Die Gesetzgebung wurde in Zusammenarbeit mit **Prof. Dr. Stefan Knobloch** und **Dr. Pascal Zysset,** beide Rechtsanwälte bei Walder Wyss AG, Zürich, aufbereitet.

Neue regulatorische Rahmenbedingungen am schweizerischen Finanzmarkt

Die schweizerische Finanzmarktarchitektur präsentiert sich seit dem 1. Januar 2020 mit zwei neuen Gesetzen, dem Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) und dem Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG), beide vom 15. Juni 2018. Mit diesen Gesetzesnovellen sollen der Anlegerschutz und die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzmarkts gestärkt werden.

Die Änderungen sprechen primär Finanzinstitute und Finanzdienstleister an. Allerdings sind die Bestimmungen zum Angebot und zur Werbung über Finanzdienstleister hinaus für alle Branchen von Relevanz. Damit sind Verwaltungsräte branchenunabhängig vom FIDLEG betroffen.

Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

a) Neue Bewilligungserfordernisse Das FINIG regelt die Aufsicht über Finanzdienstleister, die in irgendeiner Form das Vermögensverwaltungsgeschäft betreiben. Die Bestimmungen für bereits unter geltendem Recht prudenziell beaufsichtigte Finanzinstitute, das heisst Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen, Fondsleitungen und Effektenhändler (neu Wertpapierhäuser genannt), werden weitgehend unverändert aus den bisherigen Erlassen (Kollektivanlagengesetz und Börsengesetz) übernommen.

Neu werden auch Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen oder von individuellen Kunden (sog. unabhängige Vermögensverwalter) sowie Trustees einer prudenziellen Aufsicht unterstellt. Das Gesetz bringt demnach für diese Vermögensverwalter weitreichende Änderungen mit sich, da neu eine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA eingeholt werden muss, während bislang ein Anschluss bei einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) zur Aufsicht in Geldwäschereibelangen für die unabhängigen Vermögensverwalter ausreichend war.

b) Aufsichtskonzept Für die Bewilligung und für allfällige Massnahmen aufgrund von aufsichtsrechtlichen Verstössen ist die FINMA zuständig. Für die laufende Überwachung sieht das FINIG für unabhängige Vermögensverwalter und Trustees die Zuständigkeit von sog. Aufsichtsorganisationen (AO) vor. Die FINMA ihrerseits bewilligt die privatrechtlich organisierten AO.

Die AO überwachen neben der Einhaltung der Geldwäschereivorschriften auch, ob den diversen Anforderungen des FINIG Genüge getan wird und ob die Pflichten des FIDLEG und – soweit anwendbar – des Kollektivanlagenrechts eingehalten werden.

c) Bewilligungsvoraussetzungen Die Finanzinstitute müssen dauerhaft diverse Voraussetzungen in persönlicher, organisatorischer und finanzieller Hinsicht erfüllen. Je nach Finanzinstitut sind die Anforderungen unterschiedlich streng. Teilweise werden innerhalb derselben Art Finanzinstitut anhand von risikobasierten Kriterien weitere Kategorien geschaffen.

Die Verwaltungsratsmitglieder müssen insbesondere finanzmarktrechtliche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten, indem sie einen guten Ruf geniessen und die für die Funktion erforderlichen fachlichen Qualifikationen aufweisen.

d) Übergangsrecht Beim Übergangsrecht wird danach unterschieden, ob die Finanzinstitute bereits nach bisherigem Recht einer Bewilligungspflicht unterstanden (etwa Fondsleitungen oder Wertpapierhäuser) oder ob bislang ein SRO-Anschluss für die entsprechende Tätigkeit genügend war (bei unabhängigen Vermögensverwaltern). Im letzteren Falle muss sich das Finanzinstitut bis zum 30. Juni 2020 über die Erhebungs- und Gesuchsplattform EHP bei der FINMA melden. Falls das Institut seinen SRO-Anschluss aufrechterhält und seinen Pflichten nach dem Geldwäschereigesetz nachkommt, hat der entsprechende unabhängige Vermögensverwalter anschliessend bis zum 31. Dezember 2022 Zeit, ein Bewilligungsgesuch bei der FINMA zu stellen, und muss ab dem 1. Januar 2023 die Anforderungen des FINIG einhalten.

Checkliste für Verwaltungsräte

- Bietet das Unternehmen den Kunden in irgendeiner Form Vermögensverwaltungsdienstleistungen an (z.B. indem mittels Vollmacht über die Vermögenswerte der Kunden verfügt werden kann)?
- Falls ja: Hatte das Unternehmen bis anhin eine FINMA-Bewilligung?
- Falls nein: Ist das Unternehmen bei einer SRO angeschlossen und hält es die Geldwäschereibestimmungen ein?
- Falls ja: Hat der Verwaltungsrat bereits bei der FINMA die entsprechende Meldung abgesetzt?
- Und zudem: Erfülle ich als Mitglied des Verwaltungsrats die Anforderungen an einen guten Ruf und genügendes Fachwissen und Erfahrung im Hinblick auf eine FINMA-Bewilligung?

Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)

a) Finanzdienstleistung Der erste FIDLEG-Pfeiler umfasst die Finanzdienstleistung.

- **Erfasste Tätigkeiten:** Das FIDLEG reguliert eine breite Palette von Tätigkeiten im Bereich von Finanzdienstleistungen gegenüber dem Kunden, wie etwa (Marketing-)Aktivitäten im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten, Vermögensverwaltung oder Anlageberatung.
- **Pflichten als Finanzdienstleister:** Die Finanzdienstleister müssen ihre Kunden in die Kategorien institutionelle, professionelle und Privatkunden einordnen (sog. Kundensegmentierung), Verhaltensregeln einhalten, organisatorische Massnahmen ergreifen (etwa sicherstellen, dass die Mitarbeiter über die notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen),

Die Rechtsprechung wurde in Zusammenarbeit mit **Prof. Dr. Stefan Knobloch** und **Dr. Angela Kummer,** beide Rechtsanwälte bei Walder Wyss AG, Zürich, aufbereitet.

Vorkehrungen zur Verhinderung von Interessenkonflikten treffen, sich einer Ombudsstelle anschliessen und sicherstellen, dass ihre Kundenberater im Beraterregister eintragen sind.

- **Registrierungspflicht für Kundenberater:** Sofern die Finanzdienstleister nicht von der FINMA beaufsichtigt werden, müssen sich ihre Kundenberater (als natürliche Personen) in einem Beraterregister eintragen. Diese Pflicht trifft ebenfalls exekutiv tätige Verwaltungsratsmitglieder. Die Eintragungspflicht besteht nur dann, wenn die entsprechenden Verwaltungsratsmitglieder oder Mitarbeiter in mehr als untergeordneter Weise Kontakt mit Endkunden haben.

b) Angebot Der zweite Pfeiler des FIDLEG reguliert das Anbieten von Finanzinstrumenten. Demnach bedarf ein öffentliches Angebot zum Erwerb von Effekten eines Prospekts. Als Angebot gilt dabei jede Einladung zum Erwerb eines Finanzinstruments, die ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument selber enthält. Will ein Verwaltungsrat eine öffentliche Finanzierungsrunde (mit Kapitalerhöhung) durchführen, ist er grundsätzlich an die Prospektpflicht nach FIDLEG gebunden. Zu prüfen ist in diesem Fall, ob eine der zahlreichen Ausnahmen einschlägig ist.

Bietet ein Anbieter Privatkunden Finanzinstrumente an, so muss er ein sog. Basisinformationsblatt erstellen. Diese Pflicht gilt auch dann, wenn das Angebot kein öffentliches ist. Von dieser Pflicht ausgenommen sind jedoch angebotene Aktien.

c) Werbung Der dritte Pfeiler des FIDLEG erfasst schliesslich die Regulierung der Werbung für Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen. Die Werbung wird vom Gesetz weit verstanden und beinhaltet jede an den Anleger gerichtete Kommunikation, die darauf abzielt, auf bestimmte Finanzinstrumente oder Finanzdienstleistungen aufmerksam zu machen. Macht ein Unternehmensberater in der obgenannten Finanzierungsrunde sein Umfeld mit der Absicht der Zeichnungsförderung und mit Werbemitteln auf die bevorstehende Transaktion und die Möglichkeit der Teilnahme aufmerksam, stellt dies Werbung gemäss FIDLEG dar.

Die Finanzdienstleister werden gemäss FIDLEG dazu verpflichtet, die Werbung klar erkennbar zu machen. Dabei ist zu empfehlen, die Werbung mittels Disclaimer als solche zu kennzeichnen, sei es in der E-Mail-Signatur, auf der Website oder in Beiträgen sozialer Medien.

Besteht zum beworbenen Finanzinstrument ein Prospekt oder mussten Basisinformationsblätter herausgegeben werden, so weist die Werbung auf diese Dokumente hin und muss mit den dortigen Angaben übereinstimmen.

d) Übergangsrecht Das FIDLEG sieht für viele Pflichten Übergangsfristen bis zum 31. Dezember 2021 vor. Der Anschluss an eine Ombudsstelle und die Eintragung der Kundenberater im Beraterregister muss innert sechs Monaten ab Anerkennung resp. Zulassung der entsprechenden Stellen erfolgen. Es wird erwartet, dass bis Mitte Jahr die ersten Stellen bewilligt werden.

Keine Schonfrist sieht das FIDLEG für die Werbevorschriften vor: Diese sind seit dem 1. Januar 2020 einzuhalten.

Checkliste für Verwaltungsräte

- Bietet das Unternehmen den Kunden in irgendeiner Form Finanzdienstleistungen an (z.B. Vermögensverwaltung oder Anlageberatung)?
- Falls ja: Haben die exekutiven Verwaltungsratsmitglieder oder die Mitarbeiter in mehr als untergeordneter Weise Kontakt mit Endkunden, was eine Registrierungspflicht im Beraterregister zur Folge hätte?
- Unabhängig von einer Finanzdienstleistungstätigkeit: Genügt das Unternehmen den Anforderungen an das Angebot und die Werbung im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten (etwa Aktien)?

BGer 6B_985/2016 – Misswirtschaft (Bestätigung der Rechtsprechung)

Sachverhalt

X. war alleiniger VR der A. AG. Die A. AG schrieb seit 2008 stets Verluste und war spätestens am 31. Dezember 2009 überschuldet, dennoch unterliess X. eine Überschuldungsanzeige. Am 8. März 2012 wurde der Konkurs über die A. AG eröffnet.

Erwägungen

Im bundesgerichtlichen Verfahren war u.a. die Strafbarkeit von X. nach Art. 165 Ziff. 1 StGB (Misswirtschaft) strittig. Nach der Rechtsprechung liege eine arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung vor, wenn gesetzliche Normen der Unternehmensführung missachtet würden, wozu die Pflicht zur Überschuldungsanzeige gehöre (Art. 725 Abs. 2 OR). Der VR könne eine Anzeige aufschieben, falls begründete und konkrete Aussichten auf eine aussergerichtliche finanzielle Sanierung und Wiederherstellung der Ertragskraft bestünden – nicht aber nur übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen.

Konsequenz

X. hat sich wegen Misswirtschaft nach Art. 165 Ziff. 1 StGB strafbar gemacht, da er die Überschuldung der A. AG nicht angezeigt hat.

BGer 4A_223/2019 – Sonderprüfung (neue Rechtsprechung)

Sachverhalt

Mit Gesuch vom 22. September 2017 ersuchte A. am Handelsgericht Zürich um Einsetzung eines Sonderprüfers bei der B. AG. In der Folge setzte das Gericht einen Sonderprüfer ein, stellte A. den Sonderprüfungsbericht zu und schrieb das Verfahren mit Verfügung vom 16. April 2019 ab.

Erwägungen

Vor Bundesgericht war strittig, ob der Richter laut Art. 697e Abs. 3 OR der AG und den Gesuchstellern ausdrücklich Frist anzusetzen hat, eine Stellungnahme zum Bericht des Sonderprüfers einzureichen und Ergänzungsfragen zu stellen, oder ob diese nach der Zustellung des Berichts ohne richterliche Aufforderung einzureichen sind. Das Bundesgericht legte Art. 697e Abs. 3 OR aus und gelangte zum Ergebnis, dass der Richter den Parteien ausdrücklich Gelegenheit für Stellungnahmen und Ergänzungsfragen einräumen müsse. Der Richter könne dieser Pflicht dadurch nachkommen, dass er ihnen entweder eine kurze Frist für schriftliche Eingaben ansetze oder sie zu einer mündlichen Verhandlung vorlade.

Konsequenz

Im Verfahren um Sonderprüfung müssen die gesuchstellenden Aktionäre und die AG ausdrücklich Gelegenheit erhalten, Stellungnahmen zum Sonderprüfungsbericht abzugeben und Ergänzungsfragen zu stellen.

BGer 4A_455/2018 – Vertretung (Bestätigung der Rechtsprechung)

Sachverhalt

Die B. Inc. und die A. AG schlossen im November 2010 drei Verträge ab. Wegen Liefer- und Zahlungsschwierigkeiten kam es zu Differenzen. Um diese zu bereinigen, vereinbarten sie am 28. Mai 2012 eine Schuldanerkennung der A. AG gegenüber der B. Inc. Diese Verträge wurden für die A. AG durch eine Person mit bildlicher Unterschrift unterzeichnet, deren Name nicht erstellt werden konnte (nachfolgend P.). In der Folge erhob die B. Inc. Leistungsklage gegen die A. AG.

Erwägungen

Zunächst rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass die AG erstens durch ihre formellen Organe (Art. 718 OR) vertreten wird, zweitens durch Prokuristen oder andere Handlungsbevollmächtigte (Art. 721 OR) und drittens durch Stellvertreter (Art. 32 ff. OR). Nachdem P. weder als formelles Organ noch als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter handelte, hielt das Bundesgericht mit Blick auf Art. 722 OR fest, dass P. die A. AG nicht als faktisches Organ habe vertreten können, und wies den Entscheid an die Vorinstanz zurück zur Beurteilung, ob eine Vertretung nach Art. 32 ff. OR vorliege.

Konsequenz

Die AG wird durch rechtsgeschäftliches Handeln der formellen Organe, Prokuristen und anderen Handlungsbevollmächtigten sowie Stellvertreter vertreten, nicht aber durch rechtsgeschäftliches Handeln eines faktischen Organs.

Die digitale Ergänzung

Abonnenten von **Recht relevant.** für Verwaltungsräte steht ab sofort das praktische E-Paper zur Verfügung.

kostenfrei anmelden **www.rechtrelevant.ch**

Schulthess §