CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Vermögensverwaltung

Revision der Richtlinien der SBVg zur Vermögensverwaltungsmandat

Par Eric Favre le 22 Dezember 2020

Am 1. Dezember hat die SBVg ihren Mitgliedsbanken die revidierten Richtlinien zur Vermögensverwaltungsmandat (bisher : Depierre, cdbf.ch/900/) zugestellt. Zwei wichtige Punkte sind dabei zu beachten. Der erste ist das Inkrafttreten des Finanzdienstleistungsgesetzes (FinSA) und seiner Ausführungsverordnung (FinSAV) am 1. Januar 2020, die teilweise von der MiFID II inspiriert sind. Zweitens hat die SBVg den Richtlinien den Status einer freiwilligen Selbstregulierung verliehen, die im Gegensatz zu früheren Versionen ihrer Richtlinien nicht die bindende Wirkung einer Anerkennung durch die FINMA haben.

Mit dem Inkrafttreten des FinSA und der FinSAV wurden nämlich staatliche verbindliche Normen für den Bereich der Vermögensverwaltung eingeführt. Die SBVg hielt es daher für angebracht, lediglich *Best Practices* als Ergänzung zu den neuen Gesetzen und Verordnungen festzulegen, um das Ansehen und das hohe Qualitätsniveau der Schweizer Vermögensverwaltung zu fördern (Präambel § 1 der Richtlinien). Zudem verlangt Art. 12 Abs. 1 OFINMA neu eine breite Unterstützung für die Anerkennung. Die freie Selbstregulierung bietet somit mehr Flexibilität für ein Thema, das vor allem Banken betrifft. Um den durch das FinSA eingeführten Schutzgraden Rechnung zu tragen, gelten die Richtlinien im Übrigen nicht für professionelle Kunden *per se*.

Die Richtlinien wurden gekürzt, um Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Im Wesentlichen bleiben die Regeln zu den Grundsätzen und zum Auftrag selbst (Ziff. 1 und 2) sowie die Anforderungen an die Schriftform und die Festlegung der Regeln zur Vergütung der Bank in der neuen Fassung beibehalten.

Die Ausführungsbestimmungen zur Erstellung des Risikoprofils des Kunden (unter Berücksichtigung seiner Kenntnisse und Erfahrungen), zur Anlagestrategie und zu den Anlagerisiken, zu den Modalitäten der Vergütung und der Rückvergütung sowie zur angemessenen Organisation der Bank wurden gestrichen. Diese Pflichten sind nun in den Artikeln 8, 10, 12 ff., 25 und 26 FinSA enthalten.

Was die Ausübung des Mandats (Ziff. 3) betrifft, so sind die Vorschriften über die Sorgfalts- und Überprüfungspflichten der Bank in der revidierten und der aktuellen Fassung der Richtlinien materiell gleichwertig ; es ist sinnvoll, dass diese Anforderungen beibehalten werden, da das FinSA keine näheren Angaben dazu enthält. Die Ausführungsbestimmung 9 erwähnt jedoch

neu das mit der ausgewählten Anlage verbundene Risiko, was einen Verweis auf die Artikel 10 und 12 FinSA darstellt, da in der Praxis die Anlagen und der betreffende Kunde jeweils ein *Risikoprofil* erhalten, die übereinstimmen müssen.

Die Artikel, die die zu verwendenden Anlageinstrumente, die Risikoverteilung und die Liquidität beschränken, wurden unserer Ansicht nach nicht wesentlich geändert (insbesondere die Vorschriften zum *Securities Lending*, die in Art. 19 FinSA verschoben wurden). Wir stellen Lockerungen hinsichtlich der Periodizität der Liquidität, der vorübergehenden Unterdeckungen (Ausführungsbestimmungen 18 und 22) sowie mehr Beispiele und Details zur Verwendung von Derivaten (Ausführungsbestimmungen 23 bis 25) fest. Die Beibehaltung dieser Bestimmungen ist legitim, da das FinSA und die FinSAV keine Einzelheiten zu diesen Themen enthalten.

Die Schlussbestimmungen (Ziff. 4) unterscheiden sich stark von der aktuellen Fassung. Da die Richtlinien als freiwillige Ergänzung zum FinSA gedacht sind, berücksichtigt ihr Inkrafttreten das geltende Übergangsrecht. Sie treten somit am 1. Januar 2022 in Kraft. Hat die Bank ihren Prüfern ihre vorzeitige Anwendung der relevanten Bestimmungen des FinSA mitgeteilt, kann sie die Richtlinien bereits anwenden.

Wir gehen jedoch davon aus, dass die Richtlinien mehr als nur eine rein fakultative Wirkung haben werden. Obwohl es sich theoretisch um einfache Verhaltensregeln ohne direkte Auswirkungen auf die Beziehung zwischen dem Kunden und seiner Bank (die durch den Auftrag und die besonderen Vereinbarungen geregelt ist) handelt, wissen wir, dass bestimmte Verhaltensnormen einen doppelten Charakter haben können, nämlich einen öffentlichen und einen privaten.

Gemäss der Botschaft des Bundesrates (S. 8121) sind die Verhaltensregeln des FinSA öffentlich-rechtlicher Natur und greifen nicht direkt in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Dienstleistern und ihren Kunden ein. Der Zivilrichter hat auf der Grundlage der anwendbaren privatrechtlichen Bestimmungen zu entscheiden, kann diese jedoch unter Berücksichtigung der Regeln des FinSA präzisieren.

Die grundlegende Norm mit öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Wirkung ist der ehemalige Artikel 11 des Börsengesetzes (BEHG), das durch das FinMAG aufgehoben wurde. Gemäss der Botschaft dazu (S. 1306) soll dieser Artikel die wesentlichen Grundsätze aufzählen, die die Effektenhändler jederzeit zu beachten und in ihre internen Vorschriften aufzunehmen haben. Nach der Lehre wurde dieser Artikel damals als vorwiegend öffentlich-rechtlich wirksam dargestellt. Im Jahr 2007 hat das Bundesgericht jedoch in einem Präzisionsentscheid festgestellt, dass er sowohl verwaltungsrechtliche als auch privatrechtliche Wirkungen entfaltet und dass die Parteien insbesondere nicht von den darin festgelegten Verpflichtungen abweichen können (vgl. BGE 133 III 97 und Urteil 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007, de Gottrau, cdbf.ch/510), wodurch sie den Status einer zwingenden Norm erhielt und ihr Anwendungsbereich und ihre Tragweite erheblich erweitert wurden.

In Analogie dazu wird das Bundesgericht wahrscheinlich auch bestimmte Verhaltensnormen des FinMAG und der FinMAV als privatrechtlich wirksam ansehen, da sie die Regeln des ehemaligen Art. 11 BEHG übernehmen und präzisieren. Folglich könnte der Zivilrichter bei der Beurteilung des pflichtgemässen Verhaltens eines sorgfältigen Geschäftsführers die Richtlinien als Industriestandard heranziehen, wie dies in vielen Bereichen der zivilrechtlichen Haftung der Fall ist. Diese Bestimmungen und ihre Umsetzung durch die Banken sind daher weiterhin zu

beobachten.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Eric Favre, Revision der Richtlinien der SBVg zur Vermögensverwaltungsmandat, publié le 22 Dezember 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/de/1171/