

Grundriss und pragmatische Umsetzung des FIDLEG und FINIG (samt Entwürfe der Vollzugsverordnungen)

Bulletin 6/2018

Zürich, November 2018

Management Summary

Das FIDLEG und FINIG betreffen die Erbringung von Finanzdienstleistungen, das Angebot von Finanzinstrumenten und die Bewilligung von Finanzinstituten. Die neuen Anforderungen können pragmatisch umgesetzt werden. Sie sollten unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Unternehmens *individuell umgesetzt* werden. Sie sollten zudem *antizipativ umgesetzt* werden, um das Risiko von aufsichtsrechtlichen Massnahmen, strafrechtlichen Sanktionen und zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen in Zukunft möglichst zu reduzieren. Zu diesem Zweck sind vor allem geeignete interne Richtlinien und passende Standarddokumente erforderlich.



Dr. Alois Rimle
Rechtsanwalt, LL.M.

Inhalt

Neue Anforderungen und deren Umsetzung... 2

Neue Anforderungen im Finanzbereich..... 2

Individuelle Umsetzung..... 2

Antizipative Umsetzung..... 2

Erbringen von Finanzdienstleistungen 3

Gesetzesnormen 3

Sachlicher Geltungsbereich 3

Örtlicher Geltungsbereich 4

Kundensegmentierung 4

Kundeninformation 4

Erkundigungspflichten 4

Kundendokumentation und Rechenschaft 5

Sorgfalt bei Kundenaufträgen 5

Interessenkonflikte 5

Mitarbeitende und Kundenberater 6

Outsourcing..... 6

Anschluss an Ombudsstelle..... 6

Bewilligungspflicht und Aufsicht.....7

Strafrechtliche Sanktion.....7

Zivilrechtliche Haftung7

Pragmatische Umsetzung7

Unterstellungsanalyse7

Interne Richtlinien und andere Massnahmen7

Standard-Dokumente.....8

Zeitliche Umsetzung.....8

Anbieten von Finanzinstrumenten 8

Gesetzesnormen8

Sachlicher Geltungsbereich.....8

Örtlicher Geltungsbereich.....9

Prospekt für öffentliches Effektenangebot.....9

Prospekt für kollektive Kapitalanlagen 10

BIB für Privatkunden 10

Werbung für Finanzinstrumente 10

Anbieten von strukturierten Produkten 10

Bilden von internen Sondervermögen..... 10

Bewilligungspflicht und Aufsicht	10
Strafrechtliche Sanktionen	10
Zivilrechtliche Haftung	11
<i>Pragmatische Umsetzung</i>	11
Produktdesign und -analyse	11
Produkterstellung	11
Produktvertriebsweisung	11
Zeitliche Umsetzung	11
Bewilligungspflichtige Finanzinstitute	12
<i>Gesetzesnormen</i>	12
Sachlicher Geltungsbereich	12
Örtlicher Geltungsbereich	12
Bewilligungspflicht	13
Bewilligungsvoraussetzungen	13
Pflichten	13
Aufsicht	13
Strafrecht	13
Verantwortlichkeit	13
<i>Pragmatische Umsetzung</i>	13
Neue Bewilligung oder Bewilligungsanpassung	13
Zeitliche Umsetzung	14
Abkürzungsverzeichnis	14

Neue Anforderungen und deren Umsetzung

Neue Anforderungen im Finanzbereich

Die Gesetzesvorlagen des neuen Finanzdienstleistungsgesetzes (das «FIDLEG») und des neuen Finanzinstitutsgesetzes (das «FINIG») wurden am 15. Juni 2018 im Parlament verabschiedet. Zudem liegen seit dem 24. Oktober 2018 die Vernehmlassungsentwürfe folgender dazugehöriger Verordnungen vor: Finanzdienstleistungsverordnung («E-FIDLEV»), Finanzinstitutsverordnung («E-FINIV») und Aufsichtsorganisationsverordnung («E-AOV»). Beide Gesetzeserlasse samt Verordnungen dürften auf den 1. Januar 2020 in Kraft treten.

Bei den beiden neuen Gesetzeserlassen geht es im Wesentlichen um folgende Themenbereiche:

- Erbringung von Finanzdienstleistungen;
- Anbieten von Finanzinstrumenten;
- Bewilligung und Aufsicht von Finanzinstituten.

Die Regeln des FIDLEG orientieren sich inhaltlich nach der EU-Regelung (MiFID II, Prospekttrichtlinie,

PRIIPS), allerdings mit Anpassungen an die spezifischen schweizerischen Verhältnisse.

Individuelle Umsetzung

Jedes betroffene Unternehmen sollte auf der Grundlage der eigenen Geschäftstätigkeit eine Beurteilung (vorzugsweise in Form eines schriftlichen Memorandums) vornehmen, um die beste Art der Umsetzung der neuen gesetzlichen Anforderungen festzulegen. Das FIDLEG bietet in verschiedenen Bereichen alternative Umsetzungsmöglichkeiten an (z.B. Differenzierung zwischen Kundenkategorien). Des Weiteren können die besonderen Umstände des Unternehmens berücksichtigt werden. Jedes Unternehmen sollte für sich evaluieren, wie es die Anforderungen des FIDLEG unter Berücksichtigung der eigenen Verhältnisse am besten umsetzen kann. Dabei können insbesondere Grösse und Bedürfnisse des Unternehmens sowie bereits implementierte Prozesse und bestehende Unterlagen einbezogen werden.

Ist ein Unternehmen, das Finanzdienstleistungen erbringt, zusätzlich der MiFID II unterstellt, weil es Kunden sowohl in der Schweiz als auch im EU/EWR-Raum hat, stellt sich die Frage nach einer koordinierten Umsetzung. Folgende Ansätze sind denkbar:

- *Einheitliche Umsetzung*: Es wird für alle Kundenbeziehungen bei jeder Anforderung der jeweils höhere Standard angewendet.
- *Getrennte Umsetzung*: Es wird je nach Kundenbeziehung das anwendbare schweizerische oder anwendbare EU Recht angewendet.
- *Gemischte Umsetzung*: Es findet eine einheitliche Umsetzung statt, allerdings mit punktuellen Abweichungen aus Effizienzgründen.

Antizipative Umsetzung

Ein betroffenes Unternehmen sollte die Gesetzesnormen des FIDLEG und FINIG antizipativ umsetzen. Es sollte antizipieren, wie die Behörde oder der Richter die Ausgestaltung der eigenen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der neuen Gesetzeserlasse rückwirkend beurteilen würde. Auf diese Weise kann das Unternehmen das Risiko einer aufsichtsrechtlichen Massnahme, einer strafrechtlichen Sanktion oder einer Schadenersatzklage in Zukunft minimieren (vgl. RVP Bulletin 6/2017 zu Reduktion von Rechts- und Reputationsrisiken durch antizipative Normumsetzung im Unternehmen).

Die beiden Gesetze beinhalten neben aufsichts- und strafrechtlichen vereinzelt auch privatrechtliche Normen bzw. Normen mit Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung. Die Normen werden je nach Typus antizipativ etwas anders umgesetzt.

Bei der Umsetzung von *aufsichtsrechtlichen Normen* geht es nicht unmittelbar darum, rechtswidriges Verhalten im Einzelfall (z.B. Finanzdienstleistungen ohne vorausgehende Kundeninformation) zu vermeiden, sondern vielmehr darum, geeignete interne Massnahmen zu treffen, die das Risiko von rechtswidrigem Verhalten in Zukunft minimieren. Betroffene Unternehmen können aufsichtsrechtliche Massnahmen (z.B. Verbot der Geschäftstätigkeit, Infragestellung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit) vor allem durch geeignete interne Richtlinien vermeiden. Wenn sich aus den Richtlinien des Unternehmens eine angemessene interne Organisation ergibt, dürften im Fall einer Rechtsverletzung für gewöhnlich keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen ergriffen werden (vgl. Botschaft, S. 8963 ff.).

Bei der Umsetzung von *strafrechtlichen Normen* geht es darum, das strafrechtlich sanktionierte Verhalten möglichst zu vermeiden. Die Einhaltung entsprechender Normen wird vom Gesetzgeber als besonders wichtig erachtet, weshalb deren Missachtung mit strafrechtlichen Sanktionen bedroht ist. Betroffene Unternehmen können wiederum geeignete interne Richtlinien erlassen, um das Risiko von strafrechtlichen Sanktionen zu minimieren. Dabei sollten sie die Verantwortung der Normeinhaltung funktionsbezogen zuweisen und überwachen. Auf diese Weise dürften allfällige strafbare Handlungen zu Sanktionen gegen den fehlbaren Mitarbeitenden und nicht gegen das Unternehmen selbst führen.

Bei der Umsetzung von *privatrechtlichen Normen bzw. Normen mit Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung* geht es darum, möglichst zu vermeiden, dass Kunden bei Vermögensverlusten die Möglichkeit haben, erfolgreich gegen das Unternehmen auf Ersatz zu klagen. Betroffene Unternehmen sollten zu diesem Zweck angemessene Standard-Dokumente zur Ausgestaltung der Kundenbeziehung abfassen und einen Prozess für den Umgang mit Schadensfällen vorsehen.

Erbringen von Finanzdienstleistungen

Gesetzesnormen

Sachlicher Geltungsbereich

Finanzdienstleister müssen zum Schutz der Kunden verschiedene Anforderungen erfüllen. Sie sind unabhängig von der Rechtsform dem FIDLEG unterstellt, soweit sie Finanzdienstleistungen erbringen (Art. 2 FIDLEG). Es stellt sich dabei die Frage, wer «*Finanzdienstleister*» und was «*Finanzdienstleistungen*» sind. Der entsprechende sachliche Geltungsbereich des FIDLEG ergibt sich im Wesentlichen aus den folgenden Begriffsdefinitionen:

- *Finanzdienstleister* sind Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen erbringen, wobei Gewerbsmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt (Art. 3 lit. d FIDLEG). Nicht als Finanzdienstleister gelten Gesellschaften oder Einheiten eines Konzerns, die einzig für andere Gesellschaften oder Einheiten desselben Konzerns Finanzdienstleistungen erbringen (Art. 3 Abs. 2 E-FIDLEV).
- *Finanzdienstleistungen* sind die folgenden für Kunden erbrachte Tätigkeiten: (1) Erwerb oder Veräusserung von Finanzinstrumenten; (2) Annahme und Übermittlung von Aufträgen betreffend Finanzinstrumente; (3) Verwaltung von Finanzinstrumenten (Vermögensverwaltung); (4) Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung); (5) Kreditgewährung für Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten (Art. 3 lit. c FIDLEG). Nicht als Kunden gelten Gesellschaften eines Konzerns, für welche eine andere Gesellschaft desselben Konzerns eine Finanzdienstleistung erbringt (Art. 4 FIDLEG).
- *Finanzinstrumente* sind Effekten-Beteiligungspapiere, Effekten-Forderungspapiere, Anteile an kollektiven Kapitalanlagen, strukturierte Produkte, Derivate, Einlagen mit risiko- oder kursabhängigem Rückzahlungswert oder Zins (ausser Zins mit Bindung und Zinsindex) und Anleiensobligationen (Art. 3 lit. a FIDLEG).

Das FIDLEG enthält einen Katalog von Dienstleistern, die von der Unterstellung ausgenommen sind. Beispielsweise sind Versicherungsunternehmen und

Versicherungsvermittler nicht dem Gesetz unterstellt (Art. 2 FIDLEG).

Örtlicher Geltungsbereich

Örtlich ist die Erbringung von Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erfasst (Art. 3 lit. d FIDLEG). Dementsprechend gilt auch die FIDLEV für Finanzdienstleistungen, die gewerbmässig in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erbracht werden (Art. 2 Abs. 2 E-FIDLEV). Dabei dürfte etwa auch die Vermögensverwaltungstätigkeit für ausländische Kunden erfasst sein, wenn die Vermögenswerte bei einer Schweizer Depotbank liegen. Der örtliche Geltungsbereich wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 2 FIDLEV).

Kundensegmentierung

Der Finanzdienstleister hat seine Kunden, für die er Finanzdienstleistungen erbringt, folgenden Segmenten zuzuordnen: (1) Privatkunden, (2) professionelle Kunden, oder (3) institutionelle Kunden. Die verschiedenen Kundenkategorien werden im Gesetz definiert. Die Zuweisung eines Kunden zu einem Segment gilt für die gesamte, jeweilige Kundenbeziehung zum betreffenden Finanzdienstleister (Art. 4 Abs. 1 E-FIDLEV). Eine Kundensegmentierung ist ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn alle Kunden als Privatkunden behandelt werden (Art. 4 FIDLEG). Es besteht für gewisse Kundenkategorien die Möglichkeit eines Wechsels durch Opting-out oder Opting-in mittels einer schriftlichen Erklärung oder einer Erklärung in Textform. Finanzdienstleister informieren ihre Kunden, die nicht Privatkunden sind, vor dem Erbringen von Finanzdienstleistungen über die gesetzliche Möglichkeit des Opting-in (Art. 5 FIDLEG). Die Kundensegmentierung wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 4 und 5 E-FIDLEV).

Kundeninformation

Die Finanzdienstleister informieren die Privatkunden und professionelle Kunden über die Finanzdienstleistung mit gesetzlich vorgeschriebenem Inhalt vor Abschluss des Vertrags oder Erbringung der Dienstleistung in standardisierter Form auf Papier oder elektronisch (Art. 8 und 9 FIDLEG). Professionelle Kunden können ausdrücklich auf die Information verzichten (Art. 20 FIDLEG). Die Informationspflicht wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 6-11, 13, 14 und 22 E-FIDLEV).

Bei der persönlichen Empfehlung von Finanzinstrumenten stellt der Finanzdienstleister dem Privatkunden gegebenenfalls zusätzlich das *Basisinformationsblatt (BIB)* und auf Anfrage kostenlos einen *Prospekt* zur Verfügung (Art. 8 FIDLEG). Bei einer Beratung unter Abwesenden kann das Basisinformationsblatt mit Zustimmung des Privatkunden nach Abschluss des Geschäfts zur Verfügung gestellt werden. Dabei hat der Finanzdienstleister die Zustimmung zu dokumentieren (Art. 9 FIDLEG). Die Zurverfügungstellung des BIB und die Beratung unter Abwesenden werden in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 12 und 15 E-FIDLEV).

Werbung muss als solche gekennzeichnet werden (Art. 8 FIDLEG).

Erkundigungspflichten

Finanzdienstleister, die gegenüber *Privatkunden* eine Anlageberatung oder eine Vermögensverwaltung erbringen, müssen dabei eine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchführen (Art. 10 FIDLEG). Der Finanzdienstleister hat die Pflicht, sich beim Privatkunden zu erkundigen.

Bei der Anlageberatung für einzelne Transaktionen ohne Berücksichtigung des ganzen Kundenportfolios muss sich der Finanzdienstleister über die Kenntnisse und Erfahrungen seines Privatkunden erkundigen und vor der Empfehlung von Finanzinstrumenten prüfen, ob diese für die Kunden angemessen sind (*Angemessenheitsprüfung*) (Art. 11 FIDLEG; Art. 16 E-FIDLEV).

Bei der Anlageberatung unter Berücksichtigung des Kundenportfolios oder der Vermögensverwaltung muss sich der Finanzdienstleister über die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele sowie über die Kenntnisse und Erfahrungen seines Privatkunden erkundigen (*Eignungsprüfung*) (Art. 12 FIDLEG; Art. 16 E-FIDLEV). Die Eignungsprüfung wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 17 E-FIDLEV).

Bei der blossen Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen (Execution Only) muss der Finanzdienstleister den Privatkunden vor der Durchführung der Dienstleistung informieren, dass weder eine Angemessenheits- noch eine Eignungsprüfung durchgeführt wird (Art. 13 FIDLEG).

Wenn der Finanzdienstleister der Auffassung ist, dass ein Finanzinstrument für seine Privatkunden nicht angemessen oder geeignet ist, so rät er ihnen von der Erbringung der Dienstleistung ab. Mangelnde Kennt-

nisse und Erfahrungen können dabei durch Aufklärung kompensiert werden. Reichen die erhaltenen Informationen für eine Beurteilung der Angemessenheit oder Eignung eines Finanzinstruments nicht aus, so weist der Finanzdienstleister den Privatkunden vor der Erbringung der Dienstleistung darauf hin, dass er die Beurteilung nicht vornehmen kann (Art. 14 FIDLEG). Im Ergebnis darf der Finanzdienstleister die Privatkunden auch bei unzureichender Information oder bei Nichteignung des Geschäfts beraten, solange er sie entsprechend informiert und sie vor Erbringen der Dienstleistung über die fehlende Angemessenheit oder Eignung aufklärt und davon abrät (Botschaft, S. 8959).

Die im FIDLEG statuierten Verhaltensregeln für Finanzdienstleister sind öffentliches Recht. Sie können bei einem Gesetzesverstoss zu aufsichtsrechtlichen Massnahmen oder strafrechtlichen Sanktionen gegen das Unternehmen oder dessen Mitarbeitenden führen. Im Unterschied dazu hat der Zivilrichter das zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem Finanzdienstleister und seinen Kunden nach wie vor gestützt auf privatrechtliche Gesetzesbestimmungen zu beurteilen. Immerhin kann er zur Konkretisierung dieser Bestimmungen die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG heranziehen. Diese Verhaltenspflichten entfalten in diesen Fällen eine Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung (Botschaft, S. 8921).

Kundendokumentation und Rechenschaft

Die Finanzdienstleister trifft bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen gegenüber Privatkunden und professionellen Kunden eine *Dokumentationspflicht*. Verschiedene Informationen und Vereinbarungen sind zu dokumentieren (Art. 15 FIDLEG). Die Dokumentationspflicht wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 18 E-FIDLEV). Professionelle Kunden können auf die Dokumentation verzichten (Art. 20 FIDLEG; Art. 22 E-FIDLEV). Die Kundendokumentation muss auf geeignete Weise aufbewahrt werden.

Auf Anfrage des Kunden müssen Finanzdienstleister die Kundendokumentation zugänglich machen. Zudem haben Finanzdienstleister ihre Kunden auf Anfrage *Rechenschaft* abzugeben über (1) die vereinbarten und erbrachten Finanzdienstleistungen, (2) die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios; und (3) die mit den Finanzdienstleistungen

verbundenen Kosten (Art. 16 FIDLEG). Die Rechenschaftspflicht wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 19 E-FIDLEV).

Sorgfalt bei Kundenaufträgen

Bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen (Privatkunden und professionelle Kunden) müssen Finanzdienstleister den Grundsatz von Treu und Glauben und das Prinzip der Gleichbehandlung beachten. Sie sind zur bestmöglichen Ausführung von Kundenaufträgen in finanzieller, zeitlicher und qualitativer Hinsicht verpflichtet. Sie müssen eine Weisung über die Ausführung von Kundenaufträgen an die Mitarbeitenden erlassen (Art. 17, 18 und 20 FIDLEG). Die Sorgfalt bei Kundenaufträgen wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 20 und 21 E-FIDLEV). Standards für die Bearbeitung von Kundenaufträgen werden in Selbstregulierungen wie etwa den Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) festgelegt (Botschaft, S. 8961).

Die Verwendung von Finanzinstrumenten von Privatkunden oder professionellen Kunden ist nur bei gesonderter vorgängiger Zustimmung (schriftlich oder in Textform) zulässig. Ungedekte Geschäfte mit Finanzinstrumenten von Privatkunden sind nicht zulässig (Art. 19 FIDLEG).

Interessenkonflikte

Finanzdienstleister müssen angemessene organisatorische Vorkehrungen treffen, um Interessenkonflikte, die bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen entstehen können, zu vermeiden und die Benachteiligung der Kunden durch Interessenkonflikte auszuschliessen. Kann eine Benachteiligung der Kunden durch einen Interessenkonflikt nicht ausgeschlossen werden, so ist dies offenzulegen, damit die Kunden beurteilen können, ob sie an der Dienstleistung festhalten wollen. Solange Finanzdienstleister eine bestehende Interessenbindung offenlegen, verstossen sie grundsätzlich nicht gegen die Vorschriften des FIDLEG. Gewisse gravierende Verhaltensweisen wie *Churning*, *Front running* oder *Kursschnitte* bleiben hingegen stets unzulässig (Art. 25 FIDLEG; Botschaft, S. 8965). Die Interessenkonflikte und die damit verbundenen Pflichten werden in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 24-28 E-FIDLEV).

Hinsichtlich der Entschädigungen durch Dritte hat der Gesetzgeber im Wesentlichen die bundesgerichtliche Rechtsprechung übernommen: Finanzdienstleister dürfen im Zusammenhang mit der Erbringung

von Finanzdienstleistungen Entschädigungen von Dritten nur annehmen, wenn (1) sie die Kunden vor­gängig ausdrücklich über die Entschädigung infor­miert haben und diese darauf verzichten, oder (2) sie die Entschädigung vollumfänglich an die Kunden weitergeben (Art. 26 FIDLEG). Bei der Entschädi­gungsregelung der FIDLEG handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Regelung mit allenfalls Aus­strahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung (Botschaft, S. 8966). Die Entschädigung durch Dritte wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 29 E-FIDLEV).

Was die eigenen Mitarbeitenden betrifft, so müssen Finanzdienstleister Massnahmen vorsehen, mit denen verhindert werden kann, dass Mitarbeitende In­formationen, über die sie nur aufgrund ihrer Funk­tion verfügen, missbräuchlich für Geschäfte auf ei­gene Rechnung nutzen. Finanzdienstleister haben eine interne Weisung über die erforderlichen Über­wachungsmassnahmen zu erlassen (Art. 27 FIDLEG). Die Mitarbeitergeschäfte werden in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 30 E-FIDLEV).

Mitarbeitende und Kundenberater

Finanzdienstleister müssen durch interne Vorschrif­ten und eine angemessene Betriebsorganisation die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten sicherstellen (Art. 21 FIDLEG). Die Mitarbeitenden von Finanz­dienstleistern müssen über die notwendigen Fähig­keiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen (Art. 22 FIDLEG).

Besondere Regeln gelten für Kundenberater: *Kun­denberater* sind natürliche Personen, die im Namen eines Finanzdienstleisters oder selbst als Finanz­dienstleister Finanzdienstleistungen erbringen (Art. 3 lit. e FIDLEG). Sie müssen über hinreichende Kenntnisse über die geltenden Verhaltensregeln so­wie über das für ihre Tätigkeit notwendige Fachwis­sen verfügen (Art. 6 FIDLEG).

Kundenberater von inländischen Finanzdienstlei­stern, die nicht nach Art. 3 FINMAG beaufsichtigt wer­den, sowie Kundenberater von ausländischen Finanz­dienstleistern dürfen ihre Tätigkeit in der Schweiz erst ausüben, wenn sie in einem *Beraterregister* ein­getragen sind. Allerdings kann der Bundesrat pruden­ziell beaufsichtigte ausländische Finanzdienst­leister von der Registrierungs­pflicht ausnehmen, wenn sie ihre Dienstleistungen in der Schweiz aus­schliesslich gegenüber professionellen oder instituti­onellen Kunden erbringen. Die Voraussetzungen für eine Registrierung betreffen vor allem ausreichende

Kenntnisse, Berufshaftpflichtversicherung und An­schluss an eine Ombudsstelle (Art. 28 und 29 FIDLEG). Sie werden in der Verordnung weiter prä­zisiert (siehe Art. 31-33 E-FIDLEV). Der Inhalt des Beraterregisters ergibt sich aus Art. 30 FIDLEG. Re­gistrierte Kundenberater und der Finanzdienstleister, für den sie tätig sind, müssen der Registrierungs­stelle alle Änderungen von Tatsachen, die der Registrie­rung zugrunde liegen, melden (Art. 32 FIDLEG). Die Meldepflicht wird in der Verordnung weiter prä­zisiert (siehe Art. 41 E-FIDLEV). Das Beraterregister wird von der Registrierungs­stelle geführt, die von der FINMA zugelassen ist (Art. 31 FIDLEG). Die Regist­rierungs­stelle wird in der Verordnung weiter prä­zisiert (siehe Art. 34-40 und 43 E-FIDLEV).

Outsourcing

Finanzdienstleister können für die Erbringung von Finanzdienstleistungen ausreichend qualifizierte Dritte beiziehen. Sie müssen den Dritten sorgfältig auswählen und müssen ihn instruieren und überwa­chen. Sie müssen mit dem Dritten einen schriftlichen Dienstleistungsvertrag abschliessen. Beaufsichtigte Finanzdienstleister haben die Anforderungen an die Delegation gemäss Spezialgesetzen wie etwa das BankG einzuhalten (Art. 23 FIDLEG). Dritte müssen über die für die Tätigkeit notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen (Art. 14 FI­NIG). Die Übertragung von Aufgaben wird in der Ver­ordnung weiter präzisiert (Art. 9 E-FINIV).

In der Dienstleistungskette bleibt der den Auftrag er­teilende Dienstleister für die Erfüllung der Pflichten (Informations-, Prüfungs-, Dokumentations- und Re­chenschaftspflichten) verantwortlich. Den beauftrag­ten Finanzdienstleister trifft unter Umständen eine Überprüfungs­pflicht (Art. 24 FIDLEG; Botschaft, S. 8963 f.).

Anschluss an Ombudsstelle

Streitigkeiten über Rechtsansprüche zwischen dem Kunden und dem Finanzdienstleister sollen mög­lichst im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens durch eine Ombudsstelle erledigt werden. Finanz­dienstleister müssen sich spätestens mit der Auf­nahme ihrer Tätigkeit einer Ombudsstelle anschlies­sen. In der Folge sind sie verpflichtet, an einem allfäl­ligen Verfahren teilzunehmen. Sie müssen ihre Kun­den über die Möglichkeit eines Vermittlungsverfah­rens durch eine Ombudsstelle informieren. Finanz­dienstleister, die ihre Pflichten wiederholt verletzen, werden von der Ombudsstelle ausgeschossen (Art. 74

und 77 ff. FIDLEG). Die Ombudsstelle wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 98-101 E-FIDLEV).

Die Einreichung eines Vermittlungsgesuchs bei einer Ombudsstelle schliesst eine Zivilklage nicht aus und verhindert eine solche nicht. Sobald eine Schlichtungsbehörde, ein Gericht, ein Schiedsgericht oder eine Verwaltungsbehörde mit der Sache befasst ist, beendet die Ombudsstelle das Verfahren (Art. 76 FIDLEG).

Bewilligungspflicht und Aufsicht

Finanzdienstleister, die gewerbmässig als Vermögensverwalter, Trustee, Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitung oder Wertpapierhaus handeln, benötigen eine Bewilligung nach FINIG, es sei denn, sie verfügen bereits über eine ausreichende Bewilligung. Es wird auf die Ausführungen zu den bewilligungspflichtigen Finanzinstituten nach FINIG verwiesen.

Die Finanzdienstleister werden beaufsichtigt. Die zuständige Aufsichtsbehörde überwacht, dass die von ihr beaufsichtigten Finanzdienstleister die Anforderungen an die Erbringung von Finanzdienstleistungen einhalten (Art. 87 FIDLEG).

Strafrechtliche Sanktion

Bei einer vorsätzlichen Nichtumsetzung der Informations- und Abklärungspflichten droht dem Finanzdienstleister eine Busse bis zu 100'000 Franken (Art. 89 FIDLEG). Beaufsichtigte Finanzdienstleister nach Art. 3 FINMAG und für sie tätige Personen unterstehen den Strafbestimmungen des FINMAG (Art. 92 FIDLEG). Die Strafbarkeit von Gesellschaften ergibt sich aus Art. 102 StGB.

Zivilrechtliche Haftung

Es besteht die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Haftung des Finanzdienstleisters, wenn der Kunde durch eine mangelhafte Beratung einen Schaden erleidet und dies nachweisen kann. Dabei hat der Kunde jederzeit *Anspruch auf Herausgabe* einer Kopie seines Dossiers sowie sämtlicher weiterer ihn betreffender Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat. Kommt der Finanzdienstleister dem Gesuch auf Herausgabe nicht nach, so kann der Kunde das Gericht anrufen (Art. 72 und 73 FIDLEG als zivilrechtliche Bestimmungen). Der Kunde kann den Herausgabeanspruch im summarischen Verfahren selbstständig durchsetzen und ev. auch vollstrecken lassen (Botschaft, S. 8924). Die

Herausgabe von Dokumenten wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 97 E-FIDLEV).

Pragmatische Umsetzung

Unterstellungsanalyse

Ein im Finanzbereich tätiges Unternehmen muss zunächst bestimmen, ob und inwiefern es unterstellungspflichtige Finanzdienstleistungen erbringt. Es muss mit anderen Worten den sachlichen und räumlichen Geltungsbereich des FIDLEG mit der eigenen Geschäftstätigkeit vergleichen. Allenfalls besteht für eine Gesellschaft die Möglichkeit, durch organisatorische oder vertragliche Gestaltung eine Unterstellungspflicht zu vermeiden oder die Voraussetzungen für erleichterte Anforderungen zu schaffen.

Interne Richtlinien und andere Massnahmen

Finanzdienstleister, soweit für sie nicht spezialgesetzliche Bestimmungen gelten, können die Pflichten der FIDLEG wie folgt erfüllen: (1) interne Vorgaben definieren, die ihrer Grösse, Komplexität, Rechtsform und den von ihnen angebotenen Finanzdienstleistungen angemessen sind und den damit verbundenen Risiken entsprechen; (2) Mitarbeiter sorgfältig auswählen und dafür sorgen, dass diese die Aus- und Weiterbildung in Bezug auf die Verhaltensregeln und die spezifischen Sachkenntnisse erhalten, die sie für die Erfüllung ihrer konkreten Aufgabe benötigen; und (3) mit den Vergütungen an die Mitarbeitenden keine Anreize zur Missachtung der gesetzlichen Pflichten oder für schädigendes Verhalten gegenüber Kunden schaffen. Umfasst eine Geschäftseinheit mehrere Personen, so sorgt der Finanzdienstleister für eine wirksame Überwachung insbesondere durch angemessene interne Kontrollen und definiert verbindliche Arbeits- und Geschäftsprozesse (Art. 23 E-FIDLEV).

Finanzdienstleister müssen geeignete interne Richtlinien erlassen, um aufsichtsrechtliche Massnahmen und strafrechtliche Sanktionen zulasten des Unternehmens zu vermeiden. Wenn durch Richtlinien die interne Organisation so ausgestaltet wird, dass die gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich eingehalten werden können, drohen auch bei einer Normverletzung im Einzelfall grundsätzlich keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen oder strafrechtlichen Sanktionen gegen das Unternehmen.

Interne Richtlinien zur Umsetzung des FIDLEG sollten die verantwortlichen Personen, die Pflichten, den Umgang mit Interessenkonflikten, die Schulung von

Mitarbeitenden, die Kontrolle und Überwachung sowie das Schadenmanagement bei allfälligen Schäden regeln. Des Weiteren sollten sie Regelungen über die Zuweisung von Kunden zu Kundensegmenten sowie Weisungen zur Durchführung von Kundenaufträgen und zu Überwachungsmaßnahmen enthalten.

Bei beaufsichtigten Finanzdienstleistern sind des Weiteren Corporate Governance, Risikomanagement und interne Kontrollsysteme des Unternehmens auf die Einhaltung der Verhaltensregeln gemäss FIDLEG auszurichten (Botschaft, S. 8963).

Standard-Dokumente

Finanzdienstleister müssen geeignete Standard-Dokumente erstellen, in erster Linie um in der Lage zu sein, sich gegen Schadenersatzansprüche von geschädigten Kunden zu schützen. Solchen Standard-Dokumenten kommt aus Sicht des Finanzdienstleisters bei der Umsetzung des FIDLEG die grösste Bedeutung zu. Im Schadensfall sind nämlich die verwendeten Standard-Dokumente und die weiteren Kundendokumente an den Kunden herauszugeben. Besonders wichtig erscheint die Kundendokumentation in jenen Fällen, in denen der Finanzdienstleister den Privatkunden trotz unzureichender Information oder Nichteignung des Geschäfts beraten hat (siehe vorne).

Vor diesem Hintergrund sind Standard-Dokumente so zu gestalten, dass sie zwar die gesetzlichen Anforderungen erfüllen, aber trotzdem keine Informationen enthalten, die im Schadensfall eine Haftung zusätzlich und unnötigerweise begründen könnten.

Ein Finanzdienstleister sollte folgende Arten von Standard-Dokumenten erstellen:

- Standard-Kundenerklärung;
- Standard-Kundeninformation;
- Standard-Kundengesprächsprotokoll (Protokoll mit Angaben zum Kunden und zu den Dienstleistungen);
- Standard-Kundeneinverständnis (z.B. Kundenerklärung zu Retros oder zur Verwendung von Finanzinstrumenten);
- Internes Ausbildungsprogramm mit Anwesenheitskontrolle.

Zeitliche Umsetzung

Das FIDLEG dürfte zusammen mit der Vollzugsverordnung auf den 1. Januar 2020 in Kraft treten. Es

bestehen allerdings in folgenden Bereichen Übergangsfristen (Art. 95 FIDLEG): Ausbildung und Registrierung von Kundenberatern (6 Monate) und Anschluss an eine Ombudsstelle (6 Monate ab Inkrafttreten des Gesetzes bzw. der Anerkennung der Ombudsstelle durch das EFD). Die Pflicht zur Kundensegmentierung, die Anforderungen an die erforderlichen Kenntnisse, die Informations-, Prüf-, Dokumentations- und Rechenschaftspflichten sowie die Anforderungen an die interne Organisation müssen innert eines Jahres nach Inkrafttreten der Verordnung erfüllt sein (siehe Art. 103-107 E-FIDLEV).

Obwohl für die rechtliche Umsetzung des FIDLEG an sich noch Zeit zur Verfügung steht, erscheint es aus Sicht der betroffenen Finanzdienstleister sinnvoll, die gesetzlichen Anforderungen frühzeitig umzusetzen, sobald der voraussichtliche Inhalt der Vollzugsverordnung bekannt ist (Veröffentlichung von Vernehmlassungsentwurf voraussichtlich im Oktober 2018).

Anbieten von Finanzinstrumenten

Gesetzesnormen

Sachlicher Geltungsbereich

Das FIDLEG regelt nicht nur das Erbringen von Finanzdienstleistungen, sondern auch das Anbieten von Finanzinstrumenten auf dem Primär- und Sekundärmarkt und die damit verbundenen Prospektspflichten (Art. 35 FIDLEG). Nachfolgend geht es ausschliesslich um den Primärmarkt. Sachlich sind unabhängig von der Rechtsform die Ersteller und Anbieter von Finanzinstrumenten unterstellt (Art. 2 FIDLEG). Es stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Begriffe „*Finanzinstrumente*“, „*Ersteller*“ und „*Angebot*“. Der sachliche Geltungsbereich des FIDLEG ergibt sich im Wesentlichen aus den folgenden Begriffsdefinitionen:

- *Finanzinstrumente* sind Effekten-Beteiligungspapiere, Effekten-Forderungspapiere, Anteile an kollektiven Kapitalanlagen, strukturierte Produkte, Derivate, Einlagen mit risiko- oder kursabhängigem Rückzahlungswert oder Zins (ausser Zins mit Bindung und Zinsindex) und Anleiensobligationen (Art. 3 lit. a FIDLEG).
- *Effekten* sind vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten (Art. 3 lit. b FIDLEG).

- *Ersteller* sind Personen, die ein Finanzinstrument erstellen oder Änderungen an einem bestehenden Finanzinstrument vornehmen, inkl. Änderungen des Risiko- und Renditeprofils oder Änderungen der mit einer Anlage in das Finanzinstrument verbundenen Kosten (Art. 3 lit. i FIDLEG).
- Ein *Angebot* ist jede Einladung zum Erwerb eines Finanzinstruments, die ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument selber enthält (Art. 3 lit. g FIDLEG). Als *Erwerb* oder Veräusserung von Finanzinstrumenten gilt jede Tätigkeit die, wie die Vermittlung, spezifisch auf den Erwerb oder die Veräusserung eines Finanzinstruments gerichtet ist (Art. 3 Abs. 1 E-FIDLEV). Das *Angebot* ist in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 3 Abs. 3 und 5 E-FIDLEV).
- Ein *öffentliches Angebot* ist ein an das Publikum gerichtetes Angebot (Art. 3 lit. h FIDLEG). Das öffentliche Angebot ist in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 3 Abs. 4 E-FIDLEV).

Örtlicher Geltungsbereich

Das öffentliche Angebot zum Erwerb von Effekten muss für eine FIDLEG-Unterstellung in der Schweiz unterbreitet werden (Art. 35 FIDLEG). Die Prospektvorschriften des FIDLEG kommen grundsätzlich für alle in der Schweiz oder von der Schweiz aus angebotenen Effekten zur Anwendung (Botschaft, S. 8923). Dasselbe gilt für das Anbieten von strukturierten Produkten an Privatkunden (Art. 70 FIDLEG). Die Pflicht, ein Basisinformationsblatt zu erstellen, entsteht, sobald ein Finanzinstrument Privatkunden in der Schweiz angeboten wird (Art. 80 E-FIDLEV).

Prospekt für öffentliches Effektenangebot

Wer in der Schweiz ein öffentliches Angebot zum Erwerb von Effekten unterbreitet, hat grundsätzlich vorgängig einen Prospekt mit gesetzlich vorgegebenem Inhalt zu veröffentlichen (Art. 35 und 40 ff. FIDLEG). Als Prospekt für den Primärmarkt gilt ein Dokument, das die Anforderungen nach Art. 40-46 FIDLEG erfüllt (Mindestangaben des Prospekts nach den Anhängen 1-5 E-FIDLEV für Beteiligungspapiere, Forderungspapiere, Derivate, Immobiliengesellschaften und Investmentgesellschaften) und (1) von einer Prüfstelle genehmigt wurde; (2) für ein öffentliches Angebot in der Schweiz erstellt wurde und nach Art. 51 Abs. 2 FIDLEG noch geprüft werden muss; oder (3) nach Art. 54 Abs. 3 FIDLEG als auto-

matisch anerkannt gilt und für ein öffentliches Angebot in der Schweiz verwendet wird. Zum Prospekt gehören auch die Dokumente, auf die der Prospekt verweist (Art. 43 Abs. 1 und 2 E-FIDLEV).

Das Gesetz sieht verschiedene Ausnahmen von der Prospektspflicht vor. Beispielsweise muss kein Prospekt veröffentlicht werden, wenn sich das öffentliche Angebot nur an Anleger richtet, die als professionelle Kunden gelten, oder wenn es sich an weniger als 500 Anleger richtet (Art. 36 FIDLEG). Hinzu kommen Erleichterungen etwa für KMUs (Art. 47 FIDLEG). Der Prospekt wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 44-58 E-FIDLEV).

Ausgelöst wird die Prospektspflicht durch ein öffentliches Angebot, 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. Es besteht somit auf dem Primärmarkt eine Prospektspflicht, soweit sich das Angebot nicht an einen begrenzten Personenkreis richtet (Botschaft, S. 8971). Die Veröffentlichung des Prospekts wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 92-94 E-FIDLEV).

Im Fall der Prospektspflicht besteht ein *Prüfungsverfahren*. Der Prospekt muss grundsätzlich vor seiner Veröffentlichung der (von der FINMA zugelassenen) Prüfstelle unterbreitet werden, welche diesen auf Vollständigkeit, Kohärenz und Verständlichkeit hin prüft und genehmigt (Art. 51 FIDLEG). Bei einem grenzüberschreitenden Vertrieb muss der Prospekt neben den schweizerischen Anforderungen möglicherweise auch den Anforderungen der EU-Prospektrichtlinie entsprechen. Gegebenenfalls kann die Prüfstelle einen nach ausländischen Rechtsvorschriften erstellten Prospekt genehmigen, wenn bestimmte Anforderungen erfüllt sind. Sie kann zudem bereits im Ausland genehmigte Prospekte auch in der Schweiz als genehmigt anerkennen (Art. 54 FIDLEG). Die Prüfung des Prospekts wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 59-79 E-FIDLEV).

Wenn keine Prospektspflicht besteht, haben die Anbieter oder Emittenten die Anleger immerhin gleich zu behandeln, wenn sie ihnen wesentliche Informationen zu einem öffentlichen Angebot zukommen lassen (Art. 39 FIDLEG).

Prospekt für kollektive Kapitalanlagen

Für offene und geschlossene kollektive Kapitalanlagen ist grundsätzlich ein Prospekt mit gesetzlich vorgegebenem Inhalt zu erstellen. Der Mindestinhalt ergibt sich aus der Verordnung (siehe Anhang 6 E-FIDLEG). Die FINMA kann Ausnahmen oder Erleichterungen von der Prospektspflicht vorsehen, wenn die kollektiven Kapitalanlagen ausschliesslich qualifizierten Anlegern nach Art. 10 Abs. 3 und 3ter KAG offenstehen (Art. 48 ff. FIDLEG),

Prospekte kollektiver Kapitalanlagen müssen nicht geprüft werden. Vorbehalten bleibt die Genehmigungspflicht für Dokumentationen ausländischer kollektiver Kapitalanlagen nach KAG (Art. 51 FIDLEG).

BIB für Privatkunden

Wenn ein Finanzinstrument *Privatkunden* angeboten wird, muss der Ersteller grundsätzlich vorgängig ein Basisinformationsblatt (BIB) erstellen. Das Basisinformationsblatt wird in der Verordnung weiter präzisiert (Art. 80-91 E-FIDLEG). Die Mustervorlage Basisinformationsblatt ergibt sich aus der Verordnung (siehe Anhänge 9-13 E-FIDLEG). Die Dokumente nach ausländischem Recht, die als gleichwertig anerkannt werden, ergeben sich ebenfalls aus der Verordnung (siehe Art. 87 E-FIDLEG sowie Anhang 14 E-FIDLEG).

Für Finanzinstrumente, die für Privatkunden ausschliesslich im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrags erworben werden dürfen, ist kein Basisinformationsblatt zu erstellen (Art. 58 Abs. 2 FIDLEG). Dabei muss der Vermögensverwaltungsvertrag auf Dauer und schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, abgeschlossen werden und ein Entgelt vorsehen (Art. 83 E-FIDLEG). Des Weiteren ist ausnahmsweise kein Basisinformationsblatt erforderlich, wenn Effekten in Form von Aktien angeboten werden (Art. 58 ff. FIDLEG).

Werbung für Finanzinstrumente

Werbung für Finanzinstrumente muss als solche klar erkennbar sein. In der Werbung ist auf den Prospekt und das Basisinformationsblatt zum jeweiligen Finanzinstrument sowie auf die Bezugsstelle hinzuweisen. Die Informationen müssen mit den im Prospekt und im Basisinformationsblatt enthaltenen Angaben übereinstimmen (Art. 68 FIDLEG). Die Werbung wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 95 E-FIDLEG).

Anbieten von strukturierten Produkten

Strukturierte Produkte dürfen in der Schweiz oder von der Schweiz aus *Privatkunden* nur unter bestimmten Voraussetzungen angeboten werden. Es bedarf eines auf Dauer angelegten Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverhältnisses oder alternativ die Ausgabe, Garantie oder anderweitige Sicherung seitens eines regulierten Instituts (z.B. Bank, Versicherungsunternehmen, Wertpapierhaus; Art. 70 FIDLEG). Das Anbieten von strukturierten Produkten wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 96 E-FIDLEG).

Bilden von internen Sondervermögen

Interne Sondervermögen vertraglicher Art zur kollektiven Verwaltung von Vermögen bestehender Kunden dürfen von Banken nach BankG und Wertpapierhäusern nach FINIG nur unter bestimmten Voraussetzungen gebildet werden. Es dürfen nur Kunden aufgrund eines auf Dauer angelegten Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverhältnisses beteiligt werden. Zudem ist ein Basisinformationsblatt für Privatkunden zu erstellen (Art. 71 FIDLEG). Das Bilden von internen Sondervermögen wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 96 E-FIDLEG).

Bewilligungspflicht und Aufsicht

Die Ersteller und Anbieter selbst von Finanzinstrumenten benötigen keine Bewilligung für ihre Tätigkeiten. Hingegen benötigen Personen, die bei der Erstellung und beim Angebot von Finanzinstrumenten, die Effekten sind, mitwirken, unter Umständen eine Bewilligung als Wertpapierhaus. Wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist, darf folgende Tätigkeiten nur ausüben, wenn er über eine Bewilligung als Wertpapierhaus oder als Bank verfügt: (1) gewerbsmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben werden, übernehmen und auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten; sowie (2) gewerbsmässig Derivate in Form von Effekten schaffen und auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten (Art. 12 FINIG).

Die FINMA überwacht, dass die von ihr beaufsichtigten Wertpapierhäuser die Anforderungen an das Anbieten von Finanzinstrumenten einhalten (Art. 87 FIDLEG).

Strafrechtliche Sanktionen

Die vorsätzliche Verletzung von Vorschriften für die Erstellung und Verwendung von Prospekten und Basisinformationsblättern ist strafrechtlich sanktio-

niert. Bestraft wird zudem, wer vorsätzlich Privatkunden strukturierte Produkte anbietet oder interne Sondervermögen bildet, ohne die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Beaufsichtigte Finanzdienstleister nach Art. 3 FINMAG und für sie tätige Personen unterstehen den Strafbestimmungen des FINMAG. Die Strafbarkeit von Gesellschaften ergibt sich aus Art. 102 StGB.

Zivilrechtliche Haftung

Das FIDLEG enthält folgende zivilrechtliche Haftungsbestimmung: Wer in Prospekten, im Basisinformationsblatt oder in ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechenden Angaben macht, ohne dabei die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, haftet dem Erwerber eines Finanzinstruments unter Umständen für den dadurch verursachten Schaden (Art. 69 FIDLEG).

Pragmatische Umsetzung

Produktdesign und -analyse

Ein neues Finanzinstrument sollte vor dessen Erstellung aus einer aufsichtsrechtlichen Sicht beschrieben werden. Dabei sollte etwa bestimmt werden, für welchen Personenkreis das Produkt vorgesehen ist, wo und wie es vertrieben wird und wie hoch die Zahl der adressierten Personen ist.

Auf der Grundlage einer solchen Produktbeschreibung können die gesetzlichen Anforderungen an das Produkt bestimmt werden. Es kann insbesondere festgestellt werden, ob ein Prospekt und allenfalls ein Basisinformationsblatt zu erstellen ist.

Produkterstellung

Ein zu erstellender Prospekt ist so auszugestalten, dass er von der Prüfstelle genehmigt werden kann. Er muss mit anderen Worten vollständig, kohärent und verständlich sein (Art. 51 FIDLEG). Des Weiteren müssen die enthaltenen Informationen im Hinblick auf eine mögliche Haftung richtig und gesetzeskonform und dürfen nicht irreführend oder widersprüchlich sein (Art. 69 FIDLEG). Ähnliche Überlegungen gelten, wenn eine gesetzliche Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts besteht. Ein solches ist gesetzeskonform zu erstellen und zu verwenden. Durch die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften können aufsichtsrechtliche Massnahmen und strafrechtliche Sanktionen vermieden und das zivilrechtliche Haftungsrisiko reduziert werden.

Wenn die Produktanalyse ergibt, dass keine Prospektspflicht besteht, müssen die Anleger immerhin auf gleiche Weise informiert werden, um aufsichtsrechtliche Massnahmen zu vermeiden (Art. 39 FIDLEG). Die Informationen müssen richtig und gesetzeskonform und dürfen nicht irreführend oder widersprüchlich sein. Auf diese Weise kann eine zivilrechtliche Haftung abgewendet werden („ähnliche Mitteilungen“ nach Art. 69 FIDLEG).

Produktvertriebsweisung

Wenn Produkte mit oder ohne Prospektspflicht vertrieben werden, sollte der Produkthersteller den Vertriebern entsprechende Vertriebsanweisungen erteilen, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften sicherzustellen. Darin sollte beispielsweise angegeben werden, dass ein Produkt nicht an Privatkunden vertrieben werden darf, dass ein Produkt nur nach Aushändigung von Prospekt und Basisinformationsblatt angeboten werden darf oder dass sich ein Produktangebot zur Vermeidung der Prospektspflicht nur an maximal 500 Anleger richten darf.

Zeitliche Umsetzung

Das FIDLEG dürfte zusammen mit der Vollzugsverordnung auf den 1. Januar 2020 in Kraft treten. Für Effekten, für die ein öffentliches Angebot unterbreitet wird, gilt die Pflicht zur Veröffentlichung eines Prospekts nach Ablauf von sechs Monaten seit der Zulassung der Prüfstelle durch die FINMA. Bis zu diesem Zeitpunkt gelten die Bestimmungen des OR (Art. 108 E-FIDLEV).

Wenn neue Finanzinstrumente vor Inkrafttreten des Gesetzes angeboten werden, sollte das neue Recht bei der Ausgestaltung des Prospekts möglichst berücksichtigt werden. Das FIDLEG verlangt nämlich, dass Produkte nach altem Recht nachträglich angepasst werden: Wenn vor dem Inkrafttreten des FIDLEG für Effekten ein öffentliches Angebot unterbreitet oder Finanzinstrumente Privatkunden angeboten werden, so ist nach einer Übergangsfrist von 2 Jahren eine Anpassung bzw. eine neue Dokumentation erforderlich (Art. 95 FIDLEG).

Schliesslich enthält die Verordnung besondere Übergangsfristen für die Erstellung eines Basisinformationsblatts (siehe Art. 109-110 E-FIDLEV).

Bewilligungspflichtige Finanzinstitute

Gesetzesnormen

Sachlicher Geltungsbereich

Mit dem FINIG werden alle Personen, welche die Vermögensverwaltung betreiben, einer Bewilligungspflicht und prudenziellen Aufsicht unterstellt. Die erfassten Finanzinstitute benötigen für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine Bewilligung der FINMA. Folgende schweizerische Finanzinstitute sind dem FINIG unabhängig von der Rechtsform unterstellt: (1) Vermögensverwalter, (2) Trustees, (3) , (4) Fondsleitungen und (5) Wertpapierhäuser (Art. 2 FINIG). Das Gesetz enthält folgende Begriffsdefinitionen mit Umschreibung der jeweiligen typischen Geschäftstätigkeit:

- Als *Vermögensverwalter* gilt, wer gestützt auf einen Auftrag gewerbsmässig im Namen und für Rechnung der Kunden wie folgt über deren Vermögenswerte verfügen kann: (1) Erwerb oder Veräusserung von Finanzinstrumenten; (2) Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben; (3) Verwaltung von Finanzinstrumenten (Vermögensverwaltung); (4) Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung) (Art. 17 FINIG).
- Als *Trustee* gilt, wer gestützt auf die Errichtungsurkunde eines Trusts im Sinne des Trust-Übereinkommens von 1985 gewerbsmässig Sondervermögen zugunsten der Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck verwaltet oder darüber verfügt (Art. 17 FINIG).
- Als *Verwalter von Kollektivvermögen* gilt, wer gewerbsmässig Vermögenswerte im Namen und für Rechnung von kollektiven Kapitalanlagen oder Vorsorgeeinrichtungen verwaltet (Art. 24 FINIG).
- Als *Fondsleitung* gilt, wer in eigenem Namen und für Rechnung der Anleger selbstständig Anlagefonds verwaltet (Art. 32 FINIG).
- Als *Wertpapierhaus* gilt, wer gewerbsmässig (1) in eigenem Namen für Rechnung der Kunden Effekten handelt; (2) für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handelt, hauptsächlich auf dem Finanzmarkt tätig ist und dadurch die Funktions-

fähigkeit des Finanzmarkts gefährden könnte oder als Mitglied eines Handelsplatzes tätig ist; oder (3) für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handelt und öffentlich dauernd oder auf Anfrage Kurse für einzelne Effekten stellt (*Market Maker*) (Art. 41 FINIG).

Finanzinstitute mit Sitz im Ausland (*ausländische Finanzinstitute*) sind unterstellt und müssen in der Schweiz eine Zweigniederlassung errichten bzw. eine Vertretung eröffnen, wenn sie relevante Tätigkeiten in der Schweiz oder von der Schweiz aus ausüben. Die Bewilligungspflicht bestimmt sich wie folgt:

- Ausländische Finanzinstitute müssen eine *Zweigniederlassung* errichten und benötigen eine Bewilligung der FINMA, wenn sie in der Schweiz Personen beschäftigen wollen, die im Namen des betreffenden Finanzinstituts dauernd und gewerbsmässig (1) Vermögenswerte verwalten oder eine Tätigkeit als Trustee ausüben; (2) die Vermögensverwaltung für kollektive Kapitalanlagen oder Vorsorgeeinrichtungen ausüben; (3) mit Effekten handeln; (4) Geschäfte abschliessen; oder (5) Kundenkonten führen (Art. 52 FINIG).
- Ausländische Finanzinstitute benötigen eine Bewilligung der FINMA (*Vertretung*), wenn sie in der Schweiz Personen beschäftigen wollen, die für sie dauernd und gewerbsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus in anderer Weise als nach Art. 52 tätig sind, namentlich in dem diese Personen Kundenaufträge an sie weiterleiten oder sie zu Werbe- oder anderen Zwecken vertreten (Art. 58 FINIG).

Das Gesetz enthält einen Katalog von Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich. Beispielsweise sind Personen, die ausschliesslich Vermögenswerte von mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen verwalten, nicht unterstellungspflichtig. Des Weiteren sind Versicherungsunternehmen und Banken nicht unterstellungspflichtig (Art. 2 FINIG).

Örtlicher Geltungsbereich

Finanzinstitute fallen unter den örtlichen Geltungsbereich des FINIG, wenn sie sachlich unterstellte Tätigkeiten in der Schweiz oder von der Schweiz aus ausüben (Art. 52 und 58 FINIG). Gesetz und Verordnung gelten für Finanzinstitute, die in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind (Art. 2 Abs. 1 E-FINIV).

Bewilligungspflicht

Die genannten Finanzinstitute benötigen eine Bewilligung der FINMA. Finanzinstitute mit entsprechender Bewilligung nach Art. 1 FINMAG benötigen keine neue Bewilligung (Art. 74 FINIG). Verwalter von Kollektivvermögen, die in der Schweiz bereits einer gleichwertigen staatlichen Aufsicht unterstellt sind (z.B. Verwalter von Vorsorgeeinrichtungen mit kantonalen Bewilligung), sind von der Bewilligungspflicht befreit (Art. 5 FINIG; Botschaft, S. 9020). Die FINMA kann Verwalter von Kollektivvermögen in begründeten Fällen von den Vorschriften des FINIG ganz oder teilweise befreien, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 2 Abs. 6 E-FINIV). Versicherungsunternehmen sind von der Pflicht zur Einholung einer Bewilligung als Verwalter von Kollektivvermögen befreit (Art. 4 Abs. 2 E-FINIV).

Es besteht eine Bewilligungskaskade. Weitergehende Bewilligungen umfassen weniger weitgehende Bewilligungen. Beispielsweise ermächtigt die Bewilligung zur Tätigkeit als Wertpapierhaus auch zur Tätigkeit als Verwalter von Kollektivvermögen, als Vermögensverwalter und als Trustee (Art. 6 FINIG).

Bewilligungsvoraussetzungen

Anspruch auf eine Bewilligung hat, wer die allgemeinen Voraussetzungen und die für die einzelnen Finanzinstitute anwendbaren besonderen Voraussetzungen erfüllt (Art. 7 FINIG). Die allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen betreffen im Wesentlichen die Organisation, den Ort der Leitung in der Schweiz, die Gewähr und die Bezeichnung (Art. 9 ff. FINIG). Die besonderen Bewilligungsvoraussetzungen betreffen für jedes Finanzinstitut u.a. die Rechtsform, die Aufgaben, das Mindestkapital und die Eigenmittel (Art. 17 ff. FINIG). Die Verordnung enthält weitere Präzisierungen zu den Bewilligungsvoraussetzungen (siehe Art. 13, 15 und 16 E-FINIV).

Pflichten

Während der Dauer einer bewilligten Geschäftstätigkeit müssen Finanzinstitute verschiedene Pflichten erfüllen: Sie müssen der FINMA jegliche Änderung von Tatsachen melden, die der Bewilligung zugrunde liegen. Bei einer Übertragung von Aufgaben an Dritte müssen sie verschiedene Anforderungen einhalten. Bei gewissen Auslandstätigkeiten (z.B. Errichtung einer Tochtergesellschaft, Erwerb einer qualifizierten Beteiligung) müssen sie der FINMA vorgängig Meldung erstatten. Sie müssen sich spätestens bei der

Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Ombudsstelle anschliessen. Bei Wertpapierhäusern bestehen schliesslich Aufzeichnungs- und Meldepflichten (Art. 8, 14, 15, 16, 50 und 51 FINIG). Die Verordnung enthält weitere Präzisierungen zu den Pflichten (siehe Art. 5, 9, 10, 67 und 68 E-FINIV).

Aufsicht

Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitungen und Wertpapierhäuser werden von der FINMA nicht nur bewilligt, sondern auch beaufsichtigt (Art. 61 FINIG).

Unabhängige Vermögensverwalter und Trustees werden zwar von der FINMA bewilligt und diese hat die volle Enforcement-Kompetenz. Doch wird die laufende Aufsicht nicht durch die FINMA, sondern durch nicht behördliche, von der FINMA bewilligte Aufsichtsorganisationen ausgeübt. Vorbehalten bleibt die konsolidierte Aufsicht durch die FINMA nach dem FINIG oder den Finanzmarktgesetzen (Art. 61 FINIG). Die Aufsicht von Vermögensverwaltern und Trustees ist in der Verordnung weiter präzisiert (Art. 76 und 77 E-FINIG). Die Bewilligungsvoraussetzungen und die Aufsichtstätigkeiten der Aufsichtsorganisationen sind in der Aufsichtsorganisationenverordnung geregelt.

Strafrecht

Das FINIG enthält Strafbestimmungen hinsichtlich der Verletzung des Berufsgeheimnisses, der Bestimmungen über den Schutz vor Verwechslungen und Täuschungen sowie der Bestimmungen über die Aufzeichnungs- und Meldepflichten (Art. 69 – 71 FINIG). Die Strafbarkeit von Gesellschaften ergibt sich aus Art. 102 StGB.

Verantwortlichkeit

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Finanzinstitute und ihrer Organe verweist das FINIG auf das OR. Zudem regelt es die Haftung der Finanzinstitute im Fall eines Outsourcings (Art. 68 FINIG).

Pragmatische Umsetzung

Neue Bewilligung oder Bewilligungsanpassung

Vermögensverwalter und Trustees müssen eine neue Bewilligung einholen. Andere Finanzinstitute, die bereits über eine Bewilligung verfügen, müssen allen-

falls zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen. Die Verordnung enthält Angaben zum Bewilligungsgesuch (siehe Art. 4 E-FINIV).

Zeitliche Umsetzung

Das FINIG dürfte zusammen mit der Vollzugsverordnung auf den 1. Januar 2020 in Kraft treten. Es bestehen allerdings in folgenden Bereichen Übergangsfristen (Art. 74 FINIG): Anpassung der Bewilligungsanforderungen bei bestehender Bewilligung (1 Jahr); Meldung und Bewilligungsgesuch bei fehlender Bewilligung etwa im Fall von unabhängigen Vermögensverwaltern (6 Monate bzw. 3 Jahre). Finanzinstitute haben sich spätestens sechs Monate, nachdem das EFD für sie eine Ombudsstelle anerkannt oder errichtet hat, der Ombudsstelle anzuschliessen (Art. 87 E-FINIV).

Auch wenn Übergangsfristen für das Einholen einer neuen Bewilligung und für die Anpassung an neue Bewilligungsvoraussetzungen bestehen, erscheint es doch sinnvoll, die erforderlichen Umsetzungsmassnahmen frühzeitig in Angriff zu nehmen.

Abkürzungsverzeichnis

BankG	Bankengesetz von 1934
Botschaft	Botschaft zum FIDLEG und FINIG von 2015
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
FIDLEG	Finanzdienstleistungsgesetz von 2018
FINIG	Finanzinstitutsgesetz von 2018
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetz von 2007
KAG	Kollektivanlagegesetz von 2006
MiFID II	EU Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PRIIPS	Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP)
Prospekt-RL	Richtlinie 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch von 1937