



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Bankrecht HS 2023

Master of Law UZH



Prof. Dr. iur. Christoph B. Bühler, Rechtsanwalt, LL.M.

Titularprofessor für Schweizerisches und Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht

c.buehler@boeckli-buehler.ch

Dr. iur. Lukas Fahrländer, Rechtsanwalt

Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

lukas.fahrlaender@nkf.ch



Inhaltsübersicht

Teil 1: Grundlagen und Entwicklung der Finanzmarktregulierung in der Schweiz

Teil 2: Akteure im Bankensektor und Finanzmarktaufsicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

Teil 4: Geldwäschereibekämpfung



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Teil 1

Grundlagen und Entwicklung der Finanzmarktregulierung in der Schweiz



Inhaltsübersicht

Teil 1: Grundlagen und Entwicklung der Finanzmarktregulierung in der Schweiz

1. Historische Entwicklung der Finanzmarktregulierung
2. Funktionen der Finanzmarktregulierung
3. Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen der Finanzmarktregulierung
4. Aktuelle Tendenzen der Finanzmarktregulierung



Inhaltsübersicht

Teil 2: Akteure im Bankensektor und Finanzmarktaufsicht

1. Internationale Standard-Setting-Gremien
2. Schweizerische Nationalbank (SNB)
3. Finanzinstitute und Finanzmarktinfrastrukturen
4. Banken
5. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)
6. Ombudsstelle



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

1. Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde
2. Aktiv- und Passivgeschäft
3. Indifferente Bankgeschäfte
4. Aufsichts- und zivilrechtliche Verhaltenspflichten der Bank
5. Insolvenzgefahr / Bankensanierung und Liquidation



Inhaltsübersicht

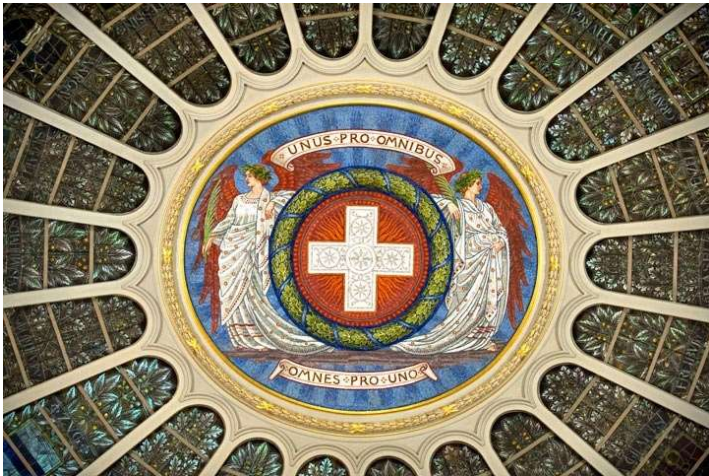
Teil 4: Geldwäschereibekämpfung

1. Internationale Standards
2. Grundtatbestand der Geldwäscherei
3. Beaufsichtigung der Finanzintermediäre
4. Pflichten der Finanzintermediäre



Historische Entwicklung der Finanzmarktregulierung

Der liberale Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts



- Liberalismus
- Anerkennung der Freiheitsrechte und Rechtsgleichheit
- Keine Verbotsnormen



Historische Entwicklung der Finanzmarktregulierung

Der Sozial- und Wohlfahrtsstaat des 20. Jahrhunderts



- Notwendigkeit sozialen Ausgleichs
- Wirtschaftsartikel
- Selbstorganisation der Wirtschaft
- Zunahme zwingender Rechtsnormen



Historische Entwicklung der Finanzmarktregulierung

Der Leistungsstaat des 21. Jahrhunderts



- Rezession, Inflation, Staatsverschuldung
- Deregulierung und Privatisierung
- Selbstregulierung



Funktionen der Finanzmarktregulierung

1. Grundfunktion der Korrektur von «Marktversagen»
2. Funktionen der Finanzmarktregulierung im besonderen:
 - a) Verringerung der Informationsdisparität unter den Marktteilnehmern
 - b) Individual- und Systemschutz



Politik und Medien als «Treiber» der Regulierung





Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen der Finanzmarktregulierung

«Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»

(Art. 5 Abs. 1 BV)



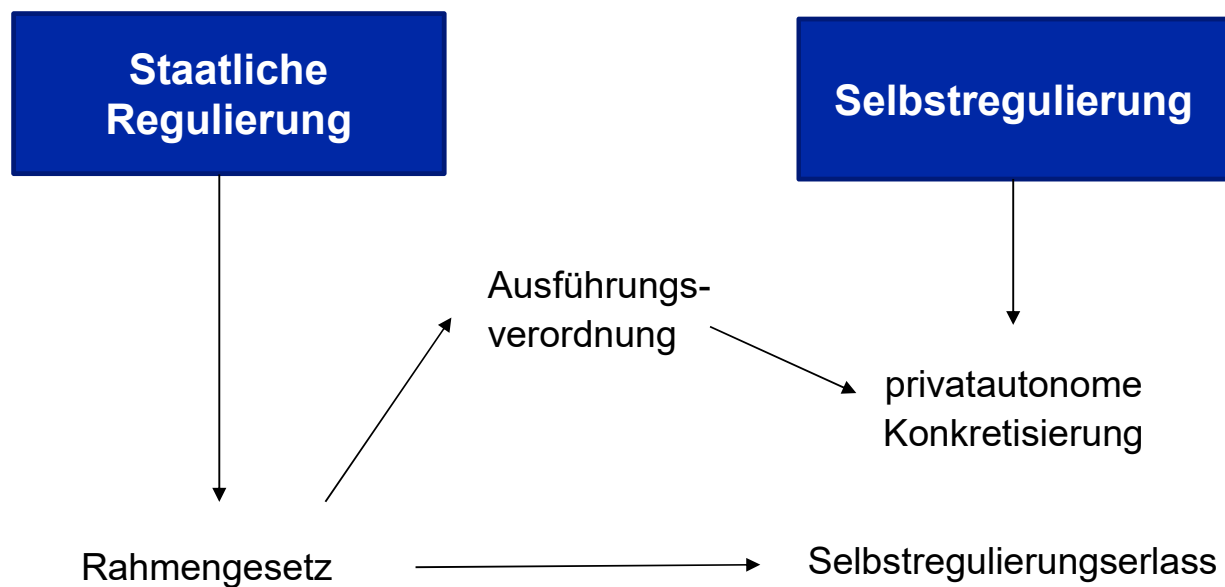
Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen der Finanzmarktregulierung

- Gesetzmässigkeit der Verwaltung
- Gewaltenteilung
- Gerichtlicher Rechtsschutz
- Grundrechte
- Öffentliches Interesse
- Verhältnismässigkeit
- Treu und Glauben



Aktuelle Tendenzen in der Finanzmarktregulierung

Staatlich «gesteuerte» Selbstregulierung





Aktuelle Tendenzen in der Finanzmarktregulierung

«Entnationalisierung» der Regulierung





Aktuelle Tendenzen in der Finanzmarktregulierung

Nichtfinanzielle Berichterstattung



Art. 964^{ter}

B. Zweck
und Inhalt
des Berichts

¹ Der Bericht über nichtfinanzielle Belange gibt Rechenschaft über Umweltbelange, insbesondere die CO₂ - Ziele, über Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption. Der Bericht enthält diejenigen Angaben, welche zum Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens sowie der Auswirkungen seiner Tätigkeit auf diese Belange erforderlich sind.





Aktuelle Tendenzen in der Finanzmarktregulierung

Nichtfinanzielle Berichterstattung

Anwendungsbereich

Art. 964^{bis} Abs. 1 OR:

1. Gesellschaft des öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 2 lit. c RAG (Publikumsgesellschaften und Personen mit Bewilligungserfordernis durch FINMA, wie u.a. **Banken**)
 2. Mind. 500 Vollzeitstellen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren im Jahresdurchschnitt
 3. Bilanzsumme von CHF 20 Mio. oder Umsatzerlös von CHF 40 Mio. in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren
2. + 3. jeweils zusammen mit den kontrollierten in- und ausländischen Unternehmen



Aktuelle Tendenzen in der Finanzmarktregulierung

Nichtfinanzielle Berichterstattung

Gegenstand

Art. 964^{ter} Abs. 2 OR:

1. Beschreibung des Geschäftsmodells
2. Beschreibung der ESG-Konzepte und Sorgfaltsprüfung
3. Darstellung der zur Umsetzung der ESG-Konzepte ergreifenden Massnahmen und deren Wirksamkeit
4. Beschreibung der wesentlichen ESG-Risiken
5. die für die Unternehmenstätigkeit wesentlichen Leistungsindikatoren in Bezug auf die ESG-Belange



Aktuelle Tendenzen in der Finanzmarktregulierung

Nichtfinanzielle Berichterstattung

Orientierung am nationalen, europäischen oder internationalen Regelwerken

Art. 964^{ter} Abs. 3 OR:

- OECD-Leitlinien für multinationale Unternehmen
- CSR-Richtlinie der EU
- Standards der Global Reporting Initiative (GRI)
- UN Principles of Responsible Investment (PRI)
- UN Global Compact
- ISO 26000 Social Responsibility und Sustainability Standards Board Standards (SABB Standards)



Aktuelle Tendenzen in der Finanzmarktregulierung

Nichtfinanzielle Berichterstattung

Führung und Aufbewahrung der Berichte

Art. 964^{quater} Abs. 3 OR:

«Für die Führung und Aufbewahrung der Berichte gilt Artikel 958f sinngemäss.»

d.h.:

- während zehn Jahren
- Fristbeginn mit Ablauf des Geschäftsjahres
- schriftlich und unterzeichnet aufbewahren
- auf Papier, elektronisch oder in vergleichbarer Weise



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Teil 2

Akteure im Bankensektor und Finanzmarktaufsicht



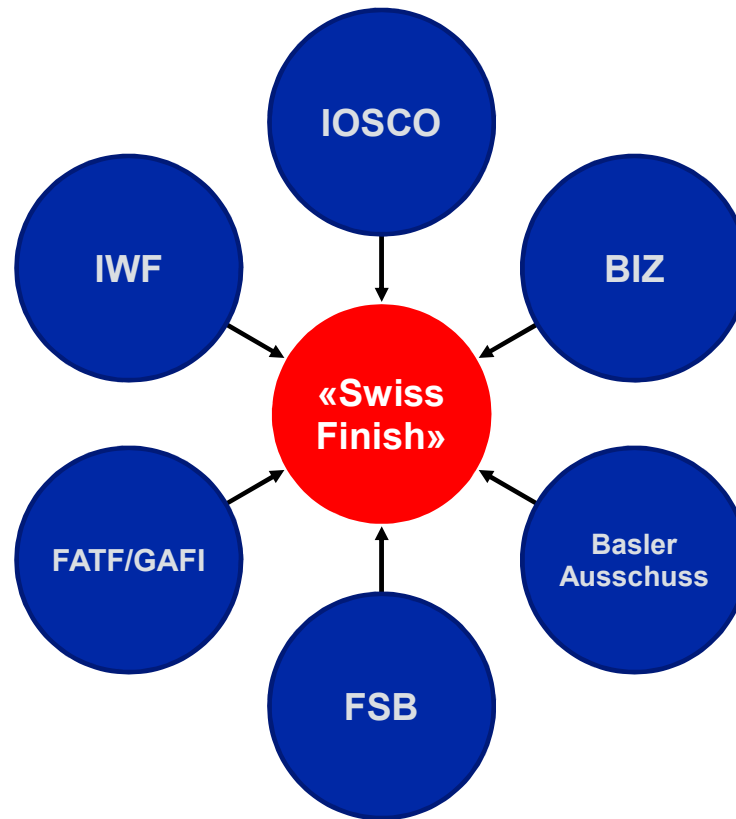
Inhaltsübersicht

Teil 2: Akteure im Bankensektor und Finanzmarktaufsicht

1. Internationale Standard-Setting-Gremien
2. SNB
3. Finanzinstitute und Finanzmarktinfrastrukturen
4. Bank
5. FINMA und Finanzmarktaufsicht
6. Ombudsstelle



Internationale Standardsetting-Gremien im Finanzmarktrecht





Internationale Standardsetting-Gremien im Finanzmarktrecht

International Organization of Securities Commissions (IOSCO)

1974 als Internationale Organisation der Börsenaufsichtsbehörden gegründet,
Ziele: Förderung Kooperation zwischen Börsenaufsichtsbehörden, Entwicklung einheitlicher Standards für Börsenzulassung, Wertpapiertransaktionen und Marktaufsicht sowie internationale Amtshilfe

Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)

1930 in Basel gegründet zur Neuregelung der deutschen Reparationsverpflichtungen nach dem ersten Weltkrieg; Bank der Zentralbanken; Verwaltung der Währungs-reserven der Mitgliedstaaten, Kooperation der Zentralbanken in Fragen der Konjunkturs- und Finanzmarktlage sowie der internationalen Finanzstabilität; stellt Sekretariate des **Financial Stability Board (FSB)** und des **Basler Ausschusses für Bankenaufsicht**



Internationale Standardsetting-Gremien im Finanzmarktrecht

Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS)

1974 bei der BIZ in Basel gegründet; setzt sich aus Vertretern der Zentralbanken und Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten zusammen (auch SNB und FINMA); zentrales Gremium für die internationale Koordination der Bankenregulierung und Forum für die Zusammenarbeit in Fragen der Bankenaufsicht

Financial Stability Board (FSB)

2009 in Basel gegründet; setzt sich aus den für die Finanzstabilität verantwortlichen Behörden und Zentralbanken der wichtigsten Finanzplätze zusammen; Aufgaben: Adressierung und Beurteilung von Schwachstellen des Finanzsystems, Förderung der Zusammenarbeit und Informationsaustausch, Überwachung von Marktentwicklungen und Auswirkungen auf Regulierung, Guidelines und Förderung von Supervisory Colleges (Austausch unter Finanzmarktaufsichtsbehörden), Notfallplanung für grenzüberschreitendes Krisenmanagement, Zusammenarbeit mit dem Internationalen Währungsfonds (IWF)



Internationale Standardsetting-Gremien im Finanzmarktrecht

Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) bzw. Groupe d'Action Financière (GAFI)

1989 von den G-8 am Sitz der **Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)** in Paris gegründet; international führendes Gremium zur Bekämpfung der Geldwäscherei; Aufgaben: Verfassung internationaler Standards zur Bekämpfung der Geldwäscherei sowie der Terrorismusfinanzierung; Kontrolle der effektiven Umsetzung der Standards durch regulatorische Massnahmen in den Mitgliedstaaten im Rahmen von Länderprüfungen

Internationaler Währungsfonds (IWF)

1945 am Sitz der Vereinten Nationen in Washington D.C. gegründete Sonderorganisation; Aufgaben: Vergabe von Krediten an Länder ohne ausreichende Währungsreserven, die in Zahlungsbilanzschwierigkeiten geraten sind; Förderung der internationalen Zusammenarbeit in der Währungspolitik; Ausweitung des Welthandels; Stabilisierung der Wechselkurse; Überwachung der Geldpolitik



Schweizerische Nationalbank

Verfassungsgrundlagen

BV 98: Banken und Versicherungen

- Banken- und Börsenwesen
- Finanzdienstleistungen i.w.S.
- Privatversicherungswesen

BV 100: Konjunkturpolitik

- Teuerungskämpfung
- Sonderregeln zum Geld- und Kreditwesen (Abweichungen von Wirtschaftsfreiheit)

Verfassungsmässige Rahmenbedingungen:

- BV 5: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»
- BV 94: Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit
- BV 100: Verhältnismässigkeit



Schweizerische Nationalbank

Verfassungsgrundlagen

Art. 99 Geld- und Währungspolitik

¹ Das Geld- und Währungswesen ist Sache des Bundes; diesem allein steht das Recht zur Ausgabe von Münzen und Banknoten zu.

² Die Schweizerische Nationalbank führt als unabhängige Zentralbank eine Geld- und Währungspolitik, die dem Gesamtinteresse des Landes dient; sie wird unter Mitwirkung und Aufsicht des Bundes verwaltet.

³ Die Schweizerische Nationalbank bildet aus ihren Erträgen ausreichende Währungsreserven; ein Teil dieser Reserven wird in Gold gehalten.

⁴ Der Reingewinn der Schweizerischen Nationalbank geht zu mindestens zwei Dritteln an die Kantone.



Schweizerische Nationalbank

Aufgaben (Art. 4/5 NBG)

Art. 4 Notenmonopol

Die Nationalbank hat das ausschliessliche Recht zur Ausgabe der schweizerischen Banknoten.

Art. 5 Aufgaben

¹ Die Nationalbank führt die Geld- und Währungspolitik im Gesamtinteresse des Landes. Sie gewährleistet die Preisstabilität. Dabei trägt sie der konjunkturellen Entwicklung Rechnung.

² In diesem Rahmen hat sie folgende Aufgaben:

- a. Sie versorgt den Schweizerfranken-Geldmarkt mit Liquidität.
- b. Sie gewährleistet die Bargeldversorgung.
- c. Sie erleichtert und sichert das Funktionieren bargeldloser Zahlungssysteme.
- d. Sie verwaltet die Währungsreserven.
- e. Sie trägt zur Stabilität des Finanzsystems bei.

³ Sie wirkt bei der internationalen Währungskooperation mit. Sie arbeitet dazu nach Massgabe der entsprechenden Bundesgesetzgebung mit dem Bundesrat zusammen.

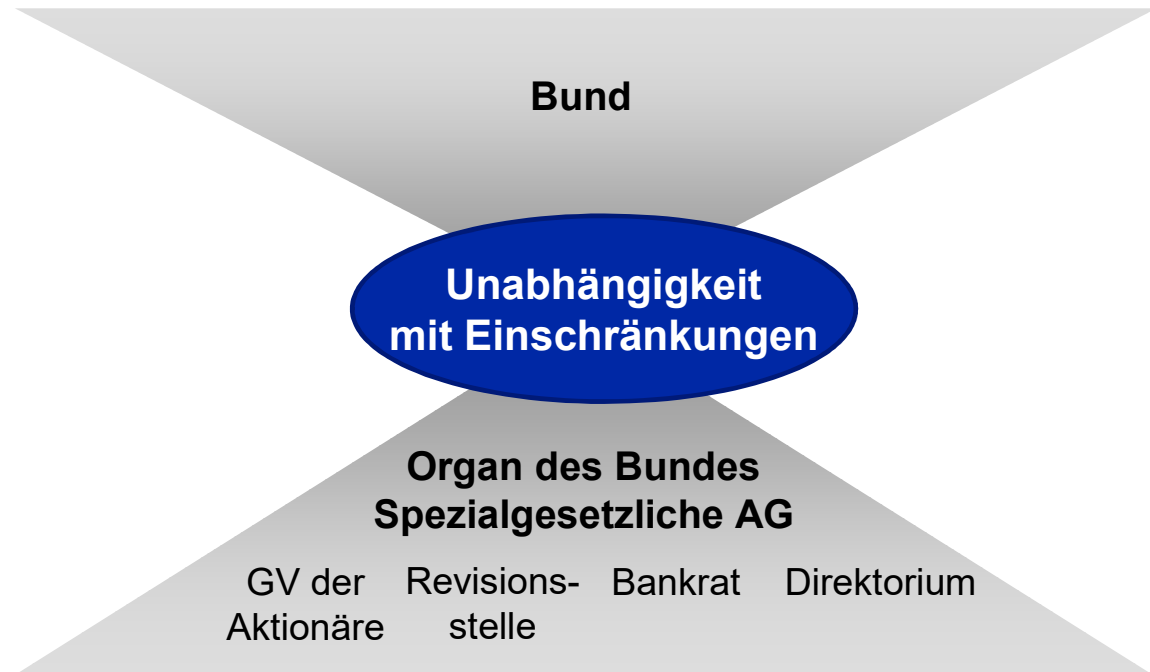
⁴ Sie erbringt dem Bund Bankdienstleistungen. Dabei handelt sie im Auftrag der zuständigen Bundesstellen.



Schweizerische Nationalbank

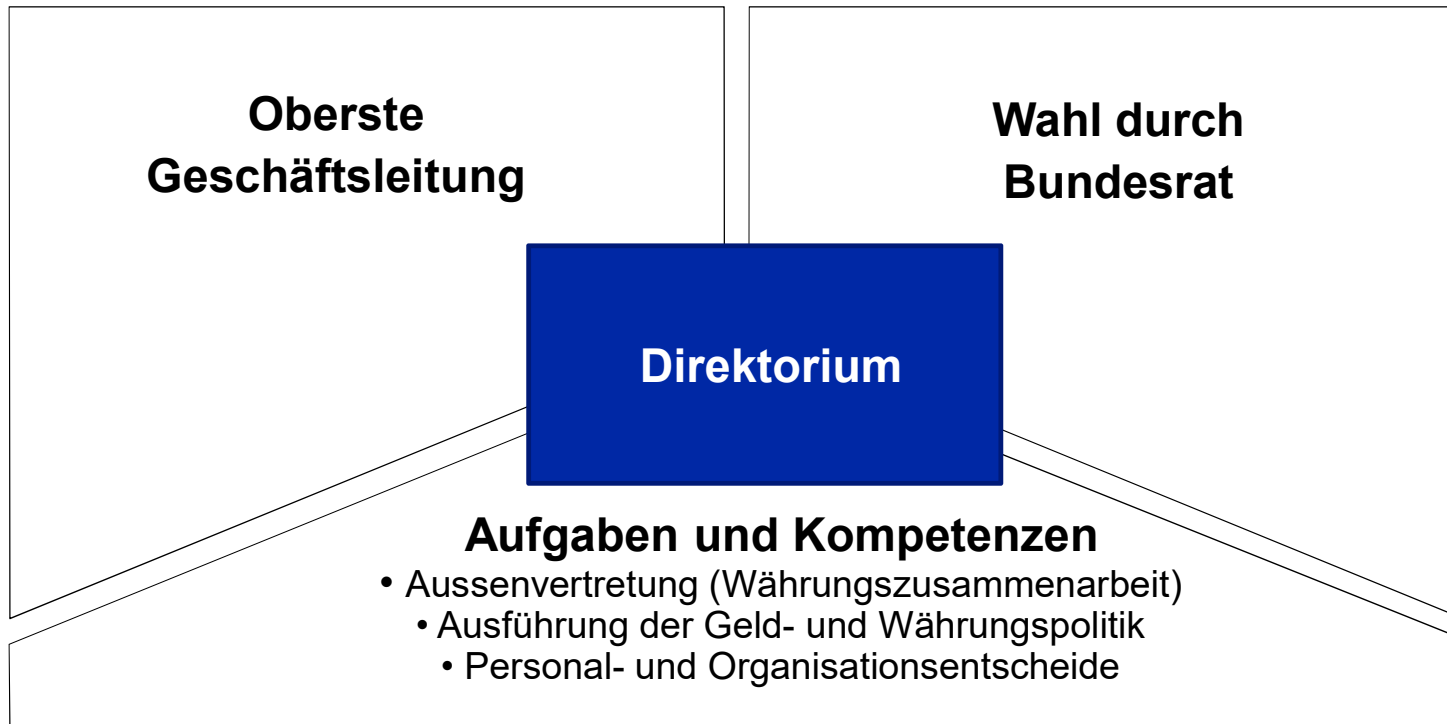
Rechtsform und Organisation

Regelung durch BV, NBG und OR





Schweizerische Nationalbank





Schweizerische Nationalbank

Lender of Last Resort

Stabilität des Finanzsystems

**Liquidität für den Markt, nicht Solvenz
der Unternehmen**

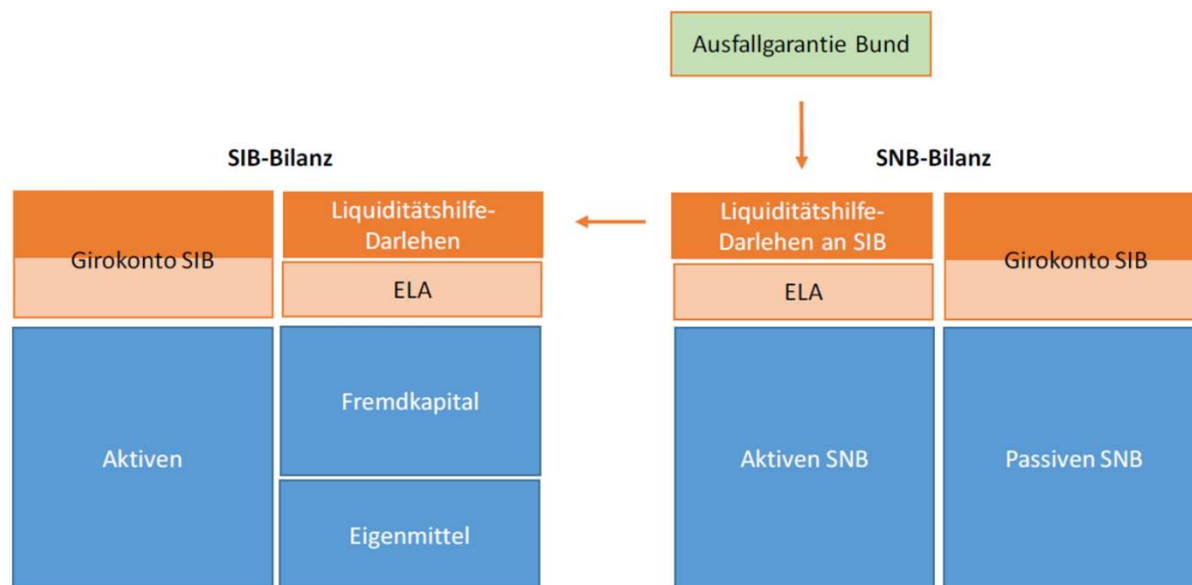
Moral Hazard?

Vage Kriterien



Schweizerische Nationalbank

Anwendungsfall Credit Suisse und «Public Liquidity Backstop»



Quelle: EFD, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Änderung des Bankengesetzes – Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 25. Mai 2023, S. 20



Schweizerische Nationalbank

«Public Liquidity Backstop»



 UBS



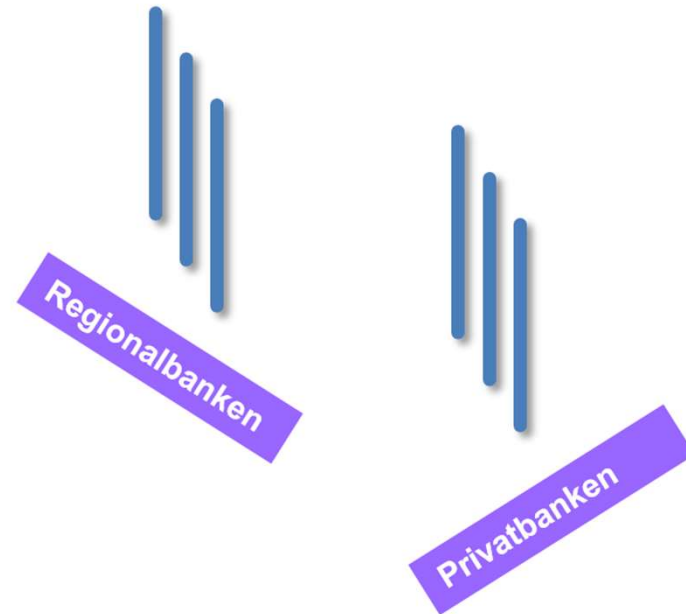
PostFinance⁺



RAIFFEISEN



 Kantonalbank





Schweizerische Nationalbank





Schweizerische Nationalbank

Gewinnermittlung und -verteilung

Gesetzliche Pflicht zur Bildung von Rückstellungen

- **Stabilisierung der Währungsreserven**
(Geld- und währungspolitisch erforderliche Höhe)
- **Festlegung der Höhe der Währungsreserven**
= Eigene Kompetenz der Nationalbank

Gewinnausweis

(nach Bildung der Rückstellungen verbleibende Erträge)

- **Dividende höchstens 6 % des AK**
- **Verteilung des restlichen Bilanzgewinns**
 - 1/3 an Bund
 - 2/3 an Kantone



Finanzdienstleister

Art. 3 lit. d FIDLEG:

*„**Finanzdienstleister**: Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbsmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.“*



Finanzdienstleister

Art. 3 lit. c FIDLEG:

„**Finanzdienstleistung**: die folgenden für Kundinnen und 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.**“



Finanzinstitute

Vermögensverwalter

wer gestützt auf einen Auftrag gewerbsmässig im Namen und für Rechnung des Kunden über dessen Vermögenswerte verfügen kann (Art. 17 Abs. 1 FINIG)

Trustees

wer gestützt auf die Errichtungsurkunde eines Trusts gewerbsmässig Sondervermögen zugunsten der Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck verwaltet oder darüber verfügt (Art. 17 Abs. 2 FINIG)

Verwalter von Kollektivvermögen

wer im Namen und für Rechnung von kollektiven Kapitalanlagen oder Vorsorgeeinrichtungen gewerbsmässig Vermögenswerte verwaltet (Art. 24 FINIG)



Finanzinstitute

Fondsleitungen

wer in eigenem Namen und für Rechnung der Anleger selbständig Anlagefonds verwaltet
(Art. 32 FINIG)

Wertpapierhäuser

wer gewerbsmässig:

- in eigenem Namen für Rechnung der Kunden Effekten handelt;
- für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handelt, hauptsächlich auf dem Finanzmarkt tätig ist und dadurch die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts gefährden könnte oder als Mitglied eines Handelsplatzes tätig ist oder
- für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handelt und öffentlich dauernd oder auf Anfrage Kurse für einzelne Effekten stellt (Market Maker) (Art. 7 ff. FINIG)



Finanzinstitute

Zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen (neben denjenigen des FINIG) gelten für:

- **Banken** (Art. 1a BankG)
- **Fintech-Unternehmen** (Art. 1b BankG)
- **Edelmetallhändler** (Art. 42bis Edelmetallkontrollgesetz)



Finanzinstitute

Banken (Art. 1a BankG) mit zusätzlichen Bewilligungsvoraussetzungen gemäss BankG

Art. 1a⁸ Banken

Als Bank gilt, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und:

- a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt;
- b. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt oder verzinst; oder
- c. sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren.



Finanzinstitute

Bewilligungskaskade gemäss Art. 6 FINIG

Art. 6 Bewilligungskaskade

¹ Die Bewilligung zur Tätigkeit als Bank im Sinne des BankG⁸ ermächtigt auch zur Tätigkeit als Wertpapierhaus, als Verwalter von Kollektivvermögen, als Vermögensverwalter und als Trustee.

² Die Bewilligung zur Tätigkeit als Wertpapierhaus ermächtigt auch zur Tätigkeit als Verwalter von Kollektivvermögen, als Vermögensverwalter und als Trustee.

³ Die Bewilligung zur Tätigkeit als Fondsleitung ermächtigt auch zur Tätigkeit als Verwalter von Kollektivvermögen und als Vermögensverwalter.

⁴ Die Bewilligung zur Tätigkeit als Verwalter von Kollektivvermögen ermächtigt auch zur Tätigkeit als Vermögensverwalter.



Finanzmarktinfrastrukturen und deren (indirekte) Teilnehmer

Finanzmarktinfrastruktur (Art. 2 lit. a FinfraG)

- Börse (Art. 26 lit. b FinfraG)
- Multilaterales Handelssystem (Art. 26 lit. c FinfraG)
- Zentrale Gegenpartei (Art. 48 FinfraG)
- DLT-Handelssystem (Art. 73a FinfraG)
- Transaktionsregister (Art. 74 FinfraG)
- Zahlungssystem (Art. 81 FinfraG)

Teilnehmer (Art. 2 lit. d FinfraG)

Personen, welche die Dienstleistungen einer Finanzmarktinfrastruktur direkt in Anspruch nehmen

Indirekte Teilnehmer (Art. 2 lit. e FinfraG)

Personen, welche die Dienstleistungen einer Finanzmarktinfrastruktur indirekt über einen Teilnehmer in Anspruch nehmen



Finanzmarktinfrastrukturen und deren (indirekte) Teilnehmer

Bewilligungsvoraussetzungen

- Regeln zur Unternehmensführung in Reglementen und Organisation der Compliance
- Trennung von Oberaufsicht und operativer Geschäftsführung
- Festlegung der Kompetenzordnung
- Angemessenes Risikomanagement
- Outsourcing-Regeln
- Meldepflicht



Finanzmarktinfrastrukturen und deren (indirekte) Teilnehmer

Zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen für Börsen und multilaterale Handelssysteme

- Handelsüberwachungsstelle
- Zulassungsreglement mit Zulassungsvoraussetzungen
- Meldestelle für wirtschaftlich Berechtigte der Transaktionen
- Offenlegungsstelle
- Regulierungsstelle
- Beschwerdeinstanz



Inhaltsübersicht

Teil 2: Akteure im Bankensektor und Finanzmarktaufsicht

4. Bank

4.1 Bankbegriff

4.2 Bankkategorien

4.3 Bewilligungspflicht

4.4 Bewilligungsvoraussetzungen

4.5 Laufende Pflichten



Regulierung von Banken: Rechtsquellen

Staatliche Regulierung:

- Bankengesetz (BankG)
- Bankenverordnung (BankV)
- Eigenmittelverordnung (ERV)
- Liquiditätsverordnung (LiqV)
- Auslandsbankenverordnung-FINMA (ABV-FINMA)
- Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA)
- Div. FINMA-Rundschreiben als Auslegungshilfe (= Verwaltungsverordnungen)

Selbstregulierung:

- Div. Richtlinien der Schweizerischen Bankervereinigung (SBVg)



Bankbegriff

Bank gem. Art. 1a BankG

Als Bank gilt, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und:

- a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt;*
- b. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken oder vom Bundesrat bezeichnete kryptobasierte Vermögenswerte entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen oder Vermögenswerte anlegt oder verzinst; oder*
- c. sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren.*



Bankbegriff

Hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich (Art. 4 BankV)

- Handelsunternehmen sollen nicht aufgrund der Tätigkeit ihrer Finanzabteilungen der Bankenaufsicht unterstellt werden.

Entgegennahme von Publikumseinlagen (= Passivgeschäft; Art. 5 BankV)

- Sämtliche Verbindlichkeiten gegenüber Kunden, ausser:
- Ausnahmen von *Publikumseinlagen* gem. Art. 5 Abs. 2 BankV
- Ausnahmen von *Einlagen* gem. Art. 5 Abs. 3 BankV

Finanzierung anderer Personen oder Unternehmen (= Aktivgeschäft)

Kryptobasierte Vermögenswerte (Art. 5a BankV)



Bankbegriff

Gewerbsmässigkeit (Art. 6 Abs. 1 BankV)

- Dauernde Entgegennahme von mehr als 20 Publikumseinlagen oder kryptobasierten Vermögenswerten; oder
- Öffentliche Empfehlung dafür

„Sandbox“ (Art. 6 Abs. 2 BankV)

- *Nicht* gewerbsmässig handelt, wer
 - Publikumseinlagen oder kryptobasierte Vermögenswerte von höchstens 1 Mio. entgegennimmt;
 - kein Zinsdifferenzgeschäft betreibt; und
 - Einleger informiert, dass weder Beaufsichtigung noch Einlagensicherung besteht



Bankbegriff

Personen gem. Art. 1b Abs. 1 BankG (sog. Fintech-Lizenz)

Die Bestimmungen des BankG finden sinngemäss Anwendung auf Personen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und:

- a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von bis zu 100 Millionen Franken oder vom Bundesrat bezeichnete kryptobasierte Vermögenswerte entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen; und*
- b. diese Publikumseinlagen oder Vermögenswerte weder anlegen noch verzinsen.*



Bankbegriff

Keine Banken i.S.d. BankG:

- Börsenagenten und Wertpapierhäuser, die nur den Handel mit Wertpapieren und die damit unmittelbar im Zusammenhang stehenden Geschäfte betreiben, jedoch keinen Bankbetrieb führen (Art. 1 Abs. 3 lit. a BankG)
- Vermögensverwalter, Notare und Geschäftsagenten, die lediglich die Gelder ihrer Kunden verwalten und keinen Bankbetrieb führen (Art. 1 Abs. 3 lit. b BankG)
- Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, auch wenn sie gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen (Art. 3 BankV)
- SNB und Pfandbriefzentralen (Art. 1 Abs. 5 BankG)



Bankkategorien

Art. 1 Abs. 1 BankG	Art. 3a BankG
«Banken» (Grossbanken, Raiffeisenbanken, Regionalbanken etc.)	Kantonalbanken
Privatbankiers	
Sparkassen	



Bankkategorien

Privatbankiers

- Banken in der Rechtsform von Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Art. 1 Abs.1 BankG)
- Privatbankiers, die sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, profitieren von Erleichterungen in Bezug auf die Publizitätsvorschriften (Art. 6a Abs. 3 BankG, Art. 32 Abs. 4 BankV)
- Für die Privatbankiers richtet sich die zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 38 Abs. 1 OR)



Bankkategorien

Kantonalbanken (Art. 3a BankG)

- Banken, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses errichtet werden (s. nächste Folie)
- Der Kanton muss an der Bank eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als einen Drittel der Stimmen verfügen
- Der Kanton kann für deren Verbindlichkeiten die vollumfängliche oder teilweise Haftung übernehmen:
 - Berner und Waadtländer Kantonalbank verfügen über keine Staatsgarantie
 - Genfer Kantonalbank verfügt über eine beschränkte Staatsgarantie
 - Alle anderen Kantonalbanken verfügen über eine volle Staatsgarantie



Bankkategorien

Rechtsformen der Kantonalbanken:

- Öffentlich-rechtliche Anstalten
(z.B. ZKB, BKB, AKB)
- Privatrechtliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR
(z.B. BEKB, LUKB)
- Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 762 OR
(z.B. St. Galler Kantonalbank)
- Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft
(z.B. Zuger Kantonalbank, Banque Cantonale Vaudoise)



Inländische, ausländische und ausländisch beherrschte Banken

Inländische Banken

- Banken mit Sitz in der Schweiz
- Ausländische Banken (s. sogleich), die tatsächlich in der Schweiz geleitet werden oder ihre Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus abwickeln, müssen sich nach schweizerischem Recht organisieren und untersteht den Bestimmungen über die inländischen Banken (Art. 1 Abs. 2 ABV-FINMA)

Ausländische Banken (Art. 1 Abs. 1 ABV-FINMA)

- Jedes nach ausländischem Recht organisierte Unternehmen, das:
 - im Ausland eine Bewilligung als Bank besitzt;
 - in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszweckes oder in den Geschäftsunterlagen den Ausdruck «Bank» oder «Bankier» verwendet; oder
 - die Bankentätigkeit i.S.d. BankG betreibt



Inländische, ausländische und ausländisch beherrschte Banken

Ausländisch beherrschte Banken

- Nach schweizerischem Recht organisierte Banken, bei denen ausländische Personen mit qualifizierter Beteiligung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG direkt oder indirekt mit mehr als der Hälfte der Stimmen beteiligt sind oder auf andere Weise einen beherrschenden Einfluss ausüben (Art. 3^{bis} Abs. 3 BankG)



Bewilligungspflicht

Bewilligungspflicht

- Banken benötigen Bewilligung der FINMA (Art. 3 Abs. 1 BankG)
- Liegen die Bewilligungsvoraussetzungen vor, besteht Anspruch auf Bewilligungserteilung (Art. 3 Abs. 2 BankG) → Polizeierlaubnis
- Bewilligungsvoraussetzungen müssen während der gesamten Tätigkeit dauernd eingehalten werden; sonst erfolgt Entzug der Bewilligung (Art. 37 Abs. 1 FINMAG)

Bewilligungslose Tätigkeit

- Aufsichtsrechtliche Konsequenzen
 - Positives Szenario: Nachträgliche Bewilligungserteilung
 - Negatives Szenario: Liquidation bzw. Löschung im HReg (Art. 37 Abs. 3 FINMAG; Art. 23^{quinquies} BankG)
- Strafrechtliche Konsequenzen (Art. 46 BankG; Art. 44 FINMAG)



Bewilligungspflicht

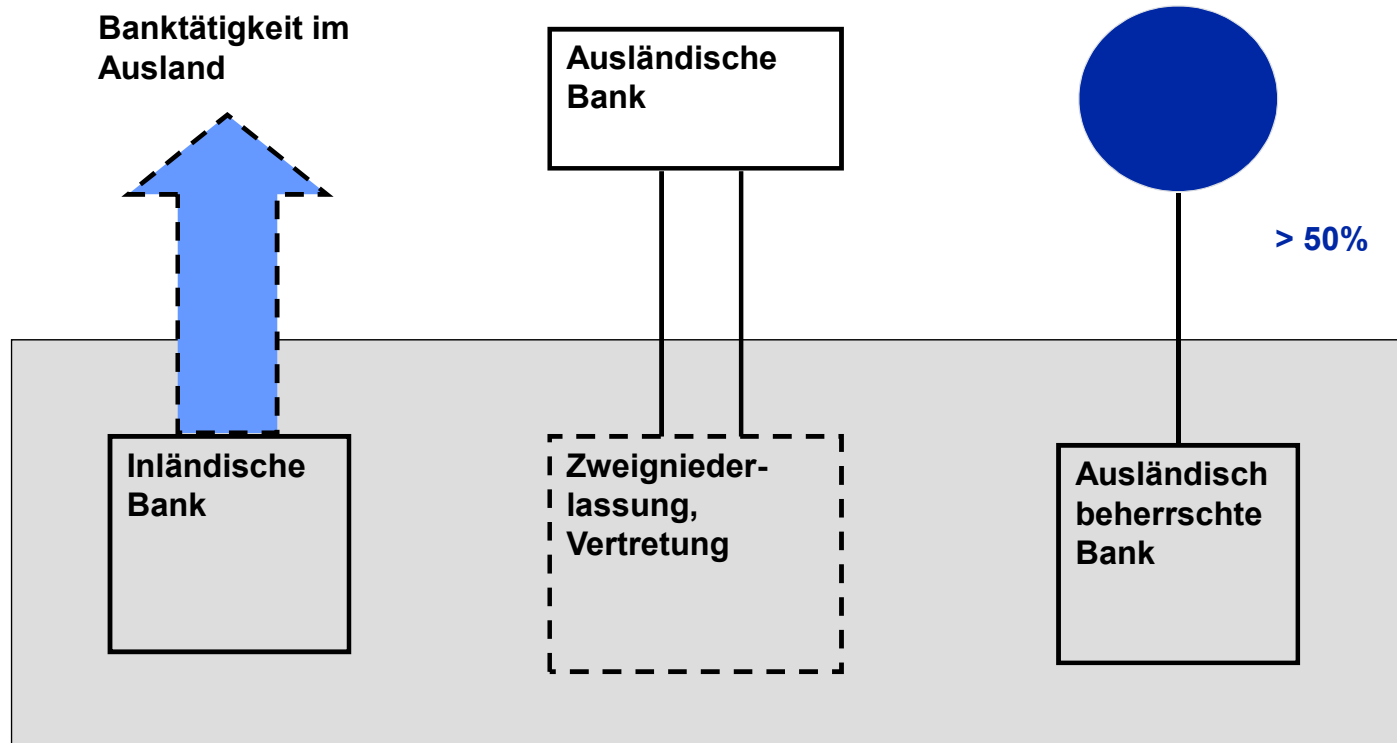
Bewilligungskaskade nach Art. 6 FINIG



Quelle: PwC Schweiz



Bewilligungspflicht bei Auslandsbezug





Bewilligungsvoraussetzungen

Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 3 Abs. 2 BankG)

- Organisatorische Voraussetzungen
- Finanzielle Voraussetzungen
- Personelle Voraussetzungen

Laufende Pflichten (Art. 4 ff. BankG)

- Eigenmittel
- Liquidität
- Risikoverteilung
- Rechnungslegung
- Verhaltensregeln nach FIDLEG
- GwG-Pflichten



Bewilligungsvoraussetzungen: Organisation

Geschäftsorganisation/Struktur

- Organisation muss Einhaltung gesetzlicher Vorgaben gewährleisten (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG)
- Rechtsform frei wählbar; gesetzliche Vorgaben für Privatbankiers und Kantonalbanken (s. vorne)

Funktionentrennung

- Personelle Trennung zwischen Geschäftsführung und Oberleitung/Aufsicht/Kontrolle (Art. 11 Abs. 2 BankV)
- Funktionale Trennung zwischen Kreditgeschäft, Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung (Art. 12 Abs. 1 BankV)

Tatsächliche Leitung von der Schweiz aus (Art. 10 BankV)



Bewilligungsvoraussetzungen: Organisation

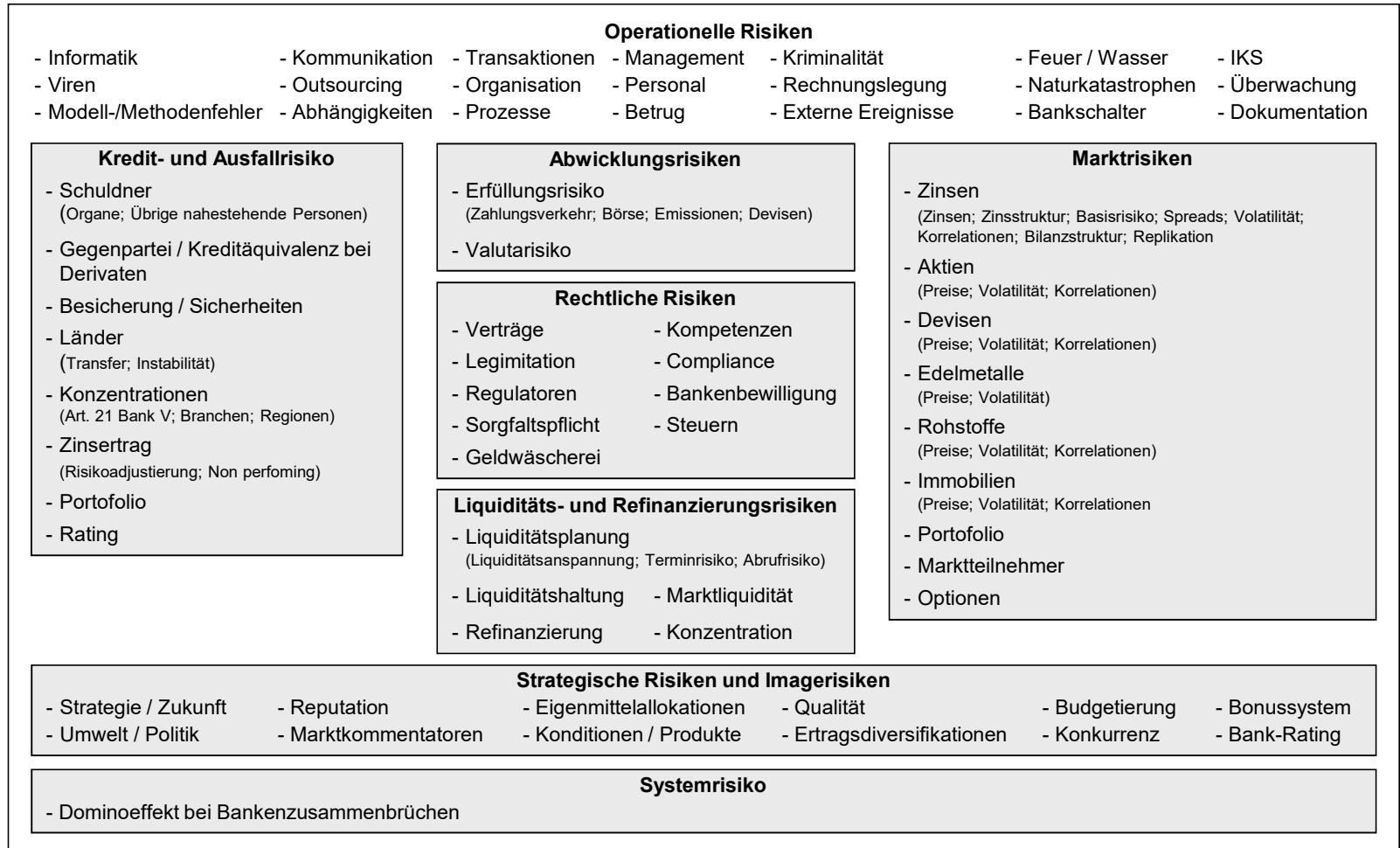
Risikomanagement (Art. 12 Abs. 2 BankV; FINMA-RS 2017/1)

- Zuständigkeit/Verfahren für Bewilligung risikobehafteter Geschäfte
- Risikoerfassung (z.B. Markt-, Kredit-, Liquiditätsrisiken, operationelle Risiken; s. nächste Folie)
- Adäquate Dokumentation

Internes Kontrollsystem (IKS) und interne Revision (Art. 12 Abs. 4 BankV; FINMA-RS 2017/1)

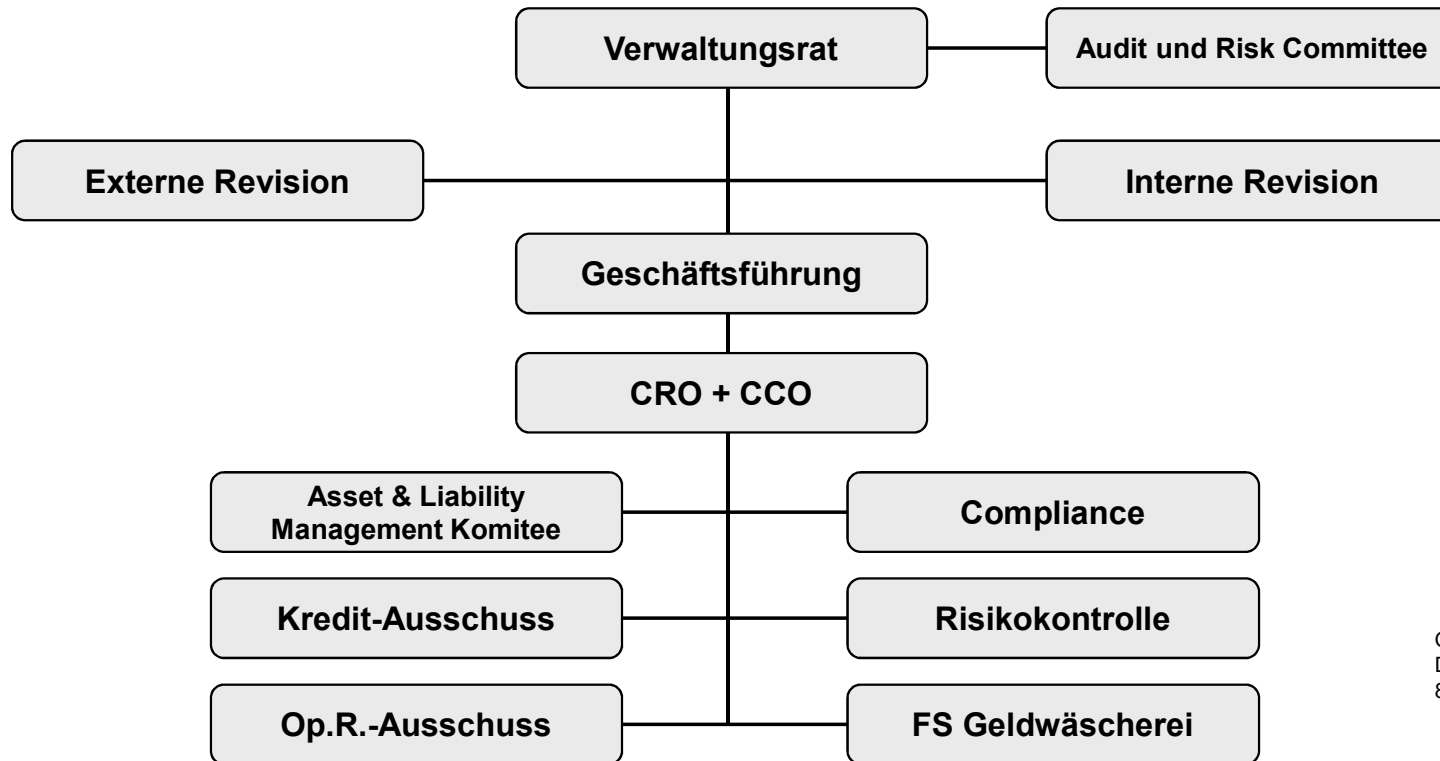


Risikokategorien
(Art. 12 Abs. 2 BankV)





Bewilligungsvoraussetzungen: Organisation



Quelle: *Arpagaus/Stadler/Werten*,
Das Schweizerische Bankgeschäft,
8. A., Zürich 2021



Bewilligungsvoraussetzungen: Finanziell

Mindestkapital

- CHF 10 Mio. voll einbezahlt (Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG; Art. 15 Abs. 1 BankV)
- Sacheinlagen: Überprüfung durch zugelassene Prüfgesellschaft (Art. 15 Abs. 2 BankV)
- Ausnahmen (Art. 17 BankV)



Bewilligungsvoraussetzungen: Personell

Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit

Beeinflussungsrisiko bei qualifizierter Beteiligung

Wohnsitzerfordernis



Bewilligungsvoraussetzungen: Personell

Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 lit. c, c^{bis} BankG)

- «guter Ruf», einschlägige Fachkenntnisse, ethisches Verhalten
- Gewährsträger:
 - Mitglieder Aufsichts-/Leitungsorgan (VR)
 - Mitglieder Führungsorgan (GL)
 - Natürliche und juristische Personen mit qualifizierter Beteiligung
 - Institut



Bewilligungsvoraussetzungen: Personell

Verstöße gegen die Gewährspflicht

- Verletzung bankengesetzlicher Vorschriften
- Missachtung der Organisationsstruktur
- Verletzung von Standespflichten
- Verletzung der von der FINMA als Mindeststandard anerkannten Selbstregulierung
- Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten gegenüber Bank
- Verletzung von Vertragspflichten gegenüber Kunden (Treuepflicht)
- Verletzung sonstiger Vorschriften der Rechtsordnung (z.B. GwG, StGB)



Bewilligungsvoraussetzungen: Personell

Gewährsprüfung

- Im Bewilligungsverfahren und bei besonderen Vorkommnissen
 - Datensammlung «Watchlist» (Art. 23 Abs. 1 FINMAG; Datenverordnung-FINMA)
 - *Ultima ratio*: Entfernung des Gewährsträgers (Art. 31 FINMAG)
- Ausgeschiedene Gewährsträger: Keine Gewährsprüfung
- Anspruch auf Gewährsprüfung, falls Nichtwählbarkeit verfügt und Position als Gewährsträger in Aussicht



Laufende Pflichten

Überblick

- Eigenmittel (Art. 4, 9 Abs. 2 lit. a BankG; ERV)
- Liquidität (Art. 4, 9 Abs. 2 lit. b BankG; LiqV)
- Risikoverteilung (Art. 4^{bis} f., 9 Abs. 2 lit. c BankG)
- Rechnungslegung (Art. 6 ff. BankG)
- Spezifische Pflichten beim Erbringen von Finanzdienstleistungen gemäss FIDLEG (s. hinten)
- Geldwäschereibekämpfung (s. hinten)



Basel II und III: Drei-Säulen-Konzept

Säule 1 Eigenmittel- Mindestanforderungen	Säule 2 Aufsichtsverfahren/ Überwachungsprozess	Säule 3 Marktdisziplin / Offenlegungspflichten
<ul style="list-style-type: none">• Kreditrisiken• Marktrisiken• Operationelle Risiken	<ul style="list-style-type: none">• Eigenmittel für Risikoprofil• Eigenmittelplanung• Übrige Risiken• Stresstests• Frühintervention	<ul style="list-style-type: none">• Transparenz• Offenlegung der Eigenmittel und Risiken• Rechnungslegungsstandards



Erste Säule: Eigenkapitalanforderungen

Verfügbares Eigenkapital

$$\frac{\text{Verfügbares Eigenkapital}}{\text{Risikogewichtete Aktiva (Kreditrisiko + Marktrisiko + operat. Risiko)}} = \text{Eigenkapitalquote (mind. 8\%)}$$



Umsetzung der Vorgaben von Basel II in der Schweiz

- Art. 4 BankG
- Eigenmittelverordnung (ERV) vom 01.06.12
- FINMA-RS 08/20 (Marktrisiken Banken) vom 20.11.2008
- FINMA-RS 08/21 (Operationelle Risiken Banken) vom 20.11.2008 [wird per 01.01.2024 ersetzt durch FINMA-RS 23/01 (Operationelle Risiken und Resilienz Banken)]
- FINMA RS 12/1 (Ratingagenturen) vom 29.06.2011
- FINMA-RS 17/01 (Corporate Governance – Banken) vom 22.09.2016
- FINMA-RS 17/07 (Kreditrisiken Banken) vom 7.12.2016
- FINMA-RS 16/01 (Offenlegung Banken) vom 21.09.2017
- FINMA RS 19/01 (Risikoverteilung Banken) vom 07.12.2017



„Swiss Finish“ zu Basel III

- Revidierte Eigenmittelverordnung (ERV) vom 01.06.2012
- Liquiditätsverordnung vom 30.11.12
- FINMA-RS 11/2 (Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung bei Banken) vom 30.03.11
- FINMA-RS 12/1 (Ratingagenturen) vom 29.06.2011
- FINMA RS 13/1 (Anrechenbare Eigenmittel Banken) vom 01.06.2012
- FINMA RS 15/2 (Liquiditätsrisiken Banken) vom 03.07.2014



Anforderungen an Eigenmittel (Art. 20 ERV)

- vollständig einbezahlt oder betriebsintern generiert (Abs. 1)
- weder durch Kreditgewährung der Bank an Dritte direkt oder indirekt finanziert, nicht mit Forderungen der Bank verrechnet und nicht aus Vermögenswerten der Bank sichergestellt (Abs. 2)
- den nichtnachrangigen Forderungen aller übrigen Gläubiger im Falle der Liquidation, des Konkurses oder eines Sanierungsverfahrens nachgehend (Abs. 3)



Kernkapital: „Tier 1“

Hybrides Kapital (?)
Gewinn des laufenden Geschäftsjahres nach geschätzter Ausschüttung
Gewinnvortrag
Reserven für allg. Bankrisiken nach Abzug der latenten Steuern
Offene Reserven
Einbezahltes Gesellschaftskapital

Kernkapital gem. Art. 18 ERV
(Basel II)

„Common Equity Tier 1“
(Basel III)



Zusätzliches Kernkapital (Additional Tier 1)

Anrechenbarkeit (Art. 27 ERV)

- Erfüllung der Anforderungen gem. Art. 20 und 29 ERV
- unbefristet
- Transparenz über Auflagen der FINMA (mind. 5 Jahre)
- keine Erschwerung für Kapitalerhöhung
- Ausschüttungsauflagen



Ergänzungskapital (Tier 2)

Anrechenbarkeit (Art. 30 ERV)

- Erfüllung der Anforderungen gem. Art. 20 und 29 ERV
- Ursprungslaufzeit von mind. 5 Jahren
- Rückzahlungsbefugnis der Bank frühestens nach 5 Jahren
- Transparenz über Auflagen der FINMA
- Auflagen betreffend Ausschüttung



Erforderliche Eigenmittel

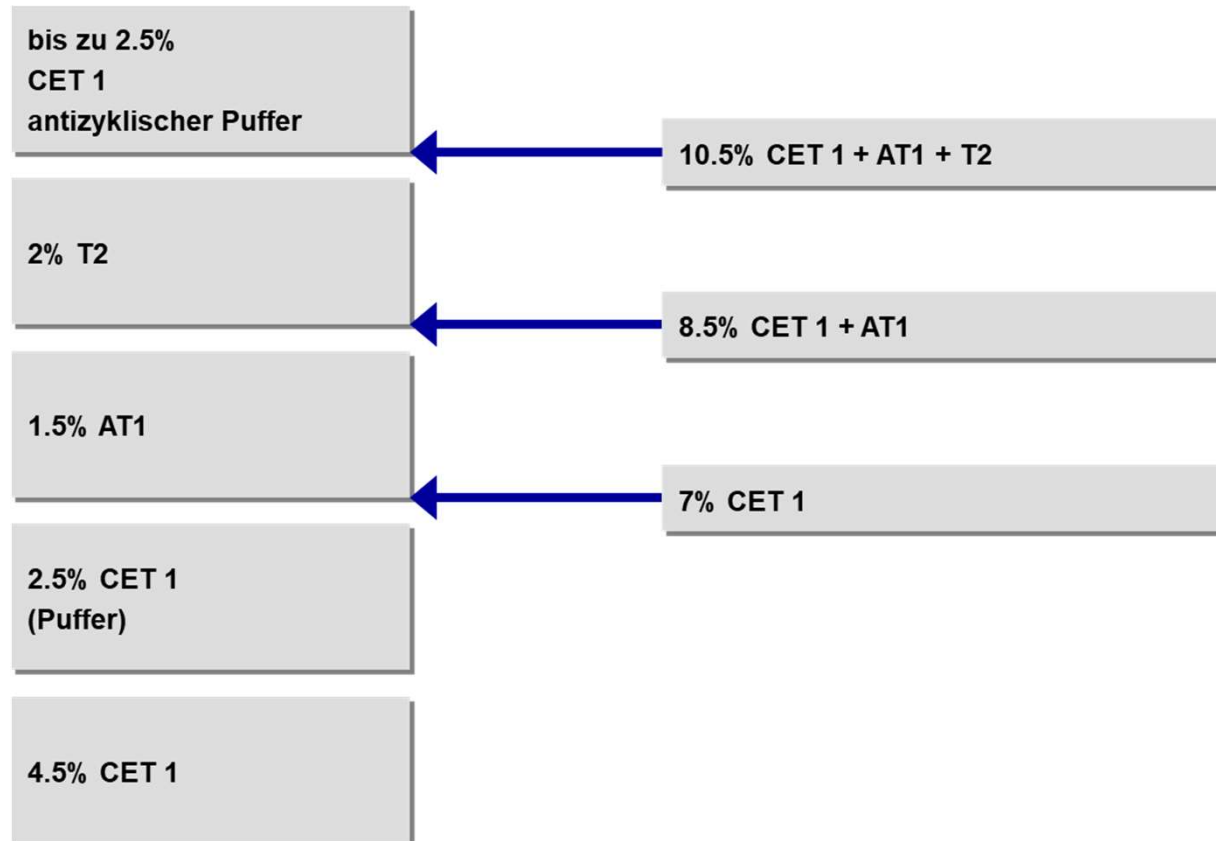
1 Mindestanforderungen („Säule 1“ / Art. 42 ERV)

2 Zusätzliche Eigenmittel („Säule 2“ / Art. 45 ERV)

3 Offenlegung („Säule 3“ / Art. 16 ERV)

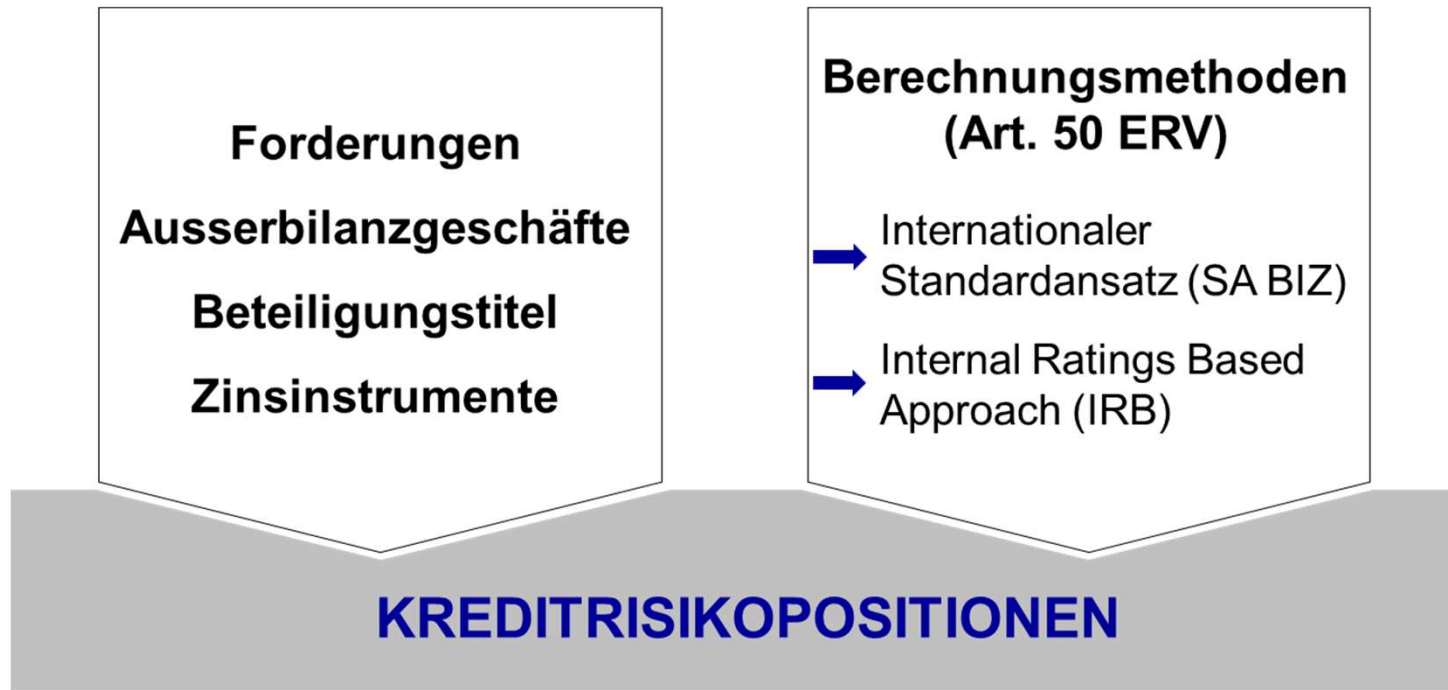


Minimale Eigenmittelvorschriften (Basel III)



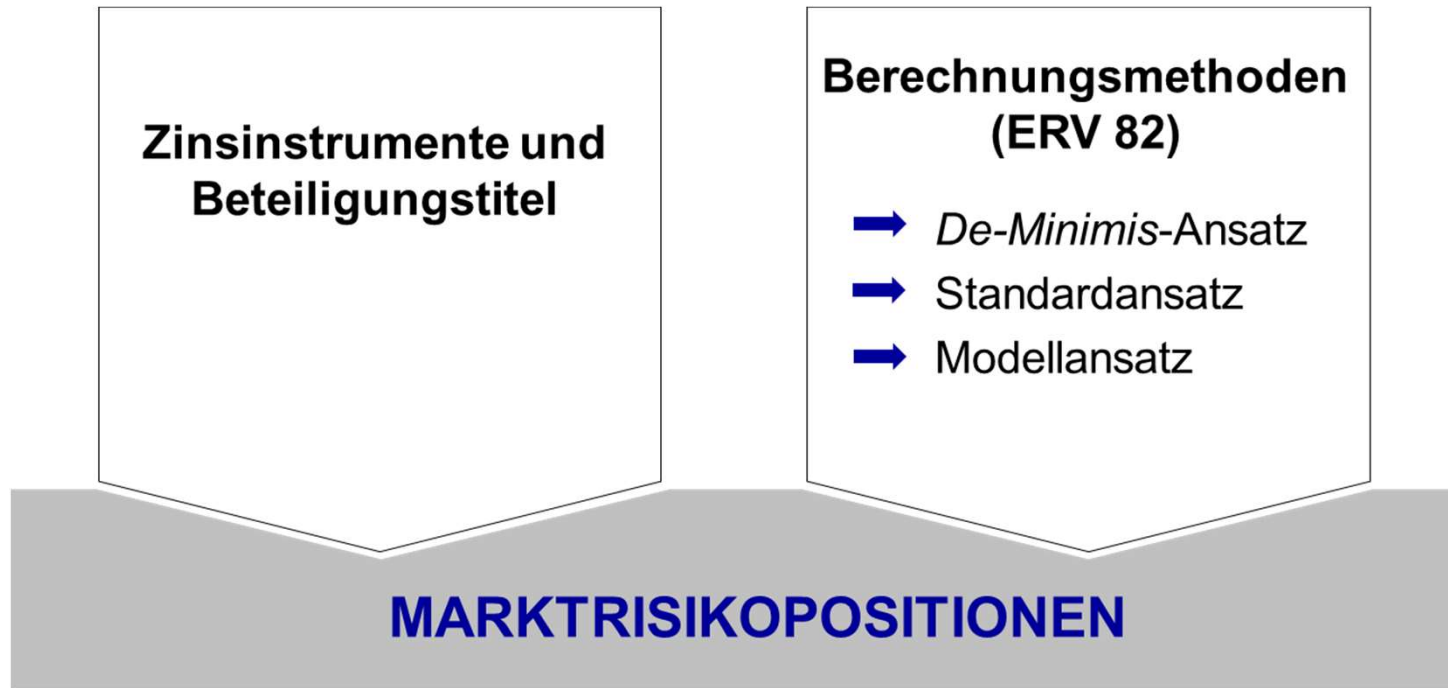


Risikogewichtete Positionen





Risikogewichtete Positionen





Risikogewichtete Positionen

Unangemessenheit oder Versagen von internen Verfahren, Menschen oder Systemen oder von externen Ereignissen, inkl. Rechtsrisiken

Berechnungsmethoden (Art. 90 ERV)

- ➔ Basisindikatoransatz
- ➔ Standardansatz
- ➔ Institutsspezifischer Ansatz (AMA)

OPERATIONELLE RISIKOPOSITIONEN



Risikogewichtete Positionen

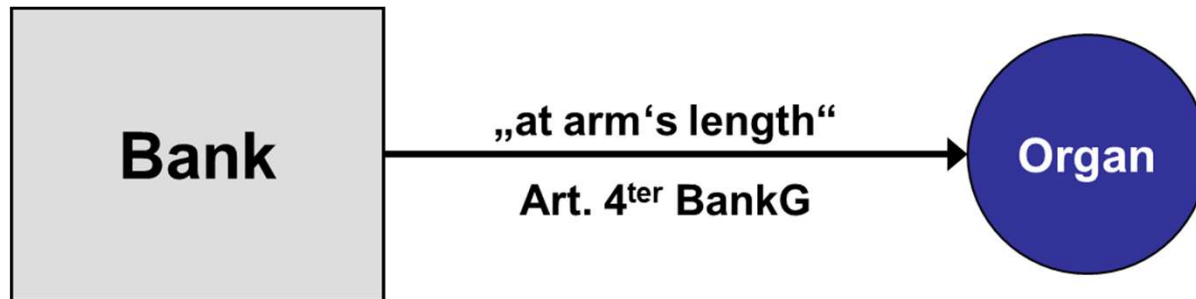
Ab 10% der
anrechenbaren
Eigenmittel
(ERV 95 Abs. 1)

Begrenzung für
Einzelposition:
25% der Eigenmittel
(ERV 97)

KLUMPENRISIKEN



Kredite an Bankorgane und nahestehende Personen





Liquiditätsvorschriften

Liquidität II: Gesamtliquidität	Art. 4 BankG Liquiditätsverordnung
Liquidität I: Kassaliquidität («Mindestreserve»)	Art. 17-18 NBG Art. 15-18 NBV



Liquiditätsregime für Banken

< 30 Tage	> 30 Tage
Liquidity Coverage Ratio (LCR)	Net Stable Funding Ratio (NSFR)

- ➔ Liquiditätsverordnung vom 30.11.12
- ➔ FINMA RS 2015/02 «Liquiditätsrisiken Banken»



Systemrelevante Banken („Too big to fail“)

Systemrelevanz

- Systemrelevant sind Institute, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft/das Finanzsystem erheblich schädigen würde (Art. 7 Abs. 1 BankG)
- Funktionen sind systemrelevant, wenn sie für die Schweizer Volkswirtschaft unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar sind. Systemrelevante Funktionen sind namentlich das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft sowie der Zahlungsverkehr (Art. 8 Abs. 1 BankG).

Beurteilungskriterien (Art. 8 Abs. 2 BankG)

- Grösse
- Komplexität und Vernetzung mit dem Finanzsystem
- Kurzfristige Substituierbarkeit der erbrachten Dienstleistungen

Qualifikation

- Verfügung der SNB nach Anhörung der FINMA (Art. 8 Abs. 3 BankG)



Systemrelevante Banken („Too big to fail“)





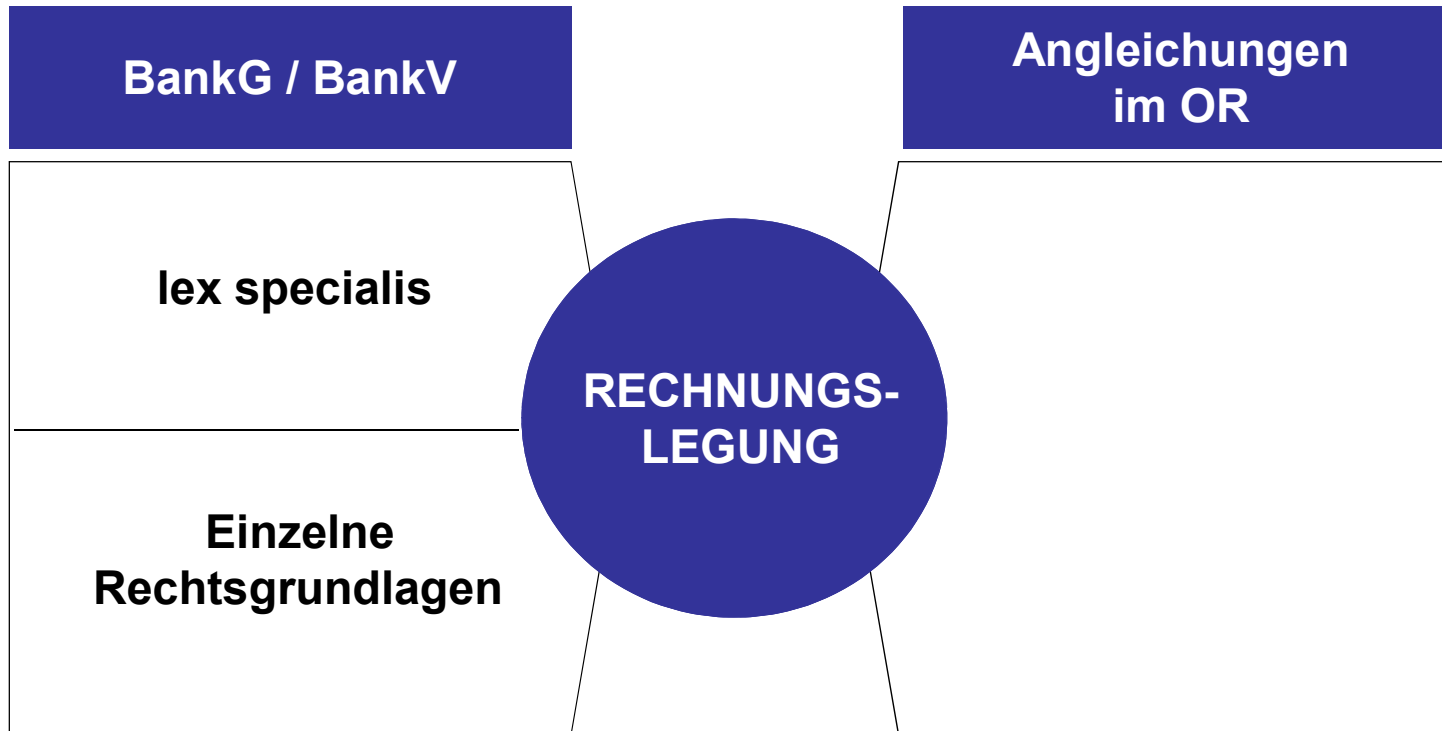
Systemrelevante Banken („Too big to fail“)

Rettung der Credit Suisse

- Die CS wurde am 19. März 2023 durch eine Fusion mit der UBS unter Mithilfe des Staates (Verlustgarantie und Liquiditätshilfen) gerettet
- Rettungsaktion ignorierte die TBTF-Gesetzgebung
- Die Auflösung wesentlicher Teile der Bank und Übertragung der systemrelevanten Geschäftseinheiten auf eine Brückenbank wurden als zu riskant angesehen
- Hat die TBTF-Gesetzgebung versagt?

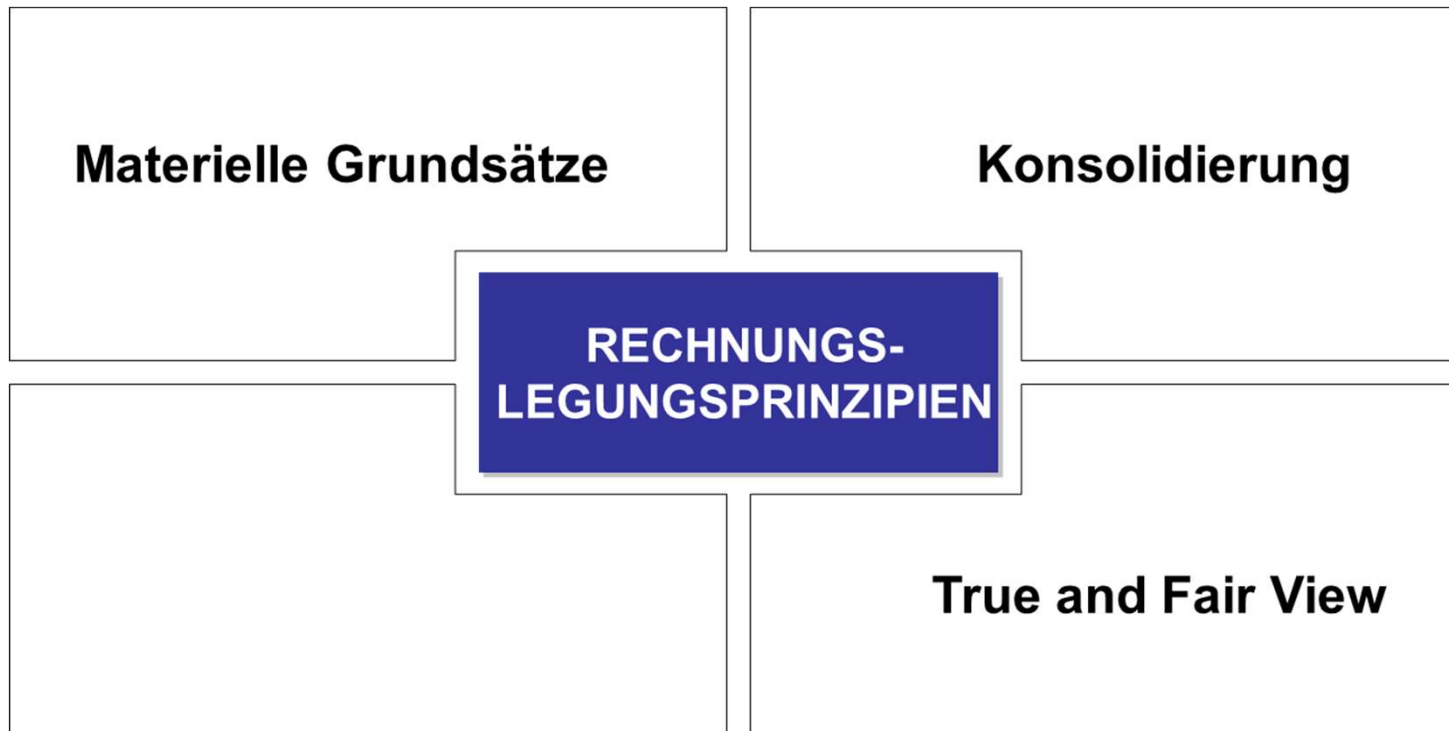


Rechnungslegung



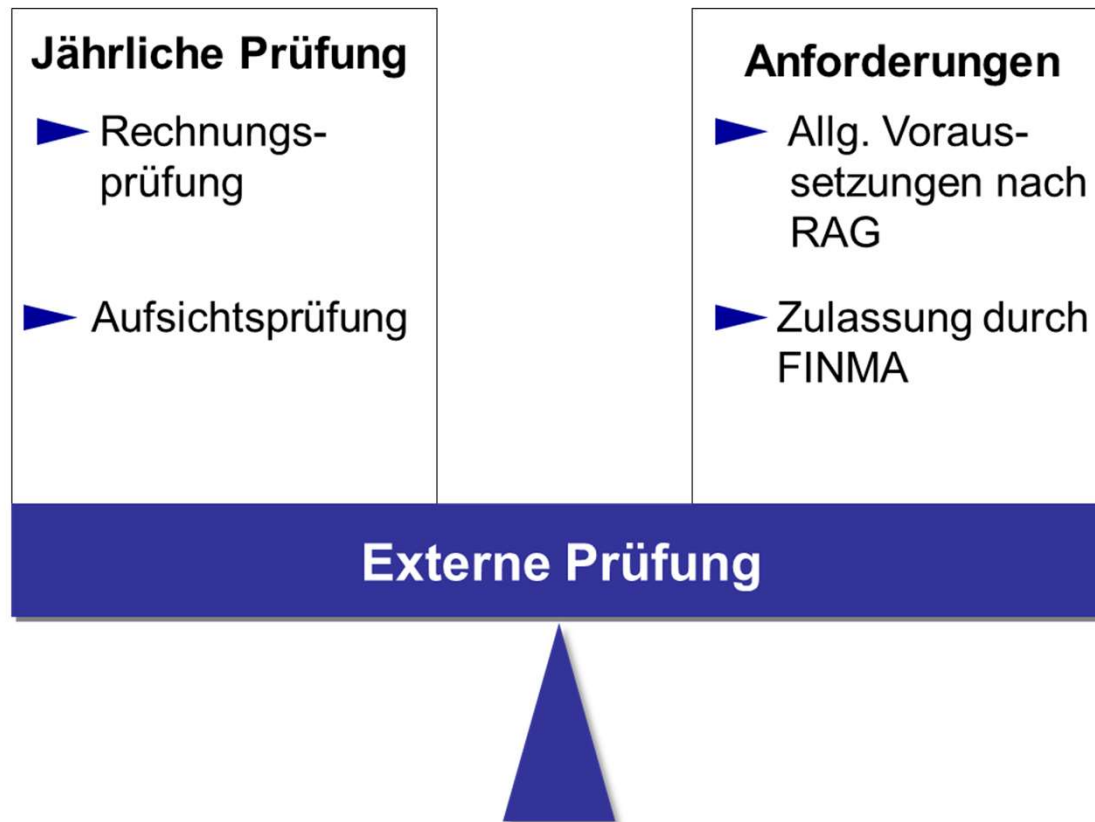


Rechnungslegung





Prüfung





Prüfung

Finanzmarktprüfverordnung (FINMA-PV) regelt:

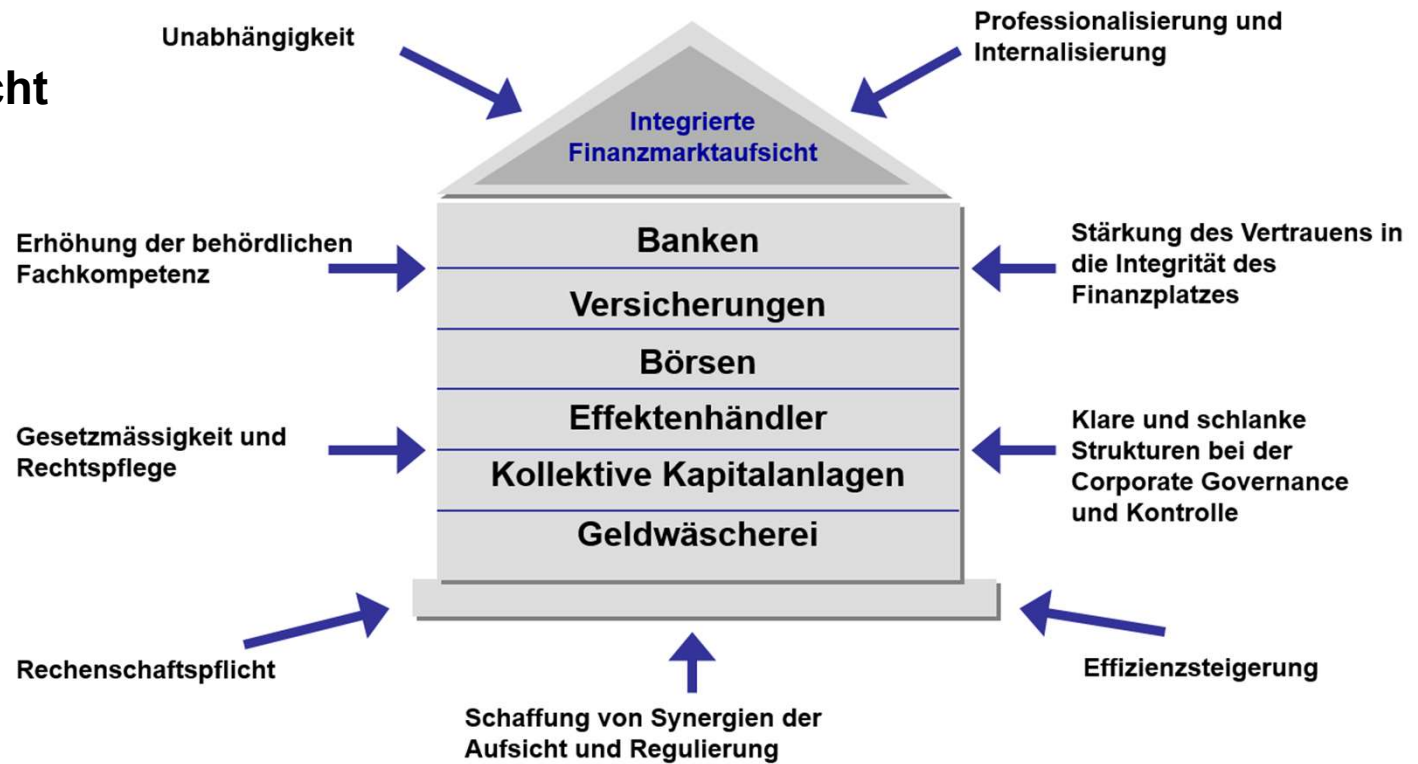
- Grundzüge zum Inhalt, zur Durchführung und Form der Berichterstattung für die aufsichtsrechtliche Prüfung
- Informationspflichten der Prüfgesellschaften und Beaufsichtigten
- Grundsätze der Entschädigungen für die Prüfungen
- Prinzipien zur Prüfung von Gruppen und Konglomeraten

vgl. auch FINMA-RS 13/3 (Prüfwesen)



FINMA und Finanzmarktaufsicht

Integrierte Finanzmarktaufsicht





FINMA und Finanzmarktaufsicht

Ziele der Finanzmarktaufsicht

Art. 4 FINMAG:

«Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.»



FINMA und Finanzmarktaufsicht

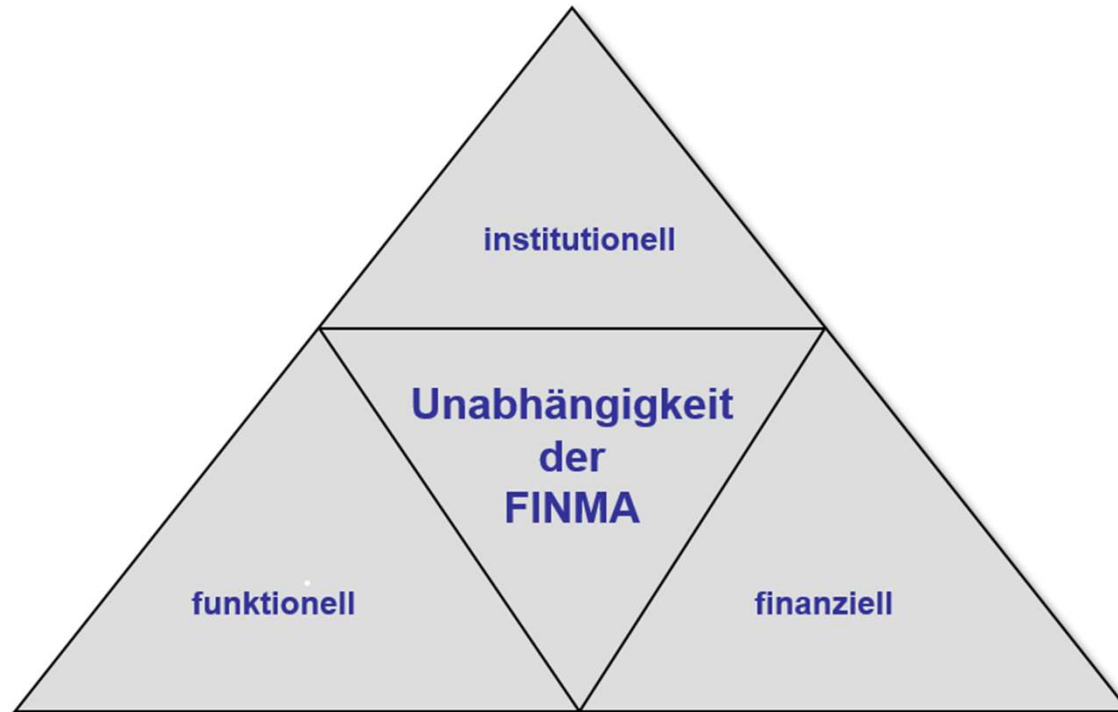
Strategische Ziele der FINMA 2021-2024

1. **Kapital und Liquidität:** FINMA sorgt für Stabilität der beaufsichtigten Finanzinstitute
2. **Geschäftsverhalten:** FINMA nimmt nachhaltig positiven Einfluss auf Geschäftsverhalten der beaufsichtigten Finanzinstitute
3. **Risikomanagement und CG:** Förderung eines vorbildlichen Risikomanagement und einer verantwortungsvollen Corporate Governance
4. **TBTF:** Fertigstellung der Gesetzesrevision
5. **Strukturwandel:** Finanzsystem muss trotz Veränderungen robust bleiben
6. **Innovation:** FINMA unterstützt die Innovation auf dem Schweizer Finanzplatz
7. **Nachhaltigkeit:** FINMA trägt zur nachhaltigen Entwicklung des Finanzplatzes bei
8. **Internationale Zusammenarbeit:** FINMA unterstützt Gleichwertigkeit der Finanzmarktregulierung mit internationalen Standards
9. **Ressourcen:** Einsatz neuer Technologien trägt zu Effizienzgewinnen bei
10. **Mitarbeitende der FINMA** sind hoch qualifiziert und bilden sich weiter



FINMA und Finanzmarktaufsicht

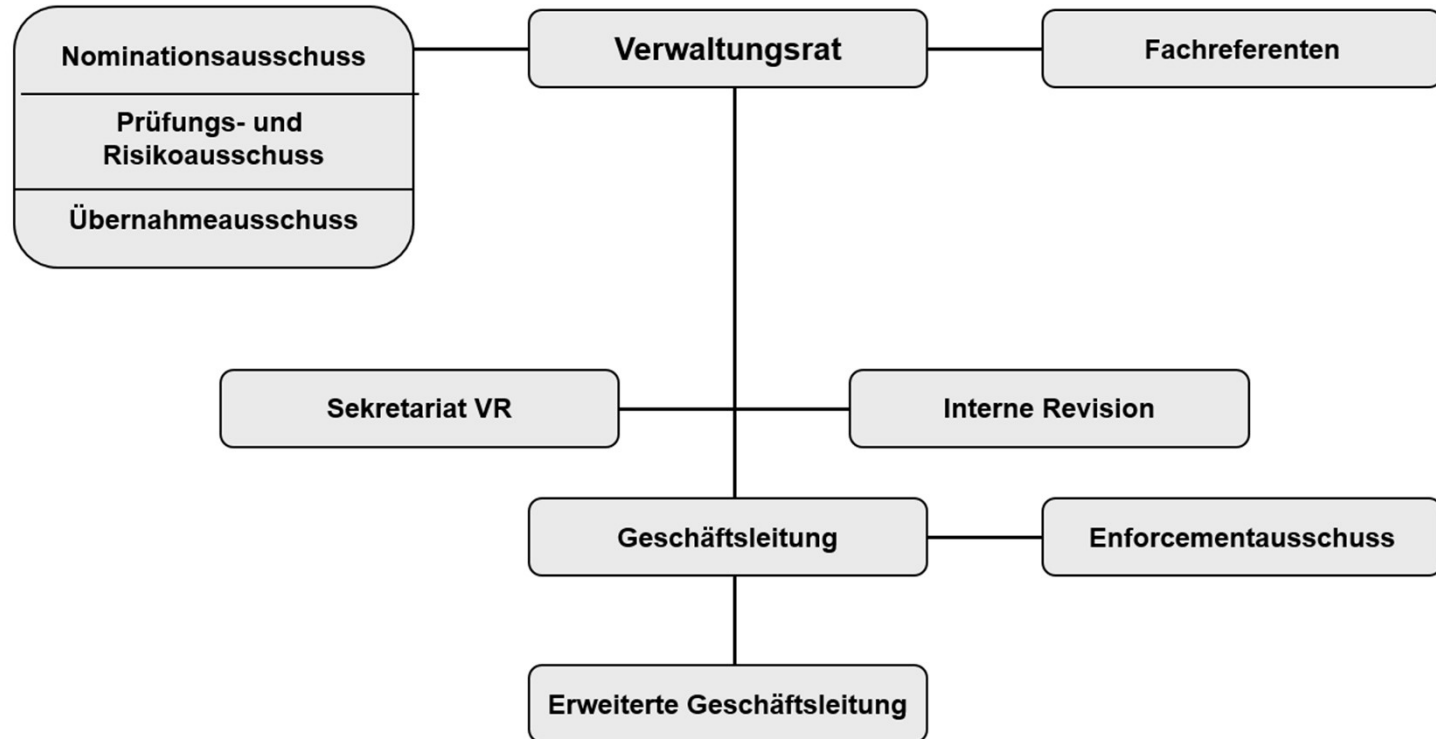
Organisation





FINMA und Finanzmarktaufsicht

Organisation





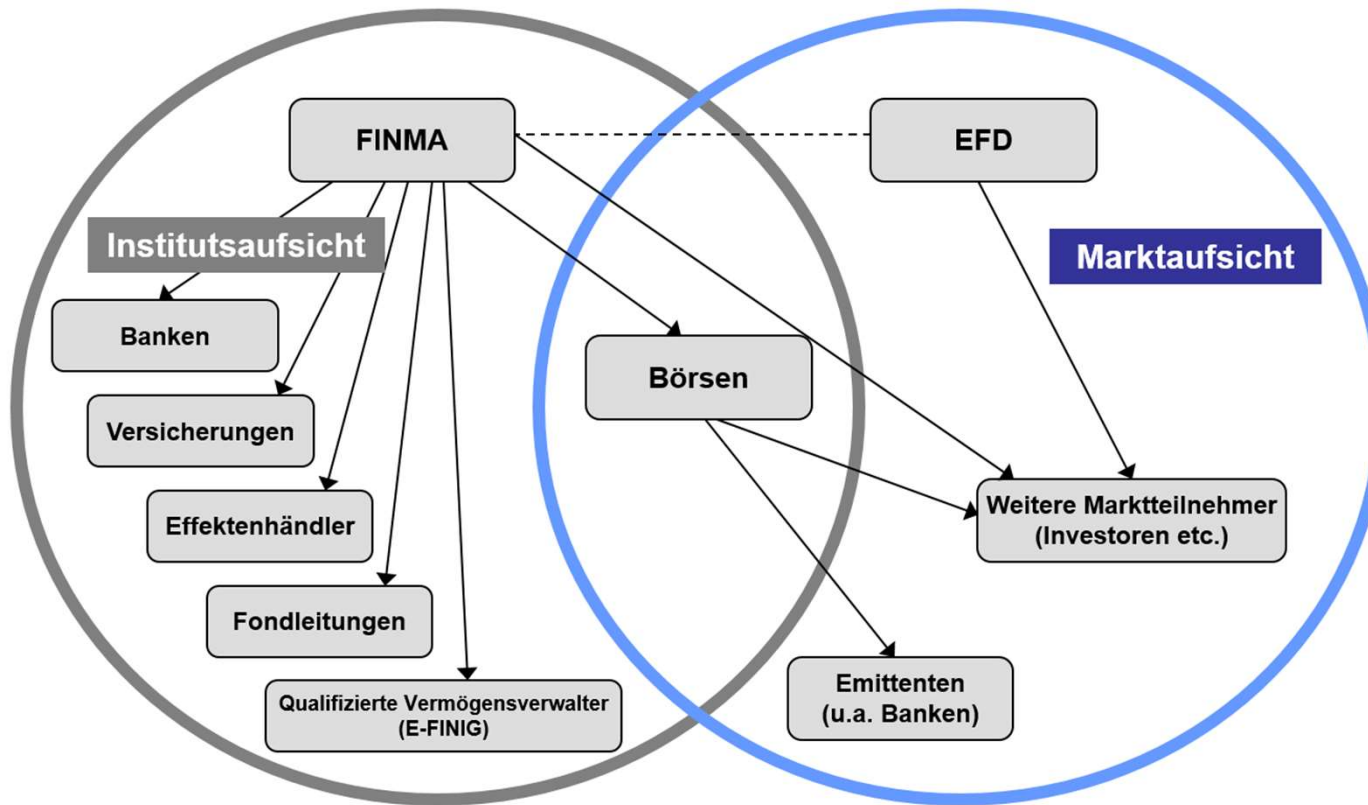
FINMA und Finanzmarktaufsicht

Aufsichtstätigkeit der FINMA

- **Normenvollzug und –interpretation**
- **Regulierung** und Regelanerkennung von Selbstregulierungsorganisationen
- Erlass von **Verfügungen / Beschwerdeinstanz** bei Verfügungen der UEK
- **Überwachung** der Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen und Identifikation von Missständen
- Feinabstimmung mit den **aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaften**
- Kooperation mit nationalen Partnern, wie **SNB**
- Austausch mit **ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden** und mit **internationalen Organisationen und Verbänden** im Bereich der Finanzmarktaufsicht (Colleges)
- **Bewilligungserteilung und –entzug**
- Abwicklung von **Sanierungsverfahren und Konkursen**
- **Amtshilfe**



FINMA und Finanzmarktaufsicht





FINMA und Finanzmarktaufsicht

Aufsichtsinstrumentarium der FINMA

Prüfung (Art. 24 ff. FINMAG)

- selbst oder durch von der FINMA beigezogene Dritte (Art. 24 Abs. 1 FINMAG)

Auskunfts- und Meldepflicht (Art. 29 FINMAG)

- Auskunfts- und Meldepflicht der Beaufsichtigten, Prüfgesellschaften, Revisionsstellen und qualifiziert an den Beaufsichtigten beteiligten Personen
- Anzeigepflicht der FINMA bzgl. Eröffnung eines Verfahrens gegen eine Partei

Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG)

Feststellungs- verfügungen und Ersatzvornahme (Art. 32 FINMAG)

Berufs- oder Tätigkeits- verbot (Art. 33/ 33 a FINMAG)

Veröffentlichung der aufsichtsrecht- lichen Verfügung (Art. 34 FINMAG)

Gewinn- einziehung (Art. 35 FINMAG)

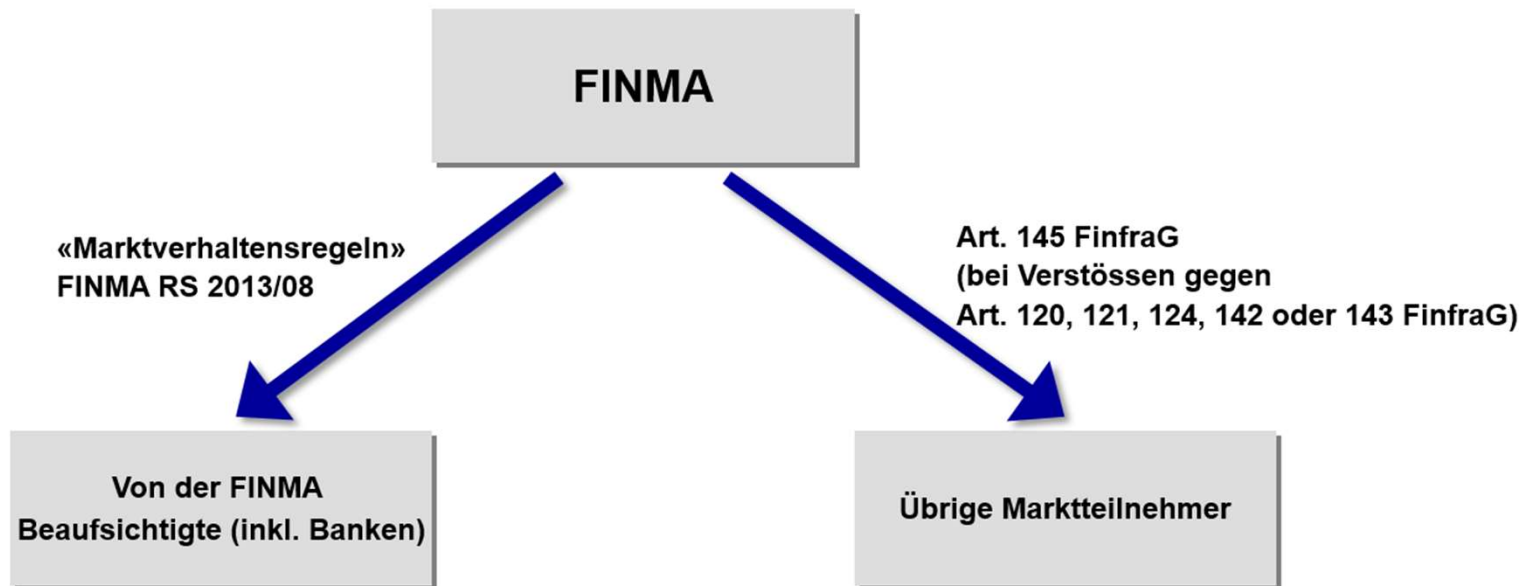
Einsetzung eines Untersuchungs- beauftragten (Art. 36 FINMAG)

Entzug der Bewilligung, Anerkennung oder Zulassung (Art. 37 FINMAG)



FINMA und Finanzmarktaufsicht

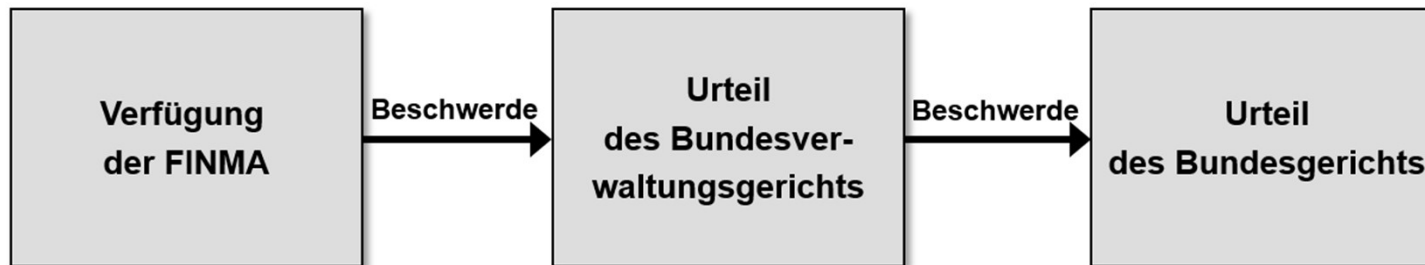
Aufsichtsrechtliche Interventionsmöglichkeiten der FINMA





FINMA und Finanzmarktaufsicht

Rechtsschutz

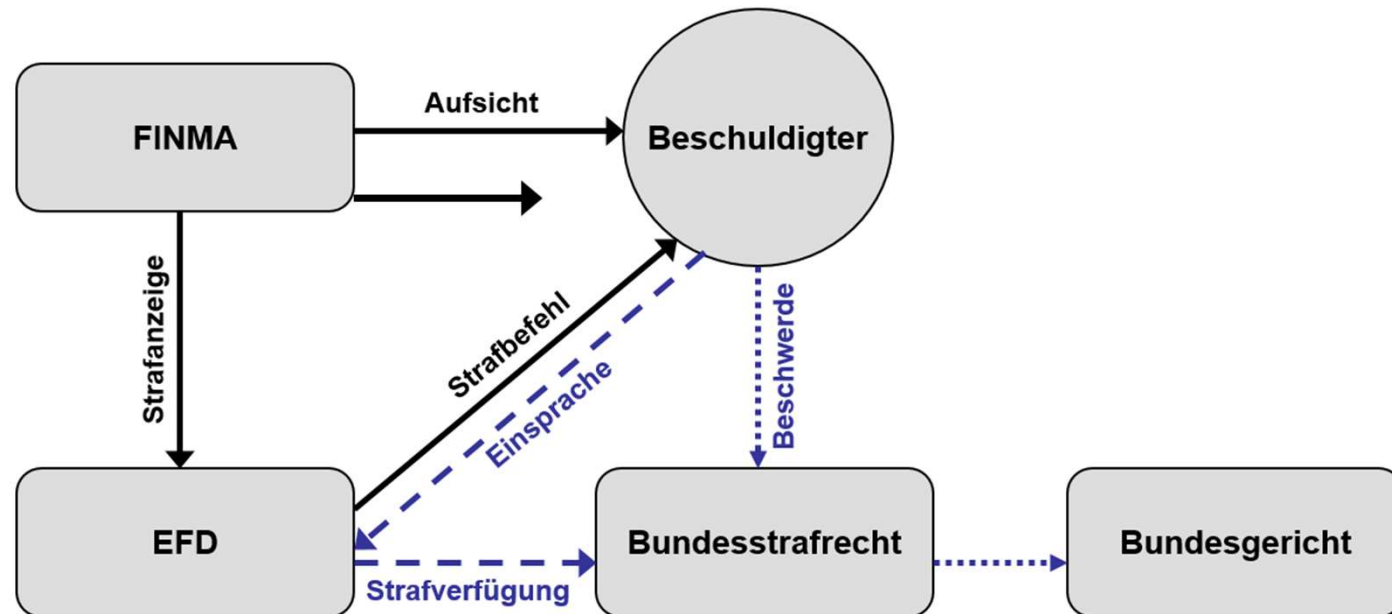


- Ausnahmen:**
1. Verfügungen der internationalen Amtshilfe
 2. Verfügungen in Übernahmesachen



FINMA und Finanzaufsicht

Rechtsschutz im Verwaltungsstrafverfahren





Ombudsstelle

Art. 74 FIDLEG:

«Streitigkeiten über Rechtsansprüche zwischen der Kundin oder dem Kunden und dem Finanzdienstleister sollen nach Möglichkeit im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens durch eine Ombudsstelle erledigt werden.»

Botschaft FIDLEG/FINIG 2015, 8996:

«Das im schweizerischen Zivilprozessrecht [...] seit langem verankerte und bewährte Prinzip «Zuerst schlichten, dann richten» soll für zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern oder Kundenberaterinnen und -beratern und ihren Kundinnen und Kunden ausdrücklich festgehalten werden.»



Ombudsstelle

Rechtsgrundlagen:

- Art. 41 lit. f und Art. 74-86 FIDLEG
- Art. 98-101 und Art. 107 FIDLEV
- Art. 16 FINIG
- Art. 4 Abs. 1 lit. g und Art. 87 Abs. 2 FINIV



Ombudsstelle

Grundsätze der Vermittlungsverfahrens

Art. 75 Abs. 1 FIDLEG:

«Das Verfahren vor der Ombudsstelle muss unbürokratisch, fair, rasch, unparteiisch und für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos sein.»

Ziff. 9 G20 Highlevel Principles on Financial Consumer Protection:

«Jurisdictions should ensure that consumers have access to adequate complaints handling and redress mechanisms that are accessible, affordable, independent, fair, accountable, timely and efficient.»



Ombudsstelle

Anforderungen an Vermittlungsgesuch (Art. 75 Abs. 4 FIDLEG)

1. Vorgaben gem. Verfahrensreglement
2. Finanzdienstleister wurde informiert, Einigungsversuch gescheitert
3. nicht offensichtlich missbräuchlich
4. keine andere Instanz mit der Streitsache befasst



Ombudsstelle

Streitgegenstand

Botschaft FIDLEG/FINIG 2015, 8997:

«Gegenstand der Verfahren sind nicht nur eigentliche Streitigkeiten über Forderungen, sondern jegliche Art von Rechtsansprüchen, wie zum Beispiel der Herausgabeanspruch von Dokumenten.»



Ombudsstelle

Grundsätzlich Vermittlungs- und keine Entscheidungskompetenz

Aber Art. 75 Abs. 8 FIDLEG:

«Aufnahme der Einschätzung der Streitigkeit in die Verfahrensabschlussmitteilung möglich.»



Ombudsstelle

Verhältnis zu anderen Verfahren

Art. 76 Abs. 1 FIDLEG:

«Die Einreichung eines Vermittlungsgesuchs bei der Ombudsstelle schliesst eine Zivilklage nicht aus und verhindert eine solche nicht.»

Art. 76 Abs. 2 FIDLEG:

«Nach Durchführung eines Verfahrens vor einer Ombudsstelle kann die klagende Partei einseitig auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nach der Zivilprozessordnung verzichten.»



Ombudsstelle

Verjährung

Ombudsstelle ist kein staatliches Gericht oder Schiedsgericht



Keine Rechtshängigkeit



Keine Unterbrechung der Verjährung



Vergleich im Ombudsverfahren \triangleq privatrechtlichem Vertrag



Ombudsstelle

Pflichten der Finanzdienstleister und Finanzinstitute

1. Anschlusspflicht (Art. 77 FIDLEG)
2. Teilnahmepflicht (Art. 78 FIDLEG)
3. Informationspflicht (Art. 79 FIDLEG)
4. Pflicht zur finanziellen Beteiligung (Art. 80 FIDLEG)

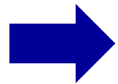


Ombudsstelle

Aufnahme und Ausschluss Finanzdienstleister und Finanzinstitute durch Ombudsstelle

Aufnahmepflicht bei Erfüllung der Anschlussvoraussetzungen (Art. 81 FIDLEG)

Ausschluss bei wiederholter Nichterfüllung der Pflichten gemäss Art. 78-80 FIDLEG (Art. 82 FIDLEG)



Möglichkeit des EFD, Ombudsstelle zur Aufnahme eines Finanzdienstleisters zu verpflichten (Art. 100 Abs. 3 FIDLEG)



Ombudsstelle

Voraussetzungen für die Anerkennung der Ombudsstelle durch das EFD

Art. 82 Abs. 2 FIDLEG:

1. Ombudsstelle ist organisatorisch und finanziell unabhängig, unparteiisch, transparent, effizient und nimmt keine Weisungen entgegen
2. Mit der Vermittlung beauftragte Personen verfügen über erforderliche Fachkenntnisse
3. Ombudsstelle verfügt über notwendige Reglemente (Organisationsreglement, Verfahrensreglement)
4. Ombudsstelle verfügt über eine Beitrags- und Kostenordnung



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Teil 3

Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

1. Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde
2. Aktiv- und Passivgeschäft
3. Indifferente Bankgeschäfte
4. Aufsichts- und zivilrechtliche Verhaltenspflichten der Bank
5. Insolvenzgefahr / Bankensanierung und Liquidation



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

1. Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde
 - 1.1 Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde
 - 1.2 AGB als Grundlage der Geschäftsverbindung
 - 1.3 Kontobeziehung als Basis der Geschäftsverbindung
 - 1.4 Bankkundengeheimnis und internationale Amtshilfe in Steuersachen



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Schutzbestimmungen für den Kunden

- 1** — **Aufsichtsrecht**
- 2** — **Sorgfalts-, Aufklärungs- und Treuepflichten**
- 3** — **Konsumkreditgesetz**
- 4** — **Einlagensicherung und privilegierte Einlagen**
(BankG 37a und 37b)
- 5** — **Aussonderungsmöglichkeiten im Konkurs**
(BankG 37d i.V.m. BankG 16 und OR 401)

Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde



- Anwendungsfall des allgemeinen Bankvertrages
→ wird in der Schweiz mehrheitlich abgelehnt
- ➔ • Rahmenvertrag
→ AGB im Vordergrund („Geschäftsverbindungsvertrag“)
- Gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht
- Tatsächliches Verhältnis
→ vertrauensbegründender Tatbestand



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

AGB als Grundlage der Geschäftsverbindung

- Risikotragungsbestimmungen
- Haftungsfreizeichnungen bzw. -beschränkungen
- Sicherheiten
- Genehmigungs- und Zustellungsfiktionen
- Gestaltungsvorbehalte
- Anwendbares Recht
- Gerichtsstandsklauseln





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Auslegungsgrundsätze für AGB (nur bei Globalübernahme)

Ungewöhnlichkeitsregel

Klauseln, die derart aus dem zu erwartenden Rahmen fallen, dass der Kunde nicht damit hat rechnen müssen

**Teilnichtigkeit
(OR 20 Abs. 2)**

Unklarheitenregel

**In dubio contra
stipulatorem**



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

UWG 8 – Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

*Unlauter handelt insbesondere, wer **allgemeine Geschäftsbedingungen** verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Haftungsfreizeichnung

Absicht oder grobe Fahrlässigkeit

Nichtig

Leichtes Verschulden

Von Hilfspersonen (OR 101 II/III)

Zulässig

Von Organen (OR 100 II)

Nichtigerklärung?



Bank = obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe?



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

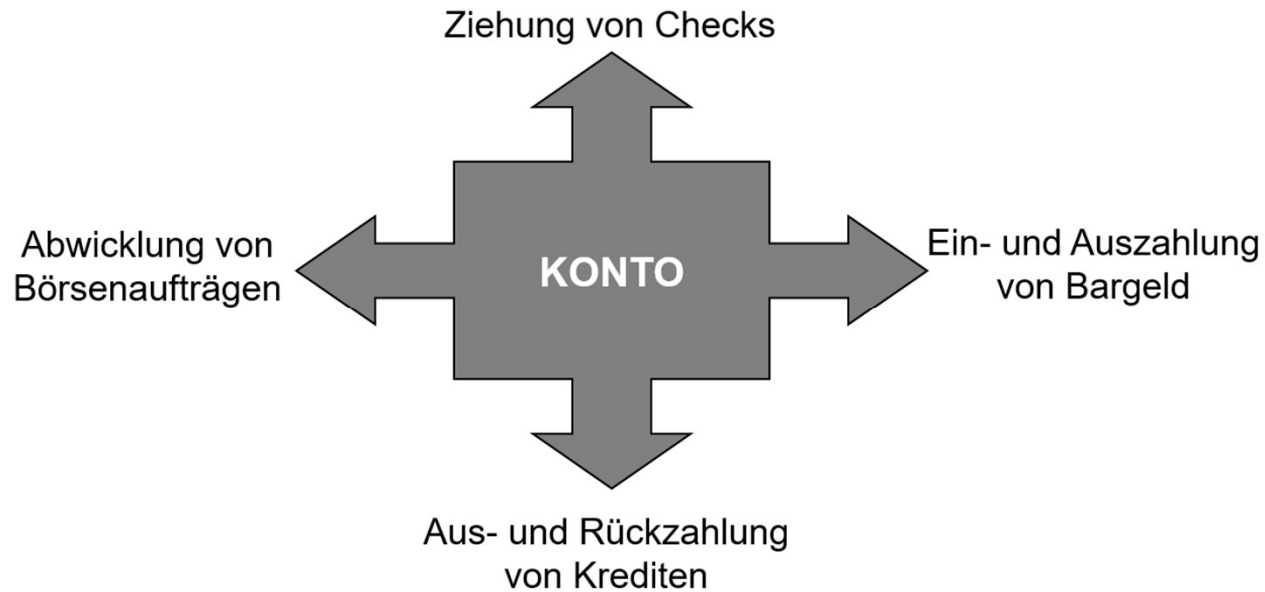
Genehmigungsfiktion (BGer 4C.194/2005 vom 28.9.2005)

«Der Kunde erhält periodisch Rechnungs- und Depotauszüge. Einwendungen hiergegen wie gegen andere Mitteilungen der Bank sind unverzüglich anzubringen, wo tunlich auch telegrafisch oder telefonisch; bei Verzögerungen ist der daraus resultierende Schaden vom Kunden zu übernehmen. (...) Sofern der Kunde innert Monatsfrist keine Einwendungen erhebt, gelten die Auszüge als richtig befunden, unter Genehmigung aller darin eingestellten Posten (...)».



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

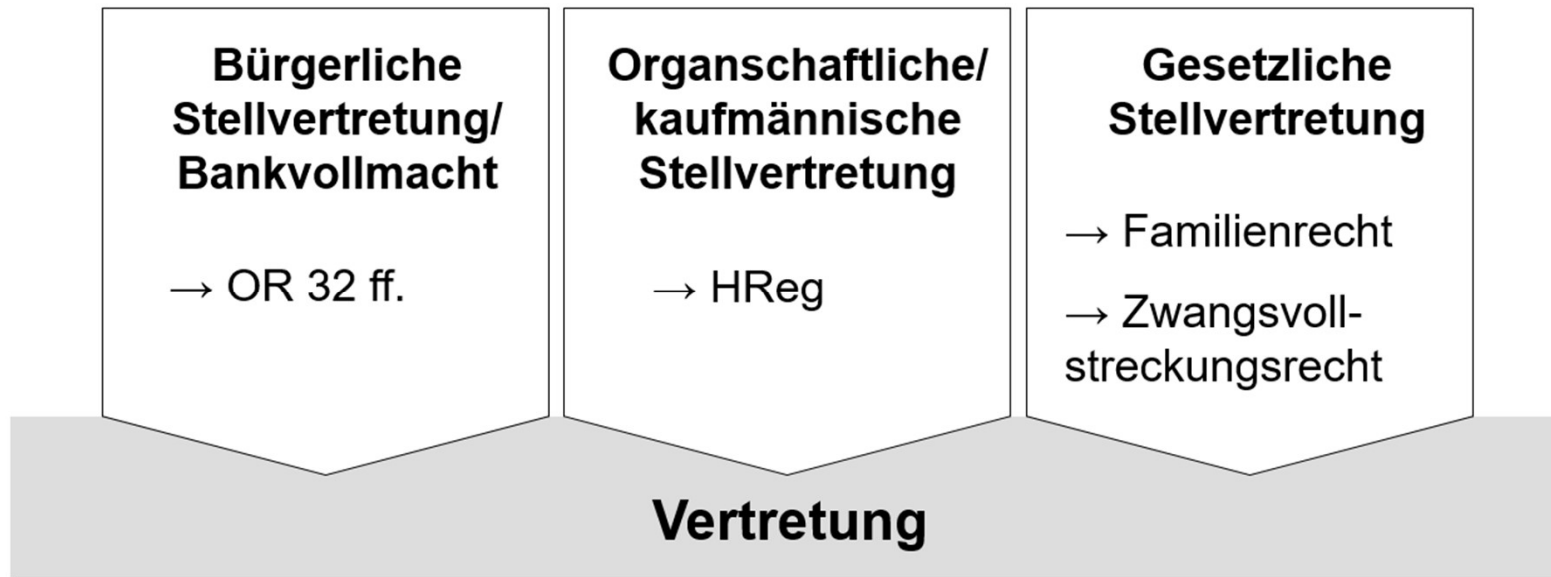
Konto als Basis der Geschäftsverbindung





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Vertretungsverhältnisse in Zusammenhang mit dem Konto





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Konto

Kontokorrent		
Gutschrift	Belastung	Saldo
100		100
	300	-200
500		300

Besondere Kontoarten
<ul style="list-style-type: none">• Gemeinschaftskonto<ul style="list-style-type: none">- Gesamthand-Konto- Compte-joint• Sperrkonto• Nummernkonto



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Bankgeheimnis



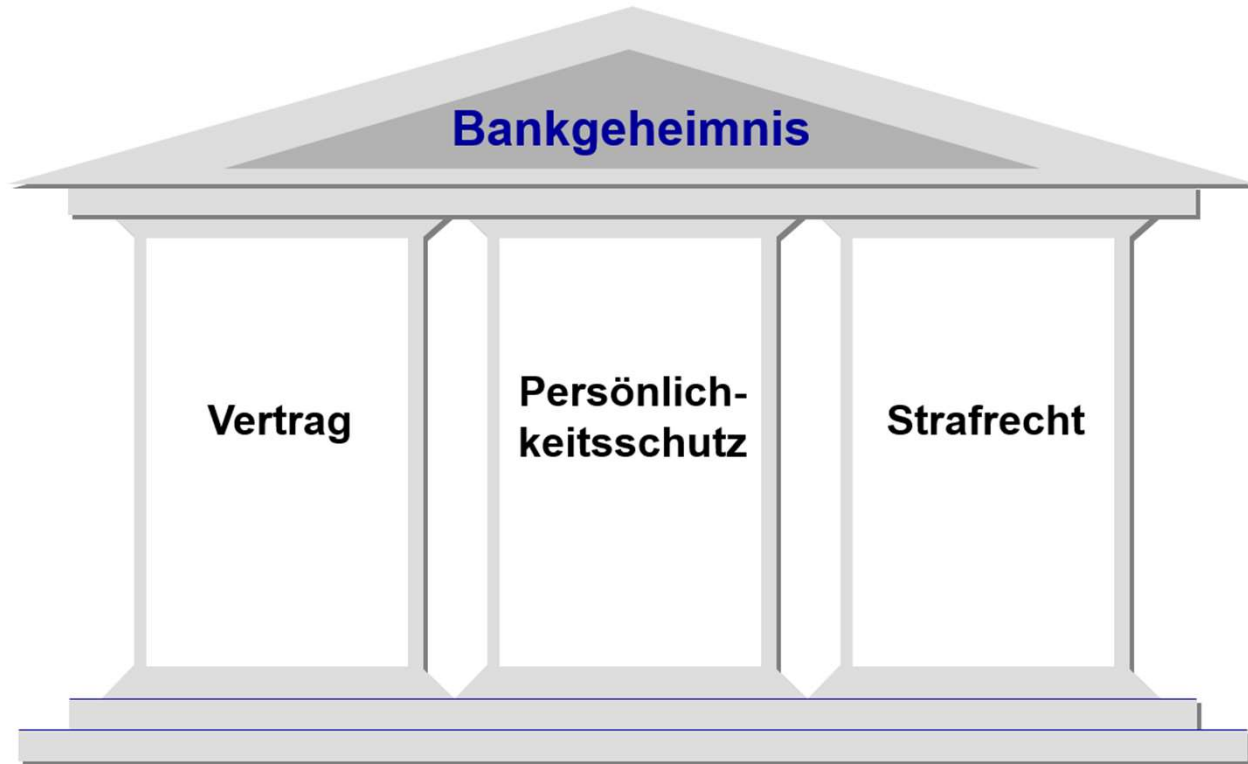
*«An diesem Bankgeheimnis werdet
Ihr Euch die Zähne ausbeissen.»*



*«Die [Kavallerie] muss man nicht
unbedingt ausreiten. Die Indianer
müssen nur wissen, dass es sie gibt.
Und wenn das alleine schon Nervosität
hervorrufft, dann kommt da ja richtig Zug
in den Kamin.»*



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses in den Finanzmarktgesetzen

BankG 47	FinfraG 147
<p>1 Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich:</p> <p>a. ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank oder einer Person nach Artikel 1b oder als Organ oder Angestellter einer Prüfgesellschaft anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat;</p> <p>b. zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht. [...]</p>	<p>1 Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich:</p> <p>a. ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Finanzmarktinfrastruktur anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat;</p> <p>b. zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht. [...]</p>



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

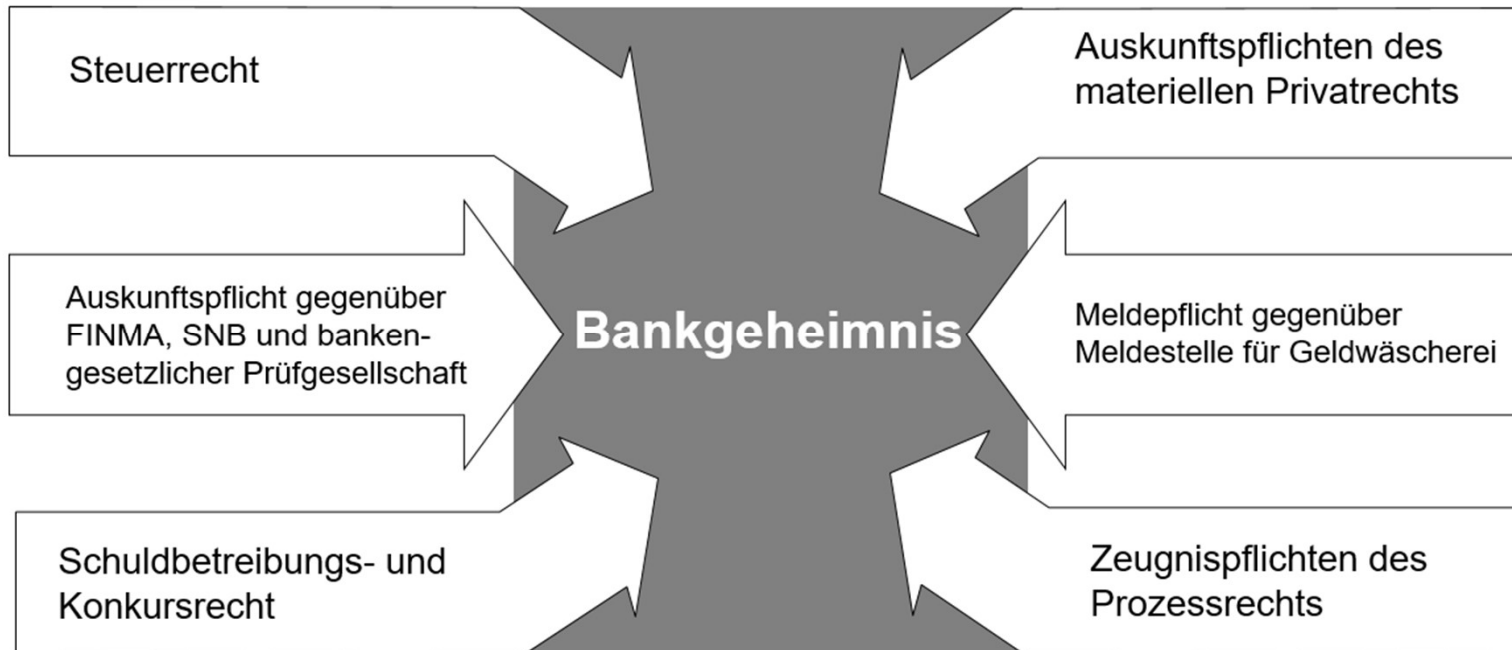
Geltungsbereich des Bankgeheimnisses

persönlich	<ul style="list-style-type: none">• Organe, Angestellte, Beauftragte oder Liquidatoren der Bank• Organe, Angestellte der Prüfungsstelle
sachlich	Alle Informationen über Bestand, Art und Umfang der geschäftlichen Beziehung Bank/Kunde, inkl. Negativauskünfte
örtlich	<ul style="list-style-type: none">• Banken mit Sitz in der Schweiz• Banken, die ihre Tätigkeit (ganz oder teilweise) in der Schweiz ausüben
zeitlich	Über Beendigung der dienstlichen und amtlichen Tätigkeit hinaus



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Schranken des Bankgeheimnisses





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Entstehungsgeschichte des Bankgeheimnisses

«Es ging in der Tat darum, wirksam gegen die mannigfachen Versuche der totalitären Regime jener Zeit anzukämpfen, [...] und die Hand auf das in unsern Banken deponierte Vermögen der aus politischen oder rassistischen Gründen verfolgten Personen zu legen.»

(Botschaft über die Revision des Bankgesetzes vom 13.5.1970, S. 1161)



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Entstehungsgeschichte

«Primäre Ursache für die Verlagerung von Auslandsgeldern auf Schweizer Banken war nicht das Bankgeheimnis, sondern waren die widrigen politischen, wirtschaftlichen, währungsbedingten und fiskalischen Voraussetzungen in anderen Ländern. Der Abfluss ausländischer Gelder in die Schweiz wurde aufgrund dieser negativen Parameter ausgelöst.»

(Robert U. Vogler, Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, Zürich 2005, 78)





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Steuerliches Bankgeheimnis

- betrifft Verhältnis zwischen Staat und Bank
- kein Schutz der finanziellen Privatsphäre des Steuerpflichtigen gegenüber den Steuerbehörden
- Auskunftspflicht der Bank gegenüber dem Steuerpflichtigen, nicht aber gegenüber den Steuerbehörden
- keine Durchbrechung des Bankgeheimnisses mit Zwangsmitteln bei Steuerhinterziehung
- Durchbrechung des Bankgeheimnisses zur Verfolgung von Steuervergehen



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Differenzierung zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug

Rechtliche Konsequenzen:

- Strafandrohung Busse
- keine oder nur wenige Zwangsmassnahmen
- Übertretung wird administrativ (ohne Gerichtsverfahren) erledigt
- Gehilfenschaft oder Anstiftung bei Steuerhinterziehung aus Strafandrohung herausgelöst und milder sanktioniert
- keine Durchbrechung des Bankgeheimnisses



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Internationale Amtshilfe in Steuersachen

Grenzüberschreitende Beistandsleistungen von Verwaltungs-
behörden der Vertragsstaaten in Steuerangelegenheiten



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Internationale Amtshilfe in Steuersachen

- **Art. 26 OECD Musterabkommen 2014**

EXCHANGE OF INFORMATION

«1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. [...]»

- **Schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen**



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Internationale Amtshilfe in Steuersachen

«Kleine Amtshilfe»	« <u>Grosse</u> Amtshilfe»
<p>Informationsaustausch</p> <ul style="list-style-type: none">• zur Durchführung des jeweiligen DBA	<p>Informationsaustausch</p> <ul style="list-style-type: none">• zur Durchführung des jeweiligen DBA• zur Durchführung des innerstaatlichen Steuerrechts der Vertragsstaaten



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Internationale Amtshilfe in Steuersachen

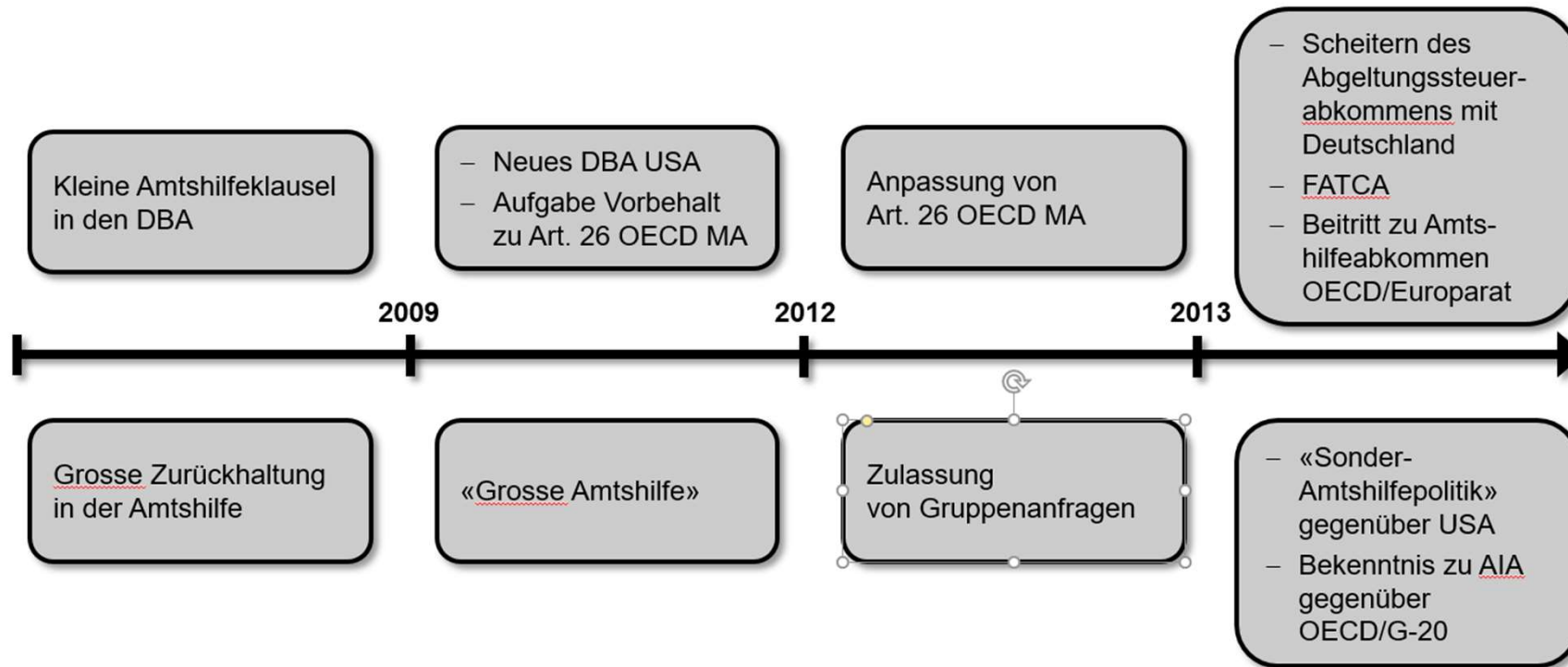
Abgrenzung zur Rechtshilfe

Grenzüberschreitender Informationsaustausch unter
Strafverfolgungsorganen zur Förderung von Justizverfahren



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Entwicklung der schweizerischen Amtshilfepolitik





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Amtshilfeabkommen der OECD und des Europarates von 1988/2010

«Multilateraler Vertrag, der den Rechtsrahmen für eine internationale Kooperation in Steuerfragen setzt. Das Ziel besteht darin, den Unterzeichnerstaaten unter Berücksichtigung der Rechte der Steuerpflichtigen die Bekämpfung der internationalen Steuerhinterziehung zu erlauben und eine bessere Anwendung der nationalen Gesetzgebungen sicherzustellen.»

(Pressemitteilung EFD vom Oktober 2013)



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

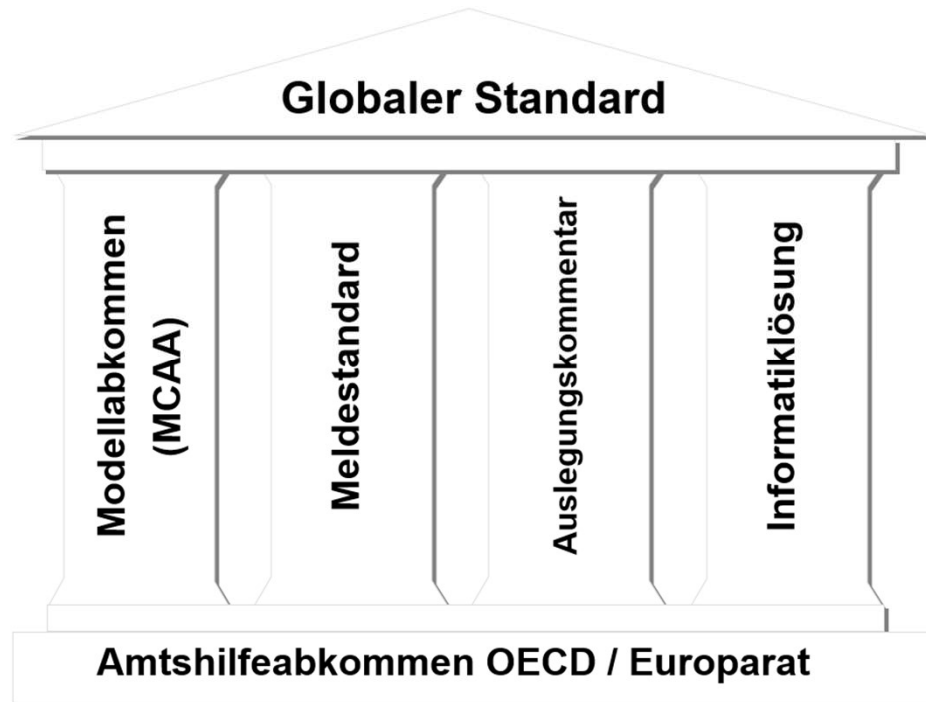
Amtshilfeabkommen der OECD und des Europarates von 1988/2010

Art des Informations-austausches	Verfahren
«auf Ersuchen» (Art. 5)	Ersuchen des Vertragsstaates um bestimmte Auskünfte zur Durchsetzung seines innerstaatlichen Rechts
«spontan» (Art. 7)	Einzelfallweise unaufgeforderte Übermittlung von Informationen an den Vertragsstaat bei voraussichtlichem Interesse
«automatisch» (Art. 6)	Systematische und periodische Übermittlung von massenhaften und standardisierten Datensätzen über einen Steuerpflichtigen mit Vermögenswerten und Einkünften in Vertragsstaat ohne Ersuchen



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Globaler Standard für den AIA

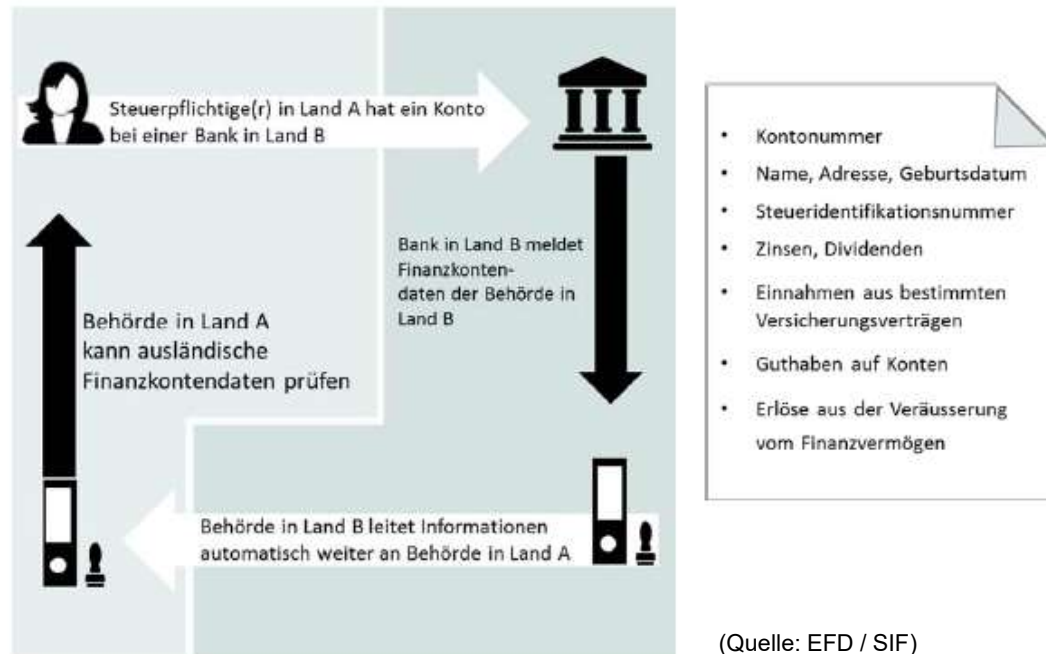


Vorbehalte:

- Datenschutz
- Spezialitätsprinzip
- Reziprozität
- Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

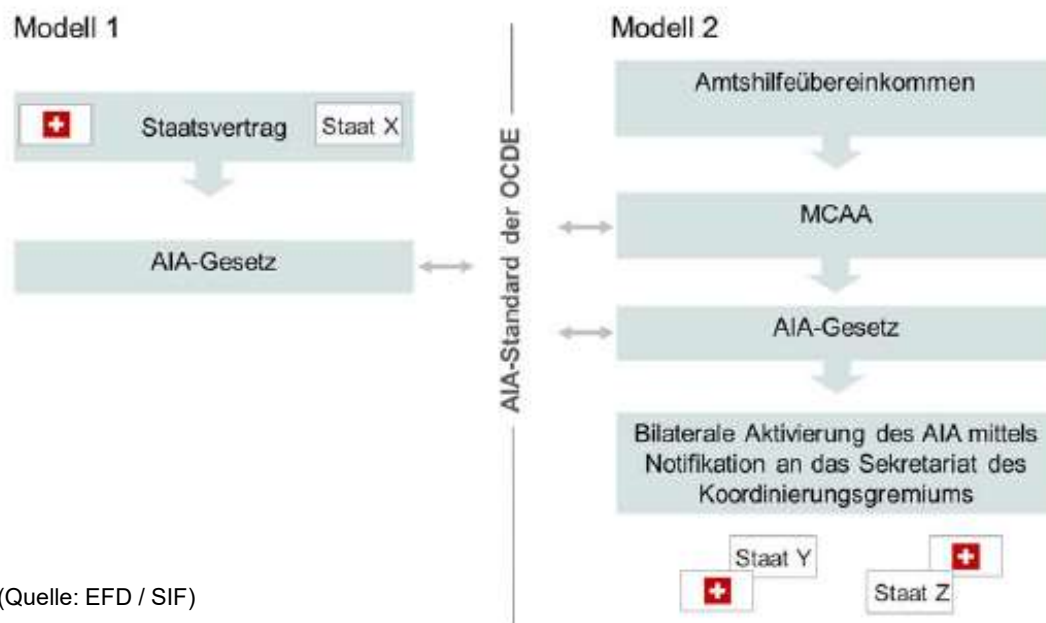
Funktionsweise des AIA





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Rechtliche Umsetzung des globalen Standards für den AIA





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Einführung des AIA durch die Schweiz

14. Januar	2015	Der Bundesrat eröffnet zwei Vernehmlassungen (1. Amtshilfe-Übereinkommen, 2. MCAA und AIA-Gesetz)
April	2015	Ende der Vernehmlassungen
Juni	2015	Botschaft des Bundesrats
Herbst	2015	Parlamentarische Beratung im Erstrat
Winter	2015	Parlamentarische Beratung im Zweitrat
Frühling	2016	Referendumsfrist
September	2016	Abstimmung im Falle eines Referendums
	2017	Inkrafttreten des Amtshilfeübereinkommens, des MCAA und des AIA-Gesetzes. Beginn der Datenerhebung.
	2018	Erster Datenaustausch der Schweiz



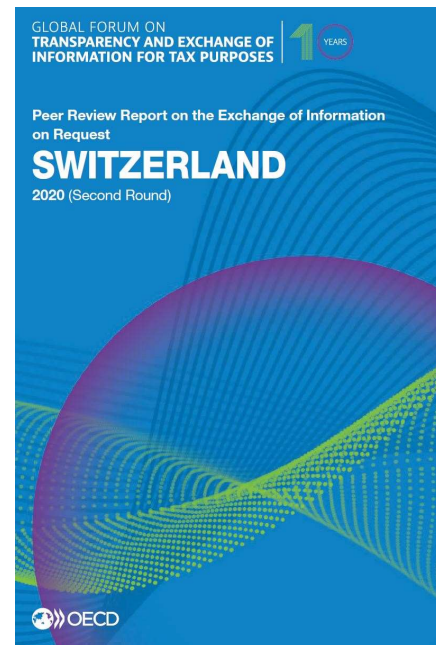
Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Überprüfung der innerstaatlichen Umsetzung des AIA-Standards durch das Global Forum

Peer Review vom 6. April 2020:
«largely compliant»

Verbesserungsbedarf:

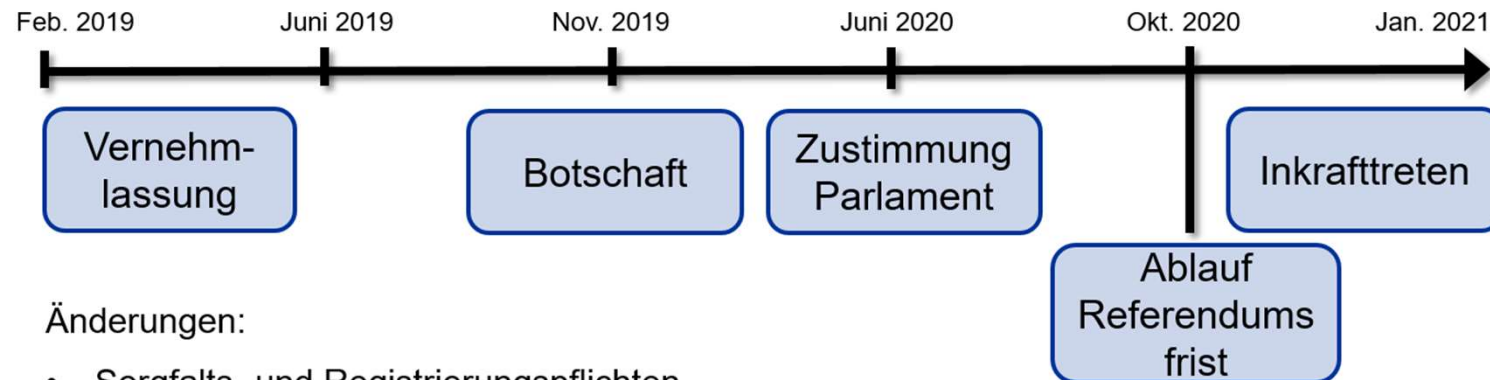
- Verfügbarkeit von Informationen über die wirtschaftliche Berechtigten
- Benachrichtigung der von einem Amtshilfeersuchen betroffenen Personen
- Vertraulichkeitsanforderungen





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Revision AIA-Gesetz und AIA-Verordnung



Änderungen:

- Sorgfalts- und Registrierungspflichten
- Dokumentaufbewahrungspflicht für Finanzinstitute
- Begriffsbestimmungen
- Aufhebung der Ausnahme für STWEG
- Ausweisung der Beträge in USD



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Bankgeheimnis

Zwischenfazit: Weitgehende Erodierung des Bankkundengeheimnisses im Verhältnis zum Ausland unter Vorbehalt des schweizerischen *ordre public*

„Zum ordre public gehört dem Grundsatz nach auch das schweizerische Bankgeheimnis [...]. Dabei dient das Bankgeheimnis dem Schutz in- und ausländischer Bankkunden und dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Schweiz im internationalen Wettbewerb der Finanzplätze. Auch wenn das Bankgeheimnis im Nachgang zum Steuerstreit, etwa durch die Zulassung von Gruppenanfragen und später durch den automatischen Informationsaustausch in Bezug auf ausländische Bankkunden aufgeweicht wurde, beansprucht es grundsätzlich weiter Geltung.“

Urteil Bundesstrafgericht vom 9. Mai 2018, E. 4.2.7 (Hervorhebungen beigefügt)



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Bankgeheimnis

Aufhebung des steuerlichen Bankgeheimnisses auch im Inland?



«Es ist keine politische Notwendigkeit, das Bankgeheimnis im Inland aufzugeben. Also lassen wir es so, wie es ist.»



Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Aufhebung des steuerlichen Bankgeheimnisses auch im Inland?

Eidgenössische Volksinitiative
«Ja zum Schutz der Privatsphäre»

Die Bundesverfassung wird wie folgt geändert:

Art. 13 Schutz der Privatsphäre

- ¹ Jede Person hat Anspruch auf Schutz der Privatsphäre.
- ² Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs und auf Schutz ihrer finanziellen Privatsphäre.
- ³ Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.
- ⁴ Dritte sind im Zusammenhang mit direkten Steuern, die von den Kantonen veranlagt und eingezogen werden, zur Auskunft gegenüber Behörden über eine Person mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz, die der Auskunftserteilung nicht zustimmt, nur im Rahmen eines Strafverfahrens und ausschliesslich dann berechtigt, wenn der begründete Verdacht besteht, dass:
 - a. Zum Zweck einer Steuerhinterziehung gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunden wie Geschäftsbücher, Bilanzen, Erfolgsrechnungen oder Lohnausweise und andere Bescheinigungen Dritter zur Täuschung gebraucht wurden; oder
 - b. Vorsätzlich und fortgesetzt ein grosser Steuerbetrag hinterzogen oder dazu Beihilfe geleistet oder angestiftet wurde. [...]





Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde

Bankgeheimnis

Aufhebung des steuerlichen Bankgeheimnisses auch im Inland?

«Ich glaube, der Kern dieser Initiative entspricht auch unserem gemeinsamen Staatsverständnis. Der Staat vertraut dem Bürger: Das ist das Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Wenn wir das umkehren und der Staat grundsätzlich dem Bürger misstraut, dann kehren wir die Grundwerte unseres Staats um. So kann ich sehr gut damit leben, dass das Bankkundengeheimnis in der Form, wie es heute besteht, weitergeführt wird, auch wenn es nicht in der Verfassung steht.»

(Votum Bundesrat Ueli Maurer im Nationalrat, 18. Februar 2018, AB 2018 N S. 66)



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

2. Aktiv- und Passivgeschäft

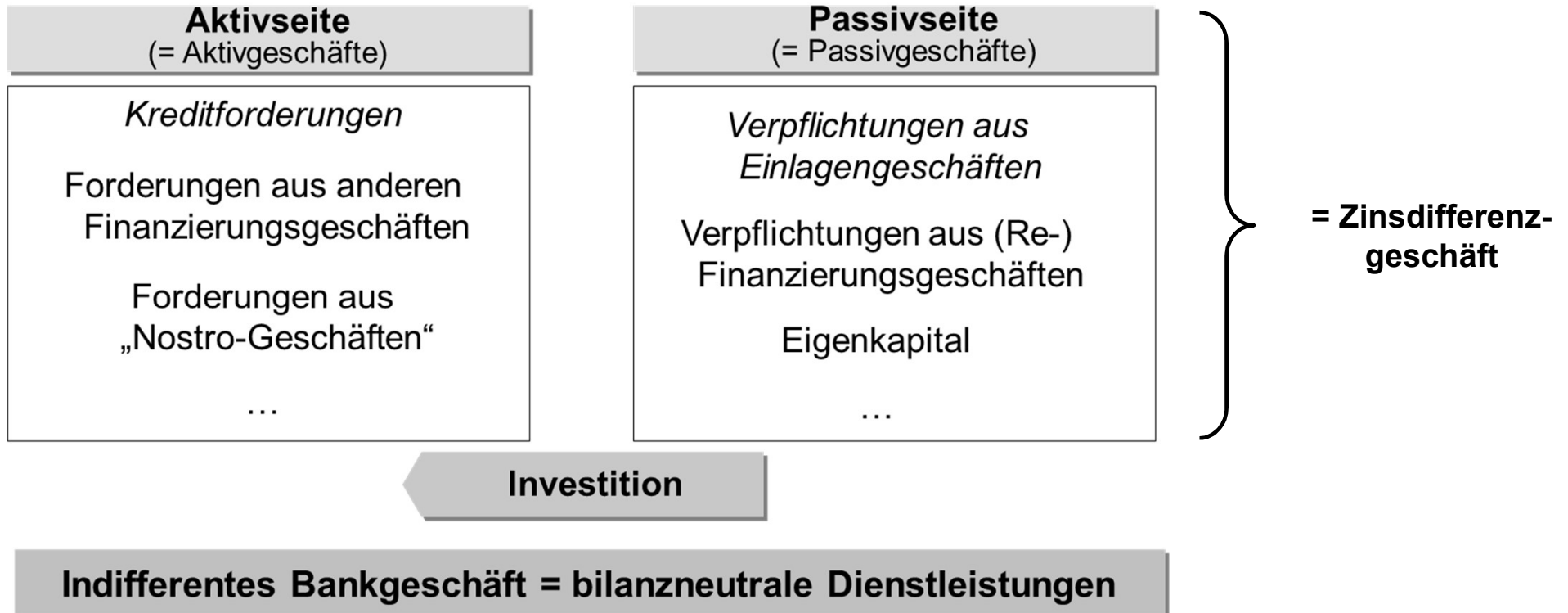
2.1 Kreditgeschäft

2.2 Einlagengeschäft

2.3 Einlagensicherung

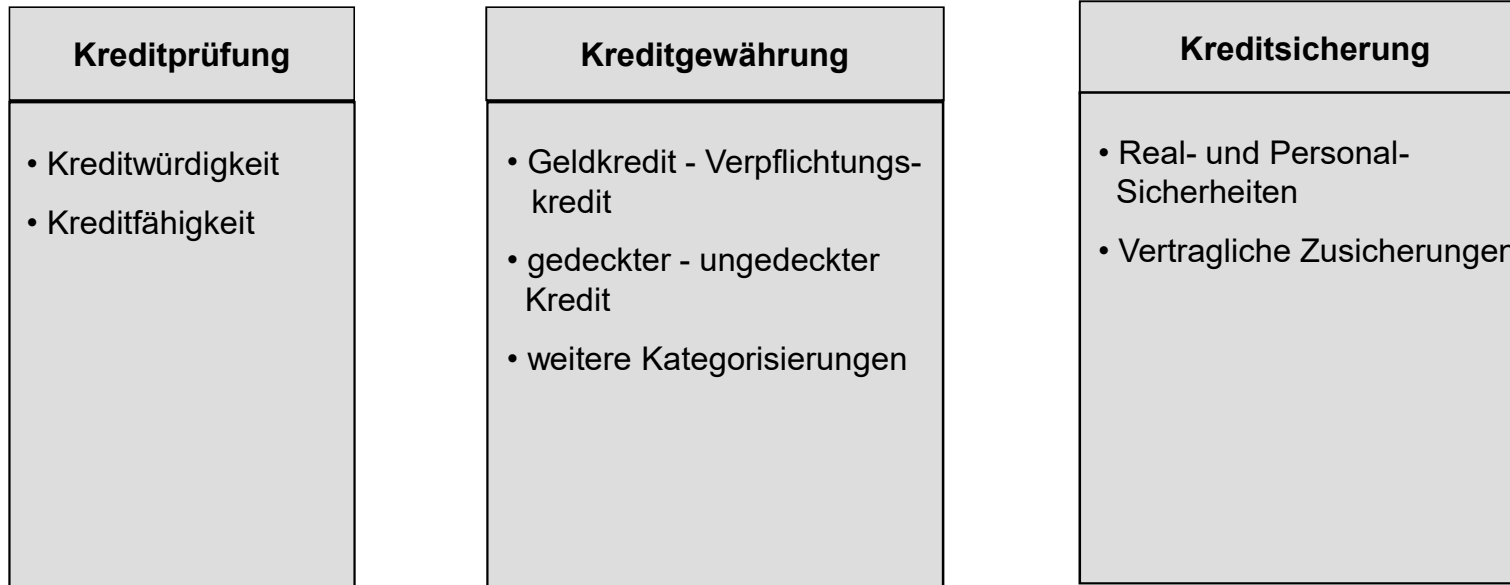


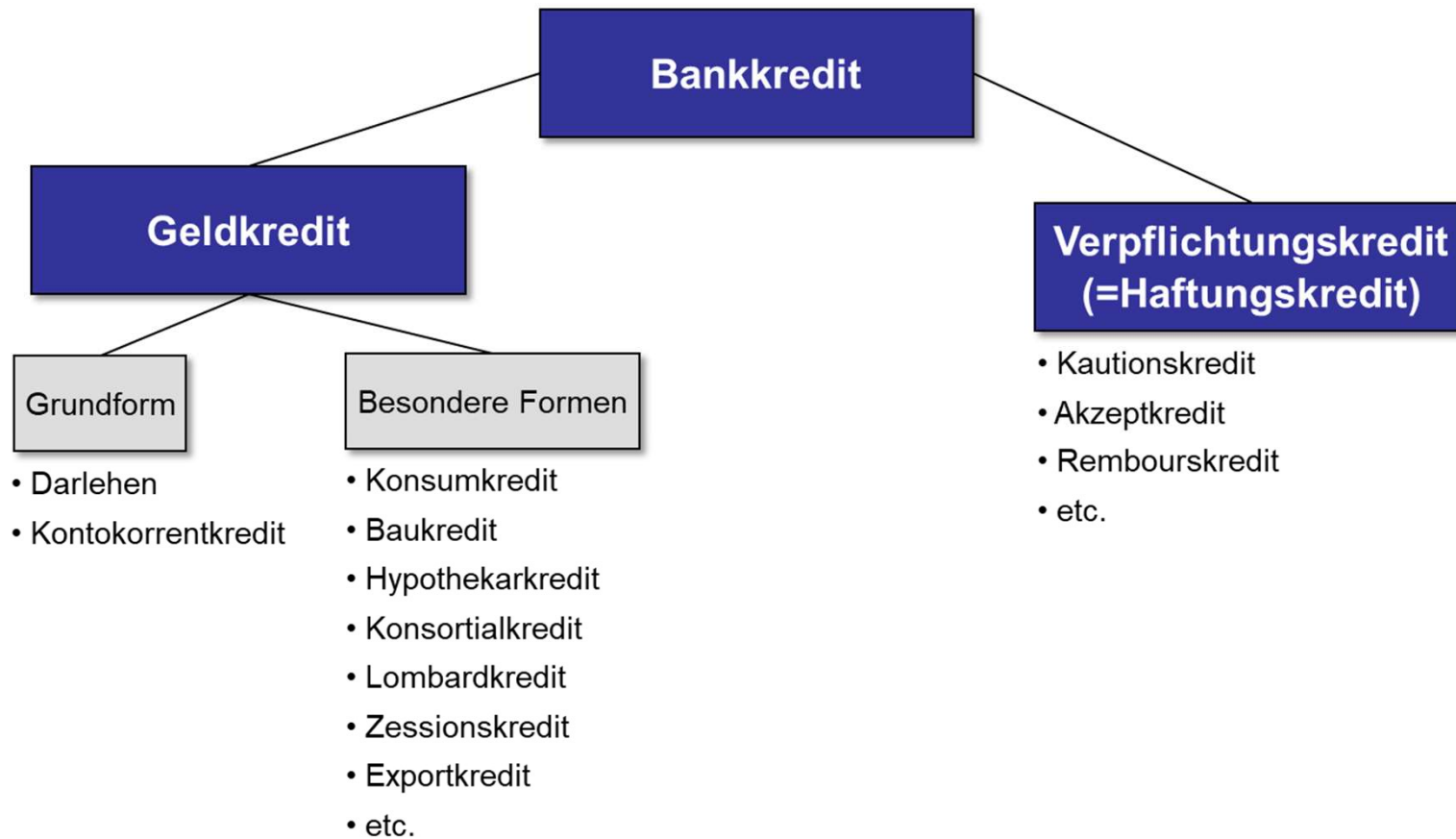
Aktiv- und Passivgeschäft: Überblick





Kreditgeschäft (= Aktivgeschäft)







Kreditsicherung

Sicherheiten

• **Personalsicherheiten (zusätzliches Haftungssubjekt):**

- Bürgschaft
- Garantie
- Kumulative Schuldübernahme
- Patronatserklärungen

• **Realsicherheiten (zusätzliches Haftungsobjekt):**

- Vollrecht (Sicherungsübereignung, Sicherungszession)
- Pfandrecht (Grundpfandrecht, Fahrnispfandrecht)

Vertragliche Zusicherungen

- Ausschlussklausel
- Nachgangserklärung und Rangrücktritt
- Negativklausel
- Pari Passu-Klausel
- Finanzielle Zusicherungen
- Verzugsklauseln (Default-Klauseln)
- Weitere



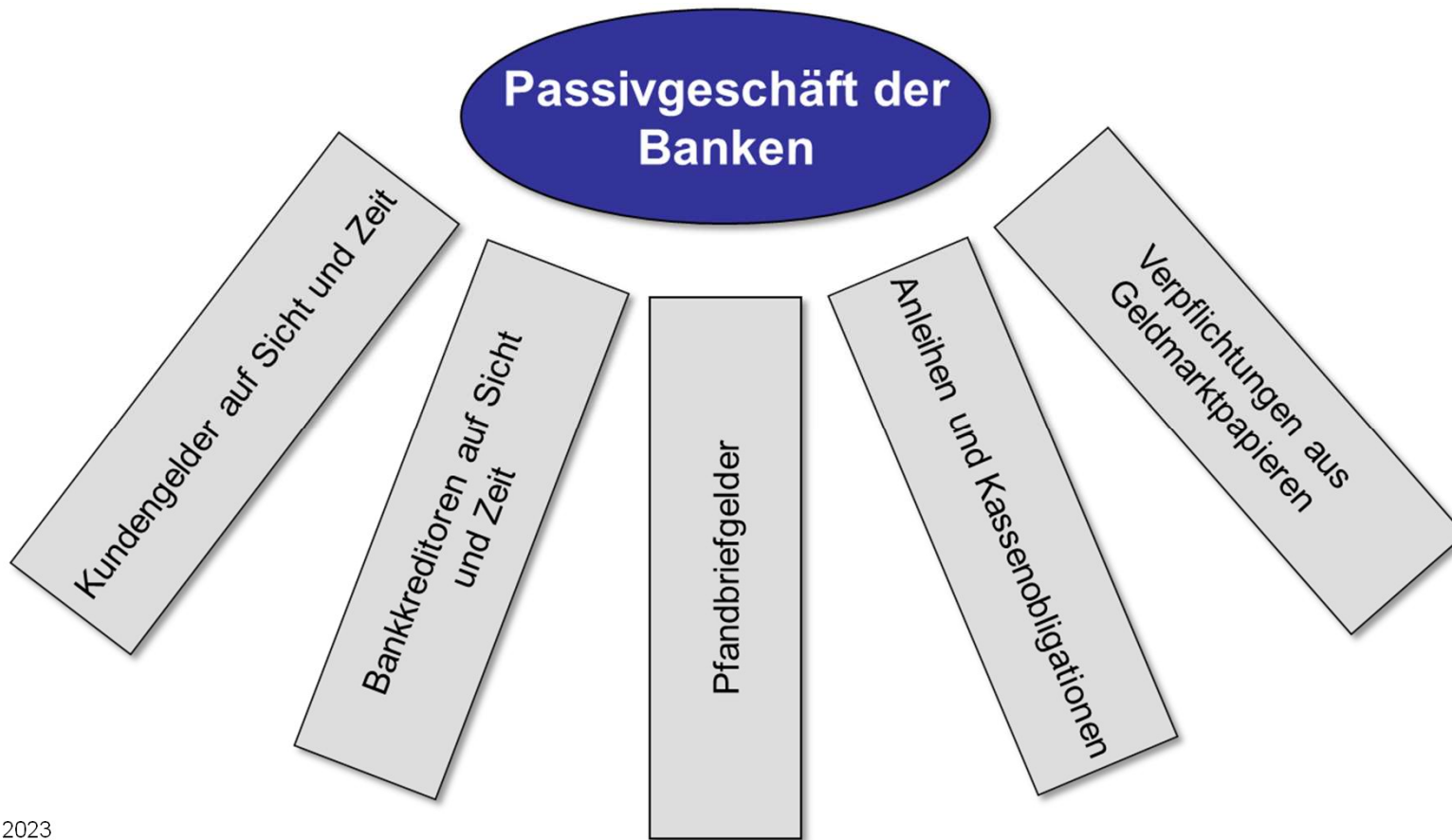
Einlagengeschäft (= Passivgeschäft)

Begriff

- Passivgeschäft = gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen für eigene Rechnung der Bank
- Art. 1 Abs. 2 BankG verbietet die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch natürliche und juristische Personen, die nicht dem BankG unterstehen

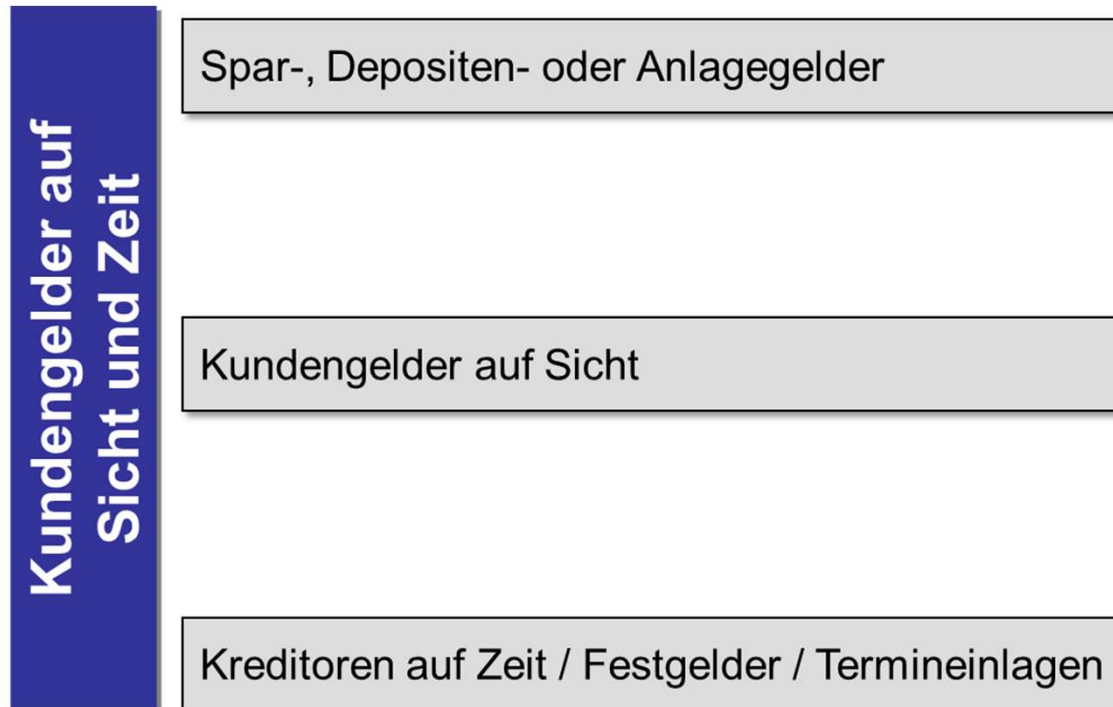


Einlagengeschäft (= Passivgeschäft)





Einlagengeschäft (= Passivgeschäft)





Einlagensicherung

Zweck

- Schutz der Einleger im Konkurs einer Bank
- Verhinderung von Bank Run und Ansteckungsgefahr bei Bankkrisen

Dreistufiges Schutzsystem

- **1. Stufe:**
 - Sofortige Auszahlung privilegierter Einlagen aus den verfügbaren liquiden Aktiven (Art. 37b Abs. 1 BankG)
 - «Privilegiert» sind Einlagen bis zu CHF 100'000 pro Gläubiger und Bank (Art. 37a Abs. 1 BankG)
 - Banken müssen im Umfang von 125 Prozent ihrer privilegierten Einlagen ständig inländisch gedeckte Forderungen oder übrige in der Schweiz belegene Aktiven halten



Einlagensicherung

- **2. Stufe (Einlagensicherung i.e.S.):**
 - Reichen die verfügbaren Aktiven nicht aus, greift für «gesicherte Einlagen» die Einlagensicherung i.e.S.
 - Als «gesichert» gelten die privilegierten Einlagen nach Art. 37a Abs. 1 BankG bei schweizerischen Geschäftsstellen (Art. 37h Abs. 1 BankG)
 - Die Banken sind verpflichtet, die Einlagensicherung mittels Selbstregulierung zu regeln. Diese muss die in Art. 37h Abs. 3 BankG genannten Anforderungen erfüllen und bedarf der Genehmigung der FINMA (Art. 37h Abs. 2 BankG)
 - Die Einlagensicherung wird durch den Verein «esisuisse» wahrgenommen.



Einlagensicherung

- Die Selbstregulierung muss u.a. vorsehen (Art. 37h Abs. 3 BankG):
 - Auszahlung der gesicherten Einlagen innert 7 Tagen
 - Deckungsgrad von insgesamt 1,6 % der Gesamtsumme der gesicherten Einlagen, mindestens aber CHF 6 Mia.
 - Hinterlegung der Hälfte der Beitragsverpflichtung der Banken gegenüber Einlagensicherung in Wertschriften oder bar bei Verwahrungsstelle
- **3. Stufe:**
 - «Privilegierte Einlagen» i.S.v. Art. 37a Abs. 1 BankG, die auf Stufe 1 und 2 nicht gedeckt werden, sind im Konkurs privilegiert; sie werden der zweiten Klasse nach Art. 291 Abs. 4 SchKG zugewiesen



Einlagensicherung

- Nicht privilegierte Einlagen (z.B. solche über CHF 100'000) fallen in die dritte Konkursklasse
- Konkursprivilegiert sind zudem Einlagen bei Vorsorgestiftungen i.S.v. Art. 82 BVG und Guthaben bei Freizügigkeitsstiftungen (Art. 37a Abs. 5 BankG)

Depotwerte

- Depotwerte sind *nicht* Teil der Einlagensicherung
- Depotwerte gem. Art. 16 BankG werden im Konkurs der Bank von Amtes wegen abgesondert (Art. 37d BankG i.V.m. Art. 17 f. BEG)



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

3. Indifferente Bankgeschäfte

3.1 Vermögensverwaltung

3.2 Anlageberatung

3.3 Execution Only

3.4 Übrige indifferente Bankgeschäfte (Überblick)



Indifferente Bankgeschäfte (Überblick)

Indifferentes Bankgeschäft = bilanzneutrales Bankgeschäft

Bestandteile

Vermögensverwaltung

Anlageberatung

Execution Only

Depotgeschäft

Schrankfachgeschäft (Banksafe)

Finanzplanung (Wealth Management)

Investment Banking

Zahlungsverkehr



Abgrenzung Vermögensverwaltung/Anlageberatung/Execution Only

Unterscheidung nach Art/Intensität der Dienstleistung

- Vermögensverwaltung
- Anlageberatung
- Execution Only (reine Konto-/Depotbeziehung)

Rechtsfolgen der Unterscheidung

- Unterschiedliche vertragliche Pflichten
- Unterschiedliche aufsichtsrechtliche Pflichten



Vermögensverwaltung

Vermögensverwaltung	Vermögensverwaltungsvertrag	<ul style="list-style-type: none">▪ Begriff / Merkmale▪ Rechtsnatur▪ Form
	Richtlinien der SBVg	
	Pflichten der Bank	<ul style="list-style-type: none">▪ Zivilrecht▪ Aufsichtsrecht
	Erscheinungsformen	
	Anlageinstrumente / Produkte	<ul style="list-style-type: none">▪ herkömmliche▪ neuere
	Haftung der Bank	



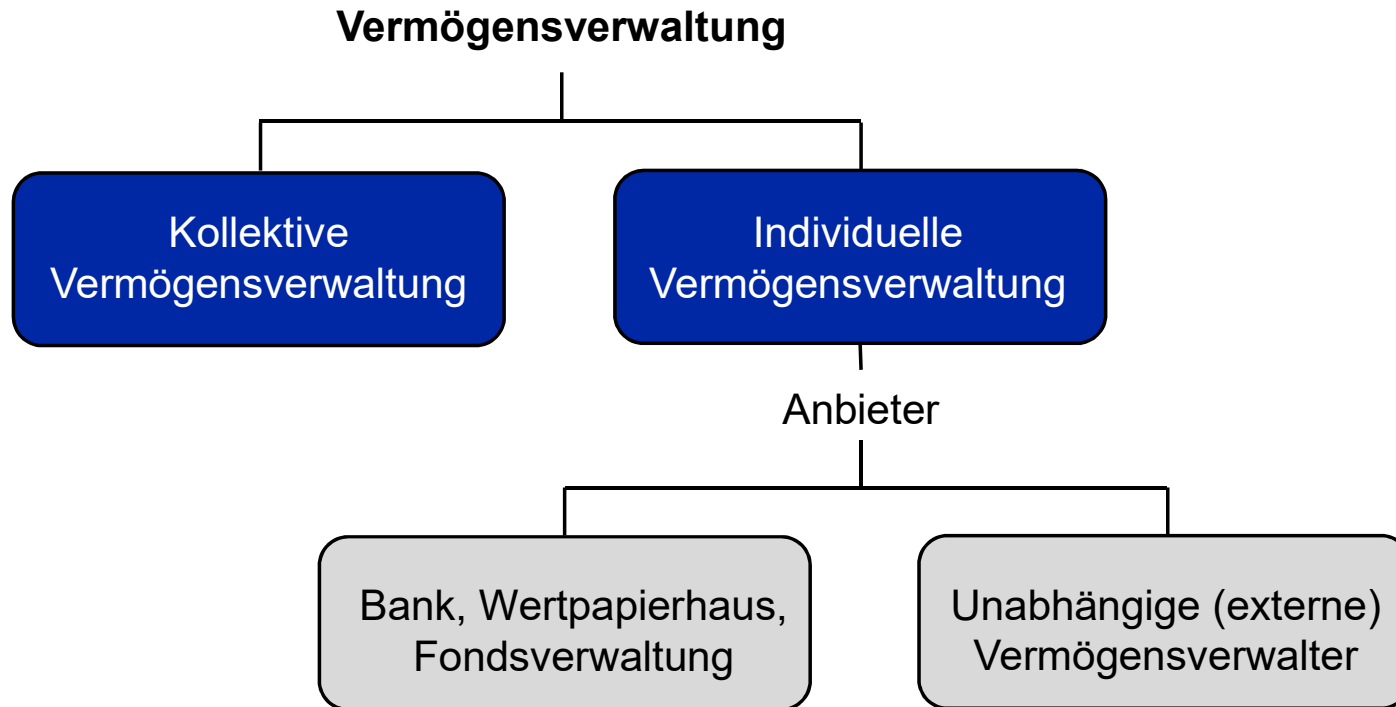
Vermögensverwaltung

Überblick

- Vermögensverwalter verpflichtet sich, das Vermögen des Kunden (oder Teile davon) nach der mit dem Kunden festgelegten Anlagestrategie zu verwalten, das Portfolio dauerhaft zu überwachen und, wenn nötig, umzuschichten
- Kunde erteilt dem VV die Vollmacht, alle Handlungen auszuführen, die im Rahmen der üblichen Vermögensverwaltung als zweckmässig erachtet werden → Ermessensspielraum
- Die Anlageentscheide werden exklusiv durch den VV ohne vorherige Rücksprache mit dem Kunden gefällt → Unterschied zur Anlageberatung
- Keine Haftung für einen Anlageerfolg, sondern nur für eine sorgfältige Auswahl der Finanzinstrumente und Überwachung des Kundendepots

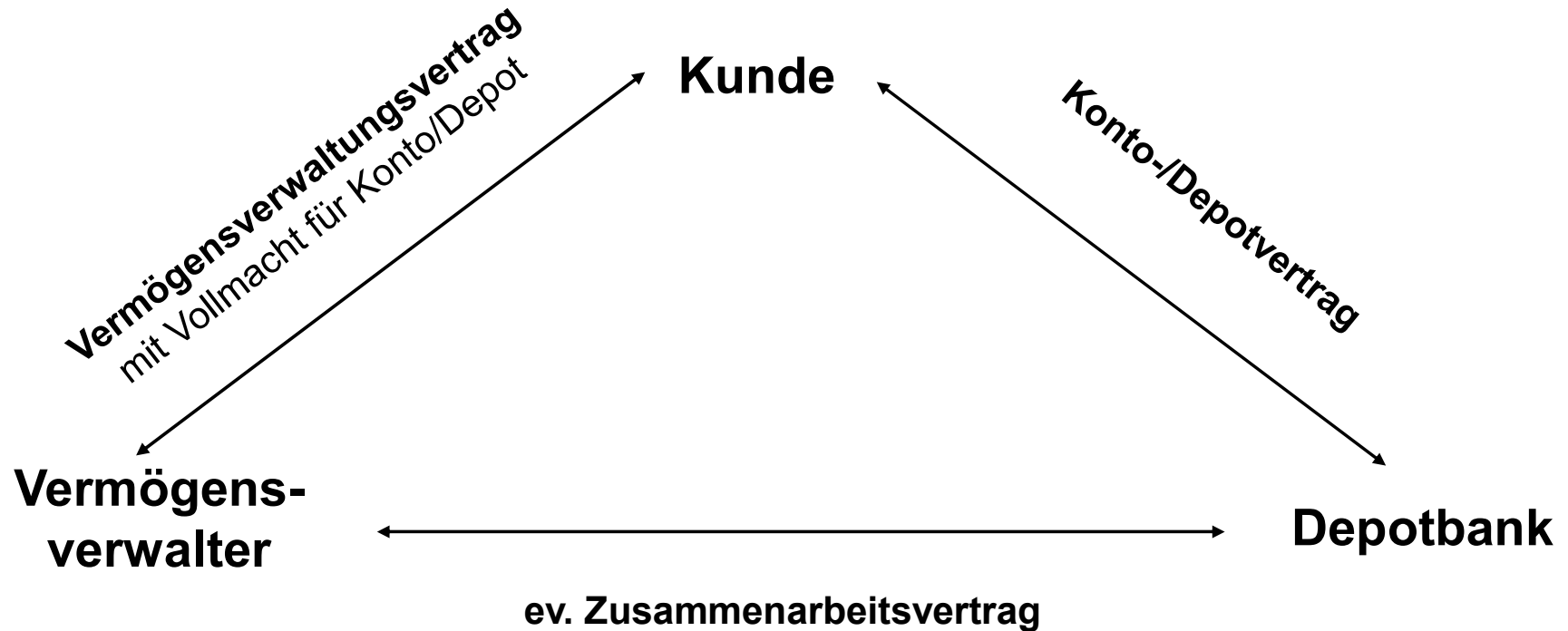


Vermögensverwaltung





Vermögensverwaltung: UVV als Anbieter





Anlageberatung

Anlageberatung	Anlageberatungs- vertrag	<ul style="list-style-type: none">▪ Begriff / Merkmale▪ Rechtsnatur▪ Form
	Pflichten der Bank	<ul style="list-style-type: none">▪ Zivilrecht▪ Aufsichtsrecht
	Erscheinungsformen	
	Anlageinstrumente / Produkte	<ul style="list-style-type: none">▪ herkömmliche▪ neuere
	Haftung der Bank	



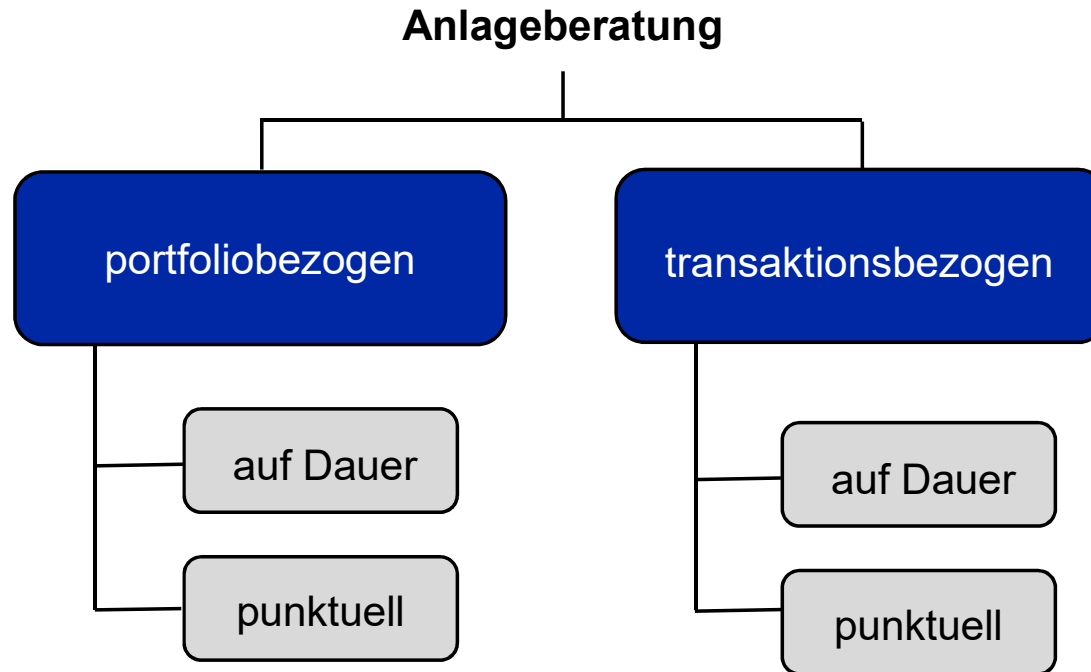
Anlageberatung

Überblick

- Anlageberatung = Beratung des Kunden mit Blick auf die Anlage in Finanzinstrumente
- Pflicht, das Anlageziel des Kunden mit einer sorgfältigen Beratung anzustreben, aber keine Haftung für einen bestimmten Anlageerfolg
- Unterscheidung in
 - transaktionsbezogene Anlageberatung (Art. 11 FIDLEG)
 - portfoliobezogener Anlageberatung (Art. 12 FIDLEG)
- Unterscheidung in
 - punktuelle Anlageberatung (ohne Überwachung des Kundendepots)
 - Daueranlageberatung (mit Überwachung des Kundendepots)



Anlageberatung





Execution Only

Überblick

- «Execution-Only» = Reine Konto-/Depotbeziehung.
- Die Aufgabe des Finanzdienstleisters beschränkt sich darauf, die Aufträge des Kunden als Kommissionsgeschäft, Kommissionsgeschäft mit Selbsteintritt oder Kauf (Festpreisgeschäft) auszuführen
- *Keine* Pflicht zur generellen Interessenwahrung
- *Keine* Angemessenheitsprüfung (anders in der EU)
- *Keine* allgemeine Beratungspflicht
 - *Ausnahmen:* Aufklärung auf Verlangen des Kunden; Warnpflicht, wenn Kunde Risiko nicht erkennt; Beratungspflicht, wenn Kunde unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf; erhöhte Aufklärungspflicht bei kreditfinanzierten Anlagegeschäften



Abgrenzung Vermögensverwaltung/Anlageberatung/Execution Only

	Anlage- entscheid	Überwachungs- pflicht	Eignungs- oder Angemessen- heitsprüfung
Vermögensverwaltung	VV	ja	E
Punktuelle transaktionsbezogene Anlageberatung	Kunde	nein	A
Punktuelle portfoliobezogene Anlageberatung	Kunde	nein	E
Dauerhafte transaktionsbezogene Anlageberatung	Kunde	ja	A
Dauerhafte portfoliobezogene Anlageberatung	Kunde	ja	E
Execution-Only-Geschäft	Kunde	nein	--



Übrige indifferente Bankgeschäfte (Überblick)

Indifferentes Bankgeschäft = bilanzneutrales Bankgeschäft

Bestandteile

Vermögensverwaltung

Anlageberatung

Execution Only

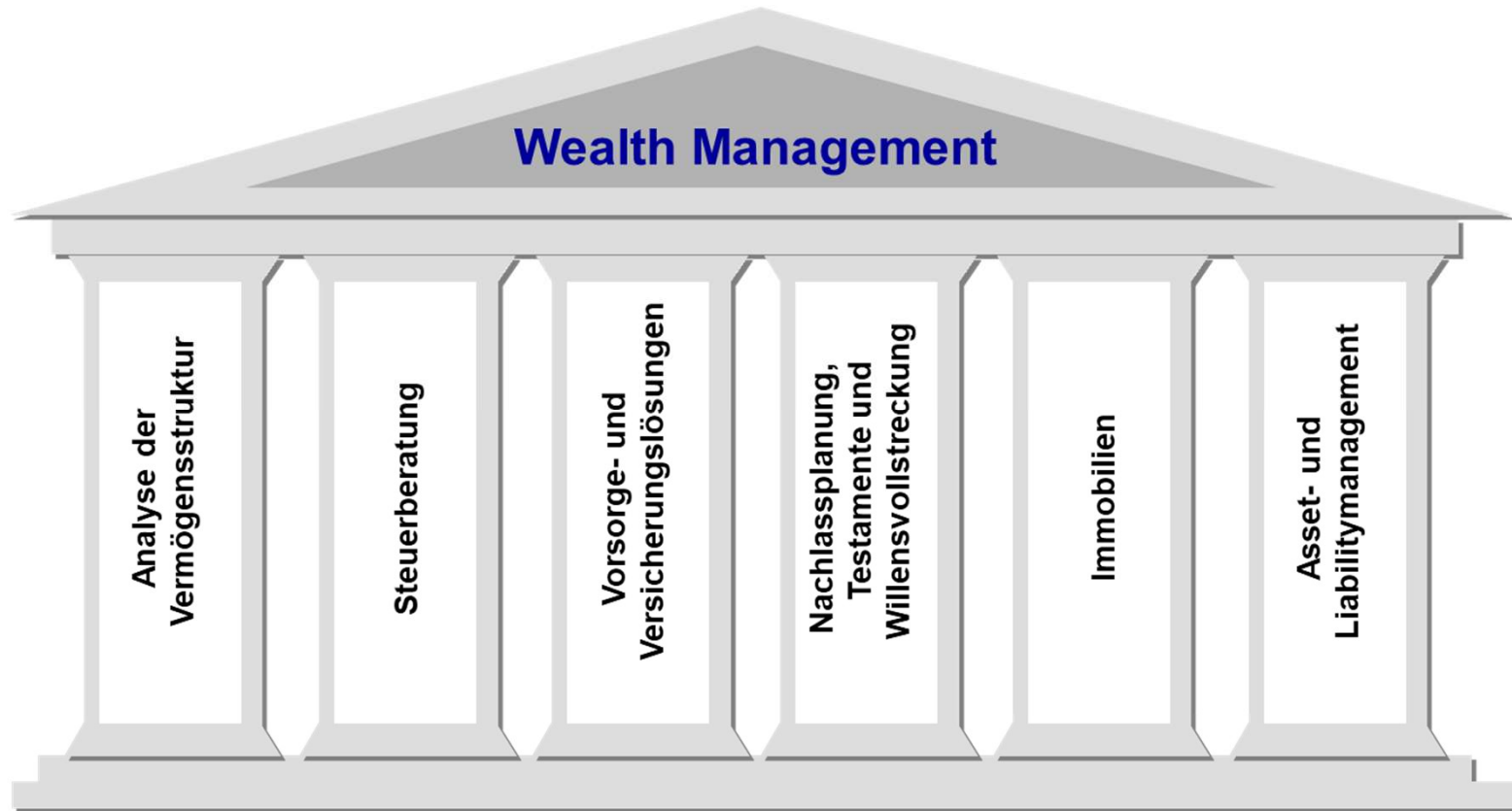
Depotgeschäft

Schrankfachgeschäft (Banksafe)

Finanzplanung (Wealth Management)

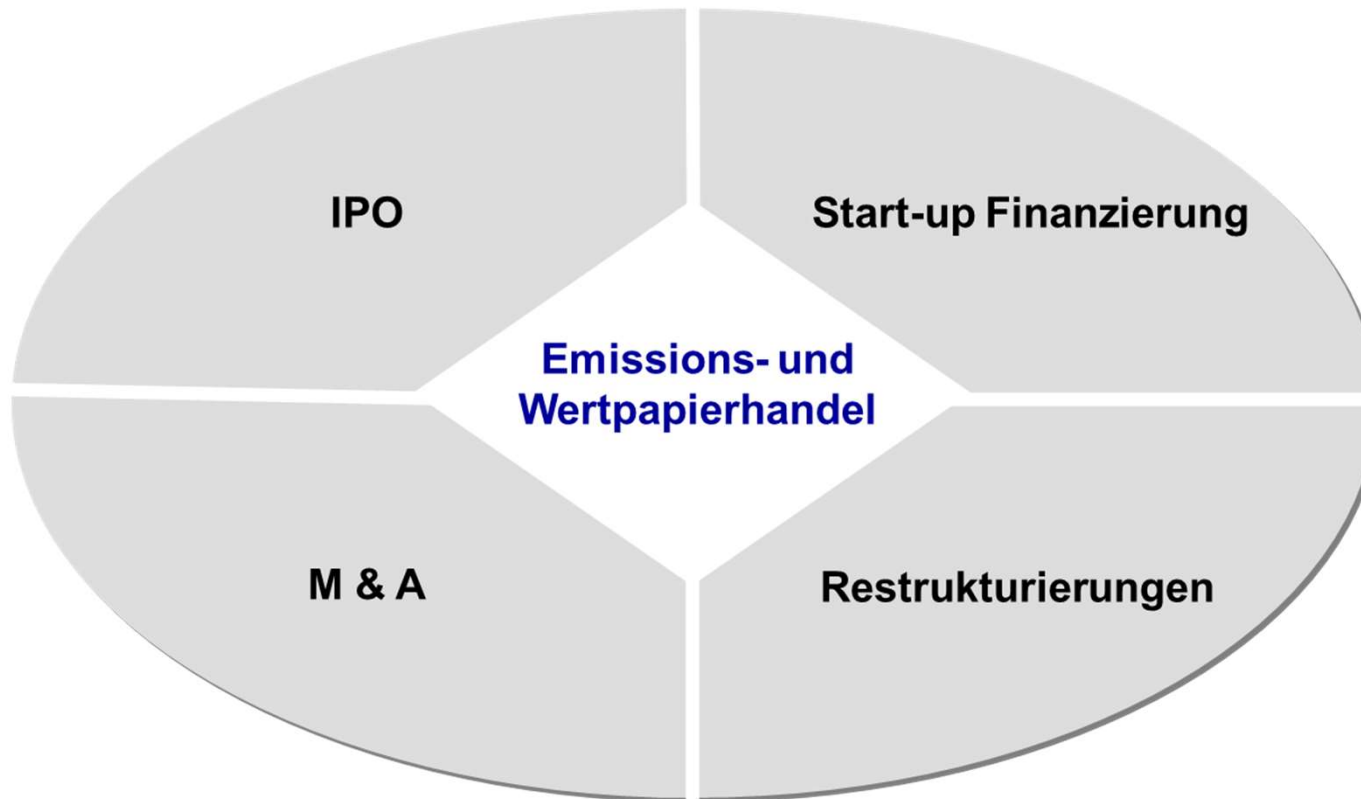
Investment Banking

Zahlungsverkehr





Investment Banking





Zahlungsverkehr

Präsenz-Zahlung

Barzahlung bzw. –bezug am Schalter oder Bankomat

Check- und Wechselinkasso

Debitkarte («pay now») und Kreditkarte («pay later»)

Distanz-Zahlung

Banküberweisung

SIC, euroSIC und SEPA

E- Banking



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

4. Aufsichts- und zivilrechtliche Verhaltenspflichten der Bank

4.1 Geltungsbereich des FIDLEG

4.2 Rechtsnatur der FIDLEG-Verhaltenspflichten

4.3 Durchsetzung der FIDLEG-Verhaltenspflichten

4.4 Kundensegmentierung

4.5 Einzelne Verhaltenspflichten

4.6 Organisationspflichten



Geltungsbereich des FIDLEG

- Das FIDLEG enthält in Art. 7 ff. aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln für sämtliche Finanzdienstleister bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen
- **Finanzdienstleister** = Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbsmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt (Art. 3 lit. d FIDLEG; vgl. auch Art. 2 f. FIDLEV)
- **Finanzdienstleistungen** = die folgenden für Kunden erbrachten Tätigkeiten (Art. 3 lit. c FIDLEG; vgl. auch Art. 3 FIDLEV):
 1. Erwerb oder Veräusserung von Finanzinstrumenten
 2. Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben
 3. Vermögensverwaltung
 4. Anlageberatung
 5. Gewährung von Krediten für Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten



Rechtsnatur der FIDLEG-Verhaltenspflichten

- Verhaltenspflichten des FIDLEG sind nach h.L. öffentliches Recht (keine Doppelnormen). Sie greifen nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kunden ein
- Verhaltenspflichten des FIDLEG gelten weitgehend bereits gemäss dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR)
- Zivilrichter beurteilt das zivilrechtliche Verhältnis gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen; er kann zur Konkretisierung FIDLEG heranziehen → Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts
- Umgekehrt kann bei der Auslegung des FIDLEG auf parallele Pflichten aus dem Zivilrecht zurückgegriffen werden → umgekehrte Ausstrahlungswirkung



Durchsetzung der FIDLEG-Verhaltenspflichten

- Bei Banken überwacht die FINMA im Rahmen ihrer prudenziellen Aufsicht die Einhaltung der Verhaltenspflichten des FIDLEG (Art. 87 Abs. 1 FIDLEG)
- Die aufsichtsrechtlichen Sanktionen richten sich nach dem FINMAG (Art. 87 Abs. 2 FIDLEG)
- Die Strafbestimmungen von Art. 89–91 FIDLEG kommen bei Banken und Personen, die für sie tätig sind, *nicht* zur Anwendung, weil sie prudenziell beaufsichtigt sind (Art. 92 FINMAG)



Kundensegmentierung

Privatkunden (Art. 4 Abs. 2 FIDLEG)	Professionelle Kunden (Art. 4 Abs. 3 FIDLEG)	Institutionelle Kunden (Art. 4 Abs. 4 FIDLEG)
<ul style="list-style-type: none">• Alle Kunden, die keine professionellen Kunden sind	<ul style="list-style-type: none">• Finanzintermediäre• Versicherungsunternehmen• ausl. Kunden, die einer prud. Aufsicht unterstehen• Zentralbanken• öff.-rechtl. Körperschaften• Vorsorgeeinrichtungen• Unternehmen mit prof. Tresorerie• grosse Unternehmen• private Anlagestrukturen mit prof. Tresorerie	<ul style="list-style-type: none">• Finanzintermediäre• Versicherungsunternehmen• ausl. Kunden, die einer prud. Aufsicht unterstehen• Zentralbanken• nationale und supranationale öff.-rechtl. Körperschaften

- Möglichkeit zum Opting-out und Opting-in: Art. 5 FIDLEG



Kundensegmentierung

- Bei Geschäften mit *institutionellen Kunden* finden die Verhaltenspflichten des FIDLEG keine Anwendung (Art. 20 Abs. 1 FIDLEG)
- *Professionelle Kunden* können ausdrücklich darauf verzichten, dass Finanzdienstleister die Verhaltenspflichten nach den Art. 8, 9, 15 und 16 FIDLEG anwenden (Art. 20 Abs. 2 FIDLEG)
- Keine gesetzliche Ausnahme ist für *Privatkunden* vorgesehen. Entsprechend können diese *nicht* auf die Anwendung der Verhaltenspflichten des FIDLEG verzichten, weil das Aufsichtsrecht zwingend ist



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

4. Aufsichts- und zivilrechtliche Verhaltenspflichten der Bank

4.5 Einzelne Verhaltenspflichten

4.5.1 Informationspflicht

4.5.2 Sorgfaltspflicht

4.5.3 Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung

4.5.4 Treuepflicht

4.5.5 Retrozessionen im Besonderen

4.5.6 Dokumentations- und Rechenschaftspflicht



Informationspflicht

- Information der Kunden über (Art. 8 Abs. 1 FIDLEG):
 - Namen, Adresse, Tätigkeitsfeld und Aufsichtsstatus
 - Möglichkeit zu Verfahren vor Ombudsstelle
 - allgemeine Risiken von Finanzinstrumenten
- sowie über (Art. 8 Abs. 2 FIDLEG):
 - die persönlich empfohlene Finanzdienstleistung und die damit verbundenen Risiken und Kosten
 - die im Zusammenhang mit der angebotenen Finanzdienstleistung bestehenden wirtschaftlichen Bindungen an Dritte
 - das bei der Auswahl der Finanzinstrumente berücksichtigte Marktangebot



Informationspflicht

- Privatkunden muss bei der Anlageberatung zusätzlich ein Basisinformationsblatt (BIB) ausgehändigt werden. Sofern ein solches ohnehin vorhanden ist, muss es auch Kunden im Execution-Only-Geschäft zur Verfügung gestellt werden (Art. 8 Abs. 3 und 4 FIDLEG)
- Der Kunde muss vor Abschluss des Vertrags oder vor Erbringen der Dienstleistung informiert werden (Art. 9 Abs. 1 FIDLEG)
- Die Informationen können in standardisierter Form auf Papier oder elektronisch zur Verfügung gestellt werden (Art. 9 Abs. 3 FIDLEG)
- Die gleichen Informationspflichten ergeben sich *zivilrechtlich* aus dem Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrag (Art. 398 Abs. 2 OR), wobei diese u.U. noch weitergehen können



Sorgfaltspflicht – Allgemein

- Der Entwurf des FIDLEG sah eine allgemeine Sorgfaltspflicht vor (Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG)
- Das Parlament hat diese mit der Begründung gestrichen, dass es sich hierbei um eine Selbstverständlichkeit handle
- Problem: FINMA braucht aufgrund des Legalitätsprinzips eine gesetzliche Grundlage zum Einschreiten → Jetzt muss sie auf den Gewährsartikel zurückgreifen
- *Zivilrechtlich* ergibt sich die allgemeine Sorgfaltspflicht aus Art. 398 Abs. 2 OR

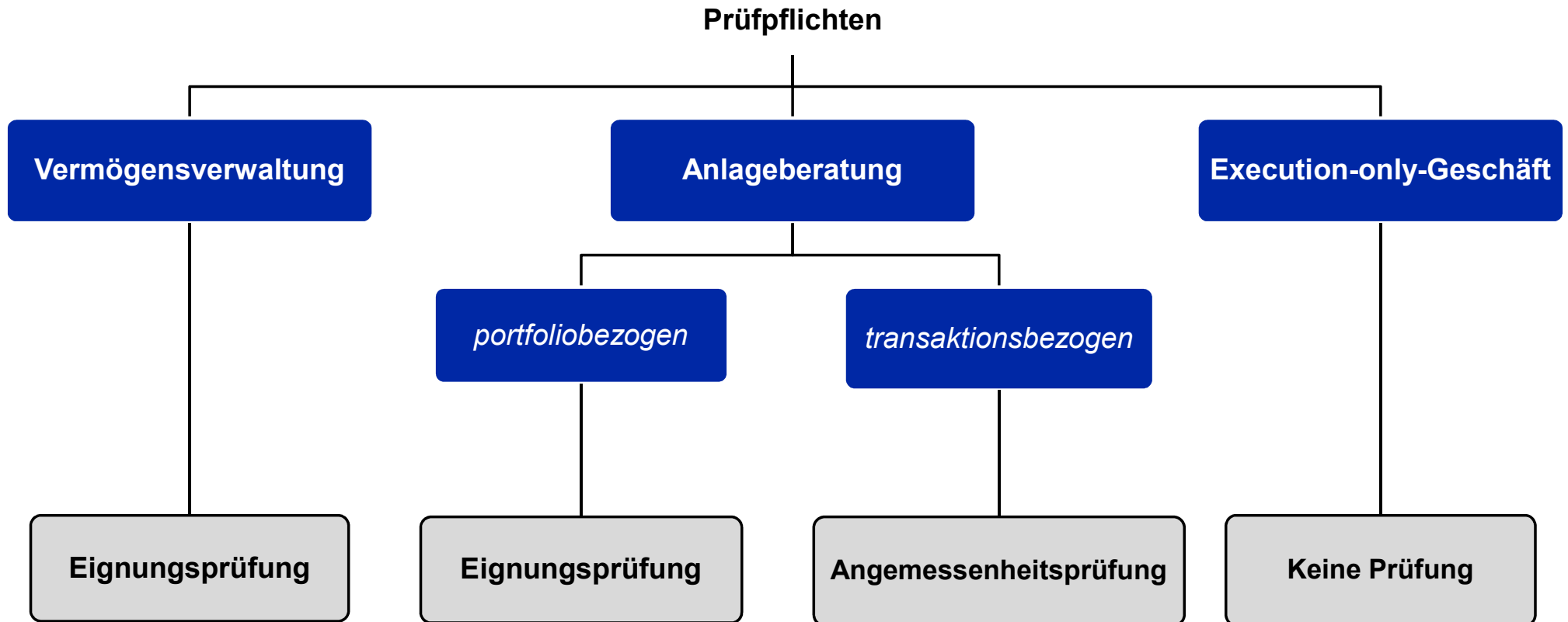


Sorgfaltspflicht – «Best Execution»

- Bei der Ausführung der Kundenaufträge muss das bestmögliche Ergebnis in finanzieller, zeitlicher und qualitativer Hinsicht erreicht werden («best execution»; Art. 18 FIDLEG)
- *Zivilrechtlich* ergibt sich die Pflicht zur «best execution» aus Art. 398 Abs. 2 OR



Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung





Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung

Vermögensverwaltung oder portfoliobezogene Anlageberatung

- Pflicht zur Eignungsprüfung (Art. 12 FIDLEG)
- Erkundigung nach
 - finanziellen Verhältnissen (vgl. Art. 17 Abs. 1 FIDLEV)
 - Anlagezielen (vgl. Art. 17 Abs. 1 FIDLEV)
 - Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden, wobei mangelnde Kenntnisse durch Aufklärung kompensiert werden können (Art. 14 Abs. 3 FIDLEG)
- Gestützt auf die eingeholten Informationen muss der Finanzdienstleister für den Kunden ein Risikoprofil erstellen. Bei Vermögensverwaltungsmandaten und dauernden Beratungsverhältnissen vereinbart er gestützt darauf mit dem Kunden eine Anlagestrategie (Art. 17 Abs. 3 FIDLEV)
- Die für den Kunden ausgewählten bzw. zu empfehlenden Finanzinstrumente müssen gestützt auf die Anlagestrategie geeignet sein



Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung

Transaktionsbezogene Anlageberatung

- Pflicht zur Angemessenheitsprüfung (Art. 11 FIDLEG)
- Erkundigung nach den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden
- Der Finanzdienstleister darf nur solche Transaktionen empfehlen, die den Kenntnissen des Kunden entsprechen. Mangelnde Kenntnisse können durch Aufklärung kompensiert werden (Art. 14 Abs. 3 FIDLEG)

Execution-Only-Geschäft

- Keine Prüfpflicht (Art. 13 Abs. 1 FIDLEG)
- Kunde ist über diese Tatsache zu informieren (Art. 13 Abs. 2 FIDLEG)



Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung

Ausnahmen bei professionellen Kunden

- Bei professionellen Kunden kann der Finanzdienstleister davon ausgehen, dass diese über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen und die mit der Finanzdienstleistung einhergehenden Anlagerisiken finanziell tragbar sind (Art. 13 Abs. 3 FIDLEG)
- Daraus folgt:
 - Bei der Vermögensverwaltung und der portfoliobezogenen Anlageberatung muss im Rahmen der Eignungsprüfung nur nach den Anlagezielen gefragt werden
 - Bei der transaktionsbezogenen Anlageberatung entfällt die Angemessenheitsprüfung ganz



Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung

Nicht beurteilbare oder fehlende Angemessenheit oder Eignung

- Reichen die vom Kunden erhaltenen Informationen nicht aus für eine Prüfung der Angemessenheit oder Eignung, muss der Finanzdienstleister den Kunden darauf hinweisen, dass die Prüfung nicht vorgenommen werden kann (Art. 14 Abs. 1 FIDLEG)
- Ist die Eignung oder Angemessenheit nicht gegeben, muss der Finanzdienstleister dem Kunden von der Dienstleistung bzw. Transaktion abraten (Art. 14 Abs. 2 FIDLEG)
- Will der Kunde trotz Abratens eine Dienstleistung in Anspruch nehmen bzw. eine Transaktion durchführen, darf der Finanzdienstleister dies tun



Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung

Zivilrechtliche Pflichten

- Das Zivilrecht kennt die Unterscheidung zwischen portfolio- und transaktionsbezogener Anlageberatung nicht
- Zivilrechtlich ergibt sich aus Art. 398 Abs. 2 OR grds. bei der Vermögensverwaltung und jeder Form der Anlageberatung eine Pflicht zur Durchführung einer Eignungsprüfung
- Bei reinen Execution-Only-Geschäften besteht zivilrechtlich keine Erkundigungspflicht des Finanzdienstleisters. Ausnahmsweise bejaht wird jedoch eine Aufklärungspflicht auf Verlangen des Kunden oder bei Vorliegen besonderer Umstände (offensichtlich erkennbare Aufklärungsbedürftigkeit, Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses)



Treuepflicht

Überblick

- Der Entwurf des FIDLEG sah eine allgemeine Treuepflicht vor (Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG)
- Das Parlament hat diese mit der Begründung gestrichen, dass es sich hierbei um eine Selbstverständlichkeit handle (s. bereits oben zur Sorgfaltspflicht)
- *Zivilrechtlich* ergibt sich die allgemeine Treuepflicht aus Art. 398 Abs. 2 OR
- Die Treue- bzw. Interessenwahrungspflicht hat zwei Komponenten:
 - Pflicht zur aktiven Wahrung der Kundeninteressen
 - Pflicht zur Unterlassung von allem, was Kundeninteressen schadet, insb. Vermeidung von Interessenkonflikten
- Auch ohne allgemeine aufsichtsrechtliche Treuepflicht sind diese Komponenten in verschiedenen Regelungen des FIDLEG enthalten (s. nächste Folien)



Treuepflicht

Pflicht zur aktiven Wahrung der Kundeninteressen, z.B.:

- Finanzdienstleister müssen bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Prinzip der Gleichbehandlung beachten (Art. 17 Abs. 1 FIDLEG)
- Finanzdienstleister dürfen bei der Vermögensverwaltung nur Produkte ins Portfolio nehmen bzw. bei der Anlageberatung nur Produkte empfehlen, die dem Kundenprofil und der Anlagestrategie entsprechen (Art. 11 und 12 FIDLEG)
- Aus der zivilrechtlichen Treuepflicht von Art. 398 Abs. 2 OR ergibt sich die generelle Pflicht des Finanzdienstleisters, alles zu tun, um die Interessen des Kunden aktiv zu wahren. Das Kundeninteresse hat Vorrang vor den (Provisions-)Interessen der Bank



Treuepflicht

Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten

- Interessenkonflikte im Sinne des FIDLEG liegen gem. Art. 24 FIDLEV insbesondere vor, wenn der Finanzdienstleister:
 - unter Verletzung von Treu und Glauben zulasten von Kunden für sich einen finanziellen Vorteil erzielen oder einen finanziellen Verlust vermeiden kann
 - am Ergebnis einer für Kunden erbrachten Finanzdienstleistung ein Interesse hat, das demjenigen der Kunden widerspricht
 - bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen einen finanziellen oder sonstigen Anreiz hat, die Interessen von bestimmten Kunden über die Interessen anderer Kunden zu stellen
 - unter Verletzung von Treu und Glauben von einem Dritten in Bezug auf eine für den Kunden erbrachte Finanzdienstleistung einen Anreiz in Form von finanziellen oder nicht-finanziellen Vorteilen oder Dienstleistungen entgegennimmt



Treuepflicht

Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten

Art. 25 FIDLEG und Art. 25 ff. FIDLEV sehen eine Kaskade vor:

1. Verhaltens- und Organisationspflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten (s. nächste Folie)
2. Bei Interessenkonflikten zwischen Finanzdienstleister und Kunden → Auflösung zugunsten des Kunden
3. Wenn keine Auflösung möglich ist → Aufklärung des Kunden (Art. 25 Abs. 2 FIDLEG)
4. Ist eine Aufklärung nicht möglich (z.B. wegen Bankgeheimnis oder Insiderwissen) → vom Geschäft Abstand nehmen



Treuepflicht

Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten

Organisatorische Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten (Art. 25 und 27 FIDLEG; Art. 25 ff. FIDLEV):

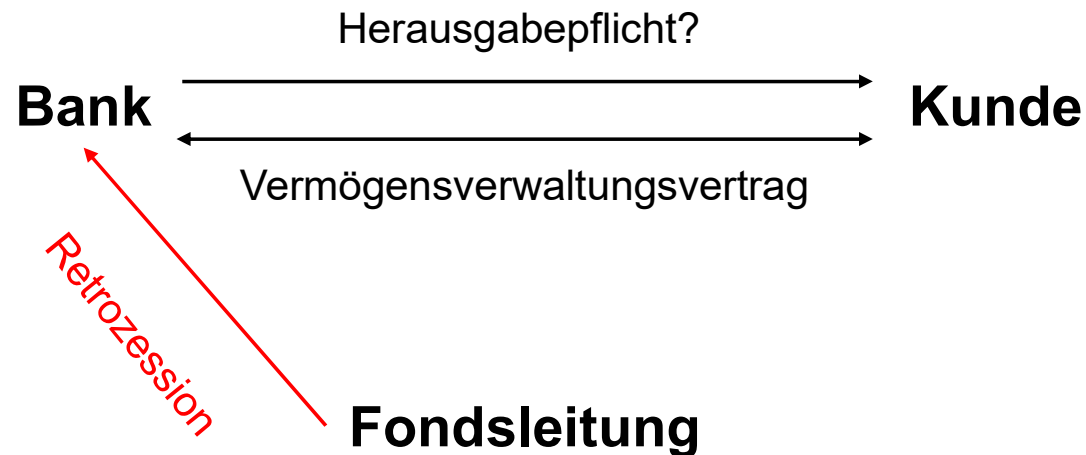
- Systematische Erfassung von Konfliktsituationen
- Trennung Handel/Vermögensverwaltung
- Funktionale Trennung Eigenhandel/Kundenhandel
- Interne Begrenzung des Informationsflusses (sog. «Chinese Walls»)
- Interne Regelungen für Mitarbeitergeschäfte (Art. 27 FIDLEG)
- Ausgestaltung des Vergütungssystems
- Unabhängigkeit der Finanzanalyse-Abteilung von anderen Abteilungen (vgl. Richtlinie der SBVg zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalyse)



Retrozessionen im Besonderen

Begriff

- Retrozessionen sind Entschädigungen, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung von Dritten zufließen (vgl. Art. 26 Abs. 3 FIDLEG)
- Beispiel:





Retrozessionen im Besonderen

Zivilrechtliche Beurteilung

Herausgabepflicht

- Nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen Retrozessionen gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR dem Kunden herausgegeben werden, sofern der Kunde nicht gültig auf die Herausgabe verzichtet hat (BGE 132 III 460, 137 III 393, 138 III 755, 143 III 348)

Anforderungen an gültigen Verzicht

- Das Bundesgericht stellt folgende Anforderungen an einen gültigen Verzicht:
 - Der Kunde muss die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Hierzu gehören zumindest die Eckwerte der bestehenden Vereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Entschädigungen (BGE 137 III 393, E. 2.4)



Retrozessionen im Besonderen

- Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Retrozessionen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird (BGE 138 III 755, E. 6.3)

Erfasste Vertragsverhältnisse

- Die Beurteilung, ob es sich um herausgabepflichtige Zuwendungen handelt, kann nicht losgelöst vom konkreten Vertragsverhältnis erfolgen. Im Hinblick auf den Zweck der Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR ist anhand der Vertragspflichten zu untersuchen, ob die Retrozessionen die Besorgnis begründen, der Finanzdienstleister könnte die Interessen des Kunden nicht ausreichend wahrnehmen (BGE 138 III 755, E. 5.5)



Retrozessionen im Besonderen

Rechtsprechung des Bundesgerichts

Vermögensverwaltung	Pot. Interessenkonflikt und daher Herausgabepflicht (gültiger Verzicht vorbehalten); Leitentscheide: BGE 132 III 460, 137 III 393, 138 III 755, 143 III 348
Anlageberatung	Leitentscheide des BGer beziehen sich alle auf VV. Aber nach kant. Rspr. und h.L. wie bei VV (da ebenfalls pot. Interessenkonflikt)
Execution Only	? (offengelassen in BGE 138 III 755, E. 5.5; kant. Rspr. ist uneinheitlich)
Reiner Depotvertrag	?



Retrozessionen im Besonderen

Aufsichtsrechtliche Beurteilung

- Art. 26 FIDLEG soll die zivilrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts aufsichtsrechtlich nachvollziehen
- Gemäss Art. 26 Abs. 1 FIDLEG dürfen Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen Entschädigungen von Dritten nur annehmen, wenn sie:
 - die Kunden vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben und diese darauf verzichten; oder
 - die Entschädigung vollumfänglich an die Kunden weitergeben
- Gemäss Art. 26 Abs. 2 FIDLEG muss die Information der Kunden Art und Umfang der Entschädigung beinhalten und vor Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsabschluss erfolgen. Ist die Höhe des Betrags vorgängig nicht feststellbar, muss der Finanzdienstleister seine Kunden über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten informieren



Dokumentations- und Rechenschaftspflicht

Gemäss Art. 15 FIDLEG sind zu dokumentieren:

- die mit Kunden vereinbarten Finanzdienstleistungen und die über sie erhobenen Informationen
- beim «Execution-Only»-Geschäft die Warnung des Kunden, dass keine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung erfolgt
- bei Vermögensverwaltung und Anlageberatung die Tatsache, dass dem Kunden mangels Eignung oder Angemessenheit von der Dienstleistung abgeraten wurde
- die für den Kunden erbrachten Finanzdienstleistungen
- bei der Anlageberatung die Bedürfnisse der Kunden sowie die Gründe für jede Empfehlung



Dokumentations- und Rechenschaftspflicht

- Finanzdienstleister müssen ihren Kunden auf Anfrage eine Kopie der Dokumentation nach Art. 15 FIDLEG zustellen (Art. 16 Abs. 1 FIDLEG)
- Finanzdienstleister müssen auf Anfrage der Kunden Rechenschaft ablegen über (Art. 16 Abs. 2 FIDLEG):
 - die vereinbarten und erbrachten Finanzdienstleistungen
 - die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios
 - die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten

4. Aufsichts- und zivilrechtliche Verhaltenspflichten der Bank

4.6 Organisationspflichten



Organisationspflichten

- Das FIDLEG enthält in Art. 21–27 Pflichten, welche das Gesetz unter dem Kapitel „Organisation“ zusammenfasst
- Dabei handelt es sich in der Sache teilweise um eigentliche Verhaltenspflichten
- Zu den Pflichten in Bezug auf Interessenkonflikte (Art. 25–27 FIDLEG) s. vorne
- Zudem enthält das FIDLEG Regelungen in Bezug auf:
 - Angemessene Organisation (Art. 21 FIDLEG)
 - Mitarbeiter (Art. 22 FIDLEG)
 - Bezug Dritter (Art. 23 FIDLEG)
 - Dienstleisterketten (Art. 24 FIDLEG)



Inhaltsübersicht

Teil 3: Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde und Verhaltenspflichten
5. Insolvenzgefahr / Bankensanierung und Liquidation



Massnahmen bei Insolvenzgefahr

Überblick

- Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder erfüllt eine Bank die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist nicht, so kann die FINMA gemäss Art. 25 Abs. 1 BankG anordnen:
 - a. Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG
 - b. Sanierungsverfahren nach Art. 28–32 BankG
 - c. Konkursliquidation der Bank (Bankenkonkurs) nach Art. 33–37g BankG
- Die Schutzmassnahmen können selbständig oder in Verbindung mit einer Sanierung oder Konkursliquidation angeordnet werden (Art. 25 Abs. 2 BankG)



Massnahmen bei Insolvenzgefahr

Erkenntnis aus der Rettung der Credit Suisse

- Voraussetzung für das Ergreifen von Massnahmen durch die FINMA ist gem. Art. 25 Abs. 1 BankG, dass eine Bank die Eigenmittel- oder Liquiditätsvorschriften nicht mehr erfüllt
- Die Credit Suisse hat noch am 15.3.2023, also vier Tage vor der Notübernahme durch die UBS am 19.3.2023, die Kapital- und Liquiditätsanforderungen für systemrelevante Banken erfüllt (vgl. Medienmitteilung von SNB/FINMA vom 15.3.2023), weshalb die FINMA weder Schutzmassnahmen noch eine Sanierung verfügen konnte
- Mögliche Lösung *de lege ferenda*: Für die Feststellung einer Insolvenzgefahr sollte auch auf andere Parameter abgestellt werden, z.B. auf Marktdaten (Aktienkurs, Preis für Kreditausfallversicherungen) oder auf Ratings



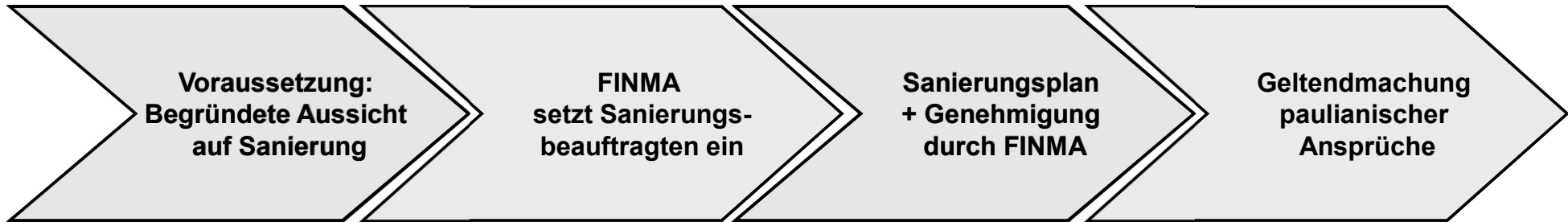
Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 Abs. 1 BankG

Die FINMA kann namentlich (aber nicht ausschliesslich) folgende **Schutzmassnahmen** verfügen:

- Erteilung von Weisungen an die Bankorgane
- Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten
- Entzug der Vertretungsbefugnis der Organe oder deren Abberufung
- Abberufung der bankengesetzlichen oder obligationenrechtlichen Revisionsstelle
- Einschränkung der Geschäftstätigkeit der Bank
- Verbot, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effekientransaktionen zu tätigen
- Schliessung der Bank
- Stundung und Fälligkeitsaufschub



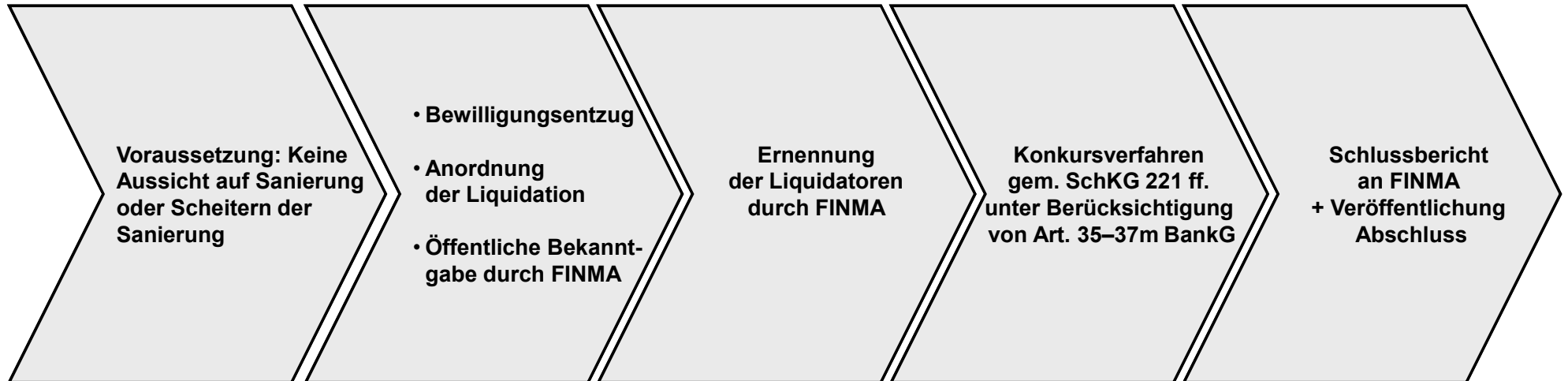
Sanierungsverfahren (Art. 28–32 BankG)



Vgl. auch Art. 40 ff. BIV-FINMA



Bankenkonzurs (Art. 33–37g BankG)



Vgl. auch Art. 11 ff. BIV-FINMA



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Teil 4

Geldwäschereibekämpfung



Inhaltsübersicht

Teil 4: Geldwäschereibekämpfung

1. Internationale Standards
2. Grundtatbestand der Geldwäscherei
3. Beaufsichtigung der Finanzintermediäre
4. Pflichten der Finanzintermediäre



Internationale Standards

UNO

- Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (1999)
- Übereinkommen gegen das länderübergreifende organisierte Verbrechen (2000)

FATF / GAFI

- 40 Empfehlungen zur Geldwäscherei (2003), Revision 1996, 2001, 2003 und 2012
- 9 spezielle Empfehlungen zur Terrorismusfinanzierung (2004)

Wolfsberg-Gruppe

Standards zu

- Geldwäscherei-bekämpfung
- Korruption
- Terrorismusfinanzierung



Internationale Standards

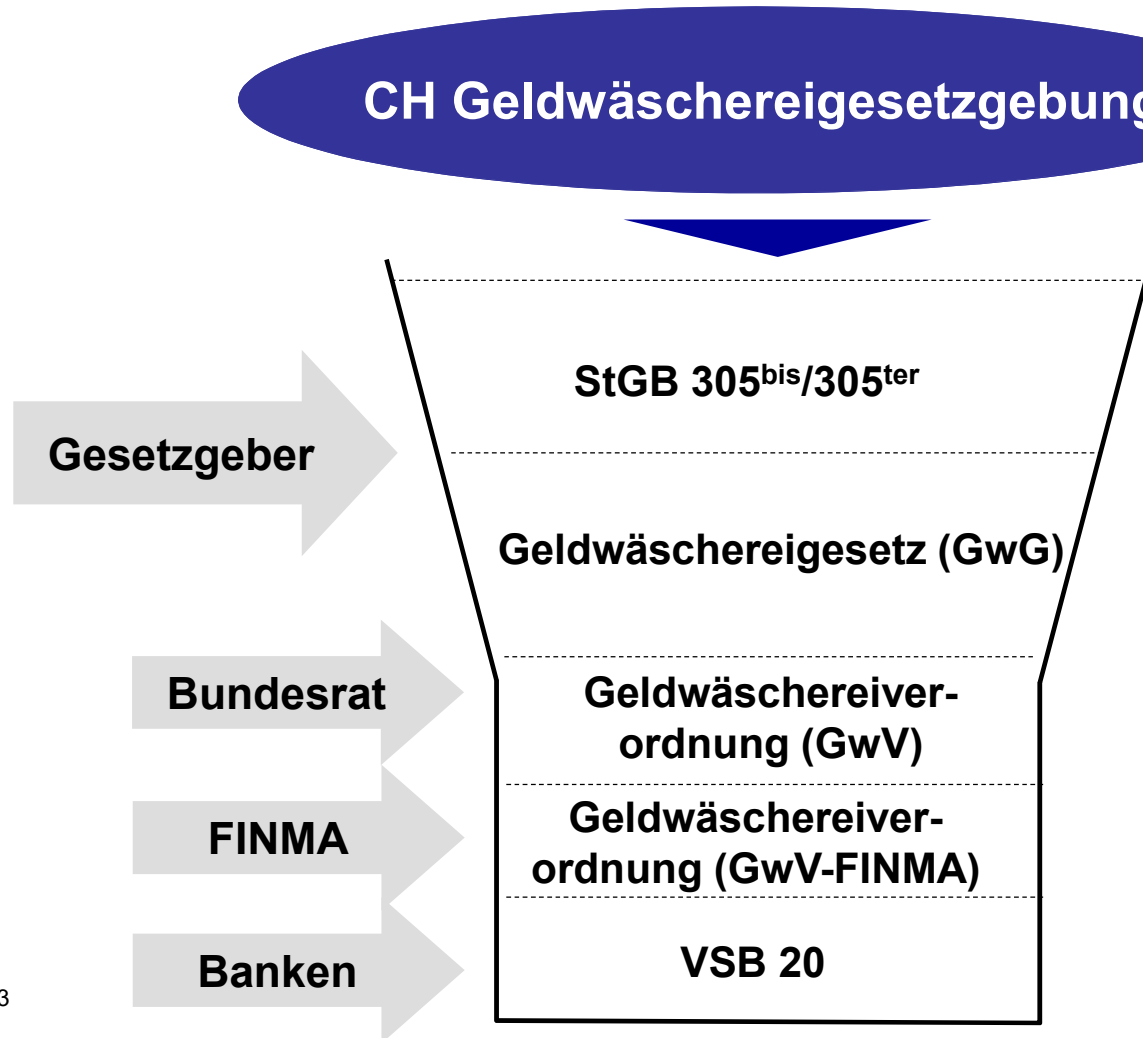
40 + 9 Empfehlungen der FATF

Inhalt

- Kriminalisierung von Geldwäscherei und organisiertem Verbrechen
- Zu ergreifende Massnahmen für Finanzinstitute
- Einrichtung neuer Überwachungsstrukturen mit spez. Befugnissen
- Internationale Kooperation

Einführung ins CH Recht

- Revision der Vereinbarung über die Standesregeln (VSB)
- Diverse Revisionen des GwG; zuletzt per 1.1.2023
- Nächste Revision des GwG in Planung (Vernehmlassungseröffnung am 30.8.2023)





Präventive Massnahmen

Aufsichtsrechtliche Pflichten für Finanzintermediäre

- Sorgfalts-, Dokumentations- und Meldepflichten
- Annahmeverbote für bestimmte Vermögenswerte
- Verbote bestimmter Geschäftsbeziehungen

nach GwG, GwV, GwV-FINMA,
Selbstregulierung (VSB 20, SRO-Reglemente)

Repressive Massnahmen

Straftatbestände

- Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)
- Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB)
- Kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB)
- Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinqies} StGB)



Grundtatbestand der Geldwäscherei

Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB

*Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die **Ermittlung der Herkunft**, die **Auffindung** oder die **Einziehung** von Vermögenswerten zu **vereiteln**, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem **Verbrechen** oder aus einem **qualifizierten Steuervergehen** herrühren, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

- Ziel des Täters ist es, den Eindruck zu erwecken, es handle sich um legal erworbene Vermögenswerte → der Zugriff der Strafbehörden auf illegal erworbene Vermögenswerte soll vereitelt werden
- Typische Vortaten: Insiderhandel, Kursmanipulation, Betäubungsmitteldelikte, kriminelle Organisation, Steuerdelikte etc.



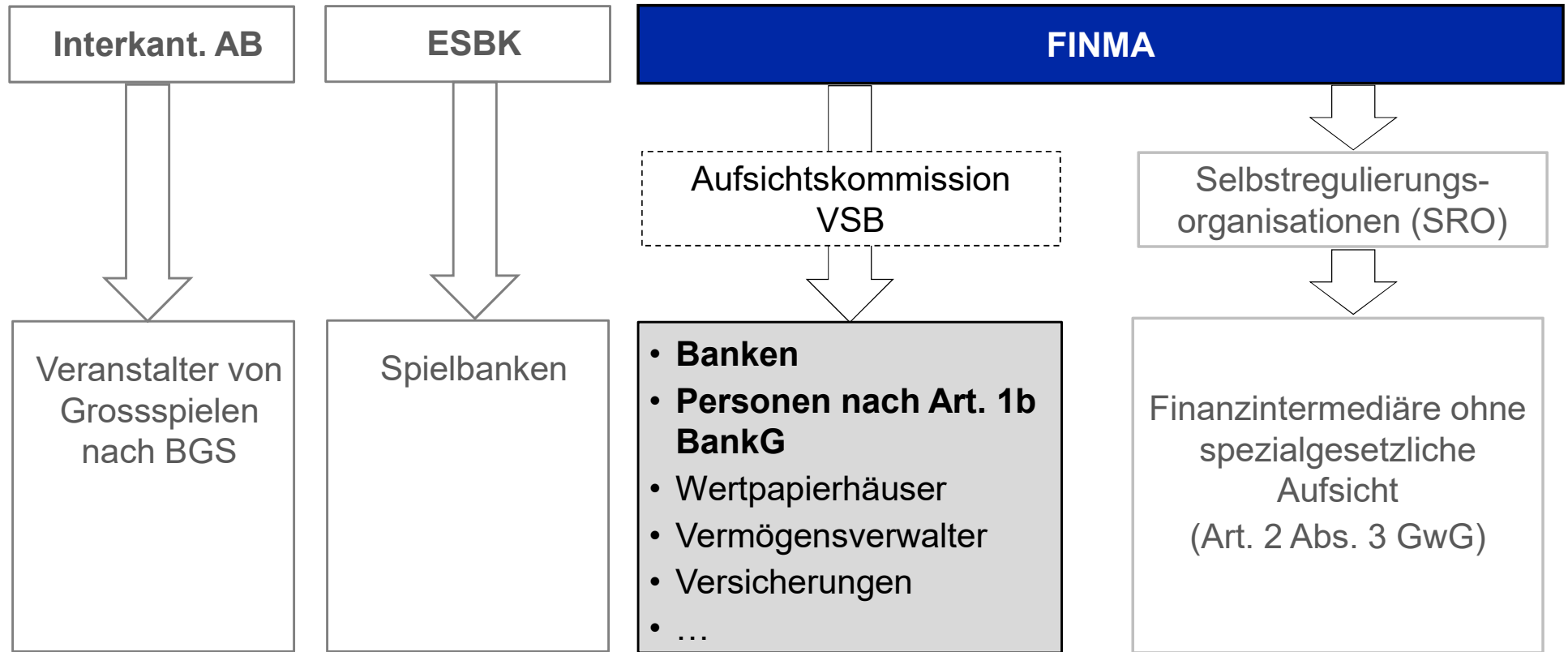
Beaufsichtigung der Finanzintermediäre

Geltungsbereich des GwG

- Das GwG gilt für Finanzintermediäre sowie für natürliche und juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei Bargeld entgegennehmen (Art. 2 Abs. 1 GwG)
- Definition der «Finanzintermediäre» ist breit. Erfasst werden Finanzintermediäre mit und ohne spezialgesetzlicher Aufsicht (vgl. Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG)
- Banken nach Art. 1a BankG und Personen nach Art. 1b BankG gelten als «Finanzintermediäre» (Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG)



Aufsichtsarchitektur (Art. 12 GwG)





Beaufsichtigung der Finanzintermediäre

Beaufsichtigung von Banken

- Banken und Personen nach Art. 1b BankG werden im Rahmen der prudenziellen Aufsicht auch in Bezug auf die Einhaltung der Pflichten des GwG direkt durch die FINMA beaufsichtigt (Art. 12 lit. a GwG)
- Die Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners und zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (s. sogleich) wird für Banken in der «Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20)» konkretisiert
- Für die Abklärung und Ahndung von Verletzungen der VSB 20 setzt die SBVg eine Aufsichtskommission ein. Im Falle der Verletzung der VSB 20 kann der fehlbaren Bank eine Konventionalstrafe von bis zu CHF 10 Mio. auferlegt werden



Pflichten der Finanzintermediäre

Sorgfaltspflichten (Art. 3–8 GwG)	Pflichten bei Geldwäschereiverdacht (Art. 9–11 GwG)
<ul style="list-style-type: none">• Identifizierung der Vertragspartei• Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten• Vornahme besonderer Abklärungen• Dokumentierung• Organisation / Ausbildung	<ul style="list-style-type: none">• Meldepflicht• Abbruch der Geschäftsbeziehung• Vermögenssperre• Informationsverbot• Straf- und Haftungsausschluss



Pflichten der Finanzintermediäre

Meldepflicht (Art. 9 Abs. 1 GwG)

Ein Finanzintermediär muss der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS, vgl. Art. 23 GwG) unverzüglich Meldung erstatten, wenn er:

- weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte:
 - im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Art. 260^{ter} oder 305^{bis} StGB stehen
 - aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB herrühren
 - der Verfügungsmacht einer kriminellen oder terroristischen Organisation unterliegen, oder der Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB) dienen
- Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung wegen eines solchen begründeten Verdachts abbricht
- weiss oder Grund zur Annahme hat, dass die Daten auf sog. «Terrorlisten» den Daten eines Vertragspartners, einer wirtschaftlich berechtigten oder einer zeichnungsberechtigten Person einer Geschäftsbeziehung oder einer Transaktion entsprechen



Pflichten der Finanzintermediäre

Melderecht sowie Straf- und Haftungsausschluss

- Gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB sind Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen, berechtigt, der MROS eine Geldwäschereimeldung zu erstatten
- Gemäss Art. 11 Abs. 1 GwG kann nicht wegen Verletzung des Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses belangt oder wegen Vertragsverletzung haftbar gemacht werden, wer guten Glaubens Meldung nach Art. 9 GwG erstattet oder eine Vermögenssperre nach Art. 10 GwG vornimmt
- Hierbei handelt es sich um Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 14 StGB, um eine Strafbarkeit wegen Verletzung des Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses (bei Banken: Bankgeheimnis gem. Art. 47 BankG) zu verhindern