



25.06.2014

Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)

Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)

Erläuternder Bericht zur
Vernehmlassungsvorlage

Übersicht

Die Vorlage besteht aus einem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und einem Finanzinstitutsgesetz (FINIG). Das FIDLEG regelt die Voraussetzungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten. Das FINIG unterstellt Finanzinstitute, welche die gewerbsmässige 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 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 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 eine informierte 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 (MiFID). Dabei wird eine äquivalente, den schweizerischen Gegebenheiten jedoch adäquat angepasste Regelung vorgesehen.

Das FIDLEG führt zudem für sämtliche Effekten, die öffentlich angeboten oder an einem Handelsplatz gehandelt werden, einheitliche 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 ausgestal-

tet. Insbesondere sehen sie Erleichterungen für KMU's vor. Neben die Prospektvorschriften tritt die Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts. Diese Kurzdokumentation soll dem Privatkunden eine fundierte Anlageentscheidung und einen Vergleich verschiedener Finanzinstrumente ermöglichen. Das Basisinformationsblatt muss in leicht verständlicher Sprache abgefasst sein, die wesentlichen Produktinformationen enthalten und unabhängig von der Art des Finanzinstruments einheitlich ausgestaltet werden.

Die Position einzelner Kundinnen und Kunden wird nur dann effektiv verbessert, wenn diese mit den Mitteln der privaten Rechtsdurchsetzung erfolgreich gegen das Fehlverhalten ihres Finanzdienstleisters vorgehen können. Das FIDLEG sieht deshalb eine Stärkung der Institution der Ombudsstelle vor. Auch unter der neuen Regelung soll die Ombudsstelle jedoch ausschliesslich als Schlichtungsstelle auftreten und keine Entscheidungskompetenz erhalten. Darüber hinaus werden für die erleichterte Durchsetzung von Ansprüchen alternativ eine Schiedsgerichtslösung oder eine neue Form der Prozessfinanzierung (Prozesskostenfonds) vorgeschlagen. Schliesslich werden auch Mittel des kollektiven Rechtsschutzes wie insbesondere ein Gruppenvergleichsverfahren sowie eine Verbandsklage vorgesehen.

Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

Mit dem FINIG soll die Aufsicht über sämtliche Finanzdienstleister, welche 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, Effekthändler (neu Wertpapierhäuser genannt) und Banken, werden grundsätzlich materiell unverändert aus den geltenden Erlassen (KAG, BEHG und BankG) übernommen.

Neu werden auch Vermögensverwalter von individuellen Kundenvermögen oder von Vermögenswerten schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen 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 schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen werden neu als «qualifizierte Vermögensverwalter» und «Asset Manager» bezeichnet. Sie müssen damit strengeren Anforderungen genügen als die Vermögensverwalter von Individualvermögen.

Qualifizierte Vermögensverwalter werden gemäss FINIG durch die FINMA beaufsichtigt. Für die prudenzielle Aufsicht über die nicht qualifizierten Vermögensverwalter werden in der Vernehmlassung zwei Varianten zur Diskussion gestellt: eine Aufsicht durch die FINMA oder durch eine von der FINMA beaufsichtigte Aufsichtsorganisation. Bestehende Vermögensverwalter können 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 Kunden beschränken.

Das FINIG sieht eine 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. Keinen Teil der Bewilligungskaskade bildet die Bewilligung für die Tätigkeit als Fondsleitung.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Grundzüge der Vorlage	8
1.1 Ausgangslage	8
1.1.1 Ungenügender Kundenschutz im geltenden Recht	8
1.1.2 Ungleiche Bedingungen für Finanzinstitute	9
1.1.3 Internationale Entwicklungen	9
1.2 Beantragte Neuregelung	10
1.3 Finanzdienstleistungsgesetz	12
1.3.1 Allgemeines	12
1.3.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen	13
1.3.2.1 Verhaltensregeln	13
1.3.2.2 Organisation	15
1.3.2.3 Kundenberaterinnen und Kundenberater	16
1.3.2.4 Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen	16
1.3.3 Anbieten von Finanzinstrumenten	17
1.3.4 Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung	18
1.4 Finanzinstitutsgesetz	21
1.4.1 Allgemeines	21
1.4.2 Wesentliche Elemente	21
1.4.2.1 Bewilligungspflicht	22
1.4.2.2 Die Finanzinstitute	22
1.4.2.3 Die Aufsichtsorganisation	23
1.5 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	24
1.6 Rechtsvergleich	24
1.6.1 Allgemeines	24
1.6.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen	26
1.6.2.1 MiFID	26
1.6.2.2 IMD	27
1.6.2.3 Vorschriften für Kundenberaterinnen und Kundenberater	28
1.6.3 Anbieten von Finanzinstrumenten	28
1.6.3.1 Prospekttrichtlinie	28
1.6.3.2 PRIIPs	29
1.6.4 Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung	29
1.6.4.1 Europäisches Recht	29
1.6.4.2 Ausländisches Recht	31
1.6.4.3 Internationale Standards	32
1.6.5 Aufsicht über Vermögensverwalter	32
1.6.6 Beurteilung der Vorlage	33
2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	35
2.1 Finanzdienstleistungsgesetz	35
2.2 Aufhebung und Änderung anderer Erlasse	114
2.2.1 Obligationenrecht	114

2.2.2	Zivilprozessordnung	115
2.2.3	Kollektivanlagengesetz	116
2.2.4	Finanzmarktaufsichtsgesetz	119
2.2.5	Versicherungsaufsichtsgesetz	119
2.3	Finanzinstitutsgesetz	122
2.4	Aufhebung und Änderung anderer Erlasse	147
2.4.1	Bankengesetz	147
2.4.2	Börsengesetz	147
2.4.3	Pfandbriefgesetz	148
2.4.4	Obligationenrecht	148
2.4.5	Bundesgesetz über den Konsumkredit	148
2.4.6	Revisionsaufsichtsgesetz	148
2.4.7	Kartellgesetz	150
2.4.8	Zivilprozessordnung	150
2.4.9	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs	150
2.4.10	Bundesgesetz über die Stempelabgaben	150
2.4.11	Mehrwertsteuergesetz	151
2.4.12	Verrechnungssteuergesetz	151
2.4.13	Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft	151
2.4.14	Nationalbankgesetz	151
2.4.15	Kollektivanlagengesetz	152
2.4.16	Geldwäschereigesetz	154
2.4.17	Finanzmarktaufsichtsgesetz	156
2.4.18	Bucheffektengesetz	162
2.4.19	Versicherungsaufsichtsgesetz	162
2.4.20	Finanzmarktinfrastukturgesetz	163
3	Auswirkungen auf den Bund, Kantone und Gemeinden	163
4	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	163
4.1	Kosten und Nutzen der einzelnen Massnahmen	163
4.1.1	Verhalten und Organisation der Finanzdienstleister (FIDLEG)	163
4.1.2	Grenzüberschreitende Tätigkeit in die Schweiz	164
4.1.3	Dokumentation der Produkteigenschaften	164
4.1.4	Durchsetzung der Ansprüche von Privatkundinnen und - kunden	165
4.1.5	Kreis der Beaufsichtigten (FINIG)	165
4.2	Auswirkungen nach betroffenen Gruppen	167
4.2.1	Auswirkungen auf Kundinnen und Kunden sowie auf Finanzdienstleister generell	167
4.2.2	Auswirkungen auf einzelne Gruppen	168
4.3	Auswirkungen auf den Wettbewerb und auf die Standortattraktivität	169
5	Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates (GS-EFD)	169
6	Rechtliche Aspekte	170

6.1	Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	170
6.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	170
6.3	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	170
6.4	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	170

Bericht

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 Gläubiger und Gläubigerinnen, Anleger und Anlegerinnen sowie die Versicherten – vor unzulässigem Verhalten der Finanzdienstleister schützen und deren Vertrauen in einen stabilen und funktionierenden Markt stärken. Diese Zielsetzung 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.

Das geltende Recht weist gerade im Bereich dieser Verhaltens- und Produktregeln ungleiche Regelungen und Lücken auf. So wissen die Kundinnen oder Kunden oft nur wenig über den einzelnen Finanzdienstleister. Beispielsweise müssen sie nicht detailliert über den Umfang der Aufsicht eines Finanzdienstleister aufgeklärt werden (ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und Versicherungsvermittler haben niedrigere Anforderungen zu erfüllen als eine Versicherung; beide gelten aber unter geltendem Recht als beaufsichtigt). Zudem sind die Kundinnen und Kunden nicht immer ausreichend über die eigentliche Dienstleistung informiert. Es besteht auch keine generelle Pflicht der Finanzdienstleister, sich vor Geschäftsabschluss nach den Kenntnissen und Erfahrungen der Kundinnen oder Kunden zu erkundigen und sie allenfalls vor einem unangemessenen Geschäft zu warnen. Daneben sind die schweizerischen Prospektspflichten für Finanzprodukte vielfältig 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 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 der Produkthanbieter ab. Dies kann zu Missverständnissen und falschen Erwartungen führen.

Spezifische Schwächen bestehen im geltenden Recht im Bereich der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung. Die zivilprozessualen Instrumente und Möglichkeiten erweisen sich oft als schwierig, riskant oder schlicht ungenügend, so dass Kundinnen oder Kunden bei der Durchsetzung ihrer privatrechtlichen Ansprüche gegenüber Finanzdienstleistern scheitern oder von vornherein davon absehen. So gelingt klagen Kundinnen oder Kunden beispielsweise der Beweis eines pflichtwidrigen

oder unsorgfältigen (Fehl-)Verhaltens des Finanzdienstleisters oft nicht¹. Gleichzeitig manifestiert sich das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Kundinnen und Kunden sowie Finanzdienstleistern in Bezug auf die Prozesskosten und das daraus resultierende Prozesskostenrisiko²: Dieses trifft die einzelne Kundin oder den einzelnen Kunden ungleich härter als den Finanzdienstleister und bildet oft ebenfalls eine unerwünschte Schranke zur Gerichtsbarkeit. Schliesslich fehlen Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung, welche eine gebündelte gerichtliche Erledigung einer Vielzahl von Ansprüchen in einem kollektiven Verfahren erlauben würden. Dadurch wird eine effektive Rechtsdurchsetzung gerade in den bei Finanzdienstleistungen vermehrt anzutreffenden Fällen von Massen- oder Streuschäden zusätzlich erschwert³.

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, Effekthändlern, 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. 1.6) ist sowohl für die Kundinnen und Kunden als auch für die Finanzdienstleister zentral. Die Kunden profitieren dabei insbesondere von der guten Qualität von Schweizer Finanzdienstleistungen und einem verbesserten Schutz ihrer

- ¹ Vgl. z. B. 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., 97; 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., 321.
- ² Vgl. z. B. 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.
- ³ Vgl. Contratto, Franca, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, S. 217 ff.; 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., 321; vgl. ausführlich dazu Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 43 ff. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>).

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.

1.2 Beantragte Neuregelung

Die Vorlage besteht aus einem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und einem Finanzinstitutsgesetz (FINIG). Das FIDLEG (vgl. Ziff. 1.3) regelt die Voraussetzungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten. Das FINIG (vgl. Ziff. 1.4) unterstellt Finanzinstitute, welche die gewerbmässige Vermögensverwaltung für Dritte betreiben, einer kohärenten Aufsichtsregelung. Mit den beiden Gesetzen sollen sowohl der Kundenschutz verbessert (vgl. Ziff. 1.1.1) als auch vergleichbare Anforderungen für die Finanzdienstleister geschaffen werden (vgl. Ziff. 1.1.2). Zugleich berücksichtigt die Regulierung die verschiedenen Eigenschaften von Finanzdienstleistern und Finanzinstrumenten sowie die unterschiedlichen Bedürfnisse der verschiedenen Kundensegmente. 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 von Kundenaufträgen (*execution only*-Geschäfte) hinausgehen, haben sich die Finanzdienstleister vorgängig nach den Kenntnissen und Erfahrungen der 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. Nach wie vor ohne besondere Prüfungen möglich ist das Führen von Konten und Depots. Vom FIDLEG nicht erfasst werden zudem Tätigkeiten im Kreditbereich. Eine Ausnahme besteht für Kredite, die unmittelbar für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten eingesetzt werden.
- Bei den Produkten werden die für Aktien, Anlehensobligationen und andere kotierte Finanzinstrumente bestehenden Prospektpflichten grundsätzlich auf alle Beteiligungs- und Forderungspapiere ausgedehnt, welche Privatkunden öffentlich angeboten werden. Vorgesehen sind diverse Ausnahmen nach der Art des Angebots und der Effekten. Weiter erfolgen Erleichterungen bei Emittenten, die ihre Jahresrechnung nur einer eingeschränkten Revision unterziehen müssen.
- Ähnlich wie das im Kollektivanlagenbereich vorgesehene Dokument mit den «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» soll neu für sämtliche Finanzinstrumente die Privatkunden angeboten werden,

ein «Basisinformationsblatt» abgegeben werden. Kein Basisinformationsblatt muss beim Angebot von Aktien erstellt werden.

- Die Verhaltens- und Produktvorschriften sind dem jeweils angesprochenen Kundensegment anzupassen. Unterschieden wird zwischen Privatkunden und professionellen Kunden. Eine Untergruppe der professionellen Kunden bilden die institutionellen Kunden (Art. 4). 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.
- Ausländische Finanzdienstleister sollen neu die gleichen Verhaltensregeln einhalten müssen 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 auch unter den neuen Vorschriften erschwert. Insbesondere verfügt die Aufsichtsbehörde nicht über die gleichen Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente wie für beaufsichtigte Schweizer Finanzdienstleister.
- Die Institution der Ombudsstellen soll gestärkt und für alle Finanzdienstleistungen eingeführt werden. Der Ombudsstelle soll aber weiterhin keine Entscheidkompetenz zukommen, so dass sie in ihrem Spielraum als Vermittlerin nicht eingeschränkt wird. Darüber hinaus werden für die erleichterte Durchsetzung von Ansprüchen alternativ eine Schiedsgerichtslösung oder eine neue Form der Prozessfinanzierung (Prozesskostenfonds) vorgeschlagen. Schliesslich werden auch Mittel des kollektiven Rechtsschutzes wie insbesondere ein Gruppenvergleichsverfahren sowie eine Verbandsklage vorgesehen.
- Mit dem FINIG soll die prudenzielle Aufsicht über sämtliche Finanzinstitute, welche das Vermögensverwaltungsgeschäft betreiben, in einem einheitlichen Erlass geregelt werden. Durch die Vorschriften des FINIG werden neben Banken, Wertpapierhäusern, Fondsleitungen auch die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen erfasst. Neu werden ebenfalls die Vermögensverwalter von Individualvermögen sowie von Vermögen der beruflichen Vorsorge einer prudenziellen Aufsicht unterstellt.
- Die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen sowie die Vermögensverwalter von Vermögenswerten schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen werden neu als «qualifizierte Vermögensverwalter» und «Asset Manager» bezeichnet. Sie müssen strengeren Anforderungen genügen als die Vermögensverwalter von Individualvermögen.
- Qualifizierte Vermögensverwalter werden gemäss FINIG durch die FINMA beaufsichtigt. Für die prudenzielle Aufsicht über die nicht qualifizierten Vermögensverwalter werden in der Vernehmlassung zwei Varianten zur Diskussion gestellt: eine Aufsicht durch die FINMA oder durch eine von der FINMA beaufsichtigte Aufsichtsorganisation. Bestehende Vermögensver-

walter können 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 Kunden beschränken.

- Das FINIG sieht eine 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. Keinen Teil der Bewilligungskaskade bildet die Bewilligung für die Tätigkeit als Fondsleitung.
- Soweit sinnvoll, werden die Anforderungen an die verschiedenen Institutsformen durch das FINIG 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 Bankengesetzes (BankG)⁴ auch auf Wertpapierhäuser Anwendung, sei es direkt (Gruppen- und Konglomeratsaufsicht) oder über einen Verweis im Börsengesetz (BEHG)⁵ (Rechnungslegung, Eigenmittel- und Risikoverteilung, ausländische Beherrschung, Insolvenz, Einlagensicherung, nachrichtenlose Vermögenswerte).

1.3 Finanzdienstleistungsgesetz

1.3.1 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 erleichtert und verbessert. Insbesondere sollen die aussergerichtliche Streitbeilegung durch anerkannte Ombudsstellen gefördert, die Prozesskostenrisiken gezielt gemildert und besondere Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung geschaffen werden. Schliesslich enthält der Erlass auch Vorschriften für das grenzüberschreitende Geschäft von ausländischen Finanzdienstleistern in die Schweiz.

Die vorgesehenen Massnahmen sind untereinander in Beziehung zu setzen. 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 Kundenberater 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.

⁴ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG); SR **952.0**

⁵ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG); SR **954.1**

Die vorgeschlagenen Massnahmen wurden zudem unter Berücksichtigung der internationalen Anforderungen an die Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten erarbeitet. International gültige Standards, namentlich jene der EU, sollen soweit sinnvoll und zweckmässig übernommen werden. Dabei ist eine materielle Äquivalenz anzustreben.

1.3.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen

1.3.2.1 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 Informations- und Erkundigungspflichten. Damit Kundinnen und Kunden eine informierte Anlageentscheidung treffen können, sind sie auf ausreichende Informationen über ihren Finanzdienstleister sowie über die erhältlichen Finanzdienstleistungen und Produkte angewiesen. Die einzelnen Verhaltenspflichten variieren je nach Kundensegment im Umfang und sind für Privatkundinnen und -kunden umfangreicher als für professionelle Kunden.

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 Anschrift, Aufsichtsstatus und zuständige Aufsichtsbehörde. Der Finanzdienstleister muss auf seine im Zusammenhang mit den angebotenen Finanzdienstleistungen bestehenden wirtschaftlichen Bindungen an Dritte hinweisen 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 geben zudem die erforderliche Produktdokumentation ab. Insbesondere ist Privatkundinnen und -kunden vor dem Erwerb von Finanzinstrumenten ein Basisinformationsblatt zu übergeben. Ausführliche Prospekte sind hingegen nur auf Anfrage zur Verfügung zu stellen.

Weiter sind die für die Kundin oder den Kunden anfallenden direkten und indirekten Kosten von Dienstleistung und Finanzinstrument in transparenter Weise offenzulegen. Wird eine Anlageberatung oder Vermögensverwaltung erbracht, ist anzugeben, ob die Dienstleistung unabhängig ist und ob eine laufende Beurteilung der Eignung der Finanzinstrumente vorgenommen wird. Finanzdienstleister dürfen sich dabei nur als unabhängig bezeichnen, wenn sie eine ausreichende Anzahl von Finanzinstrumenten in ihre Evaluation einbeziehen und keine finanziellen Anreize von Dritten entgegennehmen, ohne sie vollumfänglich an die Kundinnen und Kunden weiterzugeben.

Angemessenheitsprüfung vor Geschäften mit Finanzinstrumenten

Damit ein Finanzdienstleister im Interesse seiner Kundin oder seines Kunden tätig werden kann, muss er zumindest die Kenntnisse und Erfahrungen einer Kundin oder eines Kunden mit der in Frage stehenden Geschäftsart kennen. Finanzdienstleister sind daher im Vorfeld einer Dienstleistung 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.

Besteht die Finanzdienstleistung ausschliesslich in der Ausführung oder blossen Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen (*execution only*), so muss der Finanzdienstleister keine Angemessenheitsprüfung durchführen, wenn die Geschäfte auf Veranlassung der Kundin oder des Kunden getätigt werden.

Eignungsprüfung bei Beratung und Vermögensverwaltung

Finanzdienstleister können ihre Kundinnen und Kunden bei der Anlage ihres Vermögens nur beraten, wenn sie deren Erfahrungen, Kenntnisse, Anlageziele und finanziellen Verhältnisse kennen. Entsprechend führt der Finanzdienstleister gestützt auf die Auskünfte seiner Kundin oder seines Kunden eine Eignungsprüfung durch. 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.

Die Eignungsprüfung findet nicht nur bei der Anlageberatung Anwendung, sondern 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 in ihrem Zusammenspiel mit dem Restportfolio für die Kundin oder den 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 (vgl. Kommentierung zu Art. 6). Es stehen ihr dazu grundsätzlich die Aufsichtsinstrumente des Finanzmarktauf-

sichtsgesetzes (FINMAG)⁶ zur Verfügung. Gegenüber nicht beaufsichtigten Finanzdienstleistern wird die Einhaltung der Verhaltensregeln nicht überwacht. 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. 121).

Die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG greifen nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden ein. 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 beziehen. 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 Verfahren gegen einen Finanzdienstleister anstrebt, hat in diesem Verfahren keine Parteistellung⁷. Allfällige Klagen sind vor den zuständigen zivilgerichtlichen Instanzen zu erheben (vgl. Art. 117).

1.3.2.2 Organisation

Damit Finanzdienstleister die Verhaltensregeln gemäss FIDLEG einhalten können, müssen sie gewisse organisatorische Vorkehrungen treffen. Diese Massnahmen werden durch die Organisationspflichten 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 Bezug Dritter darauf zu achten, dass diese die erforderlichen Qualifikationen mitbringen. Interessenkonflikte sind wenn möglich zu vermeiden, auf jeden Fall aber der Kundin oder dem Kunden gegenüber offenzulegen. Die Annahme von Vorteilen ist nur zulässig, wenn die Kundinnen und Kunden vorgängig auf die Herausgabe der Vorteile verzichtet haben oder wenn die Vorteile 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 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.

⁶ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG); SR **956.1**

⁷ Vgl. auch BGE 139 II 279, E. 2 und 4.

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

1.3.2.3 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 in der Vergangenheit nicht bereits in qualifizierter Weise gegen die Verhaltensregeln verstossen haben und dass sie oder der Finanzdienstleister, für den sie arbeiten, an einer Ombudsstelle angeschlossen sind und über ausreichende finanzielle Sicherheiten verfügen.

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

Als Kundenberaterin oder Kundenberater dürfen unter dem FIDLEG nur noch Personen tätig werden, die der Registrierungsstelle nachweisen können, dass sie die Registrierungs Voraussetzungen erfüllen. Bei erbrachtem Nachweis werden sie in das Kundenberaterregister eingetragen. Diese Neuerung gilt für sämtliche Kundenberaterinnen und Kundenberater, die Kundinnen und Kunden in der Schweiz bedienen, ungeachtet ihres geschäftlichen Domizils. Auch Kundenberaterinnen und Kundenberater, die im Namen von beaufsichtigten Finanzdienstleistern tätig sind, sind von der Registrierungspflicht erfasst.

1.3.2.4 Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen

Stehen Kundinnen und Kunden in der Schweiz ausländischen Finanzdienstleistern gegenüber, sollen sie grundsätzlich gleich gut geschützt werden, wie wenn sie die Dienstleistungen von einem inländischen Finanzdienstleister in Anspruch nehmen würden. Eine grenzüberschreitende Dienstleistung liegt vor, wenn ein Finanzdienstleister mit Sitz im Ausland eine Dienstleistung an eine Kundin oder einen Kunden in der Schweiz erbringt. Dabei kann die Dienstleistung ohne dauernde Anwesenheit oder mit einer dauernden physischen Präsenz von Angestellten oder Beauftragten in der Schweiz erbracht werden. Besteht eine dauernde physische Präsenz, sind ausländische Finanzdienstleister bei der Ausübung von in der Schweiz bewilligungspflichtigen Tätigkeiten gemäss FINIG verpflichtet, eine Zweigniederlassung oder Vertretung in der Schweiz zu errichten.

Um für Kundinnen und Kunden bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen einen angemessenen Schutz zu gewährleisten, sollen ausländische Finanzdienstleister stets

die gleichen Verhaltensregeln einhalten müssen wie die schweizerischen und sich neu in der Schweiz registrieren lassen. Der Umstand, dass sich der Finanzdienstleister im Ausland befindet, kann die zivilrechtliche Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche erschweren. Dies gilt namentlich bei der Anerkennung und Vollstreckung eines in der Schweiz erstrittenen Urteils im Ausland.

1.3.3 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 das Basisinformationsblatt (BIB).

Die Prospektvorschriften des FIDLEG sollen grundsätzlich für alle in der Schweiz oder von der Schweiz aus angebotenen Effekten Anwendung finden. 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. a FinfraG⁸). Die heute bestehenden Bestimmungen im Obligationenrecht (OR)⁹ werden aufgehoben¹⁰.

Die Prospektvorschriften sind zweistufig. Sie orientieren sich an den Anforderungen an den Prospekt in der Richtlinie 2003/71/EG¹¹ (hiernach Prospektrichtlinie 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 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). Jedoch besteht keine Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts bei Angeboten von Aktien.

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 Ersteller vergleichen können. Die Angaben umfassen insbesondere die Art und die Merkmale eines Finanzinstruments, dessen Risiko- und Renditeprofil sowie dessen Kosten.

Beim Basisinformationsblatt handelt es sich um eine kurze und leicht verständliche Dokumentation, so dass die Informationen 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

⁸ Vernehmlassungsvorlage abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2013.html#EFD>.

⁹ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR); SR 220

¹⁰ Artikel 652a, 752 und 1156 OR.

¹¹ 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.

Effektenfonds und übrigen Fonds für traditionelle Anlagen zu veröffentlichen. Diese Regelung soll inskünftig in der FIDLEG-Regelung zu den Basisinformationsblättern aufgehen.

1.3.4 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, wird die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung durch verschiedene zielgerichtete Massnahmen des Zivilprozessrechts im 4. Titel des FIDLEG erleichtert. Wie erwähnt (vgl. Ziff. 1.3.2), ist den aufsichtsrechtlichen Vorgaben des FIDLEG bei der Konkretisierung der privatrechtlichen Rechte und Pflichten im Sinne einer Ausstrahlungswirkung Rechnung zu tragen.

Herausgabeanspruch für Dokumente und Beweislast für die Einhaltung der Informations- und Aufklärungspflichten

Notwendige Voraussetzung jeder effektiven Rechtsdurchsetzung ist die genügende Kenntnis über die tatsächlichen Verhältnisse einer Geschäfts- und Rechtsbeziehung. 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 (vgl. die Erläuterungen zu Art. 72). Der Herausgabeanspruch ist im summarischen Verfahren selbständig durchsetzbar und allenfalls auch vollstreckbar. Eine allfällige Weigerung des Finanzdienstleiters kann in einem späteren Verfahren beim Entscheid über die Prozesskosten berücksichtigt werden.

Nach geltendem Recht hat die Kundin oder der Kunde nachzuweisen, dass ein Finanzdienstleister seine gesetzlichen Informations- oder Aufklärungspflichten verletzt hat und dass diese Pflichtverletzung für die Schadensverursachung kausal ist. Dieser Nachweis gestaltet sich für die Kundin oder den Kunden oft schwierig und stellt daher in vielen Fällen eine unüberwindbare prozessuale Hürde dar. Der Nachweis wird zusätzlich erschwert, weil der Finanzdienstleister zumeist über einen Informations- und Know-How-Vorsprung, spezifische Fachkenntnis und eine grössere Beweisnähe verfügt. Daher soll nach Artikel 74 die Beweislast für die Einhaltung der gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten in Zukunft dem Finanzdienstleister obliegen. Gleichzeitig wird bei einer Verletzung dieser Pflichten vermutet, dass die Kundin oder der Kunde das betroffene Geschäft nicht getätigt hätte. Die Vermutung kann durch den Finanzdienstleister mittels Gegenbeweis entkräftet werden. Im übrigen, insbesondere hinsichtlich des Vertragsverhältnisses, des Schadens, aller anderen Pflichtverletzungen, des adäquaten Kausalzusammenhangs sowie eines allfälligen Verschuldens, folgt die Beweislast wie bisher den allgemeinen Regelungen.

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 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, unabhängige, unparteiische, mit spezifischen Fachkenntnissen ausgestattete und staatlich zu anerkennende Ombudsstellen 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 Streitbeilegungsverfahrens (Art. 75), die Pflichten der Finanzdienstleister (Art. 78–81) sowie die Anerkennung der Ombudsstellen und der Aufsicht (Art. 82–84).

Prozesskosten

Das Prozesskostenrisiko stellt für Privatkundinnen und -kunden bei der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung gegenüber Finanzdienstleistern regelmässig eine grosse Schranke dar. Mit dem FIDLEG wird daher eine Schiedsgerichtslösung oder ein besonderer Prozesskostenfonds für Finanzdienstleistungs-Streitigkeiten geschaffen.

Schiedsgericht (Variante A)

Mit einem Verfahren vor einem Schiedsgericht kann ein Streitfall von einer einzigen Instanz abschliessend entschieden werden. Dies hat den Vorteil, dass der Kunde schneller eine verbindliche Beurteilung seines Anspruches erhält, als wenn ein Entscheid im ordentlichen Zivilprozess an zwei weitere Instanzen weitergezogen werden kann. Dies führt rascher zu Rechtsfrieden und belastet den Kunden auch finanziell nicht im gleichen Ausmass. Die Finanzdienstleister werden angehalten, ein Schiedsgericht zu errichten, das ihre Kunden anrufen können. Die Anzahl möglicher Schiedsgerichte ist dabei offen. Die Finanzdienstleister sind verpflichtet, jederzeit über die vorgesehene Wahlmöglichkeit im Streitfall zu informieren. Der Privatkunde muss also erst im Streitfall entscheiden, ob er den ordentlichen Zivilrichter anruft oder sich neu für den Schiedsgerichtsweg entscheidet (Art. 85 Abs. 2).

Das Verfahren ist in einer Schiedsordnung zu regeln. Vorgeschrieben wird, dass es sich um ein faires, einfaches und rasches Verfahren handeln muss (Art. 86 Abs. 2). Ausfluss aus dem Fairnessgebot ist unter anderem auch die zwingende paritätische Zusammensetzung des Spruchkörpers unter dem Vorsitz einer unabhängigen Person (Art. 86 Abs. 1). Damit der Kostenproblematik begegnet werden kann, muss das Verfahren für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos sein. Privatkundinnen und -kunden können nur an ein Schiedsgericht gelangen, sofern sie in gleicher Sache ein Gesuch um Streitbeilegung bei einer anerkannten Ombudsstelle gestellt und am Verfahren teilgenommen haben. So wird verhindert, dass die Schiedsgerichte für wenig aussichtsreiche oder gar missbräuchliche Klagen in An-

spruch genommen werden können. Beides ist sowohl im Interesse der Finanzdienstleister als auch eines funktionierenden effizienten Schiedssystems.

Prozesskostenfonds (Variante B)

Der Prozesskostenfonds soll unter klar bestimmten Voraussetzungen die Prozesskosten von Privatkundinnen und -kunden für Klagen gegen Finanzdienstleister übernehmen. Als Prozesskosten gelten dabei die Gerichtskosten, eine allfällige Parteientschädigung an die Gegenpartei sowie die Kosten einer angemessenen Rechtsvertretung (Art. 93).

Privatkundinnen und -kunden haben auf begründetes Gesuch hin Anspruch auf die Übernahme ihrer Prozesskosten. Erscheint ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos, werden sie gleichzeitig von allfälligen Vorschusspflichten befreit, wenn der Streitwert den Betrag von 1 Million Franken nicht übersteigt, sie nicht ausnahmsweise über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügen und sie auch ein Gesuch um Streitbeilegung vor einer anerkannten Schlichtungsbehörde gestellt haben, das Verfahren aber erfolglos blieb (Art. 92). In jedem Fall entscheidet ein Gericht über das Gesuch. Die konkrete Abwicklung und Liquidation der Kosten erfolgt durch den Prozesskostenfonds.

Der als Spezialfonds des Bundes konzipierte Prozesskostenfonds soll primär durch besondere Beiträge der Finanzdienstleister finanziert werden. Die Beiträge richten sich spezifisch nach Wert und Umfang der Finanzdienstleistungen eines Finanzdienstleisters (Art. 89–91). Gleichzeitig fliessen dem Prozesskostenfonds allfällige Parteientschädigungen im Umfang seiner Leistungen zu. Im Falle des Obsiegens der Privatkundin oder des Privatkunden entstehen dem Prozesskostenfonds somit höchstens geringe Kosten.

Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

In Ergänzung des bisherigen, primär auf der individuellen Rechtsdurchsetzung basierenden Rechts sieht das FIDLEG in einem weiteren Kapitel die spezialgesetzliche Schaffung einer besonderen Verbandsklage sowie eines sogenannten Gruppenvergleichsverfahrens für das Finanzdienstleistungsrecht vor. Das privatrechtliche Rechtsschutzsystem wird damit mit zwei Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes ergänzt, um insbesondere die Geltendmachung von Massen-, aber auch von Streuschäden im Bereich der Finanzdienstleistungen zu verbessern.

Mit der spezialgesetzlichen Verbandsklage können Verbände, Vereine und andere Organisationen in eigenem Namen gegen Finanzdienstleister wegen Verletzung ihrer zivilrechtlichen Pflichten bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen klagen. Die Verbandsklage kann stets nur auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Pflichtverletzung gehen, nicht aber auf irgendwelche geldwerten Leistungen. Entsprechend sind zur Verbandsklage nicht gewinnorientierte Verbände, Vereine und andere Organisationen berechtigt, die nach ihren Statuten oder ihrer Satzung zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen, namentlich Privatkundinnen und -kunden oder Konsumentinnen und Konsumenten, befugt sind. Wie Privatkundinnen und -kunden sollen sie um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds ersuchen können. Eine Verbandsklage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit unterbricht die Verjährung für Forderungen aus der fraglichen Pflichtverletzung.

Das Gruppenvergleichsverfahren ermöglicht eine kollektive und repräsentative Geltendmachung von gleichen oder gleichartigen finanziellen Ansprüchen für eine Vielzahl von nicht direkt am Verfahren beteiligten Personen. Es soll insbesondere greifen, wenn eine Vielzahl von Kundinnen und Kunden durch eine Verletzung zivilrechtlicher Pflichten eines oder mehrerer Finanzdienstleister betroffen sind. Das Gruppenvergleichsverfahren kommt nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zur Anwendung und beruht – im Unterschied zu einer Gruppen- oder Sammelklage – auf einem Vergleich und dem Einverständnis der betroffenen Finanzdienstleister. Der Gruppenvergleich muss durch ein oberes kantonales Gericht genehmigt werden. Die gerichtliche Genehmigung setzt insbesondere voraus, dass sich das genehmigende Gericht von der Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung und deren genügenden Sicherstellung, der sachlichen Rechtfertigung und Effizienz eines Gruppenvergleichs im konkreten Fall und der angemessenen Wahrung der Interessen der betroffenen Kundinnen und Kunden überzeugt hat und diese genügend über das Gruppenvergleichsverfahren informiert wurden. Damit ein Gruppenvergleich auch für nicht am Verfahren beteiligte Personen verbindliche Wirkung entfaltet, ist zudem erforderlich, dass die betroffene Kundin oder der betroffene Kunde nicht innert einer bestimmten Frist ihren oder seinen Austritt (*opt out*) erklärt hat.

1.4 Finanzinstitutsgesetz

1.4.1 Allgemeines

Im Gegensatz zum FIDLEG, das Regeln für das Verhalten der Finanzdienstleister beim Erbringen von Finanzdienstleistungen statuiert, regelt das FINIG die Bewilligungsvoraussetzungen und weiteren organisatorischen Anforderungen für Finanzinstitute. Das FINIG ist als Rahmengesetz konzipiert. 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 Verordnungsebene erfolgen.

1.4.2 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, Effekthändler (neu Wertpapierhäuser genannt) und Banken, wurden grundsätzlich materiell unverändert aus den geltenden Erlassen (KAG¹², BEHG und BankG) übernommen.

Neu werden auch die Vermögensverwalter von Individualvermögen sowie von Vermögen der beruflichen Vorsorge einer prudenziellen Aufsicht unterstellt. Die Vermögensverwalter von Vermögenswerten schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen und die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen werden als «qualifizierte Vermögensverwalter» und «Asset Manager» bezeichnet. Die Tatsache, dass die

¹² Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG); SR 954.1

Verwalter von Vermögen schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen zwangsweise gesparte Gelder verwalten, welche die Vorsorge der Anlegerinnen und Anleger sichern, rechtfertigt ihre Unterstellung unter die höheren Anforderungen für qualifizierte Vermögensverwalter. Die Einhaltung der vorsorgerechtlichen Vorschriften wird jedoch auch unter diesen neuen Vorschriften durch die für die Vorsorgeeinrichtungen zuständigen Aufsichtsbehörden überwacht.

1.4.2.1 Bewilligungspflicht

Grundsätzlich haben alle Personen, die gewerbsmässig Vermögenswerte für Rechnung Dritter anlegen und verwalten, eine Bewilligung der Aufsichtsbehörde einzuholen. Das FINIG sieht eine 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. Neu erfasst dieses kaskadenhafte Bewilligungssystem ausdrücklich auch die Bewilligung für Wertpapierhäuser sowie für Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen. Keinen Teil der Bewilligungskaskade bildet dagegen die Bewilligung für die Tätigkeit als Fondsleitung.

1.4.2.2 Die 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, Effektenhändlern (neu Wertpapierhäuser genannt) und Banken, wurden grundsätzlich materiell unverändert aus den geltenden Erlassen (KAG, BEHG und BankG) übernommen. Eine der wesentlichen Neuerungen stellt namentlich die Subsumtion der bisher als «unabhängige» oder «externe» Vermögensverwalter bezeichneten Personen unter den Geltungsbereich des Gesetzes dar. Die andere massgebliche Neuerung stellt sodann die Zuweisung der Vermögensverwalter von Vermögenswerten schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen zur Kategorie der qualifizierten Vermögensverwalter dar.

Fondsleitungen üben eine qualifizierte Form des Asset Managements 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 in seiner heutigen Form 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 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.

Auch die Banken verwalten Vermögenswerte für Rechnung Dritter. Sie handeln dabei wie Wertpapierhäuser in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, können im Unterschied zu diesen jedoch insbesondere das Zinsdifferenzgeschäft betreiben. Viele der allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen und Pflichten des FINIG stehen auch im BankG, und eine Vielzahl der bankenrechtlichen Regeln gilt auch für Wertpapierhäuser (insbesondere die Bestimmungen über Finanzgruppen und -konglomerate, Eigenmittel und Rechnungslegung). Mit einer Überführung des BankG ins FINIG können deshalb Synergien genutzt und Abgrenzungsfragen geklärt werden, was nicht zuletzt zu einer Vereinfachung und Vereinheitlichung der Regulierung führt. Die Überführung des BankG ins FINIG ermöglicht zudem eine Korrektur des bald 80-jährigen und in struktureller Hinsicht mangelhaften BankG. Inhaltlich bleiben die Bestimmungen des BankG wie auch die zahlreichen Verordnungen im Bankenbereich unverändert.

Nebst diesen juristischen Erwägungen rechtfertigt sich eine Überführung des BankG ins FINIG auch aus ökonomischen Gründen. So ist die Schweiz weltweit der grösste Finanzplatz für die grenzüberschreitende Vermögensverwaltung¹³. Die Ausgestaltung der Rahmenbedingungen sollte deshalb das Vermögensverwaltungsgeschäft insgesamt umfassen. Nur mit einer Überführung des BankG ins FINIG wird die angestrebte Vereinfachung und Vereinheitlichung der Regulierung (vgl. Kapitel 2.2) konsequent weiterverfolgt.

1.4.2.3 Die Aufsichtsorganisation

Mit der Unterstellung aller Vermögensverwalter unter eine prudenzielle Aufsicht wird die Anzahl der Beaufsichtigten und damit die Aufsichtslast zunehmen. Es sollen daher zwei Varianten der prudenziellen Aufsicht über die einfachen Vermögensverwalter zur Diskussion gestellt werden: eine Aufsicht durch die FINMA oder durch eine von der FINMA beaufsichtigte Aufsichtsorganisation. In dieser zweiten Variante soll die prudenzielle Aufsicht über die bisher nicht beaufsichtigten Vermögensverwalter in Anlehnung an das US-amerikanische Model der FINRA (Financial Industry Regulatory Authority)¹⁴ von einer gesteuerten halbstaatlichen Aufsichtsbehörde wahrgenommen werden. Die FINRA ist eine vom Staat unabhängige, nicht gewinnorientierte Organisation, die den Kundenschutz und die Marktintegrität gewährleistet. Die Aufsichtsorganisation (Aufsichtsorganisation) soll wie die FINRA als unabhängige Institution mit Bewilligungs-, Aufsichts- und Sanktionskompetenzen ausgestattet werden.

Da die Aufsichtsorganisation die Überwachungsaufgaben gemäss Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997 (GwG)¹⁵ übernimmt, entfällt in ihrem Aufsichtsbereich künftig der Auftrag an die Selbstregulierungsorganisation im Rahmen des GwG. Im

¹³ Die Schweiz ist gemäss dem Bericht Global Wealth 2013 – Maintining momentum in a complex world – der Boston Consulting Group (BCG) weltweit der grösste Finanzmarkt für die grenzüberschreitende Vermögensverwaltung.

¹⁴ Vgl. <http://www.finra.org>.

¹⁵ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG); **SR 955.0**

Rahmen des Aufsichtsauftrags gemäss FINIG bleibt das Prinzip der Selbstregulierung im schweizerischen Finanzmarkt indes erhalten.

1.5 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

Die Regulierungsfolgenabschätzung zeigt, dass die Massnahmen der Sammelvorlage, 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 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. Durch die vorgeschlagene Übergangsregelung 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 halten, sollten die entsprechenden Gebühren möglichst tief ausgestaltet werden.

Die Kostensteigerung bei den Finanzinstituten aufgrund der vorgeschlagenen Prozesskostenfinanzierung kann nicht im Voraus beziffert werden. Diese dürften ihr Verhalten anpassen und insbesondere die Qualität der angebotenen Dienstleistungen weiter verbessern, um allfällige Prozesse möglichst zu verhindern.

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

Mit der vorgeschlagenen Sammelvorlage 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 würde zu einer Vereinfachung und eine Vereinheitlichung der historisch gewachsenen Gesetze führen.

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

1.6 Rechtsvergleich

1.6.1 Allgemeines

Schweizer Finanzmarktdienstleister 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 Kleinanleger und Kleinanlegerinnen ihre Anlageentscheide gestützt auf zuverlässige Informationen treffen können¹⁶. 2011 wurden von der IOSCO¹⁷ spezifische, auf kollektive Kapitalanlagen zugeschnittene «*Principles on Point of Sale Disclosure*» für Märkte und Aufsichtsbehörden formuliert¹⁸. In ihrem Bericht über die Regulierung von strukturierten Produkten empfahl IOSCO verschiedene regulatorische Massnahmen 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 Forum¹⁹. Gemäss diesen Empfehlungen ist am Verkaufspunkt ein Basisinformationsblatt (*POS disclosure document*) 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 FSB und die OECD ein²⁰. So sollen Finanzdienstleister gemäss den «*High-level principles on financial consumer protection*» der G20 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 orientieren²¹. Schliesslich wird verlangt, dass Personen, die für Finanzdienstleister 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.

¹⁶ Principles on Point of Sale Disclosure, Consultation Report, November 2009.

¹⁷ International Organization of Securities Commissions.

¹⁸ Principles on Point of Sale Disclosure, Final Report, Februar 2011.

¹⁹ Point of Sale disclosure in the insurance, banking and securities sectors, April 2014.

²⁰ G20 high-level principles on financial consumer protection, October 2011.

²¹ Vgl. www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf.

1.6.2 Erbringen von Finanzdienstleistungen

1.6.2.1 MiFID

Die im November 2007 in Kraft getretene Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte und Finanzinstrumente (MiFID)²² regelt die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten durch Banken und Wertpapierfirmen. Als Wertpapierfirma gilt gemäss MiFID namentlich jede «juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmässig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausübt»²³. Ein zentrales Element der Richtlinie bilden die aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltensregeln für Wertpapierfirmen bei der Erbringung von Dienstleistungen. Danach sind Wertpapierfirmen verpflichtet, ihre Kundinnen und Kunden redlich, eindeutig 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 (*appropriateness*) 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 warnen. Wertpapierfirmen, deren Wertpapierdienstleistungen sich auf die Ausführung von Kundenaufträgen (*execution only*-Geschäfte) oder die reine Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen beschränken, können 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 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. Erhält ein Vermögensverwalter oder ein Anlageberater die für eine Eignungsprüfung erforderlichen Informationen nicht, so darf er der Kundin oder dem Kunden keine Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente empfehlen.

Die neue Ausrichtung der europäischen Finanzmarktregulierung im Nachgang an die globale Finanzkrise hat auch zu einer Überarbeitung der MiFID geführt. Die Europäische Kommission hat am 20. Oktober 2011 Vorschläge für eine Anpassung der

²² 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.

²³ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 MiFID

Richtlinie vorgelegt²⁴. Die vorgeschlagene Revision teilt die Richtlinie auf in eine Verordnung (MiFIR) und eine Richtlinie (MiFID II). MiFID II enthält die beschriebenen Verhaltensregeln für Wertpapierfirmen und ergänzt diese in bestimmten Bereichen. Insbesondere werden die rechtlichen Voraussetzungen für die Anlageberatung und Vermögensverwaltung verschärft und die Bedingungen konkretisiert, unter denen Wertpapierfirmen Geschäfte unter den minimalen Pflichten für *execution only*-Geschäfte für Kundinnen und Kunden abwickeln dürfen. Weiter werden Wertpapierfirmen in ihren Möglichkeiten zur Entgegennahme von Anreizen durch Dritte eingeschränkt. So soll eine Anlageberatung nur noch als unabhängig bezeichnet werden dürfen, wenn die Wertpapierfirma eine ausreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten bewertet und für die Dienstleistungserbringung keine Gebühren oder andere monetären Vorteile von Dritten entgegennimmt. Der Kommissionsentwurf zu MiFID II wurde durch das Europäische Parlament und den Rat im Frühling 2014 verabschiedet. Die Anpassungen wurden bei der Ausarbeitung der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage berücksichtigt.

1.6.2.2 **IMD**

Die im Januar 2003 in Kraft getretene Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung (IMD)²⁵ 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, in das Register eingetragen werden. Für natürliche Personen, die in einem Unternehmen arbeiten, können die Mitgliedstaaten auf die Registerpflicht verzichten. Voraussetzung für die Eintragung in das Vermittlerregister ist die dauerhafte Erfüllung von beruflichen Anforderungen. Insbesondere müssen die Vermittlerinnen 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 Versicherungsnehmerinnen und -nehmer zu verbessern und für sämtliche Marktteilnehmer gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten, hat

²⁴ Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/securities/isd/mifid/index_de.htm

²⁵ Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. L 9 vom 15.1.2003, S. 3.

die europäische Kommission die Überarbeitung der Richtlinie eingeleitet. In ihrem Entwurf vom 3. Juli 2012 dehnt sie den Anwendungsbereich der Informations- und Verhaltenspflichten auch auf Versicherungsunternehmen aus²⁶. Die Unternehmen sind jedoch weiterhin von der Registrierungspflicht ausgenommen. Für Mitarbeitende eines Versicherungsunternehmens können die Mitgliedstaaten ebenfalls eine Ausnahme von der Registrierungspflicht vorsehen. Unter der überarbeiteten Richtlinie sollen die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler zu einer angemessenen Weiterbildung verpflichtet werden. Zudem erweitert die Richtlinie die Informations- und Beratungspflichten für Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler. Für Versicherungsanlageprodukte sollen Versicherungsvermittler und -unternehmen ähnliche Verhaltensregeln einhalten müssen wie Wertpapierfirmen gemäss MiFID. Das Gesetzgebungsverfahren zur Revision der IMD ist noch nicht abgeschlossen.

1.6.2.3 Vorschriften für Kundenberaterinnen und Kundenberater

Auf europäischer Ebene finden sich keine harmonisierten Vorschriften für natürliche Personen, die für Finanzdienstleister Dienstleistungen an Kundinnen und Kunden erbringen. Allerdings statuieren zahlreiche nationale Regulierungen der 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 Mitarbeiter, die mit der Anlageberatung betraut sind, an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht melden²⁷.

1.6.3 Anbieten von Finanzinstrumenten

1.6.3.1 Prospektrichtlinie

Im europäischen Rechtsraum sind die Pflichten der Ersteller von Finanzinstrumenten weitgehend vereinheitlicht. So hält die europäische Prospektrichtlinie²⁸ fest, dass Wertpapiere in den 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 Auf-

²⁶ Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/consumers/mediation/20120703-directive_de.pdf

²⁷ § 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.

²⁸ 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 2010/78/EU, ABl. L 331 vom 15.12.2010, S. 120.

sichtsbehörde des fraglichen Mitgliedstaates geprüft und gebilligt werden. Für kollektive Kapitalanlagen und Lebensversicherungen bestehen ebenfalls Mindestinformationspflichten²⁹.

1.6.3.2 PRIIPs

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»³⁰.

Am 3. Juli 2012 stellte die Europäische Kommission einen generellen Verordnungsvorschlag für ein Dokument mit wesentlichen Informationen zu Anlageprodukten für Kleinanlegerinnen und -anleger zur Diskussion³¹. Dadurch sollen Anlegerinnen und Anleger sowohl eine fundierte Anlageentscheidung bei sämtlichen Anlageprodukten treffen als auch verschiedene Anlageprodukte untereinander vergleichen können. Anlass war die Feststellung, dass «hinsichtlich Anlageprodukten der Informationsstand von Kleinanlegern und denjenigen, die solche Produkte auflegen und an Kleinanleger verkaufen wollen, weit auseinander» klappte. Der Vorschlag wurde Anfang April 2014 zwischen Rat und Parlament bereinigt und umfasst aktuell sowohl «verpackte» als auch versicherungsbasierte Anlageprodukte (PRIIPs)³². In Deutschland sind vergleichbare Informationsblätter für Anlageberatungen bereits zwingend vorgeschrieben³³.

1.6.4 Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung

1.6.4.1 Europäisches Recht

Die MiFID sieht vor, dass die 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

²⁹ 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) sowie Anhang III der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen.

³⁰ Art. 78 Abs. 1 und 2 OGAW

³¹ Vorschlag COM(2012) 352 final für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte.

³² Art. 2 und 4 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für «packaged retail and insurance based investment products» vom 4. April 2014 (8356/1/14 Rev 1).

³³ § 31 Abs. 3a des Gesetzes über den Wertpapierhandel (WpHG).

den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie in Island, Liechtenstein und Norwegen) geschaffen³⁴.

In allgemeiner Form sieht die Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten vom 21. Mai 2013³⁵, welche von den Mitgliedstaaten bis zum 9. Juli 2015 umgesetzt werden muss, 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 über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten vom 21. Mai 2013³⁶ sieht die Einrichtung einer europäischen Online Streitbeilegung-Plattform vor, die eine aussergerichtliche Online-Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern ermöglicht. Daneben sehen weitere Richtlinien die Schaffung von alternativen Streitbeilegungssystemen für spezifische Bereiche des Finanzdienstleistungs- und Kapitalmarktrechts vor³⁷.

Am 11. Juni 2013 hat die Europäische Kommission eine Empfehlung³⁸ an die EU-Mitgliedstaaten zur Einführung kollektiver Rechtsschutzverfahren für allgemeine kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren erlassen, womit ein kohärentes allgemeines Konzept für den kollektiven Rechtsschutz in der Europäischen Union ohne Harmonisierung der Systeme der Mitgliedstaaten und damit der effektive Zugang zum Recht gewährleistet werden sollen.

³⁴ Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_de.htm.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ Z. B. 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 (Art. 100) und 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 05.12.2007, S. 1 (Art. 83).

³⁸ Europäische Kommission, Empfehlung «Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten» vom 11. Juni 2013, Dokument C(2013) 3539/3 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2013_3539_de.pdf [25.6.2013]) sowie Mitteilung «Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz» vom 11. Juni 2013, Dokument COM(2013) 401 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_de.pdf [25.6.2013]).

1.6.4.2

Ausländisches Recht

In *Deutschland* existiert seit dem 1. November 2005 das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)³⁹, das für Rechtsstreitigkeiten aufgrund öffentlicher Kapitalmarktinformationen ein Musterverfahren zur kollektiven Rechtsdurchsetzung vorsieht. Dabei kommt es aufgrund eines Antrags von mindestens zehn Antragstellern 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 Kläger innerhalb eines Monats ab Zustellung des Vergleichs. Bis Mitte März 2013 sind gemäss Klageregister insgesamt 253 Musterfeststellungsanträge eingereicht worden, gestützt darauf 17 Musterverfahren durchgeführt worden oder pendent, welche weit mehr Einzelverfahren betreffen, und in 14 Verfahren sind Musterentscheide ergangen⁴⁰.

Das *niederländische Recht* kennt seit Juli 2005 mit dem Gesetz betreffend die kollektive Abwicklung von Massenschäden⁴¹ 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 ging⁴².

In *England* besteht seit dem Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000)⁴³ 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

³⁹ 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.

⁴⁰ Vgl. Klageregister im Bundesanzeiger (Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz), Gerichtlicher Teil (abrufbar unter <https://www.bundesanzeiger.de>).

⁴¹ 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 <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html> [31.5.2013]).

⁴² So insb. der Fall «Dexia» (Berufungsgericht Amsterdam, 25. Januar 2007, NJ (2007), 427, LJN 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.

⁴³ Financial Services and Markets Act 2000.

Britischen Pfund (bis 2012 GBP 100'000) grundsätzlich bindend zur Entschädigung verpflichten. Vergleichbare Regelungen bestehen beispielsweise auch in *Irland*⁴⁴ sowie in *Australien*⁴⁵ oder *Neuseeland*⁴⁶, 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)⁴⁷ 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 zu⁴⁸.

1.6.4.3 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 High-Level Principles on Financial Consumer Protection⁴⁹, die in der Folge von den G20-Staats- und Regierungschefs auf dem Cannes-Gipfel im November 2011 verabschiedet wurden. Es handelt sich um Empfehlungen an die Mitgliedstaaten und andere interessierte Wirtschaften, 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 publiziert⁵⁰.

1.6.5 Aufsicht über Vermögensverwalter

Die Verwaltung von Vermögenswerten gilt als Wertpapierdienstleistung gemäss MiFID. 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

⁴⁴ Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004, section 16 and schedules 6 and 7.

⁴⁵ Vgl. <http://www.fos.org.au>.

⁴⁶ Financial Service Providers (Registration and Dispute Resolution) Act 2008

⁴⁷ Private Securities Litigation Reform Act 1995, Pub. L. 104-67, 109 Stat. 737

⁴⁸ Vgl. <http://www.finra.org/ArbitrationAndMediation>.

⁴⁹ G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, Oktober 2011.

⁵⁰ Weltbank, Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, Januar 2012.

2006/49/EG⁵¹ verfügen sowie die in der MiFID 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 Aktionäre oder Mitglieder direkt oder indirekt qualifizierte Beteiligungen halten.

1.6.6 Beurteilung der Vorlage

Die vorliegende Gesetzgebung soll den Einklang des Schweizer Finanzmarktrechts mit den geltenden internationalen Standards gewährleisten und den Schutz der Kunden stärken (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 den schweizerischen wie auch den europäischen Markt bedienen, nicht zwei unterschiedliche Standards einhalten müssen. Zudem werden Finanzdienstleister aus Drittstaaten gestützt auf die neuen Vorschriften der MiFIR nur noch Dienstleistungen an geeignete Gegenparteien und andere professionelle Kunden in der EU erbringen dürfen, wenn sie in ihrem Heimatstaat unter anderem gleichwertigen Verhaltensregeln unterstehen. Die Vorschriften des FIDLEG streben jedoch keine unbesehene Übernahme europäischen Rechts an. Um die Eigenschaften des Schweizer Finanzmarkts angemessen zu berücksichtigen, wird daher in den folgenden Fällen von den Vorgaben der europäischen Finanzmarktregulierung abgewichen:

- Auch reine Anlageberaterinnen und Anlageberater sollen unter MiFID II als Wertpapierfirmen bewilligt oder auf nationaler Ebene zugelassen und geregelt werden. Im zweiten Fall müssen sie vergleichbaren organisatorischen Bestimmungen wie Wertpapierfirmen unterstehen und die wesentlichen Verhaltensregeln gemäss MiFID einhalten. Das FIDLEG verlangt von reinen Anlageberaterinnen und Anlageberatern 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 selbständig treffen und umsetzen, besteht kein Anlass zu einer umfassenden und lückenlosen Regulierung für die Anbieter dieser Dienstleistung.
- Die Kundensegmentierung der europäischen MiFID unterscheidet zwischen Kleinkundinnen und -kunden und professionellen Kunden. Eine Teilgruppe der professionellen Kunden bilden die geeigneten Gegenparteien. Die im

⁵¹ 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.

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 europäische MiFID schränkt die Möglichkeit von *execution-only*-Geschäften für Kleinkundinnen und -kunden auf nicht komplexe Finanzinstrumente ein. Gemäss dem schweizerischen FIDLEG soll es den Privatkundinnen und -kunden dagegen für sämtliche Produkte erlaubt sein, *execution-only*-Geschäfte zu veranlassen.
- 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 noch eine rasche und marktnahe Anleiheemission möglich ist, sehen die Bestimmungen vor, dass der Bundesrat Forderungspapiere bezeichnen kann, deren Prospekt unter bestimmten Voraussetzungen erst nach der Veröffentlichung geprüft werden muss.
- Soweit das europäische Recht Vorgaben zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung macht, sind die neuen Regeln entsprechend. Das vorgesehene aussergerichtliche Streitbeilegungsverfahren vor anerkannten spezialisierten Ombudsstellen mit entsprechender Anschluss- und Teilnahmepflicht für die Finanzdienstleister steht in Übereinstimmung mit den europäischen Vorgaben. Demgegenüber bewusst weitergehend ist die Möglichkeit der Übernahme der Prozesskosten durch einen speziellen Prozesskostenfonds für Privatkundinnen und -kunden, womit die gerichtliche Rechtsdurchsetzung ebenfalls erleichtert werden soll.

Die beschriebenen Abweichungen der Schweizer Finanzmarkterlasse von 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. 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

1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

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 dar⁵². 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 selbständige Entscheidungen über die Anlage ihrer Vermögenswerte treffen können. Die Zielsetzung des Kundenschutzes wird insbesondere durch die Sicherstellung eines ausreichenden Informationsflusses zwischen den Marktteilnehmern unterstützt. 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.

Nicht angestrebt wird mit der Einführung der neuen Vorschriften hingegen ein Eingriff in die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer. 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

⁵² Vgl. Emmenegger/Good, S. 90.

gleichwertigen Aufsicht unterstehen wie die bewilligungspflichtigen Finanzdienstleister in der Schweiz (vgl. Art. 35).

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 Geltendmachung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche der Kundinnen und Kunden gegenüber Finanzdienstleistern (4. Titel). Kundinnen und Kunden sollen Rechte und Ansprüche aus ihren privatrechtlichen Rechtsbeziehungen mit Finanzdienstleistern diesen gegenüber wirksam durchsetzen 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.

Nicht Gegenstand des Gesetzes sind Tätigkeiten im Kreditbereich. So gilt das Anbieten von Kreditprodukten grundsätzlich nicht als die 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. 7). 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 2004 (VAG)⁵³ 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). Direkt dem FIDLEG unterstellt wird zudem der Vertrieb von rückkaufähigen Lebensversicherungen (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.

Abs. 3

Das FIDLEG definiert weiter auch die Anforderungen an Registrierungs-, Prüf- und Ombudsstellen.

⁵³ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG); SR **961.01**

Art. 2 *Geltungsbereich*

Der Geltungsbereich des Gesetzes bezieht sich auf Finanzdienstleister, Kundenberaterinnen und -berater sowie Anbieter von Effekten und Ersteller von Finanzinstrumenten. Für die Beaufsichtigung der Finanzdienstleister, Anbieter und Ersteller kann auf die Finanzmarktgesetze und insbesondere das neue FINIG (Ziff. 1.4 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. 21–27). Kundenberaterinnen und -berater sind neu verpflichtet, sich in das Kundenberaterregister eintragen zu lassen. Für diesen Eintrag müssen sie bestimmte Grundkenntnisse über die auf ihr Geschäft anwendbaren regulatorischen Vorschriften sowie über die durch sie erbrachten Dienstleistungen vorweisen. Diese Voraussetzungen werden durch das FIDLEG (Art. 28 ff.) festgelegt.

Art. 3 *Begriffe*

Bst. a Vermögenswerte

Als Vermögenswerte gelten neben Finanzinstrumenten nach Bst. 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 Artikel 7 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 werden⁵⁴. 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 (Ziff. 6) und risiko- oder kursabhängige Einlagen (Ziff. 7). Erstere umfassen Lebensversiche-

⁵⁴ Vgl. Botschaft KAG-Revision, BBl 2012, 3662.

rungen, welche einen Sparprozess beinhalten. Letztere erfassen 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.

Bst. c Effekten

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

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 externen Vollmachten intern vom Kunden zu genehmigen sind (Ziff. 3). Eine Anlageberatung liegt hingegen dann vor, wenn der Finanzdienstleister bestimmten Kunden den Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten empfiehlt (Ziff. 4).

Als Finanzdienstleistungen gelten andererseits das Führen von Kundenkonten durch Banken sowie die Verwahrung von Vermögenswerten für Rechnung von Kundinnen und Kunden. Darunter fällt insbesondere die Führung von Depots für Finanzinstrumente. Als Verwahrung gilt dabei auch die Verwaltung der Finanzinstrumente im technischen Sinn, das heisst das Einholen von Dividenden, Zinsen o.ä. (Ziff. 5 und 6).

Nicht als Finanzdienstleistungen gelten Kreditgeschäfte mit Kundinnen und Kunden. Sie werden nur dann vom Geltungsbereich des FIDLEG erfasst, wenn die Kundinnen und Kunden einen Kredit aufnehmen, um dieses Geld für Geschäfte mit Finanzinstrumenten zu verwenden (Ziff. 7).

Bst. e Finanzdienstleister

Als Finanzdienstleister gelten alle Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen erbringen. Von den neuen Vorschriften erfasst werden somit einerseits beaufsichtigte Marktteilnehmer wie Banken, Effekthändler, 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. 22 und 23). Andererseits sind auch nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer den Verhaltensregeln unterstellt, wenn sie Finanzdienstleistungen an ihre Kundinnen und Kunden erbringen. Für diese Marktteilnehmer wird die Einhaltung der Verhaltensregeln nicht überwacht, Verstösse werden jedoch strafrechtlich sanktioniert (vgl. Art. 119 ff.)

Ein gewerbsmässiges Tätigwerden liegt dann vor, wenn der Finanzdienstleister eine selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Bst. b Handelsregisterverordnung (HRegV)⁵⁵ ausübt⁵⁶. Eine gewerbsmässige Tätigkeit wird in Anlehnung an die bisherigen Artikel 3 Absatz 1 und 3a Absatz 2 der Bankenverordnung (BankV)⁵⁷ 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, hat er neben den Verhaltens- und Organisationspflichten auch die Vorschriften für Kundenberaterinnen und Kundenberater einzuhalten (vgl. Art. 28 ff.).

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 (vgl. Art. 34).

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 den Bankkundinnen und -kunden Finanzinstrumente veräussern oder sie bei der Anlage ihres Vermögens beraten, Kundenberaterinnen oder -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.

⁵⁵ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV); SR **221.411**

⁵⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1186/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 3.3.

⁵⁷ Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV); SR **952.02**

Bst. g Emittent

Emittent ist, wer zum Zweck der Kapitalbeschaffung Effekten ausgibt oder ausgeben lässt. Zum Beispiel eine Aktiengesellschaft, die Aktien oder Anleihen emittiert. Der Emittent muss nicht gleichzeitig der Anbieter der Effekten sein. So kommt es oft vor, dass der Emittent von Aktien diese nicht selber auf dem Markt anbietet, sondern von einem Finanzdienstleister anbieten lässt, welcher die Effekten fest oder kommissionsweise übernimmt.

Bst. h 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. Massgebend ist nicht, ob mit der Verbreitung von Angaben zu einer Effekte beispielsweise im Rahmen von Werbemassnahmen oder eines Internetauftritts ein Angebot beabsichtigt ist oder nicht, sondern vielmehr, ob die verbreiteten Angaben auf Seiten des Publikums nach Treu und Glauben als Angebot zu verstehen sind. In diesem Sinne wird eine allgemein gehaltene öffentliche Werbung, die in Vorbereitung des Marktes das emittierende Unternehmen und allenfalls noch die Art der zu emittierenden Effekte vorstellt, in der Regel mangels konkreter Angaben zur Effekte nicht als öffentliches Angebot gelten. Hingegen wird ein solches vorliegen, wenn die Informationen ausreichend detailliert sind, um den Anlegerinnen und Anlegern eine Zeichnungsmöglichkeit zu eröffnen.

Art. 4 Kundensegmentierung

Abs. 1

Kundinnen und Kunden sind die Empfänger von Finanzdienstleistungen. Sie können natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften sowie andere, nach ausländischem Recht gebildete Rechtseinheiten (z. B. 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.

Abs. 2–5

Das FIDLEG schafft zwei Hauptkategorien von Kundinnen und Kunden: Privatkundinnen und -kunden und professionelle Kunden. Der Kreis der professionellen Kunden wird in den Grundzügen auf Gesetzesstufe umschrieben und lehnt sich an den Katalog von MiFID 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 bewirt-

schaften⁵⁸. 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. 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. 20).

Wie bereits im geltenden Art. 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. Dieser Vorbehalt erlaubt eine flexible Anpassung an internationale Entwicklungen.

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 gemäss dem heute noch geltenden Artikel 6 der Kollektivanlagenverordnung (KKV)⁵⁹ 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.

⁵⁸ Vgl. u.a. FINMA-RS 2008/5 Effekthändler, Rz. 16.

⁵⁹ Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektive Kapitalanlagen (Kapitalanlagenverordnung, KKV); SR 951.311

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.

2. Titel: Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen

1. Kapitel: Verhaltensregeln

1. Abschnitt: Grundsatz

Art. 6

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 Art. 6 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 vor den Zivilgerichten zu erfolgen. Mit den Instrumenten des vierten Titels werden die Chancen auf eine Durchsetzung der zivilrechtlichen Rechtsstellung einzelner Kundinnen und Kunden gestärkt.

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. 25 Abs. 3). Finanzdienstleister erbringen ihre Tätigkeit mit der gebotenen Sorgfalt und unter Anwendung der erforderlichen Fachkenntnisse.

Abs. 3

Die Pflichten aus dieser Bestimmung werden durch die Pflichten gemäss dem 2. Abschnitt und durch weitere Vorschriften des Gesetzes ergänzt. Sehen zudem andere Finanzmarktgesetze weitergehende Verhaltensregeln vor, so ergänzen diese die Bestimmungen des FIDLEG und gehen insoweit als Spezialregelung den entsprechenden Vorschriften vor. Zu denken ist etwa an die Informationspflichten für Versicherer gemäss Art. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁶⁰ oder an die Verhaltensregeln für Bewilligungsträger nach KAG.

2. Abschnitt: Informationspflicht

Art. 7 Inhalt und Form der Information

Abs. 1

Finanzdienstleister müssen ihre Kundinnen und Kunden über ihre Person und die angebotene Dienstleistung informieren. Die Informationen zur Person des *Finanzdienstleisters* umfassen Angaben wie Name und Anschrift, Kommunikationsmittel und Sprache, Bewilligungsstatus und zuständige Aufsichtsbehörde.

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 welchen Ertrag die Kundin oder der Kunde im Zusammenhang mit der Dienstleistung erwarten kann. Weiter hat der Finanzdienstleister darauf hinzuweisen, ob im Zusammenhang mit der angebotenen Dienstleistung Bindungen an Dritte bestehen. Im Vordergrund stehen hier finanzielle Vergütungen von Dritten wie insbesondere Vorteile gemäss Artikel 26.

Die Kundinnen und Kunden sind zudem über die Eigenschaften und den erwarteten Ertrag der in Frage stehenden *Finanzinstrumente* aufklären. Dabei ist auch in angemessener Form über historische Wertentwicklungen zu informieren und auf spezifische Eigenschaften, etwa bei zusammengesetzten Produkten, hinzuweisen. Bei der Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten für Kundinnen und Kunden ist über die Ausführungsplätze zu informieren. Kundinnen und Kunden sind weiter auf die Art und Weise der Verwahrung von Finanzinstrumenten hinzuweisen. Insbesondere muss der Finanzdienstleister sie über die Verwahrstelle und deren Haftung sowie über Sicherungs- oder Verrechnungsrechte aufklären, die zu seinen Gunsten oder zu Gunsten 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.

Kundinnen und Kunden sind über sämtliche mit der Dienstleistung oder dem Erwerb sowie der Verwahrung des Finanzinstruments 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. Schliesslich sind die für die Kundinnen und Kunden im Zusammenhang mit der Dienstleistung anfallenden direkten und indirekten *Kosten* in transparenter Weise offenzulegen. Wird eine Dienstleistung zusammen mit einer anderen Dienstleistung oder einem

⁶⁰ Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG); SR 221.229.1

Produkt als Teil eines Pakets angeboten, informiert der Finanzdienstleister, ob die verschiedenen Bestandteile auch getrennt erworben werden können und nennt die entsprechenden Kosten. Schliesslich sind die Kundinnen und Kunden auch darüber zu informieren, dass sie im Streitfall mit dem Finanzdienstleister ein Streitbeilegungsverfahren vor einer anerkannten Ombudsstelle nach Art. 75 ff. FIDLEG einleiten können (vgl. auch Art. 80).

Abs. 2

Vor dem Erbringen einer Anlageberatung oder Vermögensverwaltung haben Finanzdienstleister ihre Kundinnen und Kunden zudem darauf hinzuweisen, ob die Dienstleistung unabhängig erfolgt oder nicht und ob sie eine fortlaufende Beurteilung über die Eignung der empfohlenen Finanzinstrumente beinhaltet oder nicht. Zusätzlich müssen sie die Kundinnen und Kunden darüber aufklären, ob sie für die Erbringung der Finanzdienstleistung eine Marktanalyse vorgenommen haben oder nicht und gegebenenfalls in welchem Umfang und unter Berücksichtigung welcher Produktpalette sie diese Analyse durchgeführt haben. Insbesondere haben sie offenzulegen, ob sie die Produktpalette auf Finanzinstrumente beschränken, die von ihnen selbst oder von mit ihnen verbundenen Dritten ausgegeben werden, und ob die Analyse von ihnen selbst vorgenommen oder von einem Dritten bezogen wurde.

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 die angebotenen Finanzinstrumente vorgenommen werden.

Die gesetzlich geforderten Informationen sind klar zu trennen von jeglichen Marketingmassnahmen der Finanzdienstleister und entsprechend zu kennzeichnen. Werbung darf jedoch inhaltlich nicht von den gesetzlich geforderten Produkt- und Dienstleistungsinformationen abweichen (vgl. auch Art. 68).

Art. 8 Zeitpunkt der Informationen

Abs. 1

Die Informationen nach Artikel 7 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 Informationen müssen grundsätzlich aktuell sein. Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten für nicht relevante Änderungen, wenn sich die Aktualisierung als unverhältnismässig erweisen würde. Beziehen sich die zu erteilenden Informationen auf die Person des Finanzdienstleisters, muss dieser seine Kundinnen und Kunden nicht vor jeder Finanzdienstleistung erneut darüber informieren. Eine erneute Informationserteilung ist nur erforderlich, falls sich die Umstände seit dem Zeitpunkt der erstmaligen Information geändert haben.

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

lichkeit für einen durchschnittlichen Angehörigen der Kundengruppe, an welche die Information gerichtet ist beziehungsweise zu der sie wahrscheinlich gelangen wird.

Abs. 2 und 3

Finanzdienstleister müssen Privatkundinnen und -kunden die gesetzlich geforderten Produktdokumentationen abgeben. Basisinformationsblätter sind der Kundin oder dem Kunden durch den Finanzdienstleister aktiv abzugeben, bevor sich die Kundin oder der Kunde zum Erwerb des fraglichen Produkts verpflichtet. Die Kundin oder der Kunde muss vor seinem Kaufentscheid ausreichend Zeit haben, um die Informationsblätter zu lesen und zu verstehen. Prospekte müssen den Kundinnen und Kunden auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden, sobald sie durch den Anbieter des Finanzinstruments veröffentlicht worden sind (vgl. Art. 64 ff.).

Abs. 4

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. Die Bestimmung sieht daher vor, dass Basisinformationsblätter, welche für die beschriebenen Finanzinstrumente bestehen, den Kundinnen und Kunden gemäss Absatz 2 abgegeben werden müssen.

Art. 9 Unabhängigkeit

Die Bezeichnung einer Finanzdienstleistung als unabhängig darf gemäss dieser Bestimmung nur noch unter der Voraussetzung erfolgen, dass der Finanzdienstleister eine ausreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten berücksichtigt und keine Vorteile von Dritten entgegennimmt, ohne sie vollumfänglich an seine Kundinnen und Kunden weiterzugeben. Die konkret zu berücksichtigende Zahl der Finanzinstrumente bemisst sich nach dem Gesamtangebot der angebotenen Finanzinstrumente des fraglichen Typs. Eine Dienstleistung kann auch dann als unabhängig gelten, wenn der Finanzdienstleister konzernintern erstellte Finanzinstrumente anbietet, solange er weder durch Weisungen noch durch Anreize irgendwelcher Art dazu aufgefordert wird, die fraglichen Finanzinstrumente vergleichbaren Instrumenten anderer Ersteller vorzuziehen. Der Finanzdienstleister muss in diesen Fällen organisatorische Massnahmen treffen und interne Weisungen erstellen, welche eine unabhängige Dienstleistungserbringung gewährleisten. Ein Finanzdienstleister darf sowohl abhängige wie auch unabhängige Dienstleistungen erbringen. Er muss die jeweiligen Dienstleistungen stets klar bezeichnen.

Die Finanzdienstleister dürfen sich selber jedoch nur dann als unabhängig bezeichnen, wenn sie die Voraussetzungen gemäss Absatz 1 bei sämtlichen angebotenen Finanzdienstleistungen dauernd einhalten. Ein Finanzdienstleister gilt nicht als unabhängig im Sinne dieser Bestimmung, wenn er ausschliesslich Finanzinstrumente berücksichtigt, welche durch einen einzigen anderen Finanzdienstleister angeboten werden. Dabei ist unbeachtlich, ob dieser andere Finanzdienstleister selber der Emittent der Finanzinstrumente ist oder ob er in seinem Produktuniversum auch Finanzinstrumente von Dritten führt.

3. Abschnitt: Eignung und Angemessenheit von Finanzdienstleistungen

Art. 10 *Eignungsprüfung*

Erteilt der Finanzdienstleister seinen Kundinnen und Kunden gegenüber einen konkreten Rat oder trifft er Entscheidungen über die Anlage des Kundenvermögens, 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 Auftragsrechts⁶¹. 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.

Nur wenn die Kundinnen und Kunden 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, darf ihnen der Finanzdienstleister zur Durchführung der fraglichen Transaktion raten. 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.

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. 11 *Angemessenheitsprüfung*

Finanzdienstleister, die keine Dienstleistungen gemäss Artikel 10 vornehmen, haben grundsätzlich zumindest die Kenntnisse und Erfahrungen ihrer Kundinnen und

⁶¹ Vgl. Urteil 4A_140/2011 des Bundesgerichts vom 27. Juni 2011, E. 2.1 und 3.1.

Kunden mit der in Frage stehenden Geschäftsart zu prüfen. Durch eine angemessene Aufklärung der Kundinnen und Kunden seitens des Finanzdienstleisters können fehlende Kenntnisse und Erfahrungen kompensiert werden. Besteht die Dienstleistung ausschliesslich im Führen eines Kontos oder Depots oder in der Ausführung oder Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen, muss gemäss Artikel 14 keine Angemessenheitsprüfung durchgeführt werden, sofern die Dienstleistung auf Veranlassung der Kundin oder des Kunden erbracht wird.

Art. 12 Eignungs- und Angemessenheitsprüfung bei professionellen Kunden

Die Vorschriften der Eignungs- und Angemessenheitsprüfung gemäss Artikel 10 und 11 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 10 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 etwa Beratungsdienstleistungen an professionelle Kunden gemäss Artikel 4, dann kann er mit Hinblick auf die Kenntnisse und Erfahrungen der Kundinnen und Kunden auf die Abklärung der Tragbarkeit der mit dem Geschäft verbundenen Risiken verzichten. Er muss daher keine umfassenden Kenntnisse über die finanzielle Situation der professionellen Kunden haben. Bezieht sich die Dienstleistung nur auf einen Teil des Gesamtportfolios der professionellen Kunden nach Artikel 4, kann er somit auch auf die Einholung von Informationen über die nicht erfassten Vermögenswerte verzichten.

Art. 13 Fehlende Eignung oder Angemessenheit

Kann ein Finanzdienstleister die Angemessenheitsprüfung mangels ausreichender Informationen nicht durchführen oder ergibt sich bei der Prüfung, dass ein Geschäft für Kundinnen oder Kunden nicht angemessen 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 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 des Geschäfts gewarnt hat und diese das Geschäft trotz Kenntnisnahme der Warnung durchführen wollen.

Finanzdienstleister dürfen Geschäfte im Bereich der Anlageberatung oder Vermögensverwaltung nur dann vornehmen, wenn diese für die Kundinnen und Kunden geeignet sind. Erachtet ein Finanzdienstleister ein Geschäft für ungeeignet oder verfügt er über unzureichende Informationen, um die Eignungsprüfung vornehmen zu können, darf er den Kundinnen und Kunden keinen Rat abgeben beziehungsweise keine Vermögensverwaltung vornehmen.

Art. 14 Ausnahme von der Pflicht zur Angemessenheitsprüfung

Abs. 1

Wird ein Finanzdienstleister lediglich mit der Ausführung eines bestimmten Geschäfts beauftragt oder übermittelt er nur den Auftrag von Kundinnen und Kunden an einen weiteren Finanzdienstleister, so kann er auf die Durchführung einer Angemessenheits- oder Eignungsprüfung verzichten. Voraussetzung für einen solchen Verzicht ist, dass die Kundin oder der Kunde die Ausführung oder Übermittlung des Auftrags veranlasst hat. Da Finanzdienstleister bei professionellen Kunden regelmässig auf die Durchführung einer Angemessenheitsprüfung verzichten können (vgl. Art. 12), beziehen sich die Einschränkungen von Absatz 1 vorab nur auf Dienstleistungen für Privatkundinnen und -kunden.

Abs. 2

Die Kundinnen und Kunden müssen darüber informiert werden, dass der Finanzdienstleister vor der Erbringung seiner Dienstleistung weder eine Eignungs- noch eine Angemessenheitsprüfung vornimmt. Diese Warnung kann in standardisierter Form erfolgen. Falls der Finanzdienstleister für eine Kundin oder einen Kunden sowohl Dienstleistungen mit wie auch ohne Eignungs- oder Angemessenheitsprüfung vornimmt, hat er diesen ausdrücklich auf den Unterschied aufmerksam zu machen.

4. Abschnitt: Dokumentation und Rechenschaft

Art. 15 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, festhalten. Sie halten zudem schriftlich fest, wenn sie eine Information oder Warnung gemäss Artikel 13 und 14 dieses Gesetzes vorgenommen haben. Finanzdienstleister machen 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 16 nachkommen kann und jederzeit fähig ist, der Aufsichtsbehörde oder ihren Beauftragten Auskunft über die erbrachten Dienstleistungen zu erteilen. Unter Berücksichtigung der obligationenrechtlichen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten sind die Dokumente durch den Finanzdienstleister während mindestens zehn Jahren aufzubewahren.

Art. 16 Rechenschaftspflicht

Kundinnen und Kunden sind über die mit dem Finanzdienstleister getroffenen Vereinbarungen und über die Ergebnisse der Angemessenheits- und Eignungsprü-

fung zu informieren. Eine Kopie der entsprechenden Dokumentation ist auszuhändigen (Abs. 1)⁶². Weiter haben Finanzdienstleister ihren Kundinnen und Kunden regelmässig Bericht über die erbrachten Dienstleistungen zu erstatten (Abs. 2). Eine solche Berichterstattung enthält insbesondere Angaben zu den effektiv ausgeführten Geschäften sowie zu den direkten und indirekten Kosten dieser Geschäfte und der erbrachten Dienstleistungen. Weiter 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 verwalteten 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. 17 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.

Art. 18 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 berücksichtigt bei der Ausführung das bestmögliche Gesamtergebnis des jeweiligen Auftrags. 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 Vorteile

⁶² Vgl. auch die zivilrechtliche Praxis (BGE 138 III 425 sowie BGE 139 III 49).

von Dritten gemäss Artikel 26 Absatz 3 zu, so hat der Finanzdienstleister auch diese in seine Berechnung einzubeziehen (vgl. Art. 26 Abs. 3).

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. Sie müssen ihre Kundinnen und Kunden in geeigneter Form über diese Leitlinien informieren.

Der Bundesrat konkretisiert die Pflichten gemäss Artikel 17 und 18 in einer Verordnung. Standards für die Bearbeitung von Kundenaufträgen werden gegenwärtig in Selbstregulierungen wie den Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung oder den Verhaltensregeln für die schweizerische Fondswirtschaft 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. Es bleibt dem Bundesrat anheimgestellt, wie weit er auf die Regelung von technischen Fragen verzichtet und es damit den Branchenverbänden überlässt, Standards dafür aufzustellen.

Art. 19 Verwendung von Finanzinstrumenten von Kundinnen und Kunden

Finanzdienstleister dürfen nur dann Finanzinstrumente aus Kundenbeständen als Gegenpartei borgen oder als Agent solche Geschäfte vermitteln, wenn die betroffenen Kundinnen und Kunden einer solchen Verwendung vorgängig ausdrücklich zugestimmt haben. Die Zustimmung darf nicht im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen. 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 Borger über, soweit nichts anderes individuell vereinbart ist. Das Risiko für eine Wertverminderung der Wertschriften verbleibt jedoch bei der Kundin oder beim Kunden. Die Zustimmung der Kundinnen und Kunden ist deshalb 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.

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. Ist die Kundin oder der Kunde kein professioneller Kunde, so ist die Zustimmung schriftlich zu erteilen. Ungedeckte Geschäfte mit Finanzinstrumenten von Privatkundinnen und -kunden werden in Anlehnung an die bestehende Praxis der FINMA ausdrücklich

für nicht zulässig erklärt⁶³. Die Vorschrift übernimmt somit im Wesentlichen die bereits heute geltende aufsichtsrechtliche Praxis zur Verwendung von Finanzinstrumenten von Kundinnen und Kunden.

6. Abschnitt: Institutionelle Kunden

Art. 20

Institutionelle Kunden weisen regelmässig vergleichbare Kenntnisse und Erfahrungen auf wie die Finanzdienstleister selbst. Sie benötigen deshalb den aufsichtsrechtlichen Kundenschutz der Artikel 6 ff. nicht in der selben Masse wie Privatkundinnen und -kunden oder professionelle 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 16 auf die Bedürfnisse der institutionellen Kunden zuzuschneiden. Auch bei institutionellen Kunden haben die Finanzdienstleister schliesslich die Vorschriften gemäss Artikel 17 bis 19 einzuhalten. Demgegenüber gelten die übrigen aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des ersten Kapitels bei Finanzdienstleistungen für institutionelle Kunden nicht.

2. Kapitel: Organisation

1. Abschnitt: Organisatorische Massnahmen

Art. 21 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. 22 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 Tätigkeiten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. So benötigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für die Ver-

⁶³ Vgl. FINMA-RS 2010/2 Pensions- und Darlehensgeschäfte mit Wertschriften (Repo/SLB).

mögensverwaltung andere Kenntnisse als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die sich mit der Ausführung von Kundenaufträgen befassen. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter müssen ihre Rolle genau kennen. Vermögensverwalter sowie Anlageberaterinnen und Anlageberater 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 Kundenberaterinnen und -berater tätige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter müssen zudem im Kundenberaterregister gemäss Artikel 29 eingetragen sein. 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.

Art. 23 Beizug Dritter

Finanzdienstleister können für die Erbringung von Dienstleistungen Dritte beiziehen. Sie stellen sicher, dass die beigezogenen Personen über die notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, um ihren Tätigkeiten nachzugehen, und in das Register nach Artikel 29 eingetragen sind, soweit sie als Kundenberaterinnen und Kundenberater tätig sind. Als Massstab der notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse dienen dieselben Voraussetzungen, wie wenn die Aufgaben durch Mitarbeitende des Finanzdienstleisters erledigt würden. Weiter gewährleisten die Finanzdienstleister eine sorgfältige Instruktion und Überwachung der beigezogenen Personen.

Als Beizug eines Dritten gelten unter anderem die Delegation von Tätigkeiten an Dritte oder die Zusammenarbeit mit Vermittlern und Vertriebsträgern beim Vertrieb von Finanzinstrumenten. Bei Delegationsverhältnissen haben beaufsichtigte Finanzdienstleister zudem die Anforderungen an die Delegation gemäss 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 kein 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. 24 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 23 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 den Kundinnen und Kunden nicht zutreffend sind, muss er diese Umstände gestützt auf seine Pflichten nach Art. 7 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. 25 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 potentielle oder aktuelle Interessenkonflikte zu erkennen. Insbesondere haben sie zu prüfen, ob für den Finanzdienstleister oder seine Mitarbeitende Anreize bestehen, die Interessen von Kundinnen und Kunden zu vernachlässigen beziehungsweise hinter die eigenen Interessen zu stellen. Dabei sind sowohl finanzielle Vergütungen von Dritten an den Finanzdienstleister wie auch Anreize des Finanzdienstleisters an die Mitarbeitenden zu berücksichtigen.

Festgestellte aktuelle oder potentielle 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, so dass die Kundinnen und Kunden beurteilen können, ob sie an der Dienstleistung festhalten wollen. Die Finanzdienstleister dürfen jedoch nicht leicht hin auf eine umfassende Beseitigung des Interessenkonflikts verzichten. Insbesondere können etwa Finanzdienstleister, die ausschliesslich im Interesse ihrer Kundinnen und Kunden handeln – wie etwa unabhängige Anlageberater oder Vermögensverwalter (zur Unabhängigkeit vgl. die Erläuterungen zu Artikel 9 vorne) – Vergütungen 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 6 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 nicht vorgenommen werden dürfen.

Art. 26 *Annahme von Vorteilen*

Finanzdienstleister dürfen Vorteile im Zusammenhang mit ihrer Dienstleistungserbringung für Kundinnen und Kunden nur annehmen, wenn sie diese vollumfänglich an die Kundinnen und Kunden weitergeben oder wenn diese auf eine Herausgabe verzichtet haben. Werden Vorteile 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 auf⁶⁴. Für die Anwendbarkeit der Bestimmung ist nicht erheblich, welche Art von Finanzdienstleistung erbracht wird. Erfasst werden unter anderem Vorteile 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 25 nicht entgegenstehen, gelten nicht als Vorteile im Sinne dieser Bestimmung.

Ein Verzicht auf die Herausgabe des Vorteils ist nur möglich, wenn die Kundin oder der Kunde die Existenz, die Art und den Umfang des Vorteils vor Vertragsschluss oder Erbringung der Dienstleistung kennt⁶⁵. Auch bei einem Verzicht muss der Finanzdienstleister einer Kundin oder einem Kunden auf Nachfrage Auskunft geben über die Vorteile, die er im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen für diese Kundin oder diesen Kunden in der Vergangenheit effektiv gewährt oder erhalten hat.

Art. 27 *Mitarbeitergeschäfte*

Die Geschäfte von Mitarbeitenden der Finanzdienstleister dürfen die Interessen der Kundinnen und Kunden nicht beeinträchtigen. Sie sind deshalb durch die Finanzdienstleister zu überwachen. Absatz 1 erwähnt mit dem Missbrauch von Insiderinformationen einen der Hauptanwendungsfälle von missbräuchlichem Verhalten, erfasst darüber hinaus aber auch andere unzulässige Verhaltensweisen durch die Mitarbeitenden wie *Front Running*. 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. In das Überwachungskonzept einzubinden sind nicht nur die Konto- und Depotbeziehungen, welche auf den Namen der Mitarbeitenden lauten, sondern auch all jene Beziehungen, an welchen

⁶⁴ Vgl. BGE 138 III 755.

⁶⁵ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4.

die Mitarbeitenden wirtschaftlich berechtigt sind oder bei denen sie über eine Vollmacht verfügen. Die Überwachungsmaßnahmen sind in einer internen Weisung zu regeln und den Mitarbeitenden als Bestandteil des Arbeits- oder Mandatsvertrages zu überbinden. Die Bestimmung widerspiegelt im Wesentlichen 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.

3. Kapitel: Kundenberaterinnen und Kundenberater

Art. 28 Pflicht zur Aus- und Weiterbildung

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 6 ff. FIDLEG. Die Kundenberaterinnen und -berater müssen insbesondere wissen, welche Informationspflichten sie ihren Kundinnen und Kunden gegenüber haben (Art. 7 ff.), ob eine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchzuführen ist (Art. 10 ff.) und wie sie ihre Dienstleistungen dokumentieren und darüber Rechenschaft ablegen müssen (Art. 15 ff.). Zum anderen müssen sie auch allfällige sektorspezifische Verhaltensregeln des Schweizer Finanzmarktrechts kennen.

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 sowie über Veränderungen auf den Finanzmärkten oder im regulatorischen Umfeld informiert bleiben, aktualisieren sie ihre Kenntnisse durch eine regelmässige Weiterbildung.

Art. 29 Registrierungspflicht

Kundenberaterinnen und -berater sollen ihre Tätigkeit nur ausüben dürfen, wenn sie in das Kundenberaterregister eingetragen sind. Diese Registerpflicht soll für sämtliche in der Schweiz tätigen Kundenberaterinnen und Kundenberater gelten, unabhängig davon, wo sich ihre Wohnsitz oder geschäftliches Domizil befindet.

Art. 30 Registrierungsvoraussetzungen

Abs. 1

Kundenberaterinnen und -berater werden nur in das Kundenberaterregister eingetragen, wenn sie die entsprechenden Eintragungsvoraussetzungen erfüllen. Neben

einem Nachweis darüber, dass sie genügende finanzielle Garantien geleistet haben, sei es durch den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder anderer gleichwertiger finanzieller Sicherheiten (Bst. a), müssen sie auch einer Ombudsstelle nach Artikel 75 angeschlossen sein (Bst. b). Dadurch, dass der Anschluss an eine Ombudsstelle als Voraussetzung für die Eintragung ins Register ausgestaltet wird, kann die Anschlusspflicht, welche mit Artikel 78 eingeführt wird, auch gegenüber Kundenberaterinnen und -beratern, die nicht für einen beaufsichtigten Finanzdienstleister tätig sind, in der Praxis effektiv umgesetzt werden.

Abs. 2

Kundenberaterinnen und -berater dürfen nur in das Kundenberaterregister eingetragen werden, wenn gegen sie keine strafrechtliche Verurteilung wegen strafbarer Handlungen gegen das Vermögen (Art. 134 bis 172^{ter} StGB⁶⁶) 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 Finanzinstitute 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 können die Registrierungsbedingungen nach den Buchstaben a (finanzielle Sicherheiten) und b (Anschlusspflicht Ombudsstelle) 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. 31 Registrierungsstelle

Abs. 1

Die Führung des Kundenberaterregisters 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.

Abs. 2 und 3

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.

⁶⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB); SR 311.0

Abs. 4

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.

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 Geschäftsführung 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 Registrierungsstelle übertragen.

Abs. 6

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

Art. 32 Registerführung

Abs. 1 bis 4

Das Kundenberaterregister wird von der Registrierungsstelle geführt. Das Wegfallen von Umständen, die der Registrierung zugrundeliegen, 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 Verurteilung gemäss Artikel 30 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 Kundenberaterregister 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. 33 *Verfahren*

Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)⁶⁷ 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. Die Registrierungsstelle erhebt für ihre Tätigkeit kostendeckende Gebühren. Der Bundesrat regelt die Gebühren. Die Regelung richtet sich nach Art. 46a Absätze 2-4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG)⁶⁸.

4. Kapitel: Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen in der Schweiz

Art. 34 *Registrierungspflicht für ausländische Finanzdienstleister*

Wenn ausländische Finanzdienstleister eine Tätigkeit ausüben wollen, die für Finanzdienstleister mit Sitz in der Schweiz bewilligungspflichtig ist, müssen sie sich vorgängig in das Register für ausländische Finanzdienstleister gemäss Artikel 36 eintragen lassen. Darüber hinaus müssen sich die relevanten Kundenberaterinnen und -berater ausländischer Finanzdienstleister im Kundenberaterregister gemäss Artikel 29 eintragen lassen. Keine Registrierungspflicht besteht für ausländische Finanzdienstleister, welche Dienstleistungen für Kundinnen und Kunden in der Schweiz auf ausschliessliche Initiative der Kundin oder des Kunden erbringen.

Mit der Registrierung ausländischer Finanzdienstleister ist keine laufende Aufsicht durch eine Schweizer Aufsichtsbehörde verbunden. Aufgrund der fehlenden Aufsicht in der Schweiz besteht keine gleich wirksame Möglichkeit zur aufsichtsrechtlichen Rechtsdurchsetzung wie bei einem Schweizer Finanzdienstleister. Die Registrierung erlaubt jedoch eine Kontrolle darüber, welche ausländischen Finanzdienstleister überhaupt auf dem Schweizer Finanzmarkt tätig werden. Zudem dürfen Finanzdienstleister bei schweren Verstössen gegen die Verhaltensregeln oder beim Wegfall der Registrierungsvoraussetzungen ihre Finanzdienstleistungen nicht mehr an Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen.

Weitergehende Vorschriften nach den Finanzmarktgesetzen bleiben vorbehalten. Insbesondere müssen ausländische Versicherungsunternehmen die Bewilligungsvoraussetzungen der Versicherungsgesetzgebung einhalten und Finanzinstitute haben die Anforderungen für Zweigniederlassungen und Vertretungen zu beachten. Ausländische Finanzdienstleister, die für ihre Tätigkeit in der Schweiz eine Bewilligung benötigen, unterstehen der Registrierungspflicht gemäss dieser Bestimmung nicht.

Im Hearingbericht des EFD vom 18. Februar 2013 wurde alternativ die generelle Pflicht ausländischer Finanzdienstleister zur Errichtung einer physischen Präsenz in der Schweiz (Zweigniederlassung) zur Diskussion gestellt. Der Vorschlag wurde bei der Ausarbeitung der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage jedoch nicht mehr

⁶⁷ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG); SR **172.021**

⁶⁸ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG); SR **172.010**

weiterverfolgt. Eine derartige Niederlassungspflicht erscheint aus der Perspektive der Schweiz unnötig restriktiv. Dies haben auch die Ergebnisse der Stellungnahmen zum Hearingbericht gezeigt.

Art. 35 Registrierungs Voraussetzungen

Um sich in der Schweiz im Register für ausländische Finanzdienstleister eintragen lassen zu können, muss der ausländische Finanzdienstleister folgende Voraussetzungen erfüllen: Er muss im Sitzstaat oder im Staat seiner Hauptverwaltung über eine Bewilligung für die in der Schweiz bewilligungspflichtige Tätigkeit verfügen und einer gleichwertigen Aufsicht unterstehen (Bst. a). Ferner muss er über eine Berufshaftpflichtversicherung oder gleichwertige finanzielle Sicherheiten verfügen (Bst. b) und sich der FINMA gegenüber schriftlich zur vollumfänglichen Auskunft über die in der Schweiz getätigten Geschäfte und in der Schweiz unterhaltenen Geschäftsbeziehungen verpflichten (Bst. c). Schliesslich muss eine Vereinbarung über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FINMA und den relevanten ausländischen Aufsichtsbehörden vorliegen (Bst. d).

Art. 36 Register für ausländische Finanzdienstleister

Abs. 1

Die FINMA führt das Register für ausländische Finanzdienstleister. Eine Übertragung dieser Kompetenz an einen Dritten bleibt möglich. Anders als beim Register für Kundenberaterinnen und -berater nach Artikel 30 ff. erscheint eine Registerführung durch eine private Stelle hier nicht opportun. Dies insbesondere deshalb, da eine von der Schweizer Finanzbranche errichtete Stelle in einem direkten Konkurrenzverhältnis zu ausländischen Finanzdienstleistern stehen würde und sich daher Interessenkonflikte ergeben könnten. Die FINMA kann für die administrativen Belange der Registerführung allerdings Dritte beiziehen.

Abs. 2 und 3

Fällt eine Registrierungs voraussetzung weg oder begeht der Finanzdienstleister eine schwere Verletzung der Verhaltensregeln gemäss FIDLEG und erhält die FINMA Kenntnis von diesem Umstand, so löscht sie den ausländischen Finanzdienstleister aus dem Register. Weitere aufsichtsrechtliche Massnahmen können bei einer Verletzung der Verhaltensregeln durch registrierte ausländische Finanzdienstleister nicht ergriffen werden.

Abs. 4

Auch dieses Register ist öffentlich und Abfragen können auf Einzelfallbasis gemacht werden.

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

Anleihensobligationen (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 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 Grundsatz

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

Grundsätzlich löst die Weiterveräußerung einmal erworbener Effekten eine erneute Prospektpflicht aus, soweit sie in einem öffentlichen Angebot erfolgt. Die Ausnahmen von dieser Regel sind in Artikel 38 Absatz 3 geregelt.

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 schliesslich sind schon von ihrem Umfang her nicht geeignet, bei den Anlegerinnen und Anlegern massgeblichen Schaden anzurichten.

Abs. 2

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 dazumal neu zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme gegeben sind.

Abs. 3

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 beaufsichtigten Finanzdienstleister erfolgt und ein gültiger Prospekt vorliegt, zu dessen Verwendung die berechtigten Personen zugestimmt haben.

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 dokumentierter – Papiere (Bst. a) angeboten werden. Ebenfalls kein Prospekt ist erforderlich für Effekten, die im Rahmen von Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen (Bst. b und c), Dividendenausschüttungen (Bst. d) oder Angeboten oder Zuteilungen etwa im Rahmen von Mitarbeiterprogrammen (Bst. e) 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. f), 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. g). Kassenobligationen (Bst. h) sollen keine Prospektspflicht auslösen, da sie ein reines Sparprodukt darstellen, während Geldmarktinstrumente (Bst. i), 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. j).

Art. 40 Prospektpflicht auf Handelsplätzen

Die im Rahmen der Prospektpflicht zu erfüllenden Informationspflichten dienen – wie auch die Verhaltensregeln – insbesondere dem Kundenschutz. Entsprechend dürfen Börsen und andere Handelsplätze nur Effekten zum Handel zulassen, für welche die Prospektpflichten erfüllt sind, die für öffentliche Angebote gelten. Bereits heute bestimmt Artikel 1156 Absatz 1 OR, dass Anleiheobligationen nur auf Grund eines Prospektes öffentlich zur Zeichnung aufgelegt oder an einer Börse eingeführt werden dürfen.

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 die 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 Prospektpflicht 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. 47 Abs. 1 Bst. a).

Die Angaben im Prospekt sollen nicht nur den Emittenten einer Effekte sondern auch allfällige Garantiegeber (Sicherheitsgeber) beschreiben, welche öfters 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;
- (1) wesentliche Perspektiven, worunter etwa Angaben zum Forschungs- und Entwicklungsstand sowie zu den Marktaussichten in den massgeblichen Geschäftsbereichen fallen können, (2) wesentliche Risiken, worunter allfällige Abhängigkeiten von Patenten und Lizenzen oder bevorstehende Änderungen im regulatorischen Umfeld gezählt werden können und (3) 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 Nettoerlös der Emission, aufgliedert 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. 47 Abs. 1 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.

Art. 43 Verweisung

Abs. 1

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.

Abs. 2

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. 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. 44 Zusammenfassung

Abs. 1

Die Zusammenfassung soll ihrem Zweck gemäss nach einem für vergleichbare Effekten jeweils einheitlichen Format erstellt werden. Dieses wird in einer Verordnung näher definiert. 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 % 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.

Art. 45 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 Registrie-

rungsformular 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. 46 Basisprospekt

Abs. 1

Die Veröffentlichung eines Basisprospekts ist namentlich für mehrere Emissionen bei ähnlich strukturierten Forderungspapieren wie etwa Obligationenanleihen sinnvoll, bei denen die endgültigen Bedingungen wie etwa Währung, Zins oder Laufzeit nicht zum Vornherein 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, so dass 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. 47 Abs. 1 Bst. c).

Abs. 3

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. 47 Ausführungsbestimmungen

Das Gesetz enthält lediglich die Grundzüge der Prospektspflicht. Die ausführenden Bestimmungen in den hier nicht abschliessend aufgeführten Bereichen sollen in einer Verordnung des Bundesrates aufgenommen werden. Bei deren Niederlegung 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 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.

Ebenfalls auf Stufe Verordnung wird zu regeln sein, unter welchen Bedingungen und unter Wahrung des Kundenschutzes auf bestimmte Angaben im Prospekt verzichtet werden kann. Zu denken ist etwa an die Nennung des endgültigen Emissionskurses und des Emissionsvolumens, auf Angaben, deren Nennung dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft oder dem Emittenten ernsthaft schaden könnte oder im konkreten Fall für die Beurteilung der Finanzlage oder der Zukunftsaussichten des Emittenten unerheblich sind.

Handelsplätze werden im Übrigen nach den Bestimmungen des FinfraG ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel erlassen. Das Reglement wird unter anderem Aussagen enthalten über die Handelbarkeit der Effekten, die Offenlegung von Informationen, auf welche die Anleger für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und die Qualität des Emittenten angewiesen sind, sowie über die Pflichten des Emittenten während der Dauer der Zulassung der Effekten. Die Handelsplätze werden bei der Formulierung des Reglements die Vorgaben des FIDLEG an das Anbieten von Finanzinstrumenten zu berücksichtigen. Insbesondere sind die Prospektvorschriften für Effekten auch für an einem Handelsplatz zuzulassende Effekten umfassend anwendbar.

3. Abschnitt: Erleichterungen

Die vorstehenden Prospektpflichten bedeuten für nicht börsenkotierte Unternehmen, die bislang ihre Prospekte nach den eher einfachen Bestimmungen der Artikel 652a oder 1156 OR verfassen konnten, einen Zusatzaufwand. Dieser soll in diesem Abschnitt mit erleichterten Prospektpflichten, die auf Verordnungsstufe auszuführen sein werden, in vertretbaren Grenzen gehalten werden. Auch die EU kennt vergleichbare Erleichterungen für KMU und Unternehmen mit geringer Marktkapitali-

sierung (vgl. Art. 7 [2] Bst. e ProspRL und Art. 26a und 26b der Verordnung (EG) Nr. 809/2004⁶⁹, hiernach ProspVo).

Art. 48 Grundsatz

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 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 Prospektpflichten 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 (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 schliesslich 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.

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 als Finanzinstrumente ebenfalls der Prospektpflicht. Für sie gelten indes Sonderbestimmungen, die aus dem KAG in den vorliegenden Erlass übertragen werden. Dieser soll allumfassend die Prospektpflichten für sämtliche Finanzinstrumente regeln.

⁶⁹ 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).

Art. 49 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 8 Absatz 3 abgedeckt. Zur Veröffentlichung des Prospekts siehe Artikel 65. Ausführungsbestimmungen zum Prospekt finden sich bis anhin insbesondere in Artikel 85 und 106 sowie Anhang 1 KKV.

Art. 50 Geschlossene kollektive Kapitalanlagen

Die Bestimmung bildet die zur Zeit 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. 51 Ausnahmen

Die Bestimmung übernimmt die in Artikel 10 Absatz 5 Buchstabe b KAG vorgesehene Möglichkeit, schweizerische Kollektivanlagen ganz oder teilweise von der Prospektpflicht zu befreien.

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 Veröffentlichung gemäss den Bestimmungen der Artikel 52 ff. zu prüfen, was europäischem Recht entspricht⁷⁰. Basisinformationsblätter 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. 52 Grundsatz

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 garantiert, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung die wichtigsten Informati-

⁷⁰ Art. 13 ProspRL

onen über den Emittenten und die Effekte vorliegen. Damit wird unter Wahrung des Kundenschutzes ermöglicht, dass namentlich Anleihen zeitlich marktnah emittiert werden können. In der Verordnung wird festzuhalten sein, dass auf den betreffenden Prospekten aus Gründen der Transparenz der Vermerk der einstweilen fehlenden Prüfung anzubringen ist.

Abs. 3

Keiner Prüfpflicht unterliegen weiterhin die Prospekte kollektiver Kapitalanlagen (Abs. 3)⁷¹. Vorbehalten bleibt die Genehmigungspflicht für Dokumentationen ausländischer Kollektivanlagen nach den Artikeln 15 Absatz 1 Buchstabe e und 120 KAG.

Art. 53 Prüfstelle

Abs. 1

Die Prüfung der Prospekte nach Artikel 37 ff. soll einer Prüfstelle 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 wahrgenommen 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.

Abs. 2 und 3

Die Bestimmung nennt 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 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.

Abs. 5

Die Bestimmung regelt das Vorgehen für den Fall, dass die Prüfstelle den Anforderungen nicht mehr entspricht, indem sie etwa keine Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung 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.

⁷¹ Vgl. BBl 2005 6464.

Abs. 6

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. 54 *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. 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 auch auf elektronischem Weg möglich sein 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. Erst ab Eingang der vollständigen Unterlagen kann die Prospektprüfung nach Artikel 52 Absatz 1 erfolgen. Die Frist für die Prüfung auf Vollständigkeit, Kohärenz und Verständlichkeit beträgt zehn beziehungsweise – bei neuen Emittenten – zwanzig Tage (Abs. 2 und 3). Bei dieser Frist handelt es sich um eine Ordnungsfrist, das heisst bei einer Überschreitung gilt ein Prospekt nach wie vor als nicht geprüft und nicht genehmigt. Dies entspricht europäischem Recht⁷². Auch Artikel 4 Absatz 4 der Ordnungsfristenverordnung⁷³ sieht bei Überschreitung einer Ordnungsfrist keine begünstigende Entscheidungsfiktion vor.

Art. 55 *Ausländische Prospekte*

Artikel 55 sieht – analog der Regelung in der EU⁷⁴ – 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 Betracht⁷⁵.

⁷² Art. 13 Abs. 2 Unterabs. 2 ProspRL

⁷³ Verordnung vom 25. Mai 2011 über Grundsätze und Ordnungsfristen für Bewilligungsverfahren (Ordnungsfristenverordnung, OrFV); **SR 172.010.14**

⁷⁴ Art. 20 Abs. 1 ProspRL

⁷⁵ Vgl. <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD81.pdf>.

Art. 56 Gültigkeit

Nach ihrer Genehmigung bleiben Prospekte – wie in der EU⁷⁶ – während eines Jahres für öffentliche Angebote oder Zulassungen zum Handel auf einem Handelsplatz gültig.

Art. 57 Nachträge

Abs. 1 und 2

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. 3

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 innerhalb von zwei Tagen nach der Veröffentlichung des Nachtrags widerrufen. Dies entspricht dem Gebot der Gleichbehandlung der Anlegerinnen und Anleger und auch dem europäischen Recht⁷⁷ 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, den Anlageentscheid zu beeinflussen.

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. 1.6).

⁷⁶ Art. 9 Abs. 1 ProspRL

⁷⁷ Art. 16 ProspRL

Abs. 1

Die Bestimmung hält als Grundsatz fest, dass bei Angeboten von Finanzinstrumenten an Privatkundinnen und -kunden vorgängig ein Basisinformationsblatt zu erstellen und im Falle einer Emission nach Absatz 2 zu veröffentlichen ist.

Verantwortlich für die Erstellung und Veröffentlichung ist der Ersteller, da er das Produkt am besten kennt. Finanzdienstleister am *point of sale* haben dann das Basisinformationsblatt nach Artikel 8 Absatz 2 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 können⁷⁸. Weiter helfen Basisinformationsblätter auch Anlageberaterinnen und Anlageberatern bei der Erteilung sachgerechter persönlicher Empfehlungen gegenüber Kundinnen und Kunden.

Was die kollektiven Kapitalanlagen angeht, so ist gemäss geltendem Recht nach Artikel 76 Absatz 1 des 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 als Basisinformationsblätter. Die Einzelheiten sind auf Verordnungsstufe zu regeln.

Abs. 2

Bst. a

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 (z. B. ein Börsenkurs zum Zeitpunkt der Emission) erst bei der Emission definitiv fixierbar, soll das Basisinformationsblatt bereits vor der Zeichnung kostenlos zumindest mit indikativen Wertangaben vorliegen. Der Anleger oder die Anlegerin muss aber jeweils in diesem Zeitpunkt auch über die wesentlichen Risiken informiert sein. Ebenso sind sämtliche Angaben nach Artikel 61 Absatz 2 im Basisinformationsblatt aufzuführen, welche dann bereits bestimmt oder bestimmbar sind⁷⁹.

⁷⁸ Vgl. BBl 1993 I 226 und 250.

⁷⁹ Vgl. BBl 2012 3663.

Bst. b

Finanzinstrumente, namentlich strukturierte Produkte, werden oft im Einzelfall 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 besteht auch kein Anlass, das im Hinblick auf dieses Geschäft erstellte Basisinformationsblatt zu veröffentlichen.

Art. 59 Ausnahmen

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 sind⁸⁰. 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 Lemma 1 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.

Art. 60 Versicherungen

Abs. 1

Versicherungen kommt keine Effektenqualität zu und sie unterliegen folglich nicht der Prospektpflicht nach Artikel 37. Jedoch gelten 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 vorgesehen⁸¹. Bildet ein weiteres Finanzinstrument Teil einer rückkaufsfähigen Lebensversicherung – wie insbesondere offene kollektive Kapitalanlagen bei fondsanteilgebundenen Lebensversicherungen⁸² – 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 kollektivanlagenspezifischen Komponenten abzudecken. Dies gilt namentlich für die in Artikel 61 Absatz 2 vorgesehenen Angaben. Dabei sind gemeinsame Ausführungen oder Querverweise (etwa zum Kapitalanlagerisiko) zulässig.

Abs. 2

Bei rückkaufsfähigen Lebensversicherungen tritt die Pflicht des Versicherers zur Erstellung eines Basisinformationsblatts neben die Informationspflicht nach Arti-

⁸⁰ Vgl. Schweizerische Bankiervereinigung, *Besondere Risiken im Effektenhandel*, 2008, Rz 12.

⁸¹ Art. 2 und 4 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für «packaged retail and insurance based investment products» vom 4. April 2014 (8356/1/14 Rev 1).

⁸² Versicherungszweige A2.1 bis A2.3.

kel 3 VVG. Gerade bei fondsanteilgebundenen Lebensversicherungen werden sich im Basisinformationsblatt – verglichen mit Artikel 3 VVG – einschlägigere Hinweise zur Strukturierung sowie zu den Eigenschaften und Risiken der verwendeten Bausteine finden. Umgekehrt ist denkbar, dass einzelnen Informationspflichten nach Artikel 3 VVG mit Hilfe von Ausführungen im Basisinformationsblatt nachgekommen wird. Insoweit könnten Versicherer Erfordernisse nach Artikel 3 VVG bei rückkaufsfähigen Lebensversicherungen durch Einhaltung der Vorgaben nach Artikel 49 ff. FIDLEG erfüllen. Stets abzugeben sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (vgl. Art. 3 Abs. 2 VVG).

Art. 61 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 können⁸³. Dabei handelt es sich um eine kurze und leicht verständliche Dokumentation (vgl. Art. 62 Abs. 1 und 63 Bst. b), so dass 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 über die rechtliche Ausgestaltung eines Finanzinstruments als Kollektivanlage oder als strukturiertes Produkt entscheiden und hat diesen Entscheid im Basisinformationsblatt festzuhalten (Etikettierungspflicht).

Art. 62 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

⁸³ Vgl. auch Art. 76 Abs. 2 KAG.

– am *point of sale* auf Anfrage kostenlos beziehen können (vgl. Art. 8 Abs. 3). 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 nicht irreführend sein.

Abs. 2

Das Basisinformationsblatt ist von Werbematerialien deutlich zu 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. 68 Abs. 1). Ferner ist das Basisinformationsblatt Massstab für jegliche Informationen über ein Finanzinstrument: die dürfen nach Artikel 68 Absatz 3 nicht von den im Basisinformationsblatt (und im Prospekt) enthaltenen Angaben abweichen.

Abs. 3

Der Ersteller ist verpflichtet, die im Basisinformationsblatt enthaltenen Angaben zu überprüfen und regelmässig 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 Basisinformationsblattes. Dies ist insbesondere bei einfachen Anleiheobligationen mit festem Zinssatz regelmässig der Fall.

Art. 63 Ausführungsbestimmungen

Der Erlass einschlägiger Ausführungsbestimmungen 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 der KKV vorgesehen (Wesentliche Informationen für die Anlegerinnen und Anleger).

3. Kapitel: Gemeinsame Bestimmungen

1. Abschnitt: Veröffentlichung

Art. 64 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 Prüfstellen werden gesetzlich einstweilen nicht verpflichtet, eine Webseite zur Veröffentlichung von geprüften Prospekten zur Verfügung zu stellen, da davon auszugehen ist, dass bei bestehendem Marktbedürfnis die Prüfstellen von sich aus entsprechende Angebote bereit stellen werden.

Abs. 5

Die Prüfstellen sollen nicht zur Veröffentlichung der von ihr genehmigten Prospekte auf ihrer Webseite verpflichtet werden; sie müssen 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 und stellt sicher, dass die Anlegerin und der Anleger auf einfache Art und Weise in den Besitz aller gesetzlichen Angaben zu einer Effekte kommt.

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 übereinstimmt.

Art. 65 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 64 Absätze 3, 4 und 6 verwiesen werden kann. Die übrigen Bestimmungen von Artikel 64 passen nicht auf Prospekte für kollektive Kapitalanlagen, weil Anteile an kollektiven Kapitalanlagen keine Beteiligungspapiere sind (Art. 64 Abs. 2) und deren Prospekt wie gesagt nicht der Prüfungspflicht unterliegen (Art. 64 Abs. 1, 5 und 7).

Art. 66 Basisinformationsblatt

Auch die Veröffentlichung des Basisinformationsblatt ist mangels vorgehender Prüfung in eine gesonderte Bestimmung aufzunehmen. Anwendbar bleiben auch hier Artikel 64 Absätze 3 und 4. Hingegen wird das Basisinformationsblatt nicht in Einzeldokumenten erstellt und es soll auch keine Verweisungen enthalten, weshalb die Bestimmung von Artikel 64 Absatz 6 für das Basisinformationsblatt nicht zur Anwendung gelangt.

Art. 67 Änderungen mit Effekten verbundener Rechte

Abs. 1 und 2

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 Effekten⁸⁴. 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. 3

Für die relevanten Bekanntmachungen gelten Artikel 64 Absätze 3 und 4 entsprechend.

Abs. 4

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.

2. Abschnitt: Werbung

Art. 68

Die Bestimmung lehnt sich an Artikel 15 ProspRL und Artikel 9 der für Basisinformationsblätter vorgesehenen 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

⁸⁴ 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.

im Basisinformationsblatt stehen. Diese Grundsätze ergeben sich im Schweizer Recht schon aus Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁸⁵ und brauchen in diesem Kapitel daher nicht noch einmal geregelt zu werden.

Abs. 1

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

Abs. 2

Auch 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. 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.

3. Abschnitt: Haftung

Art. 69

Die Bestimmung – sie ist wie der ganze Artikel privatrechtlicher Natur – übernimmt unter Anpassung an die neuen Prospektspflichten 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 Lehre⁸⁶ bereits heute von einer bestehenden Verschuldensvermutung in der Prospekthaftung nach OR ausgeht und in diesem Bereich ohnehin ein objektivierter 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

⁸⁵ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241

⁸⁶ Vgl. Basler Kommentar, OR II; Rolf Watter/Michael G. Noth, N 30 zu Art. 752, mit Verweisungen.

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 ist⁸⁷. 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. 43).

4. Kapitel: Anbieten von strukturierten Produkten und Schaffen von Sondervermögen

Art. 70 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 zur Zeit in Artikel 5 Absatz 4 KAG vorgesehenen Dispenses von der Prospektpflicht⁸⁸ – ins FIDLEG überführt werden.

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») sowie im FINIG («Wertpapierhaus» statt «Effekthändler») angepasst wird. Weiterhin erforderlich ist demnach für das Anbieten strukturierter Produkte an Privatkundinnen und -kunden ohne Vermögensverwaltungsvertrag, dass sie von Instituten, die einer prudenziellen Aufsicht unterstehen, emittiert, garantiert oder gleichwertig gesichert werden⁸⁹.

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 Prospektpflicht). Dieses ist auch in der EU vorgesehen⁹⁰ 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 ist inskünftig eine ausdrückliche Aktualisierungspflicht (vgl. Art. 62 Abs. 3) und eine spezialgesetzliche Haftungsregelung (vgl. Art. 69). Aktuell sind gemäss einem aufsichtsrechtlich anerkannten Mindeststandard unvorhergesehen eingetretene Änderungen an den Bedingungen eines strukturierten Produkts zu veröffentlichen⁹¹. Für strukturierte Produkte, die bei Inkrafttreten des FIDLEG bereits ausgegeben worden sind, gelten die nach Art. 5

⁸⁷ Vgl. BGE 132 III 715, E. 3.2.2.

⁸⁸ Auch in der Europäischen Union unterliegen strukturierte Produkte der Prospektpflicht gemäss der ProspRL.

⁸⁹ Vgl. BBI 2012 3662 f.

⁹⁰ Art. 4 Bst. a des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für «packaged retail and insurance based investment products» vom 4. April 2014 (8356/1/14 Rev 1).

⁹¹ Ziff. 5 Bst. f der Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung über die Information der Anlegerinnen und Anleger zu strukturierten Produkten vom Juli 2007.

KAG erstellten vereinfachten Prospekte während einer Übergangsfrist als Basisinformationsblätter. 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.

Art. 71 Interne Sondervermögen

Als interne Sondervermögen gelten Vermögen, die in der Absicht kollektiver Kapitalanlage zusammengebracht werden⁹². 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 Vermögensverwaltungskundinnen und -kunden beteiligt sein und es darf die Beteiligung weder öffentlich angeboten noch für sie Werbung betrieben werden⁹³. Andernfalls wird ein internes Sondervermögen zum vertraglichen Anlagefonds, der vollumfänglich dem KAG unterstellt und genehmigungspflichtig ist. Artikel 71 übernimmt in den Absätzen 1, 3 und 4 grundsätzlich die geltende Regelung von Artikel 4 KAG und passt die Terminologie an jene des FINIG an («Wertpapierhaus» statt «Effektenhändler»). 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 58 ff. zu erstellen.

4. Titel: Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche

1. Kapitel: Herausgabe von Dokumenten

Damit es einer Kundin oder einem Kunden möglich ist, ihre oder seine Rechte gegenüber einem Finanzdienstleister wahren und effektiv durchsetzen zu können, muss sie oder er über die relevanten Informationen der Geschäfts- und Rechtsbeziehung zum Finanzdienstleister verfügen. Zentrale Bedeutung kommt dabei den Dokumenten zu, die der Finanzdienstleister im Rahmen seiner Tätigkeit für die Kundin oder den Kunden erstellt. Lediglich in Kenntnis dieser Dokumente ist es der Kundin

⁹² Vgl. Steiner Markus, Das bankinterne Sondervermögen, Diss. Zürich 1999, 47 f.

⁹³ Vgl. BBl 2005 6438.

oder dem Kunden möglich, eine seriöse Beurteilung der Rechtsansprüche und damit der Erfolgsaussichten allfälliger rechtlicher Schritte gegenüber einem Finanzdienstleister vorzunehmen.

Bereits nach geltendem Recht hat die Kundin oder der Kunde als Auftraggeberin beziehungsweise Auftraggeber gegenüber dem Finanzdienstleister aufgrund der Rechenschafts- und Herausgabepflicht nach Artikel 400 OR einen materiellrechtlichen Informationsanspruch⁹⁴, soweit diese Bestimmung auf das Rechtsverhältnis zwischen Kunden und Finanzdienstleister anwendbar ist. Daneben besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch eine Verpflichtung der Bank zur Auskunftserteilung über bankinterne Personendaten betreffend die Kundin oder den Kunden⁹⁵ nach Massgabe von Artikel 8 des Datenschutzgesetzes (DSG)⁹⁶. Davon zu unterscheiden ist sodann ein allfälliger prozessrechtlicher Herausgabeanspruch, namentlich im Rahmen eines Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung nach Artikel 158 Zivilprozessordnung⁹⁷ (ZPO).

Art. 72 und 73

In Ergänzung der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Artikel 15 und 16 (vgl. dazu vorne die Erläuterungen zu Art. 15 und 16) sieht Artikel 72 Absatz 1 neu 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 15 verpflichtet ist (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 15). 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 sind⁹⁸. 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 Editionspflichten des Finanzdienstleisters.

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

⁹⁴ Vgl. nur BGE **139** III 49 E. 4; **138** III 425 E. 6.4.

⁹⁵ BGE **138** III 425

⁹⁶ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR **235.1**

⁹⁷ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO); SR **272**

⁹⁸ BGE **139** III 49 E. 4

Kundin oder des Kunden die Kopie lediglich in elektronischer Form aushändigen (Art. 72 Abs. 2).

Artikel 73 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 von Gesetzes wegen keinen Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz (Abs. 3). 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. 73 Abs. 4). Nach Artikel 251a VE-ZPO wird dafür das summarische Verfahren angeordnet, was eine rasche und kosteneffiziente Erledigung gewährleistet (vgl. dazu hinten die Erläuterungen unter Ziff. 2.2.2). Ein allfälliger Entscheid kann nach den allgemeinen Regelungen gegenüber dem Finanzdienstleister vollstreckt werden. Darüber hinaus sieht Artikel 73 Absatz 5 vor, dass eine allfällige Weigerung oder eine unvollständige Herausgabe seitens des Finanzdienstleisters in einem späteren Rechtsstreit zwischen denselben Parteien beim Entscheid über die Prozesskosten sowie die Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds berücksichtigt werden kann. Mit dieser sich an Artikel 73 Absatz 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)⁹⁹ 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.

Art. 74 Beweislast für die Einhaltung der Informations- und Aufklärungspflichten des Finanzdienstleisters

Will die Kundin oder der Kunde einen Finanzdienstleister für erlittenen Schaden in Anspruch nehmen – zum Beispiel weil dieser unrichtig informiert oder ungenügend aufgeklärt hat¹⁰⁰, vertraglich oder gesetzlich geschuldete (Rück-)Vergütungen nicht geleistet hat¹⁰¹ oder sich entgegen den Weisungen der Kundin oder des Kunden verhalten hat¹⁰² –, so hat sie oder er neben dem Vorliegen eines finanziellen Schadens insbesondere nachzuweisen, dass der Finanzdienstleister vertragswidrig, das heisst pflichtwidrig oder unsorgfältig gehandelt hat, und diese Vertragsverletzung für die Schadensverursachung adäquat kausal ist. Ein Verschulden des Finanz-

⁹⁹ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG); SR 281.1

¹⁰⁰ BGE 133 III 97 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4A.331/2012 vom 2. April 2013 E. 2

¹⁰¹ BGE 138 III 755

¹⁰² Weber, Rolf H., in: Basler Kommentar zum Privatrecht, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 397 N 10 OR.

dienstleister wird demgegenüber bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses vermutet (Art. 97 Abs. 1 OR)¹⁰³.

Gerade der Nachweis, dass ein Finanzdienstleister seine Informations- und Aufklärungspflichten – nach der Terminologie des Vorentwurfs fallen die Aufklärungspflichten grundsätzlich auch unter diesen Oberbegriff (vgl. die Erläuterungen zu Art. 7) – nicht eingehalten und damit pflichtwidrig oder unsorgfältig gehandelt hat, erweist sich für die Kundin oder den Kunden in der Praxis oft als schwierig oder fast unmöglich. Nicht nur hat der Finanzdienstleister einen Informations- und zumeist auch Knowhow-Vorsprung; gleichzeitig dürfte er auch über grössere Beweisnähe und insbesondere über die entsprechenden Dokumente verfügen, von deren Existenz die Kundin oder der Kunde möglicherweise überhaupt keine Kenntnisse hat. Zudem wird es oft um Unterlassungen gehen und damit um besonders schwer zu beweisende (unbestimmte) negative Tatsachen. Der Finanzdienstleister verfügt weiter über spezifische Sach- und Fachkenntnis und er ist aufsichtsrechtlich, vertraglich oder standesrechtlich gerade zur Dokumentation seines Verhaltens verpflichtet.

Abs. 1

Artikel 74 Absatz 1 sieht vor diesem Hintergrund vor, dass der Finanzdienstleister die Beweislast dafür trägt, dass er seinen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen ist. In einem allfälligen Zivilprozess zwischen Kundin beziehungsweise Kunde und Finanzdienstleister obliegt somit dem Finanzdienstleister die Beweislast dafür, dass er seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen ist und er daher keine Pflichtverletzung – und somit im Ergebnis auch keine diesbezügliche Vertragsverletzung – begangen hat. Der Finanzdienstleister hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, indem bei fehlgeschlagenem beziehungsweise unklarem oder offenem Beweis zu Ungunsten des Finanzdienstleisters so zu entscheiden ist als ob feststände, dass dieser seine Informations- und Aufklärungspflichten nicht erfüllt hat.

Angesichts der Sach- und damit Beweisnähe sowie seiner grösseren Sach- und Fachkunde erscheint dies angemessen und zumutbar: Hat der Finanzdienstleister sorgfältig informiert und aufgeklärt und insbesondere sein Handeln auch korrekt dokumentiert, so wird er diesen Beweis ohne weiteres erbringen können. Dabei handelt es sich denn auch nicht um eine nicht oder kaum beweisbare (unbestimmte) negative Tatsache¹⁰⁴. Unverändert trifft die klagende Kundin oder den klagenden Kunden weiterhin die Behauptungs- und Substantiierungslast für die Pflicht- und Vertragsverletzung des Finanzdienstleisters. Bereits nach geltendem Recht trägt der Finanzdienstleister die Beweislast dafür, dass ihn kein Verschulden trifft.

Inhalt und Umfang der gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten des Finanzdienstleisters bestimmen sich primär nach den massgebenden Regeln des Privatrechts, vorab des OR. Dabei wird jedoch den aufsichtsrechtlichen Informations- und Aufklärungspflichten (vgl. dazu die Erläuterungen zu den Art. 7 und 8) für

¹⁰³ Vgl. nur Weber, Rolf H., in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Bern 2000, Art. 97 N 328 OR; Wiegand, Wolfgang, in: Basler Kommentar zum Privatrecht, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 97 N 42 OR.

¹⁰⁴ Vgl. dazu Walter, Hans Peter, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012, Art. 8 N 323 ff. ZGB

die Konkretisierung der privatrechtlichen Vorschriften in Zukunft eine zentrale Bedeutung zukommen..

Abs. 2

Soweit die Haftung eines Finanzdienstleisters wegen Verletzung seiner zivilrechtlichen Informations- und Aufklärungspflichten in Frage steht, hat die Kundin oder der Kunde den Kausalzusammenhang zu beweisen. Gerade dieser Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden stellte für Kundinnen und Kunden in der Praxis bisher eine oft unüberwindbare Hürde bei der Rechtsdurchsetzung dar¹⁰⁵.

Angesichts der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten wird verschiedentlich die sogenannte Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens postuliert, das heisst, dass bei (erwiesener) Aufklärungspflichtverletzung eine natürliche Vermutung dafür spricht, dass sich eine vernünftige Kundin oder ein vernünftiger Kunde bei ordnungsgemässer Aufklärung entsprechend anders verhalten und damit der Schaden vermieden worden wäre und dem nicht gehörig Aufklärenden der Beweis des Gegenteils obliegt¹⁰⁶.

Artikel 74 Absatz 2 stellt bei einer Verletzung der Informations- oder der Aufklärungspflichten die Vermutung auf, dass die Kundin oder der Kunde das betroffene Geschäft nicht getätigt hätte. Dem Finanzdienstleister steht dabei der Gegenbeweis offen, dass die Kundin oder der Kunde das betroffene Geschäft selbst bei pflichtgemässer Information beziehungsweise Aufklärung getätigt hätte und der Schaden damit auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Der Finanzdienstleister hat dabei insbesondere darzulegen, dass der gleiche Schaden auch bei jeder anderen in Betracht kommenden alternativen Anlagemöglichkeit eingetreten wäre¹⁰⁷.

¹⁰⁵ So bspw. bei der Prospekthaftung vgl. BGE **132** III 715 E. 3.2, selbst wenn nach dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen soll, vgl. dazu Emmenegger, Susanne/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., 97; Contratto, Franca, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, S. 217 ff., 219 FN 13 sowie Gutzwiller, Christoph P., Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagegeschäft der Banken, AJP 2004, S. 411 ff..

¹⁰⁶ Vgl. Walter, Hans Peter, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012, Art. 8 N 602 ZGB; Wiegand, Wolfgang/Hurni, Christoph, Die Vermutung kehrt zurück!, recht 2005, S. 205 ff., S. 208 ff.; Abegglen, Sandro, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Diss. Bern 1995, S. 107 ff., 110 ff.; vgl. auch Sethe, Rolf, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, Archiv für die civilistische Praxis 2012, S. 80 ff., S. 147, wonach das schweizerische Recht eine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bisher fehle; vgl. dazu im deutschen Recht insb. BGH XI ZR 262/10 vom 8. Mai 2012.

¹⁰⁷ Schäfer, Ulrike A., in: Schäfer/Sethe/Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung, München 2012, § 21 N 82 ff.

2. Kapitel: Ombudsstellen

1. Abschnitt: Streitbeilegung

Art. 75 Grundsätze

Das im schweizerischen Zivilprozessrecht (vgl. heute Art. 197 ZPO¹⁰⁸) 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 Standards, namentlich den Empfehlungen der G20 und der Weltbank¹⁰⁹ sowie auch dem EU-Recht¹¹⁰ (vgl. dazu auch die Ausführungen vorne unter Ziff. 1.6.4). Aufgrund der Besonderheiten tatsächlicher und rechtlicher Natur solcher Streitigkeiten sollen entsprechende Schlichtungsverfahren jedoch in Zukunft von besonderen Ombudsstellen durchgeführt werden. Dabei soll diesen Ombudsstellen – im Unterschied zu den Vorschlägen im Hearingbericht sowie gewissen Modellen im Ausland (vgl. dazu auch vorne unter Ziff. 1.6.4.2) – keine Entscheidungsbefugnis zustehen. Die Anrufung der Ombudsstelle kann nur durch die Kundin oder den Kunden erfolgen. Der Finanzdienstleister kann demnach bei Meinungsverschiedenheiten nicht direkt die Ombudsstelle gelangen.

Art. 76 Verfahrensgrundsätze

Über die allgemeinen Grundsätze von Artikel 76 hinaus werden die massgebenden Grundsätze des Streitschlichtungsverfahrens weiter konkretisiert. Auch diese entsprechen allgemeinen und international anerkannten Standards¹¹¹. Inhaltlich entspricht die Bestimmung weitgehend Artikel 45 der Verordnung über Fernmelde-dienste (FDV)¹¹², der entsprechende Verfahrensgrundsätze für das Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsstelle gemäss Fernmeldegesetz (FMG)¹¹³ regelt.

Absatz 1 legt in allgemeiner Form fest, dass das Schlichtungsverfahren unbürokratisch, fair, rasch 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 in einem anderen Verfahren

¹⁰⁸ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO); **SR 272**

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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 (ADR-Richtlinie) sowie Art. 53 Abs. 1 MiFID.

¹¹¹ Vgl. z. B. 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.

¹¹² Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV); **SR 784.101.1**

¹¹³ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG); **SR 784.10**

und damit insbesondere in einem späteren Zivilprozess nicht verwendet werden dürfen. Eine Ausnahme gilt für Einigungsvorschläge der Ombudsstelle zur Streitbeilegung nach Absatz 7. Diese sollen insbesondere auch von der Kundin oder dem Kunden im Rahmen eines allfälligen Gesuchs um Übernahme der Prozesskosten (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 93 ff.) verwendet werden dürfen.

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 Gesuch um Streitbeilegung 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 informierte und versuchte, eine Einigung zu finden (Bst. b) und das Gesuch nicht offensichtlich missbräuchlich ist oder in der gleichen Sache bereits ein Streitbeilegungsverfahren durchgeführt wurde (Bst. c).

Nach Absatz 5 kann die Kundin oder der Kunde wählen, ob das Verfahren in einer Amtssprache des Bundes oder in englischer Sprache durchgeführt wird, wobei eine abweichende Vereinbarung zwischen den Parteien möglich bleibt, soweit dies das Organisationsreglement der Ombudsstelle zulässt. Damit soll gerade auch den individuellen Besonderheiten der Geschäftsbeziehung zwischen Finanzdienstleister und Kundin oder Kunde Rechnung getragen werden können.

Absatz 6 hält weiter fest, dass die Ombudsstelle die nötigen Massnahmen trifft, die zur Beilegung der Streitigkeit führen sollen. Namentlich hört sie die Parteien an und gibt ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Weiter nimmt sie selbst eine Einschätzung der Streitigkeit vor, gibt diese den Parteien bekannt und macht einen sachgerechten Vorschlag zur Streitbeilegung (Abs. 7). Das Streitbeilegungsverfahren 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. 77 Verhältnis zum Schlichtungsverfahren und zu anderen Verfahren

Die Bestimmung regelt das Verhältnis zwischen dem besonderen Streitbeilegungsverfahren vor einer anerkannten Ombudsstelle und den allgemeinen Verfahren, wie sie das Zivilprozessrecht zur Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen und Forderungen vorsieht (vgl. auch Art. 46 FDV). Grundsätzlich gilt, dass die allgemeinen Zivilverfahren vom besonderen Schlichtungsverfahren 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 EMRK¹¹⁴).

¹¹⁴ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR **0.101**

Nach Absatz 1 schliesst ein Gesuch um Streitbeilegung die Einreichung einer Zivilklage nicht aus. Praktisch bedeutsam ist dies dann, wenn der Finanzdienstleister ein Gesuch um Streitbeilegung 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 (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 80).

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 Streitbeilegung erfolglos durchgeführt wurde, nicht mehr sinnvoll. Daher hält Absatz 2 fest, dass die Partei, welche sich nach Durchführung eines Verfahrens zur Streitbeilegung 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 VE-ZPO unter Ziff. 2.2.2 hinten).

Da ein Verfahren vor einer Ombudsstelle grundsätzlich ohne Einfluss auf den Gang der ordentlichen Gerichtsbarkeit bleibt (vgl. auch Abs. 1 sowie Art. 77 Abs. 2 Bst. d), sieht Absatz 3 vor, dass die Ombudsstelle das Verfahren beendet, sobald eine Schlichtungsbehörde, ein Gericht oder ein Schiedsgericht mit der Sache befasst ist. Voraussetzung dafür ist wiederum, dass die Ombudsstelle von einer der Parteien oder anderweitig Kenntnis davon erlangt.

2. Abschnitt: Pflichten der Finanzdienstleister

Art. 78 Anschlusspflicht

Damit Kundinnen und Kunden in Zukunft für alle Finanzdienstleistungsstreitigkeiten die Möglichkeit eines Streitbeilegungsverfahrens vor einer Ombudsstelle offensteht, sieht Artikel 78 eine Anschlusspflicht für Finanzdienstleister vor: Wer als Finanzdienstleister im Sinne des FIDLEG tätig ist (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 3 Bst. e), hat sich spätestens mit der Aufnahme seiner Tätigkeit einer nach Artikel 82 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 Kundenberaterregister (vgl. Art. 30 Abs. 1 Bst. b sowie die Erläuterungen dazu), es sei denn, dass sie als Mitarbeitende bei einem Finanzdienstleister tätig sind (vgl. Art. 30 Abs. 3).

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 (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 82).

Art. 79 Teilnahmepflicht

Finanzdienstleister sowie Kundenberaterinnen und -berater sollen verpflichtet werden, an einem Streitbeilegungsverfahren 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). Diese Teilnahmepflicht für Finanzdienstleister – wie sie zum Beispiel auch in England und Irland¹¹⁵ (vgl. dazu auch vorne unter Ziff. 1.6.4.2) vorgesehen ist – gewährleistet über die Anschlusspflicht hinaus, dass auf ein entsprechendes Gesuch einer Kundin oder eines Kunden hin effektiv ein Verfahren zur Streitbeilegung vor der Ombudsstelle zustande kommt. Trotz dieser Teilnahmepflicht wird nicht in die Verfahrensrechte und -garantien der Finanzdienstleister eingegriffen. Auch ihnen stehen sämtliche Möglichkeiten eines allgemeinen Zivilverfahrens offen.

Art. 80 Pflicht zur Information

Zur praktischen Wirksamkeit der Möglichkeit der Streitbeilegung durch eine anerkannte Ombudsstelle ist es zentral, dass Kundinnen und Kunden überhaupt wissen, dass diese Möglichkeit besteht. Finanzdienstleister sowie Kundenberaterinnen und -berater sind daher zu einer entsprechenden Information ihrer Kundinnen und Kunden zu verpflichten. Eine solche hat insbesondere vor Eingehung einer Geschäftsbeziehung oder einem erstmaligen Vertragsschluss 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 Schlichtungsstelle hinzuweisen (vgl. Art. 47 FDV).

Art. 81 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 denkbar, 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. 77 Abs. 1). Die entsprechenden Regelungen sind in einer Beitrags- und Kostenordnung der Ombudsstelle niederzulegen (vgl. auch Art. 83 Abs. 2 Bst. e).

3. Abschnitt: Anerkennung und Informationsaustausch

Art. 82 Anerkennung und Aufsicht

Zuständige Behörde für die Anerkennung und die Aufsicht über die anerkannten Ombudsstellen ist das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) (Art. 82 Abs. 1). Diese Übertragung der Anerkennungs- und Aufsichtskompetenz

¹¹⁵ 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.

erscheint angesichts der primär verfahrensrechtlichen und nicht finanzmarktrechtlichen Bezüge sachgerecht. Im Rahmen der Verwaltungsorganisation kann diese Kompetenz innerhalb des EJPD auch an ein Bundesamt delegiert werden. Über den Informationsaustausch (vgl. Art. 83) ist sichergestellt, dass auch die weiteren Behörden über die für sie notwendigen Informationen über die anerkannten Ombudsstellen verfügen.

Artikel 82 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 anerkannten¹¹⁶ Grundsätze jeder Streitbeilegung festgehalten, wie sie sich auch im geltenden Recht spezialgesetzlich bereits finden (vgl. z. B. Art. 43 Abs. 2 FDV). Es sind dies Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Transparenz und Effizienz sowie allgemeine und spezielle Weisungsungebundenheit der Ombudsstelle. Diese Grundsätze sollen eine rechtsstaatlich genügende Streitbeilegung im Interesse aller Beteiligten garantieren. Die Berücksichtigung dieser Grundsätze sind Anerkennungsvoraussetzungen.
- Nach Buchstabe b werden nur Organisationen anerkannt, die sicherstellen, dass die mit der Streitbeilegung beauftragten Personen über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen. Besondere Fachkunde der befassten Personen stellt einen zentralen Mehrwert der Streitbeilegung durch anerkannte Ombudsstellen dar. Dabei geht es insbesondere um spezifische Kenntnisse über Finanzinstrumente, Beteiligungs- und Forderungspapiere im Sinne von Artikel 3 Buchstaben a–c, über Finanzdienstleistungen nach Artikel 3 Buchstabe d sowie den Finanz- und Kapitalmarkt insgesamt. Weiter sollen die befassten Personen auch besonderes Fachwissen im Bereich der Streitbeilegung und -schlichtung 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.
- Schliesslich haben anerkannte Ombudsstellen Transparenz zu garantieren, über ihre Tätigkeit zu informieren und der Aufsichtsbehörde Rechenschaft abzulegen (Bst. f–h).

Gemäss Artikel 82 Absatz 3 veröffentlicht die Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde eine Liste der Ombudsstellen. Im Übrigen erlässt der Bundesrat die notwendigen Ausführungsbestimmungen (Art. 82 Abs. 4).

Art. 83 Informationsaustausch

Artikel 83 regelt den Informationsaustausch zwischen den anerkannten Ombudsstellen und der Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde. Die Bestimmung stellt sicher,

¹¹⁶ Vgl. z. B. 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.

dass jeder Akteur über die für ihn zur Erfüllung seiner Aufgabe notwendigen Informationen verfügt.

Art. 84 Entzug der Anerkennung

Nach Artikel 84 wird einer Ombudsstelle die Anerkennung von der Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde entzogen, wenn sie die Voraussetzungen nach Artikel 82 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.

3. Kapitel: Prozesskosten

Eine besondere Schranke bei der zivilrechtlichen Durchsetzung von Ansprüchen von Privatkundinnen und -kunden gegenüber Finanzdienstleistern stellen im geltenden Recht die Prozesskosten beziehungsweise das entsprechende Prozesskostenrisiko dar¹¹⁷. Zum einen machen solche Prozesse bereits vor oder bei ihrer Einleitung umfangreiche Sachverhalts- und Rechtsabklärungen notwendig. Privatkundinnen und -kunden benötigen dafür zumeist professionelle und entgeltliche Unterstützung durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt. Gleichzeitig trifft die Privatkundin oder den Privatkunden die allgemeine Kostenvorschusspflicht nach Artikel 98 ZPO. Zum andern trägt die klagende Privatkundin oder der klagende Privatkunde aber auch – nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen – das Risiko, im Falle eines vollständigen oder auch nur teilweisen Unterliegens in einem Prozess gegen den Finanzdienstleister nach Artikel 106 ZPO für die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und einer allfälligen Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), aufkommen zu müssen. Beides zusammen führt in der Praxis dazu, dass die Rechtsdurchsetzung bei Anlegerschäden in der Schweiz erschwert ist.

Da sich diese Problematik insbesondere im Verhältnis zwischen Privatkundinnen und -kunden und Finanzdienstleistern stellt, beschränken sich die nachfolgend vorgeschlagenen Regelungen auf Privatkundinnen und -kunden im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 4). Nicht als Privatkundinnen und -kunden in diesem Sinne gelten professionelle und institutionelle Kunden, die schriftlich erklären, dass sie als Privatkundinnen und -kunden gelten wollen (*opting in*). Für solche ist eine Prozessführung auf eigene Kosten selbst dann möglich und zumutbar, wenn sie im Einzelfall nicht über besondere fachliche Qualifikationen verfügen oder bewusst von den besonderen spezifischen Schutzvorschriften zugunsten von Privatkundinnen und -kunden profitieren wollen.

Vor diesem Hintergrund werden im FIDLEG zwei Varianten vorgeschlagen, um der Kostenproblematik Herr zu werden. Es wird sowohl eine Schiedsgerichtslösung als

¹¹⁷ Vgl. Contratto, Franca, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, S. 217 ff., 219; Weber, Rolf H./Baisch, Rainer, Hybride Streitschlichtung im Finanzdienstleistungssektor, SZW 2013, S. 191 ff., 192 sowie Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 43 ff. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>) und Hearingbericht, S. 9.

auch ein Prozesskostenfonds alternativ zur Diskussion gestellt. Dabei bevorzugt der Bundesrat die Variante «Schiedsgericht» und fordert die Vernehmlassungsteilnehmer auf, sich insbesondere zu diesen Varianten zu äussern.

Variante A

1. Abschnitt: Schiedsgericht

Mit einem Verfahren vor einem Schiedsgericht kann ein Streitfall von einer einzigen Instanz abschliessend entschieden werden. Dies hat den Vorteil, dass der Kunde schneller eine verbindliche Beurteilung seines Anspruches erhält, als wenn ein Entscheid im ordentlichen Zivilprozess an zwei weitere Instanzen weitergezogen werden kann. Dies führt rascher zu Rechtsfrieden und belastet den Kunden auch finanziell nicht im gleichen Ausmass.

Art. 85 Grundsätze

Die Finanzdienstleister werden angehalten, ein Schiedsgericht zu errichten, das ihre Kunden anrufen können. Die Anzahl möglicher Schiedsgerichte ist dabei offen. Die Schiedsgerichte sind jedoch als ständige Einrichtungen auszugestalten, weshalb ad-hoc-Gerichte nicht möglich sind (Art. 85 Abs. 1).

Um ihre Ansprüche vor einem Schiedsgericht geltend machen zu können, müssen die Kundin oder der Kunde über dessen Existenz in Kenntnis gesetzt wurden. Deshalb sind die Finanzdienstleister verpflichtet, vor Eingehung einer Geschäftsbeziehung, vor einem erstmaligen Vertragsschluss sowie auf Anfrage der Kundin oder des Kunden hin jederzeit über die vorgesehene Wahlmöglichkeit im Streitfall zu informieren. Der Privatkunde muss also erst im Streitfall entscheiden, ob er den ordentlichen Zivilrichter anruft oder sich neu für den Schiedsgerichtsweg entscheidet (Art. 85 Abs. 2).

Art. 86 Zusammensetzung und Verfahren

Das Verfahren ist in einer Schiedsordnung zu regeln. Vorgeschrieben wird, dass es sich um ein faires, einfaches und rasches Verfahren handeln muss (Art. 86 Abs. 2). Ausfluss aus dem Fairnessgebot ist unter anderem auch die zwingende paritätische Zusammensetzung des Spruchkörpers unter dem Vorsitz einer unabhängigen Person (Art. 86 Abs. 1). Diese darf weder Verbindungen zu den Finanzdienstleistern noch zu Anleger- oder Konsumentenschutzorganisationen aufweisen.

Damit der erwähnten Kostenproblematik begegnet werden kann, muss das Verfahren für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos sein. Ausnahmen von diesem Grundsatz rechtfertigen sich nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen (Art. 86 Abs. 3).

Genehmigungsbehörde der Schiedsgerichte und deren Verfahrensordnung ist das EJPD (Art. 86 Abs. 4). Genügt ein Schiedsgericht den Anforderungen dieses Kapitels nicht oder wird kein Schiedsgericht durch die Finanzdienstleister errichtet, so hat der Bundesrat die Kompetenz, ein Schiedsgericht zu errichten und die Finanzdienstleister zum Anschluss zu zwingen.

Art. 87 *Verhältnis zu anderen Verfahren*

Die Bestimmung legt fest, dass Privatkundinnen und -kunden nur an ein Schiedsgericht gelangen können, sofern sie in gleicher Sache ein Gesuch um Streitbeilegung bei einer anerkannten Ombudsstelle gestellt und am Verfahren teilgenommen haben. Indem der Anspruch an diese klare Voraussetzung gebunden wird, wird verhindert, dass die Schiedsgerichte für wenig aussichtsreiche oder gar missbräuchliche Klagen in Anspruch genommen werden können. Beides ist sowohl im Interesse der Finanzdienstleister als auch eines funktionierenden effizienten Schiedssystems.

Art. 88 bis 90

Diese Regelungen entsprechen den Bestimmungen der ZPO in den Artikel 372 Absatz 1 Buchstabe a und Absatz 2 (Art. 88), Artikel 385 (Art. 89) und Artikel 387 (Art. 90). Davon abweichende Regelungen in den Schiedsordnungen sind somit nicht zulässig.

Art. 91 *Beschwerde und Revision*

Artikel 91 verweist in allgemeiner Form auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung im 7. Titel des 3. Teils und erklärt sie für anwendbar. Namentlich gelten die Beschwerdegründe in Artikel 393 ZPO vollumfänglich auch für Schiedssprüche, welche gestützt auf dieses Gesetz ergangen sind.

Variante B

1. Abschnitt: Prozesskostenfonds

Art. 85 und 86

Vor diesem Hintergrund wird mit dem FIDLEG die Errichtung eines besonderen «Prozesskostenfonds für Finanzdienstleistungs-Streitigkeiten» vorgeschlagen (Art. 85). Dieser Spezialfonds des Bundes nach Artikel 52 des Finanzhaushaltgesetzes (FHG)¹¹⁸ soll unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 93) die Prozesskosten von Privatkundinnen und -kunden – sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch von klagenden Verbänden, Vereinen und anderen Organisationen (vgl. die Ausführungen zu Art. 92 und Art. 103) – übernehmen und bestimmte Leistungen ausrichten (Art. 86). Damit werden Privatkundinnen und -kunden vom Prozesskostenrisiko entlastet.

Im Unterschied zum Hearingbericht soll diese Entlastung nicht direkt zulasten des konkret beklagten Finanzdienstleisters erfolgen. Vielmehr sollen die Kosten über den durch Beiträge der Finanzdienstleister geäußerten und gespiesenen Prozesskostenfonds übernommen werden.

Der Spezialfonds ist ein Vermögen, das der Eidgenossenschaft von Dritten mit bestimmten Auflagen zugewendet wird und dessen Aufwand und Ertrag ausserhalb der Erfolgsrechnung auf Bilanzkonten verbucht werden. Soweit das FIDLEG keine Regelung trifft, ordnet der Bundesrat die Verwaltung des Spezialfonds im Rahmen der Auflagen oder der gesetzlichen Bestimmungen (vgl. Art. 52 FHG). Der 1. Ab-

¹¹⁸ Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG); SR **611.0**

schnitt dieses Kapitels beschränkt sich daher auf die grundlegenden Bestimmungen zur Ordnung und Organisation dieses Prozesskostenfonds.

Art. 87 Finanzierung

Die Bestimmung regelt die Finanzierung des Prozesskostenfonds. In erster Linie soll der Prozesskostenfonds durch Beiträge der Finanzdienstleister geäufnet und gespeisen werden (Bst. a). Gleichzeitig fliessen ihm allfällige Parteientschädigungen zu, die ein unterliegender Finanzdienstleister in Verfahren zu bezahlen hat, in denen der Prozesskostenfonds die Prozesskosten übernommen hat (Bst. b). Aus Verfahren, in denen die klagende Privatkundin oder der klagende Privatkunde obsiegt, resultieren damit für den Prozesskostenfonds höchstens reduzierte Kostenbelastungen, soweit diese nicht durch entsprechende Parteientschädigungen gedeckt sind. Der Prozesskostenfonds übernimmt die Prozesskosten nur, wenn das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 92 Abs. 1 Bst. b). Gestützt auf dieses Erfordernis sollte die Mehrheit der vom Prozesskostenfonds (vor-)finanzierten Verfahren zu einem Obsiegen der Kundin oder des Kunden führen. Sodann wird der Prozesskostenfonds auch aus möglichen Zuwendungen Dritter (Bst. c) sowie den Zinserträgen und übrigen Erträgen aus der Verwaltung der Aktiven alimentiert (Bst. d).

Art. 88 Vermögensverwaltung und Verwaltungskosten

Artikel 88 regelt die Vermögensverwaltung und die Verwaltungskosten. Die Verwaltung erfolgt durch das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD). Sämtliche Kosten werden dabei aus den Mitteln des Fonds gedeckt (Abs. 2), so dass der Bundeskasse keine zusätzlichen Kosten entstehen.

2. Abschnitt: Beiträge der Finanzdienstleister

Art. 89–91

Artikel 89 verpflichtet die Finanzdienstleister, jährliche Beiträge zur Äufnung und ständigen Alimentierung des Prozesskostenfonds zu leisten. Da dieser jedoch aus den Beitragsleistungen nicht unbegrenzt Vermögen äufnen soll, ist die Beitragspflicht zu begrenzen: Sie besteht nur insoweit und solange, bis der Prozesskostenfonds über Aktiven verfügt, mit welchen er mindestens für zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre die zu erwartenden Leistungen bestreiten kann. Verfügt der Fonds über entsprechende Mittel und nehmen die Leistungsverpflichtungen nicht unerwartet stark zu, resultiert für die Finanzdienstleister somit nur eine geringe finanzielle Belastung.

Nach Artikel 90 Absatz 1 legt der Bundesrat auf dem Verordnungsweg Tarife für die von den Finanzdienstleistern zu entrichtenden Beiträge fest. Dabei hat er verschiedene Faktoren zu berücksichtigen. Insbesondere berücksichtigt er den Wert der vom Finanzdienstleister gegenüber Privatkundinnen und -kunden erbrachten Finanzdienstleistungen (Bst. a), die Anzahl der Privatkundinnen und -kunden (Bst. b), die Anzahl der für einen Finanzdienstleister tätigen Kundenberaterinnen und -berater (Bst. c) sowie die Anzahl der Klagen und der Verfahren zur Streitbeilegung gegen einen Finanzdienstleister (Bst. d). Gestützt auf die Verordnung bestimmt das EFD jährlich die von den einzelnen Finanzdienstleistern zu entrichtenden Beiträge und fordert sie in zwei halbjährlichen Raten ein (Art. 90 Abs. 2).

In Artikel 91 ist eine Nachschusspflicht der Finanzdienstleister vorgesehen für den Fall, dass die ordentlichen jährlichen Beiträge nicht zur Deckung der Kosten des Prozesskostenfonds ausreichen. Allfällige ausserordentliche Beiträge bemessen sich wiederum in gleicher Weise wie die ordentlichen jährlichen Beiträge (vgl. Art. 90).

3. Abschnitt: Übernahme der Prozesskosten

Im 3. Abschnitt dieses Kapitels werden die Voraussetzungen, der Umfang und das Verfahren der Übernahme der Prozesskosten von Privatkundinnen und -kunden durch den Prozesskostenfonds geregelt.

Zentrale Voraussetzungen einer solchen Übernahme sollen sein, dass die Klage und damit die Streitsache einer Privatkundin oder eines Privatkunden nicht aussichtslos erscheint. Weiter darf die Privatkundin oder der Privatkunde nicht in so guten finanziellen Verhältnissen leben, dass sie oder er zur Bestreitung der Klage nicht auf Unterstützung angewiesen ist (Art. 92 Abs. 1 Bst. b und d). Damit kann sichergestellt werden, dass der Prozesskostenfonds nur dann in Anspruch genommen wird, wenn dies sachgerecht ist und Missbräuche möglichst ausgeschlossen sind.

Übernommen werden sollen grundsätzlich die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten, einer allfälligen Parteientschädigung sowie insbesondere auch die Kosten einer angemessenen Rechtsvertretung (Art. 93). Die Übernahme erfolgt nach Massgabe eines gerichtlichen Genehmigungsentscheids, dem ein begründetes Gesuch der Privatkundin oder des Privatkunden zugrunde liegt (Art. 94 und Art. 95). Das Gericht legt dabei insbesondere die Eigenleistung der Privatkundin oder des Privatkunden unter Berücksichtigung namentlich ihrer oder seiner finanziellen Verhältnisse fest. Die Abwicklung der Leistungen erfolgt durch den Prozesskostenfonds, dem die entsprechenden Kosten direkt auferlegt beziehungsweise auch zugesprochen werden können (Art. 100). Damit soll gerade auch sichergestellt werden, dass den für die zivilrechtliche Gerichtsbarkeit primär zuständigen Kantonen keine zusätzlichen Kosten entstehen.

Art. 92 Anspruch

Die Bestimmung legt in Absatz 1 vier Voraussetzungen fest, unter welchen Privatkundinnen und -kunden Anspruch darauf haben sollen, dass der Prozesskostenfonds einen angemessenen Teil ihrer Prozesskosten für Klagen gegen Finanzdienstleister übernimmt. Indem der Anspruch an klare Voraussetzungen gebunden wird, lässt sich gewährleisten, dass der Prozesskostenfonds nur dann in Anspruch genommen werden kann, als dies zur Rechtsdurchsetzung notwendig erscheint. Gleichzeitig wird damit verhindert, dass der Prozesskostenfonds für wenig aussichtsreiche oder gar missbräuchliche Klagen oder von Personen, die nicht auf Unterstützung angewiesen sind, in Anspruch genommen werden kann. Beides ist sowohl im Interesse der Finanzdienstleister als auch eines funktionierenden effizienten Justizsystems.

Nach Buchstabe a besteht ein Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten nur, wenn die Privatkundin oder der Privatkunde in der gleichen Sache ein Gesuch um Streitbeilegung bei einer anerkannten Ombudsstelle gestellt und am Verfahren teilgenommen hat. Damit wird zweierlei sichergestellt: Einerseits soll die Möglichkeit der Übernahme von Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds nicht zu leichtfertiger oder unnötiger Prozessführung animieren, wenn eine einvernehmliche Streitbeilegung möglich oder nicht zumindest versucht worden wäre. Andererseits

soll damit die Streitbeilegung durch anerkannte Ombudsstellen weiter gefördert werden. Dessen ungeachtet treten sowohl die Möglichkeit der Stellung eines Gesuchs um Streitbeilegung durch eine anerkannte Ombudsstelle als auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Prozesskostenfonds zusätzlich neben die allgemeinen Verfahrensrechte und -garantien der Privatkundinnen und -kunden, ohne dass damit prozessuale oder gar materiellrechtliche Nachteile verbunden sind. Ebenso wenig ist das für das Gesuch um die Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds zuständige Gericht bei seiner Entscheid über die Nichtaussichtslosigkeit (vgl. dazu Bst. b) an eine allfällige Einschätzung oder Empfehlung der Ombudsstelle gebunden.

Nur wenn das Rechtsbegehren einer Klage einer Privatkundin oder eines Privatkunden gegen einen Finanzdienstleister nicht aussichtslos erscheint (Bst. b), ist die Prozessführung unterstützungswürdig. Dabei ist der Begriff des Rechtsbegehrens, wie er namentlich in Artikel 29 Absatz 3 der Bundesverfassung (BV)¹¹⁹ und Artikel 117 ZPO verwendet wird, im vorliegenden Kontext weit zu verstehen¹²⁰. Aussichtslosigkeit liegt vor, wenn die Verlustrisiken die Gewinnaussichten nicht nur in geringem Masse übersteigen und sich daher eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung nicht zu einem Prozess entschliessen würde¹²¹. Angesichts der Unterschiede zur unentgeltlichen Rechtspflege ist jedenfalls bei der Voraussetzung zur Inanspruchnahme des Prozesskostenfonds ein strenger Aussichtslosigkeitsbegriff anzuwenden. Die Aussichtslosigkeit kann sowohl (prozess-)rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein. Wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege hat der diesbezügliche Entscheid über die Nichtaussichtslosigkeit einer Streitsache keinerlei bindende Wirkung in Bezug auf den späteren materiellen Entscheid in der Streitsache.

Weil der Prozesskostenfonds Privatkundinnen und -kunden bei ihrer Rechtsdurchsetzung gegenüber Finanzdienstleistern nur insoweit unterstützen soll, als dies notwendig und auch prozess- und gesamtökonomisch sinnvoll erscheint, rechtfertigt es sich auch, dass die Übernahme nur bei Klagen mit einem Streitwert von maximal 1 Million Franken möglich ist. Bei übersteigendem Streitwert kommt allenfalls die Möglichkeit einer Teilklage über einen geringeren Betrag in Betracht, soweit dies nach den allgemeinen zivilprozessualen Regelungen zulässig ist (vgl. Art. 86 ZPO).

Da der Prozesskostenfonds lediglich Privatkundinnen und -kunden unterstützen soll, die aufgrund der finanziellen Risiken an der effektiven Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber Finanzdienstleistern gehindert sind, ist die Übernahme der Prozesskosten nur dann gerechtfertigt, wenn eine Privatkundin oder ein Privatkunde nicht selbst über entsprechende finanzielle Mittel verfügt. Im Unterschied zur unentgeltlichen Rechtspflege, die an die Mittellosigkeit anknüpft (vgl. Art. 117 Bst. a ZPO), soll ein Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds dann nicht bestehen, wenn die Privatkundin oder der Privatkunde selbst über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügt (Bst. d). Solche sind jedenfalls dann gegeben, wenn die Privatkundin oder der Privatkunde ein Einkommen erzielt, das um ein Mehrfaches über dem durchschnittlichen liegt, oder über Vermögenswerte verfügt, die die mutmasslichen Prozesskosten um ein Mehrfaches übersteigen.

¹¹⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR **101**

¹²⁰ Vgl. auch Bühler, Alfred, in: Berner Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 117 N 233.

¹²¹ BGE **138** III 217 E. 2.2.4

Eine Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds kommt gemäss Absatz 2 ausnahmsweise auch unter den dargelegten Voraussetzungen nicht in Betracht, wenn eine Privatkundin oder ein Privatkunde im Anschluss an ihren oder seinen Austritt aus einem genehmigten Gruppenvergleich (sog. *opt out*; vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 111) selbständig Klage gegen einen Finanzdienstleister erhebt. In diesem Fall erscheint es nicht erstrebenswert, dass austretende Privatkundinnen und -kunden im Anschluss an ein Gruppenvergleichsverfahren mit Unterstützung des Prozesskostenfonds Einzelklage gegen Finanzdienstleister führen. Denn im Gruppenvergleichsverfahren wird der von den Parteien vereinbarte Gruppenvergleich von einem oberen kantonalen Gericht insbesondere auf seine Angemessenheit geprüft. Entscheidet sich eine betroffene Privatkundin oder ein betroffener Privatkunde dennoch zu einer Individualklage, soll dies auf eigene Kosten und eigenes Risiko geschehen.

Gemäss Artikel 103 (vgl. die Erläuterungen dazu) können auch klageberechtigte Verbände und Organisationen ein Gesuch um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds stellen. Nach Absatz 3 sind Verbände insofern unter erleichterten Bedingungen anspruchsberechtigt, als lediglich vorausgesetzt wird, dass ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist (Bst. b; vgl. dazu die Ausführungen vorne) und sie nicht über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügen (Bst. d; vgl. dazu die Ausführungen vorne). Demgegenüber sollen sie angesichts der spezifischen Umstände der Verbandsklage nicht zu einem vorgängigen Verfahren um Streitbeilegung verpflichtet werden. Keine Anwendung findet zudem die Streitwertbegrenzung auf 1 Million Franken. Beide Voraussetzungen erscheinen bei Verbandsklagen nicht zielführend.

Der Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds ist grundsätzlich unabhängig von einem allfälligen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der gerichtlichen Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes nach Massgabe der ZPO (vgl. Art. 117 ff. ZPO). Die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen sind im Falle entsprechender Gesuche unabhängig – wenn auch von der gleichen Instanz (vgl. dazu Art. 116a VE-ZPO und die Ausführungen unter Ziff. 2.2.2 hinten) – voneinander zu prüfen. Wird einer Privatkundin oder einem Privatkunden die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, so kommt daneben die Übernahme weiterer Prozesskosten, insb. die Übernahme allfälliger Parteientschädigungen, durch den Prozesskostenfonds in Betracht, soweit diese nicht durch die unentgeltliche Rechtspflege abgedeckt sind.

Art. 93 Umfang der Leistungen

Absatz 1 bestimmt den Umfang der Leistungen des Prozesskostenfonds zugunsten einer Privatkundin oder eines Privatkunden, wenn ihr oder sein Gesuch um Übernahme der Prozesskosten vom zuständigen Gericht gutgeheissen werden. Die Leistungen des Prozesskostenfonds werden in jedem Fall im gerichtlichen Entscheid einzelfallweise festgelegt (vgl. auch Art. 95). Sie umfassen vorab die Gerichtskosten (Bst. a). Darunter fallen Abgeltungen für gerichtliche Leistungen, wie sie in Artikel 95 Absatz 2 ZPO geregelt sind und gemäss Artikel 96 ZPO in kantonalen Tarifen festgesetzt werden. Im Unterschied zur unentgeltlichen Rechtspflege, die nicht von der Leistung einer allfälligen Parteientschädigung an die Gegenpartei befreit (vgl. Art. 118 Abs. 3 ZPO), übernimmt der Prozesskostenfonds auch diesen Teil der Prozesskosten (Bst. b). Gerade das Risiko, im Falle des Unterliegens eine Parteientschädigung an den Finanzdienstleister bezahlen zu müssen, kann für Privatkundin-

nen und -kunden ein wesentliches Prozesskostenrisiko darstellen. Schliesslich übernimmt der Prozesskostenfonds auch die Kosten einer angemessenen Rechtsvertretung durch eine zugelassene Rechtsanwältin oder einen zugelassenen Rechtsanwalt sowie allfälliger Expertinnen und Experten, worunter sachverständige Personen mit besonderem Fachwissen – insbesondere zu Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumenten (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Art. 3) – zu verstehen sind. Der Umfang dieser Kostenübernahme ist im Rahmen des Genehmigungsentscheids im Einzelfall unter Berücksichtigung der Umstände festzulegen (Bst. c). Grundlage dafür bildet der entsprechende Antrag der gesuchstellenden Privatkundin oder des gesuchstellenden Privatkunden (vgl. Art. 94 Abs. 2 Bst. e).

Wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die Gutheissung der Übernahme von Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds ebenfalls von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (Abs. 2), wie sie die ZPO grundsätzlich in bestimmten Fällen vorsieht (vgl. Art. 98 und 99 ZPO). Daraus entstehen weder dem Staat noch der Gegenpartei als Gläubiger zusätzliche finanzielle Risiken, da der Prozesskostenfonds selbst Schuldner ihrer Forderungen wird und die Gläubiger damit ohne weiteres stets als gesichert zu betrachten sind (vgl. Art. 100 sowie die Ausführung zu dieser Bestimmung).

Art. 94 Gesuch und Verfahren

Die Bestimmung regelt das Verfahren zur Genehmigung der Übernahme von Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds. Daneben sind entsprechende Bestimmungen in der ZPO anzupassen beziehungsweise zu ergänzen (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 2.2.2 hinten).

Grundlage bildet ein entsprechendes Gesuch einer Privatkundin oder eines Privatkunden. Es kann bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage gegen einen Finanzdienstleister beim zuständigen Gericht (Abs. 1) gestellt werden. Die Zuständigkeit ergibt sich aus Artikel 116a VE-ZPO: Für die Behandlung eines Gesuchs um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds soll das Gericht zuständig sein, das auch für die Behandlung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zuständig ist (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 116a VE-ZPO unter Ziff. 2.2.2 hinten).

Absatz 2 zählt die zwingend notwendigen Angaben eines Gesuchs um Übernahme von Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds auf. Unerlässlich sind namentlich die Angaben zum Streitgegenstand und den Beweismitteln (Bst. b), zum Streitwert (Bst. c) und zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der gesuchstellenden Person (Bst. d). Wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO) hat die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller eine Mitwirkungspflicht. Ebenso muss aus dem Gesuch klar hervorgehen, falls – und für welchen bezifferten mutmasslichen Betrag – um eine angemessene Rechtsvertretung sowie mögliche Expertinnen und Experten ersucht wird (Bst. e). Grundsätzlich reicht hier als Beweismass Glaubhaftmachung.

Wie im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 119 Abs. 3 ZPO) kann das Gericht nach Absatz 3 vor seiner Entscheidung die Gegenpartei anhören. Dieser steht aber gemäss Artikel 96 Absatz 2 auch dann kein Anspruch auf Parteientschädigung zu, wenn sie sich vernehmen lässt.

Art. 95 Entscheidung

Heisst das zuständige Gericht ein Gesuch um Übernahme der Prozesskosten gut, hat es in seiner Entscheidung insbesondere die genehmigten Leistungen des Prozesskostenfonds und die Höhe der gutgeheissenen Kosten für die Rechtsvertretung sowie allfälliger Experten zu bestimmen (Abs. 1). Damit wird gewährleistet, dass gestützt auf den gerichtlichen Entscheid die Liquidation der Kosten durch den Prozesskostenfonds ohne weiteres erfolgen kann (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 100).

Absatz 2 hält fest, dass Leistungen des Prozesskostenfonds ausnahmsweise rückwirkend gutgeheissen werden können. Wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 119 Abs. 4 ZPO) ist dies namentlich in Fällen zeitlicher Dringlichkeit sinnvoll. Eine gegenteilige Ansicht wäre formalistisch. Dessen ungeachtet trifft die gesuchstellende Partei beziehungsweise deren Rechtsvertreterin oder -vertreter die Verantwortung für die rechtzeitige Einreichung eines Gesuches.

Art. 96 Kosten

Die Bestimmung regelt die Kosten eines Verfahrens um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds. Dabei ist zu unterscheiden, ob das Gesuch gutgeheissen wird oder nicht. Wird es gutgeheissen, so werden die Kosten für das Genehmigungsverfahren ebenfalls vom Prozesskostenfonds übernommen (Abs. 1). Wird es abgelehnt, so kommt dies nicht in Betracht. Gleichzeitig soll die gesuchstellende Partei aber ein solches Gesuch gerade ohne Prozesskostenrisiko einreichen können, weshalb der gesuchstellenden Partei – analog zur unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 119 Abs. 6 ZPO) – die Kosten lediglich bei Bös- oder Mutwilligkeit aufgelegt werden sollen (Abs. 2). Sofern bereits eine Klage rechtshängig ist, so kann es prozessökonomisch sein, dass über die Kosten eines Gesuchverfahrens erst zusammen mit der Hauptsache entschieden wird (Abs. 3).

Absatz 4 hält fest, dass der Finanzdienstleister als Gegenpartei für das Verfahren um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat, was selbst dann gilt, wenn er sich hat verlauten lassen, unabhängig davon, ob ihn das Gericht zur Stellungnahme aufgefordert oder eingeladen hat.

Art. 97 Rechtsmittel

Analog zur unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 121 ZPO) steht der gesuchstellenden Person gegen einen ablehnenden (oder auch einen Genehmigung widerrufenden, vgl. Art. 99 Abs. 2) Entscheid das Rechtsmittel der Beschwerde im Sinne von Artikel 319 ff. ZPO offen. Im Unterschied zur unentgeltlichen Rechtspflege¹²² ist die Gegenpartei nicht zur Beschwerde legitimiert, da sie weder durch die Gewährung noch durch die Nichtgewährung der Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds beschwert ist, zumal auch die Befreiung von der Sicherheitsleistung für eine allfällige Parteientschädigung hier kein Risiko bedeutet, da der Prozesskostenfonds diese zu tragen hätte.

¹²² Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7303.

Art. 98 Mitteilung des Entscheids

Weil der Prozesskostenfonds für die Abwicklung und Liquidation der Prozesskosten zuständig ist und dafür im gerichtlich genehmigten Umfang aufzukommen hat (vgl. Art. 100), ist es notwendig, dass er über entsprechende Entscheide auch informiert ist. Das zuständige Gericht hat daher dem Prozesskostenfonds gutheissende oder entziehende Entscheide direkt mitzuteilen.

Art. 99 Ergänzung und Widerruf der Übernahme der Prozesskosten

Die Bestimmung regelt die beiden denkbaren Fälle einer nachträglichen Anpassung eines Entscheides, mit welchem die Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds gutgeheissen wurde. Nach Absatz 1 kann das Gericht auf Gesuch hin den gutgeheissenen Betrag ergänzen oder die Übernahme weiterer Kosten gutheissen. Dies betrifft die Kosten für eine angemessene Rechtsvertretung und allfällige Experten (vgl. Art. 95 Abs. 1 Bst. b). Umgekehrt ist die Genehmigung zu entziehen, wenn nachträglich festgestellt wird, dass der Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds nicht mehr oder nie bestanden hat (Abs. 2). Diesfalls hat der Prozesskostenfonds einen Anspruch gegenüber der Privatkundin oder dem Privatkunden auf Rückzahlung bereits erbrachter Leistungen.

Art. 100 Liquidation der Prozesskosten durch den Fonds

Die Bestimmung regelt die eigentliche Abwicklung und damit Liquidation der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds für alle Fälle, in denen ein Gesuch gutgeheissen wurde.

Absatz 1 hält den Grundsatz fest, dass der Prozesskostenfonds für die Prozesskosten einer Privatkundin oder eines Privatkunden im genehmigten Umfang aufkommt. Konkretisierend hält Absatz 2 fest, dass der Prozesskostenfonds damit die Gerichtskosten, die Kosten der Rechtsvertretung sowie allfällige Parteientschädigungen zu begleichen hat (vgl. auch Art. 93 Abs. 1). Entsprechend ist es sinnvoll, diese Kosten in den massgebenden Gerichtsentscheiden direkt dem Prozesskostenfonds aufzuerlegen.

Unabhängig von einer allfälligen direkten Kostenaufgabe an den Prozesskostenfonds hält Absatz 3 fest, dass den Gläubigern gegenüber alleine dieser für die Leistungen haftet und die Gläubiger ein direktes Forderungsrecht haben. Damit soll die Privatkundin oder der Privatkunde, dem die Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds genehmigt wurde, unmittelbar entlastet werden. Weil der Prozesskostenfonds als Schuldner stets als solvent zu betrachten ist, steht seinen Gläubigern, das heisst sowohl den Finanzdienstleistern als auch dem Staat, kein Anspruch auf Bevorschussung oder Sicherstellung zu. Damit soll insbesondere die Abwicklung erleichtert werden.

Obsiegt die Privatkundin oder der Privatkunde im Prozess gegen den Finanzdienstleister ganz oder teilweise und wird ihr oder ihm eine Parteientschädigung zugesprochen, fliessen solche Leistungen dem Prozesskostenfonds zu. Daher kann eine Parteientschädigung auch direkt dem Prozesskostenfonds zugesprochen werden. Damit wird der Funktionsmechanismus des Prozesskostenfonds als Mittel zur Finanzierung von nicht aussichtslosen Anlegerprozessen konsequent umgesetzt. Soweit Privatkundinnen und -kunden in Prozessen gegen Finanzdienstleister obsiegen, resultiert daraus für den Prozesskostenfonds keine oder lediglich eine geringe

Kostenbelastung: Einerseits hat der unterliegende Finanzdienstleister für die Gerichtskosten aufzukommen und andererseits fliesst eine Parteientschädigung an den Prozesskostenfonds, womit die Kosten für eine Rechtsvertretung der Privatkundin oder des Privatkunden gedeckt werden können. Lediglich im gegenteiligen Fall, in dem der Prozesskostenfonds die Prozesskosten übernommen hat und der anfänglich als nicht aussichtslos beurteilte Fall für die Privatkundin oder den Privatkunden nachteilig ausgeht, wird der Prozesskostenfonds endgültig mit Kosten belastet.

Gemäss Absatz 5 wird die Liquidation der Kosten und damit insbesondere die Abwicklung gegenüber Rechtsvertreterinnen und -vertreter von Privatkundinnen und -kunden durch die Geschäftsordnung des Prozesskostenfonds geregelt.

4. Kapitel: Verbandsklage und Gruppenvergleichsverfahren

Die zivilrechtliche Durchsetzung von Ansprüchen von Kundinnen und Kunden gegenüber Finanzdienstleistern aus Rechtsverhältnissen scheitert in der Praxis oft daran, dass es sich bei Anlegerschäden um sogenannte Massen- oder Streuschäden handelt.

Ein Massenschaden liegt namentlich vor, wenn eine Vielzahl von Kundinnen und Kunden durch eine Ursache in gleicher oder gleichartiger Weise erheblich geschädigt werden. Dies gilt etwa für die Anlegerschäden im Zuge der Insolvenzen der beiden Finanzinstitute Lehman Brothers Holding Inc. beziehungsweise der ganzen Lehman-Gruppe und der Kaupthing-Gruppe.

Von Streuschäden spricht man demgegenüber, wenn zwar wie bei Massenschäden ebenfalls eine Vielzahl von Personen durch ein Schadensereignis geschädigt werden, der einzelnen Person jedoch nur ein wertmässig kleiner Schaden entsteht. Während bei Massenschäden durch die Vielzahl der betroffenen Personen, der rechtlichen Auseinandersetzungen und damit der Gerichtsfälle die prozessuale Effizienz in Frage gestellt ist, scheitert bei Streuschäden die Rechtsdurchsetzung oft an der sogenannten rationalen Apathie der Geschädigten, indem diese aus ökonomischen Überlegungen von der Rechtsdurchsetzung absehen und ihre Ansprüche nicht verwirklicht werden und der Schädiger daher nicht mit einer Inanspruchnahme rechnen muss.

In beiden Konstellationen kommt es somit im Weg der Individualrechtsdurchsetzung nicht zu einer Verwirklichung des objektiven Rechts. Für diese Fälle kommen verschiedene prozessuale Instrumente in Betracht, die eine kollektive justizförmige Erledigung von Ansprüchen einer Vielzahl von gleich oder gleichartig betroffenen beziehungsweise geschädigten Personen unter Bündelung ihrer Interessen und Ressourcen in einem einzigen (oder allenfalls ganz wenigen) gemeinsamen Verfahren ermöglichen. Diese Instrumente werden unter dem Begriff des kollektiven Rechtsschutzes zusammengefasst.

Angesichts der aufgezeigten und auf den modernen Finanz- und Kapitalmärkten in den letzten Jahren aufgetretenen (Massenschadens-)Fällen soll die geltende, primär individuelle Rechtsdurchsetzung vorliegend durch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes ergänzt werden. Zum einen soll dies über die Schaffung einer spezialgesetzlichen Verbandsklage erfolgen. Damit wird dieses im Schweizer Recht bekannte und bewährte Instrument neu für das Finanz- und Kapitalmarktrecht nutzbar gemacht. Zum andern wird die Einführung eines besonderen Gruppenvergleichsverfahrens vorgesehen, welches erstmals unter ganz bestimmten Vorausset-

zungen eine kollektive Abwicklung von Massenschäden ermöglicht (vgl. nachfolgend unter Abschnitt 2).

1. Abschnitt: Verbandsklage

Bei einer Verbandsklage klagt ein als «Verband» konstituierter Kläger im kollektiven Interesse aller Mitglieder einer bestimmten Personengruppe, deren Interessen er wahrnimmt, selbständig einen bestimmten Anspruch gegen eine beklagte Partei ein. Dies kann mit bestimmten Wirkungen für die Angehörigen der Personengruppe verbunden sein. Neben der heute in Artikel 89 ZPO kodifizierten Verbandsklage für Persönlichkeitsverletzungen existieren verschiedene spezialgesetzliche Verbandsklagen, so im Gleichstellungsgesetz (GIG)¹²³, im Lauterkeitsrecht¹²⁴ oder im Arbeitsrecht¹²⁵. Neu soll dieses Instrument auch für die kollektive Rechtsdurchsetzung im Bereich der Finanzdienstleistungen zur Verfügung stehen. Gleichzeitig sollen die klagenden Verbände oder Organisationen auch den Prozesskostenfonds beanspruchen können (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Art. 92).

Art. 101 Klageberechtigte Verbände und Organisationen

Die Aktivlegitimation – die Berechtigung zur klageweisen Geltendmachung eines Rechtsanspruchs in eigenem Namen – zur Verbandsklage gegen einen Finanzdienstleister steht Verbänden, Vereinen und anderen Organisationen nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Die Bestimmung orientiert sich an Artikel 89 Absatz 1 ZPO, weicht jedoch in mehreren Punkten bewusst davon ab.

Die Verbandsklage kommt nur zur Geltendmachung von zivilrechtlichen Pflichten von Finanzdienstleistern bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen in Betracht (Einleitungssatz). Die Verbandsklage soll die kollektive Durchsetzung von Privatrecht gewährleisten und ermöglichen. Sachlich ist sie auf die zivilrechtlichen Pflichten der Finanzdienstleister beschränkt, wie sich aus den massgeblichen Erlassen des Privatrechts, namentlich des OR, unter Heranziehung der Verpflichtungen gemäss FIDLEG ergibt. Soweit es um Aufsichtsrecht geht, kommt die Verbandsklage nicht in Betracht. Dafür bestehen insbesondere die Möglichkeiten von Aufsichtsanzeigen oder -beschwerden an die Aufsichtsbehörden, insbesondere die FINMA. Bei der klagenden Organisation kann es sich um einen Verband, das heisst zumeist einen Verein im Sinne von Artikel 60 ff. Zivilgesetzbuch (ZGB)¹²⁶, oder auch eine andere Organisation, insbesondere auch eine Stiftung, handeln, sofern diese nach den allgemeinen Regelungen der ZPO partei- und prozessfähig ist (vgl. Art. 66 und 67 ZPO).

Nach Buchstabe a darf eine Organisation nicht gewinnorientiert sein. Unabhängig davon, ob sie einem wirtschaftlichen oder ideellen Zweck verpflichtet ist, darf sie selbst für sich nicht gewinnstrebig sein. Damit wird sichergestellt, dass Verbandsklagen nicht von Organisationen geführt werden, die dadurch unmittelbar einen eigenen wirtschaftlichen Nutzen haben.

¹²³ Art. 7 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG); **SR 151.1**

¹²⁴ Art. 10 Abs. 2 UWG

¹²⁵ Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz); **SR 822.14** sowie Art. 357b OR.

¹²⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, **SR 210**

Buchstabe b verlangt als weitere Voraussetzung, dass der Verband, Verein oder die Organisation gemäss einem Errichtungsakt oder -statut, das heisst gemäss den Statuten oder der Satzung, zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt ist. Präzisierend werden hier die hauptsächlich in Betracht kommenden Personengruppen aufgeführt: Es sind dies einerseits Privatkundinnen und -kunden im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 (vgl. dazu die Erläuterungen), andererseits in allgemeiner Form Konsumentinnen und Konsumenten. Im Unterschied zu Artikel 89 Absatz 1 ZPO wird bewusst auf die «gesamtschweizerische oder regionale Bedeutung» als weitere Voraussetzung verzichtet: Im vorliegenden Kontext erscheint dieses Kriterium zur Sicherstellung der Repräsentativität eines Verbandsklägers und sowie zur Missbrauchsverhinderung weder notwendig noch wünschenswert. Vielmehr sollen Verbände bei Erfüllung der genannten Voraussetzungen unabhängig von ihrer geographischen Ausrichtung und Aktivität sowie der Dauer ihres Bestehens zu einer Verbandsklage legitimiert sein.

Art. 102 Zulässige Klagen

Analog zur allgemeinen Verbandsklage nach Artikel 89 ZPO steht auch die spezialgesetzliche Verbandsklage nach dem FIDLEG lediglich zur Geltendmachung von Abwehransprüchen zur Verfügung. In Betracht kommen damit Klagen auf Unterlassung (Bst. a), auf Beseitigung (Bst. b) sowie auf Feststellung einer Pflichtverletzung, wenn daran ein schützenswertes Interesse besteht (Bst. c).

Unzulässig sind demgegenüber weiterhin jegliche geldwerten reparatorischen Leistungsklagen, wie dies heute auch für alle übrigen Verbandsklagen im Schweizer Recht gilt. Gleichzeitig eröffnet aber eine Verbandsklage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Pflichtverletzung die Möglichkeit, dass gestützt auf einen gutheissenden Entscheid anschliessend entsprechende Individualklagen von betroffenen Personen auf finanzielle Leistungen erhoben werden können¹²⁷. Dazu ist es notwendig, dass eine solche Verbandsklage auf Feststellung einer Pflichtverletzung die Verjährung für Forderungen aus dieser Pflichtverletzung unterbricht (vgl. dazu auch nachfolgend die Ausführungen zu Art. 104).

Art. 103 Beanspruchung des Prozesskostenfonds

Dass Verbandsklagen in der Praxis in der Schweiz bisher sowohl in ihrer allgemeinen¹²⁸ als auch in ihrer spezialgesetzlichen Ausgestaltung¹²⁹ nur eine beschränkte Wirkung entfaltet haben¹³⁰, erklärt sich auch damit, dass solche Klagen für die klagenden Verbände oder Organisationen ebenfalls mit einem beträchtlichen Pro-

¹²⁷ Vgl. auch Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 23 ff. m.w.H. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/berbr-d.pdf>).

¹²⁸ Vgl. z. B. Brunner, Andreas, Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage, in Fuhrer/St.Weber (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, 2011, S. 144 f.

¹²⁹ Vgl. auch Botschaft Revision UWG, BBl 2009 6160.

¹³⁰ Vgl. auch Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 25 ff. m.w.H. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/berbr-d.pdf>).

zesskostenrisiko verbunden sind, dem auf der anderen Seite nur ein beschränkter (finanzieller) Anreiz gegenüber steht¹³¹. Klageberechtigte Verbände und Organisationen verfügen oft nicht über genügend finanzielle Mittel zur Ergreifung der ihnen an sich zustehenden rechtlichen Instrumente, zumal auch eine Prozessfinanzierung durch Dritte zumeist nicht erhältlich ist.

Neben Privatkundinnen und -kunden sollen daher auch Verbände, Vereine und Organisationen, die nach Artikel 101 zu einer Verbandsklage gegen Finanzdienstleister legitimiert sind, den Prozesskostenfonds beanspruchen können. Mit dieser Bestimmung wird auf Artikel 93 Absatz 3 Bezug genommen.

Art. 104 Unterbrechung der Verjährung

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterbricht eine auf Feststellung eines unrechtmässigen Zustands lautende Verbandsklage die Verjährung von individuellen Forderungen aus diesem Zustand nicht¹³². Die Verbandsklage ist unabhängig von der (möglichen) Individualklage und hat keine direkten Auswirkungen darauf, insbesondere auch keine Rechtshängigkeits- oder Rechtskraftwirkungen¹³³, sehr wohl aber eine wichtige faktische Präjudizwirkung¹³⁴. Dieser Umstand wirkt sich nachteilig auf die Möglichkeit eines gestaffelten Vorgehens mit Verbandsklage und (anschliessender) Individualklage aus¹³⁵.

Die Verbandsklage gegen einen Finanzdienstleister soll daher die Verjährung für Forderungen von Angehörigen derjenigen Personengruppe, deren Interessen mit einer Verbandsklage wahrgenommen werden, unterbrechen (vgl. zur Verjährungsunterbrechung im Gruppenvergleichsverfahren die Ausführungen zu Art. 107 Abs. 3). Damit wird die Wirkung einer Verbandsklage zugunsten der Personengruppe, in deren Interessen sie erhoben wird, verbessert. Gleichzeitig kann die Regelung die Einleitung von rechtlichen Schritten, die lediglich der Verjährungsunterbrechung dienen, reduzieren. Eine entsprechende Regelung kennt das schweizerische Recht bereits in Artikel 15 Absatz 2 des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA)¹³⁶. Die verjährungsunterbrechende Wirkung bleibt aber stets auf den Verfahrensgegenstand der Verbandsklage beschränkt.

2. Abschnitt: Gruppenvergleichsverfahren

Neben der Schaffung einer spezialgesetzlichen Verbandsklage soll das zivilprozessuale Instrumentarium zur Rechtsdurchsetzung durch die Schaffung eines neuen Gruppenvergleichsverfahrens ergänzt werden. Damit steht im Schweizer Recht für

¹³¹ Vgl. auch Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 25 ff. m.w.H. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>).

¹³² BGE 138 II 1 E. 4.1

¹³³ Vgl. nur Bessenich/Bopp, Art. 89 N 13 in: Zürcher Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, Zürich 2013.

¹³⁴ Domej, Tanja, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, S. 432.

¹³⁵ Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 26 f. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>).

¹³⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA); SR 822.41

das Finanzdienstleistungsrecht erstmals ein echtes Instrument der kollektiven Rechtsdurchsetzung zur Verfügung.

Im Rahmen eines solchen Verfahrens schliessen ein oder mehrere (mutmasslich) aufgrund einer Pflichtverletzung haftende Finanzdienstleister und ein Verband, Verein oder andere Organisation, die im gemeinsamen Interesse sämtlicher von dieser Pflichtverletzung Betroffener und damit geschädigter Kundinnen und Kunden handelt und zu einer Verbandsklage legitimiert wäre, eine Gruppenvergleichsvereinbarung. Kernpunkt dieser Vereinbarung bildet Umfang und Gegenstand der Befriedigung von – nicht justizförmig nachgewiesenen, festgestellten und zugesprochenen – Schadenersatzansprüchen der gesamten Gruppe von betroffenen Kundinnen und Kunden gegenüber dem Finanzdienstleister. Ebenso wie ein einfacher Vergleich basiert auch der Gruppenvergleich grundsätzlich auf einer einvernehmlichen Regelung der (Schadens-)Folgen eines bestimmten Sachverhalts und setzt keine vorgängige, verbindliche oder autoritative Feststellung einer Pflichtverletzung voraus. Die einvernehmlich geschlossene Gruppenvergleichsvereinbarung legen die Parteien gemeinsam dem zuständigen oberen kantonalen Gericht zur Genehmigung und Verbindlicherklärung vor. Das Gericht prüft diesen Vergleich in einem besonderen Verfahren auf seine materielle Angemessenheit, seine formelle Fairness, seine Verfahrensmässigkeit sowie die Effizienz des Vorgehens mittels Gruppenvergleichsverfahrens. Genehmigt das Gericht den Vergleich und erklärt ihn für verbindlich, so wird er für sämtliche betroffenen Kundinnen und Kunden verbindlich, es sei denn, sie erklären (einzeln) innert einer bestimmten Frist schriftlich den Austritt (*opt out*). Austretende Kundinnen und Kunden können allfällige individuelle Ersatzansprüche gegen den Finanzdienstleister selbst auf dem Rechtsweg durchsetzen.

Das vorgeschlagene Gruppenvergleichsverfahren orientiert sich insbesondere an einem vergleichbaren Verfahren, wie es in den Niederlanden seit 2005 existiert¹³⁷ (vgl. auch vorne unter Ziff. 1.6.4.2).

Art. 105 Grundsatz

Die Bestimmung hält die Grundsätze des Gruppenvergleichsverfahrens fest:

- Als Gegenpartei eines Gruppenvergleichsverfahrens zu einem oder mehreren Finanzdienstleistern kommen lediglich Verbände, Vereine oder andere Organisationen in Betracht, die nach Artikel 101 zu einer Verbandsklage legitimiert sind. Diese dürfen also nicht gewinnorientiert sein und müssen statutarisch oder satzungsgemäss die Interessen einer bestimmten betroffenen Personengruppe vertreten, namentlich Privatkundinnen und -kunden oder Konsumentinnen und Konsumenten (vgl. die Ausführungen zu Art. 101). Damit wird sichergestellt, dass Personen oder Organisationen, die als Repräsentanten von betroffenen Kundinnen und Kunden auftreten, nicht aus eigennützigen Motiven handeln. Ausgeschlossen wird dabei namentlich, dass

¹³⁷ 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 <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html> [31.5.2013]). Vgl. dazu auch Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 39 ff. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-brd.pdf>).

Einzelpersonen wie forensisch tätige Rechtsanwälte oder auch Anwaltskanzleien als Partei einer Gruppenvergleichsvereinbarung auftreten können.

- Das Gruppenvergleichsverfahren steht zur kollektiven Regelung der finanziellen Folgen einer Verletzung der zivilrechtlichen Pflichten des Finanzdienstleisters bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen gegenüber Kundinnen und Kunden zur Verfügung. Der sachliche Anwendungsbereich des Gruppenvergleichsverfahrens bleibt damit auf Finanzdienstleistungen beschränkt.
- Das eigentliche Gruppenvergleichsverfahren findet auf gemeinsamen Antrag der Parteien vor dem örtlich zuständigen oberen kantonalen Gericht statt. Angesichts von Umfang, Aufwand und Bedeutung solcher Gruppenverfahren erscheint es sinnvoll, diese Verfahren bei einer kantonalen Instanz zu konzentrieren, wie dies heute für bestimmte Bereiche bereits der Fall ist (vgl. Art. 5 ZPO sowie die Erläuterungen zur entsprechenden Änderung dieser Bestimmung unter Ziff. 2.2.2).
- Wird ein Gruppenvergleich vom zuständigen oberen kantonalen Gericht genehmigt und für verbindlich erklärt, so wirkt er für sämtliche von der Pflichtverletzung des Finanzdienstleisters betroffenen Kundinnen und Kunden sowie deren Rechtsnachfolger. Dies gilt jedoch nur, wenn diese nicht ihren Austritt (*opt out*) erklären.

Art. 106 Gruppenvergleichsvereinbarung

Absatz 1 hält fest, dass der Gruppenvergleich schriftlich abzuschliessen und von sämtlichen Parteien sowie ihren Rechtsvertretern zu unterzeichnen ist. Letzteres soll vorab der Transparenz dienen, ist aber auch für die Möglichkeit der Austrittserklärung (Abs. 2 Bst. f und Art. 111) sowie in Bezug auf die Regelung und Genehmigung der Kostenfolgen von Bedeutung (vgl. dazu Abs. 2 Bst. g sowie Art. 113).

Absatz 2 zählt die wesentlichen Punkte auf, wozu eine Gruppenvergleichsvereinbarung mindestens Regelungen enthalten muss, um genehmigungsfähig zu sein. Dabei handelt es sich um Angaben, die einerseits Grundlage und Inhalt der Gruppenvergleichsvereinbarung darstellen und die andererseits Wirkung und Abwicklung der Gruppenvergleichsvereinbarung bestimmen:

- Buchstabe a verlangt eine möglichst präzise Beschreibung der Verletzung der zivilrechtlichen Pflichten des Finanzdienstleisters bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen. Ebenso ist der dadurch verursachte Schaden bestmöglich zu umschreiben. Beides erfolgt in der Regel ohne Anerkennung einer Rechts- oder Pflichtwidrigkeit des Finanzdienstleisters. Insbesondere seitens des Finanzdienstleisters sind hier diejenigen Angaben zu liefern, welche erst eine Bezeichnung der Gruppe der betroffenen Kundinnen und Kunden erlauben (vgl. auch Bst. b) und es später dem zuständigen Gericht erlauben, die Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung zu prüfen (vgl. Art. 110 Abs. 2 Bst. a).
- Nach Buchstabe b ist die Gruppe der betroffenen Kundinnen und Kunden möglichst präzise zu bezeichnen, da dadurch der Kreis der im Falle der Genehmigung und Verbindlicherklärung der Gruppenvergleichsvereinbarung betroffenen Personen definiert wird. Gegebenenfalls ist dabei nach bestimmten Faktoren wie Art und Schwere der Pflichtverletzung oder des erlittenen

Schadens zu differenzieren. Möglich ist eine Gruppen- oder Klassenbildung innerhalb der betroffenen Kundinnen und Kunden, wonach sich auch die Entschädigungen differenzieren können.

- Eigentlicher Kernpunkt einer genehmigungsfähigen Gruppenvergleichsvereinbarung sind sodann Angaben zur vom Finanzdienstleister vereinbarungsgemäss zu leistenden finanziellen Entschädigung sowie den Voraussetzungen, unter welchen betroffene Kundinnen und Kunden entschädigt werden sollen (Bst. c und d). Nur wenn die Entschädigung nach Ansicht des prüfenden Gerichts in einem angemessenen Verhältnis zum verursachten Schaden steht, wird eine Gruppenvergleichsvereinbarung genehmigt und verbindlich erklärt (vgl. Art. 110 Abs. 2 Bst. a).
- Sodann hat die Gruppenvergleichsvereinbarung Angaben zum Verfahren zu machen (Bst. e). Notwendiger Inhalt einer Gruppenvergleichsvereinbarung bilden dabei Angaben zur Person oder Stelle des legitimierten Verbands, Vereins oder der legitimierten Organisation, gegenüber der austretende Kundinnen und Kunden ihren Austritt (*opt out*) zu erklären haben (Bst. f).
- Buchstabe g verlangt schliesslich Angaben zur Kostentragung. Dabei geht es einerseits um die direkten Kosten der Gruppenvergleichsvereinbarung, jedoch auch um die Kosten des Genehmigungsverfahrens. Dieses haben die Parteien nach Massgabe ihrer Vereinbarung zu finanzieren. Ebenso sind Angaben zur Kostentragung der im Anschluss an die Genehmigung erfolgenden Schritte und insbesondere zur Erfüllung der Gruppenvergleichsvereinbarung notwendig.

Art. 107 Antrag um Genehmigung

Neben dem eigentlichen Gruppenvergleich stellt der gemeinsame Antrag der Parteien eines Gruppenvergleichs das zentrale und notwendige Element eines Gruppenvergleichsverfahrens dar und hat bestimmte Angaben zu enthalten.

Gemäss Absatz 1 ist der gemeinsame Antrag zusammen mit einem Original der Gruppenvergleichsvereinbarung beim zuständigen oberen kantonalen Gericht einzureichen (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 105 sowie zur Anpassung von Art. 5 ZPO unter Ziff. 2.2.2).

Absatz 2 regelt die notwendigen Mindestangaben eines solchen Antrags. Neben den Angaben zu den Parteien (Bst. a) geht es dabei um solche zu Inhalt und Entstehung des Gruppenvergleichs, soweit sie nicht direkt in diesem enthalten sind (Bst. b). Insgesamt sollen dem Gericht im Rahmen des Antrags möglichst sämtliche Angaben gemacht werden, die dieses für seinen Genehmigungsentscheid nach Artikel 110 benötigt. Zentraler Bestandteil des Antrags sind nach Buchstabe c sodann Namen und Adressen sämtlicher vom Gruppenvergleich betroffenen Kundinnen und Kunden, soweit diese den Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung bekannt sind. Dies ist notwendig, weil diese Kundinnen und Kunden von den Parteien über die öffentliche Verhandlung sowie die Teilnahmemöglichkeit informiert werden müssen (vgl. die Ausführungen zu Art. 108). Im Unterschied zu anderen Massenschäden, wo die grosse Anzahl der betroffenen Personen oft nicht bekannt sein dürfte, werden die betroffenen Kundinnen und Kunden bei Finanzdienstleistungen namentlich bekannt sein. Der Antrag hat stets auch Angaben zur von den Parteien vereinbarten und geplanten Vorgehensweise für die öffentlichen Bekanntmachungen und Informatio-

nen über den Gruppenvergleich zu enthalten (Bst. d). So haben die Parteien dem Gericht insbesondere darzulegen, wie und mit welchen Mitteln sie ihren Informationspflichten nach Artikel 108 Absatz 1 nachkommen wollen. Im Vordergrund dürften dabei heute neben Informationsschreiben und Inseraten in Zeitungen auch die elektronische Kommunikation wie E-Mail und Internet stehen.

Nach Absatz 3 wird mit der Einreichung des Antrags um Genehmigung eines Gruppenvergleichs die Verjährung für Forderungen wegen der Verletzung der zivilrechtlichen Pflichten des Finanzdienstleisters bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen der betroffenen Kundinnen und Kunden unterbrochen, soweit diese vom Gruppenvergleich erfasst sind. Wie bei der Verbandsklage (vgl. die Ausführungen zu Art. 104) sollen damit lediglich zur Verjährungsunterbrechung vorzunehmende Klagen oder Beteiligungen vermieden werden. Gleichzeitig wird damit verhindert, dass betroffene Kundinnen und Kunden im Falle eines später erklärten Austritts in Bezug auf die Verjährung Nachteile erleiden und damit in ihrer Dispositionsfreiheit beschränkt sein könnten.

Art. 108 Genehmigungsverfahren

Das Verfahren betreffend Genehmigung einer Gruppenvergleichsvereinbarung hat deren spezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Zentrales Element des Verfahrens bildet eine öffentliche Verhandlung, zu welcher die Parteien des Gruppenvergleichs vorgeladen werden (Abs. 1 Satz 1). Daneben müssen aber auch sämtliche betroffenen Kundinnen und Kunden die Möglichkeit zur Teilnahme an dieser Verhandlung haben. Dadurch werden die Verfahrensrechte der betroffenen Kundinnen und Kunden, insbesondere deren Anspruch auf rechtliches Gehör, gewahrt. Daher sieht die Bestimmung weiter vor, dass das Gericht die Parteien des Gruppenvergleichs zusammen mit der Vorladung damit beauftragt, einerseits die betroffenen Kundinnen und Kunden, die namentlich bekannt sind, individuell über die öffentliche Verhandlung sowie die Gruppenvergleichsvereinbarung zu informieren und andererseits mittels öffentlichen Bekanntmachungen in allgemeiner Form über die öffentliche Verhandlung sowie die Gruppenvergleichsvereinbarung zu informieren (Abs. 2). Beides hat auf Kosten der Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung zu erfolgen. Angesichts des besonderen Charakters des Gruppenvergleichs rechtfertigt es sich, dass abweichend von den allgemeinen Grundsätzen im schweizerischen (Zivil-)Prozessrecht die Parteien und nicht das Gericht diese Informationspflicht trifft.

Zur Vereinfachung der öffentlichen Verhandlung kann das Gericht anordnen, dass sämtliche Beteiligten und damit insbesondere auch die betroffenen Kundinnen und Kunden ihre Eingaben vorgängig zur Verhandlung schriftlich einreichen müssen (Abs. 3).

Angesichts der besonderen kollektiven Wirkung eines Gruppenvergleichs kommt der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung eine zentrale Bedeutung zu. Weil das Gericht bei seiner Entscheidung nicht nach dem Dispositionsgrundsatz an die Anträge der Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung gebunden ist, ist es folgerichtig, dass insofern auch ein (eingeschränkter) Untersuchungsgrundsatz gelten muss und das Gericht von Amtes wegen Beweise erheben kann (Abs. 4).

Absatz 5 sieht sodann vor, dass das Gericht vor seiner Entscheidung den Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung Gelegenheit zu deren Anpassung oder Ergänzung gibt. Damit soll ein Nichtgenehmigungsentscheid vermieden werden.

Nach Absatz 6 gelten für das Genehmigungsverfahren im Übrigen die Bestimmungen der ZPO sinngemäss.

Art. 109 Verhältnis zu anderen Verfahren

Weil dem Abschluss einer Gruppenvergleichsvereinbarung (Art. 106) und einem Verfahren um deren gerichtliche Genehmigung (Art. 108) oft Individualklagen oder in Zukunft auch Verbandsklagen nach Artikel 101 ff. vorausgehen können, sieht die Bestimmung vor, dass solche Verfahren auf Antrag des Finanzdienstleisters für die Dauer des Verfahrens um Genehmigung der Gruppenvergleichsvereinbarung ausgesetzt werden. Voraussetzung für eine solche Sistierung ist jedoch, dass es in den auszusetzenden Verfahren um die gleiche Verletzung zivilrechtlicher Pflichten des Finanzdienstleisters geht und diese vom Gruppenvergleich erfasst wären. In diesen Fällen ist eine Sistierung der Verfahren prozessökonomisch sinnvoll und im berechtigten Interesse des Finanzdienstleisters. Für die Sistierung sind die jeweiligen zuständigen Gerichte zuständig.

Nach Massgabe der allgemeinen Bestimmung von Artikel 126 ZPO kommt auch eine weitergehende, insbesondere zu einem früheren Zeitpunkt angeordnete Sistierung eines Verfahrens durch das zuständige Gericht in Betracht, wobei der Finanzdienstleister darauf im Unterschied zu einer Sistierung nach Artikel 109 keinen Anspruch hat.

Art. 110 Genehmigung

Die Bestimmung regelt die Voraussetzungen und Wirkungen eines gerichtlichen Genehmigungsentscheids über einen Gruppenvergleich. Durch die gerichtliche Kontrolle und Überprüfung dieser Voraussetzungen wird insbesondere die formelle und materielle Angemessenheit des Gruppenvergleichs sichergestellt. Die Bestimmungen von Absatz 2–4 regeln spezifische Wirkungen des Genehmigungsentscheids.

Notwendige Voraussetzungen für die Genehmigung und Verbindlicherklärung eines Gruppenvergleichs und vom Gericht daher von Amtes wegen zu prüfen sind:

- Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung (Bst. a): Die vereinbarte Entschädigung, die der Finanzdienstleister wegen der Verletzung seiner zivilrechtlichen Pflichten bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen leistet, muss im Verhältnis zur Pflichtverletzung, der Art und Schwere des erlittenen Schadens sowie des vereinbarten Entschädigungsverfahrens angemessen sein.
- Genügende Sicherheiten (Bst. b): Die Vereinbarung muss genügende Sicherheiten für die Zahlung der vereinbarten Entschädigungen vorsehen, damit die effektive Auszahlung der Entschädigungen sichergestellt ist und den betroffenen Kundinnen und Kunden aus dem Gruppenvergleich nicht uneinbringliche Forderungen resultieren.
- Bestimmung einer unabhängigen Instanz zur Bemessung der Entschädigungen an die betroffenen Kundinnen und Kunden, soweit diese nicht unmittelbar in der Gruppenvereinbarung festgelegt sind (Bst. c).
- Genügende Grösse der Gruppe der vom Vergleich betroffenen Kundinnen und Kunden (Bst. d): Ein Gruppenvergleich kommt nur dann in Betracht,

wenn von der Pflichtverletzung des Finanzdienstleisters eine beträchtliche Anzahl Kundinnen und Kunden betroffen ist. Dabei soll jedoch bewusst auf die gesetzliche Festlegung einer Mindestanzahl von betroffenen Kundinnen und Kunden verzichtet werden. Praktische Überlegungen sprechen dafür, dass ein Gruppenvergleich erst ab einer Anzahl von mindestens 100 betroffenen Kundinnen oder Kunden in Betracht kommen sollte, wobei aber auch Art, Umfang und Erheblichkeit der Pflichtverletzung sowie der vereinbarten Entschädigung zu berücksichtigen sind.

- Repräsentativität des Verbands, Vereins oder der Organisation (Bst. e): Das Gericht hat zu prüfen, ob der Verband, Verein oder die Organisation, welche die Gruppenvergleichsvereinbarung mit dem Finanzdienstleister abgeschlossen hat, nicht nur zur Verbandsklage nach Artikel 101 ff. legitimiert ist, sondern auch mit Bezug auf die vom Gruppenvergleich betroffenen Kundinnen und Kunden zu deren Repräsentation geeignet ist. Insbesondere ist zu prüfen, ob nicht ein anderer Verband, Verein oder eine andere Organisation besser zur Repräsentation geeignet wäre. Gelangt das Gericht zu diesem Schluss, so kommt eine Genehmigung der Gruppenvergleichsvereinbarung nicht in Betracht. Denkbar ist jedoch, dass die Beteiligten die Gruppenvergleichsvereinbarung nach Artikel 108 Absatz 5 anpassen.
- Wahrung der Interessen der betroffenen Kundinnen und Kunden (Bst. f): Im Sinne einer Gesamtbeurteilung hat das Gericht schliesslich zu prüfen, ob die Interessen der vom Gruppenvergleich betroffenen Kundinnen und Kunden insgesamt angemessen gewahrt werden. Neben den spezifischen Anforderungen kommen hier insbesondere auch allgemeine Effizienz- sowie Kostenüberlegungen in Betracht.

In den Absätzen 2 und 3 wird die kollektive Wirkung des Gruppenvergleichs geregelt: Mit der rechtskräftigen Genehmigung wird der Gruppenvergleich für sämtliche Kundinnen und Kunden, die von der Verletzung der zivilrechtlichen Pflichten des Finanzdienstleisters gemäss Gruppenvergleichsvereinbarung betroffen sind, wirksam. Der Gruppenvergleich hat für alle betroffenen Kundinnen und Kunden die Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs im Sinne von Artikel 241 ZPO. Diese Wirkung hat der Gruppenvergleich aber nur, sofern eine betroffene Kundin oder ein betroffener Kunde nicht nach Artikel 111 den Austritt (*opt out*) erklärt. Weil die Möglichkeit zum Austritt besteht, wird trotz grundsätzlich kollektiver repräsentativer Wirkung des Gruppenvergleichs nur beschränkt und indirekt in die Rechtsstellung der Betroffenen eingegriffen.

Weil der Gruppenvergleich aufgrund seiner kollektiven Wirkung nach erfolgter Genehmigung durch das zuständige Gericht im Verhältnis zur einzelnen betroffenen Kundin oder zum einzelnen betroffenen Kunden nicht mehr in Frage gestellt werden soll, muss jegliche Anfechtung des Gruppenvergleichs und Revision des Genehmigungsentscheids ausgeschlossen sein (Abs. 4; vgl. zu Rechtsmitteln gegen den Genehmigungsentscheid die Ausführungen zu Art. 113).

Notwendige Voraussetzung zur Ausübung des Austrittsrechts ist es, dass die Kundinnen und Kunden über Gegenstand, Inhalt und Wirkung des Genehmigungsentscheids sowie des Gruppenvergleichs informiert werden. Nach Absatz 5 beauftragt das Gericht zusammen mit der Genehmigung eines Gruppenvergleichs die Parteien, die betroffenen Kundinnen und Kunden zu informieren, insbesondere über ihr Austrittsrecht nach Artikel 111. Analog zur Information über die öffentliche Verhand-

lung im Genehmigungsverfahren (vgl. die Erläuterungen zu Art. 108) haben die Parteien einerseits sämtliche nach Artikel 107 Absatz 2 Buchstabe c bekannten betroffenen Kundinnen und Kunden über den Genehmigungsentscheid und die Möglichkeit eines Austritts zu informieren (Bst. a). Gleichzeitig hat mittels angemessener öffentlicher Bekanntmachung eine allgemeine Information über den Genehmigungsentscheid sowie die Möglichkeit eines Austritts für sämtliche betroffenen Kundinnen und Kunden zu erfolgen (Bst. b). Insbesondere ist über die Frist zur Erklärung eines Austritts sowie die Stelle oder Person, an welche die Austrittserklärung zu richten ist, klar zu informieren.

Im Falle einer Nichtgenehmigung eines Gruppenvergleichs sieht Absatz 6 vor, dass nur die nach Artikel 107 Absatz 2 Buchstabe c bekannten betroffenen Kundinnen und Kunden darüber in angemessener Weise in Kenntnis zu setzen sind.

Art. 111 Austritt

Nach Absatz 1 haben alle vom Gruppenvergleich betroffenen Kundinnen und Kunden das Recht, den Austritt aus der Gruppe der vom Gruppenvergleich gebundenen Kundinnen und Kunden zu erklären (*opt out*). Der Austritt ist gegenüber der Vertretung des legitimierten Verbands, Vereins oder der legitimierten Organisation zu erklären. Diese Vertretung ist im Gruppenvergleich klar zu bezeichnen. Die Möglichkeit, durch individuelle Erklärung aus einem Gruppenvergleich auszutreten, trägt dem Gedanken des Individualrechtsschutzes sowie dem Dispositionsgrundsatz Rechnung. Erklärt eine betroffene Kundin oder ein betroffener Kunde den Austritt, so sind diese vom Gruppenvergleich in keiner Weise betroffen.

Der Austritt ist grundsätzlich schriftlich innerhalb der vom oberen kantonalen Gericht angesetzten Frist zu erklären (Abs. 2). Die Frist hat dabei mindestens drei Monate ab dem Zeitpunkt des Genehmigungsentscheids zu betragen. Alternativ zur Schriftlichkeit können die Parteien einer Gruppenvergleichsvereinbarung auch ein Formular veröffentlichen, das zur Austrittserklärung verwendet werden kann.

Nach Ablauf der Austrittsfrist kann eine Kundin oder ein Kunde den Austritt erklären, wenn sie oder er gegenüber der bezeichneten Vertretung des legitimierten Verbandes, Vereins oder der legitimierten Organisation nachweist, dass sie oder er keine rechtzeitige Kenntnis von der Betroffenheit haben konnte (Abs. 3).

Art. 112 Widerruf

Ziel und Zweck eines Gruppenvergleichs als kollektives Rechtsschutzinstrument ist es, dass möglichst viele betroffene Kundinnen und Kunden auch tatsächlich von den Wirkungen des Gruppenvergleichs erfasst werden. Nur wenn dies der Fall ist, erscheint ein Gruppenvergleich auch für den betroffenen Finanzdienstleister sinnvoll. Erklären viele betroffene Kundinnen und Kunden ihren Austritt aus einem Gruppenvergleich, ist die kollektive Wirkung eines solchen gefährdet. Die Bestimmung sieht daher vor, dass sowohl der betroffene Finanzdienstleister als auch der legitimierende Verband, Verein oder die legitimierende Organisation das Recht haben, den gerichtlich genehmigten Gruppenvergleich zu widerrufen, wenn mehr als ein Drittel der betroffenen Kundinnen und Kunden ihren Austritt erklärt haben. Die widerrufende Partei hat neben dem oberen kantonalen Gericht auch sämtliche betroffenen Kundinnen und Kunden angemessen über den Widerruf zu informieren. Mit dem Widerruf werden alle betroffenen Kundinnen und Kunden in die Rechtslage versetzt, wie

sie sich ohne die gerichtliche Genehmigung der Gruppenvergleichsvereinbarung präsentierte.

Art. 113 Rechtsmittel

Angesichts der Besonderheiten eines Gruppenvergleichs sind auch die Rechtsmittel besonders zu regeln. Dabei ist zu unterscheiden, ob ein Gruppenvergleich vom Gericht genehmigt wird oder nicht.

Nach Absatz 1 kann ein Genehmigungsentscheid nur von einem anderen zur Verbandsklage nach Artikel 101 berechtigten Verband, Verein oder einer dazu berechtigten Organisation angefochten werden. Nicht zur Anfechtung eines gutheissenden Genehmigungsentscheids berechtigt sind insbesondere die Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung sowie die einzelnen betroffenen Kundinnen und Kunden. Diese können jedoch aus dem Gruppenvergleich austreten (*opt out*; vgl. die Ausführungen zu Art. 111). Mit dem Anfechtungsrecht anderer zur Repräsentation der betroffenen Kundinnen und Kunden berechtigter Verbände, Vereine und Organisationen wird sichergestellt, dass ein zur Verbandsklage nach Artikel 101 berechtigter Verband, Verein oder eine bestimmte Organisation keinen nachteiligen Gruppenvergleich abschliesst (vgl. auch Art. 110 Abs. 2 Bst. e, wonach das obere kantonale Gericht die Geeignetheit der Repräsentation prüfen muss).

Sämtliche Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung sind zur Anfechtung des Nichtgenehmigungsentscheids berechtigt.

Art. 114 Kosten

Die Bestimmung hält bezüglich der Kosten eines Genehmigungsverfahrens abweichend von den allgemeinen Grundsätzen von Artikel 109 ZPO fest, dass das obere kantonale Gericht beim Entscheid über die Prozesskosten nicht an die Parteivereinbarung (vgl. Art. 106 Abs. 2 Bst. g) gebunden ist. Damit wird der Gruppenvergleich auch in Bezug auf die Prozesskosten auf seine Angemessenheit überprüft (vgl. auch die Ausführungen zur Änderung von Art. 109 VE-ZPO unter Ziff. 2.2.2).

Art. 115 Erfüllung

Die Bestimmung enthält Regelungen für die Erfüllung eines Gruppenvergleichs, soweit sich diese nicht bereits aus den Bestimmungen der Gruppenvergleichsvereinbarung ergeben.

Nach Absatz 1 können ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Genehmigungsentscheids sowohl die Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung als auch sämtliche vom Gruppenvergleich gebundenen betroffenen Kundinnen und Kunden die Erfüllung verlangen. Mit dem gerichtlichen Genehmigungsentscheid werden grundsätzlich sämtliche betroffenen Kundinnen und Kunden in dem Umfang Partei des Gruppenvergleichs, als sich dessen Rechtswirkungen auch auf sie erstrecken, namentlich indem ihnen individuelle Ersatzansprüche zustehen. Jede betroffene Kundin und jeder betroffene Kunde kann unmittelbar die Erfüllung verlangen. Verlangt eine betroffene Kundin oder ein betroffener Kunde die Erfüllung, kann sie den Austritt nach Artikel 111 nicht mehr erklären (Abs. 2).

Präzisierend dazu legt Absatz 3 fest, dass anstelle der betroffenen Kundinnen oder Kunden auch der legitimierte Verband, Verein oder die legitimierte Organisation die

Erfüllung verlangen kann, es sei denn, die betroffene Kundin oder der betroffene Kunde widerspreche oder erkläre den Austritt. Damit soll die Erfüllung auch in Bezug auf sich (einstweilen) passiv verhaltende betroffene Kundinnen und Kunden erreicht werden können.

Art. 116 Entschädigung

Absatz 1 enthält eine besondere Regelung für den Fall, dass der Gruppenvergleich den Entscheid hinsichtlich der Höhe einer Entschädigung für einzelne betroffene Kundinnen und Kunden einer bestimmten Stelle zuweist. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn von einem Gruppenvergleich eine grosse Anzahl Kundinnen und Kunden betroffen ist und hinsichtlich der Entschädigung durch den Finanzdienstleister verschiedene Faktoren und Umstände massgebend sein sollen. Diesfalls sind die Entscheide der bezeichneten Stelle für die betroffenen Kundinnen und Kunden grundsätzlich verbindlich und können nicht angefochten werden, es sei denn, dass die Entschädigung im Einzelfall offensichtlich unverhältnismässig oder ungerecht wäre. Die Endgültigkeit solcher Entscheide rechtfertigt sich, weil der genehmigte Gruppenvergleich in diesem Fall die Bemessung und das Verfahren der Entschädigung genau regelt und dabei den Interessen der betroffenen Kundinnen und Kunden Rechnung getragen wird.

Im Interesse einer speditiven Abwicklung der Erfüllung eines Gruppenvergleichs sieht Absatz 2 vor, dass in der genehmigten Gruppenvergleichsvereinbarung vereinbart werden kann, dass der Anspruch der betroffenen Kundinnen und Kunden auf Entschädigung gemäss Gruppenvergleich nach einer Frist von drei Jahren erlöscht. Ob eine solche Verwirkungsregelung im Einzelfall angemessen ist, hat das zuständige obere kantonale Gericht im Rahmen seiner Angemessenheitsprüfung zu entscheiden.

Absatz 3 sieht eine Regelung für den Fall vor, dass die von den Parteien der Gruppenvergleichsvereinbarung vereinbarte gesamte Entschädigungssumme, die der Finanzdienstleister zur Befriedigung sämtlicher Entschädigungen der betroffenen Kundinnen und Kunden zu leisten haben, nicht ausreicht. In diesem Fall kommt es zu einer anteilmässigen Kürzung der einzelnen Entschädigungen, soweit diese nicht bereits ausbezahlt wurden oder etwas anderes vereinbart wurde.

Ebenfalls soll die Auszahlungen einstweilen verweigert werden können, wenn Anzeichen bestehen, dass nicht sämtliche Entschädigungen vollumfänglich geleistet werden können (Abs. 4).

5. Titel: Aufsicht und Informationsaustausch

Art. 117 Aufsicht

Die Aufsichtsbehörde prüft im Rahmen ihrer Aufsicht über die 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 aufsichts-

rechtlichen Massnahmen ergreifen. Bei der Ausübung ihrer Befugnisse verfügt die Aufsichtsbehörde über ein Entschliessungs- und Auswahlermessen.

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. 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 des FINIG.

Art. 118 Informationsaustausch

Mit dem FinfraG sollen die Amtshilfebefugnisse der FINMA vereinheitlicht und die entsprechenden Bestimmungen in den einzelnen Finanzmarktgesetzen aufgehoben werden. Die beabsichtigte 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 31, 53 beziehungsweise 75 ff. vorgesehenen Aufgaben relevant sind.

6. Titel: Strafbestimmungen

119 Verletzung der Vorschriften für Prospekte und Basisinformationsblätter

Die auf Prospekte und Basisinformationsblätter zugeschnittenen Tatbestände von Artikel 148 Absatz 1 Buchstaben f und g KAG werden übernommen und an die Terminologie des FIDLEG angepasst. Damit stehen entsprechende Vergehen auch bei anderen Finanzinstrumenten als Kollektivanlagen unter Strafe.

Der Bundesrat hat im Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im StGB, im Militärstrafgesetz (MStG)¹³⁸ und im Nebenstrafrecht dafür ausgesprochen, dass die fahrlässige Begehung eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe ebenfalls als Vergehen bestraft werden soll, und nicht als Übertretung. Die in Artikel 148 KAG im Falle der fahrlässigen Strafbegehung angedrohte Busse in der Höhe von bis zu 250 000 Franken wird daher ersetzt durch eine Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen.

Art. 120 Unerlaubtes Anbieten von Finanzinstrumenten

Die beiden Tatbestände entsprechen grundsätzlich den in Artikel 149 KAG vorgesehenen Übertretungstatbeständen für interne Sondervermögen (Abs. 1 Bst. c) und

¹³⁸ Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG); SR 321.0

strukturierte Produkte (Abs. 1 Bst. e). Angepasst werden die Terminologie sowie die Verweise an jene im FIDLEG. Artikel 149 Absatz 1 Buchstabe e Ziff. 2 und 3 KAG zu übernehmen erübrigt sich, da bereits Artikel 119 Fälle erfasst, in denen ein Basisinformationsblatt nicht oder nicht ordnungs- oder fristgemäss erstellt oder veröffentlicht wird.

Art. 121 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 Annahme von Vorteilen durch Finanzdienstleister.

7. Titel: Schlussbestimmungen

Art. 122 Ausführungsbestimmungen

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

Art. 123 Änderung anderer Erlasse

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

Art. 124 Übergangsbestimmung

Eine Übergangsbestimmung für die Prospektpflicht ist nicht notwendig. Erfolgt eine Emission noch vor Inkrafttreten des Gesetzes, so kann sie nach altem Recht erfolgen, ansonsten fällt sie unter die neuen Bestimmungen. Für den Markt besteht im Vorfeld der Inkraftsetzung genügend Zeit, sich auf die neuen Regeln einzustellen. Hingegen soll mit einer Übergangsbestimmung verhindert werden, dass für unzählige auf dem Markt befindliche Finanzinstrumente mit der Inkraftsetzung des Gesetzes ein Basisinformationsblatt erstellt werden muss. Wird ein Finanzinstrument bei Inkraftsetzung des Gesetzes schon angeboten, so soll dafür nur ein Basisinformationsblatt erstellt werden müssen, wenn es auch noch zwei Jahre danach angeboten wird. Läuft ein sich schon auf dem Markt befindliches Finanzinstrument vorher aus, so, bedarf es keines Basisinformationsblattes.

2.2 Aufhebung und Änderung anderer Erlasse

2.2.1 Obligationenrecht¹³⁹

Art. 652a, 752 und 1156

Artikel 652a und 1156 werden durch die neuen Prospektpflichten im FIDLEG abgelöst und können im OR aufgehoben werden. Die Haftungsbestimmung von

¹³⁹ SR 220

Artikel 752 kann im OR infolge Übernahme ins FIDLEG ebenfalls aufgehoben werden.

2.2.2 Zivilprozessordnung¹⁴⁰

Art. 5 Abs. 1 Bst. i

Die Liste der Spezialmaterien, für welche die Kantone eine einzige kantonale Instanz für zuständig erklären müssen, ist um einen neuen Buchstaben i zu ergänzen. Es ist sinnvoll und effizient, dass in einem Kanton nur eine einzige kantonale Instanz für Verfahren zur Genehmigung und Verbindlicherklärung von Gruppenvergleichen zuständig ist. Dass es sich bei dieser einzigen kantonalen Instanz um ein oberes kantonales Gericht handeln muss, ergibt sich aus Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a Bundesgerichtsgesetz (BGG)¹⁴¹. Soweit die Kantone in ihren Gerichtsorganisations- oder -verfassungsgesetzen die Kompetenz für sämtliche Streitigkeiten gemäss Artikel 5 ZPO einheitlich dem Ober- oder Kantonsgericht übertragen haben (z. B. Kantone Freiburg, Thurgau oder Zug), ergibt sich aus der vorgeschlagenen Ergänzung kein Anpassungsbedarf für die Kantone.

Art. 47 Abs. 2 Bst. a

Analog zur Mitwirkung einer Gerichtsperson an einer Entscheidung über die unentgeltliche Rechtspflege soll auch die Mitwirkung bei einer Entscheidung über die Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds für Finanzdienstleistungsstreitigkeiten nicht als Ausstandsgrund gelten und ist daher in den Negativkatalog von Artikel 47 Absatz 2 ZPO aufzunehmen.

Art. 109 Abs. 3

In einem neuen Absatz 3 wird festgehalten, dass besondere Bestimmungen über die Tragung der Kosten in Gruppenvergleichen vorbehalten bleiben. Es handelt sich dabei um einen Vorbehalt zugunsten von Artikel 114 FIDLEG, wonach das obere kantonale Gericht bei einer Entscheidung über die Prozesskosten nicht an die Vereinbarungen der Parteien gebunden ist und diese abweichend davon ganz oder teilweise bestimmten Parteien auferlegen kann (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 114 FIDLEG).

Art. 116a Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds

Mit dieser neuen Bestimmung wird das Verfahren um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 85 ff. FIDLEG) im Zivilprozessrecht verankert.

Nach Absatz 1 entscheidet über Gesuche um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds das für die Behandlung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zuständige Gericht. Dies erscheint sachlich und thematisch nahelie-

¹⁴⁰ SR 272

¹⁴¹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG); SR 173.110

gend und sorgt gleichzeitig für einen genügenden Rechtsschutz und die Wahrung der massgebenden Verfahrensgarantien.

Absatz 2 hält fest, dass die Bewilligung eines Gesuchs um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds dazu führt, dass von einer Partei, der diese Übernahme bewilligt wurde, keine Leistung von Vorschüssen oder Sicherheiten verlangt werden kann. Dies erklärt sich dadurch, dass mit der Bewilligung der Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds kein Bedarf mehr nach zusätzlicher Sicherheit für den Staat oder die Gegenpartei mehr besteht, da die Finanzierung durch den Prozesskostenfonds erfolgt und dieser dafür haftet, gleichzeitig aber stets solvent ist (vgl. Art. 100 Abs. 3 FIDLEG).

In Umsetzung von Artikel 100 Absatz 2 und 4 FIDLEG hält Absatz 3 fest, dass einerseits die Gerichtskosten direkt dem Prozesskostenfonds auferlegt und andererseits eine Parteientschädigung direkt diesem auferlegt oder zugesprochen werden können.

Art. 199 Abs. 2 Bst. d

In einem neuen Buchstaben d wird die Regelung von Artikel 77 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 Finanzdienstleistungsgesetz vom [...]

Diese neue Bestimmung weist das Verfahren über den Anspruch auf Herausgabe der Kopie des Kundendossiers sowie weiterer Unterlagen (Bst. a; vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 72 FIDLEG) sowie über Gesuche zur Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds (Bst. b; vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 92 ff. FIDLEG) dem summarischen Verfahren zu. Für beide Materien 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.

2.2.3 Kollektivanlagengesetz¹⁴²

Art. 2 Abs. 3

Es wird der Verweis auf die Regelung der professionellen Kunden im FIDLEG angepasst.

Art. 3 Abs. 1

Es wird der Verweis auf die Regelung der professionellen Kunden im FIDLEG angepasst.

¹⁴² SR 951.31

Art. 4

Die geltende Regelung von Artikel 4 KAG zu internen Sondervermögen wird in Artikel 71 FIDLEG grundsätzlich übernommen, so dass die Bestimmung aus dem KAG gestrichen werden kann. Zudem wird in Artikel 71 FIDLEG klargestellt, dass für interne Sondervermögen kein Prospekt zu erstellen und zu veröffentlichen ist, soweit die zur Zeit 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 70 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 8 Absatz 3 sowie Artikel 61–63 FIDLEG abgedeckt. Im Gegensatz zum geltenden Absatz 4 unterstehen strukturierte Produkte inskünftig der Prospektspflicht nach Artikel 37 ff. FIDLEG.

Art. 7 Abs. 3

Es wird der Verweis auf die Regelung der professionellen Kunden im FIDLEG angepasst.

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 wie möglich auf die Begriffsbestimmung nach Artikel 4 FIDLEG verwiesen. Der Begriff des qualifizierten Anlegers kann jedoch nicht vollständig durch jenen des professionellen Kunden 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.

Die Möglichkeit, Kollektivanlagen ganz oder teilweise von der Prospektspflicht zu befreien, wird in Artikel 51 FIDLEG übernommen. Die Bestimmung kann daher gestrichen werden.

Art. 51 Abs. 4

Verwiesen wird 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 geregelte Prospektspflicht verwiesen. Absatz 4 kann angesichts von Artikel 8 Absatz 3 FIDLEG aufgehoben werden.

Art. 73 Abs. 2

Es wird auf den 3. Titel des FIDLEG verwiesen, welcher die Prospektpflicht regelt.

Art. 75

Die aktuelle Regelung der Absätze 1 und 2 wird in Artikel 49 FIDLEG übernommen. Der dritte Absatz ist – eingeschränkt auf Privatkundinnen und Privatkunden – durch Artikel 8 Absatz 3 FIDLEG abgedeckt. Entsprechend kann Artikel 75 KAG gestrichen werden.

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, so dass die Bestimmung aufgehoben werden kann. Betreffend Absatz 5 ist auf Artikel 8 Absatz 2 FIDLEG zu verweisen.

Art. 77

Auch diese Bestimmung kann aufgehoben werden. Absatz 1 ist von Artikel 68 Absatz 1 FIDLEG abgedeckt, Absatz 2 durch Artikel 48 Absatz 4.

Art. 102 Abs. 3 und Art. 116

Die Bestimmungen werden nach Artikel 50 FIDLEG überführt und können daher gestrichen werden.

Art. 128 Abs. 1 Bst. c

Es erfolgt eine Anpassung der Formulierung und des Verweises auf den 3. Titel des FIDLEG.

Art. 148 Abs. 1 Bst. f und g

Die auf Prospekte und Basisinformationsblätter nach dem 3. Titel des FIDLEG zugeschnittenen Tatbestände werden ins FIDLEG überführt. Die Tatbestände im Zusammenhang mit der Berichterstattung bleiben unverändert bestehen.

Art. 149 Abs. 1 Bst. c und e

Die beiden Tatbestände figurieren neu im FIDLEG und können daher im KAG gestrichen werden.

2.2.4 Finanzmarktaufsichtsgesetz¹⁴³

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.

2.2.5 Versicherungsaufsichtsgesetz¹⁴⁴

Art. 42 Registrierungspflicht

Bereits gestützt auf geltendes Recht müssen sich ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler in ein Register eintragen lassen. Gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler haben 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 Versicherungsvermittlung¹⁴⁵. Die Richtlinie wird zurzeit revidiert und deren Geltungsbereich soll dabei zusätzlich erweitert werden. Zudem soll die Registrierungspflicht für Kundenberaterinnen und -berater gemäss FIDLEG sowohl für ungebundene wie auch für gebundene Kundenberaterinnen und -berater gelten. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, die Pflicht zur Registrierung neu auf alle Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler auszudehnen und im Zusammenhang mit der Registrierungspflicht auf die Unterscheidung zwischen gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern zu verzichten. Registrierungspflichtig sind somit auch Mitarbeitende des Innen- oder Aussendienstes von Versicherungsunternehmen, «die im direkten Kundenkontakt selbständig Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen»¹⁴⁶.

Die Anforderungen des 3. Kapitels des 2. Titels des FIDLEG finden sinngemäss Anwendung. Die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler sind ebenfalls in das öffentliche Register der Registrierungsstelle einzutragen und haben dabei die Voraussetzungen gemäss Artikel 30 FIDLEG zu erfüllen. Sind Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler zugleich Kundenberater gemäss FIDLEG, so sind sie den Vorschriften des FIDLEG direkt unterstellt.

Art. 43 Treue- und Sorgfaltspflicht

Die Bestimmung verpflichtet Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler zur Einhaltung der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflichten gemäss Artikel 6

¹⁴³ SR 956.1

¹⁴⁴ SR 961.01

¹⁴⁵ Vgl. Botschaft VAG, BBl 2003, 3789.

¹⁴⁶ Rimle Aloïs, in: BaslerKommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, 1. Auflage, Basel 2013, Art. 40 N. 14 VAG.

FIDLEG. Sinngemäss Anwendung finden zudem die Vorgaben aus Artikel 9 FIDLEG über die Verwendung der Bezeichnung «unabhängig» für Tätigkeiten und Dienstleistungserbringer auf den Finanzmärkten. Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler dürfen somit ihre Dienstleistung nur dann als «unabhängig» bezeichnen, wenn sie im Zusammenhang mit der Dienstleistungserbringung keine monetären Vorteile von Dritten annehmen, ohne sie an ihre Kundinnen und Kunden weiterzugeben. Wenn sie eine unabhängige Versicherungsvermittlung erbringen, haben sie zudem eine ausreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungen zu berücksichtigen. Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler dürfen sich selbst schliesslich nur dann als unabhängig bezeichnen, wenn sie für sämtliche Dienstleistungen die Anforderungen aus Absatz 2 von Artikel 9 FIDLEG einhalten. Für Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler, die als Unternehmen organisiert sind, finden weiter auch Artikel 21 und 22 FIDLEG sinngemäss Anwendung. Sind Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler zugleich Finanzdienstleister gemäss FIDLEG, so finden die Vorschriften des FIDLEG unmittelbar Anwendung.

Art. 45 Informationspflicht

Die Bestimmung übernimmt im Wesentlichen die Informationspflichten des bestehenden Artikels und ergänzt sie um die Pflicht der Versicherungsvermittlerin oder des Versicherungsvermittlers zur Information über die angebotene Dienstleistung und dessen Interessenlage sowie darüber, ob er seinen Rat auf eine ausgewogene Untersuchung stützt. Dazu muss er seinen Rat insbesondere auf eine hinreichende Zahl von angebotenen Versicherungsverträgen stützen und gemäss fachlichen Kriterien beurteilen, welcher der Verträge für den fraglichen Kunden und dessen Bedürfnisse geeignet ist. Werbung muss zudem als solche gekennzeichnet sein.

Art. 45a Verhaltensregeln

Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen die Ziele und Bedürfnisse der Versicherten beziehungsweise zu versichernden Personen ermitteln. Erteilen sie dem Versicherten einen Rat, so haben sie ihm die Gründe dafür zu erläutern. Vereinbart eine Versicherungsvermittlerin oder ein Versicherungsvermittler mit einem Versicherten eine ausgewogene Untersuchung, so hat er eine hinreichende Zahl von auf dem Markt erhältlichen Versicherungsverträgen zu untersuchen, bevor er den Rat erteilt. Vermittler und Vermittlerinnen, die in einem Treueverhältnis zu ihren Kundinnen und Kunden stehen und in deren Interesse handeln, haben die Pflichten nach Artikel 26 des FIDLEG sinngemäss zu befolgen, soweit sie der Bestimmung nicht bereits als Finanzdienstleister unterstellt sind.

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 42 erwähnten Vorschriften des FIDLEG unterstehen. Zudem gelten rückkaufsfähige Lebensversicherungen als Finanzinstrumente gemäss Artikel 3 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 AVO¹⁴⁷). Diese Aufsicht wird durch die Integration des Registers für Versicherungsvermittler in das Kundenberaterregister gemäss Art. 29 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. 2 Bst. g

Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler, die weder rechtlich noch wirtschaftlich noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind (sog. ungebundene Versicherungsvermittler), 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 Vertriebssträgern von kollektiven Kapitalanlagen (vgl. Erläuterungen zu Art. 13 KAG) und den DUFI (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 als Kundenberaterin oder Kundenberater die Verhaltenspflichten des FIDLEG einzuhalten haben (vgl. Art. 28 ff. FIDLEG). 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. Die vorliegenden Bestimmungen können daher aufgehoben werden.

Art. 86 Abs. 1 Bst. e

Bereits unter geltendem Recht wird ein Verstoß gegen die Informationspflichten aus Art. 45 VAG strafrechtlich sanktioniert. Der Geltungsbereich der Strafnorm wird neu ausgedehnt auf eine Verletzung der Verhaltensregeln gemäss Art. 45a VAG.

Art. 90 Abs. 2 bis 8

Aufgehoben

¹⁴⁷ Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO); SR 961.011

Art. 90a Übergangsbestimmung zur Änderung von...

Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen sich mit dem Inkrafttreten des FIDLEG neu in das Kundenberaterregister eintragen lassen. Personen, die bei Inkrafttreten des Erlasses bereits als Versicherungsvermittlerinnen oder -vermittler tätig sind, wird eine Meldefrist von einem halben Jahr gewährt. Damit sie in das Register eingetragen werden, müssen sie sämtliche Registrierungs Voraussetzungen erfüllen. Die Meldefrist von einem halben Jahr gilt nur für Vermittlertätigkeiten, welche die Personen bei Inkrafttreten des Erlasses ausüben. Erweitern die Versicherungsvermittlerinnen oder -vermittler ihre Aktivitäten nach Inkrafttreten des FIDLEG, so findet die Übergangsbestimmung auf diese zusätzlichen Tätigkeiten keine Anwendung.

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 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 gewerbsmässig – Vermögenswerte von Drittpersonen anlegen und verwalten.

Abs. 2

Die Zweckbestimmung ist bestehenden Erlassen, namentlich dem BEHG sowie dem KAG entlehnt. Das BankG kennt zwar keine Zweckbestimmung. Dessen Bewilligungsvoraussetzungen lässt sich indes entnehmen, dass vorab die Einleger und übrigen Bankkunden geschützt werden sollen.

Mit der Aufnahme der besonderen Bestimmungen über die systemrelevanten Banken im BankG wurde die Zweckbestimmung um die Gewährleistung der Systemstabilität erweitert. Diese kann als Teil des Funktionsschutzes der Finanzmärkte betrachtet werden, den auch das FINMAG gemäss Artikel 5 bezweckt.

Art. 2 Geltungsbereich

Abs. 1

Bereits im Rahmen der letzten Revision des KAG wurde die zwingende Bewilligungspflicht auf die Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen ausgedehnt. Nunmehr sollen alle Vermögensverwalter einer Bewilligungspflicht und prudenziellen Aufsicht unterstellt werden. Die Erweiterung des Geltungsbereichs

trifft damit vorab die bisher als «unabhängige» oder «externe» Vermögensverwalter nur den Vorschriften des GwG unterstellten Vermögensverwalter (Bst. a) und somit auch die Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen. Die übrigen in Buchstaben b–e aufgeführten beaufsichtigten Finanzinstitute sind bereits spezialgesetzlich erfasst. Der Regelungsbereich des KAG ist künftig auf die Produkte kollektiver Kapitalanlagen beschränkt.

Abs. 2

Die Ausnahmen 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 Ende Juli 2014 durch deren revidierte Fassung (MiFID II) ersetzt werden soll. 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.

Die Ausnahme gemäss Buchstabe a war bisher auch im BankG vorgesehen. Die Umschreibung der wirtschaftlichen Verbundenheit ist Artikel 12 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 keine Finanzdienstleistungen für nicht in diesem Kreis stehende Dritte erbringen. Die Schweizerische Nationalbank (Bst. c) und die Pfandbriefzentralen (Bst. f) werden – im Gegensatz zur bisherigen Regelung in Artikel 1 Absatz 5 BankG – nunmehr ausdrücklich vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Die Vorsorgeeinrichtungen und Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge, einschliesslich der Anlagestiftungen (Bst. d) sowie die Sozialversicherungseinrichtungen und Ausgleichskassen (Bst. e) sind echte Ausnahmen, die vom Ausnahmenkatalog in Artikel 2 Absatz 2 Buchstaben a und b KAG übernommen werden.

Art. 3 Konzernobergesellschaften und wesentliche Gruppengesellschaften

Diese Bestimmung entspricht materiell Artikel 2^{bis} BankG, der mit der Inkraftsetzung des FinfraG eingeführt wurde und nun mit der Aufhebung des BankG ins FINIG übertragen wird. Damit wird die einheitliche Konkurszuständigkeit der FINMA gewährleistet. Die Regelung wird neu auf Konzernobergesellschaften und wesentlichen Gruppengesellschaften aller unterstellten Finanzinstitute ausgedehnt.

2. Kapitel: Gemeinsame Bestimmungen

Art. 4 *Bewilligungspflicht*

Abs. 1

Diese Bestimmung verankert die Bewilligungspflicht nunmehr für alle Finanzinstitute im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 FINIG, die Vermögenswerte für Rechnung Dritter gewerbsmässig anlegen und verwalten.

Abs. 2

Die Regelung entspricht inhaltlich Artikel 13 Absatz 5 KAG, Artikel 3 Absatz 1 BankG sowie Artikel 24 BEHV. Neu stellt die Bewilligung der Aufsichtsbehörde auch für die qualifizierten Vermögensverwalter gemäss Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b eine Voraussetzung für den Handelsregistereintrag dar.

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.

Neu werden die Banken von der Pflicht zur Einholung einer zusätzlichen Effektenhändlerbewilligung sowie einer Bewilligung als Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen befreit. Keinen Teil der Bewilligungskaskade bildet die Bewilligung für die Tätigkeit als Fondsleitung. Diese Ausnahme ergibt sich aus der Tatsache, dass die Fondsleitung eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Art. 29 Abs. 1) und deren Hauptzweck die Ausübung des Fondsgeschäfts sein muss (Art. 29 Abs. 4). Die Geschäftstätigkeit eines Wertpapierhauses oder einer Bank wären deshalb mit der Anforderung an den Hauptzweck der Fondsleitung unvereinbar.

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.

Art. 6 *Bewilligungsvoraussetzungen*

Wie der Wortlaut in Absatz 1 erklärt, sind im 2. Kapitel 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 das 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 das 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. Neu wird aber zwischen einer Melde- und einer Bewilligungspflicht 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.

Es soll auf Verordnungsstufe konkretisiert werden, wann Änderungen von Tatsachen nur zu melden sind und wann diese bewilligt werden müssen.

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 6 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 – z.B. auch die Vorschriften des FIDLEG gewährleisten.

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

Für Banken werden die Anforderungen an die Organisation in Artikel 44 konkretisiert. Auch für diese Finanzinstitute ist die Regelung über die Organisation nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit anzuwenden.

Art. 9 Ort der Leitung

Als Teil der Organisationsanforderungen werden die bisherigen Regelungen aus dem Banken- und Börsenbereich (Art. 7 Abs. 4 BankV, Art. 21 Abs. 1 BEHV) überführt.

Die Wohnsitzpflicht gemäss Absatz 2 entspricht zudem auch der bisherigen Regelung im Kollektivanlagenbereich (Art. 12 Abs.1 KKV). Damit wird aufsichtsrechtlich der Zugriff auf die verantwortlichen Personen eines grenzüberschreitend tätigen Finanzinstituts gewährleistet.

Art. 10 Gewähr

Diese Bestimmung übernimmt inhaltlich die im Banken-, Börsen- und Kollektivanlagenbereich enthaltenen Gewährsanforderungen. Für das Wertpapierhaus als Finanzinstitut war die Gewährspflicht bisher implizit in Artikel Absatz 2 Buchstabe c BEHG verankert.

Neu wird die Gewährsanforderung ausdrücklich auch für den qualifizierten Vermögensverwalter und für die Bank jeweils als Finanzinstitut gefordert (Abs. 1). Dies entspricht der Bewilligungspraxis der FINMA. So bietet ein Finanzinstitut, dessen Verwaltungsrat als Gremium so zerstritten ist, dass er seine Aufgaben nicht mehr wahrnehmen kann, keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung, auch wenn jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied persönlich die Gewährspflicht erfüllen würde.

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). Sie sind indes 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 Absatz 3 wird sichergestellt, dass die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung nicht durch die Einflussnahme qualifizierter Beteiligter gefährdet wird, selbst wenn die Personen nach den Absätzen 1 und 2 ihre Gewährspflicht erfüllen.

Mit der Pflicht des Finanzinstituts, 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.

Die in Artikel 3 Absatz 6 BankG verankerte jährliche Meldepflicht über qualifizierte Beteiligungen auf alle Bewilligungsträger auszudehnen, erscheint unverhältnismässig (Abs. 5 und 6). Sie soll hingegen für Banken weiterbestehen und auf Verordnungsstufe verankert werden.

Art. 11 Steuerkonformität

Die Bestimmung übernimmt in konzentrierter Form die Änderungen des GwG (Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Gelder), welche durch den Bundesrat als Teil zur Umsetzung seiner Finanzplatzstrategie im Februar 2012 in die Vernehmlassung geschickt wurden. Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Entgegennahme unversteuerter Gelder sollen für alle beaufsichtigten Finanzinstitute einheitlich und im Zusammenhang mit der Gewährspflicht in das FINIG aufgenommen werden. Sie sollen mit einer risikobasierten Prüfung erfüllt werden und – der internationalen Entwicklung Rechnung tragend – nur dann erfüllt

werden müssen, wenn es sich um Kundinnen oder Kunden handelt, mit deren Herkunftsstaat die Schweiz kein Abkommen über den automatischen Austausch (AIA) von Informationen in Steuerangelegenheiten nach internationalem Standard abgeschlossen hat (Abs. 3).

Der Bundesrat wird die Inkraftsetzung dieser Bestimmung zeitlich so steuern, dass sie nicht vorweg sondern komplementär zu den Verpflichtungen aus den Abkommen über den AIA zur Anwendung gelangen.

Art. 12 Öffentliches Anbieten 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 38).

Da gemäss Artikel 5 Absatz 1 die Bankbewilligung von der Pflicht zur Einholung einer Bewilligung als Wertpapierhaus befreit, kann auch eine Bank Effekten auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten.

Art. 13 Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen

Diese Bestimmung entspricht sinngemäss Artikel 1 Absatz 2 BankG. In Verbindung mit Artikel 40 Absatz 2 wird die Zulässigkeit der Entgegennahme von Publikums geldern für Wertpapierhäuser nunmehr ausdrücklich festgehalten, wobei es sich bei dieser Entgegennahme von Geldern um die Entgegennahme von überschüssiger Liquidität zur Anlage handelt (vgl. Ausführungen zu Art. 40). Das Zinsdifferenzgeschäft bleibt den Banken vorbehalten (Art. 40 Abs. 3). Damit wird der Kreis der Finanzinstitute, die gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen dürfen, ausdrücklich festgelegt und bleiben z.B. Fondsleitungen, die für die Ausübung des Fondsgeschäfts wie das Wertpapierhaus Abwicklungskonten benötigen, davon ausgeschlossen.

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.

Art. 14 Schutz vor Verwechslung und Täuschung

Diese Bestimmung entspricht materiell der in Artikel 12 KAG, Artikel 1 Absatz 4 BankG sowie in Artikel 10 Absatz 7 BEHG verankerten Regelung. Artikel 15 BankG ist in Absatz 3 enthalten. Das Verbot irreführender und aufdringlicher Werbung durch Banken nach Artikel 4^{quater} BankG wird durch das UWG abgedeckt und kann deshalb ersatzlos gestrichen werden.

Art. 15 Übertragung von Aufgaben

Die dem Kollektivanlagenbereich entnommene Regelung der Aufgabendelegation (Art. 18b und 31 KAG) wird im Vermögensverwaltungsbereich nunmehr für alle Finanzinstitute einheitlich geregelt. Die verschärfte Haftung bei Übertragung der Aufgaben durch eine Fondsleitung gemäss Artikel 31 Absatz 6 KAG gilt weiterhin

nur für Fondsleitungen und wird deshalb in den besonderen Bestimmungen geregelt (vgl. Ausführungen zu Art. 35).

Die Tatsache, dass das ausländische Recht bestimmt, ob eine Vereinbarung über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch abgeschlossen werden muss oder nicht (Abs. 4), widerspiegelt den im Rahmen der parlamentarischen Beratung zur Revision des KAG verankerten Willen des Parlaments.

Art. 16 Auslandgeschäft

Diese Meldepflicht ist den Artikeln 3 Absatz 7 BankG sowie 18 Absatz 5 BEHV und 24 Absatz 2 KKV entnommen und wird nunmehr für alle Finanzinstitute einheitlich auf Gesetzesstufe verankert. 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.

2. Titel: 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, BEHG und BankG) in das FINIG übernommen.

1. Kapitel: Vermögensverwalter

Art. 17 Begriff

Der Vermögensverwalter im Sinne des FINIG ist typischerweise im Rahmen individueller Aufträge tätig. Im Gegensatz zum Anlageberater ist der Vermögensverwalter bevollmächtigt und auch faktisch in der Lage, selbständig über die Anlage des Kundenvermögens zu verfügen¹⁴⁸. Massgeblich sind die Gewerbsmässigkeit und die Ausübung der Tätigkeit im Namen und für Rechnung der Anlegerinnen und Anleger¹⁴⁹.

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 Bewilligung¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu auch der Bericht des EFD zum Finanzdienstleistungsgesetz vom 18. Februar 2013, Ziff. 5.1 und 8.

¹⁴⁹ Vgl. oben Ausführungen zu Art. 2 Abs. 1 und FINMA-RS 2008/5 Effekthändler vom 20. November 2008.

¹⁵⁰ FINMA-RS 2008/5, Rz 52

Art. 18 Rechtsform

Den Vermögensverwaltern stehen die genannten Rechtsformen 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. 19 Aufgaben

Die Aufgabenliste des Vermögensverwalters führt die wesentlichen und typischen Aufgaben des Vermögensverwalters nur exemplifikativ auf. Massgeblich ist, dass dieses Finanzinstitut die Vermögensverwaltung im Rahmen individueller Mandate gemäss Artikel 17 ausübt.

Art. 20 Finanzielle Garantien

Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 17 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. Kapitel: Qualifizierte Vermögensverwalter

Art. 21 Begriff

Abs. 1

Zu den qualifizierten Vermögensverwaltern – oder Asset Manager – werden Personen gezählt, die kollektive Kapitalanlagen verwalten. 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 (Bst. a).

Neu werden auch Vermögensverwalter von schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen den erhöhten Anforderungen für qualifizierte Vermögensverwalter unterstellt (Bst. b). Bei Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen handelt es sich um zwangsweise gesparte Gelder, die der Vorsorge einer Vielzahl von Anlegerinnen und Anlegern dienen. Diese Tatsache rechtfertigt es, Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen grundsätzlich den erhöhten Anforderungen für qualifizierte Vermögensverwalter 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 indes 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 Oberaufsichtskommission zuständig.

Abs. 2

Dieser Absatz übernimmt die in Anlehnung an die europäische AIFM-Richtlinie (AIFMD)¹⁵¹ 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 diese (qualifizierten) Vermögensverwalter 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.

Qualifizierte Vermögensverwalter, die kleinere Volumina verwalten, fallen entsprechend der neuen Gesetzeslogik nicht mehr aus dem Geltungsbereich des Gesetzes, wie das KAG in Anlehnung an die AIFMD dies noch vorsah. Sie unterstehen dem FINIG weiterhin, aber unter den weniger strengen Anforderungen für Vermögensverwalter im Sinne der Artikel 17 ff.

Die in Artikel 18 Absatz 3 KAG vorgesehene Kompetenz der FINMA, Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen in begründeten Fällen und unter engen Voraussetzungen von Vorschriften des KAG ganz oder teilweise zu befreien, wird ersatzlos gestrichen. Dieser Absatz stellt die im Rahmen der Revision des KAG ursprünglich vorgesehene Ausnahmeregelung dar, welche schliesslich durch die der europäischen AIFM-Richtlinie entlehnten *de minimis*-Regelung ersetzt und im Ausnahmenkatalog von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe h KAG aufgenommen wurde.

Art. 22 Rechtsform

Diese Bestimmung übernimmt den Wortlaut von Artikel 18 Absatz 1 KAG. Im Gegensatz zu den Vermögensverwaltern nach Artikel 17 wird die Rechtsform qualifizierter Vermögensverwalter – und somit neu auch der (qualifizierten) Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen – auf die Rechtsform der Handelsgesellschaften eingeschränkt.

Die Bewilligungsvoraussetzungen für schweizerische Zweigniederlassungen und Vertretungen ausländischer qualifizierter Vermögensverwalter werden für alle ausländischen Finanzinstitute einheitlich in Artikel 73 bis 78 geregelt und sind dem bisherigen Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe c KAG entlehnt.

¹⁵¹ 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 S. 1 vom 1.7.2011).

Art. 23 Aufgaben

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

Der qualifizierte Vermögensverwalter darf weiterhin das Fondsgeschäft für ausländische kollektive Kapitalanlagen ausüben. Verlangt das ausländische Recht indes eine Kooperationsvereinbarung zwischen der hiesigen und der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde, muss eine solche Vereinbarung abgeschlossen worden sein (Abs. 3). Die Aufgabenliste gemäss dieser Bestimmung ist nicht abschliessend.

Wie bereits ausgeführt (vgl. Ausführungen zu Art. 21 Abs. 1), wird der qualifizierte Vermögensverwalter, 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). Sie wird auch weiterhin von den für die Vorsorgeeinrichtungen zuständigen Aufsichtsbehörden überwacht.

Da die Bewilligung für den qualifizierten Vermögensverwalter von der Bewilligungspflicht für Vermögensverwalter nach Artikel 17 befreit (vgl. Art. 5), beinhaltet die Tätigkeit des qualifizierten Vermögensverwalters auch diejenige des Vermögensverwalters.

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 KAG i.V.m. Art. 13 Abs. 2 Bst. f KAG) werden für die Asset Manager neu ausdrücklich verankert. Grundsätzlich wird vom qualifizierten Vermögensverwalter – unabhängig von seiner Rechtsform – verlangt, dass er über das (vom Bundesrat festgelegte) voll einbezahlte Mindestkapital verfügt (Abs. 1). Die bis anhin der FINMA auf Verordnungsstufe eingeräumte Kompetenz, qualifizierten Vermögensverwaltern 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 Eigenmittelanforderungen 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 finanziellen Sicherheiten werden auch die Eigenmittel für alle Bewilligungsträger auf Gesetzesstufe verankert. Die Konkretisierung erfolgt auf Verordnungsstufe.

Art. 26 Konsolidierung

In Absatz 1 dieser Bestimmung wird inhaltlich Artikel 18 Absatz 2 KAG übernommen. Die Umschreibung der von einem qualifizierten Vermögensverwalter dominierten Finanzgruppe in Absatz 2 entspricht formell derjenigen des BankG. Bank- oder wertpapierhäuserdominierte Finanzgruppen sind in den Artikeln 63 bis 69 geregelt.

Art. 27 Wechsel

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Artikel 18c KAG. Da Vorsorgeeinrichtungen indes nicht durch die FINMA beaufsichtigt werden, muss der Wechsel des Vermögensverwalters an die für die kollektiven Kapitalanlagen oder für die Vorsorgeeinrichtung zuständige Aufsichtsbehörde gemeldet werden. Die Formulierung wird dieser Gegebenheit angepasst.

3. Kapitel: Fondsleitungen

Fondsleitungen stellen eine qualifizierte Form des Asset Managements dar. 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. Es regelt weiterhin die vertragsrechtlich und gesellschaftsrechtlich organisierten kollektiven Kapitalanlagen.

Art. 28 Begriff

Der Begriff der Fondsleitung entspricht Artikel 30 Absatz 1 KAG (1. Satz). Da die Fondsleitung stets und zur Hauptsache für die Ausübung des Fondsgeschäfts errichtet wird, ist die Gewerbsmässigkeit 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 gestaltet 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.

Art. 30 Aufgaben

In diesem Artikel werden die hauptsächlichen Dienstleistungen aufgeführt, welche die Fondsleitung erbringt. Die in Buchstabe a aufgeführte Dienstleistung wird explizit durch das von einer SICAV delegierte Administrationsmandat ergänzt (Buchstabe b; Art. 36 Abs. 3 KAG). Die in Artikel 20 KAG detailliert aufgeführten Tätigkeiten des qualifizierten Vermögensverwalters, die zu den Aufgaben der Fondsleitung gehören, werden auf Verordnungsstufe geregelt.

Art. 31 Übertragung von Aufgaben

Diese Bestimmung entspricht Artikel 31 Absatz 5 KAG. Das Verbot der Rückübertragung der Anlageentscheide an die Depotbank ist auf sämtliche kollektive Kapitalanlagen anwendbar, welche in der EU aufgrund eines Abkommens erleichtert vertrieben werden sollen. Dies entspricht internationalen Standards und soll Interessenskonflikte durch eine Rückübertragung der Anlageentscheide an die Depotbank vermeiden.

Art. 32 Mindestkapital

Diese Bestimmung verankert die bis anhin in Artikel 43 KKV festgelegten Kapitalanforderungen nunmehr dem Grundsatz nach auf Gesetzesstufe. Wie bei den qualifizierten Vermögensverwaltern muss auch bei den Fondsleitungen das Mindestkapital vollständig liberiert werden. Die Einzelheiten werden weiterhin auf Verordnungsstufe geregelt (vgl. auch die Ausführungen zu Artikel 24).

Art. 33–37

Diese Bestimmungen übernehmen inhaltlich 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 Begriff der nahestehenden Personen durch die Formulierung von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a ersetzt. Inhaltlich ändert sich am Verständnis der nahestehenden Personen im Kollektivanlagenbereich indes nichts.

Art. 35 Haftung bei Übertragung

Da bei vertraglichen offenen kollektiven Kapitalanlagen die Anleger – im Gegensatz zu den Anlegern einer SICAV – in keinerlei Beziehung zu den kollektiven Kapitalanlagen selber stehen, rechtfertigt es sich, die Fondsleitung, welche die Verwaltung der Vermögenswerte delegiert, für die Handlungen des Beauftragten wie für eigenes Handeln haften zu lassen. Die Bestimmung entspricht Artikel 31 Absatz 6 KAG.

4. Kapitel: Wertpapierhäuser

Das BEHG in seiner heutigen Form 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 kann. 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. 38 Begriff

Die Buchstaben a und b erfassen die bisherige Effektenhändlerkategorie des Kundenhändlers und entsprechen weitestgehend Artikel 3 Absatz 5 BEHV. Wer gewerbmässig in eigenem Namen und für Rechnung der Kundinnen und Kunden Effekten handelt, muss begriffsinhärent Abwicklungskonten führen und Effekten der Kundin-

nen 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 bildet daher nicht mehr Teil der Begriffsdefinition, sondern werden neu im Aufgabekatalog des Wertpapierhauses aufgeführt (vgl. Art. 40).

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

Buchstabe d erfasst die bisherige Effekthändlerkategorie des Market Makers und entspricht Artikel 3 Absatz 4 BEHV.

Die heute in Artikel 3 Absätze 2 und 3 BEHV geregelten Effekthändlerkategorien 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. 12 und Art. 40 Bst. b und c).

Art. 39 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. 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. 38 Bst. a). Abwicklungskonten dürfen dabei – im Gegensatz zu einer Bank – nur zum Zweck des gewerbsmässigen 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 typi-

sche Tätigkeit von Wertpapierhäusern. Sie kann jedoch auch von anderen Finanzdienstleistern wahrgenommen werden.

Die Buchstaben c und d umschreiben die bisherigen Tätigkeitsgebiete der Effektenhändlerkategorien des Emissionshauses und des Derivathauses, welche über keinen eigenen Bewilligungsstatus mehr verfügen (vgl. diesbezüglich die Erläuterungen zu Art. 38).

Neben den genannten Tätigkeiten kann das Wertpapierhaus auch alle Tätigkeiten eines Vermögensverwalters oder ein qualifizierter Vermögensverwalters 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 vom Publikumseinlagen zwar den Banken vorbehalten (Art. 1 Abs. 2 BankG), gleichzeitig werden jedoch Habensaldi auf Kundenkonti von Effektenhändlern, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, von den Publikumseinlagen ausgenommen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird (Art. 3a Abs. 3 Bst. c BankV).

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

Art. 41 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.

5. Kapitel: Banken

Nebst den Vermögensverwaltern, den qualifizierten Vermögensverwaltern, den Fondsleitungen und den Wertpapierhäusern verwalten auch die Banken Vermögenswerte für Rechnung Dritter. Sie handeln dabei wie Wertpapierhäuser in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, können im Unterschied zu den Wertpapierhäusern jedoch insbesondere das Zinsdifferenzgeschäft betreiben. Viele der allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen und Pflichten des FINIG werden im BankG wiederholt. Zudem finden eine Vielzahl der bankenrechtlichen Regeln auch für Wertpapierhäuser Anwendung (insbesondere die Bestimmungen über Finanzgruppen und -konglomerate, Eigenmittel und Rechnungslegung). Im Sinne einer einheitlichen und konsistenten Gesetzgebung ist es daher angezeigt, das BankG ins FINIG zu überführen. Damit können Synergien genutzt und Abgrenzungsfragen geklärt werden und es erfolgt eine einfachere, vereinheitlichte und besser abgestimmte Regulierung.

Eine Überführung des BankG ins FINIG bietet sich auch deshalb an, weil das bald 80-jährige BankG in struktureller Hinsicht gravierende Mängel aufweist. So verfügt das Gesetz weder über einen Zweckartikel noch wird dessen Gegenstand geregelt. Es ist zudem aufgrund der Vielzahl von Teilrevisionen unübersichtlich und weist eine sehr unterschiedliche Regelungstiefe auf. Mit der Überführung des BankG können die strukturellen Defizite behoben werden.

Mit der Überführung erfahren die Bestimmungen des BankG inhaltlich keine Änderungen. So werden auch die zahlreichen Verordnungen im Bankenbereich grundsätzlich weiterhin Geltung haben und allfällige umstellungsbedingte Arbeiten sich auf ein Minimum reduzieren lassen. Die Rechtssicherheit wird damit gewahrt.

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 42 Begriff

Absatz 1 entspricht Artikel 2a BankV und Absatz 2 Artikel 3a BankG. Die geltenden Definitionen der Bank und der Kantonalbanken werden damit beibehalten.

Banken können sämtliche Tätigkeiten von Vermögensverwaltern, qualifizierten Vermögensverwaltern und Wertpapierhäusern und darüber hinaus eine Vielzahl weiterer Tätigkeiten ausüben. Anders als für die übrigen Finanzinstitute wird für Banken daher kein Aufgabenkatalog festgelegt.

Art. 43 Rechtsform

Aus Gründen der Rechtssicherheit werden neu auch die Rechtsformen einer Bank gesetzlich verankert. 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.

Aus dem Rechtsformerfordernis 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 (vgl. Art. 8 Abs. 1).

Art. 44 Organisation

Die Bestimmung entspricht Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a BankG und ergänzt die allgemeine Bestimmung zur Organisation eines Finanzinstituts (vgl. Art. 8).

Art. 45 Qualifizierte Beteiligungen

Die Bestimmung entspricht Artikel 4 Absatz 4 BankG. Sie ergänzt Artikel 53.

Art. 47 Kredite an nahestehende Personen

Die Bestimmung entspricht Artikel 4^{ter} BankG.

2. Abschnitt: Besondere Bestimmungen für systemrelevante Banken

Art. 47–51

Der Abschnitt entspricht dem 5. Abschnitt des BankG, das heisst den Artikeln 7–10a.

6. Kapitel: Gemeinsame Bestimmungen für Wertpapierhäuser und Banken

Bereits nach heutigem Recht gelten für Wertpapierhäuser und Banken teilweise dieselben Bestimmungen, sei es durch eine explizite Erfassung der Wertpapierhäuser im BankG (vgl. die Bestimmungen über Finanzgruppen und -konglomerate) oder durch Verweise in der Börsengesetzgebung auf die Bankengesetzgebung (vgl. insbesondere die Bestimmungen über die Eigenmittel und die Rechnungslegung). Diese gemeinsamen Bestimmungen werden neu im 6. Kapitel des 2. Titels im FINIG zusammengeführt. Dadurch wird die bestehende Regulierung vereinfacht, vereinheitlicht und besser abgestimmt. Zudem werden Abgrenzungsfragen geklärt.

Die vorliegende Regelung gemeinsamer Bestimmungen für Wertpapierhäuser und Banken soll nicht darüber hinweg täuschen, dass den Wertpapierhäusern als Vermögensverwaltungsinstitute neben den Banken eine eigenständige Bedeutung zukommt. Den Unterschieden zwischen Wertpapierhäusern – insbesondere solchen, die keine eigenen Konten führen – und den Banken soll durch eine differenzierte Regelung auf Verordnungsstufe in Zukunft vermehrt Rechnung getragen werden.

1. Abschnitt: Mindestkapital, Eigenmittel und Liquidität

Art. 52 Mindestkapital und Sicherheiten

Die Bestimmung entspricht materiell Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BankG und Artikel 10 Absätze 2 und 3 BEHG. Im BankG war die Möglichkeit zur Leistung von Sicherheiten bis anhin allerdings nicht ausdrücklich erwähnt.

Art. 53 Eigenmittel, Liquidität und Risikoverteilung

Absatz 1 entspricht dabei Artikel 4 Absatz 1 BankG und Artikel 12 Absatz 1 BEHG i.V.m. Artikel 29 Absatz 1 BEHV und Artikel 6 der Eigenmittelverordnung (ERV)¹⁵². Neu werden auch für Wertpapierhäuser von Gesetzes wegen Anforderungen an die Liquidität gestellt. Bis anhin hielten die Effekthändler gewisse Vorgaben der Liquiditätsverordnung¹⁵³ teilweise freiwillig ein. Die vorliegende gemeinsame Regelung der Liquiditätsanforderungen für Wertpapierhäuser und Banken soll indessen 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).

¹⁵² Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (Eigenmittelverordnung, ERV); SR 952.03

¹⁵³ Verordnung vom 30. November 2012 über die Liquidität der Banken (Liquiditätsverordnung, LiqV); SR 952.06

Absatz 2 entspricht materiell Artikel 4^{bis} BankG und Artikel 13 BEHG. Absatz 3 entspricht materiell den Artikeln 4 Absatz 2 BankG und 12 Absatz 2 BEHG.

Die in Absatz 4 enthaltene Kompetenz der Aufsichtsbehörde zur Gewährung von Erleichterungen oder zur Verschärfungen von den Vorschriften über Eigenmittel, Risikoverteilung und Liquidität in Einzelfällen bestand grundsätzlich bereits bis anhin (vgl. Art. 4 Abs. 3 BankG und Art. 29 Abs. 2 BEHV). Neu wird vorausgesetzt, dass es sich um begründete Einzelfälle handelt. Ausserdem dürfen Erleichterungen den Schutzzweck des Gesetzes nicht beeinträchtigen. Die Prüfstelle wird zu diesem Zweck die notwendigen internen Reglemente erlassen und der FINMA zur Genehmigung vorlegen.

2. Abschnitt: Zusätzliches Kapital

Art. 54–59

Der Abschnitt entspricht dem 6. Abschnitt des BankG, das heisst den Artikeln 11–13. Es handelt sich dabei um Rechte, welche neu ausdrücklich auch den Wertpapierhäusern zugestanden werden.

Es ist davon auszugehen, dass die Kapitalvorschriften gemäss den Artikeln 55–59 als Folge der im Rahmen der Aktienrechtsrevision erfolgenden Änderungen wieder angepasst werden müssen.

3. Abschnitt: Rechnungslegung

Art. 60–62

Die Bestimmungen entsprechen den Artikeln 6–6b Bank. Sie finden wie bis anhin auch auf Wertpapierhäuser Anwendung (vgl. Art. 16 BEHG), allerdings nicht mehr sinngemäss, sondern explizit.

Gemäss dem geltenden Artikel 16 Absatz 2 BEHG kann der Bundesrat für Effekthändler 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 eine differenzierte Ausführungsbestimmung zu den Rechnungslegungsvorschriften erlassen kann.

4. Abschnitt: Finanzgruppen und -konglomerate

Art. 63–69

Die heute in den Artikeln 3b–3g BankG enthaltenen Vorschriften für Finanzgruppen und Finanzkonglomerate werden materiell unverändert in den 4. Abschnitt des 6. Kapitels des FINIG übernommen. Sie sind bereits nach geltendem Recht explizit auch auf Wertpapierhäuser anwendbar.

Art. 69 Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Auskünfte und Unterlagen

Die Bestimmung entspricht dem heutigen Artikel 4^{quinquies} BankG, welcher vorliegend systematisch neu eingegliedert wird. Sie gilt wie bis anhin auch für Wertpapierhäuser (vgl. Art. 14 BEHG), allerdings nicht mehr sinngemäss, sondern explizit.

5. Abschnitt: Ausländisch beherrschte Wertpapierhäuser und Banken

Art. 70–72

Die Bestimmungen entsprechen den Artikeln 3^{bis}, 3^{quater} und 3^{ter} BankG. Sie gelten auch für Wertpapierhäuser. Dies war grundsätzlich bereits bis anhin der Fall (vgl. Art. 37 BEHG und Art. 56 BEHV), mit dem FINIG werden jedoch aus Gründen der Einheitlichkeit einzelne Vorschriften für Wertpapierhäuser von der Verordnungsstufe auf die Gesetzesstufe angehoben und redaktionell überarbeitet oder präzisiert. Zudem wird die bisher nur im Bankenbereich vorgesehene Staatsvertragskompetenz des Bundesrates (vgl. Artikel 3^{quater} BankG) nunmehr auf den Bereich der Wertpapierhäuser ausgedehnt.

7. Kapitel: Zweigniederlassungen

Art. 73 Bewilligungspflicht

Artikel 73 vereint inhaltlich die bisher in den spezifischen Gesetzen und in den entsprechenden Verordnungen vorgesehene Bewilligungspflicht für Zweigniederlassungen von ausländischen qualifizierten Vermögensverwaltern (Art. 29b Abs. 1 KKV), von Wertpapierhäusern (Art. 39 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BEHV) und Banken (Art. 2 Abs. 1 ABV-FINMA¹⁵⁴).

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.

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

Da die Fondsleitung nur das Rechtskleid der schweizerischen Aktiengesellschaft kennt, stehen ihr die Rechtsformen der Zweigniederlassungen (Art. 73 ff.) und Vertretungen (Art. 79 ff.) nicht offen.

Art. 74 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) und vereinheitlicht diese für die betreffenden Finanzinstitute.

¹⁵⁴ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung-FINMA, ABV-FINMA); SR 952.111

Buchstabe a Ziffer 2 deckt auch Artikel 4 Absatz 2 ABV-FINMA ab, welcher der FINMA die Kompetenz einräumt, die Bewilligung von einer angemessenen konsolidierten Aufsicht über die im Finanzbereich tätigen Gruppe abhängig zu machen.

Buchstabe b Ziff. 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 Ziffer 2 und 3 umfassen die im Kollektivanlagenbereich für ausländische Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen geltende Pflicht, eine Vereinbarung über Zusammenarbeit und Informationsaustausch zwischen der FINMA 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. 75 Gegenrechtserfordernis

Neu gilt gemäss Artikel 75 auch für Zweigniederlassungen ausländischer qualifizierter Vermögensverwalter das Bewilligungskriterium des Gegenrechts. Die Kompetenz der Aufsichtsbehörde lehnt sich an Artikel 3^{bis} Absatz 1 Buchstabe a BankG sowie 37 BEHG an.

Art. 76 Finanzgruppen

Diese Bestimmung vereinheitlicht die bisher gegenüber ausländischen Banken (Art. 3^{bis} Abs. 1^{bis} BankG, Art. 4 Abs. 2 ABV-FINMA), Wertpapierhäuser (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. Sie stellt das Gegenstück von Artikel 64 dar, der für die schweizerischen Finanzinstitute gilt. Der 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. 77 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 gemäss Artikel 17 ff. ausgedehnt.

Art. 78 Ausnahmeregelung

Für die Zweigniederlassungen ausländischer Finanzinstitute ist Schweizer Recht anwendbar. Dies entspricht sowohl der bisherigen 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 Verschär-

fung bringt, wird dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt, Zweigniederlassungen von der Einhaltung gewisser Vorschriften zu befreien.

8. Kapitel: Vertretungen

Art. 79 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). Die Rechtsformvorschriften für Fondsleitungen schliessen die Errichtung einer Vertretung von vornherein aus, was indes der Rechtssicherheit wegen ausdrücklich festgehalten wird. Im Kollektivanlagenbereich wurden aus aufsichtsrechtlichen Gründen 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 die Ernennung eines Vertreters vor. Diesem Vertreter sind indes besondere Aufgaben zum Schutze der Anlegerinnen und Anleger zugeteilt, die mit der Tätigkeit der Vertretung einer ausländischen Bank nicht vergleichbar sind (vgl. Abs. 1 und Art. 123 ff. KAG). Aus Gründen der Rechtssicherheit werden im Absatz 3 deshalb ausländische Vermögensverwalter, qualifizierte Vermögensverwalter und Fondsleitungen von der Möglichkeit, eine Vertretung zu errichten, ausdrücklich ausgeschlossen.

Die bisher in Artikel 2 Absatz 3 BankG und neu in Artikel 73 Absatz 2 für Zweigniederlassungen dem Bundesrat eingeräumte Staatsvertragskompetenz wird auch für Vertretungen vorgesehen und auf alle Finanzinstitute ausgedehnt.

Art. 80 Bewilligungsvoraussetzungen

Die Bestimmung übernimmt 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. 81 Ausnahmeregelung

Diese Bestimmung entspricht Artikel 78 für Zweigniederlassungen und stützt sich auf Artikel 3 ABV-FINMA und Artikel 40 BEHV ab. Wie bei der Vereinheitlichung der Regelungen für Zweigniederlassungen (Art. 78), wird auch bei der vereinheitlichten Regelung für Vertretungen dem Bundesrat die Kompetenz zur Befreiung von der Einhaltung gewisser Vorschriften eingeräumt.

3. Titel: Aufsicht

Art. 82 Zuständige Aufsichtsbehörde

Im Gegensatz zu den Fondsleitungen, Wertpapierhäusern und Banken handeln die Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 17 ff. sowie die qualifizierten Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 21 ff. in fremdem Namen. Untereinander unterscheiden sich diese beiden Kategorien indes dadurch, dass der qualifizierte Vermögensverwalter in erster Linie Vermögenswerte verwaltet, die von einer Vielzahl von Anlegern zur Fremdverwaltung – im Rahmen einer kollektiven Kapitalanlage oder einer Vorsorgeeinrichtung – aufgebracht wurden (vgl. Ausführungen zu Artikel 21).

Mit der Unterstellung aller Vermögensverwalter unter eine prudenzielle Aufsicht wird die Anzahl der Beaufsichtigten und damit die Aufsichtslast zunehmen. Es ist deshalb sinnvoll, die Aufsicht über die Vermögensverwalter gemäss Artikel 17 ff. von den übrigen Finanzinstituten, die aufgrund ihrer spezifischen Geschäftstätigkeit höheren Anforderungen unterstellt sind, zu trennen.

In Anlehnung an das US-amerikanische Model der FINRA (Financial Industry Regulatory Authority)¹⁵⁵ soll diese erste Kategorie von Finanzinstituten der prudenziellen Aufsicht einer gesteuerten halbstaatlichen Aufsichtsbehörde unterstellt werden (Absatz 1). Die FINRA ist eine vom Staat unabhängige, nicht gewinnorientierte Organisation, die den Kundenschutz und Marktintegrität gewährleistet. Wie die FINRA soll die Aufsichtsorganisation als unabhängige Institution mit Bewilligungs-, Aufsichts- und Sanktionskompetenzen ausgestattet werden. Ebenso soll die Aufsichtsorganisation mit der Kompetenz zur Konkretisierung bundesrätlicher Bestimmungen auf Stufe Rundschreiben ausgestattet sein. Die Aufsichtsorganisation wird konsequenterweise im FINMAG geregelt. Ihre Regelung, Organisation und Struktur lehnen sich an jene der FINMA an. Auch sollen ihr mit wenigen Ausnahmen die Aufsichtsinstrumente gemäss FINMAG zustehen (vgl. Ausführungen zu den Art. 43a ff. VE-FINMAG). Sie nimmt zudem die Überwachungsaufgaben gemäss GwG und FIDLEG wahr.

Qualifizierte Vermögensverwalter, Fondsleitungen, Wertpapierhäuser und Banken werden – wie bis anhin – von der FINMA beaufsichtigt (Absatz 2). Die Anordnung insolvenzrechtlicher Massnahmen des vierten Titels, denen weder die Vermögensverwalter noch die qualifizierten Vermögensverwalter unterstellt sind, bleibt der FINMA als staatliche Aufsichtsbehörde vorbehalten.

Der Gründungsauftrag für die Aufsichtsorganisation ergeht grundsätzlich an die Branche der von dieser zu beaufsichtigenden Vermögensverwalter. Wird keine Aufsichtsorganisation errichtet oder muss diese durch die FINMA liquidiert werden (vgl. Art. 43r VE-FINMAG), so übernimmt die FINMA die Aufsicht über die Vermögensverwalter.

Mit der Zulassung dieser neuen Institution bleibt der für den schweizerischen Finanzmarkt typische Selbstregulierungsansatz im Rahmen einer gesteuerten und halbstaatlichen Aufsichtsbehörde erhalten. Für die FINMA, als oberste und staatliche Aufsichtsbehörde, entfällt mit der Einsetzung einer Aufsichtsorganisation für die Vermögensverwalter eine durch die Neuunterstellung der Vermögensverwalter verursachte – möglicherweise massive – Erhöhung des Aufsichtsaufwandes (vgl. die Ausführungen zur Änderung des FINMAG im Anhang, Ziff. 18).

Art. 82 Variante: Aufsichtsbehörde

Als Variante zur vorgeschlagenen Aufsichtsstruktur über die Finanzinstitute ist auch eine alleinige Wahrnehmung der Aufsicht durch die FINMA denkbar. In diesem Fall würden auch die Vermögensverwalter prudenziell durch die FINMA beaufsichtigt.

Art. 83 *Prüfung*

Dieser Artikel übernimmt inhaltlich die bisher in den einzelnen Gesetzen vorgesehenen Bestimmungen über die Aufsicht und vereinheitlicht diese für alle Finanzin-

¹⁵⁵ Vgl. <http://www.finra.org/>

stitute. Gleichzeitig wird die Aufsichtskompetenz mit den entsprechenden Instrumenten – mit wenigen Ausnahmen – allgemein an die «Aufsichtsbehörde», somit auch an die Aufsichtsorganisation delegiert.

Absätze 1 und 3 stützen sich auf Artikel 24 Absatz 1 FINMAG ab und übernehmen inhaltlich Artikel 18 Absatz 1 BankG. Während bei den qualifizierten Vermögensverwaltern, Fondsleitungen, Wertpapierhäusern und Banken eine ordentliche Prüfung jährlich zu erfolgen hat (Abs. 2), wird von den Vermögensverwaltern nur eine eingeschränkte Revision gemäss Artikel 729 OR gefordert. Die prudenzielle Prüfung ist durch eine Prüfgesellschaft nach Artikel 9a des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG)¹⁵⁶ durchzuführen. Dem Bundesrat wird zudem die Kompetenz eingeräumt, für Vermögensverwalter auch längere Prüfungsperioden zuzulassen (Abs. 3). Mit dieser Unterscheidung sollen die Prüfkosten für die neu beaufsichtigten Vermögensverwalter möglichst gering gehalten werden.

Art. 84 Auskunfts- und Meldepflicht bei Ausgliederung wesentlicher Funktionen

Artikel 84 entspricht dem neuen Artikel 23^{bis} BankG, der mit dem FinfraG in Kraft tritt. Die Beaufsichtigung der Finanzinstitute durch die Aufsichtsbehörde soll auch dann gewährleistet bleiben, wenn wesentliche Funktionen ausgegliedert wurden. Die für den Bankenbereich geltende Regelung wird nunmehr auf alle Finanzinstitute des FINIG ausgedehnt.

Art. 85 Stimmrechtssuspendierung

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

Art. 86 Liquidation

Die Liquidation nach einem Bewilligungsentzug vereint inhaltlich die Artikel 23^{quinqües} BankG, 36 BEHG sowie 134 KAG. Das Recht, ein Finanzinstitut nach dem Entzug der Bewilligung zu liquidieren, steht auch der Aufsichtsorganisation zu. Hingegen bleibt die Liquidation im Rahmen insolvenzrechtlicher Massnahmen der FINMA vorbehalten. Die Bestimmung wird neu als «Kann-Vorschrift» formuliert. Wie bisher ordnet die FINMA den jeweiligen Eintrag im Handelsregister an.

4. Titel: Insolvenzrechtliche Massnahmen

1. Kapitel: Massnahmen bei Insolvenzgefahr

Art. 87–111

Das Kapitel entspricht dem 11. und 12. Abschnitt des BankG (inkl. Art. 24 BankG). Die Zusammenführung der beiden Abschnitte «Massnahmen bei Insolvenzgefahr» und «Bankenkonkurs» zu einem Kapitel unter dem Titel «Massnahmen bei Insol-

¹⁵⁶ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG); SR 221.302

venzgefahr» rechtfertigt sich, da die Konkursliquidation nebst den Schutzmassnahmen und dem Sanierungsverfahren ebenfalls als Massnahme bei Insolvenzgefahr in Frage kommt (vgl. Art. 25 Abs. 1 Bst. c BankG).

Die Bestimmungen finden nicht nur auf Banken, sondern auch auf Fondsleitungen und Wertpapierhäuser Anwendung. 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.

Keine Anwendung finden die insolvenzrechtlichen Massnahmen auf den Vermögensverwalter und den qualifizierten Vermögenverwalter, da diese beiden Finanzinstitute in fremdem Namen und auf fremde Rechnung handeln und somit über keine fremden Vermögenswerte verfügen. Im Fall der Konkurseröffnung werden die Vertragsverhältnisse zwischen den genannten Finanzinstituten und ihren Kundinnen und Kunden einfach aufgelöst. Es findet somit das SchKG Anwendung.

Die Artikel 93 Absatz 2 und 102 Absatz 2 entsprechen den Artikeln 28 Absatz 2 und 34 Absatz 3 BankG und bilden die Grundlage für die Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA)¹⁵⁷. Aus Gründen der Klarheit wird der mehrdeutige und unklare Begriff der Anordnung in beiden Bestimmungen ersetzt durch denjenigen der Verfahrensregeln.

2. Kapitel: Einlagensicherung

Art. 112–115

Das Kapitel entspricht dem 13. Abschnitt des BankG. Die Bestimmungen finden wie nach geltendem Recht auch auf Wertpapierhäuser Anwendung (vgl. Art. 36a BEHG), allerdings nicht mehr sinngemäss, sondern explizit.

3. Kapitel: Nachrichtenlose Vermögenswerte

Art. 116–117

Die Bestimmungen entsprechen den Artikeln 37l und 37m BankG. Sie gelten wie bis anhin auch für Wertpapierhäuser (vgl. Art. 36a BEHG).

5. Titel: Verantwortlichkeit und Strafbestimmungen

1. Kapitel: Verantwortlichkeit

Art. 118

Die Regelung der Verantwortlichkeit wird dem Kollektivanlagenbereich entlehnt (Art. 145 KAG). Damit wird der Exkulpationsbeweis (Abs. 1) auf alle Finanzinstitu-

¹⁵⁷ Verordnung vom 30. August 2012 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsichtsbehörde über die Insolvenz von Banken und Effekthändler (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA); SR 952.05

te ausgedehnt. Auch die Haftungsregelung bei einer Delegation von Aufgaben auf Dritte (Abs. 2) entspricht nunmehr derjenigen für Depotbanken von kollektiven Kapitalanlagen. Die Organhaftung richtet sich unverändert nach den Vorschriften des OR.

2. Kapitel: Strafbestimmungen

Der Bundesrat hat im Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen im StGB, im MStG und im Nebenstrafrecht ausgeführt, dass sich Strafandrohungen von vorsätzlich und fahrlässig begangenen Delikten wegen unterschiedlichen Unrechtsgehalts unterscheiden müssen, wobei jedoch unangemessen grosse Unterschiede zu vermeiden sind. Konkret hat sich der Bundesrat dafür ausgesprochen, dass die fahrlässige Begehung eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe ebenfalls als Vergehen bestraft werden soll, und nicht als Übertretung. Die in den Artikel 119 Absatz 2, 120 Absatz 2 und 121 Absatz 2 im Falle der fahrlässigen Strafbegehung angedrohte Busse in der Höhe von bis zu 250 000 Franken wird daher ersetzt durch eine Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen.

Im Übrigen werden die heute im BankG, im BEHG und im KAG vorgesehenen Mindestbussen von 10 000 Franken im Fall der Wiederholung nicht übernommen. Ihr Zweck war es, unter der damals geltenden Verordnung vom 1. Dezember 1999 über das automatisierte Strafregister Verurteilungen wegen Verstössen gegen die Meldepflicht überhaupt fähig zum Eintrag ins Strafregister zu machen. Heute besteht eine generelle Eintragungsfähigkeit von Übertretungen bei Bussen ab 5 000 Franken (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung¹⁵⁸), ohne dass zusätzlich die Androhung einer Mindestbusse für den Wiederholungsfall verlangt ist. Im Übrigen läuft die Bestimmung auch ins Leere, da der Wiederholungsfall ohnehin strenger bestraft wird: Das zweiturteilende Gericht kann einerseits die im ersten Urteil bedingt ausgesprochene Strafe widerrufen, sofern die neue Tat während der Probezeit begangen wurde, und andererseits kann es im zweiten Urteil für den Wiederholungsfall eine höhere und dazu unbedingte Strafe ausfällen, je nachdem welche Prognose der beschuldigten Person gestellt wird. Das geltende Recht stellt damit genügend Mittel zur Verfügung, um einen Rückfall angemessen zu sanktionieren.

Art. 119 Verletzung des Berufsgeheimnisses

Die Bestimmung entspricht den Artikeln 47 BankG, 43 BEHG und 148 Absatz 1 Buchstabe k und Absätze 2 und 3 KAG und wird an die parlamentarische Initiative 10.450 Den Verkauf von Bankkundendaten hart bestrafen angeglichen.

Art. 120 Unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen

Die Bestimmung entspricht Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe a BankG. Publikumseinlagen entgegennehmen dürfen nur Wertpapierhäuser und Banken (vgl. Art. 13 Abs. 1, Art. 40 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 1), wobei Wertpapierhäuser im Unterschied zu Banken das Zinsdifferenzgeschäft nicht betreiben dürfen (vgl. Art. 40 Abs. 3).

¹⁵⁸ Verordnung vom 29. September 2006 über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung); SR 331

Art. 121 Verletzung von Aufzeichnungs- und Rechnungslegungsvorschriften

Absatz 1 Buchstabe a entspricht Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe b BankG, 42a Absatz 1 Buchstabe a BEHG und Artikel 148 Absatz 1 Buchstabe e KAG. Dabei wird die Verletzung der Buchführungspflichten durch das Wertpapierhaus analog der heutigen Regelung im BankG und im KAG zu einem Vergehen.

Absatz 1 Buchstabe b entspricht Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe c BankG, welcher bereits bis anhin auch für Wertpapierhäuser galt (vgl. Art. 16 BEHG), sowie Artikel 148 Absatz 1 Buchstabe g KAG.

Art. 122 Verletzung der Bestimmung über den Schutz vor Verwechslung und Täuschung der Meldepflichten

Absatz 1 Buchstabe a entspricht Artikel 49 Absatz 1 Buchstaben a und c BankG sowie Artikel 149 Absatz 1 Buchstabe a KAG. Im BEHG war eine analoge Bestimmung bis anhin nicht enthalten, da eine Bestimmung über den Schutz vor Verwechslung und Täuschung ebenfalls fehlte.

Absatz 1 Buchstabe b entspricht Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe b BankG und sinngemäss Artikel 149 Absatz 1 Buchstabe d KAG. Im BEHG war eine analoge Bestimmung bis anhin aus ungeklärten Gründen nicht explizit enthalten.

6. Titel: Schlussbestimmungen

Art. 123 Vollzug

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, werden die bestehenden Verordnungen zu den bisherigen Spezialgesetzen bestehen bleiben und nur soweit als notwendig angepasst.

Art. 124 Aufhebung und Änderung anderer Erlasse

Die umfassende Anpassung anderer Erlasse wird im Anhang geregelt. Massgeblich geändert werden das KAG und das FINMAG. Das BankG wird vollständig ins FINIG übergeführt und kann somit aufgehoben werden. Das BEHG wird zum Teil im FinfraG und zum Teil im FINIG eingegliedert und kann somit ebenfalls aufgehoben werden.

Art. 125 Übergangbestimmungen

Abs. 1

Der erste Absatz gilt für die qualifizierten Vermögensverwalter, Fondsleitungen, Wertpapierhäuser und Banken, 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, 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 FINMA 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 unterstellt werden, sind von der Pflicht zur Einholung einer Bewilligung befreit, sofern sie keine neuen Kundinnen und Kunden annehmen.

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 unterstellt und zur Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen verpflichtet werden.

Abs. 4

Um den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden, wird der Aufsichtsbehörde 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.

2.4 Aufhebung und Änderung anderer Erlasse

2.4.1 Bankengesetz¹⁵⁹

Das BankG wird ins FINIG überführt. Es kann folglich aufgehoben werden.

2.4.2 Börsengesetz¹⁶⁰

Das BEHG wird wie das BankG ins FINIG überführt. Es kann folglich ebenfalls aufgehoben werden.

¹⁵⁹ SR 952.0

¹⁶⁰ SR 954.1

2.4.3 Pfandbriefgesetz¹⁶¹

Art. 3 und 42

Der Begriff der Kantonalbank wird neu nicht mehr im BankG, sondern im FINIG definiert. Auch die heute im BankG geregelten insolvenzrechtlichen Massnahmen werden ins FINIG überführt. In den vorliegenden Bestimmungen werden daher die Verweise auf das BankG entsprechend angepasst.

2.4.4 Obligationenrecht¹⁶²

Art. 227b Abs. 1, 633 Abs. 1, 651 Abs. 5, 653 Abs. 3 Ziff. 4, 653e Abs. 2, 704 Abs. 1 Ziff. 4, 1126 Abs. 2, 1135 und Art. 16 Schlussbestimmungen

Das BankG wird ins FINIG überführt. Die in den vorliegenden Artikeln enthaltenen Verweise auf das BankG werden entsprechend angepasst.

Art. 689d Abs. 3

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

Art. 1135

In der Bestimmung wird der Begriff «Firmen» durch «Banken» ersetzt.

2.4.5 Bundesgesetz über den Konsumkredit¹⁶³

Art. 39 Abs. 3 Bst. a

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

2.4.6 Revisionsaufsichtsgesetz¹⁶⁴

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 Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) überprüft werden (Art. 16 Abs. 1 RAG). Der historische Gesetzgeber ist

¹⁶¹ SR 211.423.4

¹⁶² SR 220

¹⁶³ SR 221.214.1

¹⁶⁴ SR 221.302

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

Da die Finanzintermediäre gemäss Artikel 2 Absatz 3 GwG sich künftig einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen müssen und nicht mehr direkt der FINMA unterstellt werden, muss diese Bestimmung (Bst. a) angepasst werden.

Zudem wird die Kompetenz des Bundesrats auf die Prüfungsgesellschaften und die leitenden Prüferinnen und Prüfer im Sinne von Artikel 83 Absatz 3 FINIG ausgedehnt (vgl. auch Ausführungen zur Artikel 83 FINIG).

Art. 16 Abs. 1^{bis}

Diese Bestimmung ist an den um die Vermögensverwalter nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a FINIG ergänzten Artikel 9a Absatz 4 anzupassen. Während die Prüfungsaufsicht über die Finanzintermediäre nach Artikel 2 Absatz 3 GwG nunmehr durch die Selbstregulierungsorganisationen erfolgt, beaufsichtigt die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde die Revisionsunternehmen, welche die Vermögensverwalter prüfen.

Art. 24 Abs. 4 Bst. b und c

Artikel 47 BankG und Artikel 43 BEHG werden in Artikel 119 FINIG überführt. Vorliegende Bestimmung wird entsprechend angepasst.

Art. 25a Selbstregulierungsorganisationen

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

2.4.7 Kartellgesetz¹⁶⁵

Art. 9 Abs. 3

Die Rechnungslegungsvorschriften des BankG werden ins FINIG überführt. Der in vorliegender Bestimmung enthaltene Verweis auf das BankG wird entsprechend angepasst.

2.4.8 Zivilprozessordnung¹⁶⁶

Art. 5 Abs. 1 Bst. h

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

2.4.9 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁶⁷

Art. 173b

In dieser Bestimmung wird der Begriff des Effekthändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses. Zudem werden in der Bestimmung neu der Vollständigkeit halber neben den Banken und Wertpapierhäusern sämtliche Institute erwähnt, für die ebenfalls spezialgesetzliche Konkursvorschriften in den Finanzmarktgesetzen bestehen (qualifizierte Vermögensverwalter im Sinne von Vermögensverwaltern für kollektive Kapitalanlagen und für Finanzmarktinfrastrukturen) oder für die mit dem FINIG neue solche Vorschriften geschaffen werden (Vermögensverwalter und qualifizierte Vermögensverwalter, die neue der Aufsicht der FINMA unterstellt werden).

Art. 219 Abs. 4, 2. Klasse, Bst. f

Artikel 37a BankG wird in Artikel 106 FINIG überführt. Der Verweis in vorliegender Bestimmung wird entsprechend angepasst.

2.4.10 Bundesgesetz über die Stempelabgaben¹⁶⁸

Art. 6 Abs. 1 Bst. l, 13 Abs. 3 und 37 Abs. 5

Das BankG wird ins FINIG überführt. Die in den vorliegenden Artikeln enthaltenen Verweise auf das BankG werden entsprechend angepasst.

¹⁶⁵ SR 251

¹⁶⁶ SR 272

¹⁶⁷ SR 281.1

¹⁶⁸ SR 641.10

2.4.11 Mehrwertsteuergesetz¹⁶⁹

Art. 78 Abs. 6

In dieser Bestimmung werden die Verweise auf das geltende Recht angepasst.

2.4.12 Verrechnungssteuergesetz¹⁷⁰

Art. 5 Abs. 1 Bst. g und 40 Abs. 5

Das BankG wird ins FINIG überführt. Die in den vorliegenden Artikeln enthaltenen Verweise auf das BankG werden entsprechend angepasst.

2.4.13 Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft¹⁷¹

Art. 3 Abs. 3

In der Bestimmung wird der Begriff des Effekthändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses. Ausserdem werden die Verweise auf das mit dem FINIG aufgehobene BankG und das BEHG angepasst.

2.4.14 Nationalbankgesetz¹⁷²

Art. 15 Abs. 1 und 22 Abs. 1

In den Bestimmungen wird der Begriff des Effekthändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses. Zudem werden diese Bestimmungen ihrem Zweck entsprechend an die Revisionen im Kollektivanlagenbereich angepasst, um auch die gesellschaftsrechtlich organisierten kollektiven Kapitalanlagen zu erfassen.

Art. 26 Abs. 2 und 52 Abs. 1

Das BankG wird ins FINIG überführt. Die in den vorliegenden Artikeln enthaltenen Verweise auf das BankG werden entsprechend angepasst.

Art. 52 Abs. 1

Die Verweise dieser Bestimmungen werden an die Überführung des BankG ins FINIG angepasst.

¹⁶⁹ SR 641.20

¹⁷⁰ SR 642.21

¹⁷¹ SR 641.91

¹⁷² SR 951.11

2.4.15 Kollektivanlagengesetz¹⁷³

Art. 2 Abs. 2 Bst. h und Abs. 2^{bis}

Absatz 2 Bst. h steht neu in Artikel 21 Absatz 2 FINIG. Absatz 2^{bis} KAG wird ersatzlos gestrichen, da mit dem FINIG alle Vermögensverwalter einer Aufsicht unterstellt werden.

Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c

Der Verweis auf die Finanzintermediäre als qualifizierte Anleger im KAG wird an die neue Liste der Anlegerkategorien des Finanzdienstleistungsgesetzes angepasst (Bst. b).

Da alle Vermögensverwalter nunmehr prudenziell beaufsichtigt werden, fallen die Vermögensverwalter im Sinne von Artikel 17 FINIG neu unter die Kategorie der Finanzintermediäre gemäss Artikel 10 Absatz 3 Buchstabe a KAG. Buchstabe c wird hinfällig.

Art. 13 Abs. 2 Bst. a und f, 18–18c, 28–35

Da die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen sowie die Fondsleitungen neu in den Geltungsbereich des FINIG fallen, werden die entsprechenden Bestimmungen im KAG ersatzlos gestrichen.

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

Zurzeit verfügen rund 365 Vertriebsträger kollektiver Kapitalanlagen über eine Bewilligung der FINMA. Sie unterliegen jedoch nicht einer prudenziellen Überwachung durch die FINMA. 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 Einführung einer 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 festgelegte Registrierungspflicht für Kundenberaterinnen und -berater auf. Vorliegende Bestimmungen können damit aufgehoben werden.

¹⁷³ SR 951.31

Art. 14 Abs. 1 Bst. a und a^{bis}, Abs. 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 Geschäftsführung zu bieten, sondern auch die bewilligungspflichtigen Personen als solche, mithin die SICAV, die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, die SICAF, die Depotbank und der Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 10 FINIG).

Art. 18–18c

Die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen werden neu im FINIG geregelt, weshalb der 2. Abschnitt des 3. Kapitel aufgehoben werden kann.

Art. 36 Abs. 3

Die Bestimmung wird an die Überführung der Fondsleitung in den Geltungsbereich des FINIG angepasst.

Art. 45

Der Verweis auf die börsengesetzlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote wird auf die neue Bestimmung des FinfraG angepasst.

Art. 51 Abs. 5, 72 Abs. 1 und 121 Abs. 1

Die Verweise werden an die neuen Bestimmungen des FINIG angepasst.

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. 126 Abs. 1 Einleitungssatz und Bst. a, 3 Bst. a

Der Einleitungssatz von Absatz 1 wird an die Änderung des RAG angepasst.

Im Rahmen des KAG prüft die beauftragte Prüfgesellschaft nur noch die von der Fondsleitung verwalteten Anlagefonds. Die Prüfung der Fondsleitung selber untersteht den Bestimmungen des FINIG.

Art. 137 Abs. 1

Diese Bestimmung wird an die Änderung von Artikel 13 KAG angepasst.

Art. 138c

Der Verweis auf die Regelung ausländischer Insolvenzverfahren wird angepasst.

Art. 145 Abs. 1 Bst. a und f, Abs. 4

Die in Absatz 1 Buchstabe a und in Absatz 4 zitierte Fondsleitung wird nunmehr durch das FINIG geregelt. Für die Verantwortlichkeit der Bewilligungsträger gelten grundsätzlich die entsprechenden obligationenrechtlichen Bestimmungen. Die strengere Haftung bei einer Übertragung von Aufgaben an Dritte wird in Artikel 15 FINIG für alle Bewilligungsträger geregelt.

Die Bestimmung wird zudem an die Aufhebung der Bewilligungspflicht für Vertriebsträger angepasst.

Art. 148 Abs. 1 Bst. d und k

Buchstabe d wird an die Aufhebung der Bewilligungspflicht für den Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen angepasst (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 13 Abs. 2 Bst. g und Art. 19 KAG).

Buchstabe k wird mit der Überführung der Bestimmungen über die Fondsleitung ins FINIG überführt und kann damit ebenfalls aufgehoben werden.

2.4.16 Geldwäschereigesetz¹⁷⁴

Art. 2 Abs. 2 Bst. a, a^{bis}, b^{bis}, d und Abs. 3 Bst. e

Abs. 2

Das BankG wird ins FINIG überführt. Der in Buchstabe a enthaltene Verweis auf das BankG wird entsprechend angepasst. Die in Buchstabe b^{bis} bisher aufgeführten Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen werden im neuen Buchstaben a^{bis} als qualifizierte Vermögensverwalter mit den Vermögensverwaltern im Sinne des FINIG erfasst.

Buchstabe a^{bis} enthält im Übrigen neu auch die Vermögensverwalter nach den Artikeln 17 ff. FINIG. Sie fielen bis anhin als Finanzintermediäre des Parabankensektors unter Artikel 2 Absatz 3 GwG. Ihre Aufnahme in Absatz 2 Buchstabe a^{bis} rechtfertigt sich, da sie neu einer prudenziellen Aufsicht unterstellt werden. Sie können sich damit in Zukunft keiner Selbstregulierungsorganisation nach dem GwG mehr anschliessen (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 12 GwG).

In Buchstabe d wird schliesslich der Begriff des Effektenhändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses und der Verweise auf das BEHG wird angepasst.

Art. 12

Die Unterstellung der Vermögensverwalter und sämtlicher qualifizierter Vermögensverwalter unter eine prudenzielle Aufsicht 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

¹⁷⁴ SR 955.0

an eine Selbstregulierungsorganisation ist damit für sie in Zukunft nicht mehr möglich. Vorliegende Bestimmungen werden entsprechend angepasst.

Art. 12, 14, 18 Abs. 1 Bst. b, e und f, 19a–20 und 28 Abs. 2–4

Finanzintermediäre des Parabankenbereichs müssen sich entweder einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen oder bei der FINMA eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einholen (sog. direkt unterstellte Finanzintermediäre [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 Vertriebsträgern von kollektiven Kapitalanlagen (vgl. Ausführungen zu Art. 13 KAG) 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 335 DUFİ, von welchen 166 zukünftig einer prudenziellen Aufsicht unterstellt werden und damit ihren DUFİ-Status verlieren (vgl. diesbezüglich die Erläuterungen zu Art. 12 GwG). Eine prudenzielle Beaufsichtigung der verbleibenden 169 DUFİ scheidet auch 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 Selbstregulierungsorganisation ersetzt. Eine solche Anschlusspflicht ist gemäss einem im Auftrag des EFD erstellten Rechtsgutachten 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 Selbstregulierungsorganisation 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 Selbstregulierungsorganisation werden weiterhin dem Grundsatz nach auf Gesetzesstufe (Art. 14) verankert. Auf die Voraussetzung des Handelsregistereintrags und der behördlichen Bewilligung gemäss Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe a aGwG 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 DUFİ werden aufgehoben.

Art. 16 Abs. 1, Einleitungssatz und 17, 29, 29a Abs. 3 und 4, 34 Abs. 2, 35 Abs. 2

Die Aufsichtsbehörde gemäss FINIG und FINMAG verfügt im Bereich der Geldwäschereibekämpfung über dieselben Kompetenzen wie die FINMA und die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK). Sie hat ebenso dieselben Pflichten wahrzunehmen. Aus diesem Grund wird sie in den betreffenden Gesetzesbestimmungen hinzugefügt.

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 Selbstregulierungsorganisation, 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 korrigiert.

2.4.17 Finanzmarktaufsichtsgesetz¹⁷⁵

Mit der Einführung der Aufsichtsorganisation gemäss FINIG regelt das FINMAG künftig in einem neuen Titel die Bestimmungen zur neuen Aufsichtsorganisation. Die bisherigen Kapitel werden neu zu Titeln, die Abschnitte zu Kapiteln.

Art. 1 Abs. 1 Bst. d und e, Abs. 2

Anstelle des aufzuhebenden BankG wird unter Absatz 1 Buchstabe d das neue FINIG aufgeführt. Mit der ersatzlosen Aufhebung des BEHG kann Absatz 1 Buchstabe e gestrichen werden. Absatz 2 wird an die Neuformulierung von Absatz 1 angepasst.

Art. 3 Bst. a und c

Registrierte Personen werden von der Aufsichtsbehörde nicht beaufsichtigt. Aus Gründen der Rechtssicherheit werden sie deshalb aus der Liste der Beaufsichtigten gestrichen (Bst. a).

Da mit der Revision des RAG die Aufsichtskompetenz über die Prüfgesellschaften bei der Revisionsaufsichtsbehörde gebündelt wird, ist Buchstabe c obsolet geworden und zu streichen.

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) sachgerechter unter den (neuen) 1. Titel des Gesetzes, der die allgemeinen Bestimmungen beinhaltet.

¹⁷⁵ SR 956.1

Gliederungstitel vor dem neuen Artikel 5:

2. Titel: Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA), (Art. 5–43)

Art. 15 Abs. 2 Bst. a und d

In Buchstabe a wird neu auf das FinfraG und das FINIG verwiesen, anstatt auf das BEHG.

In Buchstabe d ist der 2. Teilsatz mit Bezug auf die DUFI zu streichen, da sich diese nunmehr einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen müssen.

Art. 31

Dem bestehenden wird ein zweiter Absatz beigefügt, der Artikel 133 Absatz 3 KAG entspricht.

Art. 32 Feststellungsverfügung und Ersatzvornahme

Im Hinblick darauf, dass die Vermögensverwalter von einer Aufsichtsorganisation beaufsichtigt werden, muss die FINMA als staatliche Aufsichtsbehörde über die Kompetenz zur Ersatzvornahme verfügen. Damit wird die prudenzielle Aufsicht über die von einer Aufsichtsorganisation beaufsichtigten Bewilligungsträger gewährleistet.

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 sowohl die für den Handel mit Finanzinstrumenten verantwortlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eines Beaufsichtigten (Bst. a) als auch die Kundenberaterinnen und -berater im Sinne des FIDLEG (Bst. b).

Künftig soll sodann das Tätigkeitsverbot nur im Wiederholungsfall dauernd verhängt werden können.

Art. 37 Entzug der Bewilligung, der Anerkennung oder der Zulassung

Diese Bestimmung wird an die Änderung in Artikel 3 angepasst. Ein Entzug der Registrierung durch die FINMA würde voraussetzen, dass registrierte Personen von ihr beaufsichtigt werden. Mit der Streichung der Registrierung aus dieser Bestimmung wird verhindert, dass der Anschein entsteht, registrierte Personen würden durch die FINMA beaufsichtigt.

Art. 41a Zustellung von Urteilen

Diese Bestimmung entspricht Artikel 140 KAG. Mit der Ergänzung in Absatz 2 wird einerseits sichergestellt, dass auch die Aufsichtsorganisation in Kenntnis der Urteile in Streitigkeiten zwischen dem Bewilligungsträger und Anlegern gesetzt wird. Andererseits wird auch festgelegt, dass die FINMA als staatliche Aufsichtsbehörde

und Aufsichtsbehörde über die Aufsichtsorganisation Ansprechpartner der gerichtlichen Behörden bleibt.

Gliederungstitel nach Artikel 43

3. Titel: Aufsichtsorganisation (AO)

Im (neuen) dritten Titel des FINMAG wird die Aufsichtsorganisation reguliert, die als halbstaatliche Aufsichtsbehörde die Vermögensverwalter beaufsichtigt.

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 43a Aufgaben

Die Aufsichtsorganisation erteilt Vermögensverwaltern nach Artikel 17 die Bewilligungen und beaufsichtigt deren Tätigkeit (Abs. 1). Unter ihre Zuständigkeit fallen ebenfalls qualifizierte Vermögensverwalter, die gemäss der *de minimis*-Regel von Artikel 21 Absatz 2 in die Kategorie der Vermögensverwalter fallen.

Im Gegensatz zur FINMA hat die Aufsichtsorganisation keine Regulierungskompetenz. Sie kann indes die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung in ihrem Aufsichtsbereich in Rundschreiben erläutern. Diese sind von der FINMA zu genehmigen (Abs. 2).

Dem Bundesrat wird die Kompetenz eingeräumt, die Errichtung mehrerer AO zuzulassen. Damit soll vermieden werden, dass ein Aufsichtsvakuum für die Vermögensverwalter entsteht, falls keine einheitliche AO errichtet werden kann. Um in einem solchen Fall eine Arbitrage der Vermögensverwalter zu verhindern, soll der Bundesrat zudem entsprechende Abgrenzungsregeln aufstellen können. In jedem Fall wird nur eine geringe Anzahl an AO eine effiziente prudenzielle Aufsicht über die Vermögensverwalter gewährleisten können. Aus diesem Grund werden die im GwG-Bereich bestehenden SRO ihre Tätigkeit auch nicht als AO fortführen können.

Art. 43b Information der FINMA

Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hat die Aufsichtsorganisation die FINMA regelmässig über ihre Tätigkeit zu informieren.

Die Aufsichtsorganisation verfügt – mit Ausnahme des Berufsverbots, der Einziehung und des Untersuchungsbeauftragten (Art. 33, 35 und 36 FINMAG) – über dieselben Aufsichtsinstrumente wie die FINMA. Die Aufsichtsorganisation hat der FINMA mitzuteilen, wenn sie ein Tätigkeitsverbot ausspricht. Nur so kann gewährleistet werden, dass die FINMA im Rahmen ihrer eigenen Aufsichtstätigkeit über alle auf dem Finanzmarkt betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter informiert ist.

Art. 43c Information der Öffentlichkeit und Datenverarbeitung

Für die Aufsichtsorganisation gelten gegenüber der Öffentlichkeit dieselben Informationspflichten wie für die FINMA.

2. Kapitel: Organisation

Art. 43d Rechtsform und Organisation

Eine Aufsichtsorganisation muss eine Aktiengesellschaft sein und ihren Sitz sowie die Hauptverwaltung in der Schweiz haben (Abs. 1).

Um Transparenz über die Eigentümerverhältnisse zu wahren, dürfen nur Namenaktien ausgegeben werden (Abs. 2).

Sodann soll die AO möglichst von den von ihr Beaufsichtigten bestimmt werden, weshalb die Eigentumsverhältnisse in angemessenem Rahmen diese Branche widerspiegeln sollen (Abs. 3).

Die Anforderungen an die Organisation der Aufsichtsorganisation entsprechen ferner denjenigen, die für die Bewilligungsträger gelten (vgl. Art. 8 Abs. 1). Strengere Regeln als für bisherige Selbstregulierungsorganisationen gelten hingegen hinsichtlich der Unabhängigkeit (Abs. 4).

Art. 43e Organe

Die Organe der Aufsichtsorganisation sind die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle.

Art. 43f Generalversammlung

Die Generalversammlung ist Wahlorgan für die Mitglieder des Verwaltungsrats. Sie wählt zudem auch deren Präsidentin oder dessen Präsidenten (Abs. 1).

Sowohl die Wahl des Verwaltungsrats als auch diejenige der Präsidentin oder des Präsidenten sind vom Bundesrat zu genehmigen.

Art. 43g Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat ist das strategische Organ der Aufsichtsorganisation (Abs. 1). Das Gremium muss sowohl die betroffenen Finanzinstitute als auch Lehre und Wissenschaft angemessen vertreten (Abs. 2). Seine Aufgaben umfassen (Abs. 3) die Wahl der Geschäftsleitung und deren Direktorin oder Direktor (Bst. a). Er beschliesst zudem die von der Geschäftsleitung zu verfassenden Rundschreiben und ist Erlassorgan des Organisationsreglements und der Richtlinien über die Informationstätigkeit der Aufsichtsorganisation (Bst. b und c). Die Wahlen und Beschlüsse gemäss Absatz 3 müssen von der FINMA genehmigt werden (Abs. 4).

Art. 43h Geschäftsleitung

Die Geschäftsleitung nimmt die operativen Funktionen der Aufsichtsorganisation wahr (Abs. 1). Im Gegensatz zu den Mitgliedern der Aufsichtsorganisation und des Verwaltungsrats müssen ihre Mitglieder von den in ihren Aufsichtsbereich fallenden Finanzinstituten unabhängig sein (Abs. 2). Auch müssen ihre Mitglieder – im Gegensatz zu den Mitgliedern im Verwaltungsrat – Gewährsanforderungen erfüllen und fachliche Qualifikationen aufweisen. Die Genehmigung der Wahl der Geschäftsleitung durch die FINMA hat sich insbesondere nach diesen Anforderungen

auszurichten (Abs. 3). Die Geschäftsleitung ist zuständig für den Erlass der Verfügungen im Aufsichtsbereich der Aufsichtsorganisation (Abs. 4).

Art. 43i Revisionsstelle

Externe Revisionsstelle der Aufsichtsorganisation ist – wie für die FINMA – die EFK. Über das Ergebnis ihrer Prüfung hat sie neben dem Verwaltungsrat auch die FINMA zu informieren.

Art. 43j Amtsgeheimnis

Die Aufsichtsorganisation unterliegt zudem dem Amtsgeheimnis wie die staatliche Aufsichtsbehörde. Artikel 14 gilt sinngemäss für die Aufsichtsorganisation.

3. Kapitel: Finanzierung

Art. 43k Gebühren und Aufsichtsabgabe

Die Aufsichtsorganisation finanziert sich über ihre Tätigkeit durch die Erhebung von Gebühren für die Aufsichtstätigkeit und Dienstleistungen im Einzelfall. Soweit die Gebühren die Kosten der Aufsichtsorganisation nicht decken, leisten die Beaufsichtigten eine jährliche Aufsichtsabgabe (Abs. 1). Die Regelung lehnt sich an die Vorschriften über die Finanzierung der FINMA an (vgl. Art. 15 ff.).

Absatz 2 übernimmt die Kriterien, die bisher in Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe b FINMAG für die Beaufsichtigten nach KAG galten. Betroffen sind die qualifizierten Vermögensverwalter, mithin die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen.

Wie die FINMA ihre Gebühren und Abgaben in einer eigenen Verordnung regelt, soll auch die Aufsichtsorganisation einen Gebührentarif erlassen. Als deren Aufsichtsbehörde hat die FINMA ihn zu genehmigen (Abs. 3)

Art. 43l Reserven

Die Pflicht 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 (Abs. 2). Als angemessen gilt eine Frist von fünf Jahren.

Art. 43m Rechnungslegung, Verantwortlichkeit und Steuerbefreiung

Die für die FINMA geltenden Bestimmungen (Art. 18–20) sind sinngemäss auf die Aufsichtsorganisation anwendbar.

4. Kapitel: Aufsichtsmassnahmen

Art. 43n–43p

Für die Regelung der Prüfung und Aufsichtsinstrumente (Art. 43n) und der Zusammenarbeit mit inländischen Behörden (Art. 43o) sind die für die FINMA geltenden Bestimmungen sinngemäss anwendbar. Die Amtshilfe für ausländische Behörden bleibt hingegen im ausschliesslichen Kompetenzbereich der FINMA (Art. 43p).

5. Kapitel: Aufsicht über die AO

Art. 43q Aufsicht

Die FINMA übt keine Aufsicht über die Tätigkeit der Aufsichtsorganisation aus, sondern beaufsichtigt nur deren Organisation und Finanzierung. Aus diesem Grund ist die Aufsicht über die Aufsichtsorganisation gesondert und nicht unter Artikel 3 FINMAG geregelt. Vorbehalten bleibt die dem Bundesrat eingeräumte Kompetenz über die Wahl des Verwaltungsrats und dessen Präsidentin oder Präsidenten.

Art. 43r Aufsichtsinstrumente

Der FINMA wird die Kompetenz eingeräumt, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, wenn die AO die Vorschriften über die Organisation und ihre Finanzierung nicht einhält. Sie ist dabei nicht an das ihr vom FINMAG zugewiesene Aufsichtsinstrumentarium gebunden. Die AO ist verpflichtet, der FINMA die zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion notwendigen Informationen zu erteilen und Dokumente zu editieren. Die Abberufung von Personen, die keine Gewähr mehr bieten (Abs. 3), schliesst die Mitglieder des Verwaltungsrates aus, da diese der Kompetenz des Bundesrates zugeordnet sind. Als äusserste Massnahme kann die FINMA gestützt auf Absatz 4 die Aufsicht über die betroffenen Vermögensverwalter selber wahrnehmen.

Art. 48 Missachten von Verfügungen

Eine Missachtung von Verfügungen der Aufsichtsorganisation wird mit derselben Busse geahndet, wie die Missachtung einer Verfügung der FINMA.

Art. 54 Rechtsschutz

Da die FINMA eine autonome eidgenössische Anstalt ist (Art. 4 Abs. 1 FINMAG), sind ihre Verfügungen gestützt auf Artikel 1 Abs. 1 und 2 Bst. c und 44 VwVG mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Den Beaufsichtigten der Aufsichtsorganisation muss derselbe Rechtsschutz gewährt werden. Die Verfügungen der Aufsichtsorganisation werden deshalb 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 und den Rechtsschutz werden um die Verfügung einer Aufsichtsorganisation ergänzt. Ebenso ist die Aufsichtsorganisation wie die FINMA zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt (Abs. 4). Da die FINMA Aufsichtsbehörde über die Aufsichtsorganisation ist und gegebenenfalls die Aufsicht über die von der Aufsichtsorganisation Beaufsichtigten selber wahrnehmen muss, ist sie vom zuständigen Gericht zu konsultieren, wenn Verfügungen der Aufsichtsorganisation den Anfechtungsgegenstand bilden (Abs. 3).

2.4.18 Bucheffektengesetz¹⁷⁶

Art. 4 Abs. 2 Bst. a–c und Abs. 3

In den Bestimmungen wird der Begriff des Effekthändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses. Da die Banken, Wertpapierhäuser und Fondsleitungen neu im FINIG geregelt werden, erfolgt in Absatz 2 eine Anpassung der Verweise auf das BankG, das BEHG und das KAG.

2.4.19 Versicherungsaufsichtsgesetz¹⁷⁷

Art. 14 Abs. 1 und 1^{bis}

In der Bestimmung wird neu wie in den übrigen Finanzmarktgesetzes 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. 14a Steuerkonformität

Die Vorschriften des FINIG über die Steuerkonformität gelten sinngemäss auch für Versicherungsunternehmen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 11 FINIG).

Art. 54d

Die heute im BankG enthaltenen Bestimmungen über die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen und die Koordination mit ausländischen Insolvenzverfahren wird ins FINIG überführt. Der in der vorliegenden Bestimmung enthaltene Verweis auf das BankG wird entsprechend angepasst.

Art. 67

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).

Art. 72 Bst. b

In den Bestimmungen wird der Begriff des Effekthändlers ersetzt durch denjenigen des Wertpapierhauses.

Art. 75

In der Bestimmung wird neu wie in den übrigen Finanzmarktgesetzen ausdrücklich die unbestrittene Bewilligungspraxis der FINMA verankert, dass das beaufsichtigte

¹⁷⁶ SR 957.1

¹⁷⁷ SR 961.01

Institut, vorliegend die Versicherungskonglomerat, selbst Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten muss (vgl. die Erläuterungen zu Art. 10 FINIG).

2.4.20 Finanzmarktinfrastrukturgesetz¹⁷⁸

Die im FinfraG enthaltenen Verweise auf das BankG werden durch Verweise auf das FINIG geändert. Zudem wird der Begriff des Effekthändlers durch denjenigen des Wertpapierhauses ausgetauscht.

3 Auswirkungen auf den Bund, Kantone und Gemeinden

Kantonale Justizbehörden – insbesondere jene in Kantonen mit einem bedeutenden Finanzplatz – könnten durch einen allfälligen Anstieg der Gerichtsfälle stärker beansprucht werden. Aufgrund der neu zugewiesenen Anerkennungs- und Aufsichtstätigkeit über anerkannte Ombudsstellen, werden die Kompetenzen des Bundes in diesem Bereich ausgeweitet. Dies dürfte mit einem gewissen zusätzlichen Ressourcenbedarf verbunden sein. Ein Mehraufwand für die prudenzielle Beaufsichtigung wird von den Unterstellten (über Gebühren) und nicht vom Steuerzahler getragen. Bund, Kantone und Gemeinden sind deshalb vom erweiterten Kreis der Beaufsichtigten nicht betroffen.

4 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die Regulierungsfolgeabschätzung zeigt, dass die Massnahmen der Sammelvorlage, bestehend aus dem FIDLEG und dem FINIG, geeignet sind, um den Kundenschutz im Finanzbereich zu stärken. Den teilweise höheren Kosten für die Betroffenen stehen die Stärkung der Rechte der Kundinnen und Kunden und damit auch eine Zunahme der Attraktivität des Schweizer Finanzplatzes gegenüber. Die Vorlagen weisen ein insgesamt ausgewogenes Kosten-Nutzen Verhältnis auf und tragen, indem sie auch internationale Entwicklungen beachten, zur Standortattraktivität der Schweiz bei. Für eine ausführliche Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen siehe auch die durch das EFD erstellte Regulierungsfolgenabschätzung zum FIDLEG und zum 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. Dies beinhaltet etwa

¹⁷⁸ SR xxx

die Einführung von internen Weisungen. Insbesondere für mittlere bis grössere Unternehmen dürfte dies marginale zusätzliche Aufwendungen bedeuten. Bereits beaufsichtigte Finanzinstitute wie etwa qualifizierte Vermögensverwalter 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 bessere Entscheidungen treffen können und erhöht die Rechtssicherheit.

4.1.2 Grenzüberschreitende Tätigkeit in die 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.

FIDLEG sieht insgesamt zwar eher restriktivere Anforderungen für die grenzüberschreitende Tätigkeit in die Schweiz vor als bisher (Eintrag ins öffentliche Register). Damit sollen jedoch inländische Anbieter von Finanzdienstleistungen gegenüber ausländischen nicht benachteiligt werden (*level playing field*) und sichergestellt werden, dass Schweizer Kundinnen und Kunden grundsätzlich nach Schweizer Recht klagen können. Dadurch wird der Kundenschutz gestärkt. Die grenzüberschreitende Tätigkeit wird aber nicht übermässig zum Beispiel durch einen Filialzwang eingeschränkt. Auf der Kostenseite dürften durch diese Regulierung die direkten Aufsichtskosten insgesamt zunehmen. 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.

FIDLEG sieht vor, dass neu alle Unternehmen (auch nicht-kotierte) grundsätzlich einen Prospekt veröffentlichen müssen. Zur Verbesserung der KMU-Verträglichkeit der Vorlage bestehen jedoch Ausnahmen und Erleichterungen. Beim Anbieten von Obligationen an Privatkunden 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. Der Prospekt unterliegt zudem der Prospektprüfung.

Durch eine vorgängige Prospektprüfung wird verhindert, dass mangelhafte Prospekte veröffentlicht werden. Für Anbieter ist die Produktdokumentationsprüfung jedoch potentiell 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 schlägt sich in höheren Gebühren für die Beaufsichtigten nieder.

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 deutlichen Stärkung des Kundenschutzes und stellen im betroffenen Bereich die konsequente Durchsetzung der vorgeschlagenen Regulierung sicher.

Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kundinnen und Kunden sollen gemäss vorliegender Vernehmlassungsvorlage nach Möglichkeit im Rahmen eines unbürokratischen Streitbeilegungsverfahrens durch eine anerkannte Ombudsstelle erledigt werden. Die Finanzierung der Ombudsstelle geschieht durch regelmässige Beiträge der Finanzdienstleister und durch Gebühren für jedes Verfahren, an dem sie beteiligt sind.

Der Prozesskostenfonds wird von allen Anbietern von Finanzdienstleistungen nach einem noch zu bestimmenden Schlüssel geöffnet. Mit der Möglichkeit einer Verbandsklage beziehungsweise eines Gruppenvergleichsverfahrens wird die Hürde für ein Verfahren zur Durchsetzung des Kundenschutzes zusätzlich gesenkt.

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 Mitarbeiter¹⁷⁹. 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 sind kaum im Geschäft mit sehr grossen Vermögen involviert und haben meist eine überschaubare Anzahl Kundinnen und Kunden aus der Schweiz oder dem europäischen Umfeld. Insgesamt verwalten die Vermögensverwalter nach Einschätzung der Branche rund 560 Milliarden Franken Kundengelder. Die durchschnittliche Bruttogewinnmarge eines Vermögensverwalters beträgt 0.8% 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

¹⁷⁹ Da die einfachen Vermögensverwalter bislang nicht beaufsichtigt werden, sind genaue statistische Informationen etwa bezüglich der Anzahl betroffenen Firmen oder der Höhe der verwalteten Kundengelder nicht vorhanden.

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 die laufenden, jährlichen Aufsichtskosten. Zur Ermittlung der Regulierungskosten wurden die Vermögensverwalter in drei Kategorien eingeteilt: Vermögensverwalter mit 1–3 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, 4–10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und mehr als 10 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Bei den nachfolgenden Schätzungen wird nicht danach unterschieden, welches Aufsichtsmodell gewählt wird (Unterstellung direkt bei FINMA oder unter eine separate Aufsichtsorganisation). Die Kosten sind somit neutral hinsichtlich der Aufsichtsstruktur.

Die *Initialkosten* sind – in allen drei Kategorien – hauptsächlich getrieben durch die Kosten der Bewilligungsprüfung und Beratungshonorare an Externe, die FINMA-Bewilligungsgebühren 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 Franken¹⁸⁰. 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 pro Fall 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. Zur Begrenzung dieser Opportunitätskosten wäre es deshalb aus ökonomischer Perspektive empfehlenswert, den Bewilligungsprozess auf Gesetzesstufe zu regulieren. So könnte der Aufsichtsbehörde – ähnlich wie für alle Behörden der Bundesverwaltung, die einer gesuchstellenden Person die Zustimmung für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erteilen¹⁸¹ sowie ähnlich wie für Aufsichtsbehörden in anderen Ländern und

¹⁸⁰ 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 2 300 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.

¹⁸¹ Die Verordnung des Bundesrates über Grundsätze und Ordnungsfristen für Bewilligungsverfahren (SR 172.010.14) legt Grundsätze bei erstinstanzlichen wirtschaftsrechtlichen Verfahren fest und gilt etwa wenn eine Behörde einer gesuchstellenden Person im Zusammenhang mit einer auf Erwerb ausgerichteten Tätigkeit eine Zustimmung erteilt. Sie enthält u.a. Ordnungsfristen, innert deren die betroffene Behörde der Bundesverwaltung den Entscheid zu einem Gesuch treffen muss. Gemäss Art. 4c sind Gesuche, die eine Bearbeitungszeit von mehr als einer Woche erfordern, innert drei Monaten nach Eingang des vollständigen Gesuchs zu beantworten.

Jurisdiktionen¹⁸² – eine Frist auferlegt werden, innert derer ein Entscheid über das Bewilligungsgesuch gefällt werden muss. Damit könnte auch die Rechtssicherheit gestärkt werden. Zusätzlich oder alternativ könnte beispielsweise eine Frist eingeführt werden, innert derer die Aufsichtsbehörde mitteilen muss, ob das eingereichte Gesuch vollständig ist.

Die *laufenden Kosten* sind – in allen drei Kategorien – hauptsächlich getrieben durch die Aufsichtsprüfung, die jährlichen Abgaben an die FINMA sowie die Kosten zur Aufrechterhaltung der organisatorischen Bewilligungsvoraussetzungen. Gemäss der unabhängigen Schätzung durch die ZHAW würden bei kleinen Vermögensverwaltern aufgrund der Unterstellung unter die Aufsicht jährlich rund 20 000 Franken höhere laufende Kosten pro Fall anfallen. Bei mittleren Vermögensverwaltern würden sich die laufenden Kosten um 41 000 Franken pro Fall erhöhen. Bei den grösseren Vermögensverwaltern dürften sich die laufenden Kosten pro Fall um 57 000 Franken pro Jahr erhöhen.

Für viele Vermögensverwalter dürfte 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 auch die KMU-Verträglichkeit der Vorlage erhöht und der staatliche Eingriff in die ökonomische Aktivität limitiert werden.

Ein möglicher Nachteil der Unterstellung der Vermögensverwalter ist der *moral hazard*. 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.

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 Gegen-

¹⁸² Die EU hat in allen drei relevanten Richtlinien (AIFMD, UCITS und MiFID) das Bewilligungsverfahren reguliert. Beispielsweise hat die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats dem Manager von alternativen Investmentfonds (AIFM) binnen drei Monaten nach Einreichung eines vollständigen Antrags schriftlich mitzuteilen, ob die Zulassung erteilt ist. Die zuständige Behörde kann diesen Zeitraum um bis zu drei zusätzliche Monate verlängern, wenn sie dies aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls für notwendig erachtet.

zug 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 und allfällige Prozesse zu vermeiden. Den Finanzdienstleistern dürften zudem höhere Regulierungskosten anfallen, sofern diese nicht auf die Kundinnen und Kunden überwältzt werden können. Diese entstehen etwa durch die Mitfinanzierung der Ombudsstellen sowie des Prozesskostenfonds. Wie stark diese Kostenzunahme ausfällt, kann nicht im Voraus beziffert werden. Aufgrund der heute bereits gängigen Praxis dürften diese Kosten aber angesichts der grossen Volumen relativ gering ausfallen.

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 von 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 auf die reine Anlageberatung einzuschränken.
- FIDLEG betrifft nicht nur Finanzdienstleister sondern als Emittenten von Obligationen oder Aktien auch die Unternehmen aller Branchen. Die in FIDLEG enthaltenen Erleichterungen und Fristen bezüglich Prospektspflicht sollen jedoch verhindern, dass der Finanz- und Kapitalmarkt Schweiz durch die Erhöhung der Transparenzanforderungen an Wettbewerbsfähigkeit verliert.
- Die Verbandsbeschwerde beziehungsweise Gruppenvergleichsverfahren tragen zu einer Stärkung des Konsumentenschutzes und einer Reduktion der Transaktionskosten bei. Der Rechtsdurchsetzungsprozess für kleine Schadenssummen wird dadurch vereinfacht. Ohne die Möglichkeit der Verbandsbeschwerde müssten demgegenüber ebenso viele Fälle behandelt werden wie Kläger auftreten.
- Die zwölf bisher von der FINMA anerkannten Selbstregulierungsorganisationen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung könnten ihre Tätigkeiten zum Teil nicht mehr in der gleichen Art und Weise wie bisher weiterführen.
- 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 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. Eine Konzentration im Markt für Vermögensverwaltung kann gleichbedeutend mit einer längerfristig tieferen Wettbewerbsintensität sein.

Eine mögliche 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.

Die Massnahmen des FIDLEG und des FINIG stärken insgesamt die Standortattraktivität des Vermögensverwaltungsgeschäfts – traditionell ein zentrales Standbein des Schweizer Finanzplatzes. 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 viele Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern an Vertrauen in den Finanzmarkt eingebüsst haben¹⁸³. FIDLEG trägt schliesslich auch internationalen Entwicklungen Rechnung, so dass 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 (GS-EFD)

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 25. Januar 2012¹⁸⁴ 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 Vertriebsbericht der FINMA festgestellten Mängeln sowie der internationalen Entwicklung im Finanzmarktbereich nicht bis zur nächsten Legislaturplanung zugewartet werden kann. Sie ist mit der Finanzmarktstrategie des Bundesrates vereinbar.

¹⁸³ Aktuelle Bankenfragen 2013, Meinungen und Vorstellungen der Schweizer Bürger, Studie durchgeführt für die Schweizerische Bankiervereinigung – Basel durch das Institut M.I.S Trend SA – Lausanne/Bern.

¹⁸⁴ BBl 2012 481

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Das FIDLEG stützt sich auf Artikel 95, 97, 98 und 122 Absatz 1 der Bundesverfassung. Das FINIG stützt sich auf 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, indem an manchen Stellen Ausnahmeregelungen und Erleichterungen vorgesehen werden, sofern der Kundenschutz gewährleistet bleibt (vgl. z.B. 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 Vorlage ist mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar.

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, 16, 17, 18, 25, 47, 48, 52 Abs. 2, 53 Abs. 4 Satz 2, 70 und 88 FIDLEG, sowie Art. 6, 13, 40 und 112 FINIG) wird auf die Erläuterungen zu den entsprechenden Artikeln verwiesen.