

# Aktuelle aufsichtsrechtliche Fragen

WBS HSG

Tagung Vermögensverwaltung und Anlageberatung

Zürich, 7. Juni 2005

PD Dr. Sandro Abegglen

# Überblick

- Aufsichtsrechtliche Aktualitäten
- Freiwillige Unterstellung von Vermögensverwaltern unter das BEHG
- Grenzüberschreitende/s Private Banking/Vermögensverwaltung
- Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

## Reform Finanzmarktaufsicht (1)

- EFD beauftragt mit Ausarbeitung Botschaft zu FINMAG bis Ende 2005
- Neben BPV und EBK auch Kontrollstelle GwG in FINMA (Eidg. Finanzmarktaufsicht) integriert
- Bericht II Expertenkommission Zimmerli zu Sanktionsinstrumenten FINMA
  - Behebung der Mängel des geltenden Sanktioneninstrumentariums (fehlende Sanktionen für mittelschwere Verstösse, keine Einziehung von unrechtmässig erlangten Gewinnen)
  - Gewinneinziehung, Berufsverbot bis zu 5 Jahre, Publizität, höhere Bussen, vereinheitlichte Straftatbestände

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

## Reform Finanzmarktaufsicht (2)

- Bericht III Expertenkommission Zimmerli zur Frage der prudentiellen Überwachung von Vermögensverwaltern
  - Keine Stellungnahme pro/contra Unterstellung
  - Dringender Handlungsbedarf bei Vermögensverwaltern von EU-Anlagefonds; heutiger Rechtszustand benachteiligt diese; zur Zeit pragmatisch gelöst mit Effekthändler “Light“- Bewilligungen
  - BR lässt zudem prüfen, ob CH Vermögensverwalter von ausländischen regulierten Kollektivanlagen dem KAG zu unterstellen sind
  - Bezüglich anderer Vermögensverwalter Empfehlung des schrittweisen Vorgehens, unter Berücksichtigung Gefährdungslage, internationalen Drucks und Kapazität der Aufsichtsbehörde

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

## Amtshilfe (1)

- Urteil 2A.494/2004 vom 17. 11. 2004
  - Guter Überblick über aktuellen Stand der Amtshilfe gemäss BEHG 38
  - Aktienkauf in kritischer Periode (auffälliger Kursverlauf, erhöhtes Volumen) genügt als Anfangsverdacht, um Amtshilfeersuchen zu rechtfertigen
  - Kann de facto nur bei Vorliegen eines Vermögensverwaltungsmandats widerlegt werden
  - Zustimmung zur Weiterleitung an Strafbehörde unterliegt dagegen erhöhten Anforderungen: "Verlangt werden zusätzliche Indizien, die im Sinne eines konkreten Tatverdachts in Bezug auf bestimmte Transaktionen eine strafrechtlich relevante Verhaltensweise mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit nahe legen."

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

## Amtshilfe (2)

- November 2004 Botschaft betr. Änderung von Art. 38 BEHG
  - Herstellung der internationalen Kompatibilität der Amtshilfe (v.a. Deblockierung Amtshilfe für SEC)
  - Gewährung von Amtshilfe und Zustimmung zur Weiterleitung nicht mehr getrennt
  - Weiterleitung erlaubt sofern der "Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effekthändler" dienend (E-BEHG 38 II a)
  - Vertraulichkeitsprinzip relativiert durch Vorbehalt ausländischer Vorschriften zur Verfahrenspublizität (E-BEHG 38 II a)
  - Weiterleitung an Strafbehörden zu einem anderen Zweck als dem in E-BEHG 38 II a genannten Zweck nur mit Zustimmung des Bundesamts für Justiz und sofern Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen ist
  - Straffung des Verfahrens

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

## Amtshilfe (3)

- Kommerzielle Implikationen für Private Banking
  - Ausländische Kunden: Vorsicht bei Transaktionen in Titeln, die im Herkunftsland des Kunden gehandelt werden
  - Umfassender Schutz bei Vermögensverwaltungsmandat an Bank

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

Zuteilungsrichtlinien SBVg für Erstemissionen von Aktien, PS, GS und Wandel- und Optionsanleihen

- I.K. seit Januar 2005
- Fairness und Transparenz des Zuteilungsverfahrens auf dem Primärmarkt
- Relative Gleichbehandlung von Privatanlegern qua Katalog von sachlichen Zuteilungskriterien



# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

Zahlreiche Untersuchungsverfahren im Bereich Marktaufsicht im 2004 (1)

- Jahresendkurspflege, Kursschnitte, Front Running
- Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 11 BEHG gelten auch im Handel mit nicht kotierten Effekten (EBK JB 2004, 83)
- Neben selbstregulatorischer Überwachungs- und Sanktionskompetenz der Börse gegenüber Effekthändlern kann EBK gemäss BEHG 35 und 6 aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen Händler bzw. das Institut ergreifen

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

## 2004 Zahlreiche Untersuchungsverfahren im Bereich Marktaufsicht (2)

- Personenkreis der "verantwortlichen Mitarbeiter" gemäss BEHG 35 III b (verantwortliche Mitarbeiter, die den Eff'handel betreiben) nicht identisch mit demjenigen gemäss BEHG 10 II d (Gewährsträger), d.h.:
  - Händler können mit repressiven Massnahmen gemäss BEHG 35 III b sanktioniert werden (z.B. Berufsverbot) (EBK Bulletin 46/2004, 51)
  - Sie sind i.d.R. aber nicht Gewährsträger da nicht mit Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betraut (EBK Bulletin 46/2004, 25)

# Aufsichtsrechtliche Aktualitäten

Zahlreiche Untersuchungsverfahren im Bereich Marktaufsicht im 2004 (3)

- Gewährsbrief ist keine Verfügung im Sinne von VwVG 5
- kein Anspruch auf abstrakte Prüfung der zukünftigen Gewähr (EBK Bulletin 46/2004, 21)

# Freiwillige Unterstellung von Vermögensverwaltern unter das BEHG (1)

- Herbst 2004: erste Effekthändler “Light“-Bewilligung erteilt.
- Hintergrund: Prudentielle Beaufsichtigung von Vermögensverwaltern als Voraussetzung, um ab Februar 2007 weiterhin für Asset Management von EU-Fonds (UCITS III-Richtlinie) zu qualifizieren
- EBK bereit, Vermögensverwaltern Effekthändler-Bewilligung zu erteilen, obwohl keine Effekthandelstätigkeit angestrebt wird
  - Zulässigkeit folgt aus der Natur der finanzmarktaufsichtsrechtlichen Bewilligungen als Polizeierlaubnis
  - Gesetzliche Mindestanforderungen gemäss BEHG müssen erfüllt werden
  - Wenn Gesuchsteller darlegt, dass er Effekthändler-Bewilligung benötigt für Mandate von EU-Fonds => EBK bereit, auf in ihrem Ermessen liegende Bewilligungsvoraussetzungen weitgehend zu verzichten

# Freiwillige Unterstellung von Vermögensverwaltern unter das BEHG (2)

- Einzelne Erleichterungen der “Light“-Version
  - Keine Funktionstrennung gemäss BEHV 19 I
  - Interne faktische Kontrolle, aber keine interne Revision, BEHV 20 III
  - Keine Risikoüberwachung, BEHV 26, bzw. nur sehr rudimentär (operationelle Risiken)
  - De facto kein Journal- und Meldepflichtwesen, BEHG 15
  - Gebühren (Bevolligungsgebühr und laufende Überwachung) minimal
- Im Übrigen keine Erleichterungen, z.B. betreffend
  - Mindestkapital (1,5 Mio.), trotz diesbezüglichem Ermessen, BEHV 22 III
  - Ort der Leitung in CH, BEHV 21
  - Externe Revision durch EBK-anerkannte Revisionsstelle
  - Veröffentlichung der Jahresrechnung, BEHG 17
- Würdigung

# Grenzüberschreitendes Private Banking (1)

- Ausgangslage
  - Private Banking *und* Vermögensverwaltung im EU-Raum und vielen anderen bedeutenden Zielländern von CH-Anbietern bewilligungspflichtig
  - Oftmals fallen bereits auch nur grenzüberschreitend ausgeübte Tätigkeiten ausländischer Anbieter unter ausländische Aufsichtsgesetze
  - Ziellandprinzip versus schweizerisches Territorialitätsprinzip (Ausnahme: AFG)
  - Bewilligung im Ausland oder Freistellung von Bewilligungspflicht i.d.R. abhängig von genügender Beaufsichtigung im Heimatland
  - Diese Voraussetzung nicht erfüllt bei CH Vermögensverwaltern
  - Tätigkeit im / ins Ausland nur im Rahmen von Ausnahmetatbeständen bzw. wenn auch Ziellandprinzip nicht aktuell wird

# Grenzüberschreitendes Private Banking (2)

- Problemfall Deutschland (1)
  - Private Banking und Vermögensverwaltung (aber nicht Anlageberatung) sind grundsätzlich erlaubnispflichtige Finanzdienstleistungen (§32 Abs.1 KWG)
  - Revidiertes BaFin-Merkblatt vom April 2005: Erlaubnispflichtig sind Personen, wenn sie sich in D zielgerichtet an Markt wenden, um Personen mit Sitz /Aufenthalt in D Finanzdienstleistungen anzubieten:
    - > Nicht verlangte Besuche potentieller Kunden
    - > Anderweitige direkte Ansprache (u.U. auch Internet)
  - Geht Initiative für Kontakt mit ausländischer Bank/VV vom Kunden aus: keine Erlaubnispflicht (passive Dienstleistungsfreiheit, 2 I GG)
  - Namens-/Sympathiewerbung ist frei, produktspezifische nicht

# Grenzüberschreitendes Private Banking (3)

- Problemfall Deutschland (2)
  - Freistellung von Bewilligungspflicht (§2 IV KWG) möglich wenn angemessene prudentielle Beaufsichtigung im Heimatland und befriedigende Zusammenarbeit der ausländischen Behörde mit BaFin
  - Freistellung von Erlaubnispflicht mangels prudentieller Beaufsichtigung für CH Vermögensverwalter nicht möglich
  - Freistellung von Erlaubnispflicht für CH Banken für das Geschäft mit deutschen Institutionellen möglich ohne besondere materielle Voraussetzungen
  - Freistellung für CH Banken für das Private Banking nur unter der zusätzlichen Voraussetzung möglich, dass Geschäftsanbahnung über ein in D beaufsichtigtes Kreditinstitut erfolgt
  - EBK hat mit BaFin Erleichterungen ausgehandelt betreffend unternehmensbezogene Unterlagen, die dem Freistellungsgesuch beizulegen sind
  - Würdigung



# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (1)

- Thema ist nicht Zulässigkeit des Anbietens von ausländischen Bank- und Effektenhandelsdienstleistungen oder Anlagefonds in der Schweiz  
=> Rechtslage klar
- Thema ist die in BGE 130 II 351 (EBK-Bull. 46,63) beurteilte Problematik: Wann führen Tätigkeiten für ausländische Banken, Effekthändler oder Fonds bzw. fondsähnliche Vehikel zu einer faktischen (gs. verbotenen) Bank-, Effektenhandels- oder Fondsleitungstätigkeit in CH?

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (2)

- Bisherige Auffassung / Praxis wiedergegeben in BGE 130 II 351 ff.:

“Unternehmen, die im Ausland ihren statutarischen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz haben, unterstehen dem Bankengesetz, wenn ihre Willensbildung organisiert und regelmässig in der Schweiz erfolgt oder für sie hier eine organisierte regelmässige Tätigkeit ausgeübt wird. Eine ausländische Bank bedarf dementsprechend einer Bewilligung der Bankenkommission, wenn sie Personen beschäftigt, die (1) für sie dauernd und gewerbsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus Geschäfte abschliessen, Kundenkonten führen oder sie rechtlich verpflichten (Zweigniederlassung, BankG 2 Abs. 1, ABV 2 Abs. 1 lit. a oder (2) in anderer Weise für sie tätig sind, namentlich indem sie Kundenaufträge an sie weiterleiten oder sie zu Werbe- oder anderen Zwecken vertreten (Vertretung, ABV 2 Abs. 1 lit. b).“

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (3)

“Dem Gesetz unterliegen auch faktische Zweigniederlassungen, d.h. Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, hier jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben.

Zweck dieser Regelung ist es, eine Umgehung der aufsichtsrechtlichen Ordnung über die Schweiz durch eine geschäftlich nicht gerechtfertigte Inkorporierung an einem ungenügend überwachten Ort zu verhindern. Wird die ausländische Bank tatsächlich in der Schweiz geleitet oder wickelt sie ihre Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus ab, so muss sie sich nach schweizerischem Recht organisieren und untersteht sie den Bestimmungen über die inländischen Banken (ABV 1 Abs. 2).“

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (4)

“Soweit sich das Bundesgericht mit der Problematik bereits beschäftigen musste, hat es bei einer ähnlich verschachtelten Firmenstruktur wie hier implizit eine bewilligungspflichtige Tätigkeit in einem Fall bejaht, in dem die schweizerische Gesellschaft Backoffice-Dienste für eine ausländische Bank angeboten hatte und in diesem Rahmen die internen Richtlinien betreffend Geldwäscherei, Konteneröffnung und Kreditgewährung sowie hinsichtlich der Liquiditätspolitik der Bank durch deren Mitarbeiter unterschrieben worden waren. Zudem betreute die schweizerische Gesellschaft die Internet-Site der Bank, auf der eine Kontoeröffnung "on line" möglich war; darüber hinaus prägte sie deren Werbepolitik und wies sie in ihren eigenen Unterlagen auf die Bankdienstleistungen hin.“

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (5)

- Elemente, welche auf faktische Banktätigkeit in CH für ein ausländisches Institut schliessen lassen, sind:
  - Firmenname
  - Ort der Sitzungen des Verwaltungsrates
  - Wohnsitz der Organe
  - Charakter einer Shell-Bank des ausländischen Instituts
  - Verwendung eines Informationssystems, dass nur für Banken gedacht ist
  - Ausführung von Backoffice-Tätigkeiten
  - Ort, von welchem aus Aufträge für laufende Kontobeziehungen der ausländischen Bank bei anderen Banken aufgegeben werden
  - wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen den Gesellschaften und der ausländischen Bank
- Elemente analog anwendbar für Feststellung einer faktischen Effektenhändlerstätigkeit in CH für ausländische Institute und für ausländische Anlagevehikel

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (6)

- Neu können bereits umfassende (Back-Office) Dienstleistungen alleine zur Unterstellung führen:

“Soweit die Geschäftstätigkeiten von Schweizer Gesellschaften für ausländische Banken grosse Backoffice-Tätigkeiten umfassen, müssen diese Tätigkeiten der Schweizer Gesellschaften als unterstellungspflichtige Banktätigkeiten angesehen werden (BGE 130 II 351 ff., Erw. 5.3.)“

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (7)

- Entscheidend dafür gewesen waren wohl
  - “Führen“ von Konti und “Produktion“ von Kontoauszügen
  - z.T. Aufbewahrung von (Original?)-Kundendossiers
  - Weitere, an sich klassische Outsourcing-Tätigkeiten (vgl. EBK-RS 99/2 Outsourcing), weil diese für ausländische “Shell“-Bank erbracht wurden

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (8)

- Weiterhin zulässig sind umfassende Outsourcing-Tätigkeiten gemäss EBK-RS 99/2 Outsourcing, wenn für reguliertes Institut (also nicht “Shell“-Bank) erbracht
  - **FATF Recommendation 18**

Countries should not approve the establishment or accept the continued operation of shell banks. Financial institutions should refuse to enter into, or continue, a correspondent banking relationship with shell banks. Financial institutions should also guard against establishing relations with respondent foreign financial institutions that permit their accounts to be used by shell banks.
  - **“Shell bank”** means a bank incorporated in a jurisdiction in which it has no physical presence and which is unaffiliated with a regulated financial group.



# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (9)

- Im Bereich Vermögensverwaltung sind weiterhin folgende Unterstützungsfunktionen für off shore Institute oder Anlagevehikel zulässig:
  - Anlageberatung und Vermögensverwaltung
  - Vertretung in Vertragsverhandlungen mit Abschlussvollmacht
  - Administrative Tätigkeiten wie z.B. Erstellen von Analysen, Inventarwertberechnung, Buchhaltung für einen (unbewilligten) Fonds
  - Depotbanktätigkeit, wenn Prospekt des Fonds bzw. anlagefondsähnliche Vehikels nicht in CH erhältlich

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (10)

- Unzulässig sind dagegen typische Leitungsaufgaben wie
  - Auswahl bzw. Kündigung Vermögensverwalter
  - Festlegung Anlagepolitik
  - Grundlegende Gesellschafts-Beschlüsse wie z.B. Liquidation eines Fonds / Vehikels, Mandatierung Revisionsstelle, Kapitalerhöhungen, etc.
  - Entgegennahme von Zeichnungen bzw. Rücknahmebegehren

# Zulässigkeit von Dienstleistungen für off shore Institute und Vehikel (11)

- Nota: Obige Restriktionen nur relevant, wenn ausländische Institute oder Vehikel nach CH-Recht bewilligungspflichtig wären:
  - Ausländische Fonds bzw. anlagefondsähnliche Vehikel im Sinne von AFG 44 I und II bzw. AFV 2 III
  - Institute die gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen (BankVo 3, 3a)
  - Institute die eine eigentliche Banktätigkeit ausüben (BankVo 2a)
  - Institute die Effektenhandel ausüben (BEHV 3, also z.B. auch Emissions- und Derivathäuser)