

Point de Presse, 22. Oktober 2010, Genf

Dr. Urs Zulauf
General Counsel
Mitglied der Geschäftsleitung

(Zunehmende) Rechtsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzgeschäft

Sehr geehrte Damen und Herren

An unserer Medienkonferenz im März 2010 haben wir die Risiken angesprochen, welche das grenzüberschreitende Geschäft der Schweizer Institute vor allem mit ausländischen Privatkunden seit Jahren belasten. Die FINMA hat sich seither als Regulator mit dieser Thematik vertieft auseinandergesetzt und verschiedene Handlungsoptionen geprüft. Mit heutigem Datum gibt sie ihren Standpunkt in einem Positionspapier bekannt. Sie formuliert darin auch ihre Erwartungen an die Beaufsichtigten, welche in diesem Geschäft tätig sind.

Das grenzüberschreitende Geschäft ist ein wichtiger Pfeiler des Finanzplatzes

Der Finanzsektor ist für den Schweizer Finanzplatz in vielerlei Hinsicht von herausragender Bedeutung. Ein wichtiger Pfeiler bildet dabei das Offshore-Geschäft. So ist insbesondere das Geschäftsmodell vieler Vermögensverwaltungsbanken stark auf grenzüberschreitende Dienstleistungen für im Ausland wohnhafte Privatkunden ausgerichtet; mit einem Marktanteil im Jahr 2007 von rund 27% am „Offshore Private Banking“ gehört die Schweiz hier zu den wichtigsten Finanzplätzen mit grenzüberschreitendem Geschäft. Aber auch die Versicherer haben in den letzten Jahren zunehmend mehr Geschäfte mit grenzüberschreitenden Elementen entwickelt. Sie erwirtschafteten im 2007 fast 70% ihres Prämienvolumens im Ausland, was auf einen hohen Grad der Internationalisierung hindeutet.¹

Die Finanzinstitute sind mit neuen Herausforderungen und Gefahren konfrontiert

Diese Verknüpfungen mit dem Ausland sowie die zunehmende Globalisierung bringen neue Herausforderungen und Gefahren mit sich. Angestiegen sind nicht nur die grenzüberschreitenden Aktivitäten,

¹ Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten, Generalsekretariat, „Präsenz Schweiz“ (www.swissworld.org)

sondern auch die damit verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken. Diese ergeben sich, wenn die auf grenzüberschreitende Dienstleistungen und Produkte anwendbaren Vorschriften einer ausländischen Rechtsordnung wissentlich oder unwissentlich verletzt oder umgangen werden. Vielfach wurden diese ausländischen Regeln nicht verschärft, sie werden aber heute konsequenter durchgesetzt. Auch die Erhebungsmethoden sind ausgebaut worden, wie etwa Abhöraktionen oder der Kauf gestohlener Kundendaten durch Behörden illustrieren. Gleichzeitig haben die zahlreichen durch Selbstanzeigen ausgelösten Steuerverfahren den Nebeneffekt, dass sich in Bedrängnis geratene Kunden durch die Preisgabe von Informationen über ihre Bank oder ihren Kundenberater zu entlasten versuchen. Hinzu kommen aber auch instituts- und gruppenspezifische Faktoren, welche sich z.B. aus der organisatorischen Aufstellung oder der systemischen Relevanz ergeben. Sie tragen ebenfalls zu einer Erhöhung der Risiken bei.

Wie Beispiele in jüngster Vergangenheit gezeigt haben, können solche Risiken für ein einzelnes Institut existenzbedrohende und für die Volkswirtschaft destabilisierende Ausmasse annehmen. Davon betroffen sind nicht nur Banken und Versicherer, sondern auch andere in diesem Umfeld tätige Finanzdienstleister. Das Positionspapier der FINMA richtet sich daher an alle prudenziell Beaufsichtigten, welche grenzüberschreitend tätig sind.

Wo lauern die Rechts- und Reputationsrisiken?

Die Quellen von Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft sind vielfältig. Häufig liegen sie im ausländischen Aufsichtsrecht begründet. Dort bestehen unseres Erachtens zwei nennenswerte Risikobereiche: Der eine betrifft die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen, der andere das grenzüberschreitende Angebot von Finanzprodukten. Beides wird in vielen Rechtsordnungen an restriktive Bedingungen wie die physische Präsenz oder eine Registrierung geknüpft. Während die Schweiz ausgesprochen offen reguliert ist, sind in gewissen Ländern bereits simple Aktivitäten eingeschränkt oder verboten wie Telefonanrufe oder Werbe- und Marketingaktivitäten. Dabei kann es eine Rolle spielen, ob der Kundenberater den Kunden an seinem Wohnsitz besucht, mit ihm über das Telefon oder per E-Mail kommuniziert oder ob der Kunde zum Kundenberater in die Schweiz reist. Die Missachtung ausländischen Aufsichtsrechts kann zu verwaltungsrechtlichen Sanktionen ausländischer Behörden führen. Solche Aktivitäten können aber auch strafrechtlich relevant sein. Sie können eine zivilrechtliche Haftung des Instituts auslösen, etwa indem der Kunde mit dem Finanzinstitut abgeschlossene Verträge widerrufen kann.

Ein weiteres Gebiet, das wir wegen der damit verbundenen Risiken für eminent wichtig erachten, ist das Steuer- und Strafrecht. Dort besteht insbesondere das Risiko, dass Finanzintermediäre oder deren Angestellte nach ausländischem Recht zu strafbaren Teilnehmern an Steuerdelikten ihrer ausländischen Kunden werden. Je nach Rechtsordnung kann sogar ein Verhalten strafbar sein, das ausschliesslich oder überwiegend ausserhalb dieses Landes, also z.B. auf Schweizer Territorium, stattfindet.

Versicherungsmäntel

Ein aktuelles Beispiel für immanente Rechts- und Reputationsrisiken sind die Versicherungsmäntel oder „Insurance Wrappers“, die in den letzten Jahren stark zugenommen haben. Versicherungsmäntel werden zumeist nicht aus der Schweiz heraus, sondern über im Ausland lizenzierte Tochtergesellschaften von Schweizer Versicherern vertrieben, darunter Irland, Liechtenstein und Luxembourg. Die Produkte sind mehrheitlich auf die zivil-, aufsichts- und steuerrechtlichen Anforderungen des jeweiligen Wohnsitzlandes des Kunden zugeschnitten und bieten diesem dadurch legale Steuerprivilegien. Allerdings bedeutet dies nicht zwingend auch die Steuerkonformität des als Prämie eingebrachten „ummantelten“ Wertschriftendepots.

Daneben gibt es auch Produkte, die den Anforderungen an eine Lebensversicherung im Domizilland des Kunden nicht genügen und deshalb steuerlich auch nicht privilegiert sind. Zwar können auch solche Versicherungen legitime und nachvollziehbare Bedürfnisse erfüllen, ihre Vermittlung ist aber gerade während sensibler Phasen wie beispielsweise Steueramnestien besonders heikel. In solchen Fällen sind spezielle Vorsichtsmassnahmen geboten; insbesondere sind die Risiken einer strafrechtlichen Teilnahme an Steuerdelikten der Kunden zu prüfen.

Wird ein Wertschriftendepot in einen Versicherungsmantel gekleidet, löst nach den Regeln der „Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB 08)“ die Versicherung den bisherigen Eigentümer des Depots als „wirtschaftlich Berechtigten“ ab, obschon der bisherige Eigentümer effektiv die Prämien zahlt. In bestimmten Konstellationen erachtet die FINMA dies als missbräuchlich. Sie verlangt deshalb, dass die Banken in diesen Fällen den effektiven Prämienzahler weiterhin als wirtschaftlich Berechtigten feststellen (FINMA-Mitteilungen 9/2010).

Die US-Steuerreformen erhöhen die Risiken gegenüber den USA zusätzlich

Eine weitere Erhöhung der Rechts- und Reputationsrisiken dürfte im Geschäftsverkehr mit den USA der Foreign Account Tax Compliance Act („FATCA“) mit sich bringen. Dieses Gesetz ist bereits verabschiedet und soll per 1. Januar 2013 in Kraft treten. Das Ziel von FATCA ist maximale Transparenz betreffend Offshore-Beziehungen von US-Steuerpflichtigen. Vordergründig richten sich die Bestimmungen des FATCA an US-Institute. In der praktischen Konsequenz hingegen wird über ein nationales Gesetz die einseitige, automatische Bedienung des amerikanischen Fiskus mit Informationen über US-Steuerzahler eingeführt; und dies mit weltweiter Wirkung.

Konzeptuell sieht FATCA vor, dass US-Zahlstellen auf Zahlungen aus US-Quellen, die an ein ausländisches Finanzinstitut überwiesen werden, einen Steuerrückbehalt von 30% machen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Adressat der Zahlung das Finanzinstitut selber, eine US-Person oder ein Non-Resident-Alien ist. Besteuert werden etwa Dividenden, Zinsen, Mieten, aber auch Bruttoverkaufserlöse aus US-Wertschriften oder Beteiligungen. Insbesondere die Besteuerung der Veräusserungserlöse ist faktisch prohibitiv. Die Steuer kann vermieden werden, indem nicht-amerikanische Finanzinstitute mit der US-Steuerbehörde einen Vertrag abschliessen, das sog. FFI-Agreement. Darin müssen sie sich verpflichten, sämtliche Kunden im Hinblick auf deren Status als US-Person zu identifizieren und dem IRS jährlich Bericht zu erstatten.

Die Umsetzung von FATCA wird bei den betroffenen Finanzinstituten einen enormen Aufwand verursachen. Dieser ist u.a. deshalb so gross, weil der Komplexitätsgrad sehr hoch ist und Informationen erhoben werden müssen, über welche die Institute heutzutage nicht verfügen. FATCA dürfte aufgrund der erhöhten Anforderungen zu einem neuen KYC/AML Standard führen.

Die Sorge der FINMA sind aber vor allem die operationellen Risiken, allen voran die Rechts- und Reputationsrisiken, der Finanzinstitute. Sie würden gegenüber den USA noch einmal empfindlich erhöht. Es ist derzeit noch nicht absehbar, wie die vom U.S. Treasury und IRS zu erlassenden Detailbestimmungen aussehen und sich fortentwickeln werden. Ebenso ist offen, wie rigoros die US-Behörden diese Vorschriften gegenüber ausländischen Finanzinstituten durchsetzen werden. Wie hoch die Risiken einer Non-Compliance mit den Bestimmungen des QI-Agreements sind, hat der Fall UBS sehr lebensnahe illustriert. Als Regulator sind wir über diese Entwicklungen und Unsicherheiten besorgt.

Das Schweizer Aufsichtsrecht regelt indirekt Verstösse gegen ausländische Vorschriften

Das Finanzmarktaufsichtsgesetz statuiert keine direkt und explizit formulierte Pflicht der Beaufsichtigten zur Einhaltung ausländischen Rechts. Die FINMA hat kein ausdrückliches Mandat, ausländisches Recht umzusetzen. Immerhin sieht das Versicherungsaufsichtsgesetz ausdrücklich vor, dass Versicherungen der FINMA Bewilligungen ausländischer Aufsichtsbehörden oder sog. Unbedenklichkeits-erklärungen vorlegen müssen, wenn sie das Auslandsgeschäft betreiben wollen. Auch spätere geschäftsplan-relevante Änderungen betreffend das Auslandsgeschäft müssen die Versicherer der FINMA mitteilen.

Selbst wenn die übrigen Aufsichtsgesetze keine entsprechenden Normen kennen, können Verstösse gegen ausländische Vorschriften nach Schweizer Aufsichtsrecht relevant sein. So kann die Verletzung ausländischer Bestimmungen gegen das Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit verstossen. Vor allem aber verlangen die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden. Gleichzeitig verlangt die Regulierung ein wirksames internes Kontrollsystem. Auch Finanzgruppen und -konglomerate sind verpflichtet, gruppenweit ein adäquates Risikomanagement zu betreiben und sich angemessen zu organisieren.

All diese Anforderungen gelten selbstverständlich auch für das grenzüberschreitende Geschäft der Beaufsichtigten.

Die FINMA erwartet von den Beaufsichtigten risikobeschränkende Massnahmen

Aus Sicht der FINMA ist es angesichts der jüngsten Entwicklungen unerlässlich, dass die Beaufsichtigten ihr grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft einer vertieften Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen und damit verbundenen Risiken unterziehen.

Im Zentrum der **Analyse** muss das grenzüberschreitende Finanzdienstleistungsgeschäft stehen. Darunter fallen primär Risiken, die dem Finanzintermediär unmittelbar aus dem grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungs- oder Versicherungsgeschäft erwachsen. Gleichzeitig sind aber auch solche

erfasst, die sich aus anderen Geschäftsfeldern ergeben, so beispielsweise dem grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr. Auch die Gruppensicht ist einzubeziehen. Folglich sind Risiken zu berücksichtigen, die einer Finanzgruppe oder einem -konglomerat aus dem grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft seiner im Ausland domizilierten Konzerngesellschaften entstehen. Wichtig ist, dass die eingangs angesprochenen Risikobereiche (Aufsichtsrecht, Straf- und Steuerrecht usw.) berücksichtigt werden, da gemäss unserer Erfahrung nur ein integraler Ansatz die Risiken zu eliminieren oder minimieren vermag.

Zum Analyseprozess gehört, dass die Beaufsichtigten ihre Zielmärkte und die auf sie anwendbaren ausländischen Vorschriften kennen. Sodann sind die tatsächlichen Aktivitäten auf ihre Compliance hin zu überprüfen. Die daraus resultierenden Risiken sind zu erfassen. Die organisatorische Aufstellung sowie die sonstigen Verhältnisse des Instituts und der Gruppe sollten in die Beurteilung einbezogen werden. Die Rechts- und Reputationsrisiken können u.a. dadurch erhöht werden, dass ein Finanzintermediär oder eine Gruppe bewilligte Onshore-Präsenzen in einem gleichzeitig grenzüberschreitend bedienten Land hat oder ein Grossteil der Aktiva in diesem Land gelegen ist. Spezifische Risiken können sich weiter aus der systemischen Relevanz, dem Abschluss von Verträgen mit Regierungsstellen oder der Personal- und Vergütungspolitik ergeben. All diese Faktoren können ein Institut oder eine Gruppe zusätzlichen Handlungszwängen unterwerfen, die es zu berücksichtigen gilt.

Im Anschluss an die Analyse sind geeignete **Massnahmen** zur Risikoeliminierung oder -minimierung zu treffen. Als Aufsichtsbehörde erwartet die FINMA, dass insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt und für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell definiert wird.

Daraus können sich Änderungen in der strategischen Ausrichtung ergeben. Unter Umständen führt eine sachgerechte Einschätzung der Lage dazu, auf die grenzüberschreitende Bearbeitung eines Zielmarktes oder auf die Bedienung bestimmter Kundenkategorien zu verzichten. So haben beispielsweise zahlreiche Schweizer Institute aus Risikoüberlegungen entschieden, bestimmte Kategorien von US-Kunden nicht mehr zu bedienen oder gewisse Dienstleistungen nicht mehr anzubieten – eine zwar bedauerliche, aber angesichts der Risiken und Kosten nachvollziehbare Massnahme.

Zu den Massnahmen auf einer mehr operativen Ebene gehören insbesondere Weisungen über die in den Zielländern (un)erlaubten Geschäftsaktivitäten. Das Personal ist entsprechend dieser Weisungen zu schulen. Ihre Einhaltung ist zu kontrollieren und es ist ein griffiges Sanktionsregime zur Ahndung von Verstössen einzuführen. Auch sind Vergütungsmodelle so auszugestalten, dass sie eine gute Compliance nicht bestrafen, sondern fördern. Auch organisatorische Massnahmen können sich in diesem Kontext aufdrängen, so etwa die Zentralisierung von Kunden in Länder-Kompetenzzentren (Country Desks).

Ein wichtiger Hinweis betrifft die Zusammenarbeit mit externen Vermögensverwaltern, Vermittlern und anderen Dritten, welche den Instituten Kunden zuführen. Die FINMA betrachtet die umfassende oder teilweise Auslagerung der Akquisition oder Betreuung von Kunden an solche Geschäftspartner per se nicht als wirksame risikominimierende oder -eliminierende Massnahme. Vielmehr können dadurch zusätzliche, teilweise schwer kontrollierbare Risiken entstehen. Es wird deshalb von den Beaufsichtigten erwartet, dass sie insbesondere auch diese Risiken berücksichtigen und nach Möglichkeiten im

Griff haben. Wichtig ist dabei, dass bei der Auswahl und Instruktion dieser Partner sorgfältig vorgegangen wird.

Ein letzter Hinweis gilt den US-Steuerreformen. Die Beaufsichtigten sind dazu aufgerufen, die Anwendbarkeit des FATCA auf ihr Geschäft rechtzeitig abzuklären und sich mit den möglichen Handlungsoptionen auseinanderzusetzen. Auch empfiehlt sich der Dialog mit den Branchenvereinigungen und Behörden, die sich mit verschiedenen Auswirkungen dieser Gesetzesvorhaben und möglichen Handlungsoptionen befassen. Auch der Umgang mit der U.S. Estate Tax ist in die Überlegungen einzubeziehen.

Abschliessend möchte ich festhalten, dass die FINMA das Verhalten der Beaufsichtigten im grenzüberschreitenden Geschäft künftig vermehrt über die laufende Aufsicht thematisieren wird. So wird sichergestellt, dass die Eigenheiten der verschiedenen Kategorien von Beaufsichtigten angemessen berücksichtigt werden. Die FINMA wird die Umsetzung der Analyse und Massnahmen mit den Instituten aufnehmen und teilweise gezielt überprüfen. Die in diesem Papier vertretene Position wird sich auch in der künftigen Enforcement-Praxis der FINMA niederschlagen.