

22. Oktober 2010

---

# Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft

## („Positionspapier Rechtsrisiken“)

---



## Kernpunkte

### Umfeld und Entwicklungen

Das Geschäftsmodell vieler Vermögensverwaltungsbanken ist stark auf grenzüberschreitende Dienstleistungen für im Ausland wohnhafte Privatkunden ausgerichtet. Versicherer haben in den letzten Jahren ebenfalls zunehmend mehr Geschäfte mit grenzüberschreitenden Elementen entwickelt.

In jüngster Vergangenheit haben die Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft merkbar zugenommen. Sie können für einzelne Institute existenzbedrohende und für die Volkswirtschaft destabilisierende Ausmasse annehmen. Davon betroffen sind nicht nur Banken und Versicherer, sondern auch andere in diesem Umfeld tätige Finanzdienstleister.

### Im ausländischen Recht begründete Rechts- und Reputationsrisiken

Aus ausländischem Aufsichtsrecht ergeben sich zwei primäre Risikobereiche. Der eine betrifft die grenzüberschreitende Erbringung von *Finanzdienstleistungen*, der andere das grenzüberschreitende Angebot von *Finanzprodukten*. Beides wird in vielen Rechtsordnungen an restriktive Bedingungen (z.B. physische Präsenz, Registrierung) geknüpft. Auf dem Gebiet des Steuer- und Strafrechts besteht das Risiko, dass ein Finanzintermediär oder dessen Angestellte nach ausländischem Recht zu *strafbaren Teilnehmern* (z.B. Gehilfen oder Anstifter) an Steuerdelikten ausländischer Kunden werden. Zudem können häufige grenzüberschreitende Aktivitäten und die wiederholte physische Präsenz von Institutsvertretern in einzelnen Ländern eine *Steuerpflicht des Finanzintermediärs* selbst auslösen. Weitere Rechts- und Reputationsrisiken können sich aus dem ausländischen Geldwäschereirecht sowie aus zivil-, kollisions- und prozessrechtlichen Normen ergeben; ebenso aus dem übrigen Wirtschaftsrecht gewisser Staaten.

### Umgang des Schweizer Aufsichtsrechts mit Verstössen gegen ausländische Vorschriften

Das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) statuiert keine direkt und explizit formulierte Pflicht der Beaufsichtigten zur Einhaltung ausländischen Rechts. Hingegen ergeben sich aus dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) bestimmte Anforderungen an das Auslandsgeschäft der Versicherer. Selbst wenn einzelne Aufsichtsgesetze keine dem Versicherungsaufsichtsgesetz nachgebildeten Normen kennen, können Verstösse gegen ausländische Vorschriften nach Schweizer Recht unter gegebenen Voraussetzungen relevant sein.

Insbesondere kann die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte – offen formulierte – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen, so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Vor allem aber verlangen die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden müssen und ein wirksames internes Kontrollsystem errichtet wird. Ebenso sind Finanzgruppen und -konglomerate verpflichtet, gruppenweit ein adäquates Risikomanagement zu betreiben und sich angemessen zu organisieren. All diese Erfordernisse gelten auch für das grenzüberschreitende Geschäft. Die FINMA und ihre Vorgängerorganisationen haben in der Ver-

gangenheit in verschiedenen Fällen Verfahren gegen beaufsichtigte Institute geführt und dabei einen mangelhaften Umgang mit im ausländischen Recht begründeten Risiken geahndet.

### **Erwartungen an die das grenzüberschreitende Finanzdienstleistungsgeschäft betreibenden Beaufsichtigten**

Aus Sicht der FINMA ist es angesichts der Entwicklungen der letzten Jahre unerlässlich, dass die Beaufsichtigten ihr gegenwärtiges grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft einer vertieften *Analyse* der rechtlichen Rahmenbedingungen und der damit verbundenen Risiken unterziehen. In einem zweiten Schritt 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.

Die FINMA betrachtet die Auslagerung der Betreuung von Kundenbeziehungen an externe Vermögensverwalter nicht als wirksame risikominimierende oder -eliminierende Massnahme. Es wird erwartet, dass die hier angesprochenen Beaufsichtigten auch die potenziellen durch externe Vermögensverwalter, Vermittler und andere Dienstleister generierten Risiken berücksichtigen. Entsprechend ist bei der Auswahl und Instruktion dieser Partner sorgfältig vorzugehen.

Im Geschäft mit Versicherungsmänteln sind die Banken, Effekthändler und Vermögensverwalter gehalten, ihre Geschäftsbeziehungen mit Anbietern solcher Produkte so auszugestalten, dass der korrekten Umsetzung der in FINMA-Mitteilung 9 (2010) formulierten Anforderungen nichts im Wege steht. Die FINMA wird die Pflichten der jeweils betroffenen Finanzintermediäre in einer neuen Mitteilung präzisieren. Diese wird die FINMA-Mitteilung 9 (2010) ablösen. Die Versicherer bleiben unabhängig davon in jedem Fall für die Erfüllung ihrer Identifikationspflichten im Geschäftsmodell mit Insurance Wrappers aufsichtsrechtlich verantwortlich.

Die Beaufsichtigten stehen in der Verantwortung, das notwendige länderspezifische und übrige Fachwissen entweder selbst aufzubauen oder einzukaufen. Die FINMA begrüsst die Vermittlung länderspezifischer Informationen über die Schweizerische Bankiervereinigung und unterstützt derartige Initiativen der Branchen.

Die FINMA ist unverzüglich zu informieren, wenn sich bei einem Beaufsichtigten wesentliche Rechts- und Reputationsrisiken aus dem grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft materialisieren oder ein Institut in diesem Zusammenhang von ausländischen Behörden kontaktiert wird.

Das Verhalten der Beaufsichtigten im grenzüberschreitenden Geschäft wird künftig vermehrt über die laufende Aufsicht der FINMA thematisiert. So wird auch sichergestellt, dass die Eigenheiten der verschiedenen Beaufsichtigtenkategorien 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.

# Inhaltsverzeichnis

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>Bedeutung des grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäfts....</b>                                  | <b>5</b>  |
| <b>2</b> | <b>Zunahme der Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft .....</b> | <b>6</b>  |
| 2.1      | Einleitung.....  | 6         |
| 2.2      | Aufsichtsrecht.....  | 6         |
| 2.3      | Steuer- und Strafrecht.....  | 8         |
| 2.4      | Geldwäschereirecht.....  | 9         |
| 2.5      | Zivil-, Kollisions- und Prozessrecht .....   | 9         |
| 2.6      | Übriges Wirtschaftsrecht .....   | 11        |
| <b>3</b> | <b>Beurteilung ausländischer Rechtsrisiken nach Schweizer Recht .....</b>                                      | <b>11</b> |
| 3.1      | Aufsichtsrecht.....  | 11        |
| 3.2      | Strafrecht.....  | 14        |
| <b>4</b> | <b>Erwartungen der FINMA .....</b>   | <b>14</b> |
| 4.1      | Einleitung.....  | 14        |
| 4.2      | Durchführung vertiefter Analysen.....  | 15        |
| 4.3      | Massnahmen zur Risikominimierung und -eliminierung .....   | 15        |
| 4.4      | Aufbau des erforderlichen Know-hows .....  | 18        |
| 4.5      | Information über allfällige Probleme mit ausländischen Behörden .....  | 18        |
| 4.6      | FINMA spricht das Risikomanagement in der laufenden Überwachung an .....                                       | 18        |

## 1 Bedeutung des grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäfts

Der Finanzplatz trägt wesentlich zur wirtschaftlichen Wertschöpfung der Schweiz bei. Das Geschäftsmodell vieler Vermögensverwaltungsbanken ist stark auf grenzüberschreitende Dienstleistungen für im Ausland wohnhafte Privatkunden ausgerichtet. Versicherer haben in den letzten Jahren ebenfalls zunehmend mehr Geschäfte mit grenzüberschreitenden Elementen entwickelt. Herausforderungen, welche an diese Geschäftsmodelle herantreten, hinterlassen nicht nur bei einzelnen Finanzinstituten, sondern auch auf gesamtwirtschaftlicher Ebene Spuren.

In jüngster Vergangenheit haben die Rechts- und Reputationsrisiken im *grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft* merkbar zugenommen. Sie können für einzelne Institute existenzbedrohende und für die Volkswirtschaft destabilisierende Ausmasse annehmen. Davon betroffen sind nicht nur Banken und Versicherer, sondern auch andere in diesem Umfeld tätige Finanzdienstleister.

In diesem Positionspapier zeigt die FINMA die im Rahmen ihrer Analysen eruierten Rechts- und Reputationsrisiken in den Grundzügen auf und konkretisiert ihre Erwartungen an die Beaufsichtigten im Umgang mit solchen Risiken.

### **Vertiefung: Gegenstand dieses Positionspapiers**

Dieses Positionspapier befasst sich mit den Rechts- und Reputationsrisiken im Finanzdienstleistungsgeschäft, welche sich daraus ergeben, dass auf einen Sachverhalt (z.B. eine erbrachte Dienstleistung oder ein verkauftes Produkt) anwendbare Vorschriften einer ausländischen Rechtsordnung verletzt oder umgangen werden.

Adressaten dieses Positionspapiers sind die von der FINMA überwachten Banken, Versicherungen, Effekthändler sowie die prudenziell überwachten Bewilligungsträger nach Kollektivanlagengesetz, welche im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft tätig sind.

Der Begriff „grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft“ erfasst alle Aktivitäten, Dienstleistungen oder Produktangebote, welche Banken, Versicherer, Effekthändler sowie prudenziell Beaufsichtigte nach Kollektivanlagengesetz *gegenüber Kunden mit Wohnsitz in einem Drittstaat* erbringen („ausländische Kunden“). Im Zentrum steht das Geschäft mit privaten Kunden. Es ist aber zu beachten, dass sich aus der grenzüberschreitenden Bedienung institutioneller Kunden oder der Vornahme anderer Aktivitäten mit Berührungspunkten zum Ausland (z.B. Zahlungsverkehrsabwicklung) ebenfalls gewichtige Rechts- und Reputationsrisiken ergeben können.

„Grenzüberschreitend“ umfasst dabei sowohl das klassische *Offshore*-Geschäft, bei welchem in der Schweiz ansässige Institute ausländische Kunden bedienen, als auch Konstellationen, wo eine im Ausland ansässige Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung oder dgl. eines Schweizer Finanzinstituts ausländische Kunden bedient.

## 2 Zunahme der Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft

### 2.1 Einleitung

Die Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft haben in den vergangenen Jahren merkbar zugenommen. Dies liegt weniger an schärferen ausländischen Regulierungen als vielmehr an deren konsequenteren Durchsetzung. Die Erhebungsmethoden sind erweitert worden wie etwa Abhöraktionen oder der Kauf gestohlener Daten illustrieren. Letzteres zeigt auch die immer grösser werdende Herausforderung der Schweizer Institute, im Spannungsfeld zwischen in der Schweiz geltenden Vertraulichkeitsvorschriften und einem hochdigitalisierten und globalisierten Umfeld zu arbeiten. Gleichzeitig haben die zahlreichen unter anderem durch Steueramnestien ausgelösten Selbstanzeigen von Kunden den Nebeneffekt, dass sich diese durch die Preisgabe von Informationen über ihre Bank oder ihren Kundenberater zu entlasten versuchen. Hinzu kommen instituts- und gruppenspezifische Faktoren, welche sich beispielsweise aus der organisatorischen Aufstellung (z.B. gleichzeitige Onshore-Präsenzen) und anderen Umständen (z.B. Verträge mit ausländischen Regierungsstellen) ergeben.

Die nachfolgenden Ausführungen geben einen Überblick über die möglichen Quellen von Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft.

### 2.2 Aufsichtsrecht

Aus ausländischem Aufsichtsrecht ergeben sich zwei primäre Risikobereiche. Der eine betrifft die grenzüberschreitende Erbringung von *Finanzdienstleistungen*, der andere das grenzüberschreitende Angebot von *Finanzprodukten*.

Grenzüberschreitend erbrachte *Bank-, Wertpapier-, Versicherungs- oder andere Finanzdienstleistungen* stellen im Ausland häufig regulierte Aktivitäten dar. Je nach Land und Art der Dienstleistung unterliegt ihre Erbringung einschränkenden Regeln oder ist ohne Bewilligung der lokalen Aufsichtsbehörden gar nicht zulässig. Während die Schweiz diesbezüglich ausgesprochen offen reguliert ist, sind in gewissen Ländern bereits simple Aktivitäten eingeschränkt oder verboten. Die Beurteilung der Zulässigkeit solcher Dienstleistungen kann zudem unterschiedlich ausfallen, je nachdem wie der Kunde im konkreten Fall bedient wird (z.B. Kundenbesuche vor Ort, über einen Vertreter vor Ort, über Distanzkommunikationsmittel oder in der Geschäftsstelle des Schweizer Dienstleistungsanbieters).

### Beispiele: regulierte Auslandsaktivitäten

#### Gewinnen und Betreuen von Kunden über Vermittler im Ausland

Eine Bank betreibt das Offshore-Geschäft mit Kunden im angrenzenden Ausland. Für Ausbau und Pflege ihrer Kundschaft arbeitet sie mit einem beachtlichen Netzwerk von externen Vermittlern zusammen, die im jeweiligen Domizilland der Kunden ansässig sind. Die Vermittler fungieren gestützt auf entsprechende Vollmachten auch als Vermögensverwalter, treffen Anlageentscheide für die Kunden und erteilen Order an die Bank. Es stellt sich nicht nur die Frage, ob die Vermittler vor Ort bewilligungspflichtig sind, sondern auch, ob die Bank wegen der auf den jeweiligen Zielmarkt ausgerichteten Vertriebsorganisation bei der entsprechenden lokalen Aufsichtsbehörde bewilligungs- oder erlaubnispflichtig wird.

#### Regulierte Auslandsaktivitäten von Banken

- Socializing: Im Domizilland des Kunden stattfindende Treffen zur reinen Kundenpflege und zwecks gesellschaftlichen Beisammenseins sind in den meisten Ländern zulässig.
- Cold Calls: Von potenziellen Neukunden nicht erbetene Anrufe sind in vielen Ländern verboten (z.B. D, UK).
- Wertpapierdienstleistungen: Das Anbieten von Wertschriftendepots im Domizilland des Kunden ist unter vielen Regulierungen unzulässig bzw. setzt eine Bewilligung oder Erlaubnis voraus (z.B. E, F).
- Werbe- und Marketingaktivitäten: Werbung für Bank- oder Anlageprodukte, welche auf Einwohner eines bestimmten Landes abzielen, ist in den meisten Ländern verboten bzw. setzt eine Bewilligung oder Erlaubnis voraus (z.B. BR, USA).

#### Regulierte Auslandsaktivitäten von Versicherungen

Das Versicherungsaufsichtsrecht vieler Staaten sieht für Geschäftstätigkeiten auf ihrem Territorium eine *Bewilligungspflicht* vor (z.B. D, F, I, UK, USA). Nur höchst vereinzelt können Dienstleistungen ohne physische Präsenz und ohne Lizenz über die Landesgrenzen hinweg angeboten bzw. erbracht werden. In einigen Ländern sind Versicherungspolicen, welche unter Verletzung von lokalem Aufsichtsrecht abgeschlossen wurden, für den Versicherungsnehmer widerrufbar oder nichtig (z.B. I, F).

Auf einem Markt angebotene und vertriebene *Finanzprodukte* sind ebenfalls häufig reguliert und je nach Zielland und Produktkategorie gegenüber den lokalen Aufsichtsbehörden bewilligungs- oder registrierungspflichtig. Häufig sehen ausländische Regulierungen für auf ihrem Markt angebotene Finanzprodukte zudem eine Prospektpflicht vor.

#### **Beispiel: regulierte Versicherungsprodukte**

Falls ein Versicherungsunternehmen Produkte an US-Investoren verkauft, in denen Fonds eingebunden sind, muss es prüfen, ob der Fonds bei der U.S. Securities and Exchange Commission („SEC“) registriert werden muss. Das Versicherungsunternehmen muss Einzelprüfungen vornehmen, da nicht jeder Fonds einer Bewilligungspflicht bei der SEC unterliegt. Insbesondere im Lebensversicherungsbereich gibt es eine Reihe bewilligungspflichtiger Produkte. Nebst der Prüfung sollte das Versicherungsunternehmen ebenfalls bestehende Deklarationspflichten beachten. Im Prospekt betreffend Wertschriftenofferten müssen allfällige Warnungen und Risiken für US-Kunden klar deklariert sein.

Solche Vorschriften hemmen im Ergebnis den Zugang zu ausländischen Märkten. Sie generieren bei Missachtung auch erhebliche Rechts- und Reputationsrisiken für die betroffenen Institute und gegebenenfalls deren Mitarbeiter. Besonders verwundbar sind Institute, welche denselben Markt gleichzeitig auch onshore bedienen oder andere relevante Beziehungen zu diesem Land unterhalten. Aus der Missachtung ausländischen Aufsichtsrechts können verwaltungsrechtliche Sanktionen resultieren; ebenso können solche Aktivitäten strafrechtlich relevant sein und eine zivilrechtliche Haftung des Instituts auslösen (z.B. Widerrufsrecht von Transaktionen).

### **2.3 Steuer- und Strafrecht**

Auf dem Gebiet des Steuer- und Strafrechts besteht das Risiko, dass ein Finanzintermediär oder dessen Angestellte nach ausländischem Recht zu strafbaren Teilnehmern (z.B. Gehilfen oder Anstifter) an Steuerdelikten ausländischer Kunden werden. Was als strafbare Teilnahmehandlung gilt, richtet sich nach dem jeweiligen ausländischen Recht. Je nach Rechtsordnung kann sogar ein Verhalten strafbar sein, das ausschliesslich oder überwiegend ausserhalb dieses Landes, also z.B. auf Schweizer Territorium, stattgefunden hat. Die ausländischen Kunden angebotene Dienstleistungspalette und insbesondere die Geschäftspolitik zu Kundenbesuchen sind darum sorgfältig abzuwägen und zu regeln. Verschiedene ehemalige Mitarbeiter von Schweizer Banken, welche im grenzüberschreitenden Geschäft mit US-Kunden tätig waren, sowie Berater von US-Kunden stehen in den USA unter anderem wegen strafbarer Beihilfe zu Steuerdelikten unter Anklage.

#### **Beispiel: Materialisierung steuer- und strafrechtlicher Risiken**

Verschiedene US-Behörden ermitteln gegen eine Schweizer Bank mit Niederlassungen in den USA. Dem Institut wird vorgeworfen, im grenzüberschreitenden Geschäft mit US-Privatkunden gegen Vorschriften des US-Wertpapierrechts, des US-Steuerrechts sowie gegen Verpflichtungen aus dem Qualified Intermediary Agreement („QIA“) verstossen zu haben. Im Zuge der Ermittlungen verdichten sich die Anhaltspunkte, wonach einzelne Kundenberater vermögenden US-Kunden dabei behilflich gewesen waren, die mit dem QIA einhergehenden Offenlegungs- und Besteuerungsfolgen zu vermeiden. Wie es scheint, hatten diese Berater im Zeitraum der Einführung des QI-Regimes für die entsprechenden Kunden Offshore-Strukturen aufgesetzt, um über diese US- und Non-US-Wertschriften zu halten. Auch gibt es Hinweise auf die Missachtung von US-Wertschriftenrecht bei der grenzüberschreitenden Bedienung von US-Kunden.

Es kommt letztlich soweit, dass das U.S. Department of Justice („DoJ“) eine für die Bank existenzgefährdende strafrechtliche Anklage ankündigt. Diese schliesst daraufhin mit dem DoJ und der U.S. Securities and Exchange Commission („SEC“) einen kostspieligen Vergleich. Nicht umfassend in dieses Settlement einbezogen werden kann die US-Steuerbehörde, welche primär hinterziehende Kunden im Visier hat und mit einem zivilrechtlichen Herausgabebegehren gegen die Bank vorgeht. Daraus entsteht ein Justizkonflikt zwischen der schweizerischen und der amerikanischen Rechtsordnung.

Zudem können häufige grenzüberschreitende Aktivitäten und die wiederholte physische Präsenz von Institutsvertretern in einzelnen Ländern eine (Unternehmens-)Steuerpflicht des Finanzintermediärs selbst auslösen. Aus der Beurteilung als „fiktive“ Niederlassung kann unter Umständen auch folgen, dass deren Kunden nach lokalem Recht offengelegt werden müssen oder lokale Reporting- oder Quellensteuervorschriften zur Anwendung gelangen. Daraus entsteht Potenzial für Rechtskonflikte.

## 2.4 Geldwäschereirecht

Rechts- und Reputationsrisiken können sich für grenzüberschreitend tätige Institute aus dem Geldwäschereirecht ergeben, etwa wenn das anwendbare lokale Recht bei Verdacht auf ein Steuer- oder anderes Delikt des Kunden eine Pflicht zur Erstattung einer Verdachtsmeldung an die lokale Meldestelle vorsieht. Das Institut gerät in einen Zielkonflikt, wenn es sich dabei wegen allfälliger strafbarer Teilnahmehandlungen selber inkriminieren würde.

## 2.5 Zivil-, Kollisions- und Prozessrecht

Grenzüberschreitend tätige Finanzdienstleister können aus ausländischem Zivilrecht haftbar werden. So kann insbesondere die Verletzung von Aufsichtsrecht zu einer *zivilrechtlichen Haftung* führen, indem der Kunde mit dem Finanzinstitut abgeschlossene Verträge anfechten kann oder diese nichtig sind.

### Beispiele: Zivilrechtliche Haftungsrisiken

- Das (erstinstanzlich urteilende) Landgericht Vaduz befand im Februar 2010, dass eine liechtensteinische Bank einem deutschen Kunden die diesem von einem deutschen Gericht auferlegte sogenannte Bewährungsaufgabe erstatten müsse. Als Grund wurde angeführt, die Bank habe den Kunden zu spät über den ihn betreffenden Datendiebstahl informiert und damit eine rechtzeitige Selbstanzeige des Kunden beim deutschen Fiskus vereitelt. Als nicht ersatzfähig erklärte das Gericht aber den Betrag der Nachsteuern und der Busse. Das Liechtensteiner Obergericht kassierte das erstinstanzliche Urteil am 8. Juli 2010. Es hat den Antrag auf Schadenersatz als nicht begründet angesehen. Zurzeit ist das Verfahren beim Obersten Liechtensteiner Gerichtshof in Vaduz hängig; ein rechtskräftiges Urteil wird frühestens Anfangs 2011 vorliegen. Auch nach bisheriger schweizerischer Rechtsprechung stellen Nachsteuern oder Bussen, welche verschuldensabhängig ausgesprochen wurden und deshalb höchstpersönliche Strafen darstellen, keine zivilrechtlich ersatzfähigen Vermögensverminderungen dar. Anders ist die Lage im Falle der kausalen Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten (vgl. BGE 134 III 59).

- Ein US-Kunde tätigt über seine Schweizer Bank eine den Vorschriften des U.S. Securities Exchange Act (1934) zuwiderlaufende Wertschriftentransaktion. Eine Verletzung der in diesem Gesetz vorgeschriebenen Registrierungspflichten für Broker-Dealer gibt dem Kunden ein Widerrufsrecht. Der Kunde erleidet im Rahmen der Finanzkrise einen hohen Wertverlust auf seiner Anlage. Er macht von seinem Widerrufsrecht Gebrauch. Die Bank muss die getätigte Transaktion rückabwickeln und den zwischenzeitlich eingetretenen Verlust ausgleichen.
- Der unerfahrene, ausländische Kunde A investiert auf Anraten seines Kundenberaters der Schweizer Bank Z in einen Hedge Fund. Die Investition löst für den Kunden im Heimatstaat negative Steuerfolgen aus; zudem erleidet er im Zuge der Finanzkrise einen massiven Verlust. Im Zivilprozess gegen die Bank bringt der Anwalt unter anderem vor, dieses Produkt sei für den Kunden A in verschiedener Hinsicht nicht geeignet gewesen; einerseits sei es für Kunden aus dem Land Y wegen der Steuerfolgen gänzlich uninteressant und dürfte gar nicht angeboten werden, andererseits widerspreche die Investition seinem Risikoprofil.
- Ein der Steuerhinterziehung überführter und gebüsster US-Kunde verklagt seine Schweizer Bank, seinen ehemaligen Kundenberater und das Topmanagement in den USA auf zivilrechtlichen Ersatz von Nachsteuern und Bussen. Er wirft den Beklagten vor, ihn zu Steuerverkürzungen verleitet zu haben.

Ausserdem können sich für grenzüberschreitend tätige Finanzdienstleister insbesondere unter dem Titel des Konsumenten- oder Investorenschutzes kollisionsrechtliche und prozessuale Hürden ergeben. So zum Beispiel, wenn ein ausländisches Gericht bei Streitigkeiten zwischen Kunde und Finanzintermediär in den Geschäftsbedingungen geregelte Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln aberkennt und stattdessen die *lex fori* anwendet. Auch kann die (unüberlegte) Prorogation oder Einlassung auf ausländische Gerichtsstände (z.B. in den USA) zu einer nachteilhaften Ausgangslage in Prozessen führen.

#### **Vertiefung: Klagen am Wohnsitz ausländischer Kunden unter Anwendung der *lex fori***

Am 1. Januar 2011 tritt das revidierte Lugano Übereinkommen („LugÜ“) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in Kraft. Das LugÜ legt die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Vertragsstaaten fest. Es gewährleistet zudem die Anerkennung und Vollstreckung der in einem Vertragsstaat gefällten Entscheide in den übrigen Vertragsstaaten. Die wichtigste Neuerung betrifft die Ausweitung des räumlichen Geltungsbereichs des LugÜ auf die neuen EU-Staaten. Ferner wirkt sich das revidierte Übereinkommen unter anderem auf die Zuständigkeit zur Beurteilung von zwischen Finanzinstitut und Kunden aus LugÜ-Mitgliedstaaten abgeschlossenen Verträgen aus. Demnach kann ein Kunde an seinem Wohnsitz klagen, wenn das Institut seine Dienstleistungen auf diesen Wohnsitz- und Mitgliedstaat „ausgerichtet“ hat. Was unter dem Begriff „ausrichten“ genau zu verstehen ist, muss von der Rechtsprechung erst noch geklärt werden.

Seit dem 17. Dezember 2009 gilt unter EU-Staaten hinsichtlich vertraglicher Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen die Rom I Verordnung (Nr. 593/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Juni 2008), welche an die Stelle der von den Mitgliedstaaten erlassenen IPR-Gesetze getreten ist. Die Verordnung bestimmt das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare

Recht. Die Parteien können das anwendbare Recht bei vertraglichen Schuldverhältnissen grundsätzlich selber wählen. Diese Parteiautonomie stösst namentlich bei Verbraucher- und Versicherungsverträgen zum Schutz der „schwächeren Partei“ auf Grenzen. Sind die vom Finanzintermediär erbrachten Dienstleistungen auf den Wohnsitz- und Mitgliedstaat des Kunden „ausgerichtet“, können zwingend anwendbare Schutzvorschriften der getroffenen Rechtswahl vorgehen.

Daraus folgt für Institute aller LugÜ-Mitgliedstaaten, dass künftig vermehrt mit Klagen am Wohnsitz des Kunden unter Anwendung zwingenden Rechtes seines Wohnsitzstaates zu rechnen ist.

Gestützt auf Art. 19 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) ist im Übrigen nicht auszuschliessen, dass auch ein Schweizer Richter der Anwendung zwingender ausländischer Normen gegenüber den schweizerischen Vorschriften den Vorrang geben könnte.

## 2.6 Übriges Wirtschaftsrecht

Die Rechtsordnung einzelner Länder beansprucht etwa für ihre Staatsangehörigen oder ihre Landeswährung weltweite Geltung. So können beispielsweise von Finanzinstituten für Personen oder Behörden aus sanktionierten Drittstaaten abgewickelte Transaktionen in USD Einschränkungen oder Verboten unterliegen. Werden solche Vorschriften im Falle ihrer Nichtbeachtung mittelbar oder unmittelbar auch gegenüber ausländischen Instituten und deren Angestellten durchgesetzt, können daraus erhebliche Rechts- und Reputationsrisiken entstehen. Entsprechend ist derartigen Universalansätzen und Konzepten die erforderliche Beachtung zu schenken.

### Beispiel: USD-Zahlungsverkehr von Schweizer Banken

Eine Schweizer Bank mit Niederlassungen in den USA führt USD-Zahlungen für von den USA sanktionierte Länder und Personen aus und muss zur Beilegung gegen sie gerichteter Ermittlungen mit den US-Behörden einen kostspieligen Vergleich abschliessen.

## 3 Beurteilung ausländischer Rechtsrisiken nach Schweizer Recht

### 3.1 Aufsichtsrecht

Das Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) statuiert keine direkt und explizit formulierte Pflicht der Beaufsichtigten zur Einhaltung ausländischen Rechts. Hingegen sieht das Versicherungsaufsichtsgesetz vor, dass bei der Erteilung einer Bewilligung zum Betrieb einer Versicherung durch die FINMA sichergestellt wird, dass die Antragsteller, sofern sie das Auslandsgeschäft betreiben wollen, ihre ausländischen Zielmärkte grundsätzlich unter Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts bedienen (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. c; Art. 5 Abs. 2 Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01). Zu diesem Zweck müssen entsprechende Bewilligungen ausländischer Aufsichtsbehörden oder sog. Unbedenklichkeitserklärungen

gen beigebracht werden. Spätere geschäftsplan-relevante Änderungen betreffend das Auslandsgeschäft sind der FINMA ebenfalls mitzuteilen.

Auch wenn die übrigen Aufsichtsgesetze keine dem Versicherungsaufsichtsgesetz nachgebildeten Normen kennen, können Verstösse gegen ausländische Vorschriften nach Schweizer Recht unter gegebenen Voraussetzungen relevant sein. Insbesondere kann die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte – offen formulierte – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen; so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Vor allem aber verlangen die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden müssen und ein wirksames internes Kontrollsystem errichtet wird. Gleiche Anforderungen gelten auch für Finanzgruppen und -konglomerate.

#### **Vertiefung: Vorschriften betreffend Banken, Effekthändler und kollektive Kapitalanlagen**

Zu den dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen gehört, dass eine Bank über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügt und dauernd Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c Bankengesetz, BankG; SR 952.0). Sie muss die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung risikobehafteter Geschäfte in einem Reglement oder internen Richtlinien regeln. Unter anderem muss sie ihre operationellen und rechtlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen (vgl. Art. 9 Abs. 2 Bankenverordnung, BankV; SR 952.02). Darüber hinaus hat jedes Institut für ein wirksames Kontrollsystem zu sorgen (Art. 9 Abs. 4 BankV).

Im Rahmen der Gruppenaufsicht prüft die FINMA ebenfalls, ob die Finanzgruppe oder das -konglomerat Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet und so organisiert ist, dass sie oder es die wesentlichen mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann (vgl. Art. 3f BankG und Art. 14a BankV).

In den Rundschreiben 08/24 „Überwachung und interne Kontrolle Banken“ und 08/21 „Operationelle Risiken Banken“ hat die FINMA Grundsätze des Risikomanagements für Banken, Effekthändler sowie Finanzgruppen und -konglomerate geregelt.

Praktisch identische Vorschriften existieren für Effekthändler (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a und d sowie Abs. 5 Börsengesetz, BEHG, SR 954.1; Art. 19 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 Börsenverordnung, BEHV, SR 954.11). Gleichermassen enthalten im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen das Kollektivanlagengesetz (KAG; SR 951.31) und die Kollektivanlagenverordnung (KKV; SR 951.311) Bestimmungen zu Gewähr, Organisation und Risikomanagement (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. a und c KAG und Art. 10 Abs. 2 und 12 Abs. 3 KKV).

### Vertiefung: Vorschriften betreffend Versicherungen

Wie erwähnt werden die Auslandstätigkeiten der Versicherungsunternehmen im Rahmen des Bewilligungsverfahrens überprüft, indem der FINMA der Geschäftsplan unterbreitet werden muss, dem die Bewilligung(en) der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde(n) oder eine gleichwertige Bescheinigung beigelegt werden muss (vgl. Art. 4 Abs. 2 Bst. c VAG). Spätere Änderungen des Geschäftsplans müssen der FINMA vorgelegt werden (vgl. Art. 5 VAG).

Betreffend Risikomanagement legt Art. 22 VAG fest, dass das Versicherungsunternehmen so organisiert sein muss, dass es insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann. Darüber hinaus hat jedes Institut für ein wirksames Kontrollsystem zu sorgen (vgl. Art. 27 Abs. 1 VAG). Diese Anforderungen werden in der Aufsichtsverordnung (vgl. Art. 96 ff. AVO; SR 961.011) konkretisiert und gelten auch für Versicherungsgruppen und -konglomerate, die der Aufsicht der FINMA unterstehen (vgl. Art. 67 und 75 VAG i.V.m. Art. 14 und 22 VAG).

Das RS 2008/32 „Corporate Governance Versicherer“, welches auch für Gruppen und Konglomerate gilt, die der schweizerischen Versicherungsaufsicht unterstellt sind, regelt namentlich in Kapitel IV. die Grundsätze des Risikomanagements und der internen Kontrolle.

Diese Vorschriften gelten auch für das grenzüberschreitende Geschäft der Beaufsichtigten. Die FINMA und ihre Vorgängerorganisationen haben in der Vergangenheit in verschiedenen Fällen Verfahren gegen beaufsichtigte Institute geführt und dabei einen mangelhaften Umgang mit im ausländischen Recht begründeten Risiken geahndet.

### Beispiel: Auszug aus einer Verfügung der FINMA gegen eine fehlbare Bank im Jahr 2010

Die FINMA hat im Jahr 2010 gegen die Schweizer Tochter einer ausländischen Bank verfügt, welche aus der Schweiz heraus benachbarte Märkte bedient. Unter anderem wurden von der Bank in einer wesentlichen Anzahl von Fällen tatsächenswidrige Bescheinigungen von Bartransaktionen ausgestellt. Während diese tatsächlich am Wohnsitz des ausländischen Kunden abgewickelt wurden, waren sie jeweils so verbucht worden, wie wenn der Kunde die Transaktion selber in den Räumlichkeiten des Instituts vorgenommen hätte. Dazu wurden vorab unterzeichnete Blankobelege eingesetzt. Die FINMA stellte fest, dass sich die Bank insbesondere der steuer- und strafrechtlichen Risiken in den Zielmärkten nicht bewusst und dass die diesbezügliche Rechtslage nie abgeklärt worden war. Es entstand der Eindruck, dem Institut mangle es in risikomässiger Hinsicht an der erforderlichen Sensibilität. Diese und andere Feststellungen führten zu einer formellen Rüge und Auflagen. Die relevante Passage aus den Erwägungen zum Cross-border-Geschäft lautete wie folgt:

*[...] Die Vorschriften des Bankengesetzes betreffend das Erfordernis des adäquaten Risikomanagements, der angemessenen Organisation sowie der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen daher, dass in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Beaufsichtigte das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren. Sie sind durch geeignete Massnahmen zu minimieren. Dazu gehören insbesondere Weisungen über die in den Zielländern erlaubte Geschäftstätigkeit. Das Personal ist entsprechend zu schulen. Vergütungsmodelle sind so auszugestalten, dass sie eine gute Compliance*

*nicht bestrafen, sondern fördern (FINMA-Rundschreiben 10/01 „Vergütungssysteme“, Rz. 36). Die Einhaltung solcher Weisungen ist auf sinnvolle Weise zu kontrollieren. Wenn nötig, ist das Geschäftsmodell anzupassen und auf die Tätigkeit in bestimmten Märkten zu verzichten. [...]*

## 3.2 Strafrecht

Gemäss dem geltenden Schweizer Recht gilt der Grundsatz, dass Teilnahmehandlungen von Schweizer Finanzinstituten und Mitarbeitern an Steuerdelikten, welche Kunden gegenüber dem ausländischen Fiskus begehen, in der Schweiz nicht strafbar sind. Wer also in der Schweiz dabei behilflich ist, mit einem Steuerdelikt zusammenhängende Vermögenswerte zu verwalten oder wer Vermögenswerte verwaltet, bei denen die anfallenden Erträge nicht deklariert werden, bleibt in der Schweiz grundsätzlich straffrei. Das Bundesgericht hat allerdings auch schon angedeutet, dass der Grundsatz nicht völlig unumstösslich sei. Zudem ist er insofern zu relativieren, als sich Personen unter Umständen auch in der Schweiz strafbar machen können, wenn sie Urkunden fälschen oder Sachverhalte falsch beurkunden.

Der Grundgedanke dieser Regelung liegt darin, dass Steuerdelikte Verbrechen oder Vergehen gegen den ausländischen Staat sind und die Schweiz nicht so weit geht, ausländische Staaten bei der Eintreibung ihrer Besteuerungsansprüche durch das schweizerische Strafrecht zu unterstützen. Hierfür wurden die Kanäle der Rechts- und Amtshilfe etabliert. Mit der Übernahme von OECD-Standard 26 in die Doppelbesteuerungsabkommen leistet die Schweiz auch in Fällen von Steuerhinterziehung Amtshilfe. Das Verfahren wird neu in der Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV) geregelt werden; diese ist am 1. Oktober 2010 in Kraft getreten.

## 4 Erwartungen der FINMA

### 4.1 Einleitung

Aus Sicht der FINMA ist es angesichts der Entwicklungen der letzten Jahre unerlässlich, dass die Beaufsichtigten ihr gegenwärtiges grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft einer vertieften *Analyse* der rechtlichen Rahmenbedingungen und der damit verbundenen Risiken unterziehen. In einem zweiten Schritt 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.

Die nachfolgenden Ausführungen konkretisieren die Erwartungen der FINMA an das hier im Zentrum stehende grenzüberschreitende Finanzdienstleistungsgeschäft. Darüber hinaus werden die Anforderungen der FINMA in Zukunft vermehrt im Rahmen der laufenden Überwachung mit den Instituten thematisiert werden. So wird auch sichergestellt, dass die Eigenheiten der verschiedenen Beaufsichtigtenkategorien angemessen berücksichtigt werden.

## 4.2 Durchführung vertiefter Analysen

Die FINMA erwartet, dass die hier angesprochenen Finanzintermediäre die dem grenzüberschreitenden Geschäft inhärenten Rechts- und Reputationsrisiken einer vertieften instituts- und gruppenspezifischen Analyse unterziehen. Zum Analyseprozess gehört, dass die Beaufsichtigten alle ihre Zielmärkte und die auf sie anwendbaren ausländischen Rechtsvorschriften kennen. Sodann sind die tatsächlichen Aktivitäten auf ihre Compliance hin zu überprüfen. Die damit verbundenen Risiken sind zu erfassen, begrenzen und kontrollieren.

Im Zentrum der Analyse soll das *grenzüberschreitende Finanzdienstleistungsgeschäft* stehen. Darunter fallen jedoch nicht nur Risiken, die dem Finanzintermediär unmittelbar aus dem grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungs- oder Versicherungsgeschäft erwachsen. Vielmehr sind auch solche erfasst, welche sich aus anderen Geschäftsfeldern ergeben können, wie beispielsweise aus dem grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr. Ferner ist auch denjenigen Risiken Beachtung zu schenken, die einer Finanzgruppe oder einem -konglomerat aus dem grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft seiner im Ausland domizilierten Konzerngesellschaften entstehen. Es sind die unter Kapitel 2 angesprochenen Risikobereiche zu berücksichtigen, da nur ein integraler Ansatz die Risiken zu eliminieren oder minimieren vermag.

Die organisatorische Aufstellung sowie die sonstigen Verhältnisse des Instituts und der Gruppe sollten in die Beurteilung einbezogen werden. Die Rechts- und Reputationsrisiken können unter anderem dadurch erhöht werden, dass ein Finanzintermediär oder eine Gruppe bewilligte Onshore-Präsenzen in einem gleichzeitig grenzüberschreitend bedienten Land hat, dort an einer Börse kotiert oder ein Grossteil der Aktiva in diesem Land gelegen ist. Spezifische Risiken können sich weiter aus der systemischen Relevanz, der Zusammensetzung der Hauptinvestoren, dem Abschluss von Verträgen mit Regierungsstellen (z.B. QI-Agreement oder künftig FFI-Agreement), der Abwicklung des Zahlungsverkehrs, der Unterhaltung bestimmter Korrespondenzbankbeziehungen, der Personal- und Vergütungspolitik, etc. ergeben. All diese Faktoren können ein Institut oder eine Gruppe zusätzlichen Handlungszwängen unterwerfen.

## 4.3 Massnahmen zur Risikominimierung und -eliminierung

Im Anschluss an die Analyse der Rahmenbedingungen und die Beurteilung der Risiken sind geeignete Massnahmen zur Risikoeliminierung oder -minimierung zu treffen.

Daraus können sich Änderungen in der strategischen Ausrichtung ergeben. Unter Umständen führt eine sachgerechte Einschätzung der Lage dazu, auf die grenzüberschreitende Bearbeitung eines bestimmten Zielmarktes oder auf die Bedienung einer bestimmten Kundenkategorie gänzlich zu verzichten und das Geschäftsmodell anzupassen. So haben beispielsweise zahlreiche Schweizer Institute aus Risikoüberlegungen entschieden, bestimmte Kategorien von US-Kunden nicht mehr zu bedienen oder gewisse Dienstleistungen nicht mehr anzubieten.

Zu den Massnahmen auf operativer Ebene gehören insbesondere Weisungen über die in den Zielländern (un)erlaubten Geschäftsaktivitäten. Das Personal ist entsprechend zu schulen. Die Einhaltung der Weisungen ist zu kontrollieren und es ist ein klares und griffiges Sanktionsregime zur Ahndung

von Verstössen einzuführen. In Einklang mit Rz 36 des FINMA-Rundschreibens 10/01 „Vergütungssysteme“ sind Vergütungsmodelle so auszugestalten, dass sie eine gute Compliance nicht bestrafen, sondern fördern. Es ist weiter zu prüfen, ob organisatorische Anpassungen wie beispielsweise die Zentralisierung von Kunden in Länder-Desks angebracht sind. Gegebenenfalls sind Cross-border oder Onshore-Lizenzen einzuholen oder entsprechende Meldungen gegenüber ausländischen Regulatoren zu machen.

Die FINMA betrachtet die Auslagerung der Betreuung von Kundenbeziehungen an externe Vermögensverwalter nicht als wirksame risikominimierende oder -eliminierende Massnahme. Es wird erwartet, dass die hier angesprochenen Beaufsichtigten auch die potenziellen durch externe Vermögensverwalter, Vermittler und dgl. generierten Risiken berücksichtigen. Entsprechend ist bei der Auswahl und Instruktion dieser Partner sorgfältig vorzugehen.

#### **Vertiefung: Massnahmen zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten an Versicherungsmänteln**

Gemäss Rz 34 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) haben Finanzintermediäre mit Domizil oder Sitz in der Schweiz keine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung an ihren Konti und Depots bei Schweizer Banken abzugeben. Dasselbe gilt für im Ausland domizilierte Finanzintermediäre, die einer gleichwertigen Aufsicht und Regelung in Bezug auf Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung unterstehen. Somit musste bisher – nach geltender VSB – eine Schweizer Bank den wirtschaftlich Berechtigten an einem Wertschriftendepot, das auf den Namen einer Versicherungsgesellschaft lautet, nicht feststellen. Das Produktmodell Insurance Wrapper, mit pro Kunde individuell verwaltetem gebundenem Vermögen, unterscheidet sich je nach Ausgestaltung hinsichtlich des Geldwäschereirisikos jedoch kaum von dem einer traditionellen Vermögensverwaltung mit einer Bank oder einem externen Vermögensverwalter. Im Fokus steht hier der Prämienzahler der Lebensversicherungsprämie als wirtschaftlich Berechtigter. Die FINMA verlangte deshalb in ihrer Mitteilung 9 (2010), dass Banken, Effektenhändler oder Vermögensverwalter den wirtschaftlich Berechtigten in bestimmten Fällen von Insurance Wrappers feststellen müssen, oder bei der Bank allenfalls bereits vorhandene Identifikations- oder Feststellungsdokumente aus vorbestehenden Kundenbeziehungen mit dem wirtschaftlich Berechtigten zu den Kontounterlagen der Kundenbeziehung mit der Lebensversicherung nehmen.

Die Banken, Effektenhändler und Vermögensverwalter sind fortan gehalten, ihre Geschäftsbeziehungen mit Anbietern solcher Produkte so auszugestalten, dass der korrekten Umsetzung der in der FINMA-Mitteilung zum Umgang mit Insurance Wrappers formulierten Anforderungen nachgekommen werden kann. Die FINMA wird die Pflichten der jeweils betroffenen Finanzintermediäre in einer neuen Mitteilung präzisieren. Die Mitteilung wird die Mitteilung 9 (2010) ablösen. Eine spätere Implementierung der von der FINMA präzisierten Regeln zum Umgang mit Insurance Wrappers in der VSB ist denkbar.

Die Versicherer bleiben in jedem Fall für die Erfüllung ihrer Identifikationspflichten im Geschäftsmodell mit Insurance Wrappers aufsichtsrechtlich verantwortlich, auch wenn der Versicherungsantrag von einem anderen Finanzintermediär entgegengenommen wurde. Sie haben den Kunden pflichtgemäss

zu identifizieren, allenfalls den wirtschaftlich Berechtigten festzustellen und den anderen mit der Geschäftsbeziehung verbundenen Pflichten nachzukommen.

### Vertiefung: US-Steuerreformen

Per 1. Januar 2013 tritt der *Foreign Account Tax Compliance Act* ("FATCA") in Kraft. Demnach haben US-Zahlstellen auf Zahlungen aus US-Quellen, welche an ein ausländisches Finanzinstitut überwiesen werden, grundsätzlich einen Steuerrückbehalt von 30% zu machen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Adressat der Zahlung das Finanzinstitut selber, eine US-Person oder ein Non-Resident-Alien ist. Zahlungen aus US-Quellen umfassen beispielsweise Dividenden, Zinsen, Mieten, Löhne, aber auch Bruttoverkaufserlöse aus US-Wertschriften oder Beteiligungen, welche ebenfalls zu 30% besteuert werden sollen. Diese Steuer kann vermieden werden, indem nicht-amerikanische Finanzinstitute mit der US-Steuerbehörde Internal Revenue Service („IRS“) einen Vertrag abschliessen. Darin müssen sie sich insbesondere verpflichten, sämtliche Kunden im Hinblick auf deren Status als US-Person zu identifizieren. Der Begriff der US-Person ist auch unter FATCA breit gefasst; neben US-Staatsbürgern, Inhabern einer GreenCard und Personen mit substantieller Präsenz auf US-Territorium sind davon auch juristische Personen betroffen, insbesondere Gesellschaften mit einem nicht operativen Geschäft, an denen eine oder mehrere US-Personen eine bestimmte Schwellenwerte übersteigende Beteiligung halten. Die Detailregulierungen des U.S. Department of the Treasury sowie des IRS sind noch ausstehend; am 27. August 2010 wurde eine erste Wegleitung des IRS publiziert, welche zur Vernehmlassung gestellt wird.

Die Umsetzung dieser Vorschriften dürfte den betroffenen Finanzinstituten nicht nur einen enormen Aufwand verursachen, sondern gleichzeitig die Rechts- und Reputationsrisiken sowie die operationellen Risiken der Institute noch einmal erhöhen. Die Beaufsichtigten sind aufgerufen, die Anwendbarkeit des FATCA auf ihr Geschäft rechtzeitig abzuklären und sich mit den möglichen Optionen auseinanderzusetzen. Der Umgang mit dieser Thematik ist in die in diesem Kapitel diskutierte Analyse sowie allfällige Massnahmenpakete einzubeziehen.

Die USA kennen seit langem eine *Erbschafts- und Schenkungssteuer*. Diese hätte vor gut zehn Jahren einmal abgeschafft werden sollen. Der damalige Präsident konnte über ein neues Gesetz eine zehnjährige Verlängerung erwirken. Aufgrund der Befristung besteht für Erbanfälle und Schenkungen im Jahr 2010 keine Steuerpflicht. Allerdings ist per 1. Januar 2011 mit einem „*re-instatement*“ durch den US-Kongress zu rechnen. Gleichzeitig sind Bestrebungen im Gange, die Steuer griffiger auszugestalten. Unter dem sog. *Certain Estate Tax Relief of 2009* („*U.S. Estate Tax*“) ist der US-Willensvollstrecker einer verstorbenen US-Person verpflichtet, dem IRS innerhalb von neun Monaten über das Vermögen des Verstorbenen zu berichten. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die US-Erbschaftssteuer nicht nur beim Ableben von US-Personen anfällt, sondern unter Umständen auch bei Non-US-Personen, welche in ihrem Depot US-Titel im Wert von mehr als USD 60'000.- halten. Anknüpfungspunkt ist in diesem Fall der Umstand, dass es sich um US-Wertschriften handelt und diese als in den USA gelegenes Vermögen angesehen werden (sog. „*U.S. situs assets*“), welches der Besteuerung unterliegt. Daraus folgt zum Beispiel, dass die Erben des in der Schweiz wohnhaften und verstorbenen Schweizers Hans Muster gegenüber dem amerikanischen Fiskus steuerpflichtig werden

können, wenn sich im Depot US-Titel im Wert von mehr als 60'000.- USD befinden. Viele Investoren und Erben dürften sich dieser Besteuerungsfolge nicht bewusst sein. Die Beaufsichtigten sind aufgerufen, diesbezügliche Risiken zu erfassen und geeignete Massnahmen zu beschliessen. In diesem Sinne ist es aus Sicht der FINMA angebracht, dass die Finanzintermediäre die Erben verstorbener Kunden, welche in „U.S. situs assets“ investierten, über allfällige Melde- und Steuerpflichten orientieren. Auch ein allgemeiner Hinweis für Kunden mit US-Titeln ist zu prüfen. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass das Erbschafts- und Nachlasssteuerabkommen von 1951 sowie das geltende Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den USA im Jahr 2011 neu verhandelt werden sollen, was die Rechtslage verändern und allenfalls erleichtern könnte.

#### **Vertiefung: Umgang mit in- und ausländischem Sanktionsrecht**

Schweizer Finanzintermediäre sehen sich zunehmend mit in- und ausländischen sanktionsrechtlichen Anforderungen konfrontiert, welche unterschiedlich weit gehen. Dies betrifft insbesondere die jüngsten Verschärfungen gegenüber Iran, welche von den USA, der Europäischen Union und den Vereinten Nationen („UNO“) ausgehen; die Schweiz orientiert sich dabei an den durch die UNO gesetzten Standards.

In ihrer Mitteilung 15 (2010) mit dem Titel *Rechts- und Reputationsrisiken bei Geschäftsbeziehungen mit Iran* konkretisiert die FINMA ihre diesbezüglichen auf die Finanzmarktgesetze abgestützten Erwartungen.

#### 4.4 Aufbau des erforderlichen Know-hows

Für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell zu definieren, erweist sich als grosse Herausforderung. Die Institute stehen in der Verantwortung, das hierzu notwendige länderspezifische und übrige Fachwissen entweder selbst aufzubauen oder einzukaufen. Die FINMA begrüsst die Vermittlung länderspezifischer Informationen über die Schweizerische Bankiervereinigung und unterstützt derartige Initiativen der Branchen.

#### 4.5 Information über allfällige Probleme mit ausländischen Behörden

Die FINMA ist unverzüglich zu informieren, wenn sich bei einem Beaufsichtigten wesentliche Rechts- und Reputationsrisiken aus dem grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft materialisieren oder ein Institut in diesem Zusammenhang von ausländischen Behörden kontaktiert wird (vgl. Art. 29 Abs. 2 FINMAG).

#### 4.6 FINMA spricht das Risikomanagement in der laufenden Überwachung an

Das Verhalten der Beaufsichtigten im grenzüberschreitenden Geschäft wird künftig vermehrt über die laufende Aufsicht thematisiert. So wird auch sichergestellt, dass die Eigenheiten der verschiedenen

Beaufsichtigtenkategorien 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.

Archiv