



Kapitalmarktrecht I

August 2020

Dauer: 120 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte bei Erhalt der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst 3 Seiten und 2 Aufgaben mit insgesamt 5 Fragestellungen.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1.1	5 Punkte	10 % des Totals
Aufgabe 1.2	17.5 Punkte	35 % des Totals
Aufgabe 2.1	17.5 Punkte	35 % des Totals
Aufgabe 2.2	5 Punkte	10 % des Totals
Aufgabe 2.3	5 Punkte	10 % des Totals
<hr/>		
Total	50 Punkte	100%

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!



Aufgabe 1

Ihr Kollege A erzählt Ihnen von einer innovativen Geschäftsidee im Bereich elektronischer Finanzdienstleistungen, für deren Umsetzung er aber viel Geld benötigt. Die Geldbeschaffung sei heute ja mittels «Crowdfunding» kein Problem mehr, wie er sagt. Er plant, über eine Crowdfunding-Plattform im Internet bei mindestens 1'000 Personen ein Darlehen in der Höhe von je CHF 2'000.- einzuwerben, was ihm somit insgesamt mindestens CHF 2 Mio. einbringen soll. Als Gegenleistung will er die Darlehen verzinsen. Als Sie A sagen, dass für sein Vorhaben eine Bankenbewilligung nötig sei, ist er nicht begeistert.

Aufgabe 1.1: Warum ist für das geplante Vorhaben von A eine Bankenbewilligung nötig?

A fragt Sie, ob es Möglichkeiten gibt, wie er die Geldbeschaffung ohne das Erfordernis einer Bankenbewilligung umsetzen könnte. Er möchte sich auf jeden Fall an eine grosse Anzahl Personen (mehrere Hundert) wenden, wäre aber bereit, auch eine zu beschaffende Gesamtgeldsumme von unter CHF 1 Mio. oder eine Finanzierung über den Kapitalmarkt oder einen Verzicht auf die Verzinsung in Kauf zu nehmen.

Aufgabe 1.2: Welche Möglichkeiten bestehen für A, die Geldbeschaffung ohne das Erfordernis einer Bankenbewilligung oder im Wege einer Bankenbewilligung „light“ umsetzen zu können? Wie müsste er die Geldbeschaffung strukturieren und welche Voraussetzungen müsste er dazu einhalten? Schildern Sie bitte sämtliche zur Bankenbewilligung alternativen Möglichkeiten aus aufsichtsrechtlicher Sicht. (Es ist nur die Situation von A zu betrachten und nicht jene der Crowdfunding-Plattform, über welche die Geldbeschaffung abgewickelt wird.)



Aufgabe 2

Anlegerin B ist im Internet auf die Seite der «Robo-Advisor-GmbH» gestossen. Auf der Internetseite heisst es, der «Robo-Advisor» sei aufsichtsrechtlich bewilligt und verwalte bereits tausende von Kundenvermögen. Er sei dabei viel besser als ein menschlicher Vermögensverwalter, weil die Anlagestrategie und die einzelnen Anlageentscheidungen von Computern (Algorithmen) getroffen werden. Zudem sei die Dienstleistung wesentlich kostengünstiger als herkömmliche Vermögensverwaltungsdienstleistungen. Schliesslich heisst es auf der Homepage, der «Robo-Advisor» sei unabhängig von einer Bank oder einem anderen Finanzinstitut, weshalb er ausschliesslich im Interesse der Kunden handle. Daher entscheidet sich B, ihre gesamten Ersparnisse von diesem «Robo-Advisor» verwalten zu lassen. Sie eröffnet auf der Webseite ein Konto und beantwortet einen webbasierten Fragebogen zu ihren Kenntnissen und Erfahrungen im Finanzbereich, ihren finanziellen Verhältnissen und ihren Anlagezielen. In diesem Fragebogen gibt B unter anderem an, dass sie 60 Jahre alt sei und es sich bei dem zu verwaltenden Vermögen um ihre gesamte Altersvorsorge handle. Zudem schreibt B im Fragebogen, dass sie keinerlei Kenntnisse und Erfahrungen mit Finanzanlagen habe. Gestützt auf diese Angaben schlägt ihr der «Robo-Advisor» eine Anlagestrategie vor. Weitere Informationen, z.B. bezüglich der Funktionsweise der Vermögensverwaltung oder der Risiken der vorgeschlagenen Anlagestrategie, gibt ihr der «Robo-Advisor» nicht. Mangels eigener Kenntnisse kann B daher nicht beurteilen, ob die Anlagestrategie für sie geeignet ist. Sie geht aber davon aus, dass diese sicher gut sei, weil sie ja von einem Computer erstellt wurde. Ein paar Monate später erhält B eine Warnung des «Robo-Advisors», dass ihr Portfolio einen grossen Wertverlust erlitten habe. Verwundert fragt sie über die Chat-Funktion auf der Homepage nach, wie das passieren konnte. Sie erhält die Antwort, dass das Risiko eines grösseren Wertverlusts bestehe, wenn man eine so hochriskante Anlagestrategie wählt, wie sie es getan habe. B ist völlig aufgelöst, da sie ihr Vermögen in ihrer Situation sicher nicht nach einer hochriskanten Anlagestrategie hat anlegen wollen.

Aufgabe 2.1: Bedarf der «Robo-Advisor» einer aufsichtsrechtlichen Bewilligung und hat er bei der Betreuung der B gegen Aufsichtsrecht verstossen?

Aufgabe 2.2: Angenommen, die FINMA erfährt von diesem Vorkommnis. Kann sie gegen den «Robo-Advisor» ein Enforcement-Verfahren durchführen? Dieser wendet nämlich ein, die FINMA sei hierfür gar nicht zuständig. (Es ist nicht auf das Verfahren und die einzelnen Enforcement-Instrumente einzugehen.)

Aufgabe 2.3: Kann B ihren erlittenen Schaden gegen den «Robo-Advisor» einklagen? Falls ja, wie sind ihre Erfolgsaussichten?

Hinweis: Bitte beantworten Sie *sämtliche* Aufgaben gestützt auf das derzeit in Kraft stehende Recht ohne Berücksichtigung allfälliger Übergangsfristen.



Musterlösung

	Punkte (bis zu)
Aufgabe 1 (45%)	
Aufgabe 1.1	
<i>Warum ist für das geplante Vorhaben von A eine Bankenbewilligung nötig?</i>	
<ul style="list-style-type: none"> • Eine Bank bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA (Art. 3 Abs. 1 BankG). 	0.5
<ul style="list-style-type: none"> • Als Bank gilt gem. Art. 1a lit. b BankG u.a.: <ul style="list-style-type: none"> – wer <u>hauptsächlich im Finanzbereich</u> tätig ist <ul style="list-style-type: none"> ○ Im Finanzbereich tätig ist u.a., wer Finanzdienstleistungen erbringt oder vermittelt (Art. 4 Abs. 1 lit. a BankV) <ul style="list-style-type: none"> → I.c. ist die Geschäftsidee von A im Bereich elektronischer Finanzdienstleistungen (+) 	1
<ul style="list-style-type: none"> – und <u>gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu CHF 100 Mio.</u> entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt <ul style="list-style-type: none"> ○ <u>Gewerbsmässig</u> handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (Art. 6 Abs. 1 BankV) <ul style="list-style-type: none"> → I.c. sollen mindestens 1'000 Publikumseinlagen entgegengenommen werden (+) → Zu beachten ist, dass bereits das Werben für die Entgegennahme der Gelder bewilligungspflichtig ist, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren. Es spielt somit keine Rolle, wie viele Einlagen A in der Folge tatsächlich entgegennimmt. (+) ○ Als <u>Publikumseinlagen</u> gelten sämtliche Verbindlichkeiten gegenüber Kunden mit Ausnahme derjenigen von Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV (Art. 5 Abs. 1 BankV). <ul style="list-style-type: none"> → I.c. handelt es sich um Darlehen (Art. 312 OR), welche als Publikumseinlagen gelten. (+) ○ Bis zu <u>CHF 100 Mio.</u>, aber mehr als CHF 1 Mio. (Art. 6 Abs. 2 lit. a BankV) <ul style="list-style-type: none"> → I.c. will A Gelder von mind. CHF 2 Mio. einwerben. (+) 	1
<ul style="list-style-type: none"> – und diese Publikumseinlagen <u>anlegt oder verzinst</u>. <ul style="list-style-type: none"> → I.c. sollen die Darlehen verzinst werden. (+) 	0.5
<ul style="list-style-type: none"> • Fazit: Bei der geplanten Geldbeschaffung handelt es sich um eine Bankentätigkeit gem. Art. 1a lit. b BankG, weshalb sie eine Bankenbewilligung der FINMA gem. Art. 3 Abs. 1 BankG voraussetzt. 	
Aufgabe 1.2	
<i>Welche Möglichkeiten bestehen für A, die Geldbeschaffung ohne das Erfordernis einer Bankenbewilligung oder im Wege einer Bankenbewilligung „light“ umsetzen zu können? Wie müsste er die Geldbeschaffung strukturieren und welche Voraussetzungen müsste er dazu einhalten? Schildern Sie bitte sämtliche zur Bankenbewilligung alternativen Möglichkeiten aus aufsichtsrechtlicher Sicht. (Es ist nur die Situation von A zu betrachten und nicht jene der Crowdfunding-Plattform, über welche die Geldbeschaffung abgewickelt wird.)</i>	

Alternative 1 (Keine Entgegennahme von «Publikumseinlagen»)	
<ul style="list-style-type: none"> • Die Geldbeschaffung fällt nicht unter die Bankentätigkeit i.S.v. Art. 1a lit. b BankG, wenn die entgegengenommenen Gelder <u>keine Publikumseinlagen</u> i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BankV darstellen, sondern die Gelder über den Kapitalmarkt beschafft werden. I.c. kommen insb. folgende Möglichkeiten in Betracht: <ul style="list-style-type: none"> – Keine Publikumseinlagen liegen vor, wenn das Unternehmen mit eigenen Mitteln, die von Gesellschaftern oder Aktionären zur Verfügung gestellt worden sind, arbeitet (BSK BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 N 22). <ul style="list-style-type: none"> → A dürfte also nicht Darlehen entgegennehmen, sondern die Geldgeber müssten eine Leistung ins Eigenkapital des Unternehmens von A erbringen (sog. «Crowdinvesting»). → Aufgrund der grossen Anzahl an Personen, die A öffentlich ansprechen will (mehrere Hundert), kommt grundsätzlich nur die Gesellschaftsform der AG infrage. Bei der GmbH ist ein öffentliches Angebot zur Zeichnung der Stammanteile ausgeschlossen (Art. 781 Abs. 3 Satz 3 OR). – Keine Publikumseinlagen liegen vor, wenn Anleiheobligationen ausgegeben werden und den Gläubigern im Zeitpunkt des Angebots in einer der Formen nach Art. 64 Abs. 3 FIDLEG die Angaben nach Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV gemacht werden (Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG, Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV). <ul style="list-style-type: none"> → A müsste also die Darlehen als Anleiheobligationen i.S.v. Art. 1156 ff. OR strukturieren und den Gläubigern die gem. Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV nötigen Angaben machen. 	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Bei dieser Alternative ist zu prüfen, ob (ggf. zusätzlich zu den Angaben gem. Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV) ein Emissionsprospekt veröffentlicht werden muss. Eine Prospektspflicht besteht, wenn es sich um ein öffentliches Angebot zum Erwerb von Effekten handelt (Art. 35 Abs. 1 FIDLEG). <ul style="list-style-type: none"> – Ein <u>öffentliches Angebot</u> ist jede Einladung zum Erwerb eines Finanzinstruments, die ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument selber enthält und an das Publikum gerichtet ist (Art. 3 lit. g und h FIDLEG; vgl. auch Art. 3 Abs. 5 und 6 FIDLEV). <ul style="list-style-type: none"> Das Angebot richtet sich an das Publikum, wenn es sich an einen unbegrenzten Personenkreis richtet (Art. 3 Abs. 7 FIDLEV). → I.c. wäre das öffentliche Angebot zu bejahen, da sich A an einen unbegrenzten Personenkreis von mehreren Hundert Personen wenden will. – <u>Effekten</u> sind vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten (Art. 3 lit. b FIDLEG). <ul style="list-style-type: none"> → Sowohl Aktien als auch Anleiheobligationen stellen Effekten dar. 	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Somit würde grundsätzlich eine Prospektspflicht nach Art. 35 Abs. 1 FIDLEG bestehen. Weil die Erstellung eines Emissionsprospekts sehr aufwändig und teuer ist, wird A ein Interesse daran haben, dass auf eine solche verzichtet werden kann. Daher müsste er die Geldbeschaffung so strukturieren, dass eine Ausnahme von der Prospektspflicht greift. Als Ausnahme kommen i.c. insbesondere in Frage: <ul style="list-style-type: none"> – Art. 36 Abs. 1 lit. b FIDLEG: In diesem Fall müsste das Angebot an weniger als 500 Personen gerichtet werden. 	<p>1</p>

– Art. 36 Abs. 1 lit. e FIDLEG: In diesem Fall dürfte das Angebot über einen Zeitraum von 12 Monaten berechnet einen Gesamtwert von CHF 8 Mio. nicht übersteigen.	1
Alternative 2 («Sandbox»)	
<ul style="list-style-type: none"> • Gem. Art. 6 Abs. 2 BankV handelt nicht gewerbsmässig i.S.d. BankG, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt, wenn er (a) Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens CHF 1 Mio. entgegennimmt, (b) kein Zinsdifferenzgeschäft betreibt und (c) die Einleger darüber informiert, dass er von der FINMA nicht beaufsichtigt wird und die Einlage nicht von der Einlagensicherung erfasst wird. Unter diesen Voraussetzungen ist die Tätigkeit somit bewilligungsfrei (sog. «Sandbox»). 	1
<ul style="list-style-type: none"> • Das Verbot des Zinsdifferenzgeschäfts verunmöglicht nicht, dass die Darlehen verzinst werden, weil A die entgegengenommenen Publikumseinlagen (= Passivgeschäft) für die Finanzierung der eigenen Tätigkeit verwendet und nicht zur Finanzierung anderer Personen oder Unternehmen (= Aktivgeschäft). Entsprechend liegt i.c. kein Zinsdifferenzgeschäft vor. 	1
<ul style="list-style-type: none"> • Fazit: Wenn A die Gesamtsumme der eingeworbenen Gelder auf max. CHF 1 Mio. beschränkt und die Geldgeber darüber informiert, dass er von der FINMA nicht beaufsichtigt wird und die Einlagen nicht von der Einlagensicherung erfasst werden, braucht er somit keine Bewilligung, auch wenn er die Darlehen verzinst. 	
Alternative 3 («Fin-Tech-Lizenz» bzw. Bankenbewilligung «light»)	
<ul style="list-style-type: none"> • Gem. Art. 1b Abs. 1 BankG kommen die Bestimmungen des BankG sinngemäss zur Anwendung auf Personen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und (a) gewerbsmässig Publikumseinlagen von bis zu CHF 100 Mio. entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen und (b) diese Publikumseinlagen weder anlegen noch verzinsen. Für diese sog. «FinTech-Lizenz» bzw. Bankenbewilligung «light» sieht das BankG tiefere regulatorische Anforderungen vor gegenüber der Bankenbewilligung. 	1
<ul style="list-style-type: none"> • Die Einleger sind vor dem Tätigen der Einlage darüber zu informieren, dass die Einlagen nicht von der Einlagensicherung erfasst werden (Art. 1b Abs. 4 lit. d BankG). 	1
<ul style="list-style-type: none"> • Die Bankenbewilligung «light» bietet insbesondere Erleichterungen beim notwendigen Mindestkapital und bei der Rechnungslegung. Zudem verzichtet sie auf Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften sowie auf die Pflicht zur Einlagensicherung. 	1
<ul style="list-style-type: none"> • Fazit: Bei dieser Alternative könnte die geplante Gesamtgeldsumme von mind. CHF 2 Mio. belassen werden. Aufgrund des Verzinsungsverbots dürfte A jedoch für die entgegengenommenen Darlehen keinen Zins bezahlen. 	1
Total Aufgabe 1	22.5
Aufgabe 2 (55%)	
Aufgabe 2.1	
<i>Bedarf der «Robo-Advisor» einer aufsichtsrechtlichen Bewilligung und hat er bei der Betreuung der B gegen Aufsichtsrecht verstossen?</i>	
Bewilligungspflicht	
<ul style="list-style-type: none"> • Gem. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 17 Abs. 1 FINIG gelten unabhängige Vermögensverwalter als Finanzinstitute i.S.d. FINIG und benötigen eine Bewilligung der FINMA. 	1

<ul style="list-style-type: none"> • Als <u>unabhängiger Vermögensverwalter</u> gilt gem. Art. 17 Abs. 1 FINIG, <ul style="list-style-type: none"> – wer gestützt auf einen Auftrag gewerbsmässig im Namen und für Rechnung der Kunden über deren Vermögenswerte im Sinne von Art. 3 lit. c Ziff. 1–4 FIDLEG verfügen kann und über keine Bewilligung als anderes Finanzinstitut verfügt (vgl. Art. 6 FINIG). – <u>Gewerbsmässigkeit</u> i.S.d. FINIG ist gegeben, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt (Art. 3 FINIG). – Vermögensverwalter üben ihre Tätigkeit gewerbsmässig aus, wenn sie (a) damit pro Kalenderjahr einen Bruttoertrag von mehr als CHF 50'000 erzielen, (b) pro Kalenderjahr mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufnehmen, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder pro Kalenderjahr mindestens 20 solche Beziehungen unterhalten; oder (c) unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte haben, die zu einem beliebigen Zeitpunkt CHF 5 Mio. überschreiten (Art. 19 Abs. 1 FINIV). <ul style="list-style-type: none"> → I.c. erbringt der Anbieter des «Robo-Advisor» die Tätigkeit der Vermögensverwaltung i.S.v. Art. 3 lit. c Ziff. 3 FIDLEG. (+) → Weiter ist er unabhängig von einer Bank oder einem anderen Finanzinstitut, weshalb er nicht bereits über eine andere Bewilligung verfügt. (+) → Zudem verwaltet er tausende von Kundenvermögen, weshalb Gewerbsmässigkeit i.S.v. Art. 3 FINIG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 FINIV gegeben ist. (+) → Somit handelt es sich beim Anbieter des «Robo-Advisor» um einen unabhängigen Vermögensverwalter gem. Art. 17 Abs. 1 FINIG, weshalb er eine Bewilligung der FINMA benötigt. 	<p>1</p> <p>1</p> <p>0.5</p> <p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Zwischenfazit: Der Anbieter des «Robo-Advisor» benötigt eine Bewilligung der FINMA als Finanzinstitut. 	
<p><u>Anwendung der Verhaltenspflichten des FIDLEG</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Finanzdienstleister müssen beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten von Art. 7–20 FIDLEG befolgen (Art. 7 Abs. 1 FIDLEG). 	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Als <u>Finanzdienstleistung</u> i.S.d. FIDLEG gilt u.a. die Verwaltung von Finanzinstrumenten für Kunden (Vermögensverwaltung, Art. 3 lit. c Ziff. 3 FIDLEG). <ul style="list-style-type: none"> → I.c. erbringt der Anbieter des «Robo Advisor» gegenüber B die Vermögensverwaltung und somit eine Finanzdienstleistung. (+) 	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Als <u>Finanzdienstleister</u> gelten Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbsmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt (Art. 3 lit. d FIDLEG). <ul style="list-style-type: none"> → I.c. verwaltet der Anbieter des «Robo Advisor» tausende von Kundenvermögen, weshalb er gewerbsmässig handelt und somit ein Finanzdienstleister i.S.d. FIDLEG ist. (+) 	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Bei B handelt es sich um eine <u>Privatkundin</u> gem. Art. 4 Abs. 2 FIDLEG. Entsprechend kommen der Ausschluss der Anwendung der Verhaltenspflichten (Art. 20 Abs. 1 FIDLEG) bzw. die Möglichkeit des Verzichts des Kunden auf einzelne Pflichten (Art. 20 Abs. 2 FIDLEG) nicht zur Anwendung. 	<p>1</p>

<ul style="list-style-type: none"> • Zwischenfazit: Somit musste der Anbieter den «Robo Advisor» so programmieren, dass er bei der Dienstleistung gegenüber B die Verhaltenspflichten von Art. 7–20 FIDLEG befolgt. 	
<p><u>Verletzung von Verhaltenspflichten des FIDLEG</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • I.c. könnten die Informationspflicht und die Pflicht zur Eignungsprüfung verletzt sein: 	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Informationspflicht</u> <ul style="list-style-type: none"> – Gem. Art. 8 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 9 Abs. 1 FIDLEG besteht die Pflicht, über die allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken zu informieren. 1 – Gem. Art. 8 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 9 Abs. 1 FIDLEG müssen Finanzdienstleister ihre Kunden vor Abschluss des Vertrags bzw. vor Erbringung der Dienstleistung u.a. über die persönlich empfohlene Finanzdienstleistung und die damit verbundenen Risiken und Kosten informieren. 1 – Gem. Art. 7 Abs. 1 FIDLEV muss die Information über die Finanzdienstleistung Angaben zu (a) der Art der Finanzdienstleistung, ihren Wesensmerkmalen und Funktionsweisen und (b) den wesentlichen Rechten und Pflichten, die den Kunden daraus erwachsen, enthalten. 1 – Gem. Art. 7 Abs. 2 FIDLEV muss die Information über die Risiken, die mit der Finanzdienstleistung verbunden sind, bei der Vermögensverwaltung eine Darstellung der Risiken enthalten, die sich aus der Anlagestrategie für das Kundenvermögen ergeben. 1 → I.c. hätte der «Robo Advisor» B somit vor der Erbringung der Dienstleistung über die im Allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken sowie über die Finanzdienstleistung der «Vermögensverwaltung» und insb. über die Risiken der individuell vorgeschlagenen Anlagestrategie informieren müssen. 1 → Daher hat der Anbieter des «Robo Advisors» die Informationspflicht gem. Art. 8 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 9 Abs. 1 FIDLEG verletzt. 	
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Pflicht zur Eignungsprüfung</u> <ul style="list-style-type: none"> – Gem. Art. 12 FIDLEG muss sich ein Finanzdienstleister, der die Vermögensverwaltung erbringt, über die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele sowie über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden erkundigen (vgl. auch Art. 17 Abs. 1 und 2 FIDLEV = 1. Schritt der Eignungsprüfung). 1 – Auf Basis der eingeholten Informationen muss der Finanzdienstleister für den Kunden ein Risikoprofil erstellen und gestützt darauf mit dem Kunden eine geeignete Anlagestrategie vereinbaren (Art. 17 Abs. 3 FIDLEV = 2. Schritt der Eignungsprüfung). 1 – Die Ausnahme für professionelle Kunden von Art. 13 Abs. 3 FIDLEG kommt i.c. nicht zur Anwendung, weil B eine Privatanlegerin ist (s. bereits oben). 1 → Indem B den Fragebogen ausfüllen musste, hat der «Robo Advisor» den 1. Schritt der Eignungsprüfung erfüllt. → Da es sich beim verwalteten Vermögen um die gesamte Altersvorsorge von B handelt und B 60 Jahre alt ist, also nicht mehr viel Zeit hat, um Alterskapital aufzubauen, wäre eine konservative Anlagestrategie, bei welcher es vor allem um die Kapitalerhaltung geht, für B geeignet gewesen. Zudem gab B an, keinerlei Kenntnisse und Erfahrungen im Finanzbereich zu haben. Der «Robo 1 	

<p>Adivsor» hätte daher erkennen müssen, dass B die Risiken der vorgeschlagenen Anlagestrategie nicht verstehen konnte. Indem der «Robo Advisor» für B eine hochriskante Anlagestrategie gewählt hat, hat er den 2. Schritt der Eignungsprüfung fehlerhaft umgesetzt.</p> <p>→ Somit hat der Finanzdienstleister mit dem unzureichend programmierten «Robo Advisor» die Pflicht zur Eignungsprüfung gem. Art. 12 FIDLEG verletzt.</p>	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Fazit: Die Informationspflicht gem. Art. 8 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 9 Abs. 1 FIDLEG und die Pflicht zur Eignungsprüfung gem. Art. 12 FIDLEG wurden verletzt und damit wurde gegen Aufsichtsrecht verstossen. 	
<p>Aufgabe 2.2 <i>Angenommen, die FINMA erfährt von diesem Vorkommnis. Kann sie gegen den «Robo-Advisor» ein Enforcement-Verfahren durchführen? Dieser wendet nämlich ein, die FINMA sei hierfür gar nicht zuständig. (Es ist nicht auf das Verfahren und die einzelnen Enforcement-Instrumente einzugehen.)</i></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Da der unabhängige Vermögensverwalter bewilligungspflichtig ist (s. Aufgabe 2.1), untersteht er gem. Art. 3 lit. a FINMAG der prudenziellen Aufsicht der FINMA. 	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Die laufende Aufsichtstätigkeit über die unabhängigen Vermögensverwalter wird durch eine Aufsichtsorganisation (AO) i.S.v. Art. 43a ff. FINMAG wahrgenommen (Art. 61 Abs. 1 und 2 FINIG). Stellt die AO Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstige Missstände fest, muss sie dem Beaufsichtigten eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes setzen. Wird die Frist nicht eingehalten, muss die AO unverzüglich die FINMA informieren (Art. 43b Abs. 2 FINMAG). 	<p>2</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Für das Enforcement-Verfahren ist ausschliesslich die FINMA zuständig (vgl. Art. 84 Abs. 5 FINIV, wonach der Erlass von Verfügungen der FINMA vorbehalten ist). 	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Beim Verhalten des «Robo-Advisor» handelt es sich um Verstösse gegen die Verhaltenspflichten des FIDLEG (s. Aufgabe 2.1). Gem. Art. 87 Abs. 2 FIDLEG kann die FINMA Anordnungen treffen, um Verstösse gegen das FIDLEG zu verhindern oder zu beseitigen. Dies ergibt sich aber bereits aus der Kompetenz zur prudenziellen Aufsicht gem. Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 29 ff. FINMAG, weshalb Art. 87 FIDLEG der FINMA keine zusätzlichen Kompetenzen einräumt. 	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Fazit: Der Anbieter des «Robo-Advisor» untersteht der prudenziellen Aufsicht der FINMA, weshalb diese gegen ihn ein Enforcement-Verfahren wegen Verletzung der Verhaltenspflichten des FIDLEG durchführen kann. 	
<p>Aufgabe 2.3 <i>Kann B ihren erlittenen Schaden gegen den «Robo-Advisor» einklagen? Falls ja, wie sind ihre Erfolgsaussichten?</i></p>	
<p><u>Verhältnis des FIDLEG zum Vertragsrecht</u></p>	
<ul style="list-style-type: none"> • Die Verhaltenspflichten des FIDLEG sind öffentliches Recht (keine Doppelnormen). Sie greifen nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kunden ein. Entsprechend beurteilt der Zivilrichter das zivilrechtliche Verhältnis gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen; er kann zu deren Konkretisierung jedoch das FIDLEG heranziehen (sog. Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts). 	<p>1</p>



<u>Vertragsverletzung</u>	
<ul style="list-style-type: none">• Beim Vermögensverwaltungsvertrag handelt es sich um einen einfachen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR.	0.5
<ul style="list-style-type: none">• Aus der Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 398 Abs. 2 OR ergeben sich in Bezug auf die Dienstleistung der Vermögensverwaltung grundsätzlich die gleichen Pflichten zur Information und zur Durchführung einer Eignungsprüfung wie im Aufsichtsrecht (s. Aufgabe 2.1).	1
<ul style="list-style-type: none">• Indem der Anbieter des «Robo-Advisor» gegen diese Pflichten verstösst (s. Aufgabe 2.1), begeht er eine Vertragsverletzung, für welche er gem. Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig wird.	1
<ul style="list-style-type: none">• Die Haftungsvoraussetzungen des Schadens und des Kausalzusammenhangs sollten i.c. ohne grössere Probleme nachgewiesen werden können. Der Finanzdienstleister kann sich vorliegend auch nicht exkulpieren (Beweislastumkehr beim Verschulden, weil es sich um eine vertragliche Haftung handelt).	1
<ul style="list-style-type: none">• Fazit: B kann ihren Schaden zivilrechtlich gegen den Anbieter des «Robo-Advisor» einklagen. Weil i.c. alle Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, sind ihre Erfolgsaussichten gut.	0.5
Total Aufgabe 2	27.5
Gesamtpunkte	50