

Thomas Nagel

Werbung für Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen

Aufsichtsrechtliche Aspekte, Abgrenzungen und Hinweise zur Vertragsgestaltung

Der Autor analysiert in diesem Beitrag die rechtlichen Rahmenbedingungen, welche beim Bewerben von Finanzinstrumenten und Finanzdienstleistungen einzuhalten sind. Dabei nimmt er Bezug auf die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen des Finanzdienstleistungsgesetzes und grenzt das Werben von weiteren regulierten Tätigkeiten im Finanzsektor ab. Es werden auch Aspekte in Verbindung mit Werbung auf Social Media (Influencer Marketing), Youtube und anderen Werbepattformen aufgezeigt. Abschliessend gibt der Beitrag Hinweise zur möglichen Gestaltung eines Dienstleistungsvertrags, der Werbung für Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen als vertragliche Leistung beinhaltet.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Kapitalmarktrecht; Aufsichtsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Nagel, Werbung für Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen,
in: Jusletter 4. Oktober 2021

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. FIDLEG-Vorschriften zur Werbung
 - 2.1. Begriff der Werbung
 - 2.1.1. Allgemeines
 - 2.1.2. Ausnahmen und Abgrenzungen
 - 2.1.3. Vergleich zur Regelung vor Inkrafttreten des FIDLEG
 - 2.1.4. Vorgehen im Zweifelsfall
 - 2.2. Kennzeichnungspflicht (oder blosses Erkennbarkeitserfordernis?)
 - 2.2.1. FIDLEG
 - 2.2.2. Exkurs: UWG
 - 2.3. Inhaltliche Vorschriften
 - 2.4. Disclaimer
 - 2.5. Konsequenzen einer Verletzung der Vorschriften zur Werbung
 - 2.6. Übergangsfrist
3. FINIG-Vorschriften zur Werbung
4. BankG-Vorschriften zur Werbung
5. Weitere zu berücksichtigende finanzmarktrechtliche Aspekte
 - 5.1. Abgrenzung von anderen finanzmarktrechtlich regulierten Tätigkeiten
 - 5.1.1. Tätigkeit als Bank nach BankG
 - 5.1.2. Tätigkeit als Finanzinstitut nach FINIG
 - 5.1.3. Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG
 - 5.2. Tätigkeit als Finanzdienstleister nach FIDLEG
 - 5.2.1. Tätigkeit als Kundenberater
 - 5.2.2. Anbieten von Finanzinstrumenten
 - 5.3. Tätigkeit als faktische Zweigniederlassung
6. Checkliste zur finanzmarktrechtlichen Einordnung und Abgrenzung von Werbung
7. Praktische Hinweise zur Ausgestaltung des Vertrags mit einem Werbedienstleister

1. Einführung

[1] Die Werbung von Unternehmen aus dem Finanzsektor ist vielfältig: Nebst der «klassischen» Werbung im Fernsehen, in Zeitungen, in Zeitschriften oder an Veranstaltungen erfreuen sich auch die Banner-Werbung sowie Webseiten im Internet grosser Beliebtheit. Dabei werben werbetreibende Finanzdienstleister und weitere werbetreibende Anbieter auf dem Finanzmarkt (nachfolgend «Werbetreibende») nicht nur auf eigenen Kanälen, sondern auch auf den Kanälen Dritter, die ihre Reichweite für die Werbung zur Verfügung stellen (nachfolgend «Werbedienstleister» genannt). So inserieren bspw. diverse Werbetreibende in Tages- und Wirtschaftszeitungen. Viele Werbetreibende, gerade Jungunternehmen im Bereich *Fintech*, entdecken zunehmend *Social Media* oder Videoportale wie *Youtube* als mögliches Instrument zur Kundenakquise. Aufgrund des starken Personenbezugs auf *Social Media* ist das Werben auf eigenen Kanälen des Unternehmens weniger attraktiv. Der Einbezug von *Influencern* erweist sich als ein wichtiges Instrument für das sog. *Targeted Advertising*, d.h. einer zielgruppenspezifischen Ansprache von potenziellen Kunden. Dabei besteht ein Bedürfnis, neben dem Werbetreibenden an sich auch dessen Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen anzupreisen.

[2] Im Zusammenhang mit Werbung für Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen stellt sich die Frage nach den einzuhaltenden rechtlichen Rahmenbedingungen. Konkret ist für die Praxis von Interesse, wie die diesbezüglichen regulatorischen Risiken kontrolliert werden können: Muss Werbung als solche gekennzeichnet werden oder ist es ausreichend, wenn sie als solche erkennbar ist? Muss auf weiterführende Informationen zu den angebotenen Produkten und

Dienstleistungen verwiesen werden? Braucht es hierfür einen *Disclaimer*? Wie grenzt sich «reine» Werbung von weiteren Tätigkeiten wie bspw. dem Anbieten von Finanzinstrumenten und Finanzdienstleistungen ab? Worauf muss bei der Ausgestaltung von Verträgen mit einem Werbedienstleister geachtet werden? Diesen Fragen widmet sich die vorliegende Abhandlung.

[3] Aspekte des unlauteren Wettbewerbs werden bewusst nicht vertieft diskutiert. Wo dies sinnvoll ist, wird kurz auf das UWG¹ Bezug genommen und auf weiterführende Literatur verwiesen.

2. FIDLEG-Vorschriften zur Werbung

2.1. Begriff der Werbung

2.1.1. Allgemeines

[4] Art. 8 Abs. 6 FIDLEG² regelt, dass Werbung als solche gekennzeichnet sein muss. Art. 68 Abs. 1 FIDLEG besagt, dass diese als solche klar erkennbar sein muss.

[5] Als Werbung im finanzmarktrechtlichen Sinne gilt gemäss Art. 95 Abs. 1 FIDLEV³ jede an Anleger gerichtete Kommunikation, die darauf gerichtet ist, auf bestimmte Finanzinstrumente oder Finanzdienstleistungen aufmerksam zu machen. Die Verordnung führt aus, dass nicht nur – wie der Wortlaut von Art. 68 Abs. 1 FIDLEG vermuten lässt – Werbung für Finanzinstrumente, sondern auch Werbung für Finanzdienstleistungen von Art. 68 Abs. 1 FIDLEG erfasst wird.⁴ Dies ist jedoch irreführend: Die Werbung muss sich, wie DANIEL DEDEYAN in seiner Kommentierung zu Art. 68 FIDLEG richtigerweise ausführt, stets auch auf bestimmte Finanzinstrumente beziehen, um von Art. 68 FIDLEG erfasst zu werden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Pflichten von Art. 68 FIDLEG sowie aus den Materialien. Demgegenüber erfasst Art. 8 Abs. 6 FIDLEG auch Werbung, welche sich lediglich auf Finanzdienstleistungen bezieht.⁵

2.1.2. Ausnahmen und Abgrenzungen

[6] Nicht als Werbung in diesem Sinne gelten gemäss Art. 95 Abs. 2 FIDLEV für sich allein die namentliche Nennung von Finanzinstrumenten ohne oder in Verbindung mit der Publikation von Preisen, Kursen oder Nettoinventarwerten, Kurslisten oder -entwicklungen sowie Steuerzahlen (lit. a); Meldungen zu Emittenten oder Transaktionen, insbesondere wenn diese gesetzlich, aufsichtsrechtlich oder aufgrund der Regularien von Handelsplätzen vorgeschrieben sind (lit. b)⁶; die Bereitstellung oder Weiterleitung von Mitteilungen eines Emittenten an bestehende Kunden

¹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (Stand am 1. Januar 2021), SR 241.

² Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz) vom 15. Juni 2018 (Stand am 1. Februar 2021), SR 950.1.

³ Verordnung über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsverordnung) vom 6. November 2019 (Stand am 1. Januar 2020), SR 950.11.

⁴ ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/RETO LUTHIGER, FIDLEG/FINIG Kommentar, Zürich 2020 (zit. OFK FIDLEG), Art. 68 N 4.

⁵ Siehe zum Ganzen: DANIEL DEDEYAN, in: Rolf Sethe/René Bösch/Olivier Favre/Stefan Kramer/Ansgar Schott (Hrsg.), Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, Zürich 2021 (zit. SK FIDLEG), Art. 68 N 24 m.w.H.

⁶ Diese Ausnahme zielt u.a. auf die Prospektspflicht ab (vgl. Art. 35 ff. FIDLEG), deren Erfüllung keine Werbung i.S.d. FIDLEG darstellt. Vgl. hierzu Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November, BBl 2015 8954, 8992 sowie sogleich unten, Ziff. 2.3.

durch Finanzdienstleister (lit. c); sowie Berichte in der Fachpresse (lit. d). Aus der Formulierung «für sich allein» lässt sich ableiten, dass diese Tatbestände nicht mehr zur Anwendung gelangen, sofern sie mit einer unter Art. 95 Abs. 1 FIDLEV oder Art. 68 Abs. 1 FIDLEG fallenden Information verknüpft werden. Dies bedeutet, dass die Vorschriften für die Werbung in jedem Fall Geltung entfalten, sofern auf bestimmte Finanzinstrumente oder Finanzdienstleistungen aufmerksam gemacht wird. Wenn der Verweis auf bestimmte Finanzinstrumente oder Finanzdienstleistungen mit einer in Art. 95 Abs. 2 FIDLEV genannten Handlung kombiniert wird, gilt die Information trotzdem als Werbung.

[7] Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang sog. *Sponsored Publications* oder *Sponsored Content*. Solche Artikel bzw. Publikationen sind häufig im gleichen *Layout* wie das Medium gestaltet, d.h. das Design ist gleich oder ähnlich wie bei redaktionellem *Content*. Für den Inhalt ist jedoch nicht die Redaktion des Mediums (u.U. nicht einmal die als Autor aufgeführte Person), sondern ein Werbetreibender als zahlender Kunde verantwortlich. Sofern bei solchem *Sponsored Content* nicht der reine fachliche oder wissenschaftliche Wert im Zentrum steht, sondern konkret ein Finanzinstrument oder eine Finanzdienstleistung beworben wird (was i.d.R. der Fall sein dürfte), handelt es sich um Werbung i.S.d. FIDLEG. Ein starkes Indiz für das Vorliegen von Werbung ist, wenn die Publikation nach dem Gesamteindruck auf den Leser dazu bestimmt ist, eher auf spezifische Finanzinstrumente oder Finanzdienstleistungen hinzuweisen, als dass auf bestimmte Arten bzw. Kategorien von Finanzinstrumenten oder Finanzdienstleistungen eingegangen wird und diese fachlich oder aus wissenschaftlicher Perspektive analysiert werden.⁷

2.1.3. Vergleich zur Regelung vor Inkrafttreten des FIDLEG

[8] Vor Inkrafttreten des FIDLEG enthielt Art. 3 aKAG als einzige Norm spezifische finanzmarktrechtliche Vorschriften betreffend das Werben für kollektive Kapitalanlagen. Im mittlerweile ausser Kraft gesetzten FINMA-RS 2013/9 («Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen») wurde definiert, dass als Werbung i.S.d. aKAG das Verwenden von Werbemitteln jeder Art galt, deren Inhalt dazu bestimmt war, bestimmte kollektive Kapitalanlagen anzubieten.⁸ Dieses Verständnis des Begriffs Werbung wurde gemäss Materialien zum FIDLEV grundsätzlich in das FIDLEG übernommen.⁹ Die Konturen des Begriffs «Werbung» wurden durch die diversen Präzisierungen unter dem neuen Recht wesentlich geschärft und die Definition auf Verordnungsstufe verankert, was m.E. aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüssen ist. Ausserdem ist nach neuem Recht nicht nur das Bewerben kollektiver Kapitalanlagen, sondern von Finanzinstrumenten und Finanzdienstleistungen allgemein erfasst. Mit anderen Worten wird für Werbung im Finanzsektor ein «*level playing field*» geschaffen.¹⁰ Dies ist m.E. grundsätzlich zu begrüssen – das Schutzbedürfnis der Anleger ist beim Bewerben von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen nicht *per se* höher als bei anderen Finanzinstrumenten.

⁷ In diesem Sinne OFK FIDLEG (FN 4), Art. 68 N 5 sowie bereits in Bezug auf das aKAG RENÉ BÖSCH, in: Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2016, Art. 3 N 15; THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014, Rz. 1047.

⁸ FINMA-Rundschreiben 2013/9, Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen vom 28. August 2013, Rz. 5; zur Historie des Werbungsbegriffs unter dem KAG vgl. JUTZI/SCHÄREN (FN 7), Rz. 1037 ff.

⁹ Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV) – Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 24. Oktober 2018, 62.

¹⁰ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 11.

2.1.4. Vorgehen im Zweifelsfall

[9] Im Einzelfall kann es Schwierigkeiten bereiten, den Geltungsbereich der Bestimmungen zur Werbung des FIDLEG genau zu bestimmen. M.E. ist es deshalb unerlässlich, die rechtliche Situation bei Unsicherheiten in Bezug auf die Einhaltung der vorgenannten Regeln genau abzuklären oder durch fachkundige Berater beurteilen zu lassen. Im Zweifelsfall kann es empfehlenswert sein, ein vorsichtiges Vorgehen zu wählen, d.h. die FIDLEG-Vorschriften zur Werbung konsequent umzusetzen bzw. diese strikt (und somit eher zu Ungunsten der werbetreibenden Person) auszulegen.

2.2. Kennzeichnungspflicht (oder blosses Erkennbarkeitserfordernis?)

2.2.1. FIDLEG

[10] Werbung für Finanzinstrumente muss gemäss Art. 8 Abs. 6 FIDLEG als solche gekennzeichnet werden und gemäss Art. 68 Abs. 1 FIDLEG als solche klar erkennbar sein.

[11] Gesetzessystematisch lassen sich die Informationspflichten im Zusammenhang mit Werbung für Finanzinstrumente oder Finanzdienstleistungen weder eindeutig den allgemeinen noch den besonderen Informationspflichten zuordnen.¹¹ Es ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, in welchem Verhältnis die Kennzeichnungspflicht nach Art. 8 Abs. 6 FIDLEG und das Erkennbarkeitserfordernis nach Art. 68 Abs. 1 FIDLEG stehen. Da Art. 8 Abs. 6 FIDLEG im 2. Titel («Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen») steht, führt eine systematische Auslegung der Bestimmung zum Schluss, dass diese nur auf Finanzdienstleister Anwendung findet. Demgegenüber steht Art. 68 Abs. 1 FIDLEG im 3. Titel («Anbieten von Finanzinstrumenten») und findet somit auch auf Personen Anwendung, welche nicht als Finanzdienstleister zu qualifizieren sind, sondern bloss Finanzinstrumente anbieten. Das reine Anbieten von Finanzinstrumenten an sich stellt nämlich noch keine Finanzdienstleistung dar – es müssen zusätzliche Interessenwahrsungselemente wie bspw. eine Anlageberatung vorliegen.¹²

[12] Gemäss der hier vertretenen Ansicht ist die Kennzeichnungspflicht von Art. 8 Abs. 6 FIDLEG spezifischer als das Erfordernis der Erkennbarkeit nach Art. 68 Abs. 2 FIDLEG, jedoch beinhaltet Art. 68 Abs. 2 FIDLEG ebenfalls eindeutige Anforderungen, welche über die blosser Erkennbarkeit hinausgehen, sondern festlegen, in welcher Gestalt Werbung zu kennzeichnen ist. Die Bestimmung verlangt nämlich, dass ein Hinweis auf den Prospekt und das Basisinformationsblatt und deren Bezugsstelle in der Werbung enthalten sein muss.

[13] Selbst wenn eine Person ausschliesslich unter Art. 68 FIDLEG fällt, wird eine blosser Erkennbarkeit als Werbung in vielen Fällen nicht ausreichend sein, da Werbung nur in den wenigsten Fällen eindeutig als solche klar erkennbar ist. Ebenso wenig reicht der Hinweis auf den Prospekt und das Basisinformationsblatt und deren Bezugsstelle aus, um eine Kommunikation zweifelsfrei als Werbung zu identifizieren.¹³ Entsprechend sollte die Werbung für Finanzinstrumente

¹¹ DANIEL BAUMANN, Verhaltensregeln im Finanzmarktrecht: Unter besonderer Berücksichtigung des Börsen- und des Kollektivanlagenrechts sowie des geplanten FIDLEG, Diss. Bern 2017, Zürich/Basel/Genf 2018 (=SSFM Bd. 127), Rz. 388.

¹² Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV) – Erläuterungen, 6. November 2019, 21; OFK FIDLEG (FN 4), Art. 3 N 68 sowie 125.

¹³ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 48.

bei nicht klarer Erkennbarkeit als solche immer gekennzeichnet werden, indem ein Hinweis angebracht wird, es handle sich um Werbung oder *Sponsored Content*.¹⁴ Hiermit nähert sich das Erkennbarkeitserfordernis stark der Kennzeichnungspflicht an.¹⁵ Unzureichend dürfte sein, die Kennzeichnung als Werbung in winzig kleiner Schrift zu platzieren – die Erkennbarkeit verlangt m.E., dass der Hinweis zumindest gut leserlich dargestellt bzw. abgedruckt wird.¹⁶

2.2.2. Exkurs: UWG

[14] An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sich auch aus Art. 2 UWG ein Transparenzgebot für die Kennzeichnung von Werbung ableiten lässt. Verstösse gegen jenen Artikel können jedoch (im Gegensatz zur Verletzung entsprechender ausländischer Regelungen wie bspw. in Deutschland) nicht sanktioniert werden. Einzig die Schweizerische Lauterkeitskommission als private Organisation kann nicht hoheitliche Kritik üben, ohne dabei mit Sanktionskompetenzen ausgestattet zu sein. Verletzungen der Kennzeichnungspflicht bleiben daher aus rein wettbewerbsrechtlicher Sicht ohne Konsequenzen.¹⁷ Für den Finanzsektor geht das FIDLEG somit im Vergleich zum UWG einen Schritt weiter. Der Gesetzgeber ging offenbar von einem erhöhten Kundenschutzbedürfnis im Finanzbereich aus. Zu den Motiven des Gesetzgebers, weshalb im FIDLEG von den allgemeinen Regeln für Werbung abgewichen wird, finden sich in den Materialien jedoch keinerlei Anhaltspunkte.

[15] Aufgrund einer oft strikteren Regulierung im Ausland in Bezug auf die Kennzeichnungspflicht von Werbung im Allgemeinen hat es sich bei *Social Media*-Plattformen etabliert, dass Werbung als solche stets gekennzeichnet wird. Die Anbieter entsprechender Plattformen erlauben es den *Content Creators*, die Werbung unkompliziert als solche zu kennzeichnen (bspw. kann auf *Youtube* ein entsprechender Hinweis im oberen Bildrand freigeschaltet werden, wenn ein Video Produktplatzierungen enthält bzw. der Inhalt eine Werbung oder eine bezahlte Partnerschaft darstellt). Dies macht insofern Sinn, da sich die Werbung auf solchen Plattformen auch an Kunden im Ausland richten kann. In Bezug auf Werbung für Finanzinstrumente i.S.v. Art. 68 FIDLEG gilt es zu beachten, dass das blosse Kennzeichnen von Werbung gemäss FIDLEG noch nicht genügt. Es müssen weitere Pflichten eingehalten werden, welche im nächsten Kapitel erläutert werden.

2.3. Inhaltliche Vorschriften

[16] Durch die Kennzeichnungspflicht der Werbung soll eine Trennung zwischen der Werbung und den für das Vertragsverhältnis der Parteien gesetzlich vorgesehenen Dokumenten, d.h. der Produktdokumentation wie bspw. dem Prospekt¹⁸ und dem Basisinformationsblatt¹⁹, geschaffen

¹⁴ Diese Meinung vertrat zum Entwurf des FIDLEG bereits BAUMANN (FN 11), Rz. 388. Dessen Ansicht, dass Sinn und Zweck des FIDLEG eine Kennzeichnungspflicht fordern, ist somit nicht in allen Fällen, jedoch immer da, wo die Erkennbarkeit nicht ohne Zweifel vorliegt, zuzustimmen.

¹⁵ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 49.

¹⁶ In diesem Sinne bereits SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 48.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen MARTIN STEIGER, *Influencer & Co.: Wer muss welche Werbung wie und warum kennzeichnen?*, Cyon Blog, 20. September 2019, <https://www.cyon.ch/blog/Influencer-Affiliate-Werbung-kennzeichnen/> (zuletzt besucht am 1. September 2021).

¹⁸ Art. 35 ff. FIDLEG.

¹⁹ Art. 58 ff. FIDLEG.

werden (Trennungsgebot,²⁰ siehe hierzu die Ausnahme in Art. 95 Abs. 2 lit. b FIDLEV).²¹ In der Werbung ist deshalb auf den Prospekt und das Basisinformationsblatt zum jeweiligen Finanzinstrument und auf deren Bezugsstelle hinzuweisen (Hinweisgebot,²² Art. 68 Abs. 2 FIDLEG). Werbung und andere an die Anleger gerichtete Informationen über Finanzinstrumente müssen mit den im Prospekt und im Basisinformationsblatt enthaltenen Angaben übereinstimmen bzw. dürfen nicht von diesen abweichen (Übereinstimmungsgebot,²³ Art. 68 Abs. 3 FIDLEG). Enthalten der Prospekt, das Basisinformationsblatt oder ähnliche Mitteilungen (wozu auch Werbung gehört²⁴) falsche, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben, so haftet der Werbetreibende dem Erwerber des Finanzinstruments für den dadurch verursachten Schaden (Prospekthaftung²⁵). Darüber hinaus enthält das FIDLEG (im Gegensatz zum EU-Recht) kein allgemeines Verbot unrichtiger oder irreführender Werbung.²⁶ Diese Regelung ist in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG enthalten – entsprechend ist unrichtige oder irreführende Werbung im Finanzsektor nach den allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts zu beurteilen²⁷ und die FINMA hat in diesem Bereich keine Durchsetzungskompetenzen.²⁸

[17] Die Botschaft hält weiter fest, dass die gesetzlich geforderten Informationen klar von jeglichen Marketingmassnahmen zu trennen sind.²⁹ Dies bedeutet, dass die von Gesetzes wegen zu erstellenden Dokumente (bspw. der Prospekt³⁰ oder das Basisinformationsblatt³¹) nicht in der Gestalt von Werbung erscheinen dürfen, sondern klar als solche bezeichnet und abgegrenzt werden müssen. Umgekehrt soll Werbung auch nicht in der Gestalt eines Prospektes oder eines Basisinformationsblatts erscheinen.³²

2.4. Disclaimer

[18] Diverse Werbetreibende haben *Disclaimer* entworfen, mit denen sie ihre Werbung versehen, um die inhaltlichen Vorschriften des FIDLEG umzusetzen. Eine Vielzahl an Beispielen lassen sich im Internet finden. Vielen Werbetreibenden scheint nicht bewusst zu sein, dass auch das Erkennbarkeitserfordernis häufig eine Kennzeichnungspflicht mit sich bringt, oder es scheint die Ansicht vorzuherrschen, dass für alle Bestimmungen in Bezug auf Werbung i.S.d. FIDLEG noch eine Übergangsfrist gelte (was jedoch, wie nachfolgend aufgezeigt wird, nicht der Fall ist³³). In der Praxis haben sich verschiedene Vorgehensweisen entwickelt:

²⁰ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 5.

²¹ Vgl. zum Ganzen Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), BBl 2015 8954, 8992.

²² SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 5.

²³ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 5.

²⁴ OFK FIDLEG (FN 4), Art. 69 N 10.

²⁵ Art. 69 Abs. 1 FIDLEG.

²⁶ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 6.

²⁷ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), BBl 2015 8992.

²⁸ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 7.

²⁹ Botschaft FIDLEG (FN 6), BBl 2015 8954.

³⁰ Art. 35 ff. FIDLEG.

³¹ Art. 58 f. FIDLEG.

³² SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 44.

³³ Vgl. unten, Ziff. 2.6.

- Gewisse Dienstleister versehen jede ihrer Webseiten mit einem *Disclaimer*, der klein unten auf der jeweiligen Seite positioniert ist («*Default-Lösung*»). Solch ein Vorgehen, jede Webseite mit einem *Disclaimer* auszustatten, bedingt, dass diejenigen Webseiten, die keine Werbung, sondern bspw. ein Angebot darstellen, nicht mit einem *Disclaimer* versehen werden. Die Default-Lösung hat den Nachteil, dass ein Werbetreibender sich durch die kategorische Einstufung aller Informationen auf einer Homepage als Werbung u.U. die Geltendmachung der Reverse Solicitation-Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 lit. a FIDLEV verunmöglicht.
- Je nach Art der verfügbaren Informationen kann es sinnvoll sein, den umgekehrten Weg zu wählen: Nur Informationen, welche auch tatsächlich eine Werbung für ein Finanzinstrument oder eine Finanzdienstleistung beinhalten, werden mit einem *Disclaimer* versehen («*Custom-Lösung*»). Dieses Vorgehen hat den Nachteil, dass jede einzelne Webseite darauf geprüft werden muss, ob sie Werbung i.S.d. FIDLEG darstellt. Diese Beurteilung kann im Einzelfall problematisch sein.³⁴
- Gewisse Werbetreibende haben auch *Disclaimer* auf ihrer Webseite in der Rubrik «Rechtliches» aufgeführt. Dieser Link muss (ausgehend von der Website, welche die Werbung darstellt) angeklickt werden, damit der *Disclaimer* auf einer separaten Website erscheint. Bei diesem Vorgehen ist m.E. fraglich, ob die FIDLEG-Pflichten in Bezug auf Werbung tatsächlich erfüllt werden. Diese verlangen nämlich ausdrücklich, dass Werbung «als solche» erkennbar ist bzw. gekennzeichnet wird.³⁵ Dies könnte so ausgelegt werden, dass die Werbung an sich zu kennzeichnen ist, d.h. dass der *Disclaimer* sich auf der gleichen Webseite wie die Werbung befinden muss (und nicht auf einer anderen Webseite, welche per Link aufgerufen werden kann). Solange diesbezüglich keine Klärung seitens des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers oder der FINMA vorliegt, ist dieses Vorgehen darum m.E. nicht zu empfehlen. Es wäre zu begrüßen, wenn die FINMA oder der Verordnungsgeber die noch offene Frage der Kennzeichnung von Werbung «als solche» im Zusammenhang mit Webseiten künftig klarstellen könnte.

[19] Welcher Weg für einen Werbetreibenden ideal ist, sollte im Einzelfall eruiert werden.

[20] Klar ist, dass der *Disclaimer* darauf hinweisen muss, dass es sich um Werbung handelt (es sei denn, dies geht aus dem Medium oder den Umständen klar hervor, was jedoch selten der Fall sein dürfte³⁶) und dass ggfs. auf den Prospekt, das Basisinformationsblatt und deren Bezugsstelle hingewiesen werden muss.³⁷

[21] Gewisse Finanzinstrumente dürfen aus rechtlichen Gründen in gewissen Ländern nicht vertrieben werden (bspw., weil der Emittent über keine Bewilligung im entsprechenden Land verfügt). Wird ein konkretes Finanzinstrument beworben, das solchen Einschränkungen unterliegt, wäre auch dies im *Disclaimer* zu erwähnen. Dies gilt insbesondere dann, wenn auf einer Webseite geworben wird, welche weltweit abgerufen werden kann. Eine andere Option wäre, die Webseite mit Zugangsbeschränkungen auszustatten, so dass diese nur in ausgewählten Ländern abgerufen werden kann (*Geoblocking*).³⁸

³⁴ Vgl. oben, Ziff. 2.1.

³⁵ Sowohl Art. 8 Abs. 6 als auch Art. 68 Abs. 1 FIDLEG enthalten den Passus «als solche».

³⁶ Vgl. oben, Ziff. 2.2.1.

³⁷ Vgl. oben, Ziff. 2.3.

³⁸ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 19 mit Verweis auf FINMA-RS 2013/9, Rz. 76.

2.5. Konsequenzen einer Verletzung der Vorschriften zur Werbung

[22] Gemäss Art. 89 lit. a FIDLEG wird mit einer Busse von bis zu CHF 100'000 bestraft, wer bei der Erfüllung der Informationspflichten nach Art. 8 FIDLEG falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt. Diese Strafdrohung trifft sowohl FINMA-Beaufichtigte Personen als auch andere Personen.³⁹

[23] Die Verletzung der Kennzeichnungspflicht von Art. 8 Abs. 6 FIDLEG kann gemäss hier vertretener Ansicht u.U. das Verschweigen einer wesentlichen Tatsache darstellen. Dies gilt m.E. insbesondere dann, wenn das Vorliegen einer Werbung nicht ohne Weiteres aus dem Format (bspw. bei einem Werbeplakat) der Publikation hervorgeht, sondern diese auch mit redaktionellem Inhalt verwechselt werden könnte (*Sponsored Content*). Ebenso kann gemäss Botschaft des FIDLEG mit Busse bestraft werden, wer in der Werbung für Finanzinstrumente oder Finanzdienstleistungen vorsätzlich falsche Angaben macht.⁴⁰

[24] Verletzungen der genannten FIDLEG-Kennzeichnungspflicht gemäss Art. 8 Abs. 6 FIDLEG können entsprechende Interventionen der FINMA nach sich ziehen, sofern die verletzende Person der Aufsicht der FINMA untersteht. Dazu gehören die Aufsichtsinstrumente nach Art. 29 ff. FIDLEG, insbesondere eine Feststellungsverfügung (Rüge) und in schweren Fällen sogar einschneidendere Massnahmen.⁴¹

[25] Sofern ein Dienstleister nicht der FINMA-Aufsicht untersteht, hat die FINMA jedoch keine Durchsetzungskompetenzen.⁴²

2.6. Übergangsfrist

[26] Bei der Umsetzung der Pflichten in Bezug auf Werbung ergab sich in der Praxis die Frage, ob für die Vorschriften eine Übergangsfrist gilt oder nicht. Da sich Art. 105 Abs. 1 FIDLEG, der eine Übergangsfrist von zwei Jahren seit Inkrafttreten des FIDLEG vorsieht, lediglich auf Informations-, Prüf-, Dokumentations- und Rechenschaftspflichten sowie die Pflichten zu Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen nach den Artikeln 7–18 FIDLEG bezieht, war unklar, ob für die Pflichten gemäss Art. 68 FIDLEG ebenfalls eine Übergangsbestimmung zur Anwendung gelangt. Dies führte dazu, dass das Kennzeichnen von Werbung durch diverse Werbetreibenden ohne Übergangsfrist, d.h. sofort nach Inkrafttreten des FIDLEG, umgesetzt wurde (insbesondere, wenn das Vorliegen einer Werbung nicht ohne Weiteres «klar erkennbar» i.S.v. Art. 68 Abs. 1 FIDLEG war). Dieses Vorgehen wurde durch einen auf der Homepage der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) publizierten «Fahrplan» zur Umsetzung des FIDLEG vorgeschlagen.⁴³ Es macht jedoch m.E. keinen Sinn, dass der Gesetzgeber verlangen würde, dass die Erkennbarkeit (welche oft nicht gegeben ist und somit auf eine Kennzeichnungspflicht hinausläuft) und der Hinweis auf den Prospekt und das Basisinformationsblatt gemäss Art. 68 FIDLEG ohne Übergangs-

³⁹ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 22.

⁴⁰ Botschaft FIDLEG (FN 6), BBl 2015 9003.

⁴¹ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 62.

⁴² SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 20 und 62 ff.

⁴³ <https://www.swissbanking.ch/de/medien/news/der-fahrplan-zur-umsetzung-von-fidleg-finig> (zuletzt besucht am 1. September 2021).

frist umzusetzen wären, während Finanzdienstleistern für die Kennzeichnung der Werbung nach Art. 8 Abs. 6 FIDLEG zwei Jahre Zeit für die Umsetzung gegeben wird.

[27] Hier wurde m.E. durch den Rechtssetzer verpasst, den im Finanzsektor tätigen Werbetreibenden rechtzeitig die nötige Rechtssicherheit zu geben. Es wäre gemäss hier vertretener Ansicht angemessen gewesen, sowohl für Art. 8 Abs. 6 FIDLEG als auch für Art. 68 FIDLEG eine Übergangsfrist von zwei Jahren vorzusehen.

3. FINIG-Vorschriften zur Werbung

[28] Sofern ausländische Finanzinstitute in der Schweiz dauerhaft und gewerbsmässig Personen beschäftigen, welche sie zu Werbezwecken vertreten, ist zu beachten, dass unter Umständen eine Bewilligungspflicht nach Art. 58 Abs. 1 FINIG zum Tragen kommt.⁴⁴

4. BankG-Vorschriften zur Werbung

[29] Werden für eine Bank Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen beworben, so kommt Art. 4^{quater} BankG zur Anwendung, der vorsieht, dass Banken im In- und Ausland «irreführende sowie aufdringliche Werbung mit ihrem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen» zu unterlassen haben.⁴⁵ Unter diese Bestimmung fällt somit ausschliesslich Werbung, welche sich irreführend oder aufdringlich auf den schweizerischen Sitz der Bank oder auf schweizerische Einrichtungen bezieht. Dies bedeutet, dass auf irreführende oder aufdringliche Weise Bezug auf das Bankkundsgeheimnis, Nummernkonten oder auf steuerliche Vorteile einer Kontobeziehung in der Schweiz genommen wird.⁴⁶ Dieser Aspekt muss – gerade bei Werbung auf *Social Media*, wo sich *Influencer* gerne humoristisch oder in ironischer Weise mit dem beworbenen Produkt auseinandersetzen – beachtet werden, sofern der Auftraggeber eine Bank ist.

5. Weitere zu berücksichtigende finanzmarktrechtliche Aspekte

5.1. Abgrenzung von anderen finanzmarktrechtlich regulierten Tätigkeiten

5.1.1. Tätigkeit als Bank nach BankG

[30] Bei der Erbringung von Werbedienstleistungen für einen Dienstleister aus dem Finanzbereich muss sichergestellt werden, dass diese Tätigkeit keine Bewilligungspflicht durch die FINMA

⁴⁴ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 16.

⁴⁵ Der Begriff «irreführend» ist anhand der für Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG entwickelten Kriterien auszulegen. Aufdringlich ist demgegenüber Werbung, die «geeignet ist, den Finanzplatz Schweiz, die Schweizer Banken oder ihre Einrichtungen in der inländischen oder ausländischen Öffentlichkeit oder bei ausländischen staatlichen Stellen Kritik auszusetzen»: Vgl. hierzu im Detail MARTIN BRENNCKE, *Regelung der Werbung im Bank- und Kapitalmarktrecht*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2013 (=SSFM Bd. 110), 1175.

⁴⁶ Vgl. hierzu BRENNCKE (FN 45), 1174 f.; RETO ARPAGAU/RALPH STALDER/THOMAS WERLEN, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 257.

oder eine andere Behörde auslöst. Zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit bedürfen bspw. Banken gemäss Art. 3 Abs. 1 BankG einer Bewilligung durch die FINMA.

[31] Das klassische Bankgeschäft ist das Zinsdifferenzgeschäft, d.h. die Bank nimmt von ihren Kunden gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen (Passivgeschäft), um diese auf eigene Rechnung an andere Kunden auszuleihen (Aktivgeschäft). Die Zinsdifferenz ergibt sich aus dem Unterschied zwischen dem tieferen Zins, den die Bank beim Passivgeschäft bezahlen muss, und dem höheren Zins, den die Bank beim Aktivgeschäft erhält.⁴⁷

[32] In Art. 1 Abs. 1 BankG ist statuiert, dass dem Gesetz Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen unterstellt sind. Jedenfalls gilt als Bank gemäss BankG, «wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und: (a) gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich dafür öffentlich empfiehlt; (b) gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt oder verzinst; oder (c) sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren» (Art. 1a BankG). Dem Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen bei fehlender Unterstellung unter das BankG (verankert in Art. 1 Abs. 2 BankG und bestätigt in Art. 1a lit. a und b BankG) entspricht, dass der aktuelle Bankenbegriff damit einzig auf das Passivgeschäft abstellt.⁴⁸ Des Weiteren wird verlangt, dass die Bank hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist (Art. 1a BankG i.V.m. Art. 4 BankV).

[33] Gewerbsmässig i.S.d. BankG handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen oder sammelverwahrte kryptobasierte Vermögenswerte aufnimmt, oder sich öffentlich für jene Entgegennahme empfiehlt, selbst wenn in der Folge weniger als 20 Publikumseinlagen oder kryptobasierte Vermögenswerte entgegengenommen werden (Art. 6 Abs. 1 BankV). Bezüglich des Einlagenbegriffs liegt das zentrale Element gemäss Bundesgericht in der Rückzahlungsverpflichtung,⁴⁹ was sich in Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 5 BankV widerspiegelt.

[34] Bewilligungspflichtig wäre ein Werbedienstleister dann, wenn er Gelder der Kunden als Einlagen entgegennehmen würde. In dieser Eigenschaft wäre der Dienstleister bei der Überschreitung der vorgenannten Schwellenwerte als Bank i.S.d. BankG einzustufen und bedürfte einer Bewilligung der FINMA. Allenfalls würde die Erleichterung von Art. 1b BankG (sog. Fintech-Bewilligung) greifen, welche es unter vereinfachten Voraussetzungen erlaubt, Publikumseinlagen

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen ARPAGAU/STADLER/WERLEN (FN 46), Rz. 5 ff.; BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 30. August 1961, 21. Nachlieferung, Zürich 2013 (zit. Komm. BankG), Rz. 16; PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrecht, Bern 2019, Rz. 420; MARC BAUEN/NICOLAS ROULLER, Schweizer Bankkundengeschäft, Einführung für Bankkunden und ihre Berater, Bankkonto – Bankenverträge – Bankgeheimnis – Private Banking – E-Banking, Zürich 2010, 5; PHILIPP ABEGG/ALEX GEISSBÜHLER/KURT HAEFELI/ERIC HUGGENBERGER/GABRIEL LARUMBE, Schweizerisches Bankrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, 351; BGE 62 I 271, 275 E. 3.

⁴⁸ NINA REISER, Ist der Bankenbegriff im Lichte aktueller technologischer Entwicklungen noch zeitgemäss?, AJP 2018, 811–824, 812; Komm. BankG-KLEINER/SCHWOB/KRAMER (FN 47), Rz. 30; KSENIA WESS, Drittstaatenregulierung im Finanzdienstleistungsrecht der EU und ihre Auswirkung auf die Schweiz, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2020 (=SSFM Bd. 134), Rz. 178.

⁴⁹ BGE 132 II 382, 391 E. 6.3.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.218/1999 bzw. 2A.219/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3b/bb.

in der Höhe von maximal CHF 100 Millionen entgegenzunehmen. Um eine Fintech-Bewilligung zu erhalten, dürfen die Publikumseinlagen jedoch weder angelegt noch verzinst werden.

[35] Um nicht in den Geltungsbereich des BankG zu fallen, sollte der Werbedienstleister auf die Entgegennahme von Geldern verzichten und sich auf das blosser Werben beschränken.

5.1.2. Tätigkeit als Finanzinstitut nach FINIG

[36] Als Finanzinstitute gelten gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a–e FINIG Vermögensverwalter⁵⁰, Trustees⁵¹, Verwalter von Kollektivvermögen⁵², Fondsleitungen⁵³ und Wertpapierhäuser⁵⁴.

[37] Grundsätzlich ist eine Person kein Finanzinstitut, wenn keine Vermögenswerte verwaltet werden (dies schliesst das Vorliegen einer Tätigkeit als Vermögensverwalter, als Trustee, als Verwalter von Kollektivvermögen und als Fondsleitung unter FINIG aus) und kein Handel mit Effekten betrieben wird (dies schliesst das Vorliegen einer Tätigkeit als Wertpapierhaus gemäss FINIG aus). Entsprechend bedürfte es auch keines Anschlusses an eine Aufsichtsorganisation i.S.v. Art. 43a FINMAG (gilt für Vermögensverwalter und Trustees) bzw. keiner Bewilligung durch die FINMA (alle Finanzinstitute).

[38] Sofern ein Werbedienstleister weder Vermögen verwaltet noch Handel mit Effekten treibt, gilt er somit nicht als Finanzinstitut gemäss Art. 2 Abs. 1 FINIG.

5.1.3. Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG

[39] Es ist weiter sicherzustellen, dass ein Werbedienstleister keine finanzintermediäre Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG⁵⁵ ausübt und sich somit keiner Selbstregulierungsorganisation (SRO) i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GwG anschliessen muss.

[40] Nach Art. 2 Abs. 3 GwG sind Finanzintermediäre (auch⁵⁶) Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen. Bei den Handlungen muss die Person die Verfügungsmacht oder eine gewisse Kontrolle über die fremden Vermögenswerte haben.⁵⁷ Die blosser Annahme von Vermögenswerten stellt für sich alleine keine finanzintermediäre Tätigkeit dar, kann aber eine Vorstufe einer solchen Tätigkeit sein.⁵⁸ Die finanzintermediäre Tätigkeit darf nicht nur bei Gelegenheit erfolgen, d.h. sie muss be-

⁵⁰ Art. 17 Abs. 1 FINIG.

⁵¹ Art. 17 Abs. 2 FINIG.

⁵² Art. 24 FINIG.

⁵³ Art. 32 FINIG.

⁵⁴ Art. 41 FINIG.

⁵⁵ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (Stand am 1. August 2021), SR 955.0.

⁵⁶ «Auch» bezieht sich auf Art. 2 Abs. 2 GwG, in dem die prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediäre erwähnt werden. Für die vorliegend interessierenden Werbedienstleister wären dies insbesondere Wertpapierhäuser und Banken, welche bereits in den vorangehenden Kapiteln 4.1.1. und 4.1.2. abgehandelt wurden.

⁵⁷ THOMAS NAGEL, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Diss. Bern 2019, Zürich/Basel/Genf 2020 (=SSFM Bd. 132), Rz. 204.

⁵⁸ SIMON SCHÄREN, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Stämpfli Handkommentar, Bern 2017 (zit. SHK GwG), Art. 2 N 77; vgl. zur Aufbewahrung von Vermögenswerten und deren

rufsmässig i.S.v. Art. 7 ff. GwV⁵⁹ sein. Art. 2 Abs. 3 GwG nennt besondere Tatbestände der Finanzintermediation, namentlich das Kreditgeschäft (lit. a), Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr (lit. b), Handelstätigkeit mit Banknoten und Münzen, Geldmarktinstrumenten, Devisen, Edelmetallen, Rohwaren und Effekten (Wertpapiere und Wertrechte) sowie deren Derivat (lit. c), das Tätigen von Anlagen als Anlageberater (lit. f) und das Aufbewahren oder Verwahren von Effekten (lit. g).

[41] Weiter muss es sich um fremde Vermögenswerte handeln, welche einen Zusammenhang zum Finanzsektor aufweisen. Anknüpfungspunkte finden sich in der oben genannten Aufzählung nach Art. 2 Abs. 3 GwG. Fremdheit liegt vor, wenn der Finanzintermediär keinen Rechtsanspruch an den Vermögenswerten hat, weshalb Geschäfte mit eigenem Vermögen grundsätzlich nicht unter das GwG fallen.⁶⁰

[42] Bei einem Werbedienstleister würde nur eine finanzintermediäre Tätigkeit vorliegen, wenn dieser zu irgendeinem Zeitpunkt Verfügungsmacht über Vermögenswerte der Kunden (Geld, Finanzinstrumente oder andere Vermögenswerte) hätte und diese aufbewahren, weiterleiten oder anlegen würde. Solange sich die Tätigkeit auf das Werben für Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen beschränkt, liegt keine Finanzintermediation im vorgenannten Sinne vor. Kritisch wäre in diesem Zusammenhang vor allem, wenn der Werbedienstleister eine eigene Plattform betreiben würde, mittels derer die Kunden mit Anbietern aus dem Finanzsektor zusammengeführt würden. Sobald Vermögenswerte über einen Werbedienstleister fließen und an den Werbetreibenden weitergeleitet würden, läge eine finanzintermediäre Tätigkeit (eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr oder ein Wert- bzw. Geldübertragungsgeschäft) vor, was einen Anschluss an eine SRO sowie die Einhaltung der GwG-Pflichten nach sich ziehen würde. Auf einen SRO-Anschluss könnte u.U. verzichtet werden, wenn ein Werbedienstleister, der eine finanzintermediäre Tätigkeit ausübt, seine Dienstleistung als Hilfsperson des Finanzintermediärs ausübt und alle entsprechenden Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. 1–6 GwV erfüllt.⁶¹ Dies bedingt jedoch eine sorgfältige rechtliche Prüfung und eine saubere Ausgestaltung der Verträge zwischen dem Werbedienstleister und dem Finanzintermediär.

5.2. Tätigkeit als Finanzdienstleister nach FIDLEG

[43] Werben ist keine Finanzdienstleistung i.S.d. FIDLEG und ist von dieser abzugrenzen. Wer eine der in Art. 3 lit. c FIDLEG erwähnten Dienstleistungen erbringt, bietet eine Finanzdienstleistung an und fällt unter das FIDLEG. Das FIDLEG erfasst die folgenden Tätigkeiten als Finanzdienstleistungen: Erwerb oder Veräusserung von Finanzinstrumenten; Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben; Verwaltung von Finanzinstrumenten (Vermögensverwaltung); Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf

GwG-Relevanz im Detail: THOMAS NAGEL, Soll das Aufbewahren von Vermögenswerten künftig dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden? Eine Betrachtung am Beispiel von Zollfreilagern, GesKR 2020, 113–122, *passim*.

⁵⁹ Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung, GwV) vom 11. November 2015 (Stand am 1. August 2021), SR 955.01.

⁶⁰ Vgl. zum Ganzen SHK GwG-SCHÄREN (FN 58), Art. 2 N 73 ff.

⁶¹ Zu der Hilfspersonen-Ausnahme vgl. im Detail: SHK GwG-Schären (FN 58), Art. 2 N 160 ff.; NAGEL (FN 57), Rz. 303 ff.

Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung) oder Gewährung von Krediten für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten.

[44] Da das Werben weder eine «Dienstleistung» noch eine Tätigkeit «für» den Kunden (sondern für den Anbieter) – wie im Einleitungssatz zu Art. 3 lit. c FIDLEG definiert – darstellt, kann Werbung unter dem FIDLEG nicht als Finanzdienstleistung gelten. Die Anwendung der Verhaltens- und Organisationspflichten auf Werbung würde zudem keinen Sinn machen.⁶²

[45] Sofern ein Werbedienstleister zusätzlich zur Werbung weitere Dienstleistungen erbringt, und somit als Finanzdienstleister nach FIDLEG zu qualifizieren ist, treffen ihn diverse Pflichten. Diese betreffen bspw. die Beziehung zum Kunden (Verhaltensregeln),⁶³ die Organisation des Unternehmens,⁶⁴ sowie den Anschluss an eine Ombudsstelle.⁶⁵ Ferner muss sich ein Dienstleister, der als Kundenberater zu qualifizieren ist, in das Beraterregister eintragen lassen.⁶⁶ Weiter treffen Personen, welche ein öffentliches Angebot zum Erwerb von Finanzinstrumenten vornehmen, bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen spezifische FIDLEG-Pflichten wie bspw. die Prospektpflicht.⁶⁷

[46] Das Verhältnis zwischen Werbung und Finanzdienstleistung unter dem FIDLEG ist rechtlich nicht geregelt und lässt sich auch nicht den Materialien entnehmen.⁶⁸ In der Praxis kann sich insbesondere die Abgrenzung zwischen Werbung und der Tätigkeit als Kundenberater einerseits sowie die Abgrenzung zwischen Werbung und dem Anbieten von Finanzinstrumenten andererseits als problematisch herausstellen. Diese beiden Tätigkeiten werden nachfolgend einzeln abgehandelt.

5.2.1. Tätigkeit als Kundenberater

[47] Kundenberater von inländischen Finanzdienstleistern, die nicht durch die FINMA beaufsichtigt werden, dürfen ihre Tätigkeit in der Schweiz erst ausüben, wenn sie in einem Beraterregister eingetragen sind. Als Kundenberater gilt jede Person, die eine Finanzdienstleistung i.S.v. Art. 3 lit. c FIDLEG erbringt (vgl. Art. 3 lit. e FIDLEG).

[48] Sofern eine Person Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen lediglich bewirbt, vertritt sie keine Finanzinstrumente und erbringt auch selber keine Finanzdienstleistungen. Es kann im Einzelfall problematisch sein, die blossе Werbung von der Anlageberatung abzugrenzen: Für eine Anlageberatung wäre zumindest vorausgesetzt, dass einem Kunden ein Investment individuell bzw. persönlich (mit Kenntnis dessen Profils und ggfs. dessen Portfolios) empfohlen wird.⁶⁹ Die grobe Selektion potenzieller Kunden, an welche die Werbung gerichtet ist, stellt m.E. noch keine zielgerichtete und spezifische Anlageberatung, sondern lediglich ein *Targeted Advertising* dar. Ein *Targeted Advertising* ist m.E. immer noch an eine breite Öffentlichkeit gerichtet und

⁶² OFK FIDLEG (FN 4), Art. 3 N 72; in diesem Sinne auch SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 40.

⁶³ Art. 7 ff. FIDLEG.

⁶⁴ Art. 21 ff. FIDLEG.

⁶⁵ Art. 77 FIDLEG.

⁶⁶ Art. 28 Abs. 1 FIDLEG.

⁶⁷ Art. 35 ff. FIDLEG.

⁶⁸ OFK FIDLEG (FN 4), Art. 3 N 72.

⁶⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), BBl 2015 8946 f.

gilt entsprechend als «reine» Werbung. Entsprechend ist in solchen Fällen noch kein Eintrag ins Beraterregister erforderlich.

[49] Es sind jedoch diverse Geschäftsmodelle denkbar, welche die Schwelle der Werbung überschreiten und als Tätigkeit eines Kundenberaters zu qualifizieren wären. Eine solche Tätigkeit könnte bspw. vorliegen, wenn der Dienstleister auch eine Plattform betreiben würde, auf der potenzielle Kunden ein Profil mit ihren Bedürfnissen erstellen können, worauf die Plattform ihnen massgeschneiderte Finanzinstrumente und Finanzdienstleistungen anzeigt. Dies könnte als Dienstleistung eines Kundenberaters (bzw. als Anlageberatung) angesehen werden und die vorgenannten rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen. Bei der Ausgestaltung von Dienstleistungen, bei denen nicht mehr an eine breite Öffentlichkeit geworben, sondern auch spezifisch auf Bedürfnisse des einzelnen Kunden eingegangen wird, ist entsprechend Vorsicht geboten.

5.2.2. Anbieten von Finanzinstrumenten

[50] Eine Unterstellung unter das FIDLEG wäre ferner auch dann denkbar, wenn eine Person i.S.d. FIDLEG als Anbieter von Finanzinstrumenten (gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c FIDLEG) qualifiziert würde. Anbieten wird gemeinhin als «jede Einladung zum Erwerb eines Finanzinstruments, die ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument selber enthält» verstanden. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ab welcher Schwelle keine blosser Werbung, sondern ein Angebot von Finanzinstrumenten vorliegt. Die zweite mögliche Handlung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. c FIDLEG, das Erstellen von Finanzinstrumenten, ist demgegenüber weniger problematisch von Werbung abzugrenzen und wird deshalb nicht weiter abgehandelt.

[51] Damit ein Anbieten vorliegt, wird in der juristischen Literatur vorausgesetzt, dass die bereitgestellten Informationen so detailliert sind, dass ein informierter Anlageentscheid möglich ist (Vorliegen der *essentialia negotii* zum Kaufvertrag, d.h. bestimmbarer Kaufpreis und bestimmter Kaufgegenstand).⁷⁰ Werbung stellt demgegenüber ein allgemeines aufmerksam machen dar und enthält keine sehr spezifischen Angaben zum Finanzinstrument.⁷¹ Die Zurverfügungstellung eines Prospekts ist entsprechend als Angebot zu qualifizieren, Werbung jedoch nicht. Ein Angebot liegt nur dann vor, wenn es durch den Anleger nach Treu und Glauben als solches verstanden wird.⁷² Reine Werbung ist nicht vom Angebotsbegriff umfasst und ist dem Angebot üblicherweise vorgelagert.⁷³

[52] Sofern zusätzlich zur Werbung weitere Dienstleistungen hinzukommen, ist Vorsicht geboten. Findet bspw. eine Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben (vgl. Art. 3 lit. c Ziff. 2 FIDLEG), statt, läge ein Anbieten von Finanzinstrumenten i.S.d. FIDLEG vor.

[53] Damit von Werbung und nicht von einem «massgeschneiderten» Angebot ausgegangen werden kann, sollten die entsprechenden Werbekanäle (bspw. ein *Social Media*-Kanal) möglichst wenig Zugangsbeschränkungen enthalten (bewusstes «Offenlassen» des Adressatenkreises), allgemeine Informationen enthalten und nicht an persönliche Merkmale oder spezifische Anlagebe-

⁷⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), BBl 2015 8948; vgl. hierzu auch: OFK FIDLEG (FN 4), Art. 3 N 71 und 118.

⁷¹ Botschaft FIDLEG/FINIG (FN 6), BBl 2015 8948.

⁷² Vgl. zum Ganzen SANDRO ABEGLLEN/YANNICK WETTSTEIN, Zum Anbieten kollektiver Kapitalanlagen unter dem FIDLEG – und ausgewählte Aspekte der dabei einzuhaltenden Verhaltenspflichten, SZW 2018, 131–146, 133.

⁷³ OFK FIDLEG (FN 4), Art. 3 N 71.

dürfnisse der Kunden anknüpfen. Mit anderen Worten darf keine allzu personalisierte Ansprache gewählt werden. Möglich sollte jedoch sein, gewisse Bevölkerungsgruppen (bspw. junge Personen oder Rentner) speziell anzusprechen. Die für einen Anlageentscheid nötigen Angaben (Details, Prospekt usw.) sollten nicht in der Werbung, sondern erst auf den Kanälen des Werbetreibenden, dessen Produkte und Dienstleistungen beworben werden, verfügbar gemacht werden.⁷⁴ Erlaubt eine Werbung dem Kunden bereits eine abschliessende Beurteilung für den Investitionsentscheid, so könnte diese als Angebot beurteilt werden.⁷⁵

[54] In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass ein *Disclaimer*, der klarstellt, dass die Informationen kein Angebot darstelle und das Finanzinstrument nur aufgrund eines Angebots erworben werden könne, das Vertrauen in das Vorliegen eines Angebots zerstöre. Vorausgesetzt hierfür sei, dass kein Umgehungstatbestand vorliege.⁷⁶ Dem ist m.E. zuzustimmen. Es dürfte jedoch in der Praxis schwierig sein, zu beurteilen, in welchen Fällen ein Umgehungstatbestand vorliegen soll. Sofern in einer Kommunikation eines Werbetreibenden alle oben erläuterten Informationen, welche für ein Angebot erfüllt sein müssen, offensichtlich vorliegen, so dürfte eine Umgehung vorliegen, wenn dieser Kommunikation ein Werbungs-*Disclaimer* beigefügt wird.

[55] Sofern ein Dienstleister ausschliesslich werbend tätig ist, muss der Werbetreibende für die Einhaltung der in Art. 68 FIDLEG vorgeschriebenen Aspekte verantwortlich zeichnen. In diesem Sinne trifft den Werbedienstleister – bspw. eine Zeitung, in der eine Bank inseriert und für Finanzinstrumente wirbt – keine Pflichten nach FIDLEG. Vielmehr liegt es in der Verantwortung des Anbieters, sicherzustellen, dass die Vorschriften eingehalten werden. Dies ergibt sich m.E. bereits aus dem Sinn und dem Zweck des Gesetzes. Sicherheitshalber sollte dies aber auch noch ausdrücklich vertraglich mit dem Werbedienstleister vereinbart werden.

[56] In der Werbung wäre darauf hinzuweisen, dass diese kein Angebot des Werbedienstleisters darstellt, sondern dass das Angebot vom jeweiligen Werbetreibenden stammt. Heikel wäre, wenn diesbezüglich eine Vermischung stattfinden würde und für den Kunden nicht ohne Weiteres klar ist, ob der Werbedienstleister oder der Werbetreibende hinter den angebotenen Finanzinstrumenten und Finanzdienstleistungen steht.

5.3. Tätigkeit als faktische Zweigniederlassung

[57] Eine Person, welche gewisse Dienstleistungen in der Schweiz anbietet, kann als Zweigniederlassung eines ausländischen Finanzdienstleisters qualifiziert werden.

[58] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind faktische Zweigniederlassungen «Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, hier jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben».⁷⁷ Die FINMA hat die Definition für den Geltungsbereich des GwG im FINMA-RS 2011/1 angepasst. Demgemäss ist eine faktische Zweigniederlassung ebenfalls gegeben, wenn ein Finanzintermediär «in der Schweiz Personen

⁷⁴ Wie bereits oben erläutert (vgl. Ziff. 2.2.1. und 2.3.), muss in der Werbung auf die Bezugsstelle der Dokumentation hingewiesen werden (Art. 68 Abs. 2 FIDLEG).

⁷⁵ TILL SPILLMANN/ANDREA GIGER, Ein modernes Prospektrecht für die Schweiz: Prospektpflicht, Prospektinhalt und Prospektprüfung gemäss dem neuen Finanzdienstleistungsgesetz, GesKR 2019, 182–205, 189.

⁷⁶ SK FIDLEG (FN 5)-DEDEYAN, Art. 68 N 37.

⁷⁷ BGE 130 II 351 E. 5.1.

beschäftigt, die für ihn dauernd in der Schweiz oder von der Schweiz aus finanzintermediäre Geschäfte ausführen oder abschliessen bzw. ihn rechtlich zu solchen verpflichten können».⁷⁸ Eine bloss vorübergehende Tätigkeit in der Schweiz genügt nicht, es bedarf einer gewissen Dauer.⁷⁹ Des Weiteren sind auch Personen erfasst, «die dem ausländischen Finanzintermediär dauernd helfen, in der Schweiz oder von der Schweiz aus wesentliche Bestandteile der finanzintermediären Tätigkeiten auszuführen, etwa durch die Entgegennahme oder die Aushändigung von Vermögenswerten oder durch die Erbringung der finanzintermediären Dienstleistung».⁸⁰

[59] Je nach Art der angebotenen Tätigkeit führt ein Erfüllen der Kriterien einer faktischen Zweigniederlassung zu einer Bewilligungspflicht (bspw. bei Ausübung von Tätigkeiten einer Bank oder eines Wertpapierhauses) oder zu einer Pflicht, sich einer SRO anzuschliessen (bspw. bei Ausübung von Tätigkeiten, welche zu einer Qualifikation als Zahlungsdienstleister i.S.v. Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG führen).

[60] Die Abgrenzung zwischen Tätigkeiten, welche keiner Bewilligung bzw. keines SRO-Anschlusses bedürfen und solchen, welche eine Qualifikation als faktische Zweigniederlassung nach sich ziehen, kann problematisch sein.⁸¹ Für einen Werbedienstleister ist es empfehlenswert, keine Verträge im Namen eines (ausländischen) Finanzdienstleisters abzuschliessen und keine Vermögenswerte von Kunden anzunehmen, wenn er eine Erfassung als faktische Zweigniederlassung verhindern möchte. Bei Zweifelsfällen ist der Rat eines Experten aufzusuchen und allenfalls vor der Aufnahme der Geschäftsbeziehung bzw. einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz ein *Ruling*⁸² der FINMA einzuholen, um allfällige Unsicherheiten zu beseitigen.

6. Checkliste zur finanzmarktrechtlichen Einordnung und Abgrenzung von Werbung

[61] Zusammengefasst ergeben sich einige Kriterien, die beachtet werden sollten, damit eine Werbung ausschliesslich als Werbung i.S.d. FIDLEG gilt. Werden diese nicht eingehalten, so zieht dies u.U. weitreichende rechtliche Konsequenzen nach sich wie bspw. die Anwendung von Bewilligungspflichten, Verhaltenspflichten und weiterer gesetzlicher Rahmenbedingungen.

1. Der Werbedienstleister sollte keine Publikumseinlagen entgegennehmen. Falls er dies täte, würde er vom Geltungsbereich des BankG erfasst und eine Bewilligung als Bank oder eine Fintech-Bewilligung benötigen.
2. Der Werbedienstleister sollte keine Vermögenswerte verwalten und keinen Handel mit Effekten betreiben. Falls er dies täte, würde er u.U. als Finanzinstitut i.S.d. FINIG gelten. In diesem Rahmen bräuchte er eine FINMA-Bewilligung bzw. müsste sich (falls er als Vermögensverwalter oder Trustee tätig ist) einer Aufsichtsorganisation anschliessen.

⁷⁸ FINMA Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV), 26. Oktober 2016, Rz. 28.3.

⁷⁹ SHK GwG-SCHÄREN (FN 58), Art. 2 N 69.

⁸⁰ FINMA-RS 2011/1 (FN 78), Rz. 28.4.

⁸¹ Zur Definition der faktischen Zweigniederlassung vgl. im Detail PASCAL ZYSSET/THOMAS NAGEL, Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, GesKR 2018, 140–155, 145 ff.

⁸² Bei einem FINMA-Ruling handelt es sich um eine Feststellungsverfügung i.S.v. Art. 25 VwVG.

3. Der Werbedienstleister sollte keine fremden Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, diese anzulegen oder zu übertragen. Ansonsten würde er bei Vorliegen einer berufsmässigen Tätigkeit in den Geltungsbereich des GwG fallen. Dies würde die Pflicht, sich einer SRO anzuschliessen (oder u.U. eine Bewilligungspflicht durch die FINMA bzw. einer anderen Behörde) nach sich ziehen. Ausserdem sieht das GwG Sorgfaltspflichten sowie Pflichten bei Geldwäschereverdacht vor, welche der Werbedienstleister einhalten müsste.
4. Der Werbedienstleister sollte darauf achten, dass er keine Finanzdienstleistung i.S.d. FIDLEG erbringt. Dazu gehören u.a. der Erwerb bzw. die Veräusserung von Finanzinstrumenten, das Anbieten von Finanzinstrumenten und die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung). Würde ein Werbedienstleister eine Finanzdienstleistung i.S.d. FIDLEG erbringen, so hätte dies die Anwendung diverser Pflichten zur Folge wie bspw. der Pflicht zur Eintragung im Beraterregister, der Pflicht eines Anschlusses an eine Ombudsstelle sowie diverser weiterer Verhaltenspflichten.

7. Praktische Hinweise zur Ausgestaltung des Vertrags mit einem Werbedienstleister

[62] Neben der Berücksichtigung der oben in der Checkliste erwähnten Kriterien ist es m.E. empfehlenswert, im Vertrag zwischen einem Werbedienstleister und einem Werbetreibenden aus dem Finanzbereich diverse Punkte klar zu regeln, um zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Risiken zu vermindern.

1. Die vereinbarte Werbeleistung ist möglichst detailliert zu beschreiben, um Missverständnissen vorzubeugen.
2. Es ist zu empfehlen, dass der auftraggebende Werbetreibende (der i.d.R. die aufsichtsrechtlichen Vorschriften einhalten muss) die Werbung vorab prüfen und einseitig anpassen darf. So kann am besten sichergestellt werden, dass die Werbung seinen Vorstellungen entspricht, die notwendigen juristischen Hinweise enthalten und alle Vorschriften eingehalten sind.
3. Im Vertrag ist klar festzuhalten, welche Partei die Verantwortung für die Einhaltung der finanzmarktrechtlichen Vorschriften trägt. Dies ist idealerweise der Werbetreibende, der die Werbung in Auftrag gibt.
4. Es muss den Parteien klar sein, wer allenfalls Vermögenswerte des Kunden annimmt (und diese ggfs. weiterleitet).
5. Der Vertrag sollte regeln, welche Partei direkten Kundenkontakt hat bzw. mit dem Kunden Verträge abschliesst.⁸³

⁸³ Diese Regelung ist vor allem vor dem Hintergrund eines möglicherweise vorgenommenen Inkassos, welches bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen vom GwG ausgenommen ist, relevant. Vgl. hierzu Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV, FINMA-RS 2011/1 (FN 78), Rz. 8 ff. und NAGEL (FN 57), Rz. 293 ff.

Dr. iur. THOMAS NAGEL, Rechtsanwalt bei Walder Wyss AG in Zürich sowie Dozent für Compliance & Corporate Governance an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS) in Zürich.

Der Autor dankt Kevin Kögler und Laurent Cina für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise.

Der Autor äussert in diesem Beitrag ausschliesslich seine eigenen Ansichten.