

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch

Die künftige Regulierung des Private Banking

EuropaInstitut Zürich - Seminar Vermögensverwaltung X
Zürich, 8. November 2016

Sandro Abegglen

NKF

Agenda

Einleitung

FINIG und FIDLEG

- Überblick
- Kundensegmentierung
- Informationspflichten
- Angemessenheits- und Eignungsprüfung
- Best Execution
- Zwischenfazit
- FIDLEG – jüngste Entwicklungen

Verbesserung des Marktzugangs zu ausländischen Märkten

- Bericht Bundesrat 2016
- Beispiel vereinfachte Freistellung CH-D

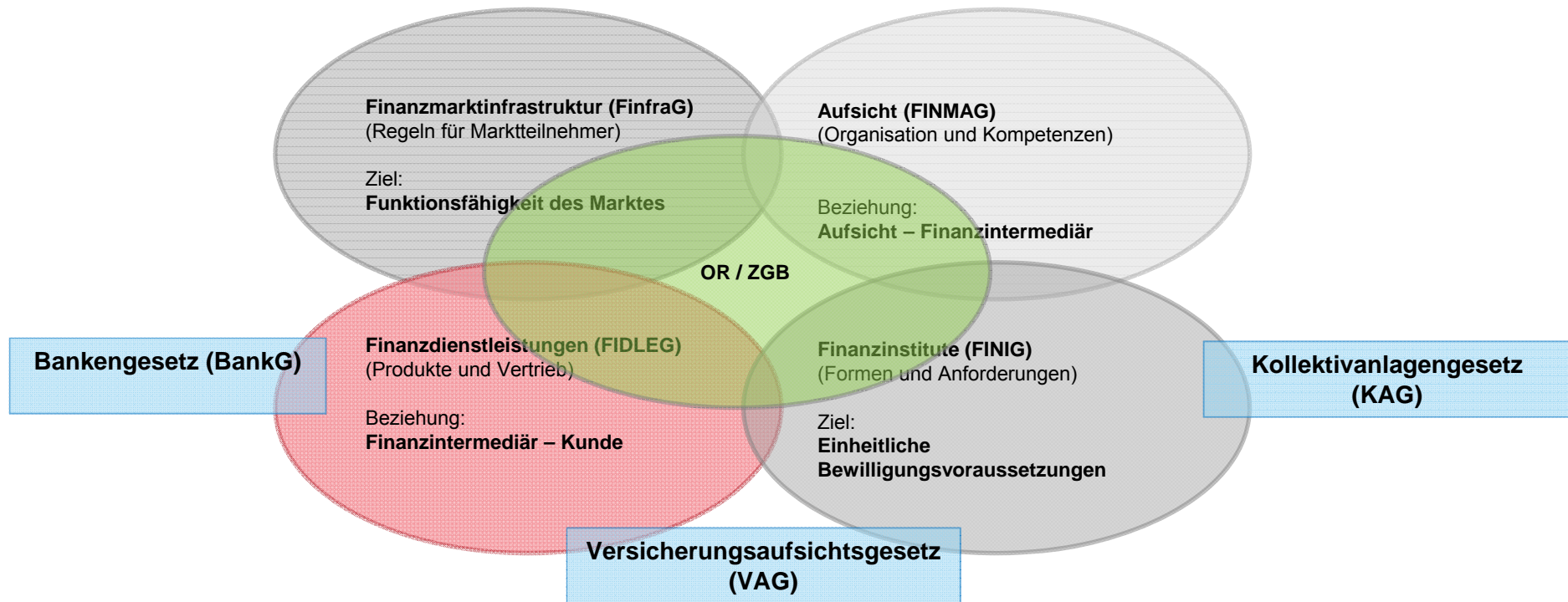
Cross-Border-Compliance

- Refresher
- Neue Regulierung
- Enforcement

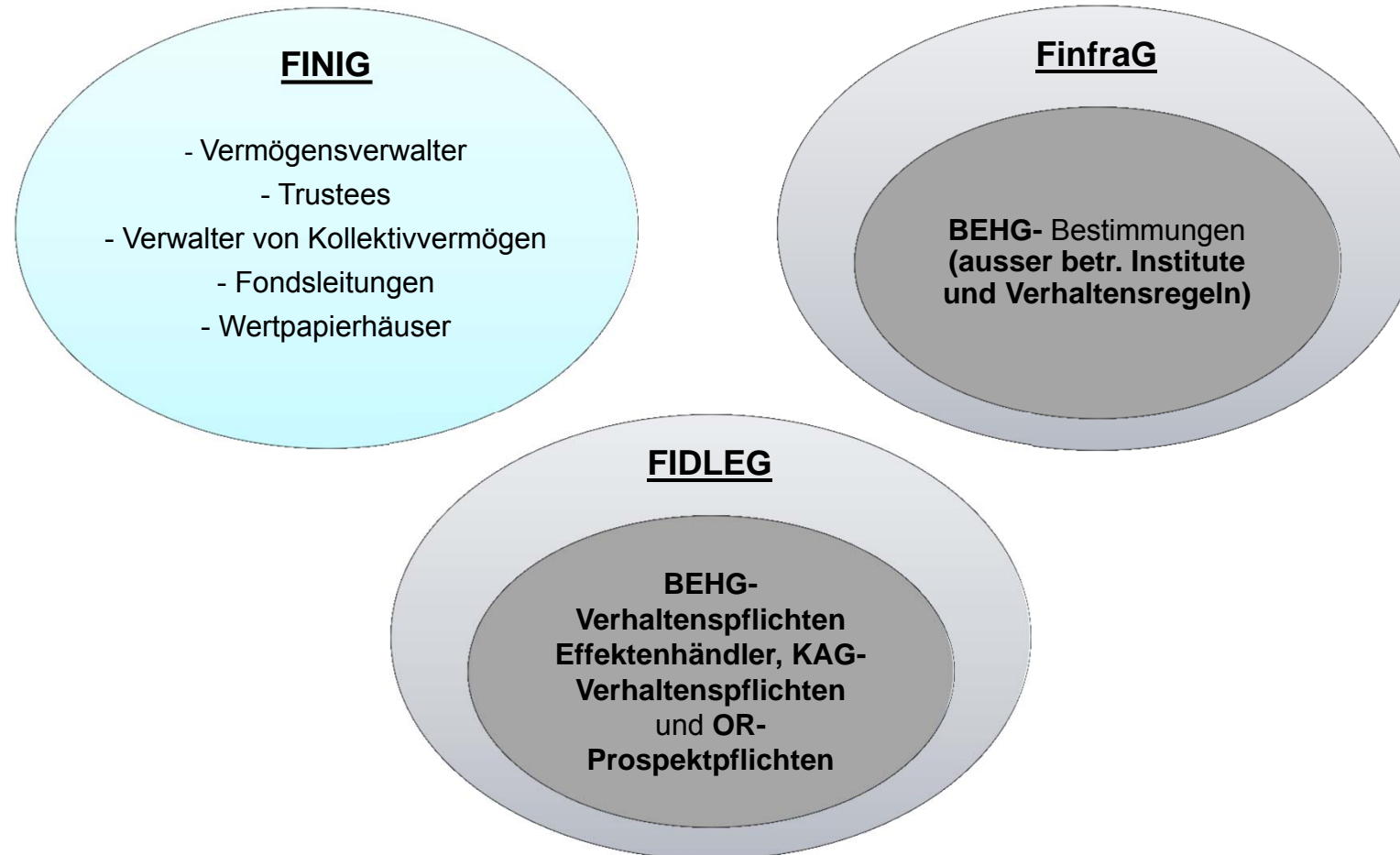
FINIG und FIDLEG

Zukünftige Finanzmarktarchitektur – Zielbild (1/2)

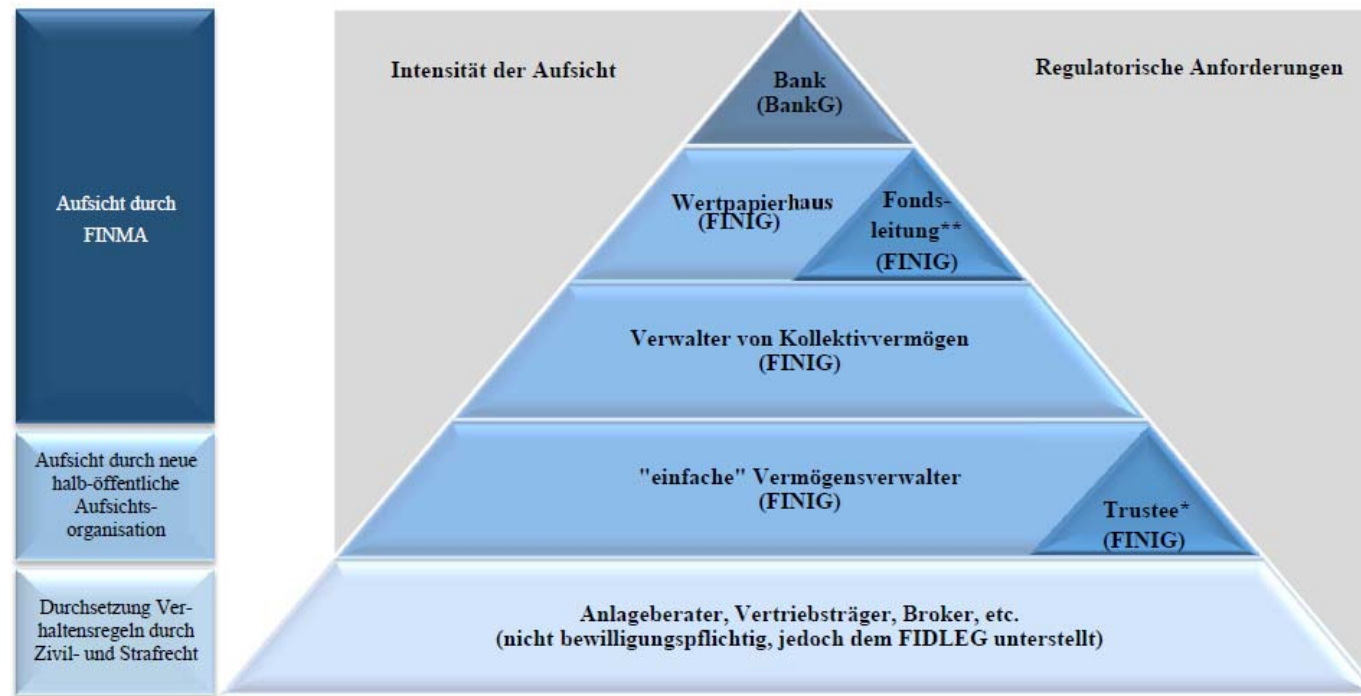
- Prinzip: Branchenübergreifender, horizontaler Regulierungsansatz
- Abweichungen vom sektorübergreifenden Regulierungsansatz: siehe blaue Kästen



Zukünftige Finanzmarktarchitektur – Zielbild (2/2)



Bewilligungspyramide gemäss FINIG



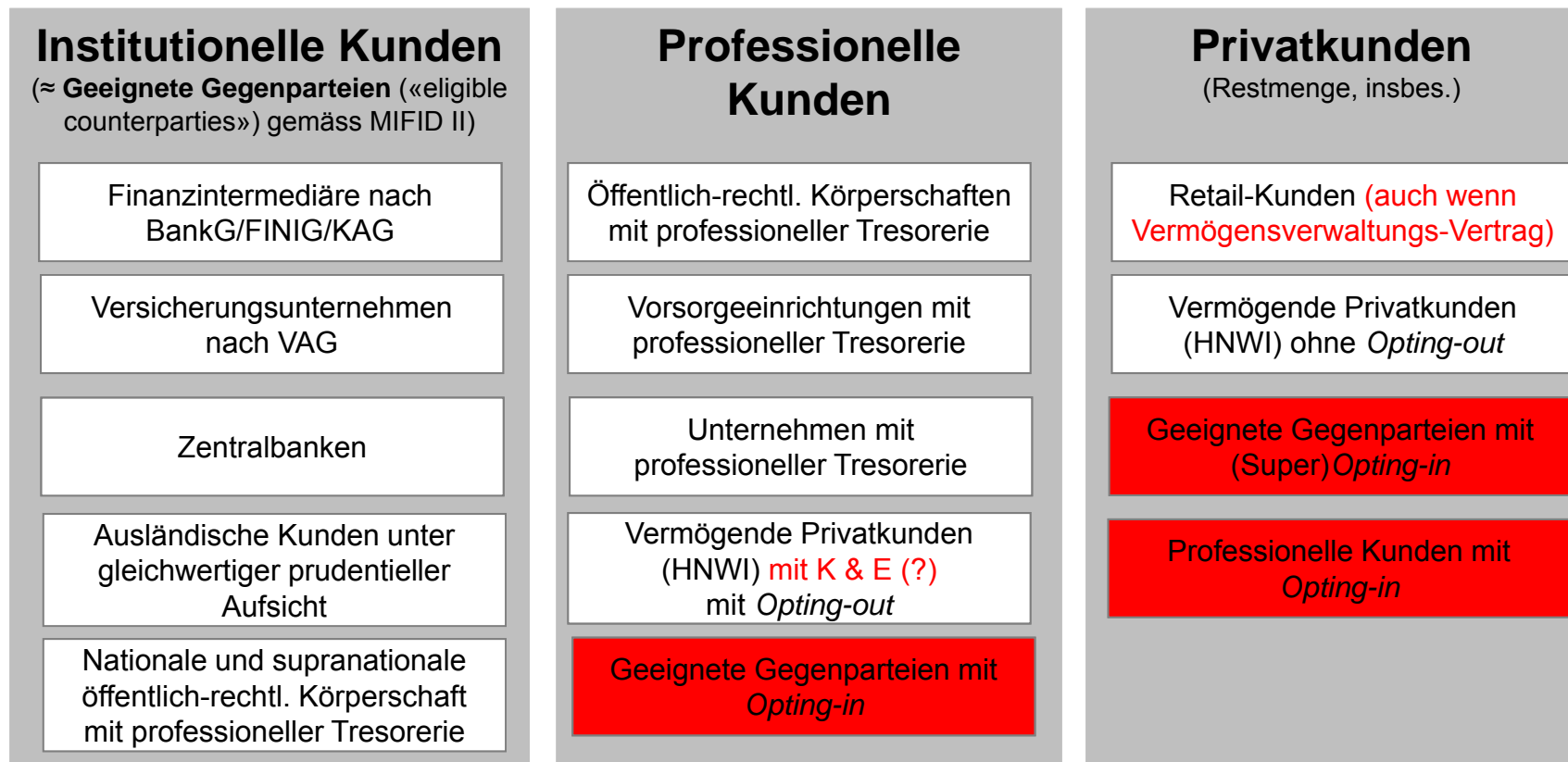
Grundsatz: **Bewilligungskaskade** => die „höhere“ Lizenz berechtigt auch zur Ausübung einer Tätigkeit, die einer „tieferen“ Lizenz untersteht => Ausnahmen:

- * Während bspw. eine Lizenz als Wertpapierhaus auch berechtigt, als Trustee tätig zu werden, genügt umgekehrt eine Lizenz als Trustee nicht, um anderen bewilligungspflichtigen Tätigkeiten nachzugehen.
- ** Aufgrund der speziellen Anforderungen, bedarf eine Tätigkeit als Fondsleitung stets einer separaten Lizenz (auch für Banken).

Kundensegmentierung (Art. 4 ff.): Pflicht zur Einteilung in drei Kundensegmente

Zwingend, ausser wenn alle als Privatkunden behandelt

(rot = Abweichungen von der Definition des «Qualifizierten Anlegers» i.S. des KAG)



Informationspflichten (Art. 9 und 10): Zwei Arten

- **Abs. 1: Allgemeine, einmalige Informationen über**
 - Name, Adresse, Aufsichtsstatus und Tätigkeitsfeld des Finanzdienstleisters
 - Möglichkeit, sich über die Aus- und Weiterbildung des Kundenberaters zu informieren
 - Möglichkeit zur Einleitung von Vermittlungsverfahren vor einer anerkannten Ombudsstelle
- **Abs. 2: Zusätzliche, besondere Informationen über**
 - angebotene Finanzdienstleistungen und damit verbundene Risiken und Kosten
 - im Zusammenhang mit der angebotenen Finanzdienstleistung bestehende wirtschaftliche Bindungen an Dritte
 - angebotene Finanzinstrumente und damit verbundene Risiken und Kosten
 - bei der Auswahl der Finanzinstrumente berücksichtigtes Marktangebot
 - Art und Weise der Verwahrung der Finanzinstrumente und damit verbundene Risiken und Kosten
- **Weitere Informationspflichten im FIDLEG (z.B. Art. 14 Abs. 2, 16 Abs. 2, 26, 27 Abs. 2 FIDLEG)**
 - gilt zur Zeit gegenüber allen Kundentypen

Informationspflichten: Anforderungen an Informationsvermittlung

■ Form und Zeitpunkt

- Information nach Art. 9 muss auf verständliche Weise und rechtzeitig **vor Abschluss des Vertrags** oder **vor Erbringen der Dienstleistung** erfolgen
- dito betreffend BIB; Prospekt nur auf Anfrage
- Information in standardisierter (elektronischer) Form zulässig
- Werbung muss als solche gekennzeichnet sein

■ Strafrechtliche Sanktionen!

■ Basisinformationsblatt (Art. 58 ff.)

- Muss vor Zeichnung/Transaktion zur Verfügung gestellt werden
- Obligatorisch für alle Finanzinstrumente (ausser Aktien), wenn Angebot an Privatkunden

Angemessenheits- und Eignungsprüfung (1/2)

■ Angemessenheit (Appropriateness) Art. 12

- Erkundigung über Kenntnisse und Erfahrungen der Kunden (Knowledge & Experience; K & E)
 - bezogen auf Finanzinstrument oder Finanzdienstleistung
 - K & E kann durch Information hergestellt werden

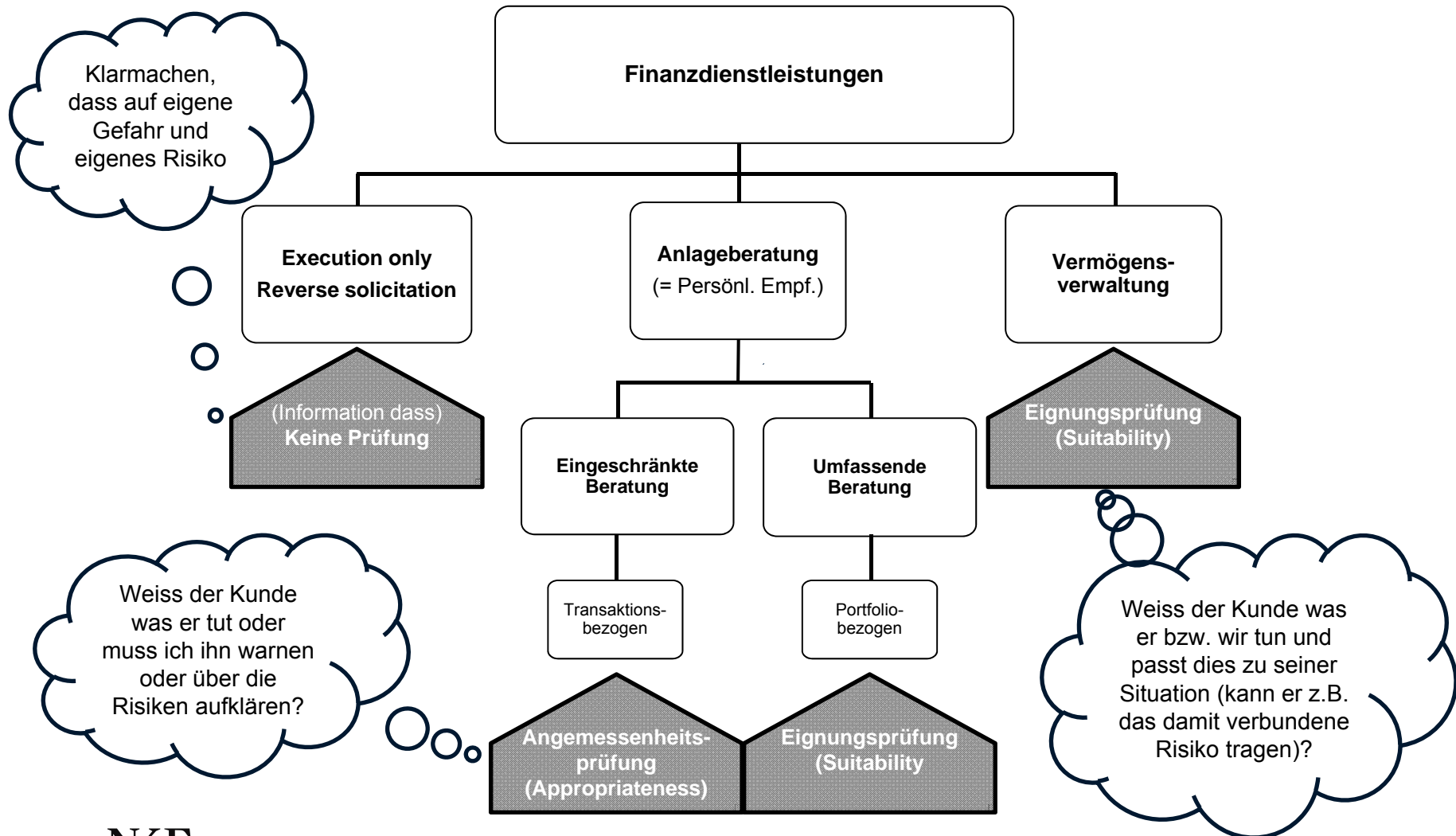
■ Eignungsprüfung (Suitability) Art. 13

- K & E und
- Eignung i.e.S.:
 - Ermittlung finanzielle Verhältnisse (objektive Risikofähigkeit)
 - Ermittlung Anlageziele, inklusive Risikobereitschaft (subjektive Risikofähigkeit)
- Alle Empfehlungen von Finanzinstrumenten und Anlageentscheide (bei diskretionären Mandaten) müssen geeignet/suitable im oben genannten Sinn sein

■ Beide (A & E)

- wenn mangels Informationen nicht beurteilbar → Abmahnen
- wenn Kunde unangemessenes oder ungeeignetes Finanzinstrument will → Abraten

Angemessenheits- und Eignungsprüfung (2/2)



Angemessenheits- und Eignungsprüfung: Vergleich mit heutiger Rechtslage

- Schweizer Recht kennt bis anhin keine Angemessenheitsprüfung
 - Ähnliche Pflichten wurden aus Auftragsrecht abgeleitet
 - Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG als Mindeststandard
- Neu: Eignungsprüfung bei portfoliobezogenen, persönlichen Empfehlungen
 - Bisher nur allgemeine Aufklärungspflicht und ggf. konkrete Warnpflicht, ausser wo konkludenter Anlageberatungsvertrag
 - Neu: Strafandrohung bei vorsätzlicher, schwerwiegender Verletzung der Angemessenheits- und Eignungsprüfung

→ Pflichtenlage wird verschärft

Best Execution neu "rule-based"

- Finanzdienstleister stellen bei der Auftragsausführung die Erreichung des bestmöglichen Ergebnisses sicher, namentlich in
 - finanzieller;
 - zeitlicher; und
 - qualitativer Hinsicht.
- In finanzieller Hinsicht zu berücksichtigen:
 - Preis für das FI;
 - Kosten, die mit der Ausführung des Auftrages verbunden sind; und
 - Entschädigungen Dritter.
- Interne Weisungen und Control Framework notwendig
- Implikationen auf Entscheid "retrofree" vs "retroloaded" Anlageberatung und Vermögensverwaltung
 - Welches "product shelf"?
 - Caveat: Retro-Waiver ≠ Treuepflicht-Waiver

FIDLEG – Zwischenfazit

■ Ebene **Produkte(dokumentation)**

- Wesentliche Auswirkungen für Banken, grosser Organisationsaufwand
- Für nichtkотиerte (OTC-) strukturierte Produkte neu Prospektpflicht
- Level Playing Field, da neu Prospektpflichten und BIB-Pflichten für fast alle FI

■ Ebene **Point of Sale**

- geringe Auswirkungen bei diskretionären Mandaten
- Relativ grosse Auswirkungen unterhalb des diskretionären Mandatsbereichs
 - Beachtlicher Aufwand im Zusammenhang mit abzugebenden BIB
 - Formalisierung, Konkretisierung, regulatorische «Aufladung» und teilweise Ausdehnung der Verhaltenspflichten
 - Neu: Angemessenheitsprüfung
 - Deutliche Ausweitung der Anlageberatungskonstellationen und damit volle Suitability-Pflichten, wo früher einfach-klassisches Advisory Only-Geschäft
 - Retro-loaded Beratungsmodell praktisch nicht mehr möglich

FIDLEG – jüngste Entwicklungen: WAK-S Medienmitteilung 17.10.2016

- Versicherer werden vom Geltungsbereich des FIDLEG ausgenommen
- Aufsicht über unabhängige Vermögensverwalter soll durch eine von der FINMA bewilligte und beaufsichtigte Aufsichtsorganisation ausgeübt werden
 - Sämtliche hoheitliche Befugnisse und Sanktionskompetenz liegen bei FINMA
- Erleichterter Marktzugang für Fintech-Unternehmen mittels eigenständiger Bewilligungskategorie
- Änderungen im Bankeninsolvenzrecht werden ausgegliedert
- Auf beantragte Änderung des Bankengesetzes wird verzichtet

FIDLEG – jüngste Entwicklungen: WAK-S Fahne mit Anträgen 04.11.2016 (1/6)

- 302-seitiges Dokument mit über hundert Anträgen(!)

Key Points:

- **Geltungsbereich**

- **Versicherungsunternehmen** und **Versicherungsvermittler** vom FIDLEG ausgenommen
- **rückkaufsfähige Lebensversicherungen** ≠ Finanzinstrumente

- **Kundensegmentierung**

- **SPVs für vermögende Privatkunden** sowie **SPVs mit professioneller Tresorerie** sollen explizit als professionelle Kunden gelten

FIDLEG – jüngste Entwicklungen: WAK-S Fahne mit Anträgen 04.11.2016 (2/6)

Key Points (cc'ed):

■ Kundensegmentierung (cc'ed)

- Definition der Anforderungen an **vermögende Privatpersonen** auf Gesetzesstufe (ähnlich wie ab KAG-Anforderungen; bereits ab CHF 2 Millionen jedoch keine K+E-Erfordernisse)
- Vorsorgeeinrichtungen und in- und ausländische KAG-Institute: Möglichkeit zu **Opting-out** bzw. **Opting-up** zu institutionellen Kunden
- **Opting-in** bzw. **Opting-down** beschränkt auf professionelle Kunden (d.h. nicht mehr, wie ursprünglich vorgesehen, auch für institutionelle Kunden)

■ Ausbildung der Kundenberater

- **Liberalisierung** Anforderungen und Verantwortlichkeiten

FIDLEG – jüngste Entwicklungen: WAK-S Fahne mit Anträgen 04.11.2016 (3/6)

Key Points (cc'ed):

■ Verhältnis zum Zivilrecht

- Klarstellung, dass durch Erfüllung aufsichtsrechtlicher Pflichten **auch zivilrechtliche Pflichten erfüllt** sind (unklar inwiefern bindend für Zivilgerichte)

■ Interessenwahrungs- und Sorgfaltspflicht

- (aufsichtsrechtliche) Generalklausel in Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG über **Interessenwahrungs- und Sorgfaltspflicht** soll gestrichen werden

■ Informationspflichten

- Auf den ersten Blick **deutliche Reduktion der Informationspflichten**; diverse Streichungsanträge und allgemeinere Formulierungen

FIDLEG – jüngste Entwicklungen: WAK-S Fahne mit Anträgen 04.11.2016 (4/6)

Key Points (cc'ed):

■ BIB

- Klarstellung, dass bei **zusammengesetzten Produkten** bloss ein BIB zur Verfügung zu stellen ist
- Bei Beratung auf Eigeninitiative und unter **Abwesenden** kann das BIB mit Zustimmung des Kunden u.U. **erst nach Abschluss des Geschäfts zur Verfügung** gestellt werden

■ Eignungs- und Angemessenheitsprüfung

- Klarstellung dass sich **K&E auf Finanzdienstleistung** und nicht einzelne Transaktionen beziehen
- Bei fehlender Eignung oder Angemessenheit bloss **Warnung** und kein Abraten (u.E. unklar ob Berater/Vermögensverwalter ungeeignete Produkte proaktiv anbieten dürfte)

FIDLEG – jüngste Entwicklungen: WAK-S Fahne mit Anträgen 04.11.2016 (5/6)

Key Points (cc'ed):

■ Beratungsprotokoll

- nur bei Empfehlung zum «Erwerb» und nicht «Halten» oder «Veräussern» (ähnlich wie geltende KAG-Regelung)

■ Erleichterungen bei institutionellen und professionellen Kunden

- 2. Kapitel des E-FIDLEG (Verhaltensregeln) findet gänzlich **keine Anwendung** bei **institutionellen Kunden** (!) (bis jetzt bloss partielle Erleichterungen)
- **Professionelle Kunden** können auf die Anwendung bestimmter Verhaltensregeln **verzichten** (bisher Erleichterungen nur bei Eignungs- und Angemessenheitsprüfung)

FIDLEG – jüngste Entwicklungen: WAK-S Fahne mit Anträgen 04.11.2016 (6/6)

Fazit:

- Substantielle Änderungsanträge durch WAK-S
- Sehr finanzdienstleisterfreundlich/liberal
- Teilweise jedoch unklare Konsequenzen und Auswirkungen der Änderung einzelner Bestimmungen auf restliche Gesetzessystematik
- Risiko für Äquivalenz-Anerkennung

→ Es bleibt spannend...

Verbesserung des Zugangs zu ausländischen Märkten

Bericht Bundesrat vom Oktober 2016

- Marktzugang für Schweizer Finanzinstitute im Ausland soll sichergestellt werden
 - Gegenüber der EU:
 - Anerkennung der Gleichwertigkeit der Schweizer Finanzmarktregulierung und -aufsicht wird angestrebt (EU-Äquivalenzverfahren)
 - Mit wichtigen Partnerländern: bilaterale Vereinbarungen
 - Längerfristig kann auch ein umfassendes Finanzdienstleistungsabkommen nicht ausgeschlossen werden...
 - Daher: Schweiz sollte in wichtigsten Punkten eine vergleichbare Regulierung mit EU haben
 - Zukunft: FIDLEG/FINIG (MIFIDII)
 - Bereits erfolgt: KAG (UCITS; AIFMD), FinfraG (EMIR/MIFIDII)

Bilaterale Vereinbarungen

- Bestehende Vereinbarungen:
 - Deutschland, Österreich, Grossbritannien
- Laufende Gespräche:
 - Italien, Frankreich, Spanien, Japan, Kanada, Mexiko, Argentinien, Hong Kong

Beispiel: Vereinfachte Freistellung CH-D (1/5)

■ Grundlagen

- Briefwechsel zwischen der Schweiz und Deutschland inkl. «Memorandum zu verfahrensrechtlichen Aspekten grenzüberschreitender Tätigkeiten im Finanzbereich» vom 3. Juli / 15. August 2013
 - Ausführungsvereinbarung zwischen FINMA und BaFin vom 20. Januar 2013
 - Verständigung zwischen FINMA und BaFin vom 4. Juli 2015
 - FINMA-Mitteilung 54 vom 6. Januar 2014 «Vereinfachtes Freistellungsverfahren»
 - FINMA-Wegleitung zur Aufsichtsbescheinigung vom 21. August 2015
 - Informationsblatt der BaFin
- Schweizer Banken können bei der BaFin eine Freistellung im vereinfachten Verfahren beantragen; vorgängige FINMA-Zustimmung nötig

Beispiel: Vereinfachte Freistellung CH-D (2/5)

■ Die Freistellung erlaubt,

- *«auch ohne Vermittlung eines in Deutschland bewilligten Kreditinstituts bzw. eines EWR-Kreditinstituts grenzüberschreitende Geschäftsbeziehungen in Deutschland anzubahnen» (FINMA-Mitteilung 54 vom 6. Januar 2014)*

■ Voraussetzungen

- Von der FINMA ausgestellte Erlaubnis für Bankgeschäfte / Finanzdienstleistungen, die in Deutschland angeboten werden sollen («**Aufsichtsbescheinigung**»)
- Einhaltung deutscher Verbraucherschutz- und Geldwäschereibekämpfungsregeln
- Bei Geldwäschereiverdacht Meldung an MROS; diese meldet weiter
- Prüfung der Einhaltung der Verbraucherschutz- und Geldwäschereibekämpfungsregeln durch Schweizer Prüfgesellschaft

Beispiel: Vereinfachte Freistellung CH-D (3/5)

■ Kompatibilität mit Art. 271 StGB?

- Keine „Handlung für einen fremden Staat“:
 - Beachtung ausländischen Rechts (≠ Verfügung) gilt als unproblematisch
 - zudem keine direkten Geldwäschereiverdachtsmeldungen nach Deutschland
- Briefwechsel soll überdies gemäss EFD eine Bewilligung für Handlungen nach Art. 271 StGB darstellen (so FINMA-Mitteilung 54, S. 3); wenn nein: zumindest "Vertrauensschutz"/Treu und Glauben betr. Frage der Ermächtigung zu Strafv.

Beispiel: Vereinfachte Freistellung CH-D (4/5)

■ Spannungsverhältnis zu Art. 47 BankG (und Art. 273 StGB)

- Problematik bei (wohl seltenen) Fällen ohne CH-Meldepflicht oder -recht
- Gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage für Einschränkung nötig
- Memorandum wäre Staatsvertrag, enthält aber Meldepflicht nicht; Ausführungsvereinbarung und Verständigung begründen Meldepflicht, sind aber keine Staatsverträge
- Kunden-Waiver/-Einwilligung nötig
- Bereinigung Kundenpopulation vor Freistellung

Beispiel: Vereinfachte Freistellung CH-D (5/5)

■ Würdigung

- Relativ aufwendiges Verfahren
- Sorgfältige rechtliche Umsetzung erforderlich
- Operationelle Implikationen
- Grosser Vorteil: Unbeschränkter grenzüberschreitender Zugang zum deutschen Markt ohne lokale Vermittler oder eigene Niederlassung
- Abwägung Kosten-Nutzen individuell für jedes Institut

Update Cross-Border-Compliance

Zum Einstieg: Neuestes Beispiel verschärften Enforcements

- Einschränkung des Aktionsradius der Bank
 - Hintergrund: FINMA verhängte Verbot, in den nächsten drei Jahren im Ausland neue Geschäftsbeziehungen mit PEP einzugehen
 - Verbot kann aufgehoben werden, wenn Bank ein angemessenes Kontrollsystem aufgebaut hat
 - Problem: in aufstrebenden Ländern grosse Korrelation zwischen Wohlstand und politischer Exponiertheit; schwierige Plausibilisierung des Vermögens und von Transaktionen
 - Schweizer Banken weichen aber immer mehr auf diese Märkte aus

NZZ, 2.11.2016, S. 26:

Gerüchte um die Falcon Private Bank

ti. · Zum Auftakt des Prozesses gegen einen ehemaligen Mitarbeiter der Schweizer Privatbank BSI in Singapur sind Gerüchte aufgetaucht, wonach die ebenfalls in die 1MDB-Affäre verwickelte Falcon Private Bank mit einer Einschränkung ihres Aktionsradius rechnen müsse. Die in Zürich domizilierte Bank kann sich darauf keinen Reim machen.

Fest steht lediglich, dass das im Oktober von der Aufsichtsbehörde Finma gegen die Bank verhängte Verbot, in den nächsten drei Jahren im Ausland neue Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen (PEP) einzugehen, das Vermögensverwaltungsgeschäft bremst. Denn gerade in aufstrebenden Ländern ist die Korrelation zwischen Wohlstand und politischer Exponiertheit gross. Und gerade auf diese Märkte weichen Schweizer Banken immer öfter aus, um dem Margendruck im grenzüberschreitenden Geschäft mit Kunden aus klassischen europäischen Zielländern zu entfliehen.

Die Finma behält sich die Möglichkeit vor, das PEP-Verbot aufzuheben, sobald Falcon ein aus ihrer Sicht angemessenes Kontrollsystem aufgebaut hat.

Refresher: Relevante Rechtsnormen

- Bislang wenige und mit einer Ausnahme nicht explizite Schweizer Vorschriften fürs Outbound-Geschäft
 - Die Organisation und die geografische Ausdehnung des Geschäftsbereichs müssen mit Gesellschaftszweck, Finanzierungsmitteln und der internen Organisation vereinbar sein (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG)
 - Meldung an FINMA nur bei Eröffnung einer Tochtergesellschaft, Zweigstelle oder Vertretung im Ausland (Art. 3 Abs. 7 BankG; anders aber Art. 4 Abs. 2 lit. c VAG)
 - Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG)
 - Angemessenes Risikomanagement bei der Erfassung, Begrenzung und Überwachung von rechtlichen und operationellen Risiken; wirksames internes Kontrollsystem (Art. 12 Abs. 2 und 4 BankV)

- Ausländisches Recht

Refresher: Beachtung ausländischen Rechts als indirekte Pflicht unter Schweizer Recht (1/2)

- «Positionspapier Rechtsrisiken» der FINMA vom 22. Oktober 2010, S. 2 / 12
 - *«Das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) statuiert keine direkt und explizit formulierte Pflicht der Beaufsichtigten zur Einhaltung ausländischen Rechts.»*
 - *«Insbesondere kann die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte – offen formulierte – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen; so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Vor allem aber verlangen die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden müssen und ein wirksames internes Kontrollsystem errichtet wird.»*

Refresher: Beachtung ausländischen Rechts nur als indirekte Pflicht unter Schweizer Recht (2/2)

■ Fallbeispiele

- Verfügung der FINMA vom 11. Januar 2010: *«Im vorliegenden Fall war die C. AG durch die Art der Geschäftstätigkeit im grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft mit deutschen Retailkunden bei der systematischen und lange andauernden Zusammenarbeit mit deutschen Vermittlern grossen Rechts- und Reputationsrisiken ausgesetzt, ohne dass dies der Bank bzw. dem Verwaltungsrat bewusst gewesen wäre. [...] Damit hat die Bank in schwerer Weise gegen das Gewährens- und Organisations-erfordernis im Sinn von Art. 3 BankG verstossen.»* (FINMA-Bulletin 2010, S. 120 f.) **(einzigster, reiner Crossborder-Fall)**
- *«Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips - grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist [...]. Die Pflicht zur Erfassung, Begrenzung und Überwachung der dem Cross-border Geschäft inhärenten Risiken ergibt sich denn auch nicht aus ausländischem, sondern aus inländischem Recht.»* (BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.1)

Neu: Crossborder-Regulierung ab 2017 (1/3)

- Revidiertes Rundschreiben 2008/21 „Operationelle Risiken Banken“, Grundsatz 6, Rz. 136.4 (ab Juli 2017) und damit Regulierung gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG löst Positionspapier Rechtsrisiken ab
 - *«Wenn Banken [...] grenzüberschreitend Finanzdienstleistungen erbringen oder Finanzprodukte vertreiben, sind auch die **aus einer Anwendung ausländischer Rechtsvorschriften** (Steuer, Straf-, Geldwäschereirecht usw.) **resultierenden Risiken angemessen zu erfassen, begrenzen und kontrollieren**. Insbesondere erwartet die FINMA als Aufsichtsbehörde, dass die Banken **ausländisches Aufsichtsrecht einhalten**. Die Banken unterziehen ihr grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft [...] einer vertieften **Analyse** der rechtlichen Rahmenbedingungen und der damit verbundenen Risiken. Gestützt auf diese Analyse treffen die Banken die erforderlichen strategischen und organisatorischen Massnahmen zur Risikoeliminierung und -minimierung und passen diese laufend geänderten Bedingungen an. Insbesondere verfügen sie über das notwendige länderspezifische Fachwissen, definieren sie spezifische Dienstleistungsmodelle für die bedienten Länder, schulen die Mitarbeiter und stellen durch entsprechende organisatorische Massnahmen, Weisungen, Vergütungs- und Sanktionsmodelle die Einhaltung der Vorgaben sicher. Auch **externe Vermögensverwalter, Vermittler und andere Dienstleister** sind entsprechend sorgfältig auszuwählen und in ihrer Rolle als Beauftragte zu schulen.»*

Neu: Crossborder-Regulierung ab 2017 (2/3)

Heute	In Zukunft (ab Mitte 2017)
« Positionspapier Rechtsrisiken » vom 22. Oktober 2010 (s. Folie 5 f.)	RS 2008/21 « Operationelle Risiken Banken »: Grundsatz 6 (s. Folie 10)
RS 2008/24 « Überwachung und interne Kontrolle »: « <i>Bei international tätigen Instituten ist namentlich zu gewährleisten, dass Weisungen mit Wirkung für mehrere Länder mit dem lokalen Recht vereinbar sind.</i> »	
–	RS 2017/xx « Corporate Governance – Banken »: « <i>Das Oberleitungsorgan [und die Geschäftsleitung sind] insgesamt je nach geographischer Geschäftsausrichtung mit [...] dem [lokalen, regionalen, nationalen und internationalen] regulatorischen Umfeld hinreichend vertraut.</i> »

Neu: Crossborder-Regulierung ab 2017 (3/3)

Heute

FINMA RS 13/3 «Prüfwesen», Anhang 13 (Risikoanalyse Banken und Effekthändler):

«Konzernweite Massnahmen zur Einhaltung von weiteren schweizerischen und ausländischen aufsichtsrechtlichen Vorschriften»

RS 2008/21 «Operationelle Risiken Banken»:

«Geschäftstätigkeiten ohne entsprechende Bewilligung» (als Beispiel für unzulässige Praktiken)

In Zukunft (ab Mitte 2017)

→ **Adäquate Prozesse und systematische Kontrollen notwendig**

Enforcement Crossborder-Compliance (1/2)

- Mögliche Enforcement-Massnahmen FINMA
 - Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG)
 - Feststellung einer Verletzung (Art. 32 FINMAG); Gewährens"entzug" / Gewährsbrief
 - Berufsverbot bis fünf Jahre (Art. 33 FINMAG)
 - Veröffentlichung der Verfügung (Art. 34 FINMAG)
 - Einziehung eines Gewinns (Art. 35 FINMAG)
 - Entzug der Bewilligung (Art. 37 FINMAG)
 - Gewährsbrief

- Verhältnis Verfahren gegen Institut und gegen Mitarbeiter
 - BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016 (betr. Verfahren gegen ex-CEO einer Bank und dessen Anspruch auf rechtliches Gehör/Akteneinsicht)

- Erhöhte Erwartung an Bank-VR bzw. -GL?
 - = Berücksichtigung von Verstössen bei Boni
 - = Prüfung disziplinarischer Massnahmen und von Verantwortlichkeitsansprüchen

Enforcement Crossborder-Compliance (2/2)

- Beispiel Art. 31 FINMAG:

- «Der Bank wird für drei Jahre verboten, neue Geschäftsbeziehungen mit **ausländischen PEP** einzugehen. Die FINMA kann dieses Verbot vorher aufheben, sobald die Bank über ein angemessenes Kontrollumfeld verfügt.» (FINMA-Medienmitteilung vom 13. Oktober 2016)

- Beispiel Art. 33 FINMAG:

- «Die Banker nehmen die Bedrohung eines Berufsverbots sehr ernst. Die Finma hat seit 2009 rund 30 Berufsverbote ausgesprochen, dies bis auf CEO-Stufe. **Diese Sanktion bedeutet faktisch meist das Ende einer Führungskarriere im Finanzsektor.** Wir werden weiterhin gezielt gegen fehlbare Banker vorgehen. Das ist Teil unserer Strategie.» Mark Branson, Interview mit der Sonntagszeitung vom 16. Oktober 2016
- FINMA-Verfügung betreffend Berufsverbot gegen Bank-CEO, jedoch aufgehoben in Bger 2C_739/2015

Crossborder: Ausblick FIDLEG / FINIG

- Keine gesetzliche Regeln zu Crossborder-outbound-Geschäft vorgesehen
- Neu: Regulatorische Erfassung aller Crossborder-inbound-Aktivitäten ausländischer Finanzdienstleister
 - Bislang: liberale Regelung im Bank- und Effektenhandelsbereich (anders schon heute im KAG und im VAG)
- Anpassungsbedarf auch für inländische Institute:
 - Re-Import von Produkten
 - von verschiedenen Standorten betreute Beziehungen (shared relationships)
 - Potenziertes Enforcement-Exposure!
 - Kooperation u.U. schwierig wegen Blocking Statutes
 - Sorgfältiges rechtliches Set-up sehr wichtig

Crossborder-Fazit

- Crossborder-Compliance als Thema von strategischer Bedeutung
- Vergleichbar (und teilweise Überschneidung) mit Themen Weissgeld-Compliance, Verhaltenspflichten im Anlagegeschäft, Margenerosion
- Zwingt kleine und kleinere Institute zu eigentlichen Geschäftsmodell-Anpassungen
- Führt bei anderen jedenfalls zu weiterem Druck auf Marge
- Echtes Risiko für CH-Finanzplatz, wenn Regulierung und/oder Enforcement nicht mit Augenmass und unter Berücksichtigung der gelebten Standards im Ausland

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Sandro Abegglen

PD Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Partner

Niederer Kraft & Frey AG

Bahnhofstrasse 13

8001 Zürich

sandro.abegglen@nkf.ch; www.nkf.ch

Telefon 058 800 8000

NKF