

Per E-Mail an regulierung@gs-efd.admin.ch

Eidgenössisches Finanzdepartement
Rechtsdienst Generalsekretariat
Bernerhof
3003 Bern

Zürich 31. Oktober 2014

Vernehmlassung zu den Vorentwürfen eines Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und eines Bundesgesetzes über die Finanzinstitute (FINIG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Leasingverband (SLV) vertritt die Interessen von in der Schweiz tätigen Leasinggesellschaften. Er zählt aktuell 54 Mitglieder, wovon 40 ordentliche Mitglieder, welche das Leasinggeschäft aktiv betreiben, und 14 assoziierte Mitglieder, welche mit Leasingunternehmen zusammenarbeiten. Nach eigener Einschätzung repräsentieren die Mitglieder des SLV ca. 80 – 90 % des Marktvolumens der Leasingbranche von insgesamt ca. 26 Mia. Franken.

Nachdem die beiden Vorlagen das Kredit- und Finanzierungsgeschäft nicht betreffen sollen, wurde der SLV nicht explizit zu einer Vernehmlassung eingeladen. Dennoch sieht er sich veranlasst, zu den Vorlagen Stellung zu nehmen, insbesondere zur zentralen Frage des Anwendungsbereiches des FIDLEG, aber auch als Träger einer Selbstregulierungsorganisation gemäss Art. 24 GwG (SRO/SLV) zu einzelnen Bestimmungen des FINIG.

➤ **Zusammenfassung**

I. Ablehnung beider Vorlagen

1. Beide Vorlagen werden vom SLV in der vorliegenden Form als unnötig und wesentlich zu weit gehend abgelehnt. Sie müssten mindestens im Sinne der nachstehenden Vorschläge überarbeitet werden.

II. Zum FIDLEG

2. Das Gesetz sollte konsequenterweise als „Anlegerschutzgesetz“ bezeichnet werden. Der Begriff „Finanzdienstleistungen“ ist wesentlich zu weit gefasst. Die privatrechtlichen Bestimmungen der Vorlage sollten ins Obligationenrecht (OR) überführt werden. Sodann ist darauf zu verzichten, die Rechtsdurchsetzung im geplanten Spezialgesetz zu regeln. Dafür wäre eine Revision der Zivilprozessordnung (ZPO) erforderlich.
3. Nicht nur Kredite sondern auch die damit verbundenen akzessorischen Geschäfte sind ausdrücklich vom FIDLEG wie folgt auszunehmen. Der SLV stellt hier folgenden konkreten Antrag zu Art. 3 lit. d. Ziff. 5. und 6. VE-FIDLEG (Änderungen fett gedruckt):

” ...

5. die Verwahrung von Vermögenswerten für Rechnung von Kundinnen und Kunden, **es sei denn, diese Vermögenswerte seien als Sicherheitsleistung für Verpflichtungen der Kundinnen und Kunden übergeben worden;**
6. das Führen von Konten, **es sei denn, diese dienen als Sicherheit für Verpflichtungen der Kundinnen und Kunden;**“

4. Die vorgeschlagene Beweislastumkehr und Nachweisfiktion in Art. 74 VE-FIDLEG wird vom SLV aus grundsätzlichen Erwägungen heraus abgelehnt (Streichung von Art. 74 VE-FIDLEG).
5. Staatlich anerkannte und beaufsichtigte Ombudsstellen sind unnötig. Sie würden nur den Rechtsweg verkomplizieren und verteuern (Streichung der Art. 75 ff. VE-FIDLEG).
6. Die Einführung eines Dreier-Schiedsgerichtes oder eines Prozesskostenfonds wird abgelehnt. Der heute erschwerte Zugang zu staatlichen Gerichten, welche überdies effizient arbeiten, kann mit einfacheren Massnahmen wie mit Änderungen der Pflicht der Gerichte zur Kautionsauflage oder Einführung der Unentgeltlichkeit der Verfahren erreicht werden (Streichung der Art. 85 – 100 VE-FIDLEG).
7. Die Verbandsklagen sollten nicht auf Organisationen ohne gesamtschweizerische oder regionale Bedeutung ausgedehnt werden. Es können sonst ad-hoc-Gruppierungen entstehen ohne eigentliche Legitimation oder eine eigentliche Klageindustrie entstehen, welche sich über den evtl. eingeführten Prozesskostenfonds bezahlt machen wollen. Das vorgeschlagene Gruppenvergleichsverfahren ist im übrigen sehr kompliziert, widerspricht in weiten Teilen der gewachsenen schweizerischen Verfahrenskultur und kann Konsumenten sogar benachteiligen, worauf die Konsumentenorganisationen bereits sehr prominent hinweisen (Streichung der Art. 101 -116 VE-FIDLEG).

III. Zum FINIG und der Änderung weiterer Erlasse

1. Die Einführung einer Weissgeldstrategie im FINIG wird abgelehnt, zumal viele Details dem Verordnungsgeber überlassen würden. Jedenfalls abzulehnen ist die vorgesehene Rückwirkung bei Dauerschuldverhältnissen, da die vorgesehene Auflösung der Kundenbeziehungen ausserhalb der Bankgeschäfte nicht resp. nicht ohne weiteres umgesetzt werden kann (Streichung von Art. 11 VE-FINIG).
2. Melde- und Auskunftspflichten von Selbstregulierungsorganisationen (SRO) an die RAB über das Verhalten oder Vorkommnisse von GwG-Prüfern werden abgelehnt. Es steht dafür der Amtsweg über die FINMA offen (Streichung von Art. 25a VE-RAG).
3. Der „DUFI-Status“, d.h. die Direktunterstellung von Finanzintermediären aus dem Nichtbanken- und Nichtversicherungsbereich unter die FINMA, ist beizubehalten, da die SRO als privatrechtliche Vereine keinen Anschlusszwang kennen und aus diversen Gründen nicht jeden FI anschliessen resp. als Mitglied aufnehmen können und wollen (Streichung von Art. 18 Abs. 1 Bst. b, e und f VE-GwG).
4. Die Einführung einer neuen Aufsichtsorganisation als Aktiengesellschaft überzeugt nicht und erscheint unnötig, nachdem einige Branchenorganisationen bereits heute mit Aufgaben in der prudenziellen Aufsicht betraut sind. Dies kann problemlos ausgebaut werden (Streichung der Art. 43a ff. VE-FinmaG).

I. Zur Ablehnung beider Vorlagen

- 1 Bei der Lektüre der Vorlage entsteht der Eindruck, dass eines der ursprünglichen Hauptziele des Gesetzgebungsprojektes, nämlich den Finanzdienstleistern im Vergleich zum europäischen Umfeld durch Einführung einer sich an den Grundsätzen von MIFID orientierenden Finanzmarktaufsicht letztendlich den Marktzugang zu sichern und damit den Finanzplatz zu stärken oder wenigstens möglich zu machen, völlig aus den Augen verloren wurde. Demgegenüber will das FIDLEG einen Anlegerschutz für primär schweizerische Anleger einführen. Dabei wird übersehen, dass vertragsrechtliche Regelungen problemlos im Obligationenrecht (OR) und aufsichtsrechtliche Anforderungen ins FinmaG integriert werden könnten. Stattdessen wird das Gesetz dann auch noch mit konsumentenschützerischen Anliegen, wie dem kollektiven Rechtsschutz, angereichert.
- 2 Die Vorlage ist insgesamt überladen, inkonsistent und schlicht in dieser Form unnötig. Nicht einmal ein tauglicher Anlegerschutz dürfte erreicht werden, weil die Regulierung Anlageprodukte vor allem wesentlich verteuert und damit wohl die Privaten und KMU weitgehend aus dem Markt ausschliesst, sei es, dass gewisse Anlageprodukte überhaupt vom Markt verschwinden, sei es, dass die Anlagen auch für den Anleger kaum mehr interessant sind.
- 3 Aus all diesen Gründen braucht es nach Ansicht des SLV ein FIDLEG in der vorgestellten Form nicht. Jedenfalls aber muss es nach Ansicht des SLV vom federführenden Departement massiv verbessert werden.

II. Zur FIDLEG-Vorlage im Einzelnen

1. Vorbemerkung zur Stossrichtung der Vorlage

- 4 Ziele der gesetzgeberischen Bemühungen sind gemäss erläuterndem Bericht einerseits eine Verbesserung des Anlegerschutzes in der Schweiz und andererseits eine Stärkung des hiesigen Finanzplatzes durch Angleichung der Voraussetzungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen für alle Marktteilnehmer.¹ Der Gesetzgeber ortet Lücken im Kundenschutz insbesondere bezüglich tauglicher Informationen über die Anbieter und die Art der angebotenen Finanzdienstleistungen sowie bei der Rechtsdurchsetzung der Kunden gegenüber den Finanzdienstleistern.
- 5 Vom FIDLEG nicht erfasst werden Kredite, ausser wenn sie für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten gewährt werden.²
- 6 Unterstellt sind sodann nur rückkaufsfähige Lebensversicherungen, jedoch keine anderen Versicherungen, die im allgemeinen Sprachgebrauch ebenfalls als Finanzdienstleistungen angesehen werden können. Der Gesetzgeber legt mit anderen Worten ein Anlegerschutzgesetz vor, verwendet aber den sehr viel weiteren Begriff von Finanzdienstleistungen.³ Dies ist inkonse-

¹ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 2 ff.; verwiesen wurde gegenüber der Presse mehrfach explizit auf die Fälle Lehman Brothers und Madoff.

² E contrario aus Art. 3 lit. d. Ziff. 7 VE-FIDLEG; Erläuternder Bericht, S. 10 und 36; vgl. dazu die Bemerkungen unter Rz. 9 - 12.

³ Vgl. dazu die Begriffsdefinition von Prof. Beat Bernet zum Begriff „Finanzdienstleistungen“: „Die Summe der von Finanzintermediären und Unternehmungen sowie Organisationen aus dem Near- und Non-Bankenbereich angebotenen Produkte und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Abdeckung von finanz- und risikobezogenen Bedürfnisse der Marktteilnehmer bezeichnet man als Finanzdienstleistungen (...). Die Basisbedürfnisse, die durch solche Finanzdienstleistungen abgedeckt werden, können anhand der Stichworte Sparen, Zahlen, Investieren, Finanzieren und Risikoabdeckung (Grundprodukte)

quent und führt zu Verwirrungen. Das Gesetz sollte deshalb umbenannt werden, etwa in „Bundesgesetz über den Anlegerschutz“.

- 7 Nebst aufsichtsrechtlichen Vorschriften, wie Verhaltensregeln, Bewilligungsvoraussetzungen etc., enthält das FIDLEG auch eindeutig vertragsrechtliche Bestimmungen, so über die Informationspflichten (z.B. über Prospektpflicht, Erstellung von Basisinformationsblättern), Annahme von Vorteilen, Werbung und Haftung der Finanzdienstleister. Im erläuternden Bericht wird in diesem Zusammenhang von einer gewollten „Ausstrahlungswirkung“ der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen auf das Privatrecht gesprochen, wobei der Zivilrichter das zivilrechtliche Verhältnis nach wie vor gestützt auf privatrechtliche Bestimmungen beurteilt.⁴ Dies ist aus rechtsdogmatischer Sicht zu kritisieren: Technisch wird in der Jurisprudenz von Reflexwirkung öffentlichen Rechts auf das Privatrecht gesprochen. Es ist unklar, ob mit dem neuen Begriff der Ausstrahlungswirkung das gleiche gemeint ist. Die Bestimmungen des FIDLEG können sodann, soweit sie das privatrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister betreffen, problemlos ins OR aufgenommen werden, sei es als Ergänzung zum Auftragsrecht oder unter Einfügung eines neuen Nominatvertragstypus „Finanzdienstleistungsauftrag“. Dort kann zwingendes Privatrecht geschaffen werden, soweit erforderlich, ohne dass hilfsweise und mit (im Detail) unklaren Folgen auf öffentliches Recht Bezug genommen werden muss. Mit dem FIDLEG gemäss heutiger Vorlage entstünde nur schon bei der Frage, inwiefern die öffentlichrechtlichen Bestimmungen des FIDLEG nun tatsächlich auch auf das privatrechtliche Vertragsverhältnis „ausstrahlen“ und was dies genau bewirkt, grosse Rechtsunsicherheit. Dies gilt es zu vermeiden.
- 8 Eine Regelung der Rechtsdurchsetzung im FIDLEG erscheint nicht sachgerecht und birgt im Einzelfall bedeutende verfahrensrechtliche Risiken. Vor nur gerade knapp 4 Jahren trat die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft. Der Gesetzgeber hatte sich damals mit grossem Aufwand bemüht, zivilprozessuale Bestimmungen aus vielen Einzelgesetzen herauszulösen und in die ZPO zu integrieren mit dem Ziel einer Rechtsvereinheitlichung, Schaffung von Übersicht und damit Rechtssicherheit. Diese Zielsetzung wird mit dem FIDLEG gefährdet, ohne dass es dazu einen hinreichenden Anlass gibt. Die Einführung von Regeln eines kollektiven Rechtsschutzes wurde sodann schon bei der Überarbeitung der ZPO im Jahre 2011 in extenso diskutiert und letztendlich verworfen. Es besteht kein Anlass, nunmehr ausschliesslich für Anleger rechtsumkehrt zu machen. Wollte man dies aus politischen Gründen dennoch tun, so müsste zwingend die ZPO selbst angepasst werden, um nicht das Prozessrecht mit komplexen Angrenzungsfragen zu belasten und Rechtsunsicherheit zu schaffen.

2. Zu einzelnen ausgewählten Bestimmungen des FIDLEG

2.1. Keine Unterstellung von Krediten und akzessorischen Geschäften (zu Art. 3 lit. d. Ziff. 5. und 6. VE-FIDLEG)

- 9 Vorab begrüsst der SLV, dass Kredite und offensichtlich auch das Finanzierungsleasinggeschäft, soweit dieses als Kredit bezeichnet werden kann,⁵ vom Anwendungsbereich des FIDLEG ausgenommen sind.⁶ Richtig betrachtet ist das Leasinggeschäft als Gebrauchsüber-

sowie Informieren, Beraten und Vermitteln (Ergänzungsprodukte) zusammengefasst werden“ (zitiert aus Boemle, M./Gsell, M.: Geld-, Bank- und Finanzmarktlexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 438).

⁴ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 15.

⁵ So Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG.

⁶ Vgl. Bemerkungen in FN 2.

lassung eigener Art zu qualifizieren⁷. Solche Verträge können unter die Definitionen von Art. 3 FIDLEG sicher nicht subsumiert werden, weshalb sie unabhängig von ihrer Qualifikation als Kredite dem FIDLEG nicht unterstehen. Nachdem das Leasinggeschäft gesetzlich nicht oder nur teilweise geregelt, jedoch in vielen Erlassen als existierend vorausgesetzt wird,⁸ wäre eine Klarstellung der expliziten Ausnahme von Krediten gemäss der Umschreibung in Art. 3 Abs. 2 lit. a GwG anzustreben. Denn dort ist u.a. das Finanzierungsleasing, welches in der Lehre mindestens teilweise als Vertrag mit Elementen des Darlehens qualifiziert wird, ausdrücklich als Unterart des Kreditgeschäftes aufgeführt. Ein Verweis auf diese Umschreibung des Begriffs Kreditgeschäft wäre sachgerecht und würde Rechtssicherheit schaffen.

- 10 Als Finanzdienstleistungen gelten gemäss Art. 3 lit. d. Ziff. 5. und 6. VE-FIDLEG auch die Verwahrung von Vermögenswerten für Rechnung von Kundinnen und Kunden (Ziff. 5.) und das Führen von Konten (Ziff. 6).
- a. Als Vermögenswert bezeichnet Art. 3 lit. a. Finanzinstrumente und andere Finanzanlagen. Erstere werden wiederum in Art. 3 lit. b. Ziffn. 1. – 7. definiert. Letztere, nämlich die „anderen Finanzanlagen“, werden weder im Gesetz definiert noch im erläuternden Bericht beschrieben.
- b. Das „Führen von Konten“ wird im Erläuternden Bericht beschrieben als „Führen von Kundenkonten durch Banken“, ohne näher darauf einzugehen.⁹
- 11 So scheint offen zu bleiben, ob die Entgegennahme von Sicherheitsleistungen durch die Kreditgeber, welche dem Kunden bei vollständiger Erfüllung seiner Pflichten aus einem Kreditverhältnis (verzinst oder unverzinst) herauszugeben resp. zurückzuzahlen sind, als Finanzdienstleistungen im Sinne des FIDLEG gelten oder nicht. Nach Sinn und Geist des FIDLEG wäre es nicht sinnvoll, solche zum Hauptgeschäft der Kreditierung als akzessorische Nebenleistungen zu bezeichnende Ein- resp. Hinterlagen der Kunden beim Kreditgeber dem FIDLEG zu unterstellen. Meist handelt es sich um die Verpfändung von Wertschriftendepots oder Bankkonten, für welche originär das FIDLEG im Verhältnis zwischen der konto- resp. depotführenden Bank und ihrem Kunden natürlich gilt, oder es sind Bareinlagen (Kautionen) beim Kreditgeber, die manchmal verzinst werden, oft jedoch nicht. In beiden Fällen macht es keinen Sinn, die Anlegerschutzvorschriften des FIDLEG auf das Verhältnis zwischen Kunden und Kreditgeber anzuwenden, stellen diese Verpfändungen oder Kautionen doch keine selbstständigen Anlagen der Kunden dar, sondern dienen einzig der Sicherstellung von Verpflichtungen aus einem Kreditvertrag, welcher selbst nicht dem FIDLEG untersteht, es sei denn, der Kredit diene der Finanzierung von Finanzinstrumenten.
- 12 Dem entspricht, dass im Erläuternden Bericht Einlagen, welche nicht risiko- oder kursabhängig sind, von der Unterstellung unter das FIDLEG ausgenommen werden. Dies gilt auch für verzinsliche Einlagen.¹⁰

Antrag zu Art. 3 lit. d. Ziff. 5. und 6. VE-FIDLEG (Änderungsvorschläge fett gedruckt):

„5. die Verwahrung von Vermögenswerten für Rechnung von Kundinnen und Kunden, **es sei denn, diese Vermögenswerte seien als Sicherheitsleistung für Verpflichtungen der**

⁷ Vgl. dazu die Zusammenfassung von Lehre und Praxis im Urteil des Bundesgerichtes vom 18. Dezember 2008 (4A_404/2008).

⁸ So z.B. im KKG, GwG, MWSTG, Buchführungsrecht des OR.

⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zu lit. d., S. 38.

¹⁰ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 38 oben.

Kundinnen und Kunden aus Kreditgeschäften im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG übergeben worden;

6. das Führen von Konten, **es sei denn, diese dienen als Sicherheit für Verpflichtungen der Kundinnen und Kunden aus Kreditgeschäften im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG;**⁴

2.2. Keine Beweislastumkehr und Nachweisfiktion (zu Art. 74 VE-FIDLEG)

- 13 Die vorgeschlagene Beweislastumkehr in Art. 74 Abs. 1 VE-FIDLEG zum Nachweis der Erfüllung der gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten der Finanzdienstleister wird vom SLV abgelehnt. Folge einer solchen Regelung wäre, den Kunden umfangreiche Erklärungen über die Einhaltung dieser Pflichten abzuverlangen oder gar diesbezüglich geführte Gespräche in geeigneter Form aufzuzeichnen. Es ist davon auszugehen, dass damit wiederum lediglich die Vertriebskosten massiv erhöht werden und die Einführung neuer Produkte unnötig gebremst wird. Im Resultat wird eine solche Regelung die Anleger weniger schützen.
- 14 Schon gar abzulehnen sind gesetzliche Fiktionen, wie sie in Art. 74 Abs. 2 VE-FIDLEG enthalten sind. Auch im Falle einer nicht adäquaten Information ist die Frage nach aller Lebenserfahrung völlig offen, ob ein Anleger nicht doch erworben hätte, auch wenn er über alle Risiken genauestens informiert gewesen wäre. Die gegenteilige Fiktion entspricht kaum der wirklichen Lebenserfahrung, sind Anleger immer auch risikobereit. Die Einführung von Sachverhalts- oder Nachweisfiktionen ist sodann aus ganz grundsätzlichen Überlegungen heraus abzulehnen. Sie könnte sonst in vielen Bereichen, namentlich auch im Konsumentenschutz ganz allgemein Einzug halten, was klar abzulehnen ist.

Antrag zu Art. 74 VE-FIDLEG:

Streichen.

2.3. Keine Einführung staatlich anerkannter und beaufsichtigter Ombudsstellen (zu Art. 75 ff. VE-FIDLEG)

- 15 In diversen Branchen (namentlich Banken und Versicherungen) bestehen unabhängige Ombudsstellen, die nachweislich gut funktionieren. Getragen werden sie von den Mitgliedern entsprechender Branchenverbände, agieren jedoch völlig unabhängig, wie sich immer wieder zeigt. Dem Bürger ist es unbenommen, eine solche Stelle anzurufen oder nicht.
- 16 Neu bestünde eine Anschlusspflicht für Finanzdienstleister und ein Verfahren um Anerkennung und Aufsicht über Organisationen, die sich als Ombudsstellen zur Verfügung stellen. Dabei hätte der Finanzdienstleister die Wahl, welcher Organisation er sich anschliessen will.
- 17 Der SLV geht davon aus, dass die neuen Regelungen (namentlich im Rahmen der Aufsicht) zu einem wesentlich erhöhten Aufwand bei den Ombudsstellen führen. Gleichzeitig wird ein neues Geschäftsfeld für Ombudsorganisationen eröffnet, welches zu einem Wettbewerb solcher Organisationen führen kann. Demgegenüber bestehen heute bereits Schlichtungsverfahren bei entsprechenden staatlichen Stellen, die sehr gut funktionieren und viele Vergleiche unter Streitparteien herbeiführen. Es besteht kein Anlass, parallel dazu eine Ombudsbranche ins Leben zu rufen. Auch hier werden im Resultat wiederum nur die Anlageprodukte verteuert, was letztlich dem Konsumenten mehr schadet als nützt.

Antrag zu Art. 75 – 84 VE-FIDLEG:

Streichen.

2.4. Ablehnung von Schiedsgericht und Prozesskostenfonds (Art. 85 – 100 VE-FIDLEG)

- 18 Die Finanzdienstleister müssten nach Art. 85 Abs. 1 VE-FIDLEG sicherstellen, dass die Privatkundinnen und –kunden ihre Ansprüche vor einem ständigen Schiedsgericht geltend machen können. Vorausgesetzt für dessen Anrufung wäre die Teilnahme an einem Verfahren vor einer Ombudsstelle. Vorgeschrieben wäre ein Dreier-Schiedsgericht, wobei der Präsident neutral sein müsste und die beiden Schiedsrichter paritätisch aus Kreisen der Finanzdienstleister resp. Anleger zu rekrutieren wären.
- 19 Auch hier wird wieder eine möglichst teure Lösung propagiert, indem unverständlicherweise (neutrale) Einzelschiedsrichter nicht vorgesehen sind und ein ständiges Schiedsgericht über entsprechende Infrastrukturen verfügen müsste, um funktionsfähig zu sein. Dabei arbeiten unsere staatlichen Gerichte anerkanntermassen schnell und meistens kostengünstig. Jedenfalls ist eine Parallelität von ständigem Schiedsgericht und staatlichen Gerichten schlicht unnötig.
- 20 Wollte man den Zugang Privater zu den Gerichten erleichtern, kann dies sehr einfach dadurch geschehen, dass Verfahren kostenlos ausgestaltet werden oder jedenfalls die Kautionspflicht des Klägers in bestimmten Fällen ausgesetzt wird. Es brauchte dafür wenige Eingriffe in die Regelungen der ZPO, sicher aber keine parastaatlichen Schiedsgerichte.
- 21 Vollends abzulehnen ist Variante B, die Äufnung eines Prozesskostenfonds. Es ist nicht einzusehen, weshalb alle Finanzdienstleister, also auch jene, die sich strikte an ihre Pflichten halten, prophylaktisch zur Bereitstellung von Mitteln verpflichtet werden sollen, die nicht nur den Privatkundinnen und –kunden, sondern auch den Verbänden und Organisationen zu Gute kommen sollen. Auch hier wird mit der ganz grossen Kelle angerichtet. Nachdem das eidgenössische Finanzdepartement für die Verwaltung des Fonds zuständig sein soll, erwartet man offensichtlich ganz erhebliche Geldbeträge, die hier zufließen sollen. Eine solche Thesaurierung von Mitteln erscheint als unnötig und teuer.

Antrag zu Art. 85 – 100 VE-FIDLEG:

Streichen.

2.5. Keine Ausweitung der Verbandsklagen und keine Einführung von Gruppenvergleichsverfahren (Art. 101 -116 VE-FIDLEG)

- 22 Verbände und Organisationen sollen neu klageberechtigt sein, ohne dass sie sich über eine gesamtschweizerische oder regionale Bedeutung in der Vertretung von Anlegerinteressen auszuweisen haben. Bewusst wird darauf verzichtet, auch eine gewisse Organisationsstruktur, eine Dauer des Bestehens oder Ähnliches zu fordern. Weshalb solche Kriterien nicht wünschenswert sein sollen, wie im Erläuternden Bericht explizit behauptet wird, wird bezeichnenderweise nicht näher erläutert.¹¹
- 23 Eine solche massive Ausweitung der Verbandsklage ist weder notwendig noch wünschenswert. Jedermann kann sich so eine Organisation zimmern, die sich den Anlegerinteressen verschreibt, gemäss ihrer Satzung nicht gewinnorientiert ist, aber wohl anständige Saläre an ihre Funktionäre und Beauftragten zahlen darf und dann weitgehend risikolos klagen kann. Insbe-

¹¹ Vgl. dazu Erläuternder Bericht, S. 102 oben.

sondere Kostenrisiken wird es dank dem Prozesskostenfonds nicht geben, die Klage muss nur nicht gerade aussichtslos sein. Es ist absehbar, dass diese Hürde angesichts der in der Ausführungsverordnung des Gesetzes wohl sehr umfangreichen Informations- und Aufklärungspflichten der Finanzdienstleister kaum sehr hoch sein würde.

- 24 Das vorgeschlagene Gruppenvergleichsverfahren weicht von zahlreichen eingebürgerten schweizerischen Prozessgrundsätzen ab, namentlich durch den automatischen Einbezug von betroffenen Privatkunden (immerhin mit opting out-Option). Interessanterweise kritisieren auch Konsumentenorganisationen diese neuen Ideen, da sich ein marktmächtiger Anbieter auf diesem Wege auch unliebsamer Einzelverfahren entziehen kann. Wie bereits dargestellt,¹² wurden bei der letzten Überarbeitung der ZPO im Jahre 2011 lange Diskussionen über die Einführung von Instrumenten zur kollektiven Rechtsdurchsetzung geführt und letztendlich abgelehnt. Seither hat sich nichts ergeben, was eine Neuauflage solcher Ideen rechtfertigen würde. In jedem Falle wären solche Neuerungen aber zwingend durch eine Teilrevision der ZPO einzuführen und nicht in einem Schutzgesetz für Anleger.

Antrag zu Art. 101 – 116 VE-FIDLEG:

Streichen.

III. Zur FINIG-Vorlage im Einzelnen

1. Allgemeine Vorbemerkungen

- 25 Auch ein FINIG braucht es in der vorliegenden Form nicht. Gerade wenn die im FINIG zu integrierenden heutigen Spezialgesetze inhaltlich unverändert bleiben sollen,¹³ ist kein Handlungsbedarf erkennbar. Kernpunkte der Vorlage sind ganz offensichtlich die Unterstellung der unabhängigen Vermögensverwalter (nachstehend „uVV“) unter eine prudenzielle Aufsicht sowie die Einführung einer Weissgeldstrategie. Ersteres liesse sich schlank als Teil eines Anlegerschutzgesetzes oder des FinmaG lösen, ohne gänzlichen Einbezug des BEHG. Die Einführung einer Weissgeldstrategie wird angesichts des Tempos, mit welchem ein Bundesgesetz über den Automatischen Informationsaustausch (AIA) vorangetrieben wird, abgelehnt. Es ist nicht einzusehen, dass ausgerechnet das Recht von Staaten, die im Rahmen des AIA nicht kooperieren, von unseren Finanzintermediären zu konsultieren ist, um festzustellen, ob Vermögenswerte versteuert sind oder nicht.
- 26 Auffallend oft wird sodann die Kompetenz zu weiteren Regelungen an den Bundesrat delegiert. Dies ist aus grundsätzlichen Überlegungen heraus abzulehnen: Mindestens müsste die bundesrätliche Verordnung spätestens bei der Verabschiedung der Botschaft bereits vorliegen, um die Auswirkungen der im Gesetz enthaltenen Bestimmungen zu erfassen. Sollte dies zeitlich nicht möglich sein (wovon wohl auszugehen ist), so ist die Vorlage noch nicht behandlungsreif und zeitlich für so lange wie nötig zurückzustellen.

2. Zu einzelnen Bestimmungen der Vorlage

2.1. Keine Einführung einer Weissgeldstrategie (Art. 11 VE-FINIG)

¹² Vgl. dazu Rz. 8.

¹³ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 3.

- 27 Der Bundesrat legte in Zusammenhang mit der Vorlage zur Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen bereits eine Weissgeldstrategie vor, die umfangreiche Pflichten für Finanzintermediäre vorgesehen hätte. Dieser Gesetzesentwurf wurde dem Parlament nicht vorgelegt. Nunmehr will der Bundesrat in Art. 11 VE-FINIG wiederum eine Grundlage für eine Weissgeldstrategie schaffen. Es ist abzusehen, dass hier der Bundesrat von seiner allgemeinen Kompetenz zur Ausführung des Gesetzes Gebrauch machen würde, was wohl zu einem Revival der seinerzeitigen Vorlage führen würde, nur dass so die Detailregelungen über die Pflichten der Finanzinstitute nicht mehr vom Parlament zu diskutieren wären. Dieses Vorgehen ist abzulehnen.
- 28 Art. 11 Abs. 4 lit. b. VE-FINIG sieht sodann eine inakzeptable Rückwirkung der Weissgeldstrategie vor. Soweit Finanzinstitute Dauerschuldverhältnisse mit Kunden eingehen,¹⁴ wären diese nicht einmal in der Lage, bestehende Geschäftsbeziehungen aufzulösen. Diese Rückwirkung ist vollends abzulehnen.

Antrag zu Art. 11 VE-FINIG:

Streichen.

2.2. Keine Einführung von Melde- und Auskunftspflichten von SRO an die RAB (Art. 25a VE-RAG)

- 29 Ohne nachvollziehbare Begründung sollen die SRO verpflichtet werden, der Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) „alle Vorkommnisse“ zu melden und „ihr alle Unterlagen im Zusammenhang mit einer Prüfgesellschaft, welche die Aufsichtsbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt“, zu übermitteln. Im Erläuternden Bericht steht dazu wörtlich nur gerade folgendes:
- „Mit dieser Bestimmung werden die Bestimmungen über die Amts- und Rechtshilfe auf die Selbstregulierungsorganisationen, die nunmehr alle Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG beaufsichtigen, ausgedehnt.“¹⁵
- 30 Aufsichtsbehörde der SRO ist und bleibt die FINMA. Im vorgeschlagenen neuen Art. 25a VE-RAG ist aber als Aufsichtsbehörde die RAB gemeint. Dieser sollen nun alle SRO Meldung resp. Bericht erstatten, wie dies zwischen Bundesbehörden als Amtshilfe geschieht. Damit würden die SRO den Bundesbehörden gleichgestellt, können aber ihrerseits nicht Gegenrecht einfordern. Die vorgeschlagene Regelung ist deshalb abzulehnen. Die allenfalls nötigen Informationen sollen von der RAB bei der FINMA eingeholt werden, welche sich nötigenfalls wiederum an die SRO wenden kann. Allein die Tatsache, dass es keinen „DUFI-Status“ von Finanzintermediären geben soll,¹⁶ rechtfertigt keineswegs, die SRO einseitig gegenüber der RAB zu verpflichten. Abgesehen von diesen grundsätzlichen Erwägungen ist der vorgeschlagene Art. 25a VE-RAG aber auch viel zu unbestimmt. In einer strengen Auslegung müssten die SRO laufend an die RAB rapportieren. Mindestens müsste dies auf konkrete, bei der RAB pendente Aufsichtsverfahren über Prüfer eingeschränkt werden.

Antrag zu Art. 25a VE-RAG:

Streichen.

¹⁴ So namentlich Lebensversicherer, für welche gemäss dem neu vorgeschlagenen Art. 14a VE-VAG Art. 11 VE-FINIG ebenfalls gelten würde.

¹⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 149.

¹⁶ Vgl. dazu die Ausführungen unter Rz. 31 ff.

2.3. Keine Abschaffung des „DUFI-Status“ (Art. 18 Abs. 1 Bst. b, e und f VE-GwG)

- 31 Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG sollen bezüglich der GwG-Aufsicht nicht mehr der FINMA direkt unterstellt sein können, nachdem nach Ansicht des Bundesrates genügend Möglichkeiten zum Anschluss an Selbstregulierungsorganisationen bestehen. Dies erachtet der Bundesrat als mit der verfassungsrechtlich garantierten Vereinsfreiheit vereinbar.
- 32 Es ist allerdings daran zu erinnern, dass den SRO keine Anschlusspflicht obliegt. Finanzintermediäre, die bei den SRO keinen Anschluss finden (wobei auch rein vereinsrechtliche Gründe verantwortlich sein können), müssen aber irgendwo beaufsichtigt werden, will man nicht die illegale Tätigkeit fördern. Will also die FINMA bei solchen Finanzintermediären nicht mehr selbst direkt die GwG-Aufsicht übernehmen, so müsste der Bund selbst eine SRO als Auffangbecken zur Verfügung stellen. Nachdem dies wohl zu kompliziert sein dürfte, ist der bisherige Rechtszustand besser beizubehalten. Es werden jedenfalls keine wesentlichen Gründe angeführt, die eine Abschaffung des „DUFI-Status“ rechtfertigen würden.

Antrag zu Art. 18 Abs. 1 Bst. b, e und f VE-GwG:

Streichen = Beibehaltung bisherigen Rechts.

2.4. Keine Einführung einer neuen Aufsichtsorganisation (Art. 43a ff. VE-FinmaG)

- 33 Soweit die uVV einer prudenziellen Aufsicht unterstellt werden sollen, stehen für die Umsetzung Selbstregulierungsorganisationen bereit, welche auch von der FINMA auch als Branchenorganisationen für uVV (BOVV) anerkannt sind. Diese Organisationen sind demnach nicht nur im Rahmen der GwG-Aufsicht tätig, sondern beaufsichtigen ihre Mitglieder heute bereits (wenn auch in begrenztem Umfange) prudenziell. Die Einführung einer neuen Aufsichtsorganisation erscheint deshalb als überflüssig.
- 34 Auf jeden Fall ungeeignet ist die in der Vorlage vorgesehene Rechtsform einer Aktiengesellschaft. Einerseits wäre eine solche definitionsgemäss gewinnstrebig und andererseits könnten die Aktionäre die ihnen üblicherweise zustehenden Rechte nicht ausüben. Kaum jemand würde sich in einer solchen fremdbestimmten Organisation finanziell engagieren. Es macht den Anschein, als wolle man eine „Mini-FINMA“ als weitere öffentlich-rechtliche Anstalt vermeiden und gleichzeitig eine Übertragung von Aufsichtsabgaben auf eine privatrechtlich organisierte Körperschaft beibehalten. Letzteres wäre einfacher dadurch zu erreichen, dass für die bestehenden Branchenorganisationen Anforderungen definiert würden, welche eine gesetzmässige prudenzielle Aufsicht über uVV sicherstellen.

Antrag zu Art. 43a VE-FinmaG:

Streichen und ersetzen durch spezifische Anforderungen an Branchenorganisationen.

Gerne hoffen wir, Ihnen mit unseren Ausführungen zu dienen und bitten um Berücksichtigung der vorgetragenen Argumente und Anträge.

Mit freundlichen Grüssen

sig. Dr. Markus Hess, Geschäftsführer