

Purer Protektionismus?

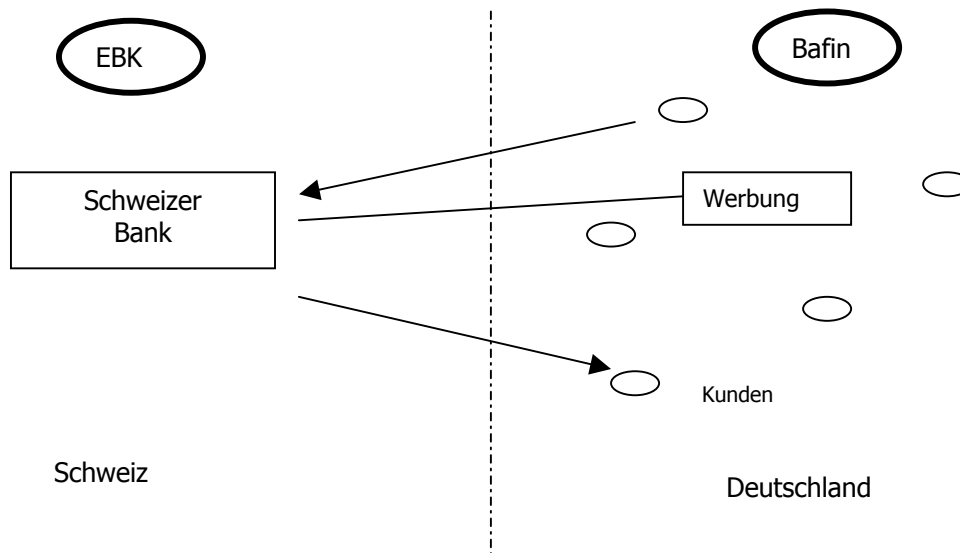
Dr. Thomas Stephan

Martin, Weber und Partner
Rechtsanwälte
Merkurstrasse 25
CH-8400 Winterthur
tel: +41 52 269 21 18
fax: +41 52 269 21 10
stephan@msmgroup.ch

Purer Protektionismus?

Im September 2003 hat die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht angekündigt, stärker als bisher Banken aus Nicht-EU-Mitgliedsstaaten der deutschen Erlaubnispflicht zu unterwerfen. Welche Fälle sind genau gemeint und wie wirkt sich eine verschärfte Aufsicht über Schweizer Banken in der Praxis aus?

Zu welchem Grad deutsches Recht anwendbar ist, hängt von der (virtuellen) Präsenz der Schweizer Bank in Deutschland ab. Wenn mehr Kunden in Deutschland akquiriert werden sollen, wird die Schweizer Bank irgendwie in Deutschland über ihre Leistungen informieren und dafür werben. Richtet sich diese Werbung dann im konkreten Fall (auch) an den deutschen Bürger, geht die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (Bafin) von einer Erlaubnispflicht aus.



Wird die Dienstleistung (teilweise) in Deutschland erbracht oder wird dort geworben, kann deutsches Recht anwendbar sein.

Wann genau muss eine deutsche Erlaubnis beantragt werden?

Die Antwort auf diese Frage hängt letztlich vom Verwaltungsermessen der Bafin ab, die regelmäßig vom Völkerrecht gedeckt ist: jeder grenzüberschreitende Bezug kann dazu führen, dass das deutsche Recht zumindest teilweise beachtet werden muss. Das Bafin hält sich nach einem im September 2003 veröffentlichten Merkblatts an folgende Regeln und behält sich damit weitreichende Eingriffsmöglichkeiten vor, die Schweizer Banken empfindlich benachteiligen:

Aktives Marketing – passive Dienstleistung: Falls sich die Schweizer Bank in Deutschland zielgerichtet an den Markt wendet, um gegenüber Unternehmen und/oder Personen, die ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Deutschland haben, wiederholt und geschäftsmäßig Bankdienstleistungen anzubieten, geht das Bafin grundsätzlich von einer Erlaubnispflicht aus. Sofern dagegen nur bereits bestehende Kundenbeziehungen weitergeführt werden oder die Initiative von vornherein von dem Kunden ausgeht, wie dies bei den großen Geschäftskunden bzw. institutionellen Anlegern regelmäßig der Fall ist, führt dies nicht zu einer Erlaubnispflicht (passive Dienstleistungsfreiheit).

Kundenbesuche: Entsprechendes gilt für Kundenbesuche von (freien) Mitarbeitern. In Fällen, in denen die Nachfrage im Hinblick auf solche Besuche vom Kunden ausgeht, wie dies insbesondere bei institutionellen Anlegern oft der Praxis entspricht, unterfällt eine solche Fallkonstellation der passiven Dienstleistungsfreiheit.

Vermittlung durch inländische Institute / (freie) Mitarbeiter: Sofern durch Aufbau und Nutzung einer Vertriebsorganisation über inländische Institute/(freie) Mitarbeiter neue Kunden in Deutschland gewonnen werden sollen, ist von einer Erlaubnispflicht auszugehen. Dies gilt auch dann, wenn das im Inland tätige Institut oder der im Inland tätige (freie) Mitarbeiter selbst über eine Erlaubnis für die vermittelnde Tätigkeit verfügt.

Internetangebote: Hier ist maßgeblich, ob die über Internet angebotenen Dienstleistungen auf den deutschen Markt ausgerichtet sind. Erschließt sich ein Unternehmen durch spezielle Angaben bzw. aktive Werbemaßnahmen im Internet zielgerichtet den deutschen Markt, um seine Bank- und/oder Finanzdienstleistungen anzubieten, ist von einer Erlaubnispflicht auszugehen.

Werbung: Anzeigen, die bereits Aussagen über die jeweilige Dienstleistung enthalten, sollten nicht mehr ohne eine Erlaubnis zum Betreiben entsprechender Geschäfte geschaltet werden. Anders jedoch bei Anzeigen, die lediglich allgemein werbenden Charakter (etwa nur Namens-/Sympathiewerbung) haben.

Freistellungsmöglichkeiten: Beschränkt sich eine Schweizer Bank darauf, aktives Marketing nur zu Interbankengeschäften und Geschäften mit institutionellen Anlegern zu betreiben, kann sie einen Antrag stellen, sich von der Erlaubnispflicht freistellen lassen. Da zu den institutionellen Anlegern auch Fondsgesellschaften gehören, ist das eine interessante Alternative für Schweizer Banken. Die Erfolgsaussichten für diesen Freistellungsantrag sind gut, weil Schweizer Banken als gut reguliert gelten und die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden (EBK und Bafin) gut funktioniert.

Zulassungs – und Verhaltensregeln

Im Bankenaufsichtsrecht wird zwischen Zulassungs- und Verhaltenregeln unterschieden. Eine bereits in einem anderen EU-Land zugelassene Bank muss keine zusätzliche Zulassung (bzw. „Erlaubnis“) in Deutschland beantragen. D.h., die Zulassung im Herkunftsstaat gilt europaweit (so genannter „Europäi-

scher Pass“). Demgegenüber profitieren Schweizer Banken nicht von Vorteilen, die nur EU-Mitgliedsstaaten vorbehalten sind.

Bei den „*Verhaltenspflichten*“ ist die Sachlage aber anders: je nachdem, wie stark der Bezug zu Deutschland ist, werden auch Banken aus EU-Mitgliedsstaaten den deutschen Verhaltenspflichten unterworfen. Mit den Verhaltenspflichten (engl: „conduct of business rules“) soll ein ordnungsgemässes und redliches Verhalten der Banken auf dem Markt zu erreicht werden.

Regeln, die eine Schweizer Bank beachten muss

Nicht nur eine Schweizer Bank, die eine Erlaubnis erhalten hat, sondern alle Banken, die Kunden in Deutschland haben oder bewerben, unterliegen mit diesen Geschäften deutschen Regeln, wenn ein ausreichend deutlicher Bezug zu Deutschland besteht. Die deutschen Verhaltenspflichten unterscheiden sich dabei aber zumeist nicht grundsätzlich von den entsprechenden Schweizer Pflichten.

Bankgeheimnis: Konflikt vorprogrammiert?

Die Unterwerfung einer Schweizer Bank unter ausländische Regeln soll nicht der schweizerischen Rechtsordnung entgegenstehen. Wenn aber sowohl ausländische als auch nationale Regeln massgeblich sind, kann es zu so genannten Jurisdiktionskonflikten kommen. Ein aktuelles Beispiel aus diesem Problemkreis ist beispielsweise die deutsche Regelung in § 9 Abs. 2 Satz 3, Nr. 7 bis 9 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), wonach seit 1. April 2003 Kunden über eine gleich bleibende Kennzeichnung (in der Regel die Depotnummer) identifizierbar gemacht werden müssen. Dies könnte das Schweizerische Bankgeheimnis verletzen. Die Lösung von Jurisdiktionskonflikten wird in den unterschiedlichen Staaten uneinheitlich praktiziert. Die besten Lösungsansätze sind die Suche nach Kompromissen und im Notfall eine Interessenabwägung.

So muss der Kunde zum Beispiel über die rechtlichen und technischen Aspekte bei der Dienstleistungserbringung sowie über die mit dem betreffenden Geschäft verbundenen Risiken genau informiert werden. Das hängt auch von den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden ab. Im Anlagegeschäft werden neue Kunden im Allgemeinen gebeten, einen Fragebogen auszufüllen, auf dem sie u.a. auch ihre eigene Risikobereitschaft bei Anlagegeschäften einschätzen sollen. Üblich ist eine Einteilung der Kunden in Risikokategorien.

Aufklärungs- und Beratungspflichten genau dokumentieren!

Nach deutschem Zivilprozessrecht trägt die Bank die Beweislast dafür, dass sie ihrer Aufklärungs- und Beratungspflicht vollständig nachgekommen ist. Um bei Haftungsprozessen also nicht in Beweisnot zu geraten, kann auf eine ausführliche Dokumentation über die Erfüllung der Aufklärungs- und Beratungspflichten nicht verzichtet werden. Übrigens schreibt auch § 34 WpHG ausdrücklich Aufzeichnungspflichten vor.

Bei der Werbung in Deutschland muss unter anderem § 36b des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) beachtet werden. So dürfen Schweizer Banken nicht das so genannte « cold calling » betreiben, also einen potenziellen Kunden in Deutschland per Telefon zu Marketingzwecken anrufen, ohne dass dieser zuvor eingewilligt hätte.

Keine zu aggressive Werbung betreiben.

Konsequenzen bei Missachtung

Schweizer Banken geniessen einen guten Ruf und verhalten sich in der Regel seriös. Es ist kaum anzunehmen, dass die Aufmerksamkeit der Bafin negativ auf geschäftliche Aktivitäten einer Schweizer Bank gelenkt wird. Hoheitliche Massnahmen allein wegen einer fehlenden Erlaubnis wären in der Praxis eher unwahrscheinlich und auch nicht ohne Mitwirkung Schweizer Behörden durchsetzbar. Dies folgt aus der völkerrechtlichen Pflicht zur Achtung von Souveränitätsrechten. Allerdings arbeitet die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) eng mit der Bafin zusammen. Immerhin hat die Schweiz ein grosses Interesse daran, dass der gute Ruf Schweizer Banken nicht durch einzelne schwarze Schafe zerstört wird. Dieses Interesse wird die EBK verfolgen und den international guten Ruf des Schweizer Finanzdienstleistungsmarktes verteidigen, und sei es gegen Banken im eigenen Land.

Schadensersatzprozesse eines deutschen Kunden gegen eine Schweizer Bank sind denkbar. In der Praxis sind sie jedoch schwer durchsetzbar. Die meisten Vorschriften im Bankenaufsichtsrecht sollen ausschliesslich dem öffentlichen Interesse dienen, und nicht dem individuellen Interesse der Kunden. Eine Trendwende zeichnet sich allerdings ab. Zumeist ist die Verletzung von öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflichten zugleich eine Verletzung von zivilrechtlichen Pflichten, die jede Bank bei der Wertpapierdienstleistungserbringung zu erfüllen hat, und zwar direkt gegenüber dem Kunden. Verletzt sie diese, kann daraus ein Schadensersatzanspruch des Kunden gegen die Bank wegen schlechter Erfüllung des Dienstleistungsvertrages entstehen.