und verhältnismässigen Interessenabwägung gebietet[64].

80. De lege lata dürfen die Versicherungsunternehmen einen Teil des Sicherungsfonds resp. des gebundenen Vermögen im Ausland anlegen. So dürfen 30 % des Sollbetrages Forderung gegen Schuldner mit Sitz im Ausland sein (Art. 25 Abs. 1 lit. a LeVV; Art. 16 Abs. 1 lit. a SchVV) und 5 % des Sollbetrages aus im Ausland liegenden Grundstücken bestehen (Art. 24 Abs. 1 lit. f, Art. 25 Abs. 1 lit. e LeVV; Art. 16 Abs. 1 lit. e SchVV).

81. Der Begriff der "Belegenheit der Aktiva" wird in Art. 20.3 des Abkommens mit der EWG von 1989 in gewissen Grundzügen definiert, da gemäss Art. 20.1 die technischen Reserven in dem Hoheitsgebiet belegen sein müssen, das der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde der jeweiligen Vertragspartei unterliegt. Dabei wurde versucht, die Belegenheit von Vermögenswerten dort zu lokalisieren, wo sie vollstreckungsrechtlich realisiert werden können (vgl. Art. 20.3 Abs. 1 in fine). Dabei erfolgte indes kein Eingriff in die nationalen Vollstreckungsrechte. Wo diese Vermögenswerte in zwangsvollstreckunsrechtlicher Hinsicht als belegen gelten und wo sie effektiv verwertet

---

63 vgl. hierzu HENNING, S. 72.

64 LUZIUS WILDHABER, Jurisdiktionsgrundsätze und Jurisdiktionsgrenzen im Völkerrecht, SJIR 1985, S. 104; ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, S. 108 ff.

werden können, wird durch das Abkommen nicht normiert, hierfür sind weiterhin die nationalen Rechte der Vertragsparteien massgebend.

2. Dingliche Rechte

82. Dingliche Rechte an Sachen (Fahrnis und Immobilien) gelten in der Schweiz belegen, wenn sich die Sache in der Schweiz befindet. Ausnahmen bestehen für dingliche Rechte an Schiffen und Luftfahrzeugen, die in einem schweizerischen Register eingetragen sind, auf die jedoch hier nicht näher eingegangen werden soll[65].

3. Forderungen

83. Forderungen gelten in Binnenverhältnissen als dort belegen, wo der Gläubiger (der Vollstreckungsschuldner) seinen Wohnsitz hat[66]. Dies gilt auch, wenn der Drittschuldner im Ausland wohnt[67]. Einzig wenn der Gläubiger (Vollstreckungsschuldner) im Ausland, der Drittschuldner jedoch im Inland wohnt, gilt die Forderung vollstreckungsrechtlich als in der Schweiz belegen[68]. Dieser Grundsatz ist die Grundlage für die Verarrestierung von schweizerischen Bankkonten ausländischer Vollstreckungsschuldner. Da es in casu jedoch um Zwangsvollstreckungen gegen Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz geht, soll auf diese Ausnahme nicht näher eingegangen werden.

84. Dieselben Grundsätze gelten für Mitgliedsschaftsrechten an juristischen Personen, die nicht in einem Wertpapier verkörpert sind[69]. Sie liegen am Sitze ihres Inhabers in der Schweiz.

85. In den meisten ausländischen Staaten wird indes die Forderung nicht am Wohnsitz des Vollstreckungsschuldnerns, sondern am Wohnsitz des Drittschuldners belegen gesehen[70]. Grund hierfür ist, dass es schlussendlich der Drittschuldner ist, der gezwungen werden muss, an die Vollstreckungsbehörden zu leisten.

86. Die Forderung eines schweizerischen Versicherungsunternehmens, über das hier in der Schweiz der Konkurs eröffnet wurde, gegen einen ausländischen Drittschuldner, gehört somit aus schweizerischer Sicht in die schweizerische Konkursmasse und kann in der Schweiz gepfändet werden. Aus ausländischer Sicht liegt diese Forderung jedoch im Ausland. Die gleiche Forderung kann somit zweimal verwertet werden. Leidtragender ist hierbei der Drittschuldner, der einmal im Inland und einmal im Ausland gezwungen wird zu zahlen. Eine Verwertung der Forderung im Inland ist jedoch nur dann erfolgsversprechend, wenn die Forderung gegen den ausländischen Drittschuldner auch im Inland eingeklagt werden kann.

87. Es ist somit höchst ungewiss, ob Forderungen gegen Schuldner mit Sitz im Ausland zu Gunsten der Sondervermögen verwertet werden können. Dies ist nur dann der Fall,

---

65 vgl. hierzu D. STAEHELIN, AJP 1995, S. 263.

66 BGE 31 II 210; bestätigt in BGE 109 III 92, 107 III 149; 80 III 126; 76 III 19 mit weiteren Hinweisen.

67 BGE 73 III 121; 52 II 2; D. STAEHELIN, AJP 1995, S. 265.

68 BGE 118 III 10; 116 III 109; 114 III 32; 109 III 92; 107 III 149; 103 III 90; 102 III 99 mit weiteren Hinweisen.

69 BGE 77 III 91; KOCHER-WOLFENSBERGER, S. 86, 224.

70 So auch in der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren Art. 2 lit. g.

wenn der Staat am Wohnsitz des Drittschuldners im Ausland den schweizerischen Konkurs sowie die Regelungen über das Sondervermögen vollumfänglich anerkennt oder wenn die Forderung in der Schweiz eingeklagt werden kann. Zusätzlich ist von Vorteil, dass der ausländische Drittschuldner über genügend Vermögenswerte in der Schweiz verfügt, damit das Urteil hier auch vollstreckt werden kann, denn es ist sehr wohl möglich, dass eine Vollstreckung gegen den Drittschuldner vom Ausland abgelehnt wird, auch wenn ein schweizerisches Urteil vorliegt, da dieses Urteil nach ausländischer Auffassung ordre public-widrig sein kann, weil es die ausländischen Regeln über die Belegenheit verletzt.

4. Forderungen gegen einen ausländischen Schuldner, die bei einer Schweizer Depotstelle geführt werden

88. Dieselben Grundsätze wie bei den Forderungen gelten auch für papierlose Wertrechte (Forderungen und Mitgliedschaftsrechte) eines ausländischen Schuldners (z. B. französische Obligationen und Aktien), auch wenn sie bei einer Depotbank mit Sitz in der Schweiz geführt werden[71]. Nach Schweizer Recht liegen sie in der Schweiz, während sie nach ausländischem Recht als im Ausland belegen gelten.

89. In der Literatur wird nun vorgebracht, dass ein vollstreckungsrechtlicher Beschlag auf diese Rechte im Ausland praktisch nicht möglich sei, da nur die Schweizer Bank, die das Depot führt, von der Berechtigung des Gläubigers Kenntnis hat und einzig diese Bank über die Wertrechte verfügen könne[72]. Ob dies tatsächlich möglich ist, muss im Einzelfall bei jedem Land gesondert untersucht werden. Dabei wäre darauf hinzuweisen, dass im Konkursfalle auf Grund des allen Gläubigern zugänglichen Inventars des Konkursverwalters jeder Gläubiger weiss, welche Wertrechte ausländischer Emittenten der Schuldner besitzt. Wird zudem im Ausland ein Sekundärverfahren eröffnet und dort ein eigener Konkursverwalter eingesetzt, so ist wahrscheinlich, dass dieser sich um diese Rechte kümmern wird.

5. Wertpapiere

90. Forderungen, welche in einem Wertpapier verkörpert sind, wie Aktien und Obligationen, liegen dort, wo das Wertpapier sich befindet[73]. Soweit Wertschriften bei einer Depotstelle im Ausland deponiert sind, liegen sie im Ausland. Ob die Urkunde Wertpapier und nicht bloss Beweisurkunde ist, bestimmt das auf die verbriefte Forderung anwendbare Recht[74].

91. Problematisch ist die Situation, wenn eine Bank mit Sitz in der Schweiz für einen Schuldner ein Wertpapierdepot führt, diese Wertpapiere indes effektiv bei einer Korrespondenzbank oder Wertpapiersammelstelle im Ausland[75] gelagert werden. Dies ist insbesondere bei ausländischen Wertpapieren üblich. Grundsätzlich kann, wenn sich

---

71 KROLL, SZW 1994, S. 248; BRUNNER, S. 297.
72 KROLL, SZW 1994, S. 248.
73 BGE 116 III 109; 112 III 118; 103 III 190; 102 III 97; 99 III 20; 92 III 26; 67 III 11; 48 III 99; 32 I 799; BRUNNER, S. 292.
74 D. STAEHELIN, AJP 1995, S. 263.
75 Die Situation, dass die Wertpapiere von einer Bank mit Sitz in der Schweiz bei einer Sammelstelle im Inland aufbewahrt werden (vgl. hierzu KOCHER-WOLFENSBERGER, S. 226 ff.; BRUNNER, S. 297), stellt in vorliegendem Kontext keine besonderen Probleme.

eine Sache im Ausland befindet, deren Eigentümer jedoch im Inland Wohnsitz hat, beim Eigentümer nicht sein dinglicher Vindikationsanspruch[76] oder sein obligatorischer Herausgabeanspruch[77] in der Schweiz vollstreckungsrechtlich beschlagnahmt und verwertet werden. Eine Ausnahme besteht bei Wertpapieren, welche bei einer inländischen Depotbank für den Schuldner verwahrt werden, tatsächlich bei einer Korrespondenzbank oder Wertpapiersammelstelle im Ausland liegen. Diesfalls kann der dingliche Herausgabeanspruch des Kunden und Eigentümers gegen die Depotbank wie eine Forderung in der Schweiz admassiert und verwertet werden[78].

92. Soweit nun die Papiere effektiv im Ausland liegen, ist jedoch nicht sicher, ob sie im Konkurs der Versicherungsgesellschaft auch tatsächlich admassiert werden können. Wohl hat die inländische Depotbank die Pflicht, der Konkursverwaltung die Verfügungsgewalt über die Papiere zu verschaffen. Es ist jedoch zumindest nicht ausgeschlossen, dass gleichzeitig gemäss dem ausländischen Recht ein vollstreckungsrechtlicher Beschlag auf die Papiere selbst gelegt wird. Diesfalls kann die Depotstelle der Konkursverwaltung nicht mehr liefern und wird, da sie kein Verschulden trifft und es sich um einen Fall von höherer Gewalt handelt, auch nicht schadenersatzpflichtig. Es wäre daher dem Konkursverwalter zu raten, sofort alle im Ausland liegenden Papiere zu verkaufen und den Erlös in der Schweiz anzulegen. Ein Verkauf ohne Zustimmung der zweiten Gläubigerversammlung resp. eines entsprechenden Zirkularbeschlusses ist zulässig bei Wertpapieren und anderen Gegenständen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben (Art. 243 Abs. 2 Satz 2 SchKG). Ein derartiges Vorgehen ist jedoch nicht mehr möglich, wenn die Beschlagnahmung im Ausland bereits vor der Konkurseröffnung im Inland stattgefunden hat. Die entsprechende Gefahr erscheint jedoch klein zu sein, da die Gläubiger des Versicherungsunternehmens vor der Konkurseröffnung gar nicht wissen, welche Wertpapiere im Ausland deponiert wurden[79].

E. Risikoabklärung

Bei einer Risikoabklärung, ob die Verwahrung von Vermögen [illegible] im Ausland [illegible]

96. Falls die Vermögenswerte nach der Schweizer Konkurseröffnung im Ausland verwertet werden, anerkennt das ausländische Recht die schweizerischen Vorschriften betreffend die Sondervermögen?

97. Wie gross ist die Chance, dass einzelne Gläubiger faktisch überhaupt auf die im Ausland liegenden Vermögenswerte vor der Konkurseröffnung greifen können?

98. Kann der Konkursverwalter oder vorgängig die Aufsichtsbehörde sofort die im Ausland liegenden Vermögenswerte verkaufen?

F. Lösungsvorschläge:

99. Es sei empfohlen, Hinterlegungen bei Depotstellen im Ausland grundsätzlich zu verbieten. Als gesetzliche Grundlage kann hierfür Art. 13 Abs. 2 SG, Art. 46 LeVV und Art. 13 Abs. 2 SchVG beigezogen werden.

100. Aus Sicht des Insolvenzschutzes wäre es im Interesse der Versicherten, wenn das Versicherungsunternehmen keine Wertpapiere erwirbt, welche effektiv im Ausland gelagert werden. Ob dies faktisch möglich ist, ist fraglich. Zum einen müsste bei jedem einzelnen Papier dessen Verwahrungsort bestimmt werden, zum anderen dürfte der Markt für Papiere, die in der Schweiz gelagert werden, zu klein sein.

101. Möglich wäre auch, dass die Aufsichtsbehörde erst dann die Bewilligung zur Konkurseröffnung gibt, wenn sämtliche Papiere, die im Ausland verwahrt werden, verkauft und der Erlös in die Schweiz geschafft wurde. Problematisch wird es allerdings, wenn die Gesellschaft während dieser Zeit illiquid wird, da sich dann die Konkurseröffnung kaum mehr verhindern lässt. Auch besteht dann das Problem fort, dass gewisse Gläubiger durch Einzelzwangsvollstreckungsmassnahmen im Ausland diese Werte beschlagnahmen lassen.

102. Das Beste wäre, wenn die Schweiz mit den wichtigsten ausländischen Staaten bi- oder multilaterale Staatsverträge über die Anerkennung von Versicherungskonkursen und die Beachtung ausländischer Vorschriften über die dem Schutz der Versicherten dienenden Sondervermögen abschliessen würde. In der EU wurde am 19. März 2001 die "Richtlinie 2001/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen[80]" erlassen. Darin wird vorgeschrieben, dass nur im Land, in welchem das Versicherungsunternehmen zugelassen wurde, ein Liquidationsverfahren eröffnet werden kann (Art. 8 Abs. 1 in Verb. m. Art. 2 lit. e). Das Recht dieses Landes bestimmt sodann, wie der Erlös aus der Verwertung verteilt wird und welchen Rang die Forderungen haben (Art. 9 lit. h). Dabei müssen die Staaten die Versicherungsforderung nach einer der beiden in Art. 10 dargestellten Methoden bevorrechtigt behandeln. Es wäre nun anzustreben, dass, analog dem sog. Lugano Übereinkommen" betreffend die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, mit der EU ein Abkommen getroffen wird, welches die EU-Regelung auf weitere Staaten ausdehnt.

80 Der Text dieser Richtlinie findet sich im Internet unter: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2001/I_057/I_05720010227de00560056. pdf

81 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (SR 0.275.11).

103. De lege ferenda wären zudem Art. 25 Abs. 1 lit. a LeVV und Art. 16 Abs. 1 lit. a SchVV, wonach 30 % des Sollbetrages des Sondervermögens aus Forderung gegen Schuldner mit Sitz im Ausland bestehen kann, sowie Art. 24 Abs. 1 lit. f, Art. 25 Abs. 1 lit. e LeVV und Art. 16 Abs. 1 lit. e SchVV, wonach 5 % des Sollbetrages aus im Ausland liegenden Grundstücken bestehen kann, aufzuheben.

XII. Paulianische Anfechtung

104. Zumindest in der Lebensversicherung kann die Aufsichtsbehörde das Versicherungsunternehmen bei einer Unterdeckung anweisen, zusätzliche Vermögenswerte dem Sicherungsfonds zuzuweisen (Art. 6 SG; Art. 21 Abs. 2 LeVV). In der Schadenversicherung fehlt zwar eine ausdrückliche entsprechende Bestimmung, doch ergibt sich die Befugnis der Aufsichtsbehörde aus Art. 17 Abs. 2 VAG, wonach sie gegen Missstände einzuschreiten hat, welche die Interessen der Versicherten gefährdet. Ein derartiger Missstand liegt vor, wenn nicht ausreichend (vgl. Art. 11 SchVG) gebundenes Vermögen in den Büchern der Gesellschaft erfasst (Art. 13 SchVV) und separat verwahrt ist (Art. 25 SchVV).

105. Durch eine derartige Zuweisung zu Sondervermögen werden die übrigen Gläubiger benachteiligt, denen bisher das freie Vermögen als Haftungsgrundlage diente. Ist nun diese Übertragung paulianisch (Art. 285 ff. SchKG) anfechtbar?

106. Nicht jede Verminderung von Haftungssubstrat innert der "Verdachtsfristen" von Art. 286-288 SchKG ist paulianisch anfechtbar, sondern nur diejenigen Handlungen, welche in den genannten Artikeln genau umschrieben werden. Auf den erwähnten Tatbestand könnte insbesondere Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG Anwendung finden, wonach die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war, anfechtbar sind, wenn sie innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen wurden und der Schuldner damals bereits überschuldet war. Die Anfechtung aufgrund dieser Bestimmung ist indes ausgeschlossen, wenn die Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit rechtlich durchsetzbar ist[82]. Die Verpflichtung zur Sicherstellung kann sich auf Gesetz abstützen[83], wobei sie sich auch aus dem öffentlichen Recht ergeben kann, wie z. B. dem Steuerrecht[84].

107. In casu ergibt sich die Verpflichtung zur Sicherstellung aus dem Gesetz. Auch wenn die Aufsichtsbehörde die Zuweisung zusätzlicher Werte zum Sondervermögen verlangt, ordnet sie nur das an, was das Versicherungsunternehmen von Gesetzes wegen sicherstellen müsste. Selbst Sicherstellungspflichten, die sich nicht direkt auf das Gesetz, sondern nur auf Weisungen der Aufsichtsbehörden stützen würden, würden das Versicherungsunternehmen rechtlich verpflichten, der Weisung nachzukommen, womit die Anfechtung gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ausgeschlossen ist.

---

82 BGE 43 III 228 ff.; 33 II 187; SchKG-Adrian Staehelin, Art. 287 N 8.
83 SchKG-Adrian Staehelin, Art. 287 N 8.
84 SchKG-Adrian Staehelin, Art. 287 N 8.

108. Aus ähnlichen Gründen ist eine Anfechtung gemäss Art. 288 SchKG ausgeschlossen. Gemäss dieser Bestimmung sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Wenn nun das Versicherungsunternehmen Vermögenswerte in das Sondervermögen überweist, geschieht dies nicht, um einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, sondern um den gesetzlichen Vorschriften nachzukommen. Dass hierdurch gewisse Gläubiger begünstigt werden, ist ein Entscheid des Gesetzgebers, der nicht durch Anfechtungsklagen in Frage gestellt werden kann.

109. Es ist somit ausgeschlossen, dass die Überweisung von Vermögenswerten zu Sondervermögen paulianisch angefochten werden kann.

XIII. Kaution der ausländischen Versicherungen

110. Die Kautionen der ausländischen Versicherungen werden gemäss Auskunft des Bundesamtes für Privatversicherungen im Namen des Versicherungsunternehmens bei der Nationalbank oder einer anderen vom Bundesrat bezeichneten Stelle hinterlegt.

111. Der Begriff der Kaution wird im schweizerischen Recht für verschiedene Sachverhalte verwendet[85]. Oft versteht man darunter ein irreguläres Pfandrecht (Barkaution), wo der Pfandgläubiger Eigentümer an vertretbaren Sachen wird[86]. Bei der Kaution ausländischer Versicherungsunternehmen dürfte es sich wohl um eine spezialgesetzlich geregelte Kaution sui generis handeln. Aus dem Begriff der Kaution ist zumindest abzuleiten, dass das Versicherungsunternehmen keine Verfügungsmacht über die hinterlegte Kaution hat. Daher kann die Hinterlegungsstelle kein Retentionsrecht geltend machen[87].

112. Da die Kaution im Namen des Versicherungsunternehmens hinterlegt wird, stellt sich grundsätzlich das gleiche Problem bezüglich der Verrechnung wie bei einer Hinterlegungsstelle, welche den Sicherungsfonds resp. das gebundene Vermögen einer inländischen Gesellschaft verwahrt. Die Hinterlegungsstelle könnte ihre Verpflichtung auf Rückgabe der Kaution mit Gegenansprüchen gegen das Versicherungsunternehmen verrechnen, da das Versicherungsunternehmen, in dessen Namen die Kaution hinterlegt wurde, formell deren Eigentümerin ist. Dass das Versicherungsunternehmen daran keine Verfügungsmacht hat, steht der Verrechnung nicht entgegen. Es ist somit auch von der Hinterlegungsstelle, bei welcher die Kaution deponiert wurde, eine Verrechnungsverzichtserklärung zu verlangen.

---

85 ZK-Oftinger/Bär, Systematischer Teil vor Art. 884 ZGB, N 343.
86 ZK-Oftinger/Bär, Systematischer Teil vor Art. 884 ZGB, N 183, 186.
87 Vgl. vorne Ziff. 59.

XIV. „Convention de Depot" der Luxemburger Aufsichtsbehörden

113. Die vorliegende "Convention de Depot" (nachfolgend CD) der Luxemburger Aufsichtsbehörden entspricht inhaltlich weitgehend dem Schweizer Musterreglement[88]. Im Unterschied zum Schweizer Recht werden indes Listen über das freie Vermögen geführt, der gesamte Rest gehört zum Sondervermögen (Art. 1 CD). Das Versicherungsunternehmen nimmt zur Kenntnis, das sämtliches Vermögen, welches nicht in den genannten Listen geführt wird, als Sondervermögen gemäss dem Luxemburger Recht mit einem Privileg zu Gunsten der Versicherten behaftet ist (Art. 2 CD). Es wird sodann ein Verrechnungsausschluss erwähnt (Art. 3 CD); ob dieser dabei vereinbart oder gemäss dem Luxemburger Recht von Gesetzes wegen besteht, ist nicht ersichtlich. Der Auschluss des Retentionsrechts wird nicht ausdrücklich erwähnt, evtl. ist er im letzten Satz von Art. 3 CD enthalten, wonach das Sondervermögen nicht mit "privilèges et garanties" belastet werden könne. Sodann verpflichtet sich die Depotbank zu umfassenden Meldungen und Auskünften an die luxemburgische Aufsichtsbehörde (Art. 5 lit. a und b, Art. 6 CD). Schliesslich verpflichtet sich die Depotbank, einer Blockierungsverfügung der Luxemburger Aufsichtsbehörde nachzukommen (Art. 5 lit. c CD). Hierbei werden wohl im Sinne eines Vertrages zu Gunsten Dritter der Luxemburger Aufsichtsbehörde eigene Rechte zuerkannt.

114. Offensichtlich verwendet die Luxemburger Aufsichtsbehörde die "Convention de Depot" auch im Verhältnis zu ausländischen Depotstellen, denn in Art. 5 Abs. 3 hat die Depotstelle zu bestätigen, dass es in ihrem Heimatrecht keine Vorschriften gibt, welche verbieten würden, der Luxemburger Aufsichtsbehörde Auskunft zu erteilen und ihrer Blockadeverfügung nachzukommen. Hierbei erstaunt, dass keine Rechtswahl aufgenommen wurde, denn gemäss der verbreiteten Theorie, wonach an die typische Vertragsleistung angeknüpft wird, wäre es das Recht am Sitz der ausländischen Depotbank und nicht das luxemburgische Recht, welches auf die "Convention de Depot" Anwendung finden würde. Interessanterweise wurde auch kein Gerichtsstand vereinbart.

115. Die ausländische Depotstelle ist gut beraten, ihr nationales Recht genau zu prüfen, ob dieses zulässt, dass sich eine inländische Depotstelle einer ausländischen Behörde unterwirft.

116. Im Verhältnis zu inländischen Depotstellen enthält die "Convention de Depot" keine Bestimmungen, welche in das Schweizer Musterreglement zu übernehmen wären. Im Verhältnis zu ausländischen Depotstellen ist die "Convention de Depot" wiederum zu knapp und lässt wichtige Fragen offen. So ist unklar, ob die Aufsichtsbehörde als begünstigter Dritter eigene private Rechte geltend machen kann. Die in der "Convention de Depot" vorgesehene Blockade von Vermögenswerten vermag schliesslich das oben dargestellte Problem der ausländischen Zwangsverwertung der im Ausland liegenden Vermögenswerte nicht zu lösen, da die Depotstelle die Vermögenswerte nur zu blockieren und nicht der Luxemburger Behörde auszuliefern hat. Eine derartige Verpflichtung würde offensichtlich keine ausländische Depotstelle eingehen.

---

[88] Beilage zu Zirkular Nr. 771 D der SBVg vom 9. 4. 1987.

117. Sollte daran festgehalten werden, dass ein Teil des Sondervermögens bei ausländischen Depotstellen hinterlegt werden darf, so empfiehlt es sich, für jedes Land ein eigenes Musterreglement zu entwerfen, welches einerseits der Schweizer Aufsichtsbehörde die grösstmöglichen Befugnisse verleiht, andererseits auch effektiv durchgesetzt werden kann.

Basel, den 28. Februar 2003

Dr. Daniel Staehelin

Literaturverzeichnis

AEPLI VICTOR	(Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung Art. 114-126 OR, Zürich 1991
AMONN KURT/GASSER DOMINIK	Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl. 1997
BARTHOLD BEAT	Aussonderung von Treugut im schweizerischen Partikularkonkurs, Diss. Basel, Zürich 1997
BK-BEARBEITER	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1910
BRAUMÜLLER PETER	Versicherungsaufsichtsrecht, Wien/New York 1999
BRUNNER CHRISTOPH	Wertrechte - nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere-, Diss. Bern 1996
FAVRE ANTOINE	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956
FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH	Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. Aufl., Bd. I 1984, Bd. II 1993
GANZ ALEXANDER FELIX	Ausländische Versicherungsunternehmen und staatliche Aufsicht in der Schweiz, Diss. Zürich 1979
GILLIÉRON PIERRE-ROBERT	Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, 1999 (Art. 1-88), 2000 (Art. 89-158)
HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG	Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2002
HENNING PETER	Die Zwangsliquidation von Versicherungsunternehmen, Karlsruhe 1998
JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/ KULL M. THOMAS/KOTTMANN MARTIN	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 1997/1999
KOCHER-WOLFENSBERGER REGINE FIDES	Namenaktien mit aufgeschobenem Titeldruck im Vollstreckungsrecht, Diss. Zürich 1990
KROLL MARKUS J.	Arrest von Wertrechten in Sammelverwahrung, SZW 1994, S. 244 ff.
KROPHOLLER JAN	Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen, 7. Aufl. 2002

LEU URS	Kommentar zu Art. 68-90 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel und Frankfurt 1996.
MEIER ISAAK	Privatrecht und Prozessrecht - eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992, S. 1 ff.
OFTINGER KARL/BÄR ROLF	(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. 2. c., Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1981
OR-(BEARBEITER)	Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl. Basel 1996
PIOTET PAUL	Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Basel 1981
PRÖLLS	Versicherungsaufsichtsgesetz mit Europäischem Gemeinschaftsrecht und Recht der Bundesländer, 11. Aufl., herausgegeben von Reimer Schmid, Beck'sche Kurz-Kommentare, München 1997
RECHENBUCH FRANZ	Der Konkurs von Lebensversicherungsgesellschaften, Diss. Zürich 1934
SCHKG-(BEARBEITER)	Staehelin Adrian/Bauer Thomas/ Staehelin Daniel (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998
SCHNYDER ANTON K.	Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990
SCHRANER MARIUS	(Zürcher) Kommentar, Obligationenrecht, Art. 68-83 OR, Zürich 1991
STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS	Zivilprozessrecht, Zürich 1992
STAEHELIN DANIEL	Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss. Basel 1989
DERS.	Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff.

DERS.	Der Schutz der Versicherten im Insolvenzrecht, in: Fritz Reichert-Facilides/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Versicherungsrecht in Europa, Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts, Basel/Genf/München 2000, S. 247 ff.
STUDER FRANZ	Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, Diss. Zürich 2000
THEVENOZ LUC	Patrimoines fiduciaires et exécution forcée, in: Insolvence, désendettement et redressement, FS Louis Dallèves, Basel 2000, S. 345 ff.
VON TUHR ANDREAS/PETER HANS	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979
WEBER ROLF	Berner Kommentar, Obligationenrecht, Art. 68-96 OR, Bern 1983
ZGB-(BEARBEITER)	Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., Basel 2002, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Basel 1998