Anleger-Selbsthilfe
[redacted]
Postfach 1
8042 Zürich

Einschreiben
Schweizerische Lauterkeitskommission
Frau Pascale Bruderer Wyss
Präsidentin
Kappelergasse 14
Postfach 2744
8022 Zürich

Schweizerische Lauterkeitskommission
Herr Carlo Schmid-Sutter
Stiftungspräsident
Kappelergasse 14
Postfach 2744
8022 Zürich

Zürich, 5. Juli 2010

Abgewiesener Rekurs 285/09
Anleger-Selbsthilfe vs. Credit Suisse

Sehr geehrte Frau Bruderer
Sehr geehrter Herr Schmid

Die Anleger-Selbsthilfe hat im September 2009 Beschwerde gegen einige Factsheets und eine Werbebroschüre der Credit Suisse eingereicht. Diese Beschwerde wurde im Februar 2010 durch die Dritte Kammer der Schweizerischen Lauterkeitskommission SLK unter Anerkennung des Marketingcharakters der Factsheets, aber wegen angeblicher Verjährung der Kommunikationswirkung ohne materielle Prüfung abgelehnt. Gegen diesen Entscheid hat die Anleger-Selbsthilfe bei der SLK im März 2010 fristgerecht Rekurs eingereicht. Dieser Rekurs ist am 16. Juni 2010 von der SLK ohne jegliche materielle Prüfung wegen angeblicher Verjährung der Kommunikationswirkung der Factsheets und unter Verweis auf die Zuständigkeit der FINMA abgewiesen worden.

Im Zusammenhang mit der Ablehnung von Beschwerde und Rekurs sind wir auf einige Aspekte gestossen, die aus unserer Sicht im Widerspruch zum Geschäftsreglement, den Grundsätzen und den bisherigen Tätigkeitsberichten der SLK stehen und die wir gerne von Ihnen klären lassen möchten:

1. Gemäss Art. 5 Abs. 2 des Geschäftsreglements der SLK vom 1.1.2005 hat jede Kammer aus jeweils einem Delegierten der Werbung, der Medienschaffenden/PR-Fachleute und der Konsumenten zu bestehen. Am Entscheid der Dritten Kammer im Februar 2010 war jedoch **kein** Konsumentenvertreter beteiligt gewesen. Das ergibt ein Vergleich der am Entscheid der Dritten Kammer beteiligten Personen mit den Namen auf Seite 36 des Tätigkeitsberichts 2009.

Frage: Aus welchem Grund war an diesem Entscheid über die Beschwerde entgegen dem SLK-Geschäftsreglement kein Konsumentenvertreter beteiligt?

2. Laut Art. 5 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements ist für die Behandlung eines Rekurses das Plenum zuständig, wobei die für den Vorentscheid zuständige Kammer in den Ausstand tritt (Art. 19 Abs. 2). Letzteres war zwar erfüllt. Den Entscheid über den Rekurs

fällte allerdings nicht das Plenum, wobei zwei Konsumentenvertreter beteiligt sein müssten, sondern ein Vierergremium unter Beteiligung lediglich eines Konsumentenvertreters.

Frage: Aus welchen Gründen wurde über unseren Rekurs entgegen dem SLK-Geschäftsreglement nicht im Plenum entschieden?

3. Sowohl beim Entscheid über die Beschwerde als auch bei jenem über den Rekurs waren also die Konsumentenvertreter unterrepräsentiert, was den im Geschäftsreglement der SLK verankerten Prinzipien bezüglich Zuständigkeit und Organisation widerspricht (Art. 5 des Geschäftsreglements).

Frage: Weshalb waren in dieser für den Konsumentenschutz zentralen Angelegenheit die Konsumentenschützer unterrepräsentiert?

4. Als Grund für die Abweisung führen sowohl die Dritte Kammer als auch das für die Beurteilung des Rekurses verantwortliche Vierergremium die angebliche Verjährung der Kommunikationswirkung der Factsheets ins Feld. Allein der Versuch, sich bei einer nach wie vor in Gebrauch befindlichen Werbebroschüre die Verjährung der Kommunikationswirkung vorzustellen, gleicht einem mentalen Vexierspiel. Der gedankliche Kraftakt gelingt allenfalls dann, wenn man sich unter der Kommunikationswirkung ausschliesslich den Erwerb eines kapitalgeschützten Lehman-Produkts vorstellt und daraus den Schluss zieht, dass die Kommunikationswirkung am 15.9.2008 zum Erliegen gekommen sein müsse, da seit dem Konkurs der Bank auch keine kapitalgeschützten Produkte mehr angepriesen würden (was höchstens für Lehman-Produkte gelten kann). Selbst dann könnte freilich nach dem von der SLK im Schreiben vom 16.6.2010 benutzten Kriterium noch nicht von Verjährung die Rede sein, denn die Beschwerde der Anleger-Selbsthilfe wurde innert Jahresfrist – am 5.9.2009 – eingereicht. Der Umstand, dass Lehman bereits am 15.9.2008 Insolvenz angemeldet hat und seither kein zusätzlicher Schaden mehr entstehen konnte, was Produkte dieser Investment Bank betrifft, lässt jedoch keineswegs auf Verjährung schliessen. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ist Irreführung ein Gefährdungsdelikt. Ob eine Aussage tatsächlich irregeführt hat, ist nicht entscheidend; es reicht aus, wenn die Gefahr der Irreführung besteht (Mario M. Pedrazzini/Federico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb – UWG, 2. Aufl. Bern 2002, Rz. 6.03). Indem die SLK diesen Rechtsgrundsatz ignoriert, verletzt sie Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements, welches vorschreibt, dass die SLK die ihr unterbreiteten Massnahmen der kommerziellen Kommunikation unter anderem auf ihre Übereinstimmung mit der schweizerischen Gesetzgebung zu prüfen habe.

5. Für die beanstandete Werbebroschüre ist im Übrigen charakteristisch, dass auf den Seiten 14 und 15 eben gerade nicht von Lehman, Emittent oder Emittentenrisiko die Rede ist. Stattdessen werden strukturierte Produkte genau so angepriesen, wie der angesprochene Verkehrkreis den Begriff „100% Kapitalschutz“ auch versteht: als allumfassender „Schutz vor unerwarteten Risiken“ (vgl. Titel auf Seite 14 der Broschüre). Auf Seite 15 werden verschiedene strukturierte Produkte vorgestellt, die allesamt das Risiko-Label „tief“ erhalten. Von Risiken ist sonst nicht die Rede, schon gar nicht von Emittentenrisiko. Dafür wird sechsmal mit dem angeblichen „Kapitalschutz“ geworben, einem Begriff, der für Fachleute offenbar etwas ganz anderes bedeutet als für Laien. Im Kleingedruckten auf der letzten Seite ist dann auf einmal nicht mehr vom Schutz vor unerwarteten Risiken die Rede, sondern es heisst neu, die strukturierten Derivate könnten selbst ein hohes Risiko aufweisen. Aus dem Risiko-Label „tief“ ist plötzlich ein „hoch“ geworden. Wäre im Konsumgüterbereich eine ähnliche Kommunikation erlaubt, so dürfte jeder Uhrmacher seine Uhren mit dem Siegel „100% wasserdicht“ verkaufen, vorausgesetzt, er schriebe noch irgendwo im Kleingedruckten: „Solange die Uhren nicht nass werden.“ Ob die SLK dies ebenfalls für unproblematisch hielte?

Frage: Weshalb wurde die eindeutig bis Februar 2010 im Hauptsitz der Credit Suisse in der Empfangshalle der Laufkundschaft zur freien Verfügung auch und somit auch ohne erläuternde Erklärungen durch einen Berater erhältliche und folglich mit Sicherheit nicht verjährte Werbebroschüre von der SLK nicht auf die Lauterkeit ihrer Werbebotschaften geprüft?

6. Wie immer man die Verjährungsfrage beantwortet, in der Vergangenheit war die SLK durchaus bereit, die lauterkeitsrechtliche Aufarbeitung eines Falls über allfällige Verjährungsfristen zu stellen (SLK Tätigkeitsbericht 2000, Seite 12). Dass die SLK ausgerechnet bei einer Sache, deren Beurteilung von grundsätzlicher Bedeutung und besonderer Tragweite ist, das Argument der angeblichen Verjährung bemüht, steht im Widerspruch zu ihrer bisherigen Tätigkeit.

Frage: Aus welchen Motiven und Überlegungen stellt die SLK die angebliche Verjährung der Kommunikationswirkung im Gegensatz zu ihrer sonstigen Praxis über die Frage der Lauterkeit?

7. Grundsatz Nr. 3.6 verbietet die Werbung mit Selbstverständlichkeiten. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass es sich bei 100% kapitalgeschützten Produkten um „Bonds" handelt, also um Obligationen oder Schuldverschreibungen, so ist das Werben mit dem Begriff „100% Kapitalschutz", so wie er von Credit Suisse und der FINMA verstanden wird, ein Werben mit einer Selbstverständlichkeit, also ein Verstoss gegen Grundsatz Nr. 3.6, denn bei Obligationen oder Schuldverschreibungen ist die Rückzahlung zum Nennwert in der Tat eine Selbstverständlichkeit. Bei Obligationen und Festgeldanlagen wird folgerichtig nicht mit dem Argument des 100%igen Kapitalschutzes geworben. „Bond" oder „Bond Investment" ist aber genau der Begriff, den die Credit Suisse im Titel ihrer Factsheets für strukturierte Produkte mit 100% Kapitalschutz verwendet.

   Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt, dass es sich bei 100% kapitalgeschützten Produkten um komplexe strukturierte Derivate mit hohem Risiko handelt (so wie Credit Suisse im Kleingedruckten) erhebt sich die Frage, was der Begriff „100% Kapitalschutz" eigentlich bedeuten soll und was ein absolute Sicherheit suggerierender Superlativ hier überhaupt zu suchen hat. Ein Risiko kann nicht gleichzeitig hoch und tief sein, ein Produkt nicht gleichzeitig vor Risiken schützen und sie selbst beinhalten.

8. Die SLK schreibt in ihrem Entscheid vom 16.6.2010, die FINMA bezwecke ebenfalls den Schutz von Anlegern und habe somit auch die Stärkung des Konsumentenschutzes zum Ziel. Laut Art. 5 FINMAG besteht ein Ziel der Finanzmarktaufsicht tatsächlich im Schutz der Anlegerinnen und Anleger. Allerdings legt die FINMA diese Aufgabe ganz anders aus, als es die SLK in ihrem Schreiben suggeriert. Auf den Schutz der Anlegerinnen und Anleger angesprochen, schrieb die FINMA am 17.8.2009 (1029559/PAR/VOV/H):

   „Unserer Antwort auf Ihre Fragen möchten wir vorausschicken, dass der Zweck der Bankenaufsicht hauptsächlich darin besteht, die Anleger in ihrer Gesamtheit zu schützen, indem Solvenz und Liquidität der Banken überwacht und die Vertrauenswürdigkeit und die Funktionsfähigkeit des gesamten Bankensystems aufrechterhalten werden."

   Auf gut Deutsch: Sind die Banken schön solvent und liquid, ist damit auch den Anlegern geholfen. Das unmittelbare Ziel der Finanzmarktaufsicht unter ihrer jetzigen Führung liegt also im Schutz der Banken und keineswegs im Konsumentenschutz. Von Lauterkeit ist im FINMA-Bericht vom 2.3.2010 denn auch nirgends die Rede. Die Finma hat zudem mehrfach, unter anderem am 31.3.2009, erklärt, dass sie oder vorher die EBK **keine** vereinfachten Prospekte von strukturierten Produkten (sog. Factsheets) prüfe oder bewillige; dies liege nicht in ihrem Aufgabenbereich (Schreiben der Finma vom 31.3.2009). Im Gegensatz zu anderen Ländern – und somit im klaren Widerspruch zur Rekursantwort der SLK - befasst sich in der Schweiz die Aufsichtsbehörde FINMA **nicht** mit der Lauterkeit von Werbebotschaften beim Verkauf von strukturierten Produkten. Genau hier läge folglich die Aufgabe der SLK.

   Die Dritte Kammer hat in ihrem Entscheid vom 24.2.2010 unmissverständlich festgehalten, dass es sich bei den beanstandeten Dokumenten um kommerzielle Kommunikation handle und somit die Zuständigkeit der SLK gegeben sei. Dass sich die SLK nun plötzlich hinter der FINMA versteckt, ist bedauerlich und steht letztlich im Widerspruch zu ihren eigenen Grundsätzen. Interessant ist in diesem Zusammenhang mit Sicherheit, dass sich exakt zum jetzigen Zeitpunkt die US-amerikanische Securities and Exchange Commission mit der irreführenden Wirkung von Begriffen wie «100 percent principal protection» beim Verkauf der Lehman Produkte befasst (siehe dazu Bloomberg vom 2. Juli 2010, http://www.bloomberg.com/news/2010-07-02/sec-said-to-investigate-marketing-of-principal-protected-structured-notes.html). Es entsteht der

Eindruck, dass sich in der Schweiz keine offizielle Institution mit dieser brisanten Frage befassen will.

Wir bitten Sie, den beschriebenen Widersprüchen zum Geschäftsreglement, den Grundsätzen und den bisherigen Tätigkeitsberichten der SLK auf den Grund zu gehen und die von uns gestellten Fragen zu beantworten. Für die Tausenden von Credit-Suisse-Opfern mag dies zwar zu spät kommen. Die SLK erweist sich damit aber selbst einen Dienst, und zukünftige Opfer von unlauterer Werbung – ob im Konsumgüterbereich, dem Bankenwesen oder einer anderen Branche – werden es ihr danken.

Mit freundlichen Grüssen

[redacted]

Gründungsmitglied Anleger-Selbsthilfe

Mitglied Anleger-Selbsthilfe

Beilagen

- Schreiben der SLK vom 24.2.2010
- Schreiben der SLK vom 16.6.2010
- Schreiben der FINMA vom 31.3.2009 (KOM/BUC)
- Schreiben der FINMA vom 17.8.2009 (1029559/PAR/VOV/H)