

# FIDLEG/FINIG im Vergleich mit der EU-Regulierung: Grundriss und pragmatische Umsetzung

Bulletin 1/2020

Zürich, Januar 2020

## Management Summary

Das FIDLEG und FINIG betreffen die Erbringung von Finanzdienstleistungen, das Angebot von Finanzinstrumenten und die Bewilligung von Finanzinstituten. Im EU/EWR-Raum werden diese Themen hauptsächlich durch die MiFID II, PRIIP-Verordnung und Prospektverordnung abgedeckt. Dieses Bulletin vergleicht die Anforderungen in der Schweiz mit jenen im EU/EWR-Raum. Es wird aufgezeigt, wie die neuen Anforderungen pragmatisch umgesetzt werden können. Dabei müssen insbesondere geeignete interne Richtlinien erlassen und passende Standarddokumente erstellt werden.



Dr. Alois Rimle  
Rechtsanwalt, LL.M.

### Inhalt

#### **Neue Anforderungen und deren Umsetzung... 2**

Neue Anforderungen im Finanzbereich.....	2
Individuelle Umsetzung.....	3
Antizipative Umsetzung.....	3
Kombinierte Umsetzung.....	3
Ausstrahlung auf Privatrecht .....	4

#### **Erbringen von Finanzdienstleistungen ..... 4**

<i>Gesetzesnormen</i> .....	4
Sachlicher Geltungsbereich .....	4
Örtlicher Geltungsbereich .....	5
Kundensegmentierung .....	6
Kundeninformation .....	6
Prüfung von Eignung oder Angemessenheit .....	6
Kundendokumentation.....	7
Rechenschaft ablegen .....	8
Kundenberichterstattung .....	8
Best Execution .....	8
Organisatorische Massnahmen.....	8

Mitarbeitende .....	9
Kundenberater, Vermittler .....	9
Mitarbeitervergütung .....	10
Persönliche Geschäfte .....	10
Interessenkonflikte.....	11
Anreize .....	11
Outsourcing .....	12
Anschluss an Ombudsstelle .....	12
Bewilligungspflicht und Aufsicht.....	13
Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktion.....	13
Zivilrechtliche Haftung .....	13
<i>Pragmatische Umsetzung</i> .....	13
Unterstellungsanalyse .....	13
Interne Richtlinien und andere Massnahmen .....	14
Standard-Dokumente.....	14
Zeitliche Umsetzung.....	14
<b>Anbieten von Finanzinstrumenten ..... 14</b>	
<i>Gesetzesnormen</i> .....	14
Sachlicher Geltungsbereich.....	14

Örtlicher Geltungsbereich .....	15
Prospekt für öffentliches Effektenangebot .....	15
Prospekt für kollektive Kapitalanlagen .....	16
BIB für Privatkunden.....	16
Werbung für Finanzinstrumente .....	17
Anbieten von strukturierten Produkten .....	17
Bilden von internen Sondervermögen .....	17
Bewilligungspflicht und Aufsicht .....	17
Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen .....	18
Zivilrechtliche Haftung .....	18
<i>Pragmatische Umsetzung</i> .....	18
Produktdesign und -analyse.....	18
Prospekterstellung .....	18
Produktvertriebsweisung.....	19
Zeitliche Umsetzung .....	19
<b>Bewilligungspflichtige Finanzinstitute .....</b>	<b>19</b>
<i>Gesetzesnormen</i> .....	19
Sachlicher Geltungsbereich .....	19
Örtlicher Geltungsbereich .....	20
Bewilligungspflicht .....	20
Bewilligungsvoraussetzungen .....	21
Pflichten .....	21
Aufsicht .....	22
Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen .....	22
Verantwortlichkeit .....	22
<i>Pragmatische Umsetzung</i> .....	22
Neue Bewilligung oder Bewilligungsanpassung.....	22
Zeitliche Umsetzung .....	22
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>23</b>

## Neue Anforderungen und deren Umsetzung

### Neue Anforderungen im Finanzbereich

#### FIDLEG/FINIG:

Das neue Finanzdienstleistungsgesetz (das «FIDLEG») und das neue Finanzinstitutsgesetz (das «FINIG») sind samt dazugehöriger Verordnungen am 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Bei den Verordnungen handelt es sich um die Finanzdienstleistungsverordnung («FIDLEV»), die Finanzinstitutsverordnung («FINIV») und die Aufsichtsorganisationsverordnung («AOV»).

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

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

#### EU-Regulierung:

Die Regeln des FIDLEG orientieren sich inhaltlich an der EU-Regulierung, mit Anpassungen an die spezifischen schweizerischen Verhältnisse. Die EU-Regulierung umfasst drei Stufen: Die erste Stufe beinhaltet die allgemeinen Richtlinien und Verordnungen. Die zweite Stufe umfasst die Delegierten Verordnungen, Delegierten Richtlinien und technischen Standards. Und die dritte Stufe betrifft die Richtlinien sowie Fragen & Antworten. Schliesslich erlassen die Mitgliedsstaaten entsprechende Ausführungserlasse.

Folgende EU-Erlasse bilden die erste Stufe im Bereich der Finanzdienstleistungen und Finanzprodukte:

- *MiFID II*: Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente;
- *MiFIR*: Verordnung (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente;
- *PRIP-Verordnung*: Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP);
- *Prospektverordnung*: Verordnung (EU) 2017/1129 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel in einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist (ersetzt Richtlinie 2003/71/EG);
- *OGAW-Richtlinie*: Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), mit Anpassungen nach OGAW I - V.

Insbesondere die folgende Gesetzgebung bildet die zweite Stufe im Bereich der Finanzdienstleistungen und Finanzprodukte:

- *Delegierte Verordnung 565*: Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 zur Ergänzung der MiFID II in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit;
- *Delegierte Richtlinie 593*: Delegierte Richtlinie (EU) 2017/593 zur Ergänzung der MiFID II im Hinblick auf den Schutz der Finanzinstrumente und Gelder von Kunden, Produktüberwachungspflichten und Vorschriften für die Entrichtung

bzw. Gewährung oder Entgegennahme von Gebühren, Provisionen oder anderen monetären oder nicht-monetären Vorteilen;

- *Delegierte Verordnung 653*: Delegierte Verordnung (EU) 2017/653 zur Ergänzung der PRIIP-Verordnung durch technische Regulierungsstandards in Bezug auf die Darstellung, den Inhalt, die Überprüfung und die Überarbeitung dieser Basisinformationsblätter sowie die Bedingungen für die Erfüllung der Verpflichtung zu ihrer Bereitstellung.

### **Individuelle Umsetzung**

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

### **Antizipative Umsetzung**

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

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

Bei der Umsetzung von *aufsichtsrechtlichen Normen* geht es nicht unmittelbar darum, rechtswidriges Verhalten im Einzelfall (z.B. Finanzdienstleistungen

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

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

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

### **Kombinierte Umsetzung**

Ist eine Unternehmensgruppe, die Finanzdienstleistungen erbringt, neben der FIDLEG/FINIG zusätzlich auch der MiFID II unterstellt, weil sich ihre Kunden sowohl in der Schweiz als auch im EU/EWR-Raum befinden, stellt sich die Frage nach einer kombinierten Umsetzung. Es können allenfalls einzelner gruppenweite Standards umgesetzt werden, die über die lokalen Anforderungen in der Schweiz oder in einem EU/EWR-Mitgliedstaat hinausgehen.

Eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz muss im Verhältnis zu ihren Schweizer Kunden über eine angemessene Bewilligung nach FINIG verfügen und die FIDLEG-Anforderungen an die Erbringung von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten beachten. Hingegen kann sie an sich im EU/EWR-Raum nach Massgabe der MiFID II/MiFIR nur beschränkt bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen tätig werden (siehe nachfolgend unter örtlichem Geltungsbereich).

### Ausstrahlung auf Privatrecht

Im Fall des FIDLEG ist eine Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts auf das Privatrecht vorgesehen (Botschaft (FN 24), 8921). Der Zivilrichter in der Schweiz soll die aufsichtsrechtlichen Regelungen zur Konkretisierung von bestehenden privatrechtlichen Pflichten heranziehen können. Dabei können aber keine neuen zivilrechtlichen Pflichten begründet werden. Die vorhandenen aufsichts- und privatrechtlichen Regelungen bleiben unabhängig voneinander bestehen. Doch kann durch die Ausstrahlungswirkung im Bereich der Auslegung versucht werden, eine minimale Vereinheitlichung der Pflichten im Aufsichts- und Privatrecht zu erreichen.

Aus Sicht des Finanzdienstleisters hat diese Ausstrahlungswirkung des Aufsichts- auf das Privatrecht vor allem die Bedeutung, dass die aufsichtsrechtlichen Pflichten nicht nur aus aufsichtsrechtlichen, sondern auch aus privatrechtlichen Gründen umgesetzt werden sollten. Eine Nichtumsetzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten kann nicht nur aufsichtsrechtliche Massnahmen und in gewissen Fällen strafrechtliche Sanktionen zur Folge haben, sondern auch bei der Beurteilung von privatrechtlichen Schadenersatzansprüchen berücksichtigt werden.

## Erbringen von Finanzdienstleistungen

---

### Gesetzesnormen

### Sachlicher Geltungsbereich

#### FIDLEG:

Finanzdienstleister müssen zum Schutz der Kunden verschiedene Anforderungen erfüllen. Sie sind unabhängig von der Rechtsform dem FIDLEG unterstellt, soweit sie Finanzdienstleistungen erbringen (Art. 2

FIDLEG). Es stellt sich dabei die Frage, wer «*Finanzdienstleister*» und was «*Finanzdienstleistungen*» sind. Der entsprechende sachliche Geltungsbereich des FIDLEG ergibt sich im Wesentlichen aus den folgenden Begriffsdefinitionen, wobei verschiedene Ausnahmen vorgesehen sind (z.B. Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler, siehe Art. 2 FIDLEG):

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

#### MiFID II:

Die MiFID II gilt für Wertpapierfirmen, Marktbetreiber, Datenbereitstellungsdienste und Drittlandfirmen, die im EU/EWR-Raum durch die Errichtung einer Zweigniederlassung Wertpapierdienstleistungen erbringen oder Anlagetätigkeiten ausüben (Art. 1 Abs. 1 MiFID II). Der entsprechende sachliche Geltungsbereich der MiFID II ergibt sich im Wesentlichen aus den folgenden Begriffsdefinitionen, wobei verschie-

dene Ausnahmen vorgesehen sind (z.B. Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler, siehe Art. 2 MiFID II):

- *Wertpapierfirma* ist «jede juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmässig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausübt.» (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 MiFID II).
- *Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten* sind jene in Anhang 1 Abschnitt A genannten Dienstleistungen und Tätigkeiten, die sich auf eines der Instrumente in Anhang 1 Abschnitt C beziehen (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 MiFID II).
- *Drittlandfirma* ist «eine Firma, die ein Kreditinstitut, das Wertpapierdienstleistungen erbringt oder Anlagetätigkeiten ausführt, oder eine Wertpapierfirma wäre, wenn sie ihre Hauptverwaltung oder ihren Sitz im EU/EWR-Raum hätte» (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 57 MiFID II).
- *Zweigniederlassung* ist «eine Betriebsstelle, die nicht die Hauptverwaltung ist, die einen rechtlich unselbstständigen Teil einer Wertpapierfirma bildet und Wertpapierdienstleistungen, gegebenenfalls auch Nebendienstleistungen, erbringt und/oder Anlagetätigkeiten ausübt, für die der Wertpapierfirma eine Zulassung erteilt wurde» (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 30 MiFID II).
- *Anlageberatung* ist «die Abgabe persönlicher Empfehlungen an einen Kunden entweder auf dessen Aufforderung oder auf Initiative der Wertpapierfirma, die sich auf ein oder mehrere Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen» (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 4 MiFID II).
- *Portfolioverwaltung* ist «die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen eines Mandats des Kunden, sofern diese Portfolios ein oder mehrere Finanzinstrumente enthalten» (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 8 MiFID II).

## Örtlicher Geltungsbereich

### FIDLEG:

Örtlich ist die gewerbsmässige Erbringung von Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erfasst (Art. 3 lit. d FIDLEG).

Immerhin gelten folgende Finanzdienstleistungen nicht als unterstellte Finanzdienstleistungen nach FIDLEG: (1) Finanzdienstleistungen von ausländi-

schen Finanzdienstleistern im Rahmen einer Kundenbeziehung, die auf ausdrückliche Initiative eines Kunden eingegangen worden ist; sowie (2) einzelne Finanzdienstleistungen, die von Kunden auf deren ausdrückliche Initiative bei einem ausländischen Finanzdienstleister angefragt wurden («*Reverse Solicitation*») (Art. 2 FIDLEV).

### MiFID II/MiFIR:

Örtlich ist grundsätzlich die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder die Ausübung von Anlagetätigkeiten mit oder ohne Nebentätigkeit für Kunden im EU/EWR-Raum erfasst (vgl. Art. 39 Abs. 1 MiFID II). Die privatrechtlichen EU-Anlegerschutzbestimmungen greifen nach Handlungsort bzw. am Wohnsitz des Kunden.

Die MiFIR enthält eine einheitliche Regelung, die für alle Mitgliedstaaten gelten; sie ist in Art. 46 – 49 MiFIR enthalten: Wenn eine Drittlandfirma ihre Leistungen *geeigneten Gegenparteien* oder *professionellen Kunden* im EU/EWR-Raum erbringen will, muss sie sich in das bei der ESMA geführte Register der zugelassenen Drittlandfirmen eintragen lassen. Dabei bedarf es insbesondere eines Gleichwertigkeitsbeschlusses der Kommission (Art. 47 MiFIR).

Die MiFID II enthält Regelungen, bei denen die Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum haben; sie sind in Art. 39 – 43 MiFID II enthalten. Es handelt sich um die Erbringung von Leistungen an *Kleinanleger* und «*opt-in*» *professionelle Kunden*. Wenn ein Mitgliedstaat der Meinung ist, dass es aus Gründen des Anlegerschutzes im Retailgeschäft erforderlich ist, kann er Drittlandfirmen vorschreiben, eine Zweigniederlassung in seinem Hoheitsgebiet zu errichten (wobei gegebenenfalls kein EU-Pass besteht). Schreibt ein Mitgliedstaat keine Zweigniederlassung vor, legt er selbst die einzuhaltenden Rahmenbedingungen für die Drittlandfirmen fest. Die MiFID II enthält dazu keine Vorgaben.

Immerhin gilt im Rahmen der MiFID II folgender Vorbehalt der „*Reverse Solicitation*“ auf EU/EWR-Ebene: Wenn im EU/EWR-Raum ansässige oder niedergelassene Kleinanleger oder opt-in professionelle Kunden ausschliesslich in Eigeninitiative die Erbringung einer Wertpapierdienstleistung oder die Ausübung einer Anlagetätigkeit durch eine Drittlandfirma veranlassen, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Anforderung einer Zulassung nach Artikel 39 MiFID II nicht für die Erbringung dieser Dienstleistung oder die Ausübung dieser Anlagetätigkeit, ein-



schliesslich Beziehungen, die in direktem Zusammenhang mit der Erbringung dieser Dienstleistung oder der Ausübung dieser Anlagetätigkeit stehen, gilt. Eine Initiative solcher Kunden berechtigt die Drittlandfirma aber nicht, neue Kategorien von Anlageprodukten oder Wertpapierdienstleistungen diesem Kunden auf anderem Wege als über die Zweigniederlassung zu vermarkten, wenn eine solche nach nationalem Recht vorgeschrieben ist (Art. 42 MiFID II); vgl. auch Einleitungsziff. 111 MiFID II). Die Auslegung von „Reverse Solicitation“ bleibt grundsätzlich in der Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten.

### **Kundensegmentierung**

#### FIDLEG:

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

#### MiFID II:

Es wird zwischen folgenden Kundenkategorien unterschieden: Kleinanleger, professionelle Kunden und geeignete Gegenparteien. Ein professioneller Kunde ist ein Kunde, der die in Anhang II der MiFID II genannten Kriterien erfüllt. Ein Kleinanleger ist ein Kunde, der kein professioneller Kunde ist. Geeignete Gegenparteien sind besondere professionelle Kunden, z.B. Wertpapierfirmen, Kreditinstitute, Versicherungsgesellschaften etc. (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 10 und 11 sowie Art. 30 Abs. 2 MiFID II). Nicht professionelle Kunden können auf Antrag unter bestimmten Voraussetzungen als professionelle Kunden behandelt werden («opt-in» professionelle Kunden, siehe Anhang II zu MiFID II).

Ein Ziel der MiFID II ist der Anlegerschutz. Die Vorkehrungen zum Schutz der Anleger sollten den Eigen-

heiten jeder Anlegerkategorie (Kleinanleger, professionelle Kunden, Gegenparteien) angepasst sein (Einleitungsziff. 86 MiFID II). Einzelne Anforderungen der MiFID II sind im Fall von Kleinanlegern höher als im Fall von professionellen Kunden (siehe vor allem Delegierte Verordnung 565).

### **Kundeninformation**

#### FIDLEG:

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

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

#### MiFID II:

Die Kunden und potentiellen Kunden müssen in verschiedener Hinsicht informiert werden, wobei die Regeln der MiFID II teilweise von jenen der FIDLEG abweichen. Es muss insbesondere ausführlich über die Wertpapierfirma, die Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten, die damit verbundenen Risiken, die anfallenden Kosten und die Transaktionsausführung („Best Execution“) informiert werden (Art. 24 Abs. 3 und 4 MiFID II; Art. 44 – 51 und 65 Delegierte Verordnung 565).

### **Prüfung von Eignung oder Angemessenheit**

#### FIDLEG:

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

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

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

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

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

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

#### MiFID II:

«Erbringt die Wertpapierfirma Anlageberatung- oder Portfolio-Management, holt sie die notwendigen Informationen über die Kenntnisse und Erfahrung des Kunden oder potenziellen Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Produkttyp oder den speziellen Typ der Dienstleistung, seine finanziellen Verhältnisse, einschliesslich seiner Fähigkeit, Verluste zu tragen, und seine Anlageziele, einschliesslich seiner Risikotoleranz, ein, um ihr zu ermöglichen, dem Kunden oder potenziellen Kunden Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente zu empfehlen, die für ihn geeignet sind und insbesondere seiner Risikotoleranz und seiner Fähigkeit, Verluste zu tragen, entsprechen.» (Art. 25 Abs. 2 MiFID II; Art. 54 – 55 Delegierte Verordnung 565). Es besteht eine jährliche Nachprüfungspflicht (Art. 54 Abs. 13 Delegierte Verordnung 565).

«Erlangt eine Wertpapierfirma bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen in Form der Anlageberatung oder Portfolioverwaltung die gemäß Artikel 25 Absatz 2 der MiFID II erforderlichen Informationen nicht, empfiehlt sie dem Kunden bzw. potenziellen Kunden keine Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente.» (Art. 54 Abs. 8 Delegierte Verordnung 565).

«Bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistung im Rahmen der Anlageberatung bzw. Portfolioverwaltung darf eine Wertpapierfirma keine Handelsgeschäfte empfehlen oder beschließen, wenn keine der Dienstleistungen bzw. Instrumente für den Kunden geeignet sind.» (Art. 54 Abs. 10 Delegierte Verordnung 565).

#### **Kundendokumentation**

##### FIDLEG:

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

##### MiFID II:

Es bestehen verschiedene Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten. Es müssen insbesondere fol-

gende Dokumente über den Kunden aufbewahrt werden: vorvertragliche Informationsdokumente, Prüfung von Eignung und Angemessenheit, Kundenvertrag, Kundenberichterstattung, Transaktionsbelege, Kosten- und Gebührenabrechnungen, Beschwerdedokumentation etc. (Art. 16 Abs. 6 MiFID II; Art. 72 – 76 Delegierte Verordnung 565, Anhänge 1 und 2).

## **Rechenschaft ablegen**

### FIDLEG:

Auf Anfrage des Kunden müssen Finanzdienstleister die Kundendokumentation zugänglich machen. Zudem haben Finanzdienstleister ihre Kunden auf Anfrage *Rechenschaft* abzugeben über (1) die vereinbarten und erbrachten Finanzdienstleistungen, (2) die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios; und (3) die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten (Art. 16 FIDLEG). Die Rechenschaftspflicht wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 19 FIDLEG).

### MiFID II:

Nach der MiFID II haben Kunden (im Schadenfall) die Möglichkeit, neben den bestehenden Berichtspflichten des Wertpapierhauses (Art. 59 – 63 Delegierte Verordnung 565) ein Auskunftersuchen zu stellen (Art. 66 Abs. 8 Delegierte Verordnung 565). In diesem Zusammenhang müssen die zuständigen Behörden in Einklang mit nationalem Recht und der Charta die Möglichkeit haben, sich Zugang zu den Räumlichkeiten von Wertpapierfirmen zu verschaffen (Einleitungsziff. 143 MiFID II).

## **Kundenberichterstattung**

### FIDLEG:

Eine periodische Berichterstattungspflicht des Finanzdienstleisters ist im FIDLEG nicht vorgesehen.

### MiFID II:

«Die Wertpapierfirma stellt dem Kunden geeignete Berichte über die erbrachten Dienstleistungen mittels eines dauerhaften Datenträgers zur Verfügung. Diese Berichte enthalten regelmässige Mitteilungen an die Kunden, in denen der Art und der Komplexität der jeweiligen Finanzinstrumente sowie der Art der für den Kunden erbrachten Dienstleistung Rechnung getragen wird, und gegebenenfalls die Kosten, die mit den im Namen des Kunden durchgeführten Geschäften und den erbrachten Dienstleistungen verbunden sind.» (Art. 25 Abs. 6 MiFID II).

Im Bereich der unabhängigen Vermögensverwaltung müssen periodische Berichte erstellt werden. Es muss

für gewöhnlich quartalsweise ausführlich über die Vermögensverwaltungstätigkeit und jährlich über die angefallenen Kosten informiert werden. Zudem besteht bei Wertverlust des Portfolios um 10% oder mehr eine Ad hoc Berichtspflicht (Art. 25 Abs. 6 MiFID II; Art. 50, 59 – 63 Delegierte Verordnung 565).

## **Best Execution**

### FIDLEG:

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

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

### MiFID II:

Eine Wertpapierfirma muss «für ihre Kunden ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden handeln.» Sie muss interne Weisungen erlassen, um 'Best Execution' im Interesse der Kunden sicherzustellen. Dabei bestehen besondere Anforderungen an die Portfolioverwaltung sowie die unabhängige Anlageberatung (Art. 24 Abs. 1 MiFID II; Art. 53, 64 – 70 Delegierte Verordnung 565).

## **Organisatorische Massnahmen**

### FIDLEG:

Die Finanzdienstleister stellen durch interne Vorschriften und eine angemessene Betriebsorganisation die Erfüllung der Pflichten aus dem FIDLEG sicher (Art. 21 FIDLEG).

Im Geltungsbereich des FIDLEG können Finanzdienstleister, soweit für sie nicht spezialgesetzliche Bestimmungen gelten, die Pflichten wie folgt erfüllen:



(1) interne Vorgaben definieren, die ihrer Grösse, Komplexität, Rechtsform und den von ihnen angebotenen Finanzdienstleistungen angemessen sind und den damit verbundenen Risiken entsprechen; und (2) Mitarbeiter sorgfältig auswählen und dafür sorgen, dass diese die Aus- und Weiterbildung in Bezug auf die Verhaltensregeln und die spezifischen Sachkenntnisse erhalten, die sie für die Erfüllung ihrer konkreten Aufgabe benötigen. Umfasst eine Geschäftseinheit mehrere Personen, so sorgt der Finanzdienstleister für eine wirksame Überwachung insbesondere durch angemessene interne Kontrollen und definiert verbindliche Arbeits- und Geschäftsprozesse (Art. 23 FIDLEV).

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

#### MiFID II:

Im Geltungsbereich der MiFID II haben Wertpapierfirmen verschiedene Anforderungen an die interne Organisation und die entsprechende Dokumentation zu erfüllen. Insbesondere muss das oberste Leistungsorgan verschiedene Pflichten einhalten, bedarf es einer Compliance Funktion und eines Risk Management und muss ein Verfahren für den Umgang mit Beschwerden vorgesehen sein (Art. 21 – 26 Delegierte Verordnung 565).

### **Mitarbeitende**

#### FIDLEG:

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

#### MiFID II:

Wertpapierfirmen müssen verschiedene organisatorische Anforderungen hinsichtlich ihrer Mitarbeiter einhalten. Dies betrifft insbesondere auch die Vergütung der Mitarbeiter (Art. 16 und Art. 24 Abs. 10 MiFID II; Art. 21 – 29 Delegierte Verordnung 565).

### **Kundenberater, Vermittler**

#### FIDLEG:

Besondere Regeln gelten für Kundenberater: *Kundenberater* sind natürliche Personen, die im Namen

eines Finanzdienstleisters oder selbst als Finanzdienstleister Finanzdienstleistungen erbringen (Art. 3 lit. e FIDLEG). Sie müssen über hinreichende Kenntnisse über die geltenden Verhaltensregeln sowie über das für ihre Tätigkeit notwendige Fachwissen verfügen (Art. 6 FIDLEG).

Kundenberater von inländischen Finanzdienstleistern, die nicht nach Art. 3 FINMAG beaufsichtigt werden, sowie Kundenberater von ausländischen Finanzdienstleistern dürfen ihre Tätigkeit in der Schweiz erst ausüben, wenn sie in einem *Beraterregister* eingetragen sind. Allerdings kann der Bundesrat prudenziell beaufsichtigte ausländische Finanzdienstleister von der Registrierungsspflicht ausnehmen, wenn sie ihre Dienstleistungen in der Schweiz ausschliesslich gegenüber professionellen oder institutionellen Kunden erbringen. Die Voraussetzungen für eine Registrierung betreffen vor allem ausreichende Kenntnisse, Berufshaftpflichtversicherung und Anschluss an eine Ombudsstelle (Art. 28 und 29 FIDLEG). Sie werden in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 31-33 FIDLEV). Der Inhalt des Beraterregisters ergibt sich aus Art. 30 FIDLEG. Registrierte Kundenberater und der Finanzdienstleister, für den sie tätig sind, müssen der Registrierungsstelle alle Änderungen von Tatsachen, die der Registrierung zugrunde liegen, melden (Art. 32 FIDLEG). Die Meldepflicht wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 41 FIDLEV). Das Beraterregister wird von der Registrierungsstelle geführt, die von der FINMA zugelassen ist (Art. 31 FIDLEG). Die Registrierungsstelle wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 34-40 FIDLEV).

#### MiFID II:

Die MiFID II enthält besondere Vorschriften zu vertraglich gebundenen Vermittlern. Bei einem *vertraglich gebundenen Vermittler* handelt es sich um «eine natürliche oder juristische Person, die unter unbeschränkter und vorbehaltsloser Haftung einer einzigen Wertpapierfirma, für die sie tätig ist, Wertpapier- und/oder Nebendienstleistungen für Kunden oder potenzielle Kunden erbringt, Weisungen oder Aufträge des Kunden in Bezug auf Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente annimmt und weiterleitet, Finanzinstrumente platziert und/oder Kunden oder potenzielle Kunden bezüglich dieser Finanzinstrumente oder Dienstleistungen berät» (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 29 MiFID II).

«Die Mitgliedstaaten gestatten einer Wertpapierfirma, vertraglich gebundene Vermittler für die För-

derung des Dienstleistungsgeschäfts der Wertpapierfirma, das Hereinholen neuer Geschäfte oder die Entgegennahme der Aufträge von Kunden oder potenziellen Kunden sowie die Übermittlung dieser Aufträge, das Platzieren von Finanzinstrumenten sowie für Beratungen in Bezug auf die von der Wertpapierfirma angebotenen Finanzinstrumente und Dienstleistungen zu bestellen.» (Art. 29 Abs. 1 MiFID II).

«Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass eine Wertpapierfirma, die beschliesst, einen vertraglich gebundenen Vermittler zu bestellen, für jedes Handeln oder Unterlassen des vertraglich gebundenen Vermittlers uneingeschränkt haftet, wenn er im Namen der Wertpapierfirma tätig ist. Die Mitgliedstaaten schreiben der Wertpapierfirma vor sicherzustellen, dass ein vertraglich gebundener Vermittler mitteilt, in welcher Eigenschaft er handelt und welche Wertpapierfirma er vertritt, wenn er mit Kunden oder potenziellen Kunden Kontakt aufnimmt oder bevor er mit diesen Geschäfte abschliesst.» (Art. 29 Abs. 2 MiFID II).

«Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die Wertpapierfirmen die Tätigkeiten ihrer vertraglich gebundenen Vermittler überwachen, um zu gewährleisten, dass sie diese Richtlinie auf Dauer einhalten, wenn sie über vertraglich gebundene Vermittler tätig werden.» (Art. 29 Abs. 2 MiFID II).

«Vertraglich gebundene Vermittler werden in das öffentliche Register des Mitgliedstaats eingetragen, in dem sie niedergelassen sind. Die ESMA veröffentlicht auf ihrer Website Verweise oder Hyperlinks zu den öffentlichen Registern, die nach diesem Artikel von den Mitgliedstaaten eingerichtet worden sind, die es Wertpapierfirmen gestatten, vertraglich gebundene Vermittler heranzuziehen.» (Art. 29 Abs. 3 MiFID II).

## **Mitarbeitervergütung**

### **FIDLEG:**

Es dürfen mit den Vergütungen an die Mitarbeitenden keine Anreize zur Missachtung der gesetzlichen Pflichten oder für schädigendes Verhalten gegenüber Kunden geschaffen werden. Es darf mit anderen Worten kein Interessenskonflikt zulasten des Kunden bestehen (Art. 24 FIDLEG).

### **MiFID II:**

«Die Wertpapierfirmen haben im Rahmen von angemessenen internen Verfahren Vergütungsgrundsätze und -praktiken festzulegen und umzusetzen, die die Interessen aller Kunden der Wertpapierfirma berücksichtigen und durch die sichergestellt wird, dass die

Kunden fair behandelt werden und dass ihre Interessen durch die von der Wertpapierfirma übernommenen Vergütungspraktiken kurz-, mittel- oder langfristig nicht beeinträchtigt werden.» (Art. 27 Abs. 1 Delegierte Verordnung 565).

«Durch die Vergütungsgrundsätze und -praktiken dürfen keine Interessenkonflikte oder Anreize geschaffen werden, welche die relevanten Personen möglicherweise dazu verleiten könnten, ihre eigenen Interessen oder die Interessen der Wertpapierfirma zum potenziellen Nachteil eines Kunden zu begünstigen.» (Art. 27 Abs. 1 Delegierte Verordnung 565).

## **Persönliche Geschäfte**

### **FIDLEG:**

Was die eigenen Mitarbeitenden betrifft, so müssen Finanzdienstleister Massnahmen vorsehen, mit denen verhindert werden kann, dass Mitarbeitende Informationen, über die sie nur aufgrund ihrer Funktion verfügen, missbräuchlich für Geschäfte auf eigene Rechnung nutzen. Finanzdienstleister haben eine interne Weisung über die erforderlichen Überwachungsmassnahmen zu erlassen (Art. 27 FIDLEG). Als Mitarbeiter des Finanzdienstleisters gelten auch die Mitglieder des Organs für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle, des Organs für die Geschäftsführung, die unbeschränkt haftenden Teilhaber sowie Personen mit vergleichbaren Funktionen (siehe Art. 30 FIDLEG).

Zusätzlich zu den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu den Mitarbeitergeschäften sind strafrechtliche Normen etwa betreffend Insider-Dealing zu beachten (Art. 142 und 154 FinfraG).

### **MiFID II:**

«Ein 'persönliches Geschäft' bezeichnet ein Geschäft mit einem Finanzinstrument, das von einer relevanten Person oder für eine relevante Person getätigt wird und bei dem mindestens eines der folgenden Kriterien erfüllt ist: (a) die relevante Person handelt außerhalb ihres Aufgabenbereichs, für den sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit zuständig ist; (b) das Geschäft erfolgt für Rechnung einer der folgenden Personen: (i) der relevanten Person, (ii) einer Person, zu der sie eine familiäre Bindung oder enge Verbindungen hat, (iii) einer Person, bei der die relevante Person ein direktes oder indirektes wesentliches Interesse am Ausgang des Geschäfts hat, wobei das Interesse nicht in einer Gebühr oder Provision für die Abwicklung des Geschäfts besteht.» (Art. 28 Delegierte Verordnung 565). Eine relevante Person ist

ein Direktor oder Angestellter der Wertpapierfirma oder eine natürliche Person, die im Rahmen des Outsourcings an der Erbringung der Dienstleistungen beteiligt ist (Art. 2 Delegierte Verordnung 565).

«Die Wertpapierfirmen treffen angemessene Vorkehrungen und halten diese auf Dauer ein, um relevante Personen, deren Tätigkeiten Anlass zu einem Interessenkonflikt geben könnten oder die aufgrund von Tätigkeiten, die sie im Namen der Firma ausüben, Zugang zu Insider-Informationen [...] oder zu anderen vertraulichen Informationen über Kunden oder über Geschäfte, die mit oder für Kunden getätigt werden, haben, an den [nachfolgend] genannten Tätigkeiten zu hindern.» (Art. 29 Abs. 1 Delegierte Richtlinie 565).

«Die Wertpapierfirmen stellen sicher, dass die relevanten Personen keine persönlichen Geschäfte abschließen, die mindestens eines der folgenden Kriterien erfüllen: (a) Die Person darf das Geschäft nach der Richtlinie 2014/596/EU nicht tätigen; (b) es geht mit dem Missbrauch oder der vorschriftswidrigen Weitergabe dieser vertraulichen Informationen einher; (c) es kollidiert mit einer Pflicht, die der Wertpapierfirma aus der MiFID II erwächst, oder könnte damit kollidieren» (Art. 29 Abs. 2 Delegierte Verordnung 565).

«Die Wertpapierfirmen stellen sicher, dass relevante Personen außerhalb ihres regulären Beschäftigungsverhältnisses oder Dienstleistungsvertrags einer anderen Person kein Geschäft mit Finanzinstrumenten empfehlen, die – wenn es sich um ein persönliches Geschäft der relevanten Person handeln würde» – ein Missbrauch von Informationen über einen pendenten Kundenauftrag darstellen würde (Art. 29 Abs. 3 Delegierte Verordnung 565).

«Die Wertpapierfirmen stellen sicher, dass relevante Personen ausserhalb ihres regulären Beschäftigungsverhältnisses oder Dienstleistungsvertrags keine Informationen oder Meinungen an eine andere Person weitergeben, wenn der relevanten Person klar ist oder nach vernünftigem Ermessen klar sein sollte, dass diese Weitergabe die andere Person dazu veranlassen wird oder wahrscheinlich dazu veranlassen wird, (a) ein Geschäft mit Finanzinstrumenten zu tätigen, das – wenn es sich um ein persönliches Geschäft der relevanten Person handeln würde – verboten wäre; (b) einer anderen Person zu einem solchen Geschäft zu raten oder eine andere Person zu einem solchen Geschäft zu veranlassen» (Art. 29 Abs. 4 Delegierte Verordnung 565).

## **Interessenkonflikte**

### FIDLEG:

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

### MiFID II:

Es bestehen verschiedene Anforderungen an den Umgang mit Interessenkonflikten. Es müssen geeignete Vorkehrungen getroffen werden, um Interessenkonflikte zu vermeiden (Art. 16 Abs. 3 und 6 sowie Art. 23 MiFID II; Art. 33 – 35 Delegierte Verordnung 565).

## **Anreize**

### FIDLEG:

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

### MiFID II:

«Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Wertpapierfirmen, die unabhängige Anlageberatung oder Port-

folioverwaltung erbringen, jegliche Gebühren, Provisionen oder anderen monetären Vorteile, die im Zusammenhang mit den Dienstleistungen, die für einen Kunden erbracht werden, von einem Dritten oder einer im Auftrag eines Dritten handelnden Person gezahlt oder gewährt werden, nach Erhalt so schnell wie nach vernünftigem Ermessen möglich an den Kunden zurückgeben. Sämtliche Gebühren, Provisionen oder monetären Vorteile, die im Zusammenhang mit der Erbringung von unabhängiger Anlageberatung und Portfolioverwaltung von Dritten entgegengenommen werden, werden in vollem Umfang an den Kunden weitergegeben.» (Art. 24 Abs. 8 MiFID II; Art. 12 Abs. 1 Delegierte Richtlinie 593).

«Die Wertpapierfirmen führen Grundsätze ein und setzen diese um, die sicherstellen, dass jegliche Gebühren, Provisionen oder monetären Vorteile, die im Zusammenhang mit der unabhängigen Anlageberatung oder Portfolioverwaltung von einem Dritten oder einer im Auftrag eines Dritten handelnden Person gezahlt oder gewährt werden, jedem einzelnen Kunden zugewiesen und an diesen weitergegeben werden.» (Art. 12 Abs. 1 Delegierte Richtlinie 593).

«Die Wertpapierfirmen unterrichten ihre Kunden über die an sie weitergegebenen Gebühren, Provisionen oder anderen monetären Vorteile, beispielsweise im Rahmen ihrer regelmässigen Berichte an den Kunden.» (Art. 12 Abs. 1 Delegierte Richtlinie 593).

«Wertpapierfirmen, die unabhängige Anlageberatung oder Portfolioverwaltung erbringen, nehmen keine nicht-monetären Vorteile an, die nicht gemäss dieser Richtlinie als geringfügige nicht-monetäre Vorteile zulässig sind.» (Art. 12 Abs. 2 Delegierte Richtlinie 593).

## **Outsourcing**

### **FIDLEG:**

Finanzdienstleister können für die Erbringung von Finanzdienstleistungen ausreichend qualifizierte Dritte beiziehen. Sie müssen den Dritten sorgfältig auswählen und müssen ihn instruieren und überwachen. Sie müssen mit dem Dritten einen schriftlichen Dienstleistungsvertrag abschliessen. Beaufsichtigte Finanzdienstleister haben die Anforderungen an die Delegation gemäss Spezialgesetzen wie etwa das BankG einzuhalten (Art. 23 FIDLEG). Dritte müssen über die für die Tätigkeit notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen (Art. 14 FINIG). Die Übertragung von Aufgaben wird in der Verordnung weiter präzisiert (Art. 15 FINIV).

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

### **MiFID II:**

Wertpapierfirmen können kritische und wesentliche betriebliche Aufgaben ohne behördliche Genehmigung an einen Dienstleister auslagern. Dabei müssen verschiedene Anforderungen erfüllt werden. Bei einem Dienstleister mit Sitz in einem Drittland bestehen zusätzliche Anforderungen (Art. 16 Abs. 2 und 5 MiFID II; Art. 30 – 32 Delegierte Verordnung 565).

## **Anschluss an Ombudsstelle**

### **FIDLEG:**

Streitigkeiten über Rechtsansprüche zwischen dem Kunden und dem Finanzdienstleister sollen möglichst im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens durch eine Ombudsstelle erledigt werden. Finanzdienstleister müssen sich spätestens mit der Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Ombudsstelle anschliessen. In der Folge sind sie verpflichtet, an einem allfälligen Verfahren teilzunehmen. Sie müssen ihre Kunden über die Möglichkeit eines Vermittlungsverfahrens durch eine Ombudsstelle informieren. Finanzdienstleister, die ihre Pflichten wiederholt verletzen, werden von der Ombudsstelle ausgeschossen (Art. 74 und 77 ff. FIDLEG). Die Ombudsstelle wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 98-101 FIDLEV).

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

### **MiFID II:**

«Die Mitgliedstaaten stellen die Einrichtung effizienter und wirksamer Beschwerde- und Schlichtungsverfahren für die aussergerichtliche Beilegung von Streitfällen von Verbrauchern über die von Wertpapierfirmen erbrachten Wertpapier- und Nebendienstleistungen sicher und greifen dabei gegebenenfalls auf bestehende Einrichtungen zurück. Die Mitgliedstaaten stellen darüber hinaus sicher, dass alle



Wertpapierfirmen einer oder mehreren solcher Einrichtungen, die entsprechende Beschwerde- und Schlichtungsverfahren durchführen, angehören.» (Art. 75 Abs. 1 MiFID II).

«Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass diese Einrichtungen bei der Beilegung grenzüberschreitender Streitfälle aktiv mit den entsprechenden Einrichtungen in anderen Mitgliedstaaten zusammenarbeiten.» (Art. 75 Abs. 2 MiFID II).

## **Bewilligungspflicht und Aufsicht**

### FIDLEG:

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

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

### MiFID II:

Jeder Mitgliedstaat schreibt vor, dass die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und/oder die Ausübung von Anlagetätigkeiten als übliche berufliche oder gewerbliche Tätigkeit der vorherigen Zulassung gemäss Titel II/Kapital 1 MiFID II bedarf (siehe hinten).

## **Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktion**

### FIDLEG:

Neben möglichen aufsichtsrechtlichen Massnahmen der FINMA bestehen strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten: Bei einer vorsätzlichen Nichtumsetzung der Informations- und Abklärungspflichten droht dem Finanzdienstleister eine Busse bis zu 100'000 Franken (Art. 89 FIDLEG). Allerdings gilt die Strafbestimmung des FIDLEG nicht für beaufsichtigte Finanzdienstleister nach Art. 3 FINMAG und für sie tätige Personen! Diese unterstehen lediglich den Strafbestimmungen des FINMAG (Art. 92 FIDLEG).

### MiFID II:

«Die zuständigen Behörden sind mit allen für die Erfüllung ihrer Aufgaben gemäss dieser Richtlinie und

gemäss der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 notwendigen Aufsichtsbefugnissen, Ermittlungsbefugnissen und Befugnissen zur Festlegung von Abhilfemassnahmen auszustatten.» (Art. 69 Abs. 1 MiFID II).

«Unbeschadet der Aufsichtsbefugnisse, der Ermittlungsbefugnisse und der Befugnisse zur Festlegung von Abhilfemassnahmen der zuständigen Behörden gemäss Artikel 69 MiFID II und des Rechts der Mitgliedstaaten, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen und zu verhängen, legen die Mitgliedstaaten Vorschriften für verwaltungsrechtliche Sanktionen und Massnahmen fest, die bei allen Verstössen gegen die MiFID II [...] anwendbar sind, sorgen dafür, dass ihre zuständigen Behörden derartige verwaltungsrechtliche Sanktionen und Massnahmen verhängen können, und ergreifen alle notwendigen Massnahmen, um deren Umsetzung sicherzustellen.» (Art. 70 Abs. 1 MiFID II).

## **Zivilrechtliche Haftung**

### FIDLEG:

Es besteht die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Haftung des Finanzdienstleisters, wenn der Kunde durch eine mangelhafte Beratung einen Schaden erleidet und dies nachweisen kann. Dabei hat der Kunde jederzeit *Anspruch auf Herausgabe* einer Kopie seines Dossiers sowie sämtlicher weiterer ihn betreffender Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat. Kommt der Finanzdienstleister dem Gesuch auf Herausgabe nicht nach, so kann der Kunde das Gericht anrufen (Art. 72 und 73 FIDLEG als zivilrechtliche Bestimmungen). Der Kunde kann den Herausgabeanspruch im summarischen Verfahren selbstständig durchsetzen und ev. auch vollstrecken lassen (Botschaft, S. 8924). Die Herausgabe von Dokumenten wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 97 FIDLEG).

### MiFID II:

Die zivilrechtliche Haftung richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des einzelnen Mitgliedstaates. Bei EU-Retail-Kunden gelten zwingend der Gerichtsstand und das Recht des jeweiligen Mitgliedstaates.

## **Pragmatische Umsetzung**

### **Unterstellungsanalyse**

Ein im Finanzbereich tätiges Unternehmen muss zunächst bestimmen, ob und inwiefern es unterstellungspflichtige Finanzdienstleistungen bzw. Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten erbringt.



Es muss mit anderen Worten die sachlichen und räumlichen Geltungsbereiche des FIDLEG und der MiFID II mit der eigenen Geschäftstätigkeit vergleichen. Allenfalls besteht für eine Gesellschaft die Möglichkeit, durch organisatorische oder vertragliche Gestaltung eine Unterstellungspflicht zu vermeiden oder die Voraussetzungen für erleichterte Anforderungen zu schaffen.

### **Interne Richtlinien und andere Massnahmen**

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

### **Standard-Dokumente**

Finanzdienstleister nach FIDLEG und Wertpapierfirmen nach MiFID II müssen geeignete Standard-Dokumente erstellen, in erster Linie um in der Lage zu sein, sich gegen Schadenersatzansprüche von geschädigten Kunden zu schützen. Solchen Standard-Dokumenten kommt aus Sicht des Finanzdienstleisters bzw. der Wertpapierfirma bei der Gesetzesumsetzung die grösste Bedeutung zu. Im Schadensfall sind nämlich die verwendeten Standard-Dokumente und die weiteren Kundendokumente an den Kunden herauszugeben.

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

Ein Finanzdienstleister oder eine Wertpapierfirma sollte insbesondere folgende Arten von Standard-Dokumenten erstellen:

- Kundenvertrag;
- vorvertragliche Kundeninformation;
- Prüfungsdokument betreffend Eignung bzw. Angemessenheit;
- Kundenberichterstattung (im Fall der MiFID II).

### **Zeitliche Umsetzung**

Das FIDLEG ist samt Vollzugsverordnung am 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Es bestehen allerdings in folgenden Bereichen Übergangsfristen mit Beginn ab Inkrafttreten oder ab Anerkennung bzw. Zulassung der relevanten Stelle (Art. 95 FIDLEG; 103 ff. FIDLEV): Registrierung von Kundenberatern (6 Monate), Anschluss an eine Ombudsstelle (6 Monate), Kundensegmentierung (2 Jahre), Kenntnisse des Kundenberaters (2 Jahre), Verhaltensregeln des Finanzdienstleisters (2 Jahre), Organisation des Finanzdienstleisters (2 Jahre). Finanzdienstleister haben bei frühzeitiger Erfüllung der Pflichten betreffend Verhaltensregeln und Organisation ihre Prüfungsgesellschaft unter Angabe des gewählten Zeitpunkts unwiderruflich schriftlich zu informieren (Art. 105 und 106 FIDLEV).

Die MiFID II (inkl. MiFIR) ist Anfang 2018 in Kraft getreten.

## **Anbieten von Finanzinstrumenten**

---

### **Gesetzesnormen**

### **Sachlicher Geltungsbereich**

#### **FIDLEG:**

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

- *Finanzinstrumente* sind Effekten-Beteiligungspapiere, Effekten-Forderungspapiere, Anteile an kollektiven Kapitalanlagen, strukturierte Produkte, Derivate, Einlagen mit risiko- oder kursabhängigem Rückzahlungswert oder Zins (ausser Zins mit Bindung und Zinsindex) und Anleiensobligationen (Art. 3 lit. a FIDLEG).

- *Effekten* sind vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten (Art. 3 lit. b FIDLEG).
- *Ersteller* sind Personen, die ein Finanzinstrument erstellen oder Änderungen an einem bestehenden Finanzinstrument vornehmen, inkl. Änderungen des Risiko- und Renditeprofils oder Änderungen der mit einer Anlage in das Finanzinstrument verbundenen Kosten (Art. 3 lit. i FIDLEG).
- Ein *Angebot* ist jede Einladung zum Erwerb eines Finanzinstruments, die ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument selber enthält (Art. 3 lit. g FIDLEG). Als *Erwerb* oder Veräusserung von Finanzinstrumenten gilt jede direkt an bestimmte Kunden gerichtete Tätigkeit, die spezifisch auf den Erwerb oder die Veräusserung eines Finanzinstruments gerichtet ist (Art. 3 Abs. 1 FIDLEV). Das *Angebot* ist in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 3 Abs. 5 und 6 FIDLEV).
- Ein *öffentliches Angebot* ist ein an das Publikum gerichtetes Angebot (Art. 3 lit. h FIDLEG). Das öffentliche Angebot ist in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 3 Abs. 7 FIDLEV).

#### PRIIP-Verordnung/Prospektverordnung:

«Die PRIIP-Verordnung legt einheitliche Vorschriften für das Format und den Inhalt des Basisinformationsblatts, das von Herstellern von verpackten Anlageprodukten für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukten abzufassen ist, sowie für die Bereitstellung des Basisinformationsblatts an Kleinanleger fest, um Kleinanlegern zu ermöglichen, die grundlegenden Merkmale und Risiken von PRIIP zu verstehen und zu vergleichen.» (Art. 1 PRIIP-Verordnung). «Die PRIIP-Verordnung gilt für PRIIP-Hersteller und Personen, die über PRIIP beraten oder sie verkaufen.» (Art. 2 PRIIP-Verordnung). Die Ausdrücke «*verpacktes Anlageprodukt für Kleinanleger*» («*PRIP*»), «*Versicherungsanlageprodukt*» und «*Kleinanleger*» werden in der PRIIP-Verordnung definiert (Art. 4 PRIIP-Verordnung).

Die Prospektverordnung «legt die Anforderungen an die Erstellung, Billigung und Verbreitung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem geregelten Markt, der sich in einem Mitgliedstaat befindet oder dort betrieben wird, zu veröffentlichen ist, fest.» (Art. 1 Abs. 1 Prospektverordnung). Nachfolgend geht es ausschliesslich um

den Primärmarkt. Die Begriffe «*Wertpapiere*» und «*öffentliches Angebot von Wertpapieren*» werden in der Prospektverordnung definiert (Art. 2 Prospektverordnung).

### **Örtlicher Geltungsbereich**

#### FIDLEG:

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

#### PRIIP-Verordnung/Prospektverordnung:

Das PRIIP muss Kleinanlegern im EU/EWR-Raum öffentlich angeboten werden, damit die PRIIP-Verordnung zur Anwendung kommt.

Die Wertpapiere müssen Anlegern im EU/EWR-Raum öffentlich angeboten werden, damit die Prospektverordnung zur Anwendung kommt.

### **Prospekt für öffentliches Effektenangebot**

#### FIDLEG:

Wer in der Schweiz ein öffentliches Angebot zum Erwerb von Effekten unterbreitet, hat grundsätzlich vorgängig einen Prospekt mit gesetzlich vorgegebenem Inhalt zu veröffentlichen (Art. 35 und 40 ff. FIDLEG). Als Prospekt für den Primärmarkt gilt ein Dokument, das die Anforderungen nach Art. 40-46 FIDLEG erfüllt (Mindestangaben des Prospekts nach den Anhängen 1-5 FIDLEV für Beteiligungspapiere, Forderungspapiere, Derivate, Immobiliengesellschaften und Investmentgesellschaften) und (1) von einer Prüfstelle genehmigt wurde; (2) für ein öffentliches Angebot in der Schweiz erstellt wurde und nach Art. 51 Abs. 2 FIDLEG noch geprüft werden muss; oder (3) nach Art. 54 Abs. 3 FIDLEG als automatisch anerkannt gilt und für ein öffentliches Angebot in der Schweiz verwendet wird. Zum Prospekt gehören auch die Dokumente, auf die der Prospekt verweist (Art. 43 Abs. 1 und 2 FIDLEV).

Das Gesetz sieht verschiedene Ausnahmen von der Prospektspflicht vor. Beispielsweise muss kein Prospekt veröffentlicht werden, wenn sich das öffentliche Angebot nur an Anleger richtet, die als professionelle

Kunden gelten, oder wenn es sich an weniger als 500 Anleger richtet (Art. 36 FIDLEG). Hinzu kommen Erleichterungen etwa für KMUs (Art. 47 FIDLEG). Der Prospekt wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 44-58 FIDLEG).

Ausgelöst wird die Prospektspflicht durch ein öffentliches Angebot, also durch jegliche Mitteilung an das Publikum, die für den Kauf oder die Zeichnung einer Effekte ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und die Effekte selber enthält. Es besteht somit auf dem Primärmarkt eine Prospektspflicht, soweit sich das Angebot nicht an einen begrenzten Personenkreis richtet (Botschaft, S. 8971). Die Veröffentlichung des Prospekts wird in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 92-94 FIDLEG).

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

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

#### Prospektverordnung:

Wertpapiere dürfen im EU/EWR-Raum nur nach vorheriger Veröffentlichung eines Prospekts gemäss Prospektverordnung öffentlich angeboten werden (Art. 3 Abs. 1 Prospektverordnung). Es bestehen Ausnahmen von der Pflicht zur Veröffentlichung eines Prospekts (Art. 3 Abs. 2 Prospektverordnung). Des Weiteren bestehen Regeln zur Billigung und Veröffentlichung des Prospekts (Art. 20 und 21 Prospektverordnung).

## **Prospekt für kollektive Kapitalanlagen**

### FIDLEG:

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

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

### OGAM-Richtlinie:

Grundlage des EU Rechts über die kollektiven Kapitalanlagen bildet die Richtlinie 85/611/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend Organismen für gemeinschaftliche Kapitalanlagen (OGAM-Richtlinie). Die Richtlinie wurde mehrmals abgeändert. Der heutige Stand der EU Regulierung bildet die OGAM V, d.h. die Richtlinie 2014/91/EU von 2014. Im Rahmen dieser Richtlinie wird u.a. die Prospektspflicht geregelt.

## **BIB für Privatkunden**

### FIDLEG:

Wenn ein Finanzinstrument *Privatkunden* angeboten werden soll, muss der Ersteller grundsätzlich vorgängig ein Basisinformationsblatt (BIB) erstellen. Bei der persönlichen Empfehlung von Finanzinstrumenten stellt der Finanzdienstleister dem Privatkunden gegebenenfalls zusätzlich das *Basisinformationsblatt (BIB)* und auf Anfrage kostenlos einen *Prospekt* zur Verfügung (Art. 8 FIDLEG). Das Basisinformationsblatt wird in der Verordnung weiter präzisiert (Art. 80-91 FIDLEG). Die Mustervorlage Basisinformationsblatt ergibt sich aus der Verordnung (siehe Anhänge 9-13 FIDLEG). Die Dokumente nach ausländischem Recht, die als gleichwertig anerkannt werden, ergeben sich ebenfalls aus der Verordnung (siehe Art. 87 FIDLEG sowie Anhang 14 FIDLEG).

Bei einer Beratung unter Abwesenden kann das Basisinformationsblatt mit Zustimmung des Privatkunden nach Abschluss des Geschäfts zur Verfügung gestellt werden. Dabei hat der Finanzdienstleister die Zustimmung zu dokumentieren (Art. 9 FIDLEG). Die

Zurverfügungstellung des BIB und die Beratung unter Abwesenden werden in der Verordnung weiter präzisiert (siehe Art. 13 und 15 FIDLEV).

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

#### PRIIP-Verordnung/OGAM-Richtlinie:

Bevor Kleinanlegern ein *verpacktes Anlageprodukt für Kleinanleger* oder ein *Versicherungsanlageprodukt* («PRIIP») angeboten wird, fasst der PRIIP-Hersteller ein Basisinformationsblatt für dieses Produkt im Einklang mit den Anforderungen der PRIIP-Verordnung ab und veröffentlicht es auf seiner Website («PRIIPs KID»; Art. 5 PRIIP-Verordnung). Des Weiteren gilt folgende Regelung: «Eine Person, die über ein PRIIP berät oder es verkauft, stellt den betreffenden Kleinanlegern das Basisinformationsblatt rechtzeitig zur Verfügung, bevor diese Kleinanleger durch einen Vertrag oder ein Angebot im Zusammenhang mit diesem PRIIP gebunden sind.» (Art. 13 PRIIP-Verordnung).

Im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen besteht die Pflicht, ein Dokument mit wesentlichen Informationen für Investoren zu erstellen («UCITS KIID»; Art. 78 ff. OGAM V).

### **Werbung für Finanzinstrumente**

#### FIDLEG:

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

#### Prospektverordnung:

Jede Werbung, die sich auf ein öffentliches Angebot von Wertpapieren bezieht, muss bestimmte Grundsätze beachten (Art. 22 Prospektverordnung).

### **Anbieten von strukturierten Produkten**

#### FIDLEG:

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

#### MiFID II/PRIIP-Verordnung:

Die MiFID II und die PRIIP-Verordnung kommen auch auf strukturierte Produkte und strukturierte Einlagen zur Anwendung.

### **Bilden von internen Sondervermögen**

#### FIDLEG:

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

### **Bewilligungspflicht und Aufsicht**

#### FIDLEG:

Die Ersteller und Anbieter selbst von Finanzinstrumenten benötigen keine Bewilligung für ihre Tätigkeiten. Hingegen benötigen Personen, die bei der Erstellung und beim Angebot von Finanzinstrumenten, die Effekten sind, mitwirken, unter Umständen eine Bewilligung als Wertpapierhaus. Wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist, darf folgende Tätigkeiten nur ausüben, wenn er über eine Bewilligung als Wertpapierhaus oder als Bank verfügt: (1) gewerbsmässig Effekten, die von Drittpersonen ausgegeben werden,



übernehmen und auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten; sowie (2) gewerbsmässig Derivate in Form von Effekten schaffen und auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten (Art. 12 FINIG).

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

#### PRIIP-Verordnung/Prospektverordnung:

Die PRIIP-Verordnung regelt die Marktüberwachung und die Produktinterventionsbefugnisse (Art. 15 ff. PRIIP-Verordnung).

Die Prospektverordnung regelt die Marktüberwachung. Jeder Mitgliedstaat benennt eine einzige zuständige Verwaltungsbehörde, die für die Erfüllung der aus der Prospektverordnung erwachsenden Pflichten und für die Anwendung der Bestimmungen der Prospektverordnung zuständig ist. Diese Behörde ist in letzter Instanz für die Überwachung der Einhaltung der Prospektverordnung und für die Billigung der Prospekte verantwortlich (Art. 31 Abs. 1 und 2 Prospektverordnung).

### **Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen**

#### FIDLEG:

Die vorsätzliche Verletzung von Vorschriften für die Erstellung und Verwendung von Prospekten und Basisinformationsblättern ist strafrechtlich sanktioniert. Bestraft wird zudem, wer vorsätzlich Privatkunden strukturierte Produkte anbietet oder interne Sondervermögen bildet, ohne die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen (Art. 90 und 91 FINMAG). Allerdings gelten diese Strafbestimmung des FIDLEG nicht für beaufsichtigte Finanzdienstleister nach Art. 3 FINMAG und für sie tätige Personen! Diese unterstehen lediglich den Strafbestimmungen des FINMAG (Art. 92 FIDLEG).

#### PRIIP-Verordnung/Prospektverordnung:

Die PRIIP-Verordnung sieht die Möglichkeit von Beschwerden und Rechtsbehelfen sowie verwaltungsrechtlichen Sanktionen und anderen Massnahmen vor (Art. 19 ff. PRIIP-Verordnung).

Die Prospektverordnung enthält Bestimmungen über verwaltungsrechtliche Sanktionen und andere verwaltungsrechtliche Massnahmen (Art. 38 – 43 Prospektverordnung).

### **Zivilrechtliche Haftung**

#### FIDLEG:

Das FIDLEG enthält folgende allgemeine zivilrechtliche Haftungsbestimmung: «Wer in Prospekten, im Basisinformationsblatt oder in ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechenden Angaben macht, ohne dabei die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, haftet dem Erwerber eines Finanzinstruments für den dadurch verursachten Schaden» (Art. 69 Abs. 1 FIDLEG).

#### PRIIP-Verordnung/Prospektverordnung:

Die zivilrechtliche Haftung richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des einzelnen Mitgliedstaates. Bei EU-Retail-Kunden gilt zwingend der Gerichtsstand und das Recht des jeweiligen Mitgliedstaates.

Die PRIIP-Verordnung enthält Bestimmungen betreffend die zivilrechtliche Haftung des PRIIP-Herstellers (Art. 11 PRIIP-Verordnung).

Die Prospektverordnung enthält Bestimmungen zur Prospekthaftung (Art. 11 Prospektverordnung).

### **Pragmatische Umsetzung**

#### **Produktdesign und -analyse**

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

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

#### **Prospekterstellung**

Nach FIDLEG ist ein zu erstellender Prospekt so auszugestalten, dass er von der Prüfstelle genehmigt werden kann. Er muss mit anderen Worten vollständig, kohärent und verständlich sein (Art. 51 FIDLEG). Des Weiteren müssen die enthaltenen Informationen im Hinblick auf eine mögliche Haftung richtig und gesetzeskonform und dürfen nicht irreführend oder widersprüchlich sein (Art. 69 FIDLEG). Ähnliche Überlegungen gelten, wenn eine gesetzliche Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts besteht. Ein solches ist gesetzeskonform zu erstellen und zu ver-



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

Nach EU Prospektverordnung gelten für die Erstellung eines Prospekts grundsätzlich dieselben allgemeinen Überlegungen. Für den Fall, dass keine Prospektspflicht besteht, sieht die Prospektverordnung die Möglichkeit der Erstellung eines Prospekts auf freiwilliger Basis vor (Art. 4 Prospektverordnung).

### Produktvertriebsweisung

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

### Zeitliche Umsetzung

Das FIDLEG ist samt Vollzugsverordnung am 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Für die Erstellung des Prospekts für Effekten und für das Abfassen eines Basisinformationsblatts bestehen teilweise Übergangsfristen. Während den Übergangsfristen gelten grundsätzlich die bisherigen Anforderungen. Das FIDLEG verlangt, dass die Dokumentation von Produkten nach altem Recht nachträglich angepasst werden: Wenn vor dem Inkrafttreten des FIDLEG für Effekten ein öffentliches Angebot unterbreitet oder Finanzinstrumente Privatkunden angeboten werden, so ist nach einer Übergangsfrist von 2 Jahren eine Anpassung bzw. eine neue Dokumentation erforderlich (Art. 95 FIDLEG; Art. 109-111 FIDLEG).

Die PRIIP-Verordnung ist Anfang 2018 in Kraft getreten. Die Prospektverordnung ersetzt die gegenwärtige Prospekttrichtlinie mit Wirkung ab dem 21. Juli 2019.

## Bewilligungspflichtige Finanzinstitute

### Gesetzesnormen

### Sachlicher Geltungsbereich

#### FINIG:

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

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

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

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

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

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

#### MiFID II:

Die MiFID II gilt für Wertpapierfirmen, Marktbetreiber, Datenbereitstellungsdienste und Drittlandfirmen, die im EU/EWR-Raum durch die Errichtung einer Zweigniederlassung Wertpapierdienstleistungen erbringen oder Anlagetätigkeiten ausüben (siehe vorne).

## **Örtlicher Geltungsbereich**

### FINIG:

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

### MiFID II/MiFIR:

EU/EWR-Mitgliedstaaten «können vorschreiben, dass eine Drittlandfirma, die die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder die Ausübung von Anlagetätigkeiten mit oder ohne Nebentätigkeiten für *Kleinanleger* oder für *opt-in professionelle Kunden* in ihrem Hoheitsgebiet beabsichtigt, eine *Zweigniederlassung* in diesem Mitgliedstaat errichten muss.» (Art. 39 Abs. 1 MiFID II). Gegebenenfalls muss die Zweigniederlassung eine vorherige Zulassung der zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaates einholen, wobei bestimmte Voraussetzungen nach MiFID II zu erfüllen sind (Art. 39 Abs. 2 MiFID II; vgl. auch Einleitungsziffer 109). Die Kompetenz liegt bei den Mitgliedstaaten.

Eine Drittlandfirma kann im EU/EWR-Raum unter Umständen Dienstleistungen und Tätigkeiten infolge einer Gleichwertigkeitsentscheidung mit oder ohne Zweigniederlassung erbringen. Eine Drittlandfirma kann für geeignete im gesamten EU/EWR-Raum ansässige *Gegenparteien* oder *professionelle Kunden* (im Sinne von Anhang II Abschnitt 1 MiFID II) ohne Zweigniederlassung Wertpapierdienstleistungen erbringen oder Anlagetätigkeiten mit oder ohne Nebendienstleistungen durchführen, wenn diese Gegenparteien oder Kunden in dem Register von Drittlandfirmen verzeichnet sind, das von der ESMA gemäss Artikel 47 MiFIR geführt wird. Die ESMA registriert eine Drittlandfirma, die sich für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Tätigkeiten im gesamten EU/EWR-Raum beworben hat, nur unter bestimmten Bedingungen. Es bedarf insbesondere eines Gleichwertigkeitsbeschlusses (Art. 46 Abs. 1 und 2 MiFIR).

## **Bewilligungspflicht**

### FINIG:

Die genannten Finanzinstitute benötigen eine Bewilligung der FINMA. Finanzinstitute mit entsprechender Bewilligung nach Art. 1 FINMAG benötigen keine neue Bewilligung (Art. 74 FINIG). Verwalter von Kollektivvermögen, die in der Schweiz bereits einer

gleichwertigen staatlichen Aufsicht unterstellt sind (z.B. Verwalter von Vorsorgeeinrichtungen mit kantonaler Bewilligung), sind von der Bewilligungspflicht befreit (Art. 5 FINIG; Botschaft, S. 9020). Die FINMA kann Verwalter von Kollektivvermögen in begründeten Fällen von den Vorschriften des FINIG ganz oder teilweise befreien, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 7 FINIV).

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

#### MiFID II:

Jeder Mitgliedstaat schreibt vor, dass die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und/oder die Ausübung von Anlagetätigkeiten als übliche berufliche oder gewerbliche Tätigkeit der vorherigen Zulassung gemäss Titel II/Kapital 1 MiFID II bedarf. Diese Zulassung wird von der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaats erteilt (Art. 5 Abs. 1 MiFID II).

Die Mitgliedstaaten registrieren sämtliche Wertpapierfirmen. Dieses Register ist öffentlich zugänglich und enthält Informationen über die Dienstleistungen und/oder Tätigkeiten, für die die Wertpapierfirma zugelassen ist. Die ESMA erstellt ein Verzeichnis sämtlicher Wertpapierfirmen im EU/EWR-Raum. Dieses Verzeichnis enthält Informationen über die Dienstleistungen oder Tätigkeiten, für die jede einzelne Wertpapierfirma zugelassen ist, und es wird regelmässig aktualisiert. Die ESMA veröffentlicht dieses Verzeichnis auf ihrer Website und aktualisiert es regelmäßig ( Art. 5 Abs. 3 MiFID II).

Der Herkunftsmitgliedstaat stellt sicher, dass in der Zulassung die Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten spezifiziert werden, die die Wertpapierfirma erbringen bzw. ausüben darf (Art. 6 Abs. 1 MiFID II).

Die Zulassung ist im gesamten EU/EWR-Raum gültig und gestattet einer Wertpapierfirma, Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten, für die ihr eine Zulassung erteilt wurde, im gesamten EU/EWR-Raum zu erbringen bzw. auszuüben; dies kann entweder durch die Niederlassungsfreiheit, auch über die Errichtung einer Zweigniederlassung, oder im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs geschehen (Art. 6 Abs. 1 und 3 MiFID II).

## **Bewilligungsvoraussetzungen**

### FINIG:

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

### MiFID II:

Die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit ergeben sich auf Stufe EU/EWR aus der MiFID II (Art. 5 ff.). Insbesondere müssen Wertpapierfirmen verschiedene organisatorische Anforderungen erfüllen. Sie betreffen allgemeine Anforderungen, Compliance, das Risikomanagement, die Innenrevision, die Zuständigkeiten der Geschäftsleitung, die Bearbeitung von Beschwerden, die Vergütungsgrundsätze und –praktiken sowie die persönlichen Geschäfte (Art. 16 MiFID II; Art. 21 – 29 Delegierte Verordnung 565).

## **Pflichten**

### FINIG:

Während der Dauer einer bewilligten Geschäftstätigkeit müssen Finanzinstitute verschiedene Pflichten erfüllen: Neben den vorne beschriebenen Anforderungen an die Erbringung von Finanzdienstleistungen müssen sie folgende weitere Anforderungen erfüllen: Sie müssen der FINMA jegliche Änderung von Tatsachen melden, die der Bewilligung zugrunde liegen. Bei einer Übertragung von Aufgaben an Dritte müssen sie verschiedene Anforderungen einhalten. Bei gewissen Ausländertätigkeiten (z.B. Errichtung einer Tochtergesellschaft, Erwerb einer qualifizierten Beteiligung) müssen sie der FINMA vorgängig Meldung erstatten. Sie müssen sich spätestens bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Ombudsstelle anschliessen. Bei Wertpapierhäusern bestehen schliesslich Aufzeichnungs- und Meldepflichten (Art. 8, 14, 15, 16, 50 und 51 FINIG). Die Verordnung enthält weitere Präzisierungen zu den Pflichten (siehe Art. 10 ff. FINIV).

### MiFID II:

Während der Dauer einer bewilligten Geschäftstätigkeit müssen Wertpapierfirmen verschiedene Pflichten erfüllen: Neben den vorne beschriebenen Anforderungen an die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten müssen sie beispielsweise Vorschriften bei der Übertragung von Aufgaben an Dritte beachten und einer Einrichtung effizienter und wirksamer Beschwerde- und Schlichtungsverfahren angehören (siehe vorne).

### **Aufsicht**

#### FINIG:

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

Unabhängige Vermögensverwalter und Trustees werden zwar von der FINMA bewilligt und diese hat die volle Enforcement-Kompetenz. Doch wird die laufende Aufsicht nicht durch die FINMA, sondern durch nicht behördliche, von der FINMA bewilligte Aufsichtsorganisationen ausgeübt. Vorbehalten bleibt die konsolidierte Aufsicht durch die FINMA nach dem FINIG oder den Finanzmarktgesetzen (Art. 61 FINIG). Die Aufsicht von Vermögensverwaltern und Trustees ist in der Verordnung weiter präzisiert (Art. 83 und 84 FINIV). Die Bewilligungsvoraussetzungen und die Aufsichtstätigkeiten der Aufsichtsorganisationen sind in der Aufsichtsorganisationenverordnung geregelt.

#### MiFID II:

Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass eine in ihrem Hoheitsgebiet zugelassene Wertpapierfirma die Voraussetzungen für die Erstzulassung nach MiFID II jederzeit erfüllen muss. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Behörden die Tätigkeit von Wertpapierfirmen überwachen, um die Einhaltung der Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit gemäss der MiFID II zu beurteilen (Art. 21 und 22 MiFID II).

### **Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen**

#### FINIG:

Neben möglichen aufsichtsrechtlichen Massnahmen der FINMA bestehen strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten: Das FINIG enthält Strafbestimmungen hinsichtlich der Verletzung des Berufsgeheimnisses,

der Bestimmungen über den Schutz vor Verwechslungen und Täuschungen sowie der Bestimmungen über die Aufzeichnungs- und Meldepflichten (Art. 69 – 71 FINIG).

#### MiFID II:

Die Mitgliedstaaten sehen im Rahmen der MiFID II verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen vor (siehe vorne).

### **Verantwortlichkeit**

#### FINIG:

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

#### MiFID II:

Die zivilrechtliche Haftung richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des einzelnen Mitgliedstaates.

### **Pragmatische Umsetzung**

#### **Neue Bewilligung oder Bewilligungsanpassung**

Nach dem FINIG müssen Vermögensverwalter und Trustees eine neue Bewilligung einholen. Andere Finanzinstitute, die bereits über eine Bewilligung verfügen, müssen allenfalls zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen. Die Verordnung enthält Angaben zum Bewilligungsgesuch (siehe Art. 9 FINIV). Nach der MiFID II müssen Wertpapierfirmen als solche in einem Mitgliedstaat zugelassen sein (siehe Art. 5 ff. MiFID).

#### **Zeitliche Umsetzung**

Das FINIG ist samt Vollzugsverordnung am 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Es bestehen allerdings folgende Übergangsfristen mit Beginn ab Inkrafttreten oder ab Anerkennung der relevanten Stelle (Art. 74 FINIG; Art. 91 ff. FINIV): Anschluss an Ombudsstelle (6 Monate); Umsetzung FINIG durch bereits bewilligte Finanzinstitute (1 Jahr); Bewilligungspflicht FINIG des Vermögensverwalters und Trustees (Meldepflicht innert 6 Monaten; Übergangsfrist von 3 Jahren).

Die MiFID II (inkl. MiFIR) ist Anfang 2018 in Kraft getreten.

## Abkürzungsverzeichnis

---

BankG	Bankengesetz von 1934
Botschaft	Botschaft zum FIDLEG und FINIG von 2015
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
FIDLEG	Finanzdienstleistungsgesetz von 2018
FINIG	Finanzinstitutsgesetz von 2018
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel von 2015
FINMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetz von 2007
KAG	Kollektivanlagegesetz von 2006
MiFID II	EU Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente
MiFIR	Verordnung (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente
OGAW-RL	Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW); wie geändert durch OGAW I - V
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PRIIP-V	Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP)
Prospekt-V	Verordnung (EU) 2017/1129 über den Prospekt der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel in einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist (ersetzt Richtlinie 2003/71/EG)
Prospekt-RL	Richtlinie 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch von 1937