

Universität St. Gallen

FIDLEG/FINIG: Herausforderungen, Pflichten, Gestaltungsmöglichkeiten

Zürich, 10. Mai 2019

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Die Pflichten unabhängiger Vermögensverwalter gemäss FIDLEG/FINIG

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

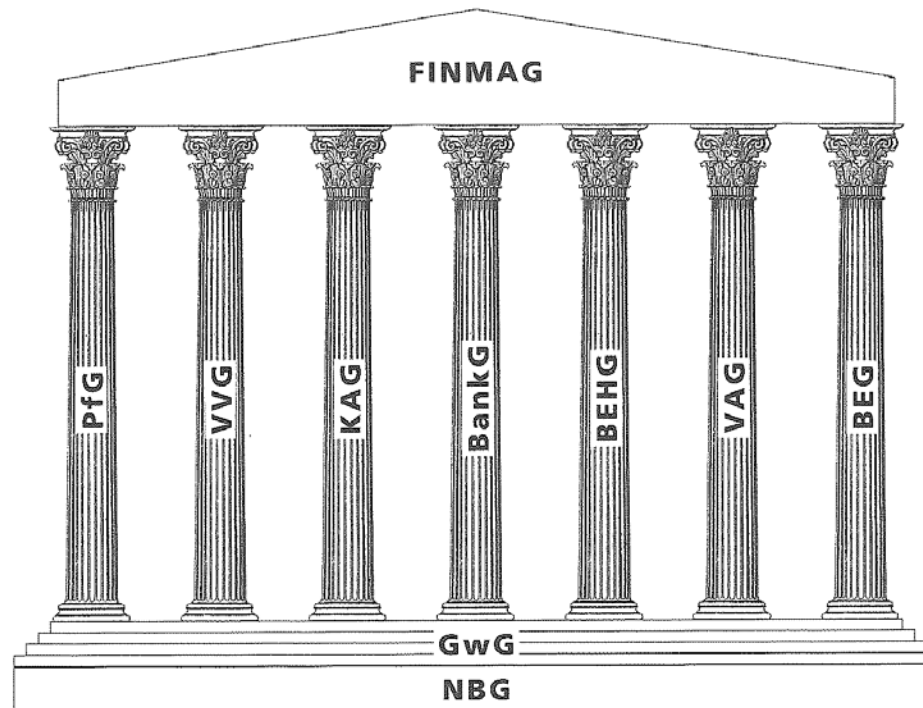
Inhalt

- I. Einleitung
- II. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)
- III. Finanzinstitutsgesetz (FINIG)
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

A. Zur «Neuen Finanzmarktarchitektur»

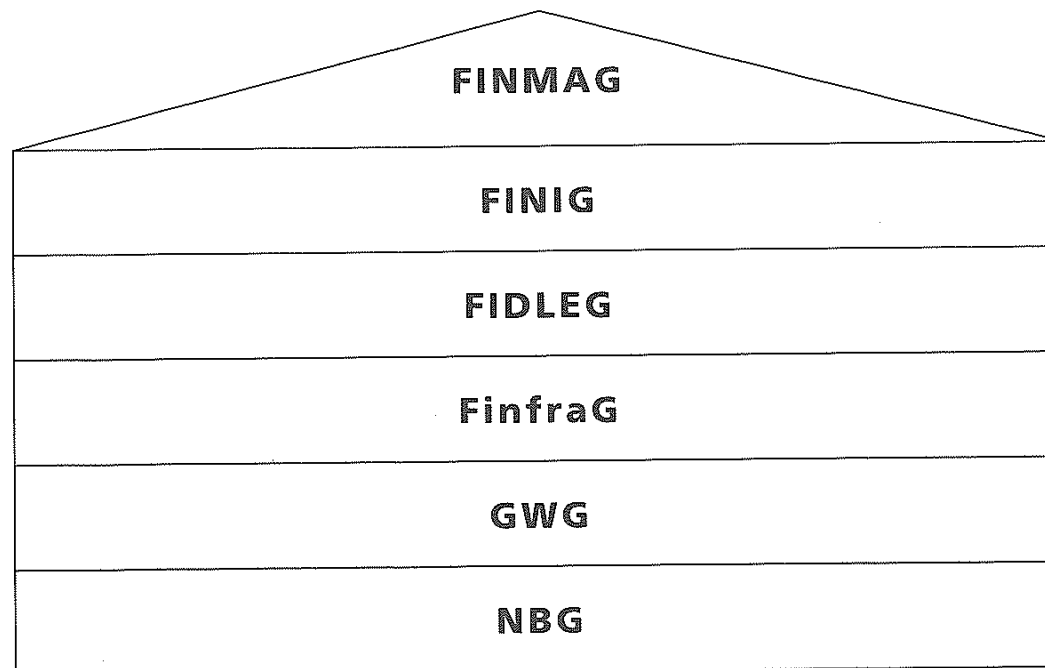
➤ Vertikal-Modell...



I. Einleitung

A. Zur «Neuen Finanzmarktarchitektur»

➤ ... Horizontal-Modell



I. Einleitung

B. Historie und Bedeutung der UVV



I. Einleitung

B. Historie und Bedeutung

➤ Entstehung von UVV

Viele UVV entstanden – meist als KMU – in den *1980er und 1990er Jahren*, als sich zahlreiche *Banker «selbständig»* machten; insofern wurden, etwas trivialisiert, Bankkunden «mitgenommen» von den UVV, die in der Folge die *Vermögensverwaltung «extern»* (basierend auf VV) für diese Kunden übernahmen, wobei die Gelder bei den Depotbanken blieben.

➤ Wirtschaftliche Relevanz von UVV

In Bezug auf die UVV-Branche herrscht bis anhin ein «guessing game»; Schätzungen gehen dahin, dass ca. *2'800 – 3'600 UVV* bestehen (teils wird von bis *6'000 UVV* ausgegangen), die rund *15%* des gesamten Wertschriftenbestandes in der Schweiz – *CHF 600 Mia. - CHF 700 Mia.* – verwalten; in jedem Fall erscheinen die UVV nach wie vor wirtschaftlich bedeutsam.

I. Einleitung

C. Rechtslage de lege lata für UVV

➤ Fehlen einer umfassenden Regulierung

UVV sind aktuell (noch) *nicht detailliert* geregelt, was in der Finanzbranche einen gewissen Wettbewerbsvorteil mit sich bringen kann; insbesondere fehlte bis anhin eine *prudentielle Aufsicht* (Beispiele: FINMA oder SRO) über die UVV in der Schweiz – dies wird nunmehr geändert.

➤ Rechtsfreier Raum?

Nein, z.B. ist das *Auftragsrecht* (Art. 394 ff. OR) anwendbar, inklusive der bundesgerichtlichen Praxis (Stichwort: Retrozessionen), und auch das *Geldwäschereirecht*; ausserdem bestehen diverse spezialgesetzliche Besonderheiten für UVV im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen sowie im Zusammenhang mit Tätigkeiten der beruflichen Vorsorge; zudem hat die FINMA bedeutsame *Rundschreiben* (z.B. «Eckwerte zur Vermögensverwaltung») erlassen.

➤ Relevanz der Selbstregulierung

Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV): «Schweizerische Landesregeln für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung»; Selbstregulierung des VSV wurde durch die FINMA als *Mindeststandard* anerkannt (vgl. RS 2008/10: Rz. 29).

I. Einleitung

D. Neue Rechtsgrundlagen ab 2020

➤ FIDLEG und FIDLEV

Zweck ist u.a. «Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern» (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG), notabene mit sektorenübergreifenden Regelungen; Geltungsbereich beispielsweise betreffend «Finanzdienstleister» (Art. 2 Abs. 1 lit. a FIDLEG); es geht im Wesentlichen um die *Koordinationsebene*, d.h. Verhalten auf *gleicher Ebene* (Beispiel: UVV / Kunde).

➤ FINIG, FINIV und AOV

Geregelt werden die «Anforderungen an die Tätigkeit der Finanzinstitute» (Art. 1 Abs. 1 FINIG), wobei der Anlegerschutz zentral ist (Art. 1 Abs. 2 FINIG); Lex specialis betreffend die «Vermögensverwalter» (Art. 17 ff. FINIG), d.h. erstmals umfassende Regulierung der UVV; es handelt sich um *Subordinationsebene* oder m.a.W. «*von oben nach unten*» (sc. Aufsicht).

II. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

A. Übersicht

➤ **AT: Art. 1 ff. FIDLEG**

UVV ist «Finanzdienstleister» (Art. 2 Abs. 1 lit. a FIDLEG), der gewerbsmässig «Finanzdienstleistungen» anbietet (Art. 3 lit. d/lit. c Ziff. 3 FIDLEG).

➤ **Erbringen von Finanzdienstleistungen: Art. 6 ff. FIDLEG**

Verhaltensregeln u.a. für UVV, beispielsweise *Informationspflichten* und *Prüfpflichten*.

➤ **Verweisung**

Einige *andere Referenten* (Proff. Jutzi, Schaller und Schenker) gehen *im Detail* auf diese Themen ein, d.h. es wird im Folgenden nicht mehr als eine *Übersicht* angestrebt.

II. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

B. Geltungsbereich

➤ Rechtsformunabhängigkeit

Es spielt also *keine Rolle*, ob eine EU, eine Handelsgesellschaft (AG, KIG, KmG etc.) oder eine Gen vorliegt; dies wird u.a. für die Vermögensverwalter bestätigt mit *Art. 18 Abs. 1 FINIG*.

➤ Art. 2 Abs. 1 lit. a FIDLEG

«Dem Gesetz sind unabhängig von der Rechtsform unterstellt: (...) Finanzdienstleister».

II. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

C. Begriffe

- **Finanzdienstleister (Art. 3 lit. d FIDLEG):**
«Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbsmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt».
- **Finanzdienstleistungen (Art. 3 lit. c FIDLEG) – Auswahl:**
«der Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten» (Ziff. 1); «die Verwaltung von Finanzinstrumenten (Vermögensverwaltung)» (Ziff. 3); «die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung)» (Ziff. 4).

II. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

D. Spezifische Pflichten

➤ Informationspflichten

Art. 8 f. FIDLEG: Es muss «über sich» informiert werden (Aufsichtsstatus, wirtschaftliche Bindungen etc.: Art. 8 FIDLEG; u.U. braucht es ein spezifisches «Basisinformationsblatt»: Art. 8 Abs. 3 FIDLEG); diese Informationen müssen *vorgängig* gegeben werden, also vor dem Vertragsschluss bzw. vor der Dienstleistungserbringung (Art. 9 FIDLEG); vgl. Art. 6 ff. FIDLEV.

➤ Angemessenheitsprüfung

Art. 11 FIDLEG: «Ein Finanzdienstleister, der die Anlageberatung für einzelne Transaktionen erbringt, ohne dafür das gesamte Kundenportfolio zu berücksichtigen, muss sich über die Kenntnisse und Erfahrungen seiner Kundinnen und Kunden erkundigen und vor der Empfehlung der Finanzinstrumente prüfen, ob diese für die Kundin oder den Kunden angemessen sind».

➤ Eignungsprüfung

Art. 12 FIDLEG: «Ein Finanzdienstleister, der die Anlageberatung unter Berücksichtigung des Kundenportfolios oder die Vermögensverwaltung erbringt, muss sich über die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele sowie über die Kenntnisse und Erfahrungen der Kundin oder des Kunden erkundigen. Diese Kenntnisse und Erfahrungen beziehen sich auf die Finanzdienstleistung und nicht auf die einzelnen Transaktionen».

II. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

E. Weitere Pflichten – Auswahl:

➤ Vermeidung von Interessenkonflikten

Art. 25 ff. FIDLEG: Massnahmen der Organisation (Art. 25 FIDLEG) sowie *Retrozessionen* (Art. 26 FIDLEG), die besonders bedeutsam bei UVV sind; ausserdem: Art. 24 ff. FIDLEV.

➤ Transparenz sowie Sorgfalt

Art. 17 ff. FIDLEG: «Grundsatz von Treu und Glauben» sowie das «Prinzip der Gleichbehandlung» sind zu beachten (Art. 17 FIDLEG); bei der Erfüllung der Aufträge muss zudem für die Kunden das «bestmögliche Ergebnis» erreicht werden (Art. 18 Abs. 1 FIDLEG); vgl. auch Art. 20 f. FIDLEV.

➤ Kundensegmentierung

Art. 4 Abs. 1 FIDLEG: «Die Finanzdienstleister ordnen die Personen, für die sie Finanzdienstleistungen erbringen, einem der folgenden Segmente zu: a. Privatkundinnen und -kunden; b. professionelle Kunden; c. institutionelle Kunden»; zudem: Art. 4 FIDLEV.

III. Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

A. Übersicht

➤ **AT: Art. 1 ff. FINIG**

FINIG soll die «Anforderungen an die Tätigkeit der Finanzinstitute» regeln (Art. 1 Abs. 1 FINIG), zu denen auch die «Vermögensverwalter» bzw. die UVV gehören (Art. 2 Abs. 1 lit. a FINIG).

➤ **Bewilligung: Art. 5 ff. FINIG/Art. 17 ff. FINIG**

UVV sind – erstmals – generell *bewilligungspflichtig*, durch die FINMA (Art. 5 Abs. 1 FINIG);
Vorsicht: *Übergangsrecht*, wenn bis anhin keine Bewilligung erforderlich (Art. 74 Abs. 2 FINIG;
Meldung innert sechs Monaten sowie Bewilligungsgesuch innert drei Jahren seit Inkrafttreten).

➤ **Aufsicht: Art. 61 ff. FINIG**

UVV unterstehen – erstmals – einer spezifischen Aufsicht, und zwar in erster Linie durch *spezifische Aufsichtsorganisationen*, die ihrerseits durch die *FINMA bewilligt* werden müssen (Art. 61 FINIG).

III. Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

B. Begriffe

➤ **Finanzinstitut (Art. 2 Abs. 1 lit. a FINIG):**

«Finanzinstitute im Sinne dieses Gesetzes sind, unabhängig von der Rechtsform: a. Vermögensverwalter (Art. 17 Abs. 1)».

➤ **Vermögensverwalter (Art. 17 Abs. 1 FINIG):**

«Als Vermögensverwalter gilt, wer gestützt auf einen Auftrag gewerbsmässig im Namen und für Rechnung der Kundinnen und Kunden über deren Vermögenswerte im Sinne von Artikel 3 Buchstabe c Ziffern 1-4 FIDLEG verfügen kann».

➤ **Gewerbsmässigkeit (Art. 3 FINIG):**

«Gewerbsmässigkeit im Sinne dieses Gesetzes ist gegeben, wenn eine selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt»; zudem: Art. 11 FINIV.

III. Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

C. Allgemeine Bewilligungsvoraussetzungen

➤ **Bewilligungspflicht**

Art. 5 ff. FINIG: sog. Bewilligungskaskade (Art. 6 FINIG); es handelt sich um *Polizeibewilligung* der FINMA (Art. 5 Abs. 1 FINIG), d.h. es besteht ein *Rechtsanspruch* (Art. 7 Abs. 1 FINIG).

➤ **Bewilligungsvoraussetzungen: Art. 7 ff. FINIG**

Voraussetzungen *personeller* Natur: Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit, guter Ruf und fachliche Qualifikation (Art. 11 FINIG); *organisatorisch*: Aufsicht durch Aufsichtsorganisation (Art. 7 Abs. 2 FINIG i.V.m. Art. 43a FINMAG) und angemessene Organisation (Art. 9 FINIG); Details finden sich in Art. 4 ff. FINIV.

➤ **Ombudsstelle**

Finanzinstitute müssen sich einer *Ombudsstelle* gemäss Art. 74 ff. FIDLEG i.V.m. Art. 98 ff. FIDLEV anschliessen, notabene spätestens mit Aufnahme ihrer Tätigkeit (Art. 16 FINIG).

III. Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

D. Spezifische Bewilligungsvoraussetzungen

➤ Personelles

Grundsatz: «Die Geschäftsführung eines Vermögensverwalters (...) muss aus mindestens zwei qualifizierten Personen bestehen» (Art. 20 Abs. 1 FINIG); Details: Art. 18 FINIV.

➤ Organisatorisches

Pflichten zum angemessenen *Risikomanagement* und zur wirksamen *internen Kontrolle* (vgl. Art. 19 FINIV), so dass v.a. die Legal Compliance sichergestellt ist (Art. 21 Abs. 1 FINIG); Verbot der Personalunion betreffend Überwachung (Art. 21 Abs. 3 FINIG); vgl. auch Art. 19 FINIV.

➤ Finanzielles

Art. 22 f. FINIG: Mindestkapital in Höhe von CHF 100'000.--/bar, angemessene Eigenmittel, Berufshaftpflichtversicherung; Details: Art. 20 ff. FINIV.

III. Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

E. Prudentielle Aufsicht: FINMA & AO

➤ Zuständigkeit(en)

Unklarheit zum «Steuerrad»: FINMA beaufsichtigt «unter Beizug einer Aufsichtsorganisation» (Art. 61 Abs. 1 FINIG); die laufende Aufsichtsorganisation wird indessen «durch Aufsichtsorganisationen wahrgenommen, die von der FINMA bewilligt sind» (Art. 61 Abs. 2 FINIG).

➤ Bedeutung der AO

Keine Bewilligung des UVV durch FINMA ohne AO (Art. 7 Abs. 2 FINIG); AO müssen ihrerseits durch *FINMA bewilligt* werden (Art. 61 Abs. 2 FINIG; Art. 43a ff. nFINMAG); Details zur Bewilligung der AO ergeben sich aus der AOV (Gewähr, Unabhängigkeit, Finanzen etc.); es soll eine *kooperative Aufsicht von AO/FINMA* bei der laufenden Aufsicht geben; vgl. Art. 9 ff. AOV.

➤ Aktuelle Entwicklungen

Diverse SRO wurden/werden aktiv im Hinblick auf Gründungen von AO; bekannt geworden sind z.B. *OSFIN* (durch OAD-FCT und PolyReg), *FINcontrol Suisse AG* (durch VQF).

IV. Schlussbemerkungen

1. Änderungen auf Koordinationsebene

Massgeblich bleibt – nach wie vor – das *Auftragsrecht* sowie die *bundesgerichtliche Praxis* im Bereich der Vermögensverwaltung; immerhin bringt das FIDLEG zugunsten der Kunden einige Änderungen mit sich, die im Ergebnis den *Kundenschutz verbessern*.

2. Änderungen auf Subordinationsebene

Die *prudentielle Aufsicht* über die UVV stellt eine zentrale Neuerung des FINIG dar; damit können auf der einen Seite (vermutlich) eine *Reputationsverbesserung*, aber auf der anderen Seite *erhöhte Kosten* verbunden sein; es ist unklar, inwiefern ein Wettbewerbsvorteil/-nachteil resultiert, doch auch in diesem Bereich dürfte der *Kundenschutz verbessert* werden.

3. Zukunft der UVV als Folge von FIDLEG/FINIG?

Viele UVV gehen seit einigen Jahren «in Rente», und die Nachfolgeaussichten scheinen wenig rosig; die *steigenden Kosten* (Aus-/Weiterbildung, Legal Compliance, neu: Aufsicht) verlangen immer mehr AUM, was zu weiteren *Konsolidierungen* (oder ev. sogar zum Ende?) der UVV führen wird.

IV. Schlussbemerkungen



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch