



**Einschreiben / vorab per E-Mail**

Eidgenössisches Finanzdepartement  
Rechtsdienst Generalsekretariat  
Bernerhof  
3003 Bern

Zug, 31. Oktober 2014

**Stellungnahme zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) sowie zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 27. Juni 2014, mit welchem Sie das Forum SRO zur Einreichung einer Stellungnahme in den oben genannten Angelegenheiten eingeladen haben.

Das Forum SRO ist ein im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragener Verein. Seine Mitglieder sind derzeit 10 Selbstregulierungsorganisationen (SRO) gemäss Geldwäschereigesetz, deren 9 ordentliche Mitglieder von der FINMA und ein assoziiertes Mitglied von der Eidgenössischen Spielbankenkommission beaufsichtigt werden. Zweck des Vereins ist es unter anderem, sich im Rahmen von Vernehmlassungen für die Belange der Mitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit als SRO einzusetzen. Für weitere Informationen steht Ihnen unsere Homepage unter [www.forumsro.ch](http://www.forumsro.ch) zur Verfügung.

Gerne nehmen wir wie folgt Stellung.

**A. Kernanliegen**

1. Im Allgemeinen

Der Zugang zum ausländischen, und insbesondere zum EU- bzw. EWR-Markt ist für eine Mehrheit der von der Schweiz aus tätigen Vermögensverwalter von zentraler Wichtigkeit. Daher ist das Forum SRO überzeugt, dass ein solcher mit geeigneten rechtlichen und regulatorischen Mitteln und Bestimmungen gewährleistet werden muss. Allerdings ist die MiFID II-Gleichwertigkeit der Aufsicht jener Staaten, welche im EU-Raum agieren wollen, und welche von der EU als Marktzugangserfordernis verlangt wird, von den zuständigen EU-Instanzen noch nicht definiert worden. Es wäre daher verfrüht und ziellos, mit den vorliegenden Gesetzesentwürfen vorausseilend eine Gleichwertigkeit erreichen zu wollen.

2. VE-FIDLEG

**Das Forum SRO lehnt die Vorlage in dieser Form ab. Sie ist in wesentlichen Punkten zu überarbeiten.**

Das Forum SRO lehnt grundsätzlich eine strengere Beaufsichtigung sowie weitergehende Pflichten der Vermögensverwalter ab, sofern dies nicht für den Marktzugang zum EU/EWR-Raum notwendig ist.

3. VE-FINIG

**Das FINIG ist unnötig.**

Das bestehende Aufsichtssystem im Parabankenbereich bietet Gewähr für eine qualitativ hochwertige – und international anerkannte – Aufsicht. Es besteht keinerlei Notwendigkeit zur Umgestaltung des bestehenden Aufsichtssystems. Im Gegenteil ist dieses etablierte System nicht nur trag- sondern auch ausbaufähig, so dass die Einhaltung der weiteren vom Vermögensverwalter einzuhaltenden Pflichten von bestehenden Selbstregulierungsorganisationen (SRO) überwacht werden kann, auch wenn dies zu einer Konsolidierung unter den bestehenden Selbstregulierern im Parabankenbereich führen würde. Im Vergleich zum bestehenden Aufsichtssystem würde eine neue Aufsichtsstruktur, wie diejenige, welche im VE-FINIG vorgestellt wird, keine erkennbaren Vorteile, weder für den Markt noch für die Kunden eines Vermögensverwalters, schaffen. Die prudentielle Aufsicht über Vermögensverwalter durch bestehende Selbstregulierungsstrukturen ist ferner vor dem Hintergrund zu befürworten, dass der Gesetzgeber keine Intention hat, die bestehende Selbstregulierung im übrigen Finanzmarktrecht in Frage zu stellen, da diese vom vorliegenden Gesetzesvorhaben nicht betroffen ist.

Der VE-FINIG und die damit verbundenen Gesetzesanpassungen werden in dieser Form vollumfänglich abgelehnt.

**B. VE-FIDLEG**

Der VE-FIDLEG ist in vorliegender Form abzulehnen. Die vorgesehenen Verhaltensregeln gelten grösstenteils bereits für Schweizer Vermögensverwalter, weshalb die Schaffung eines neuen Gesetzes zur Kodifizierung bestehender Regeln überflüssig ist (1./a.). Als völlig überflüssig werden ferner über die Anforderungen der MiFID II hinausgehende sowie die ständige Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts aushebelnde Regelungen erachtet (1./b.). Die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche, wie unter dem 4. Titel des VE-FIDLEG vorgesehen, wird vollumfänglich abgelehnt (2.). Die nahezu unbeschränkte Verordnungskompetenz des Bundesrats verunmöglicht ferner eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Vorlage (3.). Schliesslich ist eine Kriminalisierung der Marktteilnehmer abzulehnen (4.).

1. Verhaltensregeln

*a. Kodifizierung bereits bestehender Verhaltensregeln*

Vermögensverwalter müssen in der Ausübung ihrer Tätigkeit über das Kollektivanlagengesetz (KAG), die Kollektivanlagenverordnung (KKV) sowie das FINMA-Rundschreiben 2009/1 „Eckwerte zur Vermögensverwaltung“ (FINMA-RS „Eckwerte“) bereits heute Verhaltensregeln einhalten. Ein Grossteil der dort vorgesehenen Verhaltensregeln sollen in das FIDLEG (2. Titel, 1. Kapitel, Art. 6 bis 27 VE-FIDLEG) übernommen werden. Insbesondere wird eine Eignungsprüfung im Sinne von Art. 10 VE-FIDLEG bereits gestützt auf Rz. 7.1, 7.2 FINMA-RS „Eckwerte“ vorgeschrieben. Ebenso wird eine Angemessenheitsprüfung im Sinne von Art. 11 VE-FIDLEG bereits vorausgesetzt, da der Vermögensverwalter gestützt auf Rz. 7.1, 7.2 u. 16 FINMA-RS „Eckwerte“ lediglich im Rahmen des (schrift-

lich) vereinbarten Risikoprofils handeln darf, wobei das Risikoprofil zwingend Angaben u.a. zu den Kenntnissen, Erfahrungen und Vermögensverhältnissen des Kunden sowie zu den Bandbreiten der vertraglich zulässigen Anlagekategorien enthält. Dem Vermögensverwalter ist es derzeit untersagt, für seine Kunden unangemessene Finanzdienstleistungen zu erbringen, es sei denn, er wird vom Kunden ausdrücklich damit beauftragt. In letzterem Fall entfällt eine Angemessenheitsprüfung auch gemäss Vorentwurf (Art. 14 Abs. 1 lit. a u. b VE-FIDLEG). Entspricht ferner die vereinbarte Anlagestrategie nicht mehr der Situation des Kunden, ist der Vermögensverwalter gestützt auf Rz. 17 FINMA-RS „Eckwerte“ bereits heute verpflichtet, den Kunden darauf aufmerksam zu machen und dies schriftlich festzuhalten. Was etwa die Rechenschaftspflicht im Sinne von Art. 16 VE-FIDLEG, die Risikoaufklärungspflicht im Sinne von Art. 19 VE-FIDLEG oder die organisatorischen Anforderungen von Art. 25 FE-FIDLEG angeht, bestehen diese Pflichten bereits gestützt auf Rz. 9, 25 f. bzw. Rz. 23 und Rz. 29 FINMA-RS „Eckwerte“.

*b. Erweiterte Verhaltensregeln gemäss MiFID II*

Ein sogenannter *Swiss Finish* wird dezidiert abgelehnt: Beispielsweise schreibt Art. 18 Abs. 1 VE-FIDLEG vor, dass „Finanzdienstleister [sicher]stellen, dass bei der Ausführung der Aufträge ihrer Kundinnen und Kunden das bestmögliche Ergebnis in finanzieller, zeitlicher und qualitativer Hinsicht erreicht wird“. Die Anforderungen von Art. 18 Abs. 1 VE-FIDLEG der „Sicherstellung“ der „Erreichung“ eines „Ergebnisses“ würde dazu führen, dass ein im Finanzdienstleistungsbereich erteilter Auftrag als werkvertragsähnlich auszulegen wäre: Nicht Bemühungen, sondern ein Ergebnis wäre geschuldet. Das kann nicht angehen: Es liegt auf der Hand, dass der Finanzdienstleister bei der Ausführung seines Auftrags weitaus nicht alle Faktoren (Börsenkurse usw.) beherrschen kann, welche das Ergebnis beeinflussen können. Art. 18 Abs. 1 VE-FIDLEG geht über die Anforderungen der MiFID II hinaus: Art. 24 ff. MiFID II verlangt lediglich hinreichende Massnahmen im bestmöglichen Interesse des Kunden und die Festlegung von Grundsätzen zur Erzielung des bestmöglichen Ergebnisses, nicht jedoch – wie Art. 18 Abs. 1 VE-FIDLEG – die Sicherstellung der Erreichung des bestmöglichen Ergebnisses.

Ferner wird eine vorgebliche Übernahme einer in der Tat ausgehebelten Schweizer Praxis abgelehnt: In der Frage der Leistungen Dritter schreibt Rz. 74 der einleitenden Gründe der MiFID II vor, dass Leistungen Dritter dem Kunden weiterzuleiten sind; gemäss ständiger Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts hat ein Vermögensverwalter dagegen Anspruch auf Leistungen Dritter gestützt auf einen gültigen Verzicht des Kunden (BGE 132 III 460, BGE 137 III 393 u. unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2011: 4A\_266/2010). Unter Art. 26 VE-FIDLEG wird die Praxis des Bundesgerichts zwar niedergeschrieben, der Vermögensverwalter muss jedoch gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. b VE-FIDLEG selbst bei Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 26 VE-FIDLEG seine Dienstleistung als „nicht unabhängig“ bezeichnen und dies dem Kunden gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. a VE-FIDLEG mitteilen. Zwar ist eine „nicht unabhängige“ Dienstleistung erlaubt, diese Bezeichnung wertet jedoch die Dienstleistung des Vermögensverwalters ab. Denn für Vermögensverwalter gilt die Unabhängigkeit als wesentlicher Wettbewerbsfaktor: Der Vermögensverwalter wird aufgrund der Mitteilungspflicht von Art. 7 Abs. 2 lit. a VE-FIDLEG in der Tat zum Verzicht auf Leistungen Dritter gezwungen. Mit anderen Worten verschafft der VE-FIDLEG teilweise den Anschein, die bestehende Schweizer Praxis (des Bundesgerichts) zu beachten; bei näherer Betrachtung stellt man jedoch fest, dass bei Widersprüchen mit den internationalen Anforderungen (MiFID II) diese im Ergebnis ausgehebelt wird.

## 2. Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche

### a. *Beweislastumkehr*

Art. 74 Abs. 1 VE-FIDLEG sieht vor, dass „*der Finanzdienstleister [...] die Beweislast dafür [trägt], dass er seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen ist*“. Diese Bestimmung kehrt den zivilrechtlichen Beweislastgrundsatz gemäss Art. 8 ZGB um, welcher vorsieht, dass „[...] *derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen [hat], der aus ihr Rechte ableitet*“: Für die Haftung des Finanzdienstleisters müsste der Kunde den Nachweis der vom Finanzdienstleister verursachten Vertragsverletzung nicht mehr erbringen. Im Gegenteil würde der Finanzdienstleister grundsätzlich für den vom Kunden geltend gemachten Schaden auch dann haften, wenn kein eigenes Verschulden vorliegt, es sei denn, es gelingt ihm der Beweis der Erfüllung seiner Informations- und Aufklärungspflichten. Tritt letzterer Fall nicht ein, überlässt Art. 74 Abs. 2 VE-FIDLEG die Beurteilung der Rechtsfolge nicht der Gerichtsbarkeit, welche diese je nach Ausmass der Verletzung der gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten messen würde: Im Gegenteil lässt Art. 74 Abs. 2 VE-FIDLEG der Gerichtsbarkeit keinerlei Ermessen: „*Ist der Finanzdienstleister seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nicht nachgekommen, so wird vermutet, dass die Kundin oder der Kunde das betroffene Geschäft nicht getätigt hätte*“. Mit anderen Worten haftet der Finanzdienstleister grundsätzlich vollumfänglich für jede Vermögenseinbusse, unabhängig von der Frage der Übereinstimmung der getätigten Anlagen mit der mit dem Kunden vereinbarten Anlagepolitik.

Eine Beweislastumkehr im Finanzdienstleistungsrecht stellt einen den Schweizer Markt benachteiligenden *Swiss Finish* dar und wird kategorisch abgelehnt. Damit werden Finanzdienstleister unter Generalverdacht gestellt. Die Gründe der Begünstigung der Kunden eines Finanzdienstleisters beim Nachweis der Haftungsvoraussetzungen gegenüber einem anderen Rechtssuchenden sind nicht ersichtlich. Im Ergebnis würde der Finanzdienstleister trotz sorgfältiger Vermögensverwaltung haften, einzig weil er die Informations- und Aufklärungspflichten nicht genügend dokumentiert hat. Die Beweislastumkehr gemäss Art. 74 VE-FIDLEG, verbunden mit der Pflicht zur Herausgabe der Kundendossiers gemäss Art. 72 f. VE-FIDLEG lädt zur missbräuchlichen Prozessführung geradezu ein, zumal diese kostenlos sein soll.

### b. *Ombudsstelle, Schiedsgericht u. Prozesskostenfonds*

Sowohl eine Ombudsstelle gemäss Art. 75 - 84 VE-FIDLEG als auch ein Schiedsgericht gemäss Art. 85 - 91 VE-FIDLEG oder ein Prozesskostenfonds gemäss Art. 85 - 100 VE-FIDLEG werden abgelehnt. Ein alternatives obligatorisches Streitbeilegungsverfahren wird bereits im Zivilprozessrecht vorgesehen, so dass der Bedarf einer entsprechenden spezialgesetzlichen Regelung nicht besteht. Ferner verfügt die Schweiz über eine funktionierende ordentliche Zivilgerichtsbarkeit, welche gewährleistet, dass der Rechtssuchende seine – u.a. aus einem Finanzdienstleistungsverhältnis entstehenden – Ansprüche geltend machen kann. Es wird darauf hingewiesen, dass gerade in der Vermögensverwaltung der unabhängige Vermögensverwalter typischerweise weniger vermögend ist als sein Kunde. Der VE-FIDLEG geht offensichtlich von einem von der Realität abweichenden Bild aus: Beim Kräfteverhältnis zwischen Vermögensverwalter und Kunde ist keinesfalls Letzterer systematisch der Schwächste, wie etwa beim Verhältnis zwischen Grossbank und Kleinsparer. Im Gegenteil steht ein Vermögensverwalter nicht selten sehr vermögenden und somit in der Regel wirtschaftlich erfahrenen und ausgesprochen kompetenten Kunden gegenüber. Eine einseitige Kostenpflicht zu Lasten der Finanzdienstleister sowohl bei der Ombudsstelle (Art. 76 Abs. 1 VE-FIDLEG), beim Schiedsgericht (Art. 86 Abs. 3 VE-FIDLEG) als auch beim Prozesskostenfonds (Art. 87 VE-FIDLEG), unabhängig von den Erfolgsaussichten, erscheint daher als nicht sachgerecht und lädt den Kunden zur Prozessführung auch in

unberechtigten Fällen geradezu ein, was zu einer Überlastung der Gerichte führen wird. Für Kunden, welche nicht über die finanziellen Mittel verfügen, sieht bereits heute das Zivilprozessrecht die unentgeltliche Rechtspflege vor. Dieses Institut hat den Vorteil, dass neben der Bedürftigkeit auch berücksichtigt wird, ob ein Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist, so dass das zuständige Gericht nicht mit unberechtigten oder gar querulatorischen Klagebegehren überhäuft wird. Über dies verfügen Banken und Versicherer über ein seit Jahren bewährtes Ombudswesen.

Aus den genannten Gründen lehnt das Forum SRO ferner die Mittel des kollektiven Rechtsschutzes im Finanzmarktrecht, d.h. die Verbandsklage gemäss Art. 101 ff. VE-FIDLEG sowie das Gruppenvergleichsverfahren gemäss Art. 105 ff. VE-FIDLEG, ab.

### 3. Delegation

In folgenden Bestimmungen wird die Gesetzesausführung an den Bundesrat delegiert: Art. 4 Abs. 5, Art. 5, Art. 16, Art. 17 Abs. 2, Art. 18 Abs. 4, Art. 25 Abs. 3, Art. 31 Abs. 4, Art. 43 Abs. 2, Art. 47, Art. 48 Abs. 1, Art. 49 Abs. 3, Art. 52 Abs. 2, Art. 53 Abs. 4, Art. 53 Abs. 6, Art. 63, Art. 70 Abs. 3, Art. 82 Abs. 4, Art. 86 Abs. 5 und Art. 90 Abs. 1 u. 2 VE-FIDLEG. Ferner wird in Art. 122 VE-FIDLEG unter dem Titel „Schlussbestimmungen“ der Bundesrat pauschal zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt: „*Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen*“. Zu bemängeln ist einerseits, dass über die zahlreichen Delegationsnormen die inhaltliche Regelung des FIDLEG zu einem grossen Teil nicht im Gesetz im formellen Sinne, sondern in der Verordnung stattfinden soll. Im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung besteht lediglich die Möglichkeit, zum Vorentwurf des Gesetzes "in Unkenntnis dessen tatsächlicher Tragweite" Stellung zu beziehen. Andererseits verletzt die pauschale Delegationsnorm von Art. 122 VE-FIDLEG das Legalitätsprinzip: Auch wenn die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Exekutive grundsätzlich eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und eine Einschränkung der demokratischen Rechte darstellt, wird sie heute von Lehre und Praxis anerkannt. Art. 164 Abs. 2 BV sieht vor, dass Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird. Daran zu erinnern ist allerdings, dass gemäss Bundesgericht die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation folgenden (kumulativen) Voraussetzungen unterliegt (BGE 134 I 322, 329 f.; 128 I 113, 122): (1) Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein; (2) die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein; (3) die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken und (4) die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigsten Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein. Da sich Art. 122 VE-FIDLEG nicht auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt, sondern den Bundesrat allgemein zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt, erfüllt Art. 122 VE-FIDLEG die an eine gültige Gesetzesdelegation gesetzten Anforderungen nicht und ist somit unzulässig.

### 4. Strafbestimmungen

Unter Art. 119, 120 und 121 VE-FIDLEG (6. Titel: „*Strafbestimmungen*“) wird die Abgabe unzutreffender Informationen an den Kunden, das unerlaubte Anbieten von Finanzinstrumenten bzw. die Verletzung der Verhaltensregeln unter Strafe gestellt.

Der Rückgriff auf strafrechtlichem Zwang geht über die Anforderungen von MiFID II hinaus und wird deshalb als *Swiss Finish* abgelehnt (vgl. Art. 70 Abs. 1 MiFID II).

Gemäss herrschender Lehre dient ferner das Strafrecht der Sanktionierung elementarer Normen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Entsprechend der *ultima-ratio*-Funktion des Strafrechts soll der Gesetzgeber von der Möglichkeit, Verhaltensweisen zu pönalisie-

ren, zurückhaltend und nur dann Gebrauch machen, wenn andere, weniger eingriffsintensive Mittel der Sozialkontrolle nicht zur Verfügung stehen.

Das FIDLEG ist ein Gesetz aufsichtsrechtlicher Natur. Das Aufsichtsrecht ist auf die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des beaufsichtigten Marktes sowie den Schutz des einzelnen Marktteilnehmers vor Beeinträchtigungen seiner individuellen Interessen ausgerichtet (vgl. Art. 5 FINMAG). Erhält die Aufsichtsbehörde von Verstössen gegen gesetzliche Vorgaben oder von sonstigen Missständen Kenntnis, hat sie die Massnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um einen ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen (vgl. Art. 31 FINMAG).

Im Gegensatz zur beschuldigten Person im Strafverfahren hat der Beaufsichtigte eine Mitwirkungspflicht, welche nicht nur die Auskunftserteilung, sondern auch die Herausgabe von Akten und weiterer Unterlagen umfasst. Gemäss Art. 117 VE-FIDLEG „[überwacht] die Aufsichtsbehörde [...] die Einhaltung der Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten bei den von ihr beaufsichtigten Finanzdienstleistern. Sie kann Anordnungen treffen, um Verletzungen zu beseitigen oder zu verhindern“. Diese Bestimmung gewährleistet die aufsichtsrechtliche Kontrolle der Einhaltung des Gesetzes durch die Finanzdienstleister. Strafbestimmungen sind im FIDLEG deshalb unnötig. Im Allgemeinen ist die neuerdings festzustellende reflexartige Tendenz des Gesetzgebers, im Verwaltungsrecht mindestens auch auf strafrechtlichen Zwang zurückzugreifen, grundsätzlich abzulehnen.

### C. VE-FINIG

Der VE-FINIG ist vollumfänglich abzulehnen. Die Schaffung eines neuen Aufsichtssystems über Vermögensverwalter ist unnötig und untauglich: Bereits seit Jahren leisten bestehende Branchenorganisationen (BO) eine qualitativ hochwertige und international anerkannte Aufsicht über Vermögensverwalter in einem FIDLEG-ähnlich Bereich (1.). Abzulehnen ist ferner die Bestimmung über die Steuerkonformität (2.). Auch in dieser Vorlage verunmöglicht die nahezu unbeschränkte Verordnungskompetenz des Bundesrats eine inhaltliche Auseinandersetzung (3.). Ferner ist auch in dieser Vorlage die Kriminalisierung der Marktteilnehmer abzulehnen (4.).

#### 1. Aufsichtssystem

##### a. *Aufsichtsorganisation(en) (AO)*

„Vermögensverwalter werden von der Aufsichtsorganisation (AO) nach dem Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG) beaufsichtigt“ (Art. 82 Abs. 1 VE-FINIG). „Der Bundesrat kann die Errichtung mehrerer AO vorsehen und regelt in diesem Fall die Abgrenzung ihrer Aufsichtsbereiche“ (Art. 43a Abs. 3 VE-FINMAG). „Besteht keine AO nach [Artikel 82] Absatz 1 [VE-FINIG], so wird die Aufsicht durch die FINMA wahrgenommen“ (Art. 82 Abs. 3 VE-FINIG).

Aus Art. 82 Abs. 3 VE-FINIG i.V.m. Art. 43a Abs. 3 VE-FINMAG geht klar hervor, dass die Aufsicht über Vermögensverwalter grundsätzlich von einer oder mehreren Aufsichtsorganisation(en) wahrgenommen werden soll. Eine FINMA-Aufsicht kommt nur – subsidiär – in Frage, sollte keine Aufsichtsorganisation bestehen.

##### b. *Ablehnung der Aufsichtsorganisation (AO) nach Art. 43d bis Art. 43m VE-FINMAG*

###### aa. *Ungeeignete Rechtsform*

Die Aufsichtsorganisation (AO) erteilt Vermögensverwaltern gemäss FIDLEG die erforderliche Bewilligung und beaufsichtigt deren Tätigkeit (Art. 43a Abs. 1 VE-FINMAG). Die AO muss eine Aktiengesellschaft mit Sitz und Hauptverwaltung in der Schweiz sein, deren Ak-

tienkapital in vollständig liberierten Namenaktien eingeteilt ist (Art. 43d Abs. 1, 2 VE-FINMAG). Dabei müssen die Eigentumsverhältnisse die Branche der Beaufsichtigten auf angemessene Weise widerspiegeln (Art. 43d Abs. 3 VE-FINMAG).

Art. 43d VE-FINMAG geht davon aus, dass der Markt eine oder mehrere entsprechende Aufsichtsorganisation(en) ins Leben rufen wird. Dies ist ein unrealistisches Unterfangen: Die Privatwirtschaft müsste eine Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 OR gründen und in diesem Rahmen, d.h. vor der Publikation im kantonalen Amtsblatt, genügend Personen vom Erwerb von – voll einzubezahlenden – Gesellschaftsanteilen überzeugen, ohne zu wissen, ob die neu gegründete Aktiengesellschaft auch tatsächlich eine Bewilligung als AO im Sinne von Art. 82 Abs. 1 VE-FINIG erhalten wird. Ferner ist die Aktiengesellschaft keine geeignete Rechtsform für eine aufsichtsrechtliche Organisation, da die mit der Aktiengesellschaft verbundene Gewinnstrebigkeit mit einer unabhängigen Aufsicht unvereinbar ist.

#### bb. AO als unselbständige Behörde

Ob der Markt eine oder mehrere wie unter Art. 43a ff. VE-FINMAG beschriebene Aufsichtsorganisation(en) anbietet, ist ferner aufgrund der Genehmigungsbestimmungen von Art. 43f und Art. 43g VE-FINMAG und der damit verbundenen erheblichen Selbstständigkeitsbeschränkung zu bezweifeln: Nicht nur Verwaltungsrat und Präsident(in) der AO sind vom Bundesrat zu genehmigen (Art. 43f Abs. 2 VE-FINMAG), vielmehr sind sämtliche Beschlüsse des Verwaltungsrats der AO, sei es die Wahl der Geschäftsleitung und deren Direktor(in), die Rundschreiben, das Organisationsreglement oder die Richtlinien über die Informationstätigkeit sowie der Gebührentarif der AO von der FINMA zu genehmigen (Art. 43g Abs. 4 u. Art. 43k Abs. 3 VE-FINMAG).

Was den Rechtsschutz angeht, sieht Art. 54 Abs. 1 VE-FINMAG vor, dass die AO zum Erlass von Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG berechtigt sein soll. Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist eine Verfügung ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. statt Vieler: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 854). Die Rechtsbeziehung zwischen AO und Beaufsichtigten ist somit als verwaltungsrechtlich und die AO als Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG zu qualifizieren: Erfüllt der Finanzintermediär die gesetzlichen Voraussetzungen, erwächst ihm ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Beaufsichtigung durch die AO. Ferner haftet die AO gestützt auf Art. 1 Abs. 1 lit. d VG genauso wie der Bund und seine Behörden gemäss Verantwortlichkeitsgesetz (VG). Im Vergleich mit der FINMA unterliegt die AO gar strengeren Haftungsbestimmungen, da die AO im Gegensatz zur FINMA von der Haftungserleichterung gemäss Art. 19 Abs. 2 VE-FINMAG nicht profitiert: Gemäss Art. 19 Abs. 2 VE-FINMAG haftet die FINMA lediglich bei (a.) Verletzung wesentlicher Amtspflichten, und nur wenn (b.) die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind.

#### cc. Ablehnung und geeignete Alternative

Aus den genannten Gründen lehnen das Forum SRO und seine Mitglieder die Gründung von Aktiengesellschaften im Sinne von Art. 82 VE-FINIG i.V.m. Art. 43a ff. VE-FINMAG kategorisch ab.

Das Forum SRO ist, wie bereits im Rahmen seiner Stellungnahme mit Schreiben vom 28. März 2013 zu den am 18. Februar 2013 veröffentlichten Stossrichtungen einer möglichen Regulierung über ein FIDLEG geäußert, der Ansicht, dass die Aufsicht durch Selbstregulierungsorganisationen im bisherigen Sinne, d.h. Selbstregulierungsorganisationen

nach GwG (SRO) bzw. Branchenorganisationen nach KAG (BO) die geeignetste Regulierungsvariante darstellt, dies aus folgenden Gründen:

- Kostengünstige Aufsicht: Regulierung ist mit Kosten verbunden. Die mit dem geplanten FIDLEG verbundenen Zusatzkosten werden die Finanzdienstleister auf ihre Kunden abwälzen müssen. Die Folge ist eine Verteuerung der Finanzdienstleistungen in der Schweiz. Letzteres kann verhindert werden, wenn die neuen Aufsichtsaufgaben SRO im bisherigen Sinne (SRO nach GwG und BO nach KAG) zukommen, wobei die FINMA die Obergaufsicht ausübt. Denn SRO bzw. BO sind wirtschaftlich, aber nicht gewinnstrebig geführte Unternehmen, welche bei einer Übernahme der prudentiellen Aufsicht gemäss FIDLEG keine signifikante Mehrbelastung für die Finanzdienstleister, deren Kunden und nicht zuletzt den Steuerzahler verursachen würden.
- Hohe Aufsichtsqualität: Ferner erfüllen die genannten Organisationen die Voraussetzungen zur Übernahme staatlicher Aufsichtsaufgaben. Die Hälfte der SRO sind auch BO. Die meisten der im VE-FIDLEG vorgesehenen Pflichten, insbesondere die umfangreichen Informations- und Offenlegungspflichten des Finanzdienstleisters gegenüber seinen Kunden, bilden bereits Gegenstand der Verhaltensregeln der BO (vgl. Ziff. 1 lit. a der vorliegenden Eingabe). BO üben somit bereits seit vier Jahren eine effiziente Aufsicht in einem FIDLEG-ähnlichen Bereich aus. Die SRO und BO sind ferner im Laufe der Jahre sowie im Rahmen der Erweiterung ihres Aufsichtsauftrags stark gewachsen und verfügen über eine klare Gewaltenteilung. Damit wird eine hohe Aufsichtsqualität gewährleistet.
- Wahrung der Grundrechte: Durch die Übertragung von staatlichen Aufsichtsaufgaben auf privatrechtlich organisierte Organisationen wie SRO oder BO wird die Freiheit des beaufsichtigten Finanzintermediärs erweitert, da er die Möglichkeit hat, als Mitglied der als Verein organisierten SRO bzw. BO mitzuwirken. Gleichzeitig werden die Grundrechte des durch eine SRO bzw. BO beaufsichtigten Finanzintermediärs gewahrt, da SRO und BO durch die Übernahme öffentlicher Aufgaben dazu verpflichtet sind, wie der Staat die Grundrechte zu beachten und zu schützen.
- Internationale Anerkennung: Die Äquivalenz der Schweizer prudentiellen Aufsicht über die Vermögensverwaltung ist für den Marktzugang, insbesondere zu den EU-Märkten, wesentlich. Das Schweizer Selbstregulierungssystem wurde anlässlich des dritten Länderexamens der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) als mit dem System der staatlichen Regulierung vergleichbar erachtet. In der Frage, ob die prudentielle Aufsicht durch privatrechtlich organisierte Organisationen wie SRO und BO von den EU-Behörden als gleichwertig erachtet wird, besteht allerdings Rechtsunsicherheit, denn es fehlen einheitliche Massstäbe der EU-Behörden zur Beurteilung der Äquivalenz. Vor diesem Hintergrund und um den staatlichen Charakter der prudentiellen Aufsicht durch die Selbstregulierung zu verdeutlichen, sind SRO bzw. BO in den Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) aufzunehmen. Die Rechtsform einer entsprechend weiterentwickelten SRO bzw. BO müsste dabei unbeachtlich sein.

## 2. Steuerkonformität

Art. 11 VE-FINIG übernimmt die am 27. Februar 2013 veröffentlichte, dann sistierte Vernehmlassungsvorlage zur „Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Gelder; Änderung des GwG“. Der Wortlaut der am 27. Februar 2013 veröffentlichten Vorlage wurde leicht angepasst: Der Finanzintermediär muss nicht mehr „abklären, ob [die eingebrachten Vermögenswerte] versteuert sind oder versteuert werden“, neu „prüft [das Finanzinstitut], ob ein erhöhtes Risiko besteht, dass [die



eingebrachten Vermögenswerte] *in Verletzung der Steuerpflicht unversteuert sind oder nicht versteuert werden*“ (Art. 11 Abs. 1 VE-FINIG). Was unter „erhöhtes Risiko“ im Sinne von Art. 11 Abs. 1 VE-FINIG zu verstehen ist, wird nicht definiert. Dem Finanzinstitut werden dennoch weitergehende Abklärungspflichten auferlegt, sollte es Hinweise geben, die auf ein „erhöhtes Risiko“ hindeuten (Art. 11 Abs. 2 VE-FINIG). Inhaltlich wird mit Art. 11 VE-FINIG dem Finanzinstitut die systematische Prüfung der Einhaltung der Steuerpflicht auferlegt, wie unter Art. 11 Abs. 3 VE-FINIG ausdrücklich vorgesehen. Diese Sorgfaltspflicht entfällt lediglich bei Vermögenswerten von geringem Wert sowie bei – in Vertragsstaaten von Abkommen zum automatischen Informationsaustausch (AIA) mit der Schweiz steuerpflichtigen – Kunden (Art. 11 Abs. 1 S. 2, Art. 11 Abs. 3 VE-FINIG).

Zwar ist das Finanzinstitut zu „weitergehenden Abklärungen“ in der Frage der Einhaltung der Steuerpflicht nur bei Vorliegen von „Hinweise[n], die auf ein erhöhtes Risiko hindeuten“ verpflichtet (Art. 11 Abs. 2 VE-FINIG); das Finanzinstitut muss dennoch Abklärungen vornehmen, um das Vorliegen eines erhöhten Risikos überhaupt zu prüfen. Damit wird dem Finanzinstitut eine systematische Grundprüfung der Einhaltung der Steuerpflicht zur Beurteilung des Vorliegens eines (nicht definierten) „erhöhten Risikos“ auferlegt, wobei der Vorwurf über das Ausmass der damit verbundenen Abklärungen schweigt. Im Ergebnis zwingt Art. 11 VE-FINIG die Finanzinstitute, mit völlig uneinschätzbarem Aufwand die Steuerkonformität der entgegennehmenden Gelder ihrer Kunden zu prüfen. Dies ist schlicht inakzeptabel: Den Finanzinstituten wird zugemutet, sich im Steuerrecht unzähliger Staaten auszukennen, um ihren Pflichten nachkommen zu können. Ferner werden den Finanzinstituten Abklärungen zur künftigen Steuerkonformität der fraglichen Vermögenswerte zugemutet, welche ohne hellseherische Fähigkeiten nicht erfüllbar sind: Zahlreiche Faktoren, wie die Steuergesetze selbst oder die konkreten Umstände, an welche bestimmte Steuern anknüpfen, wie zum Beispiel der Wohnsitz oder Sitz des Kunden, können sich ändern.

Diese Regelung ist ein Schlag gegen die Finanzwirtschaft, den so niemand verlangt, weder die FATF noch das Global Forum in Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes („Global Forum“). Solche Sorgfaltspflichten können auch nie internationaler Standard werden oder die Hürde einer gleichwertigen Aufsicht nehmen. Denn es ist allen von vorneherein klar, dass die Finanzinstitute diese Pflichten nicht werden erfüllen können. Schleierhaft ist ferner, dass die Schweiz Staaten bei der Eintreibung von Steuerforderungen unterstützen sollte, welche die Voraussetzungen für den AIA nicht erfüllen.

Im Übrigen ist die Einführung durch die Hintertür der im November 2013 sistierten Vorlage unredlich: Mit Medienmitteilung vom 29. November 2013 informierte der Bundesrat, erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme nicht versteuerter Vermögenswerte erst auszuarbeiten, nachdem die Schweiz mit den wichtigsten Partnern bilaterale Abkommen über einen AIA abgeschlossen habe oder wenn feststehe, dass in absehbarer Zeit kein AIA-Abkommen möglich sei.

### 3. Strafbestimmungen

Unter Art. 119 – 122 VE-FINIG (5. Titel, 2. Kapitel: „Strafbestimmungen“) wird die Verletzung des Berufsgeheimnisses, die unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen, die Verletzung von Aufzeichnungs- und Rechnungslegungsvorschriften sowie die Verletzung der Bestimmungen über den Schutz vor Verwechslung und Täuschung und der Meldepflichten unter Strafe gestellt.

Aus den unter B./4. des vorliegenden Schreibens genannten Gründen werden Strafbestimmungen im VE-FINIG als unnötig erachtet.

#### 4. Delegation

In folgenden Bestimmungen wird die Gesetzesausführung an den Bundesrat delegiert: Art. 3 Abs. 3, Art. 6 Abs. 6, Art. 8 Abs. 3, Art. 13 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2, Art. 24 Abs. 3, Art. 25 Abs. 2, Art. 32 Abs. 2, Art. 33 Abs. 1, Art. 40 Abs. 4, Art. 45, Art. 50 Abs. 4, Art. 51 Abs. 1, Art. 52 Abs. 3, Art. 53 Abs. 3, Art. 60 Abs. 4, Art. 62 Abs. 1, Art. 72 Abs. 1, Art. 78, Art. 81, Art. 86 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2, Art. 112 Abs. 4 f., Art. 116 Abs. 4, Art. 117 Abs. 4 und Art. 118 Abs. 2 VE-FINIG. Ferner wird in Art. 123 VE-FINIG unter dem Titel „Schlussbestimmungen“ der Bundesrat pauschal zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt: „*Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen*“. Zu bemängeln ist einerseits, dass über die zahlreichen Delegationsnormen die inhaltliche Regelung des FINIG zu einem grossen Teil nicht im Gesetz im formellen Sinne, sondern in der Verordnung stattfindet. Im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung besteht lediglich die Möglichkeit, zum Vorentwurf des Gesetzes "in Unkenntnis deren tatsächlicher Tragweite" Stellung zu beziehen. Andererseits verletzt die pauschale Delegationsnorm von Art. 123 VE-FINIG an den Verordnungsgeber das Gebot der Rechtssicherheit sowie das Legalitätsprinzip aus den unter B./3. der vorliegenden Eingabe genannten Gründen.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen

Dr. Martin Neese  
Präsident

Caroline Kindler  
Geschäftsführerin