

[3 | 2016]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

PHILIPPE CURRAT

Le droit face à de nouvelles générations
de guerre et de terrorisme SEITE / PAGE 103

MARCUS WIEGAND

Kollision zwischen Anwalts- und
Mandanteninteresse? SEITE / PAGE 115

MONIQUE SCHALLER REARDON

De l'importance pour les avocats de s'investir
dans la médiation SEITE / PAGE 123



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	99
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	101
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Philippe Currat Le droit face à de nouvelles générations de guerre et de terrorisme	103
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Marcus Wiegand Kollision zwischen Anwalts- und Mandanteninteresse?	115
Bruno Pasquier/Roger König Das Edelmetallkonto – rechtliche Erfassung einer verbreiteten Anlagemethode	119
Monique Schaller Reardon De l'importance pour les avocats de s'investir dans la médiation	123
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	127
<hr/>	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Rainer Schumacher Res judicata: Wie kräftig wirkt die Rechtskraft der Endentscheide über vorsorgliche Massnahmen?	133
<hr/>	
FORUM	
Rainer Schumacher Rückfall in den Absolutismus?	140
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit	142
La FSA vous informe	143

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
19. Jahrgang 2016 / 19^e année 2016
ISSN 1422-5778

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitiervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

Verlag und Redaktion /
Edition et rédaction
Stämpfli Verlag AG
juristisches Lektorat
MLaw Anja Hasler (Ha)
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 36, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com,
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch
www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich/Annuel:
CHF 198.–, EUR 216.– (Print und Online);
CHF 159.–, EUR 138.– (Online)
Studenten/ Etudiants: CHF 98.–
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 25.–, EUR 26.–
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt./
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-

beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verleges./
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken./
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

DAS EDELMETALLKONTO – RECHTLICHE ERFASSUNG EINER VERBREITETEN ANLAGE- METHODE

BRUNO PASQUIER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Hamburg/Fribourg

ROGER KÖNIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL. M. (Paris 1), Bern

Stichworte: Edelmetallkonto, Bankenrecht, Vertragsrecht, Mehrwertsteuer, Konkurs

Seit jeher werden Edelmetalle zu Anlagezwecken verwendet. Die Vorstellung, dass solche Anlagen nur möglich sind, wenn das Edelmetall physisch gehalten oder bei einer Bank hinterlegt wird, gehört jedoch zur Geschichte. Anhand von Edelmetallkonti, um die es in diesem Aufsatz geht, können Bankkunden auf Edelmetalle setzen, ohne daran das Eigentum zu erwerben (vgl. Inhalt des Kontovertrages [I.] und Eigentumsverhältnisse [II.]). Für die Eröffnung von Edelmetallkonti sprechen nicht nur praktische, sondern auch – teils überholte – steuerrechtliche Überlegungen (III.). Erst im Fall des Bankenkurses wirkt sich das fehlende Eigentum für den Bankkunden nachteilig aus, verfügt dieser in aller Regel lediglich über eine – bis CHF 100 000 privilegierte – Konkursforderung (IV.).

I. Inhalt des Kontovertrages

1. Das Edelmetallkonto wird im Vertragsrecht nicht besonders geregelt, sondern beruht auf der Bankenpraxis. Nachfolgend wird der Standardinhalt von Verträgen über Edelmetallkonti umschrieben, wie er aus den allgemeinen Bedingungen und Werbekatalogen von mehreren Schweizer Banken nachgelesen werden kann.

Das Edelmetallkonto ist ein *Bankkonto*, das dadurch charakterisiert ist, dass das Guthaben nicht auf eine bestimmte Währung, sondern *auf eine Menge Metall* (oft Gold, Silber, Platin oder Palladium) lautet. Das Kontoguthaben beträgt nicht CHF 100 000 oder EUR 80 000, sondern beispielsweise 5000 Unzen Gold oder 200 000 Gramm Silber. Hat der Bankkunde keinen Anspruch auf physische Auslieferung des Edelmetalls – wie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einiger Banken vorgesehen –, so handelt es sich um einen ganz gewöhnlichen Kontokorrentvertrag.¹ Der Bankkunde kann den Saldo des Kontos in Geld umrechnen (gestützt auf den Marktwert oder einen anderen vereinbarten Umrechnungswert). Diesen Geldbetrag kann er sich auszahlen lassen oder zu anderen Zwecken weiterverwenden (z. B. für den Kauf von Wertschriften).

2. Meistens wird jedoch vertraglich vereinbart, dass der Kontoinhaber über *das Recht* verfügt, die *physische Auslieferung des Edelmetalls* zu verlangen. Liegt eine solche

Vereinbarung vor, handelt es sich bei der Forderung, die aus dem Kontosaldo hervorgeht, um eine Wahlobligation (Art. 72 OR) mit Wahlberechtigung zugunsten des Kontoinhabers. Letzterer hat die Wahl, entweder die Umwandlung in Geld oder die physische Auslieferung des Metalls zu verlangen.

Nach unserem Wissen verzichtet jedoch die grosse Mehrheit der Bankkunden auf eine physische Auslieferung. Das mag darauf zurückzuführen sein, dass die eigene Lagerung des Metalls oder die Hinterlegung bei der Bank für den Bankkunden mit Nachteilen verbunden ist. Der Kurs des physischen Edelmetalls ist für ihn schlechter als derjenige auf dem Edelmetallkonto, namentlich wegen der Prägungskosten. Die Auslieferung des Edelmetalls erfolgt überdies meistens gegen Zahlung einer Gebühr. Wird das Edelmetall physisch bei der Bank hinterlegt, fällt hierfür eine Depotgebühr an, die normalerweise höher ist als die Metallkontogebühr. Ein weiteres Hindernis für die physische Auslieferung liegt darin, dass in der Regel die Mehrwertsteuer anfällt, die auf den Bankkunden über-

¹ Vgl. MARC BAUEN/NICOLAS ROUILLER, Schweizer Bankkundengeschäft, Einführung für Bankkunden und ihre Berater. Bankkonto – Bankverträge – Bankgeheimnis – Private Banking – E-Banking, Zürich 2010, S. 129.

wälzt wird (Gold jedoch wird von der Besteuerung grundsätzlich ausgenommen, vgl. dazu im Einzelnen Kapitel III. nachstehend). Erst im Konkursfall der Bank haben Kunden, die Eigentümer des Edelmetalls sind, einen bedeutenden Vorteil gegenüber Inhabern von Edelmetallkonti (vgl. Kapitel IV. nachstehend).

II. Eigentumsverhältnisse

1. Der Kontoinhaber hat, solange das Guthaben nur buchhalterisch auf seinem Edelmetallkonto gutgeschrieben ist, lediglich einen *obligatorischen Anspruch* gegen die Bank (vgl. dazu Kapitel I. vorstehend). Er ist aber in der Regel² berechtigt, entweder die Lieferung des Edelmetalls oder die Umwandlung in Geld zu verlangen. Das bedeutet, dass der Bankkunde nur über ein relatives Recht verfügt, das sich in der Zweiparteienbeziehung mit seiner Bank erschöpft.³ Ein dinglicher Eigentumsanspruch am Edelmetall besteht aus Sicht des Bankkunden demnach nicht, was insbesondere dann von praktischer Relevanz ist, wenn die Bank in Konkurs fällt (vgl. dazu im Einzelnen Kapitel IV. nachstehend).

Nach der Eröffnung des Edelmetallkontos kann der Bankkunde üblicherweise über sein Guthaben frei verfügen, also zum Beispiel durch Geldeinlage den Kontosaldo erhöhen – das Edelmetall bleibt jedoch ein rein buchhalterischer Wert. Entsprechend sind die jeweiligen Positionen (Gold, Silber, Platin, Palladium) und Saldi auf dem Kontoauszug ersichtlich. Die Bewertung der Positionen erfolgt jeweils zu den aktuellen Marktwerten, somit zum Fair Value. Die eigenen physischen Edelmetallbestände in den Finanzanlagen der Bank, die zur Deckung von Verpflichtungen aus Edelmetallkonti dienen, werden entsprechend den Edelmetallkonti ebenfalls zum Fair Value bewertet und bilanziert.⁴

Die Stellung des Bankkunden verändert sich, falls dieser die physische Auslieferung verlangt, was in der Praxis nicht den Regelfall bildet. Die Bank ist dann im Rahmen des abgeschlossenen Vertrages verpflichtet, das Edelmetall dem Bankkunden zu übergeben. Die meisten Banken sehen eine Lieferfrist von drei bis fünf Arbeitstagen vor, behalten sich aber in der Regel eine längere Lieferfrist vor für den Fall, dass das Edelmetall auf dem Markt nicht oder nur schwer verfügbar ist und sich dadurch die Lieferung verzögert.

2. Solange das Eigentum am Edelmetall nicht auf den Kontoinhaber übergegangen ist, hat dieser nach wie vor nur einen obligatorischen Anspruch auf Lieferung. Für die *Übertragung des Eigentums* am Edelmetall bedarf es einer Rechtsgrundlage sowie des Übergangs des Besitzes am Edelmetall auf den Bankkunden. *Rechtsgrundlage* für die Übertragung des Eigentums am Edelmetall ist der Vertrag zwischen der Bank und dem Bankkunden. Darin verpflichtet sich die Bank gegebenenfalls, dem Bankkunden auf dessen Verlangen hin das Eigentum am Edelmetall zu verschaffen. Eigentümer wird der Bankkunde erst in dem Zeitpunkt, in dem der *Besitz am Edelmetall* auf den Bank-

kunden übergeht.⁵ Diesbezüglich sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

a. Erstens der Besitzeserwerb durch *Übergabe der Sache*; dabei kann die Übergabe entweder unter Anwesenden (Art. 922 ZGB) oder unter Abwesenden (Art. 923 ZGB) erfolgen:

- Übergabe unter Anwesenden: Normalerweise wird das Edelmetall von der Bank am Schalter an den Bankkunden übergeben. In diesem Fall wird der Bankkunde im Zeitpunkt der Übergabe des Edelmetalls Eigentümer (Art. 714 Abs. 1 i. V. m. Art. 922 Abs. 1 ZGB).
- Übergabe unter Abwesenden: Unter Umständen, gerade wenn eine grössere Menge an Edelmetall zu übergeben ist, erfolgt die Übergabe an einem besonderen Ort (zum Beispiel an einem zentralen Lagerort der Bank). Hier wird das Edelmetall in aller Regel nicht an den Bankkunden selber übergeben, sondern an eine Sicherheitsfirma, die das Edelmetall in Stellvertretung des Bankkunden entgegennimmt und an einen Aufbewahrungsort bringt. In diesem Fall wird der Bankkunde im Zeitpunkt der Übergabe des Edelmetalls an dessen Stellvertreter Eigentümer (Art. 714 Abs. 1 i. V. m. Art. 923 ZGB).

b. Zweitens wäre denkbar, dass der Besitzeserwerb *ohne Übergabe der Sache* (Art. 924 ZGB) erfolgt. In diesem Zusammenhang zu nennen sind die Übertragung der offenen Besitzlage («longa manu traditio»), die Besitzübertragung kurzer Hand («brevis manu traditio»), die Besitzanweisung und das Besitzeskonstitut.⁶ Diese sogenannten Traditionssurrogate sollen hier nicht näher erläutert werden, auch wenn sie theoretisch möglich wären. Es kann zum Beispiel vorkommen, dass der Bankkunde das auszuliefernde Metall bei der Bank deponieren (hinterlegen) will, so dass der Besitz bei dieser Bank verbleibt.

3. Zusammengefasst können die Eigentumsverhältnisse aus Sicht des Bankkunden in den Fällen, in denen vom Anspruch auf physische Auslieferung tatsächlich Gebrauch gemacht wird, wie folgt dargestellt werden (siehe Grafik nächste Seite):

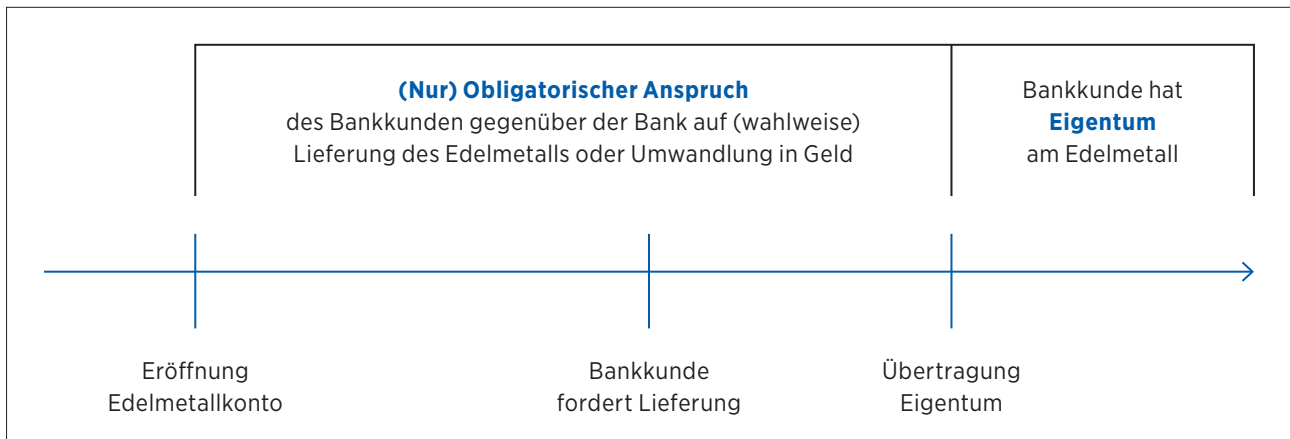
² Massgebend ist der konkrete Vertrag zwischen der Bank und dem Bankkunden. Wir gehen vorliegend von der Regel aus, wonach der Bankkunde über einen solchen Lieferanspruch verfügt. Jedoch haben wir auch Verträge gesehen, bei denen die Edelmetallkonti ausschliesslich buchhalterisch geführt werden und eine physische Auslieferung nicht möglich ist.

³ Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, § 1 N 16.

⁴ LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, begründet von DANIEL BODMER/BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Zürich 2015, N 281 zu Art. 6.

⁵ Vgl. Art. 714 Abs. 1 ZGB; vgl. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, Begriff, Erwerb und Verlust des Fahrnis-eigentums, in: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 103 N 5.

⁶ Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, a. a. O. (Fn. 3), § 4 N 150–198.



III. Steuerrechtliche Aspekte

Bei der Festlegung der Anlagestrategie spielen beim Edelmetallhandel oft auch steuerrechtliche Aspekte eine wichtige Rolle. In diesem Zusammenhang werden wir zunächst darlegen, inwiefern der Handel über Edelmetallkonti der Mehrwertsteuer unterliegt. Weiter werden wir aufzeigen, wie es sich beim Edelmetallhandel mit der Besteuerung von natürlichen Personen verhält. Auf die Besteuerung von juristischen Personen werden wir hingegen nicht eingehen, da diese nach den allgemeinen Regeln über die Gewinn- und Kapitalsteuer vorgenommen wird.

a. Mehrwertsteuer: Von der Mehrwertsteuer erfasst ist grundsätzlich jede steuerbare Lieferung und Dienstleistung.⁷ Die Besonderheit bei Edelmetallkonti ist, dass eine Gutschrift auf dem Edelmetallkonto durch einen Austausch eines gesetzlichen Zahlungsmittels (z. B. von CHF 12 000) gegen eine bestimmte Anzahl an Edelmetalleinheiten (z. B. von 10 Unzen Gold) erfolgt, die dem Bankkunden nicht physisch, sondern nur als Bestand auf seinem Edelmetallkonto gutgeschrieben wird. Durch diesen Vorgang wird *kein Umsatz generiert*, sondern dieser stellt lediglich einen Austausch von gesetzlichen Zahlungsmitteln gegen eine Kontogutschrift von (nicht physischen) Edelmetalleinheiten auf einem Bankkonto dar.⁸ Entsprechend unterliegt dieser Vorgang – wie er für ein Edelmetallkonto typisch ist – nicht der Mehrwertsteuer. Das heisst konkret, dass der nicht physische Handel einer bestimmten Anzahl an Edelmetalleinheiten über Edelmetallkonti in der Schweiz nicht mehrwertsteuerpflichtig ist.

Anders sieht es aus, wenn der Bankkunde von der Bank die physische Lieferung des Edelmetalls verlangt (vgl. dazu II. Kapitel vorstehend). In diesem Fall wird im Zeitpunkt der Ausübung des Lieferanspruchs in Höhe des aktuellen Wertes des (physisch) gelieferten Edelmetalls *Umsatz generiert*.⁹ Dieser Umsatz unterliegt grundsätzlich der Mehrwertsteuer. Diese Besteuerung kennt jedoch eine *wichtige Ausnahme*. So sind seit dem Jahr 2014 nun alle Formen von Anlagegold von der Mehrwertsteuer befreit (vgl. Art. 107 Abs. 2 MWSTG i. V. m. Art. 44 MWSTV).¹⁰ Diese Befreiung führt dazu, dass die *physische Lieferung von Gold* an den Bankkunden nicht mehrwertsteuerpflich-

tig ist, sofern die Goldlieferung im Rahmen von Art. 44 MWSTV erfolgt. In Bezug auf die übrigen Edelmetalle (Silber, Platin, Palladium) existiert keine solche Ausnahmebestimmung.

b. Einkommens- und Vermögenssteuer: Ist der Bankkunde eine *natürliche Person*, stellt sich zunächst die Frage, ob ein allfälliger Gewinn aus dem Handel über das Edelmetallkonto der Einkommenssteuer unterliegt oder aber als steuerfreier Kapitalgewinn gilt. Von einem steuerfreien Kapitalgewinn ist dann auszugehen, wenn es sich um die blosser Verwaltung von eigenem Vermögen handelt. Nimmt die Vermögensverwaltung hingegen das Ausmass einer gewerbsmässigen Tätigkeit an, so ist zu prüfen, ob selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt und entsprechend der Gewinn der Einkommenssteuer unterliegt. In jedem Fall (sowohl bei blosser Vermögensverwaltung als auch bei gewerbsmässiger Tätigkeit) wird das Edelmetall zum Verkehrswert bei der Vermögenssteuer berücksichtigt.¹¹

IV. Konkursrechtliche Erfassung

1. Der Bankkunde könnte Hemmungen haben, ein Edelmetallkonto zu eröffnen, wenn er sich das Risiko eines Bankenkurses vor Augen führt.¹² Der Bankkunde ist

⁷ FELIX GEIGER, Allgemeine Bestimmungen, in: Felix Geiger/Regine Schluckebier, MWSTG Kommentar, Zürich 2012, N 10 zu Abs. 1.

⁸ Vgl. MWST Brancheninfo 2014 (1. 1. 2014), Ziff. 5.9.3.2 Umsätze im Zusammenhang mit Edelmetallkonten (abrufbar unter <<https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/sectorInfos/cipherDisplay.xhtml?publicationId=1042831&componentId=1067997&cipherKeyDate=01.01.2010&lang=de&redirect=true&winid=740649>> [letztmals besucht am 25. 2. 2016]).

⁹ Vgl. MWST Brancheninfo 2014 (1. 1. 2014), Ziff. 5.9.3.2 (zitiert in Fn. 8).

¹⁰ Der genaue Umfang der Befreiung von der Mehrwertsteuer bezüglich Münz- und Feingold ergibt sich aus Art. 44 MWSTV.

¹¹ PETER MÄUSLI-ALLENSPACH/MATHIAS OERTLI, Das Schweizerische Steuerrecht, 8. Aufl., Muri b. Bern 2015, S. 93 f. (bezüglich Einkommenssteuer) und S. 180–182 (bezüglich Vermögenssteuer).

¹² Ausführlich zu dieser Problematik BRUNO PASQUIER, Die konkursrechtliche Erfassung von Edelmetallkonti, in: AJP 2015, S. 1249 ff.

besser gestellt – was ja selbstverständlich sein mag – wenn er Eigentümer des bei der Bank hinterlegten Edelmetalls ist. In diesem Fall wird das deponierte Metall nach Massgabe des Art. 16 Ziff. 1 BankG (i. V. m. Art. 37d BankG und Art. 17 BEG) von Amtes wegen abgesondert. Der gleiche Schluss drängt sich auf, wenn seine Edelmetallanlagen in Wertschriften verkörpert werden, zum Beispiel in Fondsanteilen oder in Aktien eines Goldminenunternehmens. Diese Wertschriften («Bucheffekten») werden nach Art. 17 Abs. 1 BEG ebenfalls von Amtes wegen abgesondert, unabhängig von deren Verbriefung in einem Wertpapier (Art. 973a und Art. 973b OR) oder deren Entmaterialisierung durch Wertrechte (Art. 973c OR).

Der Bankkunde als Inhaber eines Edelmetallkontos verfügt lediglich über eine Forderung, die mit der Konkursöffnung in eine auf *Schweizer Franken* lautende *Konkursforderung umgewandelt* wird.¹³ Insbesondere verliert der Kontoinhaber seine Wahlberechtigung zwischen der Auslieferung des Metalls und der Umwandlung des Kontosaldo in Geld. Das auf eine bestimmte Menge Edelmetall lautende Kontoguthaben wird in Schweizer Franken umgewandelt, und zwar mit dem Wechselkurs im Zeitpunkt des Konkurses.

2. Von herausragender Bedeutung für den Bankkunden ist die Frage, ob die Konkursforderung, die aus seinem Edelmetallkonto resultiert, im Konkurs privilegiert ist oder nicht. Nicht privilegierte Forderungen werden in der Regel nur zu einem sehr kleinen Teilbetrag tatsächlich ausbezahlt. Nach Massgabe des Art. 37a Abs. 1 BankG werden «Einlagen, die auf den Namen des Einlegers lauten [...] bis zum Höchstbetrag von 100 000 Franken je Gläubiger der zweiten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG zugewiesen». Bankenrechtlich privilegierte Einlagen werden sofort ausbezahlt, wobei jegliche Verrechnung – z. B. mit einem Negativsaldo aus einem anderen Konto – ausgeschlossen ist (Art. 37b Abs. 1 BankG).

Nach der hier vertretenen Auffassung fallen *Forderungen aus Edelmetallkonti* eindeutig unter das *Einlageprivileg* des Art. 37a BankG.¹⁴ Erstens ergibt sich dieser Schluss klar aus der Verordnungsbestimmung des Art. 25 Abs. 1 lit. a BIV-FINMA im Zusammenhang mit den Weisungen der FINMA zur Rechnungslegung der Banken.¹⁵ Zweitens lag eines der Ziele der letzten Revision der einschlägigen Gesetzesbestimmungen gerade darin, den Einlageschutz zu erweitern, weshalb der gesetzliche Begriff der Einlagen weit auszulegen ist.¹⁶ Schliesslich bleibt die physische Lieferung des Metalls, wie eingangs ausgeführt

(vgl. Kapitel I. vorstehend), eher eine Randerscheinung. Es besteht kein Anlass dafür, Edelmetallkonti anders als gewöhnliche (auf eine Währung lautende) Bankkonti zu behandeln.

3. Im Zusammenhang mit der Privilegierung drängen sich noch *zwei Präzisierungen* auf. Erstens werden Banken nach Massgabe des Art. 25 Abs. 1 lit. a BIV-FINMA vom Einlageprivileg ausgenommen.¹⁷ Eröffnet eine Bank ein Edelmetallkonto bei einer anderen Bank, wie das in der Praxis zuweilen vorkommt, kann sie sich demzufolge nicht auf das Einlageprivileg berufen. Die besagte Verordnungsbestimmung beruht allerdings auf einer fragwürdigen Grundlage. Banken könnten (als Kontoinhaber im Konkurs einer anderen Bank) gut beraten sein, deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht in Frage zu stellen.¹⁸ Zweitens ist für den Bankkunden zu beachten, dass CHF 100 000 als privilegierter Maximalbetrag für sämtliche bei der konkursiten Bank eröffneten Konti gilt.¹⁹ Wer nebst dem Edelmetallkonto auch noch über weitere Konti verfügt, muss diesem Umstand in der Risikoeinschätzung Rechnung tragen.

¹³ Art. 211 Abs. 1 SchKG. Vgl. BGE 110 III 110 E. 5b; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibung und Konkursrecht*, Zürich 2014, N 1245.

¹⁴ Diese Meinung ist in der Lehre allerdings umstritten. Ausführlich zu dieser Frage und zum Meinungsstand, PASQUIER, a. a. O. [Fn. 12], S. 1251 f., der sich namentlich mit den Angaben auf der Website des Vereins «esisuisse» auseinandersetzt. Die auf der Website des Vereins «esisuisse» ersichtlichen Informationen haben sich unterdessen geändert. Der Verein vertritt neu die Auffassung, dass «[die Einlagensicherung nur zum Tragen kommt], wenn die spezifischen Vertragsbedingungen zwischen der Bank und dem Kontoinhaber vorsehen, dass letzterer die Auszahlung in Geld verlangen kann» (<http://www.einlagensicherung.ch/faq.htm> [letztmals besucht am 25. 2. 2016]). Nach unserem Wissen ist dies stets der Fall – bei einem Edelmetallkonto wird der Bankkunde nie gezwungen, die physische Auslieferung zu verlangen.

¹⁵ Vgl. dazu PASQUIER, a. a. O. [Fn. 12], S. 1251.

¹⁶ Vgl. BBI 2010 4004.

¹⁷ Diese Bestimmung verweist auf eine Bilanzposition, in welcher lediglich Einlagen von Kunden (unter Ausschluss der Banken) zu verbuchen sind. Vgl. dazu PASQUIER, a. a. O. [Fn. 12], S. 1252 f.

¹⁸ Vgl. PASQUIER, a. a. O. [Fn. 12], S. 1253 (m. w. H.).

¹⁹ Statt vieler: RENATE SCHWOB/THOMAS S. MÜLLER, in: Dieter Zobl/Renate Schwob et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich/Basel/Genf, 2014* (22. Nachlieferung), N 19 zu Art. 37a BankG.