

Vermögensverwaltung durch Family Offices unter dem VVG und BankG

Alexander Schopper und Patrick Raschner*

1. Begriffsklärung und Untersuchungsgegenstand

Der Begriff **Family Office** bezeichnet ganz allgemein die «Professionalisierung und Institutionalisierung der familienbezogenen Vermögensverwaltung und Administration»¹ von sehr vermögenden Familien.² Welche Gestaltungsformen darunter aus rechtlicher Sicht zu fassen sind, wird weder im liechtensteinischen noch im europäischen Recht geregelt,³ sondern der Rechts- und Aufsichtspraxis überlassen, die **darunter unterschiedliche Erscheinungen** kennt.⁴ Anders als man vielleicht auf den ersten Blick annehmen würde, werden unter Family Offices z.B. nicht nur Dienstleister für *mehrere* Angehörige einer Family verstanden, sondern ebenfalls die Vermögensverwaltung *einzelner* Familienmitglieder.⁵ Neben solchen «Single Family Offices» für ein einziges Mitglied oder mehrere Familienangehörige gibt es auch sog. «Multi Family Offices» zur Verwaltung mehrerer nicht verbundener Familienvermögen.⁶ **Gemeinsam** ist den verschiedenen Ausgestaltungen, dass sie «ihre» Familienmitglieder in irgendeiner Form über Vermögenserhalt/-zuwachs beraten oder sogar die Anlageentscheidungen übernehmen. Zudem sind sowohl Single als auch Multi Family Offices zumeist in Form einer Gesellschaft organisiert⁷ und dienen als Investitions- bzw. Beteiligungsgesellschaft.⁸

Für die weitere aufsichtsrechtliche Erfassung definiert die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in einem Merkblatt «Family Offices» sehr weit gefasst als «Unternehmen, unabhängig von ihrer Rechtsform, die sich mit der bankenunabhängigen Verwaltung grosser privater Vermögen befassen.»⁹ Eine ver-

gleichbare Umschreibung existiert in Liechtenstein nicht; eine explizite Bezugnahme auf den Begriff findet sich im liechtensteinischen Finanzmarktrecht jedoch in Art. 2 Abs. 2 Bst. i AIFMG,¹⁰ der in Umsetzung von Erwägungsgrund 7 AIFMD¹¹ festhält, dass «Wertpapierfirmen, wie z. B. Family-Office-Vehikel, die das Privatvermögen von Anlegern investieren, ohne Fremdkapital zu beschaffen» nicht als Manager eines Alternativen Investmentfonds (AIF) betrachtet werden sollten.

Mit Blick auf eben erwähnte Ausnahme im Kollektivanlagenrecht könnte man vermuten, dass «Family-Office-Vehikel» i.a.R. als «Wertpapierfirmen» i.S. der MiFID II¹² bzw. des BankG¹³ beaufsichtigte Finanzdienstleister sind. Tatsächlich stellt der deutsche RL-Wortlaut der AIFMD jedoch (nur) eine irreleitende Übersetzung der englischen Fassung dar, wo nicht von «investment firms» (wie in der MiFID II), sondern weiter gefasst von «investment undertakings» die Rede ist. Dies bedeutet im Umkehrschluss jedoch nicht, dass eine familienbezogene Vermögensverwaltung nicht als «Wertpapierdienstleistung» i.S.d. MiFID II bzw. «Vermögensverwaltung» dem liechtensteinischen Finanzmarktrecht unterliegen kann.¹⁴ Vielmehr wirft die Konzipierung derartiger «Vehikel» zur Familienvermögensverwaltung regelmässig spezifische Fragen an der Schnittstelle zum Finanzmarktrecht auf,¹⁵ die auch dem vorliegenden Beitrag zugrunde liegen.¹⁶ In der Folge wird unter **Pkt. 2** zunächst schwerpunktmässig eine mögliche **Qualifikation einer individuellen Vermögensverwaltung als «Portfolioverwaltung» i.S.d.**

¹⁰ Gesetz vom 19. Dezember 2012 über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMG), LGBl. 2013 Nr. 49.

¹¹ Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010 Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 2011 L 174/1. Der Gemeinsame EWR-Ausschuss hat die AIFMD in das EWR-Abkommen übernommen. S. Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 202/2016 vom 30. September 2016 zur Änderung des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) des EWR-Abkommens [2017/279], ABl. 2017 L 46/30; LGBl. 2016 Nr. 305.

¹² Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung) Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 2014 L 173/349. Der Gemeinsame EWR-Ausschuss hat die MiFID II in das EWR-Abkommen übernommen. S. Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 78/2019 vom 29. März 2019 zur Änderung des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) des EWR-Abkommens 2019/2133, ABl. 2019 L 279/143; LGBl. 2019 Nr. 318.

¹³ Gesetz vom 21. Oktober 1992 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankengesetz; BankG), LGBl. 1992 Nr. 108.

¹⁴ Nicht weiter untersucht werden im Beitrag Gestaltungen bei denen eine Einordnung des «Family Office» als AIF(M) im Raum steht. Zur Ausnahme näher *Zetzsche/Preiner*, Scope of the AIFMD, in *Zetzsche* (Hrsg.), The Alternative Investment Fund Managers Directive³ (2020) 34 ff.; *Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann* (Hrsg.), AIFM-Richtlinie Art. 2 Rn 129 ff.; im Abriss auch *Zetzsche*, GesRZ 2016, 370 (374) und *BaFin*, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 2 Bst. b.

¹⁵ Zum Ganzen aus Schweizer Perspektive *Preiner*, Grenzen privater Vermögensverwaltung 46 ff.

¹⁶ Teile des vorliegenden Beitrags gehen auf eine Anfrage aus der Praxis an den Erstautor zurück.

* Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck und permanenter Gastprofessor an der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL) in Triesen. Univ.-Ass. Dr. Patrick Raschner ist als Universitätsassistent (Postdoc) am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck tätig. Kontakt: alexander.schopper@uibk.ac.at und patrick.raschner@uibk.ac.at.

¹ *Preiner*, Grenzen privater Vermögensverwaltung [:] Family-Offices und Familienprivilegien im Schweizer Finanzmarktrecht (2020) 2.

² Lt. *Zetzsche*, Family Offices und Familienvermögen zwischen Recht und Regulierung, GesRZ 2016, 370 (370) verwalten Single Family Offices Grossvermögen ab 250–500 Mio €..

³ Vgl. z.B. *BaFin*, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 1. Vgl. einzig den Hinweis im AIFMG, s. dazu Text zur FN 11.

⁴ Näher z.B. *Zetzsche*, GesRZ 2016, 370 ff.

⁵ So *BaFin*, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 1.

⁶ Näher z.B. *Zetzsche*, GesRZ 2016, 370 (370); *Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann* (Hrsg.), AIFM-Richtlinie (2013) Art. 2 Rn 128 f.

⁷ Zur Unterscheidung zwischen unternehmensinternen und -externen Family Offices noch näher bei Pkt. 2. und 3.

⁸ Für Liechtenstein z.B. *Meyer/Tettamanti*, Liechtenstein als Family Office Standort, finance forum liechtenstein blog.

⁹ *BaFin*, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 1.

VVG¹⁷ geprüft, und zwar **unter Verwendung eines sog. «Special Purpose Vehicle» (SPV)**. Da mit der Verwaltung des Privatvermögens oft eine Vielzahl anderer Tätigkeiten einhergehen, inkl. der Führung von «Family Office Konten», wird in **Pkt. 3** noch als ein weiterer Leistungsbereich die **Einordnung einer Privatkontenverwaltung als «Einlagengeschäft» i.S.d. BankG** geprüft, **auch unter der Berücksichtigung eines mit Familienkonten häufig einhergehenden «Cash-Poolings»**.¹⁸ In beiden Fällen würde die Erfüllung des Tatbestandes eine oft prohibitiv wirkende oder zumindest unerwünschte **Bewilligungspflicht für die Geschäftstätigkeit des Family Office** nach sich ziehen. Problematisch aus Sicht der Familienangehörigen ist dabei etwa, dass eine allfällige Bewilligungspflicht neben einhergehenden (Folge-)Kosten u.U. einen Vertraulichkeitsverlust zur Folge haben kann.¹⁹

Was zuletzt die **zeitliche Dimension** anbelangt, erfolgt im Beitrag sowohl eine Betrachtung des geltenden Rechts als auch der zuletzt anvisierten Änderungen im Rahmen des von der Regierung initiierten Projekts «Neukonzeption des Finanzmarktrechts für Banken und Wertpapierfirmen», weil es hier – zumindest auf den ersten Blick – teils zu substanziellen Änderungen kommen soll.

2. Individuelle Vermögensverwaltung durch ein SPV unter dem VVG

Im Mittelpunkt der Tätigkeit eines Family Offices steht die familienbezogene Vermögensverwaltung,²⁰ die je nach Einzelfall freilich ganz unterschiedlich ausgestaltet sein kann. So steht im hier interessierenden Zusammenhang nicht die Umsetzung einer Portfolioverwaltung durch ein Familienmitglied oder ein (unternehmens-)internes Family Office²¹ im Fokus, sondern die **Durchführung der familienbezogenen Vermögensverwaltung durch Gründung einer weiteren Gesellschaft/Anstalt als Vermögensträger bzw Zweckgesellschaft (sog. SPV)**.²² Anknüpfend an die eingangs skizzierten Single Family Office-Unterformen (d.h. Verwaltungseinheit für einzelne oder mehrere Familienmitglieder) sind **verschiedene Unterkonstellationen** denkbar, die von der Vermögensverwaltung durch ein SPV für einen Al-

leinaktionär der das SPV haltenden Entität im Rahmen einer Eigenverwaltung (Pkt. 2.2.1.) über eine Verwaltung des Privatvermögens des mittelbaren Alleingesellschafters (Pkt. 2.2.2.) bis hin zu einem Vermögensmanagement für alle Familienangehörige durch ein SPV reichen können (Pkt. 2.3.).

2.1. Aufsichtsrechtliche Grundlagen

Erfolgt bei der Vermögensverwaltung durch das SPV auch eine Anlage in «Finanzinstrumente» i.S.v. Anhang 2 VVG, was regelmässig der Fall sein wird, stellt sich die Grundfrage, ob eine solche Geschäftstätigkeit unter das VVG (oder unter das BankG²³) fällt. Mögliche Folge wäre, dass ein Family Office vor Aufnahme seiner Geschäftstätigkeit eine **Bewilligung der FMA als «Vermögensverwaltungsgesellschaft»** nach Art. 5 VVG benötigt, weil als **Rechtsfolge** ansonsten gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. b VVG eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen droht.²⁴ Zudem kann nach der zitierten Bestimmung bei Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung i.S. von Art. 63 VVG eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren verhängt werden. Die **Vermögensverwaltungsgesellschaft** wird in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 VVG definiert als *«eine Gesellschaft in der Rechtsform nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerbsmässigen Tätigkeit die Vermögensverwaltung ausübt»*.²⁵ Vom Überbegriff der Vermögensverwaltung umfasst ist nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 VVG insbesondere die **«Portfolioverwaltung»**,²⁶ die in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 VVG als die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen eines Mandats des Kunden definiert wird, sofern diese Portfolios ein oder mehrere Finanzinstrumente enthalten.²⁷

Überprüfungsbedürftig ist, ob eine Vermögensverwaltung durch ein SPV als Family Office den **Tatbestand der Portfolioverwaltung** erfüllt oder ob ein **Tatbestand des Ausnahmenkatalogs**²⁸ nach Art. 2 Abs. 2 VVG einschlägig ist, worauf beim «Geschäftsbereich» in Art. 3 Abs. 2 S 2 VVG explizit hingewiesen wird (*«Vorbehalten bleibt Art. 2 Abs. 2.»*). Da in den umrissenen Konstellationen eine Zweckgesellschaft «dazwischengeschaltet» ist, stellt sich insbesondere die Frage, ob in solchen Konstellationen das «Konzernprivileg» in Bst. f leg. cit. herangezogen werden kann. Daneben ergeben sich

¹⁷ Gesetz vom 25. November 2005 über die Vermögensverwaltung (Vermögensverwaltungsgesetz; VVG), LGBl. 2005 Nr. 278.

¹⁸ Ebenfalls in diesem Beitrag nicht weiter ausgeführt wird eine Qualifikation als Zahlungskonten bzw Zahlungsdiensten nach Art. 2 Abs. 2 des Zahlungsdienstegesetzes, was je nach Ausgestaltung der Family Office Konten (etwa bei Überweisungsmöglichkeiten an Dritte) u.U. ebenfalls noch relevant sein kann.

¹⁹ Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (375).

²⁰ Z.B. auch Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-Richtlinie Art. 2 Rn 127.

²¹ Vgl. zu unterschiedlichen Ausgestaltungen der individuellen Vermögensverwaltung Preiner, Grenzen privater Vermögensverwaltung 51. Vgl. ferner illustrativ zu Family Office i.e.S., wo die Verwaltungseinheit selbst tätig wird, Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (372).

²² Weiterführend zu den unterschiedlichen Ausprägungen von SPVs Zerey, Definition, Rolle und Funktion von Zweckgesellschaften, in Zerey (Hrsg.), Zweckgesellschaften [...] Rechtshandbuch (2012) § 1 Rn 1 ff; zu «Haltvehikeln» im Besonderen Krause/Zerey, Investment- und versicherungsaufsichtsrechtliche Implikationen für Zweckgesellschaften, in Zerey, Zweckgesellschaften § 7 Rn 12 ff.

²³ Banken, deren Bewilligung die Erbringung von Bankgeschäften nach Art. 3 Abs. 3 Bst. a und b BankG umfasst, dürfen nach Art. 3 Abs. 7 BankG darüber hinaus ohne weitere spezialgesetzliche Bewilligung Wertpapierdienstleistungen erbringen (Bst. a), weshalb das zum VVG Gesagte *mutatis mutandis* auch für das BankG gilt. Dies gilt zudem für Wertpapierfirmen, s. Art. 3 Abs. 2 BankG.

²⁴ Marxer & Partner Rechtsanwälte, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2021) Rn 29.3; genauer Schopper/Raschner/Walch in Schopper/Raschner/Walch, Liechtenstein, in Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung³ (2022) § 62 Rn 13 ff.

²⁵ S. demgegenüber die etwas abweichende Definition in LGBl. 2024 Nr. 177 *«eine juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmässig die Vermögensverwaltung nach Art. 3 Abs. 1 ausübt»*.

²⁶ Vgl. z.B. auch Marxer & Partner Rechtsanwälte, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht Rn 29.4.

²⁷ Inhaltsgleich auch Art. 4 Abs. 1 Nr. 8 MiFID II.

²⁸ Näher Schopper/Raschner/Walch in Schäfer/Sethe/Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung³ § 62 Rn 12.

weitere Unsicherheiten auch im Zusammenhang mit der bereits in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 VVG angelegten und in Art. 3 Abs. 2 S. 1 VVG nochmals betonten **Voraussetzung der «Gewerbsmässigkeit»**.²⁹ Obwohl der Begriff «gewerbsmässig» in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 11 VVG definiert wird, wurde zuletzt seitens der Praxis in einer Stellungnahme zum *Vernehmlassungsbericht der Regierung betreffend die Änderung des VVG sowie die Abänderung weiterer Gesetze*³⁰ um eine Klarstellung des Begriffs der Gewerbsmässigkeit im BuA gebeten. Nach Ansicht der Regierung kann die Frage, ob die Tätigkeit «gewerbsmässig» erfolgt, indes nur im Einzelfall geklärt werden.³¹ Zuletzt scheint offen, ob es **andere («ungeschriebene») Gründe** gibt, aus denen ein Family Office ohne VVG-Bewilligung eine Portfolioverwaltung betreiben kann. Aus rechtsvergleichender Sicht werden im schweizerischen FINIG³² etwa nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a «*Personen, die ausschliesslich Vermögenswerte von mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen verwalten*» vom Gesetz nicht erfasst.³³ Auch darauf wurde im Rahmen der Vernehmlassung hingewiesen und vorgeschlagen, eine vergleichbare Ausnahme in das VVG zu integrieren³⁴ und, parallel dazu, in den Gesetzesmaterialien zu ergänzen, dass unter der Ausnahme der familiären Verbundenheit die Definition in Art. 4 Abs. 1 FINIV³⁵ zu verstehen sei. Auch diese Anregung hat jedoch für die nachfolgenden Ausführungen keine unmittelbaren Auswirkungen, weil die Regierung eine diesbezügliche Änderung für nicht erforderlich erachtete.³⁶ Vor diesem Hintergrund bleibt zu prüfen, welche Spielräume für eine Privilegierung von Family Offices sowohl im geltenden Recht als auch im nur geringfügig veränderten VVG in der Fassung LGBL 2024 Nr. 177³⁷ bestehen.

²⁹ Danach dürfen Wertpapierdienstleistungen gewerbsmässig oder im Rahmen der üblichen beruflichen Tätigkeiten ausschliesslich von Vermögensverwaltungsgesellschaften erbracht werden.

³⁰ *VuVL*, Stellungnahme zum Vernehmlassungsbericht der Regierung betreffend die Änderung des Vermögensverwaltungsgesetzes sowie die Abänderung weiterer Gesetze, 27.2.2023. S. auch die Zusammenfassung im BuA Nr. 106/2023, 33 f.

³¹ BuA Nr. 106/2023, 35.

³² Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG), SR 954.1.

³³ Dazu näher *Preiner*, Grenzen privater Vermögensverwaltung 123 ff.

³⁴ Dazu und zum Folgenden *VuVL*, Stellungnahme zum Vernehmlassungsbericht der Regierung betreffend die Änderung des Vermögensverwaltungsgesetzes sowie die Abänderung weiterer Gesetze, 4, wonach «*Personen, welche Leistungen nach Art. 3 Abs. 1 nicht für Dritte, sondern letztlich für sich selbst oder für familiär eng verbundene Personen erbringen*» **ausgenommen sein** sollten.

³⁵ Verordnung über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung, FINIV), SR 954.11.

³⁶ BuA Nr. 106/2023, 35.

³⁷ Gesetz vom 7. März 2024 über die Abänderung des Vermögensverwaltungsgesetzes, LGBL 2024 Nr. 177, das nach Ziff. V Abs. 1 unter Vorbehalt des ungenutzten Ablaufs der Referendumsfrist am 1.5.2024 in Kraft treten soll.

2.2. Grundkonstellation: (Mittelbare)

Privatvermögensverwaltung durch das SPV

Bevor unter Pkt. 2.3. die Konstellation mit mehreren Familienmitgliedern analysiert wird, soll noch der einfachere «Grundfall» beleuchtet werden, dass die «Portfolioverwaltung» nur für einen Alleingesellschafter der das SPV haltenden Entität erbracht wird. Dabei ist wie geschildert zwischen der (i) Eigenverwaltung durch ein SPV und dem Fall zu unterscheiden, dass (ii) ein SPV das Privatvermögen des mittelbaren Alleingesellschafters verwaltet.

2.2.1. Reine Eigenvermögensverwaltung des eigenen Gesellschaftsvermögens

In der ersten Konstellation überträgt der Alleingesellschafter einer Muttergesellschaft das zu verwaltende Vermögen im Wege der Einlageleistung durch die Muttergesellschaft in eine Tochtergesellschaft (SPV), damit diese das Vermögen dann als **ihr «eigenes Gesellschaftsvermögen»** verwaltet. In diesem Szenario mag es zwar denkbar sein, dass die Tochtergesellschaft (SPV) das ihr übertragene Gesellschaftsvermögen «im Rahmen eines Mandats» des mittelbaren Alleingesellschafters verwaltet. Allerdings handelt es sich beim Alleingesellschafter schon rein begrifflich **nicht um einen «Kunden»** des SPV.³⁸ Eine Verwaltung des eigenen Portfolios (im Sinne einer reinen «Eigenverwaltung») stellt daher keine Portfolioverwaltung im Sinne der Legaldefinition des Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 VVG dar. Wie auch zuletzt im BuA Nr. 106/2023 festgehalten, *«ist (die Erbringung für Dritte) bei den Tätigkeiten nach Art. 3 Abs. 1 VVG. wesensimmanent. Werden diese Tätigkeiten nicht für Dritte erbracht, dann ist der tätigkeitsbezogene Tatbestand von vornherein nicht erfüllt.»*³⁹ **Portfolioverwaltung** in dem von Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 VVG definierten Sinn **setzt daher ein Tätigwerden für einen Dritten voraus**.

Auch **teleologisch** kann das Verhältnis zwischen SPV und mittelbarem Alleingesellschafter jedenfalls dann nicht mit dem Verhältnis **Vermögensverwalter – Kunde** gleichgesetzt werden, wenn das Vermögen in das SPV eingebracht wird und das SPV dann eigenes Gesellschaftsvermögen verwaltet. Kennzeichnend für eine Portfolioverwaltung nach dem VVG ist die Ausübung von Verfügungsmacht im Auftrag des Kunden, ohne dass der Verfügungsberechtigte (d.h. der Vermögensverwalter) zugleich auch Eigentümer der Vermögenswerte wird.⁴⁰ Nähme man in dieser Konstellation eine Vermögensverwaltung an, dann läge ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 VVG vor, wonach Vermögensverwaltungsgesellschaften zu keinem Zeitpunkt Vermögenswerte ihrer Kunden entgegennehmen oder halten dürfen (der Eigenverwalter ist ja selbst Eigentümer der Vermögenswerte). Für die Bewilligungsfreiheit spricht auch **Erwägungsgrund 18 MiFID II**. Demnach sollen Personen, die ihr **eigenes Ver-**

³⁸ Zum Kundenbegriff aber sogleich noch näher bei Pkt. 2.2.2.

³⁹ BuA Nr. 106/2023, 34.

⁴⁰ Für Österreich z.B. *Heidinger* in *Gruber/Raschauer* (Hrsg.), WAG (2011) § 1 Rn 36; *Zabradnik*, Finanzdienstleistungen und Wertpapieraufsicht (1997) 18; zudem auch *Schopper/Raschner*, Kapitalmarktrechtliche Fragen der Vermögensverwaltung, ÖBA 2021, 382 (383 f).

mögen verwalten, und Unternehmen, die keine anderen Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten vornehmen als den Handel für eigene Rechnung, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Dementsprechend weist auch die **BaFin** darauf hin, dass bei der Übertragung von Vermögen durch den Vermögensinhaber auf eine Gesellschaft, welche das ihr so zugeflossene Gesellschaftskapital, durch ihre Geschäftsführer oder Mitarbeiter in Finanzinstrumenten anlegt, im Regelfall bewilligungsfreie Eigengeschäfte des vermögensverwaltenden SPV vorliegen.⁴¹

Im **Ergebnis** liegt bei einer reinen Eigenverwaltung des eigenen Gesellschaftsvermögens eindeutig keine bewilligungspflichtige Portfolioverwaltung i.S.d. VVG vor. Der Tatbestand in Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 bzw. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 VVG ist bei Eigengeschäften des vermögensverwaltenden SPV nicht erfüllt. Auf die Frage der Gewerbmässigkeit oder auf einen Ausnahmetatbestand nach Art. 2 Abs. 2 VVG kommt es hier gar nicht mehr an.

2.2.2. Vermögensverwaltung eines mittelbar beteiligten Alleingeschafters

In der zweiten Fallkonstellation verwaltet die Tochtergesellschaft (SPV) das Privatvermögen ihres mittelbaren Alleingeschafters als fremdes Vermögen (d.h. ohne Einlageleistung) mit einem Ermessensspielraum im Rahmen eines Mandats des mittelbaren Alleingeschafters. In diesem Fall liegt keine Eigenverwaltung im engeren Sinn vor. Der Tatbestand der Portfolioverwaltung in Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 bzw. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 VVG ist bei formaler Betrachtung erfüllt. Zweifel könnten in diesem Zusammenhang deswegen bestehen, weil und sofern das SPV die Portfolioverwaltung ausschliesslich für den **eigenen mittelbaren Alleingeschafter** erbringt und dieser daher nicht als «Kunde» (weil kein «Dritter») bezeichnet werden kann. Allerdings ist die Legaldefinition des Kunden in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 6 VVG weit gefasst. Erfasst wird «jede natürliche oder juristische Person, jede Gesellschaft, Treuhänderschaft, sonstige Gemeinschaft oder Vermögensverwaltungsgesellschaft Dienstleistungen nach Art. 3 Abs. 1 erbringen».

Bei der Privatvermögensverwaltung des mittelbaren Alleingeschafters könnte aber als Ausnahmeregelung das **Konzernprivileg nach Art. 2 Abs. 2 Bst. f VVG** in Betracht kommen.⁴² Danach findet das VVG keine Anwendung auf «Personen, die Dienstleistungen nach Art. 3 Abs. 1 ausschliesslich für ihr Mutterunternehmen, ihre Tochterunternehmen oder andere Tochterunternehmen ihres Mutterunternehmens erbringen». Ein «Mutterunternehmen», für welches die konzerninterne Portfolioverwaltung von einer (mittelbaren) Tochtergesellschaft erbracht wird, kann auch eine **natürliche Person** sein. Das ergibt sich aus Erwägungsgrund 26 MiFID II, demzufolge Verweise auf «Personen» so verstanden werden sollten, dass damit sowohl natürliche als auch juristische

Personen gemeint sind.⁴³ Sollte der Alleingeschafter der das SPV haltenden Entität eine natürliche Person sein, steht das der Anwendung des Konzernprivilegs also nicht entgegen.

Unschädlich für die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs ist ausserdem die bloss mittelbare Beteiligung des Alleingeschafters am **SPV über eine oder auch mehrere Zwischengesellschaft(en)**. Enkelunternehmen gelten nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 16 Satz 2 der Kapitaladäquanzverordnung (Capital Requirements Regulation, CRR)⁴⁴ als Tochterunternehmen des Mutterunternehmens.⁴⁵ Die Zwischenschaltung von Gesellschaften ändert somit nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Konzernprivilegs. Das bringt auch Art. 4 Abs. 1 Ziff. 17 VVG in der Fassung LGBL 2024 Nr. 177 deutlich zum Ausdruck («einschliesslich jedes mittelbar kontrollierte Tochterunternehmen eines Mutterunternehmens»). Entscheidend ist lediglich, dass der (mittelbare) Gesellschafter die Enkelgesellschaft (SPV) indirekt auf gesellschafts- oder vertragsrechtlicher Grundlage kontrolliert bzw. kontrollieren kann (vgl. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 16 VVG in der Fassung LGBL 2024 Nr. 177). Das wird bei einer indirekten 100 % Beteiligung stets erfüllt sein, kann aber ausnahmsweise auch bei anderen (Familien-)Konzernkonstellationen der Fall sein (dazu sogleich kurz bei Pkt. 2.3.).⁴⁶

Das Konzernprivileg in Art. 2 Abs. 2 Bst. f VVG setzt Art. 2 Abs. 1 Bst. b MiFID II um. Nach Erwägungsgrund 28 MiFID II sollen Personen, «die keine Dienstleistungen für Dritte erbringen, sondern deren Tätigkeit darin besteht, Wertpapierdienstleistungen ausschliesslich für ihre Mutterunternehmen, ihre Tochterunternehmen oder andere Tochterunternehmen ihrer Mutterunternehmen zu erbringen, (...) nicht von dieser Richtlinie erfasst sein.» Somit beruht das Konzernprivileg auf dem Gedanken, dass **konzernverbundene Gesellschaften** gerade

⁴³ Vgl. auch Seggermann in Brandl/Saria, WAG 2018² § 1 Rn 17; BaFin, Hinweise zur Bereichsausnahme des so genannten Konzernprivilegs (4.7.2018) Pkt. 2 Bst. b am Ende.

⁴⁴ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. 2013 L 176/1. Der Gemeinsame EWR-Ausschuss hat die CRR am 29.3.2019 in das EWR-Abkommen übernommen. S. Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 79/2019 vom 29. März 2019 zur Änderung des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) des EWR-Abkommens 2019/2133, ABl. 2019 L 321/170; LGBL 2019 Nr. 343.

⁴⁵ Art. 4 Abs. 1 Nr. 16 Satz 2 CRR lautet: «Tochterunternehmen von Tochterunternehmen gelten ebenfalls als Tochterunternehmen des ursprünglichen Mutterunternehmens.»

⁴⁶ Angemerkt sei, dass die Art. 4 Abs. 1 Nr. 32 und 33 der MiFID II für die Begriffe Mutter- und Tochterunternehmen auf Art. 2 Nr. 9 und 10 sowie Art. 22 der RL 2013/34/EU verweisen, s. dazu Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. 2013 L 182/19. S. Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 293/2015 vom 30. Oktober 2015 zur Änderung von Anhang XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens [2017/1082], ABl. 2017 L 161/87; LGBL 2021 Nr. 189.

⁴¹ BaFin, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 4 Bst. b.

⁴² Vgl. auch für das dt. KWG BaFin, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 3 Bst. b.

keine Dritten sind und es daher an einem entsprechenden **Schutzbedürfnis fehlt**.⁴⁷

Im **Ergebnis** wird bei der vorliegenden Konstellation aufgrund des Konzernprivilegs nach Art. 2 Abs. 2 Bst. f VVG somit regelmässig keine bewilligungspflichtige Portfolioverwaltung vorliegen, weil (i) der Alleingesellschafter trotz Zwischenschaltung einer Gesellschaft «Mutterunternehmen» sein kann und (ii) das Konzernprivileg auf dem Gedanken beruht, dass konzernverbundene Gesellschaften gerade keine Dritten sind.

2.3. Familienvermögensverwaltung durch ein SPV

Die dritte typische Fallkonstellation ist ein Family-Office-Vehikel, welches das Privatvermögen nicht nur von einem Alleingesellschafter, sondern auch von anderen Familienangehörigen verwaltet. In diesem Szenario werden die Familienmitglieder häufig als Gesellschafter beteiligt sein. Auch bei solchen Ausgestaltungen kann u.U. das **Konzernprivileg** nach Art. 2 Abs. 2 Bst. f VVG herangezogen werden, wenn die **beteiligten Familienmitglieder gemeinsam** die Tochtergesellschaft und/oder diese wiederum die Enkelgesellschaft **beherrschen**.⁴⁸ Das Konzernprivileg dürfte allerdings nur ausnahmsweise einschlägig sein und wird daher an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt.

Unabhängig vom Konzernprivileg stellt sich die Frage, ob es andere Gründe gibt, aus denen ein Family Office ohne VVG-Bewilligung Portfolioverwaltung für mehrere Familienmitglieder betreiben kann – mithin, ob **eine weitere Familienprivilegierung** greift. Eine explizite Ausnahme wie im FINIG (oder im geltenden BankG⁴⁹) gibt es im VVG, wie schon bei Pkt. 2.1. erwähnt, zwar nicht;⁵⁰ überprüfungsbedürftig erscheint jedoch, ob die auf den mittelbaren Alleingesellschafter und dessen Familienmitglieder beschränkte Portfolioverwaltung durch ein SPV **im Rahmen einer «gewerbsmässigen Tätigkeit» bzw. der beruflichen und gewerblichen Tätigkeit «gewerbsmässig»** (LGBI. 2024/177) **ausgeübt wird**. «Gewerbsmässig» ist gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 11 VVG (in der geltenden Fassung) das selbständige und regelmässige Ausüben einer Tätigkeit in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Diese Legaldefinition der Gewerbsmässigkeit in **Art. 4 Abs. 1 Ziff. 11 VVG entspricht** inhaltlich **Art. 2 Gewerbegesetz**.⁵¹ Die hier relevanten Tatbestandsvoraussetzungen sind sohin das (i) selbständige und (ii) regelmässige Ausüben einer Tätigkeit (iii) mit der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Die ersten beiden Kriterien **Selbständigkeit und Regelmässigkeit** werden bei der gemeinsamen Familienvermögensverwaltung durch ein SPV vorliegen. Aus Sicht des die Dienstleistung erbringenden SPV wird wohl auch

eine **Absicht auf Erzielung eines Ertrages oder eines sonstigen wirtschaftlichen Vorteils** bestehen.⁵² Andernfalls läge wohl ein Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung (verdeckte Gewinnausschüttung) vor,⁵³ weil und sofern eine Enkelgesellschaft unentgeltlich Dienstleistungen für ihren mittelbaren Alleingesellschafter erbringt. Die Absicht, «einen Ertrag» oder «sonstigen wirtschaftlichen Vorteil» zu erzielen, spricht dafür, dass eine Tätigkeit, die von vornherein nicht auf die Erzielung eines Gewinns und auch nicht auf einen sonstigen wirtschaftlichen Vorteil (im Sinne irgendeiner Umwegrentabilität), sondern nur auf Kostendeckung gerichtet ist, den Tatbestand der Gewerbsmässigkeit nicht erfüllt.

Aufschlussreich für die hier zu untersuchende Frage sind aber vor allem die Erläuterungen zu Art. 2 Gewerbegesetz, wo wörtlich festgehalten wird: «*Damit ist festgehalten, dass es Tätigkeiten sind, die sich in der Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr in Form der Produktion von Gütern, des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen manifestieren; eine blossе Tätigkeit zur Befriedigung des Eigenbedarfes fällt nicht darunter. Tätigkeiten werden vom Geltungsbereich des Gewerbegesetzes erfasst, wenn sie an Dritte gerichtet sind.*»⁵⁴ Ausweislich der Gesetzesmaterialien ist somit die **Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr** ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmässigkeit in Liechtenstein. Voraussetzung ist, wie dies die Materialien deutlich zum Ausdruck bringen, eine an Dritte, d.h. an das **Publikum** gerichtete Tätigkeit. In der vorliegenden Konstellation wird die Vermögensverwaltung von dem SPV zwar im Verhältnis zu anderen Kapitalmarktakteuren «öffentlich» sein;⁵⁵ **im Verhältnis zur Familie** besorgt es die Vermögensverwaltungstätigkeit aber nur für den Alleingesellschafter und dessen Familienangehörige. Hier ist die Erbringung der Portfolioverwaltung durch das SPV **nicht auf eine Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr gerichtet**.⁵⁶

Das bestätigt der rechtsvergleichende Blick nach **Österreich**: Nach der Ansicht von **Seggermann** spricht der Aspekt der «Dienstleistung» bei der Portfolioverwaltung, also die Gewerblichkeit i.S.v. § 3 Abs. 2 WAG 2018, dafür, die **gemeinsame Veranlagung im Familienkreis** durch ein Familienmitglied **nicht unter die Portfolioverwaltung** zu fassen.⁵⁷ Auch in Deutschland gehen **BaFin**⁵⁸ und **h.L.**⁵⁹ von der Zulassungsfreiheit der Ver-

⁴⁷ Zutreffend *Heidinger* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 2 Rn 4.

⁴⁸ S. dazu *BaFin*, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 4 Bst. b.

⁴⁹ S. dazu noch die Ausführungen zu Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 BankG unten bei Pkt. 3.1 und Pkt. 3.2.1

⁵⁰ Dazu schon Text bei FN 34.

⁵¹ Gewerbegesetz (GewG) vom 30. September 2020, LGBI. 2020 Nr. 415.

⁵² Vgl. i.E. auch *Preiner*, Grenzen privater Vermögensverwaltung 50.

⁵³ Vgl. dazu Art. 219 Abs. 4, Art. 312 Abs. 2 und Art. 545 Abs. 2 und *Dejaco*, Die privatrechtliche Anstalt im liechtensteinischen Recht (2020) 174 ff.

⁵⁴ BuA 2020/14, 54 (eigene Hervorhebungen).

⁵⁵ Vgl. dazu auch i.Z.m. dem Unternehmerbegriff *Zetzschke*, GesRZ 2016, 370 (382).

⁵⁶ Anders die Ausführungen zur Schweiz bei *Preiner*, Grenzen privater Vermögensverwaltung 48 ff.

⁵⁷ *Seggermann* in *Brandl/Saria*, WAG 2018² § 1 Rn 26; zur Rechtslage in Deutschland vgl. etwa *Baum* in *Hirte/Möllers* (Hrsg.), KK-WpHG² (2014) § 2 Rn 177.

⁵⁸ *BaFin*, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 4 Bst. c.

⁵⁹ *Sethe* in *Schäfer/Sethe/Lang*, Handbuch der Vermögensverwaltung³ § 5 Rn 62; *Baum* in K-K WpHG³ § 2 Rn 177; *Zetzschke*, GesRZ 2016, 370 (377) m.w.N.

mögensverwaltung für den engen Familienkreis aus. So führt die BaFin aus, dass eine Familienvermögensverwaltung, bei der ein Vermögensinhaber über eine von ihm beherrschte Gesellschaft auch das Privatvermögen naher Familienangehöriger verwaltet, ausserhalb des Anwendungsbereichs des KWG⁶⁰ liegt, wenn der «Familienvermögensverwalter» seine Tätigkeiten nicht am Markt anbietet, sondern auf den engsten Familienkreis des Vermögensinhabers beschränkt.⁶¹ Als engste Familienangehörige sollen hiernach «regelmässig» nahe Verwandte wie Ehegatten, Lebenspartner, Eltern, Geschwister, Kinder, Neffen, Nichten, Enkel, Onkel und Tanten sowie Cousins und Cousins ersten Grades gelten.⁶²

Innerhalb der engeren Familie ist somit keine gewerbsmässige Vermögensverwaltung «für Kunden» (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 8 MiFID II) gegeben, wenn und weil der Familienvermögensverwalter (hier das SPV) seine Dienste **nicht am Markt anbietet** und daher nicht am «allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt».⁶³ Dass das SPV als Rechtsträger von einem einzelnen Familienmitglied gegründet wurde, steht dem nicht entgegen. Nach Ansicht der ESMA (i.Z.m. der AIFMD) zählen zur Familie Rechtsträger, die von der Familie zur Anlage ihres Privatvermögens aufgesetzt und kontrolliert werden, solange ausschliesslich Familienangehörige begünstigt werden.⁶⁴

Zuletzt kann gegen eine Bewilligungspflicht aus teleologischer Sicht auch auf zugrundeliegende Schutzwürdigkeiten abgestellt werden, ähnlich wie das auch die EZB zum Einlagen- und Kreditgeschäft festhält (dazu noch unten näher).⁶⁵ Ein enger und in sich geschlossener Kreis von Familienmitgliedern steht dem SPV auf Grund der persönlichen Nahebeziehung zu dessen mittelbaren Alleingesellschafter nahe, sodass hier – anders als beim Publikum des allgemeinen Wirtschaftsverkehrs – kein vergleichbares Anlegerenschutzbedürfnis besteht.

Ergebnis: Verwaltet das SPV das Fremdvermögen des mittelbaren Alleingesellschafters und seiner nahen Familienangehörigen, liegt keine gewerbsmässige Portfolioverwaltung für Kunden vor, soweit die Dienste nicht am Markt, sondern nur im engen Familienkreis angeboten werden. Ein gesetzlich ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmässigkeit ist die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr. Daraus ergibt sich ein Familienprivileg. Es besteht daher in dieser Konstellation keine Bewilligungspflicht. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wäre *de lege ferenda* allerdings auch für Liechtenstein zu überlegen, das gesetzlich ungeschriebene Familienprivileg bzw. den Kreis der «engen Familienmitglieder» bzw. «familiär verbundenen Personen» in Anlehnung an das Merkblatt der BaFin oder Art. 4 Abs. 1 FINIV zu konkretisieren (selbst wenn

die Klärung der «Gewerbsmässigkeit» grundsätzlich einzelfallbezogen zu erfolgen hat⁶⁶). Das muss nicht unbedingt auf Gesetzesebene erfolgen. Bspw. könnte in Anlehnung an das Merkblatt der BaFin in einer FMA-Wegleitung als engster Familienkreis nahe Angehörige wie Ehegatten, Lebenspartner, Eltern, Geschwister, Kinder, Neffen, Nichten und Enkel, Onkel und Tanten sowie Cousins und Cousins ersten Grades definiert werden.

3. Führung von Privatkonten unter dem BankG

Neben der eigentlichen Vermögensverwaltung kann mit der Tätigkeit eines Family Office eine **Privatkontenverwaltung für Familienmitglieder** verbunden sein.⁶⁷ Dies wird im Vergleich zwar seltener vorkommen,⁶⁸ kann aber insbesondere dann der Fall sein, wenn das den Ursprung des Privatvermögens bildende Familienunternehmen als «legacy investment» noch vom Family Office verwaltet wird.⁶⁹ Naheliegend ist dies bei einem gesellschaftsinternen Family Office, wenn Gesellschafterkonten geführt werden, auf denen ausschüttbare aber nicht abgerufene Gewinne der Familienangehörigen verbzw eingebucht⁷⁰ sowie gegebenenfalls verzinst werden. Allerdings kann in der Praxis eine Führung von Privatkonten auch für solche Familienangehörigen erfolgen, die z.B. aufgrund ihres Alters oder ihrer Fähigkeiten keine Gesellschafterstellung (mehr) haben.⁷¹ Zuletzt ist auch denkbar, dass es zwecks Innenfinanzierung zu einer Bündelung der verwalteten Geldpositionen der Familienangehörigen und **Verleihung der stehengelassenen Gelder («Cash-Pooling») an das Familienunternehmen** kommt.⁷²

3.1. Aufsichtsrechtliche Grundlagen

Fraglich ist in solchen Fällen, ob die Verwaltung der Privatkonten ein **«Bankgeschäft»** im Sinne von Art. 3 Abs. 3 BankG ist. Die dort enthaltene Legaldefinition für Bankgeschäfte umfasst u.a. die Annahme von Einlagen und anderen rückzahlbaren Geldern (Bst. a) und die Ausleihung von fremden Geldern an einen unbestimmten Kreis von Kreditnehmern (Bst. b).⁷³ Im hier interessierenden Zusammenhang ist insbesondere überprüfungsbedürftig, **ob die Privatkontenverwaltung (mit Cash-Pooling) als «Annahme von Einlagen und anderen rückzahlbaren Geldern» einzuordnen und somit als Einlagengeschäft**

⁶⁰ Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG), BGBl. I S 2776.

⁶¹ Vgl. BaFin, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 4 Bst. c.

⁶² Ebenda.

⁶³ Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (377) m.w.N.

⁶⁴ Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (377) mit Verweis auf ESMA, Final report – Guidelines on key concepts of the AIFMD (2013) 5 f und 30. Darauf hinweisend auch BaFin, Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäss KWG und KAGB von Family Offices (12.7.2018) Pkt. 2 b).

⁶⁵ Dazu noch unten Text bei FN 116.

⁶⁶ S. wie schon bei FN 31 erwähnt den BuA Nr. 106/2023, 35.

⁶⁷ Z.B. Preiner, Grenzen privater Vermögensverwaltung 53 f.

⁶⁸ In diese Richtung zumindest für Deutschland Wacławik, Aufsichtsrechtliche Aspekte der Tätigkeit privater Family Offices, ZBB 2005, 401 (406 bei FN 31), wonach das Betreiben von Einlagengeschäft durch Family Offices zwar nicht denknotwendig ausgeschlossen, aber wenig praktisch sei.

⁶⁹ Vgl. dazu Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (370).

⁷⁰ Etwa durch Übertragung von Gewinnen aus anderen Beteiligungen auf die Privatkonten der Familienmitglieder.

⁷¹ Nochmals Preiner, Grenzen privater Vermögensverwaltung 54.

⁷² Vgl. Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (380); für die Schweiz auch Preiner, Grenzen privater Vermögensverwaltung 54, wonach Darlehen von Familienmitgliedern an eine vermögensverwaltende Familiengesellschaft zum Zwecke der Investition auch keine Seltenheit seien.

⁷³ Marxer & Partner, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht Rn 25.4.

gem. Art. 3 Abs. 3 Bst. a BankG zu qualifizieren ist. Konsequenz einer solchen Tatbestandsmässigkeit wäre grundsätzlich, dass die Führung des Privatkontos durch die Family Office Einheit nach Art. 15 ff. BankG i.V. mit Art. 28 ff. BankV nur in Form einer «(Familien-)Bank»⁷⁴ möglich wäre.⁷⁵ Denn gemäss Art. 3 Abs. 1 BankG dürfen nur Banken *«gewerbsmässig ein oder mehrere Geschäfte nach Abs. 3 erbringen.»* Andere *«(n)atürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz als Bank unterstehen, dürfen keine Einlagen und andere rückzahlbaren Gelder gewerbsmässig entgegennehmen.»*⁷⁶ Anders als im VVG zieht ein Verstoß gegen die Bewilligungspflicht als **Rechtsfolge** auf den ersten Blick nur eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren für die Geschäftsleiter nach sich (Art. 63 Abs. 1 Bst. b BankG).⁷⁷ Im Hinblick auf den Rechtsträger folgt eine Geldstrafe bei einem Zuwiderhandeln gegen Art. 63 Abs. 1 BankG aber aus Absatz 3 leg. cit., wonach sich die Verantwortlichkeit für juristische Personen nach §§ 74a ff. StGB richtet.

Im Gegensatz zu den obigen Ausführungen zum VVG bzw Vermögensverwaltungsgeschäft⁷⁸ ist bei der Prüfung des Tatbestands des Einlagengeschäfts ergänzend zu berücksichtigen, dass **zumindest im geltenden BankG**⁷⁹ in Art. 3 Abs. 5 **ein gesetzlich statuiertes «Familienprivileg» besteht**. Ausdrücklich ausgenommen vom Einlagenbegriff und vom Begriff der anderen rückzahlbaren Gelder sind nämlich *«Verpflichtungen gegenüber Anteilseignern der Bank oder Wertpapierfirma und mit ihnen (...) familiär verbundenen Personen»*, was bei einer familienbezogenen Kontenführung im oben beschriebenen Sinn natürlich zu berücksichtigen ist.

Zuletzt ist in Bezug auf die weitere aufsichtsrechtliche Verortung noch vorzuschicken, dass das **lichtensteinische BankG teils von der EWR-rechtlichen Definition für Kreditinstitute** in Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR **abweicht**. Während das BankG von *«Annahme von Einlagen und anderen rückzahlbaren Geldern»* spricht, ist in der CRR von der Tätigkeit, *«Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen»*, die Rede.⁸⁰ Des Weiteren wird in der CRR ein Zusammenhang zwischen Einlagen- und Kreditgeschäft herstellt («und»), was hierzulande ebenso nicht der Fall ist (vgl.

Art. 3 Abs. 1 BankG).⁸¹ Hintergrund dieser wie auch weiterer Abweichungen ist, dass die Bestimmungen des BankG und der BankV über das Einlagengeschäft im Wesentlichen eine Rezeption der Schweizer Rechtslage darstellen.⁸² In der Praxis führt dies dazu, dass man sich bei der Lösung von Auslegungsfragen (auch) am CH-BankG⁸³ anlehnt, wenngleich das Ergebnis natürlich EWR-rechtskonform sein muss.⁸⁴ Aus den zuletzt genannten Gründen sind auch die einschlägigen EBA-Leitlinien im Hinblick auf gemeinsame Bewertungsmethoden zu beachten,⁸⁵ welche die zuständigen Behörden bei der Beurteilung für die Erteilung der Zulassung von Kreditinstituten heranzuziehen haben. Dies gilt es im Hinterkopf zu behalten, wenn den nationalen Voraussetzungen nachgegangen wird.

3.2. Grundkonstellation: Reine Privatkontenverwaltung

Im Folgenden wird als «Basisfall» zunächst die reine Privatkontenführung durch das Family Office untersucht. Dabei kann es – je nachdem, wie das Family Office im Rechtsträger des Familienbetriebs integriert ist (etwa als internes «embedded family office»⁸⁶) – (i) zu stehengelassenen Gewinnen auf den geführten Family-Office(-Gesellschafter-)Konten und/oder (ii) der Übertragung von Geldern aus anderen Beteiligungen bzw Anlagen auf ebendiese Privatkonten der Familienmitglieder kommen. Diese beiden Konstellationen werden nachfolgend im Hinblick auf den Tatbestand des Einlagengeschäfts beleuchtet, während ein zusätzliches Cash-Pooling unter Pkt. 3.3. gesondert betrachtet wird. Dabei ist **zwischen dem bisher geltenden BankG**, das – wie erwähnt – ein ausdrückliches Familienprivileg kennt, **und der jüngst eingeleiteten Neukonzeption des Finanzmarktrechts zu unterscheiden**, weil das Familienprivileg im «BankGneu»⁸⁷ entfallen soll.

3.2.1. Geltendes BankG

In den vorliegenden Konstellationen stellt sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Bst. a BankG die Frage, ob das **Tatbestandsmerkmal der «Annahme» von Geldern** erfüllt ist. Damit der Begriff der «Annahme» nach seinem klaren Wortlaut vorliegt, müssen die Gelder bei der Family Office Einheit einlangen. Aus rechtsvergleichender Sicht geht die h.L. in Österreich davon aus, dass unter der «Entgegennahme» ganz generell die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf die Gelder zu verstehen ist, wobei es nicht zwingend zu einer Eigen-

⁷⁴ Vgl. Begriff bei Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (380) m.w.N.

⁷⁵ Z.B. Schopper/Raschner/Walch in Schäfer/Sethe/Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung³ § 62 Rn 55

⁷⁶ Zur Verbotsnorm auch Seiser, Rezeption und Fortentwicklung des liechtensteinischen Finanzmarktrechts am Beispiel des Bankengesetzes, IJZ 2022, 175 (182). Vgl. auch Art. 7 BankG in der Fassung VNB vom 3. August 2023.

⁷⁷ S. auch Art. 245 Abs. 1 Bst. a BankG in der Fassung VNB vom 3. August 2023, wonach die gewerbsmässige Erbringung von Bankgeschäften ohne Bewilligung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft wird.

⁷⁸ Dazu die Ausführungen bei Pkt. 2.1.

⁷⁹ Nach dem VNB vom 3. August 2023 soll dies entfallen, dazu noch näher Pkt. 3.2.2.

⁸⁰ Anhang I, Nr. 1 CRD IV nennt auch in Bezug auf die Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung gilt die *«Entgegennahme von Einlagen und sonstigen rückzahlbaren Geldern»*, wobei der Erwägungsgrund 14 ergänzt, dass *«(d)er Anwendungsbereich der Massnahmen (...) alle Institute erfassen (sollte), die rückzahlbare Publikumsgelder in Form von Einlagen (entgegennehmen)»*.

⁸¹ Vgl. z.B. Stern, Bankenaufsichtsrecht im Europäischen Wirtschaftsraum [...] Normative Lehren aus der Finanzkrise (2020) 89.

⁸² Z.B. Seiser, IJZ 2022, 175 (182).

⁸³ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

⁸⁴ Näher zum Einlagenbegriff Seiser, IJZ 2022, 175 (182) m.w.N.

⁸⁵ EBA, Leitlinien zu einer gemeinsamen Bewertungsmethode für die Erteilung der Zulassung von Kreditinstituten gemäss Art. 8 Absatz 5 der Richtlinie 2013/36/EU, EBA/GL/2021/12, Rn 49. Darauf hinweisend auch Seiser, IJZ 2022, 175 (182).

⁸⁶ Begriff bei Zetzsche, GesRZ 2016, 370 (382).

⁸⁷ Wenn im Folgenden von «BankGneu» die Rede ist, ist der laut Vernehmlassungsbericht vorgeschlagene Text gemeint; mit «alt» das geltende Recht.

tumsverschaffung kommen muss.⁸⁸ Im Rahmen der ersten Unterkonstellation, dem **Stehenlassen von Geldern auf Gesellschafterkonten**, die sich aus Gewinnen des Familienunternehmens ergeben, hat eine Übertragung von Geldern grundsätzlich gar nicht stattgefunden. Aus diesem Grund liegt rein begrifflich keine «Annahme» vor. Nach überzeugender Auffassung kann eine Annahme von Geldern freilich dadurch geschehen, dass die Gelder auf einem Konto der Einrichtung eingezahlt werden.⁸⁹ Kommt es nun wie in der zweiten Unterkonstellation zu einer Übertragung von Geldern aus anderen Beteiligungen bzw Anlagen auf die Privatkonten der Familienmitglieder ist der Begriff der «Annahme» für sich gesehen erfüllt, sodass hier als weiteres Tatbestandsmerkmal nach Art. 3 Abs. 3 Bst. a BankG die Rückzahlbarkeit der Gelder in Blick rückt.

Unter **Rückzahlbarkeit der Gelder** wird man grundsätzlich einen unbedingten Rückzahlungsanspruch des Geldgebers verstehen.⁹⁰ Ein erster Aspekt, der bei der Verwaltung von Family Office Konten eine Rolle spielen kann, ist, ob die Gelder jederzeit von den Privatkonten behebbar sind. So wird sich eine Bedingtheit dadurch ergeben, wenn die Familienmitglieder nicht jederzeit frei über die Beträge verfügen können, etwa wenn zeitliche Grenzen für die Entnahme bestehen (z.B. die Limitierung auf anteilige Quartalszahlungen).⁹¹ Von der BaFin wurde zu Guthaben auf **Privat- oder Verrechnungskonten bei Personengesellschaften (und Kapitalgesellschaften)** zudem noch festgehalten, dass diese zumindest in Deutschland dann nicht als Bankgeschäft zu qualifizieren sind, weil es aufgrund **gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht** an dem Tatbestandsmerkmal der Unbedingtheit fehlt. Wörtlich hält die BaFin fest: *«Eine derartige Bedingung des Zahlungsanspruchs ergibt sich grundsätzlich aus dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Treuepflicht. Eine Ausprägung der Treuepflicht ist, dass Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft nicht durchsetzbar sind, wenn ihre Geltendmachung die Gesellschaft in die Zahlungsunfähigkeit treibe. Eine solche insolvenzverhindernde Entnahme- und Ausschüttungssperre ist bei Kapitalgesellschaften und diesen gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften gesetzlich verankert.»*⁹² In der Lit. wird die Rechtsansicht der BaFin zwar im Ergebnis begrüsst, aber auch die Geeignetheit der Treuepflicht als (pauschales) Abgrenzungskriterium kritisiert,⁹³ weshalb eine Übertragung der Rechtsansicht auf die Privatkon-

tenverwaltung bei einem Family Office mit Risiken behaftet und vom Gesellschaftstypus abhängig ist.⁹⁴

Selbst wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 Bst. a BankG bejaht werden, kommt im Bereich des BankG (und insofern in Abweichung zum VVG) hinzu, dass nach der geltenden Rechtslage eine ausdrückliche **Ausnahme bei familiärer Verbundenheit** besteht.⁹⁵ Im Rahmen der Negativabgrenzung in Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 BankG wird nämlich – wie erwähnt – festgehalten: *«Als Einlagen und andere rückzahlbare Gelder nach Abs. 3 Bst. a gelten nicht (...) Verpflichtungen gegenüber Anteilseignern der Bank oder Wertpapierfirma und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen.»* Der genaue Hintergrund und Umfang dieser Ausnahme bleibt mit Blick auf den zugehörigen BuA Nr. 89/2021 zwar im Dunkeln, wurde die Regelung doch nur aus Art. 1a Abs. 2 BankV überführt.⁹⁶ Offensichtlich handelt sich um eine Rezeption von Art. 5 Abs. 2 Bst. c CH-BankV, wonach Einlagen von Personen, die mit Aktionärinnen und Aktionären oder Gesellschafterinnen und Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung wirtschaftlich oder familiär verbunden sind, nicht ebenfalls als Publikums-einlagen gelten.⁹⁷ Für die hier interessierende Frage führt die Privilegierung insofern dazu, dass auch die **zweite Unterkonstellation**, nämlich eine Übertragung von Geldern aus anderen Beteiligungen bzw Anlagen auf Privatkonten von «familiär verbundenen Personen», **kein Einlagengeschäft darstellt**. Auf eine (Vorab-)Prüfung des Kriteriums der Gewerbsmässigkeit kommt es nach dem geltenden Recht daher gar nicht an.⁹⁸

Der **Personenkreis**, der im weiteren unter die Definition der **familiären Verbundenheit** fällt, wird weder im BankG noch in der CH-BankV definiert.⁹⁹ Aufgrund des (noch) bestehenden Schweiz-Bezugs erscheint es jedoch angezeigt, auf Art. 4 Abs. 1 FINIV zurückzugreifen, sodass *de lege lata* Verwandte und Verschwägte in gerader Linie, Verwandte und Verschwägte bis zum vierten Grad der Seitenlinie, Ehegatten und Lebenspartner, Miterben und Vermächtnisnehmer vom Erbgang bis zum Abschluss der Erbteilung oder der Ausrichtung des Vermächtnisses, Nacherben und Nachvermächtnisnehmer erfasst werden.¹⁰⁰

Im **Ergebnis** ist nach dem derzeit (noch) geltenden Recht die Führung von Family-Office-Konten, wenn nicht schon mangels «Annahme» von «rückzahlbaren» Geldern,

⁸⁸ Für Österreich N. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht (2015) 123.

⁸⁹ Ebenda.

⁹⁰ Z.B. trotz anderen Wortlauts auch für Österreich Oppitz/Chini, Bankwesengesetz² (2022) § 1 Rn 14, was u.a. mit der Anknüpfung an der «Entgegennahme fremder Gelder» begründet wird.

⁹¹ Vgl. Grbenić/Baumüller in Zib/Dellinger (Hrsg.), UGB (2016) § 120 Rn 43.

⁹² BaFin, Merkblatt Einlagengeschäft.

⁹³ Vgl. Fischer, Gesellschafterdarlehen in Personen- und Kapitalgesellschaften als erlaubnispflichtige Bankgeschäfte?, WM 2014, 1709 (1711 f); Galla/Müller, Bankerlaubnispflicht für Gesellschafterkonten in Familiengesellschaften?, ZIP 2015, 1862 (1866); mit Verweis darauf ebenso ablehnend Schäfer in Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), KWG, CRR-VO⁶ (2023) KWG § 1 Rn 44 m.w.N.

⁹⁴ Vgl. z.B. zur AG Marxer, Die funktionellen Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrates einer liechtensteinischen Aktiengesellschaft, LJZ 2021, 176 (188 f).

⁹⁵ Zum VVG s. Text bei FN 34.

⁹⁶ BuA Nr. 89/2021, 31.

⁹⁷ Allg. zur Negativabgrenzung auch Stern, Bankenaufsichtsrecht im Europäischen Wirtschaftsraum 90 f.

⁹⁸ Die Frage, ob das Familienprivileg erst dann zur Anwendung gelangt, wenn die Schwelle der Gewerbsmässigkeit erreicht, erscheint insofern zweitrangig. Für ersteres zum FINIG Preiner, Grenzen privater Vermögensverwaltung 124, 190.

⁹⁹ Für die Schweiz Preiner, Grenzen privater Vermögensverwaltung 139.

¹⁰⁰ Zudem genannt werden Personen, die mit einem Vermögensverwalter oder Trustee in einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft leben.

jedenfalls wegen des Ausnahmetatbestandes der familiären Verbundenheit in Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 BankG bewilligungsfrei.

3.2.2. BankG in der Fassung VNB vom 3. August 2023

An dieser Stelle ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die im geltenden BankG verankerte negative Abgrenzung des Einlagenbegriffs im Zuge der Neukonzeption des Finanzmarktrechts nicht in das neue BankG übernommen werden und das Familienprivileg entfallen soll. Begründet wird dies damit, dass *«es sich um eine ursprüngliche Rezeption der Schweizer Bankengesetzgebung (handelte), die als Folge der Synchronisierung der Systematik und Struktur des BankG mit der Systematik und Struktur der EWR-rechtlichen Grundlagen nicht mehr beibehalten werden kann.»*¹⁰¹ Vor diesem Hintergrund ist auch im Bankenaufsichtsrecht zu prüfen, ob es *de lege ferenda* noch **andere Gründe** gibt, aus denen ein Family Office ohne BankG-Bewilligung für Familienmitglieder Privatkonten führen kann.

Sollte – bei sonstiger Tatbestandsmässigkeit – künftig kein gesetzlich normiertes Familienprivileg wie in Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 des bisher geltenden BankG zur Verfügung stehen, bedeutet dies noch nicht zwingend eine Bewilligungspflicht als «Familienbank». Vor die Klammer der Liste der Bankgeschäfte in Art. 6 Abs. 1 BankGneu (≈ Art. 3 Abs. 3 BankGalt) gezogen ist in Art. 4 Abs. 1 Bst. a BankGneu (≈ Art. 3 Abs. 1 BankGalt) nämlich – wie im geltenden VVG – **die «Gewerbsmässigkeit» der Tätigkeit als übergreifendes Kriterium.**¹⁰² Etwas anders als im VVG¹⁰³ wird der Begriff «gewerbsmässig» jedoch weder im BankGneu noch in Art. 3a BankGalt i.V. mit der BankV definiert, was nach schon älterer Ansicht u.U. zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte.¹⁰⁴ Aus rechtsvergleichender Sicht wird etwa in der Schweiz in Art. 6 CH-BankV¹⁰⁵ normiert, dass gewerbsmässig im Sinne des schweizerischen Bankenrechts handelt, wer mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt. Ebenso wie in Liechtenstein keine Umschreibung der «Gewerblichkeit» enthält indes das österreichische BWG¹⁰⁶, sodass der Begriff hier wie da auslegungsbedürftig bleibt.

Während im österreichischen Bankrecht aufgrund des historischen Gesetzgeberwillens auf den umsatzsteuerrechtlichen Begriff der «Gewerblichkeit» in § 2 Abs. 1 UStG zurückgegriffen wird,¹⁰⁷ wonach jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen erfasst ist, unabhängig davon ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht, ist hierzulande – wie explizit im VVG zugrundegelegt – richti-

gerweise **auf das Gewerbeamt zu rekurrieren.** Dies wurde auch zuletzt im *Vernehmlassungsbericht betreffend den Erlass eines Gesetzes über die Tätigkeit und die Beaufsichtigung von Banken und Finanzholdinggesellschaften (Bankengesetz; BankG) sowie die Abänderung weiterer Gesetze* bestätigt, wonach bei der Beurteilung der Gewerbsmässigkeit i.S.v. Art. 4 BankGneu zwar der jeweilige konkrete Einzelfall zu prüfen, jedoch auf die Definition im Art. 2 Abs. 2 GewG zurückzugreifen ist.¹⁰⁸ Wie schon oben festgehalten, wird eine Tätigkeit danach gewerbsmässig ausgeübt, *«wenn sie selbstständig, regelmässig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist.»*

In Bezug auf die oben geschilderte **Privatkontenverwaltung** ist festzuhalten, dass je nach Umfang der verwalteten Privatkonten und einer allfälligen Verzinsung die genannten Tatbestandsmerkmale (selbstständige, regelmässige Tätigkeit) seitens des Family Office erfüllt sein werden. Wie bei der Portfolioverwaltung durch ein SPV ist die **Führung der Konten im Verhältnis zur Familie jedoch nicht auf eine Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr gerichtet.** Damit gilt das oben zur Gewerbsmässigkeit Gesagte entsprechend: Voraussetzung ist eine an Dritte, d.h. an das Publikum gerichtete Tätigkeit, die bei Kontenführung für den Familienkreis nicht vorliegt.¹⁰⁹

Ergänzend dazu lassen sich im bankrechtlichen Kontext noch zwei Argumente anführen, auf die im Folgenden eingegangen werden soll:

Erstens fällt beim direkten Vergleich mit den EWR-rechtlichen Bestimmungen auf, dass **Kreditinstitute i.S.d. CRR nur solche Unternehmen** sind, die «Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder *des Publikums* (entgegennehmen)», während das BankG keine Einschränkung auf Publikumseinlagen kennt. Damit weicht das geschriebene Gesetzesrecht auch vom Schweizer Recht ab, das zwischen Einlage und «Publikumseinlage» unterscheidet (siehe Art. 5 CH-BankV). Auch im deutschen KWG bezeichnet Einlagengeschäft «die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder *des Publikums*, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden» (§ 1 Abs. 1 Ziff. 1).¹¹⁰ Kein expliziter Hinweis auf *Publikumsgelder* findet sich demgegenüber wieder im österreichischen Bankenrecht.¹¹¹ Mit Rückgriff auf das Unionsrecht stellt allerdings auch die h.L. in Österreich und der VwGH¹¹² für die Erfüllung des Einlagenbegriffes auf die Annahme von Geldern des Publikums (der Öffentlichkeit) ab.¹¹³

¹⁰¹ VNB vom 3. August 2023, 24 f.

¹⁰² Danach sind Banken Unternehmen, die gewerbsmässig ein oder mehrere Bankgeschäfte nach Art. 6 Abs. 1 BankGneu erbringen.

¹⁰³ Dazu Pkt. 2.3.

¹⁰⁴ So in der Stellungnahme des LBV ausgeführt zu BuA 2011/4, 20.

¹⁰⁵ Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV), SR 952.02.

¹⁰⁶ Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz – BWG), BGBl. Nr. 917/1993.

¹⁰⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden z.B. *Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* (Hrsg.), BWG⁴ § 1 Rn 2 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

¹⁰⁸ Vgl. die Ausführungen zu Art. 4 BankGneu im VNB vom 3. August 2023, 31.

¹⁰⁹ Vgl. i.E. auch *Zetzsche*, GesRZ 2016, 370 (380).

¹¹⁰ Z.B. auch *Waldberr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger* (Hrsg.), BWG (8. Lfg 2016) § 1 Rn 21.

¹¹¹ Das Bankwesengesetz definiert den Begriff des Einlagengeschäfts als «Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage» (§ 1 Ziff. 1).

¹¹² VwGH 29.11.2013, 2013/17/0242.

¹¹³ Z.B. auch *Waldberr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger*, BWG (8. Lfg 2016) § 1 Rn 21.

Das im EWR-Recht angelegte **Publikumserfordernis bzw. das Kriterium der Öffentlichkeit** wird bei einem künftigen Entfall des Familienprivilegs gemäss Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 BankG **bei richtlinienkonformer Interpretation in Art. 4 Abs. 1 Bst. a BankGneu (bzw. Art. 3 Abs. 3 Bst. a BankGalt) hineinzulesen sein**. Bei den hier interessierenden Family Office Konstellationen ist das Publikumserfordernis bzw. das Kriterium der Öffentlichkeit nicht erfüllt, weshalb auch nach dem BankG in der Fassung VNB vom 3. August 2023 kein Einlagengeschäft vorliegt.

In den einschlägigen **EBA-Leitlinien** wird zu diesem Thema noch festgehalten, dass *«(b)ei der Bewertung, ob die Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder «Publikumsgelder» sind, (...) die zuständigen Behörden insbesondere darauf achten (sollten), ob «Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder» als ein Geschäft von anderen juristischen oder natürlichen Personen als dem Kreditinstitut entgegengenommen werden.»*¹¹⁴ Auch dies wird bei einer Privatkontenverwaltung für die Familienmitglieder zu berücksichtigen sein, werden die Gelder doch nicht als «Geschäft» von anderen juristischen oder natürlichen Personen als dem Kreditinstitut entgegengenommen, sondern vorrangig im Rahmen der **familiären Beziehungen**.

Zum Zweiten kann noch auf die Ausführungen der **EZB** verwiesen werden, die für das Zulassungsverfahren von all jenen Kreditinstituten gemäss Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR (d.h. Einlagen- und Kreditgeschäft) im Rahmen der Gemeinsamen Verfahren zuständig ist. Zur **«Öffentlichkeit»** wird im **unverbindlichen EZB-Leitfaden** zur Beurteilung von Zulassungsanträgen ausgeführt, dass mit diesem Begriff im Aufsichtskontext – unbeschadet der Definitionen des Begriffs nach nationalem Recht – ein Schutzaspekt verbunden ist. Es geht im Allgemeinen um den Schutz natürlicher und juristischer Personen davor, Gelder nicht beaufsichtigten Unternehmen mit unklarer finanzieller Solidität anzuvertrauen. Wörtlich wurde von der EZB hierzu noch festgehalten, dass *«(e)inzelne Gruppen, bei denen davon auszugehen ist, dass sie keinen derartigen Schutz benötigen, (...) daher gegebenenfalls nicht unter den Begriff der «Öffentlichkeit» (fallen). Dies sind beispielsweise Personen, die in einer (persönlichen) Beziehung zu dem Unternehmen stehen, dem sie ihre Gelder anvertrauen und die somit dessen finanzielle Solidität beurteilen können.»*¹¹⁵ Auch der von der EZB für die CRR erwähnte Schutzaspekt spricht aus teleologischer Sicht dafür, den Tatbestand des Einlagengeschäfts im BankG (idF des VNB vom 3. August 2023) nicht überstrapazieren. In Bezug auf die Organisation des Family Office lässt sich **aus gesellschaftsrechtlicher Sicht** mit Stimmen im deutschen Schrifttum hierfür noch ins Treffen führen, dass z.B. Gesellschafter einer personenrechtlichen Gemeinschaft aber auch GmbH-Gesellschafter aufgrund ihrer Informationsrechte nicht als Publikum zu qualifizieren sind,¹¹⁶ was je nach Strukturierung des Fa-

mily Office auch hierzulande gilt.¹¹⁷ Zudem wird in der deutschen Literatur noch ausgeführt, dass bei Familiengesellschaftern hinzukommt, dass diese aufgrund ihres rechtlichen/faktischen Einflusses nicht als Publikum zu qualifizieren sind.¹¹⁸

Ergebnis: Aufgrund der fehlenden Gewerbsmässigkeit bzw. Tätigkeit am Markt i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Bst. a BankGneu sind die Voraussetzungen des Einlagenbegriffs bei der Führung von Family Office Konten **auch bei einem künftigen Wegfall des Familienprivilegs** nach Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 des bisher geltenden BankG nicht erfüllt. Dafür sprechen unter anderem das EWR-rechtliche Publikumserfordernis und die Schutzzwecke des BankG. Somit ist eine Privatkontenverwaltung im Familienkreis grundsätzlich **bewilligungsfrei und stellt kein Einlagengeschäft dar**. Aus Rechtssicherheitserwägungen würde es sich im Banken-Kontext – wie beim Vermögensverwaltungsgeschäft – *de lege ferenda* gleichwohl empfehlen, den Kreis der ausgenommenen Familienmitglieder in einer eigenen Wegleitung der FMA zu konkretisieren.

3.3. Privatkontenverwaltung mit Cash-Pooling

Wenn es, wie oben unter Pkt. 3. skizziert, zum Zwecke der Innenfinanzierung zu einer Verleihung der stehengelassenen Gelder bzw. zu einem **«Cash-Pooling» der von den Familienangehörigen verwalteten Geldpositionen an das Familienunternehmen** kommt, stellt sich die abschliessende Frage, ob dies gleichermaßen privilegiert ist. In Bezug auf das geltende Recht gelten die Ausführungen zum Familienprivileg nach Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 BankG entsprechend. Für eine Bewilligungsfreiheit nach dem BankG in der Fassung VNB vom 3. August 2023 sprechen zudem die einschlägigen EBA-Leitlinien zur Kreditinstitutsdefinition in Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR. Danach sollen *«die zuständigen Behörden (bei der Bewertung, ob der Ausdruck «dessen Tätigkeit» erfüllt ist,) bewerten, ob die Kombination der beiden Tätigkeiten «Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenezunehmen» und «Kredite für eigene Rechnung zu gewähren» regelmässig und systematisch durchgeführt werden.»*¹¹⁹

Wie anknüpfend daran im **jüngsten VNB zum BankGneu** betont, wird ein Bank- inkl. Einlagengeschäft gerade dann «regelmässig nicht gewerbsmässig» durchgeführt, wenn die diese nur konzernintern erfolgen (etwa durch Cash-Pooling) oder der Steuerung der Hauptfunktionen und dem Erwerbszweck des Konzerns dienen (sog. Konzern-Privileg).¹²⁰ Diese Erwägungen sind ebenfalls bei der Privatkontenverwaltung mit einem Cash Pooling System im Rahmen einer Family Office Einheit heranzuziehen: Erfolgt eine Darlehensvergabe nur von Familienmitgliedern an das Familienunternehmen, ist das **Kriterium der «Gewerbsmässigkeit»** mangels Tätig-

¹¹⁴ EBA, EBA/GL/2021/12, Rn 53.

¹¹⁵ EZB, Leitfaden zur Beurteilung von Zulassungsanträgen, Zweite überarbeitete Ausgabe, 11.

¹¹⁶ Vgl. Galla/Müller, ZIP 2015, 1862 (1867 f).

¹¹⁷ Vgl. z.B. OGH 23.7.2004, 02 CG.2001.52, Leitsatz 1e, LES 2005, 392.

¹¹⁸ Vgl. ausf. Galla/Müller, ZIP 2015, 1862 (1868 f).

¹¹⁹ EBA, EBA/GL/2021/12, Rn 47. Darauf hinweisend auch VNB vom 3. August 2023, 31.

¹²⁰ Vgl. VNB vom 3. August 2023, 31.

keit im allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr **grundsätzlich nicht erfüllt**.

Das bestätigt der rechtsvergleichende Blick nach Österreich, wo vom VwGH in einer Entscheidung¹²¹ zur Frage, ob ein konzessionspflichtiges Kreditgeschäft vorlag, betont wurde: «(D)er Gesetzgeber (wollte) mit § 1 Abs. 1 Z 3 BWG nicht jegliche Kreditgewährung erfassen (...), sondern (verwendete) das Wort «gewerblich» bewusst zur Abgrenzung von einer «gelegentlichen Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt» (...), weshalb «in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem zwar nicht formal ein Konzern vorliegt, jedoch eine Verbindung zwischen den beteiligten Unternehmen besteht (...) grundsätzlich die Anwendung der vom Gesetzgeber angesprochenen Ausnahme in Betracht (kommt)». Mit anderen Worten, gilt die Ausnahme vom Gewerblichkeitsbegriff in Österreich bezüglich innerhalb einer Unternehmensgruppe abgeschlossener Geschäfte aufgrund eines Grössenschlusses umso mehr bezüglich ausschliesslich konzerninterner Geschäfte.¹²² Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus einer weiteren VwGH-Entscheidung in 2013/17/0242; vielmehr wurde hier vom VwGH u.a. festgehalten, dass eine Gewerblichkeit im Anlassfall gerade vorliegt, weil in der Beschwerde nicht dargelegt werden konnte, «dass bei den Personen, die der Beschwerdeführerin Darlehen eingeräumt haben, **gesellschaftsrechtliche Beziehungen** zu der Beschwerdeführerin bestanden hätten» (eigene Hervorhebung).¹²³ Auch dies unterstützt die hier vertretene Auffassung.

Im Ergebnis zieht ein mit der Führung von Family Office Konten verbundenes Cash-Pooling sowohl nach geltendem BankG als auch nach BankG in der Fassung VNB vom 3. August 2023 keine Bewilligungspflicht nach sich, weil dies (noch) nach Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 BankG **bei familiärer Verbundenheit privilegiert** ist oder (künftig) **kein gewerbsmässiges Einlagengeschäft** darstellt.

4. Zusammenfassung in Thesen

- Für eine familienbezogene Portfolioverwaltung durch eine Zweckgesellschaft und Privatkontenverwaltung durch ein gesellschaftsinternes Family Office besteht grundsätzlich keine Bewilligungspflicht nach VVG und BankG.
- Die reine Eigenverwaltung des eigenen Gesellschaftsvermögens durch ein SPV erfüllt von vornherein nicht den Tatbestand der Portfolioverwaltung in Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 bzw. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 VVG. Auf die Frage der Gewerbsmässigkeit oder auf einen Ausnah-

metatbestand nach Art. 2 Abs. 2 VVG kommt es hier gar nicht an.

- Verwaltet eine Gesellschaft (SPV) das Privatvermögen ihres mittelbaren Alleingeschafters als fremdes Vermögen mit einem Ermessensspielraum im Rahmen eines Mandats des mittelbaren Alleingeschafters wird auf Grund des «Konzernprivilegs» nach Art. 2 Abs. 2 Bst. f VVG regelmässig keine bewilligungspflichtige Portfolioverwaltung vorliegen.
- Verwaltet das SPV das Fremdvermögen des mittelbaren Alleingeschafters und seiner nahen Familienangehörigen, liegt keine gewerbsmässige Portfolioverwaltung für Kunden vor, weil und sofern die Dienste nicht am Markt, sondern nur im engen Familienkreis angeboten werden. Es besteht mangels Gewerbsmässigkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 Ziff. 11 i.V. mit Art. 4 Abs. 1 Ziff. 11 VVG daher auch in dieser Fallkonstellation keine Bewilligungspflicht.
- Eine mit der Vermögensverwaltung (i.e.S.) gegebenefalls einhergehende Führung von Privat(-Gesellschafter-)konten für Gewinne des Familienunternehmens erfüllt nicht den Tatbestand eines Einlagengeschäfts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Bst. a BankG, weil schon begrifflich keine «Annahme» von Geldern erfolgt.
- Selbst die Übertragung von Geldern aus anderen Beteiligungen bzw. Anlagen auf ebendiese Privatkonten stellt kein Einlagengeschäft i.S.d. BankG dar, weil entweder nach dem derzeit noch geltenden Recht der ausdrückliche Ausnahmetatbestand der familiären Verbundenheit in Art. 3 Abs. 5 Bst. g Ziff. 5 BankG zur Anwendung kommt oder – bei Entfall des Familienprivilegs im Rahmen der «Neukonzeption des Finanzmarktrechts» – keine Gewerbsmässigkeit i.S.v. Art. 4 Abs. 1 BankG neu vorliegt. Entsprechendes gilt für ein mit der Privatkontenverwaltung verbundenes Cash-Pooling.
- Sowohl für die Portfolioverwaltung durch ein SPV als auch die Privatkontenverwaltung würde es sich *de lege ferenda* gleichwohl empfehlen, den Kreis der ausgenommenen Familienmitglieder in einer Wegleitung der FMA zu konkretisieren.

¹²¹ VwGH 20. 6. 2012, 2008/17/0226.

¹²² Vgl. *Schrank/Meister*, Cash Pooling im Lichte des BWG, ZFR 2013, 256 (258). Vgl. z.B. auch *Brandl/Wolfbauer*, Grossbaustelle Einlagengeschäft – zugleich Besprechung der Entscheidung VwGH 20. 7. 2012, 2008/17/0226, ZFR 2013, 16 (18): «Der Verweis des VwGH, dass das Einräumen von Überziehungsrabmen (als eine mögliche Form der Kreditgewährung) sogar ausserhalb eines formalen Konzerns, nämlich innerhalb einer blossen «Unternehmensgruppe», bankrechtlich grundsätzlich erlaubt ist, beseitigt erhebliche Unsicherheiten.»

¹²³ VwGH 29.11.2013, 2013/17/0242.