

Leitfaden für den Schweizer Private Banker mit deutscher Kundschaft (7. Teil)



*Von Dr. Tobias Fischer
Mitglied der Geschäftsleitung
Frankfurter Bankgesellschaft
(Schweiz) AG*

F. Deutsches Aufsichtsrecht

Abschliessend (mit diesem Teil endet der Leitfaden) sollen die deutschen aufsichtsrechtlichen Zugangsvoraussetzungen angesprochen werden. Schweizer Banken ist es nicht gestattet, sich ohne Einhaltung von gewissen Bedingungen grenzüberschreitend an Kunden in Deutschland zu wenden. Jeder Schweizer Private Banker muss diese Zugangsvoraussetzungen kennen; andernfalls riskiert er (in jeder Hinsicht) den Lohn für seine gute Arbeit, ggf. sogar rückwirkend für lange Jahre.

I. Standardfreistellung

Das gewerbmässige Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen «im Inland» bedarf gemäss § 32 I Satz 1 KWG einer vorgängigen Erlaubnis. Anbieter aus Nicht-EWR-Staa-

ten müssen zur Erlangung einer solchen Erlaubnis ein Tochterunternehmen oder eine Zweigstelle in Deutschland gründen; die unter dieser Erlaubnis betriebenen Geschäfte sind in der deutschen Einheit zu buchen. Für Anbieter aus dem EWR-Raum gibt es gewisse Erleichterungen. Diese können – neben den genannten Möglichkeiten – alleine durch Notifizierung auch direktes grenzüberschreitendes Bankgeschäft anbieten, also ohne Präsenz in Deutschland (§ 53b KWG).

Bis zum Jahr 2003 verstand die herrschende Meinung unter «im Inland» eine physische Präsenz in Deutschland. Im September 2003 publizierte die Bafin ein Merkblatt mit dem Titel «Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen» (https://www.bafin.de/Shared-Docs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/m_b_050401_grenzueberschreitend.html).

Dieses im Jahr 2005 überarbeitete Merkblatt sorgte für erhebliche Aufregung bei Schweizer Banken mit grenzüberschreitendem Bankgeschäft mit Deutschland. Denn darin konstatiert der Verfasser (dieses Merkblatt ist tatsächlich in der «Ich-Form» verfasst; für einen Juristen ist das zunächst einmal merkwürdig), dass er davon ausgeht, dass nicht nur eine physische oder juristische Präsenz in Deutschland das Merkmal «im Inland» erfülle, sondern das auch dann der Fall sei, «wenn der Erbringer der Dienstleistung seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und sich im Inland zielgerichtet an den Markt wendet», um seine Bankgeschäfte zu erbringen.

Mit diesem Merkblatt begann eine neue Zeitrechnung, war damit doch klar, dass Schweizer Banken nicht mehr ein-

fach mit deutschen Kunden in der über lange Jahre etablierten Art und Weise arbeiten konnten. Um für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, schildert der Verfasser viele Konstellationen von Kontaktsituationen, welche aus seiner Sicht geeignet seien, eine Erlaubnispflicht nach § 32 I KWG zu begründen. Verkürzt gesagt sind alle üblichen Kontaktkonstellationen als ein «zielgerichtetes sich an den Markt Wenden» qualifiziert, ja sogar gewisse Arten von Internetauftritten bzw. Werbemassnahmen werden als ausreichend dargestellt.

Die damit eigentlich erforderliche Gründung einer Bank in Deutschland und vor allem die Verbuchung der Konten und Depots in Deutschland war und ist jedoch regelmässig keine in Frage kommende Option.

«Glücklicherweise» weist der Verfasser des Merkblattes auf die gesetzliche Möglichkeit einer Freistellung von der Erlaubnispflicht gemäss § 2 IV KWG hin. Unter bestimmten Voraussetzungen kann dadurch eine Schweizer Bank weiterhin grenzüberschreitende Bankgeschäfte erbringen, ohne in Deutschland hierfür eine Bank oder Zweigstelle zu gründen.

Um eine solche Freistellung zu erlangen, ist ein Antrag bei der Bafin einzureichen, welchem umfangreiche Unterlagen beizufügen sind. Für Schweizer Banken gibt es seit der Neuauflage des Merkblattes im April 2005 diesbezüglich gewisse Erleichterungen. Die Bafin gibt dem Antrag bei Erfüllung der Voraussetzungen in Form eines Verwaltungsaktes statt und versieht diesen regelmässig mit Auflagen.

Vereinfacht gesagt, kann die Schweizer Bank für ihr Privatkundengeschäft freigestellt werden, wenn die «Geschäfte über die Vermittlung eines inländischen Kreditinstitutes zustande kommen». Geschäfte mit «institutionellen Anlegern» und «Banken» unterliegen anderen (geringeren) Anforderungen. Was auf den ersten Blick vielleicht harmlos aussieht, war und ist von kaum zu überschätzender Bedeutung, muss doch seitdem das Deutschlandgeschäft über ein Kreditinstitut (!) in Deutschland gelenkt werden, andere «Vermittler» erfüllen die Voraus-

Die Teile 1 bis 6 dieser Serie finden sich in den Ausgaben 2/2016, 3/2016, 4/2016, 1/2017, 2/2017 und 3/2017 von Private (s. Archiv auf www.private.ch).

setzungen nicht. Für Schweizer Banken ohne Banktochter in Deutschland war und ist diese Hürde kaum zu überwinden, für solche mit ist es dagegen zumindest möglich.

Regelmässig erfolgt die erste Ansprache durch die Bank in Deutschland, anschliessend kann das Schweizer Institut involviert sein. Eine Verbuchung in Deutschland ist nicht zwingend, nach der Vermittlung eines inländischen Kreditinstitutes kann die Kundenbeziehung in der Schweiz geführt werden. Über diese Schiene laufen nun die allermeisten grenzüberschreitenden Bankgeschäfte Schweizer Banken mit deutschen Kunden. Unberührt von diesem aktiven «sich zielgerichtet an den deutschen Markt Wenden» kann eine Geschäftsbeziehung im Rahmen der passiven Dienstleistungsfreiheit zustande kommen. Hier geht die alleinige Initiative vom Kunden aus, er kommt also von sich aus in die Schweiz und eröffnet ein Konto. Derartige Konstellationen sind von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Grundgesetzes geschützt. In der Praxis gibt es auch in dieser Form zustande gekommene Geschäftsbeziehungen; sie können aber naturgemäss nicht Grundlage einer Geschäftsstrategie sein, ihre Bedeutung ist daher eher klein.

II. Erleichterte Freistellung

Im Rahmen des geplanten Steuerabkommens zwischen der Schweiz und Deutschland im September 2011 war auch eine Vereinbarung über einen erleichterten grenzüberschreitenden Marktzugang für Schweizer Banken vorgesehen. Auch wenn das Steuerabkommen als Ganzes gescheitert ist, so ist doch immerhin dieser Teilpunkt des Steuerabkommens in Form eines Memorandums «zu verfahrensrechtlichen Aspekten grenzüberschreitender Tätigkeit im Finanzbereich» und einer dazugehörigen Ausführungsvereinbarung fortgeführt worden. Beide Absprachen traten auf den 1. Januar 2014 in Kraft.

1. Wichtigste Neuerung

Der bedeutsamste Aspekt des «vereinfachten» Freistellungsverfahrens ist die Möglichkeit des direkten Marktzugangs. Eine Schweizer Bank kann sich daher nun – im Gegensatz zum «klassischen» Freistellungsverfahren – zielgerichtet an den deutschen Markt wenden, ohne dass dies über ein in Deutschland bewilligtes Kre-

ditinstitut bzw. ein EWR-Kreditinstitut zu erfolgen hat.

2. Weitere Aspekte

Die Schweizer Bank muss neben den schweizerischen Vorschriften ebenfalls bestimmte in Deutschland zu beachtende Anleger- und Verbraucherschutzvorschriften einhalten.

Um für beide Seiten Klarheit zu schaffen – schliesslich gibt es kein deutsches «Anleger- und Verbraucherschutzgesetz» – werden die Vorschriften genannt. Deutschland hat bereits im aktuellen Wertpapierhandelsgesetz normiert, dass gewisse Regelungen auch für Institute in Drittstaaten gelten sollen. Die im Rahmen der erleichterten Freistellung einzuhaltenden Bestimmungen gehen jedoch darüber hinaus. Ebenfalls einzuhalten sind die deutschen Geldwäschevorschriften, soweit sie sich auf grenzüberschreitende Geschäftsbeziehungen beziehen.

Die Einhaltung dieser Vorgaben wird von der schweizerischen Prüfgesellschaft jährlich geprüft, der Bericht wird an die Finma und an die Bafin übermittelt. Bei Vorliegen konkreter Hinweise auf die Nichteinhaltung der Vorgaben kann die Bafin in Absprache mit der Finma eine weitere Prüfgesellschaft mit einer «Vor-Ort»-Prüfung beauftragen und sich ggf. beteiligen.

3. Verhältnis zum bisherigen Freistellungsverfahren

Schweizer Banken können die Freistellung auch wie bisher beantragen, es gibt also nunmehr zwei nebeneinander bestehende Möglichkeiten. Auch die zusätzliche Beantragung der «erleichterten» Freistellung bei bereits bestehender «klassischer» Freistellung ist möglich.

4. Fondskonformität und Marktzugang deutscher Banken in der Schweiz

Das eingangs genannte Memorandum beinhaltet auch die gegenseitige Zulassung zum Vertrieb von deutschen und schweizerischen Effektenfonds, welche hier nicht weiter besprochen wird. Ebenfalls wird in der Ausführungsvereinbarung festgehalten, dass der grenzüberschreitende Marktzugang deutscher Banken in die Schweiz nach aktuellem Recht bewilligungsfrei ist, soweit sie in der Schweiz keine Personen beschäftigen.

III. Vergleich beider Verfahren

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Das Standardverfahren (SV) steht zurzeit allen in sog. Drittstaaten nach internationalen Standards beaufsichtigten Unternehmen offen, das vereinfachte Verfahren (VV) hingegen nur Schweizer Banken.

2. Inhaltlicher Anwendungsbereich

Das VV ermöglicht einer Schweizer Bank die direkte Ansprache von Privatkunden in Deutschland, beim SV hingegen ist die Vermittlung eines Kreditinstitutes in Deutschland erforderlich. Institutionelle Kunden können bei beiden Verfahren direkt aus der Schweiz heraus akquiriert werden.

3. «Juristischer» Anwendungsbereich

Beim VV verpflichtet sich die Schweizer Bank, bestimmte deutsche Vorschriften einzuhalten, im SV ist dies so nicht normiert. Bei beiden Verfahren muss die Schweizer Bank die deutschen Geldwäschevorschriften (Schweizer Terminologie: Geldwäscherei) einhalten.

4. Administration

Für beide Verfahren müssen im Wesentlichen die gleichen Antragsdokumente vorgelegt werden. Für das VV sind zudem eine Straffreiheitserklärung sowie eine Bestätigung der Einhaltung der Regelungen zum VV miteinzureichen.

IV. Ausblick

Es ist davon auszugehen, dass die Bafin ihr oben beschriebenes Merkblatt überarbeiten wird. Das Prozedere beim Übergang in die neue Welt von Mifid II ist von der Bafin erst noch festzulegen, wobei wahrscheinlich bereits erteilte Freistellungen (von denen es jedoch über die Jahre verschiedene Fassungen gibt) erst einmal nicht an Gültigkeit verlieren werden. Schliesslich bleibt abzuwarten, ob die in der Mifid II und der Mifir vorgesehenen Zugangswege zum Finanzbinnenmarkt auch im deutsch-schweizerischen Bankgeschäft mit vermögenden Kunden eine Rolle spielen werden; bis anhin gibt es keine Anzeichen dafür, dass der skizzierte bilaterale vereinbarte Weg verlassen werden soll.

tobias.fischer@

frankfurter-bankgesellschaft.com
www.frankfurter-bankgesellschaft.com