

# PRIVATE

---

Das Geld-Magazin

Sonderdruck 2017

## Leitfaden für den Schweizer Private Banker mit deutscher Kundschaft



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

# Leitfaden für den Schweizer Private Banker mit deutscher Kundschaft

Die Tätigkeit des grenzüberschreitend tätigen Schweizer Private Bankers mit deutscher Kundschaft früher – bis hinein in die «Nullerjahre» des neuen Jahrtausends – und heute ist nur noch in Ansätzen vergleichbar. «Nichts ist so beständig wie der Wandel» ist ein Allgemeinplatz für alle Bereiche des Lebens. Im angesprochenen Bereich des Private Banking jedoch sind die Wucht und die Schnelligkeit der Veränderungen bemerkenswert. Nicht nur die politischen und rechtlichen, als unverrückbar angenommenen Parameter sind innert kurzer Zeit nicht mehr dieselben (Stichworte «Bankgeheimnis» und «automatischer Informationsaustausch» (AIA)). Auch die branchenspezifischen Umwälzungen sind von brachialer Natur (Stichwort «Retailisierung des Private Banking»).

Gleichwohl ist das kein Grund zur Resignation. Von einer verminderten Attraktivität einer Bankverbindung in der Schweiz ist nichts zu spüren, eher im Gegenteil. Nun gilt es, diese Chance zu nutzen und auf einer neuen Ebene im Geschäft zu bleiben. Voraussetzungen hierfür sind zumindest Grundkenntnisse der Spielregeln und die Bereitschaft, sich permanent neues Wissen anzueignen.

## A. Prämissen / Begrifflichkeiten

### I. Annahmen

1. *Der Kunde hat seinen Wohnsitz (natürliche Person) bzw. seinen Sitz (juristische Person) in Deutschland:* Dabei wird zwischen Privatkunden und professionellen Kunden unterschieden. Die Trennlinie ist nicht identisch mit natürlichen und juristischen Personen und ist auch nicht gleichbedeutend mit dem Begriffspaar von Verbraucher und Unternehmer. Auf Details wird später eingegangen.

Die Nationalität des Kunden mit deutschem Wohnsitz ist im Banken-

recht (Zivilrecht und Aufsichtsrecht) im Kontext von Wertpapiergeschäften grundsätzlich unerheblich; aufgrund ihrer weitreichenden Besonderheiten ist jedoch auf «US-Steuerpflichtige» hinzuweisen. Hintergrund ist, dass die USA viele Rechtswirkungen an diese Eigenschaft der Steuerpflicht in den USA knüpfen und dies eventuell sogar unabhängig vom Wohnsitz. In diesem Kontext streben die USA eine Steuererhebung bei den «US-Steuerpflichtigen» in aller Welt an, welche im Rahmen von Vereinbarungen mit Banken in der ganzen Welt durchgeführt wird. Auf diese schon länger durchgeführte Erhebung einer US-Quellensteuer für «US-Steuerpflichtige» folgte im Jahr 2010 eine neue derartige Regelung, deren Akronym Fatca ist: Foreign Account Tax Compliance Act. Fatca erweitert die Komplexität der bestehenden Vorschriften noch einmal erheblich und kann mittlerweile fast als eigenes Rechtsgebiet betrachtet werden. Für diese Ausführungen muss daher gelten, dass der Kunde kein «US-Steuerpflichtiger» ist.

2. *Der Interessent hat seinen Wohnsitz bzw. seinen Sitz in Deutschland:* Rechtliche Vorgaben gibt es nicht nur in Bezug auf den Vertragspartner der Bank, den Kunden. So haben die Banken die Pflichten aus den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen der «culpa in contrahendo» (vorvertragliches Schuldverhältnis, geregelt in § 311 Abs. 2 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB). Darüber hinaus statuiert die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin) aufsichtsrechtliche Verpflichtungen gegenüber Interessenten, die (noch) keine vertraglichen Beziehungen zur Bank unterhalten.

3. *Die Geschäftsbeziehung wird mit einer Bank mit Sitz in der Schweiz geführt:* Die Herkunft der Eigentümer ist dabei unbeachtlich. Es ist daher ohne Belang, ob es sich zum Beispiel um eine (rein) schweizerische Bank in Zürich handelt oder um eine Tochter (Aktien-gesellschaft) einer (aus schweizerischer Sicht) ausländischen Bank. Für beide gilt Schweizer Recht. Allenfalls für Niederlassungen im Sinne von nicht rechtlich selbständigen Einheiten können unterschiedliche Vorschriften gelten.

4. *Die schweizerische Bank ist gemäss § 2 IV des deutschen Kreditwesengesetzes (KWG) freigestellt:* Dies ist eine elementare Voraussetzung für die Erbringung von aktiven grenzüberschreitenden Bankgeschäften aus der Schweiz heraus nach Deutschland; Details hierzu, auch in Bezug auf die «erleichterte Freistellung», im Weiteren. Die Darstellung der Rechtslage bei grenzüberschreitenden Geschäften mit nicht freigestellten Banken entspricht zum einen nicht der Zielrichtung dieser Tour d'Horizon, da es vorliegend um das zielgerichtete Geschäftsgebaren schweizerischer Banken mit Kunden in Deutschland geht – und hierfür ist eine Freistellung unumgänglich. Nicht freigestellte Institute unterliegen starken Einschränkungen bei der Initiierung bzw. der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen.

5. *Das angelegte Vermögen ist steuerliches Privatvermögen:* (Diese Annahme ist für steuerliche Fragen relevant.)

## II. Was ist unter «grenzüberschreitendem Privatkundengeschäft» zwischen der Schweiz und Deutschland zu verstehen?

Das Bank- und Finanzwesen kennt eine grosse Vielfalt von Geschäften. In die-

sem Streifzug geht es vornehmlich – untechnisch bzw. unjuristisch gesprochen – um die grenzüberschreitende Vermögensbetreuung oder Vermögensverwaltung privater natürlicher Personen. Viele andere Dienstleistungen von Banken bleiben aussen vor.

Wenn im Folgenden ohne Spezifizierung von «Vermögensverwaltung» die Rede ist, dann ist damit regelmässig die Gesamtheit aller Dienstleistungen im Kontext der Verwaltung bzw. der Betreuung von Vermögen gemeint, und nicht zwingend die Vermögensverwaltung im engeren Sinne des KWG bzw. des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), welche in beiden Gesetzen «Finanzportfolioverwaltung» heisst.

Für eine Qualifikation der jeweiligen konkreten Tätigkeit im Privatkundengeschäft erfolgt grundsätzlich eine Orientierung am WpHG. Im WpHG werden die Dienstleistungen der «Anlageberatung» und der «Finanzportfolioverwaltung» im Rahmen von Legaldefinitionen als «Wertpapierdienstleistungen» benannt. Die (wortgleichen) Legaldefinitionen der beiden genannten Dienstleistungen erfolgen im KWG unter der Bezeichnung «Finanzdienstleistungen».

Aufgrund ihrer elementaren Bedeutung werden diese Legaldefinitionen zu Beginn einmal wörtlich wiedergegeben:

«Wertpapierdienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes sind (...) Nr. 7 die Verwaltung einzelner oder mehrerer in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum (*Finanzportfolioverwaltung*) (...), Nr. 9 die Abgabe von persönlichen Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschliesslich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird (*Anlageberatung*).»

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass im KWG darüber hinaus die (klassischen) «Bankge-

schäfte» definiert sind. Diese werden von Kreditinstituten betrieben:

«Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbmässig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Bankgeschäfte sind:

1. (...) (Einlagengeschäft)
- 1a (...) (Pfandbriefgeschäft)
2. (...) (Diskontgeschäft)
4. (...) (Finanzkommissionsgeschäft)
5. (...) (Depotgeschäft)
6. (weggefallen)
7. die Eingehung der Verpflichtung, zuvor veräusserte Darlehensforderungen vor Fälligkeit zurückzuerwerben
8. (...) (Garantiegeschäft)
9. (...) (Scheckeinzugsgeschäft), des Wechseleinzugs (Wechseleinzugsgeschäft) und die Ausgabe von Reiseschecks (Reisescheckgeschäft)
10. (...) (Emissionsgeschäft)
11. (weggefallen)
12. die Tätigkeit als zentrale Gegenpartei im Sinne von Absatz 31.»

### III. Fokus deutsches bzw. EU-Recht

De lege lata sind die Regelungen des deutschen bzw. des EU-Rechts für das grenzüberschreitende Privatkundengeschäft Deutschland/Schweiz von besonderer Wichtigkeit und stehen daher im Fokus dieser Ausführungen; an einigen Stellen erfolgt ein Hinweis auf das Schweizer Recht. De lege ferenda wird das Schweizer Recht für die grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen der Banken stark an Bedeutung gewinnen, da die Schweiz beabsichtigt, ein Pendant zum WpHG einzuführen. In diesem geplanten Finanzdienstleistungsgesetz (Fidleg) und weiteren geplanten Gesetzen wird die Schweiz den EU-Regelungen vergleichbare Vorschriften einführen.

Keine Berücksichtigung finden aufgrund ihrer geringen praktischen Bedeutung multilaterale Abkommen wie GATS (General Agreement on Trade in Services), die EFTA-Konvention und die OECD-Codes. Allerdings wurde das Abkommen GATS tatsächlich schon einmal im Kontext einer grenzüberschreitenden Tätigkeit eines Schweizer Finanzdienstleisters als Anspruchsgrundlage erwähnt.

## IV. Mögliche

### Ausgangskonstellationen

Die Geschäftsbeziehung ist (1) aus *eigener* Initiative des Kunden entstanden, also im Rahmen der sogenannten passiven Dienstleistungsfreiheit. Anschliessend sind folgende Handlungsweisen (alternativ oder kumulativ) denkbar:

- Finanzdienstleistungen werden nur in der Schweiz erbracht;
- Finanzdienstleistungen werden auf deutschem Territorium erbracht;
- Finanzdienstleistungen werden aus der Schweiz heraus nach Deutschland hinein erbracht (Fernkommunikation).

Oder (2) die Geschäftsbeziehung ist *nicht aus eigener* Initiative des Kunden entstanden. Auch dann können folgende Konstellationen unterschieden werden:

- Finanzdienstleistungen werden nur in der Schweiz erbracht;
- Finanzdienstleistungen werden auf deutschem Territorium erbracht;
- Finanzdienstleistungen werden aus der Schweiz heraus nach Deutschland hinein erbracht (Fernkommunikation).

Für eine rechtliche Beurteilung ist immer eine Prüfung nach diesem Schema erforderlich.

## B. Einleitung

### I. Kunden von Schweizer Banken mit deutschem Wohnsitz

#### 1. Bedeutung der Schweiz

*in der globalen Vermögensverwaltung*  
Nach wie vor verwaltet die Schweiz den grössten Anteil der grenzüberschreitend verwalteten Vermögen. Weltweit dürften rund 8'900 Mrd. Dollar zum «private offshore wealth» zu rechnen sein (vgl. z.B. BCG, Global Wealth Report 2014). Hiervon dürften rund 25% auf helvetischen Konten liegen; die Schweizerische Nationalbank gibt für das Jahr 2014 für ausländische Depotinhaber sogar rund 3'000 Mrd. Wertpapierbestände an (Die Banken in der Schweiz 2014, S.19). Es wird geschätzt, dass vom gesamten in der Schweiz gebuchten Vermögen 500 bis

650 Mrd. in der Vermögensverwaltung im engeren Sinn, also der Finanzportfolioverwaltung nach deutschem Recht, gebucht werden (Schäfer in Assmann/Schütze, Handbuch Kapitalanlagerecht, § 23 Rn. 1).

## 2. Bedeutung Deutschlands in der lokalen Vermögensverwaltung

Deutschland ist der grösste (onshore) Private-Banking-Markt Europas und daher von besonderer Attraktivität (auch) für grenzüberschreitend tätige Banken. Über 19'000 Multimillionäre mit mehr als 30 Mio. Dollar Vermögen (Ultra High Net Worth Individuals) wohnen in Deutschland, das ist nach den USA Platz 2 in der Welt (World Ultra Wealth Report von Wealth-X und UBS, [www.wealthx.com/wealthxubs-wealthreport/#wealthreport](http://www.wealthx.com/wealthxubs-wealthreport/#wealthreport)). Insgesamt wird von einem Geldvermögen der privaten Haushalte in Deutschland (Bargeld, Einlagen, Wertpapiere und Versicherungsansprüche) von rund 3'500 Mrd. ausgegangen. In der Betreuung des «private offshore wealth» spielt Deutschland hingegen keine besondere Rolle. Es wird geschätzt, dass vom gesamten in Deutschland gebuchten Vermögen 100 bis 200 Mrd. in der Vermögensverwaltung im engeren Sinn, also der Finanzportfolioverwaltung nach deutschem Recht, gebucht werden (Schäfer in Assmann/Schütze, Handbuch Kapitalanlagerecht, § 23 Rn. 1).

## II. Rein vorsorglich bzw.

### «höchst hilfsweise»: Schwerpunkt juristische Vorgaben; warum?

Jede Geschäftsbeziehung lebt (auch) vom Vertrauen; in Deutschland heissen die Banken sogar «Kreditinstitute» (abgeleitet von *credere* «glauben» und *creditum* «das auf Treu und Glauben Anvertraute»). Und solange alles glatt läuft – in der Vermögensverwaltung heisst das: solange sich die Geldanlage gut entwickelt – ist das Vertrauensverhältnis zwischen Kunde und Bank der wesentliche Aspekt der Geschäftsbeziehung.

In Krisenzeiten hingegen schieben sich andere Aspekte in den Vordergrund, namentlich die juristischen. Dabei ist zu unterscheiden: Die regulatorischen, öffentlich-rechtlichen Vorgaben sind immer wichtig – auch in guten

Zeiten – und müssen von einer Bank auch immer beachtet und eingehalten werden. Hingegen wächst die Bedeutung von zivilrechtlichen Ansprüchen mit dem Ausmass einer Börsen- bzw. Finanzkrise. Regelmässig bringen erst Verluste einen Anleger auf die Idee, seine Bank mit einem Falschberatungsvorwurf zu konfrontieren; zumindest ist dem Verfasser kein Fall bekannt, dass eine Bank wegen Falschberatung in Anspruch genommen wurde, obwohl das Depot zugelegt hat. Dabei gilt im Zivilrecht: «Wo kein Kläger, da kein Richter.»

Es ist daher für den Erfolg und die Nachhaltigkeit eines grenzüberschreitenden Wertpapiergeschäftes mit Kunden in Deutschland unabdingbar, dass sich die Schweizer Bank mit den juristischen Gegebenheiten umfassend beschäftigt und auf sie einstellt (auf die aufsichtsrechtlichen Vorgaben der Finma in diesem Kontext wird später eingegangen). Ihre Fähigkeit, im Wettbewerb mit den Banken in Deutschland (also am Wohnsitz des Kunden) zu bestehen, hängt ganz wesentlich davon ab, inwieweit sie sich in juristischen Belangen keine Blösse gibt. Anders ausgedrückt: Nur die umfassende Einhaltung aller juristischen Vorgaben führt zu einer Wettbewerbsgleichheit, einem «level playing field» mit den anderen deutschen Banken. In der Schweiz gibt es dafür den zwar martialischen, aber eben auch ehrlichen Ausdruck: «gleich lange Spiesse».

Die Beschäftigung mit den juristischen Gegebenheiten des grenzüberschreitenden Wertpapierdienstleistungsgeschäfts zwischen Deutschland und der Schweiz verdient daher im Sinne einer «conditio sine qua non» (zunächst) den Vorzug gegenüber anderen Faktoren und Eigenheiten (globale Wertpapierexpertise, Tradition, wirtschaftliche und politische Stabilität, Kultur etc.) dieses speziellen Geschäftes.

Die Fokussierung auf juristische Gegebenheiten bedeutet freilich, dass man viel lesen kann – wenn man es möchte. Die diesbezüglichen Rechtstexte in der EU und Deutschland sind fast nicht zu übersehen und haben zu allem Übel auch meistens keinen langen Bestand. Gesetzestexte oder juristische Lehrbücher sind daher auch schon nach

kurzer Zeit regelmässig ein Fall für die Rechtshistoriker. Um nur ein (für Schweizer Banken mit US-Kundschaft durchaus relevantes) Beispiel aus einem anderen Rechtskreis zu nennen: Die sog. «Volcker-Rule», ein Teil des amerikanischen Dodd-Frank-Acts, hat rund 300'000 Wörter (inkl. Erläuterungen), das Neue Testament hingegen kommt gerade mal auf 181'253. Beide Texte werden nicht Gegenstand dieser Ausführungen sein.

## C. Internationales materielles Recht (Welches Recht kommt zur Anwendung?)

### I. Internationales Privatrecht (IPR)

#### 1. Einleitung

Bei Verträgen mit reinem Inlandsbezug stellt sich die Frage des anwendbaren materiellen Rechtes nicht. Recht ist grundsätzlich national, es gilt das «Territorialitätsprinzip», welches über die räumliche Reichweite des Rechts bestimmt. Deutsches Recht gilt somit grundsätzlich (räumlich) auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland, schweizerisches Recht in der Schweiz. Am Beginn einer Prüfung steht daher immer die Frage: «Welches Recht kommt zur Anwendung?»

Diese Frage ist zunächst mit Hilfe des IPR zu beantworten, welches die relevante Rechtsordnung bei Sachverhalten mit Auslandsberührung bestimmt. Zu beachten ist, dass das IPR trotz des Begriffes «internationales Privatrecht» und trotz der Regelung internationaler Sachverhalte grundsätzlich nationales Recht ist.

In Deutschland ist das autonome deutsche Kollisionsrecht in den Artikeln 3 bis 48 EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch) geregelt, dazu kommen Staatsverträge und zunehmend europarechtliche Vorschriften. In unserem Kontext sind dabei die sog. Rom I Verordnung (vertragliche Schuldverhältnisse; ersetzt Art. 27 bis 37 EGBGB) und die Rom II Verordnung (aussservertragliche Schuldverhältnisse; tritt neben bzw. ersetzt Art. 38 bis 42 EGBGB) von grosser Bedeutung. Freilich ist das nur die eine, nämlich die deutsche Betrachtungsweise.

Schweizer Gerichte ziehen das IPR der Schweiz zu Rate.

## 2. Legaldefinition

Art. 3 EGBGB enthält eine Legaldefinition zum internationalen Privatrecht; auch bringt er die Hierarchie der Rechtsnormen («Völkerrecht vor deutschem Recht») deutlich zum Ausdruck. Dies gilt ebenfalls in Bezug auf die für unsere Fragestellungen wichtigen EU-Rechtsakte wie Rom I und die Erbrechtsverordnung, welche ausdrücklich erwähnt werden.

Aufgrund der elementaren Wichtigkeit wird dieser Artikel nachfolgend (auszugsweise) wörtlich wiedergegeben (Hervorhebungen nicht im Original):

**«Art. 3 Anwendungsbereich; Verhältnis zu Regelungen der Europäischen Union und zu völkerrechtlichen Vereinbarungen**

Soweit nicht

1. unmittelbar anwendbare Regelungen der Europäischen Union in ihrer jeweils geltenden Fassung, insbesondere

a) die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (**Rom II**),

b) die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (**Rom I**),

c) (...)

d) (...)

e) die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die **Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses oder**

2. Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, massgeblich sind, bestimmt sich das anzuwendende Recht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat nach den Vorschriften dieses Kapitels (Internationales Privatrecht).»

## 3. Kollisionsnormen

Das internationale Privatrecht besteht

aus sog. Kollisionsnormen, «die mit Hilfe bestimmter Anknüpfungspunkte das in der Sache anzuwendende Recht bezeichnen» (Palandt/Thorn, Einleitung vor EGBGB, Rn 1).

## 4. Grundsätzliches Prüfungsschema

Die Prüfung des anwendbaren Rechts kann gemäss dem folgenden Schema vorgenommen werden, welches hier exemplarisch für einen Erbfall kurz durchgegangen werden soll (für Todesfälle bis zum 15. August 2015, danach gelten andere Vorschriften; vgl. hierzu den Gliederungspunkt «EU-Erbrechtsverordnung» im Weiteren):

(1) Gibt es einen Bezug zum Ausland? Dieser Prüfungspunkt ist bei grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen offensichtlich gegeben.

(2) Anschliessend muss der Sachverhalt qualifiziert werden, bei Auslegungsfragen greift das Recht am Gerichtsort (Lex fori). Ein Erbfall ist eindeutig, die Qualifikation daher nicht schwierig. Gemäss Art 3 EGBGB sind zunächst die völkerrechtlichen Verträge zu prüfen, erst dann das EGBGB. Ein Erbfall ist im EGBGB geregelt.

(3) In den durch die Qualifikation ermittelten Kollisionsnormen stehen die Anknüpfungsmomente; das können sein Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Handlungsort oder der gewöhnliche Aufenthalt. Die Staatsangehörigkeit ist im deutschen Recht der häufigste Anknüpfungsmoment (sog. Personalstatut), so auch in Art. 25 EGBGB (alte Fassung) für die «Rechtsnachfolge von Todes wegen».

(4) Mit dem Verweis auf deutsches Recht ist die Prüfung (nach deutschem Recht) beendet. Erfolgt hingegen ein Verweis auf das ausländische IPR, geht es weiter. Dieses kann nämlich die Verweisung annehmen oder ablehnen. Eine Rückverweisung nimmt das deutsche Recht immer an (Art. 4 EGBGB), so dass ein ewiger Kreislauf vermieden wird.

Häufig führen die deutsche Staatsangehörigkeit gemäss deutschen EGBGB bei Auslandsberührung oder die explizite Wahl des deutschen Rechts (z.B. Schuldrecht) zum deutschen Recht. Die Ableitung des deutschen Rechts für Deutsche bedeutet freilich, dass alle Deutschen auch bei Auswanderung grundsätzlich das deutsche

materielle Recht «im Gepäck» haben, ein Umstand, der vielen Deutschen bei Wohnsitzverlegung nicht immer klar ist.

Die Prüfung ist hier aber natürlich nicht zu Ende. Zwar ist jetzt zunächst klar, dass das deutsche Recht (ebenfalls) zur Anwendung kommt. Aufgrund der grenzüberschreitenden Konstellationen ist jedoch auch noch zu berücksichtigen, dass – wie bereits angesprochen – das andere involvierte Land ebenfalls sein eigenes «internationales Privatrecht» kennt.

Die Schweiz prüft also nach ihrem internationalen Privatrecht den Sachverhalt.

Wenn beide internationalen Privatrechte zum gleichen Ergebnis kommen, gibt es keine Konflikte, das ist der Idealfall. Da die Rechte jedoch nicht aufeinander abgestimmt sind, ist das Zufall. Bei unterschiedlichen Ergebnissen kann es zu Problemen kommen, man nennt das Kollision.

## 5. Rechtswahl

Diese (ohne Beteiligung der Parteien gegebene) Kollision kann grundsätzlich vermieden werden. Als Ausfluss der das Zivilrecht prägenden Privatautonomie trägt auch das internationale Privatrecht dem Parteiwillen Rechnung. Auf vielen Gebieten können die Parteien das für sie anwendbare Recht wählen – und damit Kollisionen vermeiden –, dies gilt grundsätzlich auch für das Schuldvertragsrecht.

Gemäss den genannten Prämissen liegt ein Vertrag mit einer Schweizer Bank vor, welcher – soweit dem Verfasser bekannt – immer schweizerisches Recht mit dem Kunden vereinbart. Eine solche Vereinbarung zwischen einer geschäftsfähigen Person mit deutschem Wohnsitz und einer Schweizer Bank ist daher grundsätzlich wirksam.

Wäre dies das finale Ergebnis einer Prüfung des anwendbaren Rechts, wäre das grenzüberschreitende Finanzdienstleistungsgeschäft zwischen Deutschland und der Schweiz aus rechtlicher Optik kein eigenständiges Geschäftsfeld und würde sich von dem rein innerschweizerischen Geschäft nicht unterscheiden. Deutsche Kunden würden einfach die Schweizer Verträge unterschreiben und deren Bedingungen akzeptieren.

## 6. Grenzen der Rechtswahl; hier Rom I Verordnung

### a) Allgemeines

Die grundsätzliche Rechtswahlmöglichkeit ist jedoch nur ein Zwischenergebnis und in der Praxis bei vertraglichen Schuldverhältnissen regelmässig ohne (bleibenden) Wert. Denn diese Möglichkeit hat Grenzen, welche sich im Schuldvertragsrecht auch aus Art. 6 Rom IVO (Rom I) ergeben (weitere, die Rechtswahl zugunsten eines Nicht-EU-Mitgliedstaates einschränkende Vorschriften im Kontext von EU-Verbraucherschutzrichtlinien sollen hier ausser Acht bleiben). Diese seit dem 17. Dezember 2009 auf alle ab diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Schuldverträge anwendbare Verordnung gilt in der gesamten Europäischen Union (ausser Dänemark); die Bezeichnung «Internationales» Privatrecht führt hier also nicht in die Irre.

### b) Verbraucherverträge;

#### Legaldefinition «Verbraucher»

Regelmässig geht zwar auch Rom I vom Vorrang der Rechtswahl der Parteien aus, es verbleibt also zunächst beim vereinbarten Schweizer Gerichtsstand (das rechtmässige Zustandekommen und eine wirksame Einigung der Parteien über das anzuwendende Recht gemäss Art. 3 V Rom I wird als gegeben angenommen). In Art. 6 Rom I finden sich jedoch spezielle Vorschriften für Verbraucherverträge. Dieser Begriff bzw. der Begriff des «Verbrauchers» ist für unsere Fragestellungen von grösster Wichtigkeit. Daher soll zunächst der genaue Text der Legaldefinition (auszugsweise) vorgestellt werden (Hervorhebungen vom Verfasser):

#### Artikel 6

##### Verbraucherverträge

**(1) Unbeschadet der Artikel 5 und 7 unterliegt ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann («Verbraucher»), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt («Unternehmer»), dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer**

**a) seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder**

**b) eine solche Tätigkeit auf irgendeine Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschliesslich dieses Staates, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.**

**(2) Ungeachtet des Absatzes 1 können die Parteien das auf einen Vertrag, der die Anforderungen des Absatzes 1 erfüllt, anzuwendende Recht nach Artikel 3 wählen. Die Rechtswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Absatz 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. (...)**

Gemäss der Legaldefinition in Art. 6 I Satz 1 Rom I ist ein Verbraucher somit «eine natürliche Person», die einen Vertrag schliesst zu einem Zweck «der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann».

Relevant ist nur der jeweilige konkrete Vertrag, so dass auch Bankkunden mit unternehmerischem Hintergrund als Verbraucher anzusehen sind, wenn der konkrete Bankvertrag nicht der «beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» zugerechnet werden kann, wenn es also zum Beispiel schlicht um die Anlage des Privatvermögens geht. Aber aufgepasst: Nur wenn das Konto auf den Namen des Kunden lautet kann er Verbraucher sein, hingegen ist ein Konto mit «seiner» vermögensverwaltenden GmbH nie dasjenige eines Verbrauchers.

Das Vorliegen eines Verbrauchervertrages ändert zunächst nichts an der Möglichkeit einer Rechtswahl der Parteien nach Art. 3 Rom I, das bestimmt Art. 6 II Satz 1 Rom I. Nun jedoch kommt es: In Art. 6 II Satz 2 Rom I wird festgehalten, dass diese Rechtswahl nicht dazu führen darf, dem Verbraucher das an seinem Wohnort durch zwingende Vorschriften vorgegebene Niveau zu reduzieren. Für deutsche Kunden mit Schweizer Banken bedeutet dies, dass es zwar grundsätzlich bei

den schweizerischen Verbraucherschutzvorschriften verbleibt, sie aber ggf. zusätzlich den Schutz der zwingenden Vorschriften der §§ 305 ff, des 312, der §§ 491 ff, 655a ff und der §§ 651 a ff BGB haben können, sofern diese über die schweizerischen Vorschriften hinausgehen.

Im rechtstatsächlichen Ergebnis ist also eine Vereinbarung des schweizerischen materiellen Rechts in den Bankverträgen wohl regelmässig nicht final verbindlich bzw. abschliessend. Schweizer Banken mit grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit mit Deutschland müssen daher regelmässig zwei Rechtsordnungen beachten: Zum einen selbstverständlich diejenige des Sitzlandes Schweiz – und zwar umfassend –, zum anderen zumindest die zwingenden Teile des deutschen Rechts. Dies gilt umso mehr, als dass die heutigen Kundenbeziehungen abseits der bekannten Klischees stattfinden, und sich Kunden daher selbstverständlich und selbstsicher im gewohnten Rahmen der Rechtsordnung ihres Wohnsitzlandes bewegen und diese auch in einer Kontobeziehung mit dem Ausland als gegeben annehmen.

## 7. EU-Erbrechtsverordnung: Neue Regelungen bezüglich des anwendbaren Rechts und der Zuständigkeiten in Erbsachen

### a) Die EU-Erbrechtsverordnung

Die Schweiz war die letzten Jahre das mit Abstand beliebteste Auswanderungsland der Deutschen (<http://www.auswandern-weltweit.info/die-hitliste-der-auswanderungslander>). Damit einhergehend kommen in den Gesprächen von Kundenberatern Schweizer Banken mit in der Schweiz wohnhaften deutschen Kunden schon seit Jahren auch erbrechtliche Fragen zur Sprache.

Schon bisher gehörte es zum Repertoire des erfahrenen Kundenberaters einer Schweizer Privatbank mit grenzüberschreitendem Geschäft, auf die durch den Wegzug bestehenden kollisionsrechtlichen Fragen des Internationalen Privatrechts hinzuweisen und eine anwaltliche Abklärung anzuraten. Denn eventuell würde ein Schweizer Nachlassgericht die bisherige Konzeption der Nachfolge nicht ohne Weiteres akzeptieren; so ist beispielsweise ein

deutsches gemeinschaftliches Testament dem Schweizer Recht nicht bekannt.

Mit Ablauf des 15. August 2015 jedoch ist der Aspekt des anwendbaren Erbrechts geradezu zu einem zwingend erforderlichen Hinweis «aufgestiegen», trat doch mit diesem Tag ein echter Meilenstein in der Vereinheitlichung des anwendbaren Erbrechts innerhalb der EU (mit Ausnahme von Grossbritannien, Irland und Dänemark) und Drittstaaten in Kraft, die EU-Erbrechtsverordnung (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:DE:PDF>). *Sie dürfte neben den aufsichtsrechtlichen und Verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben zu den wirkungsmächtigsten Rechtsakten der EU gehören und gerade für Deutschland bedeutet sie einen epochalen Wechsel.*

Für Todesfälle (Art. 1 EuErbVO) nach diesem Datum ist nunmehr grundsätzlich der letzte gewöhnliche Aufenthalt (Art. 4 EuErbVO) des Erblassers massgebend für das anwendbare Erbrecht (Art. 20, 21 EuErbVO). Die bisher oft vorhandene sog. Nachlassspaltung (klassisches Beispiel war die Immobilie in Frankreich; bisher galt für diese nach französischem Recht immer französisches Recht, für das bewegliche Vermögen hingegen das Recht des Landes des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers) gehört grundsätzlich der Vergangenheit an. Alle tatsächlich aus Deutschland Ausgewanderten sind daher ab diesem Datum grundsätzlich mit dem Erbrecht ihrer neuen Domizile konfrontiert – und zwar unabhängig davon, ob diese innerhalb der EU oder in einem Drittstaat liegen –, die früher geltende Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit gilt nicht mehr.

Der Erblasser kann das anwendbare Recht wählen (Art. 22 EuErbVO; gegenwärtiges oder letztes Heimatrecht), auch die Begründung eines entsprechenden Gerichtsstandes durch die Erben ist möglich (Art. 5 EuErbVO). *Wählt also ein Deutscher (vor oder nach seiner Auswanderung) deutsches Recht und hält das in seinem Testament fest, kann er damit Rechtssicherheit (wieder-)herstellen.* Zudem wird ein europäisches Nachlasszeugnis einge-

führt (Art. 62 EuErbVO), welches neben den deutschen Erbschein tritt.

Obwohl oder gerade weil noch einige Regelungen den «Praxistest» bestehen müssen (z.B. wie wird der Begriff des «gewöhnlichen Aufenthaltes» ausgelegt werden oder wie wird die subsidiäre Zuständigkeit eines Mitgliedstaates (Art. 10 EuErbVO) bei Vorhandensein von Nachlassgut in seinem Territorium bei Todesfällen in Drittstaaten [Schweiz!] zum Tragen kommen?) *sollte den Kunden dringend die anwaltliche Überprüfung ihrer letztwilligen Verfügungen angeraten werden.* Dies gilt sowohl für den bereits ausgewanderten, als auch den die Auswanderung planenden Kunden mit und ohne Verfügung von Todes wegen.

Nicht geregelt sind die Themen Erbschaftsteuer und Güterrecht, hier verbleibt es bei den nationalen Vorschriften.

*b) Das deutsche Umsetzungsgesetz* Deutschland hat mit dem «Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften» die EU-Vorgaben mit einem sog. «Omnibusgesetz» fristgerecht in deutsches Recht übernommen.

In Art. 1, dem *Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz*, werden die meisten Vorgaben umgesetzt, so auch das europäische Nachlasszeugnis (§ 36). Mit Art. 11 werden die *Vorschriften zum Erbschein, welche bisher im BGB verankert waren, in das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommen* (§§ 352 ff), Art. 15 ändert das EGBGB, in dem er den *Artikel 25 EGBGB neu fasst* und eben (über eine Verweisung) das anwendbare Erbrecht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpft:

**«Rechtsnachfolge von Todes wegen**  
*Soweit die Rechtsnachfolge von Todes wegen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 fällt, gelten die Vorschriften des Kapitels III dieser Verordnung entsprechend.»*

Mit Artikel 16 werden die *Vorschriften zum Erbschein aus dem BGB gestrichen.*

## II. Weitere Gesetze

### 1. Deutsche Vorschriften

#### a) § 32 Kreditwesengesetz (KWG)

Im Bereich des grenzüberschreitenden Finanzmarktrechtes gibt es zudem Bestimmungen mit extraterritorialer Wirkung. Deutschland hat Vorschriften erlassen, welche zwar grundsätzlich nur für Deutschland gelten, aber aufgrund ihres Inhaltes eben doch auf das Ausland ausstrahlen. In § 32 KWG bestimmt der deutsche Gesetzgeber, dass derjenige, welcher Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen «im Inland» erbringen will, einer Erlaubnis der Bafin bedarf. Früher verstand man darunter das physische Erbringen auf deutschem Hoheitsgebiet, seit nunmehr über 10 Jahren versteht die Bafin darunter auch das «sich zielgerichtet an den deutschen Markt wenden», so dass § 32 KWG sich indirekt auch im Ausland auswirkt:

*«§ 32 Erlaubnis (Auszug)*

*(1) Wer im Inland... Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde; (...).»*

#### b) § 31 X WpHG

In § 31 X WpHG hingegen ordnet der deutsche Gesetzgeber gar die direkte Wirkung deutschen Rechts in «Drittstaaten» an, also in Ländern, welche nicht der EU oder dem EWR angehören:

*«(10) Absatz 1 Nr. 1 und die Absätze 2 bis 9 sowie die §§ 31a, 31b, 31d und 31e gelten entsprechend auch für Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat, die Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen gegenüber Kunden erbringen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Geschäftsleitung im Inland haben, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung einschliesslich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschliesslich in einem Drittstaat erbracht wird.»*

### 2. Schweizer Vorschriften

Das gesetzlich normierte schweizerische Bankaufsichtsrecht kennt keine grundsätzliche direkte Verpflichtung zur Einhaltung ausländischen Rechts;

dies wird sich wohl auch bei Geltung des zukünftigen Finanzdienstleistungsgesetzes Fidleg nicht ändern. Jedoch fordert die Finma die Abklärung des Aufsichtsrechtes des ausländischen Zielmarktes und der sich daraus ergebenden Risiken, wobei eine angemessene Erfassung der Rechts- und Reputationsrisiken sowie das Erlassen von Weisungen über die in den Zielländern erlaubte Geschäftstätigkeit im Vordergrund stehen. Eine Schweizer Bank mit deutschem Zielmarkt ist daher (ebenefalls) aufgrund Schweizer Recht verpflichtet, die deutschen Aufsichtsvorschriften auf ihre Relevanz zu prüfen und diese angemessen zu berücksichtigen (vgl. 2008/21 Finma-Rundschreiben «Operationelle Risiken Banken» IV. Grundsatz 7; <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2008-21-01-07-2017.pdf?la=de>).

### 3. Weitere Umstände

Deutsche Gerichte wenden tatsächlich immer wieder ausländisches Recht an – ggf. unter Einbezug von Sachverständigengutachten. Gleichwohl dürfte auch der Umstand relevant sein, dass sich deutsche Richter aus naheliegenden Gründen mit dem deutschen Recht leichter tun, so dass man aus der Sicht der Praxis auch unter diesem Gesichtspunkt dem deutschen Recht Aufmerksamkeit schenken muss.

## D. Internationales Prozessrecht (Welches Gericht ist zuständig?)

Die Bankverträge der Schweizer Banken sehen – neben dem materiellen Schweizer Recht – auch einen Gerichtsstand in der Schweiz vor. Nach deutschem Recht (§ 38 Zivilprozessordnung, ZPO) können Privatpersonen grundsätzlich vor Entstehen einer Streitigkeit keine wirksame Vereinbarung zum Gerichtsstand (Prorogation) treffen.

*Exkurs:* In Verträgen von Banken in Deutschland mit Kunden ist daher eine Vereinbarung eines Gerichtsstandes zwischen der Bank und Privatpersonen zugunsten des Sitzes der Bank unwirksam. Regelmässig findet sich daher auch keine solche Vereinbarung. Hingegen vereinbaren deutsche Banken

zulässigerweise Gerichtsstände mit «Kaufleuten», deren streitige Geschäftsbeziehung dem Betrieb ihres Handelsgewerbes zuzurechnen ist, und mit öffentlich-rechtlichen Kunden. *Exkurs Ende.*

In der Konstellation hingegen, dass eine Bank keinen Sitz im Inland hat und der Kunde in Deutschland wohnt, ist eine Prorogation nach deutschem Recht grundsätzlich möglich. Diese Vereinbarung schliesst jedoch eine Klage des Kunden vor einem deutschen Gericht (an seinem Wohnsitz) nicht aus. Denn im Anwendungsbereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; sowohl Deutschland als auch die Schweiz sind Vertragsparteien) verbleibt für die Anwendung des deutschen § 38 ZPO kein Raum mehr. Das Luganer Übereinkommen als höherrangiges Völkerrecht geht dem deutschen Recht vor.

Der Kunde als «Verbraucher» hat gemäss Art. 16 dieses Übereinkommens das Recht, in Deutschland an seinem Wohnsitz zu klagen, sofern die Dienstleistungen auf Deutschland «ausgerichtet» sind. Auch wenn die Rechtsprechung den genauen Inhalt und Umfang dieses Wortes noch klären muss, so ist die Hürde doch eindeutig weniger hoch als das alte Luganer Übereinkommen normiert hatte. Dieses sah vor, dass «die wesentlichen Vertragshandlungen» in Deutschland zu erfolgen hatten. Die «Ausrichtung auf Deutschland» wird in den hier besprochenen Konstellationen der Kundenbeziehungen gegeben sein. Die vertraglichen Gerichtsstandvereinbarungen dürfen damit regelmässig für die Banken nicht rechtssicher sein; Schweizer Banken sind daher gehalten, sich auch mit dem deutschen Zivilprozessrecht auseinanderzusetzen.

## E. Wertpapieraufsichtsrecht: Regulatorische Vorgaben aus der Europäischen Union und deren deutsche Umsetzung

Die Kenntnis und Einhaltung der sich aus dem EU-Recht ergebenden Rahmenbedingungen ist ebenfalls ein unverzichtbarer Bestandteil eines Cross-

Border-Geschäftes mit Deutschland. So muss auch eine Schweizer Bank, welche sich zielgerichtet an den deutschen Markt wendet, den deutschen Verbraucherschutzrechtlichen Standard grundsätzlich für ihre Kunden zur Anwendung bringen. Seit Einführung der Mifid (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente) hat das Schweizer Institut daher grundsätzlich ebenfalls zwischen Privatkunden und professionellen Kunden zu unterscheiden und ggf. ein Produktinformationsblatt zur Verfügung zu stellen bzw. ein Beratungsprotokoll zu erstellen. Dabei kann es m.E. dahingestellt bleiben, ob dies tatsächlich rechtlich zwingend ist, oder ob es aus geschäftspolitischen und wirtschaftlichen Erwägungen heraus sinnvoll ist.

### 1. WpHG (Mifid)

Die Vorgaben der Mifid wurden mit dem Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG) in das deutsche Recht übernommen, vor allem in das WpHG und die dazugehörige Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVerOV). Das WpHG ist das zentrale aufsichtsrechtliche Gesetz für das tägliche Geschäft mit privaten und professionellen Kunden; seine Beherrschung, Beachtung und korrekte Anwendung ist das A und O des Kundengeschäfts. Das Rundschreiben der Bafin zu «*Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen*» (MaComp, [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs\\_1004\\_wa\\_macom.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1004_wa_macom.html)) stellt eine wesentliche Ergänzung dieses Regelungsbereiches dar.

Die Verhaltensregeln des WpHG sind aufsichtsrechtlicher Natur und betreffen daher grundsätzlich das Verhältnis von Bafin und Bank. Ein Bankkunde kann daher daraus keine direkten (Schadenersatz-)Ansprüche geltend machen. Hingegen gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung und Literatur zu Voraussetzungen und Umfang zivilrechtlicher Verhaltenspflichten und ggf. Schadenersatzpflichten von Banken;



als konkreten Beginn kann sicherlich auf das sog. «Bond»-Urteil verwiesen werden (BGH vom 06.07.1993, XI ZR 12/93, BGHZ, 123, 126). Weitere zivilrechtliche Grundsatzentscheidungen sind die Urteile des BGH zu «Kickbacks» (Rückvergütungen), beginnend mit Urteil vom 19.12.2000 – XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235 sowie zum beratungsfreien Geschäft BGH vom 05.09.1999 – XI ZR 296/98 («Discount-Broker»).

Im Folgenden werden ausgewählte und in der (eben auch: grenzüberschreitenden) Praxis besonders relevante Regelungen des WpHG kurz vorgestellt; dabei unberücksichtigt bleibt die zukünftige Rechtslage ab Januar 2018 in Folge des zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes).

#### a) Anlageberatung

##### aa) Legaldefinition

Unter einer Anlageberatung versteht der Gesetzgeber gemäss § 2 III Nr. 9 WpHG «die Abgabe von persönlichen Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschliesslich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird (Anlageberatung)».

##### bb) Bedeutung in der Praxis

###### bzw. wesentliche Merkmale

Die Anlageberatung ist im Bereich der Vermögensanlagen die am weitesten verbreitete Dienstleistung von Banken und spielt daher im Alltag eines Private Bankers eine wichtige Rolle. Die wesentlichen Merkmale sind diejenigen der «persönlichen Empfehlung» aufgrund der Prüfung der persönlichen Umstände und des «bestimmten» Finanzinstrumentes. Der Kundenbetreuer muss daher in diesem Bereich besonders sorgfältig sein und sich immer darüber im Klaren sein, dass ein Gespräch mit Kunden als eine Anlageberatung qualifiziert werden oder auch erst im Verlauf eines zunächst persönlichen Gespräches über Themen ausserhalb des Wertpapiergeschäftes im Verlauf

später zu einer Anlageberatung werden könnte. Bankpräsentationen werden daher häufig sicherheitshalber mit Hinweisen versehen, dass es sich dabei nicht um eine Anlageberatung handelt; freilich müssen sie dann auch inhaltlich entsprechend ausgestaltet sein. Das dritte prägende, wenngleich ungeschriebene «Tatbestandsmerkmal» ist die Entscheidungsbefugnis des Kunden, welches zugleich der Abgrenzung zur Finanzportfolioverwaltung (das ist der rechtliche Ausdruck für «Vermögensverwaltung») dient. Bei einer Anlageberatung ist es daher immer am Ende der Kunde, welcher sich für ein bestimmtes Finanzinstrument entscheidet; er trägt deshalb auch die Verantwortung für diese Entscheidung.

##### cc) Exploration

Bevor eine Bank u.a. eine Anlageberatung durchführt, ist sie gemäss § 31 IV WpHG verpflichtet, bestimmte Informationen einholen, die erforderlich sind, um dem Kunden ein für ihn geeignetes Finanzinstrument empfehlen zu können. Dazu gehören seine Kenntnisse und Erfahrungen in Bezug auf eine Vielzahl von unterschiedlichen Wertpapieren und Wertpapierdienstleistungen, zudem seine Anlageziele und seine finanziellen Verhältnisse. § 6 WpDVerOV konkretisiert die Anforderungen.

##### dd) Geeignetheitstest

Sinn und Zweck der Exploration ist es, dem Kunden ein für ihn «geeignetes» Finanzinstrument anbieten zu können. Dies geschieht durch den sog. Geeignetheitstest, neudeutsch auch «suitability test» oder auch nur «S-Test» genannt. Gemäss § 31 IV Satz 2 WpHG kommt es darauf an, dass das konkret empfohlene Geschäft mit den zuvor in Erfahrung gebrachten Informationen über die Anlageziele, die finanziellen Verhältnisse und die Kenntnisse bzw. Erfahrungen in Übereinstimmung steht. Bei professionellen Kunden darf die Bank gemäss § 31 IX Satz 1 WpHG von den erforderlichen Kenntnissen und Erfahrungen ausgehen, ebenso wie von der finanziellen Tragbarkeit.

##### ee) Privatkunden und professionelle Kunden («profK»)

Eine im Wertpapierdienstleistungsge-

schäft schon im Inland besonders relevante Unterscheidung ist diejenige von «Privatkunden» und «professionellen Kunden»; im grenzüberschreitenden Geschäft ist sie noch wichtiger. Vereinfacht gesagt ist das Geschäft mit «profK» mit einem kleineren bürokratischen Aufwand möglich – was erfahrungsgemäss von den Kunden mindestens in gleicher Weise als Erleichterung empfunden wird. Gerade für Schweizer Banken kann es daher sinnvoll sein, sich auf die Kundengruppe der «profK» zu fokussieren.

##### aaa) Legaldefinition

Das Gesetz hält in § 31a WpHG zunächst fest, was Kunden im Sinne des WpHG sind, nämlich sowohl natürliche als auch juristische Personen. Damit sind zum Beispiel auch Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen.

##### bbb) «profK»

Anschliessend definiert das Gesetz in Absatz 2 Satz 1 den «profK»: Kurz gesagt sind es diejenigen, bei denen die Bank davon ausgehen darf, dass sie sich auskennen und wissen, was sie tun. Das Gesetz unterscheidet die sog. geborenen «profK» und die sog. gekorenen «profK». Zu den erstgenannten gehören vereinfacht gesagt Banken und dergleichen, mittelgrosse Unternehmen und Regierungen. Die für Schweizer Banken deutlich relevanteren gekorenen «profK» erfüllen (mindestens) zwei von drei Kriterien (häufige Transaktionen mit «erheblichem» Wert, liquides Vermögen grösser als 500'000 Euro, einschlägige Berufserfahrung) und werden in einem bestimmten Prozedere als solche klassifiziert; Details finden sich in § 31 a VII WpHG.

Warum ist diese Kundengruppe so bedeutsam? Zum einen weil sie regelmässig vermögender ist, zum anderen weil bei ihr kein Produktinformationsblatt (vgl. im Folgenden) zur Verfügung gestellt werden sowie gemäss § 34 IIa Satz 1 WpHG in der Anlageberatung kein Protokoll (vgl. im Folgenden) erstellt werden muss. Eine weitere Erleichterung ist, dass bei professionellen Kunden nach herrschender Meinung im

«beratungsfreien Geschäft» kein Angemessenheitstest durchgeführt werden muss, dies neben der Erleichterung eines auf die Anlageziele reduzierten Geeignetheitstests.

#### *ccc) Private Kunden*

Gemäss § 31a III WpHG sind Privatkunden alle diejenigen, welche nicht professionelle Kunden sind. Den Privatkunden hat der Gesetzgeber das höchste Schutzniveau angedeihen lassen, auf sie finden also alle vom WpHG vorgesehenen Informations- und Dokumentationspflichten obligatorisch Anwendung.

#### *ff) Beratungsprotokoll*

Seit dem 1. Januar 2010 muss eine Bank gemäss § 34 IIa WpHG über jede Anlageberatung bei einem Privatkunden ein schriftliches Protokoll anfertigen. Hervorzuheben ist, dass der Privatkunde auf das Beratungsprotokoll nicht verzichten kann, das Aufsichtsrecht also in diesem Fall die zivilrechtliche Vertragsfreiheit beschneidet. Details zum Inhalt finden sich in § 14 IV WpDVerOV.

Dieses Protokoll ist dem Kunden nach Abschluss der Anlageberatung, jedoch vor einem auf der Beratung beruhenden Geschäft zur Verfügung zu stellen, auch hat es der Bankmitarbeiter zu unterschreiben. Hierbei ist offensichtlich, dass dieses Prozedere die persönliche Anwesenheit des Kunden in der Bank vor Augen hat, nicht jedoch die Situation einer Beratung am Telefon, via Skype oder per E-Mail. Der Gesetzgeber hat daher einen speziellen Ablauf für diese «Distanz-Beratung» normiert, indem er die Ausführung des Geschäfts auf Wunsch des Kunden auch vor Erhalt des Protokolls erlaubt. Dann allerdings muss die Bank das Protokoll dem Kunden unverzüglich zusenden und dem Kunden für den Fall der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Protokolls ein einwöchiges Rücktrittsrecht einräumen (!).

*gg) Produktinformationsblatt und dergleichen (PIP, KID, KIID, VIB, PRIIP)* Mit dem «Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz» kamen die sog. «Beipackzettel» in das WpHG. Weitere Beipackzettel durch andere

Vorschriften kamen in die alte Fassung des Investmentgesetzes (jetzt KAGB) und in das Vermögensanlagegesetz. Auf europäischer Ebene ist zudem ein «Basisinformationsblatt für verpackte Anlageprodukte und Versicherungsanlageprodukte», das sog. «Key Investor Document» (KID) in der sog. PRIIP-Verordnung («packaged retail and insurance-based investment products») eingeführt worden, welche in den Mitgliedsstaaten seit dem 31. Dezember 2016 Anwendung findet.

Der «Beipackzettel» ist (nur) im Fall einer Anlageberatung zur Verfügung zu stellen und auch nur, wenn es eine Kaufempfehlung gibt. Ist das Finanzinstrument eine Aktie, eine Anleihe oder ein Zertifikat, heisst er im deutschen Recht «Produktinformationsblatt» (PIP). Bei einem Fonds nennt das Gesetz ihn «wesentliche Anlegerinformationen» (neudeutsch: «Key Investor Information Document», KIID), bei einer Vermögensanlage «Vermögensanlagen-Informationsblatt» (VIB). Das (deutsche) Informationsblatt ist (nur noch dann) zur Verfügung zu stellen, wenn nicht ein Basisinformationsblatt (KID) gemäss der vorgenannten PRIIP-Verordnung veröffentlicht werden muss.

Das Informationsblatt kann freilich in Papierform, aber auch als elektronisches Dokument zur Verfügung gestellt werden. Gerade im grenzüberschreitenden Geschäft ist dies eine grosse Erleichterung. Zumal die herrschende Lehre davon ausgeht, dass ein Verweis auf eine Website ausreicht.

#### *hh) Honorar-Anlageberatung*

Der Vollständigkeit halber sei auf die in den §§ 31 IVb-d WpHG normierte Honoraranlageberatung hingewiesen. Bei dieser erhält der Berater seine Bezahlung ausschliesslich in Form eines Honorars, es gibt keine Provisionen. Banken müssen vor Beginn einer Anlageberatung den Kunden darüber informieren, ob sie diese als Honoraranlageberatung erbringen oder nicht.

#### *b) Beratungsfreies Geschäft*

##### *aa) Legaldefinition*

Eine (echte) Legaldefinition hierfür findet sich im WpHG nicht. In § 31 V heisst es lediglich: «Vor der Erbringung anderer als der in Absatz 4 genannten

*Wertpapierdienstleistungen zur Ausführung von Kundenaufträgen* [Hervorhebung durch den Verfasser]...» Gemeint sind Aufträge von Kunden, bei denen es vorher keine Anlageberatung gegeben hat bzw. kein Vertrag über eine Finanzportfolioverwaltung abgeschlossen wurde, der Kunde also aus eigener Initiative Aufträge erteilt. Eine Variante hiervon ist das reine Ausführungsgeschäft («best execution»).

##### *bb) Angemessenheitstest*

##### *(«appropriateness test»)*

Gemäss § 31 V Satz 2 muss die Bank prüfen, ob der Kunde die für das Geschäft erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen besitzt, um die Risiken angemessen beurteilen zu können. Bei professionellen Kunden entfällt diese Verpflichtung.

#### *c) Finanzportfolioverwaltung*

##### *aa) Legaldefinition*

Unter einer Finanzportfolioverwaltung versteht der Gesetzgeber gemäss § 2 III Nr. 7 WpHG «... die Verwaltung einzelner oder mehrerer in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum (Finanzportfolioverwaltung)».

##### *bb) Bedeutung in der Praxis*

##### *bzw. wesentliche Merkmale*

Nach der Anlageberatung ist die Vermögensverwaltung die zweithäufigste Wertpapierdienstleistung im Bereich der Betreuung von Privatvermögen. Regelmässig bieten Banken die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung an, der Kunde kann zwischen diesen Dienstleistungen wählen. Das wesentliche Merkmal der Finanzportfolioverwaltung ist, dass der Kunde die Entscheidungsbefugnis an die Bank delegiert, diese daher über Kauf und Verkauf – ohne jeweils Rücksprache zu halten – entscheidet. Die Bank trägt daher die Verantwortung dafür, dass die Käufe und Verkäufe mit dem zuvor mit Hilfe des WpHG-Bogens ermittelten Kundenprofil gemäss § 31 IV WpHG und der vom Kunden gewählten Strategie übereinstimmen.

##### *cc) WpHG-Bogen*

Auch bei einer Finanzportfolioverwaltung muss die Bank alle relevanten

Informationen gemäss § 31 IV WpHG beim Kunden einholen; vgl. hierzu die Ausführungen bei der Anlageberatung.

#### dd) *Geeignetheitstest*

Im Kontext einer Finanzportfolioverwaltung besteht die Pflicht zur Durchführung eines Geeignetheitstests in zwei Situationen. Zunächst ist zu Beginn zu prüfen, ob die Empfehlung der Wertpapierdienstleistung «Finanzportfolioverwaltung» und die damit verbundene Anlagestrategie für den Kunden geeignet sind. Im Weiteren müssen dann bei der Durchführung der Transaktionen innerhalb der Finanzportfolioverwaltung diese für das Portfolio geeignet sein, wobei sich die Bank hierfür an der mit dem Kunden vereinbarten Anlagestrategie zu orientieren hat.

#### ee) *Professionelle und private Kunden*

Diese Unterscheidung gilt grundsätzlich auch für die Finanzportfolioverwaltung, hat dort aber nicht die gleiche praktische Bedeutung im direkten Beratungskontakt wie bei der Anlageberatung. Denn die wesentlichen administrativen Erleichterungen bei der Anlageberatung für professionelle Kunden (keine Beratungsprotokoll, kein Produktinformationsblatt) kommen im Ergebnis auch bei der Finanzportfolioverwaltung zur Anwendung. In anderen Bereichen ist die Unterscheidung relevant, so zum Beispiel bei den Berichtspflichten, welche bei den Privatkunden detailliert geregelt sind.

#### d) *Beratungsfreies Geschäft*

##### aa) *«Legaldefinition»*

Eine (echte) Legaldefinition hierfür findet sich im WpHG nicht. In § 31 V heisst es lediglich: «Vor der Erbringung anderer als der in Absatz 4 genannten Wertpapierdienstleistungen zur Ausführung von Kundenaufträgen [Hervorhebung durch den Verfasser] ...» Gemeint sind Aufträge von Kunden, bei denen es vorher keine Anlageberatung gegeben hat bzw. kein Vertrag über eine Finanzportfolioverwaltung abgeschlossen wurde, der Kunde also aus eigener Initiative Aufträge erteilt.

##### bb) *Bedeutung in der Praxis*

In den Privatbanken gehören derartige Geschäfte freilich nicht zum Zielbild

des Geschäftsmodells und sind dementsprechend eher selten. Denn Privatanleger, welche selbst bestimmte Wertpapiere herausuchen, finden regelmässig günstigere Möglichkeiten für Kauf und Verwahrung der Wertpapiere und suchen regelmässig auch nicht die typischen Dienstleistungen und Angebote einer Privatbank bzw. Präsenzbank. Gleichwohl kommen derartige Aufträge vor und daher wird diese Wertpapierdienstleistung auch so gut wie von allen Banken angeboten.

##### cc) *WpHG-Bogen*

Die Explorationspflicht ist bei dieser Geschäftsart eingeschränkt. So muss sich die Bank nicht nach den Anlagezielen und den finanziellen Verhältnissen, wohl aber nach den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden erkundigen, § 31 V Satz 1 WpHG. Weitere Vorgaben finden sich in § 31 V Sätze 3-5 WpHG und weitere Details zum Inhalt der Informationen in § 6 II WpDVerOV.

##### dd) *Angemessenheitstest*

###### *(«appropriateness-test»)*

Gemäss § 31 V Satz 2 muss die Bank prüfen, ob der Kunde die für das Geschäft erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen besitzt, um die Risiken angemessen beurteilen zu können. Bei professionellen Kunden entfällt diese Verpflichtung. Die herrschende Meinung geht bei diesen davon aus, dass § 31 IX WpHG aufgrund einer sachgerechten Auslegung über den Wortlaut hinaus auch für § 31 V WpHG und damit auch für «gekorene» professionelle Kunden gilt.

##### e) *Reines Ausführungsgeschäft*

###### *(«execution only»)*

##### aa) *«Legaldefinition»*

Auch hier fehlt eine (echte) Legaldefinition. § 31 VII WpHG normiert als lex specialis zu § 31 V WpHG, dass die Pflichten des § 31 V WpHG nicht gelten, wenn (vereinfacht ausgedrückt) die Bank «auf Veranlassung des Kunden» Finanzinstrumente kauft und diese «nicht komplexe Finanzinstrumente» (insbesondere Aktien, Einzelheiten in § 7 WpDVerOV) sind.

##### bb) *Bedeutung in der Praxis*

Da aus der Gesetzesformulierung «auf Veranlassung des Kunden» herausgele-

sen werden könnte, dass jedwede Initiative vom Kunden ausgehen muss, und da dies in der Praxis schwierig darzulegen sein könnte, gibt es dieses reinrassige «execution only» bei Privatbanken und Präsenzbanken wohl selten. Diese Banken wenden regelmässig mindestens die Vorgaben des beratungsfreien Geschäfts an.

##### cc) *WpHG-Bogen*

Diese Geschäftsart hat die geringsten Fürsorgepflichten der Bank. Die Bank darf dabei tätig werden, ohne zuvor Kundenangaben eingeholt und qualifiziert zu haben.

#### 2. *Ausblick: Mifid II, PRIIPs*

Die Finanzdienstleistungen Anlageberatung und Vermögensverwaltung dürften schon heute in Deutschland und der EU zu den am stärksten regulierten wirtschaftlichen Tätigkeiten gehören. Ab Januar 2018 kommen noch weitere Vorschriften hinzu, welche sich für das Private Banking insbesondere aus einer Richtlinie der EU ergeben, nämlich der mittlerweile allseits bekannten «Markets in Financial Instruments Directive» (Mifid II). Diese und weitere Regelungen sind am 12. Juni 2014 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden, am 2. Juli 2014 in Kraft getreten und mussten von den EU-Mitgliedstaaten bis zum 3. Juli 2017 in nationales Recht umgesetzt *und ab dem 3. Januar 2018 angewendet werden*.

In Deutschland liegt mittlerweile ein Regierungsentwurf des zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes zur Umsetzung der Mifid II vor. Damit werden wesentliche Teile der Mifid II in deutsches Recht umgesetzt, insbesondere wird es ein stark verändertes WpHG geben. Eine der für deutsche Juristen echten Veränderungen dabei ist, dass die EU-Vorschriften nicht mehr vollständig in deutsches Recht überführt werden. Bisher konnte und kann man zur Klärung (fast) aller Rechtsfragen die deutschen Gesetze und Verordnungen zur Hand nehmen, um sich über die Anforderungen des Anlageberatungs- bzw. Vermögensverwaltungsgeschäftes zu informieren. Besonders hilfreich waren und sind hierbei die klassischen Hilfsmittel wie Kommentare und Bafin-Publikationen; damit

können in aller Regel auch Zweifelsfragen geklärt werden.

Zukünftig ist das geltende Recht durch eine Stufenprüfung zu ermitteln: Auf einem sog. «Level 1» stehen die Texte der Mifid II und der Mifir (eine weitere neue Regelung mit Vorschriften z.B. zur Vor- und Nachhandelstransparenz, die aber als EU-Verordnung nicht umgesetzt wird, sondern direkt gilt). Auf einem «Level 2» finden sich sog. delegierte Rechtsakte der Europäischen Kommission sowie von der ESMA (europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde) erlassene technische Durchführungs- und Regulierungsstandards (Regulatory Technical Standards (RTS) und Implementing Technical Standards (ITS)). Ergänzend kommen auf einem «Level 3» diverse Leitfäden der ESMA hinzu, und freilich gelten ebenfalls die deutschen Vorschriften im neuen WpHG bzw. der dazugehörigen Verordnung (WpDVerOV). Bis es zu diesem «Über- und Nebeneinander» einheitliche Nachschlagewerke geben wird, dürfte es eine Weile dauern, so dass die Anfangszeit sicherlich herausfordernd sein wird.

Die vorgenannten Regelungen werden Neuerungen im Bereich der Marktinfrastruktur, des Anlegerschutzes und der Compliance bzw. Unternehmensführung bringen. Für den Private Banker werden die stärksten Veränderungen in der Anlageberatung spürbar werden, von denen in der Folge nur einige besonders wichtige herausgegriffen werden sollen. Diese Veränderungen werden auch und gerade im Umfeld des traditionellen Schweizer Private Banking mit deutschen Kunden spürbar werden.

#### *a) Aufzeichnungspflicht*

Ein Beispiel hierfür ist die zukünftig geltende Aufzeichnungspflicht der telefonischen und elektronischen Kommunikation mit Bezug zu Kundenaufträgen, sowie deren Archivierung über fünf bis sieben Jahre. Unabhängig von den technischen Schwierigkeiten könnte diese von den Kunden als störend für die Vertraulichkeit des persönlichen Gesprächs empfunden werden.

#### *b) Kostentransparenz*

Ebenfalls weitreichend ist die Einführung einer neuen Kostentransparenz im

Kontext der Empfehlung von Finanzinstrumenten. Die Bank muss dann rechtzeitig vor Geschäftsabschluss (ex ante) über die (ggf. geschätzten) Kosten des Produktes bzw. der Dienstleistung informieren. Zudem muss die Bank nach Geschäftsabschluss (ex post) über die tatsächlich angefallenen Kosten informieren. Zu beiden Zeitpunkten ist sowohl in absoluten Beträgen, als auch in Prozent zu informieren.

#### *c) Product Governance*

Eine weitere Neuerung ist die sog. Product Governance, die sowohl den Hersteller, als auch den Vertreiber verpflichtet, einen «Zielmarkt» festzulegen bzw. zu berücksichtigen. In Deutschland gibt es Versuche der verschiedenen Branchenverbände, einen einheitlichen Standard bei der Festlegung des Zielmarktes zu definieren, der sich aus sechs Kriterien zusammensetzen könnte: Bedürfnisse des Kunden, Kenntnisse und Erfahrungen, Kundenkategorie, Ziele des Kunden, Risikobewertung des Finanzinstrumentes und die Verlusttragfähigkeit des Kunden.

#### *d) Zuwendungen*

Im Weiteren wird es eine Einschränkung von Provisionen bei der Anlageberatung geben. Vereinfacht ausgedrückt muss dem Kunden ein echter Mehrwert geboten werden, andernfalls ist die Annahme von Zuwendungen nicht mehr zulässig. In der Vermögensverwaltung wird sogar ein hartes Verbot von Zuwendungen eingeführt. Angenommene Zuwendungen sind so schnell als möglich an den Kunden auszukehren, zudem müssen die Kunden über diese Zuwendungen informiert werden.

#### *e) Angemessenheit und Geeignetheit*

Im Bereich der Angemessenheit und Geeignetheit von Wertpapierdienstleistungen bei der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung kommt es ebenfalls zu Neuerungen. So muss die Bank zusätzlich Informationen über die Verlusttragfähigkeit einholen. Dem Anleger muss vor der Ausführung des Geschäfts eine Geeignetheitserklärung zur Verfügung gestellt werden, sie wird das bisherige deutsche Beratungsprotokoll ersetzen. Die Geeignetheitserklärung

soll die erbrachte Beratung nennen sowie erläutern müssen, wie sie auf die Präferenzen, Anlageziele und die sonstigen Merkmale des Kunden abgestimmt wurde. Damit wird es das deutsche Beratungsprotokoll zukünftig in der EU geben.

#### *f) Berichterstattung*

Bei der Wertpapierdienstleistung Vermögensverwaltung erweitert die Mifid II die Berichterstattungspflichten an die Kunden. So sind diese zukünftig vierteljährlich statt halbjährlich zu informieren, auch muss zukünftig eine Erklärung zur Geeignetheit der Anlage enthalten sein. Ebenfalls neu ist die Pflicht der Bank, den Kunden bei einem Verlust von 10% des Portfoliowertes zu unterrichten, bislang ist eine individuelle Vereinbarung der Verlustschwelle möglich.

#### *g) Qualifizierung der Mitarbeiter*

Die Anforderungen an das Wissen und die Fähigkeiten der Mitarbeiter werden durch die Mifid II nochmals erhöht. Die EMSA hat hierfür Details festgelegt, der Nachweis ist durch geeignete Qualifikationen zu erbringen. Zudem ist eine fortlaufende Überprüfung vorgeschrieben.

#### *h) PRIIPs (Basisinformationsblätter)*

Am 12. April 2017 wurde die delegierte Verordnung EU 2017/653 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (Packaged Retail and Insurance-based Investment Products, PRIIPs) veröffentlicht. Neben der Bereitstellung einer Mustervorlage konkretisiert die Verordnung den Inhalt und die Darstellung des Basisinformationsblattes. Das Basisinformationsblatt wird das deutsche Informationsblatt nach § 31 IIIa WpHG in seinem Anwendungsbereich ersetzen, das deutsche Dokument ist also subsidiär zum Basisinformationsblatt.

### **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 gewerbsmässige Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen «im Inland» bedarf gemäss § 32 I Satz 1 KWG einer vorgängigen Erlaubnis. Anbieter aus Nicht-EWR-Staaten 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/mb\\_050401\\_grenzueberschreitend.html](https://www.bafin.de/Shared-Docs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_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 zielge-

richtet 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 einfach 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 Kontaktsituationen 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 Voraussetzungen 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 Kreditinstitut 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 bilateral vereinbarte Weg verlassen werden soll.

Frankfurter Bankgesellschaft (Schweiz) AG

Dr. iur. Tobias Fischer

Börsenstrasse 16

8001 Zürich

Schweiz

Tel. 0041 44 265 44 44

tobias.fischer@frankfurter-bankgesellschaft.com

www.frankfurter-bankgesellschaft.com