



**Universität
Zürich** ^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

36. Forum Finanzmarktregulierung

Zürich, 27. September 2017





Universität
Zürich^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

FIDLEG/FINIG im Spannungsfeld zwischen Bank und externem Vermögensverwalter

Dr. Mark-Oliver Baumgarten, LL.M.



FIDLEG/FINIG im Spannungsverhältnis zwischen Bank und externem Vermögensverwalter

Dr. Mark-Oliver Baumgarten, LL.M.

27. September 2017

FIDLEG/FINIG zwischen Bank und eVV

Agenda

- **Ziele der Reform**
- **Gesetzgebungsverlauf und Stand der Dinge**
- **Inhalt**
- **Bewilligungsvoraussetzungen / Organisation der eVV**
- **Vertragsbeziehungen**
- **Aufsichtsrecht/Zivilrecht**
- **Mögliche Konsequenzen und Fragestellungen**

Ziele der Reform

- Vertrauen schaffen
- Lücken in Gesetzgebung schliessen und Kunden besser schützen
- Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes stärken
- Wettbewerb unter Finanzdienstleistern verbessern (level playing field oder same business, same risks, same rules)
- Aufsicht verbessern

Gesetzgebungsverlauf und Stand der Dinge

- Vorentwurf des EFD und Vernehmlassung (25.6.-17.10.14)
- Botschaft vom 4.11.15 mit Entwürfen zu FIDLEG & FINIG (BBI 2015 8901)
- Erstrat: Ständerat (Beschluss vom 14.12.16)
- Zweitrat: Nationalrat (Beschluss vom 13.9.17)
- Differenzbereinigung (z.B. Prospektregeln, Haftungsbestimmungen, Bussen)
- Schlussberatungen bis Q4/2017 bzw. Q1/2018 zu erwarten
- Verordnungen (Vernehmlassungen)
- Voraussichtliches Inkrafttreten 1.1.2019 (aber eher später)

Inhalt 1/3

- Kundensegmentierung: private, professionelle und institutionelle, mit Opting-in und -out
- Anforderungen an die Erbringung von FD
 - Aus- und Weiterbildung
 - Informationspflicht
 - Prüfung von Angemessenheit und Eignung
 - Dokumentations- und Rechenschaftspflicht
 - Transparenz und Sorgfalt
- Organisation
 - Angemessene Organisation
 - Interessenkonflikte vermeiden (Offenlegung, Transparenz, Weitergabe von Entschädigungen)
- Beraterregister

Inhalt 2/3

- Anbieten von Finanzinstrumenten
 - Prospektpflicht bei öffentlichem Angebot
 - Informationen ausserhalb Prospektpflicht
 - Alle wesentlichen Angaben für Anlegerentscheid und Zusammenfassung
 - Prospektprüfstelle(n): Prüfung auf Vollständigkeit, Kohärenz, Verständlichkeit; vor Veröffentlichung
 - Basisinformationsblatt bei Angebot von Finanzinstrument an Privatkunde (am Point of Sale)
 - Herausgabe von Dokumenten
- Ombudsstellen und Anschlusspflicht

Inhalt 3/3

- Bewilligungspflicht der FD und Aufsicht
 - FINMA-Bewilligung und FINMA-Aufsicht
 - Für eVV und Trustees: FINMA-Bewilligung & Aufsicht durch Aufsichtsorganisation
 - Aufsichtsorganisation durch FINMA zugelassen und beaufsichtigt
 - Periodische Prüfung durch Prüfgesellschaft

= > eVV von Finma bewilligt, aber von Aufsichtsorganisation beaufsichtigt, von Prüfgesellschaft periodisch geprüft

Bewilligungsvoraussetzungen / Organisation der eVV

- Gewährspflicht der mit Geschäftsführung betrauten Personen
- Aktionärsgewähr
- Angemessene Organisation
 - GL aus mind. 2 qualifizierten Personen (oder 1 qualifizierte Person bei Nachweis der Gewährleistung der ordnungsgemässen Geschäftsführung (SR))
 - Risikomanagement (inkl. Management von Rechts- und Reputationsrisiken)
 - Interne Kontrolle, Compliance
 - Einzelunternehmen, Handelsgesellschaft, Genossenschaft
 - Mindestkapital, Sicherheiten, Berufshaftpflicht
- BR regelt Einzelheiten

Vertragsbeziehungen 1/3

- Kunde – eVV: Vermögensverwaltungsauftrag
- Kunde – Bank: Depotvertrag, Auftrag, Kaufsrecht, Kommission
- eVV – Bank: Zusammenarbeitsvertrag

- eVV: Point of Sale
- FIDLEG erfasst nicht: Führen von Konten und Depots sowie gewisse Tätigkeiten im Kreditbereich

Vertragsbeziehungen 2/3

- eVV: vertragsgemäße Besorgung von übertragenen Geschäften und Diensten, Sorgfaltspflicht, Rechenschaftspflicht
 - Persönliche Besorgung (Substituierung)
 - Sorgfalt: abstrakter Massstab: was ein professioneller und gewissenhafter eVV in der gleichen Situation getan hätte, Ausbildung, Qualifikation, Weiterbildung, erforderliche Information, angemessene Organisation für reibungslose Abwicklung und Überwachung
 - Treuepflicht: Aufklärung (subjektiver Massstab), (vollständig, klar, wahrheitsgemäss und rechtzeitig), Rechenschaftspflicht (jederzeit, Dokumentation), Befolgungs- bzw. Abmahnungspflicht, Diskretionspflicht, Wahrung der Interessen des Kunden (nicht eigene oder von anderen) und daher Vermeidung von Interessenkonflikten, Herausgabepflicht (auftragstypisches Ziel: der Beauftragte soll nicht bereichern abgesehen vom vereinbarten Honorar), Nachvollziehbarkeit, Bestmögliche Erfüllung
 - Anspruch auf Auslagenersatz, Honorierung, Befreiung von Verbindlichkeiten
 - Stellvertreter des Kunden (Vollmacht), Kunde muss sich Fachwissen vom eVV anrechnen lassen

Vertragsbeziehungen 3/3

- Bank Treuepflicht / Sorgfaltspflicht gegenüber Kunde?
 - Keine generelle (i) Pflicht zur Überwachung des eVV und (ii) Haftung für Pflichtverletzungen des eVV
 - -> Abmahnpflichten / Nichtausführung, nur ausnahmsweise (Bösgläubigkeit, Vertrauenshaftung, Anlageberatungsvertrag)
- Bank mit Risikomanagementpflichten
 - Kundenkategorien
 - GwG-Pflichten (inkl. Vortaten), VSB, Sanktionen, Potentaten
 - Compliance-Regeln (Prüfraster)
 - Enge Zusammenarbeit ?
- eVV (erscheint) als Hilfsperson oder Stv der Bank?
 - Nein -> klare Verhältnisse schaffen

Aufsichtsrecht / Zivilrecht

- Zivilrecht ist Grundlage für Ansprüche aus Vermögensverwaltungsvertrag
- FIDLEG ist Aufsichtsrecht und damit öffentliches Recht
- Verhaltensregeln des FIDLEG strahlen auf das Zivilrecht aus
- Doppelnormkonzept-Diskussion in Räten führt m.E. zum Bisherigen:
 - SR: Wenn FIDLEG erfüllt, dann auch Zivilrecht erfüllt (Art. 8) (Achtung: Regel des öff. Recht)
 - NR-Minderheit: Befürchtet den Vorrang des FIDLEG vor Zivilrecht und behauptet Unterlaufen des Anlegerschutzes
 - Aber: Haftung aus Vertrag: Zivilrichter muss sowieso Schaden, Pflichtverletzung und Kausalzusammenhang prüfen (Verschulden wird vermutet), in concreto kann er Schaden sprechen, auch wenn aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten erfüllt sind (z.B. wenn in casu zivilrechtlich ausdrücklich oder nach Treu und Glauben mehr geschuldet ist/gewesen wäre)

Mögliche Konsequenzen und Fragestellungen

- Bank: wird das Geschäft mit eVV in Zukunft noch durchgeführt?
- Falls Bank entscheidet, nein: Allenfalls Kauf der “guten” Assets
- Falls ja, gibt es Erscheinungsformen wie z.B.:
 - Nur “gute” Kunden (das erleichtert bankeigene Compliance (z.B. GwG)), nur best. Zielmärkte
 - Eigenes Compliance-System der Bank durch eVV zu benützen
 - Compliance-System, das bankeigenen Standards genügt, erlaubt (Verbundmodelle, Outsourcing, Kompatibilität)
 - Periodische Prüfungen, eigene oder via Prüfgesellschaft
 - Covenants
- FIDLEG-Regeln und eVV-Aufsicht erleichtert es den Banken, mit eVV im Geschäft zu bleiben (z.B. punkto Ausbildung, Organisation, Pflichten)

Kontakt

Dr. Mark-Oliver Baumgarten, LL.M.

Counsel, Attorney-at-law

Mercury Compliance AG

Bodmerstrasse 9

8002 Zürich

+41 44 280 05 06

mark-oliver.baumgarten@mercury.ch

DISCLAIMER

This presentation does not necessarily deal with every important topic nor cover every aspect of the topic with which it deals.

Mercury Compliance AG strives to ensure that the information contained in this presentation is accurate. However, deficiencies in terms of completeness and accuracy and other mistakes may occur due to change of law or circumstances, for technical reasons or otherwise. Consequently, Mercury does not provide any warranties regarding the information contained in this presentation, including in relation to its correctness, currentness and completeness. Mercury shall not be liable or otherwise responsible for any errors or omissions, or for the results obtained from the use of the information in this presentation.

All content available in this presentation are protected by copyright and all rights remain reserved to the rights owner. Any reproduction, transmission (by electronic or other means), modification, link or use of this presentation for public or commercial purposes without the previous written consent of Mercury Compliance AG is strictly prohibited.



**Universität
Zürich** ^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

37. Forum Finanzmarktregulierung

Thema: Die Datenschutzgrundverordnung und ihre Auswirkungen auf Finanzintermediäre

Referent: Prof. Dr. Nicolas Raschauer (Universität Liechtenstein)

Datum: Dienstag, 31. Oktober 2017 12:15 – 13:45 Uhr

Ort und Raum wird näher der Zeit bekannt gegeben

www.finreg.uzh.ch/events

