

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Frau Isabel Grüninger  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern

Per Mail zugestellt an: [Isabel.Grueninger@finma.ch](mailto:Isabel.Grueninger@finma.ch)

Basel, 10. Juli 2024  
ALA / +41 58 330 62 10

## Anhörung zum FINMA-Rundschreiben «Verhaltenspflichten nach FIDLEG/FIDLEV»

Sehr geehrte Frau Grüninger  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Teilnahme an der Anhörung zum Entwurf eines Rundschreibens zum FIDLEG, die Sie namens der FINMA am 15. Mai 2024 eröffneten. Gerne lassen wir Ihnen im Folgenden unsere Einschätzung zukommen.

### **Position der SBVg:**

- Der Regulierungsbedarf für dieses Rundschreiben erschliesst sich uns nicht.
- Das Rundschreiben weist in Teilen rechtsetzenden Charakter auf und steht mitunter sogar im Widerspruch zum ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Zu beidem ist die FINMA nicht berufen.
- Das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Bank obliegt der Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte. Der Versuch, mittels Rundschreiben diesen Bereich dem öffentlichen Recht zu unterstellen, erachten wir als unnötig und potentiell konfliktträchtig.
- Wir empfehlen, auf das Rundschreiben in der vorgelegten Form zu verzichten.

## 1. Grundsätzliches

Das Parlament befasste sich beim Erlass des FIDLEG u.a. ausführlich mit dem Verhältnis zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht und kam zu einer eindeutigen Schlussfolgerung, die stellvertretend von SR Martin Schmid prägnant zusammengefasst wurde:

# • Swiss Banking

«Die Kommission möchte, je nach Standpunkt mit einem anderen Argument, auch vermeiden, dass die Finma-Rundschreiben für den Zivilrichter bindend sind und die Finma dadurch noch stärker zur Regulatorin wird, indem sie noch weitere Richtlinien und Rundschreiben erlässt. Die Finma soll - zu diesem Grundsatz kommen wir später auch noch einmal - Aufsichts- und nicht Regulierungsbehörde sein» (vgl. AB 2018 S 131, vgl. Link / Suchbegriff «Rundschreiben»; <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=42664> ).

Das Gesetz sieht demzufolge beispielsweise in Art. 25 Abs. 3 FIDLEG betreffend Interessenkonflikte vor, dass der *Bundesrat* (und nicht die FINMA) die Einzelheiten regelt; insbesondere bezeichnet er Verhaltensweisen, die aufgrund von Interessenkonflikten in jedem Fall unzulässig sind. Der Bundesrat ist seiner Pflicht nachgekommen, indem er die Art. 10 sowie Art. 24-28 FIDLEG erlassen hat. Auch die Ausführungen im erläuternden Bericht zur FIDLEG sind sehr detailliert. Im Zweifelsfall sind offene Fragen durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Erläuternder Bericht FIDLEG, einleitende Bemerkungen 1. Abschnitt Organisatorische Massnahmen zu Art. 22 ff., S. 30, vgl.: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/58956.pdf> ).

Mit dem Erlass eines Rundschreibens zum FIDLEG setzt sich die FINMA demzufolge über die erklärten Intentionen des Parlaments sowohl betreffend Trennung von Zivil- und Aufsichtsrecht als auch über die abschliessenden Regelungen des Ordnungsgebers hinweg. Dem können wir nicht zustimmen, umso mehr als kein aktueller Regelungsbedarf erkennbar ist. Dass es im Markt mitunter unterschiedliche Lösungen gibt, ist logische und gesetzgeberisch erwünschte Folge des prinzipien- und risikobasierten Ansatzes, der nicht mittels Rundschreiben ins Gegenteil verkehrt werden sollte.

Sachgerecht wäre stattdessen, dass die FINMA mit den ihr zugewiesenen Instrumenten den Dialog mit denjenigen unterstellten Instituten sucht, bei welchen sie eine nicht korrekte Umsetzung der Vorgaben zu erkennen glaubt. Die FINMA moniert beispielsweise unter Ziff. 4.3.4. des Erläuterungsberichts, dass die zur Aufklärung verwendeten Merkblätter und Vertragsdokumente betreffend Interessenkonflikte «zu generisch» oder «unvollständig» seien. Namentlich die Gründe für die Interessenkonflikte sowie Interessenkonflikte bei Anlagelösungen, die eigene Finanzinstrumente umfassen, seien «oft nicht nachvollziehbar erklärt» worden. Es erscheint uns als Kernaufgabe der Aufsicht, die behaupteten Mängel im Einzelfall anzusprechen, anstatt die gesamte Branche unnötig weiter zu regulieren. Der im FIDLEG explizit angelegte *zulässige* Spielraum muss belassen und im gegenseitigen Dialog so geklärt werden, dass die Zielerreichung des Gesetzes im Vordergrund steht anstelle einer erzwungenen Standardisierung. Ein Umschwenken der Aufsicht mit dem angedachten Rundschreiben auf Detailvorschriften zu einheitlicher Formular- und Vertragsausgestaltung sowie Produktregulierung entspricht in keiner Weise Vorgaben und Geist des FIDLEG.

## a. Rechtsetzende Tätigkeiten

Die FINMA hält im Erläuterungsbericht zum Rundschreiben («EB») fest, dass sie durch Verordnungen reguliert, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist (EB S.7), d.h. wenn das Gesetz eine entsprechende Delegation vorsieht. Das FIDLEG enthält jedoch keine solchen Delegationsnorm, welche der FINMA im Anwendungsbereich des Gesetzes eine *rechtssetzende* Tätigkeit erlauben würde.

Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sind u.E. jedoch viele der im RS-Entwurf vorgeschlagenen Regeln entgegen dem EB (Ziff. 2, S. 2) nicht blosse Akte aufsichtsrechtlicher Interpretation im Rahmen von Gesetz und Verordnung, sondern rechtssetzender Natur, d.h. sie gehen über den bestehenden Rahmen von Gesetz und

Verordnung hinaus. Für diese Regelungsvorschläge fehlt somit die notwendige gesetzliche Grundlage und entsprechend dürfen sie nicht zur Aufsichtsregulierung erhoben werden.

FIDLEG (und FINIG) sind, zusammen mit den jeweiligen Verordnungen, für schweizerische Verhältnisse bereits sehr detailliert. Zudem weist der Erläuternde Bericht FIDLEV/FINIV/AOV zusätzlich einen hohen Detaillierungsgrad auf. Zweck war dabei insbesondere, erhöhte Rechtssicherheit zu schaffen. Umso weniger besteht weder eine Grundlage, noch eine Notwendigkeit für noch weitere ergänzende Regelungen durch die FINMA, welche die Rechtssicherheit nicht erhöhen, sondern im Gegenteil die durch das FIDLEG Konzept geschaffene Rechtsicherheit für Finanzdienstleister und deren Kundinnen und Kunden gefährden.

“Die Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV) enthält die Ausführungsbestimmungen des Bundesrates zum FIDLEG. Sie konkretisiert im Interesse der Rechtssicherheit vorab den territorialen Anwendungsbereich des FIDLEG und der FIDLEV und verschiedene Begriffe...” (Erläuternder Bericht Ziff. 2.1, S. 8).

Diese Regelungen sind abschliessend. Der Bundesrat hat Entscheidungen und die Konkretisierungen des Gesetzes über die Verordnung vorgenommen, womit alsdann in den von der Verordnung geregelten Bereichen der Regelungsinhalt festgelegt ist. Darum lässt sich auch nicht – wie es FINMA an zahlreichen Stellen im Entwurf des RS unternimmt – über Verweise in der Botschaft zum FIDLEG de facto und inhaltlich wieder andere Regel schaffen.

Gesamthaft sind wir daher der Auffassung, dass das RS so nicht in Kraft gesetzt werden kann.

## **b. Verhältnis Aufsichts- und Zivilrecht, Kompetenzen der FINMA**

Das FIDLEG ist Aufsichtsrecht, d.h. öffentliches Recht. Die im Gesetz und der Verordnung vorgesehenen Pflichten der Finanzdienstleister sind als Aufsichtsrecht von den zivilrechtlichen Pflichten, die sie nach Privatrecht gegenüber ihren Kundinnen und Kunden haben, zu trennen. Die FINMA ist dabei für das Aufsichtsrecht zuständig und *nicht für das zivilrechtliche Verhältnis* der Finanzdienstleister mit Kundinnen und Kunden, und kann entsprechend nicht in dieses eingreifen. In gewissen Fragen kann das Zivilrecht auch weitergehen als das Aufsichtsrecht, weiterentwickelt durch die zivilrechtliche Rechtsprechung, wie z.B. bei Informationspflichten, Überwachungspflichten oder Interessenkonflikten (Retrozessionen). FINMA ist für diese zivilrechtlichen Fragen und Pflichten der Finanzdienstleister nicht zuständig.

Unabhängig von der Diskussion, ob es sich bei den Bestimmungen des FIDLEG um Bestimmungen mit Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht handelt oder nicht (SK FIDLEG Maurenbrecher/Eckert Art. 7 N. 29; a.A. BSK FIDLEG/FINIG Art. 7 N. 22), kann FINMA daraus nicht ableiten, dass sie gestützt auf das *Zivilrecht* (bzw. die zivilrechtliche Rechtsprechung) das Aufsichtsrecht “weiterentwickeln” kann, weil sie damit klarerweise rechtsetzend tätig würde. Wenn der Gesetz- oder Ordnungsgeber eine Regelung getroffen hat, ist sie daran gebunden. Dies gilt insbesondere auch in jenen Fällen, in denen noch in der Botschaft zum FIDLEG (welche Vorlage in einem zweiten Anlauf nochmals grundlegend überarbeitet werden musste, bevor sie vor das Parlament kam), Standpunkte geäussert wurden, die *vom Gesetzgeber schliesslich nicht übernommen oder vom Ordnungsgeber gestützt auf das Gesetz gerade nicht umgesetzt wurden*. Genau dies wird aber an verschiedenen Stellen im RS-Entwurf unternommen (z.B. Rz. 29). Hier befindet sich der RS-Entwurf im offenen Widerspruch zum Gesetzgeber.

## 2. Stellungnahme zu den Regelungsvorschlägen im Einzelnen

Sollte wider Erwarten und entgegen unseres Hauptantrags (vgl. Position S.1) am Rundschreiben festgehalten werden, so ersuchen wir die FINMA, zumindest die folgenden Verbesserungsvorschläge am Entwurfstext vorzunehmen:

### 2.1 Zu Rz. 3 Begriffe: Corporate Finance, M&A sowie Übernahme der Emission und/oder Platzierung von Finanzinstrumenten

Der RS Entwurf fügt für die Ausnahme von Art. 3 Abs. 3 Bst. a, b und c FIDLEV ein weiteres Kriterium hinzu und zwar, dass die Dienstleistung nicht zu Anlage- oder Absicherungszwecken in Anspruch genommen werde. Die Ausnahmen von Bst. a-c wurden als Resultat der Vernehmlassung in die Verordnung aufgeführt (s. Erläuternder Bericht FIDL/FINIV/AOV zu Absatz 3, S. 19). Zusätzliche Kriterien in der Abgrenzung wurden zwar in gewissen Stellungnahmen ebenfalls aufgebracht, aber eben *als Entscheid des Verordnungsgebers nicht in den definitiven Verordnungstext übernommen*.

Der Wortlaut des Verordnungstextes ist klar und eindeutig und enthält keine solche zusätzlichen Abgrenzungskriterien. Entsprechend fehlt die notwendige rechtliche Grundlage für FINMA, solche Zusatzregeln einzuführen.

Auch der Erläuterungsbericht FIDLEV/FINIV/AOV, welchen die FINMA zitiert, führt gerade keine solchen Abgrenzungskriterien auf, auf welche sich die FINMA beziehen könnte:

*«Eine weitere Umschreibung der in Artikel 3 Buchstabe c FIDLEG umschriebenen Finanzdienstleistungen ist im übrigen nicht notwendig, da das Gesetz und die Erläuterungen dazu bereits präzis genug sind...»* (S. 19/136).

Davon abgesehen ist zu beachten, dass mit dem klaren Wortlaut der Ausnahmeregelungen die seitens vieler Marktteilnehmer – regulierte und unregulierte – geforderte Rechtsklarheit und Rechtsicherheit geschaffen wurde. Diese würde mit den Zusatzkriterien, welche FINMA vorschlägt – wenn hierfür eine genügende Rechtsgrundlage bestünde – erheblich beeinträchtigt: So wäre z.B. in Buy-Side Beratung in M&A Aktivitäten plötzlich wieder unklar, wann eine Finanzdienstleistung vorliegt und wann damit auch nicht regulierte Finanzberater den Verhaltenspflichten des FIDLEG unterstellt würden (Art. 3 lit. c FIDLEG). Aktuell schafft die Verordnung bereits Klarheit, dass dies eben nicht der Fall ist.

Entsprechend ist Rz. 3 zu streichen.

### 2.2 Zu Rz 4 – 12: Informationspflicht

#### **Rz. 4 Information über die Art der Finanzdienstleistung**

Wir stimmen mit FINMA überein, dass bei der transaktionsbezogene und portfolio-bezogene Anlageberatung je eine Information seitens des Finanzdienstleisters über die Art der Finanzdienstleistung erfolgen muss. Die Informationspflicht bezieht sich dabei auf den Hinweis, ob eine transaktions- oder portfoliobezogene Anlageberatung erbracht wird (Erläuterungsbericht FIDL/FINIV/AOV s. 24) und entsprechend über ihre Wesensmerkmale und Funktionsweise, (Art. 7 Abs. 1 Bst. A und b FIDLEV).

# • Swiss Banking

Hierfür bedarf es keiner Klarstellung in einem RS.

Für den Zeitpunkt und die Form gilt Art. 9 FIDLEG, mit *abschliessender* Regelung. Dies gilt auch in Bezug auf die Art der Finanzdienstleistung. Diese Information erfolgt vor Abschluss des Vertrages, was sich auf den Vertragsschluss vor Eröffnung der Kundenbeziehung bezieht, denn beim Eingehen der Kundenbeziehung wird auch über die allgemeinen Wesensmerkmale, Funktionsweisen und allgemeinen Risiken der Finanzdienstleistung informiert (vgl. insbes. Art. 14 Bst. a FIDLEV: «Beim Vertragsschluss zur Eröffnung der Kundenbeziehung»).

Die Form ist in Art. 9 FIDLEG i.V.m. Art. 12 FIDLEV ebenfalls *abschliessend* geregelt. Für weitere Vorschriften, wie dies zu erfolgen habe, besteht entsprechend kein Raum und auch kein Bedarf für andere Regelungen oder einer anderen Festlegung der Pflicht durch die FINMA.

Weder das Gesetz noch die Verordnung sehen eine Kennzeichnungspflicht vor, sondern lediglich eine *Dokumentationspflicht* (Art. 15 Abs. 1 Bst. c FIDLEG).

Sowohl Gesetz als auch Verordnung sprechen von «zur Verfügung stellen», womit v.a. die webbasierte Information zu verstehen ist (Art. 9 Abs. 3 FIDLEG und Art. 12 FIDLEV). Die Information kann dabei in standardisierter Form erfolgen (Art. 9 Abs. 3 FIDLEG).

Eine andere Umschreibung oder sogar Erweiterung («schriftlicher Vertrag», «schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht») sind keine Formulierungen des Gesetzes und gehen über diese teilweise hinaus.

Auch hier überschreitet der RS-Entwurf offensichtlich die Grenze zur eigenen Rechtsetzung, wozu die FINMA nicht berufen ist. Entsprechend ist Rz. 4 zu streichen.

## **Rz. 5 – 12: (Informationspflichten)**

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d FIDLEG informiert der Finanzdienstleister seine Kundinnen und Kunden über die allgemeinen Risiken der Finanzinstrumente d.h. Wesensmerkmale, Funktionsweise und Risiken (Art. 7 A Bst b FIDLEV). Damit sind die Informationspflichten abschliessend gesetzlich geregelt. Weitere Informationspflichten, insbesondere solche, die sich auf spezifische Finanzinstrumente beziehen, wurden *durch das Parlament ausdrücklich verworfen* (vgl. noch Art. 9 Abs. 2 lit. c E-FIDLEG: «die angebotenen Finanzinstrumente und die damit verbundenen Risiken und Kosten», welche Bestimmung vom Parlament gestrichen wurde).

Das Gesetz enthält dementsprechend, mit Ausnahme für strukturierte Produkte (Art. 70 FIDLEG), keine besonderen Produktvorschriften, noch sieht es für einzelne bestimmte Finanzinstrumente besondere Informationspflichten vor, die nicht entweder (1) durch das Basisinformationsblatt (Art. (8 Abs. 2 lit a i.Vm. Abs. 3 FIDLEG) oder wo für eine Empfehlung kein Basisinformationsblatt (BIB) erforderlich ist, durch die allgemeine Informationspflicht nach Art. 8 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 lit. c FIDLEG sowie Art. 7 FIDLEV abgedeckt sind (vgl. SK FIDLEG-Bischof Art. 8 N. 78).

Dies ist auch im Erläuternden Bericht FIDLEV/FINIV/AOV ausdrücklich so festgehalten:

*«Diese Kundinnen und Kunden [welche kein BIB erhalten] sind aber jedenfalls über die allgemeinen, mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken zu informieren. Dies beispielweise beim Erwerb von OTC Derivaten (bei denen kein Basisinstrument erstellt werden muss)....»* (S. 25 oben).

In Rz. 5 – 8 EB FINMA wird jedoch eine neue, besondere Informationspflicht zu konkreten Risiken von Differenzkontrakten (CFDs), Informationen über Verluste, die andere Kunden des Finanzdienstleisters mit solchen Finanzinstrumenten erlitten hätten, sowie Nachschusspflichten und Hebeleffekte stipuliert. Ferner soll über Verlust und Nachschussquoten mit Privatkundinnen und Kunden, und dies dann noch berechnet auf Gruppenebene, informiert werden (Rz. 7, 8, EB Fn. 21). Wie wenig sachgerecht eine solche Bestimmung wäre, zeigt sich schon daran, dass beim Stichwort «Verlustgeschäfte» jegliche Differenzierung z.B. für sog. Execution-Only-Kunden fehlt. Sodann folgt aus dem Begriff «allfällige» Nachschusspflichten in Rz. 7 ein instrumentenspezifischer Risikohinweis, welcher ebenfalls über die im Gesetz geforderten allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken hinausgeht.

Da für CFDs kein BIB zu erstellen ist, ist die vom Gesetzgeber gewollte Folge, dass es bei den allgemeinen Informationspflichten bleibt. FINMA hat deshalb keine Kompetenz, die allgemeinen Informationspflichten in Bezug auf eine einzelne Art eines Finanzinstruments – CDFs - neu, anders und im Detail festzulegen, weil sie damit erneut rechtsetzend tätig würde. Wenn FINMA einen Regelungsbedarf für CFDs sieht, wofür wir keinen Grund sehen, wäre dies über den ordentlichen Gesetzgebungsprozess zu adressieren.

Gemäss EB (S. 12, Fn. 11) werden zu CFDs zusätzlich auch noch Rolling-Spot—Forex Geschäfte aufgeführt. Gestützt darauf würde eine Aufnahme dieser Randziffern zusätzlich Unklarheit in Bezug auf den Produkte-Anwendungsbereich schaffen. Auch vor diesem Hintergrund sind die genannten Bestimmungen abzulehnen.

Die Ausführungen im EB (S. 13) der FINMA zu den *Vorschriften in der EU* (!) können dementsprechend nur de lege ferenda als Vorschlag zuhanden des Gesetzgebers verstanden werden, daraus lässt sich jedoch offensichtlich *keine Grundlage für zusätzliche Regulierung durch die FINMA in der Schweiz* schaffen. Ganz im Gegenteil: Das Parlament wollte ausdrücklich auf Regelungen auf Produkteebene verzichten.

Zudem ist der Beizug des EU-Rechts, selbst wenn er nur als Analogievergleich gemeint wäre, in praktischer Hinsicht nicht fertig gedacht: Für hiesige Finanzdienstleister, die neu ihren Kundinnen und Kunden CFD anbieten, und die dementsprechend über keine Datenbasis («Track Record») von vergangenen CFD-Transaktionen verfügen, stellt sich nämlich die praktische Frage, welcher Prozentsatz in einem solchen Risikohinweis in Bezug auf die Verlustquote anzugeben wäre. Auf S. 13 verweist der EB für den Berechnungszeitpunkt und -zeitraum einer Verlustquote auf ESMA-Beschluss (EU) 2018/796, Anhang II, Abschnitt A (4)-(5). Für den Fall, dass ein «Track Record» über die letzten 12 Monate fehlt, verlangt dieser ESMA-Beschluss die Angabe einer sog. «Standardrisikowarnung», wonach «74 bis 89 %» der Kunden Geld verlieren. Es bleibt unklar, wie ESMA zu diesen Werten gelangt bzw. auf welchen Produkten, Kundenkategorien, Märkten und Zeiträumen allenfalls abgestellt wurde. Damit ist eine Vergleichbarkeit für den hiesigen Markt und die Kundenstruktur nicht gegeben, die undifferenzierte Anwendung des ESMA-Beschlusses auf die schweizerischen Verhältnisse käme einer willkürlichen Ermessensüberschreitung seitens Finma gleich.

Im Übrigen ist der Hinweis, es gebe keine Marginpflichten im FIDLEG, zwar zutreffend, aber nicht verständlich, denn *Marginpflichten sind ausschliesslich im FINFRAG und der FINFRAV abschliessend geregelt*. Es ist daher nicht klar, was FINMA hieraus für eine Regelungsgrundlage ableiten will. Eine «Regulierungslücke» besteht in diesem Bereich gerade nicht.

Im Übrigen werden diese Informationspflichten standardisiert mit Risikobroschüren erfüllt, was zulässig ist (Art. 9 Abs.3 FIDLEG). Bestünde tatsächlich spezifischer Bedarf für Differenzkontrakte – wofür allerdings

keine belastbaren Fakten vorliegen – könnte dies ohne weiteres durch Ergänzung der SBVg-Risikobroschüre als wesentlich verhältnismässige Massnahme erreicht werden.

Entsprechend sind Rz. 5-8 zu streichen.

## **Rz. 9-12: Information über unübliche Risikokonzentrationen in Kundenportfolios:**

Auch in diesem Zusammenhang ist zwischen Aufsichtsrecht und zivilrechtlichen Obliegenheiten der Finanzdienstleister zu unterscheiden.

Was das FIDLEG betrifft, ist vorab festzuhalten, dass das Parlament ausdrücklich fortlaufende Überwachungspflichten abgelehnt hat, ebenso wie es eine fortlaufende Prüfung der Eignung von Finanzinstrumenten im Portfolio nicht übernommen hat (so ursprünglich zwar noch EFD, Botschaft FIDLEG/FINIG BBI 2015, 8954). VE Art. 7 Abs. 2 lit. B und EFD, Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG vom 25. Juni 2014, S. 13 hatten ursprünglich eine laufende Eignungsprüfung bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung vorgeschlagen) dies wurde jedoch *gerade nicht in den Gesetzesentwurf aufgenommen*, E Art. 9 Abs. 2 FIDLEG) und ist entsprechend auch nicht im geltenden Gesetzestext enthalten.

Ferner wurde E-Art. 10 Absatz 5, nach welchem der Finanzdienstleister die Kunden über nachträgliche Änderungen der Verhältnisse informieren müsse, ausdrücklich vom Parlament *abgelehnt* (AB S 2018, 365; N 2018, 611 (aufsichtsrechtliche Regelung abgelehnt)).

Entsprechend gibt es in diesem Sinne auch keine aufsichtsrechtliche Pflicht nach FIDLEG, Portfolios zu überwachen und über Klumpenrisiken zu informieren, weder bei der transaktionsbezogenen Anlageberatung noch bei der Vermögensverwaltung (vgl. ferner SK FIDLEG Bischof Art. 8 N. 33; SK FIDLEG Sethe/Fahrländer Art. 12 N. 70).

Von aufsichtsrechtlichen Pflichten sind mögliche Pflichten *zivilrechtlicher Natur* zu unterscheiden, ebenso die Fälle, in welchen Finanzdienstleister Kundinnen und Kunden solche Dienstleistungen auf vertraglicher Grundlage anbieten.

*Eine aufsichtsrechtliche Pflicht zur Überwachung von Risikokonzentrationen einzelner Kunden lässt sich somit nicht über das Zivilrecht in das aufsichtsrechtliche Verhältnis bzw., in die aufsichtsrechtlichen Vorschriften des FIDLEG hineininterpretieren.* Entsprechend fehlt eine gesetzliche Grundlage für die von FINMA vorgeschlagene Regelung.

Die Regelung über die Information zu den Risiken ist in der FIDLEV entsprechend abschliessend geregelt:

- Die allgemeine Risikoinformation und die Aufklärung über Risikokonzentrationen erfolgt in Anwendung von Art. 8 Abs. 1 lit. d und Absatz 2 lit. b und c FIDLEG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 FIDLEV über die sog. «Risikobroschüre», die regelmässig vor Dienstleistungserbringung zur Verfügung gestellt wird.
- Die vorgeschlagene Regelung widerspricht der abschliessenden Regelung und dem Wortlaut von Art. 7 Abs 2 lit. b FIDLEV, wonach über mit der *Anlagestrategie* verbundene Risiken informiert werden muss. Dies stellt einen bewussten Entscheid des Verordnungsgebers dar. Die vorgeschlagene FINMA Regelung bezieht sich jedoch auf das konkrete Kundenportfolio. *Der Regelungsvorschlag der FINMA schießt damit über den auch für FINMA verbindlichen Verordnungstext hinaus.*
- Die Verordnung sieht daneben *keine Schwellenwerte* vor, wie sie von FINMA stipuliert werden. Solche Regeln bedürften einer Grundlage in Gesetz und Verordnung, die jedoch fehlt.

# • Swiss Banking

- Darüber hinaus ergeben die im EB Ziff. 4.3.1.3. beispielhaft genannten weiteren Konzentrationen (korrelierende Branchen, Länder, Währungen, vgl. S. 14) wenig Sinn. Die in der Praxis oft erteilten Mandate, welche sich auf den Schweizer Markt oder den Schweizer Franken beziehen, verlangen gerade nach der entsprechenden Konzentration. Das Auslösen eines zwingenden Risikohinweises wäre schlicht irreführend.

Entsprechend sind Rz. 9-12 zu streichen.

Selbst wenn die Regelung eine genügende gesetzliche Grundlage hätte – was jedoch wie oben dargelegt nicht der Fall ist - so wäre noch folgendes zu beachten:

- Wie im Voraus über den «Umfang» von Klumpenrisiken informiert werden sollte, ist unklar: Selbst bei der Vermögensverwaltung ist der Umfang Änderungen unterworfen, abhängig von der aktuellen Portfoliozusammensetzung. Wie bei der portfoliobezogenen Anlageberatung im Voraus über den Umfang von Klumpenrisiken informiert werden sollte, ist völlig unverständlich, da der Kunde selbst die Anlageentscheide trifft.

Das Thema ist zu komplex, um es mit drei knappen drei Sätzen regeln zu können. Es wird keine Rechtssicherheit erreicht, sondern es werden neue Verständnis- und Abgrenzungsfragen geschaffen (siehe beispielhaft sogleich). Nicht hilfreich ist dabei, dass Konzentrationsgrundsätze, die heute mittels Selbstregulation über die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge geregelt sind, bei Aufnahme entsprechender Ziffern in ein Rundschreiben zukünftig in zwei Regelungswerken unterschiedlicher Natur geregelt würden, die parallel zueinander eingehalten werden müssten.

- Auf Seite 15 (oben) des Erläuterungsberichts wird das Thema der Risikokonzentrationen mit jenem der eigenen Finanzinstrumente vermischt. Es wird ausgeführt, dass die Institute die Schwellenwerte für eigene Instrumente nicht höher festlegen dürfen als für Produkte von Drittanbietern. Während sich die Konzentrationslimiten nur auf Direktanlagen zu beziehen scheinen, geht es bei eigenen Finanzinstrumenten hauptsächlich um kollektive Kapitalanlagen. Es bleibt dabei unklar, ob die Aussage (dass Institute die Schwellenwerte für eigene Instrumente nicht höher festlegen dürfen als für Produkte von Drittanbietern) nur für Direktanlagen gelten soll (unser Verständnis) oder ob die Schwellenwerte für eigene Instrumente doch auch teilweise für kollektive Kapitalanlagen gelten sollen. Hier scheint der Erläuterungsbericht zusätzlich noch über den Rundschreibenentwurf hinausgehen zu wollen. Falls das Thema tatsächlich beibehalten werden sollte, so wäre Klarheit zu schaffen mit einer Formulierung wie *«Ausgenommen sind Konzentrationen aufgrund von kollektiven Kapitalanlagen, die aufgrund des anwendbaren Rechts oder gemäss Prospekt eigenen Risikoverteilungsvorschriften unterstehen»*.

## 2.3 Zu Rz. 13 – 14: Angemessenheits- und Eignungsprüfung

**Nach Rz. 13** hat sich ein Finanzdienstleister nach «sämtlichen» für eine sachgerechte Durchführung der Angemessenheits- und der Eignungsprüfung benötigten Informationen erkundigen. Diese Bestimmung ist unnötig, da Art. 17 Abs. 1 und 2 FIDLEV bereits abschliessend aufzählen, welche Informationen eingeholt werden müssen. Eine Klarstellung des Gesetzestextes ist nicht nur unnötig, sondern würde im Gegenteil, aufgrund der neu eingeführten unbestimmten Rechtsbegriffe zu erhöhter Rechtsunsicherheit führen.

Im EB der FINMA zum RS wird zudem festgehalten, unter Verweis auf die Botschaft FIDLEG (S. 8958), dass der Finanzdienstleister die erhobenen Informationen über die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele



# • Swiss Banking

«regelmässig aktualisieren müsse, um seine Pflicht zur Eignungsprüfung einzuhalten» (S. 15). Dabei wird übersehen (so auch noch die Botschaft selbst), dass eine Pflicht zu einer fortlaufenden Beurteilung der Eignung der empfohlenen Finanzinstrumente, wie dies MiFID vorsieht (dort in Art. 24 Abs. 4 lit. a. Ziff. iii) gestützt auf die Vernehmlassung gerade *nicht in das FIDLEG übernommen* wurde, und dies schon in der Fassung, welche dem Parlament vorgelegt wurde (Eine solche Verpflichtung war ursprünglich noch in Art. 7 Abs. 2 lit. b VE FIDLEG enthalten (vgl. EFD, Erläuternder Bericht vom 24. Juni 2014, S. 13; demgegenüber enthält bereits E-Art. 9 Abs. 2 diese Formulierung nicht mehr; hier sind die Ausführungen in der Botschaft FIDLEG daher nicht mehr zutreffend).

Auch hier mag sich ein Unterschied zu rein zivilrechtlichen Pflichten ergeben, was aber aufsichtsrechtlich nicht massgebend ist und eigene Rechtsetzung der FINMA in diesem Bereich nicht zulässig macht.

Anzumerken ist sodann, dass der EB in Ziff. 4.3.2. mit einer überschüssigen Formulierung die explizite Bestimmung von Art. 17 Abs. 4 FIDLEV zu übersteuern versucht. Die Verordnungsbestimmung besagt, dass sich der Finanzdienstleister auf die Angaben der Kundin oder des Kunden verlassen kann, soweit keine Anhaltspunkte bestehen, dass diese nicht den Tatsachen entsprechen. Der EB hingegen geht darüber hinaus und verlangt, der Finanzdienstleister müsse *«sicherstellen»*, dass keine solchen Anhaltspunkte bestehen, was objektiv unmöglich ist.

Rz. 13 ist daher zu streichen.

**Rz.14** beansprucht gemäss seinem Wortlaut und dem Verweis auf Art. 11-12 FIDLEG auch Geltung für die Vermögensverwaltung und die portfoliobasierte Vermögensverwaltung. Verlangt wird eine Erkundigung nach den Kenntnissen und Erfahrungen *«für jede relevante Anlagekategorie, die bei der Finanzdienstleistung Anwendung findet»*.

Dies *widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 12 FIDLEG*, wonach sich die Kenntnisse und Erfahrungen der Kunden *«auf die Finanzdienstleistung und nicht auf die im Rahmen der Dienstleistungserbringung ausgeführten einzelnen Transaktionen»* beziehen müssen.

Die in der Literatur und Kommentaren teilweise erfolgten Verweise auf die Botschaft FIDLEG (S. 8920, 8958) übersehen, wie offenbar auch die FINMA, dass Art. 12 in der parlamentarischen Beratung ausdrücklich angepasst wurde, indem der letzte Satz *«Diese Kenntnisse und Erfahrungen beziehen sich auf die Finanzdienstleistung und nicht die einzelnen Transaktionen»* eingefügt wurde (AB 2016 S 1165.).

Und im Erläuternden Bericht FIDLEV/FINIV/AOV wird nochmals nachgedoppelt:

*«Wie in der parlamentarischen Beratung klargestellt wurde (vgl. nunmehr Art. 12 letzter Satz FIDLEG), beziehen sich bei der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung unter Berücksichtigung des Kundenportfolios die Kenntnisse und Erfahrung auf die Vermögensverwaltung oder Anlageberatung als Finanzdienstleistung und nicht auf die im Rahmen der Vermögensverwaltung oder Anlageberatung dann vorgenommenen oder empfohlenen einzelnen Transaktionen»* (S. 28).

Darum sind auch die Ausführungen im EB, Ziff. 4.3.1.1. (S.11), unzutreffend, wonach *«bei portfoliobezogener Beratung das Finanzinstrument für [...] Kundinnen und Kunden geeignet [...] sein»* müsse. Die gesetzliche Regelung verlangt vielmehr eine *Übereinstimmung des Portfolios insgesamt* mit der finanziellen Situation und den Anlagezielen der Kunden – also gerade nicht auf Stufe eines einzelnen Finanzinstruments.

Zudem verwendet Rz. 14 mit «Granularität der Anfragen» und «Risikoprofil der Anlagen» eine Terminologie, die nicht dem FIDLEG entspricht. Gleichzeitig folgt der hier beschriebene Ansatz nicht den logischen Abläufen: denn nicht die Granularität der Anfragen ist an die Komplexität und das Risikoprofil der Anlagen anzupassen, sondern umgekehrt sollte das Risikoprofil des Kunden *auf Basis der Antworten zu Anlagezielen und finanziellen Verhältnissen bzw. die (standardisiert) angefragten Kenntnisse und Erfahrungen* festgelegt und *danach* die Anlagestrategie und damit das Risiko der Anlagen bei der portfoliobasierten Anlageberatung und Vermögensverwaltung entsprechend an den Kunden angepasst werden.

Entsprechend ist Rz. 14 - *weil dem Gesetz widersprechend und die logischen Abläufe umkehrend* – zu streichen.

## 2.4 Rz. 15 – 22 (Securities Lending)

In Bezug auf das Securities Lending wurde das frühere FINMA RS im Wesentlichen in den Gesetzestext aufgenommen, dies auch, um die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen (Gesetzesbestimmung anstelle RS) (zum Ersteren vgl. Botschaft FIDLEG S. 8962). Entsprechend hat der Bundesrat ausdrücklich auf zusätzliche Ausführungen in der FIDLEV verzichtet (Erläuternder Bericht FIDL/FINIV/AOV S. 29).

Sowohl Botschaft wie auch der Erläuternder Bericht werden im EB FINMA S. 16 nicht zutreffend zitiert: «Bereits in der Botschaft zum FIDLEG wird festgehalten, dass die bisher geltende Praxis gemäss dem FINMA RS 10/2 weitergeführt werden soll.»

Richtigerweise halten die Botschaft FIDLEG und der Erläuternde Bericht ausdrücklich fest, dass sich eine weitere Regelung *erübrigt*, weil die Regelungen des RS 10/2 ins Gesetz aufgenommen wurden:

- Botschaft FIDLEG S. 8962: «Die Vorschrift übernimmt im Wesentlichen die bereits heute geltende aufsichtsrechtliche Praxis zur Verwendung von Finanzinstrumenten von Kundinnen und Kunden».
- Erläuternder Bericht FIDLEV/FINIV/AOV: «an ihrem Grundgehalt [der Regelung des RS] sollte mit der Aufnahme ins FIDLEG nichts geändert werden..., *weshalb es sich erübrigt die bereits klaren Vorgaben in Artikel 19 FIDLEG auf Verordnungsstufe noch weiter zu konkretisieren*».

Der Bundesrat hat damit ausdrücklich auf eine weitere Regelung zum Securities Lending verzichtet, weshalb auch kein Raum bleibt für eine duplizierende, zusätzliche oder andere Regelung durch die FINMA in einem Rundschreiben, die entgegen dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gewaltenteilung erneut behördliche Rechtsetzung darstellt.

Rz. 15-22 sind demnach zu streichen.

## 2.5 Zu Rz. 23 – 25 (Interessenkonflikte)

Die vorgeschlagenen Bestimmungen zu Interessenkonflikten entsprechen zwar inhaltlich weitgehend, aber nicht vollständig den gesetzlichen Vorgaben. Insbesondere ist die Systematik der vorgeschlagenen Regeln problematisch. Ein Interessenkonflikt muss primär vermieden oder durch geeignete Massnahmen aufgelöst werden – über vermiedene bzw. aufgelöste Konflikte muss nicht informiert werden, weil diesfalls eben gar kein Interessenkonflikt (mehr) besteht. Insbesondere die Pflicht auf einen entsprechenden Hinweis, falls ausschliesslich eigene Finanzinstrumente bei Anlagelösungen berücksichtigt werden, entbehrt daher einer gesetzlichen Grundlage, sofern eine Benachteiligung von Kunden ausgeschlossen ist. Dasselbe gilt für die

vorgesehene Risikoinformationspflicht. Umgekehrt scheint das RS eine absolute Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten beim Einsatz fremder Finanzinstrumente vorzusehen (Rz 25), was allerdings die gesetzliche Möglichkeit der Kundeninformation im Falle unvermeidbarer Interessenkonflikte nach Art. 25 Abs. 2 FIDLEG beseitigen würde. Die Formulierung namentlich von Rz. 25 ist vor diesem Hintergrund missverständlich, wohl auch überschüssend, und führt zu zusätzlicher Rechtsunsicherheiten.

Aus diesen Gründen sollte auf Rz. 23 – 25 verzichtet werden, ein Mehrwert ist ohnehin nicht ersichtlich.

## 2.6 Rz. 26 – 30 (Entschädigungen durch Dritte / Retrozessionen)

Anforderung zur optischen Hervorhebung (RZ 26):

Für die Einführung einer Formvorschrift zur optischen Hervorhebung bestimmter Informationen gemäss Rz 26 fehlt eine gesetzliche Grundlage in Art. 26 FIDLEG. Selbst die von der Rechtsprechung für die Globalübernahme von Formularverträgen und AGB entwickelte Ungewöhnlichkeitsregel setzt einen gesonderten Hinweis (z.B. durch optische Hervorhebung) nur bei Klauseln voraus, die subjektiv und objektiv ungewöhnlich sind (vgl. BGE 148 III 57, E. 2.1.3; BGE 138 III 411, E. 3.1). Dies dürfte bei der Information über die Entschädigungen Dritter in der Regel gerade nicht der Fall sein. Die einseitige Fokussierung auf die Information über Entschädigungen lässt zudem eine Gesamtbeurteilung der vertraglichen Abreden zwischen Bank und Kunden vermissen und macht somit keinen Sinn, da sonst jede rechtliche Vorgabe (fett) hervorgehoben werden müsste. Letztlich ist entscheidend, dass der Kunde die relevanten Informationen zur Kenntnis nehmen kann. Wie dies im Einzelfall umzusetzen ist, ist den Finanzdienstleistern zu überlassen, unter Berücksichtigung des Gesamtdokuments. Demensprechend haben viele Banken bisher Hervorhebungen in AGB/ADB und Formularverträgen mit Vorbedacht nur sehr selektiv eingesetzt.

Aufgrund der Formulierung in Rz. 26 ist zudem davon auszugehen, dass nur die Information *zur Höhe* der Entschädigungen und nicht auch die gestützt darauf vereinbarte *Verzichtsklausel* umfasst ist (der Erläuterungsbericht spricht jedenfalls nur von «Angaben zu den Retrozessionen (insb. Betrag/Prozentzahl oder Bandbreiten)», die optisch hervorgehoben werden sollen), wodurch die objektiv wichtige Verzichtsklausel untergehen zu droht. Ausserdem fehlt in Rz. 26 die Erwähnung der von der FINMA im Erläuterungsbericht beschriebenen Alternative zur optischen Hervorhebung, nämlich die Abgabe der entsprechenden Information in einem separaten Schreiben oder Merkblatt.

### **Rz. 29: Bezugsgrösse für Offenlegung von Prozentbandbreiten bei portfoliobasierter Anlageberatung**

Die beabsichtigte Ausdehnung der von der Rechtsprechung für *Vermögensverwaltungsmandate* formulierten zusätzlichen Anforderung an die Bezugsgrösse für die Offenlegung von Prozentbandbreiten *auf die portfoliobasierte Anlageberatung* ist nicht sachgerecht und steht im Widerspruch zu der bisher ergangenen und kürzlich erneut bestätigten Rechtsprechung.

Im Rahmen der portfoliobasierten Beratung ist die Zusammensetzung der Anlagen durch die Bank nicht direkt steuerbar wie bei einem Vermögensverwaltungsmandat, da der Kunde die Anlageentscheidungen selbst fällt. Mit welchen Instrumenten der Kunde die vereinbarte Anlagestrategie umsetzt, entscheidet er erst später, wenn er die Transaktion in Auftrag gibt und nicht bereits bei Unterzeichnung des Beratungsvertrages. *Die Produktwahl und damit die absolute Höhe der effektiv im Laufe der Vertragsbeziehung anfallenden Entschädigungen kann mit anderen Worten bei Anlageberatungskunden nicht bereits bei Vertragsabschluss umfassend antizipiert werden (faktische Unmöglichkeit, da von künftigen individuellen Entscheiden des*

*Kunden abhängig*). Ausserdem kann der Portfoliowert unter dem Jahr erheblichen Marktschwankungen oder auf Entscheidungen des Kunden zurückzuführenden Reduktionen (z.B. Verkauf oder Transfer von Depotwerten) unterliegen. Solche Ereignisse können naturgemäss von der Bank ebenfalls nicht vorausgesehen werden. Die von Dritten erhaltenen Entschädigungen errechnen sich hingegen üblicherweise als Prozentsatz des von der Bank insgesamt zu einem bestimmten Zeitpunkt gehaltenen Anlagevolumens eines Produktes (bei kollektiven Kapitalanlagen) oder des ursprünglichen Ausgabepreises bzw. Nennwertes des Produkts (bei strukturierten Produkten). Kommt es nach dem für die Berechnung der Entschädigung relevanten Bemessungszeitpunkt oder im Vergleich zur relevanten Bemessungsgrundlage (z.B. Ausgabepreis/Nennwert des Produkts) zu einer wesentlichen Reduktion des Depotwertes, steigt daher der Prozentwert der Entschädigungen im Verhältnis des Portfoliowertes ohne Zutun der Bank an. Da der Vermögensverwalter dagegen im Unterschied zum Anlageberater die Anlageentscheidung selbstständig trifft, macht die Angabe der Prozentbandbreite im Verhältnis zum vom Vermögensverwalter verwalteten Gesamtvermögen beim Vermögensverwaltungsmandat Sinn. Damit kann nämlich ein allfälliger Anreiz des Vermögensverwalters, durch (zu) häufige Transaktionen mittels transaktionsabhängigen Retrozessionen ein Zusatzeinkommen zu erzielen, beseitigt werden (s. BGE 137 III 393, E. 2.3). Die bisherige kantonale Rechtsprechung zur Anlageberatung (und Execution Only) stellt folgerichtig für die Bezugsgrösse zur Offenlegung der Prozentbandbreiten der erwarteten Retrozessionen gerade nicht auf den Portfoliowert, sondern jeweils auf die Investitionssumme oder die Emissions- oder Rückkaufspreise ab (s. die von der FINMA in FN 37 des Erläuterungsbericht zitierte Rechtsprechung). Auch das Bundesgericht hat kürzlich deutlich zum Ausdruck gebracht, dass «sich die für die Vermögensverwaltung geltenden Grundsätze nicht unbesehen» auf die Anlageberatung und Execution Only anwenden lassen, da es am Basiswert des verwalteten Vermögens mangelt (BGer 4A\_574/2023, 4A\_576/2023 vom 24. Mai 2024 E 5.2). Für den Bereich der Anlageberatung und Execution Only hat *das Bundesgericht zudem die Offenlegung der Bandbreiten anhand von Produktklassen* auch in dem von der FINMA in FN 39 erwähnten Entscheid (BGer 4A\_496/2023 vom 27. Februar 2024 E. 4.1/4.2; vgl. weiter BGer 4A\_574/2023, 4A\_576/2023 vom 24. Mai 2024) *klar als ausreichend geschützt*. Das im Entscheid besprochene Merkblatt der Beklagten enthielt gemäss E. 4.1 zwar neben Prozentbandbreiten pro Produktklasse auch eine Prozentbandbreite im Verhältnis zum verwalteten Gesamtvermögen, wobei letztere aber gemäss Wortlaut gerade *explizit nur «für Vermögensverwaltungsverträge»* galt.

Die im Rundschreiben erwähnte „Bandbreite der Entschädigung anhand des Portfoliowertes und der vereinbarten Anlagestrategie“ ist in der derzeitigen Formulierung unklar formuliert: Einerseits könnte eine solche Bandbreite kundenspezifisch angegeben werden. Sie müsste dann auf Annahmen über eine zukünftige Portfoliostruktur aufbauen, welche von den Anlageentscheidungen des jeweiligen Kunden abhängig ist. Andererseits könnte die Bandbreite auch generell angegeben werden. Sie müsste dann auf einer Berechnung der historischen Werte des vergangenen Jahres aller Kunden mit portfoliobasierter Anlageberatung beruhen, welche die beste Prognose für die Werte des laufenden Jahres abgeben. Der erste Ansatz ist in der Realität aufgrund obiger Ausführungen in keiner Weise praktikabel und der zweite Ansatz aufgrund seiner generellen Natur für den individuellen Kunden wenig aussagekräftig oder im Einzelfall sogar irreführend (vergangenheitsbezogene, statistische Durchschnittswerte).

Sollte die FINMA an neuen Verzichtsanforderungen für die portfoliobasierte Anlageberatung trotz aller Bedenken festhalten, so ist immerhin der im Erläuterungsbericht erwähnte alternative Verzicht mittels «effektiven Retrozessionen je empfohlenen Finanzinstrument» zu begrüßen, welcher einem «Pre-Trade Cost &

Charges Report» entspricht. Diese Möglichkeit müsste aber der Klarheit wegen als gleichwertige Alternative *im Text des Rundschreibens* aufgeführt und nicht nur im Erläuterungsbericht behandelt werden.

Schliesslich ist anzufügen, dass es nicht die Aufgabe der FINMA sein kann, die *zivilrechtliche* Rechtsprechung zu konkretisieren, bzw. über sie hinausgehende Anforderungen in einem FINMA-RS zu definieren. Insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Bestimmungen im FIDLEG das Resultat einer langen Debatte waren und sich das Parlament sehr bewusst für die im Gesetz festgehaltene Variante entschied. Für weitergehende Vorschriften bleibt u.E. kein Raum. Ein Faktor für die Überlegungen der FINMA, die Anforderungen für einen gültigen Herausgabeverzicht in einem Rundschreiben zu präzisieren, dürfte die zivilrechtliche bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit Vermögensverwaltungsmandaten vom 13.05.2020 gewesen sein. In der Zwischenzeit sind allerdings weitere bundesgerichtliche Urteile zu Retrozessionen ergangen, so insbesondere auch BGer 4A\_496/2023 vom 27.02.2024. *In diesem Urteil stützt das Bundesgericht einen Herausgabeverzicht in AGB, welcher Bandbreiten von Produktkategorien enthält.* Sich widersprechende Anforderungen von Bundesgericht und FINMA-RS schaffen unnötige Rechtsunsicherheit und sind zu vermeiden. Die Konkretisierung des FIDLEGs unter Berücksichtigung der bisher ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Zivilsachen muss weiterhin den Zivilgerichten und deren Entwicklung in der Praxis überlassen bleiben. Die FINMA sollte hierzu nicht noch potenziell divergierende Parallelregelungen des öffentlichen Rechts schaffen wollen, an die sich die Zivilgerichte ohnehin nicht gebunden fühlen.

## 2.7 Kostenlose Offenlegung (RZ 30):

Die Formulierung in Rz 30 sieht vor, dass die Offenlegung der effektiv erhaltenen Beträge auf Anfrage «grundsätzlich kostenlos» erfolgt – was der Aussage im FINMA Jahresbericht 2020 (S. 44) widerspricht, wonach die FINMA «für die Auskunft über Retrozessionen höchstens eine moderate *Pauschalgebühr für zulässig erachtet*».

Die vorgeschlagenen Bestimmungen zu Entschädigungen Dritter sind daher abzulehnen.

## 2.8 Fehlende Umsetzungsfrist

Der RS-Entwurf selbst sieht keine Umsetzungsfrist vor. Im Erläuterungsbericht (S.22, Ziff. 8) wird ein Inkrafttreten des RS auf Anfang 2025 angekündigt. Nachdem die Vernehmlassungsfrist am 15. Juli 2024 endet und nachfolgend der VR der FINMA «*die eingegangenen Stellungnahmen gewichten, auswerten und im Rahmen eines Ergebnisberichts darlegen [wird], inwiefern diese umgesetzt werden konnten*», würde den Betroffenen in der Realität eine Umsetzungsfrist von nur wenigen Wochen zur Verfügung stehen. Das erachten wir als nicht praktikabel, umso mehr als nach Ansicht der FINMA mittels dieses Rundschreibens allenfalls sogar Eingriffe in die Vertragsgrundlagen der Institute beabsichtigt wären, was inkl. Logistik einer substantiellen Vorausplanungs- und Vorbereitungsphase bedarf.

Sollte am Rundschreiben trotz vielfältiger Gegengründe festgehalten werden, ist deshalb eine Umsetzungsfrist vor dem Inkraftsetzungsdatum von mind. 1 Jahr vorzusehen.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und kommen aufgrund der vorstehenden Überlegungen zur Schlussfolgerung, dass auf das Rundschreiben in der vorgelegten Form zu verzichten sei.

# • Swiss Banking

Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
Schweizerische Bankiervereinigung



Felix Muff  
Leiter Legal & Compliance



Andrae Lamprecht  
Senior Advisor Legal & Compliance