

*Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Uni St. Gallen HSG  
Tagung: Trusts und Private Banking  
SIX Convention Point: Zürich, 13. November 2009*

**u<sup>b</sup>**

---

**UNIVERSITÄT  
BERN**

## ***Finanzdienstleistungen für Auslandskunden***

von

*Peter V. Kunz*

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.  
ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung  
Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht sowie Leiter des Departements  
für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern

kunz@iwr.unibe.ch

# Inhalt

---

## ***I. Vorbemerkungen***

## ***II. Spezialfragen***

1. Anwendbares Recht und Gerichtsstand
2. Fiktionen im Verkehr mit Dienstleistern
3. Sprache und deren Verständnis
4. Schranken im Ausland
5. Kurzer Exkurs zum „Sonderfall UBS“

## ***III. Schlussbemerkungen***

---

# Vorbemerkungen

---

## 1. Grundverständnisse

- regulatorische Ebene + *privatrechtliche* Ebene
- Investment Banking + Asset Management + *Private Banking*
- Private Banking: z.B. *Vermögensverwaltung* für Private

## 2. Anbieter sowie Nachfrager

- Anbieter: z.B. Banken + UVV (+ Finanzplaner + RA)
- Nachfrager (je nach Sitz/Wohnsitz): Kunden CH + *Kunden Ausland*

# Vorbemerkungen

---

## 3. Rechtsverhältnisse

- *Vertragsfreiheit* = sog. Innominatskontrakte – zwei Beispiele:
- Tätigkeit der *Anlageberatung*  
z.B. bleibt der Kunde „frei“ – sog. „know your customer rule“
- Tätigkeit der *Vermögensverwaltung*  
z.B. wird *Verfügungsmacht* eingeräumt – sog. „know your customer rule“
- aktuellste Thematik = „Retrozessionen“...  
BGE 132 III 466 Erw. 4.3; Anwendbarkeit auf Banken statt UVV?

# Vorbemerkungen

---

## 4. Regulatorische Hinweise (I/II)

- *Banken*  
Details
- *Effekthändler*  
Details
- *Fondsleitung*  
Details
- *externe Vermögensverwalter bzw. UVV*  
Details
- *Rechtsanwälte/Treuhänder*  
Details

# Vorbemerkungen

---

## 4. Regulatorische Hinweise (II/II)

➤ *Regulierung*

OR, BEHG, BankG, GwG, KAG, StGB

➤ Regularien der *FINMA*

z.B. FINMA-RS 09/1 vom 18. Dezember 2008 („Eckwerte der Vermögensverwaltung“)

➤ *Selbstregulierungen* – z.B. SBVg + VSV

z.B. VSB + Richtlinie für Vermögensverwaltungsaufträge

# Vorbemerkungen

---

## 5. Literaturhinweise – Auswahl

- *P. Christoph Gutzwiller*, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung (Zürich 2008)
- *Hans Peter Schwintowski*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen grenzüberschreitend tätiger schweizerischer Vermögensverwalter, AJP 2005, 457 ff.
- *Hans Peter Walter*, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR 127 I (2008) 99 ff.
- *Susanne Emmenegger*, Die Informationspflichten der Bank bei Anlagegeschäften, in: FS für R. von Büren (Basel 2009) 643 ff.
- *Romeo Cerutti*, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung (...), ZSR 127 I (2008) 69 ff.

# Spezialfragen

---

## 1. Anwendbares Recht und Gerichtsstand (I/III)

- CH Anbieter + Nachfrager Ausland = IPR als Antwort
- vertragliche *Rechtswahlklausel*
- vertragliche *Gerichtsstandsklausel*
- Frage: Regelungsmöglichkeit in den *AGB* oder nicht?



# Spezialfragen

---

## 1. Anwendbares Recht und Gerichtsstand (II/III)

- umstritten: qualifiziert der *ausländische Kunde* als „Konsument“ bzw. „Verbraucher“ im Sinne des Prozess- und Kollisionsrechts?
- Art. 13 LugÜ: Kunde als Verbraucher? z.B. Schwintowski, S. 464
- Art. 114 IPRG/Art. 120 IPRG  
*Gerichtsstand:* „Der Konsument kann nicht zum voraus auf den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt verzichten“ (Art. 114 Abs. 2 IPRG)  
*Rechtswahl:* „Eine Rechtswahl ist ausgeschlossen“ (Art. 120 Abs. 2 IPRG)

# Spezialfragen

---

## 1. Anwendbares Recht und Gerichtsstand (III/III)

- *grosse Unsicherheiten* für schweizerischen Anbieter..!
- AGB-Regelungen *eventuell* hinfällig – Beispiele:
- *ausländisches Gericht* zwingend zuständig + *Urteil vollstreckbar* in Schweiz gegen schweizerischen Anbieter; Gerichtswahl unzulässig
- *ausländisches Recht* zwingend anwendbar, d.h. insbesondere Gerichtswahl unzulässig

# Spezialfragen

---

## 2. Fiktionen im Verkehr mit Finanzdienstleistern (I/III)

- Schwierigkeiten mit der *Zustellung ins Ausland*  
z.B. Wahrung der Anonymität, zeitliche Dringlichkeiten, Unruhen im Empfängerstaat
- Fiktionen *erleichtern Verkehr*, und zwar für *beide* Seiten  
Grundsatz der Zulässigkeit, ausser wenn rechtsmissbräuchlich – aber differenzieren!
- zentral: *Zustellungsfiktion + Genehmigungsfiktion*

# Spezialfragen

---

## 2. Fiktionen im Verkehr mit Finanzdienstleistern (II/III)

- sog. *Zustellungsfiktion* = „banklagernd“ zugestellt (d.h. Ablage im Kundendossier) gilt als rechtsgültige Zustellung
- BGer vom 1. Juli 2002 (4C.81/2002)  
„Zustellungsfiktionen dienen in der Regel dazu, Zustellungsvereitelungen oder – verzögerungen durch den Adressaten zu verhindern (...). Der Annahmefiktion kommt dann die Bedeutung zu, einen bestimmten Fristenlauf auszulösen“.
- Handelsgericht Zürich: ZR 106 (2007) 9 f.  
„Eine derartige Klausel hat im Normalfall durchaus ihre Berechtigung (...). Die Annahme einer Zustellungsfiktion in Verbindung mit einer Genehmigungsfiktion ist jedoch dann unzulässig, wenn sie als rechtsmissbräuchlich erscheint. Es ist davon auszugehen, dass der Kunde mit einer Banklagernderklärung und einer damit verbundenen Genehmigungsfiktion nur das Risiko eingeht, mit dem er vernünftigerweise rechnen muss (...).“ – insbesondere kann auf diese Weise eine mit dem Kunden vereinbarte Anlagestrategie nicht in krasser Weise missachtet werden (a.a.O.)

# Spezialfragen

---

## 2. Fiktionen im Verkehr mit Finanzdienstleistern (III/III)

- sog. *Genehmigungsfiktion* = z.B. wird der Saldo genehmigt
- BGer vom 1. Juli 2002 (BGE 4C.81/2002, Erw. 4.1)

„Derartige Regelungen, wie sie auch die AGBs der Beklagten vorsehen, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich zulässig und für beide Seiten verbindlich (...). Ausnahmsweise kann das Gericht jedoch von deren Unverbindlichkeit ausgehen, wenn die Genehmigungsfiktion nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt. So darf sich die Bank nach der Praxis des Bundesgerichts nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benutzt, um den Bankkunden absichtlich zu schädigen. (...) Sodann setzt die Genehmigungsfiktion nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar sein muss; sie kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste. (...)“.

# Spezialfragen

---

## 3. Sprache und deren Verständnis

- eventuelle *Sprachenprobleme* bei ausländischen Kunden – was tun?
- Bundesgericht vom 3. Juni 2008 (BGE 4C.62/2007):

Der *ausschliesslich Polnisch sprechende* und eine *konservative* Anlagestrategie verfolgende Bankkunde wechselt mit seiner bisherigen Kundenberaterin zu einer neuen Bank. Die Kundenberaterin investiert nach kurzer Zeit das Vermögen in ein *Derivatprodukt*. Das Bundesgericht entschied: „Wenn das Handelsgericht davon ausgeht, dass die Bank mit der behaupteten Abgabe von Unterlagen über ein Produkt, mit dem der Kläger keine Erfahrung hatte, in einer Sprache, die er nicht verstand, ihrer Aufklärungspflicht nicht hinreichend nachgekommen ist, so verletzt dies kein Bundesrecht, zumal der Kläger ja gerade mit der Kundenberaterin, die seine Muttersprache spricht, zur beklagten Bank gewechselt hat“; (Erw. 2.4. a.E.; zudem: SZW 2009, 280)

# Spezialfragen

---

## 4. Schranken im Ausland

- Finanzdienstleistungen *aus der Schweiz ins Ausland* teils *eingeschränkt* durch ausländisches Recht (z.B. Genehmigungspflicht)
- Beispiel: das deutsche *Kreditwesengesetz* (KWG) verlangt *Bewilligung der BaFin* für Vermögensverwaltung (nicht Anlageberatung...)
- ev. Schadenersatzpflicht im Ausland – ein solches Urteil kann in der *Schweiz vollstreckt* werden, d.h. *keine Verletzung des Ordre Public* (= Bundesgericht vom 29. Dezember 2008, BGE 4A\_440(2008))

# Legales Umfeld

---

## 5. Kurzer Exkurs zum „Sonderfall UBS“ (I/III)

➤ Ereignisse – teilweise spekulativ

- *Sachverhalt: USA – Schweiz*

2008 + 2009 + 201x ..?

- *Verfahren in den USA*

sog. Deferred Prosecution Agreement (DPA) + sog. „John Doe Summons“ etc.

- *angebliche behördliche (In-)Aktivitäten in Schweiz*

BR + EBK/FINMA + BVGer



# Legales Umfeld

---

## 5. Kurzer Exkurs zum „Sonderfall UBS“ (II/III)

➤ FINMA-Verfügung Februar 2009 – teilweise spekulativ

- *Herausgabe der Kundendaten*

Problem: „klare“ Fälle, die nicht rechtskräftig waren

- *Rechtsstaatlichkeit relativiert*

z.B. Aussagen in Medien + BVger „abgeschnitten“

- *BankG-Rechtsgrundlage – ausgewählte Details*

Problem: real oder vorgeschoben..? Klärung im Herbst 2009 erwartet

# Legales Umfeld

---

## 5. Kurzer Exkurs zum „Sonderfall UBS“ (III/III)

➤ Rechtsfragen

- *Strafrecht*  
z.B. Verletzung des Bankgeheimnisses?
- *Zivilrecht*  
z.B. Schadenersatzforderungen denkbar (gegen FINMA/Eidgenossenschaft)?
- *Bankgeheimnis: Amtshilfe und Rechtshilfe*  
z.Z. ist Amtshilfeverfahren hängig

# Schlussbetrachtungen

---

## 1. Bedeutung der Schweiz für die internationale VV

- *symbiotische* Beziehung zwischen *Schweiz/Ausland*
- *CHF 2'190 Mia.* ausländisches Vermögen in Schweiz  
Quelle: EFD, Finanzmarkt Schweiz – Kennzahlen, Juni 2009
- Masterplan Finanzplatz Schweiz  
[http://www.swissbanking.org/2007-09-13\\_pk\\_unterlage\\_deut\\_internet\\_final.pdf](http://www.swissbanking.org/2007-09-13_pk_unterlage_deut_internet_final.pdf)
- Bankkundengeheimnis, Steuerfluchtgelder, Streitigkeiten mit den USA und Italien etc. – und *wie geht es weiter?*

# Schlussbetrachtungen

---

## 2. Herausforderungen und weitere Aspekte für Anbieter

- Vertrauensbildung..!  
Stichworte wie „UBS“ und „italienische Finanzpolizei“ helfen wenig...
- vertragliche Klarstellungen – wenn möglich... – betreffend *Rechtswahl* sowie *Gerichtsstand*
- sog. „know your customer rule“ – *Informationspflichten!*
- vertragliche Absicherung von Fiktionen im Geschäftsverkehr

# Schlussbetrachtungen

---

## 3. Herausforderungen und weitere Aspekte für Nachfrager

- Vertrauen behalten...
- ev. bleibt der Gerichtsstand etc. „*in der Hinterhand*“
- Verständnis des *Unterschieds* zwischen Anlageberatung und Vermögensverwaltung
- ev. verbietet oder relativiert eigenes Landesrecht die Tätigkeit aus der Schweiz, d.h. Schadenersatzmöglichkeiten prüfen

---

# Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

*Peter V. Kunz*

Universität Bern  
Institut für Wirtschaftsrecht  
Schanzeneckstrasse 1  
CH-3001 Bern  
Tel.: 031 / 631 55 88

[kunz@iwr.unibe.ch](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)