

Vermögensverwalter, Cross-border-Geschäftstätigkeit & Reverse Solicitation im Fokus der FINMA

Seitdem die Tätigkeit der unabhängigen Vermögensverwalter («EVV») gemäss dem Finanzinstitutsgesetz («FINIG») bewilligungspflichtig ist, steht auch deren Cross-border-Geschäftstätigkeit im Fokus der FINMA. Als Bewilligungsträger müssen EVV im Rahmen des Risikomanagements sowie der Gewährsanforderungen die Einhaltung von ausländischem (Aufsichts-)Recht gewährleisten. Auch wenn die FINMA anlässlich des Bewilligungsverfahrens bereits eine Überprüfung des Cross-border-Setups vorgenommen hat, ist damit zu rechnen, dass Compliance mit ausländischem Aufsichtsrecht und insbesondere die Anwendbarkeit der Reverse Solicitation-Ausnahme ein «hot issue» bleiben werden.

Compliance mit ausländischem Recht als dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzung nach FINIG

Die FINIG-Bewilligungsvoraussetzungen, die vom EVV permanent einzuhalten sind, verpflichten diesen dazu, über ein angemessen ausgestattetes Risikomanagement zu verfügen. Der EVV hat sämtliche mit seiner Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken zu identifizieren, zu steuern und zu überwachen. Gleichzeitig ist ein wirksames internes Kontrollsystem («IKS») zu implementieren, welches zusammen mit dem Risikomanagement die Einhaltung der anwendbaren rechtlichen Vorschriften bezweckt. Bei grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit sind die rechtlichen Risiken ausländischer Rechtsordnungen miteinzuschliessen.

Zusätzlich haben bewilligte Finanzinstitute «Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit» zu bieten. Auch dies ist bekannt und tönt selbstverständlich, soweit die FINMA die Bewilligung bereits erteilt hat. Neben den anderen Bewilligungsvoraussetzungen wird die FINMA die Einhaltung der Gewährsvoraussetzungen unter Berücksichtigung des gewählten Cross-border-Modells aber auch weiterhin (indirekt) prüfen – sei dies im Rahmen des Regulatory Audits oder infolge von Amtshilfeersuchen. Ein beträchtlicher Einfluss auf die Beurteilung der Gewähr hat dabei der Umgang mit Rechts- bzw. Reputationsrisiken, welche gerade im Cross-border-Bereich mannigfaltig sind:

Sie gehen vom Risiko der Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts bis zu zivil-, steuer- und/oder strafrechtlichen Risiken. Damit kann die Cross-border Geschäftstätigkeit zum Gegenstand von Enforcementverfahren der FINMA und letztlich zur Schicksalsfrage für die Aufrechterhaltung der Bewilligung werden.

Auslöser von Enforcementverfahren der FINMA

EVV unterstehen zwar keiner direkten, laufenden Aufsicht durch die FINMA. Die FINMA kann den hierfür zuständigen Aufsichtsorganisation aber Vorgaben für die Prüfung machen. Zudem bleibt die FINMA für die Rechtsdurchsetzung zuständig und kann bei Missständen das Finanzmarktrecht mittels Aufsichtsmassnahmen («Enforcement») gegenüber dem EVV durchsetzen. Solche Massnahmen können bis zu einem Bewilligungsentzug und damit zur Zwangsliquidation des EVV führen.

Die FINMA wird, gleich wie sie dies bei anderen bewilligten Instituten tut, auch nach erteilter Bewilligung einen Fokus auf der Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts behalten. Vorabklärungen in diesem Bereich durch die Abteilung Enforcement der FINMA können ihren Auslöser in Prüfberichten im Rahmen des Regulatory Audit haben, aber auch in Amtshilfeersuchen ausländischer Aufsichtsbehörden, welche oftmals auf Anzeigen unzufriedener ausländischer Kunden zurückgehen.

WICHTIG: Erhalten Sie ein Auskunftersuchen der FINMA, ist es essenziell, die Antwort erst nach minutiöser Aufarbeitung des Sachverhaltes und mit anwaltlicher Beratung einzureichen.

Gerne senden wir Ihnen auf Anfrage unsere Checkliste «Vorgehen im Vorabklärungsverfahren» zu. Sie können diese auch über unsere Homepage unter <https://blumgrob.ch/expertise/enforcement/#contact-form> beziehen.

Regulatorische Hürden im Cross-border-Bereich

Im Bereich von Cross-border-Geschäftstätigkeiten haben Schweizer EVV oft hohe regulatorische Hürden zu meistern. Dies zeigt sich stellvertretend am Beispiel der EU, gegenüber welcher die Schweiz im Finanzdienstleistungsbereich weiterhin als «Drittstaat» qualifiziert:

a) Hohe Anforderungen an den «aktiven» Marktzugang

Die europäische Richtlinie MiFID II sieht vor, dass EU-Mitgliedstaaten von Unternehmen aus Drittstaaten verlangen können, dass diese eine bewilligte Zweigniederlassung errichten, bevor sie gegenüber Privatkunden aktiv Finanzdienstleistungen (wie bspw. Vermögensverwaltung) erbringen. Viele der EU-Mitgliedstaaten sehen eine solche Bewilligungspflicht vor. Die Errichtung einer Zweigniederlassung berechtigt in diesem Fall bloss zur Dienstleistungserbringung im betreffenden EU-Mitgliedstaat, in dem die Zweigniederlassung errichtet wird.

Ohne Errichtung einer Zweigniederlassung besteht in der Regel nur ein sehr restriktiver aktiver Marktzugang. In Deutschland ist beispielsweise lediglich ein öffentliches Auftreten – ob Auftritte an Kongressen oder Publikationen von Fachartikeln –, das rein zu Informationszwecken erfolgt und ohne, dass gleichzeitig Werbung für spezifische Produkte und/oder Dienstleistungen betrieben wird, erlaubt. Bereits Handlungen wie das Austeilen von Visitenkarten an potenzielle Kunden oder die Kontaktpflege mit bestehenden Kunden können hingegen eine bewilligungspflichtige Tätigkeit darstellen, wenn sie der Bewerbung von Finanzdienstleistungen bzw. -produkten dienen.

EVV haben beim Erbringen von Cross-border-Geschäftstätigkeiten somit höchst vorsichtig zu verfahren, um nicht in den Bereich einer Bewilligungspflicht zu fallen. Angesichts des Fehlens einer einheitlichen Regelung ist bis anhin für jeden einzelnen Staat gesondert zu prüfen, welche Aktivitäten erlaubt sind. Zu beachten ist jedoch, dass die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen aus Drittländern in die EU (wenn auch mehrheitlich auf Banken-Ebene) gegenwärtig wieder intensiv diskutiert wird und somit im Auge zu behalten ist.

b) Reverse Solicitation – Verschärfungen im Bereich des «passiven» Marktzugangs

Ohne Errichtung einer Zweigniederlassung bleiben einem EVV in der Regel auch gewisse passive Verhaltensweisen im Bereich der sog. «Reverse Solicitation» erlaubt. Auch wenn diese Reverse Solicitation-Ausnahmebestimmung von den einzelnen EU-Mitgliedstaaten uneinheitlich gehandhabt wird, wird darunter ein Tätigwerden einer Drittstaatenfirma verstanden, das **ausschliesslich gestützt auf Veranlassung eines in der EU ansässigen oder**

niedergelassenen Anlegers erfolgt, ohne dass es vorgängig einen Kontakt mit dem Finanzdienstleister gegeben hat.

Die Reverse-Solicitation-Ausnahme greift jedoch nur für diejenigen Wertpapierdienstleistungen resp. Anlage-tätigkeiten, die vom Kunden explizit angefordert worden sind. Nicht berechtigt ist eine Drittstaatenfirma gemäss MiFID II hingegen zum Angebot neuer Kategorien von Anlageprodukten oder Wertpapierdienstleistungen.

Die Europäische Finanzmarktaufsichtsbehörde («ESMA») hat ihre diesbezügliche Praxis in den vergangenen Jahren laufend verschärft. So hat die ESMA zunächst klargestellt, dass vertragliche Bestätigungen von Kunden, wonach sämtliche Dienstleistungen ausschliesslich gestützt auf deren Veranlassung erfolgen, unbeachtlich seien. Weiter hat die ESMA festgehalten, dass das Erbringen einer einmaligen Finanzdienstleistung gestützt auf Reverse Solicitation die Drittstaatenfirma ohne erneute Kundenanfrage nicht dazu ermächtigt, auch in Zukunft Finanzdienstleistungen derselben Kategorie für denselben Kunden zu erbringen. Vielmehr sind die Reverse Solicitation-Voraussetzungen in jedem einzelnen Sachverhalt neu zu prüfen.

In Anbetracht des immer enger abgesteckten Anwendungsbereichs des passiven Marktzugangs und der mit einer unbewilligten Tätigkeit verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken ist die Abgrenzung, ab wann Handlungen des EVV bereits als aktiv qualifizieren, von grosser Bedeutung. Die **Reverse Solicitation-Ausnahme** selbst dürfte insgesamt **nicht als eigentliches Geschäftsmodell** bzw. bewilligungsfreies Marktzugangstor für Drittstaaten erhalten.

c) Verzicht auf Finder Agreements

Mit dem Ziel der Gewinnung von Neukunden hielten sich in der Vergangenheit viele EVV an bestehende Kunden und/oder Vermittler, die ihrerseits den EVV potenzielle Kunden zuführten. Diese Vermittlungsdienstleistungen wurden jeweils in Mäklerverträgen bzw. «Finder Agreements» geregelt.

Die verschärfte EU-Regulierung zur Reverse Solicitation wirkt sich allerdings auch auf solche Finder-Setups aus: So fallen mittlerweile auch Anbahnungshandlungen von Dritten nicht mehr unter die Reverse Solicitation-Ausnahme, wenn diese Dritten für eine Drittstaatenfirma tätig sind oder in enger Verbindung zu einer solchen stehen und sich aktiv um potenzielle Kunden mit Domizil in der EU bemühen. Entsprechend kann sich die Drittstaatenfirma nicht mehr auf die Reverse Solicitation-Ausnahme stützen, wenn sie durch Inanspruchnahme eines Vermittlungs-Netzwerkes mit EU-ansässigen Instituten oder freien Mitarbeitern neue Kunden

in der EU gewinnt. Dies gilt selbst dann, wenn der EU-ansässige Vermittler selbst über eine Erlaubnis für seine Vermittlungstätigkeit verfügt.

Entsprechend ist die (aktive) Zuführung neuer Kunden mit EU-Domizil durch EU-ansässige Finder regulatorisch grundsätzlich unzulässig. Möchte ein EVV nichtsdestotrotz am bestehenden Finder-Setup festhalten, sollten zwingend vorgängig eine Legal Opinion im betroffenen EU-Mitgliedstaat eingeholt und das Finder Agreement nur weitergeführt werden, wenn das bestehende Setup darin als regulatorisch unbedenklich eingestuft wird.

d) Sorgfältige Vorbereitung und Dokumentation der Cross-border-Geschäftstätigkeit

Die Verschärfungen im Bereich des bewilligungsfreien Marktzugangs zeitigen somit direkt Auswirkungen auf EVV. Bei der Erbringung von Cross-border-Geschäftstätigkeiten muss sichergestellt sein, dass sämtliche anwendbaren ausländischen Vorschriften eingehalten sind und keine bewilligungspflichtigen Tätigkeiten ohne Bewilligung ausgeführt werden.

Eine sorgfältige Vorbereitung der Cross-border-Geschäftstätigkeit durch den EVV beinhaltet insbesondere die folgenden Massnahmen:

- Analyse der **ausländischen länderspezifischen (aufsichts-)rechtlichen Voraussetzungen** durch Einholen von Länder Manuals bzw. Legal Opinions;
- Abklärung, welche Handlungen vorgenommen werden dürfen, ohne dass ausländisches (Aufsichts-)Recht verletzt wird (namentlich auf **Geschäftsreisen**: Aushändigen von Visitenkarten, Mitnahme von Geschäftsunterlagen, etc.);
- Überprüfung und in der Regel Auflösung bestehender **Finder Agreements**;
- Überprüfung der **internen Cross-border-Weisung** auf Aktualität, Vollständigkeit und Einhaltung;
- Verwendung eines ausführlichen **Geschäftsreise-rapportes**, worin u.a. auch die Kontaktaufnahme zu belegen ist.

Bei Bedarf unterstützen wir Sie gerne im Hinblick auf die rechtliche Analyse Ihres Cross-border-Setups.



Edi Bollinger
e.bollinger@blumgrob.ch



Matthias Hirschle
m.hirschle@blumgrob.ch



Dr. Albrecht Langhart
a.langhart@blumgrob.ch