

DEZEMBER 2014

Newsletter

Autoren:

Martin Weber
Philipp ChianiSWISS LAW FIRM
OF THE YEAR 2014
Chambers Europe

CORPORATE M&A / BANKING & FINANCE

M&A-Transaktionen von Banken – Vom Sprint zum Hürdenlauf

Die Strukturierung und praktische Abwicklung von M&A-Transaktionen von Banken weist eine Vielzahl von Besonderheiten auf, die sich aus der Regulierung dieser Branche und dem Bankkundengeheimnis ergeben. Dies gilt namentlich bei *Asset Deals*, welche im aktuellen Marktumfeld gegenüber *Share Deals* stark an Bedeutung gewonnen haben.

1 EINLEITUNG

Im Nachgang zur Finanzmarktkrise und vor dem Hintergrund der fundamentalen Veränderungen in der nationalen und internationalen Regulierung der Finanzindustrie haben M&A-Transaktionen in dieser Branche generell an Aktualität gewonnen. Davon sind in zunehmendem Mass auch **schweizerische Privatbanken und Vermögensverwalter** betroffen. Nachfolgend werden ausgewählte Besonderheiten dargestellt, die bei der Strukturierung und beim Vollzug von M&A-Transaktionen schweizerischer Banken ein besonderes Augenmerk verdienen, namentlich wenn sie in der Form von *Asset Deals* erfolgen.

2 WAHL DER PASSENDEN TRANSAKTIONSFORM

Für die Übernahme einer Bank bzw. für den Kauf eines Teils einer Bank mit Sitz in der Schweiz stellt das schweizerische Recht **verschiedene Transaktionsformen** zur Verfügung:

Für die Übernahme einer Bank als Ganzes steht ein **Share Deal** oder eine **Fusion** im Vordergrund. Da aber im heutigen Marktumfeld, nicht zuletzt vor dem Hintergrund von sog. *Legacy Issues*, eine Bank als Ganzes (wenn überhaupt) nur unter erschwerten Umständen verkäuflich ist, haben diese klassischen Transaktionsformen in jüngerer Zeit an Bedeutung verloren. So werden zunehmend nur gewisse von den Parteien massgeschneiderte Teile einer Bank in der Form von sog. **Asset Deals** veräussert oder sogar nur sog. **Referral Agreements** abgeschlossen. Weitere mögliche Transaktionsformen, wie namentlich die vorgängige **Abspaltung** des zu veräussernden bzw. verbleibenden Teils in eine separate Gesellschaft, fallen demgegenüber aus zeitlichen Gründen sowie aufgrund der im Gesetz vorgesehenen und sehr weitgehenden solidarischen Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften in der Regel ausser Betracht.

3 ASSET DEAL IM BESONDEREN

Für den *Asset Deal* stehen im schweizerischen Recht grundsätzlich zwei verschiedene Transaktionsformen zur Verfügung.

3.1 EINZELÜBERTRAGUNG VON AKTIVEN UND PASSIVEN

Bei dieser klassischen Form eines *Asset Deal* müssen alle von der Übertragung betroffenen **Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse der Bank je einzeln** auf die Erwerberin übertragen werden. Dabei sind sämtliche obligatorischen- und sachenrechtlichen Übertragungsformalitäten zu beachten.

In Bezug auf **Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnisse** heisst das insbesondere, dass die Zustimmung der betroffenen Drittparteien eingeholt werden muss. Die Übertragung von **Forderungen** erfolgt demgegenüber mittels schriftlicher Abtretungserklärung und Anzeige an die Drittschuldner.

Die zu übertragenden Bankkunden und sonstigen Vertragsparteien müssen somit ihrer Übertragung auf die Erwerberin einzeln zustimmen, ansonsten sie bei der übertragenden Bank verbleiben.

3.2 VERMÖGENSÜBERTRAGUNG NACH FUSIONSGESETZ

Bei der **Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz (FusG)**, die auf Seiten der übertragenden Partei allerdings nur den in der Schweiz im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgern offen steht, gehen die zu übertragenden Aktiven und Passiven der Bank mit Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister von Gesetzes wegen **automatisch** auf die Erwerberin über.

„Bei der Due Diligence Prüfung von Banken ist dem richtigen Umgang mit dem Bankkundengeheimnis ein besonderes Gewicht zuzumessen.“

Nach vorherrschender Meinung werden dabei auch **Vertragsbeziehungen** automatisch auf die Erwerberin übertragen, ohne dass es dafür der Zustimmung der betroffenen Drittparteien bedarf. Inwiefern dies auch in Bezug auf Bankkundenbeziehungen gilt, wird unter Ziffer 6.3 näher erläutert.

Eine Vermögensübertragung nach FusG hat in Bezug auf die Zusammensetzung und Bewertung der zu übertragenden Aktiven und Passiven sowie auf den dafür bezahlten Kaufpreis eine gewisse **Handelsregisterpublizität** zur Folge, welche den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Parteien oft zuwider läuft. Sodann bleibt die übertragende Bank zusammen mit der Erwerberin für die übertragenen Verbindlichkeiten, deren Entstehungsgrund vor dem Übertragungstichtag liegt, **solidarisch haftbar**. Und zwar gilt dies während dreier Jahre nach Veröffentlichung der Vermögensübertragung, bzw. für Verbindlichkeiten, die erst nach Veröffentlichung der Vermögensübertragung fällig werden, während dreier Jahre nach deren Fälligkeit.

Diese letztgenannten Aspekte führen in der Praxis oft dazu, dass die Parteien auf die praktischen Vorteile dieser Transaktionsform verzichten und ihre Transaktion stattdessen in Form der klassischen Einzelübertragung der betroffenen Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse abwickeln; dies namentlich dann, wenn in Bezug auf das Bankkundengeheimnis ohnehin der vorsichtige Weg des Einholens der Zustimmung der Bankkunden (siehe dazu Ziff. 6.3) beschritten wird.

4 REGULATORISCHE HÜRDEN

4.1 SHARE DEAL

Wird eine schweizerische Bank mittels *Share Deal* verkauft, müssen sowohl die Verkäuferin als auch die Käuferin einer **qualifizierten Beteiligung** von mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmen der betroffenen Bank die beabsichtigte Transaktion vor Vollzug der FINMA melden. Gleiches gilt im Fall einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an einer Bank, bei der die Schwellenwerte von 20%, 33% oder 50% des Kapitals oder der Stimmen erreicht oder über- bzw. unterschritten werden. Darüber hinaus besteht eine nachträgliche Meldepflicht der übertragenden Bank.

Die **Bewilligung**, über welche die zu verkaufende Bank verfügt, bleibt grundsätzlich unverändert bestehen. Zu beachten gilt es jedoch, dass die zu verkaufende Bank sämtliche Bewilligungsvoraussetzungen laufend erfüllen muss. Daher ist etwa die vorgängige Genehmigung der FINMA einzuholen, wenn infolge der Transaktion eine Änderung in der Geschäftstätigkeit bzw. Verwaltungsorganisation der Bank beabsichtigt ist bzw. notwendig wird, oder wenn sich ein Wechsel einer qualifizierten Beteiligung auf die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung auswirkt. Vorbehalten bleibt zudem eine etwaige **Zusatzbewilligung**, die eingeholt werden muss, wenn die Bank nach der Übernahme ausländisch beherrscht wird, oder wenn sich eine bestehende ausländische Beherrschung ändert.

4.2 ASSET DEAL

Wird lediglich ein Teil einer Bank mittels *Asset Deal* verkauft, ist aus regulatorischer Sicht relevant, ob die Käuferin bereits über eine **Bankbewilligung** verfügt oder aber erst aufgrund des *Asset Deal* als Bank qualifiziert und daher eine Bewilligung benötigt.

Während die Käuferin, welche erst durch den *Asset Deal* zur Bank wird, vor Vollzug des *Asset Deal* über eine Bankbewilligung verfügen muss, braucht die Käuferin, welche bereits als Bank qualifiziert, für den Vollzug der Transaktion grundsätzlich keine neue Bewilligung. Hat der *Asset Deal* aber auf Seiten der Erwerberin und/oder auf Seiten der veräussernden Bank Änderungen in Bezug auf die Geschäftstätigkeit bzw. Verwaltungsorganisation zur Folge, ist dafür – und damit indirekt für die betreffende Transaktion – die vorgängige Genehmigung der FINMA einzuholen.

5 BESONDERHEITEN BEI DER DUE DILIGENCE

Unabhängig von der im konkreten Fall gewählten Transaktionsform kommt bei der **Due Diligence Prüfung** von Banken dem richtigen Umgang mit dem Bankkundengeheimnis ein ganz besonderes Gewicht zu.

Datenschutz bzw. Vertraulichkeit von Daten, welche im Rahmen einer Due Diligence Prüfung den Kaufinteressenten offengelegt werden, stellen bereits an eine nicht-ban-

kenspezifische Due Diligence Prüfung hohe Anforderungen. So stehen insbesondere Datenschutz- und Vertraulichkeitsverpflichtungen der betroffenen Gesellschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern und übrigen Vertragspartnern oft in einem diametralen Gegensatz zu den extensiven Informationsbedürfnissen der Kaufinteressenten.

Dieser grundsätzliche Zielkonflikt verschärft sich im Rahmen einer bankenspezifischen Due Diligence Prüfung durch das **Bankkundengeheimnis**. Grundsätzlich dürfen im Rahmen einer Due Diligence Prüfung ohne vorgängige Zustimmung der betroffenen Kunden keinerlei Kundeninformationen offengelegt werden. Da der Umfang und die Qualität der Kundenbasis bei einer Bankenakquisition aber den zentralen Werttreiber darstellt, will eine vorsichtige Erwerberin diesen Bereich vorgängig unter die Lupe nehmen können.

"Im aktuellen Marktumfeld haben *Asset Deals* in M&A Transaktionen in der Finanzindustrie gegenüber *Share Deals* stark an Bedeutung zugenommen."

Dafür hat sich in der Praxis die Methode eingebürgert, dass die Due Diligence Prüfung betreffend die zu übernehmenden Bankkunden durch ein (von der Kaufinteressentin ausgewähltes, aber formell von der betroffenen Bank mandatiertes) **Beraterunternehmen** vorgenommen wird, das bzw. dessen Berater somit selber dem Bankkundengeheimnis unterstehen. Bei der Mitteilung des Ergebnisses einer solchen Prüfung an die Kaufinteressentin ist dann sicherzustellen, dass alle vom Bankkundengeheimnis geschützten Informationen anonymisiert werden.

6 BESONDERHEITEN BEIM VOLLZUG

6.1 ALLGEMEINES

Je nach dem was für eine Transaktionsform gewählt wird, stellt das Bankkundengeheimnis auch beim **Vollzug** einer M&A-Transaktion im Bankenbereich eine besondere Herausforderung dar.

Der Vollzug eines *Share Deal* bringt diesbezüglich grundsätzlich keine Schwierigkeiten mit sich, da der Geheimnisträger, d.h. die Zielgesellschaft, auch nach dem Vollzug der Transaktion der Gleiche bleibt. Hingegen akzentuiert sich die Problematik in einem *Asset Deal*, da hier die vom Bankkundengeheimnis geschützten Informationen spätestens beim Vollzug der M&A-Transaktion vom bisherigen auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden.

6.2 BANKKUNDENGEHEIMNIS UND EINZELÜBERTRAGUNG VON AKTIVEN UND PASSIVEN

Wie vorne ausgeführt, müssen Bankkunden, die auf dem Weg einer **Einzelübertragung von Aktiven und Passiven** übertragen werden, dieser Übertragung **zustimmen**. Aus Gründen des Bankkundengeheimnisses dürfen die zu übertragenden Bankkunden jedoch dafür keinesfalls von der Käuferin angeschrieben und kontaktiert werden, sondern ausschliesslich von der verkaufenden Bank selbst.

Die Frage, ob aus Gründen des Bankkundengeheimnisses eine ausdrückliche oder sogar schriftliche Zustimmung der

Bankkunden vorliegen muss, oder ob auch deren stillschweigende bzw. konkludente Zustimmung genügt, ist aufgrund der Umstände im Einzelfall zu beurteilen, sofern nicht ohnehin ein "*Re-Papering*" der Bankkundenbeziehung vorgesehen ist. Für Kunden mit banklagernder Post sind diesbezüglich in jedem Fall besondere Vorkehren angebracht.

Es versteht sich, dass das Erfordernis von individuellen – und unter Umständen sogar ausdrücklichen bzw. schriftlichen – Zustimmungen aller betroffenen Bankkunden diese Transaktionsform besonders schwerfällig und aufwändig macht; dies namentlich in Fällen, in denen ein grosses und möglicherweise globales Kundenportfolio übertragen werden soll.

6.3 BANKKUNDENGEHEIMNIS UND VERMÖGENSÜBERTRAGUNG NACH FUSG

Bei Banktransaktionen auf dem Weg der **Vermögensübertragung nach FusG** hat sich in der Praxis teilweise die Ansicht durchgesetzt, dass mit dem Handelsregistereintrag **automatisch** die Bankkundenbeziehungen einschliesslich der vom Bankkundengeheimnis geschützten Kundendaten auf die Erwerberin übergehen. Gemäss dieser Praxis genügt es, die betroffenen Bankkunden nachträglich über den erfolgten Übergang zu informieren.

Dazu fehlt jedoch eine klare gesetzliche Grundlage oder einschlägige Gerichtspraxis. Namentlich die strafrechtlich geschützte Komponente des Bankkundengeheimnisses birgt diesbezüglich gewisse Risiken und lässt es daher als ratsam erachten, in jedem Einzelfall einer Vermögensübertragung nach FusG, zu prüfen, ob trotz automatischen Übergangs der Vertragsbeziehung nicht doch die zumindest konkludente Zustimmung der betroffenen Bankkunden einzuholen ist.

"In grenzüberschreitenden Transaktionen erweist sich eine universelle Übertragung des betroffenen Bankgeschäfts auf dem Weg der Vermögensübertragung nach FusG häufig nicht als gangbarer Weg."

Die Vermögensübertragung nach FusG setzt voraus, dass dem Handelsregisteramt unter anderem auch eine Liste der zu übertragenden Vertragsverhältnisse eingereicht wird. Diese Unterlagen können in der Folge ohne jeglichen Interessensnachweis von jeder Person beim Handelsregisteramt eingesehen und sogar kopiert werden. Um in diesem Kontext nicht eine qualifizierte Bankkundengeheimnisverletzung zu begehen, hat die veräussernde Bank dafür Sorge zu tragen, dass die zu übertragenden Kundenbeziehungen in den einzureichenden Unterlagen, so weit wie möglich und vom Handelsregisteramt toleriert, nur in **generell-abstrakter bzw. anonymisierter Form** aufgeführt werden.

7 GRENZÜBERSCHREITENDE TRANSAKTIONEN

Insbesondere bei M&A-Transaktionen, an welchen ausländische Bankinstitute beteiligt sind, stellen sich zusätzlich schwierige Fragen in Bezug auf das **anwendbare Recht**. Dies gilt bereits beim Verkauf des von der schweizerischen

Zweigniederlassung eines ausländischen Bankinstituts in der Schweiz betriebenen Bankgeschäfts an eine schweizerische Käuferin, da hier aus juristischer Sicht das ausländische Bankinstitut (und nicht dessen schweizerische Zweigniederlassung) als Verkäuferin agiert.

In solchen grenzüberschreitenden Transaktionen erweist sich eine universelle Übertragung des betroffenen Bankgeschäfts auf dem Weg der Vermögensübertragung nach FusG häufig nicht als gangbarer Weg. Vielfach muss deshalb auf die schwerfälligere Einzelübertragung von Aktiven und Passiven zurückgegriffen werden, bei deren Durchführung es ebenfalls komplexe kollisionsrechtliche Fragen zu bewältigen gilt.

8 FAZIT

Im aktuellen Marktumfeld – und nicht zuletzt vor dem Hintergrund von sog. *Legacy Issues* – haben *Asset Deals* bei M&A-Transaktionen in der Finanzindustrie gegenüber *Share Deals* stark an praktischer Bedeutung gewonnen. Damit haben die Parteien anstelle eines Sprints immer häufiger einen Hürdenlauf zu absolvieren.

Für den *Asset Deal* stehen grundsätzlich zwei Transaktionsformen zur Verfügung: die universelle Vermögensübertragung nach FusG oder die Einzelübertragung von Aktiven und Passiven. Bei beiden ist namentlich bei der Due Diligence Prüfung als auch bei der Implementierung und beim Vollzug dem Bankkundengeheimnis ein besonderes Augenmerk zu schenken.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

In Zürich:



Dr. Martin Weber

Partner
martin.weber@swlegal.ch

In Genf:



Jean Jacques Ah Choon

Partner
jean-jacques.ahchoon@swlegal.ch



Dr. Oliver Triebold

Partner
oliver.triebold@swlegal.ch



Jean-Yves De Both

Partner
jean-yves.deboth@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer AG

Rechtsanwälte

ZÜRICH

Löwenstrasse 19
Postfach 1876
8021 Zürich/Schweiz
T +41 44 215 5252
F +41 44 215 5200
zurich@swlegal.ch0

GENEVA

15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1/Schweiz
T +41 22 707 8000
F +41 22 707 8001
geneva@swlegal.ch

www.swlegal.ch

Schellenberg Wittmer Pte Ltd in Singapore

6 Battery Road, #37-02 / Singapore 049909 / www.swlegal.sg