

Leitfaden für den Schweizer Private Banker mit deutscher Kundschaft (1. Teil)

Beginnend mit diesem Beitrag sollen in loser Folge in den nächsten PRIVATE-Ausgaben einige rechtliche Aspekte des grenzüberschreitenden Privatkundengeschäftes zwischen Deutschland und der Schweiz aus der Sicht eines Praktikers erläutert werden. Das Ziel dieser Tour d'Horizon durch (schwerpunktmässig) deutsche Vorschriften ist die Sensibilisierung Schweizer Kundenberater mit in Deutschland wohnhafter Kundschaft für die in diesem Geschäft mannigfaltigen Begleitumstände der «klassischen Wertpapierberatung».



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

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

Gleichwohl ist das kein Grund zur Resignation. Von einer verminderten Attraktivität einer Bankverbindung in

der Schweiz ist nichts zu spüren, eher im Gegenteil. Nun gilt es, diese Chance zu nutzen und auf einer neuen Ebene im Geschäft zu bleiben. Voraussetzungen hierfür sind zumindest Grundkenntnisse der Spielregeln und die Bereitschaft, sich permanent neues Wissen anzueignen.

A. Prämissen / Begrifflichkeiten

I. Annahmen

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

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

gebiet betrachtet werden. Für diese Ausführungen muss daher gelten, dass der Kunde kein «US-Steuerpflichtiger» ist.

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

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

4. *Die schweizerische Bank ist gemäss § 2 IV des deutschen Kreditwesengesetzes (KWG) freigestellt:* Dies ist eine elementare Voraussetzung für die Erbringung von aktiven grenzüberschreitenden Bankgeschäften aus der Schweiz heraus nach Deutschland; Details hierzu, auch in Bezug auf die «erleichterte Freistellung», im Weiteren. Die Darstellung der Rechtslage bei grenzüberschreitenden Geschäften mit nicht freigestell-

ten Banken entspricht zum einen nicht der Zielrichtung dieser Tour d'Horizon, da es vorliegend um das zielgerichtete Geschäftsgebaren schweizerischer Banken mit Kunden in Deutschland geht – und hierfür ist eine Freistellung unumgänglich. Nicht freigestellte Institute unterliegen starken Einschränkungen bei der Initiierung bzw. der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen.

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

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

Das Bank- und Finanzwesen kennt eine grosse Vielfalt von Geschäften. In diesem Streifzug geht es vornehmlich – untechnisch bzw. unjuristisch gesprochen – um die grenzüberschreitende Vermögensbetreuung oder Vermögensverwaltung privater natürlicher Personen. Viele andere Dienstleistungen von Banken bleiben aussen vor.

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

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

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

«Wertpapierdienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes sind (...) Nr. 7 die Ver-

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

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass im KWG darüber hinaus die (klassischen) «Bankgeschäfte» definiert sind. Diese werden von Kreditinstituten betrieben: «Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbmässig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Bankgeschäfte sind:

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

III. Fokus deutsches bzw. EU-Recht

De lege lata sind die Regelungen des deutschen bzw. des EU-Rechts für das grenzüberschreitende Privatkundengeschäft Deutschland/Schweiz von besonderer Wichtigkeit und stehen daher im Fokus dieser Ausführungen; an einigen Stellen erfolgt ein Hinweis auf das Schweizer Recht. De lege ferenda wird das Schweizer Recht für die grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen der Banken stark an Bedeutung ge-

winnen, da die Schweiz beabsichtigt, ein Pendant zum WpHG einzuführen. In diesem geplanten Finanzdienstleistungsgesetz (Fidleg) und weiteren geplanten Gesetzen wird die Schweiz den EU-Regelungen vergleichbare Vorschriften einführen.

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

IV. Mögliche Ausgangskonstellationen

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

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

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

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

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

tobias.fischer@

frankfurter-bankgesellschaft.ch

www.frankfurter-bankgesellschaft.com