

Eidg. Finanzdepartement
Rechtsdienst Generalsekretariat
Bernerhof
3003 Bern

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

Bern, 17. Oktober 2014

**Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)
Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)
Stellungnahme der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) im
Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) Stellung nehmen zu können. Im ersten Teil unserer Stellungnahme werden wir uns zum FIDLEG äussern, im zweiten zum FINIG.

Freundliche Grüsse

Sara Stalder
Geschäftsleiterin SKS

André Bähler
Leiter Politik und Wirtschaft, SKS

I. Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

1. Allgemeine Bemerkungen

-Das FIDLEG ist ein **zweckmässiger Entwurf**, der elementare Kundenschutz-Bedürfnisse vorsieht, ohne den Finanzdienstleistern zu viele Pflichten aufzuerlegen. Viele Bestimmungen entsprechen Urteilen des Bundesgerichts, andere sind jetzt einfach nicht mehr (nur) im Privatrecht (z.B. Obligationenrecht), sondern im Aufsichtsrecht (FIDLEG) geregelt. Dies macht absolut Sinn: Die Banken foutierten sich teilweise ums Privatrecht, weil sie damit rechnen konnten, dass keine oder nur wenige Privatkunden klagen (Beispiel Rückforderung von Retrozessionen, gestützt auf Art. 400 OR). Sind die Bestimmungen im FIDLEG geregelt, kann sie die FINMA durchsetzen. Dies ist ein entscheidender Unterschied.

-Das **FIDLEG ist dringend notwendig**, sonst werden wiederum viele Leute viel Geld mit ungeeigneten Anlagen verlieren, so wie dies zum Beispiel bei den Fällen „[Lehman Brothers / Credit Suisse](#)“ oder dem „[UBS Absolute Return Fond](#)“ geschehen ist.

-Das FIDLEG ist nicht nur aus Konsumentenschutzüberlegungen wichtig: Es gab zahlreiche Personen, die ihr Pensionskassenguthaben bezogen haben, es angelegt und aufgrund unangemessener oder ungeeigneter Anlagen ihres Vermögensverwalters oder ihrer Bank einen grossen Teil verloren haben und nachher auf AHV-Ergänzungsleistungen angewiesen waren. **Die öffentliche Hand und der Steuerzahler haben deshalb ein vitales Interesse an einer vernünftigen Regelung.**

2. Empfehlungen der SKS zu einzelnen Artikeln

Art. 5 Opting-out und Opting-in

Empfehlung SKS: Änderung Art. 5 Abs. 1

Art. 5 Opting-out und Opting-in

¹ Vermögende Privatkundinnen und –kunden können schriftlich erklären, dass sie als professionelle Kundinnen und Kunden gelten wollen (Opting-out). Der Bundesrat ~~kann~~ **macht** die Eignung dieser Personen als professionelle Kundinnen und Kunden zusätzlich von Bedingungen, namentlich von fachlichen Qualifikationen, abhängig. ~~machen.~~

²[gemäss Bundesrat]

Begründung der Empfehlung:

Verzichtet der Bundesrat auf den Nachweis von fachlichen Qualifikationen (Kann-Formulierung), besteht die Gefahr, dass vermögende Kunden dazu gedrängt werden, sich in der Kategorie „professionelle Kunden“ einzuschreiben, obwohl sie von

Finanzanlagen nicht viel verstehen. Die Konsequenzen davon sind einschneidend, so entfällt zum Beispiel die Prüfung, ob ein Finanzinstrument geeignet und angemessen ist (siehe Art. 12).

Wer beispielsweise viel erbt und dieses Geld anlegen möchte, wird durch das blosse Vorhandensein eines stattlichen Vermögens noch lange nicht zum Finanzexperten. Deshalb ist es wichtig, dass Art. 5 Abs. 1 wie oben vorgeschlagen geändert wird. Ansonsten entwickelt er sich zum Schlupfloch, um die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung (Art. 10 und 11) zu umgehen. Bei Kunden, die wirklich etwas von Finanzanlagen verstehen, spricht nichts dagegen, dass sie als professionelle Kunden behandelt werden.

Art. 9 Unabhängigkeit*

Empfehlung SKS: Änderung / Ergänzung

Art. 9 Unabhängigkeit

¹ [wie Bundesrat]

² [wie Bundesrat]

³ [neu] **Die Bestimmungen nach Absatz 1 und 2 gelten auch für Begriffe, die eine ähnliche oder synonyme Bedeutung wie Unabhängigkeit haben. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.**

Begründung der Empfehlung:

Wird nur der Begriff „unabhängig“ bestimmten Verhaltensvorschriften unterworfen, werden Anbieter, die sich nicht an die damit verbundenen Verhaltenspflichten halten wollen, auf ähnliche Begriffe wie „neutral“ „autonom“ „eigenständig“, „frei“, etc. ausweichen. Den meisten Anlegern wäre wohl kaum bewusst, dass es rechtlich einen Unterschied zwischen einem „unabhängigen Vermögensverwalter“ und beispielsweise einem „neutralen Vermögensverwalter“ gibt.

*Artikel kann gestrichen werden, falls das Einbehalten von Retrozessionen untersagt wird (siehe Art. 26)

Art. 10-14 Eignung und Angemessenheit Finanzdienstleistungen

Empfehlung SKS: keine Änderung / gemäss Bundesrat

Begründung der Empfehlung:

Aus Sicht der SKS ist wichtig, dass diese Artikel im FIDLEG drin bleiben und nicht aufgeweicht werden. Das Bundesgericht ([Urteil 4A_140/2011](#)) hat bereits 2011 entschieden, dass es zu den Pflichten eines Finanzdienstleisters gehört:

- a) Festzustellen, welche Risiken ein Kunde eingehen will und nach seinen Lebensumständen eingehen kann
- b) Den Kunden über die Risiken der beabsichtigten Investitionen zu informieren und vor übereilten Entscheiden zu warnen, wobei der Wissenstand des Kunden und die Art der Finanzdienstleistung wichtige Kriterien sind

Die in Art. 10 und 11 beschriebenen Pflichten enthalten also nicht viele Neuerungen, es wird lediglich im Gesetz festgehalten, was das Bundesgericht ohnehin schon entschieden hat.

Das Problem: Praktisch niemand geht vor Bundesgericht aus Angst vor immensen Prozesskosten. Das wissen die Finanzdienstleister und einige von ihnen riskieren es deshalb, sich nicht an bestehende Gesetze und Urteile zu halten. Sind diese Pflichten im FIDLEG geregelt, kann sie die FINMA besser durchsetzen, der entscheidende Punkt ist jedoch die Prävention: Wenn ein Finanzdienstleister weiss, dass diese Punkte auch durchgesetzt werden, wird er sich weit eher daran halten, als wenn er wenig/nichts zu befürchten hat. Mit diesen vier Gesetzesartikeln hätte zum Beispiel der Fall Lehman Brothers / Credit Suisse verhindert werden können: Das Problem war nicht nur, dass Anleger diese Produkte in ihren Portfolios hatten, sondern dass ihre Portfolios teilweise zu 60, 70 oder 80% aus diesen Papieren bestanden. Eine solche Anlage wäre eindeutig „nicht geeignet“ im Sinne von Art. 10, bzw. „unangemessen“ im Sinne von Art. 11 FIDLEG.

Art. 15 Dokumentationspflicht

Empfehlung SKS: keine Änderung / gemäss Bundesrat

Begründung der Empfehlung:

Viele geschädigte Anleger konnten eine Falschberatung nicht beweisen, weil es keine oder zu wenige schriftlichen Unterlagen gab, über das, was zwischen Anleger und Berater vereinbart wurde. Mit diesem Artikel soll dies nun geändert werden. Dies ist keineswegs eine aussergewöhnliche Last, die den Finanzdienstleistern aufgelegt wird: Bei jeder anderen x-beliebigen Dienstleistung, bei der es um ein paar tausend Franken geht, ist es völlig normal, dass die vereinbarten Leistungen schriftlich festgehalten werden. Wer beispielsweise sein Haus renoviert oder neu streichen lässt, hat eine Offerte in der Hand, welche Arbeiten wie viel kosten werden, ohne dass es dem Maler oder dem Architekten in den Sinn käme, sich über diesen Arbeitsaufwand zu beklagen.

Art. 16 Rechenschaftspflicht und Art. 72-74 Herausgabe von Dokumenten

Empfehlung SKS: keine Änderung / gemäss Bundesrat

Begründung der Empfehlung:

Bereits heute sind die Finanzdienstleister gemäss Art. 400 OR zur Rechenschaft über ihre Geschäftsführung verpflichtet. Weigert sich jedoch ein Finanzdienstleister trotzdem, eine Kopie des Kundendossiers herauszugeben, muss dies zivilrechtlich erstritten werden. Ein [Kunde der Credit Suisse musste bis vors Bundesgericht](#), nur damit er überhaupt eine Kopie seines Dossiers bekam! Wird dies im Aufsichtsrecht geregelt, kann die FINMA gegen fehlbare Unternehmen direkt vorgehen. Deshalb ist es zentral, dass diese Artikel unverändert übernommen werden.

Art. 26 Annahme von Vorteilen

Empfehlung SKS: Änderung

Art. 26 Annahme von Vorteilen

¹Finanzdienstleister dürfen im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen nur Vorteile annehmen, wenn:

- a. ~~die Kundinnen und Kunden vorgängig ausdrücklich auf die Herausgabe der Vorteile verzichtet haben; oder~~
- b. die Vorteile vollumfänglich an die Kundinnen und Kunden weitergegeben werden.

² **[streichen]**

³ Als Vorteile gelten... [wie Bundesrat]

Begründung der Empfehlung:

Die Annahme von Vorteilen (Retrozessionen, Kickbacks, od. andere Bezeichnungen) ist *die* Ursache der allermeisten Probleme bei Finanzdienstleistungen. Locken hohe Provisionen, sind Anlageberater und Vermögensverwalter dauernd in der Versuchung, bzw. unter Druck, diese Finanzprodukte zu verkaufen, anstatt diejenigen Produkte, die für den Kunden am besten geeignet sind. Ohne Kickbacks hätte es den Fall Lehman Brothers / Credit Suisse in dieser Form nicht gegeben. Verbieta man das Einbehalten von Vorteilen, haben alle Finanzdienstleister die gleichen Karten und können sich auf die optimale Beratung und Betreuung ihrer Kunden konzentrieren. Selbstverständlich müssen und dürfen die Finanzdienstleister die entgangenen Einnahmen kompensieren, dies kann zum Beispiel durch einen fixen jährlichen Betrag am Anteil des verwalteten Vermögens geschehen oder durch Beratungen, die kostenpflichtig sind, aber wirklich den Namen „Beratung“ verdienen und keine reinen Verkaufsgespräche sind.

Einige Banken, aber längst nicht alle, haben eingesehen, dass das Einbehalten von Retrozessionen kontraproduktiv ist und leiten bereits heute oder in nächster Zukunft sämtliche Retrozessionen an ihre Kunden weiter, zum Beispiel die Schwyzer und die Basler Kantonalbank sowie die Bank Coop. Bei Vermögensverwaltungskunden, nicht aber bei Anlageberatungskunden, leiten folgende Banken die Retrozessionen an ihre Kunden weiter (bzw. verkaufen nur retrofreie Produkte): u.a. Credit Suisse, UBS, Raiffeisen und die Migros-Bank. [Quelle: Tagesanzeiger online, 12.06.2014, „Banken plötzlich vorbildlich“](#)

Art. 58 – 63 Basisinformationsblatt für Finanzinstrumente

Empfehlung SKS: keine Änderung / gemäss Bundesrat

Begründung der Empfehlung:

Das Basisinformationsblatt ist eine Art Beipackzettel für ein Finanzprodukt. Da dieses Basisinformationsblatt standardisiert sein wird, kann ein Anleger die Risiken/Renditeerwartung, die Kosten und andere wichtige Angaben von verschiedenen Finanzprodukten miteinander vergleichen. Heute fehlt eine solche

Vergleichsmöglichkeit. Deshalb ist es wichtig, dass die Artikel 58 – 63 wie vorgesehen im Gesetz bleiben.

Art. 72-74 → siehe Art. 16

Art. 81 Ombudsstelle

Empfehlung SKS: Streichen und ersetzen

Erläuterung der Empfehlung:

Die Ombudsstellen sollen finanziell und personell unabhängig sein von den unterstellten Finanzdienstleistern und sind deshalb im Eidgenössischen Finanzdepartement anzusiedeln. Der Artikel 81 ist entsprechend zu ändern.

Art. 85 ff.

Schiedsgericht vs. Prozesskostenfonds (3. Kapitel, S. 29-34. Variante A: Art. 85 – 91, Variante B: Art. 85 – 100)

Empfehlung SKS: Variante B (gemäss Bundesrat)

Begründung der Empfehlung:

Bei der Rechtsdurchsetzung präsentiert der Bundesrat zwei Varianten: Variante A ist ein Schiedsgericht, Variante B ein Prozesskostenfonds. **Die SKS bevorzugt die Variante B:** Der Hauptgrund, dass geschädigte Anleger nicht klagen, obwohl sie sehr wahrscheinlich im Recht wären, sind die hohen Kosten für Rechtsvertretung und Gerichte, die im Falle einer Niederlage zu bezahlen sind. So verzichten viele geschädigte Anleger auf einen Prozess, weil im Falle einer Niederlage, auch wenn diese noch so unwahrscheinlich ist, enorm hohe Kosten drohen: Bei einem Streitwert von beispielsweise 100'000 Franken drohen je nach Kanton ca. 50'000 – 100'000 Franken Kosten (Gerichtskosten, eigene und gegnerische Anwaltskosten) nur schon für ein *erstinstanzliches* Urteil. Wer will dies schon riskieren, vor allem dann, wenn er durch eine unangemessene oder ungeeignete Finanzberatung schon ohnehin viel Geld verloren hat? Aus diesem Grund empfiehlt die SKS die Variante B, die vorsieht, dass ein Prozesskostenfonds eingerichtet wird, der die Kosten der klagenden Partei ganz oder teilweise übernimmt.

Eine Auseinandersetzung vor einem Schiedsgericht (Variante A) würde zwar sehr wahrscheinlich weniger kosten als ein zivilrechtlicher Prozess, dennoch ist es wahrscheinlich, dass viele geschädigte Anleger aus Angst vor hohen Kosten auf ein Verfahren verzichten, auch wenn sie mit ziemlicher Sicherheit im Recht wären.

Art. 101 – 104 Verbandsklage

Empfehlung SKS: Änderung / Ergänzung

Art. 102 Zulässige Klagen

Mit der Verbandsklage... [gem. Bundesrat]

a. [...]

b. [...]

c. [...]

d. geldwerte reparatorische Leistungen [neu]

Begründung der Empfehlung:

Mit einer Verbandsklage könnten beispielsweise Konsumentenschutz-Organisationen Klage gegen einen Finanzdienstleister einreichen, wenn der seine Pflichten gegenüber mehreren Kunden nicht erfüllt, und so mehrere Anleger gleichzeitig vertreten. Der Vorteil ist, dass nicht jeder einzelne Anleger klagen muss und so auch die Gerichte entlastet werden. Ausgeschlossen sind jedoch „geldwerte reparatorische Leistungen“ (siehe dazu S. 102 des [erläuternden Berichts des Bundesrates zum FIDLEG](#)). Konkret bedeutet dies, dass ein Gericht zwar einen Gesetzesverstoss eines Finanzdienstleisters feststellen kann, die Kunden eine allfällige Entschädigung für eine solche Pflichtverletzung jedoch wieder individuell durch den ganzen privatrechtlichen Instanzenweg einfordern müssen. Deshalb würde es Sinn machen, auch die Entschädigung der Kläger gleich mit der Verbandsklage zu erledigen. Sammelklagen nach amerikanischem „Vorbild“ wären mit einer solchen Lösung dennoch nicht zu befürchten. Im US-Recht sind vor allem die „punity damages“ gefürchtet, das heisst, ein Unternehmen muss mehr bezahlen als der tatsächliche Schaden ausmacht (gedacht als Strafe und/oder „Abschreckung“ für andere Unternehmen). Zudem sind in den USA alle Geschädigten Kläger, sofern sie sich nicht aktiv dagegen entscheiden (was die wenigsten tun). Ausserdem hat das amerikanische System weitere Nachteile (siehe dazu S. 36/37 des [Berichts des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz](#)).

Art. [neu] Gruppenklage

Empfehlung SKS:

Das FIDLEG ist so zu ergänzen, dass Gruppenklagen zulässig sind.

Begründung der Empfehlung:

Das Finanzdienstleistungsgesetz sieht vor, dass Konsumentenorganisationen wie zum Beispiel die SKS klageberechtigt sind, wenn Finanzdienstleister die Pflichten gegenüber ihren Kunden verletzen. Ausserdem kann ein Gericht einen Vergleich einer solchen Organisation mit einem Finanzdienstleister für eine Gruppe von Klägern für allgemein verbindlich erklären. Nicht möglich sind jedoch Gruppenklagen, bei denen sich die Anleger selbständig zusammenschliessen, obwohl sowohl der National- als auch der Ständerat einen entsprechenden [Vorstoss](#) (Motion 13.3931) von SKS-Präsidentin Prisca Birrer-Heimo gutgeheissen haben. Bei Gruppenklagen müssten ebenso wie bei der Verbandsklage reparatorische Ansprüche (z.B.

Schadenersatz, Gewinnherausgabe) geltend gemacht werden können, ansonsten müssten einzelne Anleger solche Ansprüche einzeln durch den ganzen privatrechtlichen Instanzenweg einfordern, womit der Vorteil der kollektiven Rechtsdurchsetzung (einfache, kostengünstige Erledigung von Streitfällen mit mehreren Geschädigten) gleich wieder zunichte gemacht würde.

Art. 105 – 116 Gruppenvergleichsverfahren

Empfehlung SKS: keine Änderung / gemäss Bundesrat

Begründung der Empfehlung:

Ein Gruppenvergleich reduziert den Aufwand der Schweizer Gerichte beträchtlich, da sie ansonsten jeden Fall eines geschädigten Anlegers einzeln bewerten müssen. Ein Gruppenvergleich kann erst dann als verbindlich erklärt werden, wenn sowohl der Kläger (ein dazu berechtigter Verband oder eine Gruppe von Klägern) und der Beklagte (Finanzdienstleister) dies **gemeinsam** beantragen (siehe Art 105 Abs. 2). Damit werden in der Praxis nur Vergleiche für allgemein verbindlich erklärt, die von beiden Parteien als fair eingestuft werden. Deshalb setzt sich die SKS dafür ein, dass diese Artikel unverändert dem Parlament unterbreitet werden.

Übrige Artikel

Wo nichts anderes vermerkt, empfiehlt die SKS, den Gesetzestext gemäss Vorschlag des Bundesrates zu übernehmen.

II. Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

1. Empfehlungen der SKS zu einzelnen Artikeln

Art. 2, Art.4, Art. 6 und Art. 17- Art. 20

Empfehlung SKS: keine Änderung / gemäss Bundesrat

Begründung der Empfehlung:

Die SKS begrüsst, dass die unabhängigen Vermögensverwalter neu einer prudentiellen Aufsicht unterstellt werden. Damit wird einerseits der Anlegerschutz verbessert, andererseits eine heute bestehende Rechtsungleichheit (im Vergleich zu anderen Finanzinstituten) beseitigt. Deshalb empfiehlt die SKS: keine Aufweichung / Änderung von Art. 2, Art.4, Art. 6 und Art. 17- Art. 20.

Art. 82: Aufsichtsbehörde

Stiftung für Konsumentenschutz, Monbijoustrasse 61, Postfach, 3000 Bern 23
Telefon 031 370 24 24, info@konsumentenschutz.ch, www.konsumentenschutz.ch

Die Stiftung für Konsumentenschutz ist Mitglied der Allianz der Konsumentenschutz-Organisationen

Empfehlung SKS: FINMA-Variante

Begründung:

Die Schaffung einer halbstaatlichen Aufsichtsorganisation macht aus folgenden Gründen wenig Sinn:

- Es wird eine weitere Schnittstelle geschaffen, die Aufsichtsorganisation muss ihre Tätigkeit mit der FINMA abstimmen, dies ist aufwändiger als wenn die FINMA direkt die Aufsicht wahrnimmt.
- Selbstregulierung funktioniert in der Regel schlecht: Sich selber überwachen und kontrollieren, macht als Konstrukt wenig Sinn.
- Es ist rechtsstaatlich fragwürdig, ob einer nicht-staatlichen Organisation staatliche Kompetenzen gegeben werden sollen, wie dies offenbar beabsichtigt ist: *„Wie die FINRA soll die Aufsichtsorganisation als unabhängige Institution mit Bewilligungs-, Aufsichts- und Sanktionskompetenzen ausgestattet werden. Ebenso soll die Aufsichtsorganisation mit der Kompetenz zur Konkretisierung bundesrätlicher Bestimmungen auf Stufe Rundschreiben ausgestattet sein.“* [Siehe erläuternder Bericht, S. 142](#)

Übrige Artikel

Wo nichts anderes vermerkt, empfiehlt die SKS, den Gesetzestext gemäss Vorschlag des Bundesrates zu übernehmen.