



Esther Kobel*

Dr. iur., Fürsprecherin
Leiterin Enforcement
unbewilligte Institute
Eidg. Finanzmarktaufsicht
FINMA
www.finma.ch



Karin Schmid*

Fürsprecherin
Leiterin Enforcement
unbewilligte Institute
Eidg. Finanzmarktaufsicht
FINMA
www.finma.ch



Daniel Roth*

RA lic. iur., LL.M., Fürsprecher
Leiter Enforcement unbewilligte Institute & Insolvenz
Eidg. Finanzmarktaufsicht
FINMA
www.finma.ch

Bewilligungspflichtige Finanzmarktstätigkeit

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA ist seit dem 1. Januar 2009 zuständig für die Anwendung sämtlicher Finanzmarktaufsichtsgesetze. Sie erteilt die notwendigen Bewilligungen, geht aber auch gegen Finanzintermediäre vor, die ohne die notwendige Bewilligung tätig sind. Wann ist eine Finanzmarktstätigkeit bewilligungspflichtig?

1. Tätigkeit entscheidend

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen oder eine Person eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt, wird nicht allein auf die rein rechtlichen Verhältnisse abgestellt. Entscheidend sind vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse unter Einbezug anderer nahestehender Unternehmen und Personen.

a. Gruppentätigkeit

Mehrere Unternehmen oder Personen können in Bezug auf eine bewilligungspflichtige Tätigkeit aufsichtsrechtlich als gemeinsam auftretende Gruppe betrachtet und beurteilt werden. Dies ist dann der Fall, wenn wegen ihrer engen personellen, wirtschaftlichen oder organisatorischen Verflechtungen nur eine Gesamtbetrachtung den tatsächlichen Verhältnissen gerecht wird (z.B. gemeinsames Vorgehen, koordinierte Aktionen, gleicher Sitz, gleiche Verwaltungsräte oder handelnde Personen). Demnach können die Finanzmarktaufsichtsgesetze auf alle Gesellschaften einer Gruppe anwendbar sein, auch wenn nicht alle dieser Gruppengesellschaften selbst eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt haben. Diese Praxis der FINMA wurde von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts mehrfach bestätigt.¹ So wurden in einem Fall drei Gesellschaften und zwei Privatpersonen als Gruppe betrachtet, obwohl auf den ersten Blick nur Einzelgeschäfte vorlagen. Bei genauerem Hinsehen wurde jedoch ein generelles Vorgehensmuster sowie ein Zusammenwirken der

zwei wirtschaftlich Berechtigten der Gesellschaften unter Verwendung von verschiedenen (Mantel-)Gesellschaften offensichtlich. Wirtschaftlich waren an allen Gesellschaften eine

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA hat neben der Überwachung von bewilligten Instituten auch die Aufgabe, gegen Unternehmen oder Personen, die ohne entsprechende Bewilligung eine in den Finanzmarktgesetzen umschriebene bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben, Massnahmen zu ergreifen. Gestützt auf eigene Abklärungen oder Abklärungen von Untersuchungsbeauftragten trifft die FINMA wo nötig und möglich Massnahmen, welche bis hin zur Liquidation betroffener Unternehmen führen können. Es lohnt sich also, sich rechtzeitig vor Aufnahme einer Tätigkeit im Finanzbereich Gedanken über eine allfällige Bewilligungspflicht zu machen. Dieser Beitrag will auf einige Fälle hinweisen, die in der Praxis zu Abgrenzungsproblemen geführt haben. Umschrieben wird insbesondere die Bewilligungspflicht nach dem Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen- und Versicherungsgesetz. Nicht behandelt werden die ebenfalls zahlreichen Fälle im Zusammenhang mit der Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz. Letzteres stellt regelmässig eine Vorstufe zur Frage der Bewilligungspflicht nach anderen Finanzmarktgesetzen dar.

oder beide Privatpersonen berechtigt, die jeweils auch als Verwaltungsräte amtierten. Zudem diente die eine Gesellschaft als Zahlstelle für die Geschäfte der übrigen. Schliesslich hatten alle Gesellschaften ihren Sitz an der Privat- oder Geschäftsadresse der zwei wirtschaftlich Berechtigten.²

Muss über mehrere solcher Gruppengesellschaften die Liquidation angeordnet werden, ist allerdings in jedem Fall für jede Gesellschaft ein eigenes Verfahren zu führen. Eine konsolidierte Liquidation ist nicht unmittelbar, sondern lediglich über gegenseitige Ausgleichsansprüche möglich.

b. Faktische Zweigniederlassungen

Die Finanzmarktaufsichtsgesetze finden auch auf faktische Zweigniederlassungen Anwendung. Das sind Geschäftsstellen von Unternehmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, durch Personen in der Schweiz jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben. Zweck dieser Regelung ist eine Umgehung der aufsichtsrechtlichen Ordnung in der Schweiz.

Wird das ausländische Unternehmen tatsächlich in der Schweiz geleitet oder wickelt es einen massgebenden Teil der bewilligungspflichtigen Geschäftstätigkeit in oder von der Schweiz aus ab, so muss es sich nach schweizerischem Recht organisieren und untersteht den Bestimmungen über die inländischen Institute. Die Zuständigkeit der FINMA zur An-

ordnung der notwendigen Massnahmen auch betreffend die ausländische Unternehmung ist damit gegeben. Zur besseren Durchführung der angeordneten Massnahmen hat die FINMA die Möglichkeit, deren faktische Zweigniederlassung formell ins Handelsregister eintragen zu lassen.³ Als Vermögenswerte der in oder von der Schweiz aus tätigen Zweigniederlassung werden dabei alle Aktiven betrachtet, die durch Personen begründet wurden, welche für diese Zweigniederlassung gehandelt haben.⁴

2. Banktätigkeit (insbesondere Entgegennahme von Publikums-einlagen)

a. Einlagencharakter vermutet

Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen.⁵ Die Bankenverordnung (BankV) geht grundsätzlich davon aus, dass alle Verbindlichkeiten Einlagecharakter haben, wobei Art. 3a BankV abschliessend die Ausnahmen aufzählt. Ausnahmen gelten unter anderem für fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter. Dabei handelt es sich typischerweise um Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden (beispielsweise Anzahlung bei einem Kaufvertrag, Vorschuss beim Auftrag, Mietzinsdepot u.ä.). Weiter gelten insbesondere Ausnahmen für Anleiensobligationen sowie für Abwicklungskonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern und ähnlichen Unternehmen (zu Abwicklungskonti von Vermögensverwaltern siehe Bst. c.).

b. Rückzahlungsversprechen

Bei Einlagen ist immer in der einen oder anderen Form ein Rückzahlungsversprechen gegeben. Der Einleger kann – allenfalls unter Einhaltung von bestimmten Kündigungsbestimmungen oder nach Ablauf einer bestimmten Vertragsdauer – die Rückzahlung seiner zumindest noch vorhandenen Mittel verlangen. Das Rückzahlungsversprechen muss nicht ausdrücklich zugesichert sein. Es genügt auch, dass der Kunde zumindest nach Treu und Glauben mit der Rückzahlung seiner Mittel oder eines Teils davon rechnen darf. Der Rückzahlungsanspruch kann dabei von gewissen äusseren Umständen abhängig gemacht werden, beispielsweise von der Entwicklung eines Indexes oder einzelnen Preisen oder Kursen an der Börse. Wird zudem eine Zinszahlung vereinbart, so liegt ein weiteres starkes Indiz für das Vorliegen einer (Publikums-)Einlage vor.

Auch bei sogenanntem «Eigenkapital» einer Gesellschaft kann es sich in Wahrheit um Einlagen handeln. In der Praxis musste in Fällen interveniert werden, bei denen Genossenschafter oder Aktionäre einer Gesellschaft zusätzliches, kündbares Genossenschafts- bzw. Aktienkapital liberierten. Die Gesellschaft verpflichtete sich jedoch, das Kapital nach erfolgter Kündigung innerhalb einer bestimmten Frist zurückzuzahlen. Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung der FINMA, wonach es sich aufgrund dieses Rückzahlungsversprechens nicht um Eigenmittel der Gesellschaft, sondern um eigentliches Fremdkapital und damit um Publikumseinlagen handelte.⁶

Selbst Warenverkäufe können bei genauerem Hinsehen Einlagecharakter haben. So etwa im Fall der Prime Forestry Switzerland AG, welche über Telefonverkäufer Anteile an einer Teakbaumpflanzung in Panama vertrieb. Die Bäume sollten über 20 Jahre bewirtschaftet und anschliessend zugunsten der Anleger verkauft werden. Die FINMA stellte fest, dass es bei diesem Geschäft nur scheinbar um den Verkauf von Baumbeständen ging. Tatsächlich wurde den «Käufern» kein Eigentum verschafft, sondern lediglich der Anspruch auf eine anteilmässige Beteiligung bei einem späteren Verkauf der ausgewachsenen Bäume. Aufgrund der konkreten Abwicklung des Geschäfts qualifizierte die FINMA die für die Pflanzung und Bewirtschaftung der Bäume entgegengenommenen Gelder als Publikumseinlagen.⁷

c. Gewerbsmässigkeit

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen ist dann bewilligungspflichtig, wenn sie gewerbsmässig erfolgt. Gewerbsmässig handelt zunächst kraft gesetzlicher Vermutung, wer mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt.⁸ Gewerbsmässigkeit liegt aber auch dann vor, wenn bereits schon die Absicht besteht, Gelder gewerbsmässig entgegenzunehmen, sowie bei öffentlicher Werbung für Publikumseinlagen, selbst wenn daraus jeweils weniger als 20 Einlagen resultieren. Öffentliche Werbung kann insbesondere durch Prospektversand, Inserate in Zeitungen und Zeitschriften oder Internetpublikationen erfolgen. Auch der Einsatz eines professionellen Vermittlers ist als unzulässige öffentliche Werbung zu qualifizieren.⁹

d. Abwicklungskonti

Nicht als Einlagen gelten Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird.¹⁰ Solche Abwicklungskonti dienen einzig dazu, die notwendige Liquidität zur Abwicklung des im Vordergrund stehenden Hauptgeschäfts zur Verfügung zu halten. Mit dem für

Abwicklungskonti geltenden Zinsverbot soll der rasche Umlauf und die betragsmässige Begrenzung solcher Gelder erreicht werden.¹¹

Vermögensverwalter dürfen somit höchstens kurzfristig Kundengelder auf dem eigenen (Abwicklungs-)Konto halten. «Kurzfristig» bedeutet dabei während der für das Hauptgeschäft notwendigen Zeit, in der Regel sind dies wenige Tage. Die Werte gehören anschliessend auf das Konto des Kunden, das der Vermögensverwalter mit Vollmacht für seinen Kunden verwaltet.

In den von ihr festgelegten Eckwerten für die Anerkennung von Selbstregulierungen zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard sieht die FINMA sogar einen gänzlichen Verzicht auf das Führen von Abwicklungskonti vor.¹² Diese Eckwerte sind insbesondere für Bewilligungsträger nach Kollektivanlagengesetz (KAG) von Bedeutung. Hingegen befasst sich das entsprechende Rundschreiben der FINMA nicht mit Selbstregulierungen nach Geldwäschereigesetz.

e. Treuhandkonten

Die von einem Vermögensverwalter entgegengenommenen Einlagen seiner Kunden sind zudem keine Treuhandgelder, wenn die Anlage selbst sodann nicht bei einem Dritten im Namen des Kunden erfolgt. Der Kunde hat hier einzig ein Vertragsverhältnis mit dem Vermögensverwalter. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Vermögensverwalter die Gelder seiner Kunden im Rahmen seiner eigenen Bankbeziehung auf sogenannte Rubrikkonten, also Unterkonten mit der Bezeichnung des Kunden, entgegennimmt.

f. Devisenhandel

Der klassische Devisenhändler (Kunden-Devisenhändler) nimmt auf einem Sammelkonto, das auf seinen Namen lautet, Einlagen seiner Kunden entgegen. Die Kunden erteilen ihm Handelsaufträge, die er anschliessend über die verschiedenen auf seinen Namen lautenden Währungskonti abwickelt. Den Kunden steht lediglich ein Anspruch auf Rückerstattung des Geldes in der jeweiligen Währung respektive zum entsprechenden Wechselkurs zu. Im Falle einer Insolvenz des Kunden-Devisenhändlers genießt dieser Anspruch kein Aussonderungsprivileg. Am 1. April 2008 trat eine Änderung der Bankenverordnung betreffend Kunden-Devisenhändler in Kraft. Kunden-Devisenhändler bedürfen für ihre Tätigkeit neu einer Bewilligung als Bank.

g. Edelmetallhändler

Edelmetallhändler führen teilweise ebenfalls Konti für ihre Kunden. Habensaldi auf Kundenkonti von Edelmetallhändlern gelten dann nicht als bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen, wenn der Edelmetallhändler physisch über das Edelmetallguthaben seiner Kunden verfügt und den Kunden im Kon-

kurs des Händlers ein Aussonderungsrecht zusteht. Stellt das Edelmetall jedoch ganz oder teilweise lediglich den Referenzwert für einen geldwerten Rückzahlungsanspruch des Kunden dar, liegt keine Ausnahme von der bewilligungspflichtigen Entgegennahme von Publikumseinlagen vor.

3. Effektenhandel

Als Effektenhändler gelten natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, welche gewerbsmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf (Eigenhändler) oder für Rechnung Dritter Effekten auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen (Kundenhändler), auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten (Emissionshaus) oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten (Derivathaus).¹³ Die einzelnen Händlerkategorien werden in Art. 3 der Börsenverordnung (BEHV) definiert. Gemeinsames Erfordernis aller Händlerkategorien ist, dass die spezifische Tätigkeit gewerbsmässig erfolgen muss.¹⁴ In der Praxis stellen sich insbesondere Probleme im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Kundenhändler sowie den Emissionshäusern.

a. Definition einer Effekte

Für den Effektenbegriff im Sinne des Börsengesetzes ist nicht entscheidend, ob es sich um einen an der Börse gehandelten Titel handelt. Für die Qualifikation als Effekte genügt es, wenn Wertpapiere, Wertrechte und Derivate zum massenweisen Handel geeignet sind, was bei an der Börse gehandelten Titeln immer der Fall ist, aber auch auf weitere Titel zutrifft. Oft kann nicht einfach auf die Bezeichnung der Anlageform abgestellt werden, sondern es muss im Detail geprüft werden, wie diese ausgestaltet ist.

Als Beispiel unterschiedlicher Qualifikation seien die sogenannten Contracts for Difference (CFD) erwähnt: CFD sind Kontrakte, bei denen der Rückzahlungsanspruch von der Wertentwicklung eines Index, eines Baskets oder im Falle des Devisenhandels von der Devisenkursentwicklung abhängig ist. Als Derivate fallen CFD dann unter den Effektenbegriff, wenn sie vereinfacht und zum massenweisen Handel geeignet sind. CFD werden an mehreren ausländischen Börsen gehandelt. Werden sie hingegen massgeschneidert mittels Einzelverträgen gehandelt, erfüllen sie den Effektenbegriff nicht. Im letzteren Fall liegt regelmässig eine Entgegennahme von Publikumseinlagen vor.

b. Kundenhandel

Unter die Kategorie der Kundenhändler fällt, wer gewerbsmässig in eigenem Namen für Rechnung von Kunden mit Effekten handelt

und selber oder bei Dritten für diese Kunden Konten zur Abwicklung des Effektenhandels führt oder Effekten aufbewahrt.¹⁵ Gewerbsmässigkeit liegt unter anderem vor, wenn direkt oder indirekt für mehr als 20 Kunden Konten geführt oder Effekten aufbewahrt werden. Ohne Bewilligung ist aber auch öffentliche Werbung für eine Kundenhändlerstätigkeit unzulässig.¹⁶ Öffentlichkeit liegt vor, wenn sich das Angebot an unbestimmt viele Personen richtet.¹⁷

Der Kundenhändler tritt gegenüber Dritten (Banken, Effektenhändlern, Börsen usw.) in eigenem Namen auf, das wirtschaftliche Risiko der von ihm getätigten oder in Auftrag gegebenen Effekengeschäfte trägt jedoch sein Kunde. Der Kundenhändler handelt insbesondere auch dann in eigenem Namen, wenn er bei Dritten für jeden seiner Kunden je einzeln ein Konto oder Depot führt, das jedoch auf seinen Namen lautet und lediglich in der Rubrik den Namen des Kunden trägt («comptes miroirs»). Im Unterschied zum Vermögensverwalter, welcher im Namen und Auftrag des Kunden handelt, handelt der Effektenhändler somit zwar auf Rechnung des Kunden, aber nicht in dessen, sondern in eigenem Namen.

c. Emissionstätigkeit am Primärmarkt

Emissionshäuser übernehmen gewerbsmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben worden sind, fest oder in Kommission und bieten sie öffentlich auf dem Primärmarkt an. Sie fallen unter das Gesetz, soweit sie hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind.¹⁸ Werden nach einem öffentlichen Angebot Effekten bei weniger als 20 Kunden platziert, liegt trotzdem eine Tätigkeit als Emissionshaus vor.¹⁹ Ein Angebot gilt als öffentlich, wenn es sich an unbestimmt viele richtet, das heisst insbesondere durch Inserate, Prospekte, Rundschreiben oder elektronische Medien verbreitet wird.²⁰ Betroffen sind die Gesellschaften, welche auf dem Primärmarkt (Emissionsmarkt) aktiv sind, das heisst solche, die neu emittierte Effekten erstmals dem Publikum anbieten.

Verschiedene Verfahren der FINMA betrafen den Handel mit nicht börsenkotierten Aktien durch Gruppen von Gesellschaften. In einem ersten Schritt wurden dabei die Aktien einer der Gesellschaften von einer anderen Gruppengesellschaft übernommen. Die Bezahlung des Aktienpreises erfolgte in der Regel durch Verrechnung mit bestehenden Forderungen von zweifelhaftem Wert. Die Gruppengesellschaft verkaufte anschliessend diese Aktienpakete als Unterhändler nochmals an eine andere Gruppengesellschaft weiter oder platzierte sie mit einem öffentlichen Angebot direkt bei Dritten. Der Erlös aus dem Verkauf an die einzelnen Anleger betrug dabei jeweils ein Vielfaches des ursprünglichen Aktiennennwertes. Da zunächst



lediglich eine Verschiebung von Aktienpaketen innerhalb der Gruppe erfolgt war, qualifizierte die FINMA den anschliessenden öffentlichen Vertrieb an die Anleger als bewilligungspflichtige Emissionstätigkeit auf dem Primärmarkt. Das Bundesverwaltungsgericht schützte diese Auffassung. Es hielt in einem Urteil fest, die zahlreichen Verkaufsgeschäfte der Gruppengesellschaften untereinander seien offensichtlich in der Absicht erfolgt, Drittanleger im Rahmen von öffentlichen Angeboten zum Kauf von Aktien von zweifelhaftem Wert zu überhöhten Preisen zu veranlassen.²¹

4. Kollektive Kapitalanlagen

Kollektive Kapitalanlagen sind Vermögen, die von Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht sowie für deren Rechnung verwaltet werden und deren Anlagebedürfnisse in gleichmässiger Weise zu befriedigen sind.²² Dem Kollektivanlagengesetz (KAG) unterstellt sind – unabhängig von der Rechtsform – kollektive Kapitalanlagen und alle Personen, die diese verwalten oder aufbewahren. Ausnahmen zu diesem Geltungsbereich sind im Gesetz abschliessend festgehalten.²³ Nicht unterstellt sind demnach sämtliche operativen Gesellschaften, die eine unternehmerische Tätigkeit ausüben, sowie Konzernholdinggesellschaften.

a. Konzerngesellschaft

Gesellschaften, welche durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften in einem Konzern unter einheitlicher Leitung zusammenfassen, sind vom Geltungsbereich des KAG ausgenommen. Sie werden im Gesetz als Holdinggesellschaften bezeichnet.²⁴ Die Grenze zwischen Kapitalanlage und Holdingtätigkeit ist aus dem Gesetzeszweck abzuleiten. Das KAG bezweckt den

Schutz der Anleger sowie die Transparenz und Funktionsfähigkeit des Marktes für kollektive Kapitalanlagen.²⁵ Für die Abgrenzung zwischen Kapitalanlage und Holdingtätigkeit relevant ist der Anlegerschutz.

Eine Kapitalanlage liegt dann vor, wenn faktisch die Möglichkeit besteht, das systematische, d.h. von der Gesamtwirtschaft ausgehende Risiko substanziell und rasch zu verändern. Dies ist der Fall, wenn in leicht handelbare Anlageinstrumente investiert wird oder verhältnismässig viel Kapital zur mehr oder weniger freien Investition zur Verfügung steht. Soweit Gesellschaften lediglich wertschaffend über eine gewisse Zeit aktiv Einfluss auf die Geschäftsführung von Unternehmen zu nehmen versuchen, um das Engagement anschliessend wieder zu desinvestieren, liegt – trotz Stimmenmehrheit – keine Holdinggesellschaft nach KAG vor. Nicht dem KAG unterstellt sind hingegen jene Gesellschaften, die sich mit der Konzernleitung befassen, oder aber Holdinggesellschaften, deren Hauptzweck im dauernden Halten der Beteiligungen von Konzerngesellschaften besteht. Letztere halten die Beteiligungen eben gerade nicht zu Anlagezwecken, sondern zur unmittelbaren Bestimmung der operativen Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaften.

b. Operative Tätigkeit

Als operativ gelten Unternehmen, die die Erzielung von Erträgen oder Kapitalgewinnen nicht als Hauptzweck verfolgen.²⁶ Die kollektive Kapitalanlage entspricht in diesen Fällen vielmehr einem ausschliesslich nebensächlichen Zweck. Damit fallen beispielsweise Aktiengesellschaften, die akzessorisch auf eigene Rechnung Kapitalanlagen tätigen und insbesondere auch Immobilien erwerben und veräussern dürfen, von vornherein nicht unter das Gesetz.²⁷ Der Nichtunterstellungsgrund ist darin zu sehen, dass die operative Produktions-, Handels- oder Dienstleistungstätigkeit als eigenständiger Teil des Gewinnstrebens erfolgt. Aus Sicht der Gesellschafter besteht das Risiko ihrer Anlagen nicht in der Kapitaleinlage und deren Verwaltung, sondern in der operativen Tätigkeit der Gesellschaft.

c. Vertriebsträger

Einer Bewilligung der FINMA bedarf, wer gewerbmässig Anteile einer kollektiven Kapitalanlage anbietet oder vertreibt. Grundsätzlich keine Bewilligung als Vertriebsträger für kollektive Kapitalanlagen erfordert der Vertrieb von fondsgebundenen Lebensversicherungen. Das setzt jedoch voraus, dass die über die fondsgebundene Lebensversicherung in der Schweiz direkt oder indirekt vertriebenen Kapitalanlagen von der FINMA bewilligt sind.²⁸ Ist das nicht der Fall, erfolgt der Vertrieb illegal, auch wenn

er durch einen Vertriebsträger erfolgt, der über eine Bewilligung der FINMA verfügt. Als Vertriebsträger gilt dabei nicht nur der Endvermittler, sondern auch wer im Sinne eines Zwischenhändlers über Dritte – z.B. über ein Netz von nachgeordneten Gesellschaften – und ohne direkten Kundenkontakt kollektive Kapitalanlagen vertreiben lässt.

5. Versicherungsbereich

a. Fondsgebundene Lebensversicherungen

Fondsgebundene Lebensversicherungen gelten in der Schweiz als Versicherungsprodukte. Häufig werden fondsgebundene Lebensversicherungen mit einer Einmalprämie der Kunden abgeschlossen und die Gelder in Anlagefonds oder ähnliche Kapitalanlagen angelegt, an deren Wertentwicklung der Kunde teilnimmt. Dabei handelt es sich nicht mehr nur um ein Versicherungsprodukt, sondern auch um eine Anlage in eine kollektive Kapitalanlage. Die kollektive Kapitalanlage selbst muss dabei von der FINMA bewilligt und zum Vertrieb in der Schweiz zugelassen sein.

Fehlt bei solchen Produkten zudem die Risikoabdeckung, handelt es sich nicht mehr um Versicherungs-, sondern um reine Finanzprodukte. Hier stellt sich neben der bewilligungspflichtigen Anlage in kollektive Kapitalanlagen auch die Frage, inwiefern die entgegengenommenen Prämien zudem eine nach Banken- oder Börsengesetz bewilligungspflichtige Tätigkeit darstellen.

b. Mieterkautionsversicherungen

Mieterkautionsversicherungen dienen dazu, bei Abschluss eines Wohnungsmietvertrags keine Kautions²⁹ hinterlegen zu müssen. Kann der Versicherungsnehmer seine Wohnungsmiete nicht bezahlen, zahlt die Versicherung bis zur Höhe der versicherten Summe (Kautions). Die schweizerischen Finanzmarktgesetze finden auch auf solche Geschäfte Anwendung. Es handelt sich dabei grundsätzlich um eine Versicherungstätigkeit, welche einer Bewilligung der FINMA bedarf.³⁰

Auf eine Bewilligung der FINMA kann nur in zwei Fällen verzichtet werden. Einerseits kann die Gesellschaft, welche eine Mieterkautionsversicherung anbietet, mit einer bewilligten Versicherung zusammenarbeiten und bei dieser das Versicherungsrisiko decken. In Ausnahmefällen sind andererseits spezielle Konstellationen (Selbsthilfe) denkbar, bei welchen ein Rechtsanspruch der Versicherungsnehmer auf die Versicherungsleistung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen wird, sodass für den Anbieter der «Versicherung» kein Risiko besteht. In solchen Fällen handelt es sich

nicht wirklich um eine Versicherung, da ein Anspruch auf Auszahlung einer Leistung bloss besteht, solange Geld (aus den Prämienzahlungen) vorhanden ist. Eine solche Lösung ist erfahrungsgemäss bloss bei einem beschränkten Teilnehmerkreis zu empfehlen. Denkbar ist beispielsweise, dass sich Fahrlehrer in einer Stadt zusammenschliessen und sich auf diese Weise eine Alternative zu einer Vollkaskoversicherung organisieren. In diesem Fall zahlen alle Fahrlehrer ihre Prämien in einen gemeinsamen Topf ein, aus dem sie sich im Schadensfall bedienen dürfen. Allerdings gilt eben als Einschränkung der Grundsatz «es hat, solange es hat», d.h. wenn der Topf leer ist, entfällt der Rechtsanspruch auf die Leistung. ■

* Die Autoren sind bei der FINMA unter anderem verantwortlich für die Unterstellungspflicht unter die verschiedenen Finanzmarktaufsichtsgesetze. Sie geben ihre persönliche Meinung wieder.

¹ Verfügung der EBK vom 24. November 2005 i.S. Pro Futura Gruppe (= Bulletin 48, S. 312 ff. (S. 317 f.); Urteile des Bundesgerichts 2A.442/1999 E. 3a vom 21. Februar 2000 und 2A.332/2006 E. 5.2.4 vom 6. März 2007 i.S. Prime Forestry Switzerland AG und andere (= Bulletin 50, S. 154 ff. (S. 167 f.)) sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1645/2007 E. 5.2 vom 17. Januar 2008 (= EBK Bulletin 51/2008, S. 216 ff.).

² Vgl. EBK Bulletin 51/2008, S. 216 ff.

³ Verfügung der EBK vom 24. November 2005 i.S. Pro Futura Gruppe (= Bulletin 48, S. 319); BGE 130 II 351 E. 5.1 i.S. UIB Servizi SA und andere (Erwägung nicht veröffentlicht im Bulletin 46, S. 61 ff. (S. 100f.)).

⁴ Vgl. für den Konkurs von Banken und Effektenhändlern Art. 3 Abs. 3 BKV.

⁵ Art. 1 Abs. 2 Bankengesetz (BankG).

⁶ Vgl. BGE 132 II 382, EBK-Jahresbericht 2006, S. 44.

⁷ BGE 2A.332/2006, EBK-Bulletin 50, S. 154 ff.

⁸ Art. 3a Abs. 2 BankV.

⁹ Vgl. Rz. 9 des FINMA-RS 2008/3; BVGE B-1645/2007, Erw. 2.4.

¹⁰ Art. 3a Abs. 3 Bst. c BankV.

¹¹ FINMA Rundschreiben 2008/3, Entgegennahme von Publikumsanlagen bei Nichtbanken, Rz. 16.

¹² FINMA Rundschreiben 2009/1, Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierungen zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard, Rz. 20: «Sofern er nicht durch die FINMA als Bank oder Effektenhändler bewilligt ist, nimmt der Vermögensverwalter keine Vermögenswerte von Kunden entgegen und führt auch keine Abwicklungskonti.»

¹³ Art. 2 Bst. d Börsengesetz (BEHG).

¹⁴ Vgl. FINMA RS 2008/5 Effektenhändler, N 11 ff.

¹⁵ Art. 3 Abs. 5 BEHV.

¹⁶ Vgl. Ziff. 49 FINMA-RS 2008/5 i.V. mit Ziff. 8 und 9 FINMA-RS 96/4.

¹⁷ Vgl. Ziff. 14 FINMA-RS 2008/5.

¹⁸ Art. 2 Abs. 1 BEHV.

¹⁹ FINMA-RS 08/3, Rz. 27.

²⁰ FINMA-RS 08/3 Rz. 14.

²¹ BVGE B-6501/2007 Erw. 6.1.3.

²² Art. 7 Abs. 1 KAG.

²³ Art. 2 Abs. 2 und 3 KAG.

²⁴ Art. 2 Abs. 2 lit. e KAG.

²⁵ Art. 1 KAG.

²⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. d KAG.

²⁷ Vgl. Botschaft zum KAG, BBI 2005, S. 6414 und 6437.

²⁸ Vgl. EBK-Bulletin 50/2007, S. 115 f. und BGE 2A.281/2006.

²⁹ Vgl. Art. 257e OR: max. drei Monatszinse für Privatwohnungen.

³⁰ Art. 3 VAG.