

15.073

**Botschaft
zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)
und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG)**

vom 4. November 2015

Sehr geehrter Herr Nationalratspräsident
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf des Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen sowie den Entwurf des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Nationalratspräsident, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

4. November 2015

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Die Bundespräsidentin: Simonetta Sommaruga

Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

Übersicht

Die Vorlage besteht aus dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und dem Finanzinstituts-gesetz (FINIG). Das FIDLEG regelt die Voraussetzungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten. Das FINIG unterstellt Finanzinstitute, welche die gewerbmässige Vermögensverwaltung für Dritte betreiben, einer kohärenten Aufsichtsregelung.

Ausgangslage

Der Bundesrat beauftragte am 28. März 2012 das EFD, unter Mitwirkung des EJPD und der FINMA Projektarbeiten zur Erarbeitung einer sektorenübergreifenden Regulierung von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen sowie von deren Vertrieb aufzunehmen. Grundlage des Entscheids bildete zu einem wesentlichen Teil das im Februar 2012 publizierte FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln. Durch die neuen Vorschriften soll der Kundenschutz auf dem Schweizer Finanzmarkt gestärkt, gleichzeitig aber auch die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes gefördert werden. Insbesondere sollen für alle Marktteilnehmer vergleichbare Voraussetzungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen sowie eine kohärente und angemessene Aufsicht über den Betrieb des Vermögensverwaltungsgeschäfts geschaffen werden.

Inhalt der Vorlage

Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

Das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) dient neben der Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen der Verbesserung des Kundenschutzes. Der Erlass enthält für alle Finanzdienstleister Regeln über die Erbringung von Finanzdienstleistungen sowie das Anbieten von Finanzinstrumenten und erleichtert den Kundinnen und Kunden die Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber Finanzdienstleistern.

Gemäss den neuen Vorschriften müssen die Finanzdienstleister aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln einhalten. Im Zentrum der Bestimmungen stehen Informations- und Erkundigungspflichten. Damit Kundinnen und Kunden informiert eine Anlageentscheidung treffen können, sind sie auf ausreichende Informationen über ihren Finanzdienstleister sowie über die erhältlichen Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumente angewiesen. Wenn Finanzdienstleister Kundinnen und Kunden beraten oder deren Vermögen verwalten, haben sie zudem deren Kenntnisse, Erfahrungen, finanzielle Verhältnisse und Anlageziele zu berücksichtigen. Die Regeln orientieren sich in materieller Hinsicht an der EU-Regulierung. Dabei wird eine äquivalente Regelung vorgesehen, die den schweizerischen Gegebenheiten jedoch adäquat Rechnung trägt und nicht über internationale Anforderungen hinausgeht.

Das FIDLEG führt zudem für sämtliche Effekten, die öffentlich angeboten oder an einem Handelsplatz gehandelt werden, vereinheitliche Prospektanforderungen ein. Die geltenden Prospektvorschriften genügen den Bedürfnissen der Anlegerinnen und Anleger nicht. Bereits heute sieht beispielsweise die SIX Swiss Exchange in ihrem

Kotierungsreglement (Selbstregulierung) für die Zulassung von Effekten weit höhere Anforderungen vor. Die neuen Prospektvorschriften sind verhältnismässig ausgestaltet. Insbesondere sehen sie Erleichterungen für KMU vor. Neben die Prospektvorschriften tritt die Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts, wenn komplexere Finanzinstrumente Privatkundinnen und -kunden angeboten werden. Diese Kurzdokumentation soll den Privatkundinnen und -kunden eine fundierte Anlageentscheidung und einen Vergleich verschiedener Finanzinstrumente ermöglichen. Das Basisinformationsblatt muss in leicht verständlicher Sprache abgefasst sein, unabhängig von der Art des Finanzinstruments einheitlich ausgestaltet werden und die wesentlichen produktpezifischen Informationen enthalten.

Die Position einzelner Kundinnen und Kunden wird nur dann effektiv verbessert, wenn diese mit den Mitteln der privaten Rechtsdurchsetzung erfolgreich gegen ein allfälliges Fehlverhalten ihres Finanzdienstleisters vorgehen können. Das FIDLEG sieht deshalb eine Stärkung der Institution der Ombudsstelle vor. Auch unter der neuen Regelung soll die Ombudsstelle ausschliesslich zwischen den Parteien vermitteln und keine Entscheidkompetenz erhalten. Darüber hinaus wird eine Kostenregelung vorgesehen, mit welcher sich das Prozesskostenrisiko für die Privatkundinnen und -kunden reduzieren lässt.

Finanzinstitutengesetz (FINIG)

Mit dem FINIG soll die Aufsicht über sämtliche Finanzdienstleister, die in irgendeiner Form das Vermögensverwaltungsgeschäft betreiben, in einem einheitlichen Erlass geregelt werden. Die Bestimmungen für bereits unter geltendem Recht prudenziell beaufsichtigte Finanzinstitute, das heisst Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen, Fondsleitungen und Effektenhändler (neu Wertpapierhäuser genannt), werden grundsätzlich materiell unverändert aus den geltenden Erlassen (Kollektivanlagengesetz und Börsengesetz) übernommen.

Neu werden auch Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen oder von individuellen Kundenvermögen sowie Trustees einer prudenziellen Aufsicht unterstellt. Die Überwachung über die Einhaltung der vorsorgerechtlichen Vorschriften bleibt dabei im Kompetenzbereich der für die Vorsorgeeinrichtungen zuständigen Aufsichtsbehörden. Die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen sowie die Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen werden als «Verwalter von Kollektivvermögen» bezeichnet. Sie müssen strengeren Anforderungen genügen als die Vermögensverwalter von Individualvermögen (nachfolgend Vermögensverwalter) und die Trustees.

Verwalter von Kollektivvermögen werden gemäss FINIG durch die FINMA beaufsichtigt. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip stärker entsprechend wird dieser die Kompetenz eingeräumt, unter Berücksichtigung der Tätigkeit und der damit verbundenen Risiken, eine mehrjährige Prüfperiodizität vorzusehen. Die prudenzielle Aufsicht über die Vermögensverwalter und die Trustees wird durch eine oder mehrere von der FINMA beaufsichtigte, in ihrer Aufsichtstätigkeit indes unabhängige Aufsichtsorganisationen wahrgenommen. Für die ihr unterstellten Finanzinstitute soll die Prüfperiodizität bis auf vier Jahre erhöht werden können. Damit sollen insbesondere die Kostenfolgen der Einführung einer prudenziellen Aufsicht für

kleinere Vermögensverwalter verringert werden. Bisher nicht beaufsichtigte Vermögensverwalter können im Sinne einer Besitzstandswahrung zudem von einer Grandfathering-Klausel profitieren und unterstehen keiner prudenziellen Aufsicht, wenn sie über genügend Erfahrung verfügen und sich auf die Weiterbetreuung der bisherigen Kunden beschränken.

Das FINIG sieht neu eine nach Finanzdienstleistern differenzierte Bewilligungskaskade vor. Die höhere Form der Bewilligung umfasst neu auch die darunter liegende(n) Bewilligungsform(en). Das kaskadenhafte Bewilligungsregime befreit jedoch nicht von der Einhaltung der Pflichten für die jeweils ausgeübte Tätigkeit, sondern lediglich von der formellen Einholung einer zusätzlichen Bewilligung. Von der Bewilligungskaskade teilweise ausgenommen ist die Fondsleitung, deren Hauptzweck die Ausübung des Fondsgeschäfts sein muss. Eine Bewilligung zur Tätigkeit als Bank kann deshalb nicht zugleich auch zur Tätigkeit als Fondsleitung ermächtigen. Mit dieser Regelung soll der formelle Aufwand im Rahmen der prudenziellen Aufsicht so gering als möglich gehalten werden.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	8902
Abkürzungsverzeichnis	8908
1 Grundzüge der Vorlage	8912
1.1 Ausgangslage	8912
1.1.1 Ungenügender Kundenschutz im geltenden Recht	8912
1.1.2 Ungleiche Bedingungen für Finanzinstitute	8913
1.1.3 Internationale Entwicklungen	8913
1.2 Vernehmlassung: Richtungsentscheide Bundesrat	8914
1.3 Beantragte Neuregelung	8915
1.4 Finanzdienstleistungsgesetz	8918
1.4.1 Allgemeines	8918
1.4.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen	8919
1.4.2.1 Verhaltensregeln	8919
1.4.2.2 Organisation	8921
1.4.2.3 Kundenberaterinnen und Kundenberater	8922
1.4.3 Anbieten von Finanzinstrumenten	8923
1.4.4 Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung	8924
1.4.5 Strafbestimmungen	8926
1.5 Finanzinstitutsgesetz	8926
1.5.1 Allgemeines	8926
1.5.2 Wesentliche Elemente	8926
1.5.2.1 Bewilligungspflicht und Bewilligungskaskade	8927
1.5.2.2 Finanzinstitute	8928
1.5.2.3 Aufsichtsorganisation	8928
1.6 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Massnahmen	8929
1.7 Rechtsvergleich	8930
1.7.1 Allgemeines	8930
1.7.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen	8931
1.7.2.1 MiFID II	8931
1.7.2.2 IMD	8932
1.7.2.3 Vorschriften für Kundenberaterinnen und -berater	8933
1.7.3 Anbieten von Finanzinstrumenten	8934
1.7.3.1 Prospektrichtlinie	8934
1.7.3.2 PRIIP	8934
1.7.4 Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung	8935
1.7.4.1 Europäisches Recht	8935
1.7.4.2 Ausländisches Recht	8936
1.7.4.3 Internationale Standards	8937
1.7.5 Aufsicht über Vermögensverwalter	8938
1.7.6 Beurteilung der Vorlage	8938

2	Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	8940
2.1	Finanzdienstleistungsgesetz	8940
2.2	Änderung anderer Erlasse	9004
2.2.1	Obligationenrecht	9004
2.2.2	Zivilprozessordnung	9005
2.2.3	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht	9007
2.2.4	Kollektivanlagengesetz	9007
2.2.5	Finanzmarktaufsichtsgesetz	9012
2.2.6	Versicherungsaufsichtsgesetz	9012
2.3	Finanzinstitutsgesetz	9017
2.4	Aufhebung und Änderung anderer Erlasse	9044
2.4.1	Börsengesetz	9044
2.4.2	Öffentlichkeitsgesetz	9044
2.4.3	Obligationenrecht	9045
2.4.4	Revisionsaufsichtsgesetz	9045
2.4.5	Zivilprozessordnung	9046
2.4.6	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs	9046
2.4.7	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht	9046
2.4.8	Finanzkontrollgesetz	9047
2.4.9	Bundesgesetz über die Stempelabgaben	9047
2.4.10	Mehrwertsteuergesetz	9047
2.4.11	Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft	9047
2.4.12	Verrechnungssteuergesetz	9047
2.4.13	Edelmetallkontrollgesetz	9048
2.4.14	Nationalbankgesetz	9048
2.4.15	Kollektivanlagengesetz	9049
2.4.16	Bankengesetz	9054
2.4.17	Geldwäschereigesetz	9068
2.4.18	Finanzmarktaufsichtsgesetz	9071
2.4.19	Bucheffektengesetz	9081
2.4.20	Finanzmarktinfrastrukturgesetz	9081
2.4.21	Versicherungsaufsichtsgesetz	9082
3	Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden	9083
4	Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft	9083
4.1	Kosten und Nutzen der einzelnen Massnahmen	9084
4.1.1	Verhalten und Organisation der Finanzdienstleister (FIDLEG)	9084
4.1.2	Grenzüberschreitende Tätigkeit in der Schweiz	9084
4.1.3	Dokumentation der Produkteigenschaften	9084
4.1.4	Durchsetzung der Ansprüche von Privatkundinnen und -kunden	9085
4.1.5	Kreis der Beaufsichtigten (FINIG)	9086

4.2	Auswirkungen nach betroffenen Gruppen	9088
4.2.1	Auswirkungen auf Kundinnen und Kunden sowie auf Finanzdienstleister generell	9088
4.2.2	Auswirkungen auf einzelne Gruppen	9089
4.3	Auswirkungen auf den Wettbewerb und auf die Standortattraktivität	9090
5	Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates	9090
6	Rechtliche Aspekte	9091
6.1	Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	9091
6.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	9091
6.3	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	9091
6.4	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	9091
	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) (Entwurf)	9093
	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) (Entwurf)	9139

Abkürzungsverzeichnis

ABV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung-FINMA); SR 952.111
AIFMD	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, ABl. L 174 vom 1.7.2011, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349
AVO	Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung); SR 961.011
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz); SR 952.0
BankV	Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung); SR 952.02
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz); SR 954.1
BEHV	Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung); SR 954.11
BIB	Basisinformationsblatt
BIV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. August 2012 über die Insolvenz von Banken und Effekthändler (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA); SR 952.05
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich
CoCos	Contingent Convertibles
CRD IV	Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 338
DUFI	Direkt unterstellte(r) Finanzintermediär(e)
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMKG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1933 über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren (Edelmetallkontrollgesetz); SR 941.31

EMKV	Verordnung vom 8. Mai 1934 über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren (Edelmetallkontrollverordnung); SR <i>941.311</i>
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR <i>0.101</i>
ERV	Verordnung vom 1. Juni 2012 über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (Eigenmittelverordnung); SR <i>952.03</i>
ESBK	Eidgenössische Spielbankenkommission
EU	Europäische Union
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz); SR <i>958.1</i>
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA-RS	Rundschreiben der FINMA
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz); SR <i>956.1</i>
FINRA	Financial Industry Regulatory Authority
FSB	Financial Stability Board
GAFI	Groupe d'action financière
GwG	Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz); SR <i>955.0</i>
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007; SR <i>221.411</i>
IMD	Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. L 9 vom 15.1.2003, S. 3; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz); SR <i>951.31</i>
KGK	Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen
KID	Key Information Document
KIID	Key Investor Information Document
KKG	Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit; SR <i>221.214.1</i>
KKV	Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung); SR <i>951.311</i>
LiqV	Verordnung vom 30. November 2012 über die Liquidität der Banken (Liquiditätsverordnung); SR <i>952.06</i>

MiFID	Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145 vom 30.4.2004, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349
MiFID II	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, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349; zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 909/2014, ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 1
NCWOT	No Creditor Worse Off Test
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGAW	Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. L 302 vom 17.11.2009, S. 32; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/91/EU, ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 186
OR	Obligationenrecht; SR 220
PRIIP	Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABl. L 352 vom 9.12.2014, S. 1
ProspRL	Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 345 vom 31.12.2003, S. 64; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/51/EU, ABl. L 153 vom 22.5.2014, S. 1
ProspVo	Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29. April 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung, ABl. L 149 vom 30.4.2004, S. 3; zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2015/1604, ABl. L 249 vom 25.9.2015, S. 1

PSD	Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. L 319 vom 5.12.2007, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/36/EU, ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 338
RAB	Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde
RAG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz); SR 221.302
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997; SR 172.010
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs; SR 281.1
SFAMA	Swiss Funds and Asset Management Association
SICAF	Investmentgesellschaft mit festem Kapital
SICAV	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
SIX	SIX Swiss Exchange AG
SNB	Schweizerische Nationalbank
SRO	Selbstregulierungsorganisation
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch; SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung; SR 312.0
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb; SR 241
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz); SR 961.01
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht; SR 313.0
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz); SR 221.229.1
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz); SR 172.021
WKSI	Well-Known Seasoned Issuer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung); SR 272

Botschaft

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Ungenügender Kundenschutz im geltenden Recht

Die Vorschriften des Schweizer Finanzmarktrechts sollen die Kundinnen und Kunden – das heisst die Gläubigerinnen und Gläubiger, die Anlegerinnen und Anleger sowie die Versicherten – vor unzulässigem Verhalten der Finanzdienstleister schützen und deren Vertrauen in einen stabilen und funktionierenden Markt stärken. Dieses Ziel wird bereits unter geltendem Recht durch eine Vielzahl von Vorkehrungen angestrebt. So führt die Bewilligung und Beaufsichtigung bestimmter Finanzdienstleister zu einer gewissen Robustheit des Schweizer Finanzmarkts und das Eingreifen mit aufsichtsrechtlichen Mitteln stellt die Vermeidung oder eine rasche und effektive Beseitigung von gesetzeswidrigen Verhältnissen bei den Beaufsichtigten sicher. Neben dieser prudenziellen Aufsicht bilden jedoch auch das Verhalten der Finanzdienstleister ihren Kundinnen und Kunden gegenüber sowie eine ausreichende Transparenz über die angebotenen Finanzinstrumente zentrale Elemente eines ausreichenden Kundenschutzes und eines funktionierenden Wettbewerbs.

Das geltende Recht weist gerade im Bereich dieser Verhaltens- und Produktregeln inkonsistente Regelungen und Lücken auf. Zudem wissen die Kundinnen und Kunden oft nur wenig über den einzelnen Finanzdienstleister und über den Umfang seiner Bewilligung und Beaufsichtigung. Beispielsweise haben ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler niedrigere Anforderungen zu erfüllen als eine Versicherung; beide gelten aber unter geltendem Recht als beaufsichtigt. Sodann sind die Kundinnen und Kunden oft nicht ausreichend über die eigentliche Dienstleistung informiert. Es besteht auch keine generelle Pflicht der Finanzdienstleister, sich vor Geschäftsabschluss nach den Kenntnissen und Erfahrungen der Kundinnen und Kunden zu erkundigen und sie allenfalls vor einem unangemessenen Geschäft zu warnen. Daneben sind die schweizerischen Prospektspflichten für Finanzprodukte sehr unterschiedlich und lückenhaft. So können nicht kotierte Aktien einer Schweizer Gesellschaft öffentlich angeboten werden, ohne dass die Anlegerinnen und Anleger über die Risiken und Chancen des Angebots aufgeklärt werden müssen. Weiter sind die Prospekte für Kundinnen und Kunden oft zu ausführlich und zu wenig übersichtlich. Im geltenden Recht haben die Ersteller von Finanzinstrumenten keine Pflicht zur Bereitstellung einer kurzen und einfach verständlichen Produktdokumentation. Die Kundinnen und Kunden stützen sich bei ihren Kaufentscheiden deshalb regelmässig auf Werbematerialien des Produktanbieters ab. Dieser gewichtet die Risiken seines Finanzprodukts im Vergleich zu möglichen Gewinnaussichten naturgemäss oft zu wenig. Dies kann zu falschen Erwartungen führen.

Schwächen bestehen im geltenden Recht schliesslich auch im Bereich der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung. Die zivilprozessualen Instrumente und Möglichkeiten erweisen sich oft als schwierig, riskant oder schlicht ungenügend, sodass Kundinnen oder Kunden bei der Durchsetzung ihrer privatrechtlichen Ansprüche gegenüber Finanzdienstleistern scheitern oder von vornherein davon absehen. Das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Kundinnen und Kunden sowie Finanzdienst-

leisten manifestiert sich insbesondere in Bezug auf die Prozesskosten und das daraus resultierende Prozesskostenrisiko¹: Dieses trifft die einzelne Kundin oder den einzelnen Kunden ungleich härter als den Finanzdienstleister und bildet oft eine unerwünschte Schranke zur Gerichtsbarkeit.

1.1.2 Ungleiche Bedingungen für Finanzinstitute

Nach geltendem Recht werden die verschiedenen Dienstleistungserbringer auf dem Finanzmarkt unterschiedlich stark reguliert und beaufsichtigt. Insbesondere wird das Vermögensverwaltungsgeschäft in der Schweiz sowohl von prudenziell beaufsichtigten Finanzinstituten, namentlich Banken, Effektenhändlern, Fondsleitungen und Vermögensverwaltern kollektiver Kapitalanlagen, als auch von prudenziell nicht beaufsichtigten Finanzdienstleistern, nämlich den sogenannten «unabhängigen» oder «externen» Vermögensverwaltern, wahrgenommen. Diese uneinheitliche Ausgestaltung der regulatorischen Anforderungen für Finanzinstitute führt zu einem unzureichenden Schutz der betroffenen Kundinnen und Kunden und zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen bei der Dienstleistungserbringung.

1.1.3 Internationale Entwicklungen

Der Einklang des Schweizer Finanzmarktrechts mit den geltenden internationalen Standards (vgl. Ziff. 1.7) ist sowohl für die Kundinnen und Kunden als auch für die Finanzdienstleister zentral. Die Kundinnen und Kunden profitieren dabei insbesondere von der guten Qualität von Schweizer Finanzdienstleistungen und einem verbesserten Schutz ihrer Interessen. Die Schweizer Finanzdienstleister geniessen infolge der Erfüllung von internationalen Anforderungen die Vorteile einer hohen Reputation des Schweizer Finanzplatzes im Ausland. Eine Vielzahl der Schweizer Finanzdienstleister ist auch international ausgerichtet und legt Wert sowohl auf Kundinnen und Kunden aus dem Ausland, welche in der Schweiz Finanzdienstleistungen beanspruchen (*inbound*), als auch auf den eigenen Zugang zu ausländischen Märkten (*outbound*). Der Marktzugang für grenzüberschreitend tätige Finanzdienstleister ist weltweit unterschiedlich reguliert. Eine wichtige Voraussetzung für grenzüberschreitende Angebote ist aber regelmässig, dass im Sitzstaat des Finanzdienstleisters gewisse regulatorische Mindeststandards eingehalten und umgesetzt werden. Diese beziehen sich zum einen auf die Organisation und finanzielle Ausstattung der Finanzdienstleister, zum anderen aber auch auf deren Verhalten ihren Kundinnen und Kunden gegenüber und auf eine angemessene Transparenz über die angebotenen Finanzinstrumente.

¹ Vgl. bspw. Contratto, Franca, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, S. 217 ff., 219 f.; Trautmann, Matthias/von der Crone, Hans-Caspar, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag, in: Sethe/Hens/von der Crone/Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, S. 133 ff., 166.

1.2

Vernehmlassung: Richtungsentscheide Bundesrat

Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) hat vom 25. Juni bis 17. Oktober 2014 eine Vernehmlassung zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) durchgeführt. Die Mehrheit der gut 200 Vernehmlassungsteilnehmer begrüsst die Stossrichtung der beiden Gesetzesentwürfe ausdrücklich oder zumindest im Grundsatz, wenn auch zu einzelnen Teilen teilweise gewichtige Vorbehalte gemacht und entsprechende Anpassungen vorgeschlagen wurden. Aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse hat der Bundesrat am 13. März und 24. Juni 2015 folgende Richtungsentscheide für die Ausarbeitung der Botschaft beschlossen:

- Moderate Erweiterung der Regeln zur Aus- und Weiterbildung im Vergleich zum Vorentwurf. Der in der Vernehmlassung unbestrittene Grundsatz, dass zur Berater- und Vermittlertätigkeit nur Personen mit ausreichender Aus- und Weiterbildung zugelassen werden, wird ergänzt durch die entsprechende Verantwortung der Finanzdienstleister. Zudem sollen im Rahmen der Selbstregulierung durch die Branche Minimalanforderungen erarbeitet werden.
- Umfassende Transparenz in Bezug auf sämtliche von Dritten erhaltene Vorteile, aber kein generelles oder teilweises Verbot von Entschädigungen wie Retrozessionen, Courtagen etc.
- Zusammenführung der im Vorentwurf vorgesehenen Kundenberaterregister und Register für ausländische Finanzdienstleister. Das neue Beraterregister umfasst nur noch Beraterinnen und Berater von schweizerischen nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern und Versicherungsvermittler sowie Berater von ausländischen Finanzdienstleistern, die in der Schweiz über keine Niederlassung verfügen oder hier nicht prudenziell beaufsichtigt werden.
- Verzicht auf die im Vorentwurf vorgesehene Beweislastumkehr-Regelung bei Verletzung der Informations- und Aufklärungspflichten mit der gesetzlichen Vermutung, dass ein Geschäft nicht getätigt worden wäre².
- Verzicht auf einen Prozesskostenfonds und das Schiedsgericht zugunsten einer neuen und moderaten Kostenregelung in der Zivilprozessordnung (ZPO)³.
- Verzicht auf eine auf Finanzdienstleistungen beschränkte Regelung der kollektiven Rechtsdurchsetzung (Gruppenvergleichsverfahren und Verbandsklage). Stattdessen werden im Rahmen der Umsetzung der Motion 13.3931 Birrer-Heimo die Einführung eines allgemeinen Gruppenvergleichsverfahrens vorgeschlagen und die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage in der ZPO geprüft.
- Erweiterung der prudenziellen Aufsicht über die Vermögensverwalter von Individualvermögen auf Trustees und Edelmetallhändler nach Edelmetallkontrollgesetz vom 20. Juni 1933⁴ (EMKG).

² Artikel 74 VE-FIDLEG.

³ SR 272

⁴ SR 943.31

- Verzicht auf die Aufhebung und Überführung des Bankgesetzes vom 8. November 1934⁵ (BankG) ins FINIG, jedoch Abstimmung der beiden Gesetze aufeinander.
- Regelung einer Aufsichtsorganisation, welcher die Aufsicht über die Vermögensverwalter von Individualvermögen, die Trustees und die Edelmetallhändler zukommt.
- Festhalten an der Bewilligungskaskade in der Institutsgesetzgebung.
- Verzicht auf eine Regelung der erweiterten Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unverteuerter Vermögenswerte (Steuerkonformität) im FINIG.

1.3 Beantragte Neuregelung

Die Vorlage besteht aus dem FIDLEG und dem FINIG. Das FIDLEG (vgl. Ziff. 1.4) regelt die Voraussetzungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten. Das FINIG (vgl. Ziff. 1.5) unterstellt zusammen mit dem BankG sämtliche Finanzinstitute, welche die gewerbsmässige Vermögensverwaltung für Dritte betreiben, einer kohärenten Aufsichtsregelung. Mit den beiden Gesetzen FIDLEG und FINIG sollen sowohl der Kundenschutz verbessert (vgl. Ziff. 1.1.1) als auch vergleichbare Anforderungen für die Finanzdienstleister geschaffen werden (vgl. Ziff. 1.1.2). Die vorgeschlagene Regulierung berücksichtigt die verschiedenen Eigenschaften von Finanzdienstleistern und Finanzinstrumenten sowie die unterschiedlichen Bedürfnisse der verschiedenen Kundensegmente. Sie ermöglicht den Finanzdienstleistern und ihren Kundinnen und Kunden die Wahl des für die konkrete Konstellation angemessenen Schutzniveaus. Insbesondere verzichtet sie auf eine Bevormundung der Kundinnen und Kunden oder auf hohe formelle Hürden für deren Betreuung durch die Finanzdienstleister. Beide Erlasse bauen auf den bestehenden aufsichtsrechtlichen Vorschriften auf. Bewährte Vorschriften des geltenden Rechts werden übernommen und, falls erforderlich, sektorübergreifend zusammengeführt. Neuerungen finden sich insbesondere in den folgenden Bereichen:

- Für Geschäfte, die über die reine Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen (*Execution-only*-Geschäfte) und von Aufträgen auf alleinige Veranlassung der Kundin oder des Kunden (*Reverse-Solicitation*-Geschäfte) hinausgehen, haben sich neu alle Finanzdienstleister nach den Kenntnissen und Erfahrungen der Kundinnen und Kunden zu erkundigen und müssen prüfen, ob Produkttyp oder Dienstleistung angemessen sind. Diese Prüfung müssen Finanzdienstleister gestützt auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse, insbesondere gestützt auf das Auftragsrecht, bereits unter geltendem Recht in vergleichbarer Weise vornehmen. Vom FIDLEG nicht erfasst werden das Führen von Konten und Depots sowie Tätigkeiten im Kreditbereich. Eine Ausnahme besteht für Kredite, die unmittelbar für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten verwendet werden.

- Kundenberaterinnen und -berater müssen angemessene Kenntnisse aufweisen, um für Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern tätig werden zu können. Das Niveau der erforderlichen Aus- und Weiterbildung muss durch die Branche als verbindlicher Standard festgelegt werden. Die Verantwortung zur Gewährleistung eines adäquaten Kenntnisstands wird einerseits den Finanzdienstleistern übertragen, für welche die Beraterinnen und Berater tätig sind. Andererseits müssen sich die Kundenberaterinnen und -berater von in der Schweiz nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern neu in ein Beraterregister eintragen lassen. Die Registrierungsstelle prüft insbesondere, ob die Beraterinnen und Berater die erforderlichen Aus- und Weiterbildungen abgeschlossen haben.
- Bei den Produkten werden die für Aktien, Anleiheobligationen und andere kotierte Finanzinstrumente bestehenden Prospektspflichten grundsätzlich auf alle Beteiligungs- und Forderungspapiere ausgedehnt, welche Privatkundinnen und -kunden öffentlich angeboten werden. Vorgesehen sind diverse Ausnahmen nach der Art des Angebots und der Art der Effekten. Weiter erfolgen Erleichterungen bei Emittenten, die ihre Jahresrechnung nur einer eingeschränkten Revision unterziehen müssen.
- Ähnlich wie das im Kollektivanlagenbereich bereits bekannte Dokument mit den «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» soll neu für sämtliche Finanzinstrumente, die Privatkundinnen und -kunden angeboten werden, ein «Basisinformationsblatt» abgegeben werden. Kein Basisinformationsblatt muss beim Angebot von Aktien erstellt werden. Ferner kann auf die Erstellung eines Basisinformationsblatts verzichtet werden, wenn gestützt auf Vorgaben ausländischer Rechtsordnungen gleichwertige Dokumente bestehen.
- Die neuen Verhaltens- und Produktvorschriften werden dem jeweils angesprochenen Kundensegment angepasst. Unterschieden wird zwischen Privatkundinnen und -kunden und professionellen Kunden. Eine Untergruppe der professionellen Kunden bilden die institutionellen Kunden. Die Finanzdienstleister dürfen bei professionellen Kunden davon ausgehen, dass sie über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen betreffend Finanzdienstleistungen und -instrumente verfügen. Die Kundensegmentierung gemäss FIDLEG folgt somit der bewährten Segmentierung gemäss Kollektivanlagengesetzgebung. Dies gilt auch für die Möglichkeiten, unter denen auf Schutz verzichtet (*Opting-out*) oder Schutz beansprucht werden kann (*Opting-in*). Es bleibt den Kundinnen und Kunden unbenommen, mit allen auf den Finanzmärkten erhältlichen Finanzinstrumenten zu handeln. Auch Privatkundinnen und -kunden werden durch die neuen Vorschriften in der Auswahl der Produkte in keiner Weise eingeschränkt. Zudem untersagt ihnen das FIDLEG nicht, auch komplexe Finanzinstrumente ohne Beratung durch einen Finanzdienstleister, mithin über *Execution-only*- und *Reverse-Solicitation*-Geschäfte, zu erwerben. Wesentlich ist jedoch, dass die Kundinnen und Kunden korrekt über ihren Status und die damit verbundene Eigenverantwortung aufgeklärt werden.
- Ausländische Finanzdienstleister sollen die gleichen Verhaltensregeln einhalten wie Schweizer Anbieter. Kundinnen und Kunden werden so grundsätzlich gleich gut geschützt, wie wenn sie Dienstleistungen von einem inländischen Anbieter in Anspruch nehmen würden. Allerdings bleibt die

Durchsetzung der Vorschriften gegenüber ausländischen Finanzdienstleistern aus Gründen des Territorialitätsprinzips auch unter den neuen Vorschriften erschwert.

- Die Institution der Ombudsstellen wird gestärkt, indem sich alle Finanzdienstleister einer Ombudsstelle anschliessen müssen und die Ombudsstellen einer behördlichen Anerkennung bedürfen. Den Ombudsstellen kommt aber weiterhin keine Entscheidungskompetenz zu, sodass sie in ihrem Spielraum als Vermittlerin nicht eingeschränkt werden. Darüber hinaus soll Privatkundinnen und -kunden in bestimmten Fällen die Finanzierung eines Prozesses gegen ihren Finanzdienstleister mit einer besonderen Kostenregelung in der ZPO erleichtert werden.
- Mit dem FINIG wird die prudenzielle Aufsicht über Finanzinstitute, welche das Vermögensverwaltungsgeschäft betreiben, in einem einheitlichen Erlass geregelt. Durch die Vorschriften des FINIG werden neben Wertpapierhäusern (vormals Effektenhändler) und Fondsleitungen auch die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen erfasst. Neu werden ebenfalls die Vermögensverwalter von Vermögen der beruflichen Vorsorge und von Individualvermögen sowie Trustees einer prudenziellen Aufsicht unterstellt. Nicht erfasst durch das FINIG werden die Banken. Diese bleiben wie bisher im BankG geregelt. Allerdings werden die Bestimmungen des BankG formell so überarbeitet, dass sie inhaltlich konsistent mit den Anforderungen des FINIG sind.
- Die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen sowie die Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen werden neu als «Verwalter von Kollektivvermögen» bezeichnet. Sie müssen strengeren Anforderungen genügen als die Vermögensverwalter von Individualvermögen und die Trustees.
- Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitungen und Wertpapierhäuser werden gemäss FINIG durch die FINMA beaufsichtigt. Die prudenzielle Aufsicht über die Vermögensverwalter von Individualvermögen und die Trustees wird durch eine oder mehrere von der FINMA beaufsichtigte, in ihrer Aufsichtstätigkeit indes unabhängige Aufsichtsorganisationen wahrgenommen. Den Aufsichtsbehörden wird die Kompetenz eingeräumt, unter Berücksichtigung der Tätigkeit der von ihnen Beaufsichtigten und der damit verbundenen Risiken eine mehrjährige Prüfperiodizität vorzusehen. Damit wird namentlich dem Aspekt der Kostenfolgen nach der Einführung einer prudenziellen Aufsicht für die Vermögensverwalter Rechnung getragen. Bisher nicht prudenziell beaufsichtigte Vermögensverwalter können zudem im Sinne einer Besitzstandswahrung von einer *Grandfathering*-Klausel profitieren und unterstehen keiner prudenziellen Aufsicht, wenn sie über genügend Erfahrung verfügen und sich auf die Weiterbetreuung der bisherigen Kundinnen und Kunden beschränken.
- Das FINIG sieht eine nach Finanzdienstleistern differenzierte Bewilligungskaskade vor. Die höhere Form der Bewilligung umfasst neu auch die darunter liegende(n) Bewilligungsform(en). Von der Kaskade wird auch die Bankenbewilligung als die höchste Bewilligungsform erfasst. Das kaskadenhafte Bewilligungsregime befreit jedoch nicht von der Einhaltung der Pflichten für die jeweils ausgeübte Tätigkeit, sondern lediglich von der for-

mellen Einholung einer zusätzlichen Bewilligung. Von der Bewilligungskaskade teilweise ausgenommen ist die Fondsleitung, deren Hauptzweck die Ausübung des Fondsgeschäfts sein muss.

- Soweit sinnvoll, werden die Anforderungen an die verschiedenen Institutsformen durch das FINIG und das BankG einheitlich ausgestaltet. Bereits unter geltendem Recht finden sich in den verschiedenen Gesetzen materiell identische Anforderungen an die verschiedenen Formen von Finanzinstituten. Insbesondere finden Vorschriften des BankG auch auf Wertpapierhäuser Anwendung, sei es direkt (Gruppen- und Konglomeratsaufsicht) oder über einen Verweis im Börsengesetz vom 24. März 1995⁶ (BEHG) (Rechnungslegung, Eigenmittel- und Risikoverteilung, ausländische Beherrschung, Insolvenz, Einlagensicherung, nachrichtenlose Vermögenswerte).

1.4 Finanzdienstleistungsgesetz

1.4.1 Allgemeines

Das FIDLEG enthält sektorübergreifende Verhaltensregeln für Finanzdienstleister. Ferner statuiert das Gesetz Regeln für die Prospekte und Basisinformationsblätter zu Finanzinstrumenten. Gleichzeitig wird die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung mit sektorspezifischen Massnahmen punktuell verbessert. Insbesondere sollen die aussergerichtliche Streitbeilegung durch anerkannte Ombudsstellen gefördert und die Prozesskostenrisiken gezielt gemildert werden. Schliesslich enthält der Erlass auch Anforderungen an die Kundenberaterinnen und -berater. Sie müssen insbesondere eine angemessene Aus- und Weiterbildung aufweisen. Kundenberaterinnen und -berater, die für überhaupt nicht oder nicht in der Schweiz prudenziell beaufsichtigte Finanzdienstleister tätig sind, müssen sich zudem in ein Beraterregister eintragen lassen. Dafür spielt es keine Rolle, ob die Beraterinnen und Berater ihr Geschäft von der Schweiz aus oder aus dem Ausland betreiben.

Die einzelnen vorgesehenen Regeln können ihre Wirkung regelmässig nur in Kombination mit anderen Regeln umfassend entfalten. So ist die Einführung von mehr Transparenz auf der Produktstufe nur sinnvoll, wenn die Finanzdienstleister dazu verpflichtet sind, die vorhandenen Informationen an ihre Kundinnen und Kunden weiterzugeben und die Bedürfnisse und Erwartungen einer Kundin oder eines Kunden zu erfragen. Die Verhaltenspflichten wiederum vermögen den Kundenschutz erst zu verbessern, wenn die Kundenberaterinnen und -berater mit ihnen vertraut sind und über hinreichendes Fachwissen verfügen. Nur eine kohärente Regulierung von Transparenz, Verhalten, Aufsicht und Rechtsdurchsetzung vermag die angestrebten Zielsetzungen der neuen Regulierung effektiv zu erreichen.

Die vorgeschlagenen Regelungen wurden zudem unter Berücksichtigung der internationalen Anforderungen an die Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten erarbeitet. International gültige Standards, namentlich deren Umsetzung in der EU, sollen soweit sinnvoll und zweckmässig übernommen werden ohne jedoch über diese hinauszugehen. Dabei ist eine materielle Äquivalenz anzustreben, den schweizerischen Gegebenheiten aber adäquat Rechnung zu tragen.

⁶ SR 954.1

1.4.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen

1.4.2.1 Verhaltensregeln

Die Verhaltensregeln des FIDLEG legen die aufsichtsrechtlichen Pflichten fest, welche die Finanzdienstleister ihren Kundinnen und Kunden gegenüber einhalten müssen, wenn sie Finanzdienstleistungen erbringen. Im Zentrum der Bestimmungen stehen Informationspflichten. Damit Kundinnen und Kunden eine informierte Anlageentscheidung treffen können, sind sie auf ausreichende Informationen über ihren Finanzdienstleister sowie über die erhältlichen Finanzdienstleistungen und -instrumente angewiesen. Der Umfang der einzelnen Verhaltenspflichten variiert je nach Kundensegment und Dienstleistung. Während für eine Beratung von Privatkundinnen und -kunden umfassende Informations- und Erkundigungspflichten eingeführt werden, bestehen bei Geschäften für professionelle Kundinnen und Kunden nur die elementaren Aufklärungspflichten über die Natur der Dienstleistung und der angebotenen Finanzinstrumente. Zudem steht es den Kundinnen und Kunden frei, mit dem Finanzdienstleister das Ausmass der Information und Beratung zu vereinbaren. Durch die Möglichkeiten, in ein anderes Kundensegment zu wechseln oder auf die Beratung durch den Dienstleister zu verzichten, können sie massgeblich mitbestimmen, wie viel Betreuung durch ihren Finanzdienstleister sie wünschen. Die neuen Regeln unterstützen somit die Kundinnen und Kunden bedürfnisgerecht und transparent in ihren Geschäften auf den Finanzmärkten und bewirken insbesondere nicht deren Bevormundung.

Informationen über Finanzdienstleister, Dienstleistung und Produkt

Zunächst sind den Kundinnen und Kunden angemessene Informationen über den Finanzdienstleister und sein Tätigkeitsfeld zur Verfügung zu stellen. Diese umfassen gegenüber Privatkundinnen und -kunden insbesondere Folgendes: Name und Adresse, Tätigkeitsfeld und Aufsichtsstatus. Der Finanzdienstleister hat seine Kundinnen und Kunden zudem auf die Möglichkeit hinzuweisen, sich über die Aus- und Weiterbildung der Kundenberaterin oder des Kundenberaters zu informieren und sich an eine Ombudsstelle zu wenden.

Im Zusammenhang mit der konkret angebotenen Dienstleistung muss der Finanzdienstleister wirtschaftliche Bindungen an Dritte offenlegen und die Kundinnen und Kunden ausreichend über die Eigenschaften und Risiken der in Frage stehenden Finanzdienstleistungen und -instrumente aufklären. Dabei ist auch in angemessener Form über historische Wertentwicklungen zu informieren und auf spezifische Eigenschaften, etwa bei zusammengesetzten Finanzinstrumenten, hinzuweisen. Finanzdienstleister haben zudem die erforderliche Produktdokumentation abzugeben. Insbesondere ist Privatkundinnen und -kunden vor dem Erwerb von Finanzinstrumenten ein Basisinformationsblatt zur Verfügung zu stellen, ausführliche Prospekte hingegen nur auf Anfrage. Zusätzlich sind die für die Kundin oder den Kunden anfallenden Kosten von Dienstleistung und Finanzinstrument in transparenter Weise offenzulegen. Schliesslich muss der Finanzdienstleister darlegen, welches Marktangebot er bei der Auswahl der Finanzinstrumente berücksichtigt hat und wie die Finanzinstrumente verwahrt werden.

Prüfpflicht vor Geschäften mit Finanzinstrumenten

Damit ein Finanzdienstleister seine Kundinnen oder Kunden unterstützen kann, muss er vorgängig prüfen, ob die Dienstleistung oder das Produkt für seine Kundin oder seinen Kunden angebracht ist. Der Umfang dieser Prüfung bemisst sich nach der Art der Dienstleistung und ist modular aufgebaut: Besteht die Finanzdienstleistung ausschliesslich in der Ausführung oder blossen Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen (*Execution-only*) oder werden die Geschäfte auf Veranlassung der Kundin oder des Kunden getätigt (*Reverse-Solicitation*), so muss der Finanzdienstleister keine Angemessenheitsprüfung durchführen. Auch wenn der Finanzdienstleister seinem Kunden oder seiner Kundin auf Anfrage die allgemeinen Erwartungen seines Instituts oder Dritter über die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente mitteilt, liegt ein *Reverse-Solicitation*-Geschäft und keine Anlageberatung vor. Diese Art von Transaktionen unterliegt somit ebenfalls keiner Angemessenheitsprüfung.

Bietet der Finanzdienstleister dagegen seinen Kundinnen und Kunden eine Beratung über bestimmte Transaktionen an, so muss er zumindest die Kenntnisse und Erfahrungen der Kundin oder des Kunden mit der in Frage stehenden Geschäftsart kennen. Finanzdienstleister sind im Vorfeld einer Anlageberatung zu einer Angemessenheitsprüfung verpflichtet. Sie beurteilen gestützt auf die Kenntnisse und Erfahrungen der Kundin oder des Kunden, ob der fragliche Produkttyp oder die zu erbringende Dienstleistung für diese Kundin oder diesen Kunden angemessen ist. Wenn sie eine Transaktion für unangemessen halten oder die Angemessenheitsprüfung aufgrund fehlender Angaben nicht durchführen können, sollen sie die Kundin oder den Kunden darüber in Kenntnis setzen.

Einen Schritt über die blosser Angemessenheitsprüfung hinaus muss der Finanzdienstleister machen, wenn er seine Beratung nicht nur auf einzelne Transaktionen, sondern auf das gesamte Kundenportfolio bezieht. In diesen Fällen muss er sich nicht nur nach den Erfahrungen und Kenntnissen, sondern auch nach den Anlagezielen und finanziellen Verhältnissen seiner Kundinnen und Kunden erkundigen und gestützt auf deren Auskünfte eine Eignungsprüfung durchführen. Nur wenn die Kundin oder der Kunde nach Einschätzung des Finanzdienstleisters ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen hat, um die Risiken und Eigenschaften eines Geschäfts zu verstehen, und dieses Geschäft vor dem Hintergrund seiner Anlageziele und finanziellen Verhältnisse angebracht ist, darf ein Finanzdienstleister seiner Kundin oder seinem Kunden zur Durchführung der fraglichen Transaktion raten. Hat der Finanzdienstleister ungenügende Informationen für eine Eignungsprüfung oder kommt er zum Ergebnis, dass ein Geschäft für die fragliche Kundin oder den Kunden nicht geeignet ist, so weist er die Kundin oder den Kunden darauf hin. Diesen steht es jedoch trotz Abratens frei, eine Beratung durch den Dienstleister in Anspruch zu nehmen. Bei professionellen Kunden kann der Finanzdienstleister zudem davon ausgehen, dass sie über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen und die mit den Finanzdienstleistungen einhergehenden Anlagerisiken finanziell tragbar sind. Auch im Rahmen einer Eignungsprüfung werden somit weder die Kundinnen und Kunden noch die Finanzdienstleister in der Palette der möglichen Dienstleistungen eingeschränkt.

Die Eignungsprüfung findet nicht nur bei der Anlageberatung Anwendung, sondern vor allem auch im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten. Die Eignungsprüfung bezieht sich dabei auf die Vermögensverwaltung selbst: Der Finanzdienstleister hat vor Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags sicherzustellen, dass die

Kundin oder der Kunde die Dienstleistung «Vermögensverwaltung» versteht und die gewählte Anlagestrategie den Zielen und Vermögensverhältnissen der Kundin oder des Kunden grundsätzlich entspricht – das heisst geeignet ist. Ausserdem muss der Vermögensverwalter vor der Durchführung von Transaktionen prüfen, ob diese für die Kundin oder den Kunden in ihrem Zusammenspiel mit dem bekannten Restportfolio der Kundin oder des Kunden geeignet sind.

Verhaltensregeln als Aufsichtsrecht mit Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht

Die im FIDLEG statuierten Verhaltensregeln für Finanzdienstleister sind öffentliches Recht. Bei beaufsichtigten Finanzdienstleistern prüft die Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer laufenden Aufsicht namentlich, ob die Verhaltensregeln des FIDLEG eingehalten werden. Verstösst ein beaufsichtigter Finanzdienstleister gegen die Pflichten, trifft die Behörde geeignete Massnahmen. Es stehen ihr dazu grundsätzlich die Aufsichtsinstrumente des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007⁷ (FINMAG) zur Verfügung. Gegenüber nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern wird die Einhaltung der Verhaltensregeln nicht überwacht. Bedeutende Verstösse gegen die Informationspflichten und die Pflichten zur Eignungs- und Angemessenheitsprüfung werden jedoch auch gegenüber Personen, die für nicht beaufsichtigte Finanzdienstleister tätig sind, strafrechtlich sanktioniert (vgl. Art. 92).

Die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG greifen damit nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden ein. Sie qualifizieren mithin nicht als Doppelnormen, sondern als öffentliches Recht. Der Zivilrichter beurteilt das zivilrechtliche Verhältnis nach wie vor gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen. Zur Konkretisierung dieser Vorschriften kann er jedoch die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG heranziehen. Die Bestimmungen entfalten in diesen Fällen eine Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung zwischen dem Finanzdienstleister und seinen Kundinnen und Kunden. Der Verstoss gegen zivilrechtliche Pflichten durch Finanzdienstleister gegenüber einzelnen Kundinnen und Kunden kann durch diese jedoch nicht bei der Aufsichtsbehörde geltend gemacht werden. Eine Kundin oder ein Kunde, der bei der Aufsichtsbehörde ein aufsichtsrechtliches Tätigwerden der Aufsichtsbehörde gegen einen Finanzdienstleister anstrebt, hat dabei keine Parteistellung⁸. Allfällige Klagen sind vor den zuständigen zivilgerichtlichen Instanzen zu erheben (vgl. Art. 90).

1.4.2.2 Organisation

Damit Finanzdienstleister die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG einhalten können, müssen sie gewisse organisatorische Vorkehrungen treffen. Diese Massnahmen werden durch die Organisationspflichten des 3. Kapitels im 2. Titel des FIDLEG unterstützt. Insbesondere werden Finanzdienstleister angewiesen, durch interne Vorschriften und eine angemessene Betriebsorganisation die Erfüllung der Pflichten gemäss FIDLEG sicherzustellen. Weiter haben sie bei der Beschäftigung ihrer Mitarbeitenden und beim Beizug Dritter darauf zu achten, dass diese die erforderli-

⁷ SR 956.1

⁸ Vgl. auch BGE 139 II 279 E. 2 und 4.

chen Qualifikationen mitbringen. Interessenkonflikte sind wenn möglich zu vermeiden, oder aber der Kundin oder dem Kunden gegenüber offenzulegen. Die Annahme von Entschädigungen Dritter ist nur zulässig, wenn die Kundinnen und Kunden vorgängig ausdrücklich informiert wurden oder wenn die Entschädigungen vollumfänglich den betroffenen Kundinnen und Kunden weitergegeben werden. Der Grossteil dieser Pflichten wird jedenfalls für beaufsichtigte Marktteilnehmer bereits unter geltendem Aufsichtsrecht gefordert oder lässt sich aus den Sorgfalts- und Treuepflichten des Zivilrechts ableiten. Neu sind somit weniger die Pflichten als solche, sondern ihre sektorübergreifende Verankerung im Aufsichtsrecht für alle Personen, die Finanzdienstleistungen erbringen.

Die Organisationspflichten des FIDLEG gelten sowohl für prudenziell beaufsichtigte als auch für nicht beaufsichtigte Finanzdienstleister. Eine laufende aufsichtsrechtliche Überwachung der Einhaltung dieser Pflichten findet jedoch nur für die prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleister statt (vgl. Art. 90).

Die Organisationspflichten, die beaufsichtigten Finanzdienstleistern durch andere Finanzmarkterlasse auferlegt werden, sind zusätzlich zu den im FIDLEG statuierten Anforderungen an die Organisation des Finanzdienstleisters einzuhalten.

1.4.2.3 Kundenberaterinnen und Kundenberater

Der Kontakt zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kundinnen und Kunden erfolgt in der Regel über eine Kundenberaterin oder einen Kundenberater des Finanzdienstleisters. Damit die neuen Verhaltensregeln in der Praxis auch tatsächlich umgesetzt werden, muss sichergestellt werden, dass Kundenberaterinnen und Kundenberater über ausreichende Kenntnisse im Bereich ihrer Tätigkeit verfügen. Zudem dürfen sie in der Vergangenheit nicht bereits in qualifizierter Weise gegen die Verhaltensregeln verstossen haben und müssen selbst als Finanzdienstleister oder der Finanzdienstleister, für den sie tätig sind, über ausreichende finanzielle Sicherheiten verfügen.

Kundenberaterinnen und Kundenberater sind natürliche Personen, die mit einer Kundin oder einem Kunden in Kontakt treten und ihr oder ihm eine konkrete Finanzdienstleistung anbieten oder ausführen. Der Begriff ist weit auszulegen und umfasst neben Vermögensverwaltern und Anlageberaterinnen insbesondere auch Versicherungsvermittler und Vertriebsträgerinnen. Kundenberaterinnen und Kundenberater sind nicht mit den Finanzdienstleistern identisch, sondern sie sind in der Regel in irgendeiner Form für diese tätig. Lediglich bei Finanzdienstleistern, die natürliche Personen sind, sind Kundenberaterin oder Kundenberater und Finanzdienstleister in Personalunion.

Die Eignung von Kundenberaterinnen und -beratern zur Betreuung der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern ist in erster Linie durch die Finanzdienstleister selbst sicherzustellen. Es liegt somit in ihrer Verantwortung, dass ihre Beraterinnen und Berater über eine für die konkrete Dienstleistung ausreichende Aus- und Weiterbildung sowie über die erforderlichen Fähigkeiten verfügen (vgl. Art. 7). Sind jedoch Kundenberaterinnen und -berater für einen nicht beaufsichtigten Finanzdienstleister tätig, kann aufsichtsrechtlich nicht kontrolliert werden, ob der Finanzdienstleister seine Verantwortung effektiv wahrnimmt. Als Kundenberaterin oder Kundenberater für einen nicht beaufsichtigten Finanzdienstleister dürfen unter dem

FIDLEG deshalb nur noch Personen tätig werden, die in einem Beraterregister eingetragen sind. Für einen Registereintrag müssen sie der Registrierungsstelle nachweisen können, dass sie die Registrierungs Voraussetzungen erfüllen. Bei erbrachtem Nachweis werden sie in das Beraterregister eingetragen. Diese Neuerung gilt für sämtliche Kundenberaterinnen und Kundenberater von in der Schweiz nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern, sofern sie Kundinnen und Kunden in der Schweiz bedienen, und zwar ungeachtet ihres geschäftlichen Domizils.

1.4.3 Anbieten von Finanzinstrumenten

Beim Geltungsbereich für die Vorschriften zur Dokumentation für Finanzinstrumente ist zu unterscheiden zwischen den Vorschriften zur Erstellung eines Prospekts und den Vorgaben an ein Basisinformationsblatt (BIB).

Die Prospektvorschriften des FIDLEG finden grundsätzlich für alle in der Schweiz oder von der Schweiz aus angebotenen Effekten Anwendung. Als Effekten gelten dabei wie heute vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten (Art. 2 Bst. a BEHG und 2 Bst. b Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 19. Juni 2015⁹ [FinfraG]). Die heute bestehenden Bestimmungen im Obligationenrecht (OR)¹⁰ werden aufgehoben¹¹.

Die Prospektvorschriften sind zweistufig. Sie orientieren sich an den Anforderungen an den Prospekt in der Richtlinie 2003/71/EG¹² (hiernach Prospekt richtlinie oder ProspRL) und sehen namentlich bei Emittenten, die nach den Vorschriften des OR ihre Jahresrechnung nur einer eingeschränkten Revision unterziehen müssen, Erleichterungen vor, die durch den Bundesrat noch näher zu umschreiben sein werden.

Richtet sich ein Angebot für ein Finanzinstrument an Privatkundinnen und -kunden, ist vorgängig ein Basisinformationsblatt zu erstellen und den Privatkundinnen und -kunden vor Vertragsabschluss kostenlos zur Verfügung zu stellen. Als Finanzinstrumente gelten insbesondere Effekten, Anteile an Kollektivanlagen und strukturierte Produkte (Art. 3 Bst. b FIDLEG). Bei Angeboten von Aktien besteht jedoch keine Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts.

Beim Basisinformationsblatt handelt es sich um eine kurze und leicht verständliche Dokumentation, sodass die Informationen von Privatkundinnen und -kunden verstanden und effektiv auch genutzt werden können. Bereits gemäss geltendem Recht ist im Kollektivanlagenbereich ein Dokument mit den «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» im Falle von Effektenfonds und übrigen Fonds für traditionelle Anlagen zu veröffentlichen. Diese Regelung soll inskünftig in der FIDLEG-Regelung zum Basisinformationsblatt aufgehen.

⁹ SR 958.1

¹⁰ SR 220

¹¹ Art. 652a, 752 und 1156 OR.

¹² Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 345 vom 31.12.2003, S. 64; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/51/EU, ABl. L 153 vom 22.5.2014, S. 1.

Basisinformationsblätter enthalten die wesentlichen Angaben zu den jeweiligen Finanzinstrumenten, damit Anlegerinnen und Anleger eine fundierte Anlageentscheidung treffen und zwischen verschiedenen Produkttypen sowie zwischen Produkten verschiedener Anbieter vergleichen können. Die Angaben umfassen insbesondere die Art und die Merkmale eines Finanzinstruments, dessen Risiko- und Renditeprofil sowie dessen Kosten.

1.4.4 Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung

Erst die Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts mittels effektiver Instrumente und Mittel gewährleistet, dass geltendes Recht und sich daraus ergebende gesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen sowohl zugunsten der Kundinnen und Kunden als auch der Finanzdienstleister umgesetzt, angewendet und eingehalten werden. Soweit es um privatrechtliche Rechtsverhältnisse zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kundinnen und Kunden geht, soll die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung durch einzelne zielgerichtete Massnahmen des Zivilprozessrechts erleichtert werden. Wie in Ziffer 1.4.2 ausgeführt, ist den aufsichtsrechtlichen Vorgaben des FIDLEG bei der Konkretisierung der privatrechtlichen Rechte und Pflichten im Sinne einer Ausstrahlungswirkung Rechnung zu tragen.

Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten

Notwendige Voraussetzung jeder effektiven Rechtsdurchsetzung ist die genügende Kenntnis über eine Geschäfts- und Rechtsbeziehung, sowohl für die Finanzdienstleister als auch für die Kundinnen und Kunden. Weil dabei den Dokumenten, die ein Finanzdienstleister im Rahmen seiner Tätigkeit für die Kundin oder den Kunden erstellt, eine zentrale Bedeutung zukommt, sieht das FIDLEG neu einen allgemeinen Anspruch jeder Kundin oder jedes Kunden auf Herausgabe einer Kopie der sie oder ihn betreffenden Dokumente vor. Der Herausgabeanspruch ist im summarischen Verfahren selbständig durchsetzbar und allenfalls auch vollstreckbar. Eine allfällige Weigerung des Finanzdienstleisters kann in einem späteren Verfahren beim Entscheid über die Prozesskosten berücksichtigt werden.

Ombudsstellen für Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden

Über die im Banken- und Versicherungssektor bereits bestehenden Ombudsstellen hinaus sollen für sämtliche privatrechtlichen Finanzdienstleistungs-Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kundinnen und Kunden staatlich anerkannte Ombudsstellen zur aussergerichtlichen Streitbeilegung zur Verfügung stehen. Dies entspricht internationalen Standards und steht auch in Übereinstimmung mit der Tradition des Schlichtungsverfahrens. Beide Parteien haben die Möglichkeit, eine unabhängige, unparteiische, mit spezifischen Fachkenntnissen ausgestattete und staatlich zu anerkennende Ombudsstelle anzurufen, ohne dass dadurch die allgemeinen Verfahrensrechte und -garantien eingeschränkt werden. Vielmehr wird die justizförmige Rechtsdurchsetzung mit einem sinnvollen und bewährten Instrument der alternativen einvernehmlichen Streitbeilegung ergänzt und gestärkt.

Finanzdienstleister haben sich zukünftig einer solchen Ombudsstelle anzuschliessen, an den Verfahren teilzunehmen und schliesslich auch einen finanziellen Beitrag zu leisten. Das FIDLEG regelt die Grundsätze dieses besonderen Streitbeilegungsver-

fahrens, die Pflichten der Finanzdienstleister sowie die Anerkennung der Ombudsstellen.

Prozesskosten

Das Prozesskostenrisiko stellt für Privatkundinnen und -kunden bei der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung gegenüber Finanzdienstleistern regelmässig eine grosse Schranke dar. Um dieser Problematik im Zivilprozess zugunsten der klagenden Privatkundinnen und -kunden entgegenzuwirken, wird für bestimmte Streitigkeiten mit Finanzdienstleistern, Finanzinstituten, Banken und Versicherungsunternehmen eine Befreiung zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen und Sicherheiten vorgesehen. Damit entfällt eine erste beträchtliche Hürde für die Einleitung eines Zivilprozesses. Sodann sollen Finanzdienstleister, Finanzinstitute, Banken und Versicherungsunternehmen auch im Falle ihres Obsiegens unter gewissen Voraussetzungen ihre eigenen Prozesskosten selber tragen müssen, womit sich das Prozesskostenrisiko für die Privatkundinnen und -kunden reduzieren lässt. Voraussetzung dafür ist insbesondere, dass der Streitwert 250 000 Franken nicht übersteigt und vorgängig ein Verfahren vor einer Ombudsstelle durchgeführt wird, sofern die beklagte Partei einer solchen angeschlossen ist. Schliesslich kann das Gericht die Gerichtskosten unter bestimmten Voraussetzungen nach Ermessen verteilen. Die Regelung wird in der ZPO vorgesehen.

Beweislastumkehr

Im Vorentwurf war eine gesetzliche Regelung zur Beweislastumkehr vorgesehen, mit welcher der Finanzdienstleister in einem allfälligen Streitfall stets die Beweislast hätte tragen sollen, dass er seinen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen ist. Eine solche Regelung liesse sich nicht nur angesichts des Informations- und Know How-Vorsprungs des Finanzdienstleisters sowie seiner Sach- und Beweisnähe rechtfertigen, sondern auch aus ökonomischer Sicht, weil er der sog. *cheap cost avoider* ist. Ebenfalls im Vorentwurf vorgesehen war die Umkehr der Beweislast beim Kausalitätsbeweis, indem vermutet werden sollte, dass die Kundin oder der Kunde bei einer Aufklärungs- und Informationspflichtverletzung das betroffene Geschäft nicht getätigt hätte.

Diese Regelungen sind in der Vernehmlassung insgesamt auf deutliche Ablehnung gestossen, wurden jedoch umgekehrt von einer Minderheit umso deutlicher befürwortet. Die breite Ablehnung wie auch deren Begründung ändern nichts daran, dass die Finanzdienstleister bereits nach geltendem Recht gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beweisbelastet sind: Beim Beweis von Verletzungen der Informations- und Aufklärungspflichten geht es um den Nachweis negativer Tatsachen. Den Beweisgegner trifft dabei eine beweisrechtliche Mitwirkungspflicht, indem er Behauptungen nicht nur substantiiert bestreiten muss und den Beweis nicht vereiteln darf, sondern auch die positiven Sachumstände zu behaupten und zu beweisen hat, welche den Unterlassungsvorwurf entkräften. Dabei können Dokumentationsmängel zudem bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.¹³ Sodann wird bereits unter dem geltenden Recht die sogenannte Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens postuliert.¹⁴

¹³ Vgl. zur BGer 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 E. 6.6.4 m.w.H.

¹⁴ Vgl. dazu Bericht zum Vorentwurf, S. 84 m.w.N.

Trotz der gemäss den vorstehenden Ausführungen geringen faktischen Auswirkungen der Regelungen in der Praxis wurde im Entwurf nun auf eine gesetzliche Verankerung verzichtet. Damit besteht die geltende Rechtslage unverändert weiter und damit insbesondere auch die entsprechende (bundesgerichtliche) Judikatur und Doktrin.

1.4.5 Strafbestimmungen

Vor dem Hintergrund des neuen FinfraG, bei welchem das Parlament teilweise das Strafmass reduziert sowie die Streichung einer Zahl von vorgeschlagenen Fahrlässigkeitstatbeständen beschlossen hat, sind die Strafbestimmungen im Vergleich zur Vernehmlassungsvorlage entschärft und auf das notwendige minimale Mass reduziert worden. Insbesondere sind die Tatbestände nur noch bei vorsätzlicher Begehung strafbar. Die fahrlässige Tatbegehung wird im Bereich der Verhaltensregeln und der Prospektpflicht nicht erfasst. Mit der Inkraftsetzung des FinfraG werden die bisher teilweise vorhandenen Wiederholungstatbestände mit der Androhung von Mindeststrafen bereits aufgehoben¹⁵. Im Einklang hierzu wird auch bei der Einführung neuer Straftatbestände oder der Vereinheitlichung bestehender Straftatbestände auf Wiederholungstatbestände verzichtet.

1.5 Finanzinstitutsgesetz

1.5.1 Allgemeines

Im Gegensatz zum FIDLEG, das Regeln für das Verhalten der Finanzdienstleister beim Erbringen von Finanzdienstleistungen statuiert, regelt das FINIG die Bewilligungsvoraussetzungen und die weiteren organisatorischen Anforderungen für Finanzinstitute. Die Anforderungen an die Finanzinstitute werden möglichst sektorübergreifend formuliert und schaffen damit ein *Level playing field* für die Beaufsichtigten. Die Umsetzung der Gesetzesbestimmungen und die Detailregelung für die einzelnen Bewilligungsträger soll (weiterhin) auf Verordnungsstufe erfolgen mit Raum für insbesondere nach Risiken differenzierte (*risk-based*) Aufsichtsansätze der zuständigen Aufsichtsbehörden. Die Detailregelung der verschiedenen Finanzinstitute soll weiterhin in den bestehenden spezifischen Verordnungen erfolgen.

1.5.2 Wesentliche Elemente

Die Finanzinstitute werden jeweils über ihre typische, allgemeine Geschäftstätigkeit definiert. Die für die bisher regulierten Finanzinstitute geltenden Bestimmungen, mithin die Bestimmungen über Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen, Fondsleitungen und Effektenhändler (neu Wertpapierhäuser genannt), wurden grundsätzlich materiell unverändert aus den geltenden Erlassen (Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006¹⁶ [KAG] und BEHG) übernommen.

¹⁵ Botschaft vom 3. September 2014 zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG), BBl 2014 7483, hier 7585.

¹⁶ SR 954.1

Neu werden auch die Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen sowie von Individualvermögen (Vermögensverwalter) einer prudenziellen Aufsicht unterstellt. In die Kategorie der Vermögensverwalter werden sodann die Trustees aufgenommen, die im Rahmen ihrer spezifischen Tätigkeit auch die Vermögensverwaltung ausüben.

Die Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen und die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen werden als «Verwalter von Kollektivvermögen» bezeichnet. Die Tatsache, dass die Verwalter von Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen zwangsweise gesparte Gelder verwalten, welche die Vorsorge der Anlegerinnen und Anleger sichern, rechtfertigt ihre Unterstellung unter die höheren Anforderungen für Verwalter von Kollektivvermögen. So werden diese Gelder von Anlegerinnen und Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage und Fremdverwaltung aufgebracht und für deren Rechnung verwaltet. Es erfolgt mithin die für kollektive Kapitalanlagen typische Fremdverwaltung. Die Einhaltung der vorsorgerechtlichen Vorschriften wird jedoch auch unter diesen neuen Vorschriften durch die für die Vorsorgeeinrichtungen zuständigen Aufsichtsbehörden überwacht.

Während die Verwalter von Kollektivvermögen, die Fondsleitungen und die Wertpapierhäuser der Aufsicht der FINMA unterstellt bleiben, wird die Aufsicht über die Vermögensverwalter und die Trustees einer gesteuerten halbstaatlichen Aufsichtsorganisation übertragen. Neu wird der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde die Kompetenz eingeräumt, die Prüfperiodizität unter Berücksichtigung der Tätigkeit der von ihr Beaufsichtigten und der damit verbundenen Risiken zu erhöhen. Damit kann den Kostenfolgen einer konsequenten und kohärenten prudenziellen Aufsicht verstärkt Rechnung getragen werden.

1.5.2.1 Bewilligungspflicht und Bewilligungskaskade

Grundsätzlich haben alle Personen, die gewerbsmässig Vermögenswerte für Rechnung Dritter anlegen und verwalten, eine Bewilligung der Aufsichtsbehörde einzuholen. Das FINIG sieht neu eine nach Finanzdienstleistern differenzierte Bewilligungskaskade vor. Die höhere Form der Bewilligung umfasst neu auch die darunter liegende(n) Bewilligungsform(en). Das kaskadenhafte Bewilligungsregime befreit jedoch nicht von der Einhaltung der Pflichten für die jeweils ausgeübte Tätigkeit, sondern lediglich von der formellen Einholung einer zusätzlichen Bewilligung. So befreit die Bewilligung zur Tätigkeit als Bank diese nicht davon, über die entsprechenden spezifischen Fachkenntnisse für die Ausübung der Tätigkeit als Trustee zu verfügen.

Da die Tätigkeit als Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen eine produktespezifische Tätigkeit darstellt, bleibt sie in der Gesetzgebung der kollektiven Kapitalanlagen geregelt¹⁷ und ist von der Bewilligungskaskade des FINIG nicht erfasst. Von der Bewilligungskaskade teilweise ausgenommen ist die Fondsleitung, deren Hauptzweck die Ausübung des Fondsgeschäfts sein muss.

¹⁷ Vgl. Art. 8 Abs. 1^{bis} und 3 Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR **951.311**

1.5.2.2 Finanzinstitute

Die Finanzinstitute werden jeweils über ihre typische Geschäftstätigkeit definiert. Die für die bisher regulierten Finanzinstitute geltenden Bestimmungen, mithin die Bestimmungen über Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen, Fondsleitungen und Effekthändler (neu Wertpapierhäuser genannt), wurden grundsätzlich materiell unverändert aus den für sie geltenden Erlassen (KAG und BEHG) übernommen, in der Formulierung aber aufeinander abgestimmt. Eine der wesentlichen Neuerungen stellt namentlich die Unterstellung der bisher als «unabhängige» oder «externe» Vermögensverwalter bezeichneten Personen unter den Geltungsbereich des Gesetzes dar. In deren Kategorie werden auch die Trustees aufgenommen, da zu den spezifischen Pflichten des Trustees, der Werterhaltung und der zweckgebundenen Verwendung des Sondervermögens, auch die Verwaltung des Vermögens zu zählen ist. Die andere massgebliche Neuerung stellt sodann die Zuteilung der Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen zur Kategorie der Verwalter von Kollektivvermögen dar, womit sie den höheren Anforderungen für die Verwaltung von Kollektivvermögen unterstellt werden.

Fondsleitungen üben eine qualifizierte Form der Vermögensverwaltung aus. Sie verwalten im eigenen Namen und für Rechnung der kollektiven Kapitalanlagen deren Kollektivvermögen. Sie können aber auch als Vermögensverwalter im fremden Namen handeln. Aus diesem Grund ist es sachgerecht, auch die Regelung von Fondsleitungen ins FINIG zu überführen. Mit der Überführung der Regulierung der Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen und der Fondsleitungen ins FINIG regelt das KAG als produktespezifisches Gesetz weiterhin die vertragsrechtlich und gesellschaftsrechtlich organisierten kollektiven Kapitalanlagen.

Das BEHG wird zum Grossteil ins FinfraG überführt und auf die Bestimmungen zum Effekthändler reduziert. Die Hauptkategorie der Effekthändler bilden die sogenannten Kundenhändler. Diese üben wie die Fondsleitungen im Wesentlichen eine qualifizierte Form der Vermögensverwaltung aus, indem sie im eigenen Namen für Rechnung der Kundin oder des Kunden handeln können. Es erscheint daher angezeigt, die Kundenhändler inklusive der übrigen Kategorien der Effekthändler neu im FINIG zu regeln und damit das BEHG vollständig aufzuheben. Die irreführende Bezeichnung «Effekthändler» wird dabei durch die Bezeichnung «Wertpapierhaus» ersetzt.

1.5.2.3 Aufsichtsorganisation

Mit der Unterstellung aller Vermögensverwalter unter eine prudenzielle Aufsicht wird die Anzahl der Beaufsichtigten stark zunehmen. Gleichzeitig gilt es auch, den teilweise als Einzelunternehmen organisierten Vermögensverwaltern Rechnung zu tragen und eine möglichst massvolle, branchennahe und flexible Aufsicht zu etablieren. Daher soll die prudenzielle Aufsicht über die «unabhängigen» oder «externen» Vermögensverwalter durch eine (oder mehrere) von der FINMA beaufschlagte Aufsichtsorganisation wahrgenommen werden. Das Model einer gesteuerten halbstaatlichen Aufsichtsorganisation lehnt sich an das US-amerikanische Model der FINRA (Financial Industry Regulatory Authority)¹⁸ an. Die FINRA ist eine vom

¹⁸ Vgl. www.finra.org.

Staat unabhängige, nicht gewinnorientierte Organisation, welche in den USA Wertpapierfirmen und Broker beaufsichtigt und den Kundenschutz und die Marktintegrität gewährleistet. Die Aufsichtsorganisation (AO) wird wie die FINRA als unabhängige Institution mit Bewilligungs-, Aufsichts- und Sanktionskompetenzen ausgestattet.

Da die Aufsichtsorganisation mit der prudenziellen Aufsicht auch die Überwachungsaufgaben gemäss Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997¹⁹ (GwG) übernimmt, entfällt in diesem Aufsichtsbereich künftig der Auftrag an die Selbstregulierungsorganisation (SRO) im Rahmen des GwG. Das Prinzip der Selbstregulierung bleibt mit der Aufsicht durch eine halbstaatliche Aufsichtsorganisation im schweizerischen Finanzmarkt indes erhalten.

1.6 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Massnahmen

Die Regulierungsfolgenabschätzung zeigt, dass die Massnahmen der Vorlage, bestehend aus dem FIDLEG und dem FINIG, geeignet sind, um den Kundenschutz im Finanzbereich zu stärken. Die teilweise höheren Kosten für die Betroffenen werden durch die erwartete Stärkung der Rechte der Kundinnen und Kunden und eine Zunahme der Attraktivität des Schweizer Finanzplatzes gegenüber in- und ausländischen Kundinnen und Kunden gerechtfertigt.

Insbesondere steht den gerade für Vermögensverwalter nicht unbedeutenden Kosten ein Nutzen der neuen Vorschriften für alle Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern gegenüber, der sich letztlich auch auf die Finanzdienstleister positiv auswirkt. Durch die vorgeschlagene Übergangsregelung sowie die Möglichkeit der risikobasierten Aufsicht (vollständige Aufsichtsprüfung bis zu allen vier Jahren) werden zudem die Kosten für bestehende Vermögensverwalter tief gehalten. Damit wird die KMU-Verträglichkeit der Vorlage berücksichtigt. Um auch im Vollzug die Kosten für Vermögensverwalter tief zu begrenzen, sollten die entsprechenden Gebühren möglichst tief ausgestaltet werden.

Die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes wird mit der vorgeschlagenen Vorlage insgesamt gestärkt. So kann erwartet werden, dass sich die durchschnittliche Qualität der angebotenen Dienstleistungen als Folge von FIDLEG und FINIG verbessert. Gleichzeitig wird die Rechtssicherheit und internationale Äquivalenz gestärkt. Eine zumindest teilweise Überwälzung der dadurch entstehenden Kosten auf die Kundinnen und Kunden kann allerdings nicht ausgeschlossen werden.

Mit der vorgeschlagenen Vorlage kann die Schweiz eine moderne, funktionsübergreifende sowie verständliche Finanzmarktregulierung schaffen. An die Stelle der bisherigen Regulierung, basierend auf sektorspezifischen Erlassen, soll eine Regulierung treten, die im Grundsatz für alle Institute und Aktivitäten gilt. So müssten sich alle Finanzdienstleister an die gleichen Verhaltensregeln halten. Dies führt zu einer Vereinfachung und einer Vereinheitlichung der historisch gewachsenen Gesetze.

¹⁹ SR 955.0

FIDLEG und FINIG schaffen insgesamt vergleichbare Wettbewerbsbedingungen unter den verschiedenen Anbietern von Finanzdienstleistungen und stärken damit den Wettbewerb.

1.7 Rechtsvergleich

1.7.1 Allgemeines

Schweizer Finanzdienstleister sind in starkem Ausmass auch international tätig. Im Gegenzug ist der Schweizer Finanzplatz offen für ausländische Anbieter und ausländische Kundinnen und Kunden. Um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Standortes Schweiz auch in Zukunft zu erhalten, ist der Einklang des Schweizer Finanzmarktrechts mit den internationalen Regulierungsstandards zentral.

Als Folge der globalen Finanzkrise bestehen auf internationaler Ebene starke Bestrebungen für einen verbesserten Kundenschutz. So wurde bereits 2009 im Rahmen der IOSCO die Forderung erhoben, dass Kleinanlegerinnen und Kleinanleger ihre Anlageentscheide gestützt auf zuverlässige Informationen treffen können²⁰. 2011 wurden von der IOSCO²¹ spezifische, auf kollektive Kapitalanlagen zugeschnittene *Principles on Point of Sale Disclosure* für Märkte und Aufsichtsbehörden formuliert²². In ihrem Bericht über die Regulierung von strukturierten Produkten empfahl die IOSCO verschiedene regulatorische Massnahme für einen verbesserten Schutz der Erwerber von strukturierten Produkten. Allgemeine Empfehlungen zur Offenlegung am *Point of Sale* für den Banken-, den Versicherungs- und den Wertpapiersektor folgten 2014 durch das Joint Forum²³. Gemäss diesen Empfehlungen ist am Verkaufspunkt ein Basisinformationsblatt abzugeben, das sich zu den wesentlichen Charakteristika eines Finanzinstruments – wie den Kosten, Risiken und Renditeaussichten – äussert. Dieses muss leicht verständlich sein und hat zwecks Vergleichbarkeit einem genormten Aufbau zu entsprechen.

Für eine verstärkte Offenlegung wesentlicher Charakteristika (*Key information*) von Finanzinstrumenten setzen sich global ebenso die G20, das FSB²⁴ und die OECD²⁵ ein²⁶. So sollen Finanzdienstleister gemäss den *High-level principles on financial consumer protection* der G-20 vom Oktober 2011 ihre Kundinnen und Kunden namentlich über die Merkmale, Risiken und Bedingungen von Finanzinstrumenten informieren. Gleiches gilt für Interessenkonflikte, denen die Finanzdienstleister unterliegen. Solche sind zu vermeiden beziehungsweise offen zu legen. Finanzdienstleistungen sind im bestmöglichen Kundeninteresse zu erbringen. Insbesondere haben Beratungen objektiv zu sein und sich am Risikoprofil der Kundinnen und Kunden sowie an deren finanziellen Zielen, Kenntnissen und Erfahrungen zu orientieren²⁷. Schliesslich wird verlangt, dass Personen, die für Finanzdienstleister

²⁰ Principles on Point of Sale Disclosure, Consultation Report, November 2009.

²¹ International Organization of Securities Commissions.

²² Principles on Point of Sale Disclosure, Final Report, Februar 2011.

²³ Point of Sale disclosure in the insurance, banking and securities sectors, April 2014.

²⁴ Financial Stability Board

²⁵ Organisation for economic co-operation and development

²⁶ G-20 high-level principles on financial consumer protection, October 2011.

²⁷ Vgl. www.oecd.org > Directorate for Financial and Enterprise Affairs > Financial markets, insurance and pensions > Financial education > Financial Consumer Protection.

Dienstleistungen an Kundinnen und Kunden erbringen, für diese Dienstleistungen geeignet ausgebildet und qualifiziert sind.

Die europäische Finanzmarktregulierung wird zurzeit in verschiedenen Bereichen revidiert. Ein wichtiges Ziel dieser Neuerungen besteht in einem verbesserten Kundenschutz. Die Vorschriften des europäischen Finanzmarktrechts bilden einen wichtigen Massstab für die Festlegung der internationalen Anforderungen an die Finanzmarktregulierung. Weiter sind Schweizer Finanzdienstleister in erheblichem Umfang für europäische Kundinnen und Kunden tätig und orientieren sich an den europäischen Vorschriften, die bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen eingehalten werden müssen. Im Folgenden wird daher die vorgeschlagene Regulierung primär mit den entsprechenden europäischen Regelwerken verglichen. Punktuell wird zudem auf die Grundzüge von weiteren ausländischen oder internationalen Regulierungen eingegangen. Die Ausführungen richten sich am Aufbau der vorgelegten Gesetzesentwürfe aus.

1.7.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen

1.7.2.1 MiFID II

Die im Juli 2014 in Kraft getretene Richtlinie 2017/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II)²⁸ ersetzt die bisherige Richtlinie 2004/39/EG vom 21. April 2004²⁹. Die Richtlinie regelt wie ihre Vorgängerregulierung die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten durch Banken und Wertpapierfirmen. Als Wertpapierfirma gilt gemäss MiFID II namentlich eine «juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbmässig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausübt»³⁰. Ein zentrales Element der Richtlinie bilden die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln für Wertpapierfirmen bei der Erbringung von Dienstleistungen. Danach sind Wertpapierfirmen verpflichtet, ihre Kundinnen und Kunden redlich und nicht irreführend zu informieren und sich bei den Kundinnen und Kunden über deren Kenntnisse und Erfahrungen bezüglich der abzuschliessenden Geschäfte oder Wertpapierdienstleistungen zu erkundigen. Gestützt auf die durch die Kundin oder den Kunden erteilten Informationen hat die Wertpapierfirma die Angemessenheit der Finanzinstrumente oder Wertpapierdienstleistungen für die Kundin oder den Kunden zu beurteilen. Gelangt die Wertpapierfirma zum Ergebnis, dass ein Produkt nicht angemessen ist für eine bestimmte Kundin oder einen bestimmten Kunden, so hat sie diese oder diesen zu

²⁸ Richtlinie 2017/65/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, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349; zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 909/2014, ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 1.

²⁹ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145 vom 30.4.2004, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349. Die neue Richtlinie muss durch die Marktteilnehmer ab 2017 angewendet werden.

³⁰ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 MiFID II.

warnen. Wertpapierfirmen, deren Wertpapierdienstleistungen sich auf die Ausführung von Kundenaufträgen oder die reine Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen beschränken, können unter bestimmten Voraussetzungen auf die Durchführung einer Angemessenheitsprüfung verzichten. Die Regulierung verlangt, dass das Geschäft auf Veranlassung der Kundin oder des Kunden durchgeführt wird und es sich um nicht komplexe Finanzinstrumente handelt.

Für Vermögensverwalter und Anlageberater statuiert die MiFID II strengere Erkundigungspflichten als für die übrigen Wertpapierfirmen. Im Rahmen ihrer Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungstätigkeit dürfen sich Wertpapierfirmen nicht auf eine Angemessenheitsprüfung beschränken. Vielmehr müssen sie sich bei der Kundin oder beim Kunden über ihre oder seine Kenntnisse und Erfahrung, ihre oder seine finanziellen Verhältnisse und ihre oder seine Anlageziele erkundigen und gestützt auf diese Informationen beurteilen, ob bestimmte Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente für diese Kundin oder diesen Kunden geeignet (*suitable*) sind. Abzufragen sind insbesondere auch die Fähigkeit zur Verlusttragung sowie die Risikotoleranz. Deklariert eine Wertpapierfirma ihre Anlageberatungsdienstleistung als unabhängig oder übernimmt sie für einen Kunden das Portfolio-Management, dann darf sie keine «Gebühren, Provisionen oder andere monetäre oder nichtmonetäre Vorteile einer dritten Partei oder einer Person, die im Namen einer dritten Partei handelt», annehmen und behalten. Damit eine Anlageberatung als unabhängig bezeichnet werden darf, muss die Wertpapierfirma zudem eine ausreichende Bandbreite von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten bewerten.

1.7.2.2 **IMD**

Die im Januar 2003 in Kraft getretene Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung (IMD)³¹ regelt die Voraussetzungen für die Aufnahme und die Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungsvermittlung in der EU. Als Versicherungsvermittlung gilt gemäss Artikel 2 IMD «das Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten zum Abschliessen von Versicherungsverträgen oder das Mitwirken bei deren Verwaltung und Erfüllung». Werden diese Tätigkeiten von einem Versicherungsunternehmen oder Angestellten eines solchen Unternehmens vorgenommen, gelten sie jedoch nicht als Versicherungsvermittlung. Versicherungsvermittlerin oder -vermittler ist «jede natürliche oder juristische Person, welche die Tätigkeit der Versicherungsvermittlung gegen Vergütung aufnimmt oder ausübt».

Gemäss der IMD müssen sich Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler in ein öffentlich zugängliches Register eintragen lassen. Gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler können durch das Versicherungsunternehmen, für das sie arbeiten, ins Register eingetragen werden. Für natürliche Personen, die in einem Unternehmen arbeiten, können die EU-Mitgliedstaaten auf die Registerpflicht verzichten. Voraussetzung für die Eintragung ins Vermittlerregister ist die dauerhafte Erfüllung von beruflichen Anforderungen. Insbesondere müssen die Vermittlerinnen

³¹ Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. L 9 vom 15.1.2003, S. 3; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349.

und Vermittler grundsätzlich ausreichende finanzielle Kapazitäten zum Schutz der Kundinnen und Kunden, angemessene Kenntnisse und Fertigkeiten, einen guten Leumund sowie eine Berufshaftpflichtversicherung oder andere vergleichbare Garantien vorweisen. Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern obliegen gestützt auf die Richtlinie Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten.

Um den Schutz der Versicherten zu verbessern und für sämtliche Marktteilnehmer gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten, hat die Europäische Kommission die Überarbeitung der Richtlinie eingeleitet. Der Anwendungsbereich der Informations- und Verhaltenspflichten soll auch auf Versicherungsunternehmen ausgedehnt werden. Unter der überarbeiteten Richtlinie sollen die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler zu einer angemessenen Aus- und Weiterbildung abhängig von der Komplexität des Produkts verpflichtet werden. Zudem erweitert die überarbeitete Richtlinie die Informations- und Beratungspflichten für Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler. Für Versicherungsanlageprodukte sollen Versicherungsvermittler und -unternehmen ähnliche Verhaltensregeln einhalten müssen wie Wertpapierfirmen gemäss MiFID II. Das Gesetzgebungsverfahren zur Revision der IMD steht kurz vor dem Abschluss. Gemäss dem Entwurf haben die EU-Staaten zwei Jahre Zeit, voraussichtlich bis Ende 2017, um die Richtlinie, die neu Insurance Distribution Directive (IDD 2) genannt wird, in ihr nationales Recht umzusetzen.

1.7.2.3 Vorschriften für Kundenberaterinnen und -berater

Auf europäischer Ebene finden sich keine harmonisierten Vorschriften für natürliche Personen, die für Finanzdienstleister Dienstleistungen für Kundinnen und Kunden erbringen. Allerdings statuieren zahlreiche nationale Regulierungen der EU-Mitgliedstaaten Anforderungen an Kundenberaterinnen und Kundenberater. Diese Vorschriften sind in der Regel wie folgt aufgebaut: Natürliche Personen müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllen, damit sie als Kundenberaterin oder Kundenberater tätig werden dürfen. Nach gelungenem Nachweis dieser Umstände werden Kundenberaterinnen und Kundenberater in ein Register eingetragen. So müssen in Deutschland Wertpapierdienstleistungsunternehmen alle Mitarbeitenden, die mit der Anlageberatung betraut sind, an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) melden³².

³² § 34d des Wertpapierhandelsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708), das zuletzt durch Art. 6 Abs. 3 des Gesetzes vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395) geändert worden ist.

1.7.3 Anbieten von Finanzinstrumenten

1.7.3.1 Prospektrichtlinie

Im europäischen Rechtsraum sind die Pflichten der Ersteller von Finanzinstrumenten weitgehend vereinheitlicht. So hält die europäische Prospektrichtlinie³³ fest, dass Wertpapiere in den EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich nur öffentlich angeboten oder an einem geregelten Markt zum Handel zugelassen werden dürfen, wenn vorgängig ein entsprechender Prospekt veröffentlicht wurde. Der Prospekt kann als einheitliches Dokument oder in dreiteiliger Form erstellt werden. Er enthält Angaben über den Emittenten sowie das Produkt und gibt die wesentlichen Aspekte in einer Zusammenfassung wieder. Der Prospekt muss vor seiner Veröffentlichung durch die Aufsichtsbehörde des fraglichen EU-Mitgliedstaates geprüft und gebilligt werden. Für kollektive Kapitalanlagen und Lebensversicherungen bestehen ebenfalls Mindestinformationspflichten³⁴.

1.7.3.2 PRIIP

Die regulatorischen Bemühungen in der EU zu einer einfachen und vergleichbaren Produktinformation setzten zunächst bei den kollektiven Kapitalanlagen an. Seit dem 1. Juli 2011 muss für solche Anlagen ein kurzes Dokument mit «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» erstellt werden (*Key Investor Information Document*, KIID). Dieses hat «sinnvolle Angaben zu den wesentlichen Merkmalen» der betroffenen Kollektivanlage zu enthalten und soll «die Anleger in die Lage versetzen, Art und Risiken des angebotenen Anlageprodukts zu verstehen und auf dieser Grundlage eine fundierte Anlageentscheidung zu treffen»³⁵.

Im Nachgang zur Finanzkrise und zur Verbesserung des Verständnisses der Kleinanlegerin oder des Kleinanlegers für komplexe Finanzprodukte erliess die EU am 26. November 2014 die PRIIP-Verordnung³⁶. Diese verpflichtet Ersteller und Verkäufer von Anlageprodukten, Anlegerinnen und Anlegern Basisinformationsblätter über die Produkte vorzulegen. Ziel ist es, Kleinanlegerinnen und Kleinanlegern zu ermöglichen, die grundlegenden Merkmale und Risiken dieser Produkte zu verstehen und zu vergleichen. Das Basisinformationsblatt umfasst höchstens drei Seiten und enthält die wesentlichen Informationen über ein Produkt, die Anlegerinnen und

³³ Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 345 vom 31.12.2003, S. 64, zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/51/EU, ABl. L 153 vom 22.5.2014, S. 1.

³⁴ Art. 68 der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. L 302 vom 17.11.2009, S. 32, zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/91/EU, ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 186, sowie Anhang III der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. L 345 vom 19.12.2002, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/23/EU, ABl. L 158 vom 10.6.2013, S. 362.

³⁵ Art. 78 Abs. 1 und 2 OGAW.

³⁶ Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABl. L 352 vom 9.12.2014, S. 1.

Anleger benötigen, um eine fundierte Anlageentscheidung zu treffen. Die Regeln gelten für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (auch unter der Abkürzung «PRIIP» bekannt). Diese sind standardmässige Anlageprodukte, die eine Bank üblicherweise ihren Kunden anbietet, um beispielsweise für ein bestimmtes Ziel wie den Hauskauf oder die Ausbildung eines Kindes zu sparen. Dazu gehören Investmentfonds, Versicherungsanlageprodukte, strukturierte Wertpapiere und strukturierte Termineinlagen. Die Verordnung wird ab dem 31. Dezember 2016 gelten. In Deutschland sind vergleichbare Informationsblätter für Anlageberatungen bereits zwingend vorgeschrieben³⁷.

1.7.4 Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung

1.7.4.1 Europäisches Recht

Die MiFID II sieht vor, dass die EU-Mitgliedstaaten die Einrichtung von Beschwerde- und Schlichtungsverfahren für die aussergerichtliche Beilegung von Streitfällen von Konsumentinnen und Konsumenten über Wertpapierdienstleistungen fördern und sicherstellen. Im Jahre 2001 wurde auf Initiative der Europäischen Kommission ein Netz nationaler Schiedsstellen für die aussergerichtliche Beilegung von Finanzstreitigkeiten (FIN-NET) in den Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums (d.h. in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie in Island, Liechtenstein und Norwegen) geschaffen³⁸.

In allgemeiner Form sieht die Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten vom 21. Mai 2013³⁹, welche von den Mitgliedstaaten bis zum 9. Juli 2015 umgesetzt werden musste, die unionsweite Errichtung von Streitschlichtungsstellen vor, die unabhängige, unparteiische, transparente, effektive, schnelle und faire Verfahren für die Erledigung von Beschwerden von Konsumentinnen und Konsumenten gegen Unternehmer wegen vertraglichen Verpflichtungen aus Kaufverträgen oder Dienstleistungsverträgen anbieten. Die Verordnung vom 21. Mai 2013 über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten⁴⁰ regelt die Einrichtung einer europäischen Online-Streitbeilegungs-Plattform, die eine aussergerichtliche Online-Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verbraucherinnen und Verbrauchern und Unternehmen ermöglicht. Daneben sehen weitere Richtlinien die

³⁷ § 31 Abs. 3a des Wertpapierhandelsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708), das zuletzt durch Art. 6 Abs. 3 des Gesetzes vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395) geändert worden ist.

³⁸ Vgl. <http://ec.europa.eu> > Bank- und Finanzwesen > FIN-NET.

³⁹ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 165 vom 18.6.2013, S. 63.

⁴⁰ Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. L 165 vom 18.6.2013, S. 1.

Schaffung von alternativen Streitbeilegungssystemen für spezifische Bereiche des Finanzdienstleistungs- und Kapitalmarktrechts vor⁴¹.

1.7.4.2 Ausländisches Recht

In *Deutschland* existiert seit dem 1. November 2005 das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)⁴², das für Rechtsstreitigkeiten aufgrund öffentlicher Kapitalmarktinformationen ein Musterverfahren zur kollektiven Rechtsdurchsetzung vorsieht. Dabei kommt es aufgrund eines Antrags von mindestens zehn Personen zu einem besonderen Musterverfahren vor einem Oberlandesgericht über die Feststellung anspruchsbegründender oder anspruchsausschliessender Voraussetzungen oder zur Klärung von Rechtsfragen, wobei ein allfälliger Musterentscheid für und gegen alle Beteiligten des Musterverfahrens wirkt. Seit 2012 besteht bei Abschluss eines Vergleichs im Musterverfahren neu die Möglichkeit des Austritts der übrigen Klägerinnen und Kläger innerhalb eines Monats ab Zustellung des Vergleichs. Bis Mitte März 2013 sind gemäss Klageregister insgesamt 253 Musterfeststellungsanträge eingereicht worden, gestützt darauf sind 17 Musterverfahren durchgeführt worden oder sind pendent, welche weit mehr Einzelverfahren betreffen, und in 14 Verfahren sind Musterentscheide ergangen⁴³.

Das *niederländische Recht* kennt seit Juli 2005 mit dem Gesetz betreffend die kollektive Abwicklung von Massenschäden⁴⁴ eine spezielle Regelung für Gruppenvergleiche zur kollektiven Rechtsdurchsetzung. Dieses besondere Gruppenvergleichsverfahren zwischen einem oder mehreren (mutmasslich) haftenden Schädigern und einem Verein oder einer Stiftung, der oder die im gemeinsamen Interesse sämtlicher Geschädigten handelt, soll zu einem gerichtlich genehmigten und für sämtliche betroffenen Geschädigten, die nicht innert einer bestimmten Frist ihren Austritt (*opt out*) erklären, verbindlichen Vergleich führen. Es kam bisher in mehreren Fällen zur Anwendung, in denen es um die Schadensregulierung zufolge (Massen-)Schäden durch Finanzdienstleister bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen ging⁴⁵.

⁴¹ Vgl. bspw. Art. 100 OGAW und Art. 83 Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. L 319 vom 5.12.2007, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/36/EU, ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 338.

⁴² Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2182), das durch Art. 9 des Gesetzes vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2182) geändert worden ist. Das zuerst auf eine Dauer von fünf Jahren befristete Gesetz wurde zwischenzeitlich aufgrund der positiven Erfahrungen bis 2020 verlängert.

⁴³ Vgl. Klageregister im Bundesanzeiger (Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz), Gerichtlicher Teil (abrufbar unter <https://www.bundesanzeiger.de>).

⁴⁴ Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade) (WCAM) (abrufbar in Englisch unter www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html [31.5.2013]).

⁴⁵ So insb. der Fall «Dexia» (Berufungsgericht Amsterdam, 25. Januar 2007, NJ (2007), 427, LfN AZ7033), in dem es um die Schadensregulierung zwischen einem Finanzdienstleister und mehreren Tausend Anlegerinnen und Anlegern wegen ungenügender Aufklärung über die finanziellen Risiken bestimmter sog. «securities lease products» ging, sowie der «Converium-Fall» (Berufungsgericht Amsterdam, 17. Januar 2012) betreffend Entschädigung von Aktionären zufolge Wertverlusts der Aktien.

In *England* besteht seit dem Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000)⁴⁶ eine besondere Ombudsstelle für den Finanzsektor. Diese von den Finanzdienstleistern finanzierte Ombudsstelle vermittelt primär in Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und (Privat-)Kundinnen und Kunden. Sie kann jedoch im Sinne eines sogenannten Med-Arb-Systems oder hybriden Streitbeilegungsmechanismus, das heisst einer Kombination von Schlichtung und schiedsmässigem Entscheidungsmechanismus, einen Finanzdienstleister bis zu einem Betrag von 150'000 Britischen Pfund (bis 2012 GBP 100 000) grundsätzlich bindend zur Entschädigung verpflichten. Vergleichbare Regelungen bestehen beispielsweise auch in *Irland*⁴⁷ sowie in *Australien*⁴⁸ oder *Neuseeland*⁴⁹, wo es sich jedoch um private Ombudsstellen handelt.

In den *USA* handelt es sich bei einem grossen Teil der nicht unumstrittenen Sammelklagen (*class actions*) um Schadenersatzprozesse von Anlegerinnen und Anlegern gegenüber Finanzdienstleistern (oft als sogenannte *securities class actions* bezeichnet). Angesichts ihrer Bedeutung sowie auch negativer Auswüchse und Missbräuche sah sich der US-amerikanische Gesetzgeber in den 1990er-Jahren zu einem speziellen Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA)⁵⁰ veranlasst, womit unter anderem die Kosten- und Entschädigungsregelung der sogenannten *pre trial discovery* sowie für die Vertretung und die vergleichsweise Erledigung angepasst wurden. Daneben kommt der schiedsgerichtlichen Erledigung von Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und sowohl professionellen Kunden als auch Privatkundinnen und -kunden und damit insbesondere der FINRA-Arbitration eine grosse Bedeutung zu⁵¹.

1.7.4.3 Internationale Standards

In den letzten Jahren haben sich insbesondere im Bereich der alternativen Streitbeilegung international gewisse Standards herausgebildet. So erarbeitete die OECD (*Task Force on Financial Consumer Protection*) im Oktober 2011 Empfehlungen zum Anlegerschutz⁵², die in der Folge von den G-20-Staats- und Regierungschefs auf dem Cannes-Gipfel im November 2011 verabschiedet wurden. Damit wird den Mitgliedstaaten und anderen interessierten Wirtschaften empfohlen, insbesondere allgemein zugängliche, kostengünstige, unabhängige, faire, rasche und effiziente Beschwerde- und Entschädigungsverfahren für Privatkundinnen und -kunden vorzusehen. Im Januar 2012 hat die Weltbank ihrerseits eine Wegleitung für die Schaffung von möglichst sektorweiten Ombudsstellen mit Anschlusszwang für die Finanzdienstleister zur Streitbeilegung im Finanzdienstleistungssektor publiziert⁵³.

⁴⁶ Financial Services and Markets Act 2000.

⁴⁷ Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004, section 16 and schedules 6 and 7.

⁴⁸ Vgl. www.fos.org.au.

⁴⁹ Financial Service Providers (Registration and Dispute Resolution) Act 2008.

⁵⁰ Private Securities Litigation Reform Act 1995, Pub. L. 104-67, 109 Stat. 737.

⁵¹ Vgl. www.finra.org/ArbitrationAndMediation.

⁵² G20 high-level principles on financial consumer protection, October 2011.

⁵³ Weltbank, Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, Januar 2012.

1.7.5 Aufsicht über Vermögensverwalter

Die Verwaltung von Vermögenswerten gilt als Wertpapierdienstleistung gemäss MiFID II. Damit Finanzdienstleister Wertpapierdienstleistungen anbieten dürfen, müssen sie grundsätzlich die Voraussetzungen für Wertpapierfirmen erfüllen. Wertpapierfirmen bedürfen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit einer behördlichen Zulassung. Sie müssen über ein Anfangskapital gemäss den Anforderungen der Richtlinie 2006/49/EG⁵⁴ verfügen sowie die in der MiFID II statuierten organisatorischen Anforderungen erfüllen. Insbesondere haben Wertpapierfirmen angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Kontinuität und Regelmässigkeit der Wertpapierdienstleistungen sicherzustellen. Sie greifen dazu auf geeignete und verhältnismässige Systeme, Ressourcen und Verfahren zurück. Wertpapierfirmen müssen weiter über eine ordnungsmässige Verwaltung und Buchhaltung, interne Kontrollmechanismen sowie effiziente Verfahren zur Risikobewertung verfügen. Im Rahmen der Zulassungserteilung sind der zuständigen Behörde auch die Namen der natürlichen oder juristischen Personen mitzuteilen, die als Aktionärinnen und Aktionäre oder Mitglieder direkt oder indirekt qualifizierte Beteiligungen halten.

Im Zusammenhang mit der Unterstellung der Trustees unter eine prudenzielle Aufsicht ist zu vermerken, dass die meisten gesellschaftsrechtlich organisierten Trustees einer staatlichen Aufsicht unterliegen. Namentlich in den Staaten des angelsächsischen Rechts sind als natürliche Personen oder Einzelfirmen tätige Trustees keiner Bewilligungspflicht unterstellt. In etlichen Staaten erfolgt die Regulierung der Trustees auf teilstaatlicher Ebene (USA, Kanada, Australien). So besteht in der Provinz Quebec eine Pflicht zur Lizenzierung nur für Trustees in der Rechtsform einer Gesellschaft. In den USA werden spezifische Tätigkeiten des Trustees auf spezialgesetzlicher Basis erfasst (so bspw. für den Börsenhandel). In England und Wales benötigen Trustees keine besondere Lizenz. Hingegen hat die Gerichtspraxis ein reichhaltiges Regelwerk für deren Tätigkeit entwickelt. Die als Anwälte oder Certified Accountants tätigen Trustees sind sodann den Regeln und Sanktionen ihrer Berufsverbände unterworfen. Luxemburg, Liechtenstein, aber auch Singapur kennen eine Bewilligungspflicht für Trustees.

1.7.6 Beurteilung der Vorlage

Die vorliegende Gesetzgebung soll gewährleisten, dass das Schweizer Finanzmarktrecht im Einklang steht mit den geltenden internationalen Standards, den Schutz der Kundinnen und Kunden verbessern und ein *Level playing field* für die Beaufsichtigten schaffen (vgl. Ziff. 1.1). Aufgrund der engen Verflechtung der Schweizer Marktteilnehmer mit den europäischen Finanzmärkten werden bei der Formulierung der neuen Vorschriften auch die Regeln der europäischen Finanzmarktregulierung berücksichtigt. Insbesondere sollen Finanzdienstleister, welche schweizerische wie auch europäische Kundinnen und Kunden bedienen, nicht zwei unterschiedliche Standards einhalten müssen. Die Vorschriften des FIDLEG streben jedoch keine unbesehene Übernahme europäischen Rechts an. Um die Eigenschaften des Schwei-

⁵⁴ Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. L 177 vom 30.6.2006, S. 1.

zer Finanzmarkts angemessen zu berücksichtigen, wird daher in den folgenden Fällen von der europäischen Finanzmarktregulierung abgewichen:

- Unter MiFID II werden auch reine Anlageberaterinnen und Anlageberater als Wertpapierfirmen bewilligt oder auf nationaler Ebene zugelassen und geregelt. Im zweiten Fall müssen sie vergleichbaren organisatorischen Bestimmungen wie Wertpapierfirmen unterstehen und die wesentlichen Verhaltensregeln gemäss MiFID II einhalten. Das FIDLEG verlangt von reinen Anlageberaterinnen und Anlageberatern demgegenüber lediglich die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln. Eine Zulassung und Überwachung, die mit der prudenziellen Aufsicht für Vermögensverwalter, Kundenhändler oder Banken vergleichbar wäre, wird hingegen nicht statuiert. Da die Kundinnen und Kunden von Anlageberaterinnen und Anlageberatern ihre Anlageentscheide selbstständig treffen und selber umsetzen müssen, besteht kein Anlass zu einer umfassenden prudenziellen Aufsicht über die Anbieter dieser Dienstleistung.
- Die Kundensegmentierung der europäischen MiFID II unterscheidet zwischen Kleinkundinnen und -kunden und professionellen Kunden. Eine Teilgruppe der professionellen Kunden bilden die geeigneten Gegenparteien. Die im FIDLEG vorgeschlagenen Regeln zur Kundensegmentierung lehnen sich an die Vorgaben der EU an. Wie bereits im Rahmen der Revision des KAG wird jedoch auf eine unbesehene Übernahme der MiFID-Kriterien für ein *Opting-out* von Privatkundinnen und -kunden auf Gesetzesstufe verzichtet. Damit kann die Kundensegmentierung gemäss KAG, die sich seit Inkrafttreten der revidierten Vorschriften bewährt hat, in den wesentlichen Zügen auch im FIDLEG übernommen werden.
- Die MiFID II schränkt die Möglichkeit von *Execution-only*-Geschäften für Kleinkundinnen und -kunden auf nicht komplexe Finanzinstrumente ein. Gemäss FIDLEG soll es den Privatkundinnen und -kunden dagegen für sämtliche Produkte erlaubt sein, *Execution-only*-Geschäfte zu veranlassen. Notwendig ist dabei aber die Aufklärung der Privatkundinnen und -kunden über ihren Status und die damit verbundene Eigenverantwortung.
- Auf dem Schweizer Markt für Anleihen investieren nicht nur professionelle Kunden, sondern auch zahlreiche Privatkundinnen und -kunden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Vielzahl der in der Schweiz emittierten Anleihen den Prospektvorschriften des FIDLEG unterstellt sein wird. Damit auch unter diesen neuen Regeln eine noch raschere und marktnahe Anleiheemission möglich ist, sehen die Bestimmungen des FIDLEG vor, dass der Bundesrat Forderungspapiere bezeichnen kann, deren Prospekt unter bestimmten Voraussetzungen erst nach der Veröffentlichung geprüft werden muss.
- Das vorgesehene aussergerichtliche Streitbelegungsverfahren vor anerkannten spezialisierten Ombudsstellen mit entsprechender Anschluss- und Teilnahmepflicht für Finanzdienstleister entspricht der europäischen Regulierung.

Die beschriebenen Abweichungen der vorgelegten Gesetzesentwürfe gegenüber den europäischen Normen zur Finanzmarktregulierung lassen sich auf eine Berücksichtigung der besonderen Eigenschaften des Schweizer Finanzmarkts zurückführen. Die vorgeschlagenen Vorschriften enthalten jedoch grundsätzlich keine Vorschriften, die

über die Anforderungen der europäischen Regelwerke hinausgehen. Sie stellen kein Hindernis für eine allfällige Äquivalenzanerkennung der Schweiz unter der Verordnung MiFIR⁵⁵ dar. In Bereichen, in denen die europäischen Regulatoren über keine Kompetenzen zum Erlass von Vorschriften verfügen oder diese bisher noch nicht umgesetzt haben, orientieren sich die vorliegenden Anforderungen an massgebenden internationalen Standards und nationalen Regulierungen anderer Jurisdiktionen.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

2.1 Finanzdienstleistungsgesetz

Art. 1 Zweck und Gegenstand

Abs. 1

Das FIDLEG bezweckt den Schutz der Kundinnen und Kunden und die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die Finanzdienstleister. Als Kundinnen und Kunden gelten in diesem Erlass alle Gläubigerinnen und Gläubiger, Anlegerinnen und Anleger sowie Versicherten, für die ein Finanzdienstleister eine Finanzdienstleistung erbringt. Der Kundenschutz stellt neben dem Funktionsschutz bereits im geltenden Recht eine der beiden zentralen finanzmarktrechtlichen Zielsetzungen dar⁵⁶. Er hat insbesondere zwei Stossrichtungen: Einerseits sollen die Kundinnen und Kunden mit den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Organisation und finanzielle Ausstattung von Finanzintermediären vor einem Kapitalverlust infolge der Insolvenz ihres Finanzdienstleisters geschützt werden. Andererseits erfolgt der Kundenschutz über Regeln zum lautereren Geschäftsgebaren der Marktteilnehmer. Darunter sind im geltenden Recht insbesondere die börsenrechtlichen Vorschriften über das Marktverhalten, produkt- und dienstleistungsbezogene Transparenzvorschriften sowie die börsen- und kollektivanlagenrechtlichen Verhaltensregeln zu zählen. Die Vorschriften des FIDLEG lassen sich dieser zweiten Ausprägung des Kundenschutzes zuordnen. Die Bestimmungen wollen durch die Herstellung einer verbesserten Transparenz sowie mittels klarer Anforderungen an das Verhalten der Dienstleistungserbringer die Voraussetzungen schaffen, unter denen die Kundinnen und Kunden selbstständige Entscheidungen über die Anlage ihrer Vermögenswerte treffen können. Das Ziel des Kundenschutzes wird insbesondere durch die Sicherstellung eines ausreichenden Informationsflusses zwischen den Marktteilnehmern erreicht. Ein effizienter Finanzmarkt und das Vertrauen der Marktteilnehmer in diesen Markt können nur dann zustande kommen, wenn die wesentlichen Informationen über gehandelte Finanzinstrumente und angebotene Dienstleistungen für alle Marktteilnehmer umfassend, verständlich und zeitnah erhältlich sind.

⁵⁵ Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, Abl. L 173/84 vom 12.6.2014

⁵⁶ Vgl. Emmenegger, Susan/Good, Rahel, Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: Sethe/Hens/von der Crone/Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, S. 85 ff., 90.

Mit den neuen Vorschriften soll hingegen nicht in die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer eingegriffen werden. Insbesondere soll es den Kundinnen und Kunden unbenommen bleiben, mit allen auf den Finanzmärkten erhältlichen Finanzinstrumenten zu handeln. Auch die Anbieter von Finanzdienstleistungen sollen in ihrer Tätigkeit möglichst geringfügig eingeschränkt werden.

Die neuen Vorschriften streben die Schaffung möglichst gleicher Wettbewerbsbedingungen für vergleichbare Tätigkeiten an. Insbesondere sollen in der Schweiz bewilligungspflichtige Finanzdienstleistungen nur noch grenzüberschreitend in die Schweiz erbracht werden können, wenn die ausländischen Finanzdienstleister die Verhaltenspflichten des FIDLEG einhalten und in ihrem Herkunftsstaat einer gleichwertigen Aufsicht unterstehen wie die bewilligungspflichtigen Finanzdienstleister in der Schweiz.

Sowohl der verbesserte Kundenschutz als auch der durch die Schaffung möglichst gleicher Bedingungen begünstigte inländische Wettbewerb tragen zur Verbesserung der Reputation im Allgemeinen und zur Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Finanzplatzes im Besonderen bei.

Abs. 2

Um die Ziele aus Absatz 1 zu erreichen, legt das FIDLEG die aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen für die getreue, sorgfältige und transparente Erbringung von Finanzdienstleistungen (2. Titel) sowie das Anbieten von Effekten und anderen Finanzinstrumenten fest (3. Titel). Der Erlass verpflichtet die Finanzdienstleister somit auch aus einer aufsichtsrechtlichen Perspektive zu einem Verhalten, das die Interessen der Kundinnen und Kunden berücksichtigt. Bereits das geltende Aufsichtsrecht statuiert in punktueller Weise Mindestanforderungen an das Verhalten von Finanzdienstleistern. Im Einklang mit den internationalen Entwicklungen wird dieser Ansatz mit dem FIDLEG gestärkt.

Daneben enthält der Erlass Regelungen zur erleichterten Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche der Kundinnen und Kunden gegenüber Finanzdienstleistern (4. und 5. Titel). Kundinnen und Kunden sollen bestehende Rechte und Ansprüche aus ihren privatrechtlichen Rechtsbeziehungen mit Finanzdienstleistern diesen gegenüber wirksam geltend machen können. Umgekehrt haben Kundinnen und Kunden keine Möglichkeit, die aufsichtsrechtlichen Anforderungen gegenüber ihrem Finanzdienstleister direkt geltend zu machen. Die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln strahlen jedoch insofern auf die zivilrechtliche Beziehung zwischen den Parteien aus, als dass sie zur Konkretisierung der privatrechtlichen Vorschriften herangezogen werden können (vgl. Ziff. 1.4.2.1).

Nicht Gegenstand des Gesetzes sind Tätigkeiten im Kreditbereich. So gilt das Anbieten von Kreditprodukten grundsätzlich nicht als Erbringung einer Finanzdienstleistung. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur für die Kreditvergabe, die unmittelbar für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten erfolgt (Art. 3 Bst. d Ziff. 5). Ebenfalls nicht unter den Geltungsbereich des FIDLEG fällt grundsätzlich das Anbieten von Versicherungsprodukten. Allerdings müssen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler die Vorschriften zum Vertrieb von Versicherungen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004⁵⁷ (VAG) einhalten. Ein Teil dieser Bestimmungen soll mit der Einführung des

FIDLEG an die Vorschriften dieses Erlasses angepasst werden (vgl. den Kommentar zu Art. 42 ff. VAG unter Ziff. 2.2.6). Direkt dem FIDLEG unterstellt wird zudem der Vertrieb von rückkaufähigen Lebensversicherungen mit kursabhängigen Leistungen und Abfindungswerten (Art. 3 Bst. b Ziff. 6). Aufgrund ihrer Anlagekomponente weisen diese Versicherungsprodukte aus wirtschaftlicher Sicht ähnliche Merkmale wie die übrigen Finanzinstrumente nach Artikel 3 Buchstabe b FIDLEG auf. Ihr Angebot an Kundinnen und Kunden hat deshalb unter den Verhaltensregeln des FIDLEG zu erfolgen.

Art. 2 Geltungsbereich

Der Geltungsbereich des Gesetzes bezieht sich auf Finanzdienstleister, Kundenberaterinnen und -berater sowie Ersteller und Anbieter von Finanzinstrumenten. Nicht als Finanzdienstleister gelten die Vorsorgeeinrichtungen. Namentlich die Anlagestiftungen, die einzig die Verwaltung von Vorsorgevermögen bezwecken, könnten aufgrund ihrer Funktion als Finanzdienstleister qualifiziert werden. Dies würde aber nicht dem Sinn und Zweck der FIDLEG-Regelung entsprechen, weshalb die Vorsorgeeinrichtungen und die Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge dienen, vom Geltungsbereich nicht erfasst sind. Für die Beaufsichtigung der Finanzdienstleister, Ersteller und Anbieter kann auf die Finanzmarktgesetze und insbesondere das neue FINIG (Ziff. 1.5 und 2.3) verwiesen werden. Das FIDLEG setzt keine neuen prudenziellen Massstäbe für diese Institute, sondern konkretisiert punktuell organisatorische Anforderungen, welche die Finanzdienstleister zur Umsetzung der Verhaltensregeln einhalten müssen (Art. 23–29). Kundenberaterinnen und -berater von schweizerischen nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern sowie von ausländischen Finanzdienstleistern, die in der Schweiz über keine Niederlassung verfügen oder hier nicht prudenziell beaufsichtigt werden, müssen sich in ein Beraterregister eintragen lassen. Für diesen Eintrag müssen sie über die notwendige Aus- und Weiterbildung verfügen, an eine Ombudsstelle angeschlossen sein und über ausreichende finanzielle Sicherheiten verfügen (Art. 30 ff.).

Soweit die Schweizerische Nationalbank (SNB) auf dem Finanzmarkt tätig ist, erfolgt dies in Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten und damit im öffentlichen Interesse und nicht im Rahmen der Tätigkeiten einer kommerziellen Finanzdienstleisterin. Dabei steht die SNB nicht im Wettbewerb mit anderen Akteuren des Finanzplatzes. Aufgrund der von der SNB zu erfüllenden Aufgaben erbringt diese typischerweise auch keine Finanzdienstleistungen an Kunden, die eines bestimmten Schutzes bedürften. Zudem untersteht die SNB in ihrem Tätigkeitsgebiet auch keiner Institutsaufsicht. In Anlehnung an die europäische Regelung MiFID II, welche explizit nicht auf Zentralbanken anwendbar ist, rechtfertigt es sich, eine explizite Ausnahme der SNB vom Geltungsbereich des FIDLEG vorzusehen. Dies gilt auch für die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), welche im Zuge der Erfüllung ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben unter anderem auch als Bank der Zentralbanken fungiert und für diese zahlreiche Finanzdienstleistungen erbringt. Die BIZ dient hierbei ausschliesslich Zentralbanken sowie einer kleinen Gruppe im Finanzbereich tätiger internationaler Organisationen und geniesst für die Erfüllung ihrer Aufgaben weitreichende Immunitäten. Beispielsweise gewährt das Sitzabkommen der BIZ in Artikel 9 ausdrücklich die freie Verfügung über ihre Guthaben und die Freiheit ihrer Geschäfte. Eine Unterstellung der BIZ unter das FIDLEG wäre nicht mit der Rechtsnatur der BIZ, ihren im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben und ihrem Rechtsstatus in der Schweiz vereinbar, weshalb sich

auch in Bezug auf die BIZ eine explizite Ausnahme vom Geltungsbereich des FIDLEG ebenfalls rechtfertigt.

Art. 3 Begriffe

Bst. a Vermögenswerte

Als Vermögenswerte gelten neben Finanzinstrumenten nach Buchstabe b sämtliche anderen Finanzanlagen, wie etwa Bankguthaben auf Sicht oder auf Zeit oder Forderungspapiere ohne Effektencharakter. Nicht als Finanzanlagen gelten namentlich direkte Anlagen in Immobilien und Ansprüche aus Sozialversicherungen sowie Guthaben der beruflichen Vorsorge.

Bst. b Finanzinstrumente

Als Finanzinstrumente gelten zunächst Beteiligungs- und Forderungspapiere (Ziff. 1 und 2). Der Begriff des Beteiligungspapiers erfasst (in der EU als «Dividendenwerte» bezeichnete) Effekten, die Beteiligungs- und Stimmrechte an Aktiengesellschaften verleihen, also neben der Aktie in ihren verschiedenen Ausgestaltungen (Art. 622 OR) auch Partizipations- und Genussscheine (Art. 656a und 657 OR), sowie Effekten wie beispielsweise Wandelanleihen (*convertible bonds*), die das Recht zum Erwerb von Aktien oder diesen gleichzustellenden Effekten enthalten. Unter den Begriff der Forderungspapiere fallen alle (in der EU als «Nichtdividendenwerte» bezeichneten) Effekten, die nicht als Beteiligungspapiere gelten, also insbesondere Anleihen, Derivate und strukturierte Produkte.

Als Finanzinstrumente gelten weiter Anteile an kollektiven Kapitalanlagen nach den Artikeln 7 und 119 KAG, Derivate nach Artikel 2 FinfraG sowie strukturierte Produkte (Ziff. 3 bis 5). Der Begriff des strukturierten Produkts wird – wie bereits in der bisherigen Regulierung gemäss Artikel 5 KAG – auch im FIDLEG nicht abschliessend definiert. Zum Verständnis des Begriffs kann auf die Ausführungen zu Artikel 5 KAG in der Botschaft über die Änderung des KAG vom 2. März 2012 verwiesen werden⁵⁸. Die aufgezählten Kategorien von Finanzinstrumenten überlappen sich teilweise. So gelten insbesondere Anteile an kollektiven Kapitalanlagen, strukturierte Produkte oder Derivate in der Regel ebenfalls als Forderungs- oder Beteiligungspapiere im Sinne dieser Bestimmung.

Als Finanzinstrumente gelten zudem rückkauffähige Lebensversicherungen mit kursabhängigen Leistungen und Abfindungswerten sowie Kapitalisations- und Tontinengeschäfte (Ziff. 6). Erstere umfassen Lebensversicherungen, welche einen Sparprozess beinhalten, der von der Wertentwicklung von Finanzinstrumenten, anderen Aktiven oder Indices abhängig ist. Unbeachtlich ist dabei, ob die Kundin oder der Kunde die Instrumente auswählen kann oder keine Wahlfreiheit besteht. Vielmehr ist entscheidend, ob die Kundin oder der Kunde ein Kapitalanlagerisiko trägt. Nicht erfasst werden deshalb namentlich die klassischen Lebensversicherungsprodukte, bei welchen das Sparkapital mit einem festen Zinssatz verzinst wird.

Beim Kapitalisationsgeschäft vereinbaren ein Lebensversicherer und seine Kundin oder sein Kunde die Übernahme von Vermögenswerten der Kundin oder des Kunden und deren Bewirtschaftung nach einem mathematischen Verfahren. Die Kapitalisationsgeschäfte weisen im Gegensatz zu konventionellen Lebensversicherungs-

⁵⁸ Vgl. Botschaft KAG-Revision, BBl 2012 3693, hier 3662.

produkten keine oder nur sehr geringe biometrische Risiken (Erwerbsunfähigkeit, Invalidität, Todesfall oder Erlebensfall) auf. Der Anlagecharakter überwiegt beim Kapitalisationsgeschäft, weshalb seine Eigenschaft eher einem Bank- als einem Lebensversicherungsprodukt entspricht. Deshalb dürfen sie – trotz eigenständig aufgeführtem Versicherungszweig in der Aufsichtsverordnung vom 9. November 2005⁵⁹ (AVO) – auch nicht als Versicherung bezeichnet werden.

Bei einem Tontinengeschäft kauft eine Gruppe von Leuten eine lebenslange Rente. Der Versicherer verteilt jährlich die Gesamtsumme dieser Renten unter die noch lebenden Leute. Da der Kreis der Begünstigten mit der Zeit abnimmt, erhöht sich die einzelne Rente an die Überlebenden. Am Schluss erhält eine Person die gesamte Rentensumme. Der Tontine kommt damit ein gewisser Lotteriecharakter zu.

Risiko- oder kursabhängige Einlagen (Ziff. 7) fallen ebenfalls unter den Begriff des Finanzinstruments. Erfasst werden zunächst Einlagen, bei denen der Rückzahlungswert risiko- oder kursabhängig ist, wie dies etwa bei Edelmetallkonten der Fall ist. Als risiko- oder kursabhängige Einlagen gelten aber auch Finanzinstrumente, bei denen lediglich der Zins risiko- oder kursabhängig ausgestaltet wird. Nicht von der Regelung erfasst werden hingegen Einlagen, deren Zins direkt an Zinssatzindices – wie etwa den Libor oder Euribor – gebunden sind. Ebenfalls nicht als risiko- oder kursabhängige Einlagen gelten Konten mit einem festen Zins oder einem Zinssatz, welcher durch die Bank gestützt auf die allgemeine Lage auf dem Geld- und Kapitalmarkt periodisch angepasst wird.

Schliesslich gelten auch die Anleiensobligationen als Finanzinstrumente (Ziff. 8). Anleiensobligationen sind Anteile eines Gesamtdarlehens mit einheitlichen Bedingungen hinsichtlich Zinssatz, Ausgabepreis, Laufzeit, Zeichnungsfrist, Absicherung etc. Der Anleiensnehmer schliesst mit einer Vielzahl von Darleihern selbstständige Einzelverträge ab, wobei für die Rückforderung jedes Teilbetrages regelmässig ein Wertpapier begeben oder ein Wertrecht geschaffen wird⁶⁰. Diese Abstraktion vom zugrunde liegenden Darlehensvertrag verleiht der Anleiensobligation eine gewisse Handelbarkeit, die jedoch von der konkreten Ausgestaltung der Anleiensobligationen abhängig ist. Dass sich die Anleiensobligationen durch die gleichen Bedingungen auszeichnen, bedeutet nicht, dass sie absolut identisch sein müssen, namentlich kann die Stückelung unterschiedlich sein. Sind die Anleiensobligationen so ausgestaltet, dass sie «vereinheitlicht und zum massenhaften Handel geeignet» sind, gelten sie zudem als Effekten im Sinne von Buchstabe c. Anleiensobligationen sind Mittel der Fremdfinanzierung.

Die Fremdfinanzierung ohne Einbezug etablierter Finanzintermediäre ist derzeit vor allem im Zusammenhang mit dem Phänomen des sogenannten *Crowdfundings* ein Thema, weshalb an dieser Stelle kurz darauf eingegangen wird. *Crowdfunding* ist eine alternative Finanzierungsform für unterschiedliche Projekte, bei der die Finanzierung durch die Mobilisierung einer Vielzahl von grösstenteils unbekanntem Personen (den Geldgeberinnen und Geldgebern) erfolgt. Die einzelnen Geldgeberinnen und Geldgeber steuern dabei im Verhältnis zum Gesamtbetrag regelmässig nur einen kleinen Anteil bei. Ihre Mobilisierung erfolgt typischerweise über sogenannte *Crowdfunding*-Plattformen im Internet, die in der Regel nur eine Vermittlungsfunktion übernehmen. Das Phänomen *Crowdfunding* ist rechtlich nicht speziell geregelt. Aus diesem Grund sind auch die in der Praxis existierenden Erscheinungsformen des

⁵⁹ SR 961.011

⁶⁰ Vgl. BGE 113 II 283 E. 5.a

Crowdfundings sehr unterschiedlich ausgestaltet. Entsprechend finden je nach Ausgestaltung im Einzelfall unterschiedliche Normen des Privat- sowie des Finanzmarktrechts Anwendung. Beim *Crowdfunding* kann grundsätzlich zwischen vier Kategorien unterschieden werden: *Crowddonating*, *Crowdsupporting*, *Crowdlending* und *Crowdinvesting*. Bei den ersten zwei Kategorien überlassen die Geldgeberinnen und Geldgeber den Geldnehmern (d. h. den Projektentwicklern) eine bestimmte Summe entweder als Spende ohne Gegenleistung (*Crowddonating*; Spendermodell) oder für eine Gegenleistung ideeller oder bloss geringer materieller Natur (*Crowdsupporting*; bspw. Theatereintritt, Nennung im Abspann eines Films etc.). Die Geldgeberinnen und Geldgeber erwarten nicht, dass der überlassene Geldbetrag zurückerstattet wird. Privatrechtlich handelt es sich dabei um (gemischte) Schenkungen. Finanzmarktrechtlich sind diese Formen des *Crowdfundings* in der Regel nicht problematisch, sofern die Zahlungen ausschliesslich zwischen den Geldnehmern und den Geldgeberinnen und Geldgebern und nicht über eine *Crowdfunding*-Plattform abgewickelt werden.

Im Gegensatz zu *Crowddonating* und *Crowdsupporting* erwarten die Geldgeberinnen und Geldgeber beim *Crowdlending* sowohl die Rückerstattung des überlassenen Geldes als auch regelmässig eine angemessene Zinszahlung. Das *Crowdlending* kann privatrechtlich mittels Abschluss individueller Darlehensverträge zwischen den Geldgebern und den Geldnehmern erfolgen (Art. 312 ff. OR). In diesen Fällen können die Geldgeber in der Regel Einfluss auf die Höhe von Darlehenssumme und Zins nehmen. Bei der Wahl dieser Form der Fremdfinanzierung ist aber das Finanzmarktrecht zu beachten, da Darlehensverbindlichkeiten Publikumseinlagen gemäss BankG darstellen. Die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen ist Nicht-Banken unter Strafe verboten (Art. 46 Abs. 1 Bst. a BankG). Gewerbsmässig im Sinne dieser Bestimmung handelt dabei bereits, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (Art. 6 Bankenverordnung vom 30. April 2014⁶¹ [BankV]). Beim *Crowdlending* läuft der Geldnehmer somit Gefahr, dem BankG unterstellt zu sein. Weiter können die beim *Crowdlending* abgeschlossenen Darlehensverträge als Konsumkreditverträge gemäss Konsumkreditgesetz vom 23. März 2001⁶² (KKG) in Betracht fallen, was zur Folge hat, dass auch die Vorschriften des KKG zu erfüllen wären. Beim *Crowdlending* sind aber nur jene Darlehensverträge dem KKG unterstellt, an deren Vergabe sich ein Kreditgeber gemäss Artikel 2 KKG (gewerbsmässiger Darleiher) beteiligt. Alle übrigen Darlehen unterstehen dem KKG hingegen nicht. Sind die Darlehen jedoch als Konsumkredite zu qualifizieren, ist auch die gewerbsmässige Kreditvermittlung bewilligungspflichtig (Art. 39 i.V.m. Art. 4 KKG).

Alternativ zum Abschluss individueller Darlehen kann eine Fremdfinanzierung auch mittels Ausgabe von Anleiheobligationen erfolgen. Nach geltendem Recht bedingt dies jedoch die Veröffentlichung eines Prospekts (Art. 1156 OR). Die Ausgabe von Anleiheobligationen hat aus finanzmarktrechtlicher Sicht den Vorteil, dass bei (fehlerfreier) Erstellung eines Prospekts, die Geldüberlassung nicht als Einlagengeschäft nach dem BankG gilt (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV). Mit dem FIDLEG soll die obligationenrechtliche Prospektspflicht für Anleiheobligationen ersetzt werden (vgl. hinten 3. Titel, 1. Kapitel, 1. Abschnitt). Gemäss Artikel 37 hat künftig

⁶¹ SR 952.02

⁶² SR 221.214.1

jeder, der in der Schweiz ein öffentliches Angebot für Effekten unterbreitet, einen Prospekt zu veröffentlichen. Diese Pflicht gilt auch für Anleiensobligationen, soweit diese auch als Effekten nach Artikel 3 Buchstabe c qualifiziert werden können. Besteht die Prospektpflicht, wäre im konkreten Fall zu prüfen, ob eine Ausnahmeregelung Anwendung findet (vgl. Art. 38 ff.). Für das *Crowdfunding* könnten insbesondere die Ausnahmen nach Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe e (Gesamtvolumen unter 100 000 Franken über 12 Monate) oder Artikel 39 Buchstabe i (Mittelbeschaffung für ideelle Zwecke) relevant werden. Sind die Anleiensobligationen hingegen nicht als zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte oder Bucheffekten ausgestaltet, entfällt die Prospektpflicht. Unabhängig von der Prospektpflicht ist für Anleiensobligationen aber in jedem Fall ein Basisinformationsblatt gemäss Artikel 60 zu erstellen, da es sich um Finanzinstrumente nach dieser Ziffer handelt. Im Zusammenhang mit *Crowdfunding*-Aktivitäten würde das Basisinformationsblatt für die nötige Transparenz sorgen, zumal beim *Crowdfunding* das Risiko besteht, dass die Geldgeber bei einem Scheitern des unterstützten Projekts ihren gesamten Einsatz verlieren. Schliesslich ist zu erwähnen, dass auch nach neuem Recht Anleiensobligationen keine Einlagen gemäss Bankengesetz darstellen werden, soweit ein Prospekt oder Basisinformationsblatt erstellt werden muss.

Beim *Crowdinvesting* handelt es sich schliesslich um eine Form der Gesellschaftsfinanzierung, bei der als Gegenleistung für die Überlassung des Geldes Beteiligungsrechte und gegebenenfalls eine Beteiligung am Erfolg versprochen wird. Im Gegensatz zum *Crowdlending* wird dem Geldnehmer Eigenkapital zur Verfügung gestellt. Diese Finanzierungsform wird regelmässig von jungen Unternehmen (Start-ups) genutzt. Beteiligungspapiere (Aktien, Genussscheine oder Partizipationsscheine) sind in der Regel Effekten nach Buchstabe c, weshalb bei Vorliegen eines öffentlichen Angebots ein Prospekt nach Artikel 37 zu veröffentlichen ist.

Bst. c Effekten

Beteiligungs- und Forderungspapiere gemäss Buchstabe b gelten als Effekten. Der Effektenbegriff des FIDLEG ist identisch mit der Definition gemäss Artikel 2 Buchstabe b FinfraG.

Bst. d Finanzdienstleistung

Das neue Gesetz will sektorübergreifende Vorschriften für das Verhalten der Marktteilnehmer einführen. Der Begriff der Finanzdienstleistung wird deshalb weit gefasst. Erfasst werden einerseits alle Tätigkeiten, die zum Erwerb eines Finanzinstruments durch eine Kundin oder einen Kunden führen können. Darunter fallen der Erwerb und die Veräusserung von Finanzinstrumenten auf Rechnung von Kundinnen und Kunden, unabhängig davon, ob die Finanzinstrumente von Dritten erworben werden oder vom Finanzdienstleister selbst geschaffen, platziert oder auf dem Sekundärmarkt veräussert werden (Ziff. 1). Ebenfalls als Finanzdienstleistungen gelten die reine Vermittlung von Geschäften mit Finanzinstrumenten (Ziff. 2) sowie die Vermögensverwaltung und Anlageberatung. Als Vermögensverwaltung gelten sämtliche Aktivitäten, bei denen dem Finanzdienstleister eine Vollmacht zur Investition von Vermögenswerten für Rechnung der Kundinnen und Kunden übertragen wird. Erfasst werden auch Vollmachten, die sich auf einzelne Geschäfte beziehen, und Verhältnisse, bei denen Transaktionen trotz externer Vollmachten intern vom Kunden zu genehmigen sind (Ziff. 3). Eine Anlageberatung liegt hingegen vor, wenn der Finanzdienstleister bestimmten Kundinnen und Kunden den Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten empfiehlt (Ziff. 4). Keine persönliche

Empfehlung und damit keine Anlageberatung liegt vor, wenn ein Finanzdienstleister seiner Kundin oder seinem Kunden lediglich die allgemeinen Erwartungen seines Instituts oder Dritter über die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente mitteilt. Hinweise dieser Art nehmen keinen Bezug auf Finanzinstrumente des Kundenportfolios.

Nicht als Finanzdienstleistungen gelten Kreditgeschäfte mit Kundinnen und Kunden. Sie werden nur vom Geltungsbereich des FIDLEG erfasst, wenn die Kundinnen und Kunden einen Kredit aufnehmen, um dieses Geld für Geschäfte mit Finanzinstrumenten zu verwenden (Ziff. 5).

Bst. e Finanzdienstleister

Als Finanzdienstleister gelten alle Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen erbringen. Von den neuen Vorschriften erfasst werden somit einerseits beaufsichtigte Marktteilnehmer wie Banken, Wertpapierhäuser, Fondsleitungen, Versicherungen sowie neu alle Vermögensverwalter. Die Pflichten des Erlasses richten sich dabei an die Beaufsichtigten selbst und nicht an deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Allerdings haben die erfassten Institute dafür zu sorgen, dass auch ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie Dritte, die sie zur Erbringung einer Finanzdienstleistung heranziehen, die Verhaltensregeln einhalten (vgl. Art. 25 und 26). Andererseits sind auch nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer den Verhaltensregeln unterstellt, wenn sie Finanzdienstleistungen für ihre Kundinnen und Kunden erbringen. Für diese Marktteilnehmer wird die Einhaltung der Verhaltensregeln nicht überwacht, Verstösse werden jedoch strafrechtlich sanktioniert (vgl. Art. 92 ff.)

Ein gewerbsmässiges Tätigwerden liegt dann vor, wenn der Finanzdienstleister eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 2 Buchstabe b der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007⁶³ (HRegV) ausübt⁶⁴. Eine gewerbsmässige Tätigkeit wird in Anlehnung an die bisherige Regelung in der BankV vermutet, wenn der Finanzdienstleister für mehr als 20 Kundinnen und Kunden Finanzdienstleistungen erbringt oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die Erbringung von Finanzdienstleistungen wirbt.

Ist ein Finanzdienstleister eine natürliche Person, so hat er neben den Verhaltens- und Organisationspflichten auch die Vorschriften für Kundenberaterinnen und Kundenberater einzuhalten (vgl. Art. 6 und 31).

Schweizer Finanzdienstleister unterstehen den Vorschriften des FIDLEG unabhängig davon, ob sie Dienstleistungen für Kundinnen und Kunden in der Schweiz oder im Ausland erbringen. Ausländische Finanzdienstleister werden immer dann von den Vorschriften des FIDLEG erfasst, wenn sie Kundinnen und Kunden in der Schweiz bedienen.

Bst. f Kundenberaterinnen und -berater

Als Kundenberaterinnen und -berater gelten zum einen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eines Finanzdienstleisters, welche Finanzdienstleistungen für Kundinnen und Kunden erbringen. So sind etwa Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Bank, die für die Bankkundinnen und -kunden Transaktionen mit Finanzinstrumenten vornehmen oder sie bei der Anlage ihres Vermögens beraten, Kundenberaterinnen oder

⁶³ SR 221.411

⁶⁴ Urteil B-1186/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2013, E. 3.3.

-berater im Sinne dieser Bestimmung. Zum anderen gelten die Finanzdienstleister selbst als Kundenberater, wenn sie als natürliche Personen Finanzdienstleistungen für ihre eigenen Kundinnen und Kunden erbringen. Als Kundenberater gelten somit auch natürliche Personen, die als Vermittler oder Vertreiber von Finanzinstrumenten tätig sind und in keinem Anstellungsverhältnis zum Ersteller der Finanzinstrumente stehen.

Nicht als Kundenberaterinnen oder -berater gelten Mitarbeitende von Finanzdienstleistern, die keinen Kontakt zu Kundinnen und Kunden haben oder die Erbringung von Finanzdienstleistungen lediglich in untergeordneter Weise unterstützen. Zu denken ist an den Versand von Produktdokumentationen auf Interessenbekundung eines Kunden, die Vereinbarung eines Termins für einen Kunden bei seinem Kundenberater oder an die Betreuung der technischen Abläufe von elektronischen Kundenportalen oder Websites des Finanzdienstleisters.

Bst. g Emittenten

Emittent ist, wer zum Zweck der Kapitalbeschaffung Effekten ausgibt oder ausgeben lässt (bspw. eine Aktiengesellschaft, die Aktien oder Anleihen emittiert).

Bst. h Angebot

Damit ein Angebot vorliegt, muss es auf Seiten der Anlegerin oder des Anlegers nach Treu und Glauben als solches verstanden werden. In diesem Sinne wird eine allgemein gehaltene Werbung in der Regel mangels konkreter Angaben zum Finanzinstrument nicht als Angebot gelten. Hingegen wird ein Angebot vorliegen, wenn die Informationen ausreichend detailliert sind, um den Anlegerinnen und Anlegern die Annahme des Angebots zu ermöglichen.

Bst. i Öffentliches Angebot

Der Begriff des öffentlichen Angebots ist weit gefasst und erfasst insbesondere auch die Angebote von Effekten auf dem Primärmarkt, soweit sie sich nicht an einen beschränkten Personenkreis richten. Hingegen liegt kein öffentliches Angebot vor, wenn lediglich Mitteilungen durch Finanzdienstleister an bestehende Kundinnen und Kunden weitergeleitet werden, die bspw. den Effektenhandel an einem Handelsplatz oder andere Mitteilungen des Emittenten betreffen.

Art. 4 Kundensegmentierung

Kundinnen und Kunden können natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften sowie andere, nach ausländischem Recht gebildete Rechtseinheiten (bspw. Trusts) sein. Die Beziehung zwischen dem Finanzdienstleister und den Kundinnen und Kunden kann vertraglicher oder rein faktischer Natur sein. Als Kundinnen und Kunden gelten auch Personen, denen der Finanzdienstleister seine Dienstleistung erst anbietet und mit denen er die Dienstleistungserbringung noch nicht vereinbart hat.

Das FIDLEG schafft zwei Hauptkategorien von Kundinnen und Kunden, nämlich die Privatkundinnen und -kunden und die professionellen Kunden und als eine Untergruppe der professionellen Kunden die institutionellen Kunden. Der Kreis der professionellen Kunden wird in den Grundzügen auf Gesetzesstufe umschrieben und lehnt sich an den Katalog von MiFID II sowie die Anlegersegmentierung des geltenden KAG an. Als professionelle Kunden gelten in der Schweiz beaufsichtigte Finanzintermediäre und Versicherungsunternehmen, ausländische Kundinnen und

Kunden, die einer gleichwertigen prudenziellen Aufsicht unterstehen, sowie Zentralbanken. Ebenfalls als professionelle Kunden gelten öffentlich-rechtliche Körperschaften sowie Vorsorgeeinrichtungen und Unternehmen mit professioneller Tresorerie. Für die Auslegung dieser Begriffe kann auf das Verständnis gemäss dem bisherigen Artikel 10 Absatz 2 KAG verwiesen werden. Eine professionelle Tresorerie ist gemäss geltender Praxis zu bejahen, wenn das Unternehmen mindestens eine fachlich ausgewiesene, im Finanzbereich erfahrene Person damit betraut, seine Finanzmittel dauernd zu bewirtschaften⁶⁵. Als Privatkundinnen und -kunden gelten dagegen alle Kundinnen und Kunden, die nicht unter eine der in Absatz 3 genannten Gruppen gehören.

Eine Untergruppe der professionellen Kunden sind die institutionellen Kunden (Abs. 4). Als solche gelten in der Schweiz beaufsichtigte Finanzintermediäre und Versicherungsunternehmen, ausländische Kundinnen und Kunden, die einer gleichwertigen prudenziellen Aufsicht unterstehen, Zentralbanken sowie nationale und supranationale öffentlich-rechtliche Körperschaften. Da diese Marktteilnehmer in der Regel vergleichbare Kenntnisse und Erfahrungen aufweisen wie der Finanzdienstleister, der mit ihnen Geschäfte tätigt, besteht für sie kein vergleichbarer Schutzbedarf wie für die übrigen professionellen Kunden (vgl. Art. 22).

Wie bereits im geltenden Artikel 10 KAG soll der Bundesrat zudem für weitere Kategorien professioneller Kunden, zum Beispiel in Anlehnung an die europäische MiFID, eine fachliche Qualifikation auf Verordnungsstufe einführen können (Abs. 5). Dieser Vorbehalt erlaubt eine flexible Anpassung an internationale Entwicklungen.

Absatz 6 berücksichtigt die Besonderheiten einer Konzernstruktur. Danach gelten Gesellschaften eines Konzerns, für die eine andere Gesellschaft des gleichen Konzerns eine Finanzdienstleistung erbringt, nicht als Kundinnen oder Kunden.

Der Entwurf sieht in *Absatz 7* zudem die Möglichkeit vor, dass auf die vorgesehene Segmentierung verzichtet werden kann, sofern der Finanzdienstleister sämtliche Kundinnen und Kunden als Privatkundinnen und -kunden behandelt. Dem Finanzdienstleister steht es frei, sich für eine der Möglichkeiten zu entscheiden. Er kann sich dabei auf unternehmensinterne Überlegungen stützen.

Art. 5 Opting-out und Opting-in

Vermögende Privatkundinnen und -kunden können auf den Schutz für Privatkundinnen und -kunden verzichten und dem Finanzdienstleister gegenüber schriftlich erklären, dass sie als professionelle Kunden behandelt werden wollen. Dieses *Opting-out* vom Schutzniveau für Privatkundinnen und -kunden gilt für sämtliche Finanzdienstleistungen durch den betreffenden Finanzdienstleister. Der Finanzdienstleister hat die Kundinnen und Kunden über die Folgen eines solchen Verzichts aufzuklären. Weiter hat er sie bei einem Verzicht darauf hinzuweisen, dass sie zu einer Meldung von veränderten Verhältnissen an den Finanzdienstleister verpflichtet sind. Dieser hat gestützt auf die neue Verhältnisse erneut abzuklären, ob die Kundin oder der Kunde nach wie vor als professioneller Kunde gelten kann. Die Anforderungen an die vermögenden Privatkundinnen und -kunden können auf Verordnungsstufe konkretisiert werden (Abs. 1). Dabei sollen im Wesentlichen die Kriterien

⁶⁵ Vgl. u.a. FINMA-RS 2008/5 Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler (Effektenhändler), Rz 16.

gemäss dem heute noch geltenden Artikel 6 der Kollektivanlagenverordnung vom 22. November 2006⁶⁶ (KKV) übernommen werden. Privatkundinnen und -kunden können sich somit aufgrund ihrer persönlichen Ausbildung und Erfahrung im Finanzsektor sowie über das Vorhandensein eines bestimmten Vermögens als professionelle Kunden einstufen lassen. Ab einer durch den Bundesrat festzulegenden Vermögensschwelle kann zudem der Nachweis einer genügenden Ausbildung und Erfahrung entfallen.

Die Kundensegmentierung soll die Kundinnen und Kunden nicht daran hindern, sich einem höheren Schutz zu unterstellen, als dies durch das FIDLEG grundsätzlich vorgesehen ist. Professionelle Kunden können ihrem Finanzdienstleister gegenüber jederzeit erklären, dass sie als Privatkundinnen und -kunden gelten wollen. Diesen Kundinnen und Kunden wird ab dem Zeitpunkt der Erklärung der erhöhte Schutz für Privatkundinnen und -kunden gewährt. Auch institutionelle Kunden können schriftlich erklären, dass sie nur als professionelle Kunden oder als Privatkundinnen und -kunden gelten wollen. Ein solches *Opting-in* unter ein erhöhtes Schutzniveau erfolgt ebenfalls für sämtliche Geschäfte mit dem betreffenden Finanzdienstleister.

Sind Kundinnen und Kunden nicht dem Schutzniveau für Privatkundinnen und -kunden unterstellt, sind sie durch den Finanzdienstleister darüber sowie über die Möglichkeit zum *Opting-in* zu informieren (Abs. 4).

Ein Wechsel des Kundensegments erfordert eine explizite Erklärung der Kundin oder des Kunden. Diese muss gemäss Absatz 5 schriftlich oder in anderer durch Text nachweisbarer Form erfolgen. Mit dem neu eingeführten Begriff «schriftlich oder in anderer durch Text nachweisbarer Form» werden neben der schriftlichen Form im Sinne von Artikel 13 ff. OR auch alle anderen Formtypen erfasst, welche den Nachweis durch Text ermöglichen (wie bspw. E-Mail). Damit soll dem elektronischen Geschäftsverkehr Rechnung getragen werden.

2. Titel: Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen

1. Kapitel: Aus- und Weiterbildung

Art. 6 Pflicht zur Aus- und Weiterbildung

Abs. 1

Die Bestimmung sieht vor, dass Kundenberaterinnen und -berater über hinreichende Kenntnisse der Verhaltensregeln des FIDLEG sowie über das für ihre Tätigkeit notwendige Fachwissen verfügen müssen. Ziel dieser Regelung ist es, Mindeststandards für die Kenntnisse von Kundenberaterinnen und -beratern sicherzustellen.

Bei den Verhaltensregeln handelt es sich zum einen um die Vorschriften gemäss Artikel 8 ff. FIDLEG. Die Kundenberaterinnen und -berater müssen insbesondere wissen, welche Informationspflichten sie ihren Kundinnen und Kunden gegenüber haben (Art. 9 ff.), ob eine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchzuführen ist (Art. 11 ff.) und wie sie ihre Dienstleistungen dokumentieren und darüber Rechenschaft ablegen müssen (Art. 17 f.). Zum anderen müssen sie auch allfällige sektorspezifische Verhaltensregeln des Schweizer Finanzmarktrechts kennen.

⁶⁶ SR 951.311

Die Fachkenntnisse beziehen sich auf den spezifischen Tätigkeitsbereich der fraglichen Kundenberaterin oder des fraglichen Kundenberaters. So muss beispielsweise ein Kundenberater, der seinen Kundinnen und Kunden den Erwerb von Anteilen kollektiver Kapitalanlagen empfiehlt, über die notwendigen Fachkenntnisse in Bezug auf diese Anlagevehikel verfügen. Andererseits muss eine Kundenberaterin, welche ihre Kundinnen und Kunden ausschliesslich in Bezug auf einfache Finanzinstrumente wie Aktien berät, nicht über vertiefte Kenntnisse für komplexere Finanzinstrumente wie strukturierte Produkte verfügen.

Damit die Kundenberaterinnen und -berater ihr Wissen erhalten und vertiefen können und damit sie über Veränderungen auf den Finanzmärkten oder im regulatorischen Umfeld informiert bleiben, aktualisieren sie ihre Kenntnisse durch eine regelmässige Weiterbildung.

Abs. 2 und 3

Die Anforderungen an eine angemessene Aus- und Weiterbildung von Kundenberaterinnen und -beratern sind nur dann wirksam, wenn sie sich an einem Mindeststandard ausrichten. Artikel 6 fordert somit die Einführung eines solchen Qualitätsmassstabs sowohl für die Kenntnisse der Verhaltensregeln wie auch für das Fachwissen, das die Kundenberaterinnen und -berater für ihre Tätigkeit benötigen.

Die Mindeststandards haben die besonderen Erfordernisse der verschiedenen Branchen zu berücksichtigen. Während die Kenntnisse über die Verhaltensregeln durch das FIDLEG weitgehend branchenübergreifend reguliert werden, unterscheiden sich die fachlichen Anforderungen an die verschiedenen Arten von Finanzdienstleistern und deren Tätigkeiten erheblich. Die Standards müssen diesem Umstand Rechnung tragen. Weiter sind sie zeitnah an neue Entwicklungen auf dem Markt, wie etwa neue Produkte oder Dienstleistungen, anzupassen. Um diese Voraussetzungen zu gewährleisten, werden die Finanzdienstleister selbst zur Ausarbeitung der Mindeststandards für die Aus- und Weiterbildung ihrer Kundenberaterinnen und -berater aufgefordert. Die Ausarbeitung der Standards wird in der Regel durch die Branchenverbände vorgenommen werden. Der Bundesrat nimmt nur dann eine Konkretisierung der Anforderungen vor, wenn die Finanzdienstleister keine oder ungenügende Standards an die Aus- und Weiterbildung statuieren. Selbstverständlich wird der Bundesrat bei dieser Delegationskompetenz wie auch bei den übrigen Delegationsnormen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei der Ausarbeitung der Verordnungsbestimmungen berücksichtigen. Namentlich darf die Umsetzung auf Verordnungsstufe nicht zu einer administrativen Überbelastung der Finanzdienstleister führen.

Art. 7 Verantwortung der Finanzdienstleister

Das FIDLEG regelt nicht primär das Verhalten der einzelnen Kundenberaterinnen und -berater, sondern statuiert Verhaltensregeln für die Finanzdienstleister. Die Finanzdienstleister tragen deshalb die Verantwortung, dass ihre Beraterinnen und Berater über hinreichende Kenntnisse im Bereich Verhaltensregeln und über angemessene Fachkenntnisse verfügen. Insbesondere müssen sie sicherstellen, dass ihre Kundenberaterinnen und -berater die Mindeststandards erfüllen, welche durch die Branche festgelegt worden sind. Darüber hinaus sind die Anforderungen an die konkrete Funktion anzupassen, die der jeweilige Kundenberater innerhalb der Organisation des Finanzdienstleisters innehat (vgl. auch Art. 23).

Damit die Kundinnen und Kunden einschätzen können, ob ihre Kundenberaterin oder ihr Kundenberater über eine ausreichende Aus- und Weiterbildung verfügt, um sie zu bestimmten Finanzdienstleistungen zu beraten, müssen sie Zugang zu Informationen über die absolvierten Aus- und Weiterbildungen der Beraterin oder des Beraters haben. Die Finanzdienstleister müssen deshalb sicherstellen, dass sich die Kundin oder der Kunde über die Aus- und Weiterbildung ihrer Kundenberaterin oder ihres Kundenberaters informieren kann.

2. Kapitel: Verhaltensregeln

1. Abschnitt: Grundsatz

Art. 8

Abs. 1

Finanzdienstleister übernehmen auf den Finanzmärkten eine Vielzahl verschiedener Funktionen. Sie führen Geschäfte für Dritte aus oder bieten Dienstleistungen im Bereich der Beratung und Vermögensverwaltung an. Dabei haben sie stets im Interesse ihrer Kundinnen und Kunden zu handeln. Zu einem solchen Verhalten sind sie bereits gestützt auf zivilrechtliche Vorgaben verpflichtet. Insbesondere hält das Auftragsrecht den Beauftragten zu einer getreuen und sorgfältigen Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts an (Art. 398 Abs. 2 OR).

Daneben sind die Finanzdienstleister zusätzlich auch aus einer aufsichtsrechtlichen Perspektive zu einem Handeln im Kundeninteresse zu verpflichten. In Artikel 8 ff. des Gesetzes werden diese aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln der Finanzdienstleister festgehalten. Die Pflichten bilden Anforderungen, deren Einhaltung durch die Aufsichtsbehörde gegenüber beaufsichtigten Finanzdienstleistern im Rahmen ihrer laufenden Aufsicht geprüft wird. Nicht Gegenstand dieser Beurteilung ist das individuelle Verhältnis zwischen dem Finanzdienstleister und einer einzelnen Kundin oder einem einzelnen Kunden. Die Behörde prüft vielmehr, ob eine Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln durch die Organisation des Finanzdienstleisters gewährleistet ist und ob die Pflichten bei der Betreuung der Kundinnen und Kunden eingehalten werden. Sie geht gegen festgestellte Verletzungen nur vor, wenn diese die aufsichtsrechtlich relevante Schwelle überschreiten, indem sie sich etwa wiederholt ereignen oder eine breite Kundenbasis berühren können. Soweit ein aufsichtsrechtlich relevantes Verhalten eines Finanzdienstleisters gleichzeitig auch eine Verletzung der privatrechtlichen Pflichten darstellt, hat die Durchsetzung der privatrechtlichen Ansprüche von Kundinnen und Kunden ihrem Finanzdienstleister gegenüber stets auf dem Zivilweg zu erfolgen.

Abs. 2

Finanzdienstleister haben bei der Ausführung ihrer Dienstleistungen die Interessen der Kundinnen und Kunden zu berücksichtigen. Insbesondere vermeiden sie ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten sowie eine Benachteiligung ihrer Kundinnen und Kunden infolge eines Interessenkonflikts (vgl. auch Art. 27). Finanzdienstleister erbringen ihre Tätigkeit mit der gebotenen Sorgfalt und unter Anwendung der erforderlichen Fachkenntnisse.

Abs. 3

Die Pflichten aus dieser Bestimmung werden durch die weiteren Vorschriften des Gesetzes ergänzt. Sehen zudem andere Finanzmarktgesetze besondere Verhaltensregeln vor, so sind diese spezialgesetzlichen Vorschriften ebenfalls zu berücksichtigen. Zu denken ist etwa an die Informationspflichten für Versicherer gemäss Artikel 3 des Versicherungsvertragsgesetzes vom 2. April 1908⁶⁷ (VVG) (vgl. jedoch Art. 62 Abs. 2 FIDLEG) oder an die Verhaltensregeln für Bewilligungsträger nach KAG. Widersprechen die Vorschriften des Spezialerlasses denjenigen des FIDLEG, so gehen die spezialgesetzlichen Bestimmungen den Verhaltensregeln des FIDLEG vor. Ansonsten kommen die besonderen Vorschriften in Ergänzung zu den Verhaltensregeln dieses Erlasses zur Anwendung. Ohnehin vorbehalten bleibt das Zivilrecht.

2. Abschnitt: Informationspflicht

Art. 9 Inhalt und Form der Information

Abs. 1

Finanzdienstleister müssen ihren Kundinnen und Kunden Informationen über sich selber, die angebotene Dienstleistung und die angebotenen Finanzinstrumente anbieten. Die Informationen sind auf möglichst einfache und gut verständliche Weise zu formulieren und haben so zu erfolgen, dass sie für die Kundinnen und Kunden weder missverständlich noch verwirrend sind. Die Verständlichkeit der Information bemisst sich an der Verständlichkeit für einen durchschnittlichen Angehörigen der Kundengruppe, an welche die Information gerichtet ist beziehungsweise zu der sie wahrscheinlich gelangen wird.

Unterschieden wird zwischen allgemeinen Informationen (Abs. 1) und Angaben zur konkret angebotenen Dienstleistung (Abs. 2). Im Rahmen der *allgemeinen Information* müssen Kundinnen und Kunden über den Finanzdienstleister informiert werden. Dazu gehören Angaben zu Namen und Adresse sowie zum Tätigkeitsfeld einschliesslich Kommunikationsmittel und -sprache. Weiter müssen die Finanzdienstleister Angaben zu ihrem Aufsichtsstatus machen. Zusätzlich haben Finanzdienstleister ihre Kundinnen und Kunden darauf aufmerksam zu machen, dass sie Informationen über die Aus- und Weiterbildung ihrer Kundenberaterin oder ihres Kundenberaters einfordern dürfen (vgl. Art. 7 Abs. 2 und Art. 32 Bst. e). Schliesslich sind die Kundinnen und Kunden auch darüber zu informieren, dass sie im Streitfall mit dem Finanzdienstleister ein Vermittlungsverfahren vor einer anerkannten Ombudsstelle nach Artikel 77 ff. FIDLEG einleiten können (vgl. auch Art. 82).

Abs. 2

Die *besonderen Informationen* zur angebotenen Dienstleistung enthalten Angaben zur Dienstleistungserbringung selbst sowie zu den im Rahmen der Dienstleistung angebotenen Finanzinstrumenten. Die *Angaben zur Finanzdienstleistung* haben zunächst die Art der angebotenen Dienstleistung zu nennen. Insbesondere ist zu klären, ob die Dienstleistung in einer Anlageberatung, Vermögensverwaltung oder dem blossen Vertrieb von Finanzinstrumenten besteht und was die Kundin oder der

⁶⁷ SR 221.229.1

Kunde im Zusammenhang mit der Dienstleistung erwarten kann. Vor dem Erbringen einer Anlageberatung oder Vermögensverwaltung haben Finanzdienstleister ihre Kundinnen und Kunden darauf hinzuweisen, ob die Dienstleistung eine fortlaufende Beurteilung über die Eignung der empfohlenen Finanzinstrumente beinhaltet oder nicht. Kundinnen und Kunden sind weiter über sämtliche mit der Dienstleistung verbundenen Risiken aufzuklären. Die Darstellung von Vorteilen hat dabei in einem angemessenen Verhältnis zu den Hinweisen auf die mit dem Geschäft verbundenen Risiken zu stehen. Zudem sind die für die Kundinnen und Kunden im Zusammenhang mit der Dienstleistung anfallenden Kosten in transparenter Weise offenzulegen. Wird eine Dienstleistung zusammen mit einer anderen Dienstleistung oder einem Produkt als Teil eines Pakets angeboten, informiert der Finanzdienstleister, ob die verschiedenen Bestandteile auch getrennt erworben werden können und nennt die entsprechenden Kosten. Schliesslich hat der Finanzdienstleister darauf hinzuweisen, ob im Zusammenhang mit der angebotenen Dienstleistung wirtschaftliche Bindungen an Dritte bestehen. Im Vordergrund stehen hier finanzielle Vergütungen von Dritten wie insbesondere Entschädigungen gemäss Artikel 28.

Die *Angaben zu den Finanzinstrumenten* betreffen zunächst deren Eigenschaften und den erwarteten Ertrag der in Frage stehenden Produkte. Dabei ist auch in angemessener Form über historische Wertentwicklungen zu informieren und auf spezifische Eigenschaften, etwa bei zusammengesetzten Produkten, aufmerksam zu machen. Die Kundinnen und Kunden sind weiter auf die mit dem Erwerb, der Veräusserung und dem Halten der angebotenen Finanzinstrumente verbundenen Risiken und Kosten hinzuweisen. Insbesondere ist bei der Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten für Kundinnen und Kunden über die Ausführungsplätze zu informieren. Nehmen die Finanzdienstleister im Rahmen ihrer Dienstleistung eine Auswahl von Finanzinstrumenten für ihre Kundinnen und Kunden vor, müssen sie offenlegen, welches Marktangebot sie dabei berücksichtigt haben. Sie haben zu erörtern, welche Produktpalette sie in die Produktwahl einbezogen haben und ob sie sich dabei auf Finanzinstrumente beschränkt haben, die von ihnen selbst oder von mit ihnen verbundenen Dritten ausgegeben wurden. Kundinnen und Kunden sind schliesslich auf die Art und Weise der Verwahrung von Finanzinstrumenten und die damit verbundenen Risiken und Kosten hinzuweisen. Insbesondere muss der Finanzdienstleister sie über die Verwahrstelle und deren Haftung sowie über Sicherungs- oder Verrechnungsrechte aufklären, die zu seinen Gunsten oder zugunsten einer Verwahrstelle an den verwahrten Finanzinstrumenten bestehen. Kundinnen und Kunden sind auch darauf aufmerksam zu machen, wenn sich der Sitz des Verwahrers im Ausland befindet.

Abs. 3 und 4

Soweit möglich und sinnvoll, können die Informationen den Kundinnen und Kunden in standardisierter Information abgegeben werden. Eine Standardisierung kann insbesondere bei den Angaben über den Finanzdienstleister sowie über die angebotenen Finanzinstrumente vorgenommen werden. Zudem genügt es, wenn die Finanzdienstleister die Informationen in elektronischer Form zugänglich machen. Sie müssen diesfalls die Kundinnen und Kunden auf die Fundstelle hinweisen.

Die gesetzlich geforderten Informationen sind klar zu trennen von jeglichen Marketingmassnahmen der Finanzdienstleister. Werbung darf jedoch inhaltlich nicht von den gesetzlich geforderten Produkt- und Dienstleistungsinformationen abweichen (vgl. auch Art. 71).

Art. 10 Zeitpunkt der Informationen

Abs. 1

Die Informationen nach Artikel 9 müssen den Kundinnen und Kunden rechtzeitig vor Erbringung der Dienstleistung beziehungsweise vor Vertragsabschluss erteilt werden. Dies ist insbesondere auch bei der elektronischen Dienstleistungserbringung durch geeignete technische Massnahmen sicherzustellen.

Die Information ist den Kundinnen und Kunden in gedruckter Form abzugeben oder auf einer Website elektronisch zur Verfügung zu stellen.

Abs. 2–4

Finanzdienstleister müssen Privatkundinnen und -kunden die gesetzlich geforderten Produktdokumentationen abgeben. Basisinformationsblätter sind ihnen durch den Finanzdienstleister aktiv abzugeben, bevor sie sich zum Erwerb des fraglichen Produkts verpflichten. Als aktives Abgeben gilt dabei auch das elektronische Zurverfügungstellen der Dokumente, sofern die Kundinnen und Kunden auf die Fundstelle hingewiesen werden. Die Kundin oder der Kunde muss vor seinem Kaufentscheid in jedem Fall ausreichend Zeit haben, um die Informationsblätter zu lesen und zu verstehen.

Berechnet sich der Wert eines Finanzinstruments gestützt auf die Entwicklung eines oder mehrerer anderer Finanzinstrumente, so sollen die Kundinnen und Kunden grundsätzlich auch über die Eigenschaften dieser Finanzinstrumente ausreichend informiert werden. Absatz 3 der Bestimmung sieht daher vor, dass Basisinformationsblätter, welche für die beschriebenen Finanzinstrumente bestehen, den Privatkundinnen und -kunden gemäss Absatz 2 abgegeben werden müssen.

Prospekte müssen den Kundinnen und Kunden auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden, sobald sie durch den Anbieter des Finanzinstruments veröffentlicht worden sind (vgl. Art. 67 ff.). Auch hier ist eine elektronische Zurverfügungstellung ausreichend.

Abs. 5

Der Finanzdienstleister hat seine Kundinnen und Kunde über wesentliche Änderungen zu informieren. Dabei ist zwischen den allgemeinen Informationen gemäss Artikel 9 Absatz 1 und den besonderen Informationen gemäss Artikel 9 Absatz 2 zu unterscheiden. Über wesentliche Änderungen von *allgemeinen Informationen* sind die Kundinnen und Kunden beim nächsten Kundenkontakt hinzuweisen. Der Finanzdienstleister ist somit nicht zur sofortigen Information verpflichtet, sondern kann bis zum Zeitpunkt zuwarten, in dem er mit seiner Kundin oder seinem Kunden aus anderen Gründen in Kontakt ist. Verändern sich die allgemeinen Informationen nicht, so muss der Finanzdienstleister seine Kundinnen und Kunden zudem nicht vor jeder Finanzdienstleistung erneut darüber informieren. Eine nochmalige Informationserteilung ist nur erforderlich, falls sich die Umstände seit dem Zeitpunkt der erstmaligen Information geändert haben.

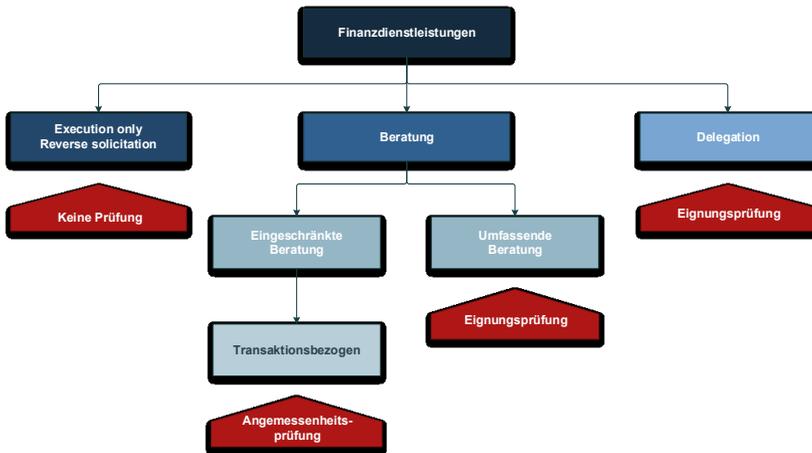
Über wesentliche Änderungen von *besonderen Informationen* ist die Kundin oder der Kunde umgehend zu informieren. Der Finanzdienstleister darf somit nicht bis zum nächsten Kundenkontakt zuwarten, sondern muss sofort nach der Änderung auf seine Kundinnen und Kunden zugehen und diese über die Änderung aufklären.

Über nicht wesentliche Änderungen müssen die Kundinnen und Kunden nicht informiert werden. Dies gilt sowohl für die allgemeinen wie auch für die besonderen Informationen gemäss Artikel 9 Absätze 1 und 2.

3. Abschnitt: Angemessenheit und Eignung von Finanzdienstleistungen

Art. 11 Prüfpflicht

Finanzdienstleister haben vor dem Erbringen einer Dienstleistung zu prüfen, ob sie für ihre Kundin oder ihren Kunden angebracht ist. Der Umfang dieser Angemessenheits- oder Eignungsprüfung bemisst sich dabei nach der Art der Dienstleistung und ist modular aufgebaut: Sobald ein Finanzdienstleister eine andere Dienstleistung erbringt als ein *Execution-only*- oder ein *Reverse-Solicitation*-Geschäft nach Artikel 14, muss er zumindest eine Angemessenheitsprüfung nach Artikel 12 vornehmen. Erbringt der Finanzdienstleister eine eigentliche Beratungsdienstleistung und bezieht er sich dabei auf das Gesamtportfolio der Kundin oder des Kunden, so muss er eine Eignungsprüfung gemäss Artikel 13 durchführen. Bei der Vornahme der Angemessenheits- oder Eignungsprüfung wird zusätzlich differenziert zwischen professionellen und nicht professionellen Kundinnen und Kunden. Für Erstere muss der Finanzdienstleister deutlich weniger Prüfschritte durchlaufen als im Kontakt mit nicht professionellen Kundinnen und Kunden (vgl. Art. 15):



Art. 12 Angemessenheitsprüfung

Erbringt ein Finanzdienstleister eine Anlageberatung in Bezug auf einzelne Transaktionen und bezieht er dabei nicht das gesamte Portfolio der Kundin oder des Kunden ein, so muss er eine sogenannte Angemessenheitsprüfung durchführen. Dies bedeutet, dass er die Kenntnisse und Erfahrungen seiner Kundinnen und Kunden mit der in Frage stehenden Geschäftsart abfragt und prüft. Die Dienstleistung gilt nur als angemessen, wenn sie die Kundinnen oder Kunden gestützt auf ihre Kenntnisse und Erfahrungen richtig einordnen können. Durch eine angemessene Aufklärung der

Kundinnen und Kunden seitens des Finanzdienstleisters können fehlende Kenntnisse und Erfahrungen kompensiert werden.

Die Dienstleistung untersteht nur dann einer Angemessenheitsprüfung, wenn sie Bezug auf Finanzinstrumente nimmt, die sich im Portfolio des fraglichen Kunden befinden. Noch keine Anlageberatung – und damit keine Pflicht zur Angemessenheitsprüfung – liegt dagegen vor, wenn der Finanzdienstleister seiner Kundin oder seinem Kunden lediglich die allgemeinen Erwartungen seines Instituts oder Dritter über die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente mitteilt. Hinweise dieser Art nehmen keinen Bezug auf Finanzinstrumente des Kundenportfolios. Transaktionen, die im Anschluss an diese Informationen erfolgen, gelten deshalb als *Execution-only*-Geschäfte und unterliegen weder einer Eignungs- noch einer Angemessenheitsprüfung.

Art. 13 Eignungsprüfung

Berücksichtigt der Finanzdienstleister bei der Beratung das Kundenportfolio oder erbringt er eine Vermögensverwaltungsdienstleistung, so muss er vorgängig eine Eignungsprüfung durchführen. Er benötigt dazu Informationen über die Kenntnisse und Erfahrungen seiner Kundinnen und Kunden sowie über ihre Anlageziele und finanziellen Verhältnisse. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits privatrechtlich nach Massgabe des Auftragsrechts⁶⁸. Die Angaben über die finanziellen Verhältnisse der Kundinnen und Kunden haben Informationen über deren Einkommen, Vermögenswerte einschliesslich Immobilienbesitz sowie ihre finanziellen Verpflichtungen zu enthalten. Die Angaben über die Anlageziele der Kundinnen und Kunden müssen den Finanzdienstleister über den Zeithorizont der Anlage, das Risikobewusstsein, die Risikofähigkeit und -bereitschaft sowie den Zweck der Anlage und allfällige Anlagebeschränkungen informieren. Ebenfalls kennen muss der Finanzdienstleister die familiäre und berufliche Situation, das Alter sowie den Liquiditätsbedarf seiner Kundinnen und Kunden. Der Umfang der einzuholenden Informationen ist insbesondere abhängig vom durchzuführenden Geschäft und der zu erbringenden Dienstleistung, der Kundenklassifizierung sowie den Anliegen und persönlichen Verhältnissen der Kundinnen und Kunden. Gestützt auf die eingeholten Informationen erstellt der Finanzdienstleister für jede Kundin oder jeden Kunden ein Risikoprofil. Bei Vermögensverwaltungsmandaten und dauernden Beratungsverhältnissen vereinbart er gestützt darauf mit der Kundin oder dem Kunden eine Anlagestrategie.

Der Finanzdienstleister hat sich bei einer umfassenden Anlageberatung im Sinne dieser Bestimmung grundsätzlich eine Gesamtsicht über die finanziellen Verhältnisse und die Anlageziele seiner Kundinnen und Kunden zu verschaffen. Er kann mit der Kundin oder dem Kunden aber auch vereinbaren, dass sich die Beratung lediglich auf einen Teil der Vermögenswerte beziehen soll. Auch die Beratung für ein solches Teilportfolio zieht aber eine Eignungsprüfung im Sinne von Artikel 13 nach sich. Eine transaktionsbezogene Anlageberatung gemäss Artikel 12 liegt lediglich dann vor, wenn sich die Beratung auf einzelne Transaktionen bezieht und daneben weder die Gesamtheit noch weitere Teile des Portfolios berücksichtigt.

⁶⁸ Vgl. Urteil 4A_140/2011 des Bundesgerichts vom 27. Juni 2011, E. 2.1 und 3.1.

Grundsätzlich darf der Finanzdienstleister seinen Kundinnen und Kunden im Rahmen einer Anlageberatung nach Artikel 13 nur zur Durchführung eines Geschäfts raten, wenn sie nach Einschätzung des Finanzdienstleisters ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen haben, um die Risiken und Eigenschaften eines Geschäfts zu verstehen, und dieses Geschäft vor dem Hintergrund ihrer Anlageziele und finanziellen Verhältnisse angebracht ist. Gestützt auf die erhaltenen Informationen muss der Finanzdienstleister insbesondere davon ausgehen können, dass die mit dem Geschäft einhergehenden Anlagerisiken für die Kundinnen und Kunden unter Berücksichtigung ihrer Anlageziele finanziell tragbar sind. Ausserdem müssen die Kundinnen und Kunden die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken verstehen und bereit sein, diese zu tragen. Soweit es die vereinbarte Anlagestrategie erlaubt, berücksichtigt der Finanzdienstleister bei der Eignungsprüfung die Risikodiversifikation im Gesamtportfolio der Kundinnen und Kunden. Vorbehalten bleibt allerdings die Spezialregelung von Artikel 16, wonach der Finanzdienstleister die Kundinnen und Kunden auch über ungeeignete Transaktionen beraten darf, wenn er vorgängig davon abgeraten hat.

Enthält die Dienstleistung eine fortlaufende Beurteilung über die Eignung der empfohlenen Finanzinstrumente, so ist die Eignungsprüfung während der Dauer des Beratungs- oder Verwaltungsverhältnisses laufend zu wiederholen. Im Rahmen der Vermögensverwaltung bildet die Pflicht zur fortlaufenden Beurteilung der Eignung der gewählten Finanzinstrumente sowie deren Zusammensetzung einen festen Bestandteil der Dienstleistung.

Art. 14 Ausnahme von der Pflicht, die Angemessenheit oder die Eignung zu prüfen

Wird ein Finanzdienstleister lediglich im Rahmen der Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen (*Execution-only*-Geschäfte) oder von Aufträgen auf alleinige Veranlassung einer Kundin oder eines Kunden (*Reverse-solicitation*-Geschäfte) tätig, so kann er vollständig auf die Durchführung einer Angemessenheits- oder Eignungsprüfung verzichten. Voraussetzung für einen solchen Verzicht ist, dass die Kundin oder der Kunde die Ausführung oder Übermittlung bzw. das Geschäft veranlasst hat. Da Finanzdienstleister bei professionellen Kunden regelmässig auf die Durchführung einer Angemessenheitsprüfung verzichten können (vgl. Art. 15), beziehen sich die Einschränkungen von Artikel 14 vorab nur auf Dienstleistungen für Privatkundinnen und -kunden.

Art. 15 Angemessenheits- und Eignungsprüfung bei professionellen Kunden

Die Vorschriften der Angemessenheits- und Eignungsprüfung gemäss Artikel 12 und 13 gelten grundsätzlich auch bei Finanzdienstleistungen für professionelle Kunden. Allerdings ist bei deren Durchführung den besonderen Eigenschaften dieses Kundensegments Rechnung zu tragen. Der Finanzdienstleister muss deshalb nur dann einen Abgleich des Geschäfts mit den Erfahrungen und Kenntnissen der Kundinnen und Kunden vornehmen, wenn Anhaltspunkte bestehen, die Zweifel an einem ausreichenden Verständnis des Geschäfts hervorrufen.

Im Rahmen der Eignungsprüfung nach Artikel 13 hat der Finanzdienstleister nicht nur in Bezug auf die Erfahrung und Kenntnisse, sondern auch bei seiner Prüfung der finanziellen Verhältnisse und der Anlageziele die Verhältnisse der betroffenen Kundinnen und Kunden zu berücksichtigen. Erbringt der Finanzdienstleister Bera-

tungsdienstleistungen an professionelle Kunden, dann kann er im Hinblick auf die Kenntnisse und Erfahrungen der Kundinnen und Kunden auf eine Abklärung der Tragbarkeit der mit dem Geschäft verbundenen Risiken verzichten. Er muss daher keine umfassenden Kenntnisse über die finanzielle Situation der professionellen Kunden haben.

Art. 16 Nicht beurteilbare oder fehlende Angemessenheit oder Eignung

Kann ein Finanzdienstleister die Eignungs- oder Angemessenheitsprüfung mangels ausreichender Informationen nicht durchführen oder ergibt sich bei der Prüfung, dass ein Geschäft für Kundinnen oder Kunden nicht angemessen oder geeignet ist, so warnt der Finanzdienstleister diese entsprechend. Die Warnung kann in standardisierter Form erfolgen. Den Kundinnen und Kunden bleibt es unbenommen, ein für sie unangemessenes oder ungeeignetes Geschäft entgegen der Warnung des Finanzdienstleisters durchführen zu lassen. Der Finanzdienstleister hat für diese Fälle im Rahmen seiner Dokumentationspflicht festzuhalten, dass er die Kundinnen und Kunden vor der Durchführung der Dienstleistung gewarnt hat und diese das Geschäft trotz Kenntnisnahme der Warnung durchführen wollen.

Der Finanzdienstleister darf die Kundinnen und Kunden gestützt auf diese Bestimmung auch bei unzureichenden Informationen oder bei Nichteignung des Geschäfts beraten, solange er sie entsprechend informiert und sie vor Erbringen der Dienstleistung über die fehlende Angemessenheit oder Eignung aufklärt und davon abrät. So ist insbesondere denkbar, dass ein Finanzdienstleister eine Kundin oder einen Kunden über Finanzinstrumente berät, deren Risiken nicht zu den Anlagezielen oder Kenntnissen der Kundin oder des Kunden passen.

4. Abschnitt: Dokumentation und Rechenschaft

Art. 17 Dokumentation

Die Bestimmung verpflichtet Finanzdienstleister, die mit ihren Kundinnen und Kunden vereinbarten Leistungen zu dokumentieren. Weiter müssen die Finanzdienstleister die Informationen, die sie über die Kundinnen und Kunden eingeholt haben, in geeigneter Weise festhalten. Sie halten zudem fest, wenn sie eine Information gemäss Artikel 14 Absatz 2 vorgenommen oder gemäss Artikel 16 von einem Geschäft abgeraten haben.

Finanzdienstleister machen weiter Aufzeichnungen über die erbrachten Dienstleistungen. Sie dokumentieren die Ergebnisse der Angemessenheits- und Eignungsprüfungen. Im Rahmen von Vermögensverwaltung und Anlageberatung halten sie insbesondere das Risikoprofil und die Anlageziele eines Kunden fest und dokumentieren die Gründe, warum sie einer Kundin oder einem Kunden eine bestimmte Dienstleistung oder ein bestimmtes Finanzinstrument empfohlen haben.

Die Art und Weise einer zweckmässigen Dokumentation von Finanzdienstleistungen wird grundsätzlich den Finanzdienstleistern überlassen. Sie kann sich auf das Wesentliche beschränken, muss aber so gestaltet werden, dass der Finanzdienstleister seiner Rechenschaftspflicht gemäss Artikel 18 nachkommen kann und jederzeit fähig ist, der Aufsichtsbehörde oder ihren Beauftragten Auskunft über die erbrachten Dienstleistungen zu erteilen. Die Dokumentation kann in Papierform oder elektro-

nisch erfolgen. Unter Berücksichtigung der obligationenrechtlichen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten sind die Dokumente durch den Finanzdienstleister während mindestens zehn Jahren aufzubewahren.

Art. 18 Rechenschaft

Kundinnen und Kunden sind über die mit dem Finanzdienstleister getroffenen Vereinbarungen und über die Ergebnisse der Angemessenheits- und Eignungsprüfung zu informieren. Eine Kopie der entsprechenden Dokumentation ist auszuhändigen oder auf andere Weise zugänglich zu machen (Abs. 1)⁶⁹. Zu denken ist hier insbesondere an ein elektronisches Zugänglichmachen der Informationen. Weiter haben Finanzdienstleister ihren Kundinnen und Kunden regelmässig Rechenschaft über die erbrachten Dienstleistungen zu erstatten (Abs. 2). Eine solche Berichterstattung enthält insbesondere Angaben zu den effektiv erbrachten Finanzdienstleistungen sowie zu den Kosten dieser Geschäfte. Zudem haben Finanzdienstleister ihren Kundinnen und Kunden im Rahmen von Vermögensverwaltungs- und Beratungsverhältnissen darzulegen, dass sie die Geschäfte mit dem Kundenprofil abgestimmt haben. Verwalten sie Kundenvermögen, müssen sie periodisch über die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Vermögens Auskunft geben. Finanzdienstleister, die für ihre Kundinnen und Kunden Finanzinstrumente halten, müssen diesen periodisch eine Übersicht der für sie verwahrten Titel zustellen.

5. Abschnitt: Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen

Art. 19 Bearbeitung von Kundenaufträgen

Die Bestimmung bezweckt die Interessenwahrung der Kundinnen und Kunden bei der Bearbeitung der von ihnen erteilten Aufträge durch Finanzdienstleister. Um eine Gleichbehandlung der Kundinnen und Kunden zu gewährleisten, wenden die Finanzdienstleister unter anderem Verfahren und Systeme an, welche die unverzügliche Abwicklung oder Weiterleitung von Kundenaufträgen im Verhältnis zu Aufträgen anderer Kundinnen oder Kunden oder eigenen Geschäften gewährleisten. Weiter führen sie vergleichbare Kundenaufträge der Reihe nach und unverzüglich aus, es sei denn, dies ist auf Grund der Art des Auftrags oder der vorherrschenden Marktbedingungen nicht möglich oder nicht im Interesse der Kundin oder des Kunden. Zudem stellen Finanzdienstleister sicher, dass Kundengelder und Finanzinstrumente von Kundinnen und Kunden korrekt verbucht werden. Bei der Zusammenlegung von Aufträgen verschiedener Kundinnen und Kunden beziehungsweise von Kundenaufträgen mit eigenen Geschäften müssen die Finanzdienstleister die Interessen der beteiligten Kundinnen und Kunden wahren. Schliesslich informieren Finanzdienstleister ihre Kundinnen und Kunden unverzüglich über alle wesentlichen Schwierigkeiten, welche die korrekte Bearbeitung des Auftrags beeinträchtigen.

⁶⁹ Vgl. auch die zivilrechtliche Praxis (BGE 138 III 425 sowie 139 III 49).

Art. 20 Bestmögliche Ausführung von Kundenaufträgen

Die Ausführung von Kundenaufträgen soll so erfolgen, dass die Kundinnen und Kunden möglichst gut gestellt werden. Insbesondere schliesst der Finanzdienstleister Kundenaufträge umgehend und unter Berücksichtigung der von der Kundin oder des Kunden gesetzten Limiten, Auflagen und Restriktionen zum bestmöglichen Marktkurs an einem allgemein anerkannten, geeigneten und für die ordentliche Durchführung der Transaktion Gewähr bietenden Ausführungsplatz ab. Der Finanzdienstleister strebt bei der Ausführung das bestmögliche Gesamtergebnis des jeweiligen Auftrags an. Neben dem Preis für das Finanzinstrument umfasst dieses auch die unmittelbar mit der Ausführung des Auftrags verbundenen Kosten. Die Gebühren der Ausführungsplätze und die Kosten für die Abwicklung des Geschäfts werden nur berücksichtigt, wenn sie durch den Finanzdienstleister an die Kundinnen und Kunden weitergegeben werden. Fliessen den Kundinnen und Kunden Entschädigungen von Dritten gemäss Artikel 28 zu, so hat der Finanzdienstleister auch diese in seine Berechnung einzubeziehen. Abgesehen vom Preis und den mit der Transaktion verbundenen Kosten hat der Finanzdienstleister auch Kriterien wie die Schnelligkeit, Wahrscheinlichkeit der Ausführung und weitere für die Ausführung des Auftrags wesentliche Aspekte zu berücksichtigen. Während bei nicht professionellen Kundinnen und Kunden die bestmögliche Ausführung wesentlich durch den Preis und die Kosten bestimmt wird, können bei Transaktionen für professionelle Kunden auch die weiteren Kriterien eine entscheidende Rolle spielen. Die Finanzdienstleister können von den objektiven Kriterien einer bestmöglichen Ausführung abweichen, wenn eine ausdrückliche Weisung der Kundin oder des Kunden über die Ausführung eines Geschäfts vorliegt, die mit der Einhaltung der objektiven Kriterien nicht kompatibel ist.

Finanzdienstleister erlassen interne Weisungen über die Ausführung von Kundenaufträgen. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Ausführungsgrundsätze beachten sie Inhalt und Umfang der betroffenen Geschäfte sowie die betroffenen Kundenkategorien. Die Weisungen enthalten zudem die wesentlichen Kriterien für die Wahl der Ausführungsplätze. Finanzdienstleister müssen ihre Kundinnen und Kunden in geeigneter Form über diese Leitlinien informieren.

Die Pflichten gemäss Artikel 20 sind konkretisierungsbedürftig. Standards für die Bearbeitung von Kundenaufträgen werden gegenwärtig in Selbstregulierungen wie den Verhaltensregeln für Effektenhändler der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) oder den Verhaltensregeln der Swiss Funds & Asset Management Association (SFAMA) festgehalten. Eine solche Konkretisierung der regulatorischen Anforderungen an die Finanzdienstleister bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen kann auch in Zukunft sinnvoll sein. Gestärkt werden könnte diese Selbstregulierung mit einer Anerkennung durch die FINMA oder die Aufsichtsorganisation.

Art. 21 Verwendung von Finanzinstrumenten von Kundinnen und Kunden

Wertschriftendarlehen führen bei der Kundin oder beim Kunden zu erhöhten Risiken. Der Kundin oder dem Kunden steht gegenüber dem Borger und einem allfälligen Garanten bei deren Konkurs lediglich eine Geldforderung von entsprechendem Wert zu, die nicht privilegiert ist und von der Einlagensicherung (Art. 37h BankG) nicht gedeckt wird. Lediglich bei gedeckten Wertschriftendarlehen besteht eine zusätzliche Deckung im Umfang der erhaltenen Sicherheiten. Zudem gehen die mit den einzelnen Finanzinstrumenten verbundenen Vermögens- und Mitwirkungsrechte

wie insbesondere auch die Stimmrechte für die Dauer der Ausleihe auf den Borgeber über, soweit nichts anderes individuell vereinbart ist. Das Risiko für eine Wertverminderung der Wertpapiere verbleibt jedoch bei der Kundin oder beim Kunden. Finanzdienstleister dürfen deshalb nur dann Finanzinstrumente aus Kundenbeständen als Gegenparteien borgen oder als Agenten solche Geschäfte vermitteln, wenn die betroffenen Kundinnen und Kunden einer solchen Verwendung vorgängig ausdrücklich zugestimmt haben.

Die Kundin oder der Kunde kann schriftlich oder mit elektronischen Mitteln zustimmen. Die Zustimmung der Kundinnen und Kunden ist nur gültig, wenn sie vorgängig über die mit den einzelnen Geschäften verbundenen Risiken in verständlicher Weise aufgeklärt worden sind. Weiter haben die Finanzdienstleister mit den Kundinnen und Kunden einen Ausgleichsanspruch für die entgangenen Erträge aus den ausgeliehenen Finanzinstrumenten zu vereinbaren und eine Entschädigung für die ausgeliehenen Finanzinstrumente (*Lending fee*) festzusetzen. Die Zustimmung darf schliesslich nicht im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen.

Verwahren die Finanzdienstleister Finanzinstrumente ihrer Kundinnen und Kunden auf Sammeldepots bei Dritten, ist für eine Nutzung für eigene Rechnung oder für Rechnung anderer Kundinnen und Kunden zusätzlich die ausdrückliche Zustimmung aller Kundinnen und Kunden des Sammeldepots erforderlich. Ungedeckte Geschäfte mit Finanzinstrumenten von Privatkundinnen und -kunden werden in Anlehnung an die bestehende Praxis der FINMA ausdrücklich für nicht zulässig erklärt⁷⁰. Die Vorschrift übernimmt im Wesentlichen die bereits heute geltende aufsichtsrechtliche Praxis zur Verwendung von Finanzinstrumenten von Kundinnen und Kunden.

6. Abschnitt: Institutionelle Kunden

Art. 22

Institutionelle Kunden weisen regelmässig vergleichbare Kenntnisse und Erfahrungen auf wie die Finanzdienstleister selbst. Sie benötigen deshalb den aufsichtsrechtlichen Kundenschutz der Artikel 8 ff. nicht in der selben Masse wie Privatkundinnen und -kunden oder die übrigen professionellen Kunden. Allerdings sind auch Finanzdienstleistungen für institutionelle Kunden mit der gebotenen Sorgfalt und Fachkenntnis durchzuführen. Weiter sind institutionelle Kunden über die Dienstleistung und deren Kosten sowie den Finanzdienstleister und dessen Interessenlage zu informieren. Die Angaben über Finanzinstrumente und deren Risiken können entsprechend dem Wissensstand der institutionellen Kunden gestaltet werden. Ebenso ist auch die Rechenschaftspflicht gemäss Artikel 18 Absatz 2 auf die Bedürfnisse der institutionellen Kunden zuzuschneiden. Auch bei institutionellen Kunden haben die Finanzdienstleister schliesslich die Vorschriften gemäss Artikel 19 bis 21 einzuhalten. Demgegenüber gelten die übrigen aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des ersten Kapitels bei Finanzdienstleistungen für institutionelle Kunden nicht.

⁷⁰ Vgl. FINMA-RS 2010/2 Pensions- und Darlehensgeschäfte mit Wertpapieren (Repo/SLB).

2. Kapitel: Organisation

1. Abschnitt: Organisatorische Massnahmen

Art. 23 Angemessene Organisation

Finanzdienstleister müssen ihre Organisation so gestalten, dass sie die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen nach dem FIDLEG gewährleisten können. Sie haben Prozesse für die Erbringung von Finanzdienstleistungen zu definieren und deren Einhaltung über eine angemessene Schulung ihrer Mitarbeitenden sowie die Implementierung von geeigneten Kontrollen sicherzustellen. Insbesondere bei beaufsichtigten Finanzdienstleistern sind auch die *Corporate Governance*, das Risikomanagement und die internen Kontrollsysteme der Unternehmen auf die Einhaltung der Verhaltensregeln gemäss FIDLEG auszurichten. Die Organisationsvorschriften stellen weiter sicher, dass die Modalitäten der Entschädigung von Mitarbeitenden und Beauftragten keine Anreize setzen, die zu Konflikten mit den Verhaltensregeln nach diesem Gesetz führen können.

Art. 24 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Finanzdienstleistern müssen über die erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, um Tätigkeiten im Zusammenhang mit einer Finanzdienstleistung ausführen zu können. Die Kenntnisse und Fähigkeiten messen sich an den spezifischen Aufgaben der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. So benötigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für die Vermögensverwaltung andere Kenntnisse als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die sich mit der Ausführung von Kundenaufträgen befassen. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter müssen ihre Rolle genau kennen. Vermögensverwalterinnen und -verwalter sowie Anlageberaterinnen und -berater müssen wissen, welche Funktion sie im Rahmen der Eignungsprüfung einnehmen. Weiter müssen sie über die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen verfügen, um die Bedürfnisse und Verhältnisse der Kundinnen und Kunden richtig einzuordnen und die Eigenschaften von Finanzinstrumenten mit diesen Merkmalen in Einklang zu bringen. Als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Sinne dieser Bestimmung gelten sowohl Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Finanzdienstleistern wie auch Personen, die im Rahmen eines Personalverleihs in der Organisation des Finanzdienstleisters tätig sind.

Kundenberaterinnen und -berater von schweizerischen nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern müssen sich in ein Beraterregister eintragen lassen (vgl. Ziff. 1.4.2.3). Für diesen Eintrag müssen sie über die notwendige Aus- und Weiterbildung verfügen, an eine Ombudsstelle angeschlossen sein und über ausreichende finanzielle Sicherheiten verfügen (Art. 30 ff.)

Art. 25 Beizug Dritter

Finanzdienstleister können für die Erbringung von Dienstleistungen Dritte beiziehen. Diese Dritten können natürliche oder juristische Personen sein. Sie stellen sicher, dass die beigezogenen Personen bzw. deren Mitarbeitende über die notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, um ihren Tätigkeiten nachzugehen, und soweit erforderlich in das Register nach Artikel 30 ff. eingetragen sind. Als Massstab der notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse dienen dieselben Voraussetzungen, wie wenn die Aufgaben durch Mitarbeitende des Finanzdienstleis-

ters erledigt würden. Weiter gewährleisten die Finanzdienstleister eine sorgfältige Instruktion und die Überwachung der beigezogenen Personen.

Als Beizug eines Dritten gelten unter anderem die Delegation von Tätigkeiten an Dritte oder die Zusammenarbeit mit Vermittlern und Vertriebssträgern beim Vertrieb von Finanzinstrumenten. Bei Delegationsverhältnissen haben beauftragte Finanzdienstleister zudem die Anforderungen an die Delegation gemäss Spezialgesetzen wie BankG oder FINIG einzuhalten. Ebenfalls als Beizug gilt die Zusammenarbeit mit Personen, die ausschliesslich mit einem einzigen Finanzdienstleister zusammenarbeiten. Die rechtliche Ausgestaltung des Beizugs von Dritten ist nicht ausschlaggebend für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung. Insbesondere muss zwischen dem Finanzdienstleister und dem Dritten nicht zwingend ein Auftragsverhältnis im Sinne des OR bestehen. Die aufsichtsrechtlichen Pflichten zur Auswahl, Instruktion und Überwachung der beigezogenen Dritten lassen zudem die Frage nach einer zivilrechtlichen Haftung des Finanzdienstleisters für Handlungen des beigezogenen Dritten unberührt. Schliesslich ist unerheblich, ob der Dritte selbst ein Finanzdienstleister im Sinne des FIDLEG ist oder nicht.

Art. 26 Dienstleisterkette

Erhält ein Finanzdienstleister von einem anderen Finanzdienstleister den Auftrag, für eine Kundin oder einen Kunden eine Finanzdienstleistung zu erbringen, so darf er grundsätzlich darauf vertrauen, dass der auftraggebende Finanzdienstleister bei der Ermittlung der Angaben über die Kundin oder den Kunden sowie bei der Bedürfnisabklärung und Information der Kundin oder des Kunden seinen Pflichten gemäss diesem Erlass nachgekommen ist. So kann etwa ein Finanzdienstleister, der über einen weiteren Finanzdienstleister mit der Ausführung eines Geschäfts für eine Kundin oder einen Kunden beauftragt wird, davon ausgehen, dass der auftraggebende Finanzdienstleister seine Informations- und Verhaltenspflichten der Kundin oder dem Kunden gegenüber eingehalten hat, und darf sich auf die Angaben über die Kundin oder den Kunden verlassen. Voraussetzung dafür ist, dass die beteiligten Finanzdienstleister alle den Pflichten des FIDLEG unterstellt sind. Nicht berührt von dieser Bestimmung werden jedoch die Informations- und Verhaltenspflichten, die der beauftragte Finanzdienstleister gestützt auf seine eigene Beziehung zur Kundin oder zum Kunden erfüllen muss. Wird ein Finanzdienstleister von einem anderen Finanzdienstleister als Dritter beigezogen, muss der beauftragende Finanzdienstleister zudem seine Pflichten gemäss Artikel 25 ungeachtet der Vorschriften in dieser Bestimmung einhalten.

Verfügt ein Finanzdienstleister über klare Anhaltspunkte, dass der andere Finanzdienstleister seinen Pflichten gemäss FIDLEG nicht nachgekommen ist oder dass weitergegebene Informationen über die Kundinnen und Kunden nicht zutreffend sind, so muss er diese Umstände gestützt auf seine Pflichten nach Artikel 8 ff. berücksichtigen und darf seine Dienstleistung erst erbringen, wenn er die Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen sowie die Erfüllung der Verhaltensregeln sichergestellt hat.

2. Abschnitt: Interessenkonflikte

Art. 27 Organisatorische Vorkehrungen

Finanzdienstleister haben bei der Erbringung von Dienstleistungen für Kundinnen und Kunden Interessenkonflikte möglichst zu vermeiden. Sie haben deshalb dafür zu sorgen, dass ihre Eigeninteressen sowie die Interessen ihrer Mitarbeitenden den Kundeninteressen nicht entgegenstehen. Weiter müssen sie sicherstellen, dass die Kundeninteressen untereinander nicht in Konflikt geraten. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, müssen Finanzdienstleister zunächst die wesentlichen Schritte unternehmen, um potenzielle oder aktuelle Interessenkonflikte zu erkennen. Insbesondere haben sie zu prüfen, ob für den Finanzdienstleister oder seine Mitarbeitenden Anreize bestehen, die Interessen von Kundinnen und Kunden zu vernachlässigen beziehungsweise hinter die eigenen Interessen zu stellen. Dabei sind sowohl finanzielle Entschädigungen von Dritten an den Finanzdienstleister wie auch Anreize des Finanzdienstleisters an die Mitarbeitenden zu berücksichtigen. Erhalten die Mitarbeitenden eine variable Lohnkomponente, so ist diese so auszugestalten, dass die Qualität der Finanzdienstleistung den Kundinnen und Kunden gegenüber nicht beeinträchtigt wird.

Festgestellte aktuelle oder potenzielle Interessenkonflikte sind durch die Finanzdienstleister soweit möglich durch geeignete Massnahmen zu beseitigen. Können die Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden oder würde ein Ausschluss der Dienstleistungserbringung per se entgegenstehen, sind sie den betroffenen Kundinnen und Kunden gegenüber vor der Erbringung der Finanzdienstleistung beziehungsweise vor dem Abschluss des Vertrags zur Dienstleistungserbringung offenzulegen, sodass die Kundinnen und Kunden beurteilen können, ob sie an der Dienstleistung festhalten wollen. Die Finanzdienstleister dürfen jedoch nicht leicht hin auf eine umfassende Beseitigung eines Interessenkonflikts verzichten. Insbesondere können etwa Finanzdienstleister, die den Kundinnen und Kunden gegenüber kommunizieren, dass sie ausschliesslich in deren Interessen handeln, Entschädigungen von Dritten nicht durch eine Offenlegung den Kundinnen und Kunden gegenüber rechtfertigen. Finanzdienstleister, die ausschliesslich Finanzinstrumente eines bestimmten Erstellers vertreiben, nehmen dagegen nie ausschliesslich die Interessen ihrer Kundinnen und Kunden wahr. Solange sie ihre Interessenbindung zum Ersteller den Kundinnen und Kunden angemessen offenlegen, verstossen sie nicht gegen die Bestimmungen des FIDLEG. Immer unzulässig sind gegen Artikel 8 verstossende Verhaltensweisen wie *Churning*, *Front running* oder Kursschnitte. Der Bundesrat konkretisiert auf Verordnungsstufe insbesondere jene Verhaltensweisen, die auch bei einer Einwilligung der betroffenen Kundinnen und Kunden stets unzulässig sind.

Art. 28 Entschädigungen Dritter

Finanzdienstleister dürfen Entschädigungen im Zusammenhang mit ihrer Dienstleistungserbringung für Kundinnen und Kunden nur annehmen, wenn sie diese vollumfänglich an die Kundinnen und Kunden weitergeben oder wenn sie diese vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung informieren. Werden Entschädigungen gestützt auf die Zusammensetzung des durch den Finanzdienstleister betreuten Kundenvermögens bemessen, so weisen auch solche volumenbasierte Vergütungen – wie etwa Bestandespflegekommissionen für Kollektivanlagen – einen Zusammenhang mit der

Dienstleistung für eine Kundin oder einen Kunden auf⁷¹. Für die Anwendbarkeit der Bestimmung ist nicht erheblich, welche Art von Finanzdienstleistung erbracht wird. Erfasst werden unter anderem Entschädigungen im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten, der Anlageberatung oder einer reinen Ausführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten. Leistungen, welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen erst ermöglichen oder dafür erforderlich sind, wie Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzliche Gebühren, und die der Erfüllung der Pflichten aus Artikel 27 nicht entgegenstehen, gelten nicht als Entschädigungen im Sinne dieser Bestimmung.

Eine ausreichende Information liegt vor, wenn die Kundin oder der Kunde die Existenz, die Art und den Umfang der Entschädigungen vor Vertragsschluss oder Erbringung der Dienstleistung kennt⁷². Sofern der Betrag nicht vorgängig feststellbar ist, muss zudem in einem ersten Schritt über die Berechnungsparameter informiert werden. Sobald jedoch die Höhe der Entschädigung festgelegt und bekannt ist, muss der Finanzdienstleister in einem zweiten Schritt die Kundin oder den Kunden über den konkreten Betrag informieren. Auch bei einem allfälligen Verzicht auf die Entschädigung muss der Finanzdienstleister einer Kundin oder einem Kunden auf Nachfrage Auskunft geben über die Entschädigungen, die er im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen für diese Kundin oder diesen Kunden in der Vergangenheit effektiv gewährt oder erhalten hat.

Bei der Regelung von Artikel 28 handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche (aufsichtsrechtliche) Informations- und Weitergabepflichten über die von Dritten erhaltene Entschädigung. Artikel 28 ist nicht als Doppelnorm ausgestaltet, weshalb er keine unmittelbare Wirkung auf das Privatrechtsverhältnis zeitigt. Namentlich geht die Regelung von Artikel 28 den Ansprüchen aus Auftragsrecht nicht vor. Hingegen können die aufsichtsrechtlichen Informationspflichten zur Konkretisierung der privatrechtlichen Verhältnisse durch den Zivilrichter beigezogen werden, weshalb sie eine Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung entfalten können (vgl. Ziff. 1.4.2.1).

Art. 29 Mitarbeitergeschäfte

Die Geschäfte von Mitarbeitenden der Finanzdienstleister dürfen die Interessen der Kundinnen und Kunden nicht beeinträchtigen. Finanzdienstleister müssen deshalb Massnahmen vorsehen, um Missbräuche durch Geschäfte ihrer Mitarbeitenden zu verhindern. Als Mitarbeitende im Sinne dieser Bestimmung gelten auch die Mitglieder des Organs für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle (d. h. des Verwaltungsrats) und der Geschäftsleitung, die unbeschränkt haftenden Teilhaber und Personen mit vergleichbaren Funktionen. Die Überwachungsmassnahmen haben sich nicht nur auf die Konto- und Depotbeziehungen zu beziehen, welche auf den Namen der Mitarbeitenden lauten, sondern auch auf all jene Beziehungen, an welchen die Mitarbeitenden wirtschaftlich berechtigt sind oder bei denen sie über eine Vollmacht verfügen.

Das Überwachungskonzept ist in einer internen Weisung zu regeln und die daraus resultierenden Pflichten sind den Mitarbeitenden als Bestandteil des Arbeits- oder Mandatsvertrages zu überbinden. Die Bestimmung widerspiegelt im Wesentlichen

⁷¹ Vgl. BGE 138 III 755.

⁷² Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4.

die geltende Aufsichtspraxis im Bereich der Bekämpfung von Marktmissbrauch. So unterstehen prudenziell beaufsichtigte Finanzdienstleister bereits heute gestützt auf die Gewährsbestimmungen der anwendbaren Finanzmarktgesetze einer vergleichbaren Überwachungspflicht.

4. Kapitel: Beraterregister

Art. 30 Registrierungsspflicht

Beaufsichtigte Finanzdienstleister unterstehen einer Kontrolle durch die FINMA oder eine Aufsichtsorganisation. Die Umsetzung der Verhaltensregeln gemäss FIDLEG wird somit durch ein Aufsichtsgremium begleitet und überwacht. Für die Qualifikation und das Verhalten ihrer Kundenberaterinnen und -berater haben die Finanzdienstleister die Verantwortung zu übernehmen (vgl. Art. 7 und 24).

Anders gestaltet sich die Lage für Finanzdienstleister, die in der Schweiz nicht beaufsichtigt werden. Für diese bestehen keine aufsichtsrechtlichen Mechanismen zur Überwachung der Verhaltensregeln. Die Registrierungsspflicht gemäss Artikel 30 soll gewährleisten, dass auch die Mitarbeitenden dieser Finanzdienstleister die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln kennen und die Kundinnen und Kunden angemessen behandeln. Die Kundenberaterinnen und -berater von in- und ausländischen Finanzdienstleistern, die in der Schweiz nicht beaufsichtigt werden (z. B. Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler oder Finanzberaterinnen und -berater), sollen ihre Tätigkeit deshalb nur ausüben dürfen, wenn sie in das Beraterregister eingetragen sind. Diese Registerpflicht soll unabhängig davon gelten, wo sich der Wohnsitz oder Arbeitsort der betroffenen Kundenberaterinnen oder -berater befindet. Die Kundenberaterinnen und -berater von in der Schweiz beaufsichtigten Finanzdienstleistern können dagegen auf einen Eintrag verzichten.

Art. 31 Registrierungs Voraussetzungen

Abs. 1

Kundenberaterinnen und -berater werden nur in das Beraterregister eingetragen, wenn sie die entsprechenden Eintragungsvoraussetzungen erfüllen. Neben einem Nachweis darüber, dass sie die im Register einzutragenden Aus- und Weiterbildungen absolviert haben (Bst. a) und genügende finanzielle Garantien geleistet haben, sei es durch den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder anderer gleichwertiger finanzieller Sicherheiten (Bst. b), muss der Finanzdienstleister, für den sie tätig sind, auch einer Ombudsstelle nach Artikel 77 ff. angeschlossen sein (Bst. c). Ist die Kundenberaterin oder der Kundenberater selbst ein Finanzdienstleister, dann müssen sie die Voraussetzung der Anschlusspflicht selber erfüllen (vgl. Art. 3 Bst. f). Dadurch, dass der Anschluss an eine Ombudsstelle als Voraussetzung für die Eintragung ins Register ausgestaltet wird, kann die Anschlusspflicht, welche mit Artikel 80 eingeführt wird, auch gegenüber nicht beaufsichtigten Finanzdienstleistern in der Praxis effektiv umgesetzt werden. Der Eintrag in das Register ermöglicht den Kundinnen und Kunden eine Kontrolle über die berufliche Qualifikation ihres Kundenberaters. Weiter wird dadurch weitgehend gewährleistet, dass nur Personen als Kundenberaterinnen und -berater tätig werden, die über die dafür erforderliche Aus- und Weiterbildung verfügen.

Abs. 2

Kundenberaterinnen und -berater dürfen nur in das Beraterregister eingetragen werden, wenn gegen sie keine strafrechtliche Verurteilung wegen eines Verstosses gegen Artikel 86 und 86a VAG, wegen strafbarer Handlungen gegen das Vermögen (Art. 137–172^{ter} StGB⁷³) oder gestützt auf die Strafbestimmungen des FIDLEG im Strafregister eingetragen ist. Dies kann anhand eines aktuellen Auszugs aus dem Strafregister geprüft werden, den die Kundenberaterin oder der Kundenberater vorzulegen hat. Weiter sollen Personen, die für Finanzdienstleister tätig sind, nur als Kundenberaterinnen oder -berater registriert werden, wenn für die einzutragende Tätigkeit kein aufsichtsrechtliches Tätigkeits- oder Berufsverbot besteht. Die Registrierungsstelle erkundigt sich vor dem Registereintrag bei der Aufsichtsbehörde, ob gegen die Person ein solches Tätigkeitsverbot vorliegt.

Abs. 3

Wie erwähnt, dürfte eine grosse Zahl von Kundenberaterinnen und -berater als Mitarbeitende bei einem Finanzdienstleister tätig sein. In jenen Fällen kann die Registrierungsvoraussetzung nach Buchstabe b (finanzielle Sicherheit) von Absatz 1 auch durch diesen erfüllt werden. Es obliegt jedoch der Kundenberaterin oder dem Kundenberater, den Nachweis darüber zu erbringen, dass die entsprechenden Voraussetzungen durch den Finanzdienstleister erfüllt werden.

Art. 32 Inhalt

Das Beraterregister soll den Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern eine zuverlässige und aktuelle Übersicht über die Person ihrer Kundenberaterin oder ihres Kundenberaters ermöglichen. Das Register muss somit elementare Angaben zur Identifikation des Beraters enthalten, d. h. dessen Namen und Vornamen sowie den Namen oder die Firma sowie die Adresse des Finanzdienstleisters, für welchen der Berater tätig ist. Weiter müssen die Kundinnen und Kunden in Erfahrung bringen können, welche Funktion der Kundenberater in der Organisation des Finanzdienstleisters innehat und welche Tätigkeitsfelder er abdeckt. Das Kernstück des Beraterregisters bildet eine Auflistung der durch die Beraterin oder den Berater absolvierten Aus- und Weiterbildungen. Die Kundinnen und Kunden können sich damit über die Kenntnisse und Kompetenzen der Kundenberaterinnen und -berater informieren. Zusätzlich soll das Register auch offenlegen, an welche Ombudsstelle der Finanzdienstleister, für welchen die Kundenberaterin oder der Kundenberater tätig ist, angeschlossen ist. Dies vermittelt den Kundinnen und Kunden einerseits die Gewissheit, dass ein solcher Anschluss besteht. Andererseits können sie rasch auf Unstimmigkeiten reagieren und an die zuständige Ombudsstelle gelangen. Schliesslich hat das Register auch das Datum des Registereintrags offenzulegen. Dadurch wird für die Kundinnen und Kunden ersichtlich, wie lange die fragliche Beraterin oder der fragliche Berater die Vorschriften des FIDLEG bereits einhält und mittelfristig auch, wie lange sie oder er bereits als Kundenberaterin oder -berater tätig ist.

⁷³ SR 311.0

Art. 33 Registrierungsstelle

Abs. 1 und 2

Die Führung des Beraterregisters soll einer Registrierungsstelle obliegen, an welche die FINMA die Wahrnehmung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgabe überträgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass für diese Aufgabe im Markt Bewerber vorhanden sind oder sich bilden werden. Wenn es die Umstände rechtfertigen, kann die FINMA auch mehr als eine Registrierungsstelle zulassen. Diesfalls ist sicherzustellen, dass die Anforderungen an die Kundenberaterinnen und -berater durch die verschiedenen Registrierungsstellen in vergleichbarer Weise umgesetzt werden. Dies kann zum einen durch einen Austausch der verschiedenen Stellen untereinander gefördert werden. Zum anderen obliegt es der FINMA, im Rahmen ihrer Aufsicht über die Registrierungsstellen bei Missständen rechtzeitig einzugreifen (vgl. Abs. 5).

Abs. 3 und 4

Die Bestimmung nennt Mindestanforderungen, welche eine Registrierungsstelle bei ihrer Zulassung durch die FINMA und während ihrer Tätigkeit erfüllen muss. Die Registrierungsstelle muss ihre Funktion unabhängig ausüben und sich organisatorisch sowie personell so aufstellen, dass sie ihrer Aufgabe jederzeit einwandfrei nachkommen kann. Die unabhängige Ausführung ist durch geeignete organisatorische Massnahmen und durch eine ausgewogene Zusammensetzung der mit der Geschäftsleitung betrauten Personen sicherzustellen. Die Registrierungsstelle ist in der Wahl ihrer Rechtsform frei. Sie muss sich rechtlich jedoch so organisieren, dass sie ihre Aufgaben korrekt erfüllen kann.

Abs. 5

Die Bestimmung regelt das Vorgehen für den Fall, dass die Registrierungsstelle den Anforderungen nicht mehr entspricht, indem sie etwa keine Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit mehr bietet oder die korrekte Erfüllung ihrer Aufgabe aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet oder gefährdet ist. Die von der FINMA zu verfügenden Massnahmen müssen dem konkreten Fall angemessen sein und sollen von daher im Gesetz nicht einzeln aufgeführt werden. Als *ultima Ratio* kann die FINMA die Zulassung widerrufen.

Abs. 6

Wird keine Registrierungsstelle durch eine private Stelle gebildet, die durch die FINMA zugelassen werden kann, so bezeichnet der Bundesrat eine Stelle, welche für diese Aufgabe zuständig ist.

Art. 34 Registerführung und Meldepflicht

Abs. 1–4

Das Beraterregister wird von der Registrierungsstelle geführt. Das Wegfallen von Umständen, die der Registrierung zugrunde liegen, ist durch die eingetragenen Kundenberaterinnen und -berater sowie deren Arbeitgeber unverzüglich an die Registrierungsstelle zu melden. Weiter hat die Aufsichtsbehörde der Registrierungsstelle zu melden, wenn sie gegen eine eingetragene Kundenberaterin oder einen eingetragenen Kundenberater ein Tätigkeits- oder Berufsverbot ausgesprochen hat, das eingetragene Tätigkeiten betrifft, oder wenn sie von einer strafrechtlichen Verur-

teilung gemäss Artikel 31 Kenntnis erhält. Fällt eine Voraussetzung für die Registrierung für Kundenberaterinnen oder -berater weg, werden sie von der Registrierungsstelle aus dem Register gelöscht.

Abs. 5

Das Beraterregister ist öffentlich zugänglich und interessierte Personen können sich jederzeit darüber erkundigen, ob eine bestimmte Person als Kundenberaterin oder -berater im Register eingetragen ist. Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes werden keine Listen der registrierten Kundenberaterinnen und -berater publiziert, sondern die entsprechenden Erkundigungen haben basierend auf konkreten Einzelabfragen auf der Website der Registrierungsstelle zu erfolgen. So kann sichergestellt werden, dass Kundinnen und Kunden sich darüber erkundigen können, ob ihre Kundenberaterin oder ihr Kundenberater im Register erfasst ist, ohne dass gleichzeitig öffentlich zugängliche Listen von Namen der in der Schweiz tätigen Kundenberaterinnen und -berater angelegt werden.

Art. 35 Gebühren

Die Bestimmung schafft die gesetzliche Grundlage für die Registrierungsstelle zur Erhebung von Gebühren für ihre Tätigkeit. Die Bemessung der Gebühren wird in Anwendung der allgemeinen für die Gebührenerhebung geltenden Grundsätze durch den Bundesrat zu regeln sein. Die Regelung richtet sich nach Artikel 46a Absätze 2–4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997⁷⁴ (RVOG).

Art. 36 Verfahren

Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968⁷⁵ (VwVG) und den übrigen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Die Entscheide der Registrierungsstelle sind Verfügungen. Genehmigt die Stelle ein Gesuch ohne Vorbehalt, so braucht sie dies nicht zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 3 VwVG). Lehnt sie ein Gesuch ohne Aufforderung zur Nachbesserung ab, so muss sie den Gesuchsteller anhören, bevor sie die Ablehnung des Gesuchs verfügt (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG). Fordert sie zur Nachbesserung des Gesuchs auf, so genügt es, wenn sie diese Aufforderung nur in Verfügungsform kleidet, wenn der Gesuchsteller dies verlangt.

3. Titel: Anbieten von Finanzinstrumenten

1. Kapitel: Prospekt für Effekten

1. Abschnitt: Allgemeines

Die Bestimmungen in diesem Titel lösen die bestehenden Bestimmungen im OR zum Emissionsprospekt der Aktien (Art. 652a und 752 OR) und zum Prospekt der Anleihenobligationen (Art. 1156 OR) ab. Neu in der Schweizer Rechtsordnung ist damit, dass unter Vorbehalt der ausdrücklich geregelten Ausnahmen grundsätzlich für alle Beteiligungs- und Forderungspapiere von Gesetzes wegen ein Prospekt zu

⁷⁴ SR 172.010

⁷⁵ SR 172.021

erstellen ist, also namentlich auch für Derivate und strukturierte Produkte. Die Prospektpflichten in diesem Kapitel orientieren sich in weiten Zügen an der EU-Prospektrichtlinie, ohne diese aber unkritisch und unverändert zu übernehmen.

Art. 37 Pflicht zur Veröffentlichung eines Prospekts

Diese Norm bestimmt die Adressaten der Prospektpflicht und deren sachlichen und örtlichen Anwendungsbereich.

Abs. 1

Der Prospektpflicht unterliegt der Anbieter von Effekten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe c oder derjenige, der um deren Zulassung zum Handel auf einem Handelsplatz nachsucht. Ausgelöst wird die Prospektpflicht entweder durch ein öffentliches Angebot, wie es in Artikel 3 Buchstabe h definiert wird, also durch jegliche Mitteilung an das Publikum, die für den Kauf oder die Zeichnung einer Effekte ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und die Effekte selber enthält, oder durch das Gesuch um Zulassung zum Handel auf einem Handelsplatz. Die Prospektpflicht gilt daher neu auch für den Primärmarkt, also für die Erstausgabe von Effekten, soweit sich das Angebot nicht an einen begrenzten Personenkreis richtet. Bei der Erstausgabe handelt oft nicht der Emittent selber als Anbieter, sondern ein Finanzdienstleister, wie etwa eine Bank oder ein Bankenkonsortium, welches durch den Emittenten treuhänderisch mit der Zeichnung und Platzierung der Effekten betraut ist.

Abs. 2

Absatz 2 betrifft Sekundärmarkttransaktionen. An diesen ist der Emittent in der Regel nicht beteiligt, weshalb ihn bei der Erstellung des Prospekts auch keine Mitwirkungspflichten treffen sollen.

Art. 38 Ausnahmen nach der Art des Angebots

Abs. 1

Die Bestimmung nennt abschliessend verschiedene Formen eines öffentlichen Angebots, bei welchen sich aus Sicht des Kundenschutzes und aus Gründen der Verhältnismässigkeit die Prospektpflicht nicht rechtfertigt. So handelt es sich bei den Anlegerinnen und Anlegern bei Angeboten nach den Buchstaben a, c und d um solche, die von ihren wirtschaftlichen Möglichkeiten her offensichtlich keines besonderen Schutzes bedürfen. Bei Angeboten, die sich nach Buchstabe b an einen limitierten Anlegerkreis richten, besteht in der Regel eine nahe Beziehung zwischen Anlegerinnen und Anlegern sowie Anbieter, welche Missbräuche weitgehend ausschliessen dürfte. Angebote mit einem Gesamtwert von höchstens 100 000 Franken (Bst. e) schliesslich sind schon von ihrem Umfang her nicht geeignet, bei den Anlegerinnen und Anlegern massgeblichen Schaden anzurichten.

Abs. 2

Grundsätzlich löst die Weiterveräusserung einmal erworbener Effekten eine erneute Prospektpflicht aus, soweit sie in einem öffentlichen Angebot erfolgt. Die Bestimmung stellt klar, dass sich die Ausnahmen von Absatz 1 auf die Angebotsform beziehen und nicht auf die Effekten. Auch wenn daher eine bestimmte Effekte bei ihrer ersten Emission unter eine Ausnahme von Absatz 1 fiele, bedeutet dies nicht,

dass dies auch für spätere öffentliche Angebote derselben Effekte gilt. Vielmehr wird dannzumal neu zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme gegeben sind.

Abs. 3

Im Unterschied zum EU-Recht sieht das FIDLEG kein öffentliches Register für *Opting-in-* oder *Opting-out-*Entscheide vor. Entsprechend weiss der Anbieter in der Regel nicht, ob der Kunde eine solche Erklärung abgegeben hat. Er soll daher davon ausgehen können, dass professionelle und institutionelle Kunden kein *Opting-in* erklärt haben.

Abs. 4

Die Ausnahme unter dieser Bestimmung rechtfertigt sich deshalb, weil der Schutz der Anlegerinnen und Anleger gewährleistet ist, wenn ein späteres Angebot oder eine spätere Platzierung durch einen Finanzdienstleister erfolgt und ein gültiger Prospekt vorliegt, zu dessen Verwendung die berechtigten Personen zugestimmt haben.

Abs. 5

Der Ausnahmenkatalog dieses Artikels lehnt sich an die Regelung in der EU-Prospektrichtlinie von 2003 an. Im Februar 2015 hat nun die EU die Konsultation zu einer Kapitalmarktunion eröffnet, wobei in Bezug auf die Prospektrichtlinie Möglichkeiten für eine Vereinfachung der im Prospekt enthaltenen Informationen ausgelotet werden sollen. In diesem Zusammenhang werden namentlich auch die im vorliegenden Artikel enthaltenen Schwellenwerte Gegenstand der Diskussionen bilden. Um für entsprechende Entwicklungen in diesem Bereich gewappnet zu sein, wird dem Bundesrat in diesem Absatz die Kompetenz eingeräumt, bestimmte Schwellenwerte bei Bedarf dem veränderten internationalen Umfeld anzupassen.

Art. 39 Ausnahmen nach der Art der Effekten

Die hier aufgeführten Ausnahmen rechtfertigen sich aus der Überlegung, dass der Schutz der Anlegerinnen und Anleger durch einen Prospekt in den Fällen nicht notwendig ist, in denen die Anlegerinnen und Anleger anderweitig in vergleichbarer Weise über die Effekte informiert sind. In diesem Sinne bedarf es keines Prospekts für Beteiligungspapiere, die im Rahmen eines Austauschs bereits ausgegebener – und damit mit einem Prospekt dokumentierten – Papiere (Bst. a) angeboten werden. Ebenfalls kein Prospekt ist erforderlich für Effekten, die etwa bei der Umwandlung von Wandelanleihen oder im Rahmen von Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen (Bst. b–e), Dividendenausschüttungen (Bst. f) oder Angeboten oder Zuteilungen etwa im Rahmen von Mitarbeiterprogrammen (Bst. g) abgegeben werden, soweit gleichwertige Informationen für die Anlegerinnen und Anleger vorliegen. Solche werden oft in Form einer Dokumentation des dem Angebot zugrundeliegenden Geschäftsvorgangs vorhanden sein. Was Anteile am Kapital von Zentralbanken angeht (Bst. h), so ist schon vom Emittenten her der Kundenschutz gewährleistet, was zu einer Befreiung der Prospektspflicht führt. Bei Ausgabe von Effekten von Einrichtungen mit ideellem Zweck soll ebenfalls keine Prospektspflicht bestehen, soweit die Ausgabe keinen gewerblichen Zielen dient und von daher eine massgebliche Gefährdung von Anlegerinteressen weitgehend ausgeschlossen werden kann (Bst. i). Kassenobligationen (Bst. j) sollen keine Prospektspflicht auslösen,

da sie ein reines Sparprodukt darstellen, während Geldmarktinstrumente (Bst. k), die eine Laufzeit von höchstens 12 Monaten haben, infolge ihres geringen Ausfallrisikos nicht mit einem Prospekt zu dokumentieren sind. Schliesslich sollen die Prospektpflichten auch nicht für Derivate wie namentlich die über die EUREX gehandelten gelten, die an sich unter den Effektenbegriff von Artikel 3 Buchstabe c fallen, von ihrer Art her aber nicht emissionsweise vertrieben werden, sondern als Einzelabschlüsse auf einer elektronischen Plattform zustande kommen und nicht zum massenweisen Handel geeignet sind (Bst. l).

Art. 40 Ausnahmen für die Zulassung zum Handel

Die Zulassung von Effekten zum Handel an einem Handelsplatz (Börse oder multilaterales Handelssystem, vgl. Art. 26 FinfraG) ist in den Artikeln 35 und 36 FinfraG geregelt. Der Handelsplatz hat demnach ein Reglement über die Zulassung zu erlassen, das anerkannten internationalen Standards Rechnung trägt und auch die Offenlegung von Informationen zu regeln hat, welche für die Anlegerinnen und Anleger für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und die Qualität des Emittenten notwendig sind. Es versteht sich von selbst und braucht nicht noch gesondert geregelt zu werden, dass die Anforderungen an die Offenlegung der Informationen erfüllt sind, wenn die Prospektvorschriften nach dem 3. Titel des FIDLEG eingehalten sind.

Was die hier geregelten Ausnahmen von der Prospektpflicht für die Zulassung von Effekten zum Handel betrifft, so orientiert sich Artikel 40 an Artikel 4 Absatz 2 der europäischen Prospektrichtlinie und übernimmt soweit sinnvoll dort aufgeführte spezifische Ausnahmen von der Prospektpflicht für bestimmte Arten von Effekten, die zum Handel an einem Handelsplatz zugelassen werden sollen (Bst. a und b). Zusätzlich wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bereits nach geltendem Recht und den Regularien der SIX Swiss Exchange AG (SIX) Effekten, bei denen die erforderliche Transparenz für die Investoren schon durch die Kotierung an einer anderen Börse sichergestellt ist, zum Handel zugelassen werden können (Bst. c). Hier kann beispielhaft das Handelssegment *Sponsored Segment* der SIX genannt werden. Auch in Anbetracht der Bestimmungen zum Anlegerschutz und des Bedürfnisses an Informationen über Effekten sollte schliesslich eine Zulassung zum Handel auf einem Handelsplatz, der ausschliesslich professionellen Kunden direkt oder indirekt zugänglich ist, keine Prospektpflicht auslösen (Bst. d).

Art. 41 Informationen ausserhalb Prospektpflicht

Für die Fälle, in denen sich die Anlegerinnen und Anleger mangels Prospektpflicht über ein Finanzinstrument nicht mittels eines Prospekts kundig machen können, stellt diese Bestimmung sicher, dass allfällige durch den Anbieter abgegebenen Informationen gleichermaßen allen vom Angebot erfassten Anlegerinnen und Anleger zugänglich sind.

2. Abschnitt: Anforderungen

Art. 42 Inhalt

Abs. 1

Der Inhalt des Prospekts soll dem Schutzzweck der Prospektspflicht entsprechend in leicht verständlicher Form und so objektiv und aktuell wie möglich alle Angaben zum Emittenten, zum Garantiegeber und zur Effekte enthalten, um der Anlegerin und dem Anleger einen Anlageentscheid in voller Kenntnis der Sachlage und der Anlagerisiken zu ermöglichen. Das Format des Prospekts soll durch den Bundesrat in einer Verordnung festgelegt werden (Art. 48 Bst. a).

Die Angaben im Prospekt sollen nicht nur den Emittenten einer Effekte sondern auch allfällige Garantiegeber (Sicherheitsgeber) beschreiben, welche öfter im Zusammenhang mit Emissionen von Forderungspapieren auftreten und Garantien für im Einzelfall definierte Verpflichtungen des Emittenten übernehmen.

Die genannten Angaben umfassen, ohne dass dies im Gesetz noch speziell festzuhalten ist, namentlich die Firma, den Sitz und den Ort der Verwaltung, die Rechtsform, den Zweck und die allfällige Stellung im Konzern. Darzustellen sind sodann insbesondere (Bst. a Ziff. 1–4):

- die Organe, wobei nicht von einem engen formellen Organbegriff ausgegangen wird, sondern alle Verwaltungs-, Geschäftsleitungs-, gesellschaftsrechtlichen Aufsichts- und Revisionsorgane umfasst sein sollen;
- die letzte Jahresrechnung, umfassend Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang (Art. 959–959c OR) und – bei grösseren, zur ordentlichen Revision nach Artikel 727 Absatz 1 OR verpflichteten Unternehmen – zusätzliche Angaben im Anhang der Jahresrechnung, Geldflussrechnung und Lagebericht (Art. 961 ff. OR);
- die aktuelle Geschäftslage, soweit sie nicht bereits genügend im Rahmen der Rechnungslegung abgebildet ist;
- wesentliche Perspektiven, worunter etwa Angaben zum Forschungs- und Entwicklungsstand sowie zu den Marktaussichten in den massgeblichen Geschäftsbereichen fallen können;
- wesentliche Risiken, worunter allfällige Abhängigkeiten von Patenten und Lizenzen oder bevorstehende Änderungen im regulatorischen Umfeld gezählt werden können;
- wesentliche Streitigkeiten, worunter etwa bevorstehende oder laufende Zivil-, Straf-, Schieds- oder Verwaltungsverfahren zu subsumieren sind.

Zu den Effekten und zum Angebot als solchem hat der Prospekt ausführliche Angaben zu enthalten (Bst. b und c). Sie werden in einer Verordnung näher aufzuführen sein. Zu denken ist an Informationen über die Effekten zu deren Identifikation (Valoren- und ISIN-Nummer), zur Rechtsgrundlage, zur Art der Emission, zu Anzahl, Gattung und Nennwert, zu den mit der Effekte verbundenen Rechten (wie etwa Stimmrecht, Gewinnbeteiligungsrecht, Recht auf Liquidationserlös), zu einer allfälligen Beschränkung der Übertragbarkeit (bspw. Vinkulierung bei Namenaktien), zur allenfalls geplanten Platzierung (öffentlich, international), zum geschätzten Nettoer-

lös der Emission, aufgegliedert nach den wichtigsten Verwendungszwecken und zur vergangenen Kursentwicklung.

Abs. 2

Der Prospekt kann in einer der drei Amtssprachen abgefasst sein oder aber in Englisch, womit einem legitimen Bedürfnis internationaler Emittenten und Anlegerinnen und Anleger auf dem Schweizer Finanzmarkt Rechnung getragen wird.

Abs. 3

Prospekte erreichen oft einen erheblichen Umfang, womit die angestrebte Übersichtlichkeit und Verständlichkeit für die Anlegerin und den Anleger wesentlich beeinträchtigt werden kann. Aus diesem Grund soll der Prospekt eine Zusammenfassung enthalten, die in knapper Form und in allgemein verständlicher Sprache die wesentlichen Informationen enthält. Form und Inhalt der Prospektzusammenfassung liefern in Verbindung mit dem Prospekt Informationen über die wesentlichen Aspekte der betreffenden Effekten, um den Anlegerinnen und Anlegern bei der Prüfung der Frage, ob sie in diese oder allenfalls in andere Effekten investieren sollen, behilflich zu sein. Welche Informationen in die Zusammenfassung aufzunehmen sind, wird der Bundesrat in einer Verordnung festlegen (Art. 48 Bst. a und b). Nach Sinn und Zweck solcher Schlüsselinformationen werden sie in der gebotenen Kürze und Stringenz im Wesentlichen darstellen:

- die Risiken und wesentlichen Merkmale, die auf den Emittenten und einen etwaigen Garantiegeber zutreffen, einschliesslich der Vermögenswerte, Verbindlichkeiten und der Finanzlage des Emittenten und etwaigen Garantiegebers;
- die mit der Anlage in die betreffende Effekte verbundenen Risiken und die wesentlichen Merkmale der Anlage, namentlich der mit den Effekten verbundenen Rechte;
- die allgemeinen Bedingungen des Angebots mit einer Schätzung der Kosten, die der Anlegerin und dem Anleger vom Emittenten oder Anbieter in Rechnung gestellt werden;
- Einzelheiten der Zulassung zum Handel und
- Gründe für das Angebot und die Verwendung der Erlöse.

Abs. 4

Gerade bei erstmaligen Börsengängen von Aktiengesellschaften steht oftmals nicht zum Vornherein fest, welches Anlagevolumen zu welchem Emissionskurs letztlich platziert werden kann. Häufig wird durch die mit der Platzierung beauftragte Bank eine Spanne genannt, innert welcher sich der Preis oder Kurs bei der endgültigen Zuteilung an die Investorinnen und Investoren bewegen wird. Nach Bekanntgabe dieser Spanne werden die Aktien in der *Zeichnungsfrist* öffentlich zur Zeichnung angeboten, wobei sich die interessierten Anlegerinnen und Anleger verpflichtend festlegen, wie viele Aktien sie zu welchem Höchstpreis erwerben möchten. Damit die Anlegerinnen und Anleger bei der Zeichnung in diesen Fällen ein Mindestmass an Sicherheit hinsichtlich ihrer Verpflichtung erhalten, hat der Prospekt einen höchstmöglichen Emissionskurs zu nennen und auch aufzuzeigen, nach welchen Kriterien entschieden wird, wem die Effekten zugeteilt werden. Die Angaben zum

endgültigen Emissionskurs und Emissionsvolumen werden bei der Prüfstelle hinterlegt und veröffentlicht.

Abs. 5

Gemäss Artikel 53 Absatz 2 kann der Bundesrat Effekten bezeichnen, deren Prospekt erst nach der Veröffentlichung geprüft werden muss. Bedingung ist, dass eine Bank oder ein Wertpapierhaus bestätigt, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung die wichtigsten Informationen über den Emittenten und die Effekte vorliegen. Solchenfalls ist im Prospekt darauf hinzuweisen, dass dieser noch nicht geprüft ist.

Art. 43 Ausnahmen

Diese Bestimmung entspricht Artikel 36 des Kotierungsreglements der SIX sowie Artikel 8 Absatz 2 Buchstaben b und c der europäischen Prospektrichtlinie. Die Prüfstelle soll für kotierte oder nicht kotierte Effekten (weiterhin) die Möglichkeit haben, im Prospekt Ausnahmen für bestimmte Angaben vorzusehen. Die Ausnahme in Buchstabe b ist etwa dann relevant, wenn die Emission durch ein *Special Purpose Vehicle* oder eine eben gegründete Gesellschaft erfolgt, bei der die Investoren im Wesentlichen auf die Bonität des Sicherheitengebers (bspw. Garanten) abstellen. In solchen Fällen ist es nicht immer sinnvoll für den Investor, umfassende Angaben über den Emittenten zu erhalten. Diese würden den Prospekt unnötig verlängern und die Lesbarkeit für die Investoren erschweren. Daher wäre es sinnvoll, wenn die Prüfstelle vorsehen könnte, dass das Vorliegen sämtlicher Angaben zum Sicherheitengeber (bspw. Kennzahlen) genügt.

Art. 44 Verweisung

Eine Neuerung gegenüber der heutigen Regelung im OR ist die ausdrückliche Zulässigkeit von Verweisungen auf gleichzeitig veröffentlichte Dokumente. Verweisungen sollen den Prospekt inhaltlich entlasten und damit der Klarheit und Verständlichkeit der Informationen für die Anlegerin und den Anleger dienen. Enthält ein Dokument, auf das verwiesen wird, Angaben, die wesentlich geändert haben, so ist dies im Prospekt auszuweisen und es sind die aktualisierten Angaben zur Verfügung zu stellen. Verweisungen in der Zusammenfassung sind indessen nicht zulässig, denn sie widersprechen deren Zweck, alles für den Anlageentscheid Wesentliche zu enthalten.

Um die Vergleichbarkeit der Prospektinformationen von gleichartigen Effekten zu gewährleisten, soll nicht auf beliebige Dokumente verwiesen werden können. Die geeigneten Dokumente sollen auf Stufe Verordnung festgehalten werden (Art. 48 Bst. d). Geeignet sein können etwa jährlich und unterjährig vorzulegende Finanzinformationen, Dokumente, die im Zuge einer spezifischen Transaktion erstellt werden, wie bspw. einer Fusion oder einer Spaltung, Jahresabschlüsse, Statuten der Gesellschaft oder auch etwa früher gebilligte und veröffentlichte Prospekte.

Art. 45 Zusammenfassung

Abs. 1

Die Zusammenfassung soll es der Anlegerin oder dem Anleger erleichtern, die wesentlichen Eigenschaften einer Effekte zu erkennen und damit auch mit anderen ähnlichen Effekten zu vergleichen. Einzelheiten werden in einer Verordnung näher

definiert (Art. 48 Bst. b). Aus den entsprechenden Bestimmungen wird sich dann auch das umfangmässige Verhältnis zwischen Zusammenfassung und Prospekt ergeben. In der EU ist der Umfang der Zusammenfassung prozentual beschränkt: er darf nicht mehr als 7 Prozent des Prospekts ausmachen.

Abs. 2

Inhalt und Aufmachung der Zusammenfassung sind so zu gestalten, dass diese im Prospekt klar als solche erkenntlich ist. Es muss aus ihr deutlich hervorgehen, dass sie als Einleitung zum Prospekt verstanden werden muss, dass dementsprechend sich ein umfassender Anlageentscheid auf die Prüfung des gesamten Prospekts stützen muss. Auch in die Zusammenfassung aufgenommen werden soll schliesslich der Hinweis auf die Regelung von Artikel 72 Absatz 2, nach der eine Haftung nur unter bestimmten Voraussetzungen besteht.

Art. 46 Aufteilung

Je nach den konkreten Bedürfnissen und vor allem bei mehreren absehbaren eigenständigen Emissionen desselben Emittenten kann es sich als sinnvoll erweisen, die zumeist gleichbleibenden Angaben zum Emittenten in einem separaten Registrierungsformular und die Eigenschaften der Effekten jeweils auf den Zeitpunkt der Emission hin in einer zu erstellenden eigenen Beschreibung festzuhalten. Ebenfalls auf diesen Zeitpunkt hin ist die Zusammenfassung zu erstellen.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Rechtssicherheit soll ein Prospekt nicht beliebig aufgeteilt werden können, sondern sich auf die beschriebenen Dokumente beschränken.

Art. 47 Basisprospekt

Abs. 1

Die Veröffentlichung eines Basisprospekts ist namentlich für mehrere Emissionen bei ähnlich ausgestalteten Forderungspapieren wie etwa Obligationenanleihen sinnvoll, bei denen die endgültigen Bedingungen wie etwa Währung, Zins oder Laufzeit nicht zum Vorherein feststehen. Solche Bedingungen können im Basisprospekt durch einen Platzhalter ersetzt oder als auswählbare Option dargestellt werden. Bei jeder Emission werden dann die endgültigen Bedingungen des Angebots veröffentlicht und bei der Prüfstelle hinterlegt. Die endgültigen Bedingungen sollen nur Angaben zu den Effekten enthalten und dienen nicht der Ergänzung des Basisprospekts.

Auch Basisprospekte dürfen dreiteilig aufgebaut werden. Das kann sich insbesondere dann anbieten, wenn nicht alle anzubietenden Forderungspapiere eine ähnliche Struktur haben, sodass sich die Darstellung in einem einzigen gemeinsamen Basisprospekt verbietet. Der dreiteilige Aufbau ermöglicht dann die Nutzung eines einzigen Registrierungsformulars für mehrere Basisprospekte.

Abs. 2

Der Basisprospekt enthält seinem Zweck entsprechend sämtliche Angaben zum Emittenten und zu den Effekten, welche zum Zeitpunkt seiner Veröffentlichung bereits gemacht werden können. Der Bundesrat wird in einer Verordnung dazu detailliertere Regelungen aufstellen (vgl. Art. 48 Bst. c).

Abs. 3 und 4

Soweit die endgültigen Bedingungen auch nicht in einen Nachtrag aufgenommen werden, sind sie so rasch wie möglich zu veröffentlichen und bei der Prüfstelle zu hinterlegen. Aus der Grundsatzbestimmung von Artikel 37 ergibt sich, dass die Veröffentlichung spätestens am Tag des öffentlichen Angebots oder der Zulassung zum Handel erfolgen muss. Genehmigt werden müssen die endgültigen Bedingungen nicht.

Art. 48 Ergänzende Bestimmungen

Das Gesetz enthält lediglich die Grundzüge der Prospektpflicht. Die ergänzenden Bestimmungen in den hier nicht abschliessend aufgeführten Bereichen sollen in einer Verordnung des Bundesrates aufgenommen werden. Dabei wird dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Beachtung zu schenken sein. Es wird darum gehen, das richtige Mass zu finden zwischen den Anforderungen zum Schutz der Anlegerinnen und Anleger, Investorinnen und Investoren und denjenigen der Emittenten und Anbieter nach einem sachgerechten Aufwand bei der Erstellung der Prospekte in der jeweiligen Kategorie von Effekten. Klar erscheint, dass eine zu sehr ins Detail gehende Regulierung weder dem Anspruch auf transparente und verständliche Information noch demjenigen auf verhältnismässigen Aufwand gerecht würde.

Bei den Ausführungsbestimmungen zum Format (Bst. a) stehen diejenigen zur Zusammenfassung im Vordergrund. Soll diese es ihrem Sinn und Zweck entsprechend ermöglichen, verschiedene Effekten untereinander zu vergleichen, so bedingt dies eine einheitliche Darstellung der wesentlichen Angaben zum Emittenten und zu der Effekte. Bei den übrigen Teilen des Prospekts und seiner Nachträge werden sich die Vorgaben an das Format auf ein Minimum beschränken können.

Entsprechend der geschilderten Funktion der Zusammenfassung kommt auch Inhalt und Form der in ihr festgehaltenen Schlüsselinformationen erhöhte Bedeutung zu, was detailliertere Ausführungen auf Verordnungsstufe rechtfertigt (Bst. b).

Den in den Prospekt oder Basisprospekt aufzunehmenden Mindestangaben (Bst. c) wird in der Verordnung am meisten Platz einzuräumen sein. Sie wird sich, aufgeteilt nach Arten von Effekten (namentlich nach Aktien und verschiedenen Arten von Forderungspapieren), detailliert dazu äussern, welche Angaben zum Emittenten (etwa zu dessen Geschäfts- und Finanzlage, Organen, Hauptaktionären, Beteiligungen etc.) und zur Effekte (etwa zu den zugrundeliegenden Rechtsnormen und zu den aus der Effekte fliessenden Rechten etc.) in den Prospekt – allenfalls aufgeteilt in Registrierungsformular und Effektenbeschreibung – aufzunehmen sind.

Dokumente, auf die verwiesen werden darf (Bst. d), sind etwa solche zu jährlich und unterjährig vorzulegenden Finanzinformationen, oder solche, die im Zuge einer spezifischen Transaktion erstellt werden (bspw. bei einer Fusion oder einer Spaltung), Jahresabschlüsse, Statuten der Gesellschaft oder auch etwa früher gebilligte und veröffentlichte Prospekte.

3. Abschnitt: Erleichterungen

Die vorstehenden Prospektspflichten bedeuten einen Zusatzaufwand für nicht börsennotierte Unternehmen, die bislang ihre Prospekte nach den eher einfachen Bestimmungen der Artikel 652a oder 1156 OR verfassen konnten. Dieser soll in diesem Abschnitt mit erleichterten Prospektspflichten, die auf Verordnungsstufe auszuführen sein werden, in vertretbaren Grenzen gehalten werden. Auch die EU kennt vergleichbare Erleichterungen für KMU und Unternehmen mit geringer Marktkapitalisierung (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. e ProspRL und Art. 26a und 26b der Verordnung (EG) Nr. 809/2004⁷⁶, hiernach ProspVo).

Art. 49

Abs. 1

Die Erleichterungen in der Prospektpflicht sollen für Unternehmen gelten, die nach den Bestimmungen des OR nicht der ordentlichen Revisionspflicht nach Artikel 727 OR unterstehen, sondern eine eingeschränkte Revision nach Artikel 727a OR durchführen müssen. Die Grenzziehung in der Prospektpflicht analog zur Revisionspflicht rechtfertigt sich schon deshalb, weil hier wie dort der Zweck der Bestimmungen auf den Schutz der Anlegerinnen und Anleger oder Gläubiger abzielt.

Abs. 2

Analog zur Regelung in der EU sollen zusätzlich auch Unternehmen von erleichterten Prospektspflichten profitieren können (Bst. a), die (als sogenannte *small caps*) eine geringe Marktkapitalisierung aufweisen. In der EU wird die entsprechende Grenze bei 100 000 000 Euro gezogen (Art. 2 Abs. 3 Bst. t ProspRL). Es wird am Bundesrat sein, in der Verordnung eine Grenze zu definieren, die den schweizerischen Verhältnissen und Bedürfnissen der Emittenten und Anlegerinnen und Anleger gerecht wird.

Analog zur EU (Art. 26a ProspVo) sollen auch Erleichterungen bei der Emission von Bezugsrechten möglich sein (Bst. b). Diese rechtfertigen sich dann, wenn vom Emittenten ausgegebene Effekten derselben Gattung schon vorher zum Handel auf einem Handelsplatz zugelassen wurden und damit bereits Prospekte zur Effekte vorliegen, auf welche sich das Bezugsrecht bezieht.

Schliesslich ist es sinnvoll, wenn für bekannte Emittenten entsprechend den US-amerikanischen Bestimmungen für sogenannte WKSI (*Well-Known Seasoned Issuers*) Erleichterungen möglich sind (Bst. c). Die Erleichterung begründet sich aus dem Umstand, dass bei grossen und bekannten, regelmässig am Markt auftretenden Emittenten von liquiden Titeln, der Bedarf an zusätzlicher Publizität bei öffentlichen Angeboten als eher gering einzustufen ist. Ähnlich liegt es mit Emittenten, deren Effekten an einem anerkannten Handelsplatz im In- oder Ausland zum Handel zugelassen sind. Hier bestehen (etwa aufgrund der Ad-hoc-Pflicht oder den Anforderungen der Handelsplätze in Bezug auf Informationen auf der Website) oft bereits

⁷⁶ Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29. April 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung, ABl. L 149 vom 30.4.2004, S. 3., zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) Nr. 759/2013 der Kommission (Abl. L 213 vom 8.8.2013, S. 1).

ausreichende Informationen für die Anleger, um Investitionen in Effekten solcher Emittenten zu tätigen.

Abs. 3

Die Kriterien, anhand derer die Erleichterungen in der Prospektpflicht statuiert werden sollen, ergeben sich aus den Interessen der Anlegerinnen und Anleger auf Schutz und der Emittenten auf angemessene Vorgaben an den Prospekt. Auch ein Prospekt, der unter den erleichterten Vorschriften erstellt wird, soll ein breites Bild über den Emittenten und die Effekte abgeben. Im Unterschied zum Vollprospekt wird er aber bei den diversen Informationen weniger detailliert sein und weniger in die Tiefe gehen.

4. Abschnitt: Kollektive Kapitalanlagen

Anteile an kollektiven Kapitalanlagen unterstehen ebenfalls der Prospektpflicht. Für sie gelten indes Sonderbestimmungen, die aus dem KAG in den vorliegenden Erlass übertragen (und im KAG entsprechend aufgehoben) werden. Dieser soll allumfassend die Prospektpflichten für sämtliche Effekten regeln.

Art. 50 Offene kollektive Kapitalanlagen

Es wird die aktuelle Regelung von Artikel 75 Absätze 1 und 2 sowie Artikel 77 Absatz 2 KAG zur Prospektpflicht bei offenen Kollektivanlagen übernommen. Der dritte Absatz von Artikel 75 KAG ist – eingeschränkt auf Privatkundinnen und -kunden – durch Artikel 10 Absatz 4 abgedeckt. Zur Veröffentlichung des Prospekts siehe Artikel 67 f. Ausführungsbestimmungen zum Prospekt finden sich bis anhin insbesondere in Artikel 85 und 106 sowie Anhang 1 KKV.

Art. 51 Geschlossene kollektive Kapitalanlagen

Die Bestimmung bildet die zurzeit geltenden Prospektregelungen für geschlossene Kollektivanlagen ab. Dies betrifft Artikel 102 Absatz 3 KAG für Kommanditgesellschaften für Kollektivanlagen und Artikel 116 KAG für Investmentgesellschaften mit festem Kapital.

Art. 52 Ausnahmen

Die Bestimmung übernimmt die bis anhin in Artikel 10 Absatz 5 Buchstabe b KAG vorgesehene Möglichkeit, schweizerische Kollektivanlagen ganz oder teilweise von der Prospektpflicht zu befreien, hinsichtlich qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern gemäss Artikel 10 Absatz 3^{ter} KAG. Mit Blick auf qualifizierte Anlegerinnen und Anleger nach Artikel 10 Absatz 3 KAG gilt eine Ausnahme von der Prospektpflicht bereits auf Grund von Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe a FIDLEG.

5. Abschnitt: Prüfung des Prospekts

Wer in der Schweiz Effekten in einem öffentlichen Angebot zum Kauf oder zur Zeichnung anbietet oder um deren Zulassung zum Handel ersucht, hat nach Artikel 37 ff. vorgängig einen Prospekt zu veröffentlichen. Dieser ist vor seiner Veröf-

fentlichung gemäss den Bestimmungen dieses Abschnitts zu prüfen, was europäischem Recht entspricht⁷⁷. Basisinformationsblätter nach Artikel 60 ff. unterliegen – wie auch in der EU – keiner Prüfpflicht. Dies ist sachgerecht, weil Basisinformationsblätter nur in stark verkürzter Form wiedergeben, was im geprüften Prospekt steht. Eine doppelte Prüfung wäre nicht verhältnismässig.

Art. 53 Pflicht

Abs. 1

Der Prospekt für Effekten hat nach Artikel 42 Absatz 1 in verständlicher Form die für einen Entscheid der Anlegerin und des Anlegers wesentlichen Angaben zum Emittenten und zum Garantiegeber sowie zu den öffentlich angebotenen oder zum Handel bestimmten Effekten zu enthalten. Absatz 1 hält daher als Grundsatz fest, dass ein Prospekt *vor* seiner Veröffentlichung auf Vollständigkeit, Kohärenz und Verständlichkeit – nicht aber auf materielle Richtigkeit – geprüft werden muss. Unter der Anforderung an die Kohärenz wird dabei verstanden, dass der Prospekt keine inneren Widersprüche enthalten darf.

Abs. 2

Der Bundesrat soll Forderungspapiere bezeichnen können, deren Prospekt erst *nach* der Veröffentlichung geprüft werden muss, soweit eine Bank oder ein Wertpapierhaus geprüft hat, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung die wichtigsten Informationen über den Emittenten und die Effekte vorliegen. Damit wird unter Wahrung des Kundenschutzes ermöglicht, dass namentlich Anleihen zeitlich marktnah emittiert werden können. Solchenfalls ist gemäss Artikel 42 Absatz 5 in den betreffenden Prospekten aus Gründen der Transparenz der Vermerk der einstweilen fehlenden Prüfung anzubringen.

Abs. 3

Keiner Prüfpflicht unterliegen weiterhin die Prospekte kollektiver Kapitalanlagen (Abs. 3)⁷⁸. Vorbehalten bleibt die Genehmigungspflicht für Dokumentationen ausländischer Kollektivanlagen nach den Artikeln 15 Absatz 1 Buchstabe e und 120 KAG.

Art. 54 Prüfstelle

Abs. 1

Die Prüfung der Prospekte nach Artikel 37 ff. soll einer Prüfstelle (oder allenfalls mehreren Prüfstellen) obliegen, welche durch die FINMA zugelassen sein muss. Die FINMA ist zum heutigen Zeitpunkt personell und hinsichtlich Infrastruktur nicht in der Lage, diese öffentlich-rechtliche Aufgabe (welche im EU-Raum durch Behörden erfüllt wird) selber wahrzunehmen. Es ist aber davon auszugehen, dass im Markt Bewerber vorhanden sind oder sich bilden werden. Prüfungen im Rahmen der oben erwähnten Genehmigungspflicht für Dokumentationen ausländischer Kollektivanlagen nach Artikel 120 KAG fallen nach wie vor in die Zuständigkeit der FINMA.

⁷⁷ Art. 13 ProspRL.

⁷⁸ Vgl. dazu auch BBl 2005 6464.

Abs. 2 und 3

Die Bestimmungen nennen Mindestanforderungen, welche eine Prüfstelle bei Erfüllung der Aufgabe und während ihrer Tätigkeit erfüllen muss. Die Prüfstelle muss ihre Funktion unabhängig ausüben können und sich organisatorisch sowie personell so aufstellen, dass sie ihrer Aufgabe jederzeit einwandfrei nachkommen kann.

Abs. 4

Die Bestimmung regelt das Vorgehen für den Fall, dass die Prüfstelle den Anforderungen nicht mehr entspricht, indem sie etwa keine Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit mehr bietet oder die korrekte Erfüllung ihrer Aufgabe aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet oder gefährdet ist. Die von der FINMA zu verfügenden Massnahmen müssen dem konkreten Fall angemessen sein und sollen von daher im Gesetz nicht einzeln aufgeführt werden. Als *ultima ratio* kann die FINMA die Zulassung widerrufen und diese einer anderen Prüfstelle übertragen.

Abs. 5

Sollte entgegen den Erwartungen durch den Markt keine zulassungsfähige Prüfstelle errichtet werden, würde der Bundesrat eine geeignete Stelle bezeichnen, welcher mit der Aufgabe der Prospektprüfung betraut werden kann.

Art. 55 Verfahren und Fristen

Die Entscheide der Prüfstelle sind Verfügungen nach dem VwVG. Das Verfahren richtet sich damit nach dem VwVG und den übrigen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Abs. 1). Genehmigt die Prüfstelle einen Prospekt ohne Vorbehalt, so braucht sie dies nicht zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 3 VwVG). Lehnt sie die Genehmigung ohne Aufforderung zur Nachbesserung ab, so muss sie die den Prospekt vorlegende Person anhören, bevor sie die Nichtgenehmigung verfügt (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG). Fordert sie zur Nachbesserung auf, so genügt es, wenn sie diese Aufforderung nur in Verfügungsform kleidet, wenn die den Prospekt vorlegende Person dies verlangt.

Die hier vorgesehenen Fristen und Behandlungsgrundsätze sind für das Verfahren vor der Prüfstelle verbindlich. Eingehende Prospekte – es ist davon auszugehen, dass der Verkehr mit der Prüfstelle in der Regel auf elektronischem Weg erfolgen wird – sind auf ihre Vollständigkeit zu sichten. Zeigen sich Anhaltspunkte, dass ein Prospekt unvollständig ist oder ergänzender Informationen bedarf, hat dies die Prüfstelle innert zehn Tagen anzuzeigen und die Betroffenen zur Nachbesserung aufzufordern (Abs. 3). Erst ab Eingang der vollständigen Unterlagen kann die Prospektprüfung erfolgen. Die Frist für die Prüfung beträgt zehn oder – bei neuen Emittenten – zwanzig Tage (Abs. 4 und 5). Bei dieser Frist handelt es sich um eine Ordnungsfrist, das heisst bei einer Überschreitung gilt ein Prospekt nicht als geprüft und genehmigt (Abs. 6). Dies entspricht europäischem Recht⁷⁹. Auch Artikel 4 Absatz 4 der Ordnungsfristenverordnung⁸⁰ sieht bei Überschreitung einer Ordnungsfrist keine begünstigende Entscheidfiktion vor.

⁷⁹ Art. 13 Abs. 2 UAbs. 2 ProspRL.

⁸⁰ Verordnung vom 25. Mai 2011 über Grundsätze und Ordnungsfristen für Bewilligungsverfahren (Ordnungsfristenverordnung, OrFV); SR 172.010.14

Art. 56 Ausländische Prospekte

Die Bestimmung sieht – analog der Regelung in der EU⁸¹ – eine Äquivalenzregel für die Prüfung ausländischer Prospekte für ein öffentliches Angebot oder die Zulassung zum Handel auf einem Handelsplatz vor. Ausländische Prospekte können genehmigt werden, wenn sie nach Standards erstellt wurden, die von internationalen Organisationen von Wertpapieraufsichtsbehörden festgelegt wurden, soweit die Informationspflichten den Anforderungen des FIDLEG gleichwertig sind. Als ein solcher Standard fällt hauptsächlich Teil I der vom FSB anerkannten *International Disclosure Standards for Crossborder Offerings and Initial Listings by Foreign Issuers* der IOSCO vom September 1998 in Betracht⁸².

Die in Absatz 2 vorgesehene Möglichkeit der automatischen Genehmigung nach Einreichung wird, sofern die Prüfstelle ein solches Verfahren vorsieht, insbesondere für Prospekte in Frage kommen, die gemäss den Bestimmungen der EU-Prospektrichtlinie oder nach US-amerikanischen Bestimmungen erstellt wurden. Damit könnten bei grossen internationalen Angeboten auch praktische Probleme (etwa in zeitlicher Hinsicht) verhindert werden. Es ist zu erwarten, dass sich in solchen Fällen die schweizerische Prüfstelle in weiten Teilen ohnehin auf die Prüfarbeit der ausländischen Behörde abstützen wird.

Art. 57 Gültigkeit

Nach ihrer Genehmigung bleiben Prospekte – wie in der EU⁸³ – während eines Jahres für öffentliche Angebote oder Zulassungen zum Handel auf einem Handelsplatz gültig.

Analog zur Regelung in der europäischen Prospektrichtlinie sollen nach Absatz 2 Prospekte für Forderungspapiere, die in einem Angebotsprogramm ausgegeben werden, gültig sein, bis keines der betroffenen Forderungspapiere mehr dauernd oder wiederholt ausgegeben wird (vgl. Art. 9 Abs. 3 ProspRL).

Art. 58 Nachträge

Abs. 1–3

Treten *nach* der Genehmigung des Prospekts, aber *vor* dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots oder der Eröffnung des Handels neue Umstände oder Unrichtigkeiten auf, welche die Anlageentscheidung beeinflussen könnten, oder werden solche festgestellt, soll dies von den Anlegerinnen und Anlegern angemessen bewertet werden können. Solche Umstände und Unrichtigkeiten erfordern daher die Genehmigung und Veröffentlichung eines Nachtrags zum Prospekt innerhalb von höchstens einer Woche.

Abs. 4

Zur Erhöhung der Rechtssicherheit ist es sachgerecht, wenn die Prüfstelle eine nicht abschliessende Auflistung von neuen Umständen führt, die durch den Emittenten zwar gemeldet und veröffentlicht werden müssen, bei denen aber infolge fehlendem Einfluss auf die Bewertung der Effekten ein Nachtrag unverhältnismässig wäre.

⁸¹ Art. 20 Abs. 1 ProspRL.

⁸² Vgl. www.iosco.org > Publications > Public reports.

⁸³ Art. 9 Abs. 1 ProspRL.

Abs. 5

Bei einem öffentlichen Angebot von Effekten können Anlegerinnen und Anleger, die *vor* der Veröffentlichung eines Nachtrags einen Erwerb oder eine Zeichnung von Effekten zugesagt haben, ihre Zusagen widerrufen. Dies entspricht dem Gebot der Gleichbehandlung der Anlegerinnen und Anleger wie auch dem europäischen Recht⁸⁴ und setzt voraus, dass der neue Umstand oder die Unrichtigkeit vor dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots und der Lieferung der Effekten eingetreten und geeignet ist, die Bewertung der Effekten wesentlich zu beeinflussen (vgl. Abs. 1).

Es ist nicht auszuschliessen, dass eine Veröffentlichung des genehmigten Nachtrags erst nach dem Ende der Zeichnungs- oder Angebotsfrist erfolgen kann. Um in solchen Fällen zu verhindern, dass ein Rückzug einer Zeichnung oder Erwerbszusage zu einer Rückabwicklung der Transaktion führt, wird die Zeichnungs- oder Angebotsfrist verlängert; sie endet zwei Tage nach Veröffentlichung des Nachtrags.

Art. 59 Gebühren

Die Bestimmung schafft die gesetzliche Grundlage für die Prüfstelle zur Erhebung von Gebühren für ihre Prüftätigkeit. Die Bemessung der Gebühren wird in Anwendung der allgemeinen für die Gebührenerhebung geltenden Grundsätze durch den Bundesrat zu regeln sein (vgl. auch Art. 35).

2. Kapitel: Basisinformationsblatt für Finanzinstrumente

Privatkundinnen und -kunden, die Anlagen erwägen, wird von den Finanzdienstleistern eine zunehmend breitere Palette an Produkten (und Dienstleistungen) angeboten. Die Produkte können zwar durchaus auf die Bedürfnisse der Kundinnen und Kunden zugeschnittene Anlagelösungen beinhalten; sie sind jedoch häufig komplex und schwierig zu verstehen. Selbst wenn für die Produkte ein Prospekt (nach Art. 37 ff.) vorhanden sein sollte, orientieren sich Kundinnen und Kunden bei ihren Anlageentscheidungen regelmässig nicht daran, sondern an den Begleitinformationen und -dokumentationen, die ihnen von den Erstellern und Anbietern von Finanzinstrumenten zur Verfügung gestellt werden. Diese Informationen wiederum sind nicht aufeinander abgestimmt und bieten Kundinnen und Kunden oft weder eine Hilfe für den Vergleich zwischen verschiedenen Produkten noch für das Verständnis ihrer jeweiligen Merkmale. Damit Privatkundinnen und -kunden die für sie notwendigen Informationen erhalten, um eine fundierte Anlageentscheidung treffen und unterschiedliche Finanzinstrumente vergleichen zu können, soll ein Basisinformationsblatt einheitlich erstellt und am *Point of sale* jeweils abgegeben werden. Dies entspricht internationalen Bestrebungen (vgl. Ziff. 1.7).

⁸⁴ Art. 16 ProspRL.

Abs. 1

Die Bestimmung hält in Absatz 1 als Grundsatz fest, dass bei Angeboten von Finanzinstrumenten an Privatkundinnen und -kunden vorgängig ein Basisinformationsblatt zu erstellen ist. Was die kollektiven Kapitalanlagen angeht, so ist gemäss geltendem Recht nach Artikel 76 Absatz 1 KAG ein Dokument mit den «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» im Falle von Effektenfonds und übrigen Fonds für traditionelle Anlagen zu veröffentlichen – dies jedoch auch bei Angeboten an qualifizierte Anleger. Inskünftig soll die Regelung im KAG zu den «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» in der FIDLEG-Regelung zu den Basisinformationsblättern aufgehen. Für Kollektivanlagen, die bei Inkrafttreten des FIDLEG bereits ausgegeben worden sind, gelten die «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» während einer Übergangsfrist von zwei Jahren als Basisinformationsblätter (vgl. Art. 97 Abs. 4). Die Einzelheiten sind auf Verordnungsstufe zu regeln.

Verantwortlich für die Erstellung des Basisinformationsblatts ist der Ersteller des Finanzinstruments, da er das Produkt in der Regel am besten kennt. Finanzdienstleister am *Point of sale* haben dann das Basisinformationsblatt nach Artikel 10 Absätze 2 und 3 den betroffenen Privatkundinnen und -kunden vor der Zeichnung oder vor Vertragsabschluss kostenlos zur Verfügung zu stellen. Dies ermöglicht den Kundinnen und Kunden jeweils einen Vergleich zwischen verschiedenen in Frage stehenden Produkten und letztlich eine fundierte Anlageentscheidung. Privatkundinnen und -kunden erhalten so die erforderlichen Informationen, die sie benötigen, um als «mündige» und «selbstverantwortliche» Anlegerinnen und Anleger gelten zu können⁸⁵. Weiter helfen Basisinformationsblätter auch Anlageberaterinnen und Anlageberatern bei der Erteilung sachgerechter persönlicher Empfehlungen gegenüber Kundinnen und Kunden.

Abs. 2

Nicht alle Ersteller von Finanzinstrumenten werden in der Lage sein, ein Basisinformationsblatt zu erstellen. Zahlreiche Finanzinstrumente werden nicht primär dazu emittiert, um Anlagemöglichkeiten anzubieten, sondern zum Zweck der Finanzierung oder Risikoubertragung. Im Gegensatz zu den Erstellern von Anlageprodukten kennen die Ersteller von anderen Finanzinstrumenten (bspw. Wandelanleihen oder komplexeren Anleihen) unter Umständen ihre Produkte in der Regel weniger gut, als Finanzdienstleister, die diese Finanzinstrumente anbieten. Da indessen auch nicht jeder Finanzdienstleister die entsprechenden Kenntnisse hat, wird der Bundesrat ermächtigt, bestimmte geeignete Finanzdienstleister zu bezeichnen, an welche die Erstellung eines Basisinformationsblatts delegiert werden kann. Denkbar wäre dabei nach dem Gesagten auch, dass der Bundesrat bei den Anlageprodukten keine Delegationsmöglichkeit vorsieht, sie bei den komplexen Produkten aber zulässt. Jedenfalls bleibt der Ersteller für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben auf dem Basisinformationsblatt sowie für die Einhaltung der Pflichten nach den Artikeln 60–71 verantwortlich und ist gegebenenfalls nach Artikel 72 haftbar.

⁸⁵ Vgl. BBl 1993 I 226 und 250.

Abs. 3

Für Finanzinstrumente, für welche nach Absatz 1 ein Basisinformationsblatt zu erstellen ist und die im Rahmen einer Emission auf dem Primärmarkt den Anlegerinnen und Anlegern zur Zeichnung angeboten werden, muss vor der Zeichnung wenigstens eine vorläufige Fassung des Basisinformationsblatts vorliegen. Dieser Teil der Bestimmung wird aus Artikel 5 Absatz 3 KAG übernommen. Sind kursabhängige oder variable Parameter (bspw. ein Börsenkurs zum Zeitpunkt der Emission) erst bei der Emission definitiv fixierbar, soll das Basisinformationsblatt bereits vor der Zeichnung kostenlos zumindest mit indikativen Wertangaben zur Verfügung gestellt werden. Der Anleger oder die Anlegerin muss aber jeweils in diesem Zeitpunkt auch über die wesentlichen Risiken informiert sein. Ebenso sind sämtliche Angaben nach Artikel 63 Absatz 2 im Basisinformationsblatt aufzuführen, welche dann bereits bestimmt oder bestimmbar sind⁸⁶.

Art. 61 Ausnahmen

Abs. 1

Von der Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts ausgenommen werden Aktien und diesen gleichzustellende Effekten. Aktien stellen seit Jahrzehnten eine traditionelle Anlageform dar und es kann davon ausgegangen werden, dass die grundlegenden Charakteristika dieser Anlageform auch Privatkundinnen und -kunden bekannt sind⁸⁷. Zudem unterliegen die einzelnen Aktien als Effekten grundsätzlich der Prospektpflicht nach Artikel 37. Keine Ausnahme für die Erstellung eines Basisinformationsblatts gilt für die in Artikel 3 Buchstabe b Ziffer 1 Strich 2 genannten Effekten, die bei Umwandlung oder Ausübung des darin verbrieften Rechts den Erwerb von Beteiligungspapieren ermöglichen. Diese Effekten können infolge ihres Umwandlungsmechanismus nicht mehr als leicht verständlich bezeichnet werden.

Ebenfalls nicht vorgesehen ist eine Ausnahme für Forderungspapiere. Im Gegensatz zu Aktien, Partizipations- und Genussscheinen, deren Charakteristika vom Gesetz verbindlich vorgegeben sind und nicht abgeändert werden können⁸⁸, sind Forderungspapiere beliebig gestaltbar. Die Spannweite reicht von einer einfachen Anleiheobligation mit festem Zinssatz (*Straight bond* oder *Plain vanilla bond*), die darüber hinaus bspw. mit Kündigungs- oder Zinswahlrechten versehen werden kann, über Wandel- und Optionsanleihen bis hin zu strukturierten Produkten wie etwa der Kombination aus Obligation und Option (bspw. *Reverse convertible*)⁸⁹. Hier muss gegenüber Privatkundinnen und -kunden jeweils mittels Basisinformationsblatt Aufschluss gegeben werden, um welchen Produkttyp es sich handelt, wobei die einschlägigen Angaben im Falle einer einfachen Obligation naturgemäss weniger detailliert ausfallen können als bei komplexeren Produkten. Im Übrigen ist die Erstellung eines Basisinformationsblatts bei Forderungspapieren auch im Rahmen von Artikel 1b BankG von Bedeutung, nach dessen Absatz 3 die Auflage von Forderungspapieren insoweit nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publi-

⁸⁶ Vgl. BBl 2012 3663.

⁸⁷ Vgl. Schweizerische Bankiervereinigung, Besondere Risiken im Effektenhandel, 2008, Rz 12.

⁸⁸ Art. 622 ff., 656a ff. und 657 OR.

⁸⁹ Vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung, Die Besteuerung von Obligationen und weiteren Finanzinstrumenten, 2013.

kumseinlagen gilt, als für sie ein Basisinformationsblatt (oder ein Prospekt) erstellt wurde (vgl. Ziff. 2.4.16).

Abs. 2

In gewissen ausländischen Rechtsordnungen, zum Beispiel in der EU, besteht ebenfalls die Pflicht, ein dem Basisinformationsblatt entsprechendes Dokument zu erstellen (bspw. ein KID für PRIIP). Soweit ein solches Dokument dem Basisinformationsblatt nach FIDLEG gleichwertig ist, kann auf die Erstellung eines zusätzlichen, schweizerischen Basisinformationsblatts verzichtet werden. Näheres regelt gestützt auf Artikel 66 Buchstabe d der Bundesrat.

Art. 62 Versicherungen

Abs. 1

Versicherungen kommt keine Effektenqualität zu und sie unterliegen folglich nicht der Prospektspflicht nach Artikel 37. Jedoch gelten bestimmte rückkaufsfähige Lebensversicherungen gemäss Artikel 3 Buchstabe b Ziffer 6 als Finanzinstrumente, womit für sie ein Basisinformationsblatt zu erstellen ist. Dies ist grundsätzlich auch in der EU vorgesehen⁹⁰. Bildet ein weiteres Finanzinstrument Teil einer rückkaufsfähigen Lebensversicherung – wie insbesondere offene kollektive Kapitalanlagen bei fondsanteilgebundenen Lebensversicherungen⁹¹ – hält die vorliegende Bestimmung fest, dass die Vorgaben zum Basisinformationsblatt vom Versicherer mit Blick auf das gesamte Finanzinstrument zu erfüllen sind. Bei einer fondsanteilgebundenen Lebensversicherung hat demnach das Basisinformationsblatt sowohl die versicherungs- als auch die kollektivanlagen-spezifischen Komponenten abzudecken. Dies gilt namentlich für die in Artikel 63 Absatz 2 vorgesehenen Angaben. Dabei sind gemeinsame Ausführungen oder Querverweise (etwa zum Kapitalanlagerisiko) zulässig.

Abs. 2

Artikel 3 Absatz 1 VVG verpflichtet die Versicherer, die Versicherungsnehmer vor Abschluss eines Versicherungsvertrages verständlich über die Identität des Versicherers und den wesentlichen Inhalt des Versicherungsvertrages zu informieren, wie insbesondere die versicherten Risiken, den Umfang des Versicherungsschutzes und die geschuldeten Prämien, die Laufzeit und die Beendigung des Vertrages sowie die Rückkaufs- und Umwandlungswerte. Diese Angaben werden auch von Artikel 63 Absatz 2 FIDLEG erfasst, sodass bei den vom FIDLEG erfassten rückkaufsfähigen Lebensversicherungen die Pflicht des Versicherers zur Erstellung eines Basisinformationsblatts neben die Informationspflicht nach Artikel 3 Absatz 1 VVG treten würde. Um unnötige Doppelspurigkeiten zu vermeiden, hält daher Absatz 2 von Artikel 62 FIDLEG fest, dass die Informationspflicht nach Artikel 3 Absatz 1 VVG als erfüllt gilt, soweit den einzelnen Informationspflichten nach Artikel 3 Absatz 1 VVG mit Hilfe von Ausführungen im Basisinformationsblatt nachgekommen wird. Entsprechend können Versicherer ihre Pflicht nach Artikel 3 Absatz 1 VVG bei vom FIDLEG erfassten rückkaufsfähigen Lebensversicherungen durch Einhaltung der Vorgaben nach Artikel 60 ff. FIDLEG erfüllen. Stets abzugeben sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (vgl. Art. 3 Abs. 2 VVG).

⁹⁰ Art. 2 und 4 der PRIIP-Verordnung.

⁹¹ Versicherungsbranche A2.1 bis A2.3.

Art. 63 Inhalt

Abs. 1

Das Basisinformationsblatt soll die wesentlichen Angaben enthalten, damit Anlegerinnen und Anleger eine fundierte Anlageentscheidung treffen und zwischen verschiedenen Produkttypen sowie zwischen Produkten verschiedener Ersteller – unter Umständen verschiedener Branchen – vergleichen können⁹². Dabei handelt es sich um eine kurze und leicht verständliche Dokumentation (vgl. Art. 64 Abs. 1), sodass die Informationen effektiv auch genutzt werden können.

Abs. 2

Zu den wesentlichen Angaben zählen insbesondere zunächst der Name des Finanzinstruments und die Identität des Erstellers (Bst. a). Damit herrscht am *Point of sale* Klarheit, ob der Produkthanbieter zugleich der Ersteller des Finanzinstruments ist. Weiter benötigen Anlegerinnen und Anleger ausreichende Angaben zum Produkttyp, den Eigenschaften und den Risiken des Produkts sowie Transparenz über sämtliche mit einer Investition in das Produkt verbundenen direkten und indirekten Kosten (Bst. b–d). Dabei ist unter anderem anzugeben, wie die Wertentwicklung des Produkts beeinflusst wird. Im Risikohinweis sind namentlich Kurs-, Emittenten- und Fremdwährungsrisiken offenzulegen und Verlustmöglichkeiten aufzuführen. Das Basisinformationsblatt soll zudem allfällige Einschränkungen und Nachteile bei der Rückgabe des Produkts – etwa lange Laufzeiten oder mangelnde Liquidität – aufdecken (Bst. e). Im Basisinformationsblatt ist weiter anzugeben, ob für das Produkt eine Genehmigungspflicht besteht oder das Gesetz für den Ersteller oder Garanten eine Bewilligungspflicht statuiert (Bst. f). Dies schliesst die Information ein, ob das Produkt, der Ersteller oder der Garant einer laufenden behördlichen Aufsicht untersteht. So muss sich der Ersteller bspw. über die rechtliche Ausgestaltung eines Finanzinstruments als Kollektivanlage oder als strukturiertes Produkt entscheiden und hat diesen Entscheid im Basisinformationsblatt festzuhalten (Etikettierungspflicht). Näheres regelt gestützt auf Artikel 66 der Bundesrat.

Art. 64 Anforderungen

Abs. 1

Privatkundinnen und -kunden müssen ein Basisinformationsblatt verstehen können, ohne dass sie andere Informationen zu Hilfe ziehen müssen. Dies schliesst freilich nicht aus, dass Kundinnen und Kunden bei Effekten zusätzlich den ausführlicheren Prospekt konsultieren, den sie – soweit ein solcher nach Artikel 37 ff. zu erstellen ist – am *Point of sale* auf Anfrage kostenlos beziehen können (vgl. Art. 10 Abs. 4). So oder anders ist hinsichtlich der Verständlichkeit besonders auf das verwendete (Fach-)Vokabular und den Schreibstil zu achten. Im Übrigen müssen die angegebenen Informationen wahr und dürfen nicht irreführend sein.

Abs. 2

Das Basisinformationsblatt muss sich von Werbematerialien deutlich unterscheiden. In der Werbung ist darauf hinzuweisen, dass ein solches veröffentlicht wurde oder zur Veröffentlichung ansteht, und bekanntzugeben, wo es bezogen werden kann (vgl. Art. 71 Abs. 2). Ferner ist das Basisinformationsblatt Masstab für jegliche

⁹² Vgl. auch Art. 76 Abs. 2 KAG.

Informationen über ein Finanzinstrument: die dürfen nach Artikel 71 Absatz 3 nicht von den im Basisinformationsblatt (und im Prospekt) enthaltenen Angaben abweichen.

Art. 65 Anpassungen

Abs. 1

Der Ersteller ist verpflichtet, die im Basisinformationsblatt enthaltenen Angaben regelmässig zu überprüfen und – soweit sich aus Sicht der Anlegerin oder des Anlegers wesentliche Änderungen ergeben – zu überarbeiten. Die Nachführung stellt sicher, dass die angegebenen Informationen jeweils auf einem aktuellen Stand sind. Verändern sich die Informationen während der Laufzeit eines Finanzinstruments nicht, so erübrigt sich auch die Nachführung des Basisinformationsblatts. Dies ist insbesondere bei einfachen Anleiheobligationen mit festem Zinssatz regelmässig der Fall.

Abs. 2

Nicht nur die Erstellung, sondern – analog zu Artikel 60 Absatz 2 – auch die Überprüfung und Überarbeitung des Basisinformationsblatts soll an qualifizierte Dritte delegiert werden können, wobei auch hier der Ersteller hinsichtlich seiner Pflichten in der Verantwortung bleibt und ggf. nach Artikel 72 haftbar ist.

Art. 66 Ergänzende Bestimmungen

Der Erlass einschlägiger ergänzenden Bestimmungen obliegt dem Bundesrat. Er hat namentlich Regeln zu den Angaben, dem Umfang, der Sprache und der Gestaltung sowie den Modalitäten und den notwendigen und erlaubten Ausnahmen der Bereitstellung zu erlassen. Für Effektenfonds und übrige Fonds für traditionelle Anlagen sind derartige Vorgaben seit 2011 in Artikel 107a ff. und Anhang 3 KKV vorgesehen (Wesentliche Informationen für die Anlegerinnen und Anleger).

3. Kapitel: Veröffentlichung

Art. 67 Prospekt für Effekten

Die Veröffentlichung bildet nach der Erstellung und der Genehmigung die dritte und letzte Phase in der Umsetzung der Prospektspflicht.

Abs. 1

Die Hinterlegung des Prospekts bei der Prüfstelle dient in erster Linie der Rechtssicherheit. Bei allfälligen Streitigkeiten über den genauen Inhalt kann auf das genehmigte und bei der Prüfstelle hinterlegte Exemplar des Prospekts gegriffen werden. Dass der Prospekt nach Buchstabe b auf jeden Fall vor dem öffentlichen Angebot oder der Zulassung der Effekte zum Handel zu veröffentlichen ist, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz in Artikel 37 Absatz 1.

Abs. 2

Sollen Beteiligungspapiere einer bestimmten Gattung für einen Emittenten zum ersten Mal auf einem Handelsplatz zugelassen werden, so besteht – verglichen mit

einer weiteren Emission bereits zugelassener Effekten – ein erhöhtes Informationsbedürfnis der Anlegerinnen und Anleger. Diesem wird Rechnung getragen, indem der Prospekt in solchen Fällen bereits sechs Tage vor Ablauf des öffentlichen Angebots zur Verfügung stehen muss.

Abs. 3 und 4

Diese Bestimmung legen die verschiedenen Arten dar, mit denen die Veröffentlichung des Prospekts möglich sein soll. Mit dem zunehmenden Gebrauch der elektronischen Informationsmittel werden die Veröffentlichungen auf Papier weiter an Bedeutung verlieren. Die Anlegerin oder der Anleger soll aber weiterhin eine Version des Prospekts in Papierform erhalten können. Die Prüfstelle wird gesetzlich einstweilen nicht verpflichtet, eine Webseite zur Veröffentlichung von geprüften Prospekten zur Verfügung zu stellen, da davon auszugehen ist, dass bei bestehendem Marktbedürfnis die Prüfstelle von sich aus entsprechende Angebote bereit stellen wird.

Abs. 5

Die Prüfstelle soll nicht zur Veröffentlichung der von ihr genehmigten Prospekte auf ihrer Webseite verpflichtet werden; sie muss aber eine elektronische Liste der Prospekte führen. In der Praxis wird diese sinnvollerweise mit der Webseite des Emittenten (oder einer anderen Webseite, wo die Dokumente abgerufen werden können) verlinkt. Zudem wäre es angezeigt, die allfällige Bezugsstelle für die Papierversion anzugeben.

Abs. 6

Die Bestimmung regelt den Fall der Veröffentlichung, wenn der Prospekt aus Einzeldokumenten (Registrierungsformular, Effektenbeschreibung und Zusammenfassung) besteht oder eine Verweisung enthält, und stellt sicher, dass die Anlegerin und der Anleger auf einfache Art und Weise in den Besitz aller gesetzlichen Angaben zu einer Effekte kommen.

Abs. 7

Die Bestimmung stellt sicher, dass die auf verschiedene Weise veröffentlichten Versionen eines Prospekts stets mit dem von der Prüfstelle genehmigten und bei dieser hinterlegten Original übereinstimmen.

Art. 68 Prospekt für kollektive Kapitalanlagen

Der Grundsatz der Veröffentlichung gilt (wie schon heute) auch für den Prospekt für kollektive Kapitalanlagen. Da dieser Prospekt im Gegensatz zu allen anderen Prospekten aber auch künftig keiner spezifischen Prüfungspflicht unterliegen soll, ist seine Veröffentlichung ohne Bezug zu einer Prüfung in einer gesonderten Bestimmung zu regeln, wobei hinsichtlich der Form der Veröffentlichung auf Artikel 67 Absätze 3, 4 und 6 verwiesen werden kann. Die übrigen Bestimmungen von Artikel 67 passen nicht auf Prospekte für kollektive Kapitalanlagen, weil Anteile an kollektiven Kapitalanlagen keine Beteiligungspapiere sind (Art. 67 Abs. 2) und deren Prospekt wie gesagt nicht der Prüfungspflicht unterliegen (Art. 67 Abs. 1, 5 und 7).

Art. 69 Basisinformationsblatt

Als Grundsatz gilt nach Absatz 1, dass bei öffentlich angebotenen Finanzinstrumenten, für die ein Basisinformationsblatt zu erstellen ist, dieses veröffentlicht werden muss. Nun werden Finanzinstrumente, namentlich strukturierte Produkte, im Einzelfall oft auf das konkrete Bedürfnis einer einzelnen Kundin oder eines einzelnen Kunden zugeschnitten. Ein solcherart «massgeschneidertes» Produkt bildet naturgemäss nicht Gegenstand einer an das Publikum gerichteten Emission und dementsprechend ist ein im Hinblick auf dieses Geschäft erstelltes Basisinformationsblatt auch nicht zu veröffentlichen.

Anwendbar bleibt nach Absatz 2 auch beim Basisinformationsblatt Artikel 67 Absätze 3 und 4. Hingegen wird das Basisinformationsblatt nicht in Einzeldokumenten erstellt und es soll auch keine Verweisungen enthalten, weshalb die Bestimmung von Artikel 67 Absatz 6 für das Basisinformationsblatt nicht zur Anwendung gelangt.

Art. 70 Änderungen mit Effekten verbundener Rechte

Abs. 1

Bei Effekten, deren Bedingungen sich nach ihrer Ausgabe verändern können, ist sicherzustellen, dass die Anlegerinnen und Anleger rechtzeitig über Änderungen informiert werden, soweit ihre Rechte betroffen sind. Diese Folgepublizität ist insbesondere bei zusammengesetzten Produkten erforderlich, die aktiv verwaltet werden und deren Zusammensetzung und Risiken sich während ihrer Laufzeit erheblich verändern können. Anlegerinnen und Anleger sind daher vorgängig auf solche bevorstehenden Änderungen hinzuweisen. Zu denken ist bspw. an vorzeitige Rückzahlungen oder Kündigungen, neue Zinssätze, Änderungen in der Zinsusanz, Emittenten- und Garantenwechsel sowie Anpassungen in den Wandelpreisen oder -bedingungen. Absätze 1 und 2 entsprechen grundsätzlich der heute in Artikel 55 des Kotierungsreglements der SIX Swiss Exchange AG vorgesehenen Regelung sowie dem europäischen Recht für kotierte Effekten⁹³. Sie sollen neu auch für nicht-kotierte Effekten zur Anwendung gelangen. Die übrigen Vorschriften zur Folgepublizität (ad-hoc-Vorschriften und periodische Berichterstattung) bestehen weiter. Sie werden aber nicht im FIDLEG geregelt, sondern im FinfraG.

Abs. 2

Für die relevanten Bekanntmachungen gilt Artikel 67 Absätze 3 und 4 entsprechend.

Abs. 3

Besondere Bestimmungen bleiben vorbehalten. Zu denken ist hauptsächlich an Bestimmungen für kollektive Kapitalanlagen. So regelt etwa Artikel 27 KAG die Publikation von Änderungen in Fondsverträgen.

⁹³ Vgl. Art. 16 der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 vom 31.12.2004, S. 38, zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/50/EU, ABl. L 294, 6.11.2013, S.13,

4. Kapitel: Werbung

Art. 71

Die Bestimmung lehnt sich an Artikel 15 ProspRL und Artikel 9 der PRIIP-Verordnung an und umfasst jegliche Arten von Werbung für ein Finanzinstrument, in welcher Form sie auch erfolgt. Die in der Werbung enthaltenen Angaben dürfen danach nicht unrichtig oder irreführend sein und folglich auch nicht im Widerspruch zu Angaben im entsprechenden Prospekt oder Basisinformationsblatt stehen. Diese Grundsätze ergeben sich im Schweizer Recht schon aus Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁹⁴ und brauchen in diesem Kapitel daher nicht noch einmal geregelt zu werden.

Abs. 1

Diese Bestimmung dient der Rechtssicherheit, indem sie eine klare Trennung von Werbung einerseits und den für das Vertragsverhältnis der Parteien gesetzlich vorgesehenen Dokumenten andererseits verlangt. So sieht etwa Artikel 15 Absatz 1 KAG die Genehmigung von Kollektivanlageverträgen und entsprechenden Dokumenten vor.

Abs. 2

Die Bestimmung stellt sicher, dass den Anlegerinnen und Anlegern in einer allfälligen Werbung insbesondere der Zugang zum Prospekt aufgezeigt wird, soweit ein solcher zu erstellen ist, da in der Regel letztlich dieser alle für das Vertragsverhältnis zum Emittenten wesentlichen Informationen enthält.

Abs. 3

Dieser Auffangtatbestand soll zum Schutz der Anlegerinnen und Anleger verhindern, dass auch in irgendwelchen Kommunikationen ausserhalb der Werbung dem Prospekt oder dem Basisinformationsblatt widersprechende Informationen verbreitet werden.

5. Kapitel: Haftung

Art. 72

Abs. 1

Die Bestimmung – sie ist wie der ganze Artikel privatrechtlicher Natur – übernimmt unter Anpassung an die neuen Prospektpflichten die bestehende Bestimmung von Artikel 752 OR.

Neu wird die nach Artikel 145 KAG für die Haftung (u.a.) aus dem Vertrieb von Kollektivanlagen geltende Verschuldensvermutung auf die Haftung für sämtliche Prospekte ausgedehnt. Dies bedeutet eine Stärkung der Position der Anlegerin und des Anlegers, wobei festzuhalten ist, dass ein grosser Teil der Lehre⁹⁵ bereits heute

⁹⁴ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241

⁹⁵ Vgl. Basler Kommentar, OR II; Watter Rolf/Noth Michael G., N 30 zu Art. 752, mit Verweisungen.

von einer bestehenden Verschuldensvermutung in der Prospekthaftung nach OR ausgeht und in diesem Bereich ohnehin ein objektiver Verschuldensbegriff gilt, eine Pflichtverletzung auf Seiten des Emittenten mithin schon jetzt kaum mehr unverschuldet erfolgen kann.

Im Bereich der Kausalität wird auf die Aufnahme einer Vermutung zwischen unrichtigem Prospektinhalt und Kaufentscheid (*fraud on the market*) in der Prospekthaftung auch in Zukunft verzichtet. Dies, weil eine solche Vermutung der allgemeinen Beweislastverteilung widersprechen würde, aber auch deshalb, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest im Ergebnis schon heute mit der aktuellen Bestimmung ein vergleichbarer Kundenschutz besteht. Das Bundesgericht lässt als Beweismass für die Kausalität die überwiegende Wahrscheinlichkeit zu und verlangt nicht, dass der Käufer im Sekundärmarkt den Prospekt überhaupt gelesen hat; er darf vielmehr davon ausgehen, dass die Preisbildung am Markt unter Einbezug der Informationen aus dem Emissionsprospekt zustande gekommen ist⁹⁶. Damit kommt die Rechtsprechung zumindest faktisch nahe an die Vermutung gemäss *fraud on the market* heran.

Die Haftung besteht nicht nur für den Prospekt als solchen, sondern auch für die Dokumente, auf welcher diese allenfalls verweist (vgl. Art. 44).

Abs. 2

In Anlehnung an Artikel 6 Absatz 2 der EU-Prospektrichtlinie wird hier eine sich aus der Natur der Zusammenfassung ergebende Einschränkung der Haftung für Informationen in der Zusammenfassung aufgenommen (vgl. auch Art. 45 Abs. 2 Bst. c).

Abs. 3

Für Angaben im Prospekt zu den wesentlichen Perspektiven wird analog zur US-amerikanischen Regelung (*bespeaks-caution doctrine*) eine Haftungserleichterung vorgesehen, da hier für die Richtigkeit einer in guten Treuen gemachten Angabe nicht gehaftet werden soll. Vielmehr erscheint es sachgerecht, eine Haftung nur vorzusehen für Angaben, die wider besseres Wissen gemacht worden sind oder für den Fall, wo auf die Ungewissheit von Angaben zur Entwicklung nicht hingewiesen wird.

6. Kapitel: Anbieten von strukturierten Produkten und Bilden von Sondervermögen

Art. 73 Strukturierte Produkte

Mit dem 2007 in Kraft getretenen KAG wurde in Artikel 5 KAG eine Sonderbestimmung für strukturierte Produkte eingeführt und festgehalten, dass im Übrigen solche Produkte dem KAG nicht unterstehen (vgl. Art. 5 Abs. 5 KAG). Diese Bestimmung wurde mit der 2013 in Kraft getretenen KAG-Revision überarbeitet und soll grundsätzlich – unter Wegfall des zurzeit in Artikel 5 Absatz 4 KAG vorgesehenen Dispenses von der Prospektspflicht – ins FIDLEG überführt werden. Auch in der Europäischen Union unterliegen strukturierte Produkte der Prospektspflicht gemäss der ProspRL.

⁹⁶ Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.2.2.

Abs. 1

Übernommen wird grundsätzlich der Regelungsinhalt von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a KAG, wobei dieser an die Terminologie in Artikel 4 FIDLEG («Privatkunde» statt «nicht qualifizierter Anleger»), im FINIG («Wertpapierhaus» statt «Effektenhändler») sowie im KAG («auf Dauer angelegtes Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverhältnis») angepasst wird. Weiterhin erforderlich ist demnach für das Anbieten strukturierter Produkte an Privatkundinnen und -kunden ohne entsprechendes Vertragsverhältnis, dass sie von Instituten, die einer prudenziellen Aufsicht unterstehen, emittiert, garantiert oder gleichwertig gesichert werden⁹⁷.

Der bis anhin vorgesehene vereinfachte Prospekt (Art. 5 Abs. 1 Bst. b KAG) geht neu im Basisinformationsblatt auf (daneben unterstehen strukturierte Produkte wie erwähnt neu der Prospektspflicht). Dies ist auch in der EU vorgesehen⁹⁸ und entspricht der bisherigen Funktion des vereinfachten Prospekts (leichte Verständlichkeit und Konzentration auf die «wesentlichen Merkmale» eines Produkts [vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KAG]). Damit verbunden sind inskünftig eine ausdrückliche Aktualisierungspflicht (vgl. Art. 65) und eine spezialgesetzliche Haftungsregelung (vgl. Art. 72). Aktuell sind gemäss einem aufsichtsrechtlich anerkannten Mindeststandard unvorhergesehen eingetretene Änderungen an den Bedingungen eines strukturierten Produkts zu veröffentlichen⁹⁹. Für strukturierte Produkte, die bei Inkrafttreten des FIDLEG bereits ausgegeben worden sind, gelten die nach Artikel 5 KAG erstellten vereinfachten Prospekte während einer Übergangsfrist von zwei Jahren als Basisinformationsblätter (vgl. Art. 97 Abs. 4). Die Einzelheiten sind auf Verordnungsstufe zu regeln.

Abs. 2

Die Bestimmung bildet Artikel 5 Absatz 1^{bis} KAG zur Ausgabe strukturierter Produkte durch Sonderzweckgesellschaften ab (unter Anpassung der Terminologie an Art. 4: «Privatkunde» statt «nicht qualifizierter Anleger»). Diese auf den 1. März 2013 eingeführte Bestimmung ermöglicht die Aufrechterhaltung des entsprechenden Börsensegments und stellt sicher, dass durch Sonderzweckgesellschaften ausgegebene strukturierte Produkte nur durch prudenziell beaufsichtigte Finanzdienstleister – wozu auch gleichwertig beaufsichtigte ausländische gehören – angeboten werden können und nur, wenn sie «entsprechend» gesichert sind, wie die nach Absatz 1 ausgegebenen strukturierten Produkte.

Abs. 3

Der Bundesrat regelt die Anforderungen an die in den Absätzen 1 und 2 vorgesehene Sicherung. Dabei gilt als «entsprechende» Sicherung gemäss Absatz 2 namentlich eine Garantie durch einen Finanzdienstleister nach Absatz 1. Denkbar sind – wie nach geltendem Recht gemäss Artikel 4 Absatz 1^{bis} KKV – jeweils auch dingliche Besicherungen.

⁹⁷ Vgl. BBl 2012 3662 f.

⁹⁸ Art. 4 Ziff. 1 der PRIIP-Verordnung.

⁹⁹ Ziff. 5 Bst. f der Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung über die Information der Anlegerinnen und Anleger zu strukturierten Produkten vom Juli 2007.

Art. 74 Interne Sondervermögen

Als interne Sondervermögen gelten Vermögen, die in der Absicht kollektiver Kapitalanlage zusammengebracht werden¹⁰⁰. Vermögen, die aus anderen Gründen oder durch Zufall entstehen und kollektiv verwaltet werden, zum Beispiel Vermögen einer Erben- oder Ehegemeinschaft, gelten nicht als interne Sondervermögen. An internen Sondervermögen dürfen nur bestehende Kundinnen und Kunden beteiligt sein und es darf die Beteiligung weder öffentlich angeboten noch für sie Werbung betrieben werden¹⁰¹. Andernfalls wird ein internes Sondervermögen zum vertraglichen Anlagefonds, der vollumfänglich dem KAG unterstellt und genehmigungspflichtig ist. Artikel 74 übernimmt in den Absätzen 1, 3 und 4 grundsätzlich die geltende Regelung von Artikel 4 KAG und passt die Terminologie an jene des FINIG («Wertpapierhaus» statt «Effektenhändler») sowie des KAG an («auf Dauer angelegtes Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverhältnis»). Zudem stellt Absatz 2 klar, dass für interne Sondervermögen kein Prospekt nach Artikel 37 ff. zu erstellen und zu veröffentlichen ist. Hingegen ist ein Basisinformationsblatt nach Artikel 60 ff. zu erstellen.

4. Titel: Herausgabe von Dokumenten

Art. 75 und 76

Notwendige Voraussetzung jeder effektiven Rechtsdurchsetzung ist die genügende Kenntnis über eine Geschäfts- und Rechtsbeziehung, sowohl für die Finanzdienstleister als auch für die Kunden. In Ergänzung der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Artikel 17 und 18 sieht Artikel 75 Absatz 1 in allgemeiner Form für sämtliche Finanzdienstleister vor, dass die Kundin oder der Kunde einen Anspruch auf Herausgabe einer Kopie des Kundendossiers sowie sämtlicher Dokumente hat, die der Finanzdienstleister im Rahmen seiner Geschäftsbeziehung erstellt hat. Damit wird eine Lücke des Kundenschutzes im geltenden Recht geschlossen, soweit sich ein solcher Anspruch bisher nicht bereits aus Auftragsrecht ergibt. Erfasst werden dabei sowohl Dokumente oder Unterlagen in Papierform als auch entsprechende elektronische oder elektronisch geführte Dokumente, Dateien oder Aufzeichnungen aller Art, soweit es sich dabei um die massgebenden Informationen und Dokumentationen handelt, zu deren Führung der Finanzdienstleister nach Massgabe von Artikel 17 verpflichtet ist. Ausgenommen davon sind wie bei Artikel 400 OR lediglich rein interne Dokumente wie vorbereitende Studien, Notizen oder (Vertrags-)Entwürfe, bezüglich welcher gerade keine Informations- oder Dokumentationspflicht besteht und die daher für die Überprüfung des vertrags- und gesetzeskonformen Verhaltens des Finanzdienstleisters nicht relevant sind¹⁰². Ebenfalls ausgenommen ist die mit der Ombudsstelle im Rahmen einer Streitigkeit geführte Korrespondenz (Art. 78 Abs. 3), selbst wenn sich diese im Kundendossier befinden sollte. Dieser Informationsanspruch ist privat- und materiellrechtlicher Natur und kann jederzeit geltend gemacht werden. Er besteht unabhängig von weiteren vertraglichen oder gesetzlichen Informationsansprüchen sowie von prozessualen Editions- und Dokumentationspflichten des Finanzdienstleisters.

¹⁰⁰ Vgl. Steiner Markus, Das bankinterne Sondervermögen, Diss. Zürich 1999, 47 f.

¹⁰¹ Vgl. BBI 2005 6438.

¹⁰² Vgl. BGE 139 III 49 E. 4.

Grundsätzlich hat der Finanzdienstleister auf Verlangen der Kundin oder des Kunden eine physische Kopie der Dokumente beziehungsweise eine physisch wahrnehmbare Form der elektronischen Daten zu übergeben. Angesichts der bereits bestehenden und weiter zunehmenden elektronischen Ausgestaltung, Verarbeitung und insbesondere Archivierung kann der Finanzdienstleister mit Einverständnis der Kundin oder des Kunden die Kopie auch lediglich in elektronischer Form aushändigen (Art. 75 Abs. 2).

Artikel 76 regelt das Verfahren zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs. Dieser ist von der Kundin oder vom Kunden mittels schriftlichen Gesuchs an den Finanzdienstleister geltend zu machen. Nach dessen Erhalt hat dieser 30 Tage Zeit, um der Kundin oder dem Kunden eine Kopie der Dokumente und Unterlagen zukommen zu lassen (Abs. 1 und 2).

Der Finanzdienstleister hat keinen Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendersersatz. Diese Pflicht steht in unmittelbarem Zusammenhang mit seinen aufsichtsrechtlichen Dokumentations-, Rechenschafts- und Informationspflichten. Gleichzeitig soll der Herausgabeanspruch von der Kundin oder dem Kunden nicht mit Kostenrisiken und -folgen belastet werden, da damit gerade auch die (Prozess-) Kostenrisiken vermindert werden sollen.

Kommt der Finanzdienstleister seiner Pflicht nicht fristgemäss nach, so kann die Kundin oder der Kunde das Gericht anrufen (Art. 76 Abs. 3). Nach Artikel 251a E-ZPO (vgl. Ziff. 2.2.2) wird dafür das summarische Verfahren angeordnet, was eine rasche und kosteneffiziente Erledigung gewährleistet. Ein allfälliger Entscheid kann nach den allgemeinen Regelungen gegenüber dem Finanzdienstleister vollstreckt werden. Darüber hinaus sieht Artikel 76 Absatz 4 vor, dass eine allfällige Weigerung oder eine unvollständige Herausgabe seitens des Finanzdienstleisters in einem späteren Rechtsstreit zwischen denselben Parteien beim Entscheid über die Prozesskosten berücksichtigt werden kann. Mit dieser sich an Artikel 73 Absatz 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889¹⁰³ (SchKG) orientierenden Regel kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich eine Kundin oder ein Kunde bei Weigerung des Finanzdienstleisters zur Herausgabe von Dokumenten und Unterlagen in guten Treuen zu einer Klage veranlasst sehen kann.

5. Titel: Ombudsstellen

1. Kapitel: Vermittlung

Art. 77 Grundsatz

Das im schweizerischen Zivilprozessrecht (vgl. heute Art. 197 ZPO) seit langem verankerte und bewährte Prinzip «Zuerst schlichten, dann richten» soll für zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern oder Kundenberaterinnen und -beratern und ihren Kundinnen und Kunden ausdrücklich festgehalten werden. Dies steht auch in Übereinstimmung mit heutigen anerkannten internationalen

¹⁰³ SR 281.1

Standards, namentlich den Empfehlungen der G-20 und der Weltbank¹⁰⁴ sowie auch dem EU-Recht¹⁰⁵. Aufgrund der Besonderheiten tatsächlicher und rechtlicher Natur solcher Streitigkeiten sollen entsprechende Vermittlungsverfahren jedoch in Zukunft von besonderen Ombudsstellen durchgeführt werden. Dabei soll diesen Ombudsstellen keine Entscheidungsbefugnis zustehen. Gegenstand der Verfahren sind nicht nur eigentliche Streitigkeiten über Forderungen, sondern jegliche Art von Rechtsansprüchen, wie zum Beispiel der Herausgabeanspruch von Dokumenten.

Art. 78 Verfahren

Artikel 78 konkretisiert die massgebenden Grundsätze des Vermittlungsverfahrens. Auch diese entsprechen allgemeinen und international anerkannten Standards¹⁰⁶.

Absatz 1 legt in allgemeiner Form fest, dass das Vermittlungsverfahren unbürokratisch, fair, rasch, unparteiisch und für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos sein muss. Absatz 2 präzisiert, dass das Verfahren vor der Ombudsstelle grundsätzlich vertraulich sein soll. In einem vertraulichen Verfahren soll den Parteien das Suchen und Finden einer einvernehmlichen Einigung erleichtert werden. Entsprechend hält die Bestimmung – wie Artikel 205 Absatz 1 ZPO für das Schlichtungsverfahren – auch fest, dass die Aussagen der Parteien sowie die zwischen einer Partei und der Ombudsstelle geführte Korrespondenz in einem anderen Verfahren und damit insbesondere in einem späteren Zivilprozess nicht verwendet werden dürfen. Eine Ausnahme gilt für die Verfahrensabschlussmitteilung der Ombudsstelle nach Absatz 8, die auch eine rechtliche Einschätzung der Ombudsstelle und damit ein Vorschlag zur Streitbeilegung enthalten kann.

Ähnliche Überlegungen wie in Absatz 2 gelten auch für die Regelung in Absatz 3. Aussagen, welche die Parteien nur gegenüber der Ombudsstelle gemacht haben, sollen vertraulich behandelt werden. Deshalb haben die Parteien kein Anrecht auf Einsicht der Korrespondenz der jeweils anderen Partei.

Absatz 4 regelt die kumulativen Voraussetzungen, unter denen ein Vermittlungsgesuch zulässig ist. Dabei geht es neben formellen Voraussetzungen (Bst. a und d: Formgültigkeit und keine anderweitige Befassung einer Instanz mit der gleichen Angelegenheit) materiell auch darum, dass die Kundin oder der Kunde den Finanzdienstleister über ihren oder seinen Standpunkt informiert und versucht hat, eine Einigung zu finden (Bst. b), und dass das Gesuch nicht offensichtlich missbräuchlich ist oder in der gleichen Sache bereits ein Vermittlungsverfahren durchgeführt wurde (Bst. c).

Nach Absatz 5 kann die Kundin oder der Kunde wählen, in welcher Amtssprache des Bundes das Verfahren durchgeführt wird, wobei eine abweichende Vereinbarung zwischen den Parteien möglich bleibt, soweit dies das Verfahrensreglement der

¹⁰⁴ G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, Oktober 2011; Weltbank, Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, Januar 2012.

¹⁰⁵ Vgl. Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 165 vom 18.6.2013, S. 63 (ADR-Richtlinie) sowie Art. 53 Abs. 1 MiFID.

¹⁰⁶ Vgl. bspw. Ziff. 9 G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, Oktober 2011; Weltbank, Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, Januar 2012, S. 45 ff.

Ombudsstelle zulässt. Damit soll gerade auch den individuellen Besonderheiten der Geschäftsbeziehung zwischen Finanzdienstleister und Kundin oder Kunde Rechnung getragen werden können.

In Absatz 6 werden die zwei zentralen Punkte des Vermittlungsverfahrens – die Weisungungebundenheit der Ombudsstelle und die freie Würdigung der Sach- und Rechtslage – festgehalten. Diese Verfahrensgrundsätze sollen ein dem Rechtsstaat genügendes Vermittlungsverfahren garantieren.

Absatz 7 hält weiter fest, dass die Ombudsstelle die zweckmässigen Massnahmen für die Durchführung des Vermittlungsverfahrens trifft. Namentlich hört sie die Parteien an und gibt ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme. Allerdings kann daraus kein gesetzlicher Anspruch auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens abgeleitet werden. Es ist aber den Ombudsstellen anheimgestellt, im Verfahrensreglement einen entsprechenden Anspruch vorzusehen.

Weiter kann sie selbst eine Einschätzung der Streitigkeit vornehmen und diese in die Verfahrensabschlussmitteilung als Vorschlag für die Streitbeilegung aufnehmen (Abs. 8). Das Vermittlungsverfahren endet alternativ mit dem Rückzug des Gesuchs, einer Einigung der Parteien oder der Ablehnung eines Schlichtungsvorschlags durch mindestens eine Partei, aber auch mit der Ablehnung des Gesuchs durch die Ombudsstelle zufolge Missbräuchlichkeit.

Art. 79 Verhältnis zum Schlichtungsverfahren und zu anderen Verfahren

Die Bestimmung regelt das Verhältnis zwischen dem besonderen Vermittlungsverfahren vor einer anerkannten Ombudsstelle und den allgemeinen Verfahren, wie sie das Zivilprozessrecht zur Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen und Forderungen vorsieht. Grundsätzlich gilt, dass die allgemeinen Zivilverfahren vom besonderen Vermittlungsverfahren unabhängig bleiben sollen und damit sämtliche Verfahrensrechte und -garantien aller Betroffenen vollständig erhalten bleiben. Dies gilt insbesondere hinsichtlich örtlicher, sachlicher und funktioneller Zuständigkeit, aber auch hinsichtlich des rechtlichen Gehörs sowie des Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches, gesetzliches Gericht (Art. 6 EMRK¹⁰⁷).

Nach Absatz 1 schliesst ein Vermittlungsgesuch die Einreichung einer Zivilklage nicht aus. Praktisch bedeutsam ist dies dann, wenn der Finanzdienstleister ein Vermittlungsgesuch gestellt hat. Auch in diesen Fällen soll der Kundin oder dem Kunde der Zugang zur ordentlichen Gerichtsbarkeit unverändert offen stehen. Im umgekehrten Falle trifft den Finanzdienstleister die Pflicht zur Teilnahme am Verfahren vor der Ombudsstelle.

Die Durchführung eines Schlichtungsversuchs, wie es die ZPO vor dem Entscheidungsverfahren vorsieht (vgl. Art. 197 ZPO), ist in den Fällen, wo bereits ein Verfahren zur Vermittlung erfolglos durchgeführt wurde, nicht mehr sinnvoll. Daher hält Absatz 2 fest, dass die Partei, welche sich nach Durchführung eines Vermittlungsverfahrens zur Klageeinleitung entscheidet, einseitig auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nach ZPO verzichten kann (vgl. dazu auch die Ausführungen zur entsprechenden parallelen Bestimmung in Art. 199 Abs. 2 Bst. d E-ZPO unter Ziff. 2.2.2).

¹⁰⁷ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101

Da ein Verfahren vor einer Ombudsstelle grundsätzlich ohne Einfluss auf den Gang der ordentlichen Gerichtsbarkeit bleibt, sieht Absatz 3 vor, dass die Ombudsstelle das Verfahren beendet, sobald eine Schlichtungsbehörde, ein Gericht, ein Schiedsgericht oder eine Verwaltungsbehörde mit der Sache befasst ist.

2. Kapitel: Pflichten der Finanzdienstleister

Art. 80 Anschlusspflicht

Damit Kundinnen und Kunden in Zukunft für alle Finanzdienstleistungstreitigkeiten die Möglichkeit eines Vermittlungsverfahrens vor einer Ombudsstelle offensteht, sieht Artikel 80 eine Anschlusspflicht für Finanzdienstleister vor: Wer als Finanzdienstleister im Sinne des FIDLEG tätig ist, hat sich spätestens mit der Aufnahme seiner Tätigkeit einer nach Artikel 87 anerkannten Ombudsstelle anzuschliessen.

Soweit Finanzdienstleister von der FINMA beaufsichtigt werden, prüft diese im Rahmen ihrer Aufsicht auch die Erfüllung dieser Anschlusspflicht. Bei Kundenberaterinnen und -beratern bildet der Anschluss an eine anerkannte Ombudsstelle Voraussetzung der Registrierung im Beraterregister, es sei denn, dass sie als Mitarbeitende bei einem Finanzdienstleister tätig sind (vgl. Art. 31 Abs. 1 Bst. c).

Die konkrete rechtliche Ausgestaltung des Anschlusses an eine anerkannte Ombudsstelle sowie die Rechte und Pflichten der Finanzdienstleister ihr gegenüber bestimmen sich grundsätzlich nach dem Organisationsreglement der Ombudsstelle.

Art. 81 Teilnahmepflicht

Finanzdienstleister sowie Kundenberaterinnen und -berater sollen verpflichtet werden, an einem Vermittlungsverfahren teilzunehmen, wenn sie von einem Gesuch einer Kundin oder eines Kunden betroffen sind (Abs. 1). Insbesondere haben sie damit an den Verfahrenshandlungen (Verhandlungen, Sachverhaltserstellung etc.) mitzuwirken und entsprechenden Vorladungen, Aufforderungen oder Anfragen fristgerecht nachzukommen (Abs. 2). Die Ombudsstelle ist selbstverständlich frei in der Wahl der zweckmässigen Verfahrenshandlungen, weshalb beispielsweise eine Kundin oder ein Kunde nicht eine Vorladung eines Finanzdienstleisters verlangen kann. Diese Entscheidung obliegt im Ermessen der Ombudsstelle. Diese Teilnahmepflicht für Finanzdienstleister – wie sie zum Beispiel auch in England und Irland¹⁰⁸ vorgesehen ist – gewährleistet über die Anschlusspflicht hinaus, dass auf ein entsprechendes Gesuch einer Kundin oder eines Kunden hin effektiv ein Vermittlungsverfahren vor der Ombudsstelle zustande kommt.

Art. 82 Pflicht zur Information

Zur praktischen Wirksamkeit der Möglichkeit der Vermittlung durch eine anerkannte Ombudsstelle ist es zentral, dass Kundinnen und Kunden überhaupt wissen, dass diese Möglichkeit besteht. Finanzdienstleister sowie Kundenberaterinnen und

¹⁰⁸ Vgl. Contratto, Franca, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, S. 217 ff., 228; Weber, Rolf H., Anlegerschutz durch regulatorisches Enforcement, in: Sethe/Hens/von der Crone/Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, S. 319 ff., 331.

-berater sind daher zu einer entsprechenden Information ihrer Kundinnen und Kunden zu verpflichten. Eine solche hat bei Eingehung einer Geschäftsbeziehung, bei einer Zurückweisung eines von der Kundin oder vom Kunden geltend gemachten Rechtsanspruchs Rechtsanspruchs sowie auf Anfrage der Kundin oder des Kunden zu erfolgen. Als geeignete Form steht primär Schriftlichkeit im Vordergrund, jedoch kann dies auch mittels E-Mail oder anderer an den Kundinnen und Kunden gerichteter elektronischer Kommunikation und Information erfolgen. Im Unterschied etwa zum Fernmelderecht wird aber davon abgesehen, die Kundinnen und Kunden mit jeder Rechnung auf die Existenz der Ombudsstelle hinzuweisen (vgl. Art. 47 Abs. 3 FDV¹⁰⁹).

Art. 83 Finanzielle Beteiligung

Die anerkannten Ombudsstellen sollen nach dem Vorbild der bisher in gewissen Branchen bestehenden Ombudsstellen primär durch die ihr angeschlossenen Finanzdienstleister und Kundenberaterinnen und -berater finanziert werden. Dabei ist sowohl an eine direkte als auch eine indirekte Finanzierung zu denken. Es ist somit möglich, dass die Branchenverbände als Inkassostelle fungieren und die Beiträge bei ihren Mitgliedern einfordern. Die Höhe der Beiträge der Finanzdienstleister bemisst sich nach der Beitrags- und Kostenordnung der Ombudsstelle. Sie ist in der Ausgestaltung der Beitragszahlung frei. So kann sie beispielsweise Gesamt- bzw. Fallpauschalen oder eine Verfahrensgebühr für jedes einzelne Verfahren vorsehen. Eine finanzielle Beteiligung der Kundinnen und Kunden kommt nur insofern in Betracht, als ihnen eine geringe Verfahrensgebühr auferlegt werden kann (vgl. auch Art. 78 Abs. 1). Die entsprechenden Regelungen sind in einer Beitrags- und Kostenordnung der Ombudsstelle vorzusehen.

3. Kapitel: Aufnahme und Ausschluss

Art. 84–86

Die Aufnahmepflicht der Ombudsstellen nach Artikel 84 bildet das logische Gegenstück der Anschlusspflicht der Finanzdienstleister nach Artikel 80. Ohne diese gesetzliche Pflicht besteht die Gefahr, dass ein Finanzdienstleister unter Umständen bei keiner Ombudsstelle aufgenommen würde und damit seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nicht mehr nachgehen könnte. Besteht für einzelne Finanzdienstleister keine Möglichkeit, sich einer Ombudsstelle anzuschließen, so verpflichtet das EFD eine Stelle zur Aufnahme dieser Finanzdienstleister. Besteht keine Ombudsstelle für mehrere Finanzdienstleister, kann der Bundesrat eine solche Stelle errichten (vgl. Art. 87 Abs. 4).

Verstösst ein Finanzdienstleister wiederholt gegen seine Pflichten nach den Artikeln 81–83 kann er von der Ombudsstelle ausgeschlossen werden (Art. 85).

Artikel 86 regelt den Informationsaustausch zwischen den anerkannten Ombudsstellen und den Aufsichtsbehörden sowie den Registrierungsstellen. Die Bestimmung stellt sicher, dass jeder Akteur über die für ihn zur Erfüllung seiner Aufgabe notwendigen Informationen verfügt.

¹⁰⁹ Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV); SR 784.101.1

4. Kapitel: Anerkennung und Öffentlichkeit

Art. 87 Anerkennung

Zuständige Behörde für die Anerkennung der Ombudsstellen ist das EFD (Abs. 1). Diese Übertragung der Anerkennungskompetenz erscheint angesichts des primär finanzmarktrechtlichen Bezugs sachgerecht. Im Rahmen der Verwaltungsorganisation kann diese Kompetenz innerhalb des EFD auch an ein Bundesamt delegiert werden. Über den Informationsaustausch (vgl. Art. 86) ist sichergestellt, dass auch die weiteren Behörden über die für sie notwendigen Informationen über die anerkannten Ombudsstellen verfügen.

Absatz 2 regelt die verschiedenen Voraussetzungen, die eine Organisation erfüllen muss, um als Ombudsstelle im Sinne des FIDLEG anerkannt zu werden:

- In Buchstabe a werden die zentralen und allgemein anerkannten¹¹⁰ Grundsätze jeder Vermittlung festgehalten. Es sind dies Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Transparenz und Effizienz sowie allgemeine und spezielle Weisungsungebundenheit der Ombudsstelle. Diese Grundsätze sollen eine rechtsstaatlich genügende Vermittlung im Interesse aller Beteiligten garantieren. Die Berücksichtigung dieser Grundsätze sind Anerkennungsvoraussetzungen.
- Nach Buchstabe b werden nur Organisationen anerkannt, die sicherstellen, dass die mit der Vermittlung beauftragten Personen über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen. Besondere Fachkunde der befassten Personen stellt einen zentralen Mehrwert der Vermittlung durch anerkannte Ombudsstellen dar. Dabei geht es insbesondere um spezifische Kenntnisse über Finanzinstrumente, über Finanzdienstleistungen sowie den Finanz- und Kapitalmarkt insgesamt. Weiter sollen die befassten Personen auch besonderes Fachwissen im Bereich der Vermittlung besitzen.
- Die Anerkennung setzt sodann voraus, dass die Ombudsstelle über ein Organisations-, ein Verfahrens- sowie eine Beitrags- und Kostenordnung verfügt (Bst. c–e). Diese Reglemente müssen inhaltlich mit den Bestimmungen dieses Kapitels übereinstimmen.

Gemäss Absatz 3 veröffentlicht das EFD eine Liste der Ombudsstellen.

Dem EFD kommt die Kompetenz zu, eine Ombudsstelle zu verpflichten, einzelne Finanzdienstleister aufzunehmen, falls diese keine Möglichkeit haben, sich einer Ombudsstelle anzuschliessen (Abs. 4). Sofern mehrere Finanzdienstleister insgesamt keinen Anschluss an eine geeignete Ombudsstelle finden, kommt dem Bundesrat darüber hinaus die Kompetenz zu, eine neue Ombudsstelle zu errichten.

¹¹⁰ Vgl. bspw. Ziff. 9 G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, Oktober 2011; Empfehlungen der Kommission 98/257/EG vom 30. März 1998 betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind, und 2001/310/EG vom 4. April 2001 über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte aussergerichtliche Einrichtungen.

Art. 88 Überprüfung der Anerkennung

Die anerkannten Ombudsstellen sind verpflichtet, jede Änderung, die für die Anerkennung relevant ist, dem EFD zu melden (Abs. 1).

Nach den Absätzen 2 und 3 wird einer Ombudsstelle die Anerkennung vom EFD entzogen, wenn sie die Voraussetzungen nach Artikel 87 nach Ansetzung einer angemessenen Frist zur Nachbesserung nicht mehr erfüllt. Wird einer Ombudsstelle die Anerkennung entzogen, so müssen sich die betroffenen Finanzdienstleister einer anderen anerkannten Ombudsstelle anschliessen. Laufende Verfahren werden von einem Entzug der Anerkennung grundsätzlich nicht betroffen.

Art. 89 Berichterstattung

Im Sinne einer transparenten Berichterstattung sind die Ombudsstellen angehalten, über ihre Tätigkeit jährlich zu informieren. Dies entspricht bereits heute der üblichen Usanz der bestehenden Ombudsstellen.

6. Titel: Aufsicht und Informationsaustausch

Art. 90 Aufsicht

Die jeweilige Aufsichtsbehörde prüft im Rahmen ihrer Aufsicht über die ihr unterstellten Finanzdienstleister, ob diese die geeigneten organisatorischen Vorkehrungen getroffen haben, um die Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten gemäss diesem Gesetz einzuhalten. Sie kann zudem mittels Stichprobenkontrollen überprüfen, ob die vorgenommenen Vorkehrungen effektiv eingehalten werden und geeignet sind, Verstösse gegen das FIDLEG zu verhindern. Bei Verstössen gegen die Anforderungen kann die Aufsichtsbehörde gegenüber den beaufsichtigten Finanzdienstleistern sämtliche im FINMAG vorgesehenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen ergreifen. Bei der Ausübung ihrer Befugnisse verfügt die Aufsichtsbehörde über ein Entschliessungs- und Auswahlermessens.

Nicht in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde fällt die Beurteilung zivilrechtlicher Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern oder zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kundinnen und Kunden. Mit der gerichtlichen Beurteilung dieser Fälle bleiben weiterhin die zuständigen Zivilgerichte betraut. Die Aufsichtsbehörde hat den Zivilgerichten gegenüber keine Amtshilfe zu leisten. Die Position der Kundinnen und Kunden wird durch die im 4. und 5. Titel des FIDLEG vorgesehenen Massnahmen verbessert.

Die Prüfung der im FIDLEG statuierten Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten durch Prüfgesellschaften erfolgt gemäss den Vorgaben der einschlägigen Finanzmarktgesetze (vgl. Art. 24 Abs. 1 FINMAG).

Art. 91 Informationsaustausch

Mit dem FinfraG werden die Amtshilfebefugnisse der FINMA vereinheitlicht und die entsprechenden Bestimmungen in den einzelnen Finanzmarktgesetzen aufgehoben. Die Regelung von Artikel 39 FINMAG erfasst jedoch nur den Austausch der

FINMA mit inländischen Aufsichtsbehörden. Da es den Registrierungs-, Prüf- und Ombudsstellen bereits am Behördencharakter mangelt, bedarf es für den Informationsaustausch einer eigenständigen Bestimmung im FIDLEG. Bedingung für den Austausch von Informationen ist, dass die Informationen im Einzelfall für die Erfüllung der Aufgaben der FINMA, der Aufsichtsorganisation beziehungsweise der jeweils in Artikel 33, 54 beziehungsweise 77 ff. vorgesehenen Aufgaben relevant sind.

7. Titel: Strafbestimmungen

Art. 92 Verletzung der Verhaltensregeln

Die Tatbestände sanktionieren Verstöße gegen Verletzungen der Informationspflichten des FIDLEG, der Pflicht zur Eignungs- und Angemessenheitsprüfung sowie der Pflichten im Zusammenhang mit der Entschädigungen von Dritten. Betroffen sind somit Finanzdienstleister und insbesondere Kundenberater. Nach Buchstabe a ist nur strafbar, wer vorsätzlich falsch informiert oder wesentliche Tatsachen verschweigt. Als wesentliche Tatsachen gelten insbesondere Informationen, welche für den Anlageentscheid des Kunden wesentlich sind, wie etwa Angaben über Risiken. Auch falsche Angaben in der Werbung (Art. 71 Abs. 3) können zu einer Strafbarkeit nach Buchstabe a führen.

Art. 93 Verletzung der Vorschriften für Prospekte und Basisinformationsblätter

Absatz 1 übernimmt die auf Prospekte und Basisinformationsblätter zugeschnittenen bisherigen Bestimmungen von Artikel 148 Absatz 1 Buchstaben f und g KAG und passt sie an die Terminologie des FIDLEG an, wobei nur noch die vorsätzliche Tatbegehung strafbar ist und die Strafandrohung auf eine Busse von 500 000 Franken reduziert wurde.. Damit stehen entsprechende Widerhandlungen auch bei anderen Finanzinstrumenten als Kollektivanlagen unter Strafe. Die Tatbestände von Absatz 1 betreffen insbesondere Emittenten. Wer im Prospekt oder im Basisinformationsblatt falsch informiert oder wesentliche Tatsachen verschweigt, untersteht der im Vergleich zum Tatbestand von Artikel 92 Buchstabe a höheren Strafandrohung von Artikel 93 Absatz 1 Buchstabe a. Unter Absatz 1 Buchstabe b ist insbesondere auch die nach Art. 67–70 verspätete Veröffentlichung von Prospekten und Basisinformationsblättern strafbar. Absatz 2 stellt das nach Artikel 10 Absätze 2 und 3 verspätete Zurverfügungstellen von Basisinformationsblättern unter Strafe und betrifft Finanzdienstleister.

Art. 94 Unerlaubtes Anbieten von Finanzinstrumenten

Die beiden Tatbestände entsprechen grundsätzlich den bisher in Artikel 149 KAG geregelten Übertretungstatbeständen für interne Sondervermögen (Abs. 1 Bst. c) und strukturierte Produkte (Abs. 1 Bst. e). Die Terminologie sowie die Verweise werden ans FIDLEG angepasst. Artikel 149 Absatz 1 Buchstabe e Ziffer 2 und 3 KAG zu übernehmen erübrigt sich, da bereits Artikel 93 FIDLEG jene Fälle erfasst, in denen bei strukturierten Produkten ein Basisinformationsblatt nicht oder nicht ordnungs- oder fristgemäss veröffentlicht wird.

8. Titel: Schlussbestimmungen

Art. 95 Ausführungsbestimmungen

Die Bestimmungen des FIDLEG sind zumindest teilweise konkretisierungsbedürftig. Der Bundesrat konkretisiert die Vorschriften des Erlasses deshalb durch Ausführungsbestimmungen.

Art. 96 Änderung anderer Erlasse

Die Aufhebung und die Änderung bisherigen Rechts wird im Anhang geregelt (vgl. Ziff. 2.2).

Art. 97 Übergangsbestimmungen

Damit die Vorschriften des FIDLEG angemessen umgesetzt werden können, ist den Finanzdienstleistern, Erstellern und Anbietern von Finanzinstrumenten sowie den Kundenberaterinnen und -beratern in bestimmten Bereichen eine Übergangsfrist zu gewähren. So erfordern insbesondere der Aufbau eines Beraterregisters sowie die Einführung der Anforderungen an die Aus- und Weiterbildung von Kundenberaterinnen und -beratern einen nicht zu unterschätzenden organisatorischen und personellen Aufwand. Der Bundesrat kann deshalb für den Erwerb der Aus- und Weiterbildungen eine Übergangsfrist vorsehen. Weiter sollen sich die Kundenberaterinnen und -berater innert sechs Monate nach Inkrafttreten des FIDLEG für den Eintrag in das Beraterregister anmelden müssen. Auch für den Anschluss an eine Ombudsstelle wird den Finanzdienstleistern eine Übergangsfrist von sechs Monaten gewährt. Schliesslich sieht die Bestimmung eine Übergangsregelung vor für Effekten und Finanzinstrumente, für die bereits vor dem Inkrafttreten des FIDLEG ein öffentliches Angebot unterbreitet wurde bzw. die schon vor dem Inkrafttreten an Privatkundinnen und -kunden angeboten wurden. So kann vermieden werden, dass für unzählige auf dem Markt befindliche Finanzinstrumente mit der Inkraftsetzung des Gesetzes eine neue Dokumentation erstellt werden muss.

2.2 Änderung anderer Erlasse

2.2.1 Obligationenrecht

Art. 652a, 752 und 1156

Artikel 652a und 1156 werden durch die neuen Prospektspflichten im FIDLEG abgelöst und können im OR aufgehoben werden. Nach FIDLEG gelten die Anleiensobligationen als Finanzinstrumente (Art. 3 Bst. b Ziff. 8 FIDLEG), weshalb für sie bei einem Angebot an Privatkundinnen und -kunden auf jeden Fall ein Basisinformationsblatt zu erstellen ist (Art. 60 Abs. 1 FIDLEG). Werden Anleiensobligationen als Effekten ausgestaltet, so ist für sie zusätzlich ein Prospekt zu veröffentlichen (Art. 3 Bst. c i.V.m. Art. 37 FIDLEG), soweit nicht Ausnahmebestimmungen (namentlich Art. 38 Abs. 1 FIDLEG) greifen. Die Haftungsbestimmung von Artikel 752 kann im OR infolge Übernahme ins FIDLEG (Art. 72) ebenfalls aufgehoben werden.

2.2.2

Zivilprozessordnung

Art. 114a

Der Vorentwurf sah mit der Errichtung eines Schiedsgerichts oder eines Prozesskostenfonds zwei Varianten vor, mit denen der Kostenproblematik im Zivilprozess hätte entgegengewirkt werden können. Beide Lösungsvorschläge wurden jedoch in der Vernehmlassung mit grosser Mehrheit abgelehnt. Deshalb entschied der Bundesrat am 13. März 2015, auf beide Möglichkeiten zu verzichten und stattdessen einen neuen Regelungsansatz auszuarbeiten. Dabei soll der Erbringer von Dienstleistungen im Finanzmarkt bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen seine Parteikosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens selber tragen und von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen bei den Prozesskosten abgewichen werden können. Die Regelung in Artikel 114a ZPO weist im Vergleich zum FIDLEG einen grösseren Anwendungsbereich auf. Erfasst sind nicht nur Streitigkeiten, die Finanzdienstleistungen im Sinne des FIDLEG zum Gegenstand haben, sondern auch Ansprüche aus dem Einlage-, Kredit- und Versicherungsgeschäft. Demzufolge fallen beispielsweise auch Streitigkeiten aus dem Hypothekar- oder sonstigen Kreditgeschäft, aus einer Sachversicherung oder aus der reinen Kontoführung einer Bank unter den Anwendungsbereich der Bestimmung, wenn der Anspruch von einem Privatkläger geltend gemacht wird.

Die Regelung in Artikel 114a sieht erstens die Befreiung der Privatkundinnen und -kunden zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen und Sicherheiten vor. Damit fällt eine erste beträchtliche Hürde für die Einleitung eines Zivilprozesses weg.

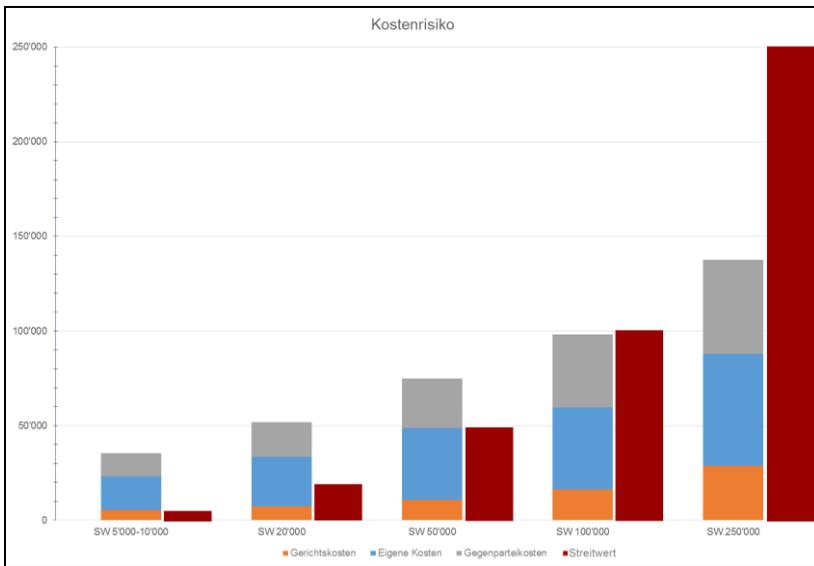
Zweitens soll der Finanzdienstleister auch im Falle seines Obsiegens seine eigenen Prozesskosten tragen müssen, sofern kumulativ:

- die klagende Privatkundin oder der klagende Privatkunde in der gleichen Sache ein Gesuch um Streitbeilegung bei einer anerkannten Ombudsstelle, bei welcher sich der Dienstleister angeschlossen hat, gestellt und am Streitbeilegungsverfahren teilgenommen hat;
- die klagende Privatkundin oder der klagende Privatkunde nicht über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügt;
- der Streitwert (Höhe der eingeklagten Ansprüche) den Grenzwert von 250 000 Franken nicht übersteigt; und
- die Privatkundin oder der Privatkunde den Prozess nicht böses- oder mutwillig führt.

Mit der ersten Voraussetzung wird in erster Linie die Funktion der Ombudsstellen gestärkt und eine effiziente Verfahrenserledigung gefördert. Ziel ist, dass eine grosse Zahl von Streitigkeiten bereits von der Ombudsstelle erledigt werden können und nur von finanziellen Erleichterungen profitieren kann, wer am Vermittlungsverfahren teilgenommen hat. Die Voraussetzung gilt selbstredend nur in Fällen, in denen sich der Dienstleister auch tatsächlich einer anerkannten Ombudsstelle angeschlossen hat – sei dies aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Pflicht für Finanzdienstleister und Versicherungsvermittler oder wie bisher im Rahmen der Anforderungen aus der Selbstregulierung, wie dies für Banken und Versicherungen bereits heute der Fall ist. Sodann sollen nur diejenigen Privatkundinnen und -kunden in den Genuss

dieser Kostenerleichterungen kommen, bei welchen aufgrund ihrer Vermögenssituation die Finanzierung eines Zivilprozesses überhaupt gefährdet sein kann.

Als weitere Voraussetzung für die Befreiung zur Leistung einer Parteientschädigung soll eine Streitwertbegrenzung vorgesehen werden. Damit bei der Festlegung der Grenze auf eine Entscheidungsgrundlage zurückgegriffen werden kann, wurden für zwei Mustersachverhalte Schätzungen der für die Prozessführung über alle Instanzen zu erwartenden Prozess- und Anwaltskosten eingeholt. Dabei zeigt sich, dass bei tieferen Streitwerten bis zu 50 000 Franken die gegebenenfalls zu tragenden Gerichts- und Parteikosten (inkl. eigene Anwaltskosten) höher sind als der Streitwert. Aufgrund der degressiven Tarife steigen die Kosten verglichen mit dem Streitwert ab einem Streitwert von rund 100 000 Franken unterproportional, aber auch bei einem Streitwert von 250 000 Franken können Kosten anfallen, die noch rund der Hälfte des Streitwerts entsprechen. Auf dieser Grundlage ist davon auszugehen, dass bei einer Finanzdienstleistungsstreitigkeit ab einem Streitwert über 250 000 Franken die gegebenenfalls zu tragenden Kosten nicht mehr allein für den Entscheid massgebend sind, ob ein Prozess geführt werden soll, weshalb dieser Betrag als Grenzwert angezeigt erscheint.



Drittens sollen Privatkundinnen und -kunden auch bei den Gerichtskosten entlastet werden, indem das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen, die eine Kostenaufgabe nach den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen unbillig erscheinen lassen, die Gerichtskosten nach Ermessen verteilen kann.

Die vorgeschlagene dreiteilige Regelung ist eine pragmatische und moderate Lösung, um der Kostenproblematik bei zivilrechtlichen Streitigkeiten über die Erbringung von Dienstleistungen im Finanzmarkt Herr zu werden. Dabei wird der in der Vernehmlassung häufig geäußerten Kritik an den ursprünglichen Lösungsvorschlägen, dass mit diesen eine Querfinanzierung für schlecht arbeitende Finanzdienstleister eingeführt werde, Rechnung getragen. Jeder Erbringer von Dienstleis-

tungen im Finanzmarkt bleibt ausschliesslich für sein Tun verantwortlich und trägt die daraus resultierenden Konsequenzen im Rahmen eines Rechtsstreits mit seinen Privatkundinnen und -kunden entsprechend selber.

Art. 199 Abs. 2 Bst. d

In einem neuen Buchstaben d wird die Regelung von Artikel 79 Absatz 2 FIDLEG in der ZPO verankert, dass die klagende Partei nach Durchführung eines Verfahrens vor einer Ombudsstelle auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichten kann.

Art. 251a

Diese neue Bestimmung weist das Verfahren über den Anspruch auf Herausgabe der Kopie des Kundendossiers sowie weiterer Unterlagen (vgl. Art. 75 FIDLEG und Art. 80 VAG) dem summarischen Verfahren zu. Es soll ein möglichst speditives Verfahren zur Verfügung stehen, bei dem sich insbesondere auch die Beschränkung der Angriffs- und Verteidigungsmittel beziehungsweise der Beweismittel rechtfertigt, da es nicht um die endgültige Entscheidung über materielle Ansprüche geht.

Art. 407c

Für die neu geschaffene Kostenbestimmung von Artikel 114a ZPO sieht Artikel 407c ZPO eine entsprechende Übergangsregelung vor.

2.2.3 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht

Verstösse gegen die Strafbestimmungen des 7. Titels werden in Anwendung des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht¹¹¹ (VStrR) untersucht und geahndet. Vor diesem Hintergrund werden vorliegend die lückenhaften Bestimmungen über die Zustellung punktuell angepasst und mit jenen der Strafprozessordnung (StPO)¹¹² harmonisiert.

2.2.4 Kollektivanlagengesetz

Art. 2 Abs. 3

Es wird der Verweis auf die Regelung der qualifizierten Anlegerinnen und Anleger angepasst, die sich nunmehr grundsätzlich nach der Segmentierung der Kunden im FIDLEG ausrichtet und die Aufhebung von Artikel 10 Absatz 3^{bis} zur Folge hat (vgl. die entsprechenden Ausführungen unten).

¹¹¹ SR 313.0

¹¹² SR 312.0

Art. 3

Der Begriff des Vertriebs gemäss KAG wird durch den allgemeineren Begriff des Anbietens ersetzt (vgl. auch Art. 3 Bst. h und i FIDLEG). Die Bewilligungspflicht für die Vertriebstätigkeit wird aufgehoben. Damit fällt auch die Regelung der Ausnahmen vom Vertrieb (Art. 3 Abs. 2) und von der Genehmigungspflicht für ausländische kollektive Kapitalanlagen, die in der Schweiz angeboten werden, dahin. Die gestützt auf den Vertriebsbegriff festgelegten Ausnahmen von einer Bewilligungspflicht im Bereich der ausländischen kollektiven Kapitalanlagen bleiben hingegen – nicht zuletzt aus Gründen der Äquivalenz mit den Regelungen auf EU-Ebene – materiell bestehen.

Mit der Einführung der prudenziellen Aufsicht für die «unabhängigen» oder «externen» Vermögensverwalter geht die Ausnahmeregel für die Vertriebstätigkeit im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrags nach Absatz 2 Buchstabe c in der bisherigen Ausnahmeregel gemäss Absatz 2 Buchstabe b auf. Die Ausnahme vom Vertriebsbegriff und der Bewilligungspflicht gemäss Buchstabe b geht wiederum in den neuen Artikel 10 Absatz 3^{ter} über.

Absatz 2 Buchstabe d wird ersatzlos gestrichen, da die Publikation von Preis- und Kurslisten, von Inventarwerten und Steuerdaten selbstredend keine Einladung zum Erwerb von Effekten oder Finanzinstrumenten darstellt.

Absatz 2 Buchstabe e bleibt als Ausnahme von der Produktgenehmigungspflicht für ausländische kollektive Kapitalanlagen relevant und wird deshalb in einem neuen Absatz 5 in Artikel 120 überführt (vgl. die entsprechenden Ausführungen unter Ziff. 2.4.15).

Art. 4

Die geltende Regelung von Artikel 4 KAG zu internen Sondervermögen wird in Artikel 74 FIDLEG grundsätzlich übernommen, sodass die Bestimmung aus dem KAG gestrichen werden kann. Zudem wird in Artikel 74 FIDLEG klargestellt, dass für interne Sondervermögen kein Prospekt zu erstellen und zu veröffentlichen ist, soweit die zurzeit in Artikel 4 Absatz 1 KAG vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt werden.

Art. 5

Die Sonderbestimmung für strukturierte Produkte wird grundsätzlich ins FIDLEG überführt und kann folglich im KAG aufgehoben werden. Absätze 1 und 1^{bis} werden in Artikel 73 FIDLEG übernommen, wobei der bis anhin vorgesehene vereinfachte Prospekt neu im Erfordernis zur Erstellung eines Basisinformationsblattes aufgeht. Absätze 2, 3 und 5 werden durch Artikel 10 Absätze 2 und 3 sowie Artikel 63–66 FIDLEG abgedeckt. Im Gegensatz zum geltenden Absatz 4 unterstehen strukturierte Produkte inskünftig der Prospektspflicht nach Artikel 37 ff. FIDLEG.

Art. 6

Mit dieser Norm sollte auf flexible Weise Umgehungstatbeständen und im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch unbekanntenen Formen der kollektiven Kapitalanlagen begegnet werden können. Mit den allgemeinen Begriffsbeschreibungen der Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen im ersten Titel des FIDLEG kann diesem

Problem effizienter begegnet werden, weshalb die Kompetenzdelegation an den Bundesrat aufgehoben werden kann.

Art. 7 Abs. 3 und 5

Im angepassten Absatz 3 wird der Verweis an die Regelung der professionellen Kunden im FIDLEG angeglichen.

Soweit das KAG nicht den Begriff der *ausländischen* kollektiven Kapitalanlagen verwendet, erfasst der Begriff grundsätzlich die schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen. Zur Klarstellung und als Gegenstück zur Definition der ausländischen kollektiven Kapitalanlagen (Art. 119) werden in einem neuen Absatz 5 nun auch die typischen Merkmale der schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen gesetzlich verankert. Diese Bestimmung gilt namentlich auch für die gesellschaftlich organisierten kollektiven Kapitalanlagen. Die Fondsleitung wird im FINIG geregelt. Der Begriff der Hauptverwaltung wird auf Verordnungsstufe umschrieben (Art. 42 KKV).

Art. 10 Abs. 3, 3^{bis}, 3^{ter}, 4 und 5 Bst. b

Die Definition des qualifizierten Anlegers entspricht in der geltenden Fassung dieser Bestimmung im Wesentlichen dem Begriff des professionellen Kunden nach Artikel 4 FIDLEG. Zur Sicherstellung einer angemessenen Konsistenz zwischen den beiden Erlassen wird für die Definition des qualifizierten Anlegers gemäss KAG daher soweit möglich auf die Begriffsbestimmung nach Artikel 4 FIDLEG verwiesen. Der Begriff des qualifizierten Anlegers im Kollektivanlagenbereich kann jedoch nicht vollständig durch jenen des professionellen Kunden im Sinne des FIDLEG ersetzt werden. Insbesondere gelten gemäss Absatz 3^{ter} auch Anlegerinnen und Anleger mit einem Vermögensverwaltungsvertrag als qualifizierte Anlegerinnen und Anleger gemäss KAG, nicht jedoch als professionelle Kunden im Sinne des FIDLEG. In Angleichung an die Regelung in Artikel 5 FIDLEG wird in Absatz 3^{ter} darauf hingewiesen, dass die Erklärung der Anlegerin und des Anlegers schriftlich oder in anderer durch Text nachweisbarer Form vorliegen muss (vgl. hierzu die Ausführungen zu Art. 5 Abs. 5 FIDLEG).

Für Kollektivanlagen, die sich ausschliesslich an professionelle Kunden richten, ist gemäss Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe a FIDLEG kein Prospekt zu veröffentlichen. Zudem wird in Artikel 52 FIDLEG die Möglichkeit übernommen, Kollektivanlagen ganz oder teilweise von der Prospektpflicht zu befreien. Absatz 5 Buchstabe b kann daher gestrichen werden.

4. Kapitel: Wahrung der Anlegerinteressen

Die allgemeinen Verhaltensregeln für Finanzdienstleister sind nunmehr im FIDLEG verankert und gelten für alle Personen, die Vermögen verwalten, einschliesslich der SICAV und SICAF sowie der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK). Diese Verhaltensregeln bezwecken in erster Linie den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern und gelten namentlich beim Erwerb von Effekten oder Finanzinstrumenten.

Die im KAG verbleibenden Verhaltensregeln gelten ihrerseits weiterhin auch für die Verwalter von Kollektivvermögen und die Fondsleitungen. Im Vergleich zu den Verhaltensregeln des FIDLEG zielen sie in erster Linie darauf ab, die Wahrung der Anlegerinteressen durch eine sorgfältige und im Interesse der kollektiven Kapitalanlagen erfolgende Vermögensverwaltung zu gewährleisten. Dies entspricht nicht zuletzt auch der Regulierung der kollektiven Kapitalanlagen auf EU-Ebene (vgl. hierzu Art. 14 der OGAW-Richtlinie).

Zu beachten ist zudem, dass den Verhaltensregeln im Kollektivanlagenbereich in deren bisherigen Umsetzung – im Gegensatz zu den Verhaltensregeln des FIDLEG – der Charakter von Doppelnormen zugesprochen wird (vgl. auch Ausführungen unter Ziff. 1.4.2.1).

Art. 20 Abs. 1 Bst. c, 2 und 3

In Absatz 1 wird Buchstabe c formell gekürzt. Inhaltlich bleibt die Informationspflicht indes bestehen. Die Informationspflicht erfasst alle Personen, die kollektive Kapitalanlagen verwalten, aufbewahren oder vertreten, sowie deren Beauftragte. Somit unterstehen auch die Verwalter von Kollektivvermögen und die Fondsleitungen gemäss FINIG nebst den Informationspflichten des FIDLEG auch der Informationspflicht des KAG.

Absatz 2 kann aufgehoben werden, da das FIDLEG die Verhaltensregeln für Finanzdienstleister umfassend regelt.

Absatz 3 wird einerseits auf die im KAG verbleibenden Tätigkeiten beschränkt, andererseits auf alle Personen ausgedehnt, die diese ausüben.

Art. 21 Abs. 2 zweiter Satz

Der zweite Satz von Absatz 2 wird an den Wortlaut von Artikel 28 FIDLEG angepasst, der allgemein von «Entschädigungen» spricht. Materiell verankert Absatz 2 zudem das Verbot der Entgegennahme von Zahlungen zum Erwerb von Anteilen von kollektiven Kapitalanlagen ohne vertragliche Grundlage gemäss Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe c KKV nunmehr auf Gesetzesstufe.

Art. 22 und 24

Diese Bestimmungen werden in die Verhaltensregeln des FIDLEG überführt und im KAG aufgehoben.

Art. 51 Abs. 4

Verwiesen wird neu auf den 3. Titel des FIDLEG, in welchem die Erfordernisse des Prospektes und des Basisinformationsblattes geregelt werden.

Art. 71 Abs. 3 und 4

In Absatz 3 wird auf die im 3. Titel des FIDLEG geregelten Pflichten zur Veröffentlichung eines Prospekts und zur Erstellung eines Basisinformationsblattes verwiesen. Absatz 4 kann angesichts der allgemeinen Vorschrift über die Informationspflicht in Artikel 10 Absatz 4 FIDLEG aufgehoben werden.

Art. 73 Abs. 2

Es wird auf den 3. Titel des FIDLEG verwiesen, welcher die Pflichten zur Veröffentlichung eines Prospekts und zur Erstellung eines Basisinformationsblatts regelt.

Gliederungstitel vor Art. 75 und Art. 75–77

Die Bestimmungen über den Prospekt, die «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» sowie über den vereinfachten Prospekt werden in den 3. Titel des FIDLEG überführt und können deshalb im KAG aufgehoben werden.

Art. 75

Die aktuellen Absätze 1 und 2 werden in Artikel 50 FIDLEG übernommen. Der dritte Absatz ist – eingeschränkt auf Privatkundinnen und -kunden – durch Artikel 10 Absatz 4 FIDLEG abgedeckt.

Art. 76

Die Regelung im KAG zu den «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» sowie zu den vereinfachten Prospekten soll inskünftig – eingeschränkt auf Privatkundinnen und Privatkunden – in der FIDLEG-Regelung zu den Basisinformationsblättern aufgehen. Absatz 5 über den Zeitpunkt der Zurverfügungstellung des Basisinformationsblatts ist nunmehr in Artikel 10 Absätze 2 und 3 FIDLEG enthalten.

Art. 77

Absatz 1 ist von Artikel 71 Absatz 2 FIDLEG abgedeckt, Absatz 2 durch Artikel 50 Absatz 4.

Art. 102 Abs. 3 und Art. 116

Die Prospektpflichten für die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und für die SICAF werden nach Artikel 51 FIDLEG überführt und können daher im KAG gestrichen werden.

Art. 148 Abs. 1 Bst. d, f und g

Bst. d wird an die neue Terminologie von Artikel 10 und 15 Absatz 1 Buchstabe e KAG angepasst. Die auf Prospekte und Basisinformationsblätter nach dem 3. Titel des FIDLEG zugeschnittenen Tatbestände werden ins FIDLEG überführt und sind neu nur noch bei vorsätzlicher Tatbegehung strafbar. Die Tatbestände im Zusammenhang mit der Berichterstattung bleiben unverändert bestehen. Auf den Tatbestand gemäss Buchstabe g Ziffer 3 wird künftighin verzichtet, da ein Strafverfahren in diesen Fällen keinen zusätzlichen Mehrwert für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte bietet. Die FINMA verfügt zudem über wirksamere Aufsichtsinstrumente zur Durchsetzung der Einreichung von Unterlagen.

Art. 149 Abs. 1 Bst. c und e, Abs. 2

Die beiden Tatbestände figurieren neu in Artikel 94 FIDLEG und können daher im KAG gestrichen werden. Im Sinne einer Vereinheitlichung mit vergleichbaren Straftatbeständen nach den übrigen Finanzmarktgesetzen sind die verbleibenden Übertretungstatbestände von Artikel 149 KAG zudem neu nur noch bei Vorsatz strafbar.

2.2.5 Finanzmarktaufsichtsgesetz

Art. 1 Abs. 1 Bst. i

Das FIDLEG wird neu als Finanzmarktgesetz gemäss Art. 1 FINMAG aufgeführt.

Art. 15 Abs. 2 Bst. c

Der Wegfall der Führung eines Registers für Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler durch die FINMA führt auch zum Wegfall der entsprechenden Aufsichtsabgabe.

2.2.6 Versicherungsaufsichtsgesetz

Art. 1, 2 Abs. 1 Einleitungssatz, Abs. 2 Einleitungssatz, Abs. 3, Art. 3 Abs. 1

Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler haben sich gemäss Artikel 43 VAG in ein von der FINMA geführtes öffentliches Register eintragen zu lassen. Sie unterstehen jedoch in der Folge keiner prudenziellen Aufsicht durch die FINMA. Ähnlich wie bei den Vertriebsträgern von kollektiven Kapitalanlagen (vgl. Erläuterungen zu Art. 13 KAG) und den direkt unterstellten Finanzintermediären (DUFİ) (vgl. Erläuterungen zu Art. 12 Bst. c GwG) erweist sich diese Situation als unbefriedigend, da eine Registrierungspflicht ohne laufende prudenzielle Aufsicht bei den Versicherungsnehmerinnen und -nehmern zu Missverständnissen führt und grundsätzlich ein nicht gerechtfertigtes Vertrauen in die Überwachung der Tätigkeit des Registrierungspflichtigen weckt. Dieses Problem wird dadurch verstärkt, dass sich die ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern im geltenden Recht «Beaufsichtigte» bezeichnen dürfen (vgl. Art. 3 FINMAG).

In der Schweiz gibt es über 13 000 registrierte Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler. Sie werden in Zukunft die neu vorgesehenen Verhaltenspflichten einzuhalten haben. Eine prudenzielle Aufsicht über die Versicherungsvermittlerinnen oder -vermittler erscheint daher unverhältnismässig, dies umso mehr als die Versicherungsunternehmen selbst der Aufsicht der FINMA unterstehen. Die bestehende Registrierungspflicht der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler soll daher in der Registrierungspflicht nach FIDLEG aufgehen. Deshalb sind die vorliegenden Bestimmungen an die neue Situation sprachlich anzupassen.

Art. 40 Definition

Absatz 1 entspricht inhaltlich der geltenden Regelung von Artikel 40 VAG. Er wurde redaktionell überarbeitet.

Das Aufsichtsrecht unterscheidet zwischen zwei Vermittlertypen, nämlich dem ungebundenen und dem gebundenen Versicherungsvermittler. Die bisherige Regelung sah einerseits in Artikel 43 Absatz 1 VAG (Registereintrag) die Definition der ungebundenen Versicherungsvermittler vor und andererseits legte Artikel 183 AVO die Kriterien des gebundenen Versicherungsvermittlers fest. Materiell soll an der bestehenden Regelung nichts geändert werden. Hingegen wird die Regelung im VAG in formeller Hinsicht überarbeitet. Die Begriffe des ungebundenen und des gebundenen Versicherungsvermittlers werden neu in den Absätzen 2 und 3 definiert.

Art. 42 Registrierungspflicht

Bereits gestützt auf geltendes Recht müssen sich ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler in ein Register eintragen lassen. Gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler hatten bisher das Recht, sich bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ebenfalls in das Register eintragen zu lassen. Die Bestimmungen der geltenden Registerpflicht für Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler orientieren sich weitgehend an der europäischen Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung¹¹³.

Das Vermittlerregister, welches bisher im VAG geregelt war, wird aufgehoben. Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen sich neu ins Beraterregister nach FIDLEG eintragen lassen. Dieses steht aber nur noch Kundenberaterinnen und -beratern von in der Schweiz nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern offen. In diesem Kontext ist es folgerichtig, dass die Registerpflicht nur für die ungebundenen Versicherungsvermittler gilt und eine Pflicht auf Eintragung für die gebundenen Versicherungsvermittler nicht vorgesehen ist.

Solange Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler zugleich Kundenberater gemäss FIDLEG sind, gelten die Vorschriften des FIDLEG direkt.

Der Bundesrat kann schliesslich Ausnahmen von der Registrierungspflicht vorsehen. So ist es beispielsweise denkbar, dass sich Reisebüroangestellte, welche im Rahmen einer Reiseberatung regelmässig Reiseversicherungen verkaufen, von der Eintragungspflicht ins Beraterregister ausgenommen werden können.

Art. 43 Pflicht zur Aus- und Weiterbildung

Die Regelung von Artikel 43 entspricht inhaltlich derjenigen von Artikel 6 FIDLEG, weshalb auf die entsprechenden Erläuterungen verwiesen werden kann.

Art. 44 Verantwortung der Versicherungsunternehmen

Diese Regelung entspricht derjenigen von Artikel 7 FIDLEG, weshalb grundsätzlich auf die entsprechenden Erläuterungen verwiesen werden kann. Hervorzuheben gilt es mit Blick auf die spezielle Situation bei den gebundenen Versicherungsvermittlern, dass die Verantwortung des Versicherungsunternehmens unbesehen der konkreten Vertragsverhältnisse besteht. In der Praxis sind Versicherungsvermittler in

¹¹³ Vgl. Botschaft VAG, BBl 2003 3789.

unterschiedlicher Art mit Versicherungsunternehmen vertraglich verbunden, wie zum Beispiel mittels Auftrag, Arbeits-, Agentur- oder Handelsreisendenvertrag.

Art. 45 Informationspflicht

Die Bestimmung gleicht die Informationspflicht der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler derjenigen des FIDLEG (Art. 9) an, übernimmt aber von der geltenden VAG-Regelung die Pflicht, über die verantwortlichen Personen (Haftung; Abs. 1 Bst. e) und die Datenbearbeitung zu informieren. Werbung muss zudem als solche gekennzeichnet sein.

Die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler informieren die Versicherten im Zusammenhang mit der Dienstleistung und dem Versicherungsprodukt unter anderem über die anfallenden Kosten in transparenter Weise. Nicht als Kosten und damit nicht offenzulegen hat die gebundene Versicherungsvermittlerin oder der -vermittler ihre oder seine für den Abschluss erhaltene Entschädigung wie eine Provision oder Courtage.

Art. 45a Zeitpunkt der Informationen

Diese Bestimmung übernimmt die Regelung von Artikel 10 Absätze 1 und 5 FIDLEG.

Art. 45b Treue- und Sorgfaltspflicht

Die Bestimmung verpflichtet Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler zur Einhaltung der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflichten. Die Regelung stimmt inhaltlich grundsätzlich mit derjenigen von Artikel 8 FIDLEG überein. Da aber ein gebundener Versicherungsvermittler immer nur im Rahmen der bestehenden Produktpalette seines Versicherungsunternehmens beraten kann, wurde die *best advice*-Regelung des Artikel 8 FIDLEG auf die tatsächliche Gegebenheiten im Versicherungsbereich leicht angepasst. Die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen ebenfalls im Interesse der Versicherten handeln, aber nur im Rahmen der ihnen zur Verfügung stehenden Produktpalette.

Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler stellen die Erfüllung der Pflichten, die sich aus dem VAG ergeben, sicher. Namentlich müssen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler, die als Unternehmen organisiert sind, über eine angemessene Betriebsorganisation verfügen.

Art. 45c Verhaltensregeln

Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen die Ziele und Bedürfnisse der Versicherten beziehungsweise der zu versichernden Personen ermitteln. Erteilen sie einen Rat, so haben sie die Gründe dafür zu erläutern. Vereinbart eine Versicherungsvermittlerin oder ein Versicherungsvermittler eine ausgewogene Untersuchung, so ist eine hinreichende Zahl von auf dem Markt erhältlichen Versicherungsverträgen zu untersuchen, bevor der Rat erteilt wird.

Neben den bekannten Vertriebswegen werden immer häufiger Versicherungen mit geringer Komplexität (z. B. Reiseversicherung) online abgeschlossen. In solchen

Fällen muss keine Angemessenheitsprüfung durchgeführt werden, sofern der Vertragsabschluss auf Veranlassung des Versicherten erfolgte.

Art. 45d Entschädigungen Dritter

Diese Regelung entspricht derjenigen in Artikel 28 FIDLEG. Für ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler wird somit eine Transparenzbestimmung über die von Dritten erhaltenen Entschädigungen statuiert. Nicht vorgesehen ist damit ein gänzlich Verbot der Entgegennahme solcher Leistungen. Gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler sind von dieser Bestimmung nicht betroffen, da sie in keinem Treueverhältnis zum Kunden stehen.

Art. 46 Abs. 1 Bst. f

Die Aufsichtsaufgaben der FINMA über Versicherungsunternehmen werden durch die neuen Vorschriften des FIDLEG grundsätzlich nicht berührt. Allerdings haben Versicherungsunternehmen im Rahmen ihrer Organisation zu berücksichtigen, dass Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler neu den in Artikel 42a ff. erwähnten Vorschriften unterstehen. Zudem gelten rückkaufsfähige Lebensversicherungen mit kursabhängigen Leistungen und Abfindungswerten sowie Kapitalisations- und Tontinengeschäfte als Finanzinstrumente gemäss Artikel 3 Buchstabe b FIDLEG. Versicherungsvermittler können deshalb für bestimmte Tätigkeiten den Vorschriften des FIDLEG als Kundenberater oder Finanzdienstleister direkt unterstellt sein.

Über die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler selbst übt die FINMA unter geltendem Recht lediglich eine Missbrauchsaufsicht aus. Sie greift nur ein, wenn sich Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten (vgl. Art. 117 AVO). Diese Aufsicht wird durch die Integration des Registers für Versicherungsvermittler in das Beraterregister gemäss Artikel 30 ff. FIDLEG aufgehoben. Eine Aufsicht über Kundenberaterinnen und -berater oder Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler findet nicht statt. Auch Versicherungsvermittler, die als Finanzdienstleister qualifizieren, sind gemäss den neuen Vorschriften keiner Aufsicht unterstellt.

Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. g

Da die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler nicht mehr beaufsichtigt werden, können die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Massnahmen gestrichen werden.

Zudem finden die sichernden Massnahmen auch auf wesentliche Gruppen- und Konglomeratsgesellschaften Anwendung, was mit der Gesetzesergänzung klargestellt werden soll.

Art. 53 Abs. 4

Auch in Fällen, in welchen keine Aussicht auf Sanierung mehr besteht, soll die FINMA sichernde Massnahmen im Sinne von Artikel 51 anordnen dürfen.

Art. 55 Abs. 3

Das FIDLEG führt den neuen Begriff «schriftlich oder in anderer durch Text nachweisbarer Form» ein, weshalb eine entsprechende Änderung auch in Artikel 55 Absatz 3 vorgenommen wurde. Es kann auf die entsprechenden Erläuterungen zu Artikel 5 Absatz 5 FIDLEG verwiesen werden.

7. Kapitel: Herausgabe von Dokumenten

Art. 80 und 81

Der neu im FIDLEG (Art. 75 f.) vorgesehene Herausgabeanspruch der relevanten Geschäftsbeziehungsakten wird für die Versicherungsunternehmen und die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler übernommen und ins VAG überführt.

7a. Kapitel: Verfahren

Art. 82 Ombudsstelle

Wie die übrigen Finanzdienstleister müssen sich auch die Versicherungsunternehmen sowie die ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler einer Ombudsstelle anschliessen. Für die Versicherungen ändert sich dadurch grundsätzlich nichts, da sich bereits heute die meisten Versicherungsunternehmen der bestehenden Ombudsstelle angeschlossen haben. Mit der allgemeinen Pflicht sich einer Ombudsstelle anschliessen zu müssen, werden nicht nur Streitigkeiten, die Finanzdienstleistungen im Sinne des FIDLEG zum Gegenstand haben, sondern auch Ansprüche aus dem ganzen Versicherungsgeschäft erfasst. Demzufolge fallen beispielsweise auch Streitigkeiten aus dem Nichtlebensgeschäft unter den Anwendungsbereich der Bestimmung.

Art. 86 Abs. 1 Bst. e und Art. 86a

Bereits unter geltendem Recht wird ein Verstoß gegen die Informationspflichten aus Art. 45 VAG strafrechtlich sanktioniert. Aufgrund der neu vorgesehenen zusätzlichen Pflichten sowie mit Blick auf vergleichbare Strafbestimmungen in anderen Finanzmarkterlassen (insb. Art. 92 FIDLEG) wird ein neuer Artikel 86a für die Verletzung der Informations- und Verhaltenspflichten geschaffen und die Maximalstrafe auf Busse bis zu 100 000 Franken reduziert.

Art. 90 Übergangsbestimmung zur Änderung vom ...

Damit die Vorschriften des FIDLEG angemessen umgesetzt werden können, ist den Versicherungsunternehmen und den Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern in bestimmten Bereichen eine Übergangsfrist zu gewähren. So erfordern insbesondere der Aufbau eines Beraterregisters sowie die Einführung der Anforderungen an die Aus- und Weiterbildung von Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern einen nicht zu unterschätzenden organisatorischen und personellen Aufwand. Der Bundesrat kann deshalb für den Erwerb der erforderlichen Aus- und Weiterbildungen eine Übergangsfrist vorsehen. Weiter sollen sich die ungebundene Versicherungsvermitt-

lerinnen und -vermittler innert sechs Monate nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen für den Eintrag in das Beraterregister anmelden müssen. Auch für den gemäss FINIG vorgesehenen Anschluss an eine Ombudsstelle (vgl. Ziff. 2.4.21) wird den Versicherungsunternehmen und den ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern eine Übergangsfrist von sechs Monaten gewährt.

2.3 Finanzinstitutsgesetz

1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Geltungsbereich

Art. 1 Gegenstand und Zweck

Abs. 1

Mit der Neustrukturierung der Finanzmarktgesetze sollen die Bewilligungsvoraussetzungen und die Beaufsichtigung des Vermögensverwaltungsgeschäfts sektorübergreifend für alle Marktteilnehmer des Finanzplatzes vereinheitlicht und in einem Erlass verankert werden. Gegenstand des FINIG ist die einheitliche Regelung der Anforderungen an Finanzinstitute, die im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit – also gewerbmässig – Vermögenswerte von Drittpersonen anlegen und verwalten (vgl. Art. 2).

Abs. 2

Die Zweckbestimmung ist bestehenden Erlassen, namentlich dem BEHG sowie dem KAG entlehnt. Mit dem Begriff der Kundinnen und Kunden sind auch die Gläubigerinnen und Gläubiger eines Finanzinstituts erfasst. Hingegen erfasst der Begriff der Kundinnen und Kunden nicht die Anlegerinnen und Anleger von kollektiven Kapitalanlagen im Vermögensverwaltungsgeschäft eines Verwalters von Kollektivvermögen oder einer Fondsleitung. Deshalb hält das Gesetz ausdrücklich fest, dass es auch deren Schutz bezweckt.

Art. 2 Geltungsbereich

Abs. 1

Mit dem FINIG werden alle Personen, die die Vermögensverwaltung betreiben, einer Bewilligungspflicht und prudenziellen Aufsicht unterstellt. Nachdem im Rahmen der letzten Revision des KAG auch die Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen einer prudenziellen Aufsicht unterstellt wurden, trifft die Erweiterung des Geltungsbereichs nunmehr vorab die bisher als «unabhängige» oder «externe» Vermögensverwalter nur den Vorschriften des GwG unterstellten Vermögensverwalter von Individualvermögen (Bst. a) sowie die Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen (Bst. c i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Bst. b). Neu werden sodann die Trustees (Bst. b) in den Geltungsbereich des FINIG aufgenommen, zu deren Geschäftstätigkeit die Verwaltung von Vermögenswerten eines Trusts gehört. Für das auf die Trusts anzuwendende Recht wird auf das Haager Übereinkommen vom

1. Juli 1985¹¹⁴ über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (Haager Übereinkommen) verwiesen.

Die übrigen in Buchstaben c–e aufgeführten beaufsichtigten Finanzinstitute sind bereits spezialgesetzlich erfasst. Mit der Überführung der Regelung für Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen (Bst. c i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Bst. a) und Fondsleitungen (Bst. d) ins FINIG ist der Regelungsbereich des KAG künftig auf die Produkte kollektiver Kapitalanlagen beschränkt. Zur klareren Unterscheidung zwischen «Vermögensverwaltern» im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 FINIG und den Vermögensverwaltern kollektiver Kapitalanlagen sowie den Verwaltern von Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen werden die beiden letztgenannten Kategorien gemäss Artikel 20 Absatz 1 FINIG als «Verwalter von Kollektivvermögen» bezeichnet. In die Kategorie der Verwalter von Kollektivvermögen (Bst. c) fallen somit auch «unabhängige» oder «externe» Vermögensverwalter, soweit sie für kollektive Kapitalanlagen oder für Vorsorgeeinrichtungen tätig werden. Die Kategorie der «Wertpapierhäuser» (Bst. e) entspricht grundsätzlich den gängigen Effekthändlerkategorien nach BEHG (vgl. Erläuterungen zu Art. 37).

Abs. 2

Die Ausnahme für Personen, die ausschliesslich Vermögenswerte von mit ihnen wirtschaftlich verbundenen Personen (Bst. a) oder Vermögenswerte im Rahmen von Arbeitnehmerbeteiligungsplänen verwalten (Bst. b), sind der MiFID entnommen, die im Mai 2014 durch deren revidierte Fassung (MiFID II) ersetzt wurde. Unter der Ausnahme der familiär verbundenen Personen (Bst. a) ist auch die Tätigkeit eines Familienmitglieds für das *family office* seiner Familie zu verstehen. Zu den wirtschaftlich verbundenen Personen sind auch Personen zu zählen, die – ohne in einem Verwandtschaftsverhältnis zur Familie zu stehen – zur Verwaltung eines einzigen *family offices* angestellt werden, das ausschliesslich seine eigenen Vermögenswerte verwaltet und von den Familienmitgliedern kontrolliert wird.

Der Begriff des Vermögenswerts entspricht demjenigen des FIDLEG. Als Vermögenswerte gelten neben den Finanzinstrumenten nach Artikel 3 Buchstabe b FIDLEG sämtliche anderen Finanzanlagen, wie etwa Bankguthaben auf Sicht oder auf Zeit oder Forderungspapiere ohne Effektencharakter. Nicht als Finanzanlagen gelten namentlich direkte Anlagen in Immobilien und Ansprüche aus Sozialversicherungen sowie Guthaben der beruflichen Vorsorge. Entsprechend fallen Verwalter von Immobilien nicht in den Geltungsbereich des FINIG.

Die Formulierung der Ausnahme gemäss Buchstabe a ist bereits in der Bankengesetzgebung enthalten. Die Umschreibung der wirtschaftlichen Verbundenheit ist Artikel 21 Absatz 1 BankV zu entnehmen. Unternehmen bilden eine wirtschaftliche Einheit, wenn das eine direkt oder indirekt mit mehr als der Hälfte der Stimmen oder des Kapitals am anderen beteiligt ist oder dieses auf andere Weise beherrscht. Die Ausnahmen gemäss Buchstaben a und b gelten für Personen, die Finanzdienstleistungen ausschliesslich für im Kreis der genannten Personen stehende Dritte erbringen.

Anwältinnen und Anwälte, Notarinnen und Notare sowie ihre Hilfspersonen, einschliesslich der juristischen Personen, in welcher sie organisiert sind, sind vom Geltungsbereich des FINIG ausgenommen, soweit die Tätigkeit der Vermögensver-

¹¹⁴ SR 0.221.371

waltung im Rahmen eines Mandats erfolgt, das ihrem jeweiligen Berufsgeheimnis unterstellt ist (Bst. c). So gilt ein Anwalt, der im Rahmen eines erbrechtlichen Mandats oder als Willensvollstrecker die Vermögenswerte des Nachlasses verwalten muss, nicht als Vermögensverwalter im Sinne des FINIG. Ebenso werden Personen ausserhalb dieses Kreises, die Vermögensverwaltung im Rahmen eines gesetzlich regulierten Mandats betreiben – wie beispielsweise ein Erbe, der als Willensvollstrecker eingesetzt wurde, eine Person, die mit einer Vertretungsbeistandschaft betraut wurde, ein Sachwalter oder ein Sanierungsbeauftragter – vom Geltungsbereich des FINIG ausgenommen (Bst. d).

In Anlehnung an die Regelung von MiFID II wird die SNB (Bst. e) – im Gegensatz zur bisherigen Regelung in Artikel 1 Absatz 5 BankG – ausdrücklich vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Auch die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) wird ausdrücklich ausgeschlossen. Die BIZ erbringt für Zentralbanken sowie einer kleinen Gruppe im Finanzbereich tätiger internationaler Organisationen zahlreiche Dienstleistungen. Für die Erfüllung ihrer Aufgaben geniesst die BIZ weitreichende Immunitäten. Eine Unterstellung der BIZ unter das nationale Aufsichtsregime des FINIG wäre nicht mit deren Rechtsnatur, ihren im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben und ihrem Rechtsstatus in der Schweiz vereinbar.

Die Vorsorgeeinrichtungen und andere Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen (im Gesetz als «Vorsorgeeinrichtungen» bezeichnet; einschliesslich der Anlagestiftungen) (Bst. f), sowie die Sozialversicherungseinrichtungen und Ausgleichskassen (Bst. g) sind Ausnahmen, die vom Ausnahmenkatalog in Artikel 2 Absatz 2 Buchstaben a und b KAG übernommen werden. Versicherungsunternehmen, die dem VAG unterstehen, werden von diesem reguliert und deshalb vom Geltungsbereich des FINIG ausgenommen (Bst. h). Dasselbe gilt für die Banken, die weiterhin vom BankG reguliert werden (Bst. i).

Art. 3 Konzernobergesellschaften und wesentliche Gruppengesellschaften

Mit dieser Bestimmung wird der neue Artikel 2a BankG im FINIG übernommen, der mit dem FinfraG eingeführt wurde. Damit wird eine einheitliche Konkurszuständigkeit der FINMA gewährleistet, welche Konzernobergesellschaften und wesentliche Gruppengesellschaften aller unterstellten Finanzinstitute erfasst.

2. Kapitel: Gemeinsame Bestimmungen

Art. 4 Bewilligungspflicht

Abs. 1

Diese Bestimmung verankert die Bewilligungspflicht für alle Finanzinstitute im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 FINIG, die Vermögenswerte für Rechnung Dritter gewerbmässig anlegen und verwalten. Die Verwendung des Begriffs der «zuständigen Aufsichtsbehörde» weist darauf hin, dass die Finanzinstitute von unterschiedlichen Aufsichtsbehörden (eingeschlossen «Aufsichtsorganisationen»; vgl. Art. 57) beaufsichtigt werden können.

Abs. 2

Die Regelung entspricht inhaltlich Artikel 13 Absatz 5 KAG, Artikel 3 Absatz 1 BankG sowie Artikel 24 der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996¹¹⁵ (BEHV). Neu stellt die Bewilligung der Aufsichtsbehörde auch für die Verwalter von Kollektivvermögen gemäss Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe a eine Voraussetzung für den Handelsregistereintrag dar. Die Pflicht zur Einholung der Bewilligung vor dem Gesuch um einen Eintrag ins Handelsregister obliegt dem Finanzinstitut.

Abs. 3

Verwalter von Kollektivvermögen, die in der Schweiz bereits prudenziell beaufsichtigt werden, müssen keine Bewilligung im Sinne des FINIG einholen, sofern diese Aufsicht derjenigen des FINIG entspricht. So ist ein Vermögensverwalter von Kollektivvermögen, der kantonale Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen muss und einer kantonalen Aufsicht untersteht, die den Anforderungen des FINIG entsprechen, von der Bewilligungspflicht gemäss FINIG befreit. Im Zweifelsfall obliegt es der zuständigen Aufsichtsbehörde, über eine Bewilligungspflicht im Sinne des FINIG zu entscheiden.

Art. 5 Bewilligungskaskade

Diese Regelung verankert auf Gesetzesstufe das in Artikel 13 Absatz 3 KAG festgelegte und in Artikel 8 KKV konkretisierte Kaskadenprinzip für Bewilligungen. Von der Bewilligungskaskade im FINIG nicht erfasst sind die Vertreter gemäss KAG, da die Tätigkeit als Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen eine produktespezifische Tätigkeit darstellt. Deren Regelung verbleibt im KAG.

Neu werden die Banken im Sinne des BankG von der Pflicht zur Einholung einer zusätzlichen Wertpapierhausbewilligung befreit (Abs. 1). Die bewilligte Tätigkeit als Bank ermächtigt zudem zur Tätigkeit als Verwalter von Kollektivvermögen, Vermögensverwalter von Individualvermögen und Trustee.

Die Bewilligung zur Tätigkeit als Fondsleitung fällt nur teilweise in die Bewilligungskaskade. So ermächtigen die Bewilligungen zur Tätigkeit als Bank und Wertpapierhaus nicht auch zur Tätigkeit als Fondsleitung (Abs. 1 und 2). Diese Ausnahme ergibt sich aus der Tatsache, dass die Fondsleitung als Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts errichtet werden muss (Art. 29 Abs. 1) und deren Hauptzweck die Ausübung des Fondsgeschäfts zu sein hat (Art. 29 Abs. 4). Die Geschäftstätigkeit eines Wertpapierhauses oder einer Bank wären deshalb mit der Anforderung an den Hauptzweck der Fondsleitung unvereinbar.

Nur teilweise in die Bewilligungskaskade eingefügt ist auch die Bewilligung für die Tätigkeit als Trustee. Die Tätigkeit als Trustee setzt nebst den Qualifikationen für die – dem Finanzdienstleistungsgesetz unterstellte – typische Vermögensverwaltung zusätzliche spezifische Kenntnisse des anwendbaren ausländischen Rechts voraus, da Trusts stets ausländischem Recht unterstehen. Nur Banken und Wertpapierhäuser, deren Geschäftstätigkeit umfassend ist und die entsprechend umfassenden Bewilligungsvoraussetzungen genügen müssen, sollen deshalb die Tätigkeit als Trustee ohne zusätzliche Bewilligung ausüben dürfen (Abs. 1 und 2). Die anderen, in den Geltungsbereich des FINIG fallenden Finanzinstitute, welche über die spezifischen Kenntnisse zur Ausübung der Tätigkeit als Trustee verfügen, und welche diese

¹¹⁵ SR 954.11

Tätigkeit ausüben wollen, müssen eine entsprechende Bewilligung bei der für sie zuständigen Aufsichtsbehörde einholen.

Das System der Bewilligungskaskade erfasst auch die Zweigniederlassungen und Vertretungen ausländischer Finanzinstitute (Art. 48–56). Diese sind gestützt auf die Bewilligungskaskade jeweils auch zur Tätigkeit als Zweigniederlassung oder Vertretung eines gemäss Regulierungspyramide «unteren» (ausländischen) Finanzinstituts ermächtigt.

Das kaskadenhafte Bewilligungsregime des FINIG befreit nicht von der Einhaltung der Pflichten für die jeweils ausgeübte und bewilligungspflichtige Tätigkeit, sondern lediglich von der formellen Einholung einer zusätzlichen Bewilligung. So befreit die Bewilligung für die Tätigkeit als Bank oder Wertpapierhaus nicht – wie ausgeführt – von der Erfüllung besonderer organisatorischer und fachlicher Voraussetzungen für die Tätigkeit als Trustee gemäss Errichtungsurkunde (vgl. auch Ausführungen zu Art. 16 und 18).

Art. 6 Bewilligungsvoraussetzungen

Wie der Wortlaut in Absatz 1 erklärt, sind im 2. Abschnitt des 1. Kapitels die allgemeinen und für alle dem Gesetz unterstellten Personen zu erfüllenden Bewilligungsanforderungen verankert. Dem erwähnten kaskadenartigen Bewilligungsregime entsprechend, sind zusätzliche Anforderungen jeweils in den entsprechenden Kapiteln des 2. Titels festgelegt. Grundsätzlich hat ein Finanzinstitut die Bewilligungsvoraussetzungen jederzeit zu erfüllen und den Anforderungen während seiner gesamten Geschäftstätigkeit zu genügen. Bewilligungsvoraussetzungen, die aus praktischen Gründen effektiv erst mit der Ausübung der Tätigkeit erfüllt werden können – wie beispielsweise Eigenmittelanforderungen oder Risikokontrolle, deren Anforderungen im Verhältnis zu den verwalteten Vermögenswerten gestellt werden, – muss ein Finanzinstitut zumindest erfüllen können. Eine genaue Trennung der Bewilligungsvoraussetzungen, die bei der Errichtung des Finanzinstituts zu erfüllen sind, und der Anforderungen, denen bei der Ausübung der Geschäftstätigkeit zu genügen ist, ist nicht möglich.

Absatz 1 hält ausdrücklich fest, dass die Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung schafft.

Absatz 2 entspricht inhaltlich Artikel 14 Absatz 1^{ter} KAG. Da, wie das KAG, auch das FINIG als Rahmengesetz konzipiert ist, müssen zusätzliche Bewilligungskriterien in der bundesrätlichen Verordnung konkretisiert werden können, wenn es gilt, international anerkannte Standards rasch umzusetzen. Der Bundesrat soll diese Kompetenz indes nur soweit wahrnehmen, als die Umsetzung anerkannter internationaler Standards notwendig ist. So wird sichergestellt, dass die Schweizer Regulierung im Bereich der Vermögensverwaltung mit der Weiterentwicklung international anerkannter Standards Schritt halten kann und namentlich der Marktzugang gewährleistet ist.

Art. 7 Änderung der Tatsachen

Diese Bestimmung sieht eine Meldepflicht vor, wenn sich die der Bewilligung zugrundeliegenden Tatsachen ändern. Sie übernimmt Artikel 16 KAG und Artikel 10 Absatz 6 BEHG sowie Artikel 29 Absatz 2 FINMAG. In Anlehnung an Artikel 7 FinfraG wird aber neu zwischen einer Melde- und einer Bewilligungs-

pflicht unterschieden. Nur bei wesentlichen Änderungen ist für die Fortführung der Tätigkeit die Bewilligung der Aufsichtsbehörde einzuholen. Vom Finanzinstitut wird in diesen Fällen erwartet, dass sie die Bewilligung der Aufsichtsbehörde so rasch als möglich einholen. Ansonsten reicht eine Meldung an die Aufsichtsbehörde aus.

Der Bundesrat oder die FINMA werden näher bestimmen, welche Änderungen von wesentlicher Bedeutung sind.

Art. 8 Organisation

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich den im BankG, BEHG und KAG enthaltenen Vorschriften über die Organisation und Risikokontrolle. Die Formulierung wurde in Anlehnung an den Wortlaut von Artikel 8 FinfraG präzisiert.

Die Verwendung der Begriffe der Angemessenheit (Abs. 1) und der Wirksamkeit (Abs. 2) weisen darauf hin, dass die Anforderungen an die Organisation des Finanzinstituts den Risiken und der Komplexität der getätigten Geschäfte zu entsprechen haben. Die Bestimmung über die Organisation ist nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit anzuwenden. Die angemessene Organisation muss indes die Erfüllung aller finanzmarktrechtlichen Vorschriften – bspw. auch der Vorschriften des FIDLEG – gewährleisten.

Das interne Kontrollsystem der Finanzinstitute muss den von ihnen eingegangenen Risiken entsprechend wirksam sein (Abs. 2).

Mit der Kompetenzdelegation an den Bundesrat zur Konkretisierung der Mindestanforderungen in Absatz 3 wird gewährleistet, dass dem Kosten-Nutzen-Aspekt unter Berücksichtigung des jeweiligen Geschäftsbereichs und der Risiken kleiner Finanzinstitute gebührend Rechnung getragen werden kann.

Art. 9 Ort der Leitung

Als Teil der Organisationsanforderungen werden die bisherigen Regelungen aus dem Börsenbereich (Art. 21 Abs. 1 BEHV) überführt.

Die Wohnsitzpflicht gemäss Absatz 2 entspricht der bisherigen Regelung im Kollektivanlagenbereich (Art. 12 Abs. 1 KKV) und gilt zudem für die mit der Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BankG). Damit wird auch aufsichtsrechtlich der Zugriff auf die verantwortlichen Personen eines grenzüberschreitend tätigen Finanzinstituts gewährleistet.

Art. 10 Gewähr

Diese Bestimmung übernimmt inhaltlich die im Börsen- und Kollektivanlagenbereich enthaltenen Gewährsanforderungen. Für das Wertpapierhaus als Finanzinstitut war die Gewährspflicht bisher implizit in Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe d BEHG verankert. Neu gilt diese Gewährsanforderung ausdrücklich für alle Finanzinstitute (Abs. 1). Dies entspricht der Bewilligungspraxis der FINMA sowie der Regelung im Finanzmarktinfrastrukturbereich. So bietet ein Finanzinstitut, dessen Verwaltungsrat als Gremium so zerstritten ist, dass er seine Aufgaben nicht mehr wahrnehmen kann, keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, auch wenn jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied persönlich die Gewährspflicht erfüllen würde. Im Kol-

lektivanlagenbereich wird die Gewährspflicht für die Bewilligungsträger in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a KAG aufgenommen.

Auch die fachlichen Qualifikationen gemäss Absatz 2 wurden im Börsen- und Kollektivanlagenbereich bereits ausdrücklich vorausgesetzt (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BEHG, 14 Abs. 1 Bst. a KAG). Mit Artikel 9 Absatz 1 FinfraG wurden sie auch für Finanzmarktinfrastrukturen eingeführt. Sie sind grundsätzlich in der allgemeinen Gewährspflicht enthalten. Hingegen sind – ebenfalls gemäss Bewilligungspraxis der FINMA – nicht sämtliche fachlichen Qualifikationsanforderungen von jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsführung zu erfüllen. Fachliche Qualifikationen sind jeweils von einer einzelnen Person entsprechend ihrer Funktion und Verantwortung und insgesamt vom jeweiligen Gremium als Ganzes vorausgesetzt.

Mit der Regelung in den Absätzen 3–5 wird sichergestellt, dass die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht durch die Einflussnahme qualifizierter Teilnehmer gefährdet wird, selbst wenn die Personen nach den Absätzen 1 und 2 ihre Gewährspflicht erfüllen. Sie entspricht den Regelungen im BankG, KAG und FinfraG.

Mit der Pflicht des Finanzinstituts nach Absatz 6, die Personen, die qualifizierte Beteiligungen erwerben oder veräussern oder mit der Vergrößerung oder Verkleinerung ihrer Beteiligung einen der genannten Schwellenwerte berühren, der Aufsichtsbehörde zu melden, wird die Erfüllung der Meldepflicht gemäss Absatz 5 zusätzlich gesichert.

Art. 11 Öffentliches Angebot von Effekten auf dem Primärmarkt

Diese Bestimmung übernimmt inhaltlich die im börsenrechtlichen Bereich (Art. 2 Bst. d BEHG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 und 3 BEHV) bestehende Bewilligungspflicht für Wertpapierhäuser, die als Emissions- und Derivathäuser auf dem Primärmarkt tätig sind, deren eigenständiger Status aber abgeschafft wird (vgl. hierzu die Ausführungen zu Artikel 40).

Art. 12 Schutz vor Verwechslung und Täuschung

Diese Bestimmung entspricht materiell der in Artikel 12 KAG, in Artikel 10 Absatz 7 BEHG sowie in Artikel 16 FinfraG verankerten Regelung. Absatz 2 entspricht – zugeschnitten auf Finanzinstitute – der für Banken geltenden Vorschrift von Artikel 1 Absatz 4 BankG.

Art. 13 Übertragung von Aufgaben

Die Übertragung von Aufgaben setzt vorab voraus, dass die Beauftragten einerseits über die erforderlichen fachlichen Qualifikationen und andererseits über die für die übertragenen Aufgaben notwendigen Bewilligungen verfügen (Abs. 1).

Die dem Kollektivanlagenbereich entnommene Regelung bei der Aufgabendelegation für Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen und Fondsleitungen (Art. 18b und 31 KAG) wird im Vermögensverwaltungsbereich nunmehr für alle Finanzinstitute einheitlich geregelt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass insbesondere die Übertragung von Aufgaben im Kollektivanlagenbereich bereits im Rahmen der letzten Teilrevision des KAG den strengeren Anforderungen der Regu-

lierung auf EU-Ebene angeglichen wurde, um den Äquivalenzanforderungen zu genügen¹¹⁶.

Die Aufsichtsbehörde kann verlangen, dass Aufgaben an Personen im Ausland nur übertragen werden dürfen, wenn zwischen der FINMA und der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde eine Kooperations- und Informationsvereinbarung abgeschlossen wurde (Abs. 2). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn das ausländische Recht den Abschluss einer solchen Vereinbarung verlangt.

Die Regelung der Aufgabenübertragung beim Verwalter von Kollektivvermögen und bei der Fondsleitung wird in den besonderen Bestimmungen geregelt (vgl. Art. 23 Abs. 2). Für die Fondsleitung behalten die vom KAG ins FINIG übertragenen besonderen Vorschriften ihre Gültigkeit (Art. 31). Der in Artikel 31 Absatz 6 KAG verankerte strengere Haftungsmassstab wird in die Bestimmung über die Verantwortlichkeit im 4. Titel (Art. 64 Abs. 3) überführt.

Art. 14 Auslandgeschäft

Diese Meldepflicht ist den Artikeln 18 Absatz 5 BEHV und 24 Absatz 2 KKV entnommen und wird nunmehr für alle Finanzinstitute einheitlich auf Gesetzesstufe verankert. Für den Bankenbereich gilt Artikel 20 BankV. Die Meldepflicht ermöglicht es der Aufsichtsbehörde einerseits, die konsolidierte Aufsicht wahrzunehmen, und andererseits, die Reputationsrisiken eines Finanzinstituts zu eruieren und zu kontrollieren. Sie entspricht der Meldepflicht beim Erwerb oder bei der Veräusserung einer qualifizierten Beteiligung an einem Finanzinstitut (Art. 10 Abs. 5), welche im Rahmen der Gewährspflicht gefordert wird. In Artikel 14 FinfraG ist eine analoge Regelung vorgesehen.

Art. 15 Ombudsstelle

Wie die übrigen Finanzdienstleister müssen sich auch die Finanzinstitute einer Ombudsstelle anschliessen. Mit der allgemeinen Pflicht, sich einer Ombudsstelle anzuschliessen, werden nicht nur Streitigkeiten, die Finanzdienstleistungen im Sinne des FIDLEG zum Gegenstand haben, sondern auch Ansprüche aus weiteren Dienstleistungen im Finanzmarkt erfasst.

2. Kapitel: Finanzinstitute

Die Bewilligungsträger werden jeweils über ihre typische, allgemeine Geschäftstätigkeit definiert. Die für die bisher regulierten Bewilligungsträger geltenden Bestimmungen wurden grundsätzlich materiell unverändert aus den entsprechenden Erlassen (KAG und BEHG) in das FINIG übernommen.

¹¹⁶ Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen zu den Artikel 18*b* und 31 KAG in der Botschaft über die Änderung des Kollektivanlagengesetzes vom 2. März 2012 (BBl 2012 3669, 3672)

1. Abschnitt: Vermögensverwalter und Trustees

Art. 16 Begriffe

Der Vermögensverwalter im Sinne des FINIG (Abs. 1) ist typischerweise im Rahmen individueller Aufträge tätig. Im Gegensatz zum Anlageberater, der gemäss FIDLEG als Kundenberater nur – aber immerhin – einer Aus- und Weiterbildungspflicht untersteht, ist der Vermögensverwalter bevollmächtigt und auch faktisch in der Lage, selbstständig über die Anlage des Kundenvermögens zu verfügen¹¹⁷. Massgeblich sind die Gewerbmässigkeit und die Ausübung der Tätigkeit im Namen und für Rechnung der Anlegerinnen und Anleger¹¹⁸.

In Analogie zum FIDLEG umfasst die Verwaltung von Vermögenswerten auch deren Anlage. Soweit notwendig werden die Begriffe, welche den Vermögensverwalter definieren, auf Verordnungsstufe konkretisiert.

Vermögensverwalter, die über ihr eigenes Konto oder Depot für ihre Kunden Effekten kaufen oder verkaufen, fallen unter die Bestimmungen für Wertpapierhäuser und benötigen eine entsprechende Bewilligung¹¹⁹.

Die Definition des Trustee (Abs. 2) stützt sich auf die Umschreibung seiner Pflichten im Haager Übereinkommen (Art. 2, Abs. 2, Bst. c, Haager Übereinkommen). Der Verweis auf das Haager Übereinkommen soll zudem die Ausdehnung des Geltungsbereichs auf Personen verhindern, die beispielsweise als Treuhänder Unternehmen gründen und verwalten können, nicht aber das Geschäft der Vermögensverwaltung im Sinne des FIDLEG und FINIG tätigen. Die Vermögenswerte des Trusts stehen im Eigentum des Trustees. Er darf diese allerdings nicht mit seinem eigenen Vermögen vermischen. Da er sodann das Trustvermögen zugunsten der Begünstigten oder des besonderen Zwecks des Trusts zu verwenden hat und verpflichtet ist, über seine Vermögensverwaltung Rechenschaft abzulegen, kann seine Vermögensverwaltung nur beschränkt als «Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung» verstanden werden.

Art. 17 Rechtsform

Den Vermögensverwaltern stehen die Rechtsformen des Einzelunternehmens sowie der Handelsgesellschaften und der Genossenschaft nach der 3. Abteilung des OR offen, die für die Ausübung der Vermögensverwaltung geeignet sind. Vermögensverwalter können somit auch natürliche Personen sein. Sie müssen sich aber stets im Handelsregister eintragen lassen.

Art. 18 Aufgaben

Die Aufgabenliste des Vermögensverwalters (Abs. 1 und 3) führt die wesentlichen und typischen Aufgaben des Vermögensverwalters nur exemplifikativ auf. Massgeblich ist, dass dieser die Vermögensverwaltung im Rahmen individueller Mandate gemäss Artikel 16 Absatz 1 ausübt. Im Gegensatz zum Verwalter von Kollektivvermögen (Art. 20) werden demnach Portfolios auf individueller Basis und nicht zur

¹¹⁷ Vgl. hierzu auch der Bericht des EFD zum Finanzdienstleistungsgesetz vom 18. Februar 2013, Ziff. 5.1 und 8.

¹¹⁸ Vgl. oben Ausführungen zu Art. 2 Abs. 1 und FINMA-RS 2008/5 Effektenhändler.

¹¹⁹ FINMA-RS 2008/5 Effektenhändler, Rz 52.

gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebrachte Vermögen oder Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen verwaltet.

Die Aufgaben des Trustees (Abs. 2 und 3) sind wiederum den Bestimmungen des Haager Übereinkommens entnommen (Art. 2, 2. Abs.). Für den Trustee gelten bei der Ausübung seiner Funktion – nebst den Anforderungen des FINIG für Vermögensverwalter – auch die Trustbestimmungen und die besonderen Verpflichtungen, die ihm das auf den Trust anwendbare Recht auferlegt. Gestützt auf die in Artikel 10 verankerten Gewährspflichten setzt dies implizit voraus, dass der Trustee über die entsprechenden Fachkenntnisse verfügt und so organisiert ist, dass die Erfüllung seiner spezifischen Funktionen gewährleistet ist. Auch wenn das Trustvermögen in sein Eigentum übergeht, darf er hierüber nur im Sinne der Trusturkunde verfügen. Allenfalls muss über organisatorische Massnahmen die Vermischung des Trustvermögens mit dem Vermögen des als Trustee handelnden Finanzdienstleisters verhindert werden. Beispielsweise müssen Banken, die Trustee-Funktionen erfüllen, diese in einer separaten Rechtseinheit führen, um eine Vermischung von Trustvermögen mit bankeigenen Vermögenswerten zu verhindern. Würde eine Bank sowohl als Trustee wie auch als Bank für den Trust agieren, so würde es sich um eine Art «Nostro-Konto» handeln. Der Trustee untersteht besonderen Sorgfaltspflichten und hat über die Verwaltung des Trusts Rechenschaft abzulegen. Zwar handelt er als Eigentümer des Sondervermögens formell in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Seine Eigentümerrechte sind indes durch die Pflicht zur zweckgebundenen Verwendung des Sondervermögens sowie durch die besonderen Sorgfalts- und Rechenschaftspflichten massgeblich eingeschränkt.

Art. 19 Sicherheiten

Vermögensverwalter und Trustees im Sinne von Artikel 16 müssen – wie alle anderen Finanzinstitute – über angemessene finanzielle Garantien verfügen. Da diese Vermögensverwalter auch natürliche Personen sein können, wird der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung anderen finanziellen Garantien gleichgestellt. Dem Bundesrat wird die Kompetenz eingeräumt, die finanziellen Anforderungen auf Verordnungsstufe zu regeln. Auch diese Anforderungen sind – dem Wortlaut entsprechend – nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu konkretisieren.

2. Abschnitt: Verwalter von Kollektivvermögen

Art. 20 Begriff

Abs. 1

Zu den Verwaltern von Kollektivvermögen werden zunächst Personen gezählt, die kollektive Kapitalanlagen verwalten (Bst. a). Dabei handelt es sich typischerweise um Vermögenswerte, die im Sinne von Artikel 7 KAG von Anlegerinnen und Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und fremdverwaltet werden.

Neu werden auch Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen den erhöhten Anforderungen für Verwalter von Kollektivvermögen unterstellt (Bst. b). Bei Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen handelt es sich um zwangsweise gesparte Gelder, die der Vorsorge einer Vielzahl von Anlegerinnen und Anlegern dienen. In Anlehnung an das System der Fremdverwaltung bei den kollektiven Kapitalanlagen

rechtfertigt dieser Umstand, Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen grundsätzlich den erhöhten Anforderungen für Verwalter von Kollektivvermögen zu unterstellen.

Die Unterstellung der Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen unter das FINIG und deren aufsichtsrechtliche Gleichstellung mit den Vermögensverwaltern kollektiver Kapitalanlagen entspricht zudem dem vom Parlament bereits im Rahmen der Revision des KAG geäußerten Willen. Da die Vorsorgeeinrichtungen indes gemäss Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a KAG ausdrücklich nicht in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fallen, wäre eine Unterstellung der Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen unter das KAG wesensfremd.

Dabei ist zu beachten, dass sich die prudenzielle Beaufsichtigung qualifizierter Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen des FINIG allein auf deren Vermögensverwaltungstätigkeit beschränkt. Für die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen und die Einhaltung der vorsorgerechtlichen Anlagevorschriften durch diese bleiben die kantonalen Aufsichtsbehörden und die Obergerichtskommission zuständig.

Abs. 2

Dieser Absatz übernimmt die in Anlehnung an die europäische AIFM-Richtlinie (AIFMD)¹²⁰ im Rahmen der Revision des KAG eingeführte *de minimis*-Regel von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe h Ziffern 1 und 2 KAG, der dort aufgehoben wird. Damit wird auch die in Artikel 2 Absatz 2^{bis} KAG vorgesehene Regelung hinfällig, welche für die Verwalter von Kollektivvermögen unter gewissen Voraussetzungen eine freiwillige Unterstellung unter das KAG vorsah. Die Ausnahmeregelung für Konzerngesellschaften gemäss Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe h Ziffer 3 KAG fällt neu unter Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a FINIG.

Verwalter von Kollektivvermögen im Sinne von Absatz 1 Buchstabe a, die kleinere Volumina verwalten, fallen entsprechend dem Gesetzeszweck nicht mehr aus dem Geltungsbereich des Gesetzes, wie das KAG dies noch vorsah. Sie unterstehen dem FINIG weiterhin, aber unter den weniger strengen Anforderungen für Vermögensverwalter im Sinne der Artikel 16 ff. Die Ausnahmeregelung gemäss Absatz 2 Buchstabe a Ziffer 2 gilt neu nicht mehr nur für Dachfonds (vgl. bisheriger Art. 2 Abs. 2 Bst. h KAG). Diese Korrektur erfolgt, nachdem festgestellt worden war, dass die Formulierung in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b AIFMD die Ausnahmeregelung irrtümlicherweise auf Dachfonds beschränkte. In Anlehnung an die Umsetzung der AIFMD in Deutschland und Luxemburg, welche diese Einschränkung nicht übernahmen, wird die Ausnahmeregelung vorliegend ebenfalls auf nicht hebelfinanzierte kollektive Kapitalanlagen ausgedehnt, deren verwaltete Vermögenswerte höchstens 500 Millionen Franken betragen.

Für die Verwalter von Kollektivvermögen im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b, die Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen verwalten, soll eine angepasste *de minimis*-Regel gelten. Unter diese Ausnahmeregel fallen Verwalter von Kollektivvermögen, wenn die von ihnen verwalteten Vermögenswerte von Vorsorgeeinrichtungen insge-

¹²⁰ 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, ABl. Nr. 174 vom 1.7.2011, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349.

samt den Schwellenwert von 100 Millionen Franken nicht übersteigen, unabhängig davon, ob es sich um Vermögenswerte mit Hebelwirkung handelt oder nicht. Kumulativ zu dieser Voraussetzung dürfen diese Verwalter von Kollektivvermögen jeweils höchstens 20 Prozent der Vermögenswerte einer einzelnen Vorsorgeeinrichtung verwalten (Bst. b). Damit wird die quantitative Voraussetzung für eine Bewilligungserleichterung mit einer qualitativen Voraussetzung ergänzt. Diese Regelung verhindert zum Schutz der Vorsorgeeinrichtung selbst und deren Versicherten, dass eine grössere Vorsorgeeinrichtung die Verwaltung eines Grossteils oder ihres gesamten Portfolios einem einzelnen Vermögensverwalter übergibt, der geringeren Bewilligungsanforderungen zu genügen hat.

Abs. 3

Verwalter von Kollektivvermögen, die gestützt auf Absatz 2 als Vermögensverwalter beaufsichtigt werden, sollen eine Bewilligung als Verwalter von Kollektivvermögen beantragen können, wenn sie nach dem Recht des Staates, in dem sie kollektive Kapitalanlagen bilden oder anbieten oder in dem die Vorsorgeeinrichtung geführt wird, – unabhängig vom Wert der verwalteten Vermögenswerte – einer prudenziellen Aufsicht als Verwalter von Kollektivvermögen unterstellt sein müssen. Diese Bestimmung führt die mit der letzten Revision des KAG aufgehobene freiwillige Unterstellung für Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen wieder ein. Nachdem auch diese Kategorie von Vermögensverwaltern kollektiver Kapitalanlagen einer Bewilligungspflicht unterstellt worden war, wurde diese Bestimmung hinfällig. Mit der neuen Kategorisierung im Bereich der Vermögensverwaltung erscheint diese Regelung wieder notwendig. Der Nachweis über die Voraussetzungen und das Verfahren werden auf Verordnungsstufe geregelt.

Art. 21 Rechtsform

Diese Bestimmung übernimmt die Regelung von Artikel 18 Absatz 1 KAG. Im Gegensatz zu den Vermögensverwaltern und Trustees nach Artikel 16 wird die Rechtsform der Verwalter von Kollektivvermögen – und somit neu auch der Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen – auf die juristischen Personen (mit Ausnahme der Genossenschaft) und die Personengesellschaften des Obligationenrechts eingeschränkt.

Die Bewilligungsvoraussetzungen für schweizerische Zweigniederlassungen und Vertretungen ausländischer Verwalter von Kollektivvermögen werden für alle ausländischen Finanzinstitute einheitlich in den Artikeln 48–56 geregelt.

Art. 22 Aufgaben

Die Bestimmung entspricht dem Artikel 18a KAG und gilt neu auch für Verwalter von Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen. Absatz 1 führt die für den Verwalter von Kollektivvermögen typischen Aufgaben auf.

Der Verwalter von Kollektivvermögen darf weiterhin das Fondsgeschäft für ausländische kollektive Kapitalanlagen ausüben. Verlangt das ausländische Recht eine Kooperationsvereinbarung zwischen der hiesigen und der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde, so muss eine solche Vereinbarung abgeschlossen worden sein (Abs. 2). Dem Wortlaut von Absatz 2 entsprechend ist die Aufgabenliste nicht abschliessend. Da die Bewilligung für die Tätigkeit als Verwalter von Kollektivvermögen von der Bewilligungspflicht für die Tätigkeit als Vermögensverwalter nach

Artikel 16 Absatz 1 befreit (vgl. Art. 5), kann die Tätigkeit des Verwalters von Kollektivvermögen auch diejenige des Vermögensverwalters beinhalten.

Art. 23 Übertragung von Aufgaben

Absatz 1 entspricht dem bisherigen Artikel 18*b* Absatz 1 KAG und gilt für die Verwalter von Kollektivvermögen ergänzend zu den allgemeinen Bestimmungen über die Aufgabendelegation gemäss Artikel 13.

Wie bereits ausgeführt (vgl. Erläuterungen zu Art. 20 Abs. 1) wird der Verwalter von Kollektivvermögen, der Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen verwaltet, nur für die Vermögensverwaltung prudenziell beaufsichtigt. Für die Einhaltung der vorsorgerechtlichen Anlagevorschriften bleibt dagegen die Vorsorgeeinrichtung verantwortlich, welche die Vermögensverwaltung delegiert (Abs. 2). Diese wird auch weiterhin von den für die Vorsorgeeinrichtungen zuständigen Aufsichtsbehörden überwacht.

Art. 24 Mindestkapital und Sicherheiten

Die bisher im KAG für Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen gestützt auf die allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen geforderten finanziellen Garantien (Art. 14 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 13 Abs. 2 Bst. f KAG) werden für die Verwalter von Kollektivvermögen neu ausdrücklich verankert. Grundsätzlich wird vom Verwalter von Kollektivvermögen – unabhängig von seiner Rechtsform – verlangt, dass er über das (vom Bundesrat festzulegende) voll einbezahlte Mindestkapital verfügt (Abs. 1). Die bis anhin der FINMA auf Verordnungsstufe eingeräumte Kompetenz, Verwaltern von Kollektivvermögen in der Rechtsform einer Personengesellschaft zu gestatten, anstelle des Mindestkapitals eine Sicherheit zu hinterlegen (vgl. Art. 19 Abs. 3 KKV), wird auf Gesetzesstufe verankert (Abs. 2).

Da für die Mindestkapitalvorschriften nicht auf die Vorschriften des OR verwiesen wird, verfügt der Bundesrat im Rahmen seines Auftrags implizit über die Kompetenz, auch über die obligationenrechtlichen Eigenkapitalanforderungen hinaus zu gehen. Der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung kann wie bis anhin (Art. 14 Abs. 1^{ter} KAG) zusätzlich zur Erfüllung der Anforderungen an Mindestkapital oder Sicherheiten gefordert werden (Abs. 3).

Art. 25 Eigenmittel

Wie die Anforderungen an Mindestkapital und finanzielle Sicherheiten wird auch die Pflicht, über angemessene Eigenmittel zu verfügen, für alle Bewilligungsträger auf Gesetzesstufe verankert. Die Konkretisierung erfolgt auf Verordnungsstufe. Dabei müssen die Eigenmittelanforderungen der Geschäftstätigkeit (Bereich, Volumen etc.) und den damit verbundenen Risiken für die Verwalter von Kollektivvermögen Rechnung tragen.

Art. 26 Gruppen- und Konglomeratsaufsicht

Absatz 1 übernimmt Artikel 18 Absatz 2 KAG. Die Umschreibung der Finanzgruppe (Abs. 2) und des Finanzkonglomerats (Abs. 3) entspricht formell derjenigen der Bankengesetzgebung (Art. 3*c* BankG).

Art. 27 Wechsel des Verwalters von Kollektivvermögen

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Artikel 18c KAG. Mit der Meldung wird die zuständige Aufsichtsbehörde darüber in Kenntnis gesetzt, dass ein Verwalter von Kollektivvermögen von seinen Pflichten im Verhältnis zu einer kollektiven Kapitalanlage oder zu einer Vorsorgeeinrichtung befreit wird. Im Gegensatz zum Wechsel der Fondsleitung (Art. 35) oder der Depotbank von kollektiven Kapitalanlagen (Art. 74 KAG) erfolgt beim Wechsel des Verwalters von Kollektivvermögen keine Publikation an die Anlegerinnen und Anleger, da dessen Wechsel nicht zur Auflösung der kollektiven Kapitalanlage führt. Da Vorsorgeeinrichtungen indes nicht durch die FINMA beaufsichtigt werden, muss der Wechsel des Vermögensverwalters an die für die kollektive Kapitalanlage oder für die Vorsorgeeinrichtung zuständige Aufsichtsbehörde gemeldet werden. Die Formulierung wird entsprechend angepasst.

3. Abschnitt: Fondsleitungen

Fondsleitungen erbringen eine qualifizierte Form der Vermögensverwaltung. Sie verwalten im eigenen Namen und für Rechnung der kollektiven Kapitalanlagen deren Kollektivvermögen. Sie können aber auch als Vermögensverwalter im fremden Namen handeln. Aus diesem Grund ist es sachgerecht, auch die Regelung von Fondsleitungen ins FINIG zu überführen.

Mit der Überführung der Regulierung der Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen und der Fondsleitungen ins FINIG bleibt das KAG als produktespezifisches Gesetz bestehen und regelt weiterhin die vertragsrechtlich und gesellschaftsrechtlich organisierten kollektiven Kapitalanlagen. Im Gegensatz zum Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen und zur Fondsleitung sind die gesellschaftsrechtlich organisierten kollektiven Kapitalanlagen in der Form der SICAV (Art. 36 ff. KAG), der KGK (Art. 98 ff. KAG) und der SICAF (Art. 110 ff. KAG) nicht nur Gefäss und Vermögensverwalter für das Finanzprodukt, sondern selber auch Finanzprodukt. Sie sind deshalb zugleich Bewilligungsträger gemäss Artikel 13 KAG, unterstehen als Finanzprodukt gleichzeitig aber auch der Genehmigungspflicht gemäss Artikel 15 KAG. Ihre Struktur passt deshalb nicht in das System des FINIG als Regelwerk für Finanzinstitute, die das Geschäft der Vermögensverwaltung ausüben.

Art. 28 Begriff

Der Begriff der Fondsleitung entspricht Artikel 30 Absatz 1 KAG (1. Satz). Da die Verwaltung des Anlagefonds stets zum Hauptzweck der Fondsleitung gehört, ist die Gewerbmässigkeit in ihrer Begriffsdefinition überflüssig.

Art. 29 Rechtsform und Organisation

Diese Bestimmung übernimmt inhaltlich die Absätze 1, 3 und 5 von Artikel 28 KAG sowie den ersten Satz von Artikel 29 Absatz 1 KAG. Da die Fondsleitung zwingend als schweizerische Aktiengesellschaft errichtet werden muss und der primäre Gesellschaftszweck einer Fondsleitung von Gesetzes wegen auf die Ausübung des Fondsgeschäfts eingeschränkt ist, kann eine Bewilligung für die Banktätigkeit nicht von der Bewilligungspflicht für die Tätigkeit als Fondsleitung befreien. Die Tätigkeiten,

welche die Hauptverwaltung beinhalten, werden auf Verordnungsstufe (Art. 42 KKV) festgelegt.

Art. 30 Aufgaben

In diesem Artikel werden die hauptsächlichen Dienstleistungen aufgeführt, welche die Fondsleitung erbringt. Hierzu wird explizit das von einer (fremdverwalteten) SICAV delegierte Administrationsmandat aufgeführt (Bst. b; Art. 36 Abs. 3 KAG). Bei der Ausübung des Fondsgeschäfts hat die Fondsleitung die Vorschriften über die kollektiven Kapitalanlagen (namentlich Art. 25–27 sowie 53–71 KAG) zu beachten.

Die derzeit in Artikel 30 KAG detailliert aufgeführten Aufgaben der Fondsleitung werden auf Verordnungsstufe geregelt.

Art. 31 Übertragung von Aufgaben

Absatz 1 übernimmt inhaltlich die Regelung von Artikel 31 Absatz 1 KAG. Der bisher nur implizite Ausschluss einer Delegation der Leitung des Anlagefonds wird nunmehr ausdrücklich festgehalten. Die bisher in den Absätzen 2 und 3 von Artikel 31 KAG verankerten Voraussetzungen für eine Aufgabenübertragung werden in den allgemeinen Bestimmungen des FINIG verankert (Art. 13), da sie für alle Finanzinstitute gelten. Absatz 2 entspricht Artikel 31 Absatz 5 KAG. Das Verbot der Rückübertragung der Anlageentscheide an die Depotbank ist auf sämtliche kollektiven Kapitalanlagen anwendbar, welche in der EU aufgrund eines Abkommens erleichtert vertrieben werden sollen. Damit soll die Marktfähigkeit von im EU-Raum zugelassenen kollektiven Kapitalanlagen erhalten bleiben und sollen Interessenskonflikte zwischen der Fondsleitung und dem Beauftragten, namentlich der Depotbank vermieden werden. Dies entspricht internationalen Standards. Zudem müssen gemäss Artikel 53 KAG Effektenfonds dem Recht der EU entsprechen. Auch sind der Bundesrat und die FINMA gemäss Artikel 152 Absatz 2 KAG verpflichtet, beim Erlass von Verordnungsrecht die Anforderungen des Rechts der EU zu beachten.

Die für die Fondsleitung geltenden besonderen Haftungsbedingungen bei der Übertragung von Aufgaben werden neu im 4. Titel geregelt.

Art. 32 Mindestkapital

Diese Bestimmung verankert die bis anhin in Artikel 43 KKV festgelegten Kapitalanforderungen nunmehr dem Grundsatz nach auf Gesetzesstufe. Wie bei den Verwaltern von Kollektivvermögen muss auch bei den Fondsleitungen das Mindestkapital vollständig liberriert werden. Die Einzelheiten werden weiterhin auf Verordnungsstufe geregelt (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 24).

Art. 33–36

Diese Bestimmungen übernehmen grundsätzlich unverändert die Artikel 32–35 KAG über die Eigenmittel, die Rechte, den Wechsel der Fondsleitung sowie über die Absonderung des Fondsvermögens im Konkurs der Fondsleitung. In Artikel 33 Absatz 3 wird der bisherige Begriff der nahestehenden Personen an die Formulierung von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a angeglichen. Materiell ändert sich am Verständnis der nahestehenden Personen im Kollektivanlagenbereich indes nichts.

4. Abschnitt: Wertpapierhäuser

Das BEHG wird zum Grossteil ins neue FinfraG überführt und auf die Bestimmungen zum Effektenhändler reduziert. Die Hauptkategorie der Effektenhändler bilden die sogenannten Kundenhändler. Diese üben wie die Fondsleitungen im Wesentlichen eine qualifizierte Form der Vermögensverwaltung aus, indem sie im eigenen Namen für Rechnung der Kundin oder des Kunden handeln können. Es erscheint daher angezeigt, die Kundenhändler inklusive der übrigen Kategorien der Effektenhändler neu im FINIG zu regeln und damit das BEHG vollständig aufzuheben. Gleichzeitig ist auch die irreführende Bezeichnung «Effektenhändler» durch die Bezeichnung «Wertpapierhaus» zu ersetzen.

Art. 37 Begriff

Buchstabe a erfasst die bisherige Effektenhändlerkategorie des Kundenhändlers und entspricht inhaltlich Artikel 3 Absatz 5 (Einleitungssatz) BEHV. Wer gewerbsmässig in eigenem Namen und für Rechnung der Kundinnen und Kunden Effekten handelt, muss begriffsinhärent Abwicklungskonten führen und Effekten der Kundinnen und Kunden bei sich oder in eigenem Namen bei Dritten aufbewahren können. Diese heute in Artikel 3 Absatz 5 Buchstaben a und b BEHV erwähnten Tätigkeiten bilden daher nicht mehr Teil der Begriffsdefinition, sondern werden neu im Aufgabekatalog des Wertpapierhauses aufgeführt (vgl. Art. 40).

Buchstabe b regelt die bisherige Effektenhändlerkategorie des Eigenhändlers (vgl. Art. 3 Abs. 1 BEHV). Dieser benötigt wie nach bisherigem Recht (vgl. Rz 23 FINMA-RS 2008/5 Effektenhändler) nur dann eine Bewilligung, wenn er die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes gefährden könnte oder als Mitglied eines Handelsplatzes tätig ist.

Buchstabe c erfasst die bisherige Effektenhändlerkategorie des Market Makers und entspricht Artikel 3 Absatz 4 BEHV.

Die heute in Artikel 3 Absätze 2 und 3 BEHV geregelten Effektenhändlerkategorien des Emissionshauses und des Derivathauses haben in der Praxis keine eigenständige Bedeutung erlangt. Ihre gesetzlich umschriebenen Tätigkeitsfelder werden von Banken oder Kundenhändlern wahrgenommen. Es rechtfertigt sich daher nicht, für sie einen eigenen Bewilligungsstatus aufrechtzuerhalten. Ihre Tätigkeiten werden vielmehr den Banken und den Wertpapierhäusern vorbehalten (vgl. Art. 11 und Art. 40 Abs. 1 Bst. c und d).

Art. 38 Rechtsform

Aus Gründen der Rechtssicherheit wird neu ausdrücklich festgelegt, dass ein Wertpapierhaus mit Sitz in der Schweiz die Rechtsform einer Handelsgesellschaft aufweisen muss. Gemäss der 3. Abteilung des OR umfasst die Handelsgesellschaft die Rechtsformen der Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft), der Aktiengesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft sowie der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die übrigen Rechtsformen sind grundsätzlich nicht geeignet, die Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Pflichten eines Wertpapierhauses sicherzustellen. Insbesondere kommt die Rechtsform der Genossenschaft für ein Wertpapierhaus nicht in Frage, da es im Gegensatz zur Bank das Zinsdifferenzgeschäft nicht betreiben darf (vgl. Art. 40 Abs. 3) und folglich der typisch genossenschaftliche Aspekt

des Zusammenschlusses zwecks gemeinsamer Selbsthilfe gar nicht zum Tragen kommen kann.

Art. 39 Ausländisch beherrschte Wertpapierhäuser

Aus Gründen der Einheitlichkeit und der Kohärenz wird die ausländische Beherrschung für Wertpapierhäuser nicht mehr separat geregelt (vgl. Art. 37 BEHG und Art. 56 BEHV), sondern es wird auf die entsprechenden Bestimmungen des BankG (Art. 3^{bis}-3^{quater}) verwiesen. Die Regelung entspricht dabei grundsätzlich geltendem Recht. Einzig die Artikel 3^{bis} Absatz 1 Buchstabe b, Artikel 3^{ter} Absatz 2 und Artikel 3^{quater} BankG waren bis anhin im Börsenbereich nicht explizit geregelt.

Art. 40 Aufgaben

Abs. 1

Wie für die übrigen Bewilligungsträger, werden für das Wertpapierhaus die charakteristischen Aufgaben sowie die Rechte und Pflichten umschrieben. Die in den Buchstaben a und b umschriebenen Rechte, Abwicklungskonten zu führen und Effekten der Kundinnen und Kunden bei sich oder in eigenem Namen bei Dritten aufzubewahren, sind bereits heute in Artikel 3 Absatz 5 Buchstaben a und b BEHV enthalten und ergeben sich aus der Begriffsdefinition des Wertpapierhauses (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 37 Bst. a). Abwicklungskonten dürfen dabei – im Gegensatz zu einer Bank – nur zum Zweck des gewerbmässigen Handels mit Effekten auf fremde Rechnung geführt werden (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Erläuterungen zu den Abs. 2–4). Die Aufbewahrung von Effekten ist eine typische Tätigkeit von Wertpapierhäusern. Sie kann jedoch auch von anderen Finanzdienstleistern wahrgenommen werden.

Die Buchstaben c und d umschreiben die bisherigen Tätigkeitsgebiete der Effekthändlerkategorien des Emissionshauses und des Derivathauses, welche über keinen eigenen Bewilligungsstatus mehr verfügen (vgl. diesbezüglich die Erläuterungen zu Art. 37).

Neben den genannten Tätigkeiten kann das Wertpapierhaus auch alle Tätigkeiten eines Vermögensverwalters oder eines Verwalters von Kollektivvermögen ausüben (vgl. Art. 5 Abs. 2).

Abs. 2–4

Die Tätigkeit des Wertpapierhauses impliziert, dass es Publikumseinlagen entgegennehmen können muss. Dies ist materiell bereits nach geltendem Recht der Fall. So wird die Entgegennahme von Publikumseinlagen zwar den Banken vorbehalten (Art. 1 Abs. 2 BankG), gleichzeitig werden jedoch Habensaldi auf Kundenkonti von Effekthändlern, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, von den Publikumseinlagen ausgenommen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV).

Die vorliegende Regelung entspricht damit materiell grundsätzlich geltendem Recht. Einzig das heute geltende faktische Zinsverbot wird nicht weitergeführt. Es erscheint nicht sachgerecht, dass ein Wertpapierhaus am Kapitalmarkt erzielte Renditen nicht an die Anlegerinnen und Anleger weitergeben kann. Im Gegenzug wird dem Bun-

desrat jedoch die Kompetenz eingeräumt, zum Schutz der Kundinnen und Kunden Vorschriften über die Verwendung von Publikumseinlagen zu erlassen.

Art. 41 Mindestkapital und Sicherheiten

Die Bestimmung entspricht materiell Artikel 10 Absätze 2 und 3 BEHG, wurde in Angleichung an die Regelung beim Verwalter von Kollektivvermögen jedoch sprachlich leicht angepasst.

Art. 42 Eigenmittel, Liquidität und Risikoverteilung

Die Bestimmung übernimmt die Artikel 12 und 13 BEHG sowie Artikel 29 Absatz 2 BEHV in sprachlich leicht angepasster Form. Neu werden auch für Wertpapierhäuser von Gesetzes wegen Anforderungen an die Liquidität gestellt. Bis anhin hielten die Effektenhändler gewisse Vorgaben der Liquiditätsverordnung vom 30. November 2012¹²¹ (LiqV) teilweise freiwillig ein. Die vorliegende analoge Regelung wie im BankG soll nicht bedeuten, dass Wertpapierhäuser zukünftig denselben Liquiditätsanforderungen zu genügen haben wie Banken. Vielmehr soll auf Verordnungsstufe den unterschiedlichen Geschäftsfeldern und den damit einhergehenden Risiken von Wertpapierhäusern und Banken angemessen Rechnung getragen werden (vgl. auch Abs. 3).

Art. 43 Zusätzliches Kapital

Die in den Artikeln 11–13 BankG für Banken enthaltenen Rechte zur Aufnahme von zusätzlichem Kapital werden neu ausdrücklich auch den Wertpapierhäusern zugestanden.

Art. 44 Rechnungslegung

Die Bestimmung entspricht Artikel 16 Absatz 1 BEHG. Gemäss dem geltenden Artikel 16 Absatz 2 BEHG kann der Bundesrat für Effektenhändler vom BankG abweichende Vorschriften zur Rechnungslegung vorsehen, wenn Besonderheiten des Effektenhandelsgeschäfts dies rechtfertigen. Eine solche abweichende Regelung wurde bis anhin nicht getroffen und erscheint auch für die Zukunft nicht gerechtfertigt. An der entsprechenden Kompetenz des Bundesrates wird daher nicht mehr ausdrücklich festgehalten. Dies bedeutet indessen nicht, dass der Bundesrat auf Verordnungsstufe für Wertpapierhäuser und Banken nicht differenzierte Ausführungsbestimmungen zur den Rechnungslegungsvorschriften erlassen kann.

Art. 45 Gruppen- und Konglomeratsaufsicht

Die Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 14 BEHG, allerdings werden die wertpapierhandelsdominierte Finanzgruppe und das wertpapierhandelsdominierte Finanzkonglomerat ausdrücklich definiert. Im BankG kann daher in Zukunft auf die systemfremde ausdrückliche Nennung des Wertpapierhauses verzichtet werden (vgl. dazu die Ausführungen zu den Artikeln 3b–3g BankG, Ziff. 2.4.16). Der Verweis auf das BankG umfasst auch Artikel 4^{quinquies} BankG.

¹²¹ SR 952.06

Art. 46 Aufzeichnungspflicht

Die Bestimmung entspricht Artikel 15 Absatz 1 BEHG. Ist ein Wertpapierhaus Teilnehmer an einem Handelsplatz, insbesondere einer Börse, so ergibt sich die Aufzeichnungspflicht bereits aus dem FinfraG (Art. 38 FinfraG).

Art. 47 Meldepflicht

Wie bei der Aufzeichnungspflicht gilt für Wertpapierhäuser, die an einem Handelsplatz zugelassen sind, die Meldepflicht gemäss Artikel 39 FinfraG. Für nicht an einem Handelsplatz zugelassene Wertpapierhäuser wird die gemäss Artikel 15 Absätze 2–4 BEHG bereits bestehende Meldepflicht im FINIG verankert.

5. Abschnitt: Zweigniederlassungen

Die heute zwar grundsätzlich gleichlautenden, aber in verschiedenen Erlassen und auf unterschiedlichen Erlassstufen geregelten Bestimmungen über Zweigniederlassungen und Vertretungen von Wertpapierhäusern und Vermögensverwaltern kollektiver Kapitalanlagen sollen vereinheitlicht und auf die Vorschriften für die Banken abgestimmt werden. Dies entspricht dem Gedanken einer einheitlichen und konsistenten Gesetzgebung. So wird neu im BankG auf die im FINIG konsolidierten Bestimmungen über Zweigniederlassungen und Vertretungen verwiesen (vgl. Erläuterungen zur Änderung des BankG, Art. 2 E-BankG). Das geltende Recht erfährt damit in materieller Hinsicht keine Änderung.

Es ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Zweigniederlassung von ausländischen Banken und Finanzinstituten gemäss FINIG sich auf die bankengesetzliche Regelung der Zweigniederlassung ausländischer Banken abstützt und deshalb nicht mit demjenigen des OR (Art. 935) und der Ausführungsbestimmungen gemäss HRegV (Art. 109 ff.) übereinstimmt. Die Vorschriften zur Rechtsform der Zweigniederlassung einer ausländischen Bank sind in der Auslandbankenverordnung der FINMA vom 21. Oktober 1996¹²² (ABV-FINMA) verankert (Art. 4 ff.).

Art. 48 Bewilligungspflicht

Artikel 48 vereint inhaltlich die bisher in den spezifischen Gesetzen und in den entsprechenden Verordnungen vorgesehene Bewilligungspflicht für Zweigniederlassungen von ausländischen Verwaltern von Kollektivvermögen (Art. 29b Abs. 1 KKV), von Wertpapierhäusern (Art. 39 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BEHV) und Banken (Art. 2 Abs. 1 ABV-FINMA) nunmehr für alle Finanzinstitute des FINIG. Einzig der Fondsleitung, die nur das Rechtskleid der schweizerischen Aktiengesellschaft kennt, stehen die Rechtsformen der Zweigniederlassung und der Vertretung (Art. 54 ff.) nicht offen (Abs. 2).

Die Bewilligungspflicht entsteht mit der Beschäftigung von Personen, die für den ausländischen Bewilligungsträger dauernd und gewerbsmässig in der Schweiz tätig sind. Der Formulierung, dass die Personen jeweils im Namen des betreffenden ausländischen Finanzinstituts handeln, ist zu entnehmen, dass das ausländische Finanzinstitut durch dieses Handeln jeweils rechtlich verpflichtet wird.

¹²² SR 952.111

Die Staatsvertragskompetenz des Bundesrates gemäss bisherigem Artikel 2 Absatz 3 BankG wird neu zugunsten der betreffenden Finanzinstitute erweitert und verständlicher formuliert (Abs. 3).

Art. 49 Bewilligungsvoraussetzungen

Die Bestimmung übernimmt inhaltlich die überwiegend gleichlautende Regulierung der Zweigniederlassungen im Banken-, Börsen- und Kollektivanlagenbereich (Art. 4 Abs. 1 ABV-FINMA; Art. 41 Abs. 1 BEHV; Art. 29b Abs. 2 KKV).

Buchstabe a Ziffer 2 lehnt sich an Artikel 4 Absatz 2 ABV-FINMA an, welcher der FINMA die Kompetenz einräumt, die Bewilligung von einer angemessenen konsolidierten Aufsicht über die im Finanzbereich tätige Gruppe abhängig zu machen.

Buchstabe b Ziffer 1 entspricht inhaltlich Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b ABV-FINMA, Artikel 41 Absatz 1 Buchstabe c BEHV sowie Artikel 29b Absatz 2 Buchstabe c KKV.

Buchstabe b Ziffern 2 und 3 beinhalten implizit auch die im Kollektivanlagenbereich für ausländische Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen geltende Pflicht, eine Vereinbarung über Zusammenarbeit und Informationsaustausch zwischen der zuständigen Aufsichtsbehörde in der Schweiz und der relevanten ausländischen Aufsichtsbehörde abzuschliessen (Art. 29b Abs. 2 Bst. d KKV in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 Bst. c Ziff. 3 KAG).

Art. 50 Gegenrechtserfordernis

Die Kompetenz der Aufsichtsbehörde lehnt sich an Artikel 3^{bis} Absatz 1 Buchstabe a BankG sowie Artikel 37 BEHG an. Neu kann gemäss Artikel 50 FINIG insbesondere auch für Zweigniederlassungen ausländischer Verwalter von Kollektivvermögen das Bewilligungskriterium des Gegenrechts geltend gemacht werden. Der im BankG und BEHG aufgeführte Vorbehalt zugunsten anderslautender internationaler Verpflichtungen wird aus der Bestimmung gestrichen, da solche Abkommen ohne weiteres Vorrang vor Bundesrecht haben.

Art. 51 Finanzgruppen

Diese Bestimmung vereinheitlicht die bisher gegenüber ausländischen Banken (Art. 3^{bis} Abs. 1^{bis} BankG, Art. 4 Abs. 2 ABV-FINMA), Wertpapierhäusern (Art. 41 Abs. 3 BEHV) und Vermögensverwaltern kollektiver Kapitalanlagen (Art. 29b Abs. 3 KKV) vorgesehene Kompetenz der Aufsichtsbehörde, eine konsolidierte Aufsicht zu fordern, wenn das ausländische Finanzinstitut Teil einer Finanzgruppe bildet. Der bisher für Zweigniederlassungen ausländischer Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen eingefügte Vorbehalt geltender internationaler Standards (Art. 18 Abs. 2 KAG) wird in Angleichung an die banken- und börsenrechtliche Regelung konsequenterweise fallengelassen.

Art. 52 Sicherheiten

Die bisher für Zweigniederlassungen ausländischer Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen vorgesehene Kompetenz der Aufsichtsbehörde, zum Schutz der Kunden die Leistung einer Sicherheit zu verlangen (Art. 29b Abs. 4 KKV), wird

konsequenterweise auch auf die Vermögensverwalter und Trustees gemäss Artikel 16 ff. ausgedehnt.

Art. 53 Ausnahmeregelung

Für die Zweigniederlassungen ausländischer Finanzinstitute ist Schweizer Recht anwendbar. Dies entspricht sowohl der Regelung im Bankenbereich (Art. 2 Abs. 1 BankG) als auch im Kollektivanlagenbereich (Art. 18 Abs. 1 Einleitungssatz KAG). Der Bundesrat kann Ausnahmen von diesem Grundsatz vorsehen, was ebenfalls geltendem Recht entspricht (Art. 3 Abs. 1 ABV-FINMA, Art. 40 Abs. 1 BEHV), nun aber auf Gesetzesstufe verankert wird. Um indes zu vermeiden, dass die Vereinheitlichung der geltenden Regelungen aus dem Banken-, Börsen- und Kollektivanlagenbereich für gewisse Finanzinstitute eine unangemessene Verschärfung bringt, wird dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt, auf Verordnungsstufe für Zweigniederlassungen Erleichterungen vorzusehen.

6. Abschnitt: Vertretungen

Wie zur Rechtsform der Zweigniederlassung ausländischer Finanzinstitute ausgeführt, ist auch zum Begriff der Vertretung eines ausländischen Finanzinstituts gemäss FINIG festzuhalten, dass dieser nicht dem Institut der Stellvertretung im Obligationenrecht (Art. 32 ff.) entspricht, sondern sich nach der bankengesetzlichen Regelung für die Rechtsform von Vertretungen ausländischer Banken ausrichtet. Die Vorschriften zur Rechtsform der Vertretung einer ausländischen Bank befinden sich ebenfalls in der ABV-FINMA (Art. 14 ff.).

Art. 54 Bewilligungspflicht

Die Regelung der Vertretungen entspricht der bisher geltenden Regelung im Banken- und Börsenbereich (Art. 2 Abs. 2 Bst. b ABV-FINMA, Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2 BEHV). Wie bei den Zweigniederlassungen schliessen die Rechtsformvorschriften für Fondsleitungen die Errichtung einer Vertretung von vornherein aus, was wiederum der Rechtssicherheit wegen ausdrücklich festgehalten wird (Abs. 2).

Im Kollektivanlagenbereich wurden bisher nur Zweigniederlassungen ausländischer Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen zugelassen (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. c KAG). Wohl setzt das KAG für den Vertrieb ausländischer kollektiver Kapitalanlagen in der Schweiz die Ernennung eines Vertreters vor. Diesem Vertreter sind indes besondere Aufgaben zum Schutze der Anlegerinnen und Anleger im Kollektivanlagenbereich zugeteilt, die mit der Tätigkeit der Vertretung einer ausländischen Bank nicht vergleichbar sind (vgl. Art. 123 ff. KAG). Da die Vertretung im Sinne von Artikel 54 indes einen engeren Tätigkeitsbereich hat als die Zweigniederlassung, besteht kein Grund, diese Rechtsform nicht auch für ausländische Vermögensverwalter und Trustees sowie für ausländische Verwalter von Kollektivvermögen zu öffnen.

Die bisher in Artikel 2 Absatz 3 BankG und neu in Artikel 48 Absatz 3 FINIG für Zweigniederlassungen dem Bundesrat eingeräumte Staatsvertragskompetenz wird auch für Vertretungen vorgesehen und auf alle Finanzinstitute (mit Ausnahme der Fondsleitung) ausgedehnt (Abs. 3).

Art. 55 Bewilligungsvoraussetzungen

Die Bestimmung entspricht inhaltlich die Artikel 14 ABV-FINMA und Artikel 49 BEHV. Das Gegenrechtserfordernis für Vertretungen ausländischer Wertpapierhäuser (Abs. 2) stützt sich auf Artikel 37 BEHG.

Art. 56 Ausnahmeregelung

Diese Bestimmung entspricht Artikel 53 FINIG für Zweigniederlassungen und stützt sich wiederum auf Artikel 3 ABV-FINMA und Artikel 40 BEHV ab. Wie bei der Vereinheitlichung der Regelungen für Zweigniederlassungen wird auch bei der vereinheitlichten Regelung für Vertretungen dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt, für Vertretungen auf Verordnungsstufe Erleichterungen vorzusehen.

3. Kapitel: Aufsicht

Für die Bewilligung und Beaufsichtigung der Vermögensverwalter von Individualvermögen und der Trustees soll eine neue Aufsichtsorganisation errichtet werden. Die Verwalter von Kollektivvermögen, die Fondsleitungen und die Wertpapierhäuser bleiben hingegen der Aufsicht der FINMA unterstellt. Die Aufteilung der Aufsichtsbereiche in diese beiden Kategorien beruht einerseits auf den unterschiedlichen Geschäftstypen und Bewilligungsvoraussetzungen. Andererseits beruht diese Aufteilung auf der Tatsache, dass die Unterstellung aller Vermögensverwalter und Trustees unter die Aufsicht der FINMA deren Aufgabenbereich übermässig ausdehnen würde. Sie soll deshalb durch eine (oder mehrere; vgl. Art. 43c Abs. 4 FINMAG) gesteuerte halbstaatliche Aufsichtsbehörde entlastet werden. Im Übrigen bleiben für die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen die kantonalen Aufsichtsbehörden und die Oberaufsichtskommission zuständig.

Im Gegensatz zu den Fondsleitungen, Wertpapierhäusern und Banken handeln die Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 16 ff. sowie die Verwalter von Kollektivvermögen im Sinne von Artikel 20 ff. in fremdem Namen. Trustees verwalten das Trustvermögen zwar im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Ihre Verfügungsfreiheit besteht indes nur im Rahmen des Zwecks des Trusts. Sie unterstehen zudem besonderen Sorgfalts- und Rechenschaftspflichten gemäss dem auf den Trust anwendbaren Recht (vgl. Ausführungen zu Art. 16 und 18). Vermögensverwalter und Trustees unterscheiden sich sodann dadurch von den Verwaltern von Kollektivvermögen, dass Letztere in erster Linie Vermögenswerte verwalten, die von einer Vielzahl von Anlegern – im Rahmen einer kollektiven Kapitalanlage oder einer Vorsorgeeinrichtung – zur Fremdverwaltung aufgebracht wurden (vgl. Erläuterungen zu Artikel 20). Dies führt zu einem erhöhten Schutzbedürfnis der Anlegerinnen und Anleger, weshalb Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen gemäss KAG bereits bisher erhöhten Anforderungen zu genügen hatten. Es ist deshalb sinnvoll, die Aufsicht über die Vermögensverwalter und Trustees gemäss Artikel 16 ff. von derjenigen über die anderen Finanzinstitute zu trennen.

In Anlehnung an das US-amerikanische Modell der FINRA sollen Vermögensverwalter und Trustees der prudenziellen Aufsicht einer gesteuerten halbstaatlichen Aufsichtsbehörde unterstellt werden. Die FINRA ist eine vom Staat unabhängige, nicht gewinnorientierte Organisation, die den Kundenschutz und die Marktintegrität gewährleistet. Wie die FINRA soll die Aufsichtsorganisation als unabhängige Insti-

tution mit Bewilligungs-, Aufsichts- und Sanktionskompetenzen ausgestattet werden. Ebenso soll sie mit der Kompetenz zur Konkretisierung bundesrätlicher Bestimmungen auf Stufe Rundschreiben ausgestattet sein. Das Modell der Aufsichtsorganisation wird konsequenterweise im FINMAG geregelt. Ihre Regelung, Organisation und Struktur lehnen sich zwar an jene der FINMA an, die Wahl der Rechtsform bleibt indes der Aufsichtsorganisation selbst überlassen. Auch hat sie, wie die FINMA, die Ziele der Finanzmarktaufsicht gemäss geltendem Artikel 5 FINMAG (Art. 4 E-FINMAG) zu verfolgen und sollen ihr mit wenigen Ausnahmen die Aufsichtsinstrumente gemäss FINMAG zustehen. Sie nimmt zudem die Überwachungsaufgaben gemäss GwG und FIDLEG wahr (vgl. die Ausführungen zur Änderung des FINMAG, Art. 43a ff. E-FINMAG).

Aufgrund der im GwG erfolgenden Aufhebung des Status der der FINMA direkt unterstellten Finanzintermediäre im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 GwG (DUFI) werden dieser neuen Aufsichtsorganisation auch die Handelsprüfer gemäss Artikel 42^{bis} EMKG unterstellt, die Bankedelmetalle handeln (vgl. Ausführungen zur Änderung des EMKG).

Der Gründungsauftrag für eine Aufsichtsorganisation ergeht grundsätzlich an die Branche der von dieser zu beaufsichtigenden Vermögensverwalter, Trustees und Handelsprüfer nach EMKG. Wird keine Aufsichtsorganisation errichtet oder muss diese durch die FINMA liquidiert werden, so übernimmt die FINMA die Aufsicht über die Vermögensverwalter und die Trustees wie auch über die Handelsprüfer (Art. 57 Abs. 3 sowie Art. 42^{bis} Abs. 1 E-EMKG). Von einer gesetzlichen Festlegung oder Beschränkung der Anzahl der Aufsichtsorganisationen kann abgesehen werden, da diese Frage durch die Grösse der Branche gelöst wird.

Mit der Zulassung dieser neuen Institution bleibt der für den schweizerischen Finanzmarkt typische Selbstregulierungsansatz im Rahmen einer gesteuerten und halbstaatlichen Aufsichtsbehörde erhalten.

Art. 57 Zuständige Aufsichtsbehörde

Die Absätze 1 und 2 legen die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden über die beiden Gruppen von Finanzinstituten fest. Absatz 3 teilt die Aufsicht über Vermögensverwalter und über Trustees der FINMA zu, falls keine Aufsichtsorganisation im Sinne von Absatz 1 besteht, sei es, weil eine solche nicht gegründet wurde, sei es, weil sie gestützt auf Artikel 43/ Absatz 4 E-FINMAG liquidiert werden musste und keine andere Aufsichtsorganisation deren Aufsichtstätigkeit übernehmen konnte (vgl. Ausführungen zur Änderung des FINMAG, Art. 43/ E-FINMAG).

Art. 58 Prüfung der Vermögensverwalter und Trustees

Diese Finanzinstitute müssen grundsätzlich jährlich eine von der Aufsichtsorganisation zugelassene Prüfgesellschaft mit der prudenziellen Prüfung beauftragen (Abs. 1). Im Rahmen der Revision des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005¹²³ (RAG) wurde die Aufsicht über Revisionsunternehmen und über die Prüfgesellschaften bei der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) gebündelt.¹²⁴ In Anlehnung an die Aufteilung der prudenziellen Aufsicht über die

¹²³ SR **221.302**

¹²⁴ Vgl. Botschaft vom 28. August 2013 zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften, BBl **2013** 6857.

Finanzinstitute zwischen der FINMA und der Aufsichtsorganisation soll auch im Prüfwesen die Zuständigkeit für die Zulassung als Prüfgesellschaft in der Kategorie der Vermögensverwalter und Trustees aufgeteilt werden (vgl. Ausführungen zu Art. 43n E-FINMAG). Für die Zulassung als Revisoren oder Revisionsexperten nach Artikel 6 RAG bleibt die RAB hingegen in jedem Fall zuständig.

Um die Prüfkosten für Vermögensverwalter und Trustees im Sinne von Artikel 16 möglichst tief zu halten, wird der Aufsichtsorganisation die Kompetenz erteilt, die Prüfperiodizität bis auf höchstens 4 Jahre zu verlängern, wenn die Tätigkeit und die damit verbundenen Risiken des Vermögensverwalters bzw. des Trustees dies zulassen (Abs. 2). Diese Regel entspricht auch dem Regulierungsgrundsatz gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c FINMAG. Erhöht die Aufsichtsorganisation die Prüfperiodizität, so muss in den Jahren, in denen keine Prüfung stattfindet, ein Compliance-Bericht abgegeben werden (Abs. 3). Dabei kann es sich um einen standardisierten Bericht handeln. Damit werden beispielsweise ein Formularbericht und eine elektronische Übermittlung zugelassen. Die Regelung lehnt sich an das Aufsichtssystem der FINRA an, welche aufgrund periodischer Risikoevaluationen der Beaufsichtigten entscheidet, in welchen Zeitabständen Prüfungen vorzunehmen sind.

Art. 59 Prüfung der Verwalter von Kollektivvermögen, der Fondsleitungen, Wertpapierhäuser, Finanzgruppen und Finanzkonglomerate

Absätze 1 Buchstabe a und 5 stützen sich auf Artikel 24 Absatz 1 FINMAG und übernehmen inhaltlich Artikel 18 Absatz 1 BankG, womit die bisher in den verschiedenen Gesetzen verankerte Prüfungspflicht (vgl. Art. 17 BEHG, Art. 18 BankG und Art. 126 KAG) vereinheitlicht wird. Absatz 1 Buchstabe b vereinheitlicht wiederum die im Börsen- und Kollektivanlagenbereich beinhalteten Vorschriften über die ordentliche Revision.

Absatz 4 übernimmt inhaltlich unverändert Artikel 126 Absatz 1 Buchstabe a sowie Absatz 3 Buchstabe a KAG. Die Fondsleitung muss wie bisher für sich selbst und die von ihr geleiteten kollektiven Kapitalanlagen dieselbe Prüfgesellschaft beauftragen.

In Anlehnung an die für die Vermögensverwalter und Trustees vorgesehenen Erleichterungen im Bereich der Prüfpflichten (vgl. Art. 58), wird der FINMA auch bei der Prüfung der Finanzinstitute gemäss Artikel 59 die Kompetenz zugeteilt, der Geschäftstätigkeit und der damit verbundenen Risiken des Finanzinstituts entsprechend mehrjährige Zyklen für die Aufsichtsprüfung zuzulassen (Abs. 2). Da die Prüfperiodizität den von diesen Finanzinstituten ausgehenden Marktrisiken zu entsprechen hat, kann darauf verzichtet werden, einen Maximalzyklus festzusetzen. Wird der Prüfzyklus mehrjährig gestaltet, muss das Finanzinstitut in einem Zwischenjahr einen Compliance-Bericht abgeben (Abs. 3).

Art. 60 Auskunfts- und Meldepflicht bei Übertragung wesentlicher Funktionen

Artikel 60 entspricht dem neuen Artikel 23^{bis} BankG, der mit dem FinfraG in Kraft tritt. Die Beaufsichtigung der Finanzinstitute durch die zuständige Aufsichtsbehörde soll auch dann gewährleistet bleiben, wenn wesentliche Funktionen an Dritte über-

tragen wurden. Die für den Bankenbereich geltende Regelung wird nunmehr auf die Finanzinstitute des FINIG ausgedehnt.

Art. 61 Stimmrechtssuspendierung

Das Recht der Aufsichtsbehörde, die Stimmrechte zu suspendieren, entspricht Artikel 23^{ter} BankG. Da die Meldepflicht über qualifizierte Beteiligungen für alle Finanzinstitute gilt, rechtfertigt es sich, auch das Recht zur Stimmrechtssuspendierung auf den Geltungsbereich des FINIG auszudehnen.

Art. 62 Liquidation

Die Liquidation nach einem Bewilligungsentzug entspricht der geltenden Regelung im Banken-, Börsen- und Kollektivanlagenbereich (Art. 23^{quinquies} BankG, 36 BEHG sowie 134 KAG). Das Recht, ein Finanzinstitut nach dem Entzug der Bewilligung zu liquidieren, steht auch einer Aufsichtsorganisation zu. Hingegen bleibt die Liquidation im Rahmen insolvenzrechtlicher Massnahmen der FINMA vorbehalten (Art. 63).

Auf die Übernahme der Kann-Vorschrift des Artikels 134 KAG wird verzichtet. Die Aufsichtsbehörde ist an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden. Die Liquidation eines Finanzinstituts wird als *ultima ratio* angeordnet. Wie bisher ordnet die Aufsichtsbehörde den jeweiligen Eintrag im Handelsregister an.

Art. 63 Insolvenzzrechtliche Massnahmen

Abs. 1

Die Bestimmungen des BankG über die Massnahmen bei Insolvenzzgefahr (Art. 25–32 BankG) und den Bankenkurs (Art. 33–37 BankG) sowie die Verfahrensregeln gemäss Artikel 24 BankG gelten für Fondsleitungen und Wertpapierhäuser sinngemäss. In Bezug auf Wertpapierhäuser entspricht dies dem geltenden Recht (vgl. Art. 36a BEHG). Für Fondsleitungen galten bis anhin lediglich die spezialgesetzlichen Bestimmungen über die Konkursliquidation des KAG (vgl. Art. 137 ff. KAG). Die Möglichkeit, Schutzmassnahmen und im Einzelfall ein Sanierungsverfahren anzuordnen, macht aber auch für eine Fondsleitung Sinn, da sie über fremde Vermögenswerte verfügt, welche es zu schützen gilt. Die Anordnung insolvenzzrechtlicher Massnahmen für Fondsleitungen und Wertpapierhäuser gemäss Artikel 63 bleibt damit der FINMA als staatliche Aufsichtsbehörde vorbehalten.

Keine Anwendung finden die aufsichtsrechtlichen Insolvenzzmassnahmen auf Vermögensverwalter und Verwalter von Kollektivvermögen, da diese Finanzinstitute in fremdem Namen und auf fremde Rechnung handeln und somit über keine fremden Vermögenswerte verfügen. Im Fall der Konkursöffnung werden die Vertragsverhältnisse zwischen den genannten Finanzinstituten und ihren Kundinnen und Kunden einfach aufgelöst. Es kommt somit das SchKG zur Anwendung.

Im Konkurs des Trustee, der zwar Eigentümer der Vermögenswerte des Trusts wird, werden die Vermögenswerte des Trusts als Sondervermögen ausgesondert und sind somit dem Zugriff der Gläubiger des Trustees entzogen. Haftet hingegen das Vermögen des Trusts für eine Schuld, finden die besonderen Bestimmungen des Neunten Titel^{bis} des SchKG Anwendung.

Abs. 2

Die Bestimmungen über die Einlagensicherung und die nachrichtenlosen Vermögenswerte finden wie nach geltendem Recht auf Wertpapierhäuser sinngemäss Anwendung (vgl. Art. 36a BEHG).

4. Kapitel: Verantwortlichkeit und Strafbestimmungen

1. Abschnitt: Verantwortlichkeit

Art. 64

Die Regelung der Verantwortlichkeit wird dem Kollektivanlagenbereich entlehnt (Art. 145 KAG). Damit wird – aus Gründen der Äquivalenz zur Regulierung auf EU-Ebene – der Exkulpationsbeweis (Abs. 1) auf alle Finanzinstitute ausgedehnt. Auch die Haftungsregelung bei einer Delegation von Aufgaben an Dritte (Abs. 2) entspricht nunmehr derjenigen für Depotbanken von kollektiven Kapitalanlagen. Die Organhaftung richtet sich unverändert nach den Vorschriften des OR.

Im dritten Absatz wird die Haftungsregelung für Fondsleitungen gemäss Artikel 31 Absatz 6 KAG inhaltlich unverändert übernommen.

2. Abschnitt: Strafbestimmungen

Art. 65 Verletzung des Berufsgeheimnisses

Die Bestimmung entspricht Artikel 43 BEHG, 148 Absatz 1 Buchstabe k und l sowie Absatz 1^{bis} KAG, welche zusammen mit Artikel 47 BankG an die parlamentarische Initiative 10.450 «Den Verkauf von Bankkundendaten hart bestrafen» angeglichen wurden.

Art. 66 Verletzung der Bestimmungen über den Schutz vor Verwechslung und Täuschung und der Meldepflichten

Buchstabe a ist Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe a BankG sowie Artikel 149 Absatz 1 Buchstabe a KAG nachgebildet. Im BEHG fehlte bis anhin eine analoge Bestimmung, da auch die entsprechende Bestimmung über den Schutz vor Verwechslung und Täuschung fehlte.

Die Bestimmung entspricht zudem materiell und formell Artikel 148 FinfraG.

Art. 67 Verletzung von Aufzeichnungs- und Meldepflichten

Die Bestimmung gilt für die an einem Handelsplatz nicht zugelassenen Wertpapierhäuser (vgl. Erläuterungen zu Art. 46 und 47) und entspricht der *Lex specialis* von Artikel 149 FinfraG, der auf die an einem Handelsplatz zugelassenen Teilnehmer anwendbar ist.

5. Kapitel: Schlussbestimmungen

Art. 68 Ausführungsbestimmungen

Wie erwähnt, stellt das FINIG ein Rahmengesetz dar. Die Umsetzung der Rahmenvorschriften erfolgt auf Verordnungsstufe. Um den spezifischen Anforderungen der einzelnen Bewilligungsträger gerecht zu bleiben, sollen die bestehenden Verordnungen zu den bisherigen Spezialgesetzen bestehen bleiben und nur soweit als notwendig angepasst werden.

Art. 69 Aufhebung und Änderung anderer Erlasse

Die umfassende Anpassung anderer Erlasse wird im Anhang geregelt. Massgeblich geändert werden das KAG, das BankG und das FINMAG. Das BEHG in seiner heutigen Form wird zum Grossteil ins neue FinfraG überführt. Die verbleibenden Bestimmungen zu den Effekthändlern (neu als Wertpapierhäuser bezeichnet), deren Hauptkategorie die sogenannten Kundenhändler bilden, werden konsequenterweise im FINIG geregelt (vgl. Erläuterungen zu den Wertpapierhäusern). Somit kann das BEHG vollständig aufgehoben werden.

Art. 70 Übergangsbestimmungen

Abs. 1

Der erste Absatz gilt für Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitungen und Wertpapierhäuser, die für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit bereits über eine Bewilligung verfügen. Da die Bewilligungsvoraussetzungen aus den bisher geltenden Spezialgesetzen übernommen werden, wäre es sinnlos, die Einholung einer neuerlichen Bewilligung aufzuerlegen. Diese Finanzinstitute verfügen deshalb über eine Jahresfrist ab Inkrafttreten des FINIG, um den neuen Anforderungen dieses Gesetzes entsprechen.

Abs. 2

Vermögensverwaltern und Trustees, die nunmehr einer Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit bedürfen, wird eine Meldefrist von sechs Monaten ab Inkrafttreten des Gesetzes gewährt, um sich vorerst bei der für sie nach Artikel 57 zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden. Sie verfügen sodann über eine Frist von zwei Jahren, um sich den Bewilligungsanforderungen anzupassen und ein Gesuch zu stellen, und können bis zum Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Gesuch ihre Tätigkeit fortführen.

Abs. 3

Ehemals «unabhängige» oder «externe» unbeaufsichtigte Vermögensverwalter, die ihre Tätigkeit seit mindestens 15 Jahren ausgeübt haben und nunmehr einer prudenziellen Aufsicht nach FINIG unterstellt werden, sind von der Pflicht zur Einholung einer Bewilligung befreit, sofern sie keine neuen Kundinnen und Kunden annehmen. Von dieser Befreiung ausgenommen sind, die Verwalter von Kollektivvermögen, die Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen verwalten und gestützt auf die *de minimis*-Regel im Sinne von Artikel 20 Absatz 2 Buchstabe b als Vermögensverwalter gelten. Diese Vermögensverwalter sollen in jedem Fall prudentiell beaufsichtigt werden.

Einerseits wird mit dieser *Grandfathering*-Klausel die Berufserfahrung langjähriger Vermögensverwalter anerkannt. Es darf auch davon ausgegangen werden, dass diese Finanzinstitute das Vertrauen ihrer Kundinnen und Kunden geniessen. Andererseits soll verhindert werden, dass erfahrene Vermögensverwalter noch eine Bewilligung einholen müssen, um ihre berufliche Tätigkeit bis zu einem – beispielsweise altersbedingten – Rücktritt oder einer Geschäftsaufgabe ausüben zu können. Demgegenüber sollen auch langjährige und erfahrene Vermögensverwalter, die ihren Kundenkreis ausweiten und somit ihre Geschäftstätigkeit längerfristig auszuüben gedenken, der Bewilligungspflicht und einer prudenziellen Aufsicht gemäss FINIG unterstellt und zur Erfüllung der entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen verpflichtet werden.

Abs. 4

Um den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden, wird den Aufsichtsbehörden die Kompetenz erteilt, die Fristen für bereits beaufsichtigte Bewilligungsträger (Absatz 1) und für neu unterstellte Bewilligungsträger, die ein Gesuch stellen müssen (Absatz 2), auf Gesuch hin zu erstrecken. Es obliegt den Aufsichtsbehörden, ihre Praxis bei der Gewährung solcher Fristerestreckungen anzugleichen, um unbegründete ungleiche Behandlungen zu vermeiden.

Diese Bestimmung lehnt sich an die Übergangsregelungen anderer Finanzmarktgesetze (KAG, FinfraG) an, welche neue Bewilligungs- oder Anerkennungsvoraussetzungen einführen. Sie ermöglicht einerseits kurze Einführungsfristen für die Anwendung der neuen gesetzlichen Anforderungen, verhindert andererseits aber, dass allein aufgrund zu kurzer Fristen zur Einreichung der Gesuche eine Bewilligung oder Anerkennung versagt bleibt.

Art. 71 Referendum und Inkrafttreten

Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV; Abs. 1). Die Bestimmung des Inkrafttretens wird dem Bundesrat überlassen (Abs. 2).

2.4 Aufhebung und Änderung anderer Erlasse

2.4.1 Börsengesetz

Die nach dem Inkrafttreten des FinfraG noch verbleibenden Teile des BEHG werden ins FINIG überführt. Das BEHG kann folglich aufgehoben werden.

2.4.2 Öffentlichkeitsgesetz

Art. 2 Abs. 2

Da die Daten, welche eine Aufsichtsorganisation als hoheitlich tätige Aufsichtsbehörde zu bearbeiten hat, im Wesentlichen dem Geschäfts- und Berufsgeheimnis der von ihr Beaufsichtigten unterliegen, ist auch sie vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes auszunehmen.

2.4.3 Obligationenrecht

Art. 689d Abs. 3

Gewerbmässige Vermögensverwalter benötigen neu eine Bewilligung nach FINIG und werden als «Finanzinstitute» bezeichnet. Die Bestimmung wird entsprechend angepasst.

2.4.4 Revisionsaufsichtsgesetz

Art. 7 Abs. 3

Nach geltendem Recht werden alle Revisionsunternehmen für fünf Jahre zugelassen (Art. 3 Abs. 2 RAG). Das gilt auch für Revisionsunternehmen, die staatlich beaufsichtigt werden und mindestens alle drei Jahre von der RAB überprüft werden (Art. 16 Abs. 1 RAG). Der historische Gesetzgeber ist dabei davon ausgegangen, dass die Überprüfung (Inspektion) und die Kontrolle der Zulassungsvoraussetzungen voneinander getrennt durchgeführt werden. In der Aufsichtspraxis der RAB werden diese beiden Aufsichtsthemen jedoch aus Effizienzgründen gemeinsam überprüft. Mit anderen Worten kontrolliert die RAB schon heute mindestens alle drei Jahre, ob die Zulassungsvoraussetzungen noch erfüllt sind. Für eine zusätzliche Überprüfung nach Ablauf von fünf Jahren besteht keine Notwendigkeit, weswegen die staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen davon entlastet werden können. Falls sich im Rahmen einer Inspektion herausstellt, dass die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, entzieht die RAB die Zulassung (Art. 17 Abs. 2 RAG).

Art. 9a Abs. 4 und 5

Da die Finanzintermediäre gemäss Artikel 2 Absatz 3 des GwG (sog. DUFI) sich künftig einer SRO anschliessen müssen und nicht mehr direkt der FINMA unterstellt werden, kann Absatz 4 aufgehoben werden. Sodann wird auch Absatz 5 aufgehoben, da diese Bestimmung neben Artikel 18 Absatz 4 GwG keine eigenständige Bedeutung hat.

Art. 16 Abs. 1^{bis} und 1^{ter}

Mit der Aufhebung des Status der direkt der FINMA unterstellten Finanzintermediäre gemäss GwG kann Absatz 1^{bis} aufgehoben werden. In Absatz 1^{ter} ist deshalb der Bezug zu Absatz 1^{bis} zu streichen.

Art. 24 Abs. 4 Bst. c und Abs. 5

Artikel 43 BEHG wird in Artikel 65 FINIG überführt. Absatz 4 wird entsprechend angepasst. Zudem wird mit Absatz 5 der Informationsaustausch auch auf die Aufsichtsorganisation ausgedehnt.

Art. 25a Selbstregulierungsorganisationen

Mit dieser Bestimmung werden die Bestimmungen über die Amts- und Rechtshilfe auf die sogenannten SRO gemäss GwG, die nunmehr alle Finanzintermediäre nach Artikel 2 Absatz 3 GwG beaufsichtigen, ausgedehnt.

2.4.5 Zivilprozessordnung

Art. 5 Abs. 1 Bst. h

Das BEHG wird ins FINIG überführt. Der in vorliegender Bestimmung enthaltene Verweis auf das BEHG wird entsprechend angepasst.

2.4.6 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 173b

Besteht eine spezialgesetzliche Konkurszuständigkeit der FINMA – insbesondere bei prudenziell beaufsichtigten Instituten sowie ggf. Konzernobergesellschaften und wesentlichen Gruppen- bzw. Konglomeratsgesellschaften (vgl. bspw. Art. 3 FINIG) – hat das Konkursgericht die Akten an die FINMA zu überweisen. Neu werden in dieser Bestimmung nicht mehr sämtliche Institute erwähnt, für die spezialgesetzliche Konkursvorschriften in den Finanzmarktgesetzen bereits bestehen oder für die mit dem FINIG neu solche Vorschriften geschaffen werden (Vermögensverwalter und Verwalter von Kollektivvermögen, die neu der Aufsicht der FINMA unterstellt werden). Die FINMA erfasst die Bewilligungsträger sowie Konzernobergesellschaften und wesentlichen Gruppen- bzw. Konglomeratsgesellschaften, die in ihre Konkurszuständigkeit fallen, in von ihr geführten, öffentlich zugänglichen Verzeichnissen (vgl. u.a. Art. 23 Abs. 2 FINMAG).

2.4.7 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht

Art. 10 Abs. 2

Verstösse gegen die Strafbestimmungen von Artikel 65 f. werden in Anwendung des VStrR untersucht und geahndet. Soweit Bussen nicht eingebracht werden können, werden sie vom Richter nach den Bestimmungen von Artikel 10 VStrR in Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt. Die Bestimmungen zum Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe gemäss Artikel 10 Absatz 2 VStrR in der bisherigen Fassung berücksichtigen zwischenzeitlich erfolgte Änderungen im Strafgesetzbuch nicht. Namentlich ist im neuen Sanktionensystem des StGB der bedingte Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr vorgesehen. Schliesslich wäre es stossend, wenn es der Verurteilte in der Hand hätte, sich dem Vollzug einer (unbedingten) Busse zu entziehen, indem er diese nicht bezahlt und stattdessen eine bedingte Freiheitsstrafe erhalte. Das Bundesstrafgericht hat letztmals im Urteil vom 27. Januar 2015 (SK.2014.38) auf diesen Umstand hingewiesen. Entsprechend sieht die neue Fassung von Artikel 10 Absatz 2 den bedingten Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr vor.

2.4.8 Finanzkontrollgesetz

Art. 8 Abs. 2

Mit dieser Änderung werden neu auch die Aufsichtsorganisationen nach FINMAG der Finanzaufsicht durch die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) unterstellt.

2.4.9 Bundesgesetz über die Stempelabgaben

Die Änderungen in diesem Erlass dienen einzig dazu, die neu geschaffenen Beteiligungsscheine für Bankgenossenschaften (vgl. hinten Art. 11 und 14 BankG) steuerlich gleich zu behandeln, wie namentlich die wirtschaftlich gleichen Zwecken dienenden Partizipationsscheine von Aktiengesellschaften.

2.4.10 Mehrwertsteuergesetz

Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 Bst. f

Die im Rahmen der letzten Revision des KAG erfolgte Anpassung an die Einführung des Vertriebsbegriffs wird nach der Streichung des Vertriebsbegriffs aus dem KAG (vgl. vorne insb. Art. 3 KAG) angepasst. Zudem muss im Zusammenhang mit der Umschreibung der Beauftragten der Verweis auf das KAG um einen Verweis auf das FINIG ergänzt werden.

Art. 78 Abs. 6

In dieser Bestimmung werden die Verweise betreffend Wertpapierhäuser an das neue Recht angepasst.

2.4.11 Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft

Art. 3 Abs. 3

In der Bestimmung wird der Begriff des Effekthändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses.

2.4.12 Verrechnungssteuergesetz

Wie schon vorne beim Bundesgesetz über die Stempelabgaben erwähnt, sollen die neuen Beteiligungsscheine von Bankgenossenschaften (vgl. hinten Art. 11 und 14 BankG) steuerlich den Partizipationsscheinen von Aktiengesellschaften gleich gestellt werden.

2.4.13 Edelmetallkontrollgesetz

Art. 42^{bis} Zusätzliche Bewilligung für den Handel mit Bankedelmetallen

Die Handelsprüfer gemäss Artikel 41 ff. EMKG gelten als Finanzintermediäre im Sinne des GwG (Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG). Sie verfügen über eine Schmelzbewilligung sowie über eine Bewilligung zur Feingehaltsbestimmung von Schmelzprodukten. Bisher wurden sie direkt von der FINMA beaufsichtigt. Da der Status der gemäss Artikel 2 Absatz 3 GwG direkt der FINMA unterstellten Finanzintermediäre aufgehoben wird, müssen diese Handelsprüfer sich nunmehr einer SRO anschliessen.

Die Handelsprüfer, die nicht nur den Edelmetallgehalt von Schmelzprodukten feststellen, sondern zudem gewerbsmässig den Handel mit Bankedelmetallen betreiben, sind für ihre Handelstätigkeit von der Zulassung zu den internationalen Handelsplätzen für Edelmetalle abhängig. Diese (bspw. durch die London Bullion Market Association) streng kontrollierten Handelsplätze lassen meist nur Marktteilnehmer zu, die einer anerkannten staatlichen Aufsicht unterstehen. Da den SRO der Status einer staatlichen Aufsichtsbehörde abgesprochen wird, würde der Zugang zu den entsprechenden Handelsplätzen für diese Kategorie der Handelsprüfer mit einem Anschluss an eine SRO gemäss GwG in Frage gestellt. Aus diesem Grund sollen sie einer prudenziellen Beaufsichtigung durch die neu zu errichtende Aufsichtsorganisation im Sinne des FINIG unterstellt werden. Auch für diese Handelsprüfer gilt somit, dass sie durch die FINMA beaufsichtigt werden, falls keine Aufsichtsorganisation besteht (vgl. Art. 57 Abs. 3 FINIG). Auf diese Handelsprüfer finden die Bestimmungen über die Bewilligungsvoraussetzungen für die Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 FINIG sinngemäss Anwendung.

Der Begriff der Bankedelmetalle als Teil der Schmelzprodukte ist in Artikel 178 Absatz 2 der Edelmetallkontrollverordnung vom 8. Mai 1934¹²⁵ (EMKV) umschrieben. Es handelt sich dabei namentlich um Edelmetalle für Barren mit einem sehr hohen Edelmetallanteil.

Schlussbestimmung

In Anlehnung an die Übergangsbestimmungen im FINIG wird den betroffenen Handelsprüfern eine zweijährige Frist für die Einreichung des Bewilligungsgesuchs gewährt.

2.4.14 Nationalbankgesetz

Art. 15 Abs. 1

An Stelle des im FINIG nicht mehr gebräuchlichen Begriffs «Effektenhändler» wird neu der Begriff «Finanzinstitute» verwendet, welcher nebst Wertpapierhäusern (vormals Effektenhändler) insbesondere auch Fondsleitungen und Vermögensverwalter von Kollektivvermögen einschliesst.

Art. 22 Abs. 1

Es erfolgt eine sprachliche Präzisierung hinsichtlich der Berichterstattung an die SNB. Beim Bericht, den die SNB erhält, handelt es sich in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis um einen eigenständigen Bericht, welcher sowohl vom «Prüfbericht» im Rahmen der Aufsichtsprüfung als auch vom Rechnungsprüfungsbericht nach OR abzugrenzen ist. Der Verweis auf Artikel 24 FINMAG wurde ursprünglich in den Gesetzestext aufgenommen, um klarzustellen, dass die Prüfgesellschaften die Einhaltung der statistischen Auskunftspflicht und Mindestreservepflicht zeitlich mit der aufsichtsrechtlichen Prüfung abstimmen können, um Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Der Verweis führte indes zu Unklarheiten hinsichtlich Art und Weise der Berichterstattung, weshalb er gestrichen wird.

2.4.15 Kollektivanlagengesetz

Art. 2 Abs. 1 Bst. a–e, 2 Bst. h und 2^{bis}

Mit der Überführung der Verwaltung kollektiver Kapitalanlagen in den Geltungsbereich des FINIG und der Aufhebung der Bewilligungspflicht für den Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen verbleiben nur noch die schweizerischen und die in der Schweiz angebotenen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen als Produkte (Bst. a und b), die Aufbewahrung der schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen (Bst. a) sowie die Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (Bst. f) im Geltungsbereich des KAG. Absatz 1 wird entsprechend angepasst.

Absatz 2 Buchstabe h steht neu in Artikel 20 Absatz 2 FINIG. Die Ausnahmeregelung für nicht hebel-finanzierte kollektive Kapitalanlagen gemäss bisherigem Buchstabe h soll künftig für alle nicht hebel-finanzierten kollektiven Kapitalanlagen, die den Schwellenwert nicht überschreiten, gelten. Die bisherige Beschränkung auf Dachfonds, wie in der europäischen Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds¹²⁶ (Art. 3 Abs. 2 Bst. b AIFMD) festgehalten, wird aufgehoben. Eine solche Beschränkung war ursprünglich gar nicht vorgesehen, sondern entstand erst durch die Formulierung von Artikel 3 AIFMD. Andere EU-Mitgliedstaaten, wie namentlich Deutschland, verzichteten deshalb ebenfalls auf eine Einschränkung auf Dachfonds (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 20 Abs. 2 FINIG).

Absatz 2^{bis} von Artikel 2 KAG wird ersatzlos gestrichen, da mit dem FINIG alle Vermögensverwalter einer Aufsicht unterstellt werden.

Art. 13 Abs. 1, 2 Bst. a, e und f, 3. Kapitel, 2. Abschnitt (Art. 18–18c) und 28–35

Da die Verwaltung von kollektiven Kapitalanlagen, mithin die Verwalter von Kollektivvermögen sowie die Fondsleitungen, neu in den Geltungsbereich des FINIG fallen, werden die entsprechenden Bestimmungen ins FINIG überführt und können im KAG gestrichen werden.

¹²⁶ 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, ABl. Nr. 174 vom 1.7.2011, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/65/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349.

In Artikel 13 Absatz 1 wird auch das Betreiben einer kollektiven Kapitalanlage ausdrücklich der Bewilligungspflicht unterstellt. Aufsichts- und strafrechtlich werden dadurch auch Personen erfasst, die eine kollektive Kapitalanlage betreiben, ohne eine solche formell gebildet zu haben (vgl. Art. 148 Abs. 1 Bst. b).

Da gemäss dem im schweizerischen Recht geltenden Territorialitätsprinzip primär schweizerische kollektive Kapitalanlagen in den Geltungsbereich der schweizerischen Gesetzgebung fallen, wird auf deren ausführlichen Bezeichnung als «schweizerisch» der Einfachheit halber verzichtet. Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die in der Schweiz angeboten werden und deshalb genehmigt werden müssen, werden ausdrücklich als «ausländisch» bezeichnet. Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe e wird deshalb gekürzt.

Art. 13 Abs. 1, 2 Bst. g, 3 und 5 sowie 3. Kapitel 3. Abschnitt (Art. 19)

Zurzeit verfügen rund 365 Vertriebsträger kollektiver Kapitalanlagen über eine Bewilligung der FINMA, werden von ihr indes nicht prudenziell überwacht. Diese Situation ist unbefriedigend. Eine Bewilligungspflicht ohne laufende Aufsicht führt bei den Kunden zu Missverständnissen und weckt grundsätzlich ein nicht gerechtfertigtes Vertrauen in die Überwachung der Tätigkeit des Bewilligungspflichtigen. Dieses Problem wird dadurch verstärkt, dass sich nach geltendem Recht all jene Finanzdienstleister als «Beaufsichtigte» bezeichnen dürfen, «die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen» (vgl. Art. 3 FINMAG).

Eine prudenzielle Aufsicht der Vertriebsträger erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. So besteht für diese Marktteilnehmer bereits eine etablierte Aufsicht auf Ebene der Selbstregulierung. Zudem werden im Kollektivanlagenbereich nicht nur die Produzenten staatlich beaufsichtigt, sondern auch die Produkte selbst. Unter diesen Umständen wäre die tatsächliche Wahrnehmung einer prudenziellen Aufsicht der FINMA über Vertriebsträger kollektiver Kapitalanlagen unverhältnismässig. Vielmehr kann auf eine behördliche Bewilligung dieser Tätigkeit verzichtet werden, da Vertriebsträger kollektiver Kapitalanlagen – wie alle anderen Finanzdienstleister – die neuen Verhaltensregeln gemäss FIDLEG zu befolgen haben. Zudem geht die bisherige Vertriebsträgeraufsicht in den neu im FIDLEG festgelegten Anforderungen an die Kenntnisse von Kundenberatern und der damit verbundenen Registrierungspflicht auf.

Die Bestimmungen über den Vertrieb und die Vertriebsträger werden im KAG deshalb ersatzlos gestrichen.

Art. 14 Abs. 1 Bst. a und a^{bis}, 1^{ter} und 2

Diese Bestimmung wird an die Regelung der Gewährspflichten im FINIG angeglichen. Nicht nur die für die Verwaltung und Geschäftsführung verantwortlichen Personen haben Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten, sondern auch die bewilligungspflichtigen Personen als solche, mithin die SICAV, die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und die SICAF (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 10 FINIG).

Der Bundesrat hat zu entscheiden, ob im Kollektivanlagenbereich zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen für die Bewilligungsträger festzulegen sind, wenn dies

anerkannten internationalen Standards entspricht. Der zweite Satz im bestehenden Absatz 1^{er} ist in der Kompetenz des Bundesrates gemäss erstem Satz beinhaltet und kann deshalb gestrichen werden.

Die Verhaltensregeln bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen werden einheitlich im FIDLEG verankert. Diese schliessen auch die Aus- und Weiterbildungsvorschriften ein. Absatz 2 kann deshalb gestrichen werden.

Art. 15 Abs. 1 Bst. e

Der Vertriebsbegriff wird durch den Begriff des Anbietens ersetzt.

Art. 36 Abs. 3

Die Bestimmung wird an die Überführung der Fondsleitung in den Geltungsbereich des FINIG angepasst. In Abweichung von der bisherigen Vorschrift im KAG wird die Voraussetzung an die Aufgabendelegation zudem allgemeiner formuliert. Die SICAV darf künftig Anlageentscheide an Personen übertragen, die über die für diese Tätigkeit notwendige Bewilligung verfügen.

Art. 51 Abs. 5

Der Verweis wird an die Bestimmung im FINIG angepasst.

Art. 74 Abs. 2

Die Form des Vertrags beim Wechsel der Depotbank einer SICAV soll neu in schriftlicher oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form zulässig sein (vgl. hierzu die Ausführungen zu Art. 5 Abs. 5 FIDLEG).

Art. 94 Abs. 2

Mit dieser Anpassung wird der Anlegerschutz bei der SICAV an das Schutzniveau bei den vertraglichen Anlagefonds angeglichen. Die Anlegerteilvermögen sollen nicht mehr subsidiär für Verbindlichkeiten des Unternehmerteilvermögens haften können. Die Haftung der Anlegerteilvermögen untereinander bleibt ausgeschlossen. Da sich ausserdem die Kontrolle der Verträge mit Dritten als kaum praktikabel erweist, wird der zweite Satz von Absatz 2 gestrichen.

Art. 120 Abs. 1, 2 Bst. d und e, 4 und 5

Absatz 1 setzt die Genehmigungspflicht gemäss Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe e für ausländische kollektive Kapitalanlagen um, wenn diese nicht qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern angeboten werden. Absätze 1 und 2 Buchstaben d und e werden formell an die Aufhebung der Bewilligungspflicht für die Vertriebstätigkeit angepasst. Inhaltlich erfolgt keine Änderung der Regelung, da gemäss bisherigem Artikel 3 Absatz 1 als Vertrieb nur jedes Anbieten von kollektiven Kapitalanlagen galt, das sich nicht ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Artikel 10 Absatz 3 Buchstaben a und b (beaufsichtigte Finanzintermediäre und beaufsichtigte Versicherungsunternehmen) richtete.

Die bisherige Regelung des KAG, das namentlich die nicht qualifizierten Anlegerinnen und Anleger schützen will, für die in der Schweiz oder von der Schweiz aus

angebotenen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen wird beibehalten. Sie muss indes an die neuen Kategorien von qualifizierten Anlegerinnen und Anleger angepasst werden, die sich im Kollektivanlagenbereich nunmehr nach der Kundensegmentierung des FIDLEG ausrichtet. So waren bis anhin die ausländischen kollektiven Kapitalanlagen, die gemäss Artikel 3 Buchstaben b und c angeboten wurden, von der Genehmigungspflicht gemäss Absatz 1 ausgenommen, weil einerseits kein Vertrieb vorlag und andererseits solche Anlegerinnen und Anleger als qualifiziert galten, ausser sie erklärten schriftlich, nicht als solche gelten zu wollen (Art. 10 Abs. 3^{ter}). Ebenso ausgenommen war das Anbieten an die institutionellen Anlegerinnen und Anleger, die gemäss Artikel 10 Absatz 3 qualifiziert sind, sowie an vermögende Privatpersonen, die schriftlich erklärten, als qualifizierte Anlegerinnen und Anleger gelten zu wollen (Art. 10 Abs. 3^{bis}).

Während Artikel 10 Absatz 3^{bis} nunmehr in Artikel 5 Absatz 1 FIDLEG übergeht und deshalb aufgehoben wird (vgl. die Erläuterungen zu Art. 10 Abs. 3^{bis}), bleibt Artikel 10 Absatz 3^{ter} für Vermögensverwaltungskunden und neu auch für Anlageberatungskunden bestehen.

Die in Absatz 4 vorgesehenen Anforderungen für einzig qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern vorbehaltene ausländische kollektive Kapitalanlagen bleiben grundsätzlich bestehen, werden indes auf ausländische kollektive Kapitalanlagen beschränkt, die (auch) vermögenden Privatkundinnen und -kunden gemäss Artikel 5 Absatz 1 FIDLEG in der Schweiz angeboten werden. Das Anbieten von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen an beaufsichtigte Finanzintermediäre und beaufsichtigte Versicherungsunternehmen (Art. 10 Abs. 3 Bst. a und b KAG, neu Art. 4 Abs. 3 FIDLEG) war bisher gestützt auf Artikel 3 Absatz 1 KAG vom Vertriebsbegriff bereits ausgenommen. Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die ausschliesslich qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern gemäss Artikel 4 Absätze 4–6 FIDLEG und Artikel 10 Absatz 3^{ter} KAG angeboten werden, sind somit künftig ebenfalls davon befreit, die Voraussetzungen gemäss Absatz 2 Buchstaben c und d zu erfüllen. Grundgedanke ist dabei, dass Anlegerinnen und Anleger, die Anteile ausländischer kollektiver Kapitalanlagen im Rahmen eines Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrags erwerben, über eine Anlaufstelle in der Schweiz verfügen, während vermögende Privatkundinnen und -kunden gemäss Artikel 5 Absatz 1 FIDLEG allein ihres Vermögens wegen als qualifizierte Anlegerinnen und Anleger gelten. Diese Regelung erleichtert es aber auch Entwicklungsprojekten, die in der Form von kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern (so bspw. dem Swiss Investment Fund for Emerging Markets, SIFEM) angeboten werden, Anteile ohne die teure Bestellung eines Vertreters anzubieten.

Absatz 5 übernimmt die Ausnahmeregelung für die in Form von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen angebotenen Mitarbeiterbeteiligungsplänen im bisherigen Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe e. Die Ausnahme gilt wie bisher nur, wenn sich das Angebot auf aktive Mitarbeitende beschränkt. Frankreich kennt sogenannte Mitarbeiterbeteiligungs-Fonds (*fonds communs de placement d'entreprise*, FCPE). Diese kollektiven Kapitalanlagen ermöglichen den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die indirekte Beteiligung an ihrem Arbeitgeber-Unternehmen. Das Angebot darf einzig an Mitarbeitende erfolgen, deren Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst ist. Der Promotor des Mitarbeiterbeteiligungsplans muss über eine direkte oder indirekte Mehrheitsbeteiligung an den Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz verfügen, die dem Mitarbeiterbeteiligungsplan angehören.

Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die in der Schweiz professionellen oder institutionellen Kunden angeboten werden, die gestützt auf Artikel 5 Absatz 2 FIDLEG als Privatkunden gelten wollen, fallen unter die Genehmigungspflicht.

Art. 123 Abs. 1

Die Bestimmung wird an die Aufgabe des Vertriebsbegriffs und an die neue Regelung gemäss Artikel 120 Absatz 4 angepasst. Beim Anbieten ausländischer kollektiver Kapitalanlagen an qualifizierte Anlegerinnen und Anleger gemäss Artikel 10 Absätze 3 und 3^{ter} fällt die Pflicht, einen Vertreter zu bestellen, weg (vgl. Ausführungen zu Art. 120).

Art. 125 Sachüberschrift, Abs. 1 und 3

Absatz 1 bleibt inhaltlich unverändert bestehen, wird aber an den neuen Begriff des Anbietens angepasst. Absatz 2 bleibt unverändert bestehen.

In Absatz 3 wird neu der Gerichtsstand am Sitz des Vertreters bzw. am Sitz oder Wohnsitz der Anlegerin oder des Anlegers nach deren Wahl verankert.

Art. 126 Abs. 1 Bst. a und e, 3 Abs. 3 und 4

Die Fondsleitung muss den Auftrag für die Prüfung der kollektiven Kapitalanlagen erteilen. Die Prüfung der Fondsleitung als Finanzinstitut untersteht den Bestimmungen des FINIG (Abs. 1 Bst. a). Ebenso wird die Prüfung der Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen im FINIG geregelt, weshalb Buchstabe e von Absatz 1 aufgehoben werden kann.

Absatz 3 wird entsprechend Absatz 1 Buchstabe a angepasst. Absatz 4 wird in Absatz 3 eingefügt und kann deshalb aufgehoben werden.

Art. 137 Abs. 1

Diese Bestimmung wird an die Überführung der Fondsleitung und der Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen ins FINIG sowie an die entsprechende Änderung von Artikel 13 KAG angepasst.

Art. 138b Abs. 1 und 2

Diese Bestimmung wird an die Änderung des Konkursverfahrens im Bankenbereich angepasst (vgl. Ausführungen zu Art. 37e BankG).

Art. 138d

Die Bestimmung wurde mit dem FinfraG eingeführt und wird hier in den Absätzen 1 und 2 analog zum vorliegend geänderten Artikel 24 BankG ergänzt (vgl. die dortigen Erläuterungen). Der mit dem FinfraG geschaffene Absatz 2 wird neu zu Absatz 3.

Art. 140

Diese Bestimmung wird auf alle Streitfälle zwischen von der FINMA Beaufsichtigten sowie Gläubigerinnen und Gläubigern, Anlegerinnen und Anlegern und Versicherten ausgedehnt und in einem neuen Artikel 41a FINMAG geregelt (vgl. Ausführungen zu diesem Artikel). Sie kann daher im KAG aufgehoben werden.

Art. 145 Abs. 1 Bst. f

Diese Bestimmung regelt die Verantwortlichkeit nach den Vorschriften des KAG. Aus diesem Grund verbleiben die Fondsleitungen weiterhin in der Liste unter Absatz 1.

Die Verwalter von Kollektivvermögen, die bei der Verwaltung von kollektiven Kapitalanlagen weiterhin die Vorschriften des KAG zu beachten haben, sind konsequenterweise ebenfalls dieser Haftungsregelung zu unterstellen. Sie werden in Absatz 1 Buchstabe f unter ihrer neuen Bezeichnung gemäss Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe a FINIG aufgeführt. Die Bestimmung wird sodann an die Aufhebung der Bewilligungspflicht für Vertriebssträger angepasst.

Art. 148 Abs. 1 Bst. k und l, Abs. 1^{bis}

Die Bestrafung der Verletzung des Berufsgeheimnisses ist neu in Artikel 65 FINIG geregelt. Die entsprechenden Bestimmungen des KAG können deshalb gestrichen werden.

7. Titel 2. und 3. Kapitel

Da die Übergangsbestimmungen, die mit der letzten Revision des KAG eingeführt wurden, beim Inkrafttreten des FIDLEG und des FINIG keine Geltung mehr haben werden, können sie aufgehoben werden.

2.4.16 Bankengesetz

Das 80-jährige BankG weist in struktureller und redaktioneller Hinsicht gravierende Mängel auf. So verfügt das Gesetz weder über einen Zweckartikel noch wird dessen Gegenstand geregelt. Es ist zudem aufgrund der Vielzahl von Teilrevisionen unübersichtlich geworden und weist eine sehr unterschiedliche Regelungstiefe auf. Das vorliegende Gesetzgebungsprojekt wird daher zum Anlass genommen, den ersten Abschnitt des BankG redaktionell zu überarbeiten. Es werden insbesondere eigenständige Bestimmungen über den Gegenstand und den Zweck (vgl. Art. 1) sowie über den Geltungsbereich (vgl. Art. 1^{bis}) geschaffen. Aus Gründen der Rechtssicherheit werden neu auch die Rechtsformen einer Bank gesetzlich verankert (vgl. Art. 1^{quater}). Zudem erhalten die Bestimmungen des ersten Abschnitts Sachüberschriften und es werden zur besseren Übersichtlichkeit zusätzliche Gliederungstitel eingefügt. Besonders hervorzuheben ist ferner, dass im BankG neu integral auf die im FINIG konsolidierten Bestimmungen über Zweigniederlassungen und Vertretungen verwiesen wird (vgl. Art. 2 BankG und Art. 48 ff. FINIG). Das geltende Recht erfährt damit in materieller Hinsicht aber keine Änderung.

Art. 1 Gegenstand und Zweck

Im Gegensatz zu den übrigen Finanzmarktgesetzen enthält das BankG bis anhin keinen formellen Artikel über den Gegenstand und den Zweck. Dies entspricht nicht der heutigen Rechtssetzungslehre und wird daher geändert. Der umschriebene Zweck entspricht der geltenden Lehre und Rechtsprechung und erfasst auch den Schutz vor illegalen Anbietern¹²⁷. Der Schutz der Stabilität des Finanzsystems bezieht sich auf die Bestimmungen zu den systemrelevanten Banken¹²⁸.

Art. 1a Geltungsbereich

Neu wird in das BankG ebenfalls eine eigenständige Bestimmung über den Geltungsbereich aufgenommen. Absatz 1 entspricht dabei Artikel 2a BankV und Absatz 2 entspricht Artikel 3a des geltenden BankG. Die heutigen Definitionen der Bank und der Kantonbank werden damit beibehalten.

Die SNB und die Pfandbriefzentralen fallen bereits nach heutigem Recht nicht unter das BankG (vgl. Art. 1 Abs. 5). Sie können daher in Absatz 3 neu explizit aufgenommen werden. Die heute in Artikel 1 Absatz 3 genannten Institute fallen ohnehin nicht unter die Definition der Bank. Sie müssen daher nicht mehr explizit vom BankG ausgenommen werden.

Art. 1b Entgegennahme von Publikumseinlagen

Diese Bestimmung entspricht Artikel 1 Absatz 2 BankG. Neu wird die Zulässigkeit der Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Wertpapierhäuser ausdrücklich vorbehalten (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 40 FINIG).

Die Ausnahmeregelung für Anleihen entspricht Artikel 1 Absatz 2, 3. Satz BankG, wird indes nunmehr präzisierend und in Anlehnung an Artikel 3a Absatz 3 Buchstabe b BankV auf alle Forderungspapiere ausgedehnt. Deren Auflage gilt insoweit nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen, als für sie ein Prospekt oder ein Basisinformationsblatt nach FIDLEG erstellt wurde (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 61 FIDLEG).

Art. 1c Rechtsform

Aus Gründen der Rechtssicherheit werden neu auch die Rechtsformen einer Bank gesetzlich verankert. Eine Bank mit Sitz in der Schweiz muss demnach die Rechtsform einer juristischen Person des Obligationenrechts aufweisen. Ein Privatbankier muss die Rechtsform einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft innehaben. Die übrigen Rechtsformen sind nicht geeignet, die Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Pflichten sicherzustellen. Insbesondere kommt die Rechtsform eines Einzelunternehmens in Zukunft nicht mehr in Frage – auch nicht für den Privatbankier (vgl. heute Art. 1 Abs. 1 BankG). Dieser Rechtsform kommt in der Praxis jedoch ohnehin keinerlei Bedeutung mehr zu.

¹²⁷ Vgl. dazu Basler Kommentar, BankG; Müller Thomas S., N 18 ff. zur Einleitung.

¹²⁸ Vgl. dazu die Botschaft vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; *too big to fail*), BBl 2011 4717.

Aus der Bestimmung kann nicht gefolgert werden, dass eine Bank in jedem Fall die Rechtsform einer beliebigen juristischen Person aufweisen darf. Die gewählte Rechtsform muss immer auch eine Organisation zulassen, welche die Erfüllung der Aufgaben aus dem Gesetz sicherstellt.

Art. 1d Schutz vor Verwechslung und Täuschung

Die Bestimmung entspricht Artikel 1 Absatz 4, der in einen eigenständigen Artikel verlagert wird.

Art. 2 Zweigniederlassungen und Vertretungen

Mit dem FINIG werden die heute zwar grundsätzlich gleichlautenden, aber in verschiedenen Erlassen und auf unterschiedlichen Erlassstufen geregelten Bestimmungen über Zweigniederlassungen und Vertretungen von Banken, Wertpapierhäusern und Vermögensverwaltern zentralisiert und vereinheitlicht. Dies entspricht dem Gedanken einer einheitlichen und konsistenten Gesetzgebung (vgl. die Erläuterungen zu Art. 48 ff. FINIG). Vorliegend wird daher neu integral auf diese im FINIG konsolidierten Bestimmungen zu Zweigniederlassungen und Vertretungen verwiesen. Das geltende Recht erfährt damit in materieller Hinsicht keine Änderung.

Art. 2a Konzernobergesellschaften und wesentliche Gruppengesellschaften

Die Bestimmung entspricht dem im Anhang zum FinfraG eingeführten Artikel 2^{bis} BankG; geändert wird allein die Artikelnummerierung und es werden die Zahlworte durch die Ordinalzahlen ersetzt. Vom Verweis erfasst werden auch die Verfahrensregeln gemäss Artikel 24.

Art. 3 Sachüberschrift, Abs. 2 Bst. a^{bis}, c^{ter}, d, Abs. 4–7

In Absatz 2 wird unter Buchstabe a^{bis} entsprechend der schon heute bestehenden Praxis und in Anlehnung an die für Finanzinstitute nach FINIG geltende Regelung (Art. 8 Abs. 2 FINIG) als Bewilligungsvoraussetzung das Vorhandensein eines Kontrollsystems zur Erfassung und Steuerung von Risiken festgehalten, das auch Reputationsrisiken erfasst. In Buchstabe c wird, wie in den übrigen Finanzmarktgesetzen, ausdrücklich die unbestrittene Bewilligungspraxis der FINMA verankert, dass auch das beaufsichtigte Institut selber, vorliegend die Bank, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten muss (vgl. die Erläuterungen zu Art. 10 FINIG). Entsprechend wird der bisherige Buchstabe c^{bis} (unverändert) zu c^{ter}. Während Absatz 4 heute keinen Regelungsgehalt mehr aufweist, werden die Absätze 5–7 in eigenständige Artikel 3b und 3b^{bis} verschoben.

Art. 3a Änderung der Tatsachen

Die Bestimmung regelt wie Artikel 7 FINIG die Pflicht der Banken, Änderungen von bewilligungspflichtigen Tatsachen der FINMA zu melden. Die bislang unter Artikel 3a BankG geregelten Kantonalbanken werden neu von Artikel 1a Absatz 3 erfasst.

Art. 3b Meldung qualifizierter Beteiligungen

Die Bestimmung übernimmt Artikel 3 Absätze 5 und 6 BankG materiell unverändert.

Art. 3b^{bis} Auslandsgeschäft

Die Bestimmung übernimmt den heutigen Artikel 3 Absatz 7 BankG und hält in Angleichung an Artikel 14 Buchstabe b FINIG neu fest, dass eine nach schweizerischem Recht organisierte Bank der Aufsichtsbehörde auch Meldung zu erstatten hat, bevor sie eine qualifizierte Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft erwirbt oder aufgibt (vgl. die Erläuterungen zu Art. 14 FINIG).

Art. 3b^{ter} Ombudsstelle

Wie die übrigen Finanzdienstleister müssen sich auch die Banken einer Ombudsstelle anschliessen. Für die meisten Banken ändert sich dadurch grundsätzlich nichts, da sich bereits heute die meisten Banken der bestehenden Ombudsstelle angeschlossen haben. Mit der allgemeinen Pflicht, sich einer Ombudsstelle anzuschliessen, werden nicht nur Streitigkeiten, die Finanzdienstleistungen im Sinne des FIDLEG zum Gegenstand haben, sondern auch Ansprüche aus dem Einlage- und Kreditgeschäft erfasst. Demzufolge fallen beispielsweise auch Streitigkeiten aus dem Hypothekendar- und sonstigen Kreditgeschäft oder aus der reinen Kontoführung einer Bank unter den Anwendungsbereich der Bestimmung.

2a. Abschnitt: Bankdominierte Finanzgruppen und -konglomerate

Art. 3c Begriff

In der Bestimmung werden die Begrifflichkeiten den neuen Gegebenheiten angepasst. In Artikel 45 FINIG werden die wertpapierhandelsdominierte Finanzgruppe und das wertpapierhandelsdominierte Finanzkonglomerat neu ausdrücklich definiert. Künftig kann im BankG daher auf die systemfremde ausdrückliche Nennung des Wertpapierhauses verzichtet werden. Zudem wird die Finanzgruppe neu der Klarheit halber und zur besseren Abgrenzung von Finanzgruppen gemäss FINIG und FinfraG als «bankdominierte Finanzgruppe» bezeichnet.

Art. 3c^{bis} Konsolidierte Aufsicht

Die Bestimmung übernimmt unverändert den heutigen Artikel 3b BankG.

Art. 3d Sachüberschrift, Abs. 1 Bst. a

Die Begrifflichkeiten werden den neuen Gegebenheiten angepasst (vgl. Kommentar zu Art. 3c).

Art. 3f Abs. 2

In der Bestimmung wird neu wie in den übrigen Finanzmarktgesetzen ausdrücklich die unbestrittene Bewilligungspraxis der FINMA verankert, dass das beaufsichtigte

Institut, vorliegend die Finanzgruppe oder das Finanzkonglomerat, selbst Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten muss (vgl. die Erläuterungen zu Art. 3 BankG).

Art. 3g Sachüberschrift, Abs. 2

Die Begrifflichkeiten werden den neuen Gegebenheiten angepasst (vgl. Kommentar zu Art. 3c).

2b. Abschnitt: Ausländisch beherrschte Banken

Art. 3bis Sachüberschrift, Abs. 1 Einleitungssatz und Abs. 4 Einleitungssatz

Das BankG verweist in Bezug auf Zweigniederlassungen und Vertretungen auf das FINIG (vgl. Art. 2). In vorliegender Bestimmung ist daher auf die Nennung der Zweigniederlassungen und Vertretungen zu verzichten.

Art. 4quater

Das Verbot irreführender und aufdringlicher Werbung durch Banken nach Artikel 4quater BankG wird durch das UWG abgedeckt und kann deshalb ersatzlos gestrichen werden.

Art. 11 Abs. 1, Einleitungssatz, Abs. 2bis und 3

Mit der «Too big to fail (TBTF)»-Gesetzgebung wurde 2011 von systemrelevanten Banken insbesondere die Stärkung ihrer Eigenmittelbasis verlangt. Den Banken wurde zu diesem Zweck im BankG auch neu die Möglichkeit geboten, zusätzliches Vorrats- oder Wandlungskapital durch Ausgabe von Aktien oder Partizipationskapital zu schaffen (vgl. Art. 11 Abs. 1 BankG). Die Möglichkeit zur Schaffung von Partizipationskapital steht den Genossenschaftsbanken nach geltendem Recht nicht zur Verfügung, was unlängst durch das Bundesgericht ausdrücklich bestätigt wurde¹²⁹. Das Gericht stellte klar, dass die Ausgabe von Partizipations­scheinen durch Genossenschaften infolge der ausserordentlich prekären Rechtsstellung des Partizipanten ein entsprechendes Tätigwerden des Gesetzgebers durch Übernahme von gesellschaftsrechtlichen Schutzvorkehrungen bedinge.¹³⁰

Es ist auch im Interesse der Gesamtwirtschaft, wenn systemrelevante Banken mit soliden Eigenmitteln ausgestattet sind und ihnen deren Beschaffung nicht unnötig erschwert wird. Mit dem vorliegenden Entwurf soll daher für Genossenschaftsbanken ein wirtschaftlich dem Partizipationskapital der Aktiengesellschaft (vgl. Art. 656a–656g OR) nachgebildetes Beteiligungskapital geschaffen werden. Es handelt sich dabei rechtlich um Eigenkapital *sui generis*, die Regeln des Partizipationskapitals sind nur anwendbar, wenn dies das Gesetz ausdrücklich vorsieht. Soweit der Entwurf nichts anderes bestimmt, gelten für Genossenschaftsbanken die Bestimmungen der Genossenschaft im Obligationenrecht.

¹²⁹ BGE 140 III 206.

¹³⁰ BGE 140 III 206 E. 3.6.3 f.

Art. 14 Beteiligungskapital von Genossenschaftsbanken

Die Bestimmung umschreibt das neu eingeführte Beteiligungskapital und enthält im Weiteren Regeln zu den Schutzrechten der Inhaber von Beteiligungsscheinen.

Abs. 1

Die Bestimmung ist den Regeln zum Partizipationskapital im Aktienrecht nachgebildet. Sie verlangt die Stückelung des Beteiligungskapitals, die Pflicht zur Bezeichnung der Beteiligungsscheine und der Festsetzung eines Nennwerts (vgl. Art. 656a Abs. 1 und 3 OR). Inhaber von Beteiligungsscheinen werden nicht zu Mitgliedern der Genossenschaft. Es ist der Genossenschaftsbank überlassen, ob sie das Beteiligungskapital fix oder variabel ausgestaltet und ob sie entsprechende Bestimmungen in ihre Statuten aufnehmen will. Entsprechend wird auch ein Eintrag des Kapitals im Handelsregister nicht notwendig sein. Der Vorteil flexiblen Beteiligungskapitals wird etwa darin liegen, dass kein Herabsetzungsverfahren nach Artikel 874 OR notwendig ist. Auf eine Anpassung von Artikel 903 Absatz 3 OR (Anzeigepflicht bei Überschuldung und bei Kapitalverlust) kann im Übrigen verzichtet werden, da diese Bestimmung bei Genossenschaftsbanken ohnehin durch die einschlägigen Bestimmungen des Bankengesetzes übersteuert wird.

Abs. 2

Der Absatz umschreibt in Anlehnung an die Regelung für Inhaber von Anteilsscheinen der Genossenschaft (vgl. Art. 856 Abs. 1 OR) bestimmte Informationsrechte der Inhaber von Beteiligungsscheinen zur Wahrnehmung ihrer Rechte in der Generalversammlung.

Abs. 3

Dieser Absatz gewährt dem Inhaber von Beteiligungsscheinen Schutz vor Ungleichbehandlung. Die Bestimmung ist dem Aktienrecht nachgebildet (vgl. Art. 656f Abs. 3 OR).

Abs. 4

Absatz 4 stellt Inhaber von Beteiligungsscheinen und solche von Anteilsscheinen bei der Verteilung des Bilanzgewinns und des Liquidationsergebnisses gleich (vgl. Art. 656f Abs. 1 OR).

Abs. 5

Die Bestimmung gewährt Inhabern von Beteiligungsscheinen das Klagerecht, wie es den Genossenschaftlern zusteht. Sie können demnach von der Generalversammlung oder in der Urabstimmung gefasste Beschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, vor Gericht anfechten (vgl. Art. 891 OR).

Abs. 6

Absatz 6 gewährt dem Inhaber von Beteiligungsscheinen unter bestimmten Voraussetzungen das zum Schutz seiner Ansprüche zentrale Recht¹³¹, einen Antrag auf Sonderprüfung zu stellen (vgl. im Aktienrecht Art. 656b Abs. 3 i.V.m. Art. 697a–697g OR). Damit können die Inhaber von Beteiligungsscheinen bestimmte Sachverhalte abklären lassen, wenn dies zur Ausübung ihrer Ansprüche notwendig ist.

¹³¹ BGE 140 III 206 E. 3.6.3.

Durch die Zwischenschaltung des Sonderprüfers als Vertrauensperson wird sowohl das Geheimhaltungsinteresse der Genossenschaft als auch das legitime Interesse auf Auskunft der Beteiligten in Einklang gebracht. Lehnt die Generalversammlung den Antrag um Sonderprüfung ab, können die Inhaber von Beteiligungsscheinen unter den in Absatz 3 genannten Voraussetzungen das Gericht ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen.

Art. 14a Reserve, Dividenden und Erwerb eigener Beteiligungsscheine von Genossenschaftsbanken

Abs. 1 und 2

Zusätzlich zu den auf dem Genossenschaftskapital zu bildenden Reserven nach Genossenschaftsrecht (vgl. Art. 860 ff. OR) schreibt die Bestimmung für Genossenschaftsbanken, welche Beteiligungsscheine ausgeben, die Bildung von allgemeinen Reserven auf dem Beteiligungskapital in Anlehnung an die aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen vor und regelt deren Zuweisung sowie Verwendungsmöglichkeiten (vgl. dazu Art. 671 OR i.V.m. Art. 656b Abs. 3 OR).

Abs. 3

Die Bestimmung stellt klar, dass allfällige Dividenden auf Beteiligungsscheinen der Genossenschaftsbank ausschliesslich aus dem Bilanzgewinn und aus dafür vorgesehenen Reserven (*e contrario* nicht aus den nach dieser Bestimmung gebildeten Reserven) ausgeschüttet werden dürfen (vgl. Art. 675 Abs. 2 OR). Die Gewinnverteilungsvorschrift des Genossenschaftsrechts verwendet den Begriff Reinertrag (vgl. Art. 859 OR), welcher mit dem hier verwendeten und im Aktienrecht geläufigen Begriff des Bilanzgewinns identisch ist.

Abs. 4 und 5

Die Bestimmungen übernehmen den Inhalt der aktienrechtlichen Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien (und Partizipationsscheine), welcher ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist (vgl. Art. 659 und 659a OR), und schafft in dieser Hinsicht zwischen Banken in Form der Aktiengesellschaft und Genossenschaftsbanken gleich lange Spiesse.

Art. 14b Meldepflicht und Verzeichnis bei Genossenschaftsbanken

Um den neuesten Transparenzvorschriften gemäss Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI-Vorlage) gerecht zu werden, verweist die Bestimmung auf die entsprechenden Vorschriften im künftigen Obligationenrecht (vgl. Art. 697i-k und Art. 697m OR). Nach diesen Bestimmungen sind auch stimmrechtslose Inhaberpartizipationsscheine von den Meldepflichten erfasst. Der Entwurf übernimmt die relevanten Bestimmungen für Beteiligungsscheine der Genossenschaftsbank analog.

Art. 24 Sachüberschrift, Abs. 2 und 2^{bis}

Inhaltlich fasst die Sachüberschrift (Stellung der Gläubiger und Eigner bei Insolvenzmassnahmen) die Massnahmen nach dem elften und dem zwölften Abschnitt unter dem bislang in Artikel 37g BankG verwendeten Begriff der Insolvenzmassnahmen zusammen.

Nach bisherigem Recht erstellt der Konkursliquidator im Bankenkonzursverfahren die Schlussrechnung und die Verteilungsliste. Er unterbreitet beide Dokumente der FINMA zur Genehmigung (Art. 36 Abs. 2 Bankeninsolvenzverordnung vom 30. August 2012¹³² [BIV-FINMA]). Gegen diese beiden Beschlüsse ist nach dem heutigen Artikel 24 Absatz 2 keine Beschwerde möglich. Die Schlussrechnung und die Verteilungsliste erwachsen daher mit der Genehmigung durch die FINMA in Rechtskraft.

Diese Regelung ist für die betroffenen Gläubiger unbefriedigend: Durch die Zulassung von Massakosten mittels Genehmigung von Schlussrechnung und Verteilungsliste wird ihre künftige Dividende unmittelbar verkürzt. Im Verfahren der Genehmigung von Verteilungsliste und Schlussrechnung steht dem Gläubiger – abgesehen von der Aufsichtsanzeige nach Artikel 6 BIV-FINMA – der Rechtsmittelweg nicht offen. Ausserdem erscheint es im Lichte des verfassungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes und der Rechtsweggarantie heikel, dass sich der Gläubiger gegen eine Kürzung seiner Forderung nicht mittels eines Rechtsmittels soll wehren können.

Aus diesen Gründen sollen die Gläubiger neu befugt sein, Verfügungen der FINMA betreffend die Genehmigung der Verteilungsliste und der Schlussrechnung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg, also mittels Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, anzufechten. Diese Stärkung der Gläubigerrechte überwiegt die mögliche Gefahr der Verlängerung des Verfahrens (und damit des Zeitpunkts der Verteilung an die Gläubiger). Das Rechtsmittelverfahren stellt die Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns sicher.

Sodann wird in Absatz 2^{bis} festgehalten, dass die Beschwerdefrist zur Anfechtung der Genehmigung von Verteilungsplan und Schlussabrechnung in Analogie zu Artikel 250 SchKG nach dem Tag zu laufen beginnt, an dem die FINMA diese Dokumente zur Einsicht aufgelegt hat (vgl. hinten Art. 37e Abs. 1^{bis}).

Art. 26 Abs. 2 zweiter Satz

Die Bestimmung nennt neu auch die Möglichkeit eines Verzichts auf Publikation, wenn dadurch der Zweck der angeordneten Massnahmen vereitelt würde, was bereits bislang das Verständnis war.

Art. 28 Abs. 2

Bereits gemäss der bestehenden Bestimmung hat die FINMA das Recht, die für die Durchführung des Sanierungsverfahrens notwendigen Verfügungen und Anordnungen zu erlassen. Dies hat sie mit dem Erlass der BIV-FINMA bereits getan. Artikel 28 Absatz 2 wird nun insofern angepasst, als dass neu explizit erwähnt wird, dass die FINMA Verfahrensregeln für die Sanierung erlassen kann und ihre Kompetenz damit sowohl den Erlass von Ausführungsbestimmungen als auch von Verfahrensvorschriften umfasst. Die gleichen Kompetenzen stehen der FINMA auch im Bankenkonzurs zu (vgl. Art. 34 BankG).

Art. 30b Wandlung und Forderungsreduktion

Der sogenannte Bail-in (Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital oder die Forderungsreduktion) stellt die bevorzugte Sanierungsstrategie der FINMA dar. Auf Gesetzesstufe findet sich heute lediglich eine kurze Erwähnung des Bail-in (Art. 31 Abs. 3 BankG). Er wird nun eigenständig und detailliert in einem neuen Artikel 30b verankert, der mit gewissen Änderungen verschiedene Bestimmungen aus der (später anzupassenden) BIV-FINMA aufnimmt. Die neue Bestimmung erhöht nicht nur die Rechtssicherheit und damit die Durchsetzbarkeit des Bail-in, sondern sie setzt auch Vorgaben der FSB *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* um, an deren Erarbeitung die Schweiz unmittelbar beteiligt war. Mit der Übernahme der internationalen Standards wird ein abgestimmtes und erfolgversprechendes Krisenmanagement in grenzüberschreitenden Sanierungsverfahren sichergestellt.

Abs. 1

Die Bestimmung lehnt sich stark an den zurzeit geltenden Artikel 31 Absatz 3 BankG an. Weiterhin soll ein Bail-in nur im Rahmen eines Sanierungsplans angeordnet werden können. Voraussetzung ist aber nicht mehr, dass die drohende Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden kann. Damit wird es möglich sein, einen Bail-in anzuordnen, wenn dieser die aussichtsreichste Sanierungsstrategie darstellt, selbst wenn nicht auszuschliessen ist, dass auch andere Massnahmen eine drohende Insolvenz hätten verhindern können. Dies ist insbesondere in Fällen bedeutsam, in welchen die Insolvenz der Bank die Systemstabilität gefährdet. Die gesteigerte Flexibilität in der Wahl der Mittel zur Abwendung einer drohenden Insolvenz erhöht die Chancen für eine erfolgreiche Sanierung und damit auch für die Abwendung einer Systemkrise.

Abs. 2

Hier wird bestimmt, welche Forderungen vom Bail-in ausgenommen sind. Wie gemäss geltendem Recht (vgl. Art. 49 BIV-FINMA) betrifft dies privilegierte, gesicherte und verrechenbare Forderungen. Zusätzlich und in Anlehnung an Artikel 37 BankG stellt das Gesetz neu klar, dass auch Forderungen aus Verbindlichkeiten, welche die Bank während der Dauer der Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h BankG eingehen durfte, vom Bail-in ausgenommen sind. Damit sollen insbesondere Forderungen von Dienstleistern und anderen Gläubigern geschützt werden, welche während des Sanierungsverfahrens weiterhin ihre Leistungen erbringen. Es soll vermieden werden, dass diese Gläubiger in einer sich abzeichnenden Krise, aus Sorge über einen möglichen Bail-in, ihre Vertragsbeziehung zu der gefährdeten Bank auflösen, oder ihre Leistungen nur noch gegen Sicherheiten oder Vorauszahlung anbieten.

Abs. 3

Gläubiger der Bank sollen gegenüber den Eignern bevorzugt behandelt werden (vgl. auch Art. 31 Abs. 1 Bst. c BankG). Aus diesem Grund bestimmt Absatz 3, dass vor Durchführung eines Bail-in das bisherige Aktienkapital vollständig herabgesetzt werden muss. Dadurch gehen sämtliche Aktionärsrechte, insbesondere auch die Bezugsrechte, unter. Der Verlust des Bezugsrechts ist daher dem Bail-in immanent, was auch deshalb geboten ist, weil die Gläubiger aufgrund ihres Vorrangs gegenüber

den Eignern erst dann in die Sanierung miteinbezogen werden dürfen, wenn die Aktionäre aller ihrer Rechte verlustig gegangen sind. Zudem werden sämtliche neuen Aktien im Rahmen der Wandlung von Forderungen von Gesetzes wegen den entsprechenden Gläubigern zugeteilt, sodass Bezugsrechte ausgeschlossen sind. Aus den erwähnten Gründen wurde auf eine Übernahme von Artikel 47 Absatz 2 BIV-FINMA auf Gesetzesstufe verzichtet.

Neben der Herabsetzung des Aktienkapitals muss auch das Wandlungskapital («CoCos») gewandelt oder vollständig reduziert werden. Damit wird sichergestellt, dass ein Verlust in erster Linie von den Inhabern von CoCos und den Anteilseignern getragen wird. Dies widerspiegelt die geltende Rechtslage (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c BIV-FINMA). Zu bemerken ist, dass eine Wandlung von CoCos in Eigenkapital typischerweise vor der Durchführung eines Bail-in erfolgen wird (vgl. dazu Art. 29 Abs. 2 Eigenmittelverordnung vom 1. Juni 2012¹³³ [ERV]). Im Rahmen dieser Wandlung werden die Inhaber von CoCos zu Aktionären. Deren Kapital wiederum wird im Vorfeld eines Bail-in vollständig herabgesetzt. Von Absatz 3 nicht betroffen sind Forderungen, die speziell zur Verlusttragung im Falle der behördlichen Anordnung eines Bail-in ausgegeben wurden (sog. Bail-in Bonds; vgl. Abs. 4).

Auf die Übernahme von Artikel 48 Absatz 1 Buchstabe a BIV-FINMA, wonach so viel Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt werden muss, dass die Bank nach erfolgter Sanierung die für die Fortführung der Geschäftstätigkeit notwendigen Eigenmittelanforderungen zweifelsfrei erfüllt, wurde verzichtet. Dies deshalb, weil eine ähnliche Regelung bereits in Artikel 29 BankG statuiert ist.

Abs. 4

Die Bestimmung legt angelehnt an die BIV-FINMA (Art. 48 Abs. 1 Bst. d) eine eigene Rangfolge fest, gemäss welcher Forderungen gewandelt oder reduziert werden dürfen. Weiterhin dürfen Forderungen eines nachfolgenden Rangs erst einbezogen werden, wenn die Wandlung oder die Reduktion von Forderungen des vorangehenden Rangs für eine zweifelsfreie Erfüllung der Eigenmittelanforderungen nicht ausreicht (Erschöpfungsprinzip). Nach wie vor sind nach Buchstabe a vorerst alle nachrangigen Forderungen zu wandeln oder zu reduzieren. Darunter fallen die von der Bank ausgegebenen Schuldinstrumente im zusätzlichen Kernkapital (AT1) oder Ergänzungskapital (T2), die als regulatorische Eigenmittel angerechnet werden können. Bei diesen Instrumenten ist die Nachrangigkeit gesetzlich vorgeschrieben (vgl. Art. 20 Abs. 3 ERV). Darunter können auch nachrangige Forderungen fallen, welche nicht regulatorische Eigenmittel darstellen, wie bspw. Schuldverschreibungen, die nicht mehr als regulatorisches Kapital angerechnet werden (sog. *old style T2*).

Neu folgen unter Buchstabe b Forderungen, die eigens zur Verlusttragung im Falle der behördlichen Anordnung von Insolvenzmassnahmen ausgegeben wurden (Bail-in Bonds). Dabei handelt es sich um Forderungen, bei welchen die Gläubiger einer Wandlung oder Reduktion im Voraus vertraglich zugestimmt haben. Die Schaffung dieses neuen zweiten Rangs trägt der Tatsache Rechnung, dass es nicht angemessen wäre, Bail-in Bonds im gleichen Rang wie die übrigen (3. Klass-)Forderungen, bei

denen die Gläubiger im Vorfeld keine Zustimmung zum Bail-in abgegeben haben, zu wandeln oder zu reduzieren. Die Schaffung eines eigenen Ranges für die Gläubiger von Bail-in Bonds zwischen den nachrangigen Forderungen und den übrigen Forderungen, wozu auch die Senior Bonds gehören, ist daher zur Einhaltung der Gläubigerhierarchie unumgänglich.

Danach folgen im dritten Rang alle übrigen Forderungen, mit Ausnahme der Einlagen. Auf diese kann erst im vierten Rang und auch nur soweit zurückgegriffen werden, als sie nicht privilegiert sind (privilegierte Forderungen sind generell vom Bail-in ausgenommen).

Abs. 5

Die Bewilligung der Bank hängt auch davon ab, dass die qualifiziert beteiligten Aktionäre (mindestens 10 % Stimmen oder Kapital oder andere massgebliche Beeinflussung) einen Unbedenklichkeitsnachweis (vgl. vorne Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{ter} BankG) erbringen. Sieht der Sanierungsplan die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital vor, so werden Gläubiger der Bank mit der Genehmigung des Plans von Gesetzes wegen zu Aktionären. Generell gilt auch hier, dass die neuen Aktionäre ihre Stimmrechte erst ausüben können, sobald sie im Aktienbuch der betreffenden Bank eingetragen wurden. Dies ermöglicht es der Bank, eine Bestandsaufnahme ihres neuen Aktionariats durchzuführen. Trotzdem besteht die Gefahr, dass neue Aktionäre mit einer qualifizierten Beteiligung ihre Stellung zum Nachteil der Bank ausüben. Daher ist eine generelle Suspendierung aller Stimmrechte vorgesehen, welche die Schwelle von 10 % übersteigen. Sie können erst ausgeübt werden, wenn die Unbedenklichkeit der betreffenden Aktionäre von der FINMA festgestellt wurde.

Art. 31 Abs. 1 Bst. a und b sowie Abs. 3

Abs. 1 Bst. a und b

Buchstabe a stellt entsprechend der bisherigen Praxis klar, dass die Bewertung nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven miteinbeziehen muss. Buchstabe b wird dahingehend angepasst, dass der Sanierungsplan genehmigt werden kann, wenn er die Gläubiger voraussichtlich nicht schlechter stellt als im Konkurs (bislang wird voraussichtlich eine Besserstellung verlangt). Dies stimmt mit internationalen Standards überein (FSB *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*), nach denen ein Bail-in nur dann durchgeführt werden kann, wenn die Gläubiger dadurch nicht schlechter gestellt werden als im Konkurs (*no creditor worse off than in liquidation*; siehe Abs. 3).

Die Einhaltung dieser Anforderung wird im Rahmen des sogenannten *no creditor worse off test* (NCWOT) sichergestellt. Der NCWOT sollte gerade bei Banken in der Regel keine unüberwindbare Hürde darstellen, zumal die Sanierungswerte auf der Fortführung des Instituts basieren, wohingegen im Fall des Konkurses der Liquidationswert zu berücksichtigen wäre.

Allerdings besteht beim Bail-in die Besonderheit, dass sich nicht alle Gläubiger uneingeschränkt auf den NCWOT berufen können. Dies betrifft insbesondere Gläubiger, die sich vertraglich dazu verpflichtet haben, einer Bank Mittel zur Verfügung zu stellen, welche zur Verlustabdeckung oder zur Vermeidung einer Insolvenz dienen, wie namentlich CoCos, aber auch AT1- oder T2-Anleihen. Dies gilt aber

auch für die Gläubiger von nachrangigen Forderungen (ohne Eigenmittelanrechnung) und Bail-in Bonds. Das strikte Einhalten der Gläubigerhierarchie beim Bail-in, d. h. das vollständige Auslösen einer nachrangigeren Forderung bevor eine vorrangige angetastet werden darf, ist im Lichte der Bedeutung dieser Hierarchie auf dem internationalen Kapitalmarkt und für Investoren der entsprechenden Kapitalinstrumente unumgänglich. Aus diesen Gründen besteht für die genannten Kategorien der Gläubiger kein Schutz aus dem NCWOT und damit auch kein Anspruch auf einen Ausgleich im Fall einer Schlechterstellung.

Während der NCWOT für die Gläubiger gemäss Artikel 30b Absatz 4 Buchstaben a und b hinter der strikten Befolgung der Gläubigerhierarchie zurücktreten muss, verhält sich die Situation bei den Gläubigern gemäss Buchstaben c (übrige Forderungen) und d (Einlagen) anders. Diese Gläubiger können sich auf den NCWOT berufen bzw. müssen sich eine Einschränkung nur gegen Entschädigung gefallen lassen.

Im Gegensatz zur Bail-in-Hierarchie würden im Konkurs die Gläubiger gemäss Buchstaben c und d in die gleiche Konkursklasse fallen (vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG) und damit auch eine Konkursdividende in gleicher Höhe erhalten. Die Tatsache, dass die Last des Bail-in nicht gleichmässig auf diese beiden Ränge verteilt werden kann, erhöht das Risiko, dass die Gläubiger gemäss Buchstabe c in der Sanierung schlechter gestellt sind, als sie es im Konkurs wären. Sollte dies der Fall sein, dürfte ein Bail-in an sich nicht durchgeführt werden.

Abs. 3

Im Fall einer systemrelevanten Bank, könnte die Regelung von Absatz 1 erhebliche Probleme verursachen und ein Risiko für die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem darstellen. Das öffentliche Interesse an einer erfolgreichen Sanierung solcher Banken ist besonders hoch zu gewichten, steht doch die Vermeidung der Gefährdung einer ganzen Volkswirtschaft im Raum. Dies rechtfertigt in gewissen Fällen einen stärkeren Eingriff in die privaten Interessen der Gläubiger. Aus diesem Grund sieht Absatz 3 neu vor, dass hinsichtlich systemrelevanter Banken ein Sanierungsplan auch dann genehmigt werden kann, wenn er die Gläubiger schlechter stellt als im Konkurs. Die Schlechterstellung soll indes möglichst gering gehalten, oder sogar vermieden werden, indem eine angemessene Entschädigung angestrebt wird. Dies entspricht den internationalen Standards und stellt sicher, dass eine Sanierung in jedem Fall durchgeführt werden kann, selbst wenn gewisse Gläubiger zumindest vorläufig eine gewisse Schlechterstellung hinnehmen müssen. Mittels der Entschädigung sollten alle Gläubiger im Endeffekt zumindest so viel erhalten, wie ihnen im Konkurs zuteil geworden wäre. Die Form der Entschädigung kann aufgrund der Fülle an Möglichkeiten nicht im Voraus verbindlich festgelegt werden. Eine diesbezügliche Beschränkung wäre auch nicht sinnvoll und würde die zuständigen Behörden über Gebühr in ihrer Handlungsfreiheit einschränken. Beispiele einer möglichen Entschädigung wären Beteiligungen an der sanierten Bank, sei es in Form von Aktienoptionen oder Genussscheinen, oder eine Vorteilsgewährung auf andere Weise.

Art. 31b Wertausgleich

Nach Artikel 31 Absatz 2 BankG kann zur Sanierung einer Bank deren Vermögen auf einen anderen Rechtsträger oder auf eine Übergangsbank übertragen werden. Werden nur Teile des Vermögens übertragen, so hat die FINMA eine unabhängige Bewertung anzuordnen (Art. 31b Abs. 1 BankG). Es wurde indes erkannt, dass diese Vorschrift in gewissen Situationen das Ziel einer raschen und wirkungsvollen Sanierung gefährden kann. Insbesondere in Situationen, in welchen das Vermögen rasch an einen übernehmenden Rechtsträger verkauft werden müsste, könnte eine länger andauerndes Bewertungsverfahren die Übertragung verhindern oder zu hohen Abschlagszahlungen führen. Aus diesem Grund soll der FINMA die Kompetenz zukommen, den Ausgleich nach eigenem Ermessen zu regeln. Auch wenn nicht mehr Pflicht, wäre die Anordnung einer unabhängigen Bewertung somit nach wie vor möglich. Es wären auch Kombinationsmöglichkeiten denkbar, in denen die FINMA gleichzeitig mit der Anordnung einer unabhängigen Bewertung eine maximale Ausgleichssumme festlegt, um einen Verkauf zu ermöglichen. Wie unter geltendem Recht hat der Ausgleich nur unter den betroffenen Rechtsträgern und nicht unter Eignern oder Gläubigern zu erfolgen.

Art. 32 Abs. 3, 3^{bis} und 4

Abs. 3

Die Bestimmung regelt die Berechnung der Fristen zur Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen. Die Änderung stellt lediglich klar, dass nicht die Konkursöffnung für die Berechnung der Fristen massgebend ist, sondern der Zeitpunkt der Genehmigung des Sanierungsplans.

Abs. 3^{bis}

Gemäss geltendem Recht «verwirkt» das Anfechtungsrecht zwei Jahre nach der Genehmigung des Sanierungsplans. Im SchKG wurden die Fristen von Verwirkungs- in Verjährungsfristen umgewandelt (vgl. Art. 292 SchKG). Im Sinne der Konsistenz soll diese Änderung auch im BankG nachvollzogen werden.

Abs. 4

Rechtshandlungen können nicht angefochten werden, sofern sie in Umsetzung eines von der FINMA genehmigten Sanierungsplans erfolgen (Art. 32 Abs. 2^{bis} BankG). Es erscheint naheliegend, dass diese Regelung sinngemäss auch für das Geltendmachen von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche gelten muss. Dies wird in Absatz 4 klargestellt.

Art. 34 Wirkungen und Ablauf

Zusammen mit Artikel 28 BankG bildet die Bestimmung die Grundlage für die BIV-FINMA. Aus Gründen der Klarheit wird der mehrdeutige und unklare Begriff der Anordnung ersetzt durch denjenigen der Verfahrensregeln.

Art. 37e Abs. 1 und 2

Abs. 1

In Anlehnung an den bisherigen Wortlaut von Artikel 36 Absatz 2 BIV-FINMA erhält die Zuständigkeit der FINMA zur Genehmigung von Verteilungsliste und Schlussrechnung neu eine formellgesetzliche Grundlage.

Abs. 2

In dieser Bestimmung wird das bewährte Verfahren von Artikel 263 SchKG unter Berücksichtigung der bankeninsolvenzrechtlichen Besonderheiten betreffend Beschwerdefrist und Publikationsorganen nachgebildet.

Art. 57 Übergangsbestimmung zur Änderung vom ...

Im Rahmen der Umsetzung der Schweizer Notfallplanung für systemrelevante Banken kann es erforderlich sein, gewisse systemrelevante Funktionen auf einen eigenständigen Rechtsträger mit Domizil in der Schweiz zu übertragen. Diese ex-ante Separierung soll die Fortführung der systemrelevanten Funktionen im Krisenfall gewährleisten. Sollte ein Schweizer Rechtsträger in eine Krise geraten, hat der Schutz der sich in dieser Rechtseinheit befindlichen und für die Stabilität des Schweizer Finanzplatzes unabdingbaren systemrelevanten Funktionen höchste Priorität. Würde die Sanierung einer solchen Einheit bspw. mittels Bail-in notwendig werden, sollten daher Forderungen von Gläubigern, welche direkt mit den systemrelevanten Funktionen zusammenhängen, gegenüber Forderungen, die vor der Übertragung begründet wurden und nicht mit der Fortführung der systemrelevanten Funktionen zusammenhängen, für deren Erfüllung die Gläubiger aber – aufgrund einer vertraglichen Solidarhaftung – auf die Schweizer Rechtseinheit zurückgreifen könnten, bevorzugt behandelt werden können. Eine dadurch erhöhte Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Sanierung der Schweizer Rechtseinheit einer systemrelevanten Bank soll zur Gewährleistung des vorrangigen Ziels der ununterbrochenen Fortführung der systemrelevanten Funktionen beitragen.

Mit der vorliegenden Übergangsbestimmung steht der FINMA ein gewisses Ermessen zu, die für die Fortführung der systemrelevanten Funktionen wesentlichen Forderungen, worunter namentlich auch solche fallen, bei deren Einbezug in die Sanierung eine Ansteckung weiterer Finanzmarktteilnehmer wahrscheinlich wäre, gegenüber den vorgenannten Solidarforderungen bevorzugt zu behandeln. Dies schafft die Möglichkeit, Solidarforderungen vor den anderen Forderungen zur Verlusttragung heranzuziehen. Damit wird der FINMA ein notwendiges und wirksames Instrument zum Schutz der Stabilität des schweizerischen Finanzsystems in die Hand gegeben. Die Regelung soll aber nur so lange gelten, wie dies aufgrund der Höhe der Solidarforderungen gegenüber der ex-ante separierten Schweizer Rechtseinheiten erforderlich ist. Da sich diese Forderungen über die Zeit abbauen, erscheint hier eine gesetzliche Frist von 5 Jahren laufend ab Bewilligung des Notfallplans angemessen.

2.4.17

Geldwäschereigesetz

Art. 2 Abs. 2 Bst. a^{bis}, b, b^{bis} und d, 3 Bst. e

Abs. 2

Im neuen Buchstaben a^{bis} werden die Vermögensverwalter und Trustees im Sinne des FINIG sowie die Handelsprüfer gemäss EMKG, die Bankedelmetalle handeln, als Finanzintermediäre zusammengefasst. Die Vermögensverwalter nach den Artikeln 16 ff. FINIG fielen bis anhin als Finanzintermediäre des Parabankensektors unter Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe e GwG. Ihre Aufnahme in Absatz 2 Buchstabe a^{bis} rechtfertigt sich, da sie neu einer prudenziellen Aufsicht durch eine Aufsichtsbehörde (wozu auch die Aufsichtsorganisation zu zählen ist; vgl. Art. 57 FINIG) unterstellt werden. Sie können sich damit in Zukunft keiner SRO nach dem GwG mehr anschliessen (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 12 GwG).

Mit einer wörtlichen Anwendung der bisherigen Bestimmung in Buchstabe b würde ein Grossteil der Fondsleitungen aus dem Geltungsbereich des GwG fallen. Da dies im Widerspruch zu internationalen Standards (namentlich der GAFI-Empfehlungen) stehen würde, wurden bereits unter der bisherigen Regelung alle Fondsleitungen ohne Einschränkung als Finanzintermediäre behandelt. Buchstabe b wird deshalb der geltenden Praxis angepasst.

In Buchstabe b wird in Übereinstimmung mit den anderen Bestimmungen der Verweis auf das FINIG eingefügt. In Buchstabe b^{bis} wird die Bezeichnung der Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen an den mit dem FINIG eingeführten neuen Begriff der Verwalter von Kollektivvermögen angepasst.

In Buchstabe d wird schliesslich der Begriff des Effektenhändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses und der Verweis auf das BEHG wird angepasst.

Abs. 3

Aufgrund der Überführung der Vermögensverwalter in Absatz 2 Buchstabe a^{bis} kann Absatz 3 Buchstabe e aufgehoben werden.

Art. 3 Abs. 5

Im Aufsichtsbereich der Aufsichtsorganisation gemäss Artikel 43a FINMAG obliegt es ihr, die erheblichen Werte im Sinne dieser Bestimmung festzulegen und gegebenenfalls anzupassen. Die Bestimmung wird um diese neue Institution ergänzt.

Art. 12 Bst. a, a^{bis} und c

Die Unterstellung aller Vermögensverwalter, Trustees und Handelsprüfer, die Bankedelmetalle handeln, unter eine prudenzielle Aufsicht (Art. 2 Abs. 2 Bst. a^{bis}) hat zur Folge, dass die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des GwG neu im Rahmen dieser laufenden Aufsicht durch die zuständige Aufsichtsbehörde gemäss FINIG erfolgt. Ein Anschluss an eine SRO im Sinne von Artikel 24 GwG ist damit für sie in Zukunft nicht mehr möglich. Grundsätzlich wird die Aufsicht über die Vermögensverwalter, Trustees und Handelsprüfer, die Bankedelmetalle handeln, durch die Aufsichtsorganisation gemäss Artikel 57 Absatz 1 FINIG wahrgenommen (vgl. Art. 43c Abs. 4 FINMAG). Besteht keine solche Aufsichtsorganisation, wird

die Aufsicht durch die FINMA wahrgenommen (vgl. Art. 57 Abs. 3 FINIG). Vorliegende Bestimmungen werden entsprechend angepasst.

Art. 14, 18 Abs. 1 Bst. b, e und f, Abs. 3, 19a und 20 und 28 Abs. 2–4

Finanzintermediäre des Parabankbereichs müssen sich entweder einer SRO anschliessen oder bei der FINMA eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einholen (sog. DUFİ). Die DUFİ werden jedoch von der FINMA nicht prudenziell überwacht. Die Aufsicht bezieht sich vielmehr ausschliesslich auf die Einhaltung der Pflichten aus dem GwG. Ähnlich wie bei den Vertriebssträgern von kollektiven Kapitalanlagen (vgl. Ausführungen zu Art. 13 KAG unter Ziff. 2.4.15) erweist sich diese Situation als unbefriedigend, da eine Bewilligungspflicht ohne laufende prudenzielle Aufsicht bei den Kunden zu Missverständnissen führt und grundsätzlich ein nicht gerechtfertigtes Vertrauen in die Überwachung der Tätigkeit des Bewilligungspflichtigen weckt. Dieses Problem wird dadurch verstärkt, dass sich die DUFİ nach geltendem Recht als «Beaufsichtigte» bezeichnen dürfen (vgl. Art. 3 FINMAG).

In der Schweiz gibt es heute (Stand: Oktober 2015) 229 DUFİ, von welchen 126 zukünftig einer prudenziellen Aufsicht unterstellt und damit ihren DUFİ-Status verlieren werden (vgl. diesbezüglich die Erläuterungen zu Art. 12 GwG). Eine prudenzielle Beaufsichtigung der verbleibenden 169 DUFİ scheidet wegen der von ihnen ausgeübten Tätigkeiten als unverhältnismässig aus. Andererseits besteht kein Anlass, ihre Unterstellung unter das GwG aufzuheben und damit die heutige Geldwäscherei-Prävention zu schwächen. Dies umso weniger, als die Schweiz im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor an internationale Verträge gebunden ist.

Die Bewilligungspflicht für DUFİ, die auch gemäss der neuen Regulierung nicht als Vermögensverwalter einer prudenziellen Aufsicht unterstehen, wird daher durch eine Anschlusspflicht an eine SRO ersetzt. Eine solche Anschlusspflicht ist gemäss einem im Auftrag des EFD erstellten Rechtsgutachtens verfassungskonform. Sie erfüllt das gesetzlich festgelegte Regulierungsziel einer GwG-Kontrolle für alle Finanzintermediäre und ist ein umfassendes, effizientes und transparentes Mittel der Geldwäschereibekämpfung.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die SRO bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben gemäss Artikel 35 Absatz 2 BV an die Grundrechte gebunden sind. Das Anschlussverfahren muss somit willkürfrei sein, die Finanzintermediäre rechtsgleich behandeln und ihnen das rechtliche Gehör gewähren. Die Voraussetzungen für den Anschluss an eine SRO werden weiterhin dem Grundsatz nach auf Gesetzesstufe (Art. 14) verankert. Erfüllt ein Finanzintermediär die Voraussetzungen zur Aufnahme als Mitglied, ist eine SRO grundsätzlich verpflichtet, ihn aufzunehmen. Die SRO sind indes berechtigt, ihre Mitgliedschaft auf Finanzintermediäre aus einem bestimmten Berufszweig einzuschränken (Art. 14 Abs. 3). Auf die Voraussetzung des Handelsregistereintrags und der behördlichen Bewilligung gemäss geltendem Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe a wird gemäss gutachterlicher Empfehlung verzichtet, um den strukturellen Unterschieden der verschiedenen Branchen besser Rechnung zu tragen.

Die bisherigen Bestimmungen über die direkte Aufsicht der FINMA über DUFI werden folglich aufgehoben.

In Artikel 18 Absatz 3 wird der zweite Satz gestrichen. Die Voraussetzungen für die Zulassung von Anwältinnen und Anwälte sowie von Notarinnen und Notare zur Durchführung von GwG-Kontrollen sind in Artikel 18 Absatz 4 verankert. Der Verweis des aus diesem Grund aufgehobenen Artikel 9a Absatz 5 des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG)¹³⁴ erübrigt sich somit (vgl. Ausführungen zu Art. 9a Abs. 5 RAG).

Art. 16 Abs. 1 Einleitungssatz und 17, 29, 29a Abs. 3 und 4, 34 Abs. 2, 35 Abs. 2

Die jeweilige Aufsichtsbehörde gemäss FINIG und FINMAG verfügt im Bereich der Geldwäschereibekämpfung über dieselben Kompetenzen wie die FINMA und die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK). Aus diesem Grund wird sie in den betreffenden Gesetzesbestimmungen hinzugefügt. Die beaufsichtigten Finanzintermediäre können ihre eigenen Regulierungen erlassen. Diese bedürfen der Anerkennung der Aufsichtsbehörde, die sie beaufsichtigt, oder werden von ihr selber erlassen. In Artikel 17 ist die Aufsichtsorganisation hinzuzufügen. Besteht keine solche, ist die FINMA für die Aufsicht zuständig (Bst. b).

Art. 24 Abs. 1 Bst. c Einleitungssatz und d

In der Bestimmung wird neu wie in den übrigen Finanzmarktgesetzen ausdrücklich die unbestrittene Bewilligungspraxis der FINMA verankert, dass das beaufsichtigte Institut, vorliegend die SRO, selbst Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten muss (vgl. die Erläuterungen zu Art. 10 FINIG). Im Buchstaben d wird der Verweis auf den aufgehobenen Artikel 19a angepasst.

Art. 24a Zulassung der Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfer

Mit der Aufhebung des Status der DUFI kommt für die Finanzintermediäre gemäss Artikel 2 Absatz 3, die sich einer SRO anschliessen müssen (Art. 12 Bst. c), nunmehr konsequent das Prinzip der Selbstregulierung zur Anwendung. Dies gilt auch für die Zulassung und Beaufsichtigung der Prüfgesellschaften sowie der leitenden Prüferinnen und Prüfer, welche die den SRO angeschlossenen Finanzintermediäre im GwG-Bereich prüfen. Die Regelung über die Zulassung dieser Prüfgesellschaften sowie leitenden Prüferinnen und Prüfern entspricht den Vorschriften über die Zulassung der Prüfgesellschaften sowie leitenden Prüferinnen und Prüfer, welche die von der Aufsichtsorganisation beaufsichtigten Finanzinstitute gemäss FINIG sowie die Handelsprüfer, die Bankedelmetalle handeln, prüfen (vgl. Ziff. 2.4.18; Art. 43o FINMAG).

¹³⁴ SR 221.302

Art. 42 Übergangsbestimmung

Für die Finanzintermediäre gemäss Artikel 2 Absatz 3, die sich mit der Aufhebung des Status der der FINMA direkt unterstellten Finanzintermediäre einer SRO anzuschliessen haben, wird eine Übergangsfrist von einem Jahr gewährt. Diese Finanzintermediäre dürfen ihre Tätigkeit bis zum Entscheid der SRO weiterführen (Abs. 1).

Für die neu der Aufsicht der SRO unterstellten Prüfgesellschaften sowie leitende Prüferinnen und Prüfer erübrigt sich eine Übergangsbestimmung. Die prudenzielle Prüfung des Jahres vor Inkrafttreten der Gesetzesänderungen hat, wie üblich, unter der Aufsicht der bis zu diesem Datum zuständigen Aufsichtsbehörde zu erfolgen.

2.4.18 Finanzmarktaufsichtsgesetz

Mit der Einführung der neuen Aufsichtsbehörde gemäss FINIG beinhaltet das FINMAG künftig in einem neuen Titel die Bestimmungen über die Aufsichtsorganisation. Die bisherigen Kapitel werden neu zu Titeln, die Abschnitte zu Kapiteln. Neu wird auch ein 2. Titel über die «Finanzmarktaufsichtsbehörde» (FINMA) vor dem bisherigen Artikel 4 eingefügt. Die bisherigen Artikel 4 und 5 werden umgetauscht, sodass nunmehr Artikel 4 die Ziele der Finanzmarktaufsicht beinhaltet und Artikel 5 die Bestimmungen betreffend Rechtsform, Sitz und Bezeichnung.

1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Abs. 1 Einleitungssatz und Bst. e sowie Abs. 2

Anstelle des aufzuhebenden BEHG (vgl. Ziff. 2.4.1) wird unter Absatz 1 Buchstabe e das neue FINIG aufgeführt. Absatz 2 wird an die Neuformulierung von Absatz 1 angepasst. In Absatz 2 wird zudem implizit die Aufsichtsorganisation als Aufsichtsbehörde über die Finanzinstitute gemäss Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b FINIG sowie über die Handelsprüfer gemäss Artikel 42^{bis} EMKG eingeführt.

Art. 3 Beaufsichtigte

Registrierte Personen werden nicht beaufsichtigt. Aus Gründen der Rechtssicherheit werden sie deshalb aus der Liste der «Beaufsichtigten» gestrichen (Bst. a).

Art. 4 und 5

Diese beiden Bestimmungen werden unter einander ausgetauscht. Der neue Artikel 5 (und bisherige Artikel 4) fällt dadurch unter den (neuen) 2. Titel, in welchem die FINMA reguliert wird. Die Ziele der Finanzmarktaufsicht bleiben im neuen Artikel 4 (und bisherigen Artikel 5) sachgerecht unter dem (neuen) 1. Titel des Gesetzes, der die allgemeinen Bestimmungen beinhaltet.

2. Titel: Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA)

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 13a Datenbearbeitung

Artikel 13a FINMAG bildet für die FINMA eine ausführliche gesetzliche Grundlage, damit sie als Arbeitgeberin die Personendaten ihrer Angestellten in ihrem Personalinformationssystem verwalten darf. Dazu wird in Absatz 1 beispielhaft festgehalten, zu welchen Zwecken Personendaten bearbeitet werden. Die für die Erfüllung der in Absatz 1 aufgeführten Aufgaben benötigten Daten werden in Absatz 2 in Kategorien gegliedert.

Die FINMA bearbeitet Daten ihrer Angestellten zur Personalführung, -entwicklung und -bewirtschaftung, ferner damit sie ihre Fürsorgepflichten gegenüber den Angestellten wahrnehmen sowie ihren sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nachkommen kann.

Die Umschreibung des Bearbeitungszwecks und die Kategorien sind relativ abstrakt und werden von der FINMA in den Ausführungsbestimmungen (vgl. Abs. 3) detailliert. Der Abstraktionsgrad rechtfertigt sich im Personalwesen, da die Datenbearbeitung sowie der Zweck derselben für die Betroffenen erkennbar sind.

Im Einzelnen können gemäss Absatz 2 folgende Datenkategorien bearbeitet werden:

- *Bst. a:* Angaben zur Person umfassen Informationen aus Bewerbungsunterlagen, zu Angehörigen und Familie, zur allfälligen Mitgliedschaft bei einer Arbeitnehmerorganisation (im Einvernehmen mit der betroffenen Person), zu öffentlichen Ämtern und Nebenbeschäftigungen und dergleichen mehr.
- *Bst. b:* Erfasst sind insbesondere Arztzeugnisse, Dauer der Absenzen infolge von Krankheit und Unfall, Berichte des ärztlichen Dienstes, Eignungsbeurteilungen und Case Management.
- *Bst. c:* Darunter fallen Zielvereinbarungen und Leistungsbeurteilungen, Verhaltens- und Fachkompetenzen, Ergebnisse von Persönlichkeitstests und Potenzialbeurteilungen, Unterlagen zu Aus- und Weiterbildungen und dergleichen mehr.
- *Bst. d:* Die Arbeitgeber sind verpflichtet, bei der Umsetzung des Sozialversicherungsrechts mitzuwirken. Sie rechnen beispielsweise mit der Ausgleichskasse über die abgezogenen und die selbst geschuldeten Beiträge ab und machen die erforderlichen Angaben für die Führung der individuellen Konten ihrer Angestellten. Zu den Sozialversicherungen gehören folgende Einrichtungen: AHV/IV/EO/ALV, SUVA/Unfallversicherung, Familienzulagen, PUBLICA, Militärversicherung.
- *Bst. e:* Gemeint sind insbesondere Akten betreffend Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, Lohnpfändungen, Verfügungen der Fachstelle für Personensicherheitsprüfung, Auszüge aus Gerichtsurteilen zwecks Festlegung der Anspruchsberechtigung für Familienzulagen, Verfahrensakten und Entschiede betreffend Disziplinaruntersuchungen sowie Akten betreffend Differenzbereinigungsverfahren aus Leistungsbeurteilung.

Absatz 3 ermöglicht der FINMA, Ausführungsvorschriften zu erlassen, welche die in den vorherigen Absätzen vorgesehenen Regelungen ergänzen und konkretisieren.

Art. 15 Abs. 2 Bst. a, d und e

In Buchstabe a wird neu auf das FINIG verwiesen, anstatt auf das BEHG.

In Buchstabe d ist der zweite Teilsatz mit Bezug auf die DUFU zu streichen, da sich diese nunmehr einer SRO anschliessen müssen.

Nach Buchstabe e ist für die Bemessung der Aufsichtsabgabe im Rahmen der neu geschaffenen Aufsichtsorganisation die Anzahl der Beaufsichtigten massgebend.

Art. 31 Abs. 2

Dem bestehenden wird ein zweiter Absatz beigefügt, der Artikel 133 Absatz 3 KAG entspricht.

Art. 32 Sachüberschrift und Abs. 2

Im Falle einer vollstreckbaren Verfügung sieht Artikel 41 VwVG insbesondere die Möglichkeit der Ersatzvornahme vor. Bei Gefahr im Verzug kann solchenfalls auch auf die Androhung einer Ersatzvornahme und die Einräumung einer Erfüllungsfrist verzichtet werden. Gleiches gilt nach Artikel 30 Absatz 2 Buchstabe d VwVG hinsichtlich einer vorgängigen Anhörung der säumigen Partei. Jedoch bedarf es zur Ersatzvornahme stets einer Vollstreckungsverfügung, welche ihrerseits anfechtbar ist¹³⁵. Artikel 32 FINMAG ermöglicht der Aufsichtsbehörde eine Ersatzvornahme auch ohne Erlass einer eigenständigen Vollstreckungsverfügung. Im Übrigen gilt die Regelung des VwVG.

Art. 33a Tätigkeitsverbot

Neben dem Berufsverbot für Gewährsträger (Art. 33) wird neu das bisher im Börsenbereich geltende Tätigkeitsverbot (Art. 35a BEHG) übernommen, das auch gegenüber verantwortlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ausgesprochen werden kann. Erfasst werden die für den Handel mit Finanzinstrumenten verantwortlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eines Beaufsichtigten (Abs. 1 Bst. a) sowie die Kundenberaterinnen und -berater im Sinne des FIDLEG (Abs. 1 Bst. b).

Künftig soll sodann das Tätigkeitsverbot nur im Wiederholungsfall dauernd verhängt werden können. Erfasst ein Tätigkeitsverbot gleichzeitig eine Tätigkeit im Aufsichtsbereich einer anderen Aufsichtsbehörde, so ist diese gemäss Absatz 2 zu konsultieren und der Erlass des Tätigkeitsverbots ist ihr mitzuteilen.

Art. 37 Sachüberschrift und Abs. 1

Diese Bestimmung wird an die Änderung in Artikel 3 angepasst. Ein Entzug der Registrierung würde voraussetzen, dass registrierte Personen beaufsichtigt werden. Mit der Streichung der Registrierung aus dieser Bestimmung wird verhindert, dass der Anschein entsteht, registrierte Personen würden beaufsichtigt.

¹³⁵ Botschaft VwVG, BBl 1965 II 1348, 1369.

Art. 41a Zustellung von Urteilen

Absatz 1 entspricht Artikel 140 KAG. Mit der Ergänzung in Absatz 2 wird einerseits sichergestellt, dass auch eine Aufsichtsorganisation in Kenntnis der Urteile in Streitigkeiten zwischen dem Bewilligungsträger und Kunden gesetzt wird. Andererseits wird festgelegt, dass die FINMA als staatliche Aufsichtsbehörde und Aufsichtsbehörde über die Aufsichtsorganisation Ansprechpartner der gerichtlichen Behörden bleibt.

3. Titel: Aufsicht über Vermögensverwalter, Trustees und Handelsprüfer

Im (neuen) dritten Titel des FINMAG wird die Aufsichtsorganisation reguliert, die als halbstaatliche Aufsichtsbehörde die Vermögensverwalter, Trustees sowie die Handelsprüfer, die Bankedelmetalle handeln, beaufsichtigt. Die Bestimmungen über diese neue Aufsichtsbehörde richten sich nach denjenigen über die FINMA aus.

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 43a Aufsichtsorganisation

Als Aufsichtsbehörde über die Vermögensverwalter und Trustees nach Artikel 16 Absatz 1 Buchstaben a und b FINIG sowie über die Handelsprüfer gemäss Artikel 42^{bis} EMKG, die Bankedelmetalle handeln, ist eine sogenannte Aufsichtsorganisation vorgesehen (Abs. 1 sowie Art. 43c Abs. 4). Diese beaufsichtigt gestützt auf Artikel 20 Absatz 2 FINIG auch jene Verwalter von Kollektivvermögen, die gemäss der vorgesehenen *de minimis*-Regel in die Kategorie der Vermögensverwalter nach Artikel 16 Absatz 1 FINIG fallen. Die Aufsichtsorganisation muss ihren Sitz in der Schweiz haben und somit nach Schweizer Recht organisiert sein. Das Gesetz macht keine weiteren Vorgaben zur Rechtsform einer Aufsichtsorganisation, sondern überlässt die Wahl der Rechtsform den Gründern. Diese sind an die Vorgaben über die Bewilligungsvoraussetzungen gebunden.

Eine Aufsichtsorganisation bedarf der Bewilligung der FINMA und wird von dieser beaufsichtigt (vgl. Ausführungen vorne zum 3. Titel, Art. 57 ff. FINIG, sowie unten zu Art. 43c ff. FINMAG). Sie übt ihre Aufsichtstätigkeit gemäss den Zielvorgaben des Gesetzes aus (vgl. neu Art. 4).

Art. 43b Aufgaben

Eine Aufsichtsorganisation beaufsichtigt zunächst die Kategorie der bisher «unabhängigen» oder «externen» Vermögensverwalter und der Trustees gemäss Artikel 16 ff. FINIG. Letztere waren bisher gemäss Artikel 2 Absatz 3 GwG als sogenannte DUFi der direkten Aufsicht der FINMA – und somit einer anerkannten, wenn auch einzig auf die Geldwäscherei-Prävention ausgerichteten staatlichen Aufsicht – unterstellt. Für sie bedeutet die Aufhebung des Status der DUFi für ihre grenzüberschreitende Tätigkeit den Verlust der Anerkennung als ein der staatlichen Aufsicht unterstelltes Finanzinstitut. Dasselbe gilt für die Handelsprüfer, die Bankedelmetalle

handeln (vgl. die Ausführungen zum EMKG unter Ziff. 2.4.13). Mit der Unterstellung unter eine unabhängige, halbstaatlich gesteuerte Aufsichtsbehörde können diese Finanzintermediäre ihre Anerkennung auf internationaler Ebene aufrechterhalten.

Im Gegensatz zur FINMA hat eine Aufsichtsorganisation keine Regulierungskompetenz. Sie kann indes die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung in ihrem Aufsichtsbereich in Rundschreiben erläutern. Diese sind der FINMA zur Genehmigung zu unterbreiten. Die FINMA muss die Rundschreiben der Aufsichtsorganisation genehmigen, es sei denn, die Aufsichtspraxis der Aufsichtsbehörden würde dadurch widersprüchlich (Abs. 2). Die Aufsichtsorganisation erlässt im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenz (anfechtbare) Verfügungen nach Massgabe ihres Organisationsreglements (Abs. 3).

2. Kapitel: Bewilligung

Art. 43c Grundsatz

Grundsätzlich kann die Aufsichtsorganisation über ihr Rechtskleid sowie ihre interne Organisation frei entscheiden. Das Gesetz setzt nur Rahmenbedingungen für ihre Organisation, regelt diese aber nicht in Einzelheiten. Da diese Aufsichtsbehörde keine rein staatliche Behörde ist, aber hoheitliche Aufsichtsaufgaben wahrzunehmen hat, wird ihre Zulassung zu dieser Tätigkeit von einer Bewilligung durch die FINMA abhängig gemacht (Abs. 1). Auch die Organe der Aufsichtsorganisation kann die Aufsichtsorganisation selber bestimmen. Sie muss ihre Wahlen indes wiederum von der FINMA genehmigen lassen (Abs. 2). Ändern sich die bewilligungspflichtigen Umstände oder die grundlegenden Dokumente, muss die Aufsichtsorganisation diese Änderungen von der FINMA vorab bewilligen bzw. genehmigen lassen (Abs. 3). Die FINMA hat sich bei der Bewilligung der Aufsichtsorganisation und der Genehmigung ihrer Statuten, ihres Organisationsreglements und der Wahlen der Verwaltung nach den gesetzlichen Rahmenbedingungen auszurichten.

Dem Markt wird es überlassen, auch mehr als nur eine Aufsichtsorganisation zu errichten. Um in einem solchen Fall eine Aufsichts-Arbitrage zu verhindern, soll der Bundesrat entsprechende Abgrenzungsregeln aufstellen können.

Die Branchengrösse und die Gewährleistung einer effizienten prudenziellen Aufsicht über die Vermögensverwalter, Trustees und Handelsprüfer, die Bankedelmetalle handeln, dürften indes von selbst die Anzahl Aufsichtsorganisationen stark einschränken (Abs. 4).

Art. 43d Organisation

Als halbstaatliche Aufsichtsbehörde hat die Aufsichtsorganisation ihre Tätigkeit in der Schweiz auszuführen und muss hierzu auch effektiv von der Schweiz aus geleitet werden (Abs. 1). Die der Aufsichtsorganisation vorgegebenen Rahmenbedingungen (Abs. 2 und 3) entsprechen denjenigen, die an verselbstständigte Verwaltungseinheiten des Bundes gestellt werden. In Anlehnung an die Organisation der FINMA (vgl. Art. 10 FINMAG) wird der Aufsichtsorganisation in Absatz 4 einzig die Ge-

schäftsleitung als operatives Organ vorgegeben. Diese erlässt die Verfügungen gemäss Artikel 43b Absatz 3.

Art. 43e Gewähr und Unabhängigkeit

Die gesetzlichen Anforderungen an die Organisation entsprechen im Grundsatz denjenigen an die Organisation der Finanzinstitute gemäss FINIG (Abs. 1 und 2). Während die mit der Verwaltung der Aufsichtsorganisation betrauten Organe nur zur Mehrheit von den Beaufsichtigten unabhängig sein müssen (Abs. 3), wird von der Geschäftsleitung eine volle Unabhängigkeit von den Beaufsichtigten gefordert (Abs. 4), da die Verfügungen im Rahmen der Bewilligungs- und Aufsichtstätigkeit der Aufsichtsorganisation von der Geschäftsleitung ausgehen. Dieselbe Unabhängigkeit müssen die direkt mit der Aufsicht betrauten Personen aufweisen (Abs. 5). Diese Anforderung ist indes so zu verstehen, dass die Unabhängigkeit jeweils im einzelnen Aufsichtsfall gewährleistet sein muss. Damit soll nicht zuletzt sichergestellt werden, dass die Aufsichtsaufgabe durch fachlich kompetente und mit der Branche vertrauten Personen wahrgenommen werden kann.

Art. 43f Finanzierung und Reserven

Die Bestimmung lehnt sich an Artikel 15 FINMAG an. Die Aufsichtsorganisation muss sich – wie die FINMA – über ihre Aufsichtstätigkeit selber finanzieren können. Dafür wird ihr das Recht zugesprochen, im Einzelfall Gebühren für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben und für ihre Dienstleistungen zu erheben. Wie die FINMA hat sie auch das Recht, eine Aufsichtsabgabe einzufordern, soweit ihre Kosten nicht durch die Gebühren gedeckt werden (Abs. 1).

Diese Aufsichtsabgabe wird aufgrund der Höhe der von den Beaufsichtigten verwalteten Vermögen, des Bruttoertrags sowie deren Betriebsgrösse bemessen. Die Einzelheiten hierzu sind vom Bundesrat weiter auf Verordnungsstufe zu konkretisieren (Abs. 2 und 3).

Die Pflicht gemäss Absatz 4 zur Bildung von Reserven entspricht der für die FINMA geltenden Regelung in Artikel 16 FINMAG. Es obliegt der FINMA, bei der Bewilligung der Aufsichtsorganisation die Frist festzulegen, innerhalb derer die Aufsichtsorganisation diese Reserven bilden muss. Als angemessen gilt eine Frist von fünf Jahren.

Art. 43g Revisionsstelle

Externe Revisionsstelle der Aufsichtsorganisation ist – wie für die FINMA – die EFK. Über das Ergebnis ihrer Prüfung hat die EFK neben dem Verwaltungsrat auch die FINMA zu informieren.

Art. 43h Amtsgeheimnis

Die Aufsichtsorganisation unterliegt zudem dem Amtsgeheimnis wie die staatliche Aufsichtsbehörde. Artikel 14 gilt für sie sinngemäss.

Art. 43i Rechnungslegung, Verantwortlichkeit und Steuerbefreiung

Die für die FINMA geltenden Bestimmungen (Art. 18–20) sind sinngemäss auf die Aufsichtsorganisation anwendbar.

3. Kapitel: Unabhängigkeit und Aufsicht

Art. 43j Unabhängigkeit

Die FINMA übt keine Aufsicht über die Tätigkeit der Aufsichtsorganisationen im Einzelfall aus, sondern beaufsichtigt deren Organisation und Finanzierung, mithin der Funktionsfähigkeit als Aufsichtsbehörden im Sinne der Ziele der Finanzmarktaufsicht (Abs. 1). In ihrer Aufsichtstätigkeit über die Vermögensverwalter und Trustees nach Artikel 16 ff. FINIG sowie über die Handelsprüfer gemäss Artikel 42^{bis} EMKG ist eine Aufsichtsorganisation selbstständig und unabhängig. Die FINMA hat somit keine Mitwirkungs- oder Mitspracherecht bei der Ausstellung oder den Entzug von Bewilligungen. Sie muss indes feststellen können, ob die Aufsichtsorganisation ihre hoheitliche Aufgabe im Sinne der Zielvorgaben gemäss Artikel 4 FINMAG wahrnimmt.

Art. 43k Aufsicht

Da die FINMA die Aufsicht über die von einer Aufsichtsorganisation Beaufsichtigten übernehmen muss, falls diese Aufsichtsbehörde nicht oder nicht mehr besteht (Art. 57 Abs. 3 FINIG), muss sie auch in die Lage versetzt werden, beurteilen zu können, ob die Aufsichtsorganisation ihre Aufsichtspflichten tatsächlich wahrnimmt. Aus diesem Grund hat eine Aufsichtsorganisation die FINMA über ihre Tätigkeit zu informieren (Abs. 1).

Wie wiederholt festgehalten, prüft die FINMA nur (aber immerhin), ob eine Aufsichtsorganisation die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt (Art. 43d–43i) und ob sie ihre hoheitliche Aufsichtsfunktion im Sinne des Gesetzes wahrnimmt. Darüber hinaus verfügt die FINMA indes nicht über die Kompetenz, in die Entscheidungen der Aufsichtsorganisation einzugreifen (Abs. 2).

Die Aufsichtsorganisation ist verpflichtet, der FINMA die zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion notwendigen Informationen zu erteilen und Dokumente zu editieren (Abs. 3).

Art. 43l Aufsichtsmassnahmen

Der FINMA wird die Kompetenz eingeräumt, soweit erforderlich Massnahmen zu ergreifen, wenn die Aufsichtsorganisation die Vorschriften über die Organisation und ihre Finanzierung nicht einhält. Sie ist dabei nicht an das ihr vom FINMAG zugewiesene Aufsichtsinstrumentarium gebunden, sondern soll unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (vgl. Abs. 4) die angemessenen und wirkungsvollen Schritte ergreifen (Abs. 1 und 4).

Das Abberufungsrecht über Personen, die keine Gewähr mehr bieten (Abs. 2), beschränkt sich auf die Organe der Aufsichtsorganisation. Die FINMA muss auch die mit der Geschäftsleitung betrauten Personen, deren Wahl sie nicht zu genehmi-

gen hat, abberufen können, wenn die Aufsichtsorganisation die gesetzlichen Ziele der Aufsichtstätigkeit (Art. 3) mangels Erfüllung der Gewährspflicht durch eine dieser Personen nicht mehr verfolgen kann. Als äusserste Massnahme kann die FINMA gestützt auf Absatz 3 die Aufsichtsorganisation liquidieren. Um eine lückenlose Aufsicht über die betroffenen Finanzinstitute zu gewährleisten, überträgt die FINMA selber deren Beaufsichtigung an eine andere Aufsichtsorganisation. Besteht keine andere Aufsichtsorganisation, hat sie gestützt auf Artikel 57 Absatz 3 FINIG die Aufsicht selber wahrzunehmen.

4. Kapitel: Information der Öffentlichkeit und Datenbearbeitung

Art. 43m

Für die Aufsichtsorganisation gelten die Bestimmungen über die Information der Öffentlichkeit und der Datenbearbeitung gemäss den Artikeln 22 und 23 sinngemäss.

5. Kapitel: Aufsichtsinstrumente der Aufsichtsorganisation

Art. 43n Prüfung

Die Aufsichtsorganisation kann die Prüfung der Beaufsichtigten selber ausführen oder diese durch von ihr zugelassene Prüfgesellschaften und leitende Prüferinnen und Prüfer ausführen lassen (Abs. 1). Der Aufsichtsorganisation wird zudem die Kompetenz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfer im Bereich der prudenziellen Prüfung der Vermögensverwalter und Trustees gemäss Artikel 16 ff. FINIG sowie der Handelsprüfer gemäss Artikel 42^{bis} EMKG übertragen. Diese Kompetenzzuteilung erfolgt in Anlehnung an die Lösungsansätze, welche die Zentralisierung der Aufsicht über die Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b bei der neu zu errichtenden Aufsichtsorganisation sowie die Zentralisierung der Aufsicht über die Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfer im GwG-Bereich bei einer SRO verfolgen. Die gemäss Bewilligungskaskade der Geschäftstätigkeit entsprechend höheren Risiken verbleiben im Finanzmarktbereich unter der Aufsicht der FINMA und im Revisions- und Prüfbereich unter der Aufsicht der RAB. Für die in den Aufsichtsbereich der Aufsichtsorganisation fallenden Finanzinstitute bleibt dabei die branchennahe Aufsicht auch im Prüfbereich erhalten (vgl. Ziff. 1.5.2.3).

Die Bestimmungen über die Prüfung (Art. 24 Abs. 2–5, Art. 24a–28a) gelten sinngemäss für die Aufsichtsorganisation (Abs. 2).

Art. 43o Zulassung der Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfer

Für die Zulassung der Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfer, welche die prudenzielle Prüfung der durch eine Aufsichtsorganisation Beaufsichtigten durchführen, gelten die Voraussetzungen gemäss RAG.

Da die im Kompetenzbereich der Aufsichtsorganisation liegende Gruppe von Beaufsichtigten indes keine Gesellschaften des öffentlichen Interesses gemäss Artikel 7 ff. RAG sind, gelten für deren Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften leichtere Zulassungsvoraussetzungen.

Die Aufsichtsorganisation verfügt ebenso über die Kompetenz, die Zulassung der Prüfgesellschaft, der leitenden Prüferin oder des leitenden Prüfers zu entziehen. In diesem Fall ist Artikel 17 RAG sinngemäss anwendbar (Abs. 4).

Die Aufsichtsorganisation hat die Informationen über die von ihr zugelassenen und beaufsichtigten Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfer zu übermitteln, welche die RAB bei der Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben benötigt (Abs. 5). So können namentlich im Rahmen der Beaufsichtigung der nach RAG zugelassenen Revisoren Informationen der Aufsichtsorganisation über von ihr beaufsichtigte Prüfgesellschaften und leitende Prüferinnen und Prüfer von Bedeutung sein.

Der Bundesrat regelt die Zuständigkeit für die Zulassung und Beaufsichtigung der Prüfgesellschaften und der leitenden Prüferinnen und Prüfer, falls keine Aufsichtsorganisation besteht (Abs. 6).

Art. 43p Weitere Aufsichtsinstrumente

Die Aufsichtsorganisation verfügt grundsätzlich über dieselben Aufsichtsinstrumente wie die FINMA. Vom Aufsichtsinstrumentarium der Aufsichtsorganisation ausgenommen ist das Berufsverbot gemäss Artikel 33 FINMAG. Da dieses eine schwere Massnahme darstellt, deren Rechtsnatur als verwaltungsrechtliche Sanktion zudem umstritten ist, rechtfertigt es sich, den Anwendungsbereich des Berufsverbots auf die Finanzinstitute zu beschränken, die aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit und der damit verbundenen Risiken höheren Anforderungen zu genügen haben. Auch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten gemäss Artikel 36 FINMAG bleibt als Aufsichtsmassnahme der FINMA vorbehalten, da Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 keine Vermögensverwalter von Kundinnen und Kunden im eigenen Namen verwalten, die, wie etwa bei der Fondsleitung, im Falle eines Konkurses abgesondert werden müssten.

Die Pflicht der Aufsichtsorganisation nach Artikel 43*k* Absatz 1, die FINMA periodisch über ihre Aufsichtstätigkeit zu informieren, gewährleistet in diesem Zusammenhang, dass die FINMA im Rahmen ihrer eigenen Aufsichtstätigkeit über alle auf dem Finanzmarkt betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter informiert ist. Die entsprechenden Bestimmungen gelten sinngemäss auch für die Aufsichtsorganisation.

Art. 43q Zusammenarbeit

Als hoheitlich tätige Aufsichtsbehörden sind der Aufsichtsorganisation dieselben Kompetenzen zur Zusammenarbeit mit den inländischen Behörden und den für die Finanzmarktaufsicht zuständigen ausländischen Stellen einzuräumen wie der FINMA. Über diese Kompetenz muss die Aufsichtsorganisation zudem auch verfügen, soll sie auf internationaler Ebene als staatliche Aufsichtsbehörde anerkannt werden können. Einzig die Kompetenz zur Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und Gremien nach Artikel 42*b* bleibt der FINMA als übergeordneter

Aufsichtsbehörde, welche gemäss Artikel 6 Absatz 2 die mit ihrer Aufsichtstätigkeit zusammenhängenden internationalen Aufgaben wahrzunehmen hat, vorbehalten.

4. Titel: Strafbestimmungen

Art. 44 Sachüberschrift und Abs. 1

Die Finanzintermediäre gemäss Artikel 2 Absatz 3 GwG können sich nicht mehr der direkten Aufsicht durch die FINMA unterstellen, sondern müssen sich einer anerkannten SRO anschliessen (Art. 14 GwG). Diese Strafbestimmung wird deshalb um die vorsätzliche Verletzung der Anschlusspflicht ergänzt.

Art. 45 Abs 1, 46 Abs. 1 Bst. b und 47 Abs. 1 Bst. a

Die Aufsichtsorganisation verfügt grundsätzlich über dieselben Aufsichtsinstrumente wie die FINMA (vgl. Ausführungen zu Art. 43p). Aus diesem Grund sind die entsprechenden Strafbestimmungen des FINMAG auch in ihrem Aufsichtsbereich anwendbar. In den betreffenden Bestimmungen ist deshalb die Aufsichtsorganisation einzubeziehen.

Art. 48 Sachüberschrift

Eine Missachtung von Verfügungen der Aufsichtsorganisation wird mit derselben Busse geahndet wie die Missachtung einer Verfügung der FINMA.

5. Titel: Verfahren und Rechtsschutz

Art. 54 **Rechtsschutz**

Da die FINMA eine autonome eidgenössische Anstalt ist (neu Art. 5 Abs. 1 FINMAG), sind ihre Verfügungen gestützt auf Artikel 1 Absätze 1 und 2 Buchstabe c und 44 VwVG mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Den Beaufsichtigten einer Aufsichtsorganisation muss derselbe Rechtsschutz gewährt werden. Die Verfügungen der Aufsichtsorganisationen werden für ihren Kompetenzbereich auf denselben Rang gehoben, wie die Verfügungen der FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt. Deren Missachtung untersteht somit derselben Strafandrohung und deren Anfechtung erfolgt nach demselben Verfahren. Die Bestimmungen über die Missachtung (Art. 48) und den Rechtsschutz (Art. 54) werden um die Verfügung einer Aufsichtsorganisation ergänzt. Für Beschwerden gegen Verfügungen der Aufsichtsorganisationen ist direkt das Bundesverwaltungsgericht zuständig. Dies ergibt sich aus Artikel 33 Buchstabe h des Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005¹³⁶ (VGG). Ebenso ist die Aufsichtsorganisation wie die FINMA zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt (Abs. 3).

Da die Praxis der Aufsichtsbehörden konsistent bleiben muss und ein Gerichtsentcheid im Aufsichtsbereich der Aufsichtsorganisation, soweit mit dem Aufsichtsbe-

¹³⁶ SR 173.32

reich der FINMA vergleichbar, im Einklang mit der Praxis der FINMA stehen sollte, ist die FINMA vom zuständigen Gericht zur Stellungnahme einzuladen und sind die Gerichtsentscheide auch ihr zuzustellen, wenn Verfügungen der Aufsichtsorganisation den Anfechtungsgegenstand bilden (Abs. 2). Ohne in die Aufsichtspraxis der Aufsichtsorganisation im Einzelfall eingreifen oder den gerichtlichen Entscheidungsprozess beeinflussen zu können, wird die FINMA dadurch in die Lage versetzt, die Hintergründe oder Grundlagen ihrer Aufsichtspraxis darzustellen, und können unbegründete Richtungswechsel in der Rechtsprechung vermieden werden.

2.4.19 Bucheffektengesetz

Art. 4 Abs. 2 Bst. a–c und Abs. 3

In den Bestimmungen wird der Begriff des Effektenhändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses. Da die Wertpapierhäuser und Fondsleitungen neu im FINIG geregelt werden, erfolgt zudem eine Anpassung der Verweise auf das BEHG und das KAG.

2.4.20 Finanzmarktinfrastukturgesetz

Ersatz eines Ausdrucks

Der Begriff des Effektenhändlers wird durch denjenigen des Wertpapierhauses ausgetauscht. Bei der Umschreibung des Teilnehmerkreises an einem Handelsplatz (Art. 34 Abs. 2 Bst. a) sowie der finanziellen Gegenparteien (Art. 93 Abs. 2 Bst. b) erfolgt zudem eine explizite Referenzierung auf Artikel 37 FINIG.

Art. 9 Abs. 1

Bei der Änderung handelt es sich um eine rein redaktionelle Anpassung, die nur die deutsche Fassung betrifft.

Art. 34 Abs. 2 Bst. a

Der Verweis auf das BEHG wird an die neue Regelung im FINIG angepasst.

Art. 93 Abs. 2 Bst. b und e

Die Verweise auf das BEHG und das KAG werden an die neue Regelung im FINIG angepasst.

Art. 107 Abs. 2 Bst. b

Real abgewickelte Währungsswaps und Währungstermingeschäfte werden Zug um Zug erfüllt und sind nach dem Willen des Gesetzgebers von der Abrechnungs-, Risikominderungs- und Handelspflicht ausgenommen (Art. 101 Abs. 3 Bst. b sowie Art. 107 Abs. 2 Bst. b und 113 Abs. 3 Bst. b). Um Kongruenz im Wortlaut der drei Bestimmungen herzustellen, wird bei Artikel 107 Absatz 2 Buchstabe b ebenfalls

der Passus «soweit sie Zug um Zug (*Payment versus Payment*) abgewickelt werden» eingeschoben.

Art. 147 Abs. 3

Die Strafandrohung für die fahrlässige Verletzung des Berufsgeheimnisses wird an die entsprechenden Bestimmungen über die Verletzung des Berufsgeheimnisses gemäss Artikel 47 BankG sowie Artikel 65 FINIG angepasst und sieht statt einer Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen einheitlich eine Busse in der Höhe von bis zu 250'000 Franken vor. Diese Anpassung erfolgt im Sinne einer Harmonisierung, da vergleichbare Strafbestimmungen auch einer vergleichbaren Strafandrohung unterliegen sollen. Die Strafandrohung nach Artikel 47 BankG und Artikel 65 FINIG ist bereits in das Gesamtgefüge der Strafnormen im Finanzmarktrecht eingepasst, welche bei Fahrlässigkeitstatbeständen Bussen vorsehen.

2.4.21 Versicherungsaufsichtsgesetz

Art. 14 Abs. 1 und 1^{bis}

In der Bestimmung wird neu wie in den übrigen Finanzmarktgesetzen ausdrücklich die unbestrittene Bewilligungspraxis der FINMA verankert, dass das beaufsichtigte Institut, vorliegend das Versicherungsunternehmen, selbst Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten muss (vgl. die Erläuterungen zu Art. 10 FINIG).

Art. 51 Abs. 2 Bst. g

Mit der Aufhebung des Vermittlerregisters, welches bisher im VAG geregelt war, wird die Bestimmung hinfällig.

Art. 54c Abs. 1 und 2

Die Bestimmung wird redaktionell überarbeitet und an die Bestimmung von Artikel 37e BankG angepasst.

Art. 54e Beschwerde

Die Bestimmung wurde mit dem FinfraG eingeführt und wird hier in den Absätzen 1 und 2 analog zum vorliegend geänderten Artikel 24 BankG ergänzt (vgl. die dortigen Erläuterungen unter Ziff. 2.4.16). Der mit dem FinfraG geschaffene Absatz 2 wird neu zu Absatz 3. Die Neufassung gilt aufgrund der Verweise in den mit dem FinfraG eingeführten Artikeln 71^{bis} und 79^{bis} auch im Konkurs von wesentlichen Versicherungsgruppen- und -konglomeratsgesellschaften.

Art. 67 Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

In der Bestimmung wird neu wie in den übrigen Finanzmarktgesetzen ausdrücklich die unbestrittene Bewilligungspraxis der FINMA verankert, dass das beaufsichtigte Institut, vorliegend die Versicherungsgruppe, selbst Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten muss (vgl. die Erläuterungen zu Art. 10 FINIG).

4.1 Kosten und Nutzen der einzelnen Massnahmen

4.1.1 Verhalten und Organisation der Finanzdienstleister (FIDLEG)

Mit der Einhaltung der neuen Verhaltensregeln können den Finanzdienstleistern gewisse höhere administrative Kosten entstehen. Die Finanzdienstleister müssen mit Blick auf die aus dem FIDLEG erwachsenden Pflichten interne Vorschriften erlassen und über eine angemessene Betriebsorganisation verfügen. Insbesondere für mittlere bis grössere Unternehmen dürfte dies marginale zusätzliche Aufwendungen bedeuten. Bereits beaufsichtigte Finanzinstitute wie etwa Verwalter von Kollektivvermögen müssen schon heute höhere organisatorische Anforderungen erfüllen als im FIDLEG vorgesehen.

Auf der Nutzenseite sind die tendenziell höhere Qualität der Dienstleistungen, eine Stärkung des Vertrauens in den Finanzdienstleister und die Verringerung von Informationsasymmetrien zwischen Kundinnen und Kunden und Finanzdienstleistern zu erwähnen. Die Regulierung zur Vermeidung von Interessenkonflikten trägt dazu bei, dass Kundinnen und Kunden auf einer neutralen Grundlage beruhend bessere Entscheidungen treffen können. Ausserdem wird die Rechtssicherheit erhöht.

4.1.2 Grenzüberschreitende Tätigkeit in der Schweiz

Die geltende Gesetzgebung im Bereich der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen in die Schweiz kann als liberal bezeichnet werden. So kann ein ausländischer Vermögensverwalter bislang ohne jegliche Schranken Kundinnen und Kunden in der Schweiz betreuen. Auch eine Meldung bei der Aufsichtsbehörde ist nicht notwendig.

Das FIDLEG sieht insgesamt zwar eher restriktivere Anforderungen für die grenzüberschreitende Tätigkeit in die Schweiz vor als bisher (Eintrag ins öffentliche Beraterregister). Damit sollen jedoch inländische Anbieter von Finanzdienstleistungen gegenüber ausländischen nicht benachteiligt werden (*Level playing field*). Dadurch wird der Kundenschutz gestärkt. Die grenzüberschreitende Tätigkeit wird aber nicht übermässig, zum Beispiel durch einen Filialzwang, eingeschränkt. Auf der Kostenseite nehmen durch diese Regulierung die direkten Aufsichtskosten insgesamt zu. Ausländische Vermögensverwalter müssen inskünftig die gestiegenen Anforderungen an die Registrierung erfüllen und sich ins öffentliche Register eintragen.

4.1.3 Dokumentation der Produkteigenschaften

Durch die gesetzlich vorgeschriebene Dokumentation der Produkteigenschaften (Prospektpflicht) wird die Informationsbeschaffung durch potenzielle Investorinnen und Investoren effektiver und effizienter gestaltet. Dadurch werden Informationsasymmetrien zwischen der Kundin oder dem Kunden und dem Anbieter von Finanzdienstleistungen reduziert. Die Erstellung einer vollständigen Produktdokumentation ist für Finanzdienstleister jedoch mit Kosten verbunden.

Das FIDLEG sieht vor, dass neu alle Unternehmen (auch nicht-kotierte) grundsätzlich einen Prospekt erstellen müssen, der vor der Veröffentlichung einer Prospektprüfung unterzogen wird. Zur Verbesserung der KMU-Verträglichkeit der Vorlage bestehen jedoch diverse Ausnahmen und Erleichterungen. Beim Anbieten von Obligationen an Privatkundinnen und -kunden ist (neben dem Prospekt) neu auch ein Basisinformationsblatt abzugeben. Neu gilt für die strukturierten Produkte die Pflicht, ein Basisinformationsblatt und einen Prospekt zu erstellen. Beide Neuerungen dürften je nach Umsetzung für die emittierenden Finanzinstitute mit Zusatzkosten verbunden sein.

Durch eine vorgängige Prospektprüfung wird verhindert, dass mangelhafte Prospekte veröffentlicht werden. Für Anbieter ist die Produktdokumentationsprüfung jedoch potenziell mit Opportunitätskosten verbunden. Diese Opportunitätskosten werden durch die Einführung einer Frist, innerhalb welcher die Prospekte geprüft sein müssen, nach oben hin begrenzt. Seitens der Prüfstelle ist die Überprüfung der Produktdokumentation mit einem Anstieg der Aufsichtskosten verbunden. Die Finanzierung dieser zusätzlichen Kosten könnte sich in höheren Gebühren für die Beaufsichtigten niederschlagen.

Gestützt auf das Kotierungsreglement führt SIX Exchange Regulation im Rahmen von Kotierungen an der Börse bereits heute Prospektprüfungen¹³⁷ durch. Die Kotierungsregularien von SIX Exchange Regulation sehen für die Behandlung eines Kotierungsgesuchs inklusive Prospektprüfung in der Regel höchstens 20 Börsentage vor. Diese Frist entspricht jener für Neuemittenten in Artikel 55 FIDLEG. SIX Exchange Regulation garantiert grundsätzlich, dass das gesamte Kotierungsverfahren innert dieser Frist abgeschlossen ist, sodass der Börsenhandel am beantragten ersten Handelstag aufgenommen werden kann. Die eigentliche Prospektprüfung dauert hingegen deutlich weniger lang und ist abhängig von der Effektenkategorie, da auch der Prospektinhalt für die verschiedenen Effektenkategorien unterschiedlich ist. Eine Prospektprüfung von einer Aktienemission nimmt gemäss SIX Exchange Regulation typischerweise 3–5 Stunden in Anspruch und jene von Obligationen 2 Stunden. Bei den umfangreichen Emissionsprogrammen kann eine Prospektprüfung hingegen bis zu 8 Stunden dauern. Gegenwärtig führt SIX Exchange Regulation jedoch keine Kohärenz- und Verständlichkeitsprüfung durch, wie dies für die Prüfstelle unter FIDLEG vorgesehen ist. Die Dauer des eigentlichen Prüfprozesses könnte dadurch insgesamt etwas verlängert werden. Die genannten Fristen für die Behandlung eines Gesuchs müssten jedoch trotzdem eingehalten werden, sodass dies für die Unternehmen kaum mit negativen Konsequenzen verbunden ist.

4.1.4 Durchsetzung der Ansprüche von Privatkundinnen und -kunden

Die Massnahmen zur Durchsetzung der Ansprüche von Privatkundinnen und -kunden führen insgesamt im Vergleich zum Status quo zu einer Stärkung des Kundenschutzes und führen zu einer Erleichterung der Kostenproblematik bei Gerichtsprozessen im Finanzdienstleistungsbereich. Streitigkeiten zwischen Finanzdienst-

¹³⁷ SIX Exchange Regulation führte 2014 rund 20 Prüfungen von Aktienprospekten, 350 Prüfungen von Anleiheprospekten sowie 36'000 Prüfungen von Derivateprospekten durch.

leisten und ihren Kundinnen und Kunden sollen nach Möglichkeit im Rahmen eines unbürokratischen Vermittlungsverfahrens durch eine anerkannte Ombudsstelle erledigt werden. Die Anzahl der Verfahren vor den Ombudsstellen könnte in der Folge zunehmen. Die Finanzierung der Ombudsstelle geschieht dabei durch Beiträge der Finanzdienstleister die sich an deren Grösse orientieren.

Falls vor der Ombudsstelle keine Einigung erzielt wird, werden Privatkundinnen und Privatkunden bei einem allfälligen Prozess von der Pflicht zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen befreit. Zudem entfällt für den Privatkunden unter gewissen Bedingungen das Risiko, die Prozesskosten der Gegenseite tragen zu müssen. Schätzungen der gesamten, für die Prozessführung über alle Instanzen möglichen Prozesskosten haben dabei gezeigt, dass diese den Streitwert um ein Mehrfaches übersteigen und deshalb für die Privatkundinnen und Privatkunden abschreckend wirken können. Die gesamten Prozesskosten ergeben sich aus der Summe der Gerichtskosten, der eigenen Anwaltskosten und der Anwaltskosten der Gegenpartei. Erst ab einem Streitwert von 100 000 Franken sind die gesamten zu erwartenden Prozesskosten aufgrund der degressiven Tarife tiefer als der Streitwert. Für die Privatkundinnen und Privatkunden, die sich u.U. wegen des teilweisen oder weitgehenden Verlusts ihres Finanzvermögens mit ihrem Finanzinstitut streiten, kann dies ein untragbares Zusatzrisiko bedeuten.

Ob diese Erleichterungen im Bereich der Rechtsdurchsetzung, die die Risikofähigkeit der betroffenen Privatkundinnen und Privatkunden bezüglich eines allfälligen Gerichtsprozesses erhöhen, zu zusätzlichen gerichtlichen Verfahren führen, kann nicht im Voraus genau bestimmt werden. Eine Zunahme von Gerichtsprozessen kann zwar nicht ausgeschlossen werden; ein drohender Gerichtsprozess könnte jedoch auch dazu führen, dass ein Vergleich erzielt werden kann, bei gleichzeitiger Verhinderung eines langwierigen Gerichtsprozesses.

4.1.5 Kreis der Beaufsichtigten (FINIG)

Die überwiegende Mehrheit der rund 2 300 Vermögensverwalter hat gemäss Einschätzung der Zürcher Fachhochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) weniger als fünf Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Da die Vermögensverwalter bislang nicht beaufsichtigt werden, sind genaue statistische Informationen etwa bezüglich der Anzahl der betroffenen Firmen oder der Höhe der verwalteten Kundengelder nicht vorhanden. Rund die Hälfte aller Vermögensverwalter hat einen oder höchstens zwei Mitarbeiter. Insgesamt sind zwischen 7 500–8 500 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Vermögensverwaltungsbereich beschäftigt. Sie verwalten meist weniger als 100 Millionen Franken Kundengelder und haben oftmals eine überschaubare Anzahl Kundinnen und Kunden aus der Schweiz oder dem europäischen Umfeld. Gemäss ZHAW verwalteten per Ende 2013 57 Prozent der 785 Vermögensverwalter, die Aktivmitglieder des VSV sind, weniger als 100 Millionen Franken Kundengelder. Demgegenüber haben rund 9 Prozent der Vermögensverwalter mehr als 500 Millionen Franken Assets under Management. Rund 65 Prozent der Vermögensverwalter betreuen weniger als 100 Kundinnen und Kunden. Insgesamt verwalteten die Vermögensverwalter per Juni 2014 nach Einschätzung der Branche rund 560 Milliarden Franken Kundengelder. Die durchschnittliche Bruttogewinnmarge eines Vermögensverwalters beträgt geschätzte 0.8 Prozent der verwalteten Kundengelder.

Nur mit der Unterstellung der Vermögensverwalter unter eine Form der Aufsicht können die Anforderungen des FIDLEG – insbesondere die Einhaltung von Transparenz-, Informations-, Treue-, Dokumentations- und Sorgfaltspflichten sowie der organisatorischen Vorschriften – auch permanent und konsequent bei allen Finanzinstituten durchgesetzt werden. Die Unterstellung ist deshalb eine wichtige Massnahme zur Verbesserung des Kundenschutzes und eine Ergänzung zur bisherigen Marktlösung. Ein weiterer Vorteil der Unterstellung der Vermögensverwalter unter die Aufsicht ist die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle Anbieter von Finanzdienstleistungen. Bisher haben Anbieter der gleichen Dienstleistung unterschiedliche regulatorische und aufsichtsrechtliche Anforderungen zu erfüllen. Die Regulierungskosten setzen sich zusammen aus den einmaligen Kosten zur Erlangung der Bewilligung sowie danach den laufenden Aufsichtskosten. Zur Ermittlung der Regulierungskosten wurden die Vermögensverwalter von der ZHAW in drei Kategorien eingeteilt: Vermögensverwalter mit 1–3 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, 4–10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und mehr als 10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

Die Initialkosten bestehen – in allen drei Kategorien – hauptsächlich aus den Kosten für die Bewilligungsprüfung und die Beratungshonorare an Externe, die Bewilligungsprüfung der Aufsichtsbehörde sowie die Kosten zur Erfüllung der organisatorischen Bewilligungsvoraussetzungen. Gemäss der unabhängigen Evaluation durch die ZHAW belaufen sich die Initialkosten pro eingereichtem Gesuch eines kleinen Vermögensverwalters (Kategorie 1–3 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) abzüglich der Sowieso-Kosten auf rund 69 000 Franken. Die Nettokosten wurden von der ZHAW pro Fall geschätzt. «Pro Fall» bedeutet dabei pro Vermögensverwaltungsinstitut, das effektiv ein Gesuch für eine Bewilligung stellt. Die Anzahl effektiv eingereichter Gesuche dürfte nicht den geschätzten 2300 Vermögensverwaltungsinstituten entsprechen und kann nicht im Voraus beziffert werden. Zum einen sind durch die vorgeschlagene Übergangsbestimmung viele Vermögensverwalter von der Unterstellung ausgenommen und zum anderen dürfte der laufende Strukturwandel in der Branche bis zur Inkraftsetzung von FINIG und FIDLEG weiter fortschreiten.

Grösster Kostentreiber sind die Kosten für die Bewilligungsprüfung und Beratungshonorare von rund 45 000 Franken (oder 65 % der Initialkosten). Für mittelgrosse Vermögensverwalter (Kategorie 4–10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) belaufen sich die zu erwartenden Initialkosten auf rund 96 000 Franken und bei den grösseren Vermögensverwaltern (Kategorie >10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) auf 128 000 Franken. Mit dem Bewilligungsverfahren können auch bedeutsame Opportunitätskosten verbunden sein, die allerdings nicht beziffert werden können.

Die laufenden Kosten sind – in allen drei Kategorien – hauptsächlich getrieben durch die Aufsichtsprüfung, die jährlichen Abgaben an die Aufsichtsbehörde sowie die Kosten zur Aufrechterhaltung der organisatorischen Bewilligungsvoraussetzungen. Gemäss der unabhängigen Schätzung durch die ZHAW würden bei kleinen Vermögensverwaltern rund 20 000 Franken höhere laufende Kosten anfallen in den Jahren, in denen eine Aufsichtsprüfung stattfindet. In den Jahren dazwischen würden die laufenden Kosten für Vermögensverwalter mit geringerem Risikopotenzial und einfachen Strukturen weniger hoch ausfallen. Die Kosten für den in den Zwischenjahren zu erstellenden Compliance-Bericht zuhanden der Aufsichtsbehörde wurden in der Schätzung der ZHAW nicht berücksichtigt. Diese dürften jedoch tiefer ausfallen als bei einer vollständigen Aufsichtsprüfung. Die Kosten einer vollständigen Aufsichtsprüfung wurden von der ZHAW auf 12 000 Franken pro Jahr geschätzt.

Bei mittleren Vermögensverwaltern würden sich die laufenden Kosten in den Jahren mit einer Aufsichtsprüfung um 41 000 Franken erhöhen. Bei den grösseren Vermögensverwaltern dürften sich die jährlichen laufenden Kosten um 57 000 Franken erhöhen. Die Möglichkeit, die Häufigkeit der Aufsichtsprüfung auf mindestens alle vier Jahre zu reduzieren, kann (im Vergleich zur jährlichen Aufsichtsprüfung) zu einer Reduktion der laufenden Kosten führen und erhöht deshalb die KMU-Verträglichkeit der Vorlage. Dies setzt jedoch voraus, dass der Umfang und deshalb auch die Kosten der vierjährigen Aufsichtsprüfung gleich hoch beziehungsweise nur unwesentlich über denjenigen sind, die bei einer jährlichen Prüfung anfallen würden. Für viele Vermögensverwalter dürfte zudem die Übergangsregelung bedeuten, dass sie von den zusätzlichen Kosten durch die Unterstellung unter die prudenzielle Aufsicht befreit sind, solange sie ihre Tätigkeit nicht ausbauen. Da eine Mehrheit zu den KMU gezählt werden, kann dadurch ebenfalls die KMU-Verträglichkeit der Vorlage erhöht und der staatliche Eingriff in die ökonomische Aktivität limitiert werden.

Ene mögliche Folge der Unterstellung der Vermögensverwalter könnte im *moral Hazard* liegen. Hatten Kundinnen und Kunden bislang einen stärkeren Anreiz, ihren Vermögensverwalter, dem sie ihr Geld anvertrauen, möglichst sorgfältig auszuwählen, können in ihre Entscheidungen inskünftig stärker auch Entscheide der Aufsichtsbehörde einfließen, auch wenn die Eigenverantwortung schliesslich bei der Kundin oder beim Kunden bleibt. Durch das Gütesiegel «Beaufsichtigte» können Kundinnen und Kunden etwa dazu verleitet werden, die Wahl eines Vermögensverwalters, resp. die periodische Überprüfung ihres Vermögensverwalters weniger intensiv auszugestalten. Dies kann sich negativ auf die Marktmechanismen auswirken. Allerdings wird diese Wirkung durch das vorgesehene Aufsichtsmodell begrenzt.

4.2 Auswirkungen nach betroffenen Gruppen

Zur Analyse der möglichen Verhaltensanpassungen von Betroffenen soll eine differenzierte Betrachtung vorgenommen werden.

4.2.1 Auswirkungen auf Kundinnen und Kunden sowie auf Finanzdienstleister generell

Die Rechte von professionellen und privaten Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten werden durch FIDLEG gestärkt. Die Anzahl der Verfahren vor den Ombudsstellen könnte in der Folge zunehmen. Zumindest teilweise dürften im Gegenzug die Gebühren für Finanzdienstleistungen zunehmen. Finanzdienstleister hingegen dürften – auch im Wissen um die gestärkten Rechte der Kundinnen und Kunden – die Anstrengungen generell weiter intensivieren, um die Qualität der angebotenen Dienstleistungen möglichst zu erhöhen. Den Finanzdienstleistern dürften zudem höhere Regulierungskosten anfallen, sofern diese nicht auf die Kundinnen und Kunden überwälzt werden können. Diese entstehen etwa durch die Mitfinanzierung der Ombudsstellen. Wie stark diese Kostenzunahme ausfällt, kann nicht im Voraus beziffert werden. Aufgrund der heute bereits gängigen Praxis dürften diese Zusatzkosten aber angesichts der grossen Volumen relativ gering ausfallen.

Finanzdienstleister, die auch ausländische institutionelle Kunden betreuen, können schliesslich vom erleichterten Zugang zum EU-Binnenmarkt profitieren, sofern die Europäische Kommission die Schweizer Regelung als äquivalent anerkennt. Die europäische Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR) sieht im institutionellen Bereich (Geschäft mit professionellen Kunden und geeigneten Gegenparteien) eine einheitliche Regelung des Marktzugangs von Anbietern aus einem EU-Drittstaat vor. Gemäss Artikel 46 ff. MiFIR ist erforderlich, dass die Europäische Kommission einen Beschluss fasst, ob sie die Finanzmarktregulierung und Aufsicht eines Drittstaats als äquivalent erachtet. Damit würde die bisherige Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten, die teilweise unterschiedliche Anforderungen an die entsprechenden Anbieter aus EU-Drittstaaten gestellt haben, entfallen. Ist eine Anerkennung der Äquivalenz erreicht, so ist die Dienstleistungserbringung für institutionelle Kunden im gesamten EU-Raum möglich (EU-Pass).

4.2.2 Auswirkungen auf einzelne Gruppen

- Bereits der Aufsicht unterstellte Finanzinstitute sowie reine Anlageberaterinnen und -berater, die nicht im Auftrag von Dritten Kundengelder verwalten, sind von FINIG nicht unmittelbar betroffen. Sie müssen jedoch die Vorgaben des FIDLEG einhalten.
- Für Vermögensverwalter bringt das FINIG weitreichende Neuerungen. Diejenigen Vermögensverwalter, die nicht (oder nicht mehr) von der Übergangsregelung hinsichtlich der prudenziellen Beaufsichtigung betroffen sind, dürften entweder ihre Strukturen möglichst rasch anpassen oder versuchen, ihr Geschäftsmodell allenfalls anzupassen (bspw. reine Anlageberatung).
- Das FIDLEG betrifft nicht nur Finanzdienstleister, sondern als Emittenten von Obligationen oder Aktien auch die Unternehmen aller Branchen. Die im FIDLEG enthaltenen Erleichterungen und Fristen bezüglich Prospektpflicht sollen jedoch verhindern, dass der Finanz- und Kapitalmarkt Schweiz durch die Erhöhung der Transparenzanforderungen an Wettbewerbsfähigkeit verliert.
- Die Prozesskostenregelung trägt zu einer Stärkung des Konsumentenschutzes und einer Reduktion der Transaktionskosten bei. Der Rechtsdurchsetzungsprozess für kleine Schadenssummen wird dadurch vereinfacht.
- Die Mehrheit der zwölf bisher von der FINMA anerkannten SRO zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung könnte ihre Tätigkeit nicht mehr in der gleichen Art und Weise wie bisher weiterführen. Deren bisherige Funktionen und Tätigkeiten würden mit Blick auf die neu der Aufsicht unterstellten Finanzinstitute durch die zu schaffende Form der Aufsicht erfasst. Freilich könnten sich aber auch die SRO – einzeln oder verbunden – als sogenannte Aufsichtsorganisation(en) konstituieren.
- Die Pflichten der FINMA werden gemäss vorliegender Gesetzesvorlage insgesamt ausgeweitet. Aufgrund dieser erweiterten Pflichten dürfte auch der Ressourcenbedarf der FINMA zunehmen.

4.3

Auswirkungen auf den Wettbewerb und auf die Standortattraktivität

Die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt für die Vermögensverwaltung dürften sich durch FIDLEG und FINIG dauerhaft verändern. So werden gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen, Interessenkonflikte reduziert und es fallen höhere Regulierungskosten an. Der Anpassungsprozess an die neuen Bedingungen dürfte schliesslich dazu führen, dass die durchschnittliche Grösse (gemessen an der Höhe der verwalteten Kundengelder) der am Markt tätigen Vermögensverwalter zunimmt. Die ohnehin schon einsetzende Konzentration im Markt für die Vermögensverwaltung kann längerfristig gleichbedeutend mit einer tieferen Wettbewerbsintensität sein.

Eine Konsequenz der Unterstellung der Vermögensverwalter unter die Aufsicht könnte möglicherweise die Erhöhung von Markteintrittsbarrieren sein. Im Interesse der gesamten Volkswirtschaft sollte es möglichst vermieden werden, Markteintrittsbarrieren durch regulatorische Massnahmen unverhältnismässig zu erhöhen. Um das Problem nicht weiter zu verschärfen, sollten die Aufsichtsgebühren möglichst tief gehalten werden.

Der verbesserte Kundenschutz stärkt das Vertrauen in den Schweizer Markt für Vermögensverwaltung. Die höhere Qualität der erbrachten Dienstleistungen macht ihn für bestehende wie auch für neue Kundinnen und Kunden attraktiver. Dies ist umso bedeutender, als seit der Finanzkrise Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern tendenziell an Vertrauen in den Finanzmarkt eingebüsst haben¹³⁸. Beide Gesetze tragen schliesslich auch internationalen Entwicklungen Rechnung, sodass Reputationsrisiken für die Schweiz vermindert und Möglichkeiten zur Erhaltung und Verbesserung des bilateralen Marktzutritts geschaffen werden.

5

Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 25. Januar 2012¹³⁹ zur Legislaturplanung 2011–2015 noch im Bundesbeschluss vom 15. Juni 2012 über die Legislaturplanung 2011–2015 angekündigt. Das Geschäft wird dem Parlament trotzdem vorgelegt, da im Interesse der Anlegerinnen und Anleger sowie des Finanzplatzes Schweiz mit der Umsetzung der im FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln vom Februar 2012 festgestellten Mängeln sowie der internationalen Entwicklung im Finanzmarktbereich nicht bis zur nächsten Legislaturplanung zugewartet werden kann. Sie ist mit der Finanzmarktstrategie des Bundesrates vereinbar.

¹³⁸ Aktuelle Bankenfragen 2015, Meinungen und Vorstellungen der Schweizer Bürger. Studie durchgeführt für die Schweizerische Bankiervereinigung – Basel durch das Institut M.I.S Trend SA – Lausanne/Bern.

¹³⁹ BBl 2012 481.

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Das FIDLEG stützt sich auf die Artikel 95, 97, 98 und 122 Absatz 1 der Bundesverfassung. Das FINIG stützt sich auf die Artikel 95 und 98 Absätze 1 und 2 der Bundesverfassung. Mit den beantragten Erlassen werden im Wesentlichen gewerbepolizeiliche Vorschriften erlassen. Die damit verbundenen Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sind zulässig, soweit sie durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sind. Das öffentliche Interesse besteht vorliegend im Schutz von Polizeigütern (Kundenschutz, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) sowie in der Gewährleistung eines stabilen und krisenresistenten Finanzmarkts. Die Vorschriften sind geeignet und erforderlich, um die im Fokus stehenden öffentlichen Interessen zu schützen. Der Verhältnismässigkeit wird auch dadurch Rechnung getragen, dass an manchen Stellen Ausnahmeregelungen und Erleichterungen vorgesehen werden, sofern der Kundenschutz gewährleistet bleibt (vgl. bspw. Art. 13, 33 Abs. 2, 45, 50 Abs. 3, 53 Abs. 4 FINIG). Die vorgeschlagenen Vorschriften erweisen sich damit als verfassungskonform.

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die internationalen Verpflichtungen der Schweiz werden durch die Vorlage nicht berührt. Es wird zudem sichergestellt, dass die Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsebene im Einklang mit dem internationalen Recht umgesetzt werden.

6.3 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Die Vorlage sieht keine Ausgaben vor, die unter die Ausgabenbremse (Art. 159 Abs. 3 Bst. b BV) fallen.

6.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Für die Begründung der in der Vorlage enthaltenen Rechtsetzungsdelegationen an den Bundesrat (vgl. namentlich die Art. 4, 5, 6, 18, 19, 27, 33, 35, 38, 48, 49, 50, 53, 54, 59, 60, 66, 73, 87, 95, 97 und 98 FIDLEG, und Art. 3, 6, 8, 19, 20, 24, 25, 32, 33, 40, 41, 42, 47, 53, 56, 64, 68 und 71 FINIG, Art. 13a, 43f, 43o FINMAG sowie Art. 42, 43 und 90a VAG) wird auf die Erläuterungen zu den entsprechenden Artikeln verwiesen.

