

## Einschreiben

an die Gläubiger der  
swiss pb AG in Liquidation

Basel, 11. Juni 2014

KFR/B2244622.doc

## Gläubigerzirkular Nr. 4 betr. Stand des Konkursverfahrens der swiss pb AG in Liquidation; provisorische Verteilungsliste für Abschlagszahlung und Abtretung von Ansprüchen gemäss Art. 260 SchKG

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir erlauben uns, Ihnen mit diesem vierten Gläubigerzirkular im Rahmen des Konkursverfahrens der swiss pb AG in Liquidation folgende Informationen zukommen zu lassen:

### I. Stand des Konkursverfahrens

- Die Secolux Management SA hatte am 14. Dezember 2011 beim Bezirksgericht Zürich Klage erhoben mit dem Begehren, einen Betrag von CHF 16'568'501.40 zuzüglich Zinsen in der 3. Klasse in den Kollokationsplan aufzunehmen. Mit Verfügung vom 12. Dezember 2012 trat das Bezirksgericht Zürich in der Höhe von CHF 3'071'220.00 nicht auf die Klage ein. Mit Urteil vom 21. Mai 2013 hiess das Bezirksgericht die Klage im Umfang von CHF 25'960.00 zuzüglich Zins zu 5% vom 20. Februar 2011 bis 28. März 2011 gut. Im darüberhinausgehenden Betrag wurde die Klage abgewiesen.
- Gegen diesen Entscheid erhob die Secolux Management SA Berufung

Dr. Daniel Alder  
Dr. Thomas Bähler, LL.M.  
Dr. Marco Balmelli  
Notar (BS)  
Thierry Barbey  
Dr. Christoph Bauer  
Dr. Florian Baumann, H.E.E.  
Dr. Ivo P. Baumgartner\*  
dipl. Steuerexperte  
Dr. Bernhard Berger, LL.M.  
Dr. Balthasar Bessenich  
Notar (BS), Fachanwalt SAV Erbrecht  
Marlis Brees  
Dr. Lukas Böpp, LL.M.  
Joël Bosshart, LL.M.  
Dr. Beat Brechbühl, LL.M.  
Anita Buri  
Dr. Leonardo Cereghetti  
Dr. Bernhard Christen  
Dr. Emanuel Dettwiler, LL.M.  
Philipp A. d'Hondt  
Dr. Thomas Eichenberger  
Marlen Eisenring  
Dr. Daniel Emch, LL.M.  
Kathrin Enderli  
Jean-Rodolphe Fiechter, LL.M.  
Philippe Frésard, MLE\*\*\*  
Notar (BE)  
Christoph Frey, LL.M.  
Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht  
Karin Friedli  
Dr. Fabrizio Gabrielli  
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht  
Dr. Anna-Antonina Gottret, LL.M.  
Prof. Dr. Pascal Grollmund, LL.M.  
Dr. Andreas Güngerich, LL.M.  
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht  
Lorenz Hadorn  
Martina Häring\*  
Notarin (BS und BL)  
Dr. Bernd Hauck\*\*  
Ernst Häuser, LL.M.  
Claudio Helmle  
Thomas Hentz  
Dr. Markus Hess  
Melanie Huber  
Dr. Christoph Jäger  
Olivier Jann\*\*/\*\*  
Notar (BE)  
Estelle Keller Leuthardt  
Prof. Dr. Franz Kellerhals  
Jürgen Köpfer  
Dr. Armin Kühne  
Nathalie Lang  
Dr. Daniel Lengauer, LL.M.  
Michèle Ludwig, LL.M.  
Dr. Karim Maizär  
Laura Manz  
Dr. Mario M. Marti, MJur  
Urs Marti  
Benjamin Marti  
Martin Molina, LL.M.  
Dr. Ellen Moltzahn, LL.M.  
Dr. Nicolas Mosimann, LL.M.  
lic, oec, Astrid Mounier-Schacher, LL.M.  
Dr. Dominik Oberholzer, LL.M.  
Bruno Pasquier  
Ines Pöschel  
Ardiana Rama  
Patrik Richard  
Mediator SDM SAV  
Dr. Peter Rickli  
Dr. Samuel Rickli  
Lea Ruckstuhl  
Peter Schatz, LL.M.  
Christophe Scheidegger  
Andrea Schmutz  
Notarin (BS und BL)  
Werner Schubiger  
Dr. Annette Spycher, LL.M.  
Prof. Dr. Daniel Staehelin  
Notar (BS)  
Dr. Cornelia Stengel  
Felix Stoll\*  
Notar (BL)  
Dr. Claude Thomann, LL.M.  
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht  
Thomas Thomi\*  
Notar (BL)  
Evelyne Toh-Stadelmann  
Notarin (BE), Fachwältin SAV Bau- und Immobilienrecht  
Dr. Christian Witschi  
dipl. Steuerexperte  
Sabine Wyss

Konsulenten:  
Dr. Christopher C. King\*\*  
Attorney at Law (NY, USA), Solicitor (England)  
Peter Kofmel\*  
Management Consultant  
Prof. Dr. Dr. h.c. Adrian Staehelin

beim Obergericht des Kantons Zürich. Dieses trat jedoch mit Beschluss vom 31. Oktober 2013 nicht auf die Berufung ein. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich wurde somit rechtskräftig und der Kollokationsplan ergänzt mit einer Forderung der Secolux Management SA im Betrag von CHF 25'960.00 zuzüglich CHF 137.00 Zins in der 3. Klasse.

3. Der Nachtrag zum Kollokationsplan wurde gemäss dem letzten Gläubigerzirkular ab dem 10. Mai 2012 während 20 Tagen zur Einsicht aufgelegt. Nachdem innert Frist keine Klagen auf Anfechtung des Nachtrags eingingen, ist dieser unverändert rechtskräftig geworden.
4. Die Global Trade Company SA, Luxemburg, hatte gemäss dem Gläubigerzirkular Nr. 3 eine Klage gegen die Konkursmasse in Aussicht gestellt. Nachdem die Liquidatoren diese Forderung mit Schreiben vom 3. Februar 2012 als unbegründet zurückwiesen, erfolgte bis heute keine Klageeinleitung.
5. Mit Schreiben vom 7. September 2012 hat jedoch die Secolux Management SA eine nachträgliche Forderung im Umfang von CHF 3'071'220.00 zur Kollokation in der 3. Klasse angemeldet. Am 19. Dezember 2013 wurde über die Secolux Management SA in Luxemburg das gerichtliche Liquidationsverfahren eröffnet. Dieses muss nun gemäss Art. 166 ff. des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) in der Schweiz anerkannt werden. Erst dann ist über die nachträglich eingegebene Forderung im vorliegenden Verfahren eine Entscheidung zu treffen, wobei die Liquidatoren beabsichtigen, sie abzuweisen.

## **II. Provisorische Verteilungsliste für Abschlagszahlung**

6. Die pfandgesicherten Forderungen sowie die Forderungen der 1. und 2. Klasse wurden gemäss dem Gläubigerzirkular Nr. 3 bereits zu 100% ausbezahlt (pfandgesicherte soweit durch Pfanderlös gedeckt), mit Ausnahme einiger 2. Klassforderungen, welche wegen fehlender Kontoinformationen noch nicht ausbezahlt werden konnten.
7. Für die Forderungen der 3. Klasse kann aufgrund der in Ziff. 5 vorstehend erwähnten nachträglichen Forderungseingabe noch keine endgültige Verteilung vorgenommen werden. Es erfolgt jedoch eine Abschlagszahlung in der Höhe von 75% der zugelassenen Forderungen gemäss provisorischer Verteilungsliste. Abhängig vom weiteren Verfahren betreffend die nachträgliche Forderungsanmeldung gemäss Ziff. 5 vorstehend kann für die 3. Klassgläubiger zusätzlich eine Restzahlung zwischen 0% und ca. 16% der zugelassenen Forderungen erwartet werden.
8. In der Beilage erhalten die betroffenen Gläubiger einen Auszug aus der provisorischen Verteilungsliste bezüglich Ihrer eigenen Forderung. Für die Auszahlung ersuchen wir Sie, das beigelegte Formular auszufüllen, zu unterzeichnen und an die Konkursliquidatoren (Kellerhals Anwälte, lic. iur. Ines Pöschel, Rämistrasse 5, Postfach, 8024 Zürich) zu retournieren.

### III. Abtretung von Ansprüchen

#### a) Allgemeines

9. Im Rahmen eines Konkursverfahrens besteht für Gläubiger (und beschränkt auf Verantwortlichkeitsansprüche auch für Aktionäre) die Möglichkeit, sich Ansprüche der Konkursmasse abtreten zu lassen, auf deren Geltendmachung die Konkursverwaltung verzichtet hat (Art. 33 ff. BankG i.V.m. Art. 21 Abs. 5 BIV-FINMA und Art. 260 SchKG). Gläubiger, die sich einen solchen Anspruch abtreten lassen, können diesen auf eigene Kosten und eigenes Risiko geltend machen. Ein allfälliger Erlös dient vollständig zur Deckung ihrer Forderung und den Kosten der Rechtsverfolgung. Ein allfälliger Überschuss ist an die Konkursmasse abzuliefern. Lassen sich mehrere Gläubiger die Forderung abtreten, müssen sie den Anspruch gemeinsam verfolgen und sich einen allfälligen Erlös teilen. Lässt sich der Anspruch nicht erfolgreich durchsetzen, haben die Abtretungsgläubiger die damit einhergehenden Kosten selber zu tragen.
10. Die Konkursliquidatoren haben die Gläubiger nach Art. 24 Abs. 2 BankG und Art. 34 BIV-FINMA über Verwertungshandlungen bzw. den Verzicht auf die Durchsetzung von Ansprüchen zu informieren und ihnen die Möglichkeit einzuräumen, bei der FINMA eine anfechtbare Verfügung zu verlangen. Die Gläubiger werden hiermit gemäss Art. 34 Abs. 1 BIV-FINMA über die zur Verwertung anstehenden Konkursaktiven und die Art ihrer Verwertung informiert (siehe Ziffer III.b nachfolgend). Es handelt sich - im Nachgang zum Gläubigerzirkular Nr. 3 - vorliegend noch um mögliche Verantwortlichkeitsansprüche gegen ehemalige Organe der swiss pb AG. Diese möglichen Ansprüche werden zur Abtretung angeboten, nachdem die Konkursliquidatoren auf deren Geltendmachung namens und auf Kosten der Konkursmasse verzichten.
11. Bitte beachten Sie, dass die nachfolgenden Ausführungen lediglich zu Ihrer Information dienen und kein vollständiges Bild vermitteln können. Es wird keine Gewähr für die in diesem Gläubigerzirkular erwähnten Informationen und Ausführungen übernommen. Es obliegt jedem Gläubiger selbst, sich rechtlich beraten zu lassen und insbesondere den Bestand der hier zur Abtretung angebotenen möglichen Ansprüche zu prüfen. Jegliche Haftung der Konkursitin und der Liquidatoren für Schäden, welche Gläubigern im Zusammenhang mit der Abtretung entstehen, ist ausgeschlossen.

#### b) Angaben zur Abtretungsforderung

12. Im Rahmen der Prüfung der Jahresrechnung 2009 der swiss pb AG stellte die bankengesetzliche Revisionsstelle PricewaterhouseCoopers zahlreiche aufsichtsrelevante Vorkommnisse fest, die sie im Spezialbericht über die Prüfung der Jahresrechnung 2009 beanstandete. Die darauf von der FINMA eingesetzte Untersuchungsbeauftragte Bill Isenegger Ackermann AG bestätigte in ihrem Untersuchungsbericht vom 27. Mai 2010, dass die swiss pb AG gegen zahlreiche aufsichtsrechtlich relevante Bestimmungen verstossen habe. Im Einzelnen konnte festgestellt werden, dass
  - ein grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr ohne Länderstrategie, Länderdossier sowie Weisungen an Mitarbeiter aufgebaut wurde;
  - Devisenhandel für Kunden ohne Bewilligung vorgenommen wurde;

- Eigenmittel, Risikoverteilungs- und Liquiditätsvorschriften nicht eingehalten wurden;
  - die vom Verwaltungsrat festgesetzten Limiten für Organkredite überschritten wurden und der Verwaltungsrat trotz Kenntnis keine Kontrollmassnahmen einführte;
  - Schätzungen vorzunehmen sind, damit die ordnungsgemässe Jahresrechnung 2009 erstellt werden kann und die swiss pb AG im worst-case Szenario per 31. Dezember 2009 im Betrag von CHF 2'273'417 überschuldet ist.
13. Gemäss Art. 716a Abs. 1 OR kommen dem Verwaltungsrat einer Gesellschaft verschiedene unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu. Dazu gehören insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der erforderlichen Weisungen, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung, die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen. Primäres Aufsichtsinstrument des Verwaltungsrates ist die interne Revision. Um seine Aufsichtsfunktion wahrnehmen zu können, hat der Verwaltungsrat ein geeignetes Internes Kontrollsystem (IKS) zu schaffen. Der Verwaltungsrat trägt die Verantwortung für die Reglementierung, Einrichtung, Aufrechterhaltung, Überwachung und regelmässige Überprüfung einer angemessenen internen Kontrolle, welche der Grösse, der Komplexität, der Struktur und dem Risikoprofil des Instituts angepasst ist (Systematische Risikoanalyse). Der Verwaltungsrat stellt dadurch sicher, dass alle wesentlichen Risiken erfasst, begrenzt und überwacht werden. Die systematische Risikoanalyse ist nach RS 2008/24 schriftlich zu dokumentieren.
14. Der Geschäftsleitung obliegt die operationelle Führung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft. Die Geschäftsleitung ist für die Umsetzung der vom Verwaltungsrat festgelegten Strategien und Geschäftsgrundsätze verantwortlich. Sie hat die Umsetzung und Einhaltung sämtlicher Gesetze, Statuten, Reglemente, Weisungen etc. zu gewährleisten. Im Rahmen der internen Kontrolle hat sie für die Aufrechterhaltung und Dokumentation einer Organisationsstruktur zu sorgen, welche die Verantwortlichkeiten, Kompetenzen und Informationsflüsse klar festhält. Sie hat weiter dafür zu sorgen, dass sämtliche relevanten Informationen über das betriebliche Geschehen erhoben, verteilt und bearbeitet werden. Die Angemessenheit der internen Kontrolle ist regelmässig zu überprüfen und über deren Wirksamkeit ist regelmässig an den Verwaltungsrat zu rapportieren (vgl. RS 2008/24 Rz. 80 bis 85).
15. In der Verletzung von diversen aufsichtsrechtlich relevanten Bestimmungen, die letztlich auch zum Entzug der Bewilligung geführt haben, könnte eine Pflichtwidrigkeit des Verwaltungsrates gesehen werden, da er derartige Verstösse nicht rechtzeitig erkannte, korrigierte und verhinderte. Die Nichtverhinderung der diversen festgestellten aufsichtsrechtlichen Verstösse zeigt, dass der Verwaltungsrat die ihm gemäss Art. 716a OR obliegenden Aufgaben nicht oder nicht ausreichend wahrnahm. Darin könnte unseres Erachtens eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR gesehen werden.
16. Zu Verantwortlichkeitsansprüchen führt eine Pflichtverletzung jedoch nur, wenn diese Pflichtverletzung auch adäquat kausal einen Schaden verursacht. Mit anderen Worten

muss nicht jede Pflichtwidrigkeit auch zu einem Schaden führen. Vorliegend haben die meisten der festgestellten aufsichtsrechtlichen Verstösse bzw. die damit zusammenhängenden Pflichtwidrigkeiten nicht direkt zu einem eigentlichen Schaden bei der swiss pb AG geführt. Letztlich hat zwar die Summe der aufsichtsrechtlichen Verstösse zum Entzug der Effektenhändlerbewilligung und der damit einhergehenden Liquidation geführt. Daraus einen rechtsgenügenden Schadenersatzanspruch im Rahmen eines Zivilprozesses zu substantiieren erachten die Liquidatoren jedoch als schwierig, aufwändig und mit einem erheblichen Prozessrisiko verbunden.

#### **IV. Verzicht auf Geltendmachung durch Konkursitin**

17. Auf Basis der vorstehenden Beurteilung und nach Konsultation der FINMA verzichtet die Konkursitin auf die Geltendmachung des vorstehend bezeichneten möglichen Anspruchs auf Kosten der Konkursmasse. Gläubiger, welche mit dem Verzicht auf die Durchsetzung möglicher Verantwortlichkeitsansprüche gegen ehemalige Organe der swiss pb AG nicht einverstanden sind, können bei der FINMA eine anfechtbare Verfügung über diese Verwertungshandlung verlangen (vgl. Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA). Ein entsprechendes Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung ist innerhalb von 20 Tagen ab Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB, die am 12. Juni 2014 stattfinden wird, schriftlich bei der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, 3003 Bern, zu stellen.
18. Weitere Sachverhaltsinformationen können nach vorheriger schriftlicher Anfrage (swiss pb AG in Liquidation c/o Kellerhals Anwälte, Rämistrasse 5, Postfach, 8024 Zürich) und Abgabe einer strafbewehrten Vertraulichkeitserklärung eingesehen werden.

#### **V. Frist und Verfahren für Abtretungsbegehren**

19. Begehren um Abtretung des obgenannten möglichen Anspruchs müssen innert 20 Tagen ab Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB, die am 12. Juni 2014 stattfinden wird, schriftlich unter Verwendung des beigefügten Abtretungsformulars gestellt werden. Zusätzlich muss innert gleicher Frist die auf dem Abtretungsformular erwähnte Kostenpauschale von CHF 200.00 überwiesen werden. Das Recht, die Abtretung zu verlangen, gilt als verwirkt, wenn diese Frist nicht eingehalten wird.
20. Die Abtretung erfolgt nur für den Fall, dass kein Gläubiger in Bezug auf die konkrete Verwertungshandlung eine anfechtbare Verfügung von der FINMA verlangt (vgl. oben Ziffer IV) und in der Folge eine Abänderung oder Aufhebung der Verwertungshandlung erwirkt. Allfällige Abtretungsgläubiger müssen somit damit rechnen, dass trotz Erfüllung aller notwendigen Voraussetzungen (insbesondere fristgerecht verlangte Abtretung und fristgerechte Zahlung der Kostenpauschale), keine Abtretung erfolgt oder diese sich bis zur rechtskräftigen Erledigung eines allfälligen Verfahrens über eine anfechtbare Verfügung verzögert. Wird eine solche Verfügung von den Gläubigern verlangt und der Verzicht nachträglich aufgehoben, hat die Konkursliquidatorin die Ansprüche (ausser-)gerichtlich für die Konkursmasse geltend zu machen.

Mit freundlichen Grüßen

sig. Prof. Dr. Daniel Staehelin

sig. Ines Pöschel

**Beilagen:**

- individuelle Abrechnung über Abschlagszahlung, zweifach (ein Exemplar zur Vervollständigung und Retournierung für die Auszahlung)
- Abtretungsformular