

Philipp Abegg
Alex Geissbühler
Kurt Haefeli
Eric Huggenberger

Schweizerisches Bankenrecht

Handbuch für Finanzfachleute

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 3. Auflage	V
Autorenverzeichnis	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Weiterführende Literatur	XXVII

Kapitel 1 *Die Schweizer Banken und ihr rechtliches Umfeld* 1

1. Die Schweizer Banken und ihr rechtliches Umfeld	3
1.1 Schweizerisches Bankenrecht	3
1.2 Veränderungen des Bankenrechts seit 1990	3
1.3 Verantwortlichkeit innerhalb der Bank	7
1.3.1 Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	7
1.3.2 Aufsichtsrechtliche Verantwortlichkeit	8
1.3.3 Strafrechtliche Verantwortlichkeit	9
1.4 Einhaltung der Vorschriften	9
1.4.1 Compliance und Compliance-Funktion	9
1.4.2 Compliance als Teil des IKS	11
1.5 Revision	12
1.5.1 Interne Revision	12
1.5.2 Externe Revision	12
1.6 Aufsicht	13

Kapitel 2 *Privatrechtliche Normen* 15

2. Vertragsbeziehungen und AGB	17
2.1 Einführung	17
2.2 Die Entstehung von Obligationen aus Verträgen	18
2.2.1 Die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung (Art. 1 OR)	18
2.2.2 Der zulässige Vertragsinhalt	18
2.2.3 Die weiteren Voraussetzungen der gültigen Vertragsentstehung	20
2.3 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (AGB)	21
2.3.1 Sinn und Zweck	21
2.3.2 Die AGB als Vertragsbestandteil	21
2.3.3 Schranken der AGB	22
2.3.4 Inhalt der AGB	24
2.3.5 Verwendung weiterer Standardverträge	28
2.4 Vertragsparteien	29
2.4.1 Übersicht, Allgemeines	30
2.4.2 Natürliche Personen	30

Inhaltsverzeichnis

2.4.3	Juristische Personen	31
2.4.4	Personenvereinigungen	33
2.5	Die Form der Verträge	35
2.5.1	Der Grundsatz der Formfreiheit	35
2.5.2	Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit	35
2.5.3	Praxis der Banken	38
2.6	Fragen im Zusammenhang mit der Erfüllung von Obligationen	40
2.6.1	Entstehung und Erfüllung von Obligationen	40
2.6.2	Die Verrechnung	42
2.6.3	Die Verjährung	43
2.6.4	Die Abtretung (Zession)	44
3.	Vollmachten	47
3.1	Vertretung von Privatpersonen	47
3.1.1	Entstehung und Gültigkeit der Vollmacht	47
3.1.2	Beendigung der Vollmacht	50
3.1.3	Umfang der Vollmacht	50
3.2	Kaufmännische Vertretung, Prokura und Handlungsvollmacht	53
4.	Mehrere Personen als Schuldner und als Gläubiger	56
4.1	Allgemeines	56
4.2	Das Solidarkonto (Compte-joint)	57
4.3	Das Gesamthandskonto	59
5.	Die Geschäftsbeziehung beim Tod des Kunden	60
5.1	Das schweizerische Erbrecht im Überblick	60
5.1.1	Das Prinzip der Universalsukzession	60
5.1.2	Die gesetzlichen Erben	60
5.1.3	Die vom Erblasser eingesetzten Erben	62
5.2	Einfluss des Ablebens auf Bankbeziehungen	64
5.2.1	Allgemeines	64
5.2.2	Tod des Kontoinhabers als Vertragspartner der Bank	64
5.2.3	Nachfolgeplanung in der Bankpraxis	65
5.2.4	Tod und Vollmachten	66
5.2.5	Tod und Compte-joint insbesondere	68
5.3.6	Tod und Gesamthandskonto insbesondere	70
6.	Die Geschäftsbeziehung zu Minderjährigen	71
6.1	Rechtsstellung der Minderjährigen	71
6.1.1	Der Grundsatz: Minderjährige sind handlungsunfähig und unterstehen der elterlichen Sorge	71
6.1.2	Differenzierungen: Die beschränkte Handlungsunfähigkeit urteilsfähiger Unmündiger	72
6.2	Das Kindsvermögen	73
6.2.1	Verwaltung	73
6.2.2	Gebundenes Kindsvermögen	74
6.2.3	Freies Kindsvermögen	74
6.2.4	Arbeitserwerb des Minderjährigen	75

6.3	Kindervermögen im Bankverkehr	75
6.3.1	Stellung der Eltern	75
6.3.2	Stellung der Kinder	76
6.3.3	Einleger- oder Götlikonten	76
6.3.4	Missbräuche	79
	Vormundschaftliche Massnahmen, Erwachsenenschutzrecht	81
7.1	Altes und neues Recht	81
7.1.1	Vorbemerkungen	81
7.1.2	Übersicht	81
7.2	Das bisherige Vormundschaftsrecht	83
7.2.1	Die gesetzliche Regelung	83
7.2.2	Vormundschaftliche Massnahmen im Bankverkehr	86
7.3	Das Erwachsenenschutzrecht	89
7.3.1	Übersicht über die Instrumente des Erwachsenenschutzrechts	89
7.3.2	Erwachsenenschutzrecht und Rolle der Bank	98
	Die typischen Verträge der Banken	103
8.1	Der Kontovertrag	103
8.1.1	Der Girovertrag und das Auftragsrecht im Allgemeinen	104
8.1.2	Das Kontokorrentverhältnis	106
8.1.3	Kontoarten	107
8.2	Das Sparkassengeschäft	115
8.2.1	Einführung	115
8.2.2	Rechtliche Natur des Sparkassenvertrages	115
8.2.3	Die Hefte insbesondere	116
8.3	Der Depotvertrag	117
8.3.1	Allgemeines	117
8.3.2	Das verschlossene Depot	119
8.3.3	Das offene Depot	120
8.3.4	Das Depotstimmrecht	121
8.4	Schrankfachmiete	121
8.5	Vermögensverwaltung und Anlageberatung	123
8.5.1	Der Verwaltungsauftrag	124
8.5.2	Die Vermögensverwaltung durch externe Vermögensverwalter	127
8.5.3	Die eigenständige Verwaltung durch den Kunden und die Frage nach der Beratungspflicht der Bank	129
8.5.4	Ergänzender Hinweis zu MIFID	132
8.6	Darlehen und Kreditvertrag	137
8.6.1	Allgemeines	137
8.6.2	Darlehensvertrag und Krediteröffnungsvertrag	138
8.6.3	Einzelne Verfügungskredite	140
8.6.4	Einzelne Verpflichtungskredite	145
8.7	Devisen und Banknoten/Sorten	147
8.8	Beratungen	147

Inhaltsverzeichnis

9.	Verschiedene ausgewählte Vertragstypen	148
9.1	Securities Lending und Repos	148
9.1.1	Securities Lending	148
9.1.2	Repos	150
9.1.3	Die Richtlinien der FINMA zu Securities Lending und Repos	152
9.2	Derivative Finanzinstrumente und strukturierte Produkte	153
9.2.1	Einleitung	153
9.2.2	Optionen	154
9.2.3	Futures	154
9.2.4	Strukturierte Produkte	155
9.3	Der Pfandbrief	156
9.3.1	Charakterisierung, Zweck und Grundlage	156
9.3.2	Die Ausgabe von Pfandbriefen	156
9.3.3	Die Gewährung von Darlehen durch die Pfandbriefzentralen	157
9.3.4	Deckung	158
9.3.5	Gläubigerschutz	160
9.4	Akkreditiv und Dokumentarinkasso	161
9.4.1	Wesen und Begriff	162
9.4.2	Die Bedeutung der ERA	163
9.4.3	Erscheinungsformen	163
9.4.4	Dokumenteneinreichung und beteiligte Banken	166
9.4.5	Rechtliche Überlegungen	168
9.4.6	Dokumentarinkasso insbesondere	170
9.5	Rangrücktrittsvereinbarung und Nachrangvereinbarung	173
9.5.1	Allgemeines	173
9.5.2	Rangrücktrittsvereinbarung	174
9.5.3	Nachrangvereinbarung	176
9.6	Treuhandgeschäft	177
9.6.1	Begriff und Merkmale	178
9.6.2	Arten von Treuhandgeschäften	179
9.6.3	Abgrenzung zur Kommission und zu den simulierten Rechtsgeschäften	179
9.6.4	Treuhandanlagen	180
9.6.5	Stellung des Fiduzianten im Konkurs	182
9.7	Trusts	182
9.7.1	Begriff	182
9.7.2	Frühere Behandlung unter schweizerischem Recht und schweizerischer Bankpraxis	183
9.7.3	Das Haager Trust Übereinkommen	184
10.	Sicherheiten im Überblick	186
10.1	Allgemeines	186
10.2	Kurante und nicht kurante Sicherheiten/ Real- und Personalsicherheiten	186
10.3	AGB-Pfandklausel	187

11.	Realsicherheiten	190
11.1	Pfandrechte im Allgemeinen	190
11.1.1	Grundsätze des Pfandrechts	191
11.2	Das Grundpfandrecht	198
11.2.1	Allgemeines	198
11.2.2	Die Grundpfandverschreibung	216
11.2.3	Der Schuldbrief	219
11.2.4	Die Gült	222
11.3	Das Fahrnispfand	223
11.3.1	Faustpfand und Retentionsrecht	223
11.3.2	Das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten	226
11.3.3	Das Pfandrecht an Bucheffekten	232
11.4	Pfandrechtsähnliche Sicherungsgeschäfte	235
11.4.1	Das irreguläre Pfandrecht	235
11.4.2	Die Sicherheitshinterlegung	236
11.4.3	Die Sicherungsübereignung	238
11.4.4	Die Sicherungszession	242
11.4.5	Der Eigentumsvorbehalt	245
12.	Personalsicherheiten	258
12.1	Allgemeines	258
12.2	Die Bankgarantie	259
12.3	Die Wechselbürgschaft	265
12.4	Die Bürgschaft	266
12.4.1	Formvorschriften	267
12.4.2	Bürgschaftsarten	269
12.4.3	Der Haftungsumfang	273
12.4.4	Die Rechtstellung des Bürgen	274
12.4.5	Der Untergang der Bürgschaft	279
12.5	Der Kreditauftrag	281
12.6	Abgrenzungsfragen	281
12.6.1	Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Garantie	281
12.6.2	Abgrenzung zwischen Solidarbürgschaft und kumulativer Schuldübernahme	283
12.6.3	Abgrenzung zwischen Garantie und bestätigter Anweisung (Akkreditiv)	283
12.6.4	Abgrenzung zwischen Patronatserklärung und Garantie	284
13.	Zahlungsverkehr	290
13.1	Verschiedene Arten des Zahlungsverkehrs	290
13.1.1	Definition	290
13.1.2	Barzahlung und Check	290
13.1.3	Kundenkarten und Maestro-Karten (Debitkarten)	291
13.1.4	Kreditkarten	294
13.2	Zahlungsaufträge der Kunden an die Bank	296
13.2.1	Funktion	296

Inhaltsverzeichnis

13.2.2	Abwicklung über PostFinance	297
13.2.3	Abwicklung über SIC	298
13.2.4	Rechtliche Qualifikation	298
13.3	Typische Probleme und deren rechtliche Beurteilung	299
13.3.1	Fragen im Zusammenhang mit der Verwendung von Karten ...	299
13.3.2	Leistung an einen Nicht-Berechtigten	301
13.3.3	Vergütungen ohne Rechtsgrund, z.B. doppelte und irrtümliche Zahlungen	302
13.3.4	Verspätete bzw. nicht rechtzeitige Zahlungen	303
13.3.5	Sorgfaltspflicht der Bank	304
14.	Urkunden, Wertpapiere und Bucheffekten	306
14.1	Urkunden	306
14.1.1	Die Schuldurkunden	306
14.1.2	Urkundenklauseln	307
14.1.3	Arten von Schuldurkunden, die keine Wertpapiere sind	307
14.2	Wertpapiere im Besonderen	308
14.2.1	Begriff und Klauseln	308
14.2.2	Arten von Wertpapieren	310
14.2.3	Massen- und Einzelpapiere, Haupt- und Nebenzpapiere	313
14.2.4	Ausgabe, Inhalt und Form der Wertpapiere	314
14.3	Die einzelnen Urkunden im System der Schuldurkunden	315
14.4	Übertragung und Entkräftung von Schuldurkunden	316
14.4.1	Übertragung	316
14.4.2	Entkräftung	318
14.5	Checkvertrag und Check	321
14.5.1	Der Checkvertrag	321
14.5.2	Der Check	321
14.5.3	Gekreuzte Checks	323
14.5.4	Reisechecks	324
14.6	Die einzelnen Schritte der Entmaterialisierung bis zu den Bucheffekten ..	325
14.6.1	Historische Hintergründe	325
14.6.2	Sammelverwahrung	328
14.6.3	Globalurkunden-System	329
14.6.4	Aufgeschobener und aufgehobener Titeldruck	331
14.6.5	Wertrechte	331
14.6.6	Das Bucheffektengesetz vom 3. Oktober 2008, in Kraft seit 1. Januar 2010	333
Kapitel 3	Bankenaufsichtsrecht	339
15.	Bankengesetz	341
15.1	Historisches	341
15.2	Rechtsnatur des Bankengesetzes	342

15.3	Verhältnis zu anderen Gesetzen	343
15.4	Geltungsbereich des Bankengesetzes	343
15.4.1	Zinsdifferenzgeschäft	343
15.5	Bewilligung zum Geschäftsbetrieb	346
15.5.1	Allgemeines	346
15.5.2	Voraussetzungen für den Betrieb einer Schweizer Bank	346
15.5.3	Voraussetzungen für den Betrieb einer ausländischen Bank	352
15.6	Jahresrechnung und Bilanzen	353
15.6.1	Ausgangslage	353
15.6.2	Inhalt der Jahresrechnungen	354
15.7	Aufsicht und Revision	354
15.7.1	Die Finanzmarktaufsicht (FINMA)	354
15.7.2	Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichts- behörden	358
15.8	Das Sanierungsrecht der Banken	360
15.8.1	Ausgangslage	360
15.8.2	Massnahmen bei Insolvenzgefahr	360
15.8.3	Konkursliquidation (Bankenkonkurs)	362
15.8.4	Der Einlegerschutz	364
16.	Bankgeheimnis	368
16.1	Einleitung	368
16.2	Der gesetzliche Tatbestand	368
16.2.1	Rechtsgrundlagen	368
16.2.2	Art. 47 des Bankengesetzes	370
16.3	Ausnahmen/Recht auf Auskunft - Pflicht zur Auskunft	373
16.3.1	Auskunftspflichten des Privatrechts	373
16.3.2	Auskunftspflichten gegenüber Behörden	377
16.3.3	Regelung bei den direkten Steuern	379
17.	Börsengesetz	382
17.1	Einleitung	382
17.2	Selbstregulierung und Rechtsquellen	382
17.2.1	Aufbau des Börsengesetzes	382
17.2.2	Reglemente/Rundschreiben der FINMA und Richtlinien der SBVg	383
17.3	Begriffsbestimmungen	383
17.3.1	Begriff der Effekten im Sinne des BEHG	383
17.3.2	Begriff der Börse im Sinne des BEHG	384
17.3.3	Begriff der Kotierung im Sinne des BEHG	384
17.3.4	Begriff des Effektenhändlers im Sinne des BEHG	384
17.3.5	Begriff des öffentlichen Kaufangebots im Sinne des BEHG	385
17.4	Regulierung der Börsen	386
17.4.1	Einleitung	386
17.4.2	Bewilligungsvoraussetzungen und Selbstregulierung	386
17.4.3	Die Zulassung von Effekten im Besonderen	387

17.5	Effekthändler	388
17.5.1	Bewilligungspflicht	388
17.5.2	Risikomanagement und Eigenmittelvorschriften	389
17.6	Verhaltensregeln für Effekthändler	389
17.6.1	Normenzweck	389
17.6.2	Die einzelnen Pflichten	390
17.6.3	Die Marktverhaltensregeln der FINMA	391
17.6.4	Die Insiderstrafnormen	397
17.6.5	Journalführungspflichten	399
17.6.6	Meldepflichten	400
17.7	Offenlegung von Beteiligungen	400
17.7.1	Voraussetzungen der Meldepflichten	400
17.7.2	Berechnung der Grenzwerte	401
17.7.3	Ausnahme der Meldepflicht und Offenlegungsstelle	402
17.7.4	Sanktionen bei Verletzung der Meldepflichten	402
17.8	Öffentliche Kaufangebote	402
17.8.1	Pflichten des Anbieters	403
17.8.2	Verfahren vor der Übernahmekommission	404
17.8.3	Pflichten der Zielgesellschaften	404
17.8.4	Pflicht zur Unterbreitung eines Übernahmeangebots	405
17.8.5	Ausnahmen von der Angebotspflicht	406
17.8.6	Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere	406
17.9	Verhältnis zum Ausland	407
17.9.1	Grundsatz des Gegenrechts	407
17.9.2	Amtshilfe und grenzüberschreitende Prüfungen	407
18.	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen	409
18.1	Was wird im KAG reguliert (Übersicht)	410
18.2	Allgemeine Bestimmungen	411
18.2.1	Sachlicher Geltungsbereich	411
18.2.2	Bewilligung und Genehmigung	413
18.2.3	Publikumsanleger- und qualifizierte Anleger	415
18.2.4	Öffentliche Werbung	417
18.3	Offene kollektive Kapitalanlagen	418
18.3.1	Gemeinsame Bestimmungen	419
18.3.2	Arten der offenen kollektiven Kapitalanlagen und Anlagevorschriften	422
18.3.3	Vertraglicher Anlagefonds	428
18.3.4	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV)	431
18.4	Geschlossene kollektive Kapitalanlagen	434
18.4.1	Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK)	435
18.4.2	Die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF)	437
18.5	Ausländische kollektive Kapitalanlagen	438
18.5.1	Begriff der ausländischen kollektiven Kapitalanlage	439

18.5.2	Genehmigungspflicht	439
18.5.3	Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen	440
19.	Geldwäschereibekämpfung	441
19.1	Das System der Normen	441
19.1.1	Einleitung, was ist Geldwäscherei?	441
19.1.2	Massnahme 1: Identifikation des Kunden und Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten	443
19.1.3	Massnahme 2: Besondere Abklärungspflicht bei ungewöhnlichen Transaktionen und Meldepflicht	444
19.1.4	Massnahme 3: Administrative Pflichten	446
19.1.5	Das System der Normen, Sanktionen und Strafen	446
19.1.6	Grafische Übersichten	450
19.2	Identitätsprüfung	452
19.2.1	Zeitpunkt der Identitätsprüfung	452
19.2.2	Arten der Identifikation	452
19.2.3	Kassageschäfte	455
19.2.4	Ausnahmen	456
19.3	Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten	456
19.3.1	Begriff des wirtschaftlich Berechtigten	456
19.3.2	Identifikation oder Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten	458
19.3.3	Fälle, in denen der wirtschaftlich Berechtigte mittels Formular A festgestellt werden muss	458
19.3.4	Verwendung des Formulars A	459
19.3.5	Formular R für Berufsgeheimnisträger	459
19.3.6	Formular T für Vermögenswerte ohne wirtschaftliche Berechtigung bestimmter Personen	460
19.4	Besondere Abklärungspflicht, erhöhte Sorgfaltspflichten	460
19.4.1	Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko	461
19.4.2	Politisch exponierte Personen (PEP)	463
19.4.3	Transaktionen mit erhöhtem Risiko	464
19.4.4	Verhalten, wenn sich eine Geschäftsbeziehung oder eine Transaktion nicht plausibel erklären lässt	466
19.4.5	Meldepflicht	467
19.5	Administrative Pflichten	468
19.5.1	Dokumentationspflicht	468
19.5.2	Registerpflichten	469
19.5.3	Organisation	469
19.5.4	Zahlungsverkehr	470
19.6	Embargogesetz	470
19.6.1	Internationale Sanktionen und Embargogesetz	470
19.6.2	Embargoverordnungen und Listenwesen	470
19.6.3	Pflichten der Banken	471
19.6.4	Sperre und Meldepflichten	472

Kapitel 4	<i>Weitere Rechtsgebiete mit engem Bezug zum Bankgeschäft.</i>	473
20.	Vorsorgerecht	475
20.1	Allgemeines	475
20.2	Freizügigkeitskonten	475
20.3	Gebundene Vorsorgekonten der 3. Säule	476
20.4	Anlage der Gelder	477
20.5	Ordentlicher und ausserordentlicher Bezug der Guthaben	477
20.5.1	Ordentliche Auszahlungsgründe	478
20.5.2	Ausserordentliche Auszahlungsgründe	480
20.6	Wohneigentumsförderung im Besonderen	481
20.7	Steuerliche Behandlung	483
20.8	Verschiedene Punkte	484
20.8.1	Zwangsvollstreckung	484
20.8.2	Kontaktlose und vergessene Guthaben	485
20.8.3	Vorsorgekonten im Konkurs der Bank	485
21.	Steuerrechtliche Fragen im Kontext der Kundenbeziehung	487
21.1	Allgemeines - historische Entwicklung	487
21.2	Verrechnungssteuer	488
21.3	Mehrwertsteuer	489
21.4	EU Zinsbesteuerung	489
21.5	Abgeltungssteuern	490
21.6	US-amerikanische Steuern	491
21.6.1	Allgemein	491
21.6.2	QI-System	492
21.6.3	FATCA	493
21.7	Steuerdelinquenz und Amtshilfe	494
21.7.1	Allgemeines	494
21.7.2	Beihilfeproblematik	495
21.7.3	Amtshilfe	496
22.	Schutz des Konsumenten	498
22.1	Das Konsumkreditgesetz	498
22.2	Information des Konsumenten/Preisbekanntgabeverordnung	501
23.	Verschiedene Regulierungen	503
23.1	Auslagerung (Outsourcing)	503
23.2	Nachrichtenlose Vermögenswerte	504
23.2.1	Einleitung	504
23.2.2	Rechtslage	505
23.2.3	Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung	506
23.3	Cross Border Banking	508
23.3.1	Ausgangslage	508
23.3.2	Begriff des Cross Border Banking	508
23.3.3	Risiken im Cross Border Geschäft	509

23.4	Behandlung von Falschgeld	511
23.5	Vergütungssysteme.	512
23.5.1	Ausgangslage.	512
23.5.2	Das FINMA-RS 2010/1 «Vergütungssysteme».	512
	Sachregister.	515