Pascal Zysset*

FIDLEG-Beraterregister als *lex semiperfecta*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Grundlagen
1. Funktionsweise
1.1 Ausgangslage
1.2 Inhalt und Öffentlichkeit
1.3 Registrierungsstellen
1.4 Eintragungspflicht
1.5 Eintragungsvoraussetzungen
2. Aufsicht
3. Ziele
4. Analyse des Aufsichtskonzepts
III. Qualifikationen
1. Art der Regulierung
2. Aufgabe
3. Rechtscharakter
IV. Sanktionen
1. Aufsichtsrecht
2. Strafrecht
3. Privatrecht
V. Ländervergleich Deutschland
VI. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Die *lex imperfecta* stammt – der lateinische Wortlaut deutet bereits darauf hin – aus dem Römischen Recht. Das Konzept geht von einer Dreiteilung der Verbotsgesetze in solche mit Nichtigkeitsfolge *(leges perfectae),* solche ohne Nichtigkeitsfolge, aber mit Sanktionen *(leges minus quam perfectae)* und solche sowohl ohne Nichtigkeitsfolge wie auch ohne Massnahmen *(leges imperfectae)* aus.[1]

Dieser Beitrag analysiert die neue Beraterregister-Regulierung des FIDLEG und nimmt verschiedene grundlegende Qualifikationen vor. Ein besonderer Fokus liegt bei den Rechtsfolgen im Falle von Verstössen gegen die Registrierungspflicht. Zum Schluss wird die Frage beantwortet, was es mit dem Terminus *lex semiperfecta* auf sich hat.

II. Grundlagen

1. Funktionsweise

1.1 Ausgangslage

Kundenberater[2] von in- und ausländischen Finanzdienstleistern, welche nicht prudenziell beaufsichtigt werden, dürfen gemäss Art. 28 Abs. 1 FIDLEG[3] ihre Finanzdienstleistungstätigkeit erst aufnehmen, wenn sie sich in einem Beraterregister eingetragen haben. Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister unterstehen selbst dann der Registrierungspflicht, wenn sie prudenziell beaufsichtigt sind, es sei denn, sie erbringen ihre Dienstleistungen ausschliesslich gegenüber professionellen oder institutionellen Kunden (Art. 28 Abs. 2 FIDLEG i. V. m. Art. 31 FIDLEV[4]).

Die Finanzdienstleister selber unterliegen der Sicherstellungspflicht, dass nur Kundenberater für sie tätig werden, die im Beraterregister eingetragen sind (Art. 22 FIDLEG). Zudem sieht Art. 23 FIDLEG vor, dass beigezogene Drittpersonen über die nötigen Registereinträge verfügen.[5]

---

* Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Walder Wyss AG (Bern/Zürich), Dozent für Compliance und Corporate Governance an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS).

1 Etwa bei Gnaeus Domitius Annius Ulpianus, Ulpiani Epitome 1.1 und 1.2. Vorliegend wird auf eine Eingrenzung der Sanktionen auf Strafsanktionen verzichtet, da die Teilrechtsgebiet-Kategorisierung der kontinental-europäischen Rechtslehre dem Römischen Recht fremd war, vgl. nur Kaser Max/Knütel Rolf/Lohsse Sebastian, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München 2017, 35 und Bock Dennis, Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römischrechtlicher Grundlage, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2006, 7–16, 8 f.

2 Nachfolgend wird zur Förderung der Lesbarkeit grundsätzlich das generische Maskulinum verwendet, wobei natürlich immer Personen aller Geschlechter eingeschlossen sind.

3 Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1).

4 Verordnung über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsverordnung) vom 6. November 2019 (SR 950.11).

5 Vgl. auch Bahar Rashid/Nedwed Bianca, Grenzüberschreitendes Angebot von Finanzdienstleistungen und -produkten? Die Eidgenossenschaft schlägt zurück, SZW 2019, 618 ff., 630.

1.2 Inhalt und Öffentlichkeit

Der Mindestinhalt des Beraterregisters wird in Art. 30 FIDLEG definiert. Dieser umfasst allgemeine Angaben (Name und Vorname des Kundenberaters sowie Firma bzw. Name und Adresse des entsprechenden Finanzdienstleisters), organisatorische Informationen (Funktion und Position des Kundenberaters innerhalb des Finanzdienstleisters), Auskunft zur Dienstleistung (Tätigkeitsfelder des Kundenberaters) und Hinweise fachlicher Art (absolvierte Aus- und Weiterbildung des Kundenberaters sowie Benennung der zuständigen Ombudsstelle). Schliesslich enthält das Beraterregister das Datum des Eintrags, aus welchem hervorgeht, wann die Erneuerungsregistrierung fällig wird (vgl. Art. 41 Abs. 2 FIDLEV, wonach eine Registrierung spätestens nach 24 Monaten zu erneuern ist).

Gemäss gesetzlicher Anordnung (Art. 32 Abs. 5 FIDLEG) sind die Daten des Beraterregisters grundsätzlich öffentlich. Anders als bei den prudenziell Beaufsichtigten werden jedoch keine Listen der eingetragenen Kundenberater online einsehbar sein. Aus persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen ist lediglich ein Abrufverfahren vorgesehen (Art. 32 Abs. 5 FIDLEG und Art. 37 Abs. 2 lit. e FIDLEV),[6] vergleichbar mit der SRO-Mitglieder-Suche auf der Webseite der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA.[7]

Fraglich ist, ob das öffentliche Beraterregister kostenlos angeboten werden muss. Sowohl das Gesetz wie auch die Verordnung schweigen sich hierüber aus. Bei anderen Registern (z. B. Zefix oder Revisorenregister), wird die Unentgeltlichkeit gesetzlich explizit festgehalten (Art. 14 Abs. 2 HRegV[8] bzw. Art. 18 Abs. 1 RAV[9]). Damit scheint unter dem Titel «Gebühr für Dienstleistungen» (Art. 33 Abs. 1 FIDLEG und Art. 42 Abs. 4 FIDLEV) eine kostenpflichtige Abfrage zulässig zu sein – allerdings unter stossendem Widerspruch zum Anlegerschutzgedanken des FIDLEG.

1.3 Registrierungsstellen

Die Registrierungsstellen führen das Beraterregister. Sie werden von der FINMA zugelassen (Art. 31 Abs. 1 FIDLEG). Die FINMA kann – und wird vermutlich[10] – mehrere Registrierungsstellen zulassen (Art. 31 Abs. 2 FIDLEG).

1.4 Eintragungspflicht

Eintragungspflichtig sind Kundenberater von nicht prudenziell beaufsichtigten inländischen sowie von ausländischen Finanzdienstleistern (Art. 28 Abs. 1 FIDLEG). Gemeint sind damit die Kundenberater selbst, d. h. die natürlichen Personen, die für den Finanzdienstleister handeln.[11] Im Gegensatz dazu sind juristische Personen weder eintragungspflichtig noch -fähig.[12]

Fraglich ist, wer alles als Kundenberater qualifiziert. Der Gesetzeswortlaut in Art. 3 lit. e FIDLEG geht von einem weiten Begriffsverständnis aus und bezeichnet diejenigen natürlichen Personen als Kundenberater, die im Namen eines Finanzdienstleisters oder – im Falle von Einzelunternehmungen – selbst als Finanzdienstleister Finanzdienstleistungen (etwa Anlageberatung oder Vermögensverwaltung) erbringen. Unter Anwendung der historischen Auslegung kann die Registrierungspflicht der Kundenberater auf diejenigen natürlichen Personen eingeschränkt werden, welche direkten Kundenkontakt pflegen und die Finanzdienstleistungen nicht nur in untergeordneter Weise erbringen.[13] Dieser Passus der Botschaft wurde im Rahmen der Ratsdebatten nicht speziell thematisiert, weshalb der Wortlaut unverändert übernommen wurde. Da der historischen Auslegung bei jungen Gesetzen ein grosses Gewicht beigemessen wird,[14]

---

6 Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff., 8970; Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG) vom 25. Juni 2014, 57.

7 Vgl. <https://finma.ch/de/bewilligung/selbstregulierungsorganisationen-sro/sro-mitglieder-suche/> (Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 13. Juni 2020); bei der bestehenden SRO-Mitglieder-Suche kann das System auch nicht mit gängigen Begriffen «ausgetrickst» werden, da die Suche so präzis formuliert werden muss, dass maximal fünf Treffer angezeigt werden.

8 Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411).

9 Verordnung über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsverordnung) vom 22. August 2007 (SR 221.302.3).

10 Vgl. etwa Peyer Martin, The New Registration Duty for Client Advisers – An Update on the Final FinSO, CapLaw 2019, 27 ff., 31. Gemäss Art. 31 Abs. 5 FIDLEG kann die FINMA für den Fall, dass eine Registrierungsstelle den Anforderungen von Art. 31 FIDLEG und Art. 34 ff. FIDLEV nicht mehr genügt, als *ultima ratio* der Registrierungsstelle die Zulassung entziehen, vgl. auch EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 57. In einer solchen Konstellation ist erwünscht, dass die Aufgabe auf eine andere, bestehende Registrierungsstelle übertragen wird (und nicht, dass die subsidiäre staatliche Regelung gemäss Art. 31 Abs. 6 FIDLEG zur Anwendung gelangt).

11 Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8922 und 8967.

12 Möglich ist allerdings, dass die Finanzdienstleister die Registrierung als Vertreter für ihre Kundenberater vornehmen, Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuterungsbericht zur Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), zur Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und zur Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV) vom 6. November 2019, 33.

13 Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8948; vgl. auch EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 16 («Kundenberaterinnen und Kundenberater sind natürliche Personen, die mit einer Kundin oder einem Kunden in Kontakt treten und diesem gegenüber eine konkrete Finanzdienstleistung anbieten oder ausführen.»).

14 BGE 140 I 305 E. 6.1 S. 311.

ist m. E. der Anwendungsbereich der Registrierungspflicht im obgenannten Sinne einzuschränken.[15]

Diese Ansicht kann betreffend den direkten Kundenkontakt auch systematisch mit Art. 3 Abs. 2 FIDLEV (mit expliziter Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs bei Marketingtätigkeiten auf solche, die direkt an bestimmte Kunden gerichtet sind) begründet werden. In teleologischer, anlegerschutzorientierter Hinsicht kann sodann festgehalten werden, dass der angestrebten fachlichen Qualitätskontrolle und der Transparenz primär «an der Front» am sog. *Point of Sale* grosse Bedeutung zukommen.[16]

Auch die zweite Ausnahme, nämlich die Dienstleistung «in untergeordneter Weise», ist auslegungsbedürftig. Die Botschaft geht von einer eher restriktiven Interpretation der Ausnahme aus, was mit den erwähnten Beispielen, die auf eine klassische *Backoffice*-Tätigkeit oder *IT Services* abstellen, unterstrichen wird.[17] Bisher wurde nicht thematisiert, ob neben diesen qualitativen Merkmalen auch quantitative Elemente berücksichtigt werden können. Muss sich ein aufgrund seines besonderen Fachwissens für einen Einzelfall beigezogener Berater (z. B. ein Analyst) bereits registrieren lassen?[18] Die Praxis wird diese Frage zu beantworten haben.[19] Gemäss hier vertretener Auffassung dürfen quantitative Elemente aus Gründen der Verhältnismässigkeit zumindest nicht ausser Acht gelassen werden.

Offen ist weiter, ob nur interne Kundenberater von der Eintragungspflicht erfasst werden oder auch solche, die im Sinne eines *Outsourcings* im Auftragsverhältnis beigezogen werden. Aufgrund des Gesetzestexts von Art. 3 lit. e FIDLEG ist von einem weiten Anwendungsbereich auszugehen («natürliche Personen, die *im Namen* eines Finanzdienstleisters […] Finanzdienstleistungen erbringen»).[20] Auch der historische Gesetzgeber wollte neben Mitarbeitern in einem Arbeitsverhältnis[21] weitere Personen erfassen, die aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses (z. B. eines einfachen Auftrags) für den Finanzdienstleister tätig werden.[22] Anders als bei Kundenberatern, welche in die Organisation des Finanzdienstleisters eingebunden sind, kann der Finanzdienstleister nicht direkt sicherstellen, dass sich der externe Kundenberater im Register eintragen lässt.[23] Er wird sich jedoch in der Regel vertraglich zusichern lassen, dass der Vertragspartner über die nötigen Eintragungen verfügt bzw. solche Eintragungen veranlasst.

Aus einer systematischen Berücksichtigung des Art. 30 FIDLEV erhellt, dass auch Mitglieder der Exekutive (etwa ein Verwaltungsrat bei einer AG und ein Geschäftsführer bei einer GmbH) als Mitarbeiter gelten. Dies gilt selbst dann, wenn kein spezifischer Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde und auch wenn «nur» die gesellschafts- und auftragsrechtliche Doppelnatur einschlägig ist.[24]

1.5 Eintragungsvoraussetzungen

Die eintragungspflichtigen Kundenberater müssen nachweisen, dass sie die Verhaltensregeln des FIDLEG kennen und über das notwendige Fachwissen für die Ausübung ihrer Tätigkeit verfügen (Art. 29 Abs. 1 lit. a i. V. m. Art. 6 FIDLEG). Auch setzt die Eintragung den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder das Vorliegen gleichwertiger finanzieller Sicherheiten (Art. 29 Abs. 1 lit. b FIDLEG) sowie den Anschluss des Finanzdienstleisters an eine Ombudsstelle voraus (Art. 29 Abs. 1 lit. c FIDLEG). Die Eintragung kann verweigert werden, wenn ein Kundenberater bestimmte strafrechtliche Verurteilungen aufweist (insb. wenn der Kundenberater aufgrund einer strafbaren Handlung gegen das Vermögen verurteilt wurde und über einen entsprechenden Strafregistereintrag verfügt) oder wenn gegen ihn aufgrund der Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften ein Berufs- oder Tätigkeitsverbot verhängt wurde (Art. 29 Abs. 2 FIDLEG).[25]

---

15 Ebenso Frick Joachim, 2. Kapitel, § 6, in: Baker McKenzie Zurich (Hrsg.), Neue Finanzmarktarchitektur – Das Wichtigste aus FIDLEG und FINIG. Unter Berücksichtigung der definitiven Verordnungstexte, Bern 2020, Rz. 287; Prantl Florian, Aufsichtsrechtliche Erfassung von «Robo Advice» in der Schweiz – Verhaltensregeln des Finanzdienstleistungsgesetzes beim digitalen und automatisierten Anlagegeschäft, Magister, Editions Weblaw, Bern 2020, Rz. 189; Schleiffer Patrick/Schärli Patrick, Grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen. Ausgewählte Aspekte unter Beachtung des neuen Finanzdienstleistungsgesetzes, GesKR 2020, 24 ff., 27; Sethe Rolf, Einige kritische Anmerkungen zum geplanten Schweizer Finanzdienstleistungsgesetz, in: von Casper Matthias/Klöhn Lars/Roth Wulf-Henning/Schmies Christian (Hrsg.), Festschrift für Johannes Köndgen, München 2016, 599 ff., 605.

16 Vgl. auch Jutzi Thomas/Wess Ksenia, Informationspflichten gemäss FIDLEG und MiFID II, recht 2019, 143–165, 159. Das Eidgenössische Finanzdepartement EFD, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), Stossrichtungen möglicher Regulierung, Hearingbericht vom 18. Februar 2013, 21 spricht in diesem Zusammenhang von einer «Schnittstelle zwischen einem Finanzdienstleister und seinen Kunden».

17 Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 6), 8948.

18 Dieser Fragestellung folgen diverse Anschlussfragen nicht quantitativer Art: Inwiefern kommt es diesfalls darauf an, ob der Analyst von einem registrierten Kundenberater begleitet wird? Was bedeutet «Begleitung» im Zeitalter des *Social Distancing* und *Home Office?*

19 Peyer (Fn. 10), 29; vgl. zu Lösungsansätzen Bahar/Nedwed (FN 5), 630 f. und Schleiffer/Schärli (FN 15), 31.

20 Hervorhebung hinzugefügt.

21 Zu den Mitarbeitern gehören gemäss EFD «auch Personen, die im Rahmen eines Personalverleihs in der Organisation des Finanzdienstleisters tätig sind», EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 52.

22 Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8948; EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 52.

23 Insofern verwirrend EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 52, das auch in diesem Zusammenhang von einer Sicherstellungspflicht ausgeht.

24 Zu dieser Doppelnatur Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 88 f., m. w. H.

25 Vgl. zum Ganzen auch unten Kapitel II.3.

Bei der Prüfung, ob ein Kundenberater über hinreichende Kenntnisse der Verhaltensregeln und das für die Ausübung seiner Tätigkeit notwendige Fachwissen verfügt, kommt der Registrierungsstelle ein Ermessen zu. Welche Anforderungen an diesen Nachweis gestellt werden, wird sich erst auf Stufe der Selbstregulierung der Registrierungsstellen zeigen.

Sofern ein Kundenberater die Registrierungsvoraussetzungen erfüllt, muss er in das Beraterregister eingetragen werden. Es besteht insofern ein bedingter Anspruch auf Eintragung (sog. Polizeibewilligung).[26] Betreffend das Gesuch um Eintragung im Beraterregister wird in formeller Hinsicht entweder ein Eintretens- oder ein Nichteintretensentscheid[27] gefällt. In materieller Hinsicht verfügt die Registrierungsstelle entweder eine positive Eintragungsverfügung oder eine negative Nichteintragungsverfügung (Art. 32 Abs. 1 FIDLEG).[28] Letztere kann mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 34 FIDLEG i. V. m. Art. 44 ff. VwVG[29] i. V. m. Art. 31 VGG[30]).[31]

Die Eintragungsvoraussetzungen müssen dauerhaft eingehalten und die Registrierungsstelle muss über allfällige Änderungen im Zusammenhang mit den Registrierungsvoraussetzungen informiert werden (Art. 32 Abs. 2 FIDLEG).[32] Erfüllt ein Kundenberater die Voraussetzungen für eine Registrierung nicht mehr, wird er von der Registrierungsstelle aus dem Beraterregister gelöscht (Art. 32 Abs. 4 FIDLEG).

2. Aufsicht

Mit Bezug auf inländische Finanzdienstleister adressiert die Registrierung im Beraterregister ausschliesslich Kundenberater von nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern. Art. 28 Abs. 1 FIDLEG verweist dabei auf Art. 3 FINMAG[33] und stellt – im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 2 FIDLEG – grammatikalisch nicht auf die prudenzielle Aufsicht ab. Diese Verweisung auf Art. 3 FINMAG erscheint unglücklich, sind doch bei Art. 3 lit. a FINMAG ebenfalls registrierte Personen aufgelistet. Der Gefahr des Zirkelschlusses kann jedoch damit begegnet werden, dass Art. 3 lit. a FINMAG von einer «Registrierung [bei] der Finanzmarktaufsichtsbehörde» ausgeht und damit die Selbstregulierungslösung bei den Registrierungsstellen ausklammert. Sollte aber die subsidiäre staatliche Lösung gemäss Art. 31 Abs. 6 FIDLEG jemals zur Anwendung gelangen und dabei die Wahl auf die FINMA fallen, wäre der Zirkelschluss perfekt und die Registrierungspflicht würde bei Kundenberatern inländischer Finanzdienstleister ins Leere laufen.[34]

Besonders brisant erscheint der Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 FIDLEG in Bezug auf Versicherungsvermittler. Da registrierte Personen bei Art. 3 FINMAG miteinbezogen werden, fielen Versicherungsvermittler aus der Registrierungspflicht heraus, obwohl die Anforderungen insb. an Art. 6 FIDLEG in keiner Weise sichergestellt werden können, da eine prudenzielle Aufsicht fehlt.[35] Auch dieses Beispiel zeigt, dass die Verweisung auf Art. 3 FINMAG nicht zielführend sein kann und vielmehr im Sinne des Anlegerschutzes (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG) in ein Erfordernis prudenzieller Aufsicht umgedeutet werden sollte.

Die Aufsichtshandlungen der Registrierungsstellen sind auf die Stadien der Zulassung (Registrierung) und Sanktionierung (De-Registrierung resp. Löschung)[36] beschränkt und umfassen keine laufende Überwachung.[37] Somit klärt die Registrierungsstelle in keinem Zeitpunkt aktiv ab, ob die Registrierungsvoraussetzungen noch erfüllt sind, sondern reagiert nur dann, wenn eine Meldung gemäss Art. 32 Abs. 3 FIDLEG bei ihr eingeht oder wenn sie auf andere Art und Weise Kenntnis davon erhält, dass die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind (Art. 32 Abs. 4 FIDLEG). Die Nachteile der fehlenden laufenden Überwachung werden allerdings durch die alle zwei Jahre obligatorisch zu erneuernde Registrierung (Art. 41 Abs. 2 FIDLEV) weitgehend kompensiert.

---

26 Dazu Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2661; Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 44 Rz. 24 ff. und insb. Rz. 29.

27 Ein Nichteintretensentscheid könnte etwa deshalb erfolgen, wenn selbst nach Aufforderung zur Nachbesserung die Angaben unvollständig sind.

28 Zum Verfügungscharakter auch Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8970 und Peyer (FN 10), 31. Die Nichteintragungsverfügung als negative Verfügung bedarf aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör einer Begründung (Art. 34 FIDLEG i. V. m. Art. 30 Abs. 1 VwVG): Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8970; Frick (FN 15), Rz. 324; Peyer (FN 10), 32 m. w. H.

29 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

30 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).

31 Peyer (FN 10), 32.

32 Vgl. aber zur fehlenden laufenden Überwachung unten Kapitel II.2.

33 Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

34 Immerhin ist der Gesetzestext des Art. 31 Abs. 6 FIDLEG genügend offen formuliert, sodass diese Aufgabe nicht der FINMA übertragen werden muss – obwohl die FINMA rein inhaltlich wohl am naheliegendsten wäre.

35 Vgl. nur die Übersicht der FINMA im FINMA-Jahresbericht 2014, 11.

36 Diese *Ultima-ratio*-Massnahme ist aufsichtsrechtlich gleichzeitig auch die einzig mögliche Sanktion, vgl. dazu unten Kapitel IV.1.

37 Ebenso Bahar/Nedwed (FN 5), 630; Peyer (FN 10), 28; Sethe Rolf, MiFIR/MiFID II – Drittstaatenzugang für die Schweiz und Äquivalenz von FINIG/FIDLEG, in: Gericke Dieter (Hrsg.), Private Equity VI. PE 6.0: Neue Mitspieler, neue Technologien, neue Themen, neues Recht, Zürich/Basel/Genf 2018, 135–169, 160.

3. Ziele

Aufgrund der fehlenden aufsichtsrechtlichen Mechanismen gegenüber nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern (etwa Anlageberatern oder ehemaligen Vertriebsträgern, heutigen Vermarktern) will der Gesetzgeber mit dem an Voraussetzungen gekoppelten Beraterregistereintrag einen gewissen Mindeststandard für Finanzdienstleister gewährleisten.[38]

Der Mindeststandard soll primär sicherstellen, dass die Kundenberater die hinreichenden Kenntnisse der Verhaltensregeln sowie das notwendige Fachwissen für ihre Finanzdienstleistungstätigkeit (etwa die Anlageberatung) haben (Art. 29 Abs. 1 lit. a i. V. m. Art. 6 FIDLEG). Gleichzeitig will Art. 29 Abs. 2 FIDLEG verhindern, dass sich Berater mit schlechtem Leumund, konkret mit finanzmarktrechtlich relevanten Vorstrafen oder mit verhängtem Berufs- oder Tätigkeitsverbot, eintragen lassen können. Diese Voraussetzungen erinnern an die finanzmarktrechtliche Gewähr (vgl. etwa Art. 11 FINIG[39]),[40] gehen aber weniger weit und decken insofern nur einen Teil der sonst bestehenden Gewährserfordernisse ab. Art. 6 FIDLEG könnte damit auch als eine «Gewähr *light*» bezeichnet werden.

Weiter soll eine finanzielle Grundabdeckung durch eine Berufshaftpflichtversicherung bzw. eine gleichwertige Sicherheit bereitgestellt werden (Art. 29 Abs. 1 lit. b FIDLEG). Diese ist als Kehrseite der fehlenden Mindestkapital- und Eigenmittelvorschriften der nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleister zu verstehen. Die Deckungssumme der Berufshaftpflichtversicherung bzw. der gleichwertig bei einer Bank hinterlegte Betrag der Sicherheitsleistung bemisst sich anhand der Anzahl registrierter Kundenberater, beträgt aber mindestens CHF 500'000.00 (Art. 32 Abs. 3 FIDLEV).

Schliesslich will der Gesetzgeber mit dem Beraterregister gewährleisten, dass die Anleger bei der Ombudsstelle auf ein einfaches, unbürokratisches und kostengünstiges Streitbereinigungsverfahren zurückgreifen können (Art. 29 Abs. 1 lit. c FIDLEG).

Gemäss Materialien besteht ein wirkungsvolles und naheliegendes (Neben-)Ziel der Kundenberaterregulierung in der Transparenz.[41] Der Anleger soll aus verlässlicher Quelle wissen, für wen der Kundenberater tätig ist, welche Funktion und Position er beim Finanzdienstleister innehat, in welchen Tätigkeitsfeldern er aktiv ist und über welche Aus- und Weiterbildung er verfügt. Gerade bei Vermarktern sind diese Informationen bisweilen nicht erhältlich – denn auch der Handelsregistereintrag (Zefix) informiert nur bedingt und ist nicht auf Kundenberater fokussiert.

Letztlich dürfte auf politischer Ebene die Regulierung der Kundenberater nicht unerheblich von den Vorschriften auf europäischer Ebene beeinflusst worden sein.[42] Zwar bestehen hierzu keine harmonisierten Regeln,[43] jedoch wurde die deutsche Regelung als Vorbild genommen,[44] mithin die Regulierung eines Schwergewichts der EU-Politik.

4. Analyse des Aufsichtskonzepts

Punkto Transparenz geht die Registrierungspflicht der Kundenberater von nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern erheblich weiter als bei Beaufsichtigten, bei denen auf der FINMA-Webseite lediglich rudimentäre Informationen zum Bewilligungsstatus des Finanzdienstleisters selber (nicht zu seinen Kundenberatern) abrufbar sind.

Betreffend den Anlegerschutz ist vorliegend der Ansatz aber auch ein grundlegend anderer: Während bei prudenziell Beaufsichtigten die Anleger die mit dem Beraterregister sicherzustellenden Anliegen und Ziele[45] in die Hände der FINMA resp. der Aufsichtsorganisationen (AO) geben können, müssen sich die Anleger bei den nicht prudenziell Beaufsichtigten mithilfe des Beraterregisters ein eigenes Bild machen.[46]

Es besteht eine gewisse Diskrepanz der Aufsichtstiefe, gemessen an der Hierarchie innerhalb eines Finanzdienstleisters. Die FINMA prüft anlässlich der Bewilligung die Gewährsvoraussetzungen nur auf höchster Stufe (etwa beim Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung bei der AG) in systematischer Weise. Für alle übrigen Kundenberater kann nur im Nachgang zu einem Ereignis ein Tätigkeitsverbot gemäss Art. 33*a* Abs. 1 lit. b FINMAG erlassen werden. Weitere Möglichkeiten

---

38 Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8967; Schleiffer/Schärli (FN 15), 30.

39 Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1).

40 Vgl. auch EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 16 mit dem Hinweis auf vergangene qualifizierte Verstösse. Ähnlich Bischof Elias, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Diss. Basel 2016 (= SSFM Bd. 121), Rz. 565, der auf den Zusammenhang der Kundenberaterregulierung zu den gewährsrechtlichen Vorschriften hinweist.

41 AB 2017 N 1294 und 1318 ff.; AB 2016 S 1153 und 1167; vgl. auch die Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8940, welche die dienstleistungsbezogenen Transparenzvorschriften zu einem Teilbereich des Kundenschutzes zählt; vgl. auch zum Versicherungsvermittler-Register: Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBl 2003 3789, 3826. Transparenz hat ihrerseits den positiven Nebeneffekt eines Beitrags zur *Corporate Governance*, vgl. dazu auch Böckli (FN 24), § 14 N 9 f. und N 48 f.

42 Dazu Frick (FN 15), Rz. 274; Sethe, Drittstaatenzugang (Fn. 37), 156.

43 Hierzu Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8933; EFD, Vernehmlassungsbericht (Fn. 6), 28; Sethe, Drittstaatenzugang (FN 37), 160.

44 Vgl. dazu weitergehend unten Kapitel V.

45 Hierzu oben Kapitel II.3.

46 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), 8967.

bestehen – zumindest für Kundenberater unterhalb der Gewährsträgerstufe – nicht.

Unter dem Gebot von *same business, same risks, same rules*[47] erscheint fraglich, ob die obgenannte Diskrepanz gerechtfertigt ist. Die Situation wird dadurch akzentuiert, dass ausländische, dort prudenziell beaufsichtigte Finanzdienstleister,[48] die in der Schweiz Privat- resp. Retailkunden adressieren, in die Registrierungspflicht miteinbezogen werden. Ist eine Registrierungspflicht für diese Fälle gerechtfertigt?[49] Vorliegend kann hierauf keine abschliessende Antwort geliefert werden. Beim Vergleich unter schweizerischen Finanzdienstleistern ist prinzipiell fragwürdig, ob bei prudenziell und nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern überhaupt von *same business* gesprochen werden kann, während beim Vergleich mit ausländischen, dort prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistern, das Kriterium *same rules* näher analysiert werden müsste und man dabei kaum um eine Differenzierung der verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen herumkäme.

III. Qualifikationen

1. Art der Regulierung

Gemäss gesetzlichem Konzept werden die Registrierungsstellen durch private Organisationen geführt (Art. 31 Abs. 6 FIDLEG *e contrario*). Nur im Ausnahmefall, wenn nämlich kein Privater diese Registrierungsstelle führen will, bezeichnet der Bundesrat als subsidiäre Lösung eine (öffentliche) Stelle für diese Aufgabe (Art. 31 Abs. 6 FIDLEG).[50]

Damit werden private Rechtssubjekte mit einer rechtsanwendenden Aufgabe betraut und müssen dabei ein Rechtsverhältnis regeln (Registrierung oder Nichtregistrierung von Kundenberatern anhand vorgegebener Kriterien). Aufgrund dieser Elemente ist vorliegend von Selbstregulierung auszugehen.[51]

Die staatliche Regulierung sieht über die OR[52]-Rahmenbedingungen hinaus Spezialbestimmungen betreffend die Registrierungsstellen vor (Art. 31 ff. FIDLEG und Art. 34 ff. FIDLEV). Trotz diesen spezifischen Bestimmungen verbleibt den Registrierungsstellen eine erhebliche Autonomie, etwa betreffend die Organisation (vgl. Art. 37 FIDLEV) oder betreffend die eigentliche Aufgabe der Entscheidungen über Eintragungen und Löschungen im Register resp. über die Registerführung. Im Ergebnis stellen die Registrierungsstellen damit einen Anwendungsfall der unechten Selbstregulierung dar.[53] Sie vereinen Elemente Elemente der obligatorischen (etwa Art. 37 FIDLEV betreffend Organisation) mit der genehmigten Selbstregulierung (Art. 31 Abs. 1 FIDLEG betreffend Zulassungserfordernis).[54] Die Registrierungsstellen sind als Selbstregulatoren zwar nicht «(End-) Adressaten» der Regulierung – dies sind die Kundenberater – sondern gewissermassen nur Mittel zum Regulierungszweck. Diese indirekte Aufsicht ist vergleichbar mit derjenigen der Selbstregulierungsorganisationen gemäss Art. 24 GwG[55] und ist – zumindest im schweizerischen Finanzmarktrecht – keine Besonderheit.[56]

2. Aufgabe

Die Registrierungsstellen nehmen eine Aufgabe im System der schweizerischen Finanzdienstleistungsaufsicht wahr, indem sie über die Eintragungen oder Löschungen im Beraterregister entscheiden. Fraglich ist, wie diese Aufgabe zu qualifizieren ist und welche Rechtsfolgen daraus resultieren.

Das Schweizer Recht unterscheidet zwischen öffentlichen Aufgaben und privaten Aufgaben. Öffentliche Aufgaben sind dabei solche, «an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich [sic] interessiert ist.»[57] Alle übrigen Aufgaben stellen im Umkehrschluss private Aufgaben dar. Öffentliche Aufgaben können weiter in staatliche

---

47 Dazu auch Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015, E. 4.2 und Zysset Pascal, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht. Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen, Diss. Bern 2017 (=SSFM Bd. 124), Rz. 278 und Rz. 650, jeweils m. w. H.

48 Gemeint sind solche, die nicht gleichzeitig in der Schweiz eine Zweigniederlassungs- (Art. 52 ff. FINIG) oder Vertretungsbewilligung (Art. 58 ff. FINIG) haben: EFD, Erläuterungsbericht FIDLEV/FINIV/AOV (FN 12), 33 f.

49 Müller Matthias, Stellungnahme der BX Swiss zum Entwurf der FIDLEV, abrufbar unter <https://www.regservices.ch/stellungnahme-der-bx-swiss-zum-entwurf-der-fidlev/>, a. E., erachtet es umgekehrt für Anleger als unzumutbar, «ausländische Rechtsordnungen zu konsultieren, um festzustellen, ob ein Kundenberater gehörig beaufsichtigt und befähigt ist, Finanzdienstleistungen zu erbringen».

50 Vgl. bereits EFD, Stossrichtungen (FN 16), 22 mit einer gewissen Sympathie für die privaten Träger. EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 56 ging von Anfang an davon aus, dass Bewerber für die Registrierungsstelle vorhanden sind oder sich bilden werden.

51 Ähnlich bereits EFD, Stossrichtungen (FN 16), 22. Zu den verschiedenen Elementen des Selbstregulierungsbegriffs eingehend Zysset (FN 47), Rz. 141 ff.

52 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

53 Ebenso EFD, Stossrichtungen (FN 16), 22; zur unechten Selbstregulierung eingehend Zysset (FN 47), Rz. 385 ff.

54 Zur obligatorischen Selbstregulierung: Zysset (FN 47), Rz. 394 ff.; zur genehmigten Selbstregulierung: Zysset (FN 47), Rz. 401 ff.; zur Kombination: Zysset (FN 47), Rz. 390.

55 Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

56 Vgl. zu dieser Ausgestaltung auch Zysset (FN 47), Rz. 397.

57 Peters Hans, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz Rolf/Hübner Heinz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. II, München/Berlin 1965, 877 ff., 878; vgl. auch Zysset (FN 47), Rz. 169 m. w. H.

Aufgaben spezifiziert werden. Gemeint sind die vom Verfassungs- oder Gesetzgeber den staatlichen Behörden zugewiesenen Aufgaben.[58]

Gemäss Materialien nehmen die Registrierungsstellen eine öffentliche Aufgabe wahr.[59] Indessen ist fraglich, ob auch eine staatliche Aufgabe vorliegt. Ganz generell weist Art. 98 Abs. 2 BV[60] dem Bund eine Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über Finanzdienstleistungen zu. Diese allgemeine Kompetenznorm sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob die Aufsicht über Kundenberater eine staatliche Aufgabe darstellt. Vielmehr braucht es eine Erfüllungsverantwortung des Staates betreffend die Aufsicht in dem Sinne, dass der Staat sowohl für die Tatsache sorgt, dass überhaupt erfüllt wird («Ob»), wie auch die Art und Weise der Erfüllung («Wie») festlegt.[61]

Nach hier vertretener Auffassung ist bei der Führung des Beraterregisters von einer staatlichen Aufgabe auszugehen. Neben dem Register selber, das weitgehend staatlichen Vorgaben gerecht werden muss (Art. 28 ff. FIDLEG und Art. 31 ff. FIDLEV), ist auch die eigentliche Aufsicht durch die Registrierungsstellen («Wie») regulatorisch vorgegeben (Art. 31 ff. FIDLEG und Art. 34 ff. FIDLEV). Daneben will der Gesetzgeber jedoch auch das «Ob» der Aufsicht sicherstellen, indem er den Bundesrat damit beauftragt, bei fehlenden privaten Registrierungsstellen nach Ablauf einer Anfangsphase nach Inkrafttreten des FIDLEG eine Stelle für diese Aufgabe zu bezeichnen (Art. 31 Abs. 6 FIDLEG).[62]

Aufgrund der Qualifikation der Kundenberateraufsicht als staatliche Aufgabe sind die Registrierungsstellen in der Konsequenz an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV) und müssen dabei u. a. das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) beachten.[63] Die Registrierungsstellen sind dazu angehalten, nicht nur gegen aussen, sondern auch in ihren internen Strukturen die Grundrechtsbindung zu berücksichtigen, in entsprechenden (internen) Praxisweisungen festzuhalten und durch die *Compliance* (Art. 37 Abs. 2 lit. c FIDLEV) kontrollieren zu lassen.

3. Rechtscharakter

Bei einer öffentlichen, und nach hier vertretener Auffassung gar staatlichen Aufgabe, die durch einen Privatrechtsträger ausgeübt wird, stellt sich unweigerlich die Frage, ob Handlungen des entsprechenden Trägers dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht unterstehen. Die Beantwortung dieser Frage hat durchaus praktische Relevanz: Welche Instanz ist im Falle einer Anfechtung der Nichteintragung zuständig? Welches Prozessrecht kommt zur Anwendung, das VwVG oder die ZPO[64]? Kommen dabei die Prozessmaximen des öffentlichen Rechts (Offizial- und Untersuchungsmaxime) oder diejenigen des Zivilprozesses (Dispositions- und Verhandlungsmaxime) zur Anwendung?[65]

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommen üblicherweise vier Theorien für die Zuordnung eines Sachverhalts zu öffentlichem Recht oder zu Privatrecht zum Tragen: Die auf die Art der Aufgabe abstellende Funktionstheorie, die sich an den Interessen des Rechts orientierende Interessentheorie, die nach dem Verhältnis des Akteurs zum Adressaten fragende Subordinationstheorie und die modale Theorie, welche die Sanktionen analysiert.[66] Das Bundesgericht gibt dabei keiner der genannten Theorien den generellen Vorrang, sondern entscheidet anhand des Einzelfalls, welchem Ansatz jeweils die grösste Bedeutung zukommt.[67] Für die Abgrenzung im Bereich der Selbstregulierung ist die Interessentheorie wenig geeignet,[68] weshalb folglich anhand der übrigen Theorien (Subordinationstheorie, Funktionstheorie und modale Theorie) geprüft wird, welchen Rechtscharakter das Verhältnis der Registrierungsstelle zu den Kundenberatern aufweist.[69]

Aufgrund der Subordinationstheorie handelt es sich beim zugrundeliegenden Rechtsverhältnis dann um öffentliches Recht, wenn der Staat gegenüber dem privatrecht-

---

58 Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, 153 ff., 155 m. w. H.

59 Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 6), 8969 und EFD, Erläuterungsbericht FIDLEV/FINIV/AOV (Fn. 12), 38, wobei beide von «öffentlich-rechtlichen Aufgaben» sprechen.

60 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung) vom 18. April 1999 (SR 101).

61 Häner Isabelle, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, 1144–1153, 1149; vgl. auch BSK BV-Waldmann, Art. 35 N 20; zum Ganzen auch Zysset (FN 47), Rz. 655.

62 Diese Ausgestaltung wird als subsidiäre staatliche Regelung bezeichnet: Zysset (FN 47), Rz. 466 m. w. H.

63 Dazu und zu weiteren Folgen: Häner (FN 61), 1149.

64 Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

65 Hierzu eingehend Zysset (FN 47), Rz. 293.

66 Dazu Zysset (FN 47), Rz. 283 m. w. H.

67 Statt aller: BGE 138 II 134 E. 4.1 S. 137 f.

68 Diese Folgerung ergibt sich daraus, dass die Interessentheorie primär zur Anwendung kommt, wenn anhand von Art. 6 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (SR 210) der Rahmen des kantonalen öffentlichen Rechts abgesteckt wird, dazu Zysset (FN 47), Rz. 284 und Rz. 286 m. w. H.; a. M. Langhart Albrecht, Rahmengesetz und Selbstregulierung. Kritische Betrachtungen zur vorgeschlagenen Struktur eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Börsenrechts, Diss. Zürich 1993 (= SSHW Bd. 153), 144.

69 Das Rechtsverhältnis der Registrierungsstelle zur FINMA ist demgegenüber klar dem öffentlichen Recht zuzuordnen; zur ähnlichen Konstellation SRO-FINMA eingehend SHK GwG-Zysset, Art. 24 N 19; vgl. auch Bericht der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Bilanzierung der Selbstregulierung vom 31. März 2005, abrufbar unter <http://www.finma.ch/archiv/gwg/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/35627.pdf>, 3.

lichen Träger hoheitlich auftritt.[70] Dieses hoheitliche Handeln ist Kern der Subordinationstheorie. Zusätzlich ist gemäss der aus der Subjektstheorie fliessenden Auffassung[71] erforderlich, dass für die Qualifikation als öffentliches Recht ein staatliches Subjekt einem privaten Subjekt gegenübersteht. Aus diesen Überlegungen erhellt, dass das Rechtsverhältnis der privatrechtlich organisierten Registrierungsstellen gegenüber den privaten Kundenberatern kein öffentlich-rechtliches sein kann.[72] Aufgrund der Subordinationstheorie handelt es sich beim Rechtsverhältnis zwischen Registrierungsstelle und Kundenberater um Privatrecht.

Die Funktionstheorie bezeichnet Rechtsverhältnisse, in denen mindestens eine Partei öffentliche Aufgaben wahrnimmt, jedenfalls dann als öffentlich-rechtlich, wenn der mit öffentlichen Aufgaben Betraute auch hoheitlich handelt.[73] Wie dargelegt, werden die Registrierungsstellen nicht nur mit öffentlichen, sondern gar mit staatlichen Aufgaben betraut.[74] Durch die in Art. 32 Abs. 1 FIDLEG zugesprochene Verfügungskompetenz handeln die Registrierungsstellen zwangsläufig auch hoheitlich.[75] Damit qualifiziert die Funktionstheorie das Rechtsverhältnis zwischen der Registrierungsstelle und den Kundenberatern als öffentlich-rechtlich.

Zufolge der modalen Theorie untersteht eine Regelung dann dem öffentlichen Recht, wenn die mit diesem Verhältnis im Falle eines Verstosses verbundene Sanktion öffentlich-rechtlicher Natur ist.[76] Demnach ist vorliegend zu prüfen, ob das FIDLEG als Spezialgesetz eine öffentlich-rechtliche Sanktionsbefugnis vorsieht. Die Sanktionsbefugnis besteht beim Beraterregister in der Löschung des Eintrags nach Art. 32 Abs. 1 FIDLEG. Ausgesprochen wird diese Löschung mittels Verfügung i. S. v. Art. 5 VwVG.[77] Bereits die Verfügungskompetenz an sich, ohne explizite Regelung der Sanktionen, spricht für öffentliches Recht gemäss modaler Theorie.[78] Vorliegend ist die Situation umso klarer, da der Gesetzgeber die Verfügungskompetenz auf die Sanktion der Löschung ausdehnt. Die Verfügung erfolgt zwangsläufig gestützt auf öffentliches Recht des Bundes (FIDLEG) und hat auch öffentlich-rechtliche Wirkungen zur Folge.

Im Ergebnis sprechen sowohl die Funktionstheorie wie auch die modale Theorie für das Vorliegen öffentlichen Rechts. Die Subordinationstheorie steht dem entgegen, wobei diesem Dogma m. E. bei der Qualifikation der unechten Selbstregulierung weniger Gewicht beigemessen werden sollte.[79] Nach hier vertretener Auffassung ist das Rechtsverhältnis der Registrierungsstellen gegenüber den Kundenberatern damit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

IV. Sanktionen

1. Aufsichtsrecht

Das Kundenberaterrecht sieht in Art. 32 Abs. 4 FIDLEG nur eine spezifische Sanktion für den Fall vor, dass ein Kundenberater eine Registrierungsvoraussetzung nicht mehr erfüllt, nämlich die Löschung des entsprechenden Kundenberaters durch die Registrierungsstelle. Das FIDLEG sieht in diesem Punkt also einzig die eigentliche *Ultima-ratio*-Sanktion vor, ohne beispielsweise eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands als Instrument zur Verfügung zu stellen. Vor dem Hintergrund, dass jederzeit ein neues Eintragungsgesuch gestellt werden kann und dass ohnehin mindestens alle zwei Jahre eine Neuregistrierung beantragt werden muss (Art. 41 Abs. 2 FIDLEV), rechtfertigt sich dieses «Schwarz-Weiss-Denken» (entweder Eintrag oder Löschung und damit kein Eintrag) des Gesetzgebers. Nach hier vertretener Auffassung müssen die Registrierungsstellen jedoch auch bei Kenntnis davon, dass ein eingetragener Kundenberater die Registrierungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt, dem Betroffenen vor einer Löschung das rechtliche Gehör gewähren (Art. 29 Abs. 2 BV).[80]

---

70 Forstmoser Peter/Vogt Hans-Ueli, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, § 4 Rz. 67; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 26), Rz. 223; Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 26), § 8 Rz. 4; Wiederkehr/Richli (FN 61), § 1 Rz. 10; Zysset (FN 47), Rz. 283 und 287.

71 Vgl. zur Kombination der Theorien etwa BGE 126 III 431 E. 2c/bb S. 436; vgl. auch Forstmoser/Vogt (FN 70), § 4 Rz. 68.

72 Kritisch zur Frage, ob der Subordinationstheorie in Konstellationen mit übertragenen öffentlichen Aufgaben eine wesentliche Bedeutung zukommen sollte: Zysset (Fn. 47), Rz. 287.

73 Forstmoser/Vogt (FN 70), § 4 Rz. 67; Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 26), Rz. 229; Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 26), § 8 Rz. 4; Wiederkehr/Richli (FN 61), § 1 Rz. 57; Zysset (FN 47), Rz. 283 und 288.

74 Vgl. oben Kapitel III.2.

75 Zum Begriff der Verfügung: Art. 5 VwVG. Aus dieser Grundlage wird die Hoheitlichkeit explizit als Tatbestandselement abgeleitet, statt aller Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 26), Rz. 849 ff.

76 Forstmoser/Vogt (FN 70), § 4 N 66; Häfelin/Müller/Uhlmann (FN 26), Rz. 231; Tschannen/Zimmerli/Müller (FN 26), § 8 Rz. 4; Wiederkehr/Richli (FN 61), § 1 Rz. 80; Zysset (FN 47), Rz. 283 und 289.

77 Die Verfügungskompetenz wird neben Art. 32 Abs. 1 auch in Art. 33 Abs. 1 FIDLEG und in Art. 42 Abs. 1 FIDLEV angenommen.

78 Art. 34 FIDLEG sieht die Anwendung des Verwaltungsverfahrens vor, jedoch beschränkt sich der Geltungsbereich gemäss Wortlaut auf den Registereintrag und umfasst damit nicht die Sanktionierung. Allerdings steht bei Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben und Zuerkennung einer Verfügungskompetenz nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch ohne explizite Anordnung im Spezialgesetz der verwaltungsrechtliche Beschwerdeweg offen: Urteil des Bundesgerichts 2C_386/2014 vom 18. Januar 2016, E. 5.2. Allgemein zur Relevanz von Verweisungen auf den Rechtsweg für die modale Theorie: Wiederkehr/Richli (FN 61), Rz. 83 m. w. H.

79 Geeignet erscheint die Subordinationstheorie hingegen für die Qualifikation der staatlichen Regulierung oder der echten Selbstregulierung: Zysset (FN 47), Rz. 287.

80 Zur Grundrechtsbindung der Registrierungsstellen oben Kapitel III.2.

Fraglich ist, ob neben dieser aufsichtsrechtlichen Spezialsanktion ebenfalls die allgemeinen Enforcement-Bestimmungen gemäss Art. 31 ff. FINMAG zur Anwendung kommen. Die Frage wird von der Lehre bejaht.[81] Dieser Ansicht kann m. E. nicht gefolgt werden. Die Aufsichtsinstrumente gemäss Art. 31 ff. FINMAG adressieren explizit nur die FINMA.[82] Zwar ist denkbar, dass bei einer Übertragung von Aufsichtsaufgaben im Sinne einer Selbstregulierung an Private auch diese mit den entsprechenden Aufsichtsinstrumenten betraut werden. Jedoch muss hierzu eine explizite Anordnung im Spezialgesetz vorhanden sein, ansonsten sich eine analoge Anwendung unter dem Gesichtspunkt von Art. 164 Abs. 1 BV und in Anbetracht der schweren Eingriffe in die Rechte der Betroffenen nicht rechtfertigt. Sodann kommt der FINMA die Enforcement-Kompetenz bei einer umfassenden Aufgabenübertragung wie im Beraterregisterrecht nicht mehr zu.[83] Dies zeigt sich ebenfalls in systematischer Hinsicht: Da die FINMA gemäss Art. 32 Abs. 3 FIDLEG einer Meldepflicht an die Registrierungsstellen untersteht und der Gesetzgeber kaum ein doppelspuriges Enforcement erreichen wollte, wird damit die ausschliessliche Kompetenz der entsprechenden Registrierungsstelle unterstrichen. Schliesslich erwähnt Art. 32 Abs. 3 lit. a FIDLEG als mögliche FINMA-Sanktion nur das Tätigkeitsverbot (Art. 29 Abs. 2 lit. b FIDLEG i. V. m. Art. 33*a* FINMAG) und das Berufsverbot (Art. 29 Abs. 2 lit. b FIDLEG i. V. m. Art. 33 FINMAG), nicht aber weitere Enforcement-Bestimmungen. Sowohl beim Tätigkeits- wie auch beim Berufsverbot wird jeweils explizit darauf hingewiesen, dass die zu sanktionierenden Personen FINMA-beaufsichtigt sein müssen. Daraus folgt, dass die entsprechenden Sanktionen, die sich negativ auf die Kundenberater-«Gewähr *light*» auswirken, ihren Ursprung in der Tätigkeit bei einem anderen Unternehmen als beim nichtbeaufsichtigten Finanzdienstleister haben.[84]

Im Ergebnis kann zwar ein Kundenberater, der die Registrierungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt, durch Löschung aufsichtsrechtlich sanktioniert werden, jedoch stehen weder den Registrierungsstellen noch der FINMA aufsichtsrechtliche Massnahmen zur Verfügung, sollte sich ein Kundenberater trotz entsprechender Pflicht nicht im Register eintragen lassen.

2. Strafrecht

Im Vergleich zu den aufsichtsrechtlichen Sanktionen ist bei den strafrechtlichen FINMAG-Sanktionen der Adressatenkreis weiter gefasst. Insbesondere wird nicht an der FINMA-Aufsicht angeknüpft, sondern generell an einer bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs-, registrierungs- oder anschlusspflichtigen Tätigkeit (Art. 44 FINMAG). Dabei besteht auch kein Kompetenzproblem, da für finanzmarktstrafrechtliche Angelegenheiten ohnehin das EFD zuständig ist (Art. 50 Abs. 1 FINMAG). Demnach steht die Nichtregistrierung im Beraterregister trotz entsprechender Pflicht (Art. 28 Abs. 1 FIDLEG) unter der Strafe gemäss Art. 44 FINMAG.[85] Da der Kundenberater der Registrierungspflicht untersteht, riskiert er bei Vorsatz bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe oder bei Fahrlässigkeit eine Busse von bis zu CHF 250'000.00.

3. Privatrecht

Die aufsichtsrechtliche Pflicht zur Registrierung im Beraterregister gemäss Art. 28 Abs. 1 FIDLEG kann aufgrund der Ausstrahlungswirkung des öffentlichen Rechts auf das private Auftragsverhältnis grundsätzlich auch zivilrechtliche Folgen zeitigen.[86] Um privatrechtliche Relevanz zu erhalten, müsste die Registrierungspflicht bei der Deliktshaftung als Schutznorm qualifiziert werden[87]

---

81 Peyer (FN 10), 32; wohl ebenso Frick (FN 15), Rz. 331 mit einem Hinweis auf Art. 87 Abs. 2 FIDLEG, der jedoch selber keine Enforcement-Mittel zur Verfügung stellt.

82 Dies ist gleichzeitig der zentrale Unterschied des Beraterregisters zum FINMA-geführten Versicherungsvermittler-Register. Konsequenterweise kommen dort die aufsichtsrechtlichen Sanktionen gemäss Art. 31 ff. FINMAG zur Anwendung (dazu BSK VAG-Reinle, Art. 42 N 26).

83 A. M. Peyer (FN 10), 32, der diese Kompetenz bejaht (ohne sich zur Frage zu äussern, ob auch den Registrierungsstellen die entsprechenden Aufsichtsinstrumente zukommen würden). Zur Situation bei der SRO-Aufsicht über Finanzintermediäre: SHK GwG-Zysset, Art. 25 N 55.

84 Vorbehalten bleiben die Konstellationen, in welchen entweder ein freiwilliger Eintrag erfolgt oder der Aufsichtsstatus des Finanzdienstleisters hin zur nicht prudenziellen Aufsicht gewechselt hat.

85 Ebenso Bahar/Nedwed (FN 37), 632; wohl a. M. Hilf Marianne/Leu Nicolas, Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf des FIDLEG vom 16. Oktober 2014, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Stellungnahmen.zip>, 5; kritisch zu strafrechtlichen Sanktionen anstelle von aufsichtsrechtlichen: Sethe, Drittstaatenzugang (FN 37), 160.

86 Eingehend zur Ausstrahlungswirkung des FIDLEG: Baumann Daniel, Verhaltensregeln im Finanzmarktrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Börsen- und des Kollektivanlagenrechts sowie des geplanten FIDLEG, Diss. Bern 2017 (=SSFM Bd. 127), Rz. 29 ff. und insb. Rz. 31; Jutzi Thomas/Eisenberger Fabian, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht. Informationspflichten an der Schnittstelle von FIDLEG und OR, AJP 2019, 6 ff., 13 f.

87 Aufgrund der vertraglichen Anspruchsgrundlage spielt die Schutznorm eine lediglich sekundäre Rolle, dazu Jost David, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft. Eine Untersuchung zum Informationszugang und zur Rechtsdurchsetzung des Anlegers, Diss. Bern 2017 (=SSFM Bd. 125), 191 m. w. H. Die Nichtregistrierung trotz Pflicht hat jedoch nicht *per se* eine Vertragsverletzung zur Folge. Allenfalls wird dabei aber die Informationspflicht nach Art. 8 Abs. 1 lit. b FIDLEG (Information über den Aufsichtsstatus) verletzt, welche durch die Ausstrahlungswirkung des FIDLEG auch privatrechtlich relevant wird. Indirekt können weitere Sorgfaltspflichtverletzungen folgen (etwa mangelndes Fachwissen, dazu nur Weber Rolf H., Kontoführung, Anlageberatung und Vermögensverwaltung für Privatkunden, Jusletter 31. August 2015), wobei aber ebenfalls über die reine Nichteintragung hinaus verletzende Handlungen erforderlich sind.

und die Nichtregistrierung müsste in jedem Haftungsfall natürlich und adäquat kausal für den beim Kunden eingetretenen Schaden gewesen sein.

Damit einer Verhaltensnorm Schutznormcharakter zukommt, muss sie zum einen hinreichend bestimmt sein und zum anderen den Schutz des Vermögens des Kunden bezwecken.[88] Der Anlegerschutzzweck einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung alleine genügt noch nicht zur Begründung einer Schutznormqualität.[89] Während das Bundesgericht bei Verhaltensregeln eine Schutzwirkung bereits bejaht hat,[90] wurde sie bei Gewährsbestimmungen in der Vergangenheit verneint.[91] Da die Eintragungspflicht im Beraterregister primär die Umsetzung der Transparenz über die «Gewähr *light*»[92] sicherstellen will und dabei höchstens akzessorisch dem Schutz des Kundenvermögens dient, ist m. E. bei Art. 28 FIDLEG eine Schutznormqualität zu verneinen.

Unabhängig von der Schutznormqualität dürfte in aller Regel das Kausalitätserfordernis nicht erfüllt sein. Es braucht einiges an Fantasie, um sich Fälle vorstellen zu können, in denen die Nichtregistrierung im Beraterregister nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Vermögensschaden beim Kunden zu verursachen.[93] Aufgrund der Öffentlichkeit des Registers könnte sich ein klagender Kunde auch kaum darauf berufen, der fehlende Eintrag sei ihm nicht bekannt gewesen. Dieser Umstand würde, falls überhaupt von Relevanz, unter dem Titel «Selbstverschulden» zur Herabsetzung oder zum Erlass einer Ersatzpflicht führen (Art. 44 Abs. 1 OR).

Im Ergebnis hat ein fehlender Registereintrag keine privatrechtlichen Folgen.

V. Ländervergleich Deutschland

Neben dem schweizerischen Vorbild des Versicherungsvermittler-Registers (Art. 42 ff. VAG[94]) schielte der Gesetzgeber bei der Erarbeitung des Kundenberaterregisters insbesondere auf unseren nördlichen Nachbarn, der mit dem sog. «Mitarbeiter- und Beschwerderegister» eine ähnliche Datenbank kennt.[95] Das deutsche Beraterregister wurde als Reaktion auf die Finanzkrise eingeführt, da den Beratern politisch eine Falschberatung im Vorfeld der Finanzkrise vorgeworfen wurde.[96]

Gemäss diesem Register müssen sich die Mitarbeitenden in der Anlageberatung, in der Finanzportfolioverwaltung, Vertriebsbeauftragte sowie Compliance-Beauftragte in das Register eintragen lassen, andernfalls die entsprechenden Tätigkeiten nicht wahrgenommen werden dürfen (§ 87 Abs. 1–5 WpHG[97]). Verantwortlich für den Eintrag ist dabei das Wertpapierdienstleistungsunternehmen,[98] bei welchem der Mitarbeitende tätig ist (§ 87 Abs. 9 WpHG i.V. m. § 10 WpHGMaAnzV[99]). Erforderlich für den Eintrag ist, dass der entsprechende Mitarbeitende Anforderungen an die Sachkunde (Kenntnisse und Erfahrung) sowie die Zuverlässigkeit (guter Leumund und ohne Vorstrafen) erfüllt (§ 87 Abs. 1–5 WpHG i. V. m. § 1–6 WpHGMaAnzV). Das Mitarbeiter- und Beschwerderegister wird von der staatlichen deutschen Finanzmarktaufsichtsbehörde, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), geführt (§ 87 Abs. 7 WpHG).

Charakteristisch für das Register ist, dass neben Angaben zur Person des Mitarbeiters beim Anlageberater ebenfalls Beschwerden von Kunden, die gegen den entsprechenden Mitarbeiter des Wertpapierdienstleistungsunternehmens erhoben wurden, gemeldet werden

---

88 BGE 133 III 323 E. 5.1 S. 329; 129 IV 322 E. 2.2.4 S. 326 ff.

89 Jost (FN 87), 190.

90 Urteil des Bundesgerichts 4A_213/2010 vom 28. September 2010 E. 4 (Bejahung des Schutznormcharakters von Art. 11 aBEHG, wobei im vorliegenden Fall die Schutznorm mangels Zugehörigkeit des Beklagten zum sachlichen Geltungsbereich nicht zur Anwendung gelangte); vgl. auch Baumann (FN 86), Rz. 477 ff.; differenzierend Jost (FN 87), 191.

91 Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.3.4; Misteli Christophe, La responsabilité pour le dommage purement économique, Diss. Lausanne 1998 (= Etudes Suisses de droit commercial et de droit des affaires, Bd. 192), 225.

92 Dazu oben Kapitel II.3.

93 Nicht ausgeschlossen ist aber, dass in entsprechenden Fällen weitere Pflichten verletzt wurden, die – allenfalls zusammen mit der pflichtwidrigen Nichteintragung – zu einem Schadenersatzanspruch führen.

94 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01).

95 Vgl. EFD, Vernehmlassungsbericht (FN 6), 28. Dabei handelt es sich um eine sog. eklektische Anregung, dazu eingehend Kunz Peter V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), 31 ff., 44 ff.

96 Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Das Mitarbeiter- und Beschwerderegister (§ 87 WpHG), abrufbar unter <https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Themen/Finanzen_Versicherungen/FinanzenArtikel/Das_Mitarbeiter_und_Beschwerderegister.html>, 1. Abschnitt; Schönwitz Daniel, Zeit Online vom 31. Oktober 2013 (Nr. 45/2013): Was bringt das staatliche Beraterregister, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2013/45/bankberater-anlegerschutz>, 3. Abschnitt.

97 Deutsches Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz) vom 26. Juli 1994.

98 Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind gemäss § 2 Abs. 10 WpHG Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Zweigstellen von Unternehmen mit Sitz im Ausland, welche Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen. Wertpapierdienstleistungsunternehmen unterstehen gemäss § 32 des deutschen Gesetzes über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz, KWG) vom 10. Juli 1961 der Erlaubnispflicht und werden von der BaFin beaufsichtigt (§ 6 KWG und § 6 WpHG; vgl. auch Hoffmann Thomas, Anreizorientierte Aufsicht über Wertpapierdienstleister, Diss. Stuttgart 2009, 36 f.).

99 Deutsche Verordnung über den Einsatz von Mitarbeitern in der Anlageberatung, als Vertriebsmitarbeiter, in der Finanzportfolioverwaltung, als Vertriebsbeauftragte oder als Compliance-Beauftragte und über die Anzeigepflichten nach § 87 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung) vom 21. Dezember 2011.

müssen (§ 87 Abs. 1 WpHG) und in der Datenbank gesammelt werden (§ 87 Abs. 7 WpHG). Das deutsche Beraterregister ist nicht öffentlich, sondern eine BaFin-interne Datenbank.[100] Im Falle sich häufender Beschwerden prüft die BaFin den Sachverhalt (etwa durch Vor-Ort-Kontrollen).[101] Erhärtet sich ein Verdacht, kann die BaFin Verwarnungen gegen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen und den Mitarbeiter aussprechen, dem Unternehmen untersagen, den Mitarbeiter während einer gewissen Dauer in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen oder Bussgelder verhängen (§ 87 Abs. 6 und § 120 Abs. 8 Nrn. 134–136 WpHG).[102] Ebenfalls kann die BaFin die entsprechenden Anordnungen auf ihrer Webseite öffentlich bekannt machen, unter Angabe der Firma des Wertpapierdienstleistungsunternehmens, jedoch ohne Nennung des Namens des betroffenen Mitarbeiters (sog. *Naming and Shaming;* § 87 Abs. 6 WpHG).

Trotz gewisser Ähnlichkeiten mit dem FIDLEG-Beraterregister treten gewichtige Unterschiede hervor: Die deutsche Version ist breiter (etwa werden auch Mitarbeitende von beaufsichtigten Finanzdienstleistern erfasst und tätigkeitsspezifisch auch Compliance-Beauftragte), sie ist staatlich (BaFin), nicht öffentlich[103] und der Finanzdienstleister als beaufsichtigtes Unternehmen steht im Zentrum (nicht der Kundenberater).[104] Während das Mitarbeiter- und Beschwerderegister nach WpHG ein Instrument zur staatlichen Aufsicht der BaFin darstellt, spricht das FIDLEG-Beraterregister die Kunden als vernünftige und autonome Wesen an und stellt ihnen grundlegende Informationen über Kundenberater zur Verfügung. Sollte bei der Anwendung des schweizerischen Beraterregisterrechts die rechtsvergleichende Auslegung zum Thema werden, sind daher diese massgeblichen Divergenzen im Hinterkopf zu behalten.[105]

VI. Schlussbemerkungen

Der Gesetzgeber gestaltete das neue FIDLEG-Beraterregister als unechte Selbstregulierung aus, wobei die Registrierungsstellen eine staatliche Aufgabe wahrnehmen und an die Grundrechte gebunden sind. Sie können Verfügungen erlassen und das Rechtsverhältnis gegenüber den Kundenberatern weist öffentlich-rechtlichen Charakter auf. Die bis zu diesem Punkt griffige Regulierung wurde auf derselben öffentlich-rechtlichen Ebene mit einem beinahe zahnlosen Sanktionsarsenal ausgestaltet. Zwar ist es möglich, Kundenberater, welche die Registrierungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllen, aus dem Register zu löschen. Jedoch stehen keinerlei aufsichtsrechtliche Mittel gegen Kundenberater zur Verfügung, die trotz Registrierungspflicht auf eine Registrierung verzichten. Allerdings kommt die allgemeine Strafsanktion gemäss Art. 44 FINMAG zur Anwendung. Unter Berücksichtigung der einleitenden Dreiteilung, würde das Beraterregister damit als *lex minus quam perfecta* (ohne Nichtigkeitsfolge, mit Sanktionen) qualifizieren, nicht zuletzt da keine zivilrechtlichen Implikationen zu erwarten sind. Allerdings ist der enforcementtechnische Systembruch vom Aufsichts- zum Strafrecht augenfällig.

Die Beraterregisterregulierung erscheint letztlich in vielerlei Hinsicht als «halbperfekt» oder *lex semiperfecta:* Der aufsichtsrechtlich strikten Regulierung fehlen die Aufsichtsmittel im Falle eines Verstosses gegen die Registrierungspflicht, der Kunde kann sich die nötigen Informationen im Register beschaffen, ohne dass er eine zivilrechtliche Basis für allfällige Ansprüche hat – und das Strafrecht muss Lösungen bereit stellen, obwohl es damit weder den aufsichtsrechtlich erforderlichen Zustand herstellt noch dem Kunden einen monetären Ausgleich verschafft.

Trotz unvollendeter Perfektion wird die präventive Löschung nach Art. 32 Abs. 4 FIDLEG durch den repressiven Art. 44 FINMAG ergänzt. Letzterer sorgt dafür, dass registrierungspflichtige Kundenberater nur eine Erfüllung der Pflicht als ernsthafte Option in ihre Risikoabwägung einfliessen lassen – ohne dass dafür ein behördliches Abklärungsteam aufgebaut werden müsste.

Verglichen mit dem deutschen Pendant hat es der Schweizer Gesetzgeber unterlassen, nach einem – *nota bene* nicht öffentlichen – *TripAdvisor*-Prinzip Kundenbeschwerden zu sammeln und bei genügend tiefem *Rating* die Aufsichtsbehörde eingreifen zu lassen. Nach der schweizerischen Transparenzlösung profitiert der Anleger unmittelbar vom höheren Aufwand des Finanzdienstleisters, was tatsächlich einen Mehrwert punkto Dienstleistungsqualität bringen kann. Die halbperfekte Lösung verkommt damit zumindest nicht zur perfekten Bürokratie.

---

100 So § 87 Abs. 7 WpHG: «Die Bundesanstalt führt […] eine interne Datenbank.» Vgl. auch Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (Fn. 96), 3. Abschnitt.

101 Vgl. BaFin, Interview mit Exekutivdirektor Karl-Burkhard Caspari vom 2. November 2012, abrufbar unter <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2012/fa_bj_2012_11_interview_caspari_beraterregister.html>.

102 Dazu auch Schönwitz (FN 96), 16. Abschnitt.

103 Für ein ausländisches Beispiel eines öffentlichen (Kundenberater-)Registers kann auf das britische *Financial Services Register* (<https://register.fca.org.uk/>) verwiesen werden, das von der *Financial Conduct Authority (FCA)* und der *Prudential Regulation Authority (PRA)* betrieben wird.

104 Art. 29 VE-FIDLEG sah ebenfalls noch eine Eintragungspflicht für alle Kundenberater vor.

105 Allgemein zur Rechtsvergleichung im Rahmen der Rechtsanwendung: Kunz (FN 95), 63 ff.