

Einschreiben / vorab per E-Mail

Eidgenössisches Finanzdepartement
Rechtsdienst Generalsekretariat
Bernenerhof
3003 Bern

Zug, 31. Oktober 2014

Stellungnahme zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen sowie zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 27. Juni 2014, mit welchem Sie den VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (nachfolgend „VQF“) zur Einreichung einer Stellungnahme in den oben genannten Angelegenheiten eingeladen haben.

Der VQF ist die grösste Selbstregulierungsorganisation (nachfolgend „SRO“) nach Art. 24 ff. des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (nachfolgend „Geldwäschereigesetz“ oder „GwG“). Die Aktivmitgliedschaft beim VQF kann durch berufsmässige oder nicht berufsmässige Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG erworben werden (Art. 3 Abs. 1 Statuten des VQF). Der VQF ist eine branchenübergreifende SRO und verfügt demnach über Mitglieder aus allen Kategorien der Finanzintermediation im sogenannten „übrigen Finanzsektor“ (auch „Parabankensektor“ oder „Nichtbankensektor“ genannt). Als grösste, älteste und branchenübergreifend tätige SRO hat der VQF über 1'400 Aktivmitglieder und langjährige profunde Kenntnisse des Parabankensektors.

Neben seiner Funktion als SRO ist der VQF auch eine Branchenorganisation für die Vermögensverwaltung (nachfolgend „BOVV“) gemäss dem Kollektivanlagengesetz (nachfolgend „KAG“) mit von der FINMA anerkannten Standesregeln in Sachen Ausübung der Vermögensverwaltung gemäss dem aktuellen FINMA-Rundschreiben 2009/1.

Gerne nehmen wir wie folgt Stellung:

A. Kernanliegen

1. Im Allgemeinen

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

2. VE-FIDLEG

Der VQF lehnt die Vorlage in dieser Form ab. Sie ist in wesentlichen Punkten zu überarbeiten.

Der VQF begrüsst zwar grundsätzlich eine strenge Beaufsichtigung sowie weitergehende Pflichten der Vermögensverwalter, solange sie dem Markt als Ganzes, dessen Reputation sowie dessen nationaler und internationaler Wettbewerbsfähigkeit zuträglich sind und auch dem Anlegerschutz gebührend Rechnung tragen. Die Notwendigkeit der Festlegung bestehender und erweiterter Pflichten der Vermögensverwalter entsprechend internationalen Anforderungen in einem Gesetz im formellen Sinne wird erkannt, nicht zuletzt um den Marktzugang zum für in der Schweiz beaufsichtigte Vermögensverwalter wichtigen EU-Raum auch weiterhin zu erhalten.

Mit dem Anspruch eines für alle Finanzdienstleister geltenden Gesetzes übernimmt der Vernehmlassungsentwurf des Finanzdienstleistungsgesetzes (nachfolgend „VE-FIDLEG“) zwar zahlreiche bestehende Bestimmungen aus den Spezialgesetzen, die Finanzdienstleister aus dem Versicherungsbereich oder auch die Kreditwirtschaft fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich des VE-FIDLEG. Damit kann beim VE-FIDLEG nicht von einem umfassenden, vollständigen Gesetz die Rede sein, womit sich der Vernehmlassungsentwurf auch nicht unter dem Gesichtspunkt der ganzheitlichen Regelung der FINMA-regulierten Finanzmarktteilnehmer in einer zentralen Kodifizierung rechtfertigt.

Der VE-FIDLEG wird deshalb in dieser Form und mit seinem Anspruch einer integralen Regulierung aller Finanzmarktteilnehmer abgelehnt; einige Regulierungsbestrebungen des VE-FIDLEG sehen wir aber dennoch, wie oben erwähnt, als notwendige Entwicklung der Finanzmarktaufsicht.

3. VE-FINIG

Das FINIG ist unnötig.

Das bestehende Aufsichtssystem im Parabankenbereich bietet Gewähr für eine qualitativ hochwertige – und international anerkannte – Aufsicht. Es besteht keine Notwendigkeit zur vollständigen Umgestaltung des bestehenden Aufsichtssystems. Im Gegenteil ist dieses etablierte System nicht nur tragfähig, sondern auch ausreichend etabliert, um sich an die gesteigerten Regulierungsbedürfnisse anzupassen, so dass die Einhaltung der weiteren vom Vermögensverwalter einzuhaltenden Pflichten von bestehenden SRO in ihr Regelwerk integriert und überwacht werden kann, auch wenn dies vermutlich zu einer Konsolidierung unter den bestehenden SRO im Parabankenbereich führt. Im Vergleich zum bestehenden Aufsichtssystem würde eine neue Aufsichtsstruktur, wie diejenige, welche im Vernehmlassungsentwurf des Finanzinstitutsgesetzes (nachfolgend „VE-FINIG“) vorgestellt wird, keine erkennbaren Vorteile, weder für den Markt, noch für den Marktteilnehmer oder für die Kunden eines Marktteilnehmers, schaffen. Die prudentielle Aufsicht über Vermögensverwalter durch bestehende Selbstregulierungsstrukturen ist ferner vor dem Hintergrund zu befürworten, dass die jüngsten Regulierungsbestrebungen das Institut der Selbstregulierung in zahlreichen Bereichen des Finanzmarktes stärken, welche vom vorliegenden Gesetzesvorhaben nicht betroffen ist (so etwa GwG, FinfraG).

Der VE-FINIG und die damit verbundenen Gesetzesanpassungen werden abgelehnt. Auch wenn einige Regelungen (beispielsweise eine Neuregelung des Effektenhandels aufgrund des FinfraG) notwendig sind, so erachten wir den VE-FINIG als das falsche Gefäß – die bestehenden Gesetze bieten bereits eine ideale Grundlage, um die gesteigerten Erwartungen an den Finanzmarkt zu befriedigen.

B. VE-FIDLEG

1. Verhaltensregeln

a. Kodifizierung bereits bestehender Verhaltensregeln

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

bereits vorausgesetzt, da der Vermögensverwalter gestützt auf Rz. 7.1, 7.2 u. 16 FINMA-RS 2009/1 lediglich im Rahmen des (schriftlich) vereinbarten Risikoprofils handeln darf, wobei das Risikoprofil zwingend Angaben u.a. zu den Kenntnissen, Erfahrungen und Vermögensverhältnissen des Kunden sowie zu den Bandbreiten der vertraglich zulässigen Anlagekategorien enthält. Dem Vermögensverwalter ist es derzeit untersagt, für seine Kunden unangemessene Finanzdienstleistungen zu erbringen, es sei denn, er wird vom Kunden ausdrücklich damit beauftragt. In letzterem Fall entfällt eine Angemessenheitsprüfung auch gemäss Vorentwurf (Art. 14 Abs. 1 lit. a u. b VE-FIDLEG). Entspricht ferner die vereinbarte Anlagestrategie nicht mehr der Situation des Kunden, ist der Vermögensverwalter gestützt auf Rz. 17 FINMA-RS 2009/1 bereits heute verpflichtet, den Kunden darauf aufmerksam zu machen und dies schriftlich festzuhalten. Was etwa die Rechenschaftspflicht im Sinne von Art. 16 VE-FIDLEG, die Risikoaufklärungspflicht im Sinne von Art. 19 VE-FIDLEG oder die organisatorischen Anforderungen von Art. 25 FE-FIDLEG angeht, bestehen diese Pflichten bereits gestützt auf Rz. 9, 25 f. bzw. Rz. 23 und Rz. 29 FINMA-RS 2009/1.

b. Erweiterte Verhaltensregeln in Anlehnung an MiFID II

In der Frage der Erweiterung der Verhaltensregeln durch die sinngemässe Übernahme von Bestimmungen der EU-Richtlinie RL 2014/65/EU (nachfolgend „MiFID II“) ist eine Anpassung an die Anforderungen des EU-Rechts zwar zu begrüssen, diese darf jedoch nicht darüber hinausgehen.

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

Ferner wird eine vorgebliche Übernahme einer in der Tat ausgehebelten Schweizer Praxis abgelehnt: In der Frage der Leistungen Dritter schreibt Rz. 74 der einleitenden Gründe der MiFID II vor, dass Leistungen Dritter dem Kunden weiterzuleiten sind; gemäss ständiger Rechtsprechung des Schweizer

Bundesgerichts hat ein Vermögensverwalter dagegen Anspruch auf Leistungen Dritter gestützt auf einen gültigen Verzicht des Kunden (BGE 132 III 460, BGE 137 III 393 u. unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2011: 4A_266/2010). Unter Art. 26 VE-FIDLEG wird die Praxis des Bundesgerichts zwar niedergeschrieben, der Vermögensverwalter muss jedoch gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. b VE-FIDLEG selbst bei Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 26 VE-FIDLEG seine Dienstleistung als „nicht unabhängig“ bezeichnen und dies dem Kunden gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. a VE-FIDLEG mitteilen. Zwar ist eine „nicht unabhängige“ Dienstleistung erlaubt, diese Bezeichnung wertet jedoch die Dienstleistung des Vermögensverwalters ab. Denn für Vermögensverwalter gilt die Unabhängigkeit als wesentlicher Wettbewerbsfaktor: Der Vermögensverwalter wird aufgrund der Mitteilungspflicht von Art. 7 Abs. 2 lit. a VE-FIDLEG in der Tat zum Verzicht auf Leistungen Dritter gezwungen. Mit anderen Worten verschafft der VE-FIDLEG teilweise den Anschein, die bestehende Schweizer Praxis (des Bundesgerichts) zu beachten; bei näherer Betrachtung stellt man jedoch fest, dass diese bei Widersprüchen mit den internationalen Anforderungen (MiFID II) im Ergebnis ausgehebelt wird.

Eine Anpassung des Schweizer Finanzmarktrechts an die Anforderungen des EU-Rechts erscheint vor dem Hintergrund des angestrebten EU-Marktzugangs als notwendig, auch wenn Gleichwertigkeit im Kontext der MiFID II-Thematik nicht zwingend mit Marktzugang gleichzusetzen ist, zumal bislang keine Verdeutlichung des Begriffs der Gleichwertigkeit im Sinne der MiFID II-Erweiterungen seitens der European Securities and Markets Authority ESMA vorgenommen wurde. Die Angleichung gewisser Vorschriften an MiFID II schafft die notwendige (aber nicht hinreichende) Bedingung für den Marktzugang in einzelne EU-Staaten. Die Umsetzung von MiFID II durch Mitbewerber des Schweizer Finanzplatzes im EU-Raum ist sorgfältig zu beobachten, damit überschüssige Regelungen in der Schweiz vermieden werden können. Allenfalls ist die Frage der Äquivalenz auch mit der ESMA zu besprechen.

c. Grandfathering-Regelung für lediglich in der Schweiz und/oder ausserhalb des EU/EWR-Raums tätige Vermögensverwalter

Eine Vielzahl von Vermögensverwaltern wäre auch bei fehlender Gleichwertigkeit in ihrem Geschäftsmodell nicht eingeschränkt. Sollte es sich beim Argument der Gleichwertigkeit nicht um eine leere Floskel handeln, muss dem derart Rechnung getragen werden, dass es einem Vermögensverwalter freistehen muss, ob er sich der umfassenden und damit teureren Regulierung – insbesondere im Bereich der organisatorischen Anforderungen gemäss Art. 21 ff. VE-FIDLEG – unterstellen will, um sich das damit verbundene Marktfeld offen zu halten, oder ob er auf den EU-Marktzugang verzichten und sich auf den Schweizer Markt beschränken will. Diese Grandfathering-Regelung wäre ausserdem sachgerechter als die unter Art. 125 Abs. 3 VE-FINIG vorgesehene Regel des Verbots der Aufnahme von Neukunden bei gleichzeitigem Bestehen seit mindestens 15 Jahren.

2. Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche

Die vorgeschlagenen Massnahmen zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche, wie unter dem 4. Titel des VE-FIDLEG vorgesehen, werden vollumfänglich abgelehnt.

a. *Beweislastumkehr*

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

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

b. *Ombudsstelle, Schiedsgericht u. Prozesskostenfonds*

Sowohl eine Ombudsstelle gemäss Art. 75 - 84 VE-FIDLEG als auch ein Schiedsgericht gemäss Art. 85 - 91 VE-FIDLEG oder ein Prozesskostenfonds

gemäss Art. 85 - 100 VE-FIDLEG werden abgelehnt. Ein alternatives obligatorisches Streitbeilegungsverfahren wird bereits im Zivilprozessrecht vorgesehen, so dass der Bedarf einer entsprechenden spezialgesetzlichen Regelung nicht besteht. Ferner verfügt die Schweiz über eine funktionierende ordentliche Zivilgerichtsbarkeit, welche gewährleistet, dass der Rechtssuchende seine – u.a. aus einem Finanzdienstleistungsverhältnis entstehenden – Ansprüche geltend machen kann. Es wird darauf hingewiesen, dass gerade in der Vermögensverwaltung der unabhängige Vermögensverwalter typischerweise weniger vermögend ist als sein Kunde. Der VE-FIDLEG geht offensichtlich von einem von der Realität abweichenden Bild aus: Beim Kräfteverhältnis zwischen Vermögensverwalter und Kunde ist keinesfalls Letzterer systematisch der Schwächste, wie etwa beim Verhältnis zwischen Grossbank und Kleinsparer. Im Gegenteil steht ein Vermögensverwalter nicht selten sehr vermögenden und somit in der Regel wirtschaftlich erfahrenen und ausgesprochen kompetenten Kunden gegenüber. Eine einseitige Kostenpflicht zu Lasten der Finanzdienstleister sowohl bei der Ombudsstelle (Art. 76 Abs. 1 VE-FIDLEG), beim Schiedsgericht (Art. 86 Abs. 3 VE-FIDLEG) als auch beim Prozesskostenfonds (Art. 87 VE-FIDLEG), unabhängig von den Erfolgsaussichten, erscheint daher als nicht sachgerecht und lädt den Kunden zur Prozessführung auch in unberechtigten Fällen geradezu ein, was zu einer Überlastung der Gerichte führen wird. Für Kunden, welche nicht über die finanziellen Mittel verfügen, sieht bereits heute das Zivilprozessrecht die unentgeltliche Rechtspflege vor. Dieses Institut hat den Vorteil, dass neben der Bedürftigkeit auch geprüft wird, ob ein Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist, so dass das zuständige Gericht nicht mit unberechtigten oder gar querulatorischen Klagebegehren überhäuft wird. Überdies verfügen Banken und Versicherer über ein seit Jahren bewährtes Ombudswesen.

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

3. Delegation

In folgenden Bestimmungen wird die Gesetzesausführung an den Bundesrat delegiert: Art. 4 Abs. 5, Art. 5, Art. 16, Art. 17 Abs. 2, Art. 18 Abs. 4, Art. 25 Abs. 3, Art. 31 Abs. 4, Art. 43 Abs. 2, Art. 47, Art. 48 Abs. 1, Art. 49 Abs. 3, Art. 52 Abs. 2, Art. 53 Abs. 4, Art. 53 Abs. 6, Art. 63, Art. 70 Abs. 3, Art. 82 Abs. 4, Art. 86 Abs. 5 und Art. 90 Abs. 1 u. 2 VE-FIDLEG. Ferner wird in Art. 122 VE-FIDLEG unter dem Titel „Schlussbestimmungen“ der Bundesrat pauschal zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt: „*Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen*“. Zu bemängeln ist einerseits, dass über die zahlreichen Delegationsnormen die inhaltliche Regelung des FIDLEG zu einem grossen Teil nicht im Gesetz im formellen Sinne, sondern in der Verordnung stattfinden soll. Im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung

besteht lediglich die Möglichkeit, zum Vorentwurf des Gesetzes "in Unkenntnis dessen tatsächlicher Tragweite" Stellung zu beziehen. Andererseits verletzt die pauschale Delegationsnorm von Art. 122 VE-FIDLEG das Legalitätsprinzip: Auch wenn die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Exekutive grundsätzlich eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und eine Einschränkung der demokratischen Rechte darstellt, wird sie heute von Lehre und Praxis anerkannt. Art. 164 Abs. 2 BV sieht vor, dass Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird. Es ist allerdings zu beachten, dass gemäss Bundesgericht die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation folgenden (kumulativen) Voraussetzungen unterliegt (BGE 134 I 322, 329 f.; 128 I 113, 122): (1) Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein; (2) die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein; (3) die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken und (4) die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigsten Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein. Da sich Art. 122 VE-FIDLEG nicht auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt, sondern den Bundesrat allgemein zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt, erfüllt Art. 122 VE-FIDLEG die an eine gültige Gesetzesdelegation gesetzten Anforderungen nicht und ist somit unzulässig.

4. Strafbestimmungen

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

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

Gemäss herrschender Lehre dient ferner das Strafrecht der Sanktionierung elementarer Normen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Entsprechend der *ultima-ratio*-Funktion des Strafrechts soll der Gesetzgeber von der Möglichkeit, Verhaltensweisen zu pönalisieren, zurückhaltend und nur dann Gebrauch machen, wenn andere, weniger eingriffsintensive Mittel der Sozialkontrolle nicht zur Verfügung stehen.

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

sind, um einen ordnungsgemässen Zustand wieder herzustellen (vgl. Art. 31 FINMAG).

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

C. VE-FINIG

1. Anlageberatung

Als Finanzinstitut gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a VE-FINIG gilt der „Vermögensverwalter“. Der Anlageberater wird in der Auflistung der dem VE-FINIG unterstellten Finanzinstitute nicht genannt. Der Vermögensverwalter wird unter Art. 17 VE-FINIG definiert: *„Als Vermögensverwalter gilt, wer gestützt auf einen Auftrag gewerbsmässig im Namen und für Rechnung der Kundinnen und Kunden Vermögenswerte verwaltet oder auf andere Weise über Vermögenswerte von Kundinnen und Kunden verfügen kann“*. Im Erläuterungsbericht wird zu Art. 17 VE-FINIG Folgendes präzisiert: *„Im Gegensatz zum Anlageberater ist der Vermögensverwalter bevollmächtigt und auch faktisch in der Lage, selbständig über die Anlage des Kundenvermögens zu verfügen“*. Daraus geht klar hervor, dass die „Anlageberatung“ im Gegensatz zur „Vermögensverwaltung“ vom VE-FINIG nicht erfasst wird. Dies bedeutet, dass die Anlageberatung gestützt auf Art. 2 lit. a i.V.m. Art. 3 lit. d Ziff. 4 VE-FIDLEG zwar unter den Anwendungsbereich des VE-FIDLEG fällt und Anlageberater die Anforderungen des VE-FIDLEG einhalten müssen; da jedoch der Anlageberater kein Finanzinstitut im Sinne des VE-FINIG ist, fällt dieser nicht unter den Anwendungsbereich des VE-FINIG und wird damit nicht beaufsichtigt.

Eine fehlende Beaufsichtigung der Einhaltung von Bestimmungen widerspricht der Definition des Aufsichtsrechts selbst: Von Aufsichtsrecht kann nur die Rede sein, wenn bei einer Pflichtverletzung der Beaufichtigte von der zuständigen Aufsichtsstelle zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands angehalten wird (vgl. statt vieler: TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, Basel 2005, Rz. 2 zu Art. 23^{ter} BankG; OLIVER ARTER, *Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz*, Bern 2008, Rz. 12 ff.).

2. Aufsichtssystem

a. *Aufsichtsorganisation(en) (nachfolgend „AO“)*

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

Aus Art. 82 Abs. 3 VE-FINIG i.V.m. Art. 43a Abs. 3 VE-FINMAG geht klar hervor, dass die Aufsicht über Vermögensverwalter grundsätzlich von einer oder mehreren Aufsichtsorganisation(en) wahrgenommen werden soll. Eine FINMA-Aufsicht kommt nur – subsidiär – in Frage, sollte keine Aufsichtsorganisation bestehen. Der Vorentwurf gibt somit der Selbstregulierung den Vortritt, was im Grundsatz vom VQF begrüsst wird.

b. *Aufsichtsorganisation nach Art. 43d bis Art. 43m VE-FINMAG*

aa. *Ungeeignete Rechtsform*

Die AO erteilt Vermögensverwaltern gemäss FIDLEG die erforderliche Bewilligung und beaufsichtigt deren Tätigkeit (Art. 43a Abs. 1 VE-FINMAG). Die AO muss eine Aktiengesellschaft mit Sitz und Hauptverwaltung in der Schweiz sein, deren Aktienkapital in vollständig liberierten Namenaktien eingeteilt ist (Art. 43d Abs. 1, 2 VE-FINMAG). Dabei müssen die Eigentumsverhältnisse die Branche der Beaufsichtigten auf angemessene Weise widerspiegeln (Art. 43d Abs. 3 VE-FINMAG).

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

Beaufsichtigten zu umständlichen Beteiligungsverwässerungsmassnahmen zwingen würde.

bb. AO als unselbständige Behörde

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

cc. Alternative zur AO im Sinne von Art. 82 VE-FINIG i.V.m. Art. 43a ff. VE-FINMAG im Allgemeinen

Der VQF ist, wie bereits im Rahmen seiner Stellungnahme mit Schreiben vom 28. März 2013 zu den am 18. Februar 2013 veröffentlichten Stossrichtungen einer möglichen Regulierung über ein FIDLEG geäussert, grundsätzlich der Ansicht, dass die Aufsicht durch SRO im bisherigen Sinne, d.h. SRO nach GwG bzw. BO die geeignetste Regulierungsform darstellt, dies aus folgenden Gründen:

- Kostengünstige Aufsicht: Regulierung ist mit Kosten verbunden. Die mit dem geplanten FIDLEG verbundenen Zusatzkosten werden die Finanzdienstleister auf ihre Kunden abwälzen müssen. Die Folge ist eine Verteuerung der Finanzdienstleistungen in der Schweiz. Letzteres kann verhindert werden, wenn die neuen Aufsichtsaufgaben SRO im bisherigen Sinne (SRO nach GwG und BO nach KAG) zukommen, wobei die FINMA die Oberaufsicht ausübt. Denn SRO bzw. BO sind wirtschaftlich, aber nicht gewinnstrebig geführte Unternehmen, welche bei einer Übernahme der prudentiellen Aufsicht gemäss FIDLEG keine signifikante Mehrbelastung für die Finanzdienstleister, deren Kunden und nicht zuletzt den Steuerzahler verursachen würden.
- Hohe Aufsichtsqualität: Ferner erfüllen die genannten Organisationen die Voraussetzungen zur Übernahme staatlicher Aufsichtsaufgaben. Die Hälfte der SRO sind auch BO. Die meisten der im VE-FIDLEG vorgesehenen Pflichten, insbesondere die umfangreichen Informations- und Offenlegungspflichten des Finanzdienstleisters gegenüber seinen Kunden, bilden bereits Gegenstand der Verhaltensregeln der BO (vgl. B./1./a. der vorliegenden Eingabe). BO üben somit bereits seit vier Jahren eine effiziente Aufsicht in einem FIDLEG-ähnlichen Bereich aus. Die SRO und BO sind

ferner im Laufe der Jahre sowie im Rahmen der Erweiterung ihres Aufsichtsauftrags stark gewachsen und verfügen über eine klare Gewaltenteilung. Damit wird eine hohe Aufsichtsqualität gewährleistet.

- Wahrung der Grundrechte: Durch die Übertragung von staatlichen Aufsichtsaufgaben auf privatrechtlich organisierte Organisationen wie SRO oder BO wird die Freiheit des beaufsichtigten Finanzintermediärs erweitert, da er die Möglichkeit hat, als Mitglied der als Verein organisierten SRO bzw. BO mitzuwirken. Die Anteilsübertragungsproblematik der Aktiengesellschaft stellt sich bei einer als Verein organisierten SRO nicht. Zudem werden die Grundrechte des durch eine SRO bzw. BO beaufsichtigten Finanzintermediärs gewahrt, da SRO und BO durch die Übernahme öffentlicher Aufgaben dazu verpflichtet sind, wie der Staat die Grundrechte zu beachten und zu schützen.
- Internationale Anerkennung: Die Äquivalenz der Schweizer prudentiellen Aufsicht über die Vermögensverwaltung ist für den Marktzugang, insbesondere zu den EU-Märkten, wesentlich. Das Schweizer Selbstregulierungssystem wurde anlässlich des dritten Länderexamens der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) als mit dem System der staatlichen Regulierung vergleichbar erachtet. In der Frage, ob die prudentielle Aufsicht durch privatrechtlich organisierte Organisationen wie SRO und BO von den EU-Behörden als gleichwertig erachtet wird, besteht allerdings im internationalen Kontext eine gewisse Rechtsunsicherheit, denn es fehlen einheitliche Massstäbe der EU-Behörden zur Beurteilung der Äquivalenz. Vor diesem Hintergrund, und um den staatlichen Charakter der prudentiellen Aufsicht durch die Selbstregulierung zu verdeutlichen, sind SRO bzw. BO in den Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) aufzunehmen. Die Rechtsform einer entsprechend weiterentwickelten SRO bzw. BO kann dabei unbeachtet bleiben.

dd. Alternative zur AO im Sinne von Art. 82 VE-FINIG, insbesondere i.V.m. Art. 43a ff. VE-FINMAG

Der VQF ist der Ansicht, dass folgendes Aufsichtsorganisationsmodell eine geeignete Alternative zur Aufsichtsorganisation im Sinne von Art. 82 VE-FINIG i.V.m. Art. 43a VE-FINMAG darstellt:

Ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB (1) mit einem – mit u.a. Branchenvertreter besetzten – Vorstand (2), bei welchem die operative Leitung einer fachkundigen Geschäftsführung zukommt (3) und die Aufsichtsaufgaben von einer unabhängigen Aufsichtskommission überprüft werden (4), wobei eine qualifizierte Rechtsabteilung (5) und eine versierte Administration (6) den Gremien der AO sowie den Beaufsichtigten beratend bzw. für administrative Tätigkeiten zur Verfügung stehen.

- (1) *Rechtsform des Vereins:* Bereits aufgrund der Unvereinbarkeit der Gewinnorientiertheit mit der Wahrnehmung staatlicher Aufsichtsaufgaben stellt der Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, welcher sich gemäss Art. 60 Abs. 1 ZGB einer „nicht wirtschaftlichen Aufgabe“ widmet, eine geeignetere Rechtsform einer AO als eine Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 620 ff. OR dar. Ferner ermöglicht die Rechtsform des Vereins der AO einen flexibleren Umgang mit dem Beaufsichtigtenstatus: Auch wenn es sich bei der AO gestützt auf Art. 54 Abs. 1 VE-FINMAG um eine Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG handelt und einem Finanzintermediär bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Beaufsichtigung durch die AO erwächst, ungeachtet deren Rechtsform, ist die Beendigung des Beaufsichtigtenstatus gemäss Aktien- oder Vereinsrecht unterschiedlich: Das Aktienrecht sieht keine Instrumente vor, mit welchen die Aktiengesellschaft einen Aktionär zur Veräusserung seiner Anteile zwingen könnte; da gestützt auf Art. 43d Abs. 3 VE-FINMAG auch Beaufsichtigte Aktien halten, kann ein beaufsichtigter Anteilseigner selbst bei erheblichen aufsichtsrechtlichen Pflichtverletzungen das Schicksal der AO weiter mitbestimmen. Dagegen sieht Art. 72 ZGB die Möglichkeit des (gerichtlich anfechtbarem) Vereinsausschlusses vor. Durch die Mitgliedschaft der Beaufsichtigten im Verein ist zudem jederzeit eine zutreffende Marktteilnehmerrepräsentation in der Eigentumsstruktur des Vereins sichergestellt, ohne dass diese einen die Unabhängigkeit gefährdenden Einfluss ausüben können.
- (2) *Vorstand:* Das strategische Organ der AO als Verein ist der Vorstand, welcher sich aus Mitgliedern der Wissenschaft, der Branche sowie sonstiger branchenähnlicher Bereiche in einem ausgewogenen Verhältnis zusammensetzt. Der Vorstand vertritt den Verein nach aussen und besorgt alle Vereinsgeschäfte, sofern diese nicht der Geschäftsführung oder der Aufsichtskommission zugewiesen sind. Ferner wählt er den Geschäftsführer und den Leiter der Rechtsabteilung sowie die Mitglieder und den Präsidenten der Aufsichtskommission. Um die Qualität des Vorstands der AO sicherzustellen, sind die Vorstandsmitglieder durch die FINMA zu genehmigen.
- (3) *Geschäftsführung:* Das operative Geschäft der AO wird von der Geschäftsführung geleitet. Diese stellt die fachliche, organisatorische, wirtschaftliche, personelle und administrative Leitung nach den Vorgaben des Vorstands sicher.
- (4) *Aufsichtskommission:* Die Überprüfung der Ausübung der Aufsichtsaufgaben wird von einer der übrigen Gremien der AO (Vorstand, Geschäftsführung) personell getrennten und fachlich unabhängigen Aufsichtskommission wahrgenommen. Die Aufsichtskommission der AO setzt sich aus ausgewiesenen Fachspezialisten zusammen, wobei darunter auch Branchen-

vertreter sein können, was die Fachkompetenz der Aufsichtskommission steigert.

- (5) *Rechtsabteilung*: Die AO verfügt über eine mit qualifizierten Juristen besetzte Rechtsabteilung, welche die internen Abteilungen in rechtlichen Fragen und die Beaufsichtigten in der Erfüllung ihrer Mitgliederpflichten beratend unterstützt.
- (6) *Administration*: Die Administration gewährleistet den Support aller Gremien und Geschäftsbereiche des Vereins in administrativer Hinsicht.

ee. Anwendung der Haftungserleichterung gemäss Art. 19 Abs. 2 VE-FINMAG auf die AO

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

Der VQF begrüsst die Anwendung des VwVG in der Rechtsbeziehung zwischen AO und Beaufsichtigten als sachgerecht. In Haftungsfragen ist der VQF jedoch der Ansicht, dass keine Gründe ersichtlich sind, welche für eine Benachteiligung der AO gegenüber der FINMA sprächen. Deshalb hat die Privilegierung von Art. 19 Abs. 2 VE-FINMAG auch für AO im Sinne von Art. 82 VE-FINIG zu gelten.

3. Steuerkonformität

Art. 11 VE-FINIG übernimmt die am 27. Februar 2013 veröffentlichte, dann sistierte Vernehmlassungsvorlage zur „*Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Gelder; Änderung des GwG*“. Der Wortlaut der am 27. Februar 2013 veröffentlichten Vorlage

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

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

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

Im Übrigen ist die Einführung durch die Hintertür der im November 2013 sistierten Vorlage bedenklich: Mit Medienmitteilung vom 29. November 2013 in-

formierte der Bundesrat, erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme nicht versteuerter Vermögenswerte erst auszuarbeiten, nachdem die Schweiz mit den wichtigsten Partnern bilaterale Abkommen über einen AIA abgeschlossen habe oder wenn feststehe, dass in absehbarer Zeit kein AIA-Abkommen möglich sei.

4. Strafbestimmungen

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

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

5. Delegation

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

D. Effektive Auswirkungen der VE-FIDLEG und VE-FINIG auf die Mitgliederpopulation des VQF

Im August 2014 führte der VQF eine Mitgliederumfrage durch, um die tatsächliche Situation der Marktteilnehmer anhand seiner Mitglieder zu untersuchen; da die SRO VQF allen Finanzintermediären nach Art. 2 Abs. 3 GwG offen steht, erscheint diese Umfrage als repräsentativ für den ganzen Markt der Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG. Aus den Antworten der teilnehmenden

Vermögensverwalter, welche über 75% aller 304 Teilnehmenden ausmachen und Vermögenswerte in Höhe von insgesamt mehr als CHF 22'200.00 Mio. verwalten, ging insbesondere Folgendes hervor.

Der Gesetzgeber ist gestützt auf Art. 125 Abs. 3 VE-FINIG zwar grundsätzlich gewillt, Ausnahmen von der organisatorisch anspruchsvollen und kostspieligen prudentiellen Beaufsichtigungspflicht vorzusehen. Bei der unter Art. 125 Abs. 3 VE-FINIG vorgeschlagenen Grandfathering-Klausel für seit mindestens 15 Jahren bestehende Vermögensverwalter, die keine neuen Kunden aufnehmen, handelt es sich jedoch – zumindest aus der Sicht des VQF – lediglich um eine vorgebliche Erleichterung, da die dafür zu erfüllenden Voraussetzungen dem Geschäftsmodell kaum eines Vermögensverwalters entsprechen. Wie die übrigen Wirtschaftszweige stagniert die Vermögensverwaltungsbranche nicht: Lediglich ein geringer Prozentsatz an Vermögensverwaltern (39%) besteht – zumindest in ihrer aktuellen Rechtsform – seit mehr als 15 Jahren; ferner beabsichtigen die meisten Vermögensverwalter (77%), in Zukunft neue Vermögensverwaltungsmandate anzunehmen. Aus obenstehend wiedergegebenen Umfragewerten ergibt sich eine maximale Schnittmenge von 23% der den neuen Vorschriften betreffend ihre Regulierung unterstellten Vermögensverwalter, welche vom in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehenen Grandfathering profitieren könnte. Dieser Prozentsatz ist jedoch ein Maximalbetrag und dürfte effektiv weitaus tiefer liegen.

Eine marktgerechte – und MiFID II-konforme – Erleichterung stellt dagegen die unter B./1./c. der Stellungnahme vorgestellte Grandfathering-Regelung für lediglich in der Schweiz und/oder ausserhalb des EU/EWR-Raums tätige Vermögensverwalter dar. Dies zeigte das Ergebnis der Umfrage, welche ergab, dass die vermögensverwaltenden Mitglieder des VQF zu 80% ausländische Kunden betreuen, wovon lediglich 56% der Kunden der Vermögensverwalter im EU/EWR-Raum domiziliert sind. Die übrigen ausländischen Kunden der teilnehmenden Vermögensverwalter stammen aus beiden Americas, Asien, dem Nahen Osten und Afrika sowie Russland. 15% der teilnehmenden Vermögensverwalter gaben an, bereits jetzt lediglich Schweizer Kunden zu betreuen. Weitere 56% der teilnehmenden Vermögensverwalter gaben an, sich nicht vorstellen zu können, künftig auf Kunden aus dem EU/EWR-Raum zu verzichten. Damit wären mehr als 40% der teilnehmenden Vermögensverwalter nicht auf den EU/EWR-Marktzugang angewiesen.

Was den Inhalt ihrer Tätigkeit angeht, gaben knapp drei Viertel der teilnehmenden Vermögensverwalter (74%) an, künftig die Vermögensverwaltung nicht zugunsten der reinen – gemäss VE-FINIG nicht beaufsichtigten – Anlageberatung aufgeben zu können. Die – eventuell vom Gesetzgeber bewusst angebotene – Möglichkeit der „Flucht in die reine Anlageberatung“ für bisherige Vermögensverwalter, welche die Anforderungen der neuen Aufsicht nicht erfüllen können, wird somit nicht in Anspruch genommen werden.

Auch lassen die Vorentwürfe ausser Acht, dass lediglich 25% der Mitglieder einer SRO, wovon umfragegemäss mehr als drei Viertel Vermögensverwalter und demzufolge der neuen Aufsicht unterstellt wären, über 5 oder mehr Mitarbeiter verfügen. Die gesteigerten Anforderungen an die Vermögensverwalter sowie die damit verbundenen Kosten treffen gerade die Vermögensverwalter mit 4 oder weniger Mitarbeitenden besonders hart und würde bei vielen Marktteilnehmern unüberwindbare Hindernisse darstellen, gerade im Bereich der Betriebsorganisation. Dies zeigt auf, dass die neue Regulierung nicht marktverträglich ist. Die Konsequenzen und auch die Folgekosten aus dieser Auswirkung der vorgeschlagenen Regulierung werden so auch nicht angemessen reflektiert, zumal der Erläuterungsbericht der Vernehmlassungsvorlagen unter Pt. 4.1.1 von „marginalen zusätzlichen Aufwendungen“ spricht, obwohl er die Betriebsgrössenverhältnisse der Vermögensverwalter erkennt (vgl. Pt. 4.1.5 des Erläuterungsberichts). Die mit dem Bewilligungsverfahren verbundenen Kosten werden zwar beziffert, aber zudem lapidar ergänzt mit der Bemerkung, dass damit bedeutsame Opportunitätskosten verbunden sein können, welche nicht abgeschätzt werden könnten. Dass diese bereits initial entstehenden Kosten wohl eine Vielzahl der Marktteilnehmer aus dem Markt drängen werden, und zudem periodisch die anfallenden erhöhten Kosten der teureren Regulierung, verbunden mit den zusätzlichen Kosten der Betriebsumstrukturierung, ebenfalls weitere Vermögensverwalter zur Aufgabe der Geschäftstätigkeit zwingen, thematisiert der Erläuterungsbericht nicht. Die fehlende praktische Anwendbarkeit der Grandfathering-Regel der Übergangsbestimmungen, welche gemäss Erläuterungsbericht diese Kosten für zahlreiche Beaufsichtigte obsolet werden lassen sollte, ist obenstehend erläutert.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen für weitere Auskünfte und Gespräche selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

VQF

Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen

sig. Dr. Martin Neese
Präsident

sig. Nicolas Ramelet
Geschäftsführer

LSI ordnungshalber