

Eidgenössisches Finanzdepartement
Rechtsdienst Generalsekretariat
Bernerhof
3003 Bern

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

31. Oktober 2014

Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG); Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 27. Juni 2014 hat uns Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf in oben stehender Angelegenheit zur Stellungnahme eingeladen. Für die gebotene Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens. economie suisse hat bei ihren Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie einigen grösseren Einzelunternehmen – eine umfassende interne Konsultation durchgeführt. Gestützt auf deren Stellungnahmen und Empfehlungen, den eingehenden Diskussionen in den zuständigen Arbeitsgruppen wie auch dem Vorstandsausschuss nehmen wir aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

A. Zusammenfassung

economie suisse steht der mit dem FIDLEG und dem FINIG vorgeschlagenen umfassenden Neugestaltung der Finanzmarktregulierung gesamthaft kritisch gegenüber. Es besteht kein Zeitdruck, diese Anpassungen vorzunehmen. Zahlreiche Eingriffe sind überschüssig und nicht (ausreichend) begründet. Wir fordern

- **substantielle Anpassungen am FIDLEG in den Titeln 1 – 3,**
- **die Streichung der Titel 4 und 6 FIDLEG**

und die

- **Überarbeitung bzw. substanzielle Kürzung des FINIG**

Vor der weiteren Überarbeitung hat zwingend eine inhaltliche Auseinandersetzung und zeitliche Koordination mit den aktuellen nationalen und internationalen Entwicklungen zu erfolgen.

B. Kernforderungen der Wirtschaft

1 Funktionierende Finanzmarktregulierung

Die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit ist ein zentrales Ziel jeglicher Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht. Dieser Aspekt sollte deshalb bereits im Zweckartikel des FIDLEG (Art. 1 FIDLEG) erwähnt werden.

1.1 Angemessene Aufsicht

Eine funktionierende Finanzmarktregulierung ist von herausragender Bedeutung für den Finanzplatz. Dies bedeutet, dass alle Finanzintermediäre einer angemessenen Aufsicht unterstehen sollten und bestehende Lücken verhältnismässig und durch geeignete Mittel zu schliessen sind. Dieses Ziel verfehlen das FIDLEG und das FINIG aber gleich mehrfach.

- Die vom FINIG vorgeschlagene Aufsicht sämtlicher Finanzdienstleister ist zu wenig auf die Besonderheiten des heterogenen Feldes der Marktteilnehmer abgestimmt. Insbesondere Regelungen über Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften wie bei Banken sind im FINIG nicht erforderlich. Kernregelungen im Bereich der prudenziellen Aufsicht und der Governance müssen insbesondere auf die Grösse und die Art der angebotenen Dienstleistungen der Marktteilnehmer präzise abgestimmt werden und dürfen keinesfalls zu Marktverzerrungen führen. Das FINIG muss entsprechend erheblich reduziert werden. Einzelne unserer Mitglieder sind sogar der Ansicht, dass das FINIG komplett zurückgewiesen werden muss, da die erforderlichen grundsätzlichen Anpassungen nicht auf der Basis des FINIG vorgenommen werden können (siehe unten, Ziff. C/2, Aufsicht).
- Unter der nun vorgeschlagenen Regulierung sind einzelne wichtige rechtliche Vermögensstrukturen weiterhin nicht erfasst (siehe unten, Ziff. C/2, Aufsicht).
- Die Versicherungsbranche (inklusive die gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittler) ist bereits jetzt detailliert reguliert, eine weitere Regulierung ist nicht notwendig. Die Branche ist vom Anwendungsbereich des FIDLEG / FINIG auszuschliessen. Allfällige Schutzdefizite sind über die (bereits bestehende) Spezialgesetzgebung anzugehen (siehe unten, Ziff. C/4, Versicherungen).

1.2 Moderner, praktikabler und zielgerichteter Anlegerschutz

Ein moderner Anlegerschutz hat im Sinne der mündigen und informierten Kunden zu erfolgen. Angemessene Transparenz bei Produktrisiken, Kosten und Vergütungen für Drittparteien sowie die Offenlegung von Interessenkonflikten sind vor diesem Hintergrund grundsätzlich sinnvoll. Die im FIDLEG vorgesehenen Lösungen zum Anlegerschutz sind in weiten Teilen aber weder zielführend noch verhältnismässig. Sie sind zu interventionistisch, zu starr und gehen von einem falschen Schutzbedürfnis des Kunden aus. Entsprechend sind sie kontraproduktiv und beschädigen letztlich das Vertrauensverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden (siehe unten, Ziff. C/5, Anlegerschutz). Weit über das Ziel hinaus schießen auch die (teils) systemwidrigen Anpassungsvorschläge im Bereich der Rechtsdurchsetzung (siehe unten, Ziff. C/6, Rechtsdurchsetzung).

1.3 **Nachteilige Effekte überschüssender Eingriffe**

Die ungewollten und unvorhergesehenen Effekte der sehr weit gehenden Regulierung auf dem von grosser Dynamik und Vielfalt geprägten Schweizer Finanzmarkt müssen berücksichtigt werden. Diverse Vorschläge im ersten bis dritten Titel des FIDLEG weisen aus Kundensicht letztlich Verbots- oder Zwangscharakter auf. **Die Wirtschaft fordert, dass der Privatautonomie grundsätzlich der Vorrang zukommt** (siehe unten, Ziff. C/5, Anlegerschutz). Eine Intensivierung der Regulierung wie im FIDLEG vorgeschlagen, führte vorerst zu steigenden Kosten für die Anbieter und erhöhte ihre operationellen Risiken. Dies führte letztendlich dazu, dass kleinere Anbieter aus dem Markt gedrängt würden, was den Wettbewerb verringerte. Gleichzeitig stiegen die Kosten, was letztlich der Endkunde zu tragen hätte. Die Attraktivität des Finanzplatzes gesamthaft würde geschmälert. Zudem dürften Kunden abwandern und die Anbieter versuchen, nach neuen Wegen ausserhalb der neuen Regulierung zu suchen (siehe unten, Ziff. C/9, Regulierungsfolgen).

2 **Die Marktzugang EU/EWR ist zentral, die Kriterien sind jedoch (noch) unklar**

Die Wirtschaft strebt grundsätzlich die Beibehaltung des Zuganges zu den EU/EWR-Märkten für Finanzdienstleister aus der Schweiz ohne Verschlechterung des aktuellen Zustandes an. Zurzeit besteht jedoch noch nicht Klarheit darüber, welche Bedingungen zur Sicherung des Marktzuganges erfüllt sein müssen. Das FIDLEG kann den Marktzugang nicht selber garantieren, möglicherweise kann aber eine Modernisierung des Anlegerschutzes künftige Verhandlungen darüber erleichtern.

2.1 **Zur Frage des Zeitpunkts der Rechtsanpassung**

Ein Teil unserer Mitglieder erachtet es daher als falsch, bereits jetzt mit den vorliegenden Gesetzesentwürfen quasi „vorausseilend“ die Bestimmungen von MiFID II zu übernehmen und damit lediglich hypothetisch die Voraussetzungen für einen Marktzugang zu schaffen. Diese Mitglieder kritisieren eine unnötige Preisgabe der Vorteile der Schweiz im internationalen Wettbewerb und fordern zumindest ein Abwarten der künftigen Entwicklungen, damit dannzumal angemessen reagiert werden kann. Soweit eine Anpassung unumgänglich ist, fordern sie zum Teil erhebliche Anpassungen am vorliegenden Entwurf des FIDLEG (siehe unten, Ziff. C/3, Marktzugang).

2.2 **Keine übertriebene Umsetzung**

Ein anderer Teil unserer Mitglieder, darunter insbesondere Marktteilnehmer mit internationaler Ausrichtung, kann sich im Grundsatz bereits jetzt damit einverstanden erklären, dass der Gesetzgeber sich bei der Neugestaltung der Regulierung in der Schweiz an den Regelungen von MiFID II orientiert. Möglicherweise könnten damit künftige Verhandlungen über den Marktzugang erleichtert werden. Stets ist aber auch hier auf Verhältnismässigkeit und Vermeidung eines „Swiss Finish“ zu achten. Aber auch diese Mitglieder fordern zum Teil erhebliche Anpassungen am vorliegenden Entwurf des FIDLEG (siehe unten, Ziff. C/3, Marktzugang).

2.3 **Keine dogmatische Übernahme der Bestimmungen von MiFID II**

Generell begrüsst die Wirtschaft Anpassungen im Regulierungswerk dann, wenn sie (a) für den Marktzugang notwendig **und** hinreichend sind oder sie (b) sinnvoller sind als das Regelwerk, welches bereits besteht. Die Wirtschaft erachtet es grundsätzlich als sinnvoll, dass der Schweizer Gesetzgeber sich, soweit auf Grund bestehender Lücken tatsächlicher Handlungsbedarf zu erkennen ist, an der Gesetzgebung im Ausland und insbesondere der EU orientiert. Eine gewisse Annäherung an die EU-Gesetzgebung macht unter dem Gesichtspunkt der Lückenfüllung Sinn, die Annäherung oder gar Übernahme darf aber nicht zum Dogma werden.

2.4 Abwarten und Koordination mit laufenden Entwicklungen

Die Wirtschaft fordert eine präzise Abstimmung des FIDLEG mit den Ergebnissen der Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie des Bundes (Expertengruppe Brunetti). Auch die von der EU für einen EU/EWR-Marktzugang von Drittstaaten vorausgesetzten – „gleichwertigen Aufsichtsregeln“ des Herkunftslandes sind noch nicht definiert und sollten abgewartet werden. **Ein entsprechendes Abwarten und Koordinieren ist schliesslich auch möglich: bei den zur Diskussion stehenden Anpassungen besteht kein Zeitdruck!** (Siehe unten, Ziff. C/3, Marktzugang).

3 Keine Experimente bei der Rechtsdurchsetzung

Das FIDLEG enthält nicht nur aufsichtsrechtliche Vorschriften, sondern in seinem vierten Teil auch Vorschriften über die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung. Mittel zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung gehören nicht in ein Aufsichtsgesetz wie das FIDLEG. Sodann ist das Kapitel Rechtsdurchsetzung klar kein Kriterium für Äquivalenz sondern stellt eindeutiges „Swiss Finish“ dar. Klar abgelehnt werden daher die teils abenteuerlich anmutenden konkreten Vorschläge, darunter (a) der Gruppenvergleich, (b) die Beweislastumkehr mit (c) Rechtsvermutung sowie (d) der Klägerfonds (siehe unten, Ziff. C/6, Rechtsdurchsetzung). Auch für (e) ein Schiedsgericht oder einen Ausbau des (f) Verbandsklagerechts ist kein Bedürfnis erkennbar.

4 Keine Kriminalisierung der Marktteilnehmer

Der sechste Titel des FIDLEG und der fünfte Titel des FINIG enthalten umfassende und weitgehende Strafbestimmungen. Die Wirtschaft lehnt grundsätzlich die Tendenz ab, in Gesetzen mit einer klar aufsichtsrechtlichen Stossrichtung teils eklatante Strafbestimmungen vorzuschlagen. Diese vorgeschlagenen Strafbestimmungen mit teils unbestimmtem Inhalt führen für unzählige natürliche Personen, welche in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, zudem zur ständigen Gefahr strafrechtlicher Verfolgung: eine Strafbarkeit ist selbst bei bloss fahrlässiger Verletzung von breit formulierten Informationspflichten oder unvollständigen Angaben in Produktunterlagen gegeben.

5 FINIG: ein inhaltlich und umfangmässig umstrittenes Projekt

Das FINIG will bestehende und etablierte Gesetze aufgeben und deren Inhalt in ein neues Gesetz überführen. Die Wirtschaft lehnt dieses komplette Umkrempeln der Finanzmarktregulierung ab. Ein solches Vorgehen führt zu hohen Kosten, dem Verlust von Rechtssicherheit sowie der Verunsicherung des Marktes. Statt mit der Abrissbirne plattgemacht und völlig neu aufgebaut zu werden, sollten ausschliesslich bestehende Lücken im Bereich der Vermögensverwalter, Anlageberater und Trusts massvoll gefüllt werden. Um besser auf die Bedürfnisse und Besonderheiten der einzelnen Finanzdienstleister einzugehen und insbesondere deren Existenz nicht zu gefährden ist ein radikales Abspecken und eine neue, angemessene Konzeption des FINIG erforderlich (siehe unten, Ziff. C/0, Aufsicht). Im Übrigen sollte das FINIG auf die weiterbestehenden Sondergesetze verweisen (Banken-, Börsen- und Kollektivanlagengesetz) statt diese abzulösen.

6 Keine Fremdkörper in Form einer „Weissgeldstrategie“

Die Regelung von Art. 11 FINIG konkretisiert eine Weissgeldstrategie; einerseits stellt diese Bestimmung einen Fremdkörper im Gesetzesvorschlag dar. Andererseits verlangt niemand eine solche weitgehende Regelung, weder die FATF noch das Global Forum in Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes („Global Forum“). Es handelt sich hier um einen Extremfall einer selbst auferlegten Überregulierung. Sollte die Schweiz den AIA Standard gemäss OECD umsetzen, würde ein

internationaler Standard existieren. Die Schaffung eines weiteren, zusätzlichen rein schweizerischen Standards in Form von Art. 11, der über den internationalen Standard hinausgeht, wird mit Nachdruck abgelehnt (siehe unten, Ziff. C/8, Keine Steuerkonformitäts- und Verantwortlichkeitsbestimmungen).

7 Keine unüberschaubare oder fragwürdige Delegationenkompetenzen

Das FIDLEG und das FINIG sehen zusammen an gegen fünfzig Stellen teils weitgehende Kompetenzen zu Gunsten des Bundesrates vor: er soll Details zur Umsetzung auf dem Verordnungsweg regeln. Damit wird in der Vernehmlassung sprichwörtlich die Katze im Sack präsentiert: der wahre Umfang der Regulierung lässt sich nicht erkennen; es besteht bestenfalls die Möglichkeit, zum Vorentwurf des Gesetzes auf Grund einer ungefähren Ahnung der finalen Ausgestaltung des gesamten Regelwerkes Stellung zu beziehen. Dies ist nicht akzeptabel. Einzelne pauschale Delegationsnormen an den Verordnungsgeber untergraben zudem das Gebot der Rechtssicherheit sowie das Legalitätsprinzip. Sämtliche Delegationenkompetenzen sind entsprechend einzuschränken resp. zu spezifizieren (siehe unten, Ziff. C/10, Delegationenkompetenzen).

8 Fazit

Die geplante umfassende Neuordnung der Schweizer Finanzmarktregulierung im Rahmen der Gesetzgebungsprojekte FINFRAG, FIDLEG und FINIG geht zu weit. Sie bedeutet schwerwiegende Eingriffe in die bestehende Systematik der Finanzmarktregulierung sowie eine erhebliche Ausweitung der staatlichen Regulierung mit teils unvorhersehbaren Folgen.

FIDLEG: Wichtig ist eine vernünftige Regelung der Finanzmärkte mit dem richtigen Augenmass. Zahlreiche Bestimmungen im FIDLEG schiessen hier weit über das Ziel hinaus. Die Wirtschaft verlangt eine umfassende Überarbeitung der Vorlage unter Berücksichtigung der Kritikpunkte aus der Vernehmlassung.

FINIG: Es bedarf der verhältnismässigen und angemessenen Regulierung der Marktteilnehmer. In seiner jetzigen Form geht das FINIG aber zu weit. Eine Regulierung kann nur auf der Basis eines substanziell gekürzten und umgestalteten FINIG erfolgen.

* * *

C. Zu den Forderungen im Detail

1. Einleitende Bemerkungen

Die geplante Einführung der neuen Gesetzeskaskade bestehend aus dem FINFRAG, dem FIDLEG und dem FINIG führt zu einer kompletten Neuausrichtung der Grundlagen des Schweizer Finanzplatzes. Es handelt sich hierbei um ein regulatorisches Grossprojekt mit dem klaren Ziel, das schweizerische Finanzmarktrecht umfassend umzukrempeln. economiesuisse als Dachverband der Schweizer Wirtschaft repräsentiert im Rahmen dieser Stellungnahme die Gesamtwirtschaft und damit auch zahlreiche direkt betroffene Mitglieder aus der Finanzbranche. Diese weisen teilweise stark unterschiedliche Tätigkeitsfelder auf: Ein als Einzelunternehmen organisierter Vermögensverwalter oder eine regional oder national operierende Bank haben andere Anforderungen an die Regulierung als ein international operierendes Grossunternehmen. economiesuisse legt im Rahmen dieser Stellungnahme dar, wo aus gesamtwirtschaftlicher Sicht Anpassungen am Gesamtprojekt notwendig sind und verweist an den entsprechenden Stellen auf die individuellen Stellungnahmen unserer Mitglieder, wo diese ihre Anpassungsvorschläge im Detail darlegen.

Unabhängig von diesen spezifischen Anliegen geht die Vorlage aus gesamtwirtschaftlicher Sicht von drei grundsätzlichen Fehlannahmen aus. Diese führen in der Folge zu stossenden Verzerrungen im Gesamtprojekt und zu übermässigen Eingriffen. Eine Anpassung der Gesetze ist entsprechend mit erheblichen Aufwendungen verbunden.

1. Eine **Radikalität des Umbaus** des bestehenden Systems **ist nicht notwendig**: für einen Totalumbau ist kein Bedürfnis erkennbar, insbesondere liegt kein grundsätzliches Versagen des bisherigen Systems vor, welches Eingriffe von dieser Tragweite rechtfertigen würde. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und auch zum Schutz der Rechtssicherheit sind Eingriffe auf ein Minimum zu reduzieren.
2. Die Vorlage geht von einem **unrealistischen, ausserordentlich hohen Schutzbedürfnis der Anleger in der Schweiz** aus. Sie schiesst somit gesamthaft weit über das anvisierte Ziel hinaus. Dies steht bereits im Widerspruch zum Grundprinzip des aufgeklärten und mündigen Anlegers in der Schweiz, der frei von staatlicher Regelung seine Anlageentscheide tätigen kann und hat zur Folge, dass ein Anleger nicht mehr frei über sein Vermögen entscheiden kann und Anlagemöglichkeiten ausgeschlossen werden. Wir werden in der Folge aufzeigen, wo hierzu auf jeden Fall Anpassungen, d.h. insbesondere Kürzungen erforderlich sind (Siehe unten, Ziff. C/5, Anlegerschutz und Ziff. C/6, Rechtsdurchsetzung).
3. **Das FIDLEG ist kein Marktzugangsgesetz**. Es macht durchaus Sinn, dass sich der Schweizer Gesetzgeber zur Füllung anerkannter Lücken im Gesetz an den Regulierungen im Ausland und insbesondere in der EU orientiert. Die MiFID II ist angesichts ihres Umfangs und ihrer komplexen Sprache jedoch kein Vorbild guter Gesetzgebung. Soweit die genauen Kriterien zum Marktzugang noch nicht klar sind, hat eine Übernahme - auch einzelner Bestimmungen - mit grosser Zurückhaltung zu erfolgen (Siehe auch unten, Ziff. C/3, Marktzugang). Wo möglich und sinnvoll, sind Differenzierungen vorzusehen.

Gesamthaft ist die Wirtschaft der Ansicht, dass sich die mit dem Gesetzesprojekt verfolgten Ziele, die Modernisierung des Kundenschutzes und die angemessene Regulierung aller Marktteilnehmer, nur durch weniger weit gehende Anpassungen an den bestehenden Gesetzen, resp. einem substantiell überarbeiteten FIDLEG und FINIG effizienter und nicht zu einschneidend verwirklichen lassen.

2. Aufsicht

Das FINIG sieht eine einheitliche Aufsichtsregelung für Finanzinstitute vor, welche die gewerbsmässige Vermögensverwaltung für Dritte betreiben.

2.1 Verhältnismässige und angemessene Regulierung aller Marktteilnehmer

Während die Wirtschaft eine verhältnismässige und angemessene Regulierung sämtlicher Marktteilnehmer begrüsst, so lässt sich dieses Ziel mit dem FINIG in der nun vorliegenden Form nicht erreichen. Die dort vorgesehene faktische Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer führt nicht zum beabsichtigten *level playing field*. Vielmehr werden voraussichtlich neue und starke Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der kleinen Marktteilnehmer auftreten: Diese würden von den neuen Regulierungen übermässig proportional stark erfasst. Ein Blick auf das Feld der zu regulierenden Dienstleister verdeutlicht dies: Der Markt zeichnet sich durch eine ausserordentliche Heterogenität und massive Gröszenunterschiede bei den Dienstleistern aus. Von kleinen Vermögensverwaltern mit unter drei Mitarbeitern über grössere Vermögensverwalter bis hin zu grossen Wertpapierhäusern und Banken mit mehreren tausend Mitarbeitern ist alles auf dem Markt vertreten. Bei vielen kleinen Anbietern stünde die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit in Frage. Gerade aus dem Kreise dieser Mitglieder kommt denn auch der Wunsch, generell auf die Schaffung eines FINIG zu verzichten. Sie schlagen eine spezialgesetzliche Regulierung vor. Für Details hierzu verweisen wir auf die separaten Stellungnahmen des Forums SRO, des VQF sowie des VSV.

Für eine Schliessung von Regulierungslücken ist die Schaffung eines umfangreichen FINIG im Sinn des Vorentwurfs auf jeden Fall nicht erforderlich. Die Aufsichtsregeln wurden erst in jüngster Zeit in Spezialgesetzen (Kollektivanlagegesetz, Bankengesetz und Finanzmarktinfrastukturgesetz) mehr oder weniger umfangreichen Anpassungen unterworfen. Es besteht keine Notwendigkeit, nun diese Gesetze künstlich zusammenzuführen. Der komplette Umbau birgt das Risiko von Rechtsunsicherheit. Wir fordern daher, die bestehenden Gesetze beizubehalten (analog dem Versicherungsrecht) und das FINIG auf jene Teile zu beschränken, die zur Schliessung von Regulierungslücken notwendig sind. In Bezug auf Banken, Wertpapierhäuser und Fondsleitungen wäre auf die entsprechenden bestehenden Spezialgesetze zu verweisen.

2.2 Marktverzerrungen durch Grandfathering

Auch das in Art. 125 Abs. 3 FINIG vorgesehene Grandfathering hilft den kleineren Anbietern nicht. Der Vorschlag sieht vor, dass bestehende Vermögensverwalter keiner prudenziellen Aufsicht unterstehen, wenn sie (a) seit mindestens 15 Jahren ihre Tätigkeit ausüben und (b) sich auf die Weiterbetreuung der bestehenden Kunden beschränken. Dieser führt jedoch zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung, welche sich sachlich nicht begründen lässt. Die Dauer, während der ein Vermögensverwalter bereits auf dem Markt ist, stellt kein objektives Kriterium für die Qualität seiner Dienstleistung dar. Die Wirtschaft kritisiert insbesondere auch, dass mit der vorgeschlagenen Regelung des Grandfathering den bestehenden Marktteilnehmern eine strenge Regulierung schmackhaft gemacht werden soll, welche letztendlich darauf hinausläuft, dass neue Teilnehmer nur sehr erschwert den Zugang zu ihrem Markt finden. Dieser Ansatz ist politisch fragwürdig und schadet dem Wettbewerb; besser ist es, die Regulierung so differenziert und sachgerecht auszugestalten, dass Grandfathering-Klauseln gar nicht erforderlich sind.

2.3 Weiterhin fortbestehende Regulierungslücken

Während einerseits die Finanzdienstleister streng von der neuen Regulierung des FINIG erfasst werden sollen, blieben auch unter dem FINIG Regulierungslücken offen, welche zu gefährlichen Verzerrungen führen können. Als eines der wenigen internationalen Finanzzentren verfügt die Schweiz über kein auf lokalem Recht aufbauendes rechtliches Vehikel zum Halten von Vermögenswerten. Von einigen Ausnahmen abgesehen wird daher auf das Trust-, Stiftungs-, Gesellschafts-, und auch Fondsrecht im Ausland zurückgegriffen. Für Trustees stellt die Schweiz weitgehend einen rechtsfreien Raum dar, in welchen sie im Gegensatz zu fast sämtlichen klassischen offshore Standorten Trustee-Dienstleistungen ohne prudenzielle Aufsicht anbieten können. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen stehen in krassem Widerspruch zu den mit der Neugestaltung des Finanzmarktes angestrebten Zielen. Obwohl Trustees oftmals im Ausland ansässig sind, besteht in den meisten Fällen in der Schweiz eine Niederlassung, welche als Ansprechpartner für die Kunden und Vermittler von Kunden (z.B. Banken) agiert. Allerdings kann auch eine in der Schweiz ansässige natürliche oder juristische Person als Trustee tätig sein, ohne - mit Ausnahme der Bestimmungen über die Geldwäscherei - reguliert und beaufsichtigt zu sein. **Soll kein regulatorisches Schlupfloch geschaffen werden, sollten daher auch Trustees von einer Regulierung erfasst sein.**

2.4 Fazit

Angesichts der festgestellten erheblichen Mängel der Vorlage fordert die Wirtschaft daher die grundlegende Anpassung und Überarbeitung des FINIG. Ziel muss eine **differenzierte und verhältnismässige Regulierung aller Marktteilnehmer, darunter auch Vehikel zum Halten von Vermögenswerten wie Trustees sein. Diese Regulierung soll gesamthaft** den unterschiedlichen Ausgangssituationen der Marktteilnehmer Rechnung tragen und den Wettbewerb nicht ungebührlich durch erzwungene Marktaustritte oder durch zu hohe Hürden beim Markteintritt beschränken.

3. Marktzugang

Die Schweiz profitiert von einem starken Finanzsektor. Dieser ist für die Wertschöpfung, den Erfolg des Werkplatzes, die Beschäftigung und die Steuereinnahmen der Schweiz von grosser Bedeutung. Der Sektor ist angewiesen auf international akzeptierte und gleichwertige Regeln. Die internationale Vernetzung und Kompetenz ermöglicht es Schweizer Firmen international kompetitiv und mit Gewinn zu wirtschaften, Arbeitsplätze zu schaffen und den Wohlstand in der Schweiz zu sichern.

3.1 (Noch) fortbestehende Unklarheit über Kriterien für Marktzugang

Ziel entsprechender Gesetzesanpassungen muss es sein, dass die Finanzdienstleister in Zukunft in der EU und dem EWR mindestens den gleichen Marktzugang wie heute haben und nicht diskriminiert werden. Was den Zugang der Finanzdienstleister zu diesen Märkten angeht, so ist noch unklar, welche Kriterien hierzu erfüllt sein müssen. Die Signale aus der EU sind nicht konsistent. Von allen MiFID II-Vorschriften sind es diejenigen zu den Drittstaatenregelungen, welche die heftigsten - und am meisten beachteten - Debatten auslösten und intensiver Lobbyarbeit unterlagen. So wurden Artikel in einem Entwurf aufgenommen und im Nächsten wieder gestrichen, und das in einem so rasanten Tempo, dass es sogar für Spezialisten schwierig wurde, über die neuesten Entwicklungen auf dem Laufenden zu bleiben.

Der Ausdruck „Drittstaat“ bezeichnet Nicht-EU-Länder, darunter auch die Schweiz. Drittstaatenunternehmen sind ausserhalb der EU ansässige Unternehmen, die entweder durch eine in der EU errichtete Zweigniederlassung oder auf grenzüberschreitender Basis (d. h. die Erbringung von Dienstleistun-

gen gegenüber Personen in einem Land von einem anderen Land aus, ohne eine Niederlassung in dem Land errichtet zu haben, in dem der Kunde ansässig ist) Geschäfte tätigen oder tätigen möchten. Auf der anderen Seite dürfen Drittstaatenunternehmen, die mit sog. geborenen professionellen Kunden oder geeigneten Gegenparteien Geschäfte tätigen, grenzüberschreitend entweder von ausserhalb der EU oder (falls in dem jeweiligen Mitgliedstaat vorgesehen und dann vorbehaltlich weiterer Bedingungen) von einer Zweigniederlassung in einem Mitgliedstaat aus tätig sein.

In jedem Fall werden die zwischen der EU und den Aufsichtsbehörden der Drittstaaten bestehenden Abkommen sowie die Bewertung der Vorschriften von Drittstaaten stärker in den Fokus rücken. Ferner ist eine Ausnahme für die Erbringung von Dienstleistungen bzw. die Ausübung von Anlagetätigkeiten „auf Veranlassung des Kunden“ vorgesehen. Dies lässt gewisse Rückschlüsse auf die Kriterien zu, welche für den Marktzugang erforderlich sein dürften, die konkrete Ausgestaltung der Drittstaatenregelung der EU ist aber (noch) offen. Möglicherweise aber wird bereits im Laufe dieses Jahres hierzu mehr Klarheit bestehen.

3.2 Expertengruppe Brunetti

Auch aus einem anderen Grund drängt sich ein Zuwarten auf: Am 4. September 2013 hatte der Bundesrat beschlossen, zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie eine breit abgestützte Expertengruppe einzusetzen. Diese wird geleitet von Professor Aymo Brunetti. Neben den Behörden und der Wissenschaft ist auch die Privatwirtschaft vertreten. Die Aufgabe der Expertengruppe ist es, sich losgelöst vom Tagesgeschäft und auf der Basis der bestehenden Grundlagen zur Finanzmarktpolitik, sowohl mit den Herausforderungen an den Finanzplatz im Inland als auch mit den Chancen für den Finanzplatz im Ausland zu befassen. Der Schlussbericht der Expertengruppe Brunetti wird sich unter anderem mit der Frage des Marktzutritts befassen und ist auf Ende dieses Jahres zu erwarten.

3.3 Fazit

Die Meinungen, wie stark bereits jetzt eine Annäherung an die Standards in der EU erforderlich und zielgerichtet ist, sind innerhalb unserer Mitgliedschaft geteilt. Ein Teil der Mitglieder erachtet es zum jetzigen Zeitpunkt als verfrüht, bereits Anpassungen vorzunehmen. Ein anderer Teil geht davon aus, dass eine sanfte Annäherung im Rahmen von künftigen Verhandlungen mit der EU durchaus einen Vorteil mit sich bringen kann.

Angesichts der Gesamtausgangslage erscheint es aber in jedem Fall zwingend, dass die notwendigen Anpassungen am FIDLEG in enger Abstimmung mit den nationalen und internationalen Entwicklungen zu der Frage des Marktzuganges zu den Märkten der EU und des EWR erfolgen. Bevor zu der grundsätzlichen Frage des Marktzuganges mehr Klarheit herrscht, ist von weitgehenden Anpassungen am bestehenden Rechtssystem unter dem Gesichtspunkt des Marktzuganges abzusehen. Ein entsprechendes Abwarten und damit eine optimierte Koordination bei der Überarbeitung des FIDLEG vor der Behandlung im Parlament sind auch vertretbar, die Risiken überstürzter Anpassungen und die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten überwiegen klar diejenigen einer in zeitlicher Hinsicht geringfügig später erfolgenden Gesetzesanpassung.

4. Versicherungen

Die Wirtschaft fordert, dass die Versicherungsbranche inklusive Versicherungsvermittler einem finanzmarktübergreifenden FIDLEG / FINIG **nicht** unterstellt wird.

Das Versicherungsrecht in der Schweiz weist ein sehr hohes Kundenschutzniveau auf. Zu den versicherungsspezifischen Bundesgesetzen VVG und VAG samt dazugehöriger Verordnung kommen zahlreiche Rundschreiben der FINMA. Zusammen bieten diese Erlasse und Rundschreiben einen sehr hohen Kundenschutz. Sie betreffen einerseits Vorschriften im Bereich der Produktgestaltung und des Vertriebs, andererseits auch Regelungen zur Solvenz der Versicherer. Im Einzelnen schützen die folgenden bestehenden Instrumente die Versicherten:

- Solvenzaufsicht der FINMA; diese stellt sicher, dass die Versicherer ihre Verpflichtungen den Versicherten gegenüber erfüllen können (Art. 1 Abs. 2 VAG).
- Allgemeines Missbrauchsverbot für Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler sowie eine Missbrauchsaufsicht durch die FINMA (s. Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 VAG sowie Art. 117 AVO). Dadurch wird ein gesetzeskonformes und faires Verhalten der Versicherungsunternehmen und Vermittler gegenüber den Versicherten gewährleistet.
- Berufsregister für Versicherungsvermittler, von der FINMA geführt, mit Registrierungspflicht für ungebundene Versicherungsvermittler (Art. 42 ff. VAG).
- Jeder Versicherungsvermittler muss bei Kontaktaufnahme mit dem Kunden die Auflagen gemäss Art. 45 VAG erfüllen: er muss über seinen Status in Bezug auf die Versicherer sowie darüber informieren, welche Person für sein allfälliges Fehlverhalten haftet (Art. 45 VAG).
- Der Vermittlertransparenz dienen zudem die Öffentlichkeit des Vermittlerregisters und die Angaben, die für einen Registereintrag nötig sind (Art. 42 VAG und Art. 187 AVO).
- Hinzu kommen weitere Schutznormen für Versicherungsnehmer im Versicherungsrecht, beispielsweise die Produktdokumentation nach Art. 3 VVG mit weitergehenden Vorgaben für Lebensversicherungsprodukte (vgl. Art. 130 AVO und Rundschreiben FINMA 2008/39 und 2008/40) oder Vorgaben zur Tarifierung bei Lebensversicherungsprodukten (Art. 120 ff. AVO).
- Schliesslich müssen Versicherungsprodukte, die in der Schweiz vertrieben werden, von einer Schweizer Versicherung geschaffen worden sein. Ausländische Versicherungen brauchen eine Niederlassung in der Schweiz, damit sie in der Schweiz tätig werden dürfen.

Ein Einbezug der Versicherungsbranche (zusammen mit der Versicherungsvermittlung) in das finanzmarktübergreifende FIDLEG / FINIG wäre deshalb unverhältnismässig. Des Weiteren hätte diese Mehrfachregulierung für die Assekuranz ein **nicht schlüssiges Nebeneinander von Regelungen und Sanktionen im FIDLEG und Versicherungsrecht** zur Folge wie z.B.:

- Informationspflicht nach Art. 7 FIDLEG und nach Art. 45 VAG
- Produktdokumentation nach Art. 61 FIDLEG (Basisinformationsblatt) und nach Versicherungsrecht (s. Art. 3 VVG sowie Rundschreiben FINMA betreffend Lebensversicherungen) mit zum Teil identischen Informationen
- Vermittlerregelungen im FIDLEG und VAG, welche den Vertrieb aller Versicherungszweige betreffen.

Sollten dennoch Schutzdefizite für Versicherungsnehmer bestehen, dann wäre diese in jedem Fall abschliessend in der bereits bestehenden Spezialgesetzgebung anzugehen (VAG, AVO, VVG). Der sektorspezifische Ansatz gewährleistet auch, dass den Unterschieden und Besonderheiten der Versicherungsbranche genügend Rechnung getragen werden kann. Für Details hierzu verweisen wir auf die separate Stellungnahme des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV sowie der Swiss Insurance Brokers Association, SIBA.

5. Anlegerschutz

5.1 Grundsätzliche Überlegungen

economiesuisse befürwortet eine Modernisierung des Anlegerschutzes in der Schweiz. Dies bedeutet, dass die Transparenz für Kundinnen und Kunden schweizerischer Finanzdienstleister ausgebaut werden soll, seien es Banken, Wertpapierhäuser, Vermögensverwalter jeder Art (einschliesslich Asset Manager) oder Anlageberater. **Im Mittelpunkt aller Anpassungen muss aber das Modell eines mündigen und informierten Anlegers stehen.** Wo möglich und sinnvoll, sind Differenzierungen vorzusehen (z.B. mit Opting-down-Möglichkeiten). Das gilt namentlich für die Kundensegmentierung (Art. 4–5 FIDLEG) und das Prospektrecht einschliesslich der Bestimmungen zum Basisinformationsblatt (Art. 37–67 FIDLEG).

In Bezug auf ausgesuchte Punkte werden wir in der Folge aufzeigen, in welchem Umfang aus Sicht der Wirtschaft Anpassungen an den Vorschlägen im FIDLEG notwendig sind.

5.2 Geltungsbereich FIDLEG

Der **Begriff des Finanzdienstleisters** sollte allgemein und kurz gefasst werden, so dass er ohne weiteres auf die in Art. 3 Bst. e in Verbindung mit Art. 3 Bst. d FIDLEG umschriebenen Dienstleister Anwendung finden kann: Banken, Wertpapierhäuser, Vermögensverwalter und Anlageberater. Die **Kundenberaterinnen und Kundenberater** fallen stets in den Tätigkeitsbereich eines regulierten Finanzdienstleisters und bedürfen keiner separaten Erfassung durch das Gesetz (vgl. Art. 22 Abs. 1 und 28 FIDLEG).

Vom FIDLEG richtigerweise **nicht erfasst werden Kredite**, ausser wenn sie für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten gewährt werden. Nicht nur Kredite sondern auch die damit verbundenen akzessorischen Geschäfte sind ausdrücklich vom FIDLEG auszunehmen. Für Details hierzu verweisen wir auf die separate Eingabe des Schweizerischen Leasingverbandes, SLV.

5.3 Kundenklassifizierung (Art. 4, 5 FIDLEG)

Die Kundenkategorien nach FIDLEG und KAG sollten harmonisiert und im FIDLEG konkretisiert werden. Private Anlagevehikel sollten als professionelle Kunden ausdrücklich im Gesetz aufgeführt werden. Institutionelle Kunden sollten, wie dies auch international gebräuchlich ist, als geeignete Gegenparteien bezeichnet werden.

5.4 Allgemeine Informationen (Art. 7, 8 FIDLEG)

Art. 7 FIDLEG enthält generelle wie auch transaktionsbezogene Informationspflichten. Diese müssen auseinandergelassen werden. Die Pflichten gehen auch zu weit: Die Informationen sind nur einmalig zur Verfügung zu stellen.

5.5 Eignungsprüfung (Art. 10-14 FIDLEG)

Es ist zwingend, dass der Wille des Kunden im Sinne der freien Willensentscheidung und Privatautonomie stets voll zu beachten ist und nicht regulatorisch eingeschränkt wird. Wenn der Kunde keine Beratung wünscht (beratungsfreies Geschäft), ist dies dessen Entscheid. Der Finanzdienstleister soll alsdann auch nicht aufsichtsrechtlich gezwungen sein, noch weitere Prüfungen darüber zu unternehmen, ob der Entscheid des Kunden für diesen richtig und die Finanzinstrumente angemessen seien oder nicht. Dies entspricht einer faktischen Bevormundung des Kunden. Der Kunde ist durch das Auftragsrecht ausreichend geschützt.

Bei der Vermögensverwaltung und der qualifizierten Anlageberatung beziehen sich die notwendigen Kenntnisse und die Erfahrung bei der Eignungsprüfung auf die Vermögensverwaltung bzw. Anlageberatung als solche, nicht auf die einzelne Transaktion (Vermögensverwaltung) oder Empfehlung (Anlageberatung). Bei der einfachen Anlageberatung soll auch eine transaktionsbezogene Eignungsprüfung möglich sein. Kenntnisse und Erfahrungen müssen durch eine angemessene Aufklärung der Kundin oder des Kunden hergestellt werden können. Ein Beratungsverbot (Art. 13 FIDLEG) widerspricht der Privatautonomie und ist abzulehnen: Falls der Kunde dem Finanzdienstleister nicht alle gewünschten Informationen zur Verfügung stellen will, soll der Finanzdienstleister den Kunden nach ausdrücklicher Warnung trotzdem beraten dürfen. Art. 11 und 14 FIDLEG sind zu streichen.

5.6 Beratungsprotokoll und Rechenschaftspflicht (Art. 15 und 16 FIDLEG)

Im Sinne der Beratungsfreiheit sollen Kunden auch die Möglichkeit haben, auf die Abgabe eines Beratungsprotokolls zu verzichten. Art. 15 Abs. 2 FIDLEG sieht vor, dass bei der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung die "Bedürfnisse" des Kunden zu dokumentieren sind ("Beratungsprotokoll" ähnlich KAG). Bei der Vermögensverwaltung werden aber keine persönlichen Empfehlungen ausgesprochen, weil der Kunde den Anlageentscheid ja gerade an den Finanzdienstleister delegiert hat. Somit gibt es auch keine Empfehlung, die festzuhalten wäre. Aus den gleichen Gründen soll es auch beim qualifizierten Beratungsvertrag keine derartige Pflicht geben, denn auch bei diesem ist die Beratung wie bei der Vermögensverwaltung auf ein Gesamtportfolio ausgerichtet, welches den Rahmen für geeignete Empfehlungen setzt.

5.7 Ausnahmen für geeignete Gegenparteien

Für geeignete Gegenparteien sollten die Erleichterungen weiter gehen als vorgeschlagen. Artikel 7 und 8 Abs. 1 FIDLEG sollten in diesem Zusammenhang nicht zur Anwendung gelangen. Diese Marktakteure handeln auf Augenhöhe mit dem Finanzintermediär und können sich die von ihnen tatsächlich gewünschten Informationen von ihrer Gegenpartei jederzeit selbst beschaffen. Dies entspricht im Grundsatz auch Art. 47 MiFIR, welcher Gleichwertigkeit für das grenzüberschreitende Geschäft mit professionellen Kunden und geeigneten Gegenparteien voraussetzt.

5.8 Interessenkonflikte

Art. 9 FIDLEG sieht eine Unterscheidung zwischen abhängigem und unabhängigem Finanzdienstleister vor. Bei dieser Begriffsdefinition steht die Frage im Mittelpunkt, ob der Finanzdienstleister Retrozessionen entgegen nimmt oder nicht. Dies sollte auch gesagt werden: es sollte nicht der Begriff „unabhängig“, welcher im Verständnis der Kunden eine gänzlich andere Bedeutung hat, als „Retrozessionsfreiheit“ gesperrt werden. Stattdessen sollte mittels der klaren Bezeichnung "retrozessionsfrei" darauf hingewiesen werden, dass keine Retrozessionen entgegengenommen werden.

Art. 26 FIDLEG schliesslich schlägt eine Regelung für Retrozessionen vor, die über den heutigen Rechtszustand hinausgeht. Diese ist abzulehnen. Als zu weitgehende Regelung und Eingriff in die Privatautonomie verstösst diese Regelung gegen Art. 94 BV und ist nicht verhältnismässig. Das Ziel muss es sein, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Retrozessionen (v.a. BGE 138 III 755) sinnvoll umzusetzen. Bei den Retrozessionen handelt es sich grundsätzlich auch um ein zivil und nicht aufsichtsrechtliches Thema. Im Interesse der Rechtssicherheit sollten Retrozessionen auf „Zahlungen“ bzw. monetäre Vorteile beschränkt werden. Weitere „Vorteile“ wie z.B. Research, Studien und dergleichen müssen ausser Betracht fallen; die Eingrenzung wäre für die Praxis zu schwierig.

5.9 Ausbildung (Art. 22 und 28 FIDLEG)

Die hinreichenden Kenntnisse über die Verhaltensregeln sind im Gesetz definiert; das für die Tätigkeit notwendige Fachwissen ist situationsbezogen und abgestimmt durch die Finanzdienstleister zu umschreiben und sicherzustellen. Es besteht entsprechend kein Bedarf für weitergehende Regelungen via Gesetz, Verordnung oder allfällige Weisungen der FINMA.

5.10 Register für Kundenberaterinnen und Kundenberater (Art. 28-36 FIDLEG)

economiesuisse bezweifelt den Nutzen eines Kundenberaterregisters. Aus Kosten- und Nutzen-Überlegungen ist auf ein Kundenberaterregister (Art. 28 Abs. 2 und 29–33 FIDLEG) zu verzichten. Auch mit Blick auf die Ausbildung der Mitarbeitenden ist eine Registrierung unnötig; es kann ohne Registrierung auf dem bewährten und anerkannten System der Aus- und Weiterbildung in der Schweiz aufgebaut werden. Einzelne unserer Mitglieder hingegen begrüssen eine zentrale Erfassung von Kundenberatern, soweit die Eintragungsvoraussetzungen nicht restriktiv ausgestaltet werden.

Ebenfalls mit Kosten-Nutzen-Überlegungen, aber auch wegen der mangelnden Durchsetzbarkeit sollte auf ein Register grenzüberschreitend in der Schweiz tätiger Finanzdienstleister (Art. 34 FIDLEG) verzichtet werden.

5.11 Basisinformationsblatt für Finanzinstrumente (Art. 58 FIDLEG)

economiesuisse bezweifelt den Nutzen eines standardisierten Basisinformationsblattes (BIB). Auch hier gilt, dass weit gehende Vorgaben an die Finanzdienstleister dazu führen, dass letztendlich das Angebot verringert würde, was zum Nachteil der zu schützenden Kunden wäre. Auf jeden Fall sind bei den entsprechenden Vorschriften zum BIB erhebliche Anpassungen erforderlich. In Finanzangelegenheiten erfolgt die Beratung heute in grossem Umfang unter abwesenden Parteien: entweder per Telefon, auf elektronischem Weg, per Fax oder gar andere Mittel wie z.B. Videokonferenz. Das Basisinformationsblatt soll bei solchen Vertragsschlüssen unter Abwesenden erst nach Abschluss zur Verfügung gestellt werden müssen, d.h. auf elektronische Weise, z.B. durch Verweis auf eine Internetseite. Dies muss auch in Fällen gelten, in denen der Abschluss des Geschäfts aufgrund der hohen Liquidität/Volatilität des Finanzinstruments zeitkritisch ist. Schliesslich soll der Kunde auch auf die Abgabe des BIB verzichten können.

Ein Basisinformationsblatt sollte keinesfalls für relativ einfache Produkte wie Aktien, aber auch nicht für einfache Anleihen erstellt werden müssen. Ein BIB sollte - wenn überhaupt - ausschliesslich für Produkte erforderlich sein, welche als Referenzwert auf einen Basiswert verweisen (z.B. Derivatkomponente). Das würde auch der europäischen Regelung entsprechen. In zeitlicher Hinsicht bedarf es einer angepassten Übergangsregelung (Art. 124 FIDLEG). Die Regelung sollte höchstens für Produkte gelten, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes begeben worden sind. Wenn - wie vorgesehen - für alle Finanzinstrumente ein BIB erstellt werden müsste, hätte dies faktisch zur Konsequenz, dass eine grosse Zahl von im Ausland begebenen Produkten nicht mehr angeboten werden könnten, zum Nachteil von Kundinnen und Kunden. Inländische Emittenten könnten gegebenenfalls gesetzlich zur nachträglichen Erstellung eines BIB gezwungen werden. Dies ist unverhältnismässig und abzulehnen.

5.12 Prospekt und Prospektprüfungspflicht

In Bezug auf die Prospektpflicht knüpft das FIDLEG in weiten Teilen an europäisches Recht an. Dabei sollte der Begriff des öffentlichen Angebots präzisiert werden. Zu Details zum Prospektrecht verweisen wir auf die separate Eingabe von SIX und die von der Anwaltskanzlei Homburger in Zusammenarbeit mit den betroffenen Stakeholdern ausgearbeitete Eingabe zum Vernehmlassungsentwurf FILDEG / FINIG in Bezug auf das neue Prospektrecht mit konkreten Änderungsvorschlägen.

Aus Emittentensicht gilt es zu ergänzen, dass es für diese ein zentrales Anliegen ist, dass sie die Kontrolle darüber haben, wer den Prospekt verwendet. Entsprechend darf - analog zur Lösung für die Retail Chain in der EU - auch in der Schweiz eine Verwendung des Prospekts nur mit Zustimmung des Emittenten möglich sein. Eine solche Zustimmung kann generell oder individuell erteilt werden. Ebenso muss es dem Emittenten möglich sein, seine Zustimmung zu befristen oder von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen. Entsprechend ist auf die Bedeutung der vorgesehenen Regelung in Art. 38 Abs. 3 lit. b FIDLEG hinzuweisen. Für Details hierzu verweisen wir auf die separate Eingabe von SwissHoldings.

6. Rechtsdurchsetzung

Das FIDLEG schlägt in Titel 4, Rechtsdurchsetzung, neue prozessuale Instrumente vor, welche mit Nachdruck abzulehnen sind. Sie bedeuten einen einzigartigen Eingriff in das bestehende Rechtssystem. Die Vorschläge zum Ausbau der Instrumente der Rechtsdurchsetzung gehen weit. Zum Teil weisen sie sogar experimentellen Charakter auf, sie sind weder nötig noch verhältnismässig. Die Wirtschaft lehnt die Vorschläge im vierten Titel FIDLEG umfassend ab, insbesondere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes, die Beweislastumkehr, Klägerfonds sowie die Schaffung einer parallelen Gerichtsbarkeit durch Schiedsgerichte!

Der vierte Titel, Rechtsdurchsetzung, ist auch kein Kriterium für Äquivalenz zum Ausland, sondern stellt eindeutiges „Swiss Finish“ dar. Für die Schweiz besteht entsprechend diesbezüglich auch kein Druck auf Grund internationaler Standards.

6.1 Unnötige Zersplitterung des Rechtssystems durch Sonderprozessrechte

Die Vorschläge im vierten Titel führen zu einer unnötigen und schädlichen Zersplitterung des Prozessrechtes: Erstens gehören Mittel zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung nicht in ein Aufsichtsgesetz wie das FIDLEG. Zweitens schlägt das FIDLEG grundsätzlich den falschen Weg ein: es sieht Sonderprozessrechte vor, statt prozessuale Anpassungen dort zu fordern, wo sie rein formell auch hingehören: in das Zivilprozessrecht.

Eigentlicher Sinn und Zweck der Schaffung einer bundesrechtlichen Zivilprozessordnung war es, die grosse Rechtszersplitterung im Bereich des Zivilprozessrechts durch eine gesamtschweizerische Ordnung zu ersetzen. Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) ist erst seit drei Jahren in Kraft. Sie ersetzte am 1. Januar 2011 die 26 kantonalen Zivilprozessordnungen sowie diverse Verfahrensbestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) und des Schweizerischen Obligationenrechts (OR).

Im Vorschlag, welcher nun darauf abzielt, sektorielle Sonderprozessrechte zu schaffen, werden auch die damit für die Kantone geschaffenen Probleme ausgeblendet. Jedes Sonderprozessrecht löst einen erneuten Anpassungsdruck auf Stufe der Kantone im Rahmen deren Kompetenzen aus. Dies ist klar nicht im Sinne der Effizienz und dürfte auch nicht im Sinne der Kantone sein (Pflicht zur Anpassung des kantonalen Rechts / der kantonalen Gerichts- und Behördenorganisation mit jeder Schaffung eines Sonderprozessrechtes).

Die Wirtschaft lehnt daher mit Nachdruck ab, das erst vor kurzem mit gehörigem Aufwand vereinheitlichte Zivilprozessrecht nun durch Sonderprozessrechte in einzelnen Bundesgesetzen wieder zu zersplittern. Neue Rechtsdurchsetzungsinstrumente betreffen alle und nicht nur die Finanzindustrie. Wie sogleich aufgezeigt wird, lehnt die Wirtschaft die vorgeschlagenen neuen Prozessinstrumente aber auch auf Grund ihres Inhaltes klar ab.

6.2 Keine gefährlichen Experimente bei der Rechtsdurchsetzung

Es gibt keine sozialpolitische Grundlage für die vorgeschlagenen, weitgehenden Eingriffe. Vergessen geht bei sämtlichen Vorschlägen offenbar, dass in zahlreichen Konstellationen und insbesondere in der Vermögensverwaltung der Finanzdienstleister oft gar weniger vermögend ist als sein Kunde. Dies gilt auch für das Kräfteverhältnis. Der Finanzdienstleister ist nicht systematisch der Schwächste, wie etwa beim Verhältnis zwischen Grossbank und Kleinsparer. Im Gegenteil: ein Finanzdienstleister, der nicht ein grosses Unternehmen repräsentiert, steht oft sehr vermögenden und somit in der Regel wirtschaftlich erfahrenen und ausgesprochen kompetenten Kunden gegenüber.

Wenn der Kunde ohne finanzielles Risiko und unabhängig von seinen Prozessaussichten klagen kann, wird ein wirtschaftlich schwacher Finanzdienstleister ohne weiteres die Waffen strecken und zur Verhinderung der mit dem Prozess verbundenen Kosten dem Anspruch des Kunden Folge leisten, selbst wenn hierzu kein Rechtsgrund bestand. Des Weiteren ist damit zu rechnen, dass die Gerichte mit einer Vielzahl solcher Fälle, welche primär aus verhandlungstaktischen Gründen rechtshängig gemacht würden, belastet würden. Hier machen alle Ansätze, welche eine einseitige Beweispflicht oder Kostenpflicht zu Lasten des Finanzdienstleisters nicht nur keinen Sinn, sie führen vielmehr zu einer gefährlichen Verzerrung auf dem Markt.

Für Kunden, welche tatsächlich nicht über ausreichende finanzielle 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 (siehe so gleich).

Die Wirtschaft geht davon aus, dass der Kunde grundsätzlich auch beim Bezug von Finanzdienstleistungen im Zusammenspiel mit seiner Wahlfreiheit und der korrekten Information einen bewussten Entscheid fällen, in eine Dienstleistung oder ein Produkt zu investieren. Viele Fehlentscheide liessen sich bei normaler Aufmerksamkeit verhindern. Informationen können heute leicht und effizient beschafft werden. Es ist völlig verfehlt, den Anbieter von Finanzdienstleistungen „auf Vorrat“ für mögliche Fehlentscheide der Konsumenten zu bestrafen, indem Letzteren unverhältnismässig scharfe Klageinstrumente zur Verfügung gestellt werden. Der Fokus allfälliger Anpassungen sollte auf der Schadensverhinderung und nicht auf dem Ausbau der Rechtsdurchsetzung liegen.

Die Regelungen würden teilweise erhebliche Zusatzkosten für in der Schweiz tätige Finanzdienstleister verursachen. Sie verteuern damit die Produkte und hemmen den Wettbewerb. In der Folge stünde den Konsumenten ein geringeres Angebot zur Verfügung und es wären auch diese, welche letztendlich die Mehrkosten zu tragen hätten (siehe auch Titel 8, Regulierungsfolgen).

Beweislastumkehr

Art. 74 Abs. 1 FIDLEG schlägt eine gesetzliche Beweislastumkehr vor. Der Finanzdienstleister soll die Beweislast dafür tragen, dass er seiner gesetzlichen Informations- und Aufsichtspflicht nachgekommen ist. Art 74 Abs. 2 FIDLEG geht noch einen Schritt weiter: sollte dem Finanzdienstleister dieser Beweis nicht gelingen, greift die Rechtsvermutung, dass der Kunde das Geschäft nicht getätigt hätte.

Die vorgesehene gesetzliche Beweislastumkehr gemäss Art. 74 FIDLEG ist unnötig. Es wird damit die Finanzdienstleistungsbranche unter Generalverdacht gestellt. Nach Art. 8 ZGB hat derjenige die Tatsachen zu beweisen, der daraus Rechte ableitet. Daran ist festzuhalten. Auch die neue ZPO, die erst seit 1. Januar 2011 in Kraft ist, sieht keine Abkehr von diesem Prinzip vor (vgl. Art. 150 ff. 10. Titel Beweis).

Dank seinem Herausgabeanspruch aus dem Obligationenrecht und dem Datenschutzrecht bekommt der Kunde bereits heute alle ihn betreffenden Informationen und er befindet sich nicht in einem Beweisnotstand; er kann seinen Anspruch damit belegen und es bedarf keiner gesetzlichen Beweislastumkehr; im Übrigen kann der Richter eine allenfalls mangelnde Information durch die Bank im Rahmen der freien Beweiswürdigung zugunsten des Kunden bereits heute berücksichtigen. So gibt es Fälle, in denen die Gerichte diese Möglichkeit auch umsetzen (statt vieler vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt eine Beweiserleichterung aber immer eine eigentliche «Beweisnot» voraus. Es soll auch künftig dem Richter obliegen, allfällige Beweiserleichterungen im Rahmen der bekannten Rechtsprechung im Einzelfall zuzulassen. Gesetzgeberischer Zwang ist hierbei verfehlt.

Die Beweislastumkehr verbunden mit der Pflicht zur Herausgabe der Kundendossiers gemäss lädt geradezu zur missbräuchlichen Prozessführung ein; verschärft noch dadurch, dass diese Prozessführung kostenlos sein soll. Eine Beweislastumkehr zu Lasten einer Vertragspartei zu Gunsten einer Partei, bei der kein besonderes Schutzbedürfnis ausgewiesen ist, stellt einen bedeutenden Eingriff in die Rechtstradition dar. Sie ist mit Nachdruck abzulehnen!

Prozesskostenfonds

Die Wirtschaft lehnt den in Art. 85 ff FIDLEG (Variante B) vorgeschlagenen Prozesskostenfonds, der von den Finanzdienstleistern zu finanzieren wäre, entschieden ab. Auch dieser Vorschlag bedeutet einen verfehlten, ausserordentlich weitgehenden und gefährlichen Eingriff in das Zivilprozessrecht. Formell würde er eine verkappte obligatorische Rechtsschutzversicherung darstellen, welche vom Anbieter bzw. der Allgemeinheit der Anlegerinnen und Anleger zu tragen wäre, anstatt von einzelnen Anlegern, denen es frei stünde, eine solche Versicherung abzuschliessen.

Der Vorschlag hat zudem klar experimentellen Charakter. Ein vergleichbares Instrument existiert so nicht im europäischen Rahmen, vor allem nicht in Ländern mit sehr hohen Anlegerschutzstandards wie Deutschland oder Grossbritannien.

Bereits das geltende Recht sieht die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege vor. Voraussetzung ist die Mittellosigkeit natürlicher Personen (Art. 117 ff. ZPO). Das FIDLEG schlägt nun vor, dass jeder Privatkunde eines Finanzdienstleisters sowie jeder klagelegitimierte Verband in den Genuss einer unentgeltlichen Rechtspflege kommen soll, wenn er «nicht über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügt» (Art. 92 Abs. 1 Bst. D FIDLEG (Variante B)) und das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Damit wird einem breiten Personenkreis ein Prozessieren ohne eigenes finanzielles Risiko erlaubt. Dies stellt im schweizerischen Recht einen Paradigmenwechsel dar. Es besteht klar das Risiko, eine Klägermentalität zu begründen; trölerischen Klagen würden Tür und Tor geöffnet.

Das Äufnen eines solchen Fonds würde auch zu hohen Kosten führen. Angesichts der Nachschusspflicht droht er zu einem «Fass ohne Boden» zu werden (s. Art. 91 FIDLEG (Variante B)). Diese Kosten inkl. Nachschusspflicht würden sich letztlich wieder in den Preisen oder der Auswahl von Finanzprodukten niederschlagen, was kaum im Interesse der Kunden sein kann.

Kollektiver Rechtsschutz

Im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes werden nach Art. 101 ff. FIDLEG Verbandsklagen und nach Art. 105 ff. FIDLEG Gruppenvergleichsverfahren vorgesehen. economiesuisse lehnt beide Vorschläge entschieden ab.

Das Zivilprozessrecht in der Schweiz wurde, wie bereits ausgeführt, erst kürzlich vereinheitlicht und überarbeitet. Bei dieser grossen Revision im Jahre 2011 war die Einführung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes klar abgelehnt worden. Damals wurde klar festgehalten, dass die bestehenden Möglichkeiten der Bündelung von Klagen ausreichend seien¹. Dass nun nur wenige Jahre später wieder das Thema kollektiver Rechtsschutz auf dem Tisch liegt, grenzt an Zwängerei. Es ist völlig unklar, welchen Vorteil eine Kollektivierung der Rechtsdurchsetzung bei den hier primär zur Diskussion stehenden Massenschäden bringen würde. Eine Massenschaden, d.h. ein Schaden, welcher einer Vielzahl von Personen in gleicher oder gleichartiger Weise widerfährt und jede Person in einer für sie erheblichen Weise schädigt, kann problemlos auf dem ordentlichen Klageweg geltend gemacht werden. Die Gerichte sind bereits heute in der Lage, Verfahren zu vereinen und Kläger sind in der Lage, sich zu formieren.

Unter gewissen Voraussetzungen (Art. 90 ZPO) ist es bereits heute möglich, eine Forderung an einen Dritten abzutreten, der diese dann in seinem Namen geltend macht (objektive Klagehäufung). Ansprüche aus Massenschäden können damit im grossen Umfang an einen Einzelnen, beispielsweise ein spezialisiertes Unternehmen, abgetreten werden. Auch steht bereits im geltenden Zivilprozessrecht Klägern für die gemeinschaftliche Durchsetzung von Ansprüchen das Institut der Streitgenossenschaft nach Art. 70 ff. ZPO zur Verfügung.

Gruppenvergleichsverfahren eignen sich zur Erledigung einer Vielzahl gleichartiger Fälle. Mit Ausnahme von seltenen Einzelfällen bestehen in der Schweiz jedoch keine Fälle, für die ein prozessrechtliches Gruppenvergleichsverfahren anwendbar erscheint. Gerade im Anlagebereich müssen die spezifische Vertragsgrundlagen, die jeweilige Kundenbeziehung und der individuelle Kenntnisstand des Kunden berücksichtigt werden können, eine Pauschalisierung ist nicht möglich, resp. würde das Ergebnis der richterlichen Rechtsfindung erheblich schmälern. Schliesslich lehnt es *economiesuisse* grundsätzlich ab, dass mit dem vorgeschlagenen Opt-out-Verfahren für Gruppenvergleiche die Klageparteien sozusagen gezwungen werden, an einem Verfahren mitzuwirken, wenn sie nicht ausdrücklich ihr Desinteresse erklären.

Anpassungen bei der Rechtsdurchsetzung von Gruppen sind folglich unnötig. Die Flexibilität und hohe Dynamik, welche das bestehende System zulässt, zeigen auch Erfahrungen aus der Vergangenheit. So können aussergerichtliche Lösungen für ein Massenproblem durchaus effizient und für die Kunden insgesamt zufriedenstellen gelöst werden (Beispiel: Lehman-Produkte versus Credit Suisse bzw. Schiedsgericht für nachrichtenlose Vermögenswerte).

Auch die vorgeschlagenen Verbandsklagen lehnt *economiesuisse* ab. Vorab ist unklar, welche Verbände zur Klage berechtigt sein sollten. Es besteht die Gefahr, dass nach amerikanischem Modell mit fragwürdigen Motiven nach Betroffenen gesucht und unnötige Verfahren provoziert würden („*Ambulance Chasing*“). Dies würde das Schweizer Rechtssystem beschädigen und falsche Anreize für ungewünschte Akteure setzen, die durch die vorgesehenen Kostenerleichterungen noch verstärkt auftreten könnten. Die Möglichkeit der Verbandsklage würde auch die Gefahr von ad-hoc Verbänden schaffen, die mit fragwürdigen Motiven und zu Lasten der Kunden sowie der Allgemeinheit prozessieren könnten.

Für Details zur Position von *economiesuisse* zu Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes mit einer Darstellung der strukturellen Probleme bei der Einführung von solchen Instrumenten in das Rechtssystem der Schweiz und der Präsentation möglicher alternativer Lösungsmodelle verweisen wir auf das am 6. Oktober 2014 von *economiesuisse* veröffentlichte dossierpolitik „Sammelklagen: kaum Nutzen, viele Gefahren“².

¹ Sutter-Somm, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR 2002 I, 548 f. (FN 1), 555.

² http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/dp_sammelklagen_20141006.pdf

Ombudsverfahren

Bei den Finanzdienstleistern, welche bereits ein Ombudsverfahren kennen, den Banken und den Versicherern, hat sich gezeigt, dass eine Mehrzahl der Fälle in diesem Schlichtungsverfahren effizient und kostengünstig gelöst werden kann. Bereits dies zeigt, dass es keine neuen Rechtsinstrumente braucht. Ein Ombudsverfahren hingegen ist nur so lange effizient, als es weitgehend frei von staatlichen Auflagen ausgestaltet ist. Gerade die Flexibilität bei der Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensordnungen macht den Wert dieses Instrumentes aus.

Die Vorschläge im FIDLEG nehmen nun ohne Anlass eine Verstaatlichung der Ombudsstelle vor. Wo die Selbstregulierung - wie eben gerade im Bereich der Ombudsstelle - derart gut funktioniert, sollte sie nicht einer staatlichen Regulierung unterworfen werden. Ein solcher Eingriff bedeutet auch einen Verstoß gegen Art. 94 BV. Die Wirtschaft erkennt keinen Grund, am bewährten System etwas zu ändern bzw. die Ombudsstelle kraft Gesetz in eine amtliche Institution unter Aufsicht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements umzuwandeln.

Zu Details zu den bereits bestehenden und sehr gut funktionierenden Ombudsverfahren der Versicherungs- und Bankenbranche verweisen wir auf die Stellungnahmen zur Vernehmlassung der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) sowie des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV) resp. den dort referenzierten Studien und weiteren Stellungnahmen.

Schiedsgericht

Ein staatlich verordnetes Schiedsgericht (Art. 85 ff. FIDLEG (Variante A)) wird ebenfalls abgelehnt. Die damit verfolgten Ziele eines effizienteren und kundenfreundlicheren Rechtsschutzes lassen sich damit nicht erreichen, im Gegenteil.

Schiedsgerichte kommen heute vor allem für Streitigkeiten im internationalen kommerziellen Umfeld zur Anwendung. Sie sind gewillkürt und nicht vorgeschrieben und bedeuten für die Parteien eine Möglichkeit, die Streitbeilegung in die Hände von Fachrichtern zu legen. Solche Streitigkeiten erfordern von den Richtern denn auch ein hohes Mass an zum Teil nichtjuristischem Fachwissen, welches bei staatlichen Gerichten im gewünschten Detaillierungsgrad oftmals nicht vorhanden ist. Die Vorteile der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit liegen in den folgenden Merkmalen:

- Hohe und auf den Rechtsstreit spezialisierte Fachkompetenz
- Neutralität bezüglich des Gerichtsstandes
- Internationale Vollstreckbarkeit (New Yorker Übereinkommen)
- Flexible und auf den Einzelfall zugeschnittene Verfahrensregeln
- Vertraulichkeit

Diese Vorteile sind für Streitigkeiten im Finanzdienstleistungsbereich (insbesondere für jene mit geringer Streitsumme) nur nebensächlich und bieten im Verhältnis zu den heute bestehenden ordentlichen Gerichten keinen Mehrwert. Generell sind wir auch der Auffassung, dass die Vorteile eines Schiedsgerichts - nämlich unter anderem die Raschheit des Verfahrens - über eine staatsgerichtliche Lösung besser verwirklicht werden kann. Davon abgesehen bestehen auch Zweifel daran, ob die Verfahren wirklich (viel) schneller wären: Erfahrungen in der internationalen Schiedsgerichtspraxis lassen Rückschlüsse eher in eine andere Richtung zu.

Demgegenüber hat ein Schiedsgericht im Finanzbereich auch eine Reihe von Nachteilen: Zum einen würde eine Parallelgerichtsbarkeit zur staatlichen für einen ganzen Wirtschaftszweig geschaffen. Es bestünde somit die Gefahr, dass dies der richterlichen Rechtsentwicklung und somit einer sauberen Vereinheitlichung auf Stufe Bundesgericht entzogen würde. Dies würde dadurch verschärft, dass zweitinstanzlich eine erneute volle Überprüfung des Rechtsstreits in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht möglich sein muss, bei einer schiedsgerichtlichen Lösung wäre dies nicht mehr gesichert.

Schliesslich könnte ein Schiedsgericht mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht günstiger als ordentliche Gerichte betrieben werden, denn der Aufwand der gerichtlichen Beweisermittlung und Urteilsfindung müsste nach denselben Grundsätzen, wie in der Zivilprozessordnung verankert, durchgeführt werden. Zusätzlich zu den Kosten für das Schiedsgericht kämen noch die Kosten für die Parteianwälte, so dass am Ende - je nach Besetzung des Schiedsgerichtes - Kosten für bis zu fünf (!) leitende Anwälte (zusammen mit deren Mitarbeitern) sowie die Kosten für das Sekretariat anfallen würden.

Wenn mit den vorgeschlagenen Bestimmungen die Zielsetzung verfolgt wird, ein kostengünstiges Verfahren zu ermöglichen, wird diese so nicht erreicht.

Lediglich aufgrund von Kostenüberlegungen oder Schnelligkeitsgedanken darf überdies die Möglichkeit von Rechtsmitteln nicht entzogen werden. Insbesondere darf dies nicht gänzlich zu Lasten der Finanzdienstleister erfolgen. Bei der Realisierung ist der Grundsatz der fairen Lastenverteilung zu beachten. Der Rechtsweg ist nach Art. 29a BV grundrechtlich verankert und darf aufgrund seiner Tragweite nicht durch eine partikuläre Privilegierung gewisser Kläger ausgehebelt werden.

Fazit

Zur Durchsetzung allfälliger Ansprüche braucht es keine neuen Prozessinstrumente. Die vorgeschlagenen Anpassungen erfolgen formell am falschen Ort und führen zu einer erneuten Zersplitterung des Zivilprozessrechtes. Sie gehen von einem falschen Schutzbedürfnis des Kunden aus und sind unverhältnismässig. Sollte die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung dennoch verstärkt werden, so könnte dieses Ziel mit weitaus geringeren Anpassungen an der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung erreicht werden. Schliesslich setzen die vorgeschlagenen Instrumente die falschen Anreize. Die risiko- und kostenlose Möglichkeit zur Rückabwicklung von Geschäften, wenn sich diese nicht wie gewünscht entwickeln, kann die Kunden zu unsorgfältiger Angebotsprüfung verleiten. Die Anbieter wiederum können sich gezwungen sehen, zur Risikobeschränkung das Verhältnis mit den Kunden nicht nur übermässig zu bürokratisieren und vertraglich zu überformalisieren, sondern auch das Angebot einzuschränken. Dies geschieht zum Teil im Ausland zufolge überbordender Regulierung bereits heute. Die Dokumentenherausgabepflicht besteht heute schon aufgrund der Bestimmungen des OR und des Datenschutzgesetzes. Die bestehenden Ombudsstellen haben sich bewährt. **Der 4. Titel des FIDLEG hat daher wie beantragt umfassend gestrichen zu werden, dies gilt auch für den letzten Satz in Absatz 2 des Zweckartikels, Art. 1 FIDLEG.**

7. Strafrecht

Unter Art. 119, 120 und 121 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. Diese Bestimmungen sind ersatzlos zu streichen. Auch das FINIG sieht an mehreren Stellen Strafbestimmungen vor (5. Titel, „Verantwortlichkeit und Strafbestimmungen“). Strafbestimmungen haben in einem Gesetz zur Regulierung grundsätzlich nichts zu suchen: Das Strafrecht dient der Sanktionierung grundlegender Normen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Es ist eine ultima-ratio-Lösung, welche nur dann greifen soll, wenn andere, weniger eingriffsintensive Mittel nicht zur Verfügung stehen.

Das FIDLEG und das FINIG zielen auf die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des beaufsichtigten Marktes sowie den Schutz der Marktteilnehmer vor Beeinträchtigungen ihrer individuellen Interessen: Falls die Aufsichtsbehörde von Verstössen gegen gesetzliche Vorgaben oder von sonstigen Missständen Kenntnis erlangt, so hat sie diejenigen Massnahmen zu ergreifen, welche aus ihrer Sicht notwendig sind, um einen ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen. Sie kann Anordnungen treffen, um Verletzungen zu beseitigen oder zu verhindern. Im Gegensatz zur beschuldigten Person im Strafverfahren hat der Beaufichtigte im Verwaltungsverfahren hierbei eine Mitwirkungspflicht. Diese umfasst nicht nur die Auskunftserteilung, sondern auch die Herausgabe von Akten und weiteren Unterlagen.

Angesichts des hohen Detaillierungsgrads der Verhaltenspflichten steigt auch das Widerhandlungsrisiko. Deshalb lehnen wir insbesondere die Schaffung von Fahrlässigkeitsstrafdrohungen in diesem Bereich grundsätzlich ab. Strafbarkeit bedingt individuelle Vorwerfbarkeit, und an ihr fehlt es regelmässig bei den hier anvisierten Tatbeständen, soweit es sich um Fahrlässigkeit handelt.

Der Rückgriff auf strafrechtlichen Zwang, welcher sich auch unter Berücksichtigung der Anforderungen von MiFID II nicht rechtfertigen lässt, bedeutet nichts weniger als klares Swiss Finish (vgl. Art. 70 Abs. 1 MiFID II). Die Vorschriften sind so breit angelegt, dass sie mit dem strafrechtlichen Gebot der ausreichenden Bestimmtheit nicht vereinbar sind. Die neuen Straftatbestände würden nicht strafwürdiges Verhalten unter Strafe stellen, obwohl die bestehenden Straftatbestände des StGB (z.B. Art. 138, 141bis, 146 und 158) ausreichend erscheinen. Das ist umso schwerwiegender, als eine strafrechtliche Sanktion unweigerlich auch weitere gravierende Konsequenzen zeitigt und zu einem Berufsverbot und damit auch der Kündigung des Arbeitsverhältnisses führen könnte.

8. Keine Steuerkonformitäts- und Verantwortlichkeitsbestimmungen

In Art. 11 FINIG wird eine Weissgeldstrategie konkretisiert. Diese Bestimmung ist im FINIG völlig fehl am Platz und entspricht auch inhaltlich nicht dem Stand der Dinge (fehlende Differenzierung zwischen Vergangenheit und Gegenwart, zwischen In- und Ausland, zwischen Ländern mit automatischem Informationsaustausch und solchen ohne). Generell gehörte die Regelung dieser Thematik in den Bereich des nationalen und internationalen Steuerrechts.

economiesuisse beanstandet auch, dass mit dieser Bestimmung eine Grundlage dafür geschaffen wird, dass Finanzdienstleister nach schweizerischem Recht neu für die steuerlichen Verhältnisse ihrer Kunden herangezogen werden können. Dies ist klar abzulehnen.

Die Bestimmung ist schliesslich auch zu streichen, da niemand eine solche weitgehende Regelung, weder die FATF noch das Global Forum in Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes („Global Forum“). Sollte die Schweiz den AIA Standard gemäss OECD umsetzen, würde ein internationaler Standard existieren. Die Schaffung eines weiteren, zusätzlichen rein schweizerischen Standards in Form von Art. 11, der über den internationalen Standard hinausgeht, wird mit Nachdruck abgelehnt. Es handelt beim Vorschlag von Art. 11 FINIG um einen **Extremfall einer selbst auferlegten Überregulierung**.

9. Regulierungsfolgen

Die Vorlage löst substantielle Regulierungskosten aus. Diese sind sowohl auf die Anpassung des bestehenden an das neue System als auch durch die zahlreichen der neu vorgeschlagenen Massnahmen, zum Beispiel in der Rechtsdurchsetzung, in der Organisation, im Beratungsprozess und in der

Aufsicht verursacht. Die Ausführungen in der Botschaft hierzu decken keinesfalls alle tatsächlich erfolgenden Kosten ab.

Insbesondere Konsumenten Anliegen sind in der Regel nicht kostenneutral. Die bereits ausgeführten Anpassungsvorschläge bei der Rechtsdurchsetzung, insbesondere diejenigen bezüglich Prozesskostenhilfe (Prozesskostenfonds und Schiedsgerichte) aber auch der massive Ausbau der Dokumentations- und Abklärungspflichten werden zu einer erheblichen Zunahme der Kosten führen. Diese Kosten müssen überwältigt werden, entweder an den Kunden oder den Anbieter. Dies schliesslich führt entweder zu einer Verknappung des Angebotes oder zu einer Steigerung der Endpreise; letztendlich wären beide dieser Folgen zum Nachteil des Konsumenten.

Für einen Anbieter gibt es zwei Möglichkeiten, mit Regulierungskosten umzugehen.

- Einmal können sie an die Anleger weitergegeben werden. Das beinhaltet eine allgemeine Verteuerung aller Finanzdienstleistungen bei keinen nennenswerten Verbesserungen (ja sogar Verschlechterungen) auf der Seite der Anleger.
- Die andere Möglichkeit ist die vollständige Übernahme dieser Regulierungskosten durch die Finanzdienstleister. Das hat aber Folgen für die Anleger: die Hürde, sich als Kunde überhaupt zu qualifizieren, steigt. Finanzdienstleister werden sich ihre Kunden aussuchen müssen und werden weniger bereit sein, Anleger mit kleinem Volumen oder konservativeren Strategien zu beraten. Gerade in solchen Konstellationen sind die Beratungskosten im Vergleich zum Ertrag zu hoch.

Verschärfend kommt hinzu, dass kleinere Anbieter die Kosten proportional besonders stark zu spüren bekommen. Sollten diese aus dem Markt aussteigen, würde der Wettbewerb zusätzlich geschwächt. Die negativen Folgen hätten wiederum die Anleger zu tragen: Sie hätten eine geringere Auswahl von Anbietern. Insbesondere Kleinstanbieter, welche einzelne Anleger aus Gründen der Übersichtlichkeit oder der persönlichen Nähe bevorzugen, stünden nicht mehr zur Verfügung. Sollten am Ende viele der Anbieter ausfallen, würde sich der Wettbewerbsdruck verkleinern und in der Folge würden sich die Leistungen verteuern.

10. Delegationskompetenzen

Sowohl das FIDLEG als auch das FINIG delegieren an zahlreichen Stellen die konkrete Ausgestaltung der Gesetzesbestimmungen an den Bundesrat. Diese Verweise auf Verordnungsbestimmungen sind zu vielfältig und zu weitgehend. Über diese breit formulierten Delegationskompetenzen würde die inhaltliche Ausgestaltung des FIDLEG und FINIG zu einem grossen Teil nicht im Gesetz im formellen Sinne, sondern in der Verordnung stattfinden. Einerseits besteht im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung somit lediglich die Möglichkeit, zu den Gesetzen eine pauschale Aussage zu machen, ohne den wirklichen Umfang und die Tragweite der Vorgaben im Detail zu kennen. Andererseits kritisiert die Wirtschaft grundsätzlich die Grundidee einer solch weitgehenden Delegation: Regulierungen sollten in einem Gesetz im formellen Sinn erfolgen. Besonders deutlich wird dies bei den pauschalen Delegationsnormen von Art. 122 FIDLEG, welche das Legalitätsprinzip ritzen, wenn nicht gar verletzen. 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 in diesem Zusammenhang, dass gemäss Bundesgericht die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation folgenden (kumulativen) Voraussetzungen unterliegt (BGE 134 I 322, 329 f.):

- Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein;
- die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein;
- die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken und
- die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigsten Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein.

Da sich Art. 122 FIDLEG nicht auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt, sondern den Bundesrat allgemein zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt, erfüllt Art. 122 FIDLEG die an eine gültige Gesetzesdelegation gesetzten Anforderungen nicht und ist somit unzulässig. Das Gleiche gilt auch für Art. 123 FINIG.

Zahlreiche weitere Delegationsnormen im Gesetzesprojekt sind zu wenig klar. Im FIDLEG sind dies: 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 FIDLEG.

Im FINIG sind dies 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 FINIG.

economiesuisse verlangt entweder die Konkretisierung dieser Bestimmungen auf Gesetzesstufe im Rahmen der Überarbeitung der Gesetze oder, dass die Verordnungen zeitnah ausgearbeitet und in die weitere Diskussion eingebracht werden: Die bundesrätlichen Verordnungen müssten mindestens bei der Verabschiedung der Botschaft bereits vorliegen, um die Auswirkungen der in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen zu erfassen. Sollte dies zeitlich nicht möglich sein, so wäre die Vorlage noch nicht behandlungsreif und wäre auch aus diesem Grunde zeitlich für so lange wie nötig zurückzustellen.

11. Weitere Punkte

11.1 Keine Abschaffung des DUFI-Status

Der „DUFI-Status“, d.h. die Direktunterstellung von Finanzintermediären aus dem Nichtbanken- und Nichtversicherungsbereich unter die FINMA, ist beizubehalten. Einerseits kennen die SRO als privatrechtliche Vereine keinen Anschlusszwang und können (oder wollen) aus diversen Gründen nicht jeden Finanzintermediären anschliessen resp. als Mitglied aufnehmen.

Zudem sind von den 169 DUFI, die der Entwurf von der direkten Aufsicht durch die FINMA ausschliessen möchte, einzelne wirtschaftlich gewichtige Unterstellte im Bereich der Edelmetalle aktiv. Deren Finanzvolumen und von ihnen generierten Finanzströme sind beträchtlich. Diese Unternehmen sind auf Grund ihres Geschäftsmodelles international stark ausgerichtet. Die Direktunterstellung unter eine staatliche Autorität, wie sie zurzeit möglich ist, ist in diesem Kontext von ausserordentlicher Bedeutung. Die staatliche Unterstellung wirkt als Seriositätsindiz und stützt die Reputation dieser Unternehmen. Gesamthaft hat dies für die betroffenen Unternehmen das erfolgreiche Operieren im internationalen Umfeld grosse Bedeutung.

Will 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 und diese klar als staatliche SRO kommunizieren. Nachdem dies wohl zu kompliziert sein dürfte, ist der bisherige Rechtszustand besser beizubehalten. Es sind jedenfalls keine wesentlichen Gründe ersichtlich, die eine Abschaffung des „DUFI-Status“ rechtfertigen würden. Art. 18 Abs. 1 Bst. b, e und f des Entwurfes zum GwG sind entsprechend zu streichen, das geltende Recht ist beizubehalten.

11.2 Keine Schaffung einer neuen Aufsichtsorganisation

Art. 43a ff. des Entwurfes zum FinmaG sehen die Schaffung einer neuen Aufsichtsorganisation in der Form einer Aktiengesellschaft vor. *economiesuisse* bezweifelt, dass dieses Modell zielführend ist. Eine Aktiengesellschaft wäre definitionsgemäss gewinnstrebig, gleichzeitig könnten die Aktionäre die ihnen üblicherweise zustehenden Rechte auf Grund der Beaufsichtigungsfunktion der Aktiengesellschaft über seine Mitglieder nicht korrekt ausüben. Kaum jemand würde sich in einer solchen fremdbestimmten Organisation finanziell engagieren wollen und es ist wahrscheinlich, dass diese neue Aufsichtsorganisationsform auf dem Markt die notwendige Unterstützung nicht findet. Soweit Aufsichtsorganisationen neben der FINMA vorgesehen werden sollen, so sind diese besser auf der Basis der etablierten und von der FINMA anerkannten Branchenorganisationen vorzusehen, welche bereits heute ihre Mitglieder in begrenztem Umfang prudenziell überwachen.

* * *

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen. Gerne stehen wir Ihnen bei Fragen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse

Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung

Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches