

NIEDERER KRAFT FREY

**Beziehung Bank – externe Vermögensverwalter/Anlageberater:
(Neue) Formen der Zusammenarbeit und ihre regulatorischen
und privatrechtlichen Fallstricke**

Sandro Abegglen

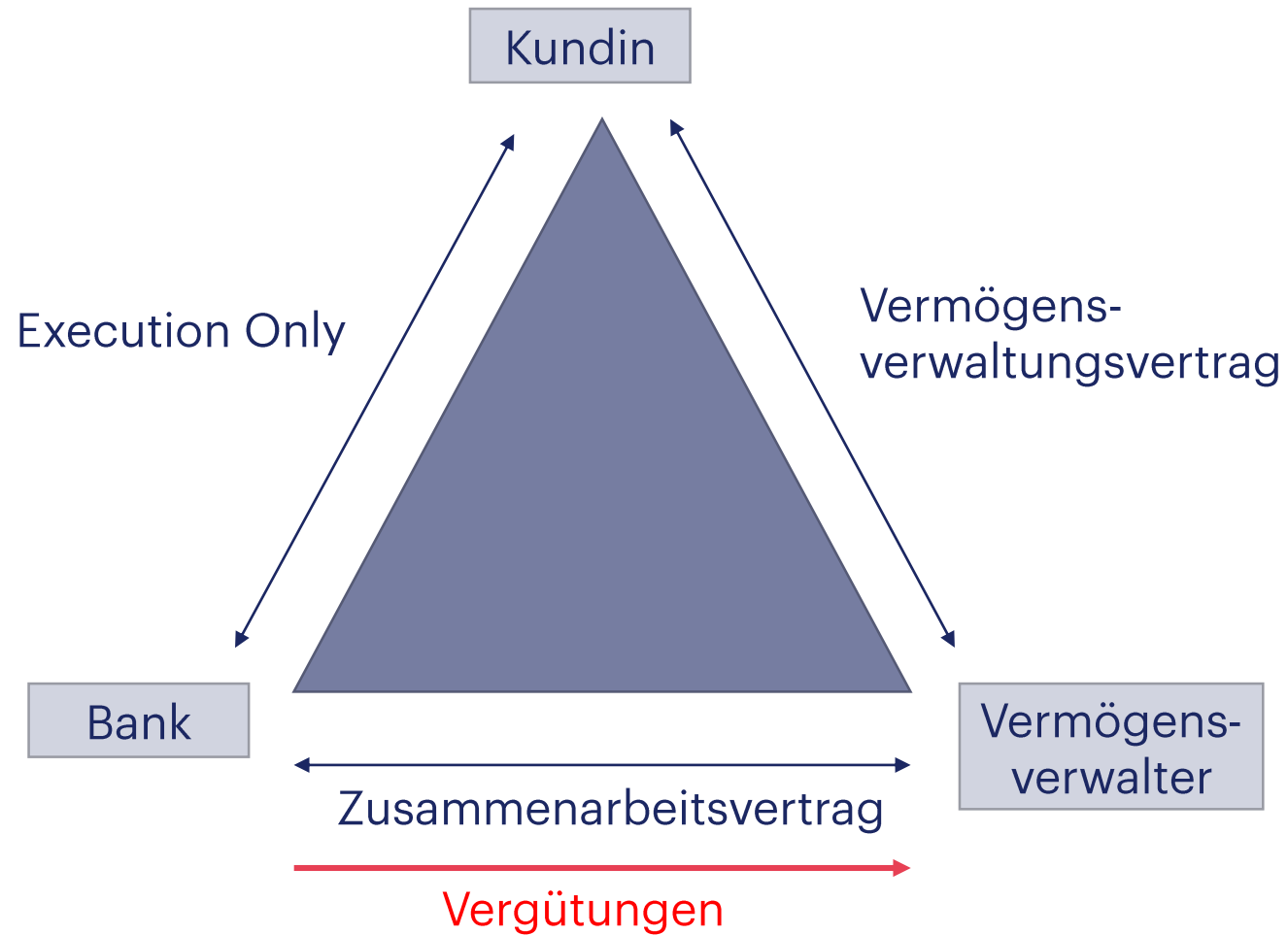
Vermögensverwaltung XVI, Zürich, 30. November 2022

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung
2. Externe Vermögensverwaltung
3. Zusammenarbeit Bank – Anlageberater
4. Parallele Finanzdienstleistungen
5. Shared Relationship
6. Fazit

Einleitung

Praxisbeispiel 1: Externe Vermögensverwaltung



Praxisbeispiel 1: Externe Vermögensverwaltung

- Eigene Rechenschaftspflicht (Art. 400 Abs. 1 OR) Bank ggü. Kundin über an eVV *bezahlte* Rückvergütungen? Nein (BGer 4A_436/2020, 28.4.2022, E. 7.5.2)
- Aber: Begegnung rechtlicher Risiken (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, 33 Abs. 3 OR, 24 Abs. 2 FIDLEG, 25 FIDLEG, 322^{octies} StGB, 4a Abs. 1 lit. a UWG) durch:
 - Zusammenarbeitsvertrag:
 - Verpflichtung eVV ggü. Bank zur rechtskonformen Offenlegung und Verzichtseinholung
 - Ggf. Recht der Bank zur Offenlegung auf Anfrage Kunde
 - Vollmacht:
 - Hinweis, dass Bank Retrozessionen zahlt und deren Offenlegung grds. Sache des eVV sei, wobei die Bank auf Nachfrage der Kundin auch selber offenlege
 - Ggf. Offenlegung inkl. Quantum in Vollmacht selbst
- Aufpassen: Zahlung von Advisory Fees u.ä. (auch betreffend strukturierte Produkte); ggf. ausländisches Retrozessionsverbot

Exkurs: Ablieferungspflicht bei Execution Only?*

- Jüngst BGer 4A_601/2021, 8.9.2022, Frage *erneut* offengelassen, da ohnehin verjährt, aber:

"Umstritten ist weiterhin die Frage nach der Herausgabe von Retrozessionen im Execution only-Verhältnis. Die Beschwerdeführerin nimmt Bezug auf das Urteil 4C.125/2002 vom 27. September 2002, in dem das Bundesgericht (vor Erlass der amtlich publizierten Retrozessionsrechtsprechung) festgehalten habe, der Beauftragte, der für den Auftraggeber einen Leibrentenversicherungsvertrag abschliesse, müsse Vorteile herausgeben, die ihm in diesem Zusammenhang zukamen (zit. Urteil 4C.125/2002 E. 3). **Dieses ältere Urteil betraf aber die Herausgabe von Gratisaktien und nicht von Retrozessionen, womit fraglich ist, ob und inwieweit sich dieses Urteil auf die Frage der Herausgabe von Retrozessionen im Execution only-Verhältnis übertragen lässt.**" (E. 7.2)

- *Auch* revVAG: Ablieferungspflicht setzt inneren Zus'hang i.S. eines Interessenkonflikts voraus

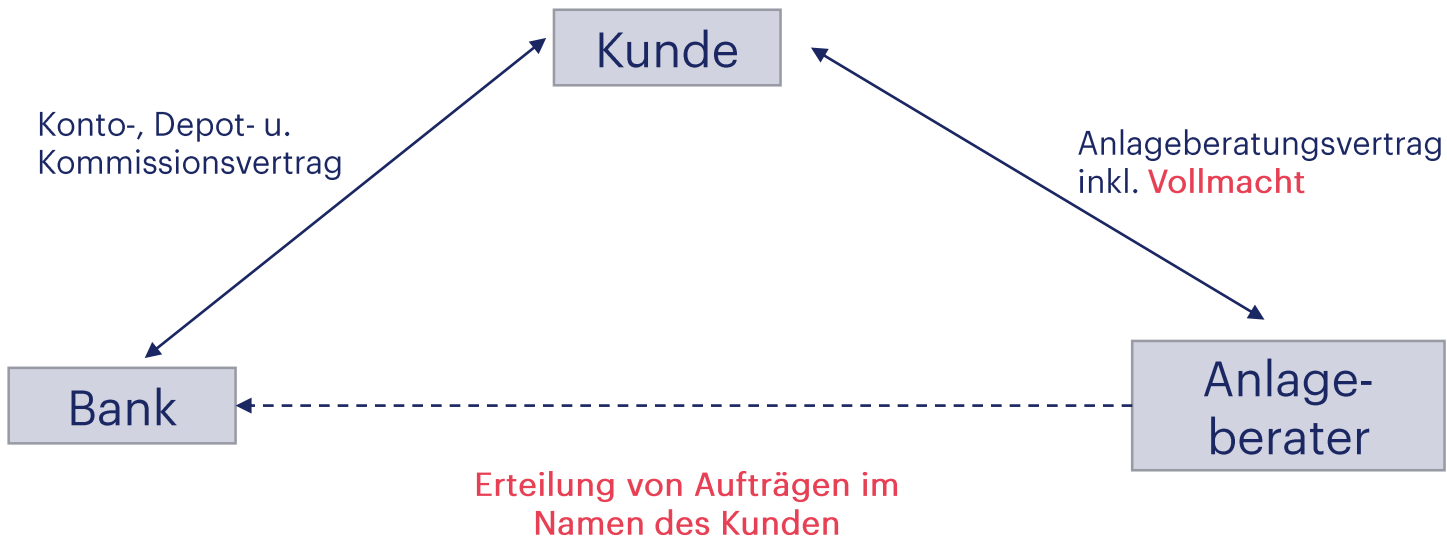
Art. 45b Abs. 1 und 2: **Ungebundene** Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler dürfen Entschädigungen von Versicherungsunternehmen oder sonstigen Dritten annehmen, wenn sie die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben.

Erhalten sie von Versicherungsnehmerinnen und -nehmern eine Vergütung, so dürfen sie Entschädigungen von Versicherungsunternehmen oder sonstigen Dritten nur annehmen, wenn sie [lit. a Information und Verzicht; lit. b vollumfängliche Weitergabe]

Art. 40 Abs. 2: **Ungebundene** Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler stehen in einem **Treueverhältnis** zu den Versicherungsnehmerinnen und -nehmern und **handeln in deren Interesse**.

Praxisbeispiel 2: Zusammenarbeit Bank – Anlageberater

- **Ausgangslage:** Bisherige Vermögensverwalter werden teilweise auf die Einholung einer VV-Bewilligung per 1.1.2023 verzichten und auf reine Anlageberatung umstellen.
- **Sachverhalt:** Anlageberater erteilt Kunde Anlageempfehlungen. Kunde beauftragt und bevollmächtigt Anlageberater, diese nach Genehmigung von der Depotbank ausführen zu lassen.



Praxisbeispiel 2: Regulatorische Aspekte

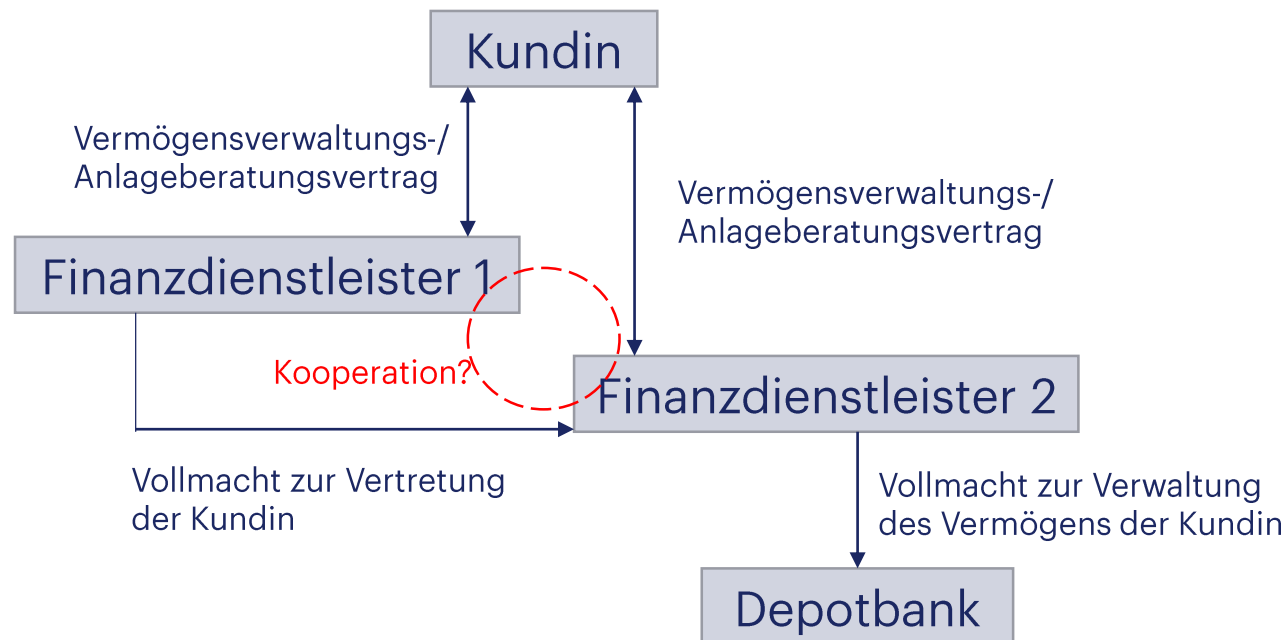
- Aufsichtsrechtliche **Qualifikation der Finanzdienstleistung** des Anlageberaters?
 - Botschaft FIDLEG/FINIG, 8946: "Als Vermögensverwaltung [i.S.v. Art. 3 lit. c Ziff. 3 FIDLEG] gelten sämtliche Aktivitäten, bei denen dem Finanzdienstleister eine **Vollmacht zur Investition von Vermögenswerten für Rechnung der Kundinnen und Kunden** übertragen wird. Erfasst werden auch Vollmachten, die sich auf einzelne Geschäfte beziehen, und Verhältnisse, bei denen Transaktionen trotz externer Vollmachten intern vom Kunden zu genehmigen sind."
 - D.h.: Tätigkeit des Anlageberaters *aufsichtsrechtlich wegen der Vollmacht* wohl als bewilligungspflichtige **Vermögensverwaltung** zu qualifizieren (unabhängig davon, dass *zivilrechtlich* ein (atypischer) Anlageberatungsvertrag vorliegt)

Ab 1.1.23

- Bank sollte mit solchen Anlageberatern nur zusammenarbeiten, wenn sie VV-Bewilligung haben (bestehende VVs: FINMA-Bewilligungsgesuch eingereicht bis 31.12.22, s. Art. 74 Abs. 2 FINIG) (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, FINMA-RS 08/21, Rz. 136.4)
- Was, wenn der Anlageberater keinen Zusammenarbeitsvertrag mit Bank hat?

Praxisbeispiel 3: Parallele Finanzdienstleistungen

- **Sachverhalt:** Zwei Finanzdienstleister erbringen parallel Vermögensverwaltungs-/Anlageberatungsdienstleistungen mit Bezug auf die gleichen Vermögenswerte einer Kundin, wobei der eine Finanzdienstleister ("FDL 1") die Kundin ggü. dem anderen ("FDL 2") vertritt.



Praxisbeispiel 3: Parallele Finanzdienstleistungen

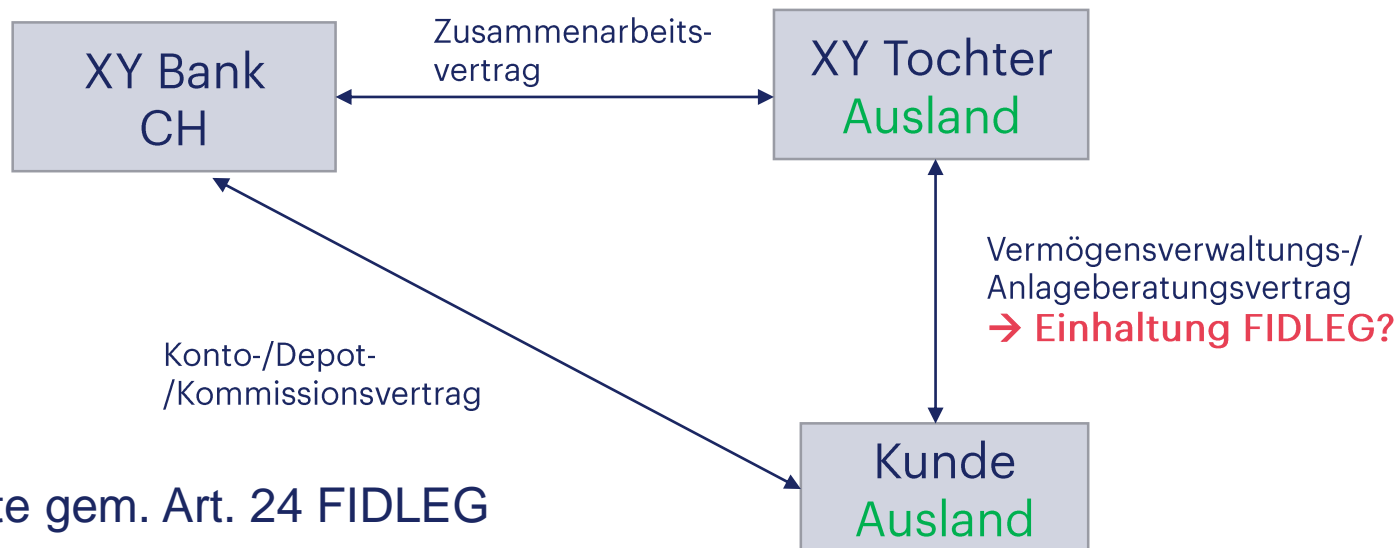
- Anwendbarkeit von **Art. 24 FIDLEG** (*Dienstleisterkette*)?
 - "Auftrag" von FDL 1 an FDL 2, für den Kunden eine Finanzdienstleistung zu erbringen?
 - Entscheidend ist die tatsächliche Ausgestaltung der Zusammenarbeit → Fehlen eines Vertrages zwischen FDL 1 und FDL 2 hindert Anwendbarkeit von Art. 24 FIDLEG nicht
- Folgen der Anwendbarkeit von Art. 24 FIDLEG:
 - FDL 1 bleibt für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Kundeninformationen sowie die Einhaltung der Pflichten nach Art. 8-16 FIDLEG verantwortlich
 - Darf sich FDL 2 auf Suitability-Prüfung von FDL 1 – vorbehalten Art. 24 Abs. 2 FIDLEG – verlassen?
 - Art. 24 Abs. 2 FIDLEG: Hat der FDL 2 begründeten Anlass zur Vermutung, dass die Kundeninformationen unzutreffend sind oder die Pflichten nach Art. 8-16 FIDLEG durch den FDL 1 nicht eingehalten wurden, so muss er die Erbringung seiner Dienstleistungen aussetzen, bis er die Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen sowie die Erfüllung der Verhaltensregeln sichergestellt hat.
- **Zivilrechtlich**: Schuldet FDL 2 volle Suitability oder nur Art. 33 Abs. 3 OR?

Praxisbeispiel 3: Parallele Finanzdienstleistungen

- **"Kundenwunschtitel"**: Ausführung von individuellen Weisungen des Kunden (bzw. des in dessen Namen handelnden FDL 1) in Abweichung von der festgelegten Anlagestrategie nach entsprechender (sorgfältig zu dokumentierender) Abmahnung mangels Eignung
 - **Problematisch**: Wenn das Ausmass der "Kundenwunschtitel" derart gross ist, dass die Vermögenswerte des Kunden *de facto* nicht mehr durch FDL 2, sondern nur durch FDL 1 verwaltet werden
- **Weitere Fallstricke**:
 - Fliesen Retrozessionen zwischen FDL 1 und FDL 2?
 - "Doppelte" Vermögensverwaltungs-/Beratungsgebühren: Transparenzpflicht (Art. 17 FIDLEG)

Praxisbeispiel 4: Shared Relationship – DL-Modell

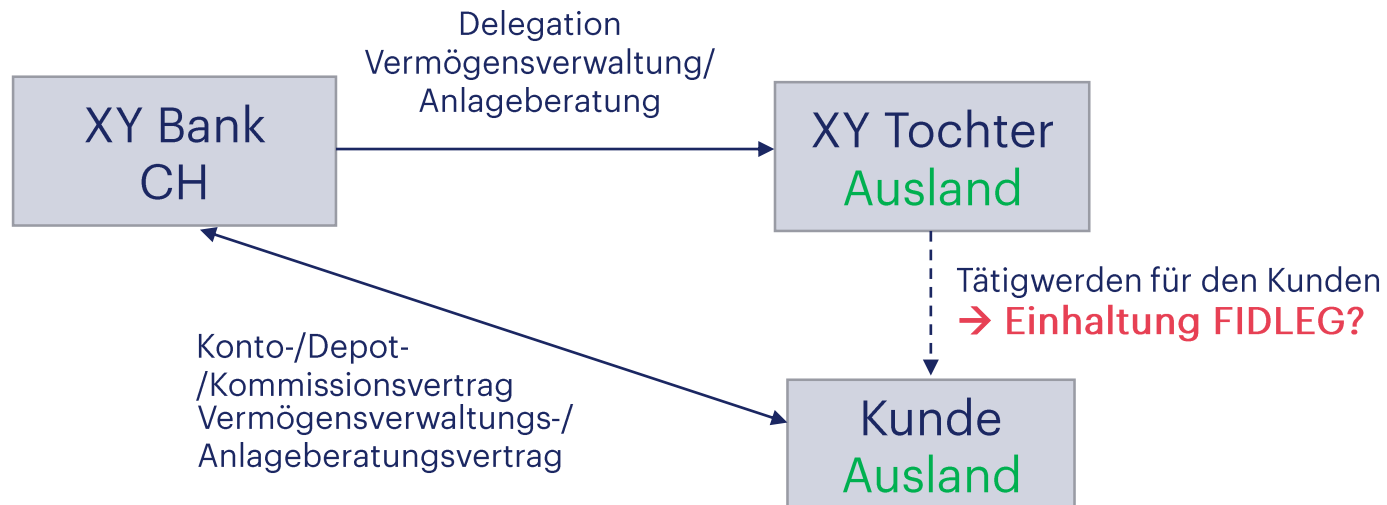
- **"Shared Relationship"** = (Ausländische) Kunden werden durch eine ausländische Konzerngesellschaft einer Schweizer Bank betreut; Vermögenswerte bei letzterer gebucht.
- **Dienstleistungsmodell:** Konto-/Depot-/Kommissionsvertrag mit der Schweizer Bank ("Booking Center"), VV-/AB-Vertrag mit einer ausländischen Tochtergesellschaft ("Service Center")



Keine Dienstleisterkette gem. Art. 24 FIDLEG

Praxisbeispiel 4: Shared Relationship – Delegationsmod.

- **Delegationsmodell:** Sowohl Konto-/Depot-/Kommissionsvertrag als auch VV-/AB-Vertrag mit Schweizer Bank. Erbringung der AB/VV ggü. Kunden an ausländische Tochter delegiert.



= "**Beizug eines Dritten**" i.S.v. Art. 23 FIDLEG/ggf. Art. 14 FINIG → sorgf. Auswahl, Instruktion und Überwachung

Fazit

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

PD Dr. Sandro Abegglen, Fürsprecher, LL.M.

Partner, Head Banking & Financial Services Regulatory

sandro.abegglen@nkf.ch

