

## Geschäftsstelle

Wallstrasse 8  
Postfach  
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66  
Telefax 061 206 66 67  
E-Mail [vskb@vskb.ch](mailto:vskb@vskb.ch)



**Verband Schweizerischer Kantonalbanken**  
**Union des Banques Cantionales Suisses**  
**Unione delle Banche Cantionali Svizzere**

Staatssekretariat für internationale  
Finanzfragen SIF  
Herr Bruno Dorner  
Bundesgasse 3  
3003 Bern

[rechtsdienst@sif.admin.ch](mailto:rechtsdienst@sif.admin.ch)

Datum 6. Februar 2019  
Kontaktperson Lukas Aebi  
Direktwahl 061 206 66 26  
E-Mail [l.aebi@vskb.ch](mailto:l.aebi@vskb.ch)

### **Stellungnahme des VSKB zu den Entwürfen zu den drei Verordnungen, welche die Ausführungsbestimmungen zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstituts-gesetz (FINIG) enthalten**

Sehr geehrter Herr Dorner

Gerne nutzen wir die Gelegenheit, unsere Anliegen zur am 24. Oktober 2018 eröffneten Vernehmlassung des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen SIF zu der Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), der Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und der Aufsichtsorganisationsverordnung (AOV) einzubringen. Ferner weisen wir darauf hin, dass wir uns in die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) eingebracht haben und diese ebenfalls unterstützen.

Der VSKB begrüsst die Vorlage insgesamt. Die Finanzindustrie war im Rahmen der Arbeitsgruppen in die Erarbeitung der Verordnungsbestimmungen involviert. Diese weisen eine konsistente Systematik auf und konkretisieren angemessen die aufgrund des Gesetzes anwendbaren Bestimmungen zur Erbringung von Finanzdienstleistungen, wie namentlich Verhaltensregeln, Organisationspflichten und Vorgaben zum Kundenschutz. Einzelne Bestimmungen werden eine erhebliche Auswirkung auf die aktuellen Prozesse und IT-Systeme der Banken haben, weshalb die hier teils bewusst von der EU abweichende, prinzipienbasierte Umsetzung ausdrücklich begrüsst wird, insbesondere, weil dadurch das Schutzniveau gemäss Erläuterungsbericht für die Kunden im Ergebnis mit dem europäischen vergleichbar bleibt.

Vorab fassen wir die aus unserer Sicht besonders wichtigen Anliegen wie folgt zusammen:

- **Werbung und Angebot:** In Art. 95 Abs. 3 E-FIDLEV werden die Begriffe des Angebots und der Werbung unnötig vermischt. Die bereits unter dem Kollektivanlagengesetz bestehende ungenaue Abgrenzung führt zu Rechtsunsicherheit und -unklarheit in der

Praxis und erschwert die Umsetzung der Verordnung in den einzelnen Bankinstituten. Hier müssen noch Präzisierungen im Geiste der ansonsten klaren Begriffsdefinitionen im FIDLEG folgen.

- **Basisinformationsblatt (BIB):** Die Verordnung legt die Voraussetzung des Gesetzes für den Verzicht auf das zur Verfügungstellen des Basisinformationsblattes zu restriktiv aus. Hier bestehen Widersprüche zum Gesetz (Art. 9 Abs. 2 FIDLEG). Die entsprechende Verordnungsbestimmung (Art. 15 Abs. 2 Bst. b E-FIDLEV) muss entsprechend gestrichen werden.
- **Überlegungen zur professionellen Tresorerie (Art. 4 E-FIDLEV):** Bei der Definition von professioneller Tresorerie fehlt – auch im Erläuterungsbericht – der Hinweis, dass die notwendige Finanz- und Anlagekompetenz intern durch Mitarbeiter oder *extern* durch mandatierte Fachleute sichergestellt werden kann. Auch reicht der Verweis auf die FINMA-Praxis im Erläuterungsbericht nicht aus.

## I. Generelle Anmerkungen

### Aus den Fehlern der europäischen Finanzmarktregulierung lernen

Die nachfolgenden Themenbereiche beinhalten insofern noch Verbesserungspotential, als hier das Grundziel des verstärkten Anlegerschutzes im Bereich der Privatkunden gemäss Art. 4 FIDLEG zu fest eingeeengt wird. Dies führt zu Widersprüchen zwischen Gesetz und Verordnung, wirtschaftlich nicht vertretbaren Lösungen oder einer – auch nicht im Sinne der privaten Anleger gewünschten – Einengung von Anlagetiteln. Am Beispiel der Entwicklung von MiFID zu MiFID II zeigt sich deutlich, dass eine zu eingegrenzte Sichtweise und von Formalitäten und Sanktionen überwucherte Gesetzeslösung (am Beispiel der EU von Richtlinie und Verordnung) die Finanzdienstleister aus haftungsrechtlichen Überlegungen zu einer restriktiven Auswahl von Finanzdienstleistungen führt (Reduktion der Beratungsleistungen und Trend zum beratungsfreien Geschäft). Gleichzeitig wird das Anlageuniversum für private Anleger entgegen der zivilrechtlich gegebenen Handlungs- und Geschäftsfähigkeit unnötig verringert. Selbst der EU-Gesetzgeber hat diese nicht befriedigende Entwicklung erkannt und setzt bereits Zeichen, um hier zu Gunsten der Möglichkeiten der Anleger zu wirken. Entsprechend der in Schweiz aufgrund von FIDLEG positiven Ausgangslage, wonach mangelnde Kenntnisse und Erfahrungen durch Aufklärung der Kundinnen und Kunden kompensiert werden können (vgl. Art. 14 Abs. 3 FIDLEG) und Kundinnen und Kunden über die Möglichkeit des Opting-in durch den Finanzdienstleister informiert werden müssen (vgl. Art. 5 Abs. 7 FIDLEG), muss es Aufgabe der Verordnung sein, die Anforderungen des FIDLEG zu konkretisieren, wo notwendig (Rechtssicherheit), hingegen nicht Unklarheiten zu schaffen oder wirtschaftliche Hemmnisse einzuführen.

Im Unterschied zur europäischen Regulierung ist der Detaillierungsgrad in der FIDLEV kleiner, respektive diese verzichtet auf die Vorgabe von starren Berechnungsmethoden, welche gemäss ersten Erfahrungen in der EU zu irreführenden Resultaten führen können und wahrscheinlich in naher Zukunft noch Anpassungen erfahren werden. Im Erläuterungsbericht wird daher nachvollziehbar ausgeführt, dass eine Übernahme der EU-Regelung unter diesen Umständen unsachgerecht wäre. Vielmehr solle es der Branche überlassen werden, auf die jeweiligen Finanzinstrumente zugeschnittene Vorgaben zu entwickeln. Wir begrüssen dies, nehmen aber aus dem Erläuterungsbericht auch zur Kenntnis, dass in Zukunft eine

Angleichung an die EU-Regulierung vorgenommen wird, sobald sich diese bewährt hat. Wir sind der Meinung, dass eine solche Übernahme von EU-Normen grundsätzlich nicht ohne Änderung des Gesetzes oder für Teile davon zumindest nicht ohne Anpassung der Verordnung vorgenommen werden kann. Den Finanzdienstleistern wäre in diesem Fall genügend Zeit für eine allfällige Umsetzung einzuräumen, da dies je nach Ausgestaltung erhebliche Auswirkungen auf die Prozesse und IT-Systeme der Institute haben kann.

### **Finanzmarktregulierung darf nicht technologiehemmend wirken**

Es gilt ausserdem auch in dieser Vorlage den Trend zur Digitalisierung noch konsequenter zu unterstützen. Die Anforderungen an die «dauerhaften Datenträger» sind noch flexibler zu definieren. Dies namentlich bei der Zurverfügungstellung des BIB (Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a E-FIDLEV), der Offenlegung von Interessenkollisionen (Art. 26 Abs. 3 E-FIDLEV) und den Herausgabepflichten (Art. 97 Abs. 1 E-FIDLEV).

### **Angebot und Werbung (Art. 3 und 95 E-FIDLEV)**

Die in Art. 3 E-FIDLEV definierten Begriffe, insbesondere der des Angebots, sind aus Branchensicht mehrheitlich gelungen. So ist die Aussage, dass ein Angebot erst beim Vorliegen aller «essentialia negotii» und damit nach den Regeln des allgemeinen Teils des Obligationenrechtes zustande gekommen ist (Art. 3 OR), ausdrücklich zu begrüssen.

## **II. Zu einzelnen Bestimmungen in der FIDLEV (Anpassungen am Verordnungstext jeweils rot)**

### **Art. 2 Abs. 3 E-FIDLEV**

Gemäss Entwurf gelten Finanzdienstleistungen, die nicht Gegenstand der ursprünglichen Anfragen sind, als in der Schweiz erbracht. Diese Formulierung ist nicht klar. Auch der Erläuterungsbericht schafft hier keine Klarheit (siehe S. 18), da nur von «weiteren Kundenbeziehungen» und nicht von «zusätzlichen Finanzdienstleistungen» die Rede ist. Entsprechend muss der Absatz folgendermassen angepasst werden:

#### *Art. 2 Abs. 3 E-FIDLEV*

<sup>3</sup> Finanzdienstleistungen, die nicht Gegenstand der ursprünglichen Anfrage der Kundin bzw. des Kunden sind, gelten als in der Schweiz erbracht.

### **Art. 3 E-FIDLEV**

Der Erläuterungsbericht (vgl. S. 19 oben) erklärt zu Recht, dass die blossе Depotführung (sog. Custody-Geschäft) keine Finanzdienstleistung gemäss der Aufzählung in Art. 3 Bst. c FIDLEG darstellt, und dass dementsprechend auch auf Fremdwährung lautende Guthaben auf Konten sowie Werte und Wertrechte, insbesondere Edelmetalle, in Custody-Depots nicht als Finanzinstrumente im Sinne von Art. 3 Bst. a FIDLEG gelten. Diese Regelung ist aus Gründen der Rechtssicherheit als **neuer Art. 3 Abs. 1 E-FIDLEV** in den Verordnungstext zu überführen. Dies ist notwendig, weil zumindest der Fall von Edelmetallen in Custody-Depots auf Stufe Botschaft fälschlicherweise ausdrücklich als vom Gesetz erfasst bezeichnet wird (vgl. FIDLEG/FINIG-Botschaft, S. 39 unten). Die neue Bestimmungsbestimmung schafft für das gesamte, sachlogisch einheitlich zu behandelnde Paket eine gleichförmige Regelung und

damit die notwendige Rechtssicherheit.

**Art. 3 Abs. 1 E-FIDLEG** soll Vermarktungsaktivitäten für nicht regulierte Dritte, insbesondere ausländische Fonds, erfassen, welche keine persönliche Empfehlung zum Erwerb oder zur Veräusserung eines Finanzinstruments (transaktionsbasierte Beratung) darstellen. Für eine solche Ausweitung des Begriffes «Erwerb oder Veräusserung» fehlt unserer Ansicht nach bereits die gesetzliche Grundlage in Art. 3 FIDLEG. Eine Subsumtion aller auf den Erwerb oder die Veräusserung gerichteten Tätigkeiten ist von Art. 3 Bst. c Ziff. 1 des Gesetzes nicht gedeckt: ... «die folgenden, für Kundinnen und Kunden erbrachten Tätigkeiten: 1. der Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten...».

Der Verweis auf die Botschaft zum FIDLEG, welcher den Begriff der Vermittlung erwähnt, ist unbehelflich, denn die Botschaft bezieht sich auf Ziff. 2, d.h. sie verweist auf die «Annahme und Übermittlung von Aufträgen», was sie untechnisch als «Vermittlung» versteht (Botschaft FIDLEG, zu Art. 3 Bst. d).

Das FIDLEG sieht eine klare Umschreibung und Definition der Finanzdienstleistungen vor: Das bloße Zurverfügungstellen von Informationen ist nicht erfasst. Werbung bezieht sich auf nicht regulatorisch verlangte Informationen, die in allgemeiner Art und nicht in Bezug auf spezifische Personen öffentlich bekannt gemacht werden (noch keine Empfehlung) und ist als solche kenntlich zu machen (Art. 68 FIDLEG). Nur wenn ein konkretes Finanzinstrument einer bestimmten Person zum Erwerb oder der Veräusserung empfohlen wird, ist der regulatorische Anknüpfungspunkt für weitere Pflichten gemäss Gesetz gegeben. Daneben sieht das Gesetz als Anknüpfungspunkte die Vermögensverwaltung (Ziff. 3) und die Annahme und Übermittlung von Aufträgen (Ziff. 2) vor. Nebst diesen gibt es keine weiteren Anknüpfungspunkte, insbesondere sieht das Gesetz auch zwischen der blossen Information oder Werbung und der persönlichen Empfehlung keine anderen Anknüpfungspunkte vor. Solche können deshalb nicht über die Verordnung geschaffen werden.

Die besonderen Informationspflichten knüpfen spezifisch an die *persönliche Empfehlung* von Finanzinstrumenten an (Art. 8 Abs. 3 FIDLEG) und dies gilt auch in Bezug auf den Zeitpunkt, an welchem die Information erfolgen muss (Art. 9 Abs. 2 FIDLEG). Im Gegensatz zu früheren Regelungen hat insoweit auch der Begriff des «Angebots» keine Bedeutung mehr.

Der Erläuterungsbericht (S.18) will eine Regelungslücke für «Road Shows» und andere Tätigkeiten erkennen, welche im geltenden Recht durch den Vertriebsbegriff des KAG erfasst werden. Diesen gibt es unter dem FIDLEG nicht und entsprechend haben Konzepte, die darauf abstellten, unter dem FIDLEG keinerlei Bedeutung. Auch das bloße Anbieten stellt keine Finanzdienstleistung dar, ist aber auch kein Anknüpfungspunkt am «Point of Sale». Mit der Formulierung «*jede Tätigkeit, die.... spezifisch ... gerichtet ist*», wird der Begriff der Finanzdienstleistung in ganz wesentlichem Umfang ausgeweitet. Er würde dann auch das reine Zurverfügungstellen von Informationen, wenn ein Erwerb möglich ist, erfassen. Absatz 5 wäre bedeutungslos. Dadurch würde der Begriff der Finanzdienstleistung mit Elementen des Angebotsbegriffs und auch der Werbung vermischt. Der Vorschlag würde damit nicht nur eine abgeschaffte KAG-Regel (Streichung Vertrieb und darauf abgestützte Anknüpfungskonzepte) auf Verordnungsebene wieder einführen, sondern auch auf *sämtliche* Finanzinstrumente ausdehnen, und damit Tätigkeiten und Aktivitäten erfassen, die gemäss Gesetz keine Finanzdienstleistung darstellen und nicht geregelt werden sollen.

Der Anknüpfungspunkt des Gesetzes am «Point of Sale» ist die persönliche Empfehlung von

Finanzinstrumenten. Wenn ein Finanzdienstleister als Vorstufe zur persönlichen Empfehlung Tätigkeiten unternimmt, wie etwa das Zurverfügungstellen von Informationen über Finanzinstrumente oder generelle Hinweise auf bestimmte Finanzinstrumente macht, ohne dass bereits eine persönliche Empfehlung vorliegt, bewegt er sich ausserhalb des regulierten Bereichs (Werbung nach Art. 68 FIDLEG verlangt lediglich, dass diese als solche gekennzeichnet wird). Hätte der Gesetzgeber eine andere Regelung gewollt, so wie sie nun in Art. 3 Abs. 1 des Verordnungsentwurfs vorgeschlagen wird, hätte der Begriff der Finanzdienstleistung anders formuliert werden müssen. Da dies nicht erfolgte, kann der Begriff nun nicht auf Verordnungsebene neu und weiter definiert werden. Ganz im Gegenteil: Das Parlament hat die Haltung des Bundesrates, es komme nicht darauf an, ob ein Angebot allgemein gehalten oder persönlich zugeschnitten sei (BR U. Maurer, ABI NR 2017, S. 1309), letztlich nicht gestützt und als Anknüpfungspunkt neu die persönliche Empfehlung eingeführt. Nach dem Gesagten, insbesondere auch mangels gesetzlicher Grundlage, ist Art. 3 Abs. 1 E-FIDLEV **ersatzlos zu streichen**. Im Übrigen sollte klargestellt werden, dass das Angebot keine Finanzdienstleistung darstellt und ebenso wenig der Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten durch einen Emittenten oder Anbieter. Dies sollte möglichst durch eine entsprechende Klarstellung im Erläuterungsbericht erfolgen.

**Art. 3 Abs. 2 E-FIDLEV** sieht Ausnahmen vom Begriff des Finanzdienstleisters vor, wenn die Finanzdienstleistungen innerhalb des Konzerns erbracht werden. Allerdings wird die Ausnahme darauf beschränkt, dass die entsprechenden Gesellschaften ihre Dienstleistungen *einzig* für andere Konzerngesellschaften erbringen dürfen. In dieser Form ist diese Ausnahme zu eng formuliert, denn im Rechtsalltag kann eine solche Gesellschaft auch Finanzdienstleistungen gegenüber Dritten, insbesondere Kunden, erbringen. **Deshalb sollte die Einschränkung auf «einzig» gestrichen werden.** Erbringt die Gesellschaft Finanzdienstleistungen gegenüber Kunden in der Schweiz, unterliegt sie insoweit selbstverständlich dem Gesetz.

**Art. 3 Abs. 3-5 E-FIDLEV** nehmen eine Abgrenzung zwischen den Begriffen Angebot und Werbung vor. Beim Angebot geht es in erster Linie darum, ein Finanzinstrument zu veräussern. Diese Trennschärfe sollte nicht ohne Not aufgegeben werden. Auch der Fall von Plattformen, die einem potentiellen Anleger Finanzinstrumente zeigen, welche er aus eigener Initiative d.h. «execution only» erwerben kann, finden hier Erwähnung. Solche Plattformen sollen unter den gegebenen Voraussetzungen nicht als Angebot gelten und folglich auch keine Pflicht auslösen, dem potentiellen Kunden ein BIB zur Verfügung zu stellen. Die Ausnahme für «execution only» war vom Gesetzgeber explizit so gewollt und wird im Verordnungstext auch entsprechend umgesetzt. Insofern verdient der Entwurf in dieser Beziehung Unterstützung.

Kritisch sind allerdings die Ausführungen im Erläuterungsbericht. Danach soll eine Plattform dennoch ein Angebot darstellen können, bloss weil sie eine Funktionalität bietet, die es erlaubt, Produkte, «execution only» über die Plattform zu erwerben. Dies wird der Natur der Plattformen nicht gerecht. In der Regel vermitteln diese lediglich Kunden und Finanzinstrumente. Es findet kein aktiver Verkauf und keine Hervorhebung bestimmter Produkte statt. Der Kunde sieht mehr oder weniger sämtliche Instrumente, die er potentiell erwerben kann. Entscheidend ist zudem, dass der Anleger ausschliesslich von sich aus, auf eigene Initiative tätig wird um nach Instrumenten zu suchen und diese möglicherweise auch

zu kaufen. Ein Angebot liegt in diesen Konstellationen somit nicht vor und die Pflicht, ein BIB zu erstellen, entfällt. Das entspricht auch dem expliziten Willen des Gesetzgebers.

In Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich ergeben sich einige Abgrenzungsfragen, die unseres Erachtens im Rahmen der FIDLEV geklärt werden sollten. Dies gilt z.B. für Dienstleistungen aus dem Bereich Corporate Finance Services oder Dienstleistungen, die zum Beispiel eine Bank bei Fusionen und Übernahmen beratend erbringt. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es zu begrüßen, wenn hier klargestellt würde, dass die vorgenannten Tätigkeiten nicht als «Finanzdienstleistung» nach FIDLEG gelten, soweit sie gegenüber dem Emittenten bzw. Anbieter erbracht werden. Etwaige vertragliche Beziehung zwischen der Bank als Finanzdienstleisterin und den Investoren bleibt von dieser Klarstellung unberührt, d.h. kann entsprechend dem FIDLEG unterstehen. Ferner ergibt sich Bedarf für eine Klarstellung zu Art. 3 Bst. c Ziff. 5 des Gesetzes: Gewährung von Krediten für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten. Nach dieser Formulierung kommt es auf den Zweck an, für welchen ein Kredit gewährt wird. Entsprechend müssen die Finanzdienstleister zukünftig systematisch den Zweck erfassen und dokumentieren, sobald es um eine Kreditfinanzierung für den Erwerb von Finanzinstrumenten, d.h. für eine Reinvestition, geht, weil sich das entsprechende Risiko erhöht bzw. die Kundin oder der Kunde eine erhöhte Risikotoleranz gegenüber der Standardsituation haben muss. Um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, sollte daher in der Verordnung klargestellt werden, welche Kreditarten betroffen sind, um auch den Umfang dieser neuen Pflichten klar umgrenzen zu können. Entsprechend der Praxis unter MiFID schlagen wir daher vor, dass ausdrücklich festgehalten wird, dass es sich bei den Krediten nach Art. 3 Bst. c. Ziff. 5 um sog. Lombardkredite handelt.

**Art. 3 Abs. 8 E-FIDLEV:** Papier als einziges Medium prominent zu erwähnen, ist nicht notwendig. Eine Ergänzung im erläuternden Bericht, dass auch Computerfestplatten, USB Sticks, DVD's und CD's umfasst sind, würde der Klarstellung dienen. Art. 4 (1) Ziff. 62 MiFID II setzt als weitere Voraussetzung die Einsehbarkeit für eine gewisse Dauer voraus. Mit der folgenden Anpassung trägt man der Technologieneutralität Rechnung:

Aus diesen Gründen schlagen wir insgesamt folgende Anpassungen an Art. 3 E-FIDLEV vor:

#### *Art. 3 E-FIDLEV*

<sup>1</sup> Nicht als Finanzinstrumente im Sinne von Art. 3 Buchstabe a des Gesetzes qualifizieren Geschäfte, welche gegenüber der Bank Darlehenscharakter aufweisen und Anspruch auf Auszahlung oder physische Lieferung geben, wie namentlich auf Fremdwährungen lautende Guthaben, Festgelder oder Edelmetalle auf Konten oder in Depots.

~~<sup>4</sup> Als Erwerb oder Veräußerung von Finanzinstrumenten gilt jede Tätigkeit die, wie die Vermittlung, spezifisch auf den Erwerb oder die Veräußerung eines Finanzinstruments gerichtet ist.~~

<sup>2</sup> Nicht als Finanzdienstleister im Sinne von Artikel 3 Buchstabe d FIDLEG gelten Gesellschaften oder Einheiten eines Konzerns, die einzig insoweit sie für andere Gesellschaften oder Einheiten desselben Konzerns Finanzdienstleistungen erbringen.

<sup>3</sup> Ein Angebot im Sinne von Artikel 3 Buchstabe g FIDLEG liegt vor bei einer Kommunikation jeglicher Art, die:

a. ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument

enthält; und

- b. die üblicherweise darauf abzielt, **auf** ein bestimmtes Finanzinstrument **aufmerksam zu machen und dieses** zu veräußern.

<sup>4</sup> (...)

<sup>5</sup> Nicht als Angebot im Sinne von Artikel 3 Buchstabe h FIDLEG gilt insbesondere:

- a. die namentliche Nennung von Finanzinstrumenten ohne oder in Verbindung mit faktischen, allgemeinen Informationen wie ISIN, Nettoinventarwerte, Preise, Risikoinformationen, Kursentwicklung, Steuerzahlen ungeachtet davon, ob der Kunde gestützt auf diese Informationen, das Finanzinstrument sogleich (z.B. auf einer Website) auf eigene Veranlassung erwerben kann.

b. (...)

<sup>6</sup> Als Kredite für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten gelten Lombardkredite.

<sup>7</sup> Keine Finanzdienstleistung im Sinne von Artikel 3 Buchstabe c des Gesetzes sind:

- a. Die Beratung von Gesellschaften oder Gesellschaftern hinsichtlich der Kapitalstrukturierung sowie die Beratung und Dienstleistungen bei Unternehmensfusionen und -aufkäufen;
- b. Die Übernahme der Emission von Finanzinstrumenten und/oder Platzierung von Finanzinstrumenten mit fester Übernahmeverpflichtung;
- c. Die Platzierung von Finanzinstrumenten ohne feste Übernahmeverpflichtung;
- d. Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Übernahme von Emissionen; und die Gewährung von Krediten im Zusammenhang mit Dienstleistungen nach Buchstabe a-d.

<sup>8</sup> Als dauerhafter Datenträger im Sinne dieser Verordnung gilt Papier und jedes andere Medium, das die Speicherung, die Einsehbarkeit für eine angemessene Dauer und die unveränderte Wiedergabe einer Information ermöglicht.

#### **Art. 4 E-FIDLEV**

An der Definition von professioneller Tresorerie ist nichts auszusetzen, es fehlt jedoch – auch im Erläuterungsbericht – der Hinweis, dass die notwendige Finanz- und Anlagekompetenz intern durch Mitarbeiter oder extern durch mandatierte Fachleute sichergestellt werden kann. Auch reicht der Verweis auf die FINMA-Praxis im Erläuterungsbericht (vgl. S. 22 unten) nicht aus, denn die FINMA hat dies nie ausdrücklich formuliert (demgegenüber ausdrücklich Werner Wyss, in: BSK-KAG, 2.A., Basel 2016, Art. 10 KAG N 72c). Wir empfehlen folgende Ergänzung:

##### *Art. 4 Abs. 3 E-FIDLEV*

<sup>3</sup> Ein Unternehmen oder eine für vermögende Privatkundinnen und -kunden errichtete private Anlagestruktur verfügt dann über eine professionelle Tresorerie, wenn sie entweder innerhalb oder ausserhalb des Unternehmens oder der privaten Anlagestruktur, auf Dauer eine fachlich ausgewiesene, im Finanzbereich erfahrene Person mit der Bewirtschaftung ihrer Finanzmittel betraut.

#### **Art. 5 Abs. 4 E-FIDLEV**

In Artikel 5 E-FIDLEV wird ausgeführt, was dem Vermögen im Sinne von Artikel 5 Abs. 2 FIDLEG anzurechnen ist. Artikel 5 Abs. 3 E-FIDLEV hält fest, dass Privatkundinnen und -kunden nur gemeinsam ein «Opting-out» erklären können, wenn sie gemeinsam am Vermögen beteiligt sind, welches die Werte von Artikel 5 Abs. 2 FIDLEG erreicht. Gemäss Abs. 4 dieses Artikels müssen die gemäss FIDLEG notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen bei mindestens einer, am gemeinsamen Vermögen beteiligten Person vorhanden sein. Zudem muss diese Person alleine über das Vermögen verfügen können.

Der letzte Satz von Art. 5 Abs. 4 E-FIDLEV führt unseres Erachtens zu einer Unterscheidung zwischen einem Gemeinschaftskonto und einem Kollektivkonto. Beim Gemeinschaftskonto ist jeder einzelne Kontoinhaber berechtigt, alleine und unbeschränkt über die hinterlegten Werte und vorhandenen Guthaben zu verfügen. Beim Kollektivkonto können die Kontoinhaber nur gemeinsam über Werte bzw. Guthaben verfügen. Ob diese Unterscheidung zwischen Gemeinschaftskonto und Kollektivkonto sachgerecht ist, ist zumindest fraglich. Unseres Erachtens sollte z.B. einem Ehepaar (wovon eine Person über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt) mit einem Kollektivkonto, auf welchem sich genügend Vermögen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 FIDLEG befindetet, ebenfalls die Möglichkeit eines «Opting-outs» zustehen. Der Artikel sollte entsprechend angepasst werden:

#### *Art. 5 Abs. 4 E-FIDLEV*

<sup>4</sup>Die nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a FIDLEG notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen müssen bei mindestens einer am gemeinsamen Vermögen beteiligten Person vorhanden sein. ~~Diese Person muss allein über das Vermögen verfügen können.~~

#### **Art. 7 E-FIDLEV**

**Art. 7 Abs. 2 Bst. a E-FIDLEV** erfasst nur die zu erwerbenden oder zu veräussernden Finanzinstrumente. Bereits das Gesetz stellt diesbezüglich die portfoliobezogene Anlageberatung mit der Vermögensverwaltung gleich und fokussiert richtigerweise auf die Finanzdienstleistung (Art. 12 FIDLEG), was auch der Erläuterungsbericht anerkennt (S. 26 unten). Was unter Suitability-Gesichtspunkten richtig ist, muss auch bei den Informationspflichten gelten. **Die portfoliobezogene Anlageberatung ist deshalb in Art. 7 Abs. 2 E-FIDLEV gleich wie die Vermögensverwaltung zu behandeln.**

**Art. 7 Abs. 4 E-FIDLEV** sagt, dass Informationen zu den allgemeinen Risiken von Finanzinstrumenten durch Zurverfügungstellung des entsprechenden Basisinformationsblatt (BIB) oder Prospektes erfolgen können. Dieser Artikel enthält unseres Erachtens einen Widerspruch, denn über die *allgemeinen* Risiken von Finanzinstrumenten wird in einem generellen Dokument (z.B. Risikobroschüre) informiert. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das BIB bei der Information über allgemeine Risiken eine Rolle spielen soll. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte Abs. 4 unseres Erachtens gestrichen werden.

#### *Art. 7 E-FIDLEV Informationen über die Finanzdienstleistung und die Finanzinstrumente (Art. 8 Abs. 1 und 2 Bst. a und Abs. 4 FIDLEG):*

<sup>2</sup> Die Information über die Risiken, die mit Finanzdienstleistungen verbunden sind, enthält:

- a. Bei der Anlageberatung, die für einzelne Transaktionen erbracht wird: Angaben über



die empfohlenen Finanzinstrumente unter Berücksichtigung des Kundenportfolios (...);

- b. bei der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung unter Berücksichtigung des Kundenportfolios: eine Darstellung der Risiken, die sich aus der Anlagestrategie für das Kundenvermögen ergeben.

<sup>3</sup> Die Information zu den allgemeinen Risiken, die mit den Finanzinstrumenten verbunden sind, enthält Angaben zu: (...)

<sup>4</sup> Soweit die Angaben nach Absatz 3 im Basisinformationsblatt oder im Prospekt enthalten sind, kann die Information durch Zurverfügungstellung des entsprechenden Dokuments erfolgen.

## Art. 8 E-FIDLEV

**Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEV** kann unseres Erachtens missverstanden werden. Wie der Erläuterungsbericht darlegt, geht es um Gebührentarife, Honorartabellen und ähnliches, also um Informationen genereller Art und nicht um die spezifischen Kosten eines einzelnen Finanzinstruments.

**Art. 8 Abs. 3 E-FIDLEV** fordert eine Information über die Kosten – diese kann naturgemäss nur so präzise wie möglich erfolgen. Bei ausländischen Finanzinstrumenten ist es de facto kaum möglich, gewisse externe Kosten wie zum Beispiel Abgaben und Steuern im Voraus auch nur annäherungsweise zu bestimmen (vergleiche auch Erläuterungsbericht, S. 24 zu Art. 8 E-FIDLEV, Abschnitt 1). Deshalb muss hier eine ausdrückliche Ausnahme, zumindest aber die Möglichkeit einer bloss generischen Erwähnung der Kosten («Zusätzlich können weitere Gebühren, Abgaben oder Steuern anfallen»), geschaffen werden. Die Regelung von Art. 8 Abs. 4 E-FIDLEV hilft auch nicht weiter. Sobald externe Kosten anfallen, z.B. bei ausländischen Finanzinstrumenten, sind zwar mehrere Finanzdienstleister beteiligt, und mangels Vereinbarung unter den Beteiligten hat jeder Finanzdienstleister nur über die bei ihm anfallenden Kosten zu informieren. Diese Regelung von Art. 8 Abs. 4 E-FIDLEV kann aber nur in denjenigen Fällen analog herbeigezogen werden, wenn es um eine institutionalisierte enge Zusammenarbeit mehrerer Beteiligter, zum Beispiel im Rahmen eines geregelten Vertriebsnetzes, geht.

### Art. 8 E-FIDLEV

<sup>1</sup> Die Information über die Kosten enthält insbesondere Angaben zu den einmaligen und laufenden Kosten, die beim Erwerb oder bei der Veräusserung von ~~des betreffenden~~ Finanzinstrumente~~n~~ entstehen.

<sup>3</sup> Nicht im Voraus oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand genau zu bestimmende Kosten sind soweit möglich annäherungsweise anzugeben. Ist auch dies sachlich nicht möglich ist unter Hinweis auf die betroffene Konstellation auf das Risiko zusätzlicher Gebühren, Steuern oder weiterer Kosten hinzuweisen.

## Art. 9 E-FIDLEV

Art. 9 E-FIDLEV ist im Zusammenhang mit Art. 26 E-FIDLEV zu sehen, wie das der Erläuterungsbericht auch ausführt. Insofern sollten die Anforderungen an die Offenlegung in

beiden Artikeln aufeinander abgestimmt werden; dies in Terminologie und Reihenfolge so, wie es in Art. 26 steht, damit diesbezüglich ein kohärentes System bzgl. Interessenkonflikten geschaffen wird.

#### Art. 9 E-FIDLEV

<sup>1</sup> Finanzdienstleister informieren über wirtschaftliche Bindungen, soweit diese im Zusammenhang mit der Finanzdienstleistung zu einem Interessenkonflikt führen können.

<sup>2</sup> Die Information enthält Angaben zu:

- a. aus welchen Umständen sich der Interessenkonflikt ergibt ~~Der Art und Ursache des Interessenkonflikts;~~
- b. welche Risiken für die Kunden daraus entstehen ~~Den organisatorischen und administrativen Vorkehrungen, die der Finanzdienstleister zur Verhinderung oder Bewältigung dieses Konflikts getroffen hat;~~
- c. dass welche Vorkehrungen der Finanzdienstleister zur Minderung der Risiken getroffen wurden hat. ~~Den Benachteiligungen, die nicht ausgeschlossen werden können und der Kundin oder dem Kunden weiterhin verbleiben~~

#### Art. 11 E-FIDLEV

Bei «execution only»-Geschäften muss ein BIB nur zur Verfügung gestellt werden, wenn ein solches für das Finanzinstrument bereits vorhanden ist. Der «execution only»-Kunde hat Anspruch auf «best efforts» und damit in Würdigung rasch ändernder Kurse insbesondere Anspruch auf möglichst rasche Ausführung von Aufträgen. Bei Finanzinstrumenten, welche der Finanzdienstleister auch Anlageberatung anbietet, muss – soweit gesetzlich vorgesehen (vgl. dazu Art. 59 FIDLEG) – ein BIB zur Verfügung gestellt werden (Art. 8 Abs. 3 FIDLEG). Bei solchen Finanzinstrumenten kann der Finanzdienstleister deshalb auch die Anforderung von Art. 8 Abs. 4 FIDLEG ohne Weiteres erfüllen. Bei andern Finanzinstrumenten, welche ein «execution only»-Kunde nachfragt, ist es dem Finanzdienstleister im operativen Alltag, zum Beispiel im Kundengespräch, praktisch nicht möglich, innert kürzester Zeit zuverlässig in Erfahrung zu bringen, ob irgendwo ein solches BIB besteht und dieses dann auch zu beschaffen. Die Einhaltung der Regel von Art. 8 Abs. 4 FIDLEG darf auch nicht von «Zufallsfunden» abhängen. Zudem ist nicht ausschliessbar, dass ein solcher «Zufallsfund» lediglich ein veraltetes BIB zu Tage fördert. Die Verwendung eines inhaltlich nicht (mehr) richtigen BIB könnte sogar eine Haftung auslösen (Art. 69 FIDLEG). Deshalb ist der von Art. 8 Abs. 4 FIDLEG statuierte Grundsatz in Art. 11 E-FIDLEV mit einem neuen Absatz 2 dahingehend zu präzisieren, dass ein solches BIB für das Finanzinstrument beim Finanzdienstleister bereits in strukturierter Form bzw. offiziell, d.h. zum Beispiel im Zuge des Anlageuniversums für Anlageberatung, vorhanden sein muss.

#### Art. 11 E-FIDLEV

<sup>2</sup> Ein Basisinformationsblatt gilt dann als vorhanden im Sinne von Art. 8 Abs. 4 des Gesetzes, wenn der betroffene Finanzdienstleister bereits selbst in strukturierter Form darüber verfügt, namentlich dadurch, dass er das betreffende Finanzinstrument auch im Anlageuniversum für Anlageberatung führt.

## Art. 13 E-FIDLEV

Vorab lässt der Verordnungstext offen, wie der Begriff «oder» im Gesetz (Art. 9 FIDLEG) zu verstehen ist. Dies ist in Art. 13 Abs. 1 E-FIDLEV klarzustellen. Sodann fehlt bei Art. 8 Abs. 5 FIDLEG eine zeitliche Beschränkung. Die Pflicht zu «ewiger» Publikation macht sachlich keinen Sinn. Dies schon deshalb, weil mit zunehmendem Zeitablauf wegen tatsächlich eingetretenen Veränderungen auch das Risiko inhaltlicher Fehler zunimmt. Ein inhaltlich fehlerhafter Prospekt ist aber auch unter Anlegerschutzaspekten wenig sinnvoll und sogar haftungsbegründend (Art. 69 FIDLEG). Die Publikation muss sinnvollerweise zeitlich analog Art. 92 E-FIDLEV auf die Laufzeit des Prospekts eingegrenzt werden. Demgegenüber ist die BIB-Pflicht an ein Angebot geknüpft. Im Falle von BIBs ist es deshalb sachlogisch, die Pflicht auf die Zeitdauer zu beschränken, in welcher das betreffende Finanzinstrument tatsächlich angeboten wird. Der Zeitpunkt, wann Kunden zu informieren sind, sollte entsprechend der Absicht des Gesetzgebers in Abs. 1 klargestellt werden. Um den zeitlichen Gleichlauf von Prospekt und BIB sicherzustellen, sollten bei Art. 13 E-FIDLEV neu Abs. 2 und Abs. 3 eingefügt werden.

### Art. 13 E-FIDLEV

<sup>1</sup> Die Kundinnen und Kunden sind so zu informieren, dass ihnen vor Vertragsschluss genügend Zeit bleibt, um die Informationen mit Blick auf den Vertragsschluss zur Eröffnung der Kundenbeziehung oder sofern kein Vertragsschluss vor der Erbringung stattfindet, auf die Erbringung der Finanzdienstleistung zu verstehen. ~~auf die Erbringung der Finanzdienstleistung zu verstehen.~~

<sup>2</sup> Ein Basisinformationsblatt ist zur Verfügung zu stellen, solange das damit beschriebene Finanzinstrument angeboten wird (vgl. Art. 58 Abs. 1 des Gesetzes).

<sup>3</sup> Für die Dauer der Zurverfügungstellung von Prospekten gilt Art. 92 Abs. 4 dieser Verordnung sinngemäss.

## Art. 14 E-FIDLEV

Als Zeitpunkt der Information darf unter Art. 14 Abs. 1 Bst. a E-FIDLEV entsprechend dem sachlichen Anwendungsbereich von FIDLEG (vgl. insb. Art. 3 Bst. c FIDLEG) richtigerweise nicht die Eröffnung der «Kundenbeziehung» massgebend sein, sondern der «Abschluss eines Vertrages zur Erbringung von Finanzdienstleistungen». Eine entsprechende Klarstellung muss direkt in der Verordnung erfolgen. Zudem ist die Aufzählung in Abs. 1 Bst. a und b alternativ zu verstehen. Dies ergibt sich zwar bereits aus dem Gesetz (Art. 9 Abs. 1 FIDLEG). Der Erläuterungsbericht lässt jedoch nur den sinngemässen dahingehenden Schluss zu (vgl. S. 26 oben). Umso mehr muss diese wichtige Klarstellung auch auf Verordnungsstufe nachvollzogen werden, soll doch eine Verordnung klärend und nicht verwirrend wirken.

### Art. 14 Abs. 1 E-FIDLEV

<sup>1</sup> Finanzdienstleister informieren zu den Risiken und Kosten:

a. beim Vertragsschluss zur Eröffnung der Kundenbeziehung beim Abschluss eines Vertrages zur Erbringung von Finanzdienstleistungen oder, sofern kein Vertragsschluss vor Erbringung stattfindet;

b. vor erstmaliger Erbringung der Finanzdienstleistung.

~~<sup>2</sup> Sie informieren innert angemessener Frist bei wesentlichen Änderungen in den Informationen.~~

### **Art. 15 E-FIDLEV**

Die Grundlagen für die Abgabe des BIB zum Zweck des Anlegerschutzes als wichtige Zusatzinformation zum empfohlenen Anlageprodukt (Finanzinstrument) finden sich in Art. 9 FIDLEG. Darunter wird auch die Zulässigkeit der ex-post-Zustellung eines BIB (auch elektronisch gemäss Art. 9 Abs. 3 FIDLEG) bei Beratung unter Abwesenden geregelt. Ebenso nennt Art. 58 f. FIDLEG die Voraussetzungen und die Ausnahmen zur Abgabe des BIB.

**Art. 15 Abs. 1 E-FIDLEV** schränkt die Voraussetzungen für den Verzicht auf das Zurverfügungstellen des BIB bei Beratung unter Abwesenden unnötig ein. Dies steht im Widerspruch zu Art. 9 Abs. 2 FIDLEG. Durch das kumulative Abstellen nebst der lokalen Distanz der Parteien auf die technische Unmöglichkeit, das BIB auf einer Website abzurufen, wird die gesetzlich vorgesehene Beratung unter Abwesenden praktisch verunmöglicht. Der Finanzdienstleister müsste in einem solchen Fall diesen besonderen Sachverhalt aktenkundig und für Dritte nachvollziehbar festhalten, um hier einer Sanktion nach Art. 90 FIDLEG entgehen zu können. Dieser Zusatzaufwand ist unverhältnismässig und sollte gestrichen werden. Die Zusatzanforderung des Nachweises der technischen Unmöglichkeit des Zurverfügungstellens des BIB ist ersatzlos zu streichen. Die lokale Distanz zwischen Kundin oder Kunde und Finanzdienstleister genügt als Voraussetzung der ex-post-Zustellung und ist auch sachlogisch nachvollziehbar.

Die vertragsrechtliche Einschränkung gemäss Art. 15 Abs. 2 E-FIDLEV, wonach eine generelle Zustimmung der Kundin oder des Kunden für eine ex-post-Zustellung des BIB ausserhalb von AGBs zu erfolgen hat, geht zu weit. Unter AGBs fallen rechtlich nicht nur die AGB der Bank im engeren Sinne, sondern auch sonstige vorformulierte standardisierte Vertragsbedingungen. Entsprechend dieser in der Praxis verwendeten Vertragslandschaft genügt es, wenn der Gesetzgeber darauf hinweist, dass eine generelle Zustimmung – analog der Einwilligung im Datenschutzrecht – aktiv durch den Kunden zu erfolgen hat (etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann; z.B. durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer entsprechenden Internetseite des Finanzdienstleisters).

Nach dem Gesagten besteht keine gesetzliche Basis, um den Begriff der «Beratung unter Abwesenden» in diesem Sinne/Ausmass einzuschränken. Die im Erläuterungsbericht erwähnte Aussage, dass die Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblattes im digitalen Zeitalter umgangen werden kann, ist zudem nicht zutreffend. Ein BIB wird weiterhin erstellt und abgegeben, auf expliziten Kundenwunsch aber nicht zwingend vor der Transaktion.

Schliesslich sollte bezüglich dem sogenannten «pre-trade waiving» eine unseres Erachtens bestehende Lücke des Gesetzes geschlossen werden. Ein «pre-trade waiving» wird in Art. 9 FIDLEG lediglich im Zusammenhang mit einer Beratung unter Abwesenden erwähnt. Nicht erwähnt ist ein «pre-trade waiving» im Zusammenhang mit Transaktionen ohne Beratung («execution only»). Bei solchen Transaktionen sollte ein «pre-trade waiving» ebenfalls möglich sein und deshalb erwähnt werden. Bei diesen Transaktionen besteht nämlich ein

tieferes Schutzbedürfnis als bei Beratungstransaktionen. So muss ein Basisinformationsblatt nur abgegeben werden, wenn es vorhanden ist. Umso mehr müsste in diesem Fall, in welchem gerade keine Beratung erfolgt, ein «pre-trade waiver» möglich sein.

#### Art. 15 Abs. 1 E-FIDLEV

~~<sup>1</sup> Eine Beratung unter Abwesenden im Sinne von Artikel 9 Absatz 2 FIDLEG liegt vor, wenn:~~

- ~~a. sich die Parteien nicht am selben Ort befinden;~~
- ~~b. es technisch nicht möglich ist, dem Privatkundin oder dem Privatkunden das Basisinformationsblatt vor der Zeichnung oder dem Vertragsabschluss zur Verfügung zu stellen.~~

<sup>2</sup> Die Privatkundin oder der Privatkunde kann in genereller Weise zustimmen, dass (...). Erfolgt die Übermittlung oder die Ausführung eines Geschäfts ausschliesslich auf Auftrag der Kundin oder des Kunden (ohne Beratung durch den Finanzdienstleister), kann die Kundin oder der Kunde ebenfalls auf das Zurverfügungstellen des Basisinformationsblatts vor Abschluss des Geschäfts verzichten.

#### Art. 17 E-FIDLEV

Nach Art. 17 Abs. 1 E-FIDLEV muss der Finanzdienstleister im Rahmen der Eignungsprüfung nach Art. 12 FIDLEG Herkunft und Höhe des regelmässigen Einkommens des Kunden sowie dessen aktuelle und zukünftige finanzielle Verpflichtungen prüfen. Art. 12 FIDLEG schreibt dagegen lediglich vor, dass sich der Finanzdienstleister über die finanziellen Verhältnisse erkundigen muss. Es besteht ein wesentlicher Unterschied, ob der Finanzdienstleister die finanziellen Verhältnisse lediglich berücksichtigen oder ob er diese tatsächlich prüfen muss – dies insbesondere mit Blick auf die Höhe des regelmässigen Einkommens. Bei einer Prüfung der Einkommenssituation muss der Finanzdienstleister vom Kunden Einsicht in den Lohnausweis oder in die Steuererklärung verlangen. Das ist absolut unverhältnismässig und schießt über den Zweck der Gesetzesbestimmung hinaus. Im Übrigen widerspricht es dem Legalitätsprinzip, wenn die Verordnung über das Gesetz hinausgehende Pflichten vorschreibt. **Art. 17 Abs. 3 E-FIDLEV relativiert zwar den Begriff der Prüfung in Abs. 1 wieder, indem sich der Finanzdienstleister auf die Angaben des Kunden verlassen darf. Dennoch stehen Abs. 1 und Abs. 3 in einem Widerspruch. Die Formulierung in Abs. 1 ist deshalb anzupassen und das Wort «prüfen» zu ersetzen.**

Es ist ferner in gewissen Fällen denkbar, dass ein Kunde nur seine Verlustkapazität bekannt zu geben bereit ist, nicht aber die Details seiner konkreten Einkommens- oder Vermögenssituation. Im Rahmen der Eignungsprüfung und im Zusammenhang mit der finanziellen Situation kommt es auch nicht darauf an, wie hoch die einzelnen Komponenten seines Vermögens sind, sondern lediglich wie sich die Verlustkapazität des Kunden darstellt (d.h. die Frage, welche finanziellen Risiken, die aus seinen Investments resultieren können, der Kunde verkraften kann). In solchen Fällen sollte es für die Zwecke der Eignungsprüfung ausreichend sein, wenn der Kunde eine Art Nettosicht seiner Vermögenssituation darstellt, sofern er vom Finanzdienstleister bzw. Kundenberater derart angeleitet wird, dass er/sie die Verlustkapazität selbst berechnen bzw. angeben kann. Damit können Diskretionsbedürfnisse des Kunden berücksichtigt werden, ohne dass sich dabei die ihm zur Verfügung stehende Dienstleistungspalette reduziert. Massgebend ist letztlich, dass die Vermögenssituation erhoben wird. Wie dies im Einzelnen geschieht, ist aus Kundenschutz-Sicht nicht relevant,

sofern sichergestellt ist (z.B. auch mittels Anleitung des Kundenberaters), dass es korrekt erfolgt. Zusammenfassend kann deshalb von der Erhebung nominaler Werte abgesehen werden, wenn der Kunde in der Lage ist oder in die Lage versetzt wird, seine Verlustkapazität selber zu berechnen. **Wir bitten darum, diese Präzisierung entsprechend in den Erläuterungsbericht aufzunehmen.**

Die Risikofähigkeit in Art. 17 Abs. 2 E-FIDLEV ist thematisch am falschen Ort. Bei der Erhebung der Anlageziele wird gerade nicht mehr die finanzielle Situation berücksichtigt, sondern die anderen genannten Elemente wie Zeithorizont oder allfällige Anlagebeschränkungen. Die Risikofähigkeit gehört thematisch zu Art. 17 Abs. 1 E-FIDLEV.

Das Kriterium der Anhaltspunkte in Art. 17 Abs. 3 E-FIDLEV ist nicht klar und kann zu beidseitigen Beweisproblemen führen. Der Begriff benötigt einer Präzisierung, damit sich Kunden und Finanzdienstleister entsprechend vorbereiten können.

#### *Art. 17 E-FIDLEV*

<sup>1</sup> Für die Erhebung Feststellung der finanziellen Verhältnisse bzw. der Risikofähigkeit der Kundin oder des Kunden berücksichtigt prüft der Finanzdienstleister unter anderem die Herkunft und Höhe des regelmässigen Einkommens, deren oder dessen Vermögen sowie deren oder dessen aktuelle und künftige finanzielle Verpflichtungen

<sup>2</sup> Für die Erhebung der Anlageziele (...) deren oder dessen Risikofähigkeit und Risikobereitschaft sowie allfällige Anlagebeschränkungen.

<sup>3</sup> Er darf sich auf die Angaben der Kundin oder des Kunden verlassen, soweit nicht Anhaltspunkte in Form von widersprüchlichen Kundenangaben oder weiteren Umständen, die dem Finanzdienstleister nachweislich vorlagen bestehen, dass sie nicht den Tatsachen entsprechen.

#### **Art. 18 E-FIDLEV**

Die Frist zur Rechenschaftsablage ergibt sich aus dem Herausgabeanspruch nach Art. 72 ff. FIDLEG, welcher zivilrechtlich einen Anspruch auf Rechenschaftsablage darstellt (Gegenstand bilden Kopien und nicht Originale). So wird sich der Finanzdienstleister ohnehin auf eine Weise organisieren müssen, dass er innert 30 Tagen Rechenschaft ablegen kann. Finanzdienstleister, welche GDPR (und im Übrigen auch DSG) umgesetzt haben, gewährleisten diese 30-Tage-Frist ohnehin bereits heute. Eine Organisationsanforderung hinsichtlich der Bereitstellung der Dokumentation innert drei Arbeitstagen erachten wir vor diesem Hintergrund als unnötig und im Übrigen erst recht als unrealistisch kurz – es müsste mindestens eine Frist von 10 Tagen gelten.

#### *Art. 18 E-FIDLEV*

Der Finanzdienstleister muss die Dokumentation so ausgestalten, dass er in der Lage ist, gegenüber den Kundinnen und Kunden in der Regel innert dreier zehner Arbeitstagen Rechenschaft über die erbrachten Dienstleistungen abzulegen.

#### **Art. 19 FIDLEV**

Finanzdienstleister haben gemäss Art. 16 FIDLEG Rechenschaft abzulegen, u.a. über die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios. Im Erläuterungsbericht

(vgl. S. 19 oben) wird zwar erklärt, dass die blossе Depotführung keine «Vermögensverwaltung» gem. Art. 3 Bst. c FIDLEG darstellt. Es wird hier jedoch nichts in Bezug auf die Depotführung erwähnt, wenn keine Vermögensverwaltung vorliegt. Der Portfoliobegriff ist sodann nicht definiert und kann nicht mit dem Begriff Depot gleichgesetzt werden.

Der Verordnungsentwurf konkretisiert, dass die Rechenschaft über die Entwicklung des Portfolios bei der Verwaltung von Kundenvermögen (Art. 19 Abs. 1 Bst. b) und des Portfolios bei der Verwaltung von Kundendepots (Art. 19 Abs. 1 Bst. c) abzulegen ist. Die Pflicht zur Rechenschaft im Sinne eines «Portfolioreports» (Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung) in Bezug auf die Vermögensverwaltung ist für uns nachvollziehbar, jedoch nicht die Rechenschaft über die Entwicklung bei der reinen Aufbewahrung und Verwaltung von Depotwerten, insbesondere, wenn die Bestände auf Initiative respektive alleiniges Verlangen der Kunden und ohne Beratung des Finanzdienstleisters gekauft respektive verkauft werden. Hier wäre, wenn schon, eine Übersicht angebracht. Dies wird im Erläuterungsbericht zum E-FIDLEG (vgl. S 48 oben) denn auch so klar erwähnt (*«Finanzdienstleister, die für ihre Kundinnen und Kunden Finanzinstrumente halten, müssen diesen periodisch eine «Übersicht» der für sie verwahrten Titel zustellen.»*). Dieser Umstand ist unseres Erachtens auf Verordnungsstufe bereits mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a E-FIDLEV abgedeckt. Der Begriff Übersicht von Titeln geht sodann weniger weit als die Entwicklung eines Portfolios.

Erschwerend ist die Interpretation von Art. 19 E-FIDLEV zudem, weil mehrere unbestimmte Begriffe benutzt werden, wie «Aufträge», «Portfolio», «Verwaltung von Kundenvermögen» und «Verwaltung von Kundendepots». Es darf nicht sein, dass durch die öffentlich-rechtlichen Rechenschaftspflichten und/oder unklare Begriffe die Institute verpflichtet werden, Dienstleistungen anzubieten, die heute privatrechtlicher Natur sind und über die hier geltenden Dokumentations- und Rechenschaftspflichten hinausgehen (inkl. bei der Anlageberatung). Hier entsteht auch ein Haftungsrisiko der Bank, wenn sie zum Beispiel Titel im Portfolio bewerten «muss», die sie gar nicht empfohlen oder von denen sie sogar abgeraten hat. Unsinnig wäre auch, wenn die Ausführungsbestimmungen nur auf einen Teil des Portfolios anwendbar wären (zum Beispiel nur Beratung mit Portfoliobezug, jedoch nicht Beratung ohne Portfoliobezug oder «execution only»).

**Aus oben genannten Gründen sind wir der Meinung, dass Art. 19 Abs. 1 Bst. c E-FIDLEV ersatzlos gestrichen werden muss.**

### **Art. 23 E-FIDLEV**

Es bedarf hier einer Ergänzung, dass es sich bei den unabhängigen Vermögensverwaltern im Rahmen des Bezugs Dritter um nach Finanzinstitutsgesetz (FINIG) beaufsichtigte Institute handelt und die Banken (Depotbanken) nicht verpflichtet sind, diese eingehend zu instruieren und zu kontrollieren. Wir schlagen folgende Ergänzung vor:

*Art. 23 Abs. 2 Bst. c E-FIDLEV*

Gemäss Art. 2 FINIG beaufsichtigte Finanzinstitute sind von der Depotbank weder eingehend zu instruieren noch zu beaufsichtigen.

### Art. 27 E-FIDLEV

Durch die Einschränkung auf einen «wirtschaftlichen Grund» und die Weglassung der Signalbegriffe «Spesenschinderei» bzw. «Churning» wird Bst. a in Art. 27 E-FIDLEV missverständlich. Diese Begriffe müssten deshalb ergänzt werden.

#### Art. 27 E-FIDLEV

Die folgenden Verhaltensweisen sind in jedem Fall unzulässig:

a. das Umschichten von Depots der Kundinnen und Kunden ohne einen im Kundeninteresse liegenden wirtschaftlichen Grund (**Spesenschinderei; Churning**);

### Art. 28 E-FIDLEV

Es ist unklar, was mit der Vorgabe, wonach Interessenkonflikte, die «aufgetreten sind», genau gemeint ist. Gemäss Wortlaut dieser Bestimmung könnte der Eindruck entstehen, dass verlangt wird, dass ein Inventar erstellt wird, in welchem alle konkret aufgetretenen Interessenkonflikte aufgelistet werden müssten. Dies könnte praktisch so nicht umgesetzt werden. Es bleibt aber unklar, inwiefern konkrete Interessenkonflikte aufgeführt werden müssen. Aus unserer Sicht ist eine aktuelle Risikoanalyse, die ja auf Fällen aus der Vergangenheit beruht, ausreichend.

#### Art. 28 E-FIDLEV

Finanzdienstleister müssen dokumentieren, bei welchen ihrer Finanzdienstleistungen Interessenkonflikte **aufgetreten sind oder** auftreten können.

### Art. 29 E-FIDLEV

Aus Gründen von Klarheit und Rechtssicherheit, namentlich auch mit Blick auf die strafrechtliche Komponente einer Verletzung von Art. 26 FIDLEG, ist im Erläuterungsbericht klarzustellen, welche Konstellationen nicht in Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen stehen und demzufolge sachlogisch von vornherein von Art. 26 FIDLEG gar nicht erfasst sind. Dies betrifft insbesondere Entschädigungen durch Dritte:

- a) für Dienstleistungen und andere Arbeiten, welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen erst ermöglichen;
- b) für Dienstleistungen und andere Arbeiten, welche für Dritte erbracht werden;
- c) für Dienstleistungen und andere Arbeiten, welche aus rechtlichen oder regulatorischen Gründen nicht wegbedungen werden.

Zur Schaffung zusätzlicher Rechtssicherheit ist im neuen Abs. 3 und 4 von Art. 29 E-FIDLEV möglichst eindeutig die Behandlung eigener Kosten sowie marktkonformer Entschädigungen darzustellen. Diese Ausnahmen entsprechen der inzwischen etablierten Lehre und Praxis (inkl. Bundesgerichtspraxis) zum Thema. Dies rechtfertigt die Aufnahme in den Verordnungstext.

Überdies ist, um einen unsachlichen ausufernden Anwendungsbereich von Art. 26 FIDLEG zu verhindern, in einem zusätzlichen neuen Abs. 5 von Art. 29 E-FIDLEV eine möglichst klare



Grenze mit Bezug auf den Begriff «sonstige vermögenswerte Vorteile» im Sinne von Art. 26 Abs. 3 am Ende FIDLEG zu setzen. Sachlogisch erfasst sind nur «direkt monetäre Vorteile» mit konkretem Marktwert ausserhalb üblicher Alltagshandlungen. Die im Erläuterungsbericht genannten Beispiele (vgl. Erläuterungsbericht, S. 31) sind diesbezüglich zu offen. Namentlich besteht das Risiko, dass damit sogar gutgemeinte übliche Zuwendungen und Gelegenheitsgeschenke erfasst werden. Letztere sind bereits Thema unter Korruptions-Aspekten und sollten nicht zusätzlich auch unter FIDLEG geregelt werden, zumal mit anderen Rechtsfolgen. Wir schlagen deshalb vor, den Grundsatz, dass nur direkt monetäre Vorteile erfasst sind, ausdrücklich als neuen Abs. 5 in die Verordnung aufzunehmen und diesen Grundsatz im Erläuterungsbericht wie folgt noch zu präzisieren: «*Als sonstige vermögenswerte Vorteile i.S.v. Art. 26 Abs. 3 a.E. FIDLEG gelten solche, welche bei Dritten direkt monetäre Vorteile in Form einer Geldzahlung generieren. Keine direkt-monetäre Vorteile sind demgegenüber namentlich solche, bei welchen der Dritte lediglich Auslagen einspart. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass er zum Essen eingeladen wird oder ein anderes übliches Gelegenheitsgeschenk erhält*».

#### Art. 29 E-FIDLEV

<sup>3</sup> Dienstleistungen und andere Arbeiten, welche marktkonform vergütet wurden, beinhalten keinen weitergabepflichtigen Entschädigungsteil.

<sup>4</sup> Kosten des Finanzdienstleisters, welche im Zusammenhang mit durch Entschädigungen abgegoltene Dienstleistungen und andere Arbeiten für Dritte anfallen, können bei der Ermittlung und Weitergabe der Entschädigungen effektiv oder pauschal in Abzug gebracht werden.

<sup>5</sup> Als sonstige vermögenswerte Vorteile im Sinne von Art. 26 Abs. 3 des Gesetzes gelten nur solche, welche bei Dritten direkt-monetäre Vorteile generieren.

#### Art. 30 E-FIDLEV

Die Bestimmung von Art. 27 FIDLEG bzw. Art. 30 E-FIDLEV wird im Erläuterungsbericht problematischerweise auf «familiär oder sonstwie nahestehende Personen» ausgedehnt (vgl. S. 31). Dies ist aus Gründen von Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit kritisch und kann andererseits von den betroffenen Finanzdienstleistern kaum vernünftig umgesetzt werden. **Die Formulierung im Erläuterungsbericht (S 31) ist demzufolge im Sinne der Ausführungen wie folgt einzugrenzen: «Selbstverständlich erfasst diese Verordnungsbestimmung nur jene Finanzdienstleister, bei denen Personen der genannten Art auch tatsächlich tätig sind. Ebenso ist klar, dass die Bestimmung nicht nur den Mitarbeiter selber anvisiert, sondern auch eine ihm familiär oder sonstwie nahestehende Person. Wäre dem nicht so, könnte die Regelung leicht umgangen werden.»**

#### Art. 43 E-FIDLEV

Der Hinweis in Art. 43 Abs. 1 E-FIDLEV auf Art. 40 bis 46 FIDLEG kann gestrichen werden. Bei einem nach ausländischen Rechtsvorschriften erstellten und automatisch anerkannten Prospekt, werden die Anforderungen nach Art. 40 bis 46 FIDLEG nicht erfüllt resp. es wird gar nie geprüft, ob sie erfüllt werden.

In Art. 43 Abs. 1 Bst. c E-FIDLEV ist zudem der Verweis falsch. Es sollte auf Art. 54 Abs. 2 FIDLEG verwiesen werden. Art. 54 Abs. 3 FIDLEG regelt die Erstellung und Publikation der Länderliste. Die automatische Anerkennung dagegen ist Gegenstand von Art. 54 Abs. 2 FIDLEG.

#### *Art. 43 E-FIDLEV*

<sup>1</sup> Als Prospekt im Sinne des Artikels 35 FIDLEG gilt ein Dokument, das die folgende Anforderungen ~~nach den Artikeln 40–46 FIDLEG~~ erfüllt ~~und~~:

#### **Art. 84 E-FIDLEV**

In Art. 84 E-FIDLEV Kenntnisse des Finanzmarktes zu verlangen ist sachlogisch weder nötig noch sinnvoll. Zumeist werden es IT-Firmen und nicht Finanzdienstleister sein, an welche die Erstellung des Basisinformationsblattes ausgelagert wird. Dies umso mehr, als der Ersteller gemäss Art. 58 Abs. 3 FIDLEG für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben verantwortlich bleibt. Fachgerechte Kenntnisse sind deshalb sinnvoll, der Zusatz «des Finanzmarkts und von dessen rechtlichen Grundlagen» ist folgerichtig ersatzlos zu streichen.

#### *Art. 84 E-FIDLEV*

<sup>1</sup> Als qualifizierte Dritte gelten Personen, die aufgrund ihrer Kenntnisse ~~des Finanzmarkts und von dessen rechtlichen Grundlagen~~ eine fachgerechte Erstellung des Basisinformationsblattes gewährleisten können

#### **Art. 85 E-FIDLEV**

Dieser Artikel verlangt, dass indikative Angaben in einem Basisinformationsblatt nicht nur kenntlich gemacht werden müssen, sondern darüber hinaus Kunden darauf hinzuweisen sind. Diese Regelung birgt nicht unerhebliche Unsicherheiten. Unklar ist, wie ein «Hinweisen» auszusehen hat und wer Adressat dieser Verpflichtung ist. Vor dem Hintergrund, dass es ausreicht, ein Basisinformationsblatt über eine Webseite zur Verfügung zu stellen und keine Prüfpflicht besteht, ob der Kunde das Basisinformationsblatt tatsächlich liest, erscheint diese Regelung als zu weitgehend. Es sollte ausreichen, dass das Basisinformationsblatt selbst die indikativen Angaben deutlich kenntlich macht.

#### *Art. 85 E-FIDLEV*

Enthält ein Basisinformationsblatt indikative Angaben, so sind ~~die Privatkundinnen und—kunden darauf hinzuweisen.~~ diese Angaben müssen als solche erkennbar sein kenntlich zu machen.

#### **Art. 86 E-FIDLEV**

Der Zusatz gilt als Klarstellung zu dem Erläuterungsbericht, der sowohl auf S. 59 erster Absatz wie auch auf S. 24 zweiter Abschnitt festhält, dass für OTC-Derivate kein Basisinformationsblatt zu erstellen ist. Da OTC-Derivate Kontrakte zwischen zwei Parteien darstellen, ist die Sinnhaftigkeit der Erstellung eines Basisinformationsblattes fraglich. Eine

Vergleichbarkeit zwischen den Finanzinstrumenten kann kaum hergestellt werden, da OTC-Derivate eben gerade individuell auf die konkreten Kundenbedürfnisse ausgestaltet werden. Trotzdem erachten wir eine Klarstellung aufgrund des offenen Gesetzeswortlauts auf Verordnungsstufe als wichtig und möchten diese nicht bloss im Erläuterungsbericht auffinden. Mit dem vorgeschlagenen Wortlaut würden wohl Warrants erfasst, OTC-Derivate hingegen wären sonst ausgeschlossen.

#### Art. 86 E-FIDLEV

<sup>2</sup> Als Forderungspapiere mit derivativem Charakter gelten Derivate und Forderungspapiere, deren Auszahlungsprofil wie dasjenige eines Derivats nach Artikel 2 Buchstabe c des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes vom 19. Juni 2015 strukturiert ist. Sofern Derivate nicht als Effekten qualifizieren, muss für diese kein Basisinformationsblatt erstellt werden.

#### Art. 95 E-FIDLEV

In Art. 95 Abs. 3 E-FIDLEV wird der Werbebegriff zu weit formuliert. Die bewusste Abstufung der Begriffe Werbung und Angebot wird völlig ignoriert, indem Werbung und Angebot in einem Atemzug genannt und weitreichende Einschränkungen daran geknüpft werden. So werden die in Art. 3 E-FIDLEV definierten Begriffe bereits in Art. 95 Abs. 3 E-FIDLEV wieder vermengt.

Die Abgrenzung zwischen Angebot und Werbung ist möglichst trennscharf zu formulieren. Die Aufzählung in Art. 95 Abs. 3 E-FIDLEV kann der Natur der Sache nach aber gleichwohl nur beispielhaft sein. Dies ist in der Einleitung von Abs. 2 mit der Ergänzung «namentlich» evident zu halten. Umso mehr ist deshalb diese Aufzählung mit weiteren griffig formulierten und dadurch klärenden Beispielen zu ergänzen. In der Aufzählung von Art. 95 Abs. 2 E-FIDLEV fehlen namentlich Basisinformationsblatt, Prospekt und Finanzanalysen (Research). Gerade solche Beispiele fördern auch das Verständnis für die Systematik des FIDLEG und für das Zusammenspiel zwischen den neu geschaffenen Schlüsselbegriffen.

Darüber hinaus vermischt der Artikel Angebot und Werbung in restriktiver Weise, was nicht von Art. 68 FIDLEG abgedeckt ist. Namentlich ist der Verweis auf FINMA-RS 2013/9 Vertrieb kollektiver Anlagen unzulässig. Mit dem FIDLEG als neuem Querschnittsgesetz wurden ganz bewusst Abweichungen zum Recht der kollektiven Kapitalanlagen eingeführt – ein Verweis auf ein ab dem 1. Januar 2020 gar nicht mehr anwendbares FINMA RS 2013/9, schafft deshalb nur Rechtsunsicherheit. Ausserdem steigt dadurch das Risiko, dass der Werbebegriff künftig immer ausufernder ausgelegt wird. Es ist nicht zulässig, eine altrechtliche Einschränkung aus der Regelungswelt für kollektive Kapitalanlagen *generell* auf sämtliche Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen anwenden zu wollen. Dies widerspricht dem Gesetz und dem klar zum Ausdruck gebrachten Willen des Parlaments zu einer Liberalisierung durch Streichung des Begriffs «Vertrieb» und Abstellen auf die «persönliche Empfehlung zum Erwerb oder Verkauf eines Finanzinstruments» beim «Point of Sale» anstelle des «Angebots». Diese Liberalisierung und Vereinfachung macht auch nicht vor dem Bereich der kollektiven Kapitalanlagen halt und gilt auch für diesen.

Der Vorschlag widerspricht insbesondere der Regelung in Art. 8 und 9 FIDLEG, welche nicht an den Begriff des Angebots anknüpfen, sondern an die persönliche Empfehlung in Bezug auf ein Finanzinstrument/Finanzdienstleistung. Erst diese löst die entsprechenden Pflichten gegenüber der einzelnen Kundin bzw. dem einzelnen Kunden aus. Solange *nur* eine Werbehandlung vorliegt, ohne dass diese zugleich auch den Tatbestand einer persönlichen

Empfehlung erfüllt, darf nicht bereits gefordert werden, dass sie z.B. dem Kundenprofil entspricht oder dass sämtliche Genehmigungen bereits vorliegen müssten. Die Pflicht zur Abstimmung mit dem Kundenprofil ergibt sich als regulatorische Pflicht erst bei der persönlichen Empfehlung, was einer Werbung offensichtlich zeitlich nachgelagert ist. Der Begriff «Kundenprofil» entspricht zudem nicht der in FIDLEG und E-FIDLEV durchgängig und einheitlich verwendeten Terminologie. Dies allein zeigt schon, dass Art. 95 Abs. 3 E-FIDLEV als unsachlicher Fremdkörper hineingerutscht ist. Die Pflicht zur Abstimmung mit dem «Kundenprofil» ergibt sich als regulatorische Pflicht erst bei der persönlichen Empfehlung, was einer Werbung offensichtlich zeitlich nachgelagert ist. Die Genehmigung, z.B. bei «Road Shows» für erst in Entstehung begriffene Finanzinstrumente («*testing the waters*»), wird naturgemäss immer fehlen. Auch hilft der Verweis auf das Wettbewerbsrecht (irreführende Werbung) nicht weiter. Jedenfalls gehört eine solche Regelung nicht ins FIDLEG und es ist nicht einzusehen, weshalb die Finanzbranche diesbezüglich zusätzlicher Regulierung bedarf. Art. 95 Abs. 3 E-FIDLEV steht auch mit seinem generellen «Verbot» gewisser Finanzinstrumente für bestimmte Anleger nicht nur dem liberalen Geist des FIDLEG, sondern auch einzelnen Gesetzesartikeln (z.B. Art. 68 und Art. 14 Abs. 2 FIDLEG) diametral entgegen. Im FIDLEG gibt es explizit keine «verbotenen» Produkte. Dementsprechend kann auch die Werbung für ein bestimmtes Produkt nicht irreführend sein. Die entsprechenden Ausführungen im Erläuterungsbericht gehen hier fehl (vgl. S. 62). Auch kann rein praktisch kaum mit 100% Sicherheit gesteuert werden, wer welche Werbung zu Gesicht bekommt und wer nicht.

Bei kollektiven Kapitalanlagen wird die Genehmigung, z.B. bei Road Shows für erst in Entstehung begriffene Finanzinstrumente («*testing the waters*»), naturgemäss immer fehlen. Die Anforderungen nach Art. 68 FIDLEG (Werbung muss klar erkennbar sein, sie muss auf Prospekt/BIB verweisen und mit jenen Unterlagen übereinstimmen) sind unseres Erachtens daher ausreichend.

Zudem kann vom Fehlen einer Genehmigung nicht auf ein Verkaufsverbot geschlossen werden. Art. 68 FIDLEG lässt eine solche Ausweitung nicht zu. Im Gegenteil: Wie sich aus der Gesetzesberatung erhellt, hat der Gesetzgeber stets und klar deutlich gemacht, dass er keine Einschränkungen des Produkteangebots und besonders keine indirekten Verkaufsverbote will. Die informierte Anlegerin bzw. der informierte Anleger soll selber entscheiden können, welche Finanzinstrumente sie oder er erwerben will. Jede Kundin bzw. jeder Kunde kann in Eigenverantwortung, das heisst über «*execution only*», ein Finanzinstrument erwerben, auch einen Anteil an einer nicht bewilligten ausländischen kollektiven Kapitalanlage.

Der Gesetzgeber hat Letzteres mit der Formulierung in Art. 8 Absatz 4 FIDLEG auch in Bezug auf «*execution only*»-Transaktionen besonders deutlich gemacht. Absatz 3 in Art. 95 E-FIDLEV ist deshalb ersatzlos zu streichen.

Art. 95 Abs. 2 E-FIDLEV

<sup>2</sup> Für sich alleine nicht als Werbung gelten namentlich:

(...)

e. Basisinformationsblätter;

f. Prospekte;

g. Finanzanalysen (Research).

~~<sup>3</sup> Werbung und Angebote für ein Finanzinstrument, das den beworbenen Kundinnen und Kunden nicht verkauft werden darf, etwa weil die notwendige Genehmigung des Finanzinstruments fehlt oder aufgrund des Kundenprofils, sind nicht zulässig. Entsprechende Angebotsunterlagen und Werbedokumente dürfen diesen Kunden weder abgegeben noch für sie einsehbar sein~~

## **Art. 97 E-FIDLEV**

In Art. 97 E-FIDLEV ist deutlich zu machen, dass nur «Dokumente» gemeint sind und auch nur solche in Zusammenhang mit FIDLEG unterstellten Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen (angedeutet, aber zu wenig präzise im Erläuterungsbericht, S. 97 unten). Demgegenüber erfasst Auskunftsanspruch unter DSGVO nur «Daten». Erst aus dem Zusammenspiel der beiden Rechtsmaterien entsteht eine klare, sich ergänzende Abgrenzung, welche auch kumulativ nur bestimmte, aber keineswegs sämtliche Daten und Dokumente der betreffenden Bank erfasst. Ohne diese Abgrenzung entstehen Überschneidungen, welche zu Unklarheiten und faktischem Mehraufwand führen, z.B. dadurch, dass zur Vermeidung von Rechtsrisiken sowohl unter FIDLEG als auch unter DSGVO «alles» herausgegeben werden muss und damit im Ergebnis ein Mehrfaches der effektiven sachlich ausgewiesenen Ansprüche. Diese Regelung ist mit einem neuen Abs. 3 von Art. 97 E-FIDLEV zu etablieren.

Die in Art. 73 FIDLEG vorgesehene Frist von 30 Tagen entspricht derjenigen gemäss DSGVO. Damit wird auch durch Koordination der Herausgabefristen ein in sich koordiniertes Gesamtsystem realisiert.

Gemäss Art. 20 FIDLEG finden die Bestimmungen zu den Verhaltensregeln auf institutionelle Kunden keine Anwendung und professionelle Kunden können ausdrücklich darauf verzichten. Beim Herausgabeanspruch handelt es sich lediglich um eine notwendige, mit den Verhaltensregeln wie namentlich Dokumentationspflicht verbundene Rechtsfolge, mithin um einen Anspruch zur Durchsetzung von Verhaltensregeln. Demzufolge ist es systemkonform, im Bereich der Herausgabe von Dokumenten die Regelung von Art. 20 FIDLEG ebenfalls – in Form eines neuen Abs. 4 zu Art. 97 E-FIDLEV – zur Anwendung zu bringen.

### *Art. 97 E-FIDLEV*

<sup>3</sup> Die Dokumentation erfasst die wesentlichen Dokumente, nämlich Verträge, Gesprächsnotizen und Abrechnungen, in Zusammenhang mit den dem Gesetz unterstellten Finanzinstrumenten und Finanzdienstleistungen.

<sup>4</sup> Für institutionelle Kunden finden die Bestimmungen dieses Titels keine Anwendung. Professionelle Kunden können ausdrücklich darauf verzichten.

## **Art. 103 ff. E-FIDLEV**

Bei allen Themen mit Übergangsfrist besteht sodann das Bedürfnis von massengeschäfts-tauglichen IT-Lösungen. Die verschiedenen Themen, wie z.B. Kundensegmentierung oder Verhaltenspflichten, sind voneinander abhängig und müssen als ein in sich stimmiges Gesamtkonzept realisiert werden. Nur schon umfassende Analysen können erst detailliert und finalisiert werden, wenn alle Teile final festgelegt sind. Erst danach können die notwendigen Folgeschritte wie Konzepte, Budgets, Detailprozesse und dazugehörige IT-

Prozesse festgelegt werden. All dies wird die notwendige Basis sein, um mit der eigentlichen Umsetzung bzw. Realisierung zu beginnen und diese, einmal realisiert, noch im Detail auszutesten. Deshalb müssen alle Übergangsfristen auch eine einheitliche Länge von zwei Jahren ab Vorliegen der definitiven Verordnungstexte erhalten. Der definitive Wortlaut von E-FIDLEV wird erst im Oktober 2019 vorliegen. Demzufolge sind die derzeit noch auf 1 Jahr begrenzten Übergangsfristen einheitlich auf 2 Jahre zu verlängern.

Sämtliche Übergangsfristen, welche auf ein Jahr lauten, sollten auf zwei Jahre ausgedehnt werden (Art. 103 – 106, 108, 110 E-FIDLEV).

### **Art. 110 E-FIDLEV**

Die Bestimmung von Art. 5 Abs. 2 KAG, auf welche hier verwiesen wird, ist gemäss FIDLEG aufgehoben, der Verweis geht daher ins Leere. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 KAG sollte daher als Übergangsbestimmung in Abs. 1 explizit aufgeführt werden. Hebelprodukte wie z.B. Warrants oder Mini-Futures fallen unter Abs. 2 dieser Bestimmung, da es sich nicht um strukturierte Produkte im Sinne des Gesetzes handelt.

#### *Art. 110 E-FIDLEV:*

<sup>1</sup> Für strukturierte Produkte nach Artikel 3 Buchstabe a Ziffer 4 FIDLEG kann während eines Jahres nach Inkrafttreten des FIDLEG anstelle eines Basisinformationsblatts nach Anhang 9 ein vereinfachter Prospekt nach Artikel 5 Absatz 2 des Kollektivanlagegesetzes vom 23. Juni 2006 in der Fassung vom 1. März 2013 erstellt und veröffentlicht werden ein Dokument erstellt werden, das gemäss einem genormten Schema Aufschluss gibt über:

- a. über die wesentlichen Merkmale des strukturierten Produkts (Eckdaten), dessen Gewinn und Verlustaussichten, sowie die bedeutenden Risiken für die Anlegerinnen und Anleger; sowie
- b. darüber, dass das strukturierte Produkt weder eine kollektive Kapitalanlage ist noch der Bewilligung der FINMA untersteht.

### **Anhänge zum FIDLEV**

#### **Generelle Kritik und allgemeine Überlegungen zu den Anhängen**

Mit dem Basisinformationsblatt soll die Kundin oder der Kunde eine übersichtliche und für ihn unter dem Gesichtspunkt «Privatkunde» (d.h. in Finanzanlagen keine besondere Erfahrung und nicht vermögend im Sinne von Art. 5 Abs. 2 FIDLEG) leicht verständliche Darstellung der wesentlichen Angaben zu einem Finanzinstrument erhalten. Ein solches Key Investor Information Document (KIID) muss als «Beipackzettel» kurz und übersichtlich sein («management summary» for private investors). Ausserdem soll der Anlagekunde die Informationen nachvollziehen können und das BIB bzw. KIID auch tatsächlich durchlesen. Bei der Durchsicht der zahlreichen zur FIDLEV gehörenden Anhänge 9-13 und den dazu formulierten Anforderungen verstärkt sich der Eindruck, dass dieses Ziel aus den Augen verloren ging. Die Zahl der Anhänge und die darin im Einzelnen festgelegten Anforderungen sprengen den Rahmen einer klassischen Verordnung. Die Umsetzung dieser Anhänge ist wirtschaftlich nicht verhältnismässig und auch für die Kundin oder den Kunden nicht zielführend.

Die Mustervorlage für das BIB richtet sich im Grundsatz nach Anhang 9. Bei den einzelnen Anforderungen verweist dieser auf weitere Anhänge (hier 10, 11, 12 und 13). Allein die Umsetzung dieser jeweiligen Anforderungen sprengt jeglichen Rahmen für ein vernünftiges leserfreundliches und verständliches BIB. Die Informationen für den Anlagekunden müssen erfahrungsgemäss auf das notwendige Minimum reduziert werden (vgl. Beipackzettel bei medizinischen Präparaten, die kaum von einem Käufer bzw. Patienten gelesen werden, obwohl hier der Schutz der Gesundheit des Anwenders als höheres Rechtsgut im Vordergrund steht).

## **Anhang 5**

Der Anwendungsbereich ist hier unklar. Investmentgesellschaften (nach schweizerischem und nach ausländischem Recht) unterstehen grundsätzlich dem KAG, ausser wenn sie an einer Schweizer Börse kotiert sind oder nur qualifizierte Anleger Aktionäre der Gesellschaft sind (Art. 2 Abs. 3 KAG). Aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen geht nicht hervor, dass diese Regelung mit Einführung von FIDLEG geändert werden soll. Entsprechend sollte in Anhang 5 vor Ziff. 1 klargestellt werden, dass das Schema nur für Gesellschaften nach Schweizer Recht, welche an einer Schweizer Börse kotiert sind (oder werden), gilt. Für alle anderen Investmentgesellschaften gelten die Bestimmungen des KAG resp. die für kollektive Kapitalanlagen geltenden Bestimmungen des FIDLEG.

## **Anhang 9**

### **BIB (Art. 80 ff. E-FIDLEV)**

Zwar eröffnet das Zusammenspiel von Art. 88-90 mit den Anhängen 9-13 FIDLEG infolge prinzipienbasierter Formulierung eine gewisse Flexibilität bei der BIB-Erstellung. So kann z.B. bei gewissen Anforderungen auf tabellarische oder grafische Darstellungen verzichtet und stattdessen – weniger weitgehend als gemäss EU-PRiIPs – ausschliesslich ein Wortbeschrieb gewählt werden. Gemäss Ingress zum Anhang 9 von E-FIDLEV darf ein BIB allerdings in gedruckter Form insgesamt nicht mehr als drei DIN-A4 Seiten umfassen. Dies korrespondiert mit Art. 60 FIDLEG und den Ausführungen in der Botschaft, wonach das BIB eine leicht verständliche Kurzdarstellung der wesentlichen Angaben bezweckt, welche vom Anleger – im Gegensatz zu komplexen Prospekten – tatsächlich gelesen, verstanden und genutzt werden kann (Botschaft FIDLEG/FINIG, S. 19, 79 f. und 83). Zu diesem Zweck soll die bewährte bestehende Regelung für kollektive Kapitalanlagen (Art. 76 Abs. 1 KAG) übernommen werden (Botschaft FIDLEG/FINIG, S. 80). Die Realisierung dieses Ansatzes ist bei einfacheren Finanzinstrumenten möglich, weil verschiedene Vorgaben nicht zum Tragen kommen. Mit zunehmender Komplexität eines Finanzinstruments kann es aber sein, dass das stichwortartige Raster von Vorgaben in den Anhängen 9-13 von gesamthaft rund 8 Seiten die Erstellung eines BIB von maximal 3 Seiten objektiv verhindert.

Ein BIB von maximal 3 Seiten kann in dem Fall nur realisiert werden, wenn die Anhänge 9-13 konstruktiv wie folgt ausgelegt werden: Die Anforderungen gemäss Anhängen 9-13 E-FIDLEV haben optionalen Charakter. In ein BIB einfließen muss nur eine sinnvolle auf das jeweilige Finanzinstrument adaptierte Auswahl sämtlicher Vorgaben. Diese wichtige Regel muss aus Gründen von Klarheit und Rechtssicherheit beim Ingress von Anhang 9 E-FIDLEV ausdrücklich aufgeführt werden. Andernfalls wäre ein Finanzdienstleister in Zusammenhang mit der Erstellung von BIBs in jedem einzelnen Fall mit erheblichen Haftungsrisiken gemäss

Art. 69 FIDLEG belastet. Anhang 9 ist entsprechend wie folgt zu ergänzen:

#### *Anhang 9*

Die Anforderungen gemäss Anhängen 9-13 E-FIDLEV haben optionalen Charakter. In ein BIB einfließen muss nur eine sinnvolle, auf das jeweilige Finanzinstrument adaptierte Auswahl sämtlicher Vorgaben.

#### **Anhang 10**

Im Anhang 10 ist in Kapitel 3 festgehalten, dass im Basisinformationsblatt optional eine Zielgruppe und ein Zielmarkt festgehalten werden kann insbesondere was das Anlageziel, die Kenntnisse und/oder Erfahrungen und die Fähigkeit, Anlageverluste zu verkraften, und den Anlagehorizont betrifft. Im FIDLEG ist nirgends eine Regelung zu Zielgruppen und Zielmarkt festgehalten. Auch war dies in der Botschaft zum Gesetz und während der gesamten Beratung des Gesetzes nie ein Thema. **Die mögliche Erwähnung von Zielgruppen und Zielmärkten im BIB hat keine rechtliche Basis, führt zu rechtlicher Unsicherheit bezüglich den Pflichten des Finanzdienstleisters und sollte deshalb gestrichen werden.**

#### **Bankverordnung**

##### **Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV**

Die Bestimmung steht im Widerspruch zum FIDLEG. Nach Art. 59 FIDLEG i.V.m. Art. 86 Abs. 3 FIDLEG sind Anleihen keine Forderungspapiere mit derivativem Charakter und folgerichtig von der BIB-Pflicht ausgenommen. Es kann nicht sein, dass über den Umweg der BankV für Anleihen wieder eine Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts eingeführt wird. Falsch wäre aber auch, den Begriff «Basisinformationsblatt» entsprechend der Systematik von Art. 1156 OR einfach durch «Prospekt» zu ersetzen. Unter Art. 1156 OR geht es darum, die Offenlegung von Informationen sicherzustellen. Art. 1156 OR spricht nur deshalb von «Prospekt», weil eine solche Offenlegung von Informationen mangels anderer gesetzlich vorgesehener Möglichkeiten nur im Rahmen eines Prospektes möglich ist. Unter FIDLEG bestehen demgegenüber zahlreiche Ausnahmen quantitativer oder qualitativer Art von der Prospektpflicht (vgl. Art. 36 ff. FIDLEG). Es gibt demzufolge keine allgemeine Prospektpflicht, welche in jedem Fall die Offenlegung von Informationen sicherstellt. Diese Funktion übernehmen unter FIDLEG vielmehr die allgemeinen Informationspflichten (namentlich gemäss Art. 8 f. FIDLEG). Diese sind in jedem Fall unbeschadet einer BIB- oder Prospektpflicht zwingend zu erfüllen und müssen demzufolge in der neuen Fassung von Art. 5 Abs. 3 Bst b BankV unter FIDLEG-Regime nicht (mehr) ausdrücklich genannt werden.

Dieser Rechtslage unterstehen alle in Art. 5 Abs. 3 Bst b BankV genannten Finanzinstrumente, mithin über Anleiheobligationen hinaus auch alle vereinheitlichten und massenweise ausgegebenen Schuldverschreibungen oder nicht verkündeten Rechte mit gleicher Funktion («Wertrechte»). Alle diese Finanzinstrumente qualifizieren unter FIDLEG, soweit es sich nicht um Beteiligungspapiere handelt (Art. 3 Bst a Ziff. 1 FIDLEG), jedenfalls als Forderungspapiere. (Auch) Forderungspapiere unterstehen somit generell FIDLEG (Art. 3 Bst a Ziff. 2 FIDLEG). Dies ist richtig, weil der Anlagecharakter überwiegt.



Nach alledem ist es angemessen, Forderungspapiere generell von der Qualifikation als Einlage auszunehmen. Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV ist entsprechend anzupassen (d.h. der ganze Satz ist durch «Forderungsrechte nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a des Finanzdienstleistungsgesetzes vom 15. Juni 2018» zu ersetzen).

*Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV*

- b. ~~Anleiheobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubigerinnen und Gläubiger in einem Basisinformationsblatt nach dem Finanzdienstleistungsgesetz vom 15. Juni 2018 informiert werden;~~  
Forderungsrechte nach Art. 3 Bst. a des Finanzdienstleistungsgesetzes vom 15. Juni 2018

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen.

Für allfällige Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung unserer Stellungnahme, auch im Rahmen einer Sitzung, stehen wir und unsere Experten Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Kantonalbanken



Dr. Adrian Steiner

Vizedirektor, Leiter Public & Regulatory Affairs



Christian Leugger

Leiter Medien/PR &  
Veranstaltungen