

Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen

Der Finanzbereich ist auch in der Schweiz einer der am stärksten regulierten Wirtschaftszweige. Sich darin zurechtzufinden ist nicht immer einfach. Nachfolgende Ausführungen sollen dazu einen Einstieg vermitteln. Sie zeigen, dass die Schweiz im Gegensatz zum Ausland und abgesehen vom Bereich der kollektiven Kapitalanlagen und der Versicherungsprodukte, was die Zulässigkeit von grenzüberschreitend angebotenen Finanzdienstleistungen anbelangt, ein sehr liberales Regime kennt.

Interessant insbesondere für kleinere ausländische Unternehmen im Bereich von Finanzdienstleistungen, (z.B. Private Equity und Hedge Fund Manager), die die Möglichkeiten einer internationalen Expansion prüfen, ist, dass in der Schweiz, anders etwa als in Deutschland, nicht nur die Anlageberatungstätigkeit sondern auch die diskretionäre Vermögensverwaltung grundsätzlich bewilligungsfrei ausgeübt werden darf. Die Schweiz kann aber auch dann für Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen ein attraktiver Standort sein, sofern aufgrund des ausländischen Rechts vorausgesetzt ist, dass sie prudenziell reguliert sind, da für solche Fälle das schweizerische Recht die Möglichkeit der freiwilligen Unterstellung unter die Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) vorsieht.

I. WAS WIRD IN DER SCHWEIZ IM FINANZBEREICH REGULIERT?

1. Bewilligungen/Unterstellungen

Das Anbieten von *Bank-, Börsen- oder Effektenhandeldienstleistungen* in der Schweiz oder aus der Schweiz ist grundsätzlich bewilligungspflichtig und bedarf einer formellen Bewilligung der FINMA.

Ebenfalls bewilligungspflichtig ist die *Verwaltung oder Aufbewahrung von kollektiven Kapitalanlagen* wie dies bei Fondsleitungen, SICAVs, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, SICAFs, Depotbanken, Vermögensverwalter schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen, Vertriebsträgern und Vertretern ausländischer kollektiver Kapitalanlagen der Fall ist.

Nicht bewilligungspflichtig ist das Erbringen von *Vermögensverwaltungsdienstleistungen* (mit Ausnahme gegenüber schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen).

Den Bestimmungen des *Geldwäschereigesetzes* unterstehen sowohl Banken, Effektenhändler, Fondsleitungen und zumeist auch Vermögensverwalter sofern diese im Rahmen ihrer Tätigkeit als Finanzintermediäre (also berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen) qualifizieren.

II. REGULATORISCHES REGIME FÜR EFFEKTEHÄNDLER, BANKEN UND VERMÖGENSVERWALTER

1. Effektenhändler

Ausländische Effektenhändler, d.h. Unternehmen, die (a) im Ausland über eine entsprechende Bewilligung verfügen, (b) in der Firma, im Geschäftszweck oder in ihren Unterlagen den Ausdruck „Effektenhändler“ oder einen Ausdruck mit ähnlicher Bedeutung verwenden oder (c) den Effektenhandel im Sinne des Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG) betreiben, bedürfen einer Bewilligung, wenn sie (1) in der Schweiz eine Zweigniederlassung oder eine Vertretung (unter anderem auch mittels einem Einführenden Broker (*Introducing Broker*)) betreiben oder (2) Mitglied einer Börse mit Sitz in der Schweiz sind bzw. werden wollen. Andernfalls – das heißt wenn sie sich auf rein grenzüberschreitendes Geschäft beschränken – sind sie von einer Regulierung in der Schweiz unter dem BEHG ausgenommen.

2. Banken

Als ausländische Bank gilt jedes nach ausländischem Recht organisierte Unternehmen, das (a) im Ausland eine Bewilligung als Bank besitzt, (b) in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszweckes oder in den Geschäftsunterlagen den Ausdruck „Bank“ oder „Bankier“ verwendet oder (c) die Banktätigkeit im Sinne der schweizerischen Bankengesetzgebung betreibt.

Eine ausländische Bank bedarf einer Bewilligung der FINMA, wenn sie in der Schweiz Personen beschäftigt, die für sie dauernd und gewerbsmäßig in der Schweiz oder von der Schweiz aus (a) Geschäfte abschließen, Kundenkonten führen oder sie rechtlich verpflichten (Zweigniederlassung) oder (b) in anderer Weise tätig sind, namentlich indem sie Kundenaufträge an sie weiterleiten oder sie zu Werbe- oder anderen Zwecken vertreten (Vertretung). Auch hier gilt also, dass rein grenzüberschreitendes Geschäft bewilligungsfrei ist.

Die schweizerische Zweigniederlassung einer ausländischen Bank muss für die Errichtung einer Geschäftsstelle, die nicht im Handelsregister eingetragen ist (Agentur), eine Bewilligung der FINMA einholen.

Vorsicht ist geboten, wenn eine ausländische Bank tatsächlich zum Teil oder vollständig in der Schweiz geleitet oder ihre Geschäfte ausschließlich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus abgewickelt werden. Dann gilt sie nicht mehr als ausländische Bank, sondern muss sich nach schweizerischem Recht organisieren und untersteht den Bestimmungen über die inländischen Banken.

3. Vermögensverwalter

Vermögensverwaltungsdienstleistungen in der Schweiz sind bewilligungsfrei, sofern diese nicht zugunsten schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen erbracht werden. Hingegen ist die Vermögensverwaltungstätigkeit in der Schweiz gemäß dem Geldwäschereigesetz (GWG) eine Finanzintermediation (siehe Ziff. 4 nachfolgend), was zur Folge hat, dass dieses Geschäft nur betrieben werden darf, wenn man entweder einer GwG-Selbstregulierungsorganisation angeschlossen ist oder aber sich zwecks GwG-Compliance der Direktüberwachung der FINMA unterstellt hat. Dies entfällt bei gegenüber Kunden in der Schweiz rein grenzüberschreitend tätigen ausländischen Vermögensverwaltern.

Viele ausländische Fonds (z.B. UCITS III) setzen voraus, dass ihr Vermögensverwalter einer prudentiellen Beaufsichtigung unterstellt ist. Dieses Erfordernis kann in der Schweiz ungeachtet der grundsätzlichen Bewilligungsfreiheit der Vermögensverwaltung effizient dadurch erfüllt werden, indem Vermögensverwalter sich freiwillig der Beaufsichtigung durch die FINMA unterstellen; dies führt zu einem regulatorischen Status, der von allen wichtigen ausländischen Fondsstandorten als genügend anerkannt wird. Sodann wird erwartet, dass für die Vermögensverwaltung von Vehikeln, die der noch in Diskussion befindlichen AIFM-Richtlinie der EU unterstehen werden, eine ähnliche Lösung für in der Schweiz inkorporierte Vermögensverwalter gefunden werden kann.

4. Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz

Das GWG enthält weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Anordnung zum räumlichen Geltungsbereich im Nichtbankensektor. Nach der Praxis der Kontrollstelle fallen aber in der Schweiz formalisierte oder faktische Zweigniederlassungen von Finanzintermediären mit Inkorporationssitz im Ausland, die in der Schweiz Personen beschäftigen, welche für sie berufsmäßig in oder von der Schweiz aus Finanzintermediationsgeschäfte abschließen oder sie rechtlich verpflichten, unter das GWG.

Nach der Praxis der Kontrollstelle unterstehen ausländische Finanzintermediäre dem GWG nicht, falls (i) die Tätigkeit der Schweizer Niederlassung lediglich dem GWG nicht unterstellte Handlungen, z.B. Backoffice-Dienstleistungen erbringt, (ii) die in der Schweiz beschäftigten Personen für den ausländischen Finanzintermediär keine Geschäfte abschließen und ihn rechtlich nicht verpflichten können oder (iii) die Dienstleistungen rein grenzüberschreitend erbracht werden und lediglich zu Verhandlungen oder zu einzelnen Geschäftsabschlüssen im Ausland basiertes Personal vorübergehend in der Schweiz eingesetzt wird.

III. DAS GRENZÜBERSCHREITENDE ANBIETEN VON PRODUKTEN

1. Kollektive Kapitalanlagen

Neben der Fondsleitung (Institutsbewilligung) bedarf auch der Anlagefonds einer Bewilligung der FINMA (Produktbewilligung). Werden ausländische kollektive Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus öffentlich vertrieben, so bedürfen deren maßgebende Dokumente wie insbesondere Verkaufsprospekt, Statuten oder Fondsvertrag der Genehmigung der FINMA. Zudem muss die Fondsleitung und die Gesellschaft vorgängig einen Vertreter in der Schweiz mit der Wahrnehmung der gesetzlichen Pflichten, insbesondere die gesetzlichen Melde-, Publikations- und Informationspflichten beauftragen, und es bedarf einer Bank als designierter Zahlstelle.

Anders als für schweizerische kollektive Kapitalanlagen ist der nicht-öffentliche Vertrieb von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz bewilligungsfrei erlaubt. Für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Vertrieb ist das Rundschreiben 2008/8 „Öffentliche Werbung im Sinne der Gesetzgebung über die kollektiven Kapitalanlagen“ der FINMA maßgebend. Für das Anbieten von Beteiligungsrechten an ausländischen Emittenten in der Schweiz, die zwar als kollektive Kapitalanlagen dienen, besteht eine Unsicherheit ob einzig die Vorschriften über die kollektiven Kapitalanlagen oder zusätzlich auch die

Vorschriften über das Anbieten von Beteiligungsrechten (siehe Prospektpflicht unten) mit zu berücksichtigen sind. Wir sind der Auffassung, dass dies nicht der Fall sein sollte, die Rechtslage ist aber unklar.

Als ausländische offene kollektive Kapitalanlagen gelten Vermögen, die aufgrund eines Fondsvertrags oder eines andern Vertrags mit ähnlicher Wirkung zum Zweck der kollektiven Kapitalanlage geüfnet wurden und von einer Fondsleitung mit Sitz und Hauptverwaltung im Ausland verwaltet werden sowie auch Investmentstrukturen in inkorporierter Form, d.h., Gesellschaften und ähnliche Vermögen mit Sitz und Hauptverwaltung im Ausland, deren Zweck die kollektive Kapitalanlage ist und bei denen die Anlegerinnen und Anleger gegenüber der Gesellschaft selbst oder einer ihr nahe stehenden Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf Rückzahlung ihrer Anteile zum Nettoinventarwert haben.

Als ausländische geschlossene kollektive Kapitalanlagen gelten Gesellschaften und ähnliche Vermögen mit Sitz und Hauptverwaltung im Ausland, deren Zweck die kollektive Kapitalanlage ist und bei denen die Anlegerinnen und Anleger gegenüber der Gesellschaft selbst oder einer ihr nahe stehenden Gesellschaft keinen Rechtsanspruch auf Rückzahlung ihrer Anteile zum Nettoinventarwert haben.

2. Forderungs- und Beteiligungsrechte an/ gegenüber Gesellschaften

Anleiensobligationen dürfen nur auf Grund eines Prospektes öffentlich zur Zeichnung aufgelegt oder an der Börse eingeführt werden. Der Prospekt soll Angaben enthalten über das Anleihen, insbesondere die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen, die für die Obligationen bestellten besondern Sicherheiten und gegebenenfalls die Vertretung der Anleiensgläubiger.

Sind Obligationen ohne Zugrundelegung eines diesen Vorschriften entsprechenden Prospektes ausgegeben worden, oder enthält dieser unrichtige oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechende Angaben, so sind die Personen, die absichtlich oder fahrlässig mitgewirkt haben, solidarisch für den Schaden haftbar.

Entsprechende Bestimmungen gelten bei der Ausgabe neuer Aktien.

3. Strukturierte Produkte

Strukturierte Produkte dürfen in der Schweiz oder von der Schweiz aus nur öffentlich angeboten werden, wenn (a) sie ausgegeben, garantiert oder vertrieben werden von einer Schweizer Bank, einer Schweizer Versicherung, einem Schweizer Effektenhändler oder einem ausländischen Institut, das einer gleichwertigen prudentiellen Aufsicht unter-

steht und eine Niederlassung in der Schweiz hat, und (b) für sie ein vereinfachter Prospekt vorliegt. Sofern ein strukturiertes Produkt nicht von einem der vorgenannten Institute ausgegeben oder garantiert wird, ist in dem vereinfachten Prospekt darauf hinzuweisen.

Die Pflicht zur Erstellung eines vereinfachten Prospektes sowie, im Falle eines ausländischen Emittenten das Erfordernis einer Niederlassung in der Schweiz, entfallen, wenn das strukturierte Produkt an einer Schweizer Börse kotiert ist, welche die Transparenz im Sinne des vereinfachten Prospektes sicherstellt. Der vereinfachte Prospekt muss (a) gemäß einem genormten Schema die wesentlichen Merkmale des strukturierten Produkts (Eckdaten), dessen Gewinn- und Verlustaussichten sowie die bedeutenden Risiken für die Anlegerinnen und Anleger beschreiben, (b) für die Durchschnittsanlegerin und den Durchschnittsanleger leicht verständlich sein und (c) darauf hinweisen, dass das strukturierte Produkt weder eine kollektive Kapitalanlage ist noch der Bewilligung der FINMA untersteht.

DIE AUTOREN

Sandro Abegglen, PD Dr. iur., LL.M., Partner
(sandro.abegglen@nkf.ch)

Marco Häusermann, lic. iur., LL.M.
(marco.haeusermann@nkf.ch)

Die Autoren sind Mitglieder des **NKF BANKING AND FINANCE TEAMS** mit 30 Anwälten und Juristen. Die rechtliche und regulatorische Beratung von schweizerischen und ausländischen Banken, Fondsleitungen, Effektenhändlern, Vermögensverwaltern, Versicherer sowie anderer Finanzinstitute gehört seit der Gründung unserer Anwaltskanzlei im Jahre 1936 zu unseren Kerntätigkeiten. Exzellente Kenntnisse in sämtlichen Bereichen des gesamten Finanzmarktrechts, gute Beziehungen zur Aufsichtsbehörde und grundlegendes Verständnis der Geschäftstätigkeit der Banken und anderer Institute gewährleisten effiziente, zielgerichtete und kompetente Beratung, Projektunterstützung und konzise Gutachten. Insbesondere vertreten wir auch in- und ausländische Unternehmen beim Erlangen der erforderlichen finanzmarktrechtlichen Bewilligungen und beraten Produkthersteller in grenzüberschreitenden Offerings jeglicher Art.

Niederer Kraft & Frey AG – www.nkf.ch