

NIEDERER KRAFT FREY

Finanzmarkt- und Bankenrecht

Anwaltskongress 2019

Dr. Simon Bühler

Luzern, 14. Juni 2019

Einleitung

Trends

1 Tendenz zu Strafbewehrung zwecks Durchsetzung der Einhaltung von Aufsichtsrecht

2 Aufsichtsrechtliche Normierung privatrechtlicher Pflichten

3 Zunehmende Anforderungen an Risiko-, Rechts- und Compliancefunktionen, insb.

- Geldwäschereiprävention

- Weitere Verhaltenspflichten ggü. Kunden (insb. Kundensegmentierung)

- Zunehmende Pflicht zur Einhaltung von Zielmarktregulierungen

- Einbezug von Drittparteien (insb. Outsourcing)

4 Grossprojekte mit grenzüberschreitenden Verfahren und Aufsichtsbehörden

Übersicht

1 FIDLEG: Herausforderungen für die Praxis

2 Geldwäschereibekämpfung

3 Enforcement

FIDLEG:
Herausforderungen für die Praxis

Geltungsbereich des FIDLEG (1/3)

- **Zeitlich**¹
 - Geplantes **Inkrafttreten** mit FINIG am 1. Januar 2020 (mit Übergangsbestimmungen)
 - **Sofort**: Gewisse Pflichten, wie bspw. Best Execution-Pflicht
 - **6 Monate**: Anmeldung Kundenberater bei Registrierungsstelle
 - **12 Monate**: Grossteil der Pflichten am Point of Sale, insb. Kundensegmentierung, Informationspflichten, Angemessenheits- und Eignungsprüfung
 - Gefahr von Lücken durch sofortige Ausserkraftsetzung des bisherigen Rechts?
- **Persönlich**²
 - **Finanzdienstleister**³: Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in CH oder für CH Kunden erbringen
 - **Kundenberater**⁴: Nat. Personen, die Finanzdienstleistungen erbringen (i) im Namen eines Finanzdienstleisters oder (ii) selbst als Finanzdienstleister
 - **Ersteller und Anbieter** von Finanzinstrumenten
 - **Ausnahmen**: SNB, BIZ, Versicherungsunternehmen- und Vermittler, Vorsorgeeinrichtungen (inkl. Anlagestiftungen), AHV/IV

Geltungsbereich des FIDLEG (2/3)

- **Sachlich**

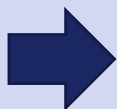
- **Finanzdienstleistungen¹** = die folgenden für Kunden erbrachten Tätigkeiten
 1. der Erwerb oder die Veräußerung von Finanzinstrumenten;
 2. die Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben;
 3. die Verwaltung von Finanzinstrumenten (Vermögensverwaltung);
 4. die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung);
 5. die Gewährung von Krediten für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten.
- **Finanzinstrumente²**
 1. Beteiligungspapiere;
 2. Forderungspapiere: Effekten, die nicht Beteiligungspapiere sind;
 3. Anteile an kollektiven Kapitalanlagen nach Art. 7 und 119 KAG;
 4. strukturierte Produkte,
 5. Derivate nach Art. 2 lit. c FinfraG;
 6. Einlagen, deren Rückzahlungswert deren Zins risiko- oder kursabhängig ist (Ausn. Zinsindex)
 7. Anleiheobligationen: Anteile an einem Gesamtdarlehen mit einheitlichen Bedingungen.



Weiter sachlicher Geltungsbereich aufgrund der breit gefassten Begriffe «Finanzdienstleistungen» und «Finanzinstrumente»

Geltungsbereich des FIDLEG (3/3)

- **Geografisch¹**
 - FIDLEG gilt für Finanzdienstleistungen, die gewerbsmässig **in der Schweiz** oder **für Kunden in der Schweiz** erbracht werden
 - Finanzdienstleistungen «**in der Schweiz**» → FIDLEG anwendbar, unabhängig davon, ob Kunde in CH oder Ausland ist.² Darunter fällt insb.³
 - Finanzdienstleister mit HR Eintrag oder Wohnsitz in CH
 - Finanzdienstleister mit Zweigniederlassung oder Vertretung in CH
 - ausl. Finanzdienstleister schickt Kundenberater tageweise in CH (Bsp. Road Shows)
 - Finanzdienstleistungen «**für Kunden in der Schweiz**»
 - Kunden mit Sitz oder Wohnsitz in CH
 - Kunden mit Aufenthalt in CH?
 - **Ausnahme: Reverse Solicitation³**, soweit Finanzdienstleistung Gegenstand der ursprünglichen Anfrage ist.



NEU: Aufsichtsrechtliche Unterstellung des Crossborder-Inbound-Geschäfts ohne physische Präsenz

Pflichten bei «Crossborder Inbound» (ohne Präsenz)

- **Finanzdienstleister:**
 - Keine Bewilligungs- oder Registrierungspflicht (insb. kein Filialzwang)
 - Pflicht zur Einhaltung der Verhaltensregeln¹ und Sicherstellung der Eintragung der Kundenberater² (siehe unten)
 - Keine aufsichtsrechtliche Überwachung; Verstösse werden strafrechtlich sanktioniert
 - **Kritik:** Der Strafrichter als Aufsichtsbehörde?
- **Kundenberater:**
 - Pflicht zur Eintragung im Beraterregister
 - **Ausgenommen** für ausl. Finanzdienstleister, die³
 1. im Ausland einer prudenziellen Aufsicht unterstehen;
 2. Teil einer von der FINMA beaufsichtigten Finanzgruppe sind; und
 3. Dienstleistungen ausschliesslich ggü. prof. oder institutionellen Kunden erbringen.**Kritik:** 2. Voraussetzung als massive Einschränkung
 - Voraussetzungen für Eintragung im Beraterregister:⁴
 - Hinreichende Kenntnisse über Verhaltensregeln und Fachwissen
 - Berufshaftpflichtversicherung oder gleichwertige Sicherheiten
 - Anschluss an Ombudsstelle; Guter Leumund

Kundensegmentierung

Opting-out / Opting-in

Privatkunden = Kunden, die keine professionellen Kunden sind, inkl. vermögende Privatkunden und für diese errichtete private Anlagestrukturen ohne prof. Tresorerie (i.S.v. Art. 5 Abs. 1 und 2 FIDLEG)

Professionelle Kunden

- Öffentlich-rechtliche Körperschaften mit prof. Tresorerie
- Vorsorgeeinrichtungen mit prof. Tresorerie
- Unternehmen mit prof. Tresorerie
- «Grosse Unternehmen» (i.S.v. Art. 4 Abs. 5 FIDLEG):
 - Bilanzsumme von CHF 20 Mio.
 - Umsatzerlös von CHF 40 Mio.
 - Eigenkapital von CHF 2 Mio.
- Für vermögende Privatkunden errichtete private Anlagestrukturen mit prof. Tresorerie

Institutionelle Kunden

- Finanzintermediäre gem. Art. 4 Abs. 3 lit. a FIDLEG
- Versicherungsunternehmen nach VAG
- Ausländische Kunden mit prudenzieller Aufsicht wie Finanzintermediäre
- Zentralbanken
- Nationale und supranationale öffentlich-rechtliche Körperschaften mit prof. Tresorerie

Opting-out zum prof. Kunden, falls:

- Vermögen > CHF 0.5 Mio. & Verständnis der Risiken der Anlagen; oder
- Vermögen > CHF 2 Mio.

Kritik:

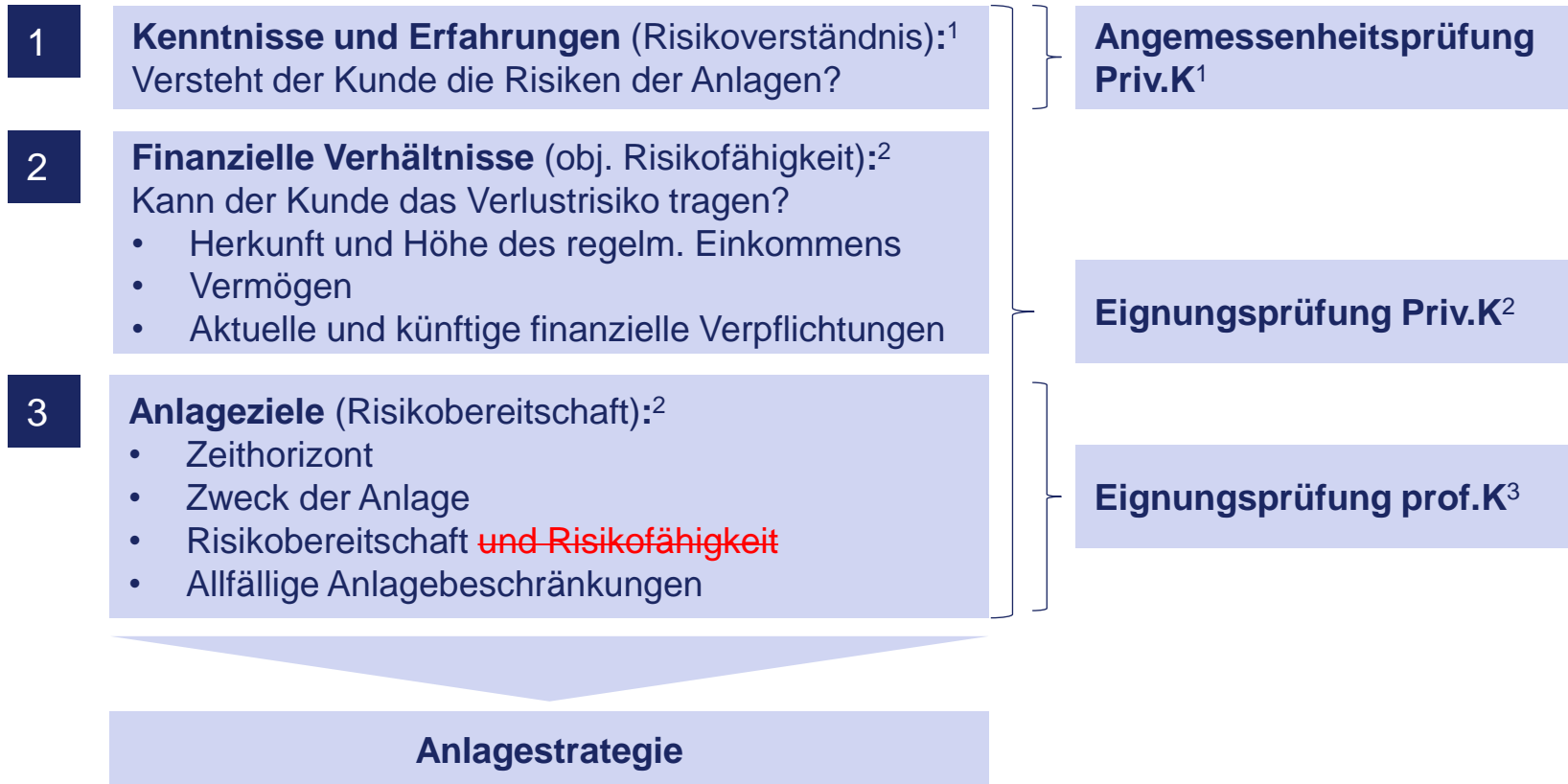
- Es überzeugt nicht, dass CHF 1.5 Mio. an zusätzlichem Vermögen fehlendes Verständnis aufwiegen kann
- Fehlende Äquivalenz zu MiFID II?

Opting-in zum prof. Kunden zu erwarten:

- Grund: Für inst. Kunden finden Verhaltensregeln (Art. 7-20 FIDLEG) keine Anwendung
- Opting-in sichert insb. Best-Execution-Pflicht (Art. 18 FIDLEG)

FRAGE: Segmentierung für gesamte Kundenbeziehung (vgl. Art. 4 E-FIDLEV)?

Angemessenheit und Eignung (1/2)



- **Warnpflicht** bei mangelhafter Informationslage, fehlender Angemessenheit oder Eignung des Finanzinstruments⁴
- Möglichkeit zum Verzicht auf Eignungs- / Angemessenheitsprüfung?

Angemessenheit und Eignung (2/2)

Prüfpflicht nach Geschäft bei Privatkunden	
Vermögensverwaltung	Eignungsprüfung ¹
Anlageberatung	Portfoliobezogene Anlageberatung Eignungsprüfung ¹
	Transaktionsbezogene Anlageberatung Angemessenheitsprüfung ² ; gemäss Gesetzeswortlaut keine Pflicht zur Information, dass keine Eignungsprüfung erfolgt (<i>echte Lücke?</i>)
Execution-only-Geschäft	Weder Pflicht zur Eignungs- noch Angemessenheitsprüfung ³ ; aber Pflicht zur Information , dass keine Prüfung erfolgt. ⁴

→ Zusätzlich allenfalls **zivilrechtliche Warnpflichten!**

- **Abgrenzung** zwischen portfolio- und transaktionsbezogener Anlageberatung?
 - **Kriterium:** Berücksichtigung des gesamten Kundenportfolios?⁵
 - **Würdigung:** Von der Möglichkeit der transaktionsbezogenen Anlageberatung wird voraussichtlich zurückhaltend Gebrauch gemacht werden aufgrund:
 - Rechtsunsicherheit durch Widersprüche in Gesetz und Botschaft
 - Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung

Rechtsprechung: Opting-out zum prof. Kunden (1/3)

- **Sachverhalt:**

- 2006 – 2015: Kunde A. (Kapitän und Reeder) hat 2 Konto-/Depotbeziehungen (inkl. Faustpfandverschreibung) mit Bank B.
 - 2012 und 2014: Vermögensverwaltungsaufträge über CHF 10 Mio. mit Anlagerisiko max. 5%
 - Zudem führte A. verschiedene Derivategeschäfte aus (2014: über 190 Geschäfte)
 - 2014 unterzeichnete A. eine Erklärung zur Neueinstufung als professioneller Anleger
 - 18.12.2014: A. kaufte EUR 20 Mio. zum Kurs von CHF 1.2095 per 20. Januar 2015
 - 15.01.2015: SNB gibt Mindestkurs auf. A. erleidet einen Verlust von ca. EUR 10 Mio.

- **Erwägungen** von HGer ZH und BGer:

- Qualifikation der OTC-Devisengeschäfte als konkludenter Anlageberatungsvertrag
- Haftung aufgrund unterlassener Information (Art. 398 Abs. 2 OR). HGer ZH (E. 7.2.2):
 - Informationspflichten (Beratung und Abmahnung) hängen von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Art des konkreten Anlagegeschäftes sowie der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden.
 - Information ist kein Selbstzweck; sie dient dazu, Informationsdefizite auszugleichen

Rechtsprechung: Opting-out zum prof. Kunden (2/3)

- **Erwägungen** von HGer ZH und BGer (Fortsetzung):
 - Sach- und Fachkunde eines Anlegers:
 - Sind stets im Zusammenhang mit der Art des fraglichen Geschäfts zu würdigen. Massgebend ist das Verständnis für die grundsätzliche Funktionsweise der gehandelten Finanzprodukte.
 - HGer ZH: vom Vermögen kann nicht auf Kenntnisse geschlossen werden: «Auch ein Anleger, der als Informatiker ein Millionenvermögen erwirtschaftet hat, ist noch lange kein Finanzspezialist, sondern es ist von einem geschäftsunerfahrenen Kunden auszugehen» → Widerspruch zu Art. 5 FIDLEG?
 - In casu Sach- und Fachkunde bejaht:
 - Beruflicher Hintergrund als Inhaber einer Reederei mit komplexer Firmenstruktur
 - Selbstbewusstes Auftreten (mit Gebrauch von Fachbegriffen) gegenüber Bank
 - A. bestätigte mehrfach schriftlich, über Kenntnisse und Erfahren zu verfügen
 - Pflichtwidriges Gesamtkonzept: Konservativ angelegtes Vermögen und Derivategeschäfte?
 - HGer: Nein, A. wusste über Verpfändung seiner Vermögenswerte Bescheid
 - Risikoaufklärung war im vorliegenden Fall genügend
 - BGer (E. 3.2): A. rügte vor HGer nicht, sein Risikoprofil (insb. Risikofähigkeit und -bereitschaft) sei von der Bank ungenügend geklärt worden.

Rechtsprechung: Opting-out zum prof. Kunden (3/3)

- **Rechtslage unter FIDLEG**

- A. verfügte über ein Vermögen > 2 Mio. → Opting-out zum prof. Kunden wäre gem. Art. 5 Abs. 1 FIDLEG auch ohne Kenntnisse und Erfahrungen möglich.
 - Auswirkungen auf das Zivilrecht?
- Folgen der Qualifikation als prof. Kunde:
 - Keine Angemessenheitsprüfung
 - Eignungsprüfung ist beschränkt auf die Anlageziele
- Derivategeschäfte als portfolio- oder transaktionsbasierte Anlageberatung?
 - Argument für transaktionsbasierte Anlageberatung:
 - Derivategeschäfte getrennt von risikoaverser Vermögensverwaltung durchgeführt → kein Einbezug des Gesamtportfolios
 - Folge: Keine Eignungs- oder Angemessenheitsprüfung
 - Argument für portfoliobasierte Anlageberatung:
 - Kombination von risikoaverser Vermögensverwaltung und Derivategeschäfte als Diversifikation
 - Schlechte Dokumentation der Bank
 - Folge: Eignungsprüfung in Bezug auf Anlageziele erforderlich. Hier schlechte Dokumentation. Anlageziele und -strategie sind m.E. nicht konsistent. Beachte: Behauptungslast und Substantiierungspflicht

Strafbestimmungen

- **Strafbestimmungen** (wobei Vorsatz vorausgesetzt wird)
 - Verletzung der Verhaltensregeln (Art. 89 FIDLEG)
 - Verletzung der Vorschriften für Prospekte und BIB (Art. 90 FIDLEG)
 - Unerlaubtes Anbieten von Finanzinstrumenten (Art. 91 FIDLEG)
 - Bussen von **CHF 100'000 bis 500'000**
- Gemäss Art. 92 FIDLEG gelten die oben aufgeführten Bestimmungen **nicht** für nach Art. 3 FINMAG Beaufsichtigte und für Personen, die für sie tätig sind.
 - Beschränkter Geltungsbereich der Strafbestimmungen, z.B. selbständige Anlageberater, ausl. Kundenberater ausl. Finanzdienstleister
 - Für Beaufsichtigte und ihre Angestellten gelten die Aufsichtsinstrumente gemäss Art. 29 ff. FINMAG und allfälliger Spezialerlasse.

Durchsetzung und Verhältnis zum Zivilrecht

- **FIDLEG als Aufsichtsrecht**

2. Kapitel: Verhaltensregeln

1. Abschnitt: Grundsatz

Art. 7

- ¹ Finanzdienstleister müssen beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach diesem Titel befolgen.
- ² Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Regelungen.

- Durchsetzung mittels Instrumenten des FINMAG (insb. Enforcement)
 - **Offene Frage:** Wie wird FINMA mit Einzelfällen umgehen?
 - **Ausnahme:** Nicht Beaufsichtigte → Durchsetzung durch Strafgerichte

- **Verhältnis zum Zivilrecht**

- Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunde bleibt privatrechtlich
- Botschaft¹: Ausstrahlungswirkung → Systematische Auslegung



FIDLEG ist kein safe harbor, aber gewisser Gleichlauf zu erwarten mit Vorteilen für Rechtssicherheit und Kostensenkung

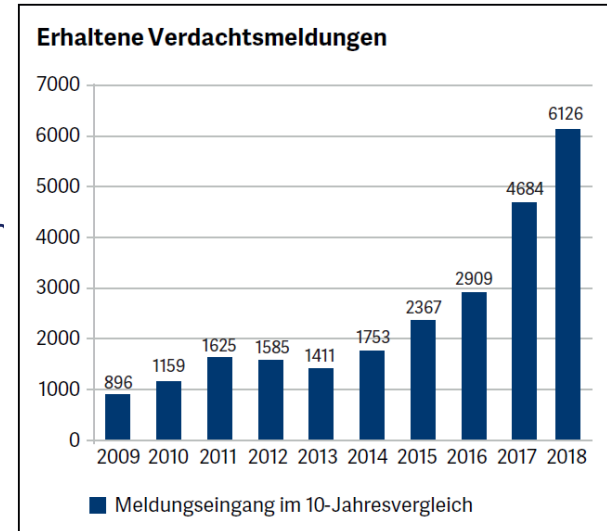
Geldwäschereibekämpfung

Übersicht

- 2016** GAFI Länderbericht identifiziert Schwachstellen insb. bei Meldewesen (z.B. niedrige Anzahl Verdachtsmeldungen)
- 2017-2020** Strategisches Ziel der FINMA, «das Geschäftsverhalten der Finanzinstitute, insbesondere bei der Bekämpfung von Geldwäschereipraktiken, nachhaltig positiv» zu beeinflussen.
- 2018** Abschluss der FINMA Verfahren betreffend 1MDB, FIFA, Petrobras:
- 16 Verfahren gegen Institute
- 9 Verfahren gegen nat. Personen
- 2020** Inkrafttreten der VSB 20 und GwV-FINMA; anschliessend revidiertes GwG (noch nicht im Parlament behandelt)

Meldewesen

- **Steigende Anzahl an MROS Meldungen**
 - Innext 2 Jahren mehr als verdoppelt
 - CHF 17.5 Mia. gemeldete Vermögenswerte
 - Korruption und Betrug als häufigste Deliktarter
 - FINMA JB 2018 (S. 74):
 - Lob für «allmählichen Kulturwandel im Meldewesen der Banken» (89% der Meld.)
 - Zurückhaltung der Rechtsanwälte: nur 4 Meldungen



MROS Jahresbericht 2018, S. 9

- **Rechtsprechung:** Tiefe Schwelle der Meldepflicht

«Bereits ein "simple doute" löst grundsätzlich eine Meldepflicht aus. Die verbrecherische Vortat muss nicht mit grosser Wahrscheinlichkeit vorliegen. Im Zweifel hat eine Verdachtsmeldung zu erfolgen [...] Wenn im Rahmen von Hintergrundabklärungen [...] der Verdacht nicht ausgeräumt werden kann, so gilt er ohne weiteres als begründet» (BGer 1B_433/2017 vom 21.03.2018, E. 4.9)

- **VE-GwG:** Abschaffung des Melderechts, da «nach geltendem Recht [...] kaum mehr ein Anwendungsbereich» bleibt (EB VE-GwG, S. 17).

Geplante Sorgfaltspflichten für Berater

- **Persönlicher Geltungsbereich des GwG (Art. 2 GwG)**
 - Bisher beschränkt auf Finanzintermediäre und Händler

NEU: Art. 2 Abs. 1 Bst. c VE-GwG

¹ Dieses Gesetz gilt:

c. für natürliche und juristische Personen, die gewerblich für Dritte eine oder mehrere der folgenden Tätigkeiten vorbereiten oder ausüben (Beraterinnen und Berater):

1. Gründung, Führung oder Verwaltung von:

- Gesellschaften mit Sitz im Ausland
- Sitzgesellschaften mit Sitz in der Schweiz
- Trusts [...]

2. Organisation der Mittelbeschaffung im Zusammenhang mit Tätigkeiten nach Ziffer 1.

3. Kauf oder Verkauf von Gesellschaften nach Ziffer 1,

4. Überlassung einer Adresse oder von Räumlichkeiten als Sitz für eine Gesellschaft oder für einen Trust nach Ziffer 1.

5. Ausübung der Funktion eines nominellen Anteilseigners oder Verhelfen einer anderen Person zu dieser Funktion bei Gesellschaften mit Sitz im Ausland.

- Pflichten (Art. 8b VE-GwG) umfassen u.a.
 - Identifizierungspflicht (3 Abs. 1)
 - Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 4 Abs. 1 und 2)
 - Dokumentationspflicht (Art. 7)
- Bei Scheitern der Erfüllung der Sorgfaltspflichten (Art. 8c VE-GwG): Ablehnung oder Abbruch der Geschäftsbeziehung
- Organisatorische Massnahmen und Strafbestimmungen (Art. 39 VE-GwG)

Enforcement

Update

- **Genereller Eindruck (CH und Ausland):**
 - Hoher Enforcement-Appetit
 - Öftere und stärkere Nutzung von schweren Sanktionen
- **FINMA Praxis mit Fokus auf**
 - Einhaltung der Vorschriften zur Geldwäschereibekämpfung
 - Corporate Governance
- **Berufsverbot**
 - BVGer B-488-2018 vom 26.03.2018 (Zwischenentscheid): Entzug der aufschiebenden Wirkung auf Antrag
 - BVGer B-688/2016 vom 11.06.2018: Keine Rechtskrafterstreckung der Verfügung gegen das Institut; Gehörsverletzung
 - BVGer B-488/2018 vom 17.01.2019: Nachweis der individuellen Verantwortlichkeit; Verhältnismässigkeit
- **Gewinneinziehung**
 - BGer 2C_422/2018 vom 20.03.2019: Keine Abzugsfähigkeit von Fixkosten, welche auf bei rechtmässiger Ausübung der Tätigkeit angefallen wären

BESTEN DANK

Kontakt

Dr. Simon Bühler

Rechtsanwalt, LL.M., Associate

simon.buehler@nkf.ch

D +41 58 800 80 80

NKF