

# recht

2/22

[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

## 40. Jahrgang

### Inhalt

---

- 55 *Matthias Kradolfer*  
**Rückwirkung im Verwaltungsrecht**
- 67 *Karen Schobloch*  
**Zwischen Vorwurf und Verständnis:  
Komplexitäten von Notwehrfällen im Strafrecht**
- 79 *Thomas Jutzi/Quirin Meier*  
**Ausstrahlungswirkung im Finanzmarktrecht**
- 102 *Flavio Todisco*  
**Die ARGE der Bauwirtschaft im Lichte  
des schweizerischen Kartellrechts**
- 

### Im Fokus

- 115 *Stephan Bernard*  
**Unabhängige Strafverteidigung als zwingender  
Baustein des Rechtsstaates**



## Impressum

**Kontakt Verlag:** Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
E-Mail: recht@staempfli.com

**www.recht.recht.ch**

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

### Abonnementspreise 2022

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 261.–,  
für immatrikulierte Studenten CHF 190.–

Ausland: Europa CHF 271.–  
Welt CHF 287.–

Onlineabo: CHF 216.–

Einzelheft: CHF 68.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

### Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,  
zeitschriften@staempfli.com

### Inserate:

Tel. 031 300 63 82,

mediavermarktung@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2022

Gesamtherstellung: Stämpfli Kommunikation, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

## Herausgeber und Redaktion

### Privatrecht

#### TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht,  
Privatrecht und Rechtsvergleichung,  
Universität Zürich

#### SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und  
Bankrecht, Universität Bern

#### WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht  
und Privatrecht, Universität Zürich

#### ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und  
Zivilprozessrecht, Universität Basel

#### ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,  
Universität Freiburg

### Wirtschaftsrecht

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht,  
Universität Basel

#### PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht  
und Rechtsvergleichung,  
Universität Bern

#### ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,  
Wirtschafts- und Europarecht,  
Universität Zürich

### Strafrecht

#### FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-  
prozessrecht und Internationales  
Strafrecht, Universität Zürich

#### SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-  
prozessrecht, Universität Basel

### Öffentliches Recht

#### MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Rechtsverglei-  
chung im öffentlichen Recht,  
Universität Luzern

#### NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht  
und Wirtschaftsrecht,  
Universität Luzern

#### BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht  
und Rechtsphilosophie,  
Universität Luzern

#### DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,  
insb. Verwaltungsrecht und  
öffentliches Prozessrecht,  
Universität Basel

Thomas Jutzi/Quirin Meier

# Ausstrahlungswirkung im Finanzmarktrecht

## Zum Verhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht beim Erbringen von Finanzdienstleistungen

Der Beitrag analysiert das Konzept der Ausstrahlungswirkung, das nach dem Willen des Gesetzgebers das Verhältnis zwischen dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und dem Privatrecht prägt. Dieses Konzept wird in den Kontext der Zweiteilung der Teilrechtsgebiete gestellt und – nach der Ansicht der Verfasser – methodologisch als Ergebnis einer systematisch-teleologischen Auslegung erfasst. Ausserdem werden die Funktionsweise der Ausstrahlungswirkung zwischen dem FIDLEG und dem Privatrecht beleuchtet sowie die Voraussetzungen, die für eine Ausstrahlungswirkung gegeben sein müssen, identifiziert.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Dichotomie von Aufsichtsrecht und Privatrecht
  1. Zweiteilung in Aufsichtsrecht und Privatrecht
  2. Charakteristika der Teilrechtsordnungen
  3. Abgrenzungstheorien zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht
  4. Durchbrechungen der Dichotomie
  5. Privat- und Aufsichtsrecht im Finanzmarktrecht als Beispiel der wechselseitigen Verzahnung
- III. Ausstrahlungswirkung
  1. Ausgangslage
  2. Methodologische Herleitung der Ausstrahlung
  3. Funktionsweise der Ausstrahlungswirkung
  4. Aufsichtsrecht als Quelle der Rechtsfindung im Privatrecht
  5. Privatrecht als Quelle der Rechtsfindung im Aufsichtsrecht
  6. Faktische Ausstrahlungswirkung
- IV. Erkenntnisse

## I. Einleitung

Die Einteilung des Rechts in Privatrecht und Öffentliches Recht gehört zum Grundkonzept unserer Rechtsordnung<sup>1</sup> und gilt grundsätzlich auch im Finanzmarktrecht.<sup>2</sup> Das Finanzmarktrecht hat als Querschnittsdisziplin diverse Berührungspunkte mit dem Öffentlichen Recht, dem Privatrecht so-

wie dem Strafrecht.<sup>3</sup> Zahlreiche finanzmarktrechtliche Sachverhalte werden nicht nur von einem, sondern gleichzeitig von mehreren Teilrechtsgebieten erfasst. Mit der stetigen Weiterentwicklung des öffentlich-rechtlichen Aufsichtsrechts und der Ausbildung der privaten Rechtsprechung zu den Finanzdienstleistungen durchdringen sich die einzelnen Teilrechtsgebiete immer mehr, sodass Berührungspunkte und Schnittstellen einerseits einer theoretischen Klärung und andererseits einer praktischen, angemessenen Lösung bedürfen.

Mit der Gesetzesnovelle des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) und des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) wurden gewisse Bereiche des Finanzmarktrechts in einer neuen rechtlichen Struktur geordnet, in der das sog. Säulenmodell durch eine Querschnittsregulierung, die an Regulierungsebenen anknüpft und eine funktionsorientierte Systematik voraussetzt, abgelöst wurde.<sup>4</sup> Die Finanzinstitute bzw. -dienstleister<sup>5</sup> wurden anhand von einheitlichen Kriterien nach ihren Funktionen und der Geschäftstätigkeit bzw. den vertriebenen Pro-

<sup>3</sup> Vgl. Klaus J. Hopt, Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht? – Teil 2: Die deutsche Entwicklung im internationalen Vergleich, ZHR 141 (1977), 389 ff., 431 f., der es als «Mischsystem» bezeichnet.

<sup>4</sup> Teilweise auch als «Kleeblatt-Reform» bezeichnet. Mit dem Horizontalkonzept wurde ein sektorenübergreifendes Aufsichtsrecht für Finanzintermediäre geschaffen, das aus vier massgeblichen Bundeserlassen besteht. Neben dem FIDLEG und dem FINIG stellt das FinfraG, das bereits seit 2016 in Kraft ist, Regelungen für Derivat Handel und Marktverhalten im Effekten- und Derivat Handel auf. Das seit 2009 geltende FINMAG regelt weiterhin die Kompetenzen der Finanzmarktaufsicht, beschreibt Regulierungsgrundsätze und legt die Aufsichtsinstrumente fest. Eingehend Peter V. Kunz, Braucht es eine neue Architektur des Finanzmarktrechts für die Schweiz?, Die Volkswirtschaft 7/8-2014, 18 ff. Neben der Querschnittsregulierung bestehen weiterhin gewisse sektorenspezifische Regulierungen, wie das bankspezifische BankG und das versicherungsspezifische VAG.

<sup>5</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a FIDLEG. Finanzdienstleister sind Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbsmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, vgl. Art. 3 lit. d FIDLEG.

Thomas Jutzi, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL. M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Quirin Meier, MLaw Business Law, Advokat, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Die Autoren danken Dr. iur. Ksenia Wess, MLaw Andri Abbühl und BLaw Julia Blattmann für die kritische Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

<sup>1</sup> Fritz Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht – Über die Bedeutung des Privatrechts für die öffentliche Verwaltung und seine Beziehungen zum Verwaltungsrecht, Bern 1956, 1; Thomas Jutzi/Fabian Eisenberger, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, AJP 1/2019, 6 ff., 7 f. m. w. N.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 139 II 279, E.4.2.

dukten erfasst. Dadurch wurde eine Zersplitterung der Rechtsquellen verhindert.<sup>6</sup> Neben der Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer waren die Verbesserung des Kundenschutzes sowie die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz Ziel der Gesetzesvorlage(n).<sup>7</sup> Finanzdienstleistungen<sup>8</sup> sollen stets unabhängig vom Dienstleister nach den gleichen (regulatorischen) Anforderungen erbracht werden.<sup>9</sup> Das FIDLEG enthält dementsprechend auch sektorenübergreifende Verhaltensregeln für Finanzdienstleister (Art. 7 ff. FIDLEG), die ein einheitliches «*level playing field*» für jene Finanzdienstleister kreieren, welche die gleichen Finanzdienstleistungen erbringen.<sup>10</sup> Diese Verhaltenspflichten sind nach dem Willen des Gesetzgebers Öffentliches Recht (Art. 7 Abs. 1 FIDLEG).<sup>11</sup>

Finanzdienstleister müssen beim Erbringen von Finanzdienstleistungen einerseits das Aufsichtsrecht, d. h. die soeben erwähnten Verhaltenspflichten, beachten, andererseits besteht zwischen dem Finanzdienstleister und dem Kunden meist gleichzeitig eine zivilvertragliche Beziehung, aus der sich ebenfalls Verhaltensvorgaben ergeben. Die vertraglichen Beziehungen zwischen Finanzdienstleister und Kunde sind überwiegend durch das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) geprägt. Hier finden sich die zivilrechtlichen Verhaltenspflichten, die Schwesterbestimmungen zu den aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten sind.<sup>12</sup> Die aufsichtsrechtlichen Regeln des FIDLEG stehen in einem Verhältnis der sog. «Ausstrahlungswirkung» zu ihren privatrechtlichen Schwesterbestimmungen.<sup>13</sup> Gem. Botschaft zum FIDLEG/FINIG kann der Zivilrichter «[z]ur Konkretisierung dieser Vorschriften [...] die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG heranziehen.»<sup>14</sup> Dass die Verhaltenspflichten des FIDLEG

eine solche Ausstrahlungswirkung auf den privatrechtlichen Pflichtenexus zeitigen, ist unterdessen von einer Mehrheit der Lehre anerkannt.<sup>15</sup> Allerdings ist die Wirkungs- bzw. Funktionsweise dieser Ausstrahlungswirkung in der Schweizer rechtswissenschaftlichen Literatur noch nicht eingehend besprochen.<sup>16</sup> Nach Auffassung der Ver-

<sup>15</sup> Dafür: *Sandro Abegglen/Léonie Luterbacher*, Das Verhältnis der FIDLEG-Verhaltensregeln zum Privatrecht, ZSR 139 (2020), 223 ff., 232 ff.; *Daniel Baumann*, Verhaltenspflichten im Finanzmarktrecht unter besonderer Berücksichtigung des Börsen- und Kollektivanlagenrechts sowie des geplanten FIDLEG, Zürich/Basel/Genf 2018 (Diss. Bern 2017) = SSFM Bd. 127, N 31; CR LSFIn-Béguin, in: *Alexandra Richa/Philipp Fischer* (Hrsg.), Commentaire Romand – Loi sur les services financiers, Basel 2022, Art. 8 N 85 ff.; *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018, SZW 6/2018, 708 ff., 713 f.; *Guillaume Braidi*, La classification des clients selon la loi sur les services financiers, SZW 5/2018, 486 ff., 486 ff.; *Susan Emmenegger*, Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung, in: *Susan Emmenegger* (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 199 ff., 207; *Susan Emmenegger/Thirza Döbeli*, Bankgeschäft nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 6/2018, 639 ff., 648 ff.; *Lukas Fahrländer*, Dienstleisterketten beim Erbringen von Finanzdienstleistungen: Aufsichtsrechtliche Erfassung durch das FIDLEG und vertragsrechtliche Haftung der Depotbank, SZW 5/2018, 474 ff., 483; *Lukas Fahrländer*, Neuordnung der Finanzmarktregulierung in der Schweiz, ZBB 4/2019, 225 ff. (zit. *Fahrländer*, ZBB 2019), 237; Handbuch Vermögensverwaltung-Sethe, § 24 N 178, in: *Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang* (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Lichtenstein, 3. Aufl., München/Wien/Basel 2022 (zit. Handbuch Vermögensverwaltung-Bearbeiter/-in, § ... N ...); CR LSFIn (Fn. 15)-Thévenoz, Art. 7 N 29 ff.; *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 16 f.; *Thomas Jutzi/Ksenia Wess*, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen beim Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen: Neue Pflichten aufgrund von Art. 26 FIDLEG?, GesKR 1/2022, 76 ff., 85 f.; *Matthias Kuert*, Verhaltensregeln des FIDLEG und Privatrecht im Lichte des Gesetzgebungsverfahrens, AJP 11/2018, 1352 ff., 1356 f.; SHK FIDLEG-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 29, in: *Rolf Sethe/Rene Bösch/Olivier Favre/Stefan Kramer/Ansgar Schott* (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. SHK FIDLEG-Bearbeiter/-in, Art. ... N ...); *Jörg Schmid*, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften», in: *Susan Emmenegger* (Hrsg.), Bankvertragsrecht, SBT 2017, Basel 2017, 221 ff., 234 f.

Dagegen: *Flavio Amadó*, Die Verhaltensregeln des FIDLEG zwischen Aufsichts- und Zivilrecht, AJP 8/2018, 990 ff., 998 f.; PK FIDLEG-Amadó/Molo, Art. 7 N 9 ff., in: *Flavio Amadó/Giovanni Molo*, Praxiskommentar Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen – Verhaltens-, Organisations- und Verfahrensnormen des FIDLEG sowie ausgewählter Bestimmungen des FINIG, Zürich/St. Gallen 2022 (zit. PK FIDLEG-Amadó/Molo, Art. ... N ...); *Fleur Baumgartner/Hans Caspar von der Crone*, Die Pflichten der Finanzdienstleister im Anlagegeschäft – Ein Ausblick auf die künftigen Bestimmungen des FIDLEG, SZW 2/2019, 225 ff., 235 f.; *Fleur Baumgartner*, Das Verhältnis von Privat- und Aufsichtsrecht im Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) – Eine rechtliche Einordnung der Verhaltenspflichten der Finanzdienstleister, Zürich/Basel/Genf 2022 (Diss. Zürich 2021), 110 ff. und 120 f.

<sup>16</sup> Vgl. *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 13 f. Wohingegen in der deutschen Lehre dem Konzept schon mehr Beachtung geschenkt wurde, insbesondere im Zusammenhang mit der Ausstrahlung der aufsichtsrechtlichen Corporate-Governance-Pflichten auf das Unternehmensrecht und der Ausstrahlung der Wohlverhaltenspflichten gem. WpHG auf das Auftragsrecht; siehe *Christoph Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, Tübingen 2006 (Habil. Heidelberg 2002) = Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 84, 474 ff.; *Martin Bialluch*, Ausstrahlungswirkungen im Unternehmensrecht, Tübingen 2020 (Diss. Freiburg 2019) = SUK Bd. 86, 22 ff., 65 ff. und 142 ff.; *Marcel Duplois*, Die Beeinflussung aktienrechtlicher Corporate Governance durch das Bankaufsichtsrecht – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Vorstandsvergütung, Baden-Baden 2017 (Diss. Freiburg im Breisgau 2017) = SGBK Bd. 67, 27 ff. und 107 ff.; *Beneditikt Fischer*, Ausstrahlungswirkungen im Recht – Anforderungen an Compliance und Risikomanagement im Bankaufsichts- und Aktienrecht, Berlin 2018 (Diss. Köln 2017) = ADEGK Bd. 115, 87 ff.

<sup>6</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Regulierungsfolgenabschätzung zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG und zum Finanzinstitutsgesetz FINIG vom 26. Juni 2014 (zit. EFD, Regulierungsfolgenabschätzung), 8 f.; vgl. auch statt vieler *Peter V. Kunz*, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 3 N 60.

<sup>7</sup> Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. 11. 2015, BBl. 2015, 8901 ff. (zit. Botschaft FIDLEG/FINIG), 8902.

<sup>8</sup> Art. 3 lit. c Ziff. 1 – 5 FIDLEG.

<sup>9</sup> EFD, Regulierungsfolgenabschätzung (Fn. 6), 8.

<sup>10</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8938.

<sup>11</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921.

<sup>12</sup> Das Privatrecht unterscheidet spiegelbildlich zum Aufsichtsrecht zwischen drei Arten von Rechtsverhältnissen: den Execution-only-Geschäften, der Anlageberatung sowie der Vermögensverwaltung. Vgl. BGE 144 III 155, E.2.1; BGE 138 III 755, E.7.1; BGE 133 III 97, E.7.1; BGer 4A\_54/2017 vom 29. Januar 2018, E.5.1.1. Vermögensverwaltung und Anlageberatung unterstehen dem Auftragsrecht, und das Execution-only-Geschäft ist überwiegend kommissionsrechtlich, allerdings kommt aufgrund der Verweisungsnorm von Art. 425 Abs. 2 OR auch auf das Execution-only-Geschäft fast ausschliesslich Auftragsrecht zur Anwendung. Vgl. m. w. N. *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 18 f.

<sup>13</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921, 8924, 8966.

<sup>14</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921.

fasser ist die Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Zivilrecht zudem reziprok, d. h. es besteht ebenso umgekehrt eine Ausstrahlungswirkung vom Zivilrecht auf das Aufsichtsrecht.<sup>17</sup>

Dieser Beitrag analysiert die methodologischen Grundlagen der Funktions- bzw. Wirkungsweise der Ausstrahlungswirkung zwischen den aufsichtsrechtlichen Pflichten des FIDLEG und den Pflichten aus dem zivilvertraglichen Finanzdienstleistungsverhältnis (beim Erbringen von Finanzdienstleistungen). Im ersten Teil (II.) wird als Ausgangspunkt das grundsätzliche Verhältnis zwischen Aufsichts- und Privatrecht beleuchtet, wobei zuerst auf die Zweiteilung der beiden Teilrechtsgebiete einzugehen ist (II. 1.) und anschliessend die Charakteristika der zwei Teilrechtsgebiete identifiziert werden (II. 2.). Der zweite Teil (III.) beschäftigt sich mit der Ausstrahlungswirkung: Der Effekt der Ausstrahlung wird methodologisch hergeleitet (III. 2.), und es wird aufgezeigt, dass es sich bei diesem um das Resultat der systematisch-teleologischen Auslegung handelt (III. 2.). Weiter werden die Funktionsweisen der Ausstrahlungswirkung anhand der identifizierbaren Kriterien, die für einen Effekt der Ausstrahlung gegeben sein müssen, beschrieben (III. 3.). Darüber hinaus wird auf die Besonderheiten des Aufsichtsrechts als Quelle der Rechtsfindung im Privatrecht (III. 4.) sowie derselben des Privatrechts als Quelle der Rechtsfindung im Aufsichtsrecht eingegangen (III. 5.). Abgrenzend zur Ausstrahlungswirkung zwischen den Teilrechtsgebieten wird die «faktische Ausstrahlungswirkung» in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung besprochen (III. 6.). Am Schluss des Beitrags werden die wichtigsten Erkenntnisse zusammengefasst (IV.).

und 148 ff.; *Julius Forschner*, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht – Eine Untersuchung zum Verhältnis der §§ 31 ff. WpHG und zivilrechtlichem Beratungsvertrag, Tübingen 2013 (Diss. Tübingen 2013) = SUK Bd. 12, 99 ff. und 113 ff.; *Koller* in Assmann/Schneider/Mülbert, § 63 WpHG N 8 f., in: *Heinz-Dieter Assmann/Uwe H. Schneider/Peter O. Mülbert* (Hrsg.), Kommentar Wertpapierhandelsrecht – WpHG, MAR, PRIIP, MiFIR, Leerverkaufs-VO, EMIR, 7. Aufl., Köln 2019; *Kay Rothenhöfer*, Interaktion zwischen Aufsichts- und Zivilrecht – Dualismus der Wohlverhaltensregeln des WpHG unter besonderer Berücksichtigung der Vertriebsvergütung, in: *Harald Baum/Alexander Hellgardt/Andreas M. Fleckner/Markus Roth* (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts: Deutsches, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung, Berlin 2008, 56 ff., *passim*; *Marlen Thaten*, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen – Zugleich ein Beitrag zur Koordination von Privat- und Öffentlichem Recht, Berlin 2016 (Diss. Hamburg 2015) = ADEGK Bd. 115, 156 ff.; *Daniela Weber-Rey*, Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts (insbesondere für Banken und Versicherungen) auf das Aktienrecht – oder die Infiltration von Regelungssätzen?, ZGR 2010, 543 ff., *passim*.

<sup>17</sup> Siehe unten II. 5.

## II. Dichotomie von Aufsichtsrecht und Privatrecht

### 1. Zweiteilung in Aufsichtsrecht und Privatrecht

Mit dem Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen beschäftigt sich die Rechtswissenschaft schon seit geraumer Zeit. Ausgangspunkt bildet dabei die auf die römische Rechtsdogmatik<sup>18</sup> zurückgehende Zweiteilung – die sog. Dichotomie<sup>19</sup> – zwischen den Teilrechtsordnungen.<sup>20</sup> In den neuzeitlichen Anfängen wurde die Diskussion in der Schweiz durch Art. 6 ZGB und das Verhältnis zwischen dem Bundeszivilrecht und dem (damals noch fast ausschliesslich kantonalen) Öffentlichen Recht geprägt.<sup>21</sup> Mit dem Einzug des sozialen Privatrechts und damit vermehrt zwingenden, die Privatautonomie einschränkenden Normen in die Privatrechtskodifikation bewegten sich die Teilrechtsgebiete des Privatrechts und des Öffentlichen Rechts gewissermassen aufeinander zu, was zu einer Auseinandersetzung hinsichtlich der Rechtsnatur dieser zwingenden Normen führte.<sup>22</sup> Eine weitere Entwicklung, die zu einer Wechselwirkung zwischen den Teilrechtsgebieten führte, war die Anerkennung des verwaltungsrechtlichen Vertrages, dessen Legitimation kontrovers disku-

<sup>18</sup> Regelmässig wird auf die Digestenstelle des *Ulpian* hingewiesen, *Ulpian*, Dig. I.1.1 § 2: «*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorem utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*»

<sup>19</sup> *Sabine Kilgus*, Effektivität und Regulierung im Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2007 (Habil. Zürich 2005), N 536; *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 7 f.; *Susan Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe – Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004 (Habil. Freiburg 2004) = ASR Bd. 691, 7 ff.; *Thaten* (Fn. 16), 84 f.; *Benedikt Maurenbrecher*, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften, in: *Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenux/Rolf Sethe* (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 556 ff., 557.

<sup>20</sup> Vgl. *Christian Brückner*, Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht – ein Beispiel für die Suggestivkraft von Begriffen, in: *Juristische Fakultät der Universität Basel* (Hrsg.), Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht – Grenzen und Grenzüberschreitungen – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt am Main 1985, 35 ff., 35.

<sup>21</sup> Siehe bspw. *Walther Burckhardt*, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, ZBJV 68 (1932), 305 ff.; *Hans Huber*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Berner Kommentar), Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung: Art. 1 – 10 ZGB, Kommentar zu Art. 6 ZGB, Bern 1962, insbesondere N 152 ff.; vgl. auch *BK ZGB-Koller*, Art. 6 N 19, in: *Heinz Hausheer/Hans Peter Walter* (Hrsg.), Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Einleitung und Personenrecht, Bern 2012 (zit. *BK ZGB-Bearbeiter/in*, Art. ... N ...); vgl. im Allgemeinen zur Bedeutung des Privatrechts für das Öffentliche Recht *BK ZGB (21) - Caroni/Schöbi*, Allgemeine Einleitung N 84 ff.; für das deutsche Recht *Klaus Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Köln/München 2008, 426.

<sup>22</sup> Siehe zu zwingenden Normen im Privatrecht *Karl Spiro*, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 88 (1952), 449 ff., 531 f.

tiert wurde.<sup>23</sup> Von der rechtswissenschaftlichen Lehre wurden Tendenzen, die gewissermassen die Dichotomie ausser Acht liessen oder zumindest aufweichten, oft mit Argwohn und Skepsis aufgenommen. Bspw. wurde für die Figur des verwaltungsrechtlichen Vertrags auch gefordert, dass sich die Lehre der rechtswissenschaftlichen Dogmatik dieser Figur nun mal annehmen müsse, «um gewissermassen an konsequenter Ausgestaltung noch zu retten, was zu retten ist.»<sup>24</sup> Schliesslich sind, als Exempel der Rechtsentwicklung zwischen den Teilrechtsgebieten, die Doppelnormen zu nennen, die als gemischte Normen gleichzeitig privaten und öffentlichen Interessen dienen und die privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften enthalten.<sup>25</sup> Vor dem Inkrafttreten des FIDLEG wurde gem. h.L. und Rechtsprechung Art. 11 aBEHG, der die Verhaltenspflichten für Börsen und Effektenhändler regelte, als Doppelnorm qualifiziert.<sup>26</sup>

In der kontinentaleuropäischen Rechtsauffassung wird weiterhin allgemein davon ausgegangen, dass es sich beim Öffentlichen Recht und beim Privatrecht – inklusive der dazugehörigen Verfahrensrechte – um zwei getrennt zu verstehende Teilrechtsgebiete handelt, d. h., dass eine Dichotomie zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht besteht.<sup>27</sup> Das Aufsichtsrecht wird vorliegend als Teilbereich des finanzmarktrechtlichen Verwaltungsrechts und somit als Öffentliches Recht verstanden.<sup>28</sup> Nachfolgend ist demzufolge mit dem Terminus «Aufsichtsrecht» auch gleichzeitig mitgemeint, dass es sich dabei um Öffentliches Recht handelt.

Die Kohärenz des Dualismus der Teilrechtsordnungen kann unter anderem an den unterschiedlichen Regelungszielen, den Regelungsintensitäten und am Verfahren sowie den Rechtsfolgen, die mit der konkreten Einordnung einer Bestimmung ver-

knüpft sind, festgemacht werden.<sup>29</sup> Beim Verfahren stehen sich das Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren für das Aufsichtsrecht und das Zivilverfahren (allenfalls ergänzt bzw. substituiert durch ein Schiedsverfahren) für das Privatrecht gegenüber.<sup>30</sup> Die Modalitäten der Verfahren der beiden Teilrechtsgebiete sind auf die spezifischen Eigenheiten des jeweiligen materiellen Rechts abgestimmt.<sup>31</sup>

In der Schnittmenge der Rechtsmassen sind unterschiedliche Konzepte entwickelt worden, um die Frage zu beantworten, wie mit dem gleichzeitigen Nebeneinander der Teilrechtsordnungen umzugehen ist bzw. wie sich diese zueinander verhalten:<sup>32</sup>

Das Konzept der *zivilrechtlichen Priorität*<sup>33</sup> geht von einer Priorität des Zivilrechts vor widersprechendem Aufsichtsrecht aus.<sup>34</sup> Diese Theorie ist schon allein deshalb abzulehnen, da unter seiner Geltung mittels vertraglicher Abrede das gesamte Aufsichtsrecht wegbedungen werden könnte.<sup>35</sup> Ausserdem wird in der Anwendung einer zivilrechtlichen Priorität das Prinzip der Gewaltenteilung<sup>36</sup> missachtet, da eine Aufsichtsbehörde (wie die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMA]) an die zivilrechtliche Auslegung gebunden wäre.<sup>37</sup>

Nach dem Konzept der *Doppelnormen* existieren Normen, die eine gemischte Natur haben und somit zugleich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vorschriften enthalten. Doppelnormen können sowohl von Privaten gestützt auf ein vertragliches Verhältnis als auch von Behörden und

<sup>23</sup> Zu nennen sind die zum schweizerischen Juristentag 1958 gehaltenen Referate von *Max Imboden*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 77 II (1958), 10a ff. und *Henri Zwahlen*, Le contrat de droit administratif, ZSR 77 II (1958), 471 ff.

<sup>24</sup> *Gygi* (Fn. 1), 7. Indessen steht die Legitimation des verwaltungsrechtlichen Vertrages heute ausser Diskussion, vgl. statt aller *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 1286 ff. m. w. N.

<sup>25</sup> *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 241 ff. Siehe zum Konzept der Doppelnorm auch unten II. 1.

<sup>26</sup> BGE 133 III 97, E.5.2 m. w. N.; vgl. für die Lehre statt vieler *Alexander Wyss*, Verhaltensregeln für Effektenhändler, Lachen/St. Gallen 2000 (Diss. Zürich 1999), 49 ff.; *Bernhard Berger/Wolfgang Wiegand*, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 135 (1999), 713 ff., *passim*. Auch Art. 20 aKAG, der vor dem Inkrafttreten des FIDLEG umfassend die Verhaltenspflichten im Kollektivanlagerecht regelte, wurde gem. der h. L. als Doppelnorm qualifiziert, vgl. *Thomas Jutzi/Simon Schären*, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014, N 1199 ff. und 1231.

<sup>27</sup> Im Unterschied z. B. zu der englischen oder auch der US-amerikanischen Auffassung vgl. *Röhl/Röhl* (Fn. 21), 419.

<sup>28</sup> Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Begriff des Aufsichtsrechts siehe FHB Verwaltungsrecht-*Biaggini*, N 19.1 ff., in: *Giovanni Biaggini/Isabelle Händler/Urs Saxer/Markus Schott* (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. FHB Verwaltungsrecht-Bearbeiter/-in, N ...); vgl. auch *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 7.

<sup>29</sup> Vgl. *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 7 f. m. w. N.

<sup>30</sup> *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 8; *Kilgus* (Fn. 19), N 549; *Nina Reiser*, Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen, Zürich/St. Gallen 2017 (Habil. Zürich 2017), N 206 ff.

<sup>31</sup> *Kilgus* (Fn. 19), N 549.

<sup>32</sup> Hier werden die verschiedenen Theorien nur kurz angerissen, für eine vertiefte Auseinandersetzung sei auf die angegebenen Literaturstellen verwiesen.

<sup>33</sup> Für das Konzept der zivilrechtlichen Priorität bestehen zwei Ansichten: Zum einen, dass generell das gesamte Zivilrecht (d. h. auch eine vertragliche Abrede) dem Aufsichtsrecht vorgeht, und zum anderen, dass nur zwingendes Zivilrecht dem Aufsichtsrecht vorgehen soll. Siehe dazu *Heinz-Dieter Assmann*, Das Verhältnis von Aufsichtsrecht und Zivilrecht im Kapitalmarktrecht, in: *Ulrich Burgard/Walther Hadding/Peter O. Mülbart/Michael Nietsch/Reinhard Welter* (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, 37 ff., 53 ff.; krit. Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-*Sethe*, § 5 N 341 f. m. w. N.

<sup>34</sup> *Assmann* (Fn. 33), 53 ff.; *Simon Bühler/Hans Caspar von der Crone*, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, SZW 6/2013, 563 ff., 569 f.; *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 10 f.; *Rolf H. Weber*, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 109/2013, 405 ff., 409.

<sup>35</sup> *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 11; *Maurenbrecher* (Fn. 19), 563; *Weber* (Fn. 34), 409. Vgl. auch *Baumann* (Fn. 15), N 27, der auf die Nichtigkeit von Verträgen mit widerrechtlichem Inhalt (Art. 20 Abs. 1 OR) hinweist; Anm. 118.

<sup>36</sup> Vgl. *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 1 N 3 f. Nach dem Gewaltenteilungsprinzip müssen Exekutive und Judikative ihre Funktionen unabhängig voneinander ausüben.

<sup>37</sup> *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 11; *Bühler/von der Crone* (Fn. 34), 569; *Maurenbrecher* (Fn. 19), 563.

Gerichten von Amtes wegen angerufen werden.<sup>38</sup> Umstritten ist beim Konzept der Doppelnormen, inwiefern eine bestimmte Rechtsanwendung für beide Teilrechtsgebiete Gültigkeit erlangt.<sup>39</sup> Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung muss die Auslegung der Doppelnorm jeweils durch die (Zivil-)Gerichte und Aufsichtsbehörde selbständig erfolgen, d. h. die privat- und aufsichtsrechtliche Auslegung der Norm können divergieren, womit für das Verhältnis zwischen Aufsichts- und Privatrecht keine Erkenntnisse abgeleitet werden können.<sup>40</sup>

Das Konzept des *Gleichlaufs*<sup>41</sup> zielt auf eine vollständige Harmonisierung des Privat- und Aufsichtsrechts.<sup>42</sup> Dabei sollen sich die beiden Teilrechtsgebiete wechselseitig determinieren, sodass eine Auslegung im einen auch für das andere Teilrechtsgebiet massgeblich ist.<sup>43</sup> Dem Konzept des Gleichlaufs ist entgegenzuhalten, dass aufgrund der wesentlich höheren Dynamik des Aufsichtsrechts dieses Konzept zum Primat des Aufsichtsrechts führen würde.<sup>44</sup> Von der Lehre wird ferner eingewendet, dass das Konzept des Gleichlaufs mit den unterschiedlichen Regelungszielen der Teilrechtsgebiete unvereinbar ist.<sup>45</sup> Der privatrechtlichen Privatautonomie steht ein aufsichtsrechtlicher Funktions- und Individualschutz entgegen.<sup>46</sup> Privatrechtliche Normen werden i. d. R. einzelfallbezogen und *ex-post* angewendet, wohingegen Aufsichtsrecht üblicherweise generell-abstrakt und zur Prävention bestimmt ist.<sup>47</sup> Schliesslich würde die vollständige Harmonisierung von Privat- und Aufsichtsrecht das Gewaltenteilungsprinzip verletzen, da Behörden und Gerichte wechselseitig an die Auslegung aus dem anderen Teilrechtsgebiet gebunden wären.<sup>48</sup>

Schliesslich ist das Konzept der *Ausstrahlungswirkung* zu nennen, das Gegenstand des vorlie-

genden Beitrags ist. Hiernach soll den aufsichtsrechtlichen und privatrechtlichen Bestimmungen eine selbständige Bedeutung zukommen.<sup>49</sup> Die Normen werden jedoch nicht isoliert betrachtet, vielmehr ist bei der Auslegung des Privatrechts das Aufsichtsrecht und u. E. ebenfalls bei der Auslegung des Aufsichtsrechts das Privatrecht miteinzubeziehen.<sup>50</sup> Für die Verhaltenspflichten des FIDLEG, bei denen es sich um öffentlich-rechtliche Verhaltenspflichten handelt,<sup>51</sup> hat sich der Gesetzgeber nach einigem Hin und Her<sup>52</sup> für das Konzept der Ausstrahlungswirkung entschieden.<sup>53</sup>

## 2. Charakteristika der Teilrechtsordnungen

### a) Privatrecht

Das Privatrecht ordnet die Beziehungen zwischen Privaten, die autonom und frei sind und deshalb ihre Rechtsverhältnisse im rechtsgeschäftlichen Bereich «selbstbestimmt» gestalten können.<sup>54</sup> Als grundlegendes und zentrales Element des Privatrechts ist die Privatautonomie hervorzuheben.<sup>55</sup> Privatautonomie bedeutet (i.) die Freiheit, ein Rechtsgeschäft einzugehen oder nicht einzugehen, (ii.) die freie Wahl der Gegenpartei (falls eine

<sup>49</sup> Bühler/von der Crone (Fn. 34), 570; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 13; Reiser (Fn. 30), N 201.

<sup>50</sup> Siehe zur Ausstrahlungswirkung unten III.; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 13.

<sup>51</sup> Art. 7 Abs. 1 FIDLEG. Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921; siehe die ausführliche Analyse der Rechtsnatur der Verhaltenspflichten bei Abegglen/Luterbacher (Fn. 15), *passim* insbesondere aber 242 f., die mit einer anderen Begründung als die h. L. auch für eine öffentlich-rechtliche Natur der Verhaltenspflichten votieren; vgl. auch SHK FIDLEG (Fn. 15)-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 24 ff.; a. A. Baumgartner/von der Crone (Fn. 15), 235 f.; Baumgartner (Fn. 15), 120 f.

<sup>52</sup> Für eine ausführliche Darstellung und Analyse des Gesetzgebungsprozesses sowie der parlamentarischen Debatte siehe, Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 14 ff.

<sup>53</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921: «Die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG greifen damit nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden ein. Sie qualifizieren mithin nicht als Doppelnormen, sondern als Öffentliches Recht. Der Zivilrichter beurteilt das zivilrechtliche Verhältnis nach wie vor gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen. Zur Konkretisierung dieser Vorschriften kann er jedoch die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG heranziehen. Die Bestimmungen entfalten in diesen Fällen eine **Ausstrahlungswirkung** auf die zivilrechtliche Beziehung zwischen dem Finanzdienstleister und seinen Kundinnen und Kunden.» (Herv. durch die Verf.). Die h. L. spricht sich auch für eine Ausstrahlungswirkung aus. Siehe die Verweise in Fn. 15.

<sup>54</sup> Röhl/Röhl (Fn. 21), 420; BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Vor Art. 1 – 40f N 1 ff., in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I – Art. 1 – 529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Bearbeiter/-in, Art. ... N ...); Eberhard Schmidt-Alßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen – Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Alßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 7 ff., 16.

<sup>55</sup> Karl Otfinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR 57 (1938), 491a ff. (zit. Otfinger, Eingriffe), 497a f.; Kilgus (Fn. 19), N 544; Bühler/von der Crone (Fn. 34), 566 mit Hinweis auf BGE 139 II 279, E.4.2.; BSK OR I (Fn. 54)-Zellweger Gutknecht, Vor Art. 1–40f N 1.

<sup>38</sup> Bernhard Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Diss. Bern 2000, 106; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 11 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), § 4 N 241 ff.; Maurenbrecher (Fn. 19), 565; Reiser (Fn. 30), N 194 f. und 199.

<sup>39</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 11; Bühler/von der Crone (Fn. 34), 569 f.; Maurenbrecher (Fn. 19), 565; Reiser (Fn. 30), N 199; Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 5 N 335; Weber (Fn. 34), 410 f.

<sup>40</sup> Bühler/von der Crone (Fn. 34), 569 f.; Maurenbrecher (Fn. 19), 565; Reiser (Fn. 30), N 199.

<sup>41</sup> Teilweise auch «Konzept der Normidentität» genannt, vgl. Weber (Fn. 34), 411.

<sup>42</sup> Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 5 N 332 f.; Weber (Fn. 34), 411.

<sup>43</sup> Bühler/von der Crone (Fn. 34), 569; Maurenbrecher (Fn. 19), 557.

<sup>44</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 12 f.; Bühler/von der Crone (Fn. 34), 569; Maurenbrecher (Fn. 19), 557; Reiser (Fn. 30), N 198; Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 5 N 333.

<sup>45</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 12 f.; Bühler/von der Crone (Fn. 34), 569.

<sup>46</sup> Siehe zu den Regelungszielen der Teilrechtsordnungen unten II. 2.

<sup>47</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 12; Bühler/von der Crone (Fn. 34), 569; Reiser (Fn. 30), N 198; Weber (Fn. 34), 411.

<sup>48</sup> Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 5 N 334; Bühler/von der Crone (Fn. 34), 569; Maurenbrecher (Fn. 19), 566.

solche vorhanden ist) und (iii.) die freie Gestaltung des Inhalts des Rechtsgeschäfts.<sup>56</sup> Rechtsgeschäfte können entsprechend den nötigen Willensäusserungen ein- und mehrseitig sein,<sup>57</sup> wobei beim einseitigen Rechtsgeschäft auch mehrere Personen beteiligt sein können, es jedoch nur einer Willensäusserung pro Person bedarf.<sup>58</sup> Im Zusammenhang mit Finanzdienstleistung steht der Vertrag im Vordergrund, der ein mehrseitiges Rechtsgeschäft ist, für das es mindestens zweier Willensäusserungen bedarf.<sup>59</sup> Ihre rechtliche Verankerung findet die Privatautonomie u. a. in der Vertragsfreiheit, in deren Rahmen die freie wirtschaftliche Betätigung ermöglicht wird. Die Vertragsfreiheit gilt ungeachtet eines allfälligen tatsächlichen Machtgefälles zwischen den – im Rechtsstatus grundsätzlich gleichen – Vertragsparteien.<sup>60</sup> Die Legitimation der Rechtsfolgen eines Vertrages schöpft sich entsprechend der Privatautonomie und der Selbstbestimmtheit der zivilrechtlichen Ordnung aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien.<sup>61</sup>

Begrenzt wird Privatautonomie durch das Privatrecht selbst, indem es den Rahmen definiert, in dem sie ausgeübt werden kann.<sup>62</sup> Beispiele für diese privatrechtliche Begrenzung sind die Unterhaltspflichten gegenüber minderjährigen Nachkommen im Familienrecht<sup>63</sup> oder die Pflichtteile des Erbrechts<sup>64</sup>; in diesen Fällen wird die Privatautonomie gar vollständig durch zwingende gesetzliche Normen verdrängt. Eine die Privatautonomie einschränkende Rahmenfunktion des Privatrechts ist aber auch in konsensual geprägten Verhältnissen erkennbar. Zu denken ist hier bspw. an die AGB-Kontrolle<sup>65</sup>, den Verbraucherschutz<sup>66</sup> oder den Mieterschutz<sup>67</sup>.<sup>68</sup> Zudem werden Verträge mit

verwerflichem (widerrechtlichem oder sittenwidrigem) Inhalt (Art. 20 Abs. 1 OR) oder Verträge, die eine Vertragspartei in übermässiger Weise binden (Art. 27 Abs. 2 ZGB), von der Rechtsordnung nicht geschützt. Diese Beispiele zeigen, dass das für das Privatrecht prägende Element der Privatautonomie nicht absolut gilt.

Die prozessuale Durchsetzung von privatrechtlichen Ansprüchen bedeutet, dass der individuelle Wille der Vertragsparteien verwirklicht wird.<sup>69</sup> In dessen wirkt die Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen nicht nur auf die Verwirklichung und Durchsetzung der individuellen Ansprüche, sondern dient gleichzeitig auch der Wahrung der Rechtsordnung und der Sicherung des Rechtsfriedens.<sup>70</sup> Nur ein taugliches Durchsetzungsregime privatrechtlicher Ansprüche ermöglicht eine funktionierende Ordnung (der privatautonom stipulierten Ansprüche), in dem die Parteien auf den Bestand ihrer Ansprüche vertrauen. Die individuelle Durchsetzung hat folglich mindestens mittelbar ebenfalls eine mit dem Funktionsschutz des Finanzmarktrechts vergleichbare Wirkung.<sup>71</sup>

Der Zivilprozess wird grundsätzlich – im Einklang mit dem Prinzip der Privatautonomie – vom Verhandlungsgrundsatz<sup>72</sup> (Art. 55 ZPO), der Dispositionsmaxime<sup>73</sup> (Art. 58 ZPO) und (mindestens im ordentlichen Verfahren) von einer strengen Eventualmaxime<sup>74</sup> beherrscht. Gem. dem Verhandlungsgrundsatz ist es Sache der Parteien, die relevanten Prozessmaterialien (Tatsachen und Beweismittel) beizubringen. Das Gericht stützt sich unter der Geltung der Verhandlungsmaxime nur auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen. Dementsprechend strebt der Zivilprozess bloss eine sog. «relative Wahrheit» an.<sup>75</sup> Die Dispositionsmaxime besagt, dass das Verfahren grundsätzlich von den Parteien beherrscht wird.<sup>76</sup> Sie

<sup>56</sup> *Oftinger*, Eingriffe, (Fn. 55), 499a; BSK OR I (Fn. 54)-*Zellweger Gutknecht*, Vor Art. 1 – 40f N 5 ff.

<sup>57</sup> BK OR-Müller, Einleitung in das OR N 92, in: *Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller* (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen* – Art. 1 – 18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK OR-Müller, Art. ... N ...).

<sup>58</sup> BK OR-Müller (Fn. 57), Einleitung in das OR N 94; *Röhl/Röhl* (Fn. 21), 475 f. Durch einseitige Willenserklärung werden zwar oft Schuldverhältnisse abgeändert oder aufgehoben (durch Geltendmachung von Gestaltungsrechten, etwa durch Ausübung eines Wahlrechts, durch Kündigung, Rücktritt usw.), aber selten begründet.

<sup>59</sup> BK OR-Müller (Fn. 57), Einleitung in das OR N 108 ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Karl Oftinger*, Die Vertragsfreiheit, in: *Juristische Fakultäten der schweizerischen Universitäten* (Hrsg.), *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht – Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*, Zürich 1948, 315 ff. (zit. *Oftinger*, Vertragsfreiheit), 316 f.; *Kilgus* (Fn. 19), N 544.

<sup>61</sup> *Thaten* (Fn. 16), 87 f.

<sup>62</sup> *Oftinger*, Vertragsfreiheit (Fn. 56), 501a ff.

<sup>63</sup> Art. 276 ff. ZGB.

<sup>64</sup> Art. 470 ZGB.

<sup>65</sup> Art. 8 UWG.

<sup>66</sup> Bspw. kann bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen die Willenserklärung widerrufen werden, dies ist sogar über den Leistungsempfang hinaus möglich (Art. 40a ff. OR).

<sup>67</sup> Bspw. kann gem. Art. 270 OR der Anfangsmietzins angefochten werden, obwohl über diesen Mietzins ein Konsens im Vertragsschluss gegeben war.

<sup>68</sup> *Thaten* (Fn. 16), 88.

<sup>69</sup> *Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund*, *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, § 1 N 2.

<sup>70</sup> *Staehelin/Staehelin/Grolimund* (Fn. 69), § 1 N 4.

<sup>71</sup> *Thaten* (Fn. 16), 88 f.; vgl. *Rothenhöfer* (Fn. 16), 58 f.

<sup>72</sup> Ausnahmsweise kann auch im Zivilprozess der eingeschränkte bzw. uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gelten, dies teilweise bei Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, im Scheidungsprozess und für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten sowie Verwandtenunterstützung. Siehe *Staehelin/Staehelin/Grolimund* (Fn. 69), § 10 N 29 ff.

<sup>73</sup> Ausnahmsweise kann auch im Zivilprozess die Officialmaxime gelten, dies insbesondere bei Statusprozessen, Klagen betreffend Organisationsmängel einer juristischen Person, Ehescheidungsprozessen und gem. Art. 296 Abs. 3 ZPO in allen Verfahren betreffend die Belange der minderjährigen Kinder. Siehe *Staehelin/Staehelin/Grolimund* (Fn. 69), § 10 N 7.

<sup>74</sup> Art. 229 ZPO; BGE 144 III 67, E.2.1; BGer 4A\_50/2021 vom 6. September 2021, E.2.3.3; vgl. auch *Staehelin/Staehelin/Grolimund* (Fn. 69), § 10 N 37 ff.; *Nicolas Facincani/Reto Sutter/Seline Wissler*, Bundesgericht definiert den «Beginn der Hauptverhandlung» – Die Novenschanke von Art. 229 Abs. 2 ZPO fällt vor den ersten Parteivorträgen, in: *Jusletter* vom 10. Januar 2022.

<sup>75</sup> *Staehelin/Staehelin/Grolimund* (Fn. 69), § 10 N 15 ff.

<sup>76</sup> *Thomas Sutter-Somm*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 299.

beschränkt den Rechtsschutz auf das, was von den Parteien verlangt worden ist; das Gericht darf nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als was beantragt worden ist.<sup>77</sup> Die Eventualmaxime limitiert den Zeitraum, in dem neue Tatsachenbehauptungen und die zugehörigen Beweismittel in einen Prozess uneingeschränkt eingebracht sowie bis wann Rechtsbegehren gestellt werden können.<sup>78</sup>

Das Privatrecht hat keine direkte Steuerungsfunktion. Es knüpft an den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag an und ermöglicht es, in einer bestimmten Weise zu handeln, allerdings in Obliegenheiten und ohne strikte Vorgaben. Es stellt den Rahmen für die individuelle Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch die Parteien selbst zur Verfügung. Es kann daher von einer «Begleitfunktion» des Privatrechts gesprochen werden.<sup>79</sup> Was durch ein Rechtsgeschäft erreicht werden soll, wird durch die Partei/en selbst bestimmt und nicht durch das objektive Recht vorgegeben.<sup>80</sup> Die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche unterliegt im Privatrecht, nach dem Merksatz «wo kein Kläger, da kein Richter», der Disposition der Parteien.<sup>81</sup> Eine anspruchsberechtigte Partei kann sich auch dafür entscheiden, ihren Anspruch nicht durchzusetzen. Das Privatrecht toleriert eine relative Ungleichbehandlung der Vertragsparteien.<sup>82</sup>

#### b) Aufsichtsrecht

Das Aufsichtsrecht ist als Verwaltungsrecht Teil des Öffentlichen Rechts, das die Handlungsform des Staates ist. Es dient als Sonderrecht der Verwirklichung der in der Verfassung formulierten Aufgaben und Ziele.<sup>83</sup> Die Handlungen des Staates sind formell gesetzgebunden (Art. 5 Abs. 1 BV) sowie materiell grundrechtsgebunden (Art. 35 Abs. 2 BV)<sup>84</sup> und müssen im öffentlichen Interesse liegen (Art. 5 Abs. 2 BV).<sup>85</sup> Das Finanzmarktrecht als Aufsichtsrecht zielt primär auf den Schutz der Gläubiger, der Anleger bzw. Kunden, der Versicherten sowie auf die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ab. Dadurch soll es im Sinne der sekundären Ziele zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und zur Zukunftsfähigkeit des

Finanzplatzes Schweiz beitragen.<sup>86</sup> Anknüpfungspunkt des Aufsichtsrechts sind sowohl Marktzutritts- und Marktaustrittsregeln als auch die Regelung der Ausübung der Wirtschaftstätigkeit im Finanzbereich (Marktverhaltensregeln).<sup>87</sup>

Mit dem Aufsichtsrecht werden die übergeordnet verfassungsmässig<sup>88</sup> und konkret in den Zweckformulierungen der (Finanzmarkt-)Gesetze<sup>89</sup> vorgegebenen öffentlichen Interessen geschützt. Die aufsichtsrechtlichen Vorschriften gelten ohne Zutun des Finanzdienstleisters oder des Kunden, und ihre Legitimation findet sich im Gemeinwohlinteresse.<sup>90</sup> Das Aufsichtsrecht tritt oft in der Form des Subordinationsverhältnisses auf, indem bspw. eine hoheitliche Bewilligung erteilt wird oder auch die Aufsichtsbehörde sonst wie als Hoheitsträger dem Beaufsichtigten gegenübertritt. Indessen werden durch das Aufsichtsrecht ebenso Verhältnisse adressiert, die nicht ausschliesslich durch eine Subordination geprägt sind und nur das Verhältnis zwischen Beaufsichtigtem und Aufsichtsbehörde regeln.<sup>91</sup> Ein Beispiel hierfür sind die Verhaltensregeln des FIDLEG, die nicht nur ein Staat-Bürger-Verhältnis zum Gegenstand haben, sondern auf einen Ausgleich von Privatinteressen gerichtet sind.<sup>92</sup>

Die Durchsetzung des finanzmarktrechtlichen Aufsichtsrechts sowie die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes ist Aufgabe der FINMA.<sup>93</sup> Das Verfahren vor der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG). Dementsprechend kann die FINMA Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen.<sup>94</sup> Im Verfahren nach VwVG gilt der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime<sup>95</sup>, d. h. die FINMA stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und bestimmt, wann und in welchem Um-

<sup>86</sup> Art. 4 FINMAG; Art. 1 Abs. 1 FIDLEG; Art. 1 Abs. 2 FINIG; vgl. auch FHB Verwaltungsrecht (Fn. 28) Lanz, N 1.5.

<sup>87</sup> FHB Verwaltungsrecht (Fn. 28) Biaggini, N 19.48; siehe auch FHB VVerwaltungsrecht (Fn. 28) Lanz, N 1.51 ff.

<sup>88</sup> Vgl. Kilgus (Fn. 19), N 21 ff.

<sup>89</sup> Vgl. für das FIDLEG sein Art. 1 Abs. 1: «Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern sowie die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die Finanzdienstleister und trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.»

<sup>90</sup> Thaten (Fn. 16), 90; vgl. auch Kilgus (Fn. 19), N 543.

<sup>91</sup> Thaten (Fn. 16), 90; vgl. auch FHB Verwaltungsrecht (Fn. 28) Biaggini, N 19.48; FHB Verwaltungsrecht (Fn. 28) Lanz, N 1.5.

<sup>92</sup> Thaten (Fn. 16), 90; siehe ferner Kilgus (Fn. 19), N 54 ff.

<sup>93</sup> Art. 31 FINMAG.

<sup>94</sup> Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner/Claudia M. Fritsche/Patric Eymann/Fritz Ammann, Finanzmarktenforcement – Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 2. Aufl., Bern 2014, 19; siehe allgemein zum Verfügungsbegriff statt vieler, Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 848 ff.

<sup>95</sup> Wobei im streitigen Verfahren wiederum die Dispositionsmaxime gilt (Art. 62 Abs. 1–3 VwVG). Vgl. auch René Rhinow/Heinrich Koller/Christine Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht – Grundlagen der Bundesrechtspflege, 4. Aufl., Basel 2021, N 983.

<sup>77</sup> Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 69), § 10 N 3 ff.

<sup>78</sup> Sutter-Somm (Fn. 76), N 367; Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 69), § 10 N 37 ff.

<sup>79</sup> Fischer (Fn. 16), 89; vgl. auch Schmidt-Aßmann (Fn. 54), 17; Rothenhöfer (Fn. 16), 59; Emmenegger (Fn. 19), 32.

<sup>80</sup> Fischer (Fn. 16), 90; vgl. auch Emmenegger (Fn. 19), 32.

<sup>81</sup> Thaten (Fn. 16), 89 f.; so auch Emmenegger (Fn. 19), 17.

<sup>82</sup> Kilgus (Fn. 19), N 544; Rothenhöfer (Fn. 16), 59.

<sup>83</sup> Emmenegger (Fn. 19), 20; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 49; Kilgus (Fn. 19), N 543.

<sup>84</sup> Emmenegger (Fn. 19), 20; vgl. auch Fischer (Fn. 16), 90. Siehe auch allgemein zum Legalitätsprinzip Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 325 ff. und zu der Grundrechtsbindung N 1850 ff.

<sup>85</sup> Kilgus (Fn. 19), N 543.

fang ein Verfahren durchgeführt wird.<sup>96</sup> Es gilt das Prinzip der sog. «materiellen Wahrheit»: Die FINMA bzw. im Beschwerdeverfahren die Verwaltungsgerichte<sup>97</sup> dürfen – neben den Vorbringen der Parteien – die für den Erkenntnisgewinn rechtserheblichen Tatsachen auch von sich aus abklären, und für den Entscheid sind nur Sachumstände heranzuziehen, über deren Bestehen sich die FINMA oder das Verwaltungsgericht selbst überzeugt hat (kein Verlass auf «Unbestrittenes»<sup>98</sup>).

Die Normen des Aufsichtsrechts haben als öffentlich-rechtliche Normen eine spezifisch-präventive Steuerungsfunktion, die sich als direkte Verhaltenssteuerung in Handlungsgeboten und Handlungsverboten manifestieren.<sup>99</sup> Das Aufsichtsrecht greift zur Durchsetzung seiner Pflichten in die Rechtsposition des Beaufsichtigten ein<sup>100</sup> und ist damit – im Unterschied zum Privatrecht und unabhängig vom Willen der Parteien – selbst um die Durchsetzung seiner Pflichten besorgt.<sup>101</sup> Der Anwender (ob Privater oder Behörde) des Aufsichtsrechts, der hoheitlich auftritt, hat das Prinzip der rechtsgleichen Behandlung (Rechtsgleichheit) zu beachten (Art. 8 BV).<sup>102</sup>

### c) Erkenntnisse der Charakteristika

Im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen handelt im Aufsichtsrecht der Staat und im Rahmen des autonomen Privatrechts die Finanzdienstleister und Kunden. Aus beiden Teilrechtsordnungen können sich für Finanzdienstleister Verhaltensvorgaben ergeben, an die sie sich zu halten haben. Die Vorgaben sind einerseits im Privatrecht durch den Konsens und andererseits im Aufsichtsrecht durch öffentliche Interessen legitimiert. Das Privatrecht als auch das Aufsichtsrecht haben zumindest zum Teil die Funktionsfähigkeit des Marktes zum Gegenstand, auch wenn sie unterschiedliche Ziele verfolgen.<sup>103</sup> Im Falle des Privatrechts wird das Vertrauen in die Geschäftstätigkeit als Ganzes dahin gehend mitgeschützt, indem durch die Ermöglichung des individuellen Rechtsschutzes das überindividuelle Vertrauen gestärkt wird. Das Aufsichtsrecht hat den Funktionsschutz direkt zum Ziel, schützt aber ebenfalls die Gesamtheit der An-

leger und Kunden. Die Ziel- und Schutzwirkungen der Teilrechtsgebiete stehen dementsprechend in einer Wechselbeziehung zueinander, sodass von einem gewissen Gleichlauf der Regelungsmaterien gesprochen werden kann. Dies erhellt, da es dem Normadressaten möglich sein muss, die Vorgaben beider Teilrechtsgebiete gleichzeitig zu erfüllen.<sup>104</sup> Dieser Umstand kann überdies dem Argument entgegengehalten werden, dass die Regelungsmaterien der Teilrechtsgebiete in einem konträren Zielkonflikt stehen. Das bedeutet, dass die Grundcharakteristika der Teilrechtsgebiete einer wechselseitigen Beeinflussung, wie jener der Ausstrahlungswirkung, nicht entgegenstehen.

Prozessual kann festgestellt werden, dass sich im Zivilprozess die Wertungen des Prinzips der Privatautonomie in den Verfahrensmaximen wie Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatz wiederfinden, wohingegen das aufsichtsrechtliche Verfahren mit der Offizial- und Untersuchungsmaxime hoheitlich geprägt ist und durch die Behörden und Verwaltungsgerichte dominiert wird. Es stehen sich die der Parteidisposition unterliegende, «relative Wahrheit» im zivilrechtlichen Verfahren und die «materielle Wahrheit» im aufsichtsrechtlichen Verfahren gegenüber. Das Enforcement des Aufsichtsrechts ist eine hoheitliche Aufgabe der FINMA, die von Amtes wegen ausgeführt wird, wohingegen der Zivilprozess der Parteiwillkür unterliegt. Die prozessualen Unterschiede sind erheblich und dementsprechend ist die Zuordnung einer Norm in eines der beiden Teilrechtsgebiete von grosser Tragweite.

Das Öffentliche Recht ist tragende Architektur im Sinne einer Steuerungsfunktion. Das Privatrecht übernimmt die Steuerungsfunktion der «blossen» Rahmenregeln, die dem individuellen Verhältnis zwischen den Parteien einen Rahmen vorgeben, und innerhalb dieser Begrenzung flexibel sind. Das Aufsichtsrecht, das aufgrund des Legalitätsprinzips fest umrissen und umfassend ausgeprägt ist, greift auf konkrete Handlungsgebote bzw. -verbote, deren Durchsetzung vom Aufsichtsrecht zugleich angestrebt wird, als Regelungsinstrumente zurück. Im Privatrecht dominieren hingegen Obliegenheiten und die Regelungen deren Verletzung.<sup>105</sup> Die aufsichtsrechtlichen Vorschriften sind daher in der Tendenz umfangreicher, und der Erkenntnisgewinn liegt häufiger in der Norm als in der Praxis der Behörden bzw. der Gerichte. Im Privatecht ist das Verhältnis, soweit es überhaupt einer Regelung zugänglich ist, d. h. innerhalb der Rahmenordnung liegt, selbstgestaltend. Demnach liegt ein Erkenntnisgewinn oft in der privatrechtlichen Übung bzw. der gefestigten und legitimen Praxis zu den Rahmenvorgaben.

<sup>96</sup> Rhinow et al. (Fn. 95), N 991 f. und N 994 ff.

<sup>97</sup> Verfügungen der FINMA können nach Art. 44 VwVG mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Art. 54 Abs. 1 FINMAG i. V. m. Art. 31 und 33 lit. e VGG sowie Art. 5 VwVG.

<sup>98</sup> Die Parteien sind allerdings verpflichtet, bei der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 VwVG). Rhinow et al. (Fn. 95), N 992.

<sup>99</sup> Emmenegger (Fn. 19), 32.

<sup>100</sup> FHB Verwaltungsrecht (Fn. 28) Lanz, N 1.75 f.; Zulauf et al. (Fn. 94), 20 f.

<sup>101</sup> Fischer (Fn. 16), 91; vgl. auch Emmenegger (Fn. 19), 60 f.

<sup>102</sup> Kilgus (Fn. 19), N 543.

<sup>103</sup> Rothenhöfer (Fn. 16), 57 m. w. N.

<sup>104</sup> Rothenhöfer (Fn. 16), 59.

<sup>105</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 8; Thaten (Fn. 16), 91; Emmenegger (Fn. 19), 32 und 60.

Der strikten Verfassungsverwirklichung im Aufsichtsrecht steht die Privatautonomie in einer Rahmenordnung als Zielvorgabe im Privatrecht gegenüber.<sup>106</sup> Es muss möglich sein, dass beide Regelungsziele gleichzeitig erfüllt werden. Das bedingt nicht, dass die Verzahnung der Teilrechtsgebiete zu einem deckungsgleichen Ergebnis führt – die Teilrechtsgebiete nicht «gleichgeschaltet» werden –, sondern eine flexible Interaktion der Teilrechtsgebiete möglich sein muss.<sup>107</sup> Folglich stehen auch die Zielvorgaben der Teilrechtsgebiete einer Ausstrahlungswirkung nicht entgegen.

### 3. Abgrenzungstheorien zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht

Für die Frage, ob einer bestimmten Norm ein öffentlich-rechtlicher oder ein privatrechtlicher Charakter zukommt,<sup>108</sup> kann nicht auf das formale Kriterium abgestellt werden, dass der massgebliche, die Norm enthaltende Erlass öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.<sup>109</sup> So finden sich in grundsätzlich privatrechtlichen Erlassen öffentlich-rechtliche Normen<sup>110</sup> und vice versa<sup>111</sup>. Ebenso unbedeutend ist, ob der Staat bzw. eine öffentlich-rechtliche Körperschaft am Rechtsverhältnis beteiligt ist (sog. Subjektstheorie)<sup>112</sup> oder ob es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen handelt (sog. Fiskustheorie).<sup>113</sup> Interdependent mit der materiell-rechtlichen Zuordnung der Norm ist die verfahrensrechtliche Geltendmachung: Während Forderungen, die sich auf eine zivilrechtliche Norm stützen, über ein Zivil- oder Schiedsverfahren geltend zu machen sind, untersteht das öffentlich-rechtliche Aufsichtsrecht dem öffentlichen Verfahrensrecht, das von den Verwaltungsbehörden und Gerichten von Amtes wegen angewendet wird.<sup>114</sup>

Für die Zuordnung von Normen zum jeweiligen Rechtsgebiet sind unterschiedliche Theorien entwickelt worden. Nach der *Subordinationstheorie* ist entscheidend, wie der staatliche Akteur auftritt.

Besteht eine Überordnung und tritt der Staat in Ausübung von hoheitlichem Zwang auf, soll es sich um Öffentliches Recht handeln.<sup>115</sup> Ausschlaggebend für die Zuweisung zum Öffentlichen Recht ist demzufolge, ob der Staat dem Privaten gegenüber als übergeordneter Träger von Hoheitsrechten erscheint und mit «hoheitlicher Gewalt» auftritt.<sup>116</sup>

Gem. der *Interessentheorie*, die bis ins römische Recht zurückgeht, erfolgt die Abgrenzung anhand der Interessen, die durch die zu beurteilende Norm verfolgt werden. Dient die Norm ausschliesslich oder hauptsächlich einem öffentlichen Interesse, soll sie öffentlich-rechtlich sein, dient sie privatrechtlichen Interessen, hat sie privatrechtlichen Charakter.<sup>117</sup> Die Interessentheorie ist allerdings für die Abgrenzung ungeeignet, wenn öffentliche und private Interessen gleichermaßen verfolgt werden,<sup>118</sup> was namentlich bei den Verhaltenspflichten im Finanzmarktrecht häufig der Fall ist.

Mit der Interessentheorie eng verbunden – eine klare Abgrenzung ist denn auch zwischen den beiden Theorien nicht möglich – ist die *Funktions- theorie*, nach der eine Rechtsnorm dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist, wenn sie unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regelt.<sup>119</sup> Das Kriterium, ob eine Verwaltungsaufgabe vorliegt, ist zumindest für die Grundrechtsbindung<sup>120</sup> von zentraler Bedeutung.<sup>121</sup>

Nach der *modalen Theorie* ist die Ausgestaltung der Sanktion entscheidend, die aus der Verletzung der Norm resultiert. Demnach ist eine Norm dem Privatrecht zuzuordnen, wenn die durch sie vermittelte Sanktion privatrechtlich ausgestaltet ist (bspw. Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts). Falls die Sanktion öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist (bspw. Widerruf einer Bewilligung), soll die Norm dem Öffentlichen Recht zugeordnet werden.<sup>122</sup> Nach der Praxis des Bundesgerichts ist ebenso zu berücksichtigen, welche Instanz die Sanktion ausspricht, Ansprüche durchsetzt sowie die gerichtlichen Urteile vollstreckt.<sup>123</sup>

<sup>106</sup> Die Trennung gilt aber nicht absolut, es bestehen viele Durchbrechungen vgl. unten II. 4.

<sup>107</sup> *Rothenhöfer* (Fn. 16), 60 m. w. N.

<sup>108</sup> Die Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht hat immer anhand der konkret betrachteten Norm zu erfolgen, dies im Unterschied zu der Kategorisierung von zusammenhängenden Rechtsgebieten wie bspw. dem Wirtschaftsrecht oder dem Gesellschaftsrecht. Vgl. *Bialluch*, (Fn. 16), 92.

<sup>109</sup> *René Wiederkehr/Paul Richli*, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung* – Bd. I, Bern 2012, N 94 ff.; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 220.

<sup>110</sup> Bspw. handelt es sich bei Art. 84 ZGB um eine Bestimmung mit öffentlich-rechtlichem Charakter. BGE 96 I 406, E.2c.

<sup>111</sup> Bspw. vermittelt Art. 72 f. FIDLEG einen privatrechtlichen Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten von einem Finanzdienstleister. Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8995 f.

<sup>112</sup> *Wiederkehr/Richli* (Fn. 109), N 90 ff.

<sup>113</sup> *Wiederkehr/Richli* (Fn. 109), N 88 f.

<sup>114</sup> *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 240; *Reiser* (Fn. 30), N 206.

<sup>115</sup> BGE 128 III 250, E.2a.

<sup>116</sup> BGE 138 II 134, E.4.4; 137 II 399, E.1.1.

<sup>117</sup> BGE 138 II 134, E.4.2; 137 II 399, E.1.1.

<sup>118</sup> BGE 96 I 406, E.2b.

<sup>119</sup> BGE 138 I 274, E.1.2; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 229.

<sup>120</sup> Adressat der Grundrechte ist der Staat. Sofern eine öffentliche Verwaltungsaufgabe wahrgenommen wird, spielt die Rechtsform des Verwaltungsträgers keine Rolle, und auch ein Privater ist an die Grundrechte gebunden. Dies gilt auch, wenn der Private in privatrechtlicher Form handelt, BGE 139 I 306, E.3.2.2 m. w. H.; statt aller *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 1850 f. und 1854.

<sup>121</sup> *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 229.

<sup>122</sup> *Wiederkehr/Richli* (Fn. 109), N 80; vgl. auch BGE 138 II 134, E.4.5 f.

<sup>123</sup> Vgl. BGE 109 Ib 146, E.2e, bei dem das BGer betreffend eine Vereinbarung zwischen der Bankiervereinigung (VSB), Banken und der Schweizerischen Nationalbank aus dem Vorliegen einer Schiedsklausel auf ein privatrechtliches Verhältnis geschlossen hat.

Die genannten Theorien zielen je auf eine für die Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht entscheidenden Aspekt. Für sich allein genommen vermag keine der Theorien alle Fälle klar einem der Teilrechtsgebiete zuzuordnen, und so verbleibt bei gewissen Ergebnissen eine Unschärfe. Daher wenden Lehre und Praxis die Theorien in Kombination im Sinne eines *Methodenpluralismus* an. Auch wird keiner Theorie a priori Vorrang eingeräumt.<sup>124</sup> Das Bundesgericht prüft «in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, je nach den Regelungsbedürfnissen und den Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen.»<sup>125</sup>

#### 4. Durchbrechungen der Dichotomie

Das Aufsichtsrecht und das Privatrecht verwenden wie dargestellt unterschiedliche Konzepte, um eine Steuerungsfunktion wahrzunehmen.<sup>126</sup> Das Aufsichtsrecht übernimmt die Funktion einer «Programmsteuerung» und verfolgt dabei das Ziel, übergeordnete Gemeinwohlintereessen zu wahren. Das Privatrecht bezweckt hingegen eine «Rahmensteuerung», in der die privaten Interessen verwirklicht werden können.<sup>127</sup> Diese Steuerungsfunktionen bilden den Ausgangspunkt der Dichotomie. Im Recht können Phänomene beobachtet werden, die nicht ausschliesslich der Steuerungsfunktion bzw. Zielsetzung des eigenen Teilrechtsgebiets folgen. Sie entsprechen nicht dem Konzept der Dichotomie und sind Ausdruck der (rechtlichen) Verflechtung der Teilrechtsordnungen.<sup>128</sup>

Im Privatrecht zeigt sich eine breite «Öffnung für originär öffentlich-rechtliche Anliegen»<sup>129</sup>. Es bestehen im zwingenden Privatrecht Beschränkungen der Autonomie, bspw. der Numerus clausus der gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen. Weiter findet im sozialen Privatrecht eine Erweiterung der privatautonomen Grundordnung um das Sozialprinzip statt; bspw. finden sich im Arbeitsvertragsrecht oder Mietrecht Schutzgarantien für die schwächere Vertragspartei in der Form von einsei-

tig zwingenden Privatrechtsnormen.<sup>130</sup> Das Privatrecht bezieht ferner an vielen Stellen das Öffentliche Recht mit ein, z. B. ist gem. Art. 20 Abs. 1 OR ein Vertrag nichtig, der gegen die guten Sitten verstösst, und eine ausservertragliche Haftung besteht nur, wenn der Schaden widerrechtlich ist.<sup>131</sup> Reine Vermögensschäden sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts widerrechtlich, wenn sie unter Verletzung einer Vermögensschutznorm bewirkt werden.<sup>132</sup> Diese Vermögensschutznormen können aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung entspringen, also auch aus dem Öffentlichen Recht.<sup>133</sup> Im Zivilverfahrensrecht sind Relativierungen der privatrechtlichen Prinzipien ebenfalls festzustellen, bspw. gilt die Officialmaxime und der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz für Streitigkeiten um die Belange von (minderjährigen) Kindern.<sup>134</sup>

Ebenso finden sich im Öffentlichen Recht Bezüge zum Privatrecht. Bereits genannt wurde der verwaltungsrechtliche Vertrag, bei dem das Verfügungshandeln der Behörde durch einen konsensualen Vorgang zwischen dem Staat und dem Privaten ersetzt wird.<sup>135</sup> Als privatrechtsgestaltende Verfügungen werden Verwaltungsakte bezeichnet, mit denen Behörden erlaubterweise in die Privatrechtsordnung gestaltend eingreifen.<sup>136</sup> Die öffentlich-rechtliche Verfügung bildet hier Grundlage für das zivilrechtliche Rechtsgeschäft.<sup>137</sup> Eine Verknüpfung von Aufsichts- und Privatrecht besteht des Weiteren im Konzept der Doppelnormen. Doppelnormen stehen zwischen den Teilrechtsgebieten und dienen sowohl privaten als auch zugleich öffentlichen Interessen.<sup>138</sup> Eine gefestigte «Theorie der Doppelnorm» existiert allerdings nicht,<sup>139</sup> eigentlich dürfte es sie nach dem Prinzip der Dichotomie gar nicht geben.

<sup>124</sup> Vgl. BGE 137 II 399, E.1.1; BGE 132 V 303, E.4.4.2; BGE 128 III 250, E.2a.

<sup>125</sup> BGE 132 I 270, E.4.3; vgl. auch BGE 128 III 250, E.2a; BGer 2C\_807/2010 vom 25. Oktober 2011, E.2.2.

<sup>126</sup> Siehe oben II.2.; vgl. auch Fischer (Fn. 16), 91.

<sup>127</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 54), 16 ff. und insbesondere 21 f.; Emmenegger (Fn. 19), 32; Fischer (Fn. 16), 90.

<sup>128</sup> Emmenegger (Fn. 19), 16 f.; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 8.

<sup>129</sup> Emmenegger (Fn. 19), 17.

<sup>130</sup> Vgl. BK OR-Müller (Fn. 57), Einleitung in das OR N 40; Emmenegger (Fn. 19), 18 f. Das zwingende Privatrecht ist eine Zwitform, es schliesst die Privatautonomie vollständig aus, die individuelle Durchsetzung obliegt jedoch dem Berechtigten und nicht der Behörde von Amtes wegen. Vgl. bereits Gygi (Fn. 1), 5.

<sup>131</sup> Art. 41 Abs. 1 OR.

<sup>132</sup> BGE 132 III 122, E.4.1; BGE 129 IV 322, E.2.2.2.

<sup>133</sup> BSK OR I (Fn. 54)-Kessler, Art. 41 N 34a; so auch im deutschen Recht vgl. Röhl/Röhl (Fn. 21), 427. In der Lehre ist zuweilen umstritten, ob die Verhaltenspflichten des FIDLEG als solche vermögensschützende Schutznormen gelten, Abegglen/Luterbacher (Fn. 15), 248 ff.; Flavio Amadó/Rafael de Vecchi/Giovanni Molo, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, AJP 12/2013, 1783 ff., 1800; Baumann (Fn. 15), N 477 ff.; Baumgartner (Fn. 15), 189 ff.; Harald Bärtschi, Finanzmarktregulierung im Fluss, SZW 5/2014, 459 ff., 478; Maurenbrecher (Fn. 19), 583 ff.; Schmid (Fn. 15), 237; Kuert (Fn. 15), 1360.

<sup>134</sup> Art. 296 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 69), § 10 N 32.

<sup>135</sup> Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 1286 ff. m. w. N.

<sup>136</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 1257 ff.

<sup>137</sup> Wiederkehr/Richli (Fn. 109), N 2755. Das in der Lehre meist genannte Beispiel ist die Zuschlagsverfügung im öffentlichen Beschaffungswesen, die Voraussetzung für den Vertragsschluss ist.

<sup>138</sup> Siehe bereits oben II.1.; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 241; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 8 und 11 f.

<sup>139</sup> Wiegand/Burger (Fn. 26), 722.

Auch im finanzmarktrechtlichen Aufsichtsrecht finden sich Bezüge zum Privatrecht: Die sog. «Gewährsvoraussetzungen» sehen vor, dass das Finanzinstitut, die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank bzw. des Finanzinstituts betrauten Personen und qualifizierte Beteiligte, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen.<sup>140</sup> Eine schwere Verletzung von vertraglichen (zivilrechtlichen) Pflichten gegenüber Kunden kann der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeiten entgegenstehen.<sup>141</sup> Weiter steht am Grat zwischen Privat- und Aufsichtsrecht die Selbstregulierung, die als «polyvalenter Begriff» unterschiedliche Arten von Selbstorganisation erfasst.<sup>142</sup> Eine Zuordnung zu Privat- oder Aufsichtsrecht fällt für dieses Phänomen schwer, insbesondere in ihren unterschiedlichen Ausgestaltungen als autonome, obligatorische oder gesteuerte Selbstregulierung.<sup>143</sup>

Ebenfalls eine Wirkung zwischen den Teilrechtsgebieten hat die indirekte Drittwirkung von Grundrechten,<sup>144</sup> die indessen in der deutschen Lehre als «Ausstrahlungswirkung» der Grundrechte bezeichnet wird.<sup>145</sup> Bei der indirekten Drittwirkung von Grundrechten handelt es sich im Unterschied zur Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Privatrecht um eine Wirkung, die normenhierarchisch geprägt ist: Damit wird eine vertikale Wirkung der normenhierarchisch überge-

ordneten Grundrechte auf das Privatrecht beschrieben.<sup>146</sup> Die Ausstrahlungswirkung zwischen den Verhaltensregeln des Aufsichts- und des Privatrechts beschreibt hingegen eine Interaktion zwischen grundsätzlich gleichgeordneten Teilrechtssystemen.<sup>147</sup> Bei dieser Interaktion handelt es sich nicht um eine normenhierarchische Legitimation, sondern um eine gesamtrechtssystematische Einbettung und daher um ein reziprokes Verhältnis.<sup>148</sup>

## 5. Privat- und Aufsichtsrecht im Finanzmarktrecht als Beispiel der wechselseitigen Verzahnung

Die wirtschaftliche Entwicklung an den Finanzmärkten hat mit dem Finanzmarktrecht eine branchenspezifische Rechtsdisziplin hervorgebracht, die aus Normen von mehreren Teilrechtsgebieten besteht.<sup>149</sup> Das Finanzmarktrecht besteht aus öffentlich-rechtlichen, privatrechtlichen und strafrechtlichen Vorschriften.<sup>150</sup> Diese finanzmarktrechtlichen Bestimmungen können in eigentlichen finanzmarktrechtlichen Spezialerlassen enthalten sein, aber auch Teil von nicht finanzmarktrechtlichen Gesetzen sein; bspw. sind Teile des Gesellschaftsrechts bzw. des Vertragsrechts zugleich Bestandteil des Finanzmarkt(privat)rechts.<sup>151</sup> Es wird für das Finanzmarktrecht zu Recht auch von einer «*gebietsübergreifende[n] Disziplin*»<sup>152</sup> gesprochen.<sup>153</sup> Die bestehenden Bestimmungen in den angestammten – nicht rein finanzmarktrechtlichen – Gesetzen werden durch das Finanzmarktrecht nicht ersetzt, sondern durch die finanzmarktrechtlichen Bestimmungen ergänzt und in einen Zusammenhang gesetzt.<sup>154</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind das öffentlich-rechtliche und das privatrechtliche Verfahren auch im Finanzmarktrecht strikt voneinander zu trennen.<sup>155</sup> Dieser Grundsatz wird auch im FIDLEG in Art. 87 Abs. 3 ausdrücklich festgehalten, in dem vorgesehen ist, dass die privatrechtlichen Streitigkeiten durch das zuständige Ge-

<sup>140</sup> Art. 3 Abs. 2 BankG bzw. Art. 11 FINIG.

<sup>141</sup> *Elias Bischof*, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit – Eine Betrachtung des schweizerischen Finanzmarktrechts im Lichte internationaler Standards und des Rechts der Europäischen Union, Zürich/Basel/Genf 2016 (Diss. Basel 2016) = SSFM Bd. 121, N 639 f. und m. w. H. auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der EBK in Anm. 1872 (S. 292); *Beat Kleiner/Renate Schwob*, in: *Bodmer/Kleiner/Lutz* (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 16. Nachlieferung 2005, Zürich, N 194 f. zu Art. 3; SHK FINIG-Schott/Steiner, Art. 11 N 33 ff., in: *Rolf Sethe/René Bösch/Olivier Favre/Ansgar Schott* (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, Zürich/Basel/Genf 2021.

<sup>142</sup> *Thomas Jutzi*, Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung, in: *Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fagnoli/Jolanta Kren Kostiewicz* (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht – Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 197 ff., 197 f.

<sup>143</sup> *Pascal Zysset*, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht – Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen, Zürich/Basel/Genf 2017 (Diss. Bern 2017) = SSFM Bd. 124, N 282 ff.; insbesondere zu den unterschiedlichen Arten der Selbstregulierung *Jutzi* (Fn. 142), 204 ff.

<sup>144</sup> Art. 35 Abs. 3 BV sieht vor, dass Behörden dafür sorgen, dass Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Vgl. allgemein zur Drittwirkung *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 278 ff. Für eine Darstellung der historischen Diskussion in der Schweiz bspw. *Andreas Kley*, Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987–1989, in: *Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali* (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, L'homme et son droit, Zürich 2011, 227 ff., *passim*.

<sup>145</sup> Hier ist insbesondere auf das Urteil Lüth des Bundesverfassungsgerichts hinzuweisen (BVerfGE 7, 198 – Lüth), in dem das Bundesverfassungsgericht eine Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die privatrechtliche Ordnung zwischen Privatpersonen anerkannt hat. Vgl. dazu statt vieler *Bialluch*, (Fn. 16), 5 ff. und 145 ff. m. w. N., sowie mit einer kritischen Analyse *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz, Berlin/New York 1999, 27 ff.

<sup>146</sup> Vgl. *Bialluch*, (Fn. 16), 170 f.; *Fischer* (Fn. 16), 202.

<sup>147</sup> *Fischer* (Fn. 16), 109 f. und 202 f., geht davon aus, dass die Gleichrangigkeit der Normen für eine Ausstrahlungswirkung über die Teilrechtsgebietsgrenzen hinaus vorausgesetzt ist, indes ist u. E. ein solches Kriterium nicht verallgemeinerungsfähig.

<sup>148</sup> Siehe unten III. 2.

<sup>149</sup> *Dieter Zobl/Stefan Kramer*, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, N 19; *Kunz* (Fn. 6), § 3 N 6.

<sup>150</sup> Vgl. *Hopt* (Fn. 3), 431; *FHB Kapitalmarktrecht-Eggen*, N 1.19 ff. und N 1.44 ff., in: *Daniel Lengnauer/Mirjam Eggen/Rodolfo Straub* (Hrsg.), *Fachhandbuch Kapitalmarktrecht*, Zürich/Basel/Genf 2021; *Kunz* (Fn. 6), § 3 N 29 ff.

<sup>151</sup> *Kunz* (Fn. 6), § 3 N 30.

<sup>152</sup> *Zobl/Kramer* (Fn. 149), N 19.

<sup>153</sup> Vgl. *Kunz* (Fn. 6), § 3 N 29.

<sup>154</sup> *Hopt* (Fn. 3), 431 f.; vgl. auch *Zobl/Kramer* (Fn. 149), N 19.

<sup>155</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2, sowie die Urteilsbesprechung von *Bühler/von der Crone* (Fn. 34).

richt oder Schiedsgericht zu beurteilen sind, wobei mit dem «zuständigen Gericht» ausschliesslich die Zivilgerichte gemeint sind.<sup>156</sup>

Einige Regelungen, die sich im Aufsichtsrecht finden, haben eine zivilrechtliche Schwesterregelung, die ein vergleichbares Regelungskonzept vorsieht.<sup>157</sup> Beim Erbringen von Finanzdienstleistungen werden viele Lebenssachverhalte zugleich von aufsichtsrechtlichen und zivilrechtlichen Bestimmungen erfasst, um nur einige Beispiele aufzuzählen: Als Parallelregelung für die aufsichtsrechtliche Eignungs- und Angemessenheitsprüfung von Art. 10 ff. FIDLEG besteht zivilrechtliche Explorationspflicht;<sup>158</sup> für die Herausgabepflicht von Drittschädigungen gem. Art. 26 FIDLEG besteht eine reiche bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Retrozessionen gestützt auf Art. 400 OR;<sup>159</sup> aus der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) können einige Verhaltenspflichten abgeleitet werden, denen, eine explizite Regelung im Aufsichtsrecht, z. B. für die Informationspflicht nach Art. 8 f. FIDLEG, gegenüberstehen.<sup>160</sup> Das Aufsichtsrecht und das Zivilrecht enthalten mithin Regeln zu denselben oder mindestens vergleichbaren Vorgängen betreffend Interaktionen zwischen Finanzdienstleister und Kunde, so dass trotz der Dichotomie der beiden Teilrechtsgebiete in der rechtlichen Betrachtungsweise eine strikte Trennung der Lebensvorgänge im realen Geschehen folglich nicht gegeben ist.

Die Finanzdienstleister haben in ihrer Geschäftstätigkeit mit der gleichzeitigen Erfassung durch beide Teilrechtsgebiete umzugehen und müssen mit ihrem Handeln beiden Verhaltensvorgaben gerecht werden. Entsprechend wird der Finanzdienstleister nicht eine zivilrechtliche Exploration vornehmen, um nach ihrem Abschluss sogleich die aufsichtsrechtliche Eignungsprüfung durchzuführen; ebenso wenig wird er einer aus Art. 398 Abs. 2 OR resultierenden Risikoaufklärung nachkommen und in einem zwei-

ten Schritt seinen Kunden ebenso über Risiken gem. Art. 8 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a FIDLEG aufklären. Der Finanzdienstleister wird vielmehr mit seiner Eignungsprüfung bzw. der Risikoaufklärung den Vorgaben aus beiden Teilrechtsgebieten genügen wollen. Diese Beispiele zeigen die Herausforderung in der Bewertung des Zusammenspiels der Normen aus beiden Teilrechtsgebieten auf.

### III. Ausstrahlungswirkung

#### 1. Ausgangslage

Die «Ausstrahlung» bzw. die «Ausstrahlungswirkung» sind keine gefestigten Begriffe in der (finanzmarktrechtlichen) Rechtsdogmatik. Die Botschaft FIDLEG/FINIG bezeichnet die Ausstrahlungswirkung als einen Effekt, der sich infolge einer «Konkretisierung» von Bestimmungen ergibt,<sup>161</sup> hält sich allerdings ansonsten über die Funktionsweise und den methodologischen Hintergrund dieser Wirkung bedeckt.

Das Konzept der Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Privatrecht muss auf der grundsätzlichen Dichotomie der Teilrechtsgebiete aufbauen, da das Konzept der Doppelnorm explizit verworfen wurde<sup>162</sup> und die Verhaltenspflichten des FIDLEG explizit Öffentliches Recht sind.<sup>163</sup> Es wird in der Lehre richtigerweise vertreten, dass die Ausstrahlungswirkung Teil der Auslegung sein muss<sup>164</sup> und dass sie keinen zwingenden Charakter im Sinne eines Automatismus haben kann.<sup>165</sup> Zur Frage, mit welchen methodologischen Argumenten die Ausstrahlungswirkung begründet werden kann bzw. wie die Funktionsweise der Ausstrahlungswirkung zu beschreiben ist, beschränkt sich die Literatur bisher meist auf kurze Anrisse oder Hinweise.<sup>166</sup> Daher ist es nicht erstaunlich, dass sich das Konzept der Ausstrahlungswirkung den Vorwurf der Vagheit gefallen lassen muss.<sup>167</sup>

In der deutschen Lehre besteht ebenfalls kein gefestigtes Konzept für eine Ausstrahlungswir-

<sup>156</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 9002; SHK FIDLEG (Fn. 15)-Vollenweider/Parigi, Art. 87 N 29.

<sup>157</sup> Siehe bereits oben I.

<sup>158</sup> Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 26 N 9 ff.; SHK FIDLEG (Fn. 15)-Sethe/Fahrländer, Art. 10 N 6 ff.

<sup>159</sup> BGE 139 III 49; BGE 138 III 755; BGE 137 III 393; BGE 132 III 460; siehe aber auch die nichtpublizierte Rechtsprechung in BGer 4A\_427/2011 vom 29. November 2011 und BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002; vgl. zum Ganzen auch Jutzi/Wess (Fn. 15), 80 f.; Corinne Zellweger-Gutknecht, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Rolf Sethe/Thorsten Hens Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013 = SSFM Bd. 108, 213 ff., *passim* mit einem Vergleich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit der Rechtsprechung zum deutschen Recht insbesondere 215 ff.

<sup>160</sup> Sandro Abegglen, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft – Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Bern 1995 (Diss. Bern 1995) = ASR Bd. 573, insbesondere 141 ff. und 163 ff.; Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 25 N 33 ff.; Jean-Marc Schaller, Handbuch des Vermögensverwaltungsrecht – Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, 50 ff.

<sup>161</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921.

<sup>162</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 14 ff.; vgl. Weber (Fn. 34), 409 f.; SHK FIDLEG (Fn. 15)-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 30.

<sup>163</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 2 FIDLEG; Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921.

<sup>164</sup> Abegglen/Luterbach (Fn. 15), 228 und 245; Bertschinger (Fn. 15), 713 f.; Emmenegger/Döbeli (Fn. 15), 649; Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 24 N 178; Kuert (Fn. 15), 1357; Maurenbrecher (Fn. 19), 579 ff.; SHK FIDLEG (Fn. 15)-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 35; Schmid (Fn. 15), 235.

<sup>165</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 14; Kuert (Fn. 15), 1357; SHK FIDLEG (Fn. 15)-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 32; Schmid (Fn. 15), 235.

<sup>166</sup> Abegglen/Luterbach (Fn. 15), 228 und 245; Bertschinger (Fn. 15), 713 f.; Emmenegger/Döbeli (Fn. 15), 649; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 13 f.; Kuert (Fn. 15), 1359 f.; Maurenbrecher (Fn. 19), 579 ff.; SHK FIDLEG (Fn. 15)-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 35; Schmid (Fn. 15), 235; Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 24 N 178.

<sup>167</sup> Weber (Fn. 34), 410.

kung, und es werden unter dem Begriff unterschiedliche Effekte zwischen den Teilrechtsgebieten subsumiert. Bspw. wird die Drittwirkung von Grundrechten in der deutschen Lehre gemeinhin als «Ausstrahlungswirkung» bezeichnet.<sup>168</sup> Auch für eine Wechselwirkung zwischen Bankaufsichtsrecht und Privatrecht wird die Bezeichnung «Ausstrahlungswirkung» verwendet. Hier setzt sich die deutsche Lehre und Rechtsprechung hauptsächlich mit dem Einfluss von Corporate-Governance-Vorgaben auf die Pflichten des Aufsichtsrates und dem Einfluss der Wohlverhaltenspflichten des Gesetzes über den Wertpapierhandel (WpHG) auf das Auftragsrecht auseinander.<sup>169</sup> Auf eine umfassende Darstellung der deutschen Lehre wird an dieser Stelle verzichtet, dennoch wird teilweise auf die deutsche Lehre Bezug genommen.<sup>170</sup>

Nachfolgend wird das Konzept der Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Privatrecht in der Methodologie des Rechts eingeordnet (III. 2.), ihre Wirkungsweise beschrieben und anhand jener Kriterien, die für den Effekt der Ausstrahlungswirkung vorhanden sein müssen, eine Art «Toolbox» erarbeitet (III. 3.). Schliesslich werden noch die Besonderheiten des Aufsichtsrechts als Quelle der Rechtsfindung im Privatrecht (III. 4.) sowie derselben des Privatrechts als Quelle der Rechtsfindung im Aufsichtsrecht aufgegriffen (III. 5.).

## 2. Methodologische Herleitung der Ausstrahlung

### a) Einheit der Rechtsordnung

Mit dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung<sup>171</sup> wird der Kohärenzgedanke verfolgt, wonach eine äussere Widerspruchsfreiheit zwischen der Lehre und Praxis im einen Teilrechtsgebiet zu der Lehre und Praxis im anderen Teilrechtsgebiet bestehen soll. Insofern wird von einem «Gleichklang» gesprochen.<sup>172</sup> Die Einheit der Rechtsordnung kann aus dem Gleichheitsgebot abgeleitet werden und ist Teilge-

halt des allgemeinen Gerechtigkeitspostulats.<sup>173</sup> Sie ist auch das Ergebnis der systematisierenden Tätigkeit der Rechtswissenschaft unter Bezugnahme und Beachtung der bestehenden Regelungs- und Zweckbezüge des Rechts.<sup>174</sup>

Nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung führt die Anwendung einer Rechtsnorm zur Anwendung der gesamten Rechtsordnung als Ganzes.<sup>175</sup> Die Konsequenz der Kohärenz der Gesamtrechtsordnung ist, dass die Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Kontext der Gesamtordnung erfolgen muss.<sup>176</sup> Das Bundesgericht hält im Zusammenhang mit der Auslegung einer Norm fest: «Das Gesetz ist als Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen, wobei dieser Zusammenhang allenfalls gesetzesübergreifend, mit der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen ist.»<sup>177</sup> Mit der Einheit der Rechtsordnung wird das Bestreben ausgedrückt, Widersprüche innerhalb der Gesamtrechtsordnung zu vermeiden und sich widersprechende oder konkurrierende Normzwecke zu einem Ausgleich zu bringen.<sup>178</sup>

Obwohl es aus der vielfältigen Verzahnung von Öffentlichem Recht und Privatrecht ersichtlich ist, dass die Teilrechtsordnungen nicht isoliert nebeneinander bestehen,<sup>179</sup> vermag die Einheit der Rechtsordnung das Prinzip der Dichotomie als Systemmodell nicht als Ganzes dahin gehend zu ersetzen, dass eine Trennung zwischen den Teilrechtsgebieten ganz aufgehoben wird und quasi die Dichotomie durch eine Einheit des Rechts ersetzt wird. Eine vollständige Einebnung auf eine «einzige Einheit» der gesamten Rechtsordnung ist nicht zweckmässig, umgekehrt kann aber aus der Dichotomie keine absolute unüberwindbare Trennung der Teilrechtsgebiete begründet werden.<sup>180</sup> Eine einheitliche Betrachtungsweise darf nicht spezifische Zwecke und Ziele der einzelnen Teilrechtsordnungen derogieren.<sup>181</sup> In anderen Worten: An der Zweiteilung in Teilrechtsordnungen ist auch unter dem Konzept der Einheit der Rechtsordnung

<sup>168</sup> Siehe bereits oben II. 4. und die Verweise auf das Urteil Lüth und die Literatur in Fn. 145. Diese Begrifflichkeit wurde auch teilweise in der Schweizer Lehre übernommen, vgl. Markus Schefer, Kerngehalte von Grundrechten – Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (Habil. Bern 2001), 36, 400 ff., 518 ff. und 559; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, 121.

<sup>169</sup> Benicke (Fn. 16), 474 ff.; Bialluch (Fn. 16), 65 ff. und 142 ff.; Duplois (Fn. 16), 27 ff. und 107 ff.; Fischer (Fn. 16), 87 ff. und 148 ff.; Forschner (Fn. 16), 99 ff. und 113 ff.; Rothenhöfer (Fn. 16), passim; Thaten (Fn. 16), 156 ff.; Weber-Rey (Fn. 16), passim.

<sup>170</sup> Siehe für eine umfassende Darstellung der aktuellen deutschen Lehre Bialluch (Fn. 16), 142 ff.

<sup>171</sup> Grundlegend zum Konzept der Einheit der Rechtsordnung Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.

<sup>172</sup> ZK ZGB-Marti, Art. 6 N 52, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – Einleitung – 1. Teilband – Art. 1 – 7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-Bearbeiter/-in, Art. ... N ...); BK ZGB (Fn. 21)-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N 245 m. w. N.

<sup>173</sup> Claus Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983 (zit. Canaris, System), 16 f.

<sup>174</sup> Larenz (Fn. 198), 156; vgl. auch Canaris, Methodenlehre (Fn. 173), 17.

<sup>175</sup> Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl., Heidelberg 1999, N 486.

<sup>176</sup> Emmenegger (Fn. 19), 26 f.; vgl. auch Dagmar Felix, Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998 (Habil. Passau 1997) = Jus publicum Bd. 34, 5 ff.

<sup>177</sup> BGE 120 II 112, E.3b.

<sup>178</sup> Felix (Fn. 176), 5 ff.; vgl. auch Kramer (Fn. 168), 92 ff.

<sup>179</sup> Siehe bereits bei Gygi (Fn. 1), 7: «Heute erkennen aufmerksame Beobachter eine Annäherung der beiden Rechtsgebiete sowie eine beinahe unentwärtliche Vermischung und Vermengung der Typen.» Vgl. auch Brückner (Fn. 20), 36 f.

<sup>180</sup> BGE 129 III 161, E.2.6: «[D]ie Einheit der Rechtsordnung [verbieht] ein beziehungsloses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht [...]»

<sup>181</sup> Felix (Fn. 176), 403 f.

festzuhalten. Es ist vielmehr mehrdeutig und vielschichtig; dies widerspiegelt sich ferner in der Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>182</sup> Die Vielfältigkeit der verfolgten Zielsetzungen der Teilrechtsordnungen und der einzelnen Normen limitieren das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung. Es muss aufgrund der unterschiedlichen Steuerungsfunktionen bzw. -elemente die Möglichkeit von Differenzen oder sogar Widersprüchlichkeiten der unterschiedlichen Teilrechtsordnungen anerkannt werden.<sup>183</sup>

Das Prinzip einer einheitlichen Rechtsordnung legt den Grundstein für die Wechselbeziehungen zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht – die weiterhin nebeneinander bestehen – und wirkt einer Kakophonie der Teilrechtsordnungen entgegen.<sup>184</sup> Unter dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung werden die Teilrechtsordnungen in einen gerechten, koordinierten und schonenden Ausgleich gebracht, bei dem die Regelungsziele der Teilrechtsordnungen zu respektieren sind.<sup>185</sup> Werden Normen angewendet, sind die Normen des anderen Teilrechtsgebiets «*insofern mitzubedenken, als die Einheit der Rechtsordnung ein beziehungsloses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht verbietet.*»<sup>186</sup> Die Normen der Teilrechtsgebiete müssen folglich im Einklang mit der Gesamtrechtsordnung angewendet werden, was sodann einen Ausgleich mit den Normen aus den anderen Teilrechtsgebieten erfordert. Das Ergebnis dieses Ausgleichs ist der Effekt der Ausstrahlungswirkung.

#### b) Prinzip der wechselseitigen Auffangordnungen

Nach dem Prinzip der wechselseitigen Auffangordnungen<sup>187</sup> wird die Dichotomie zwischen den Teilrechtsgebieten als wandlungsfähig und historisch kontingent verstanden.<sup>188</sup> Konzeptionell geht dieses Prinzip von einem funktionalen Verständnis der Unterscheidung der Teilrechtsordnungen aus. Funktional insofern, als die oben erwähnten Steue-

rungsfunktionen des Privat-<sup>189</sup> und Aufsichtsrechts<sup>190</sup> als Steuerungstechniken komplementär wirken.<sup>191</sup> Das Prinzip knüpft an die unterschiedlichen Steuerungsleistungen der Teilrechtsgebiete an und greift für Regelungsbedürfnisse, die durch eine Teilrechtsordnung nicht erfüllt werden können, auf die Gestaltungselemente der anderen Teilrechtsordnung zurück, die so «aufgefangen» werden. Privatrecht und Öffentliches Recht werden als wechselseitige Auffangordnungen so verstanden, dass sie sich gegenseitig beeinflussen, stützen und ergänzen.<sup>192</sup>

Die Zweiteilung bzw. die Dichotomie der Teilrechtsgebiete bleibt beim Konzept der wechselseitigen Auffangordnungen bestehen, jedoch werden die Steuerungsfunktionen ins Zentrum der Überlegung gestellt. Dem Privatrecht kommt die Steuerungsfunktion im Sinne einer «Rahmenordnung» zu, die eine Konfliktlösung der Parteien nur begleitet.<sup>193</sup> Das Öffentliche Recht wird hingegen als eine Normierung der «Programmsteuerung» verstanden, die final die Verwirklichung von verfassungsmässigen Wertvorgaben (bspw. dem Verhältnismässigkeitsprinzip), die im Zweifel autoritativ durchgesetzt werden, bezweckt.<sup>194</sup> Legitimiert wird das Konzept der wechselseitigen Auffangordnungen über eine Normrelation, d. h. mit der grundsätzlichen Beziehung der Normen innerhalb des Rechts.<sup>195</sup> Insofern werden die Teilrechtsordnungen als zwei korrespondierende Pole verstanden.<sup>196</sup> Das Konzept wird in der Schweiz insbesondere von *Emmenegger* vertreten, die sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Einheit der Rechtsordnung bezieht.<sup>197</sup> Auch mit diesem Prinzip lässt sich eine Ausstrahlungswirkung zwischen den Teilrechtsgebieten begründen.

#### c) Auslegungsmethode

«[D]ie Anwendung der Gesetzesregeln [ist] nichts anderes als eine logische Subsumtion unter begrifflich geformte Obersätze».<sup>198</sup> Mittel zur Anwen-

<sup>182</sup> *Emmenegger* (Fn. 19), 28, mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts. *Emmenegger* attestiert der Figur der Einheit der Rechtsordnung auch eine «oszillierende Wertigkeit».

<sup>183</sup> *Fischer* (Fn. 16), 93.

<sup>184</sup> Siehe dazu sogleich, III.1c); *Kramer* (Fn. 168), 99 f.

<sup>185</sup> BGE 126 III 223, E.3c; *Fischer* (Fn. 16), 92; siehe auch *Brückner* (Fn. 20), 47 f.

<sup>186</sup> BGE 132 III 49, E.2.2; BGE 129 III 161, E.2.6.

<sup>187</sup> Grundlegend zum Prinzip der wechselseitigen Auffangordnungen *Schmidt-Aßmann* (Fn. 54), *passim*; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 261 ff.

<sup>188</sup> Im Unterschied der noch von *Radbruch* vertretenen apriorischen Interpretation der Dichotomie, *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, § 16 122: «Die Begriffe ‚privates‘ und ‚öffentliches Recht‘ sind nicht positivrechtlich Begriffe [...], sie gehen vielmehr logisch jeder Rechtserfahrung voran und verlangen für jede Rechtserfahrung von vornherein Geltung. Sie sind apriorisch Rechtsbegriffe.» Zit. nach *Emmenegger* (Fn. 19), Anm. 121 (31).

<sup>189</sup> Siehe oben II.2.a) *in fine* und II.4.

<sup>190</sup> Siehe oben II.2.b) *in fine* und II.4.

<sup>191</sup> *Emmenegger* (Fn. 19), 31.

<sup>192</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 54), 8 m. w. N.; *Hoffmann-Riem* (Fn. 187), 271.

<sup>193</sup> Vgl. *Emmenegger* (Fn. 19), 32.

<sup>194</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 54), 21; vgl. auch *Emmenegger* (Fn. 19), 32.

<sup>195</sup> BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 186 Anm. 486.

<sup>196</sup> *Michael Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: *Michael Stolleis* (Hrsg.), Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2001, 253 ff., 282.

<sup>197</sup> *Emmenegger* (Fn. 19), 7 ff.; BK OR-*Weber/Emmenegger*, Vorbemerkungen zu Art. 97 – 109 N 134 und insbesondere Anm. 266 (S. 58), in: *Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller* (Hrsg.), Berner Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht – Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109 OR, 2. Aufl., Bern 2020.

<sup>198</sup> *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979, 154 (Herv. im Original).

dung der Gesetzesregeln ist die Auslegung, mit welcher der Gesetzestext für die anschliessende Subsumtion fruchtbar gemacht wird. Mit der Auslegung macht sich der Auslegende den Sinn des Gesetzes, das ihm *«problematisch geworden ist»*, verständlich.<sup>199</sup> Die Auslegung ist folglich ein notwendiger Schritt in der Anwendung der Gesetznorm. Sowohl für das Aufsichtsrecht als auch für das Privatrecht gelten dieselben allgemeinen Auslegungsregeln.<sup>200</sup> Traditionell werden nach *Savigny* vier Auslegungselemente unterschieden: das sprachlich-grammatikalische, das historische, das systematische und das teleologische Element.<sup>201</sup> Das Bundesgericht spricht sich abteilungsübergreifend für diesen Vierklang der sich aus Art. 1 Abs. 1 ZGB ergebenden Auslegungselemente aus. Ausserdem wendet das Bundesgericht kein Element prioritär an, sondern hält fest, dass keine Hierarchie der Auslegungsmethoden besteht (sog. Methodenpluralismus).<sup>202</sup>

Mit der systematisch-grammatikalischen Auslegungsmethode wird versucht, aus dem geschriebenen Recht anhand des «Wortsinns» bzw. der Semantik einen Normsinn zu entnehmen.<sup>203</sup> Für das historische Auslegungselement, das im Grundsatz die auszulegende Norm in ihre zeitliche Relation stellen will, besteht ein Interpretationsstreit, welche historische Perspektive dabei massgeblich sein soll. Vertreten wird eine subjektiv-historische<sup>204</sup>, eine objektiv-historische<sup>205</sup> und eine objektiv-geltungszeitliche<sup>206</sup> Interpretation. Das Bundesgericht folgt nicht klar einer dieser Theorien.<sup>207</sup> Ziel der teleologischen Interpretationsmethode ist

es, den rechtspolitischen Zweck, der der Norm zugrunde liegt, zu erforschen; schliesslich verlangt die teleologische Auslegung vom Rechtsanwender, dass er sich nicht sklavisch und wertungsblind am Wortlaut orientiert.<sup>208</sup> Am systematischen Auslegungselement ist es, die auszulegende Norm in das Gesamtgefüge des Rechts zu setzen.<sup>209</sup> Die Wirkung zwischen den Teilrechtsgebieten gehört zum systematischen Auslegungselement.

In der systematischen Betrachtung sind nicht nur systembildende Elemente zu berücksichtigen, denn nur mit einem System und einem Verständnis vom Gesamtplan des Regelwerks sowie der Absicht des Gesetzgebers ist das funktionale Ineinandergreifen zu begründen, bzw. es lässt sich daraus eine Erkenntnis für die Auslegung ableiten. Die systematischen Argumente zu dieser Betrachtungsweise haben daher immer auch ein teleologisches Element und sind daher systematisch-teleologischer Natur.<sup>210</sup> In der systematischen Betrachtungsweise wird zwischen dem äusseren System, das aus der formal-logischen Einordnung der Norm eine Erkenntnis für die Auslegung gewinnen will, und dem inneren System, das aus dem funktionalen Zusammenspiel der Normen und der Regelungszwecke Erkenntnisse gewinnen will, unterschieden.<sup>211</sup> Die systematische Stellung einer Gesetzesnorm im Gesetz, der Regelungszusammenhang und das Verhältnis zu allgemeinen Prinzipien hat Einfluss auf ihren Normsinn und des Weiteren auf die einzelnen Normbestandteile.<sup>212</sup> Die Normen stehen nicht allein und unabhängig voneinander, sondern sind als Gesamtgefüge im «äusseren System» zu interpretieren.<sup>213</sup> Dieses «Sinngefüge», das sich aus der Norm in Verbindung mit ihrer systematischen Einordnung ergibt, ist Teil ihres Kontextes.<sup>214</sup> Dazu gehört die Stellung einer Vorschrift bzw. die formale Einordnung in einem bestimmten Gesetz, Titel, Abschnitt, Kapitel etc.<sup>215</sup> Das «innere System»<sup>216</sup> baut auf dem funktionalen Zusammenspiel der Rechtsnormen

<sup>199</sup> *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995 (zit. *Canaris*, Methodenlehre), 133.

<sup>200</sup> Für das Aufsichtsrecht: BGE 144 II 121, E.3.4; BGE 141 V 197, E.5.2; BGE 138 V 23, E.3.4.1; BGE 137 V 13, E.5.1. Für das Zivilrecht: BGE 140 III 501, E.4; BGE 138 III 359, E.6.2; BGE 137 III 470, E.6.4. Dass die Auslegungslehre auch im Öffentlichen Recht gilt, war noch bis nach der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung, siehe bspw. *Gygi* (Fn. 1), 45 ff.

<sup>201</sup> *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts – Bd. I, Berlin 1840, 213.

<sup>202</sup> Vgl. *Wiederkehr/Richli* (Fn. 109), N 936 ff.; BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 108, 110 und 182 m. w. H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>203</sup> *Kramer* (Fn. 168), 67 ff.

<sup>204</sup> Hiernach wird nach dem wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers gefragt. Siehe statt vieler BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 167 f.

<sup>205</sup> In der objektiv-historischen Interpretation soll nach der objektiv zu verstehenden Bedeutung der Norm zur Zeit ihrer Entstehung gefragt werden. Mit der Bezugnahme auf den gesamten historischen Kontext, d. h. auch den politischen, ideologischen, sozialen und ökonomischen, soll der wirkliche Wille des Gesetzes ermittelt werden. Siehe statt vieler *Kramer* (Fn. 168), 139 f.

<sup>206</sup> Mit der objektiv-geltungszeitlichen Interpretation soll die Norm nach dem objektiven Sinn der verwendeten Worte, der Systematik und der gegenüber dem Entstehungszeitpunkt oft veränderten zeitgemässen Zwecküberlegung ausgelegt werden. Siehe statt vieler *Kramer* (Fn. 168), 139 f.; BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 173 ff.

<sup>207</sup> *Bettina Hürlimann-Kaup*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014 bis 2017 – Veröffentlichung in den Bänden 140 bis 143, ZBJV 155 (2019), 79 ff., 81 und 86 f.; *Kramer* (Fn. 168), 142 ff.

<sup>208</sup> *Kramer* (Fn. 168), 171 ff.

<sup>209</sup> *Kramer* (Fn. 168), 99 ff.

<sup>210</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 199), 158 f.; BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 255.

<sup>211</sup> ZK ZGB (Fn. 172)-*Dürr*, Art. 1 N 151 f.; BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 250 ff. (Äussere Systematik) N 255 ff. (Innere Systematik) beide m. w. N.; vgl. auch *Larenz/Canaris* (Fn. 199), 148 f. und 264 ff. (Äusseres System) sowie 302 ff. (inneres System).

<sup>212</sup> *Röhl/Röhl* (Fn. 21), 623.

<sup>213</sup> *Kramer* (Fn. 168), 99. Auch bereits den römischen Digesten ist zu entnehmen, *Celsus*, Dig.1, 3, 24: «*Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare*» («Es geht nicht an, unter Herauslösung eines Teilchens des Gesetzes zu urteilen, ohne das Ganze zu überschauen»). Zitiert nach *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., München 2007, 101.

<sup>214</sup> *Kramer* (Fn. 168), 99 f.

<sup>215</sup> *Canaris*, System (Fn. 173), 90 f.; BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 250 ff.

<sup>216</sup> *Canaris*, System (Fn. 173), 91.

und der Ratio der Normen auf.<sup>217</sup> In dieser inneren (systematischen) Vernetzung der Rechtsordnung sind auch die Teilrechtsordnungen miteinander verbunden. Diese Verbindung ist in der methodologischen Betrachtungsweise Ausfluss aus dem Konzept der Einheit der Rechtsordnung und Teil der systematischen Auslegung. Die im Gesamtsystem des Rechts miteinander verbundenen Normen sind mitzuberücksichtigen. Dabei sind die unterschiedlichen Zwecke, welche die Normen und die Teilrechtsgebiete verfolgen, zu beachten. Auch das Bundesgericht sieht die Bedeutung des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung dort, wo sich die Teilrechtsgebiete überschneiden: «Dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung kommt namentlich im Schnittstellenbereich verschiedenartiger Rechtsgebiete Bedeutung zu.»<sup>218</sup>

Die systematisch-teleologische Einordnung einer Norm kann den Zusammenhang von einzelnen Vorschriften oder Regelungskomplexen innerhalb eines Gesetzes, die Verbindung zwischen den Vorschriften verschiedener Gesetze bzw. dem Zusammenspiel einer Regel oder eines Regelungskomplexes in der betroffenen Teilrechtsordnung berücksichtigen.<sup>219</sup> Die systematisch-teleologische Betrachtungsweise berücksichtigt so inhaltliche Verkoppelungen zwischen verschiedenen Teilrechtsgebieten. Anhaltspunkt für die Berücksichtigung bildet die Verwendung identischer Begriffe, die Schaffung gleichlautender Regelungen, die Adressierung des gleichen Lebenssachverhalts oder die gesetzliche bzw. gesetzgeberische Verweisung.<sup>220</sup>

d) *Ausstrahlung als Ergebnis der systematisch-teleologischen Auslegung*

Wie ausgeführt lässt die systematisch-teleologische Auslegungsmethode eine Beeinflussung von Normen über die Teilrechtsgebietsgrenze zu. Die Ausstrahlungswirkung selbst ist u. E. methodologisch nicht ein eigenständiges Konzept bzw. ein eigenständiger Vorgang, sondern sie ist Ergebnis des methodischen Vorgangs der systematisch-teleologischen Auslegung.<sup>221</sup> Ob nun die Berück-

sichtigung von verwandten Normen aus anderen Teilrechtsgebieten im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung aus dem Konzept der Einheit der Rechtsordnung oder als Ausfluss der Theorie der wechselseitigen Auffangordnungen hergeleitet wird, hat nach der hier vertretenen Auffassung nur eine dogmatische Bedeutung. Für die Funktions- und Wirkungsweise der Ausstrahlungswirkung hat sie keine Relevanz.<sup>222</sup>

Ausstrahlungswirkung – im Sinne der Wirkung zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht bei Finanzdienstleistungen – ist nach der hier vertretenen Auffassung als Ergebnis der systematisch-teleologischen Auslegung zu verstehen. Die Ausstrahlung wirkt so, dass Normen, die in einer systematischen Verbindung stehen, in einen Sinn- und Wertzusammenhang gebracht werden.<sup>223</sup>

Die Ausstrahlungswirkung vermag es u. E. nicht, einen klaren Wortlaut einer Bestimmung in einem Sinne *contra legem* zu übersteuern und Pflichten über die Grenzen der Teilrechtsgebiete zu transferieren.<sup>224</sup> Ist im einen Teilrechtsgebiet eine Pflicht vorgesehen, die im anderen Teilrechtsgebiet fehlt, so darf daraus allein nicht geschlossen werden, dass es sich um eine Lücke *praeter verba legis* handelt,<sup>225</sup> die mittels einer Ausstrahlung vom einen in das andere Teilrechtsgebiet geschlossen werden kann bzw. muss. Die Begründung von neuen Pflichten über eine Ausstrahlung *modo legislatoris* in Analogieschluss soll nicht möglich sein.<sup>226</sup> In anderen Worten können mittels Ausstrahlungswirkung keine neuen privatrechtlichen oder aufsichtsrechtlichen Pflichten geschaffen werden,<sup>227</sup> wobei im Aufsichtsrecht diesem Vorgang zudem das Legalitätsprinzip entgegensteht.<sup>228</sup> Würde eine Lückenfüllung per Ausstrahlungswirkung angenommen, entstünde die Kons-

---

rechtliche Regelung das Subjekt der Ausstrahlungswirkung sein kann und insbesondere die «Wirkung» bzw. das «Wirken» die Ausstrahlungswirkung auf einen «gegenwärtigen (bereits durch den Rechtsanwender festgestellten oder «gefundenen») Rechtszustand beschreibenden Begriff» eingrenzt.

<sup>222</sup> Vgl. *Oppitz* (Fn. 221), 435.

<sup>223</sup> *Weber-Rey* (Fn. 16), 565 f.; vgl. auch *Bialluch*, (Fn. 16), 187: «[Z]wei oder mehr Rechtsquellen dergestalt miteinander in Beziehung stehen, dass die für die eine (das Ausstrahlungssubjekt) durch Auslegung bewirkte Konkretisierung bei der Auslegung einer anderen (dem Ausstrahlungsobjekt) herangezogen und unter notwendigen Anpassungen übertragen wird.»

<sup>224</sup> So auch *Rothenhöfer* (Fn. 16), 73 f.

<sup>225</sup> Teilweise auch «echte» Lücke genannt. Eine Lücke *praeter verba legis* liegt vor, wenn die bis zur Grenze des Wortsinns interpretierte Norm keine positive Antwort auf eine Rechtsfrage enthält. *Kramer* spricht auch von «offenen Lücken», siehe zum Ganzen *Kramer* (Fn. 168), 201 ff.

<sup>226</sup> Gl. A. *Bialluch*, (Fn. 16), 70; vgl. für die Lückenfüllung *modo legislatoris*, BSK ZGB I-Honsell, Art. 1 N 12, in: *Thomas Geiser/Christina Fountoulakis* (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I – Art. 1 – 456 ZGB*, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/-in, Art. ... N ...).

<sup>227</sup> *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 16; *Jutzi/Wess* (Fn. 15), 85; vgl. Auch *Maurenbrecher* (Fn. 19), 579.

<sup>228</sup> Siehe ausserdem zum Einfluss des Legalitätsprinzips unten III. 5.

<sup>217</sup> BK ZGB (Fn. 172)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 250 ff. *Canaris* beschreibt die Auslegung aus dem inneren System als «die Fortsetzung der teleologischen Auslegung oder besser nur eine höhere Stufe innerhalb dieser, – eine Stufe, auf der von der «ratio legis» zur «ratio iuris» fortgeschritten wird; und wie der teleologischen Auslegung ganz allgemein so kommt somit der Argumentation aus dem inneren System des Gesetzes der höchste Rang unter den Auslegungsmittel zu.» *Canaris*, System (Fn. 173), 91.

<sup>218</sup> BGE 143 II 8, E. 7.3.

<sup>219</sup> BGE 143 II 8, E. 7.3; BGE 122 III 308, E. 2. b; BGE 120 II 112, E. 3. b; vgl. ZK ZGB (Fn. 172)-*Dürr*, Art. 1 N 154; *Kramer* (Fn. 168), 102.

<sup>220</sup> BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 257.

<sup>221</sup> *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 14; *Schmid* (Fn. 15), 235; *Martin Oppitz*, Kapitalmarktaufsicht, Wien 2017 (Habil. Klagenfurt 2013), 435. Vgl. auch *Fischer* (Fn. 16), 109 f.; *Bialluch*, (Fn. 16), 163 ff., der über eine semantisch-grammatikalische Analyse des Begriffs «Ausstrahlungswirkung» zum Ergebnis kommt, dass nur eine

tellation, dass mit der Verabschiedung des Aufsichtsrechts eine Lücke im Privatrecht geschaffen wird, was abzulehnen ist.

### 3. Funktionsweise der Ausstrahlungswirkung

Die Ausstrahlung wirkt immer innerhalb der systematisch-teleologischen Auslegung.<sup>229</sup> Für eine Ausstrahlungswirkung wird vorausgesetzt, dass innerhalb der konkret auszulegenden Norm genügend Raum für eine Auslegung verbleibt. Die auszulegende Bestimmung muss im Rahmen ihrer äusseren Wortlautgrenze (extensive Auslegung) einen genügenden Interpretationsbereich belassen.<sup>230</sup> Dieser Raum wird bei der Ausstrahlung mit der systematisch-teleologischen Berücksichtigung einer Norm aus einem anderen Teilrechtsgebiet ausgefüllt. In der umgekehrten Perspektive, vom ausstrahlenden Teilrechtsgebiet aus betrachtet, kann diese auslegungsbedürftige Norm mit genügend Auslegungsspielraum als «Einfallstor» in das andere Teilrechtsgebiet bezeichnet werden.<sup>231</sup> Verbleibt bei einer Norm kein Auslegungsspielraum, ist eine Ausstrahlungswirkung auf diese Norm nicht möglich.

Neben dem «Einfallstor» ist für den Effekt der Ausstrahlung notwendig, dass eine Regelung im anderen Teilrechtsgebiet besteht, die selbst genügend konkret ist. Diese Norm kann sich entweder aufgrund ihrer Vergleichbarkeit oder aufgrund ihrer klaren Unterscheidung zu der auszulegenden Norm für eine Ausstrahlung empfehlen.<sup>232</sup> Als Ausstrahlungssubjekt kann die ausstrahlende Norm selbst herangezogen werden, d. h. das Auslegungsergebnis, sowie die legitime Praxis, die zu der im konkreten Fall ausstrahlenden Norm besteht. Das Ausstrahlungssubjekt muss dabei eine grössere Regelungsdichte als die auszulegende Norm aufweisen.<sup>233</sup> Mithin muss die Interpretation der ausstrahlenden Norm oder ihrer Praxis zu einem Erkenntnisgewinn führen, der in der Konkretisierung des Ausstrahlungsobjekts verwendet werden kann. Hier wird teilweise von einem «Potenzgefälle» gesprochen, das vorhanden sein muss.<sup>234</sup> Kann bspw. festgestellt werden, dass die Regelungen beider Teilrechtsgebiete die gleiche Regelungsdichte aufweisen, verbleibt für eine systematisch-teleologische Interpretation kein Raum.

Dieser Schluss wird klarer, wenn der Fall herangezogen wird, in dem in beiden Teilrechtsgebieten eine inhaltlich identische Regelung besteht; hier vermag die kongruente Norm keine Ausstrahlung entfalten – bzw. es fehlt am Auslegungsspielraum und damit am «Einfallstor». Anders ist die Situation zu bewerten, wenn die Normen zwar in ihrer Regelungsdichte gleich sind, sich jedoch widersprechen. In einem solchen Fall kann sich u. E. in bestimmten Fällen eine Ausstrahlung entfalten, sofern ein «Einfallstor» gegeben ist.

Auf das Verhältnis von FIDLEG und Privatrecht übertragen, müssen die ausstrahlende Norm und die auszulegende Norm insofern den gleichen Regelungsgegenstand betreffen, als dass die Normen denselben Lebenssachverhalt im Geschäftsverhalten zwischen Finanzdienstleister und Kunde adressieren; es muss ein Regelungszusammenhang bestehen. Indes kann eine Ausstrahlungswirkung über denselben Regelungsgegenstand hinaus nicht bestehen, da in einem solchen Fall eine systematische Verbindung fehlt.<sup>235</sup> Das bedeutet, dass im Bereich der Verhaltenspflichten des FIDLEG eine Ausstrahlungswirkung ausserhalb des vertraglichen Pflichtenexus nicht möglich ist, da zivilrechtlich grundsätzlich keine ausservertraglichen Verhaltenspflichten gelten.<sup>236</sup> Die Verhaltenspflichten des FIDLEG können also nur auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Finanzdienstleister und dem Kunden und nicht darüber hinaus ausstrahlen. Eine Ausstrahlung der privatrechtlichen Vorschriften auf eine aufsichtsrechtliche Pflicht, die nicht zwischen Kunde und Finanzdienstleister wirkt, sondern zwischen Finanzdienstleister und Aufsichtsbehörde, muss daher auch ausgeschlossen werden.<sup>237</sup>

Die Voraussetzungen für eine Ausstrahlungswirkung lassen sich somit auf folgende Punkte zusammenfassen:

- Norm als «Einfallstor» mit verbleibendem Auslegungsspielraum;
- Konkrete ausstrahlende Norm;
- Potenzgefälle zwischen den Normen;
- Regelungszusammenhang zwischen den Normen.

Der Umfang der Ausstrahlungswirkung ist vor erfolgter Auslegung der Norm unbestimmt.<sup>238</sup> Zu dieser Unbestimmtheit kommt hinzu, dass die Normen der Teilrechtsgebiete individuell ausgelegt

<sup>229</sup> Siehe oben III. 2. d); *Rothenhöfer* (Fn. 16), 73 f.

<sup>230</sup> BK ZGB (Fn. 21)-*Emmenegger/Tschentscher*, Art. 1 N 227; BSK ZGB I (Fn. 226)-*Honsell*, Art. 1 N 12.

<sup>231</sup> *Bertschinger* (Fn. 15), 713; *Bialluch*, (Fn. 16), 72; *Jutzi/Wess* (Fn. 15), 85; *Kuert* (Fn. 15), 1359; vgl. auch *Weber-Rey* (Fn. 16), 567, die von einem «ausstrahlenden» Regelungssatz spricht.

<sup>232</sup> *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 14; *Wiederkehr/Richli* (Fn. 109), N 990.

<sup>233</sup> *Weber-Rey* (Fn. 16), 567.

<sup>234</sup> *Bialluch*, (Fn. 16), 171.

<sup>235</sup> *Rothenhöfer* (Fn. 16), 73 f.; *Bialluch*, (Fn. 16), 70.

<sup>236</sup> Für die Auseinandersetzung, ob es sich bei den auftragsrechtlichen Verhaltenspflichten um vorvertragliche oder vertragliche Pflichten handelt, siehe Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-*Sethe*, § 27 N 58 m. w. N. Für die Ausstrahlungswirkung ist diese Diskussion unbedeutend.

<sup>237</sup> *Rothenhöfer* (Fn. 16), 74.

<sup>238</sup> *Amadó* (Fn. 15), 997; *Baumann* (Fn. 15), N 30; *Bühler/von der Crone* (Fn. 34), 570; *Jutzi/Eisenberger* (Fn. 1), 14; *Maurenbrecher* (Fn. 19), 568; *Weber* (Fn. 34), 410.

werden und daher divergierende Resultate möglich sind.<sup>239</sup> Hier setzt die Kritik am Konzept der Ausstrahlungswirkung an, da sich die Wirkungsintensität der Ausstrahlung im Vorfeld nicht abschätzen lässt und überdies zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, was Rechtsunsicherheit mit sich bringt.<sup>240</sup> In ihrem Umfang wird die Ausstrahlungswirkung durch die Wortlautgrenze der als «Einfallstor» dienenden Norm begrenzt.<sup>241</sup> Dass das eine Teilrechtsgebiet das andere Teilrechtsgebiet über eine Ausstrahlung im Umfang begrenzt, wie das teilweise in der deutschen Lehre zu der Ausstrahlung des WpHG vertreten wird,<sup>242</sup> kann u. E. für das Verhältnis zwischen FIDLEG und OR nicht angenommen werden. Die Ablehnung einer Begrenzungswirkung kann aus dem Prinzip der Dichotomie hergeleitet werden, da die Teilrechtsgebiete grundsätzlich selbstständig zu betrachten sind. Ausserdem besteht keine zwingende Ausstrahlungswirkung,<sup>243</sup> sodass konsequenterweise auch eine Begrenzungsfunktion nur fakultativ sein müsste, was aus logischen Überlegungen sinnfremd scheint. Schliesslich fehlt für eine beschränkende Wirkung die Entscheidung des Gesetzgebers für eine solche.<sup>244</sup>

#### 4. Aufsichtsrecht als Quelle der Rechtsfindung im Privatrecht

Das Privatrecht unterscheidet gem. Lehre und Rechtsprechung bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen zwischen dem Execution-only-Geschäft, der Anlageberatung sowie der Vermögensverwaltung.<sup>245</sup> Das Execution-only-Geschäft ist gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung die blosser Konto-Depot-Beziehung.<sup>246</sup> Beim Anlageberatungsverhältnis steht der Finanzdienstleister dem Kunden beratend zur Seite, dieser trifft jedoch

den Anlageentscheid selbst. Bei der Anlageberatung wird im Privatrecht weiter zwischen der punktuellen Anlageberatung und der umfassenden bzw. dauernden Anlageberatung unterschieden.<sup>247</sup> Beim Vermögensverwaltungsverhältnis wird der Anlageentscheid nach Massgabe einer Anlagestrategie auf den Vermögensverwalter übertragen.<sup>248</sup>

Für das anwendbare Recht ist im Execution-only-Geschäft zu differenzieren: Die Ausführung von Börsengeschäften ist kommissionsrechtlich, die Konto-Depot-Beziehung kann hinterlegungs- und darlehensrechtliche Züge aufweisen,<sup>249</sup> wobei bei ersterem wiederum subsidiär fast ausschliesslich Auftragsrecht anzuwenden ist.<sup>250</sup> Die auftragsrechtlichen Pflichten beschränken sich allerdings im Grundsatz auf die korrekte Abwicklung der Transaktion, darüber hinaus bestehen Pflichten nur im Ausnahmefall.<sup>251</sup> Das Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunde ist bei der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung dem Auftragsrecht zuzuordnen.<sup>252</sup>

Das Auftragsrecht sieht nur generalklauselartige Verhaltenspflichten vor. Nach Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber «für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts» und nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, «auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzugeben und alles, was ihm infolge derselben aus irgend einem Grunde zugekommen ist, zu erstatten.» Der Umfang der auftragsrechtlichen Verhaltenspflichten ergibt sich jedoch nicht einfach abstrakt aus den anwendbaren Normen. Bei der Beurteilung sind vielmehr die besonderen Umstände des Einzelfalls, die durch eine umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung bestimmt sind,<sup>253</sup> zu berücksichtigen.<sup>254</sup> Diese zivilrechtlichen Verhal-

<sup>239</sup> Reiser (Fn. 30), N 201.

<sup>240</sup> Assmann (Fn. 33), 53; Baumann (Fn. 15), N 30; Reiser (Fn. 30), N 201; Weber (Fn. 34), 410.

<sup>241</sup> Rothenhöfer (Fn. 16), 73 f.; Bialluch, (Fn. 16), 70 und 180.

<sup>242</sup> Assmann (Fn. 33), 51 ff.; Mülbart, Auswirkungen der MiFID-Rechtsakte für Vertriebsvergütungen im Effektagengeschäft der Kreditinstitute, ZHR 172 (2008), 171 ff., 176 ff. Forschner spricht dabei auch von einer «negativen Ausstrahlungswirkung» vgl. Forschner (Fn. 16), 123 ff.

<sup>243</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 14; Kuert (Fn. 15), 1357; SHK FIDLEG (Fn. 15)-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 32; Schmid (Fn. 15), 235.

<sup>244</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921: «Der Zivilrichter beurteilt das zivilrechtliche Verhältnis nach wie vor gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen. Zur Konkretisierung dieser Vorschriften kann er jedoch die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG heranziehen.» (Herv. durch die Verf.).

<sup>245</sup> Vgl. BGE 144 III 155, E.2.1; BGE 138 III 755, E.5.5; BGE 133 97, E.7.1; für die Lehre m. w. H. Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 18; Monika Roth, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz: rechtliche Regelungen, Standes- und Verhaltensregeln für Banken im Private Banking, 4. Aufl., Zürich 2016, 71 ff.

<sup>246</sup> BGE 144 III 155, E.2.1; BGE 133 III 97, E.7.1; BGER 4A\_436/2016 vom 7. Februar 2017, E.3.1; BGER 4A\_42/2015 vom 9. November 2015, E.3.1 und E.5.5; BGER 4A\_369/2015 vom 25. April 2016, E.2.3; vgl. auch Thomas Jutzi/Ksenia Wess, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 6/2019, 589 ff. 596 f.

<sup>247</sup> SHK FIDLEG (Fn. 15)-Sethe/Aggteleky, Art. 3 lit. c N 158 ff.

<sup>248</sup> BGER 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2011, E.3.1; BGER 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008, E.2.1; siehe auch Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 25 N 9 m. w. N.

<sup>249</sup> BGE 133 III 221, E.5.1; Jutzi/Wess (Fn. 246), 596 f.; Schmid (Fn. 15), 224.

<sup>250</sup> Art. 425 Abs. 2 OR; Remo Cerutti, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, ZSR 2008 I, 96 ff., 76; Baumann (Fn. 15), N 8; Schmid (Fn. 15), 224; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 18.

<sup>251</sup> Baumann (Fn. 15), N 9; Fahrländer, ZBB 2019 (Fn. 15), 237; Mirjam Eggen, Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?, SZW 6/2011, 625 ff., 629; Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 24.

<sup>252</sup> Peter Christoph Gutzwiler, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008, 26 m. w. H. für den Vermögensverwaltungsvertrag; Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 25 N 9 ff. m. w. H. für den Anlageberatungsvertrag. Beide Verträge können auch Elemente der Kommission (Art. 425 ff. OR) und des Hinterlegungsvertrags (Art. 472 ff. OR) aufweisen, für die Haftung stützt sich das BGER aber auf das Auftragsrecht; BGER 4A\_90/2011 vom 22. Juni 2011, E.2.2.1; vgl. Valentin Jentsch/Hans Caspar von der Crone, Informationspflichten der Bank bei der Vermögensverwaltung: Kundenprofil und Risikoauflklärung, SZW 6/2011, 639 ff., 643.

<sup>253</sup> BGE 133 III 121, E.3.1; BGE 115 II 62, E.3a; BGER 4A\_436 vom 7. Februar 2017, E.3.1.

<sup>254</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 18.

tensvorgaben können als «Einfallstore» für eine Ausstrahlungswirkung in das auftragsrechtliche Finanzdienstleistungsverhältnis dienen.

Die aufsichtsrechtliche Norm, die zur Konkretisierung herangezogen wird, muss eine aufsichtsrechtliche Pflicht betreffen, die sich zwischen Finanzdienstleister und Kunde auswirkt. Handelt es sich um eine Verhaltenspflicht, die nur das Verhältnis zwischen Finanzdienstleister bzw. Finanzinstitut und Aufsichtsbehörde betrifft, kann diese keine Wirkung in ein privatrechtliches Verhältnis hinein entfalten.<sup>255</sup>

So kann z. B. Art. 26 FIDLEG, der den Finanzdienstleistern eine Herausgabepflicht von Entschädigungen Dritter auferlegt, sofern der Kunde nicht vorgängig und ausdrücklich auf diese verzichtet hat, auf das zivilrechtliche Verhältnis, bei dem es sich überwiegend um einen einfachen Auftrag im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR (wie insbesondere kraft Verweises bei Execution-only-Geschäft) handelt, ausstrahlen.<sup>256</sup> Weitere Regelungen des FIDLEG haben das Potential für eine Ausstrahlungswirkung, so bspw. die Kundensegmentierung (Art. 4 f. FIDLEG), die Informationspflichten (Art. 8 ff. FIDLEG) sowie die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung (Art. 10 ff. FIDLEG).<sup>257</sup>

## 5. Privatrecht als Quelle der Rechtsfindung im Aufsichtsrecht

Das FIDLEG kommt zur Anwendung, wenn Finanzdienstleister für Kunden Finanzdienstleistungen im Sinne von Art. 3 lit. c FIDLEG erbringen. Zu diesen gehören (i.) der Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten,<sup>258</sup> (ii.) die Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben,<sup>259</sup> (iii.) die Verwaltung von Finanzinstrumenten (Vermögensverwaltung),<sup>260</sup> (iv.) die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung)<sup>261</sup>, und (v.) die Gewährung von Krediten für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten.<sup>262</sup> Bei der Anlageberatung unterscheidet das FIDLEG – ähnlich wie das, aber nicht identisch mit dem Privatrecht – zwischen der transaktions- und der portfoliobezogenen Anlageberatung.<sup>263</sup>

Das FIDLEG statuiert aufsichtsrechtliche Verhaltens- und Organisationspflichten, die von den Finanzdienstleistern beim Erbringen von Finanzdienstleistungen befolgt werden müssen.<sup>264</sup> Sie umfassen die Informationspflichten (Art. 8 ff. FIDLEG), die Angemessenheits- und Eignungsbeurteilung im Rahmen von Anlageberatung und Vermögensverwaltung (Art. 10 ff. FIDLEG), die Dokumentation und Rechenschaft (Art. 15 f. FIDLEG) sowie die Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen (Art. 17 ff. FIDLEG). Daneben bestehen im FIDLEG einige weitere Verhaltensanweisungen an Finanzdienstleister, wie bspw. die Organisationspflichten (Art. 21 ff. FIDLEG), Pflichten bei Interessenkonflikten (Art. 25 ff. FIDLEG) sowie Dokumentationspflichten (Art. 35 ff. resp. 58 ff. FIDLEG). Ein Grossteil dieser Pflichten kann auch aus der Treue- und Sorgfaltspflicht des Zivilrechts abgeleitet werden und bestanden mithin schon vor dem Inkrafttreten des FIDLEG.<sup>265</sup>

Bei der Auslegung des Aufsichtsrechts ist das Legalitätsprinzip<sup>266</sup> (Art. 5 Abs. 1 BV) zu beachten.<sup>267</sup> Beim Legalitätsprinzip stehen das Erfordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform im Vordergrund.<sup>268</sup> Das Erfordernis des Rechtssatzes besagt, dass die Staatstätigkeit nur aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen, die genügend bestimmt sind, ausgeübt werden darf.<sup>269</sup> Nach dem Erfordernis der Gesetzesform sind die wesentlichen Rechtsnormen in die Form eines Gesetzes (im formellen Sinn) zu kleiden.<sup>270</sup> Für die Ausstrahlungswirkung ist das Erfordernis des Rechtssatzes relevant. Das Bundesgericht hält fest: «[D]as Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».<sup>271</sup> Es liegt in der Natur von generell-abstrakten Regelungen, dass ein gewisser Grad von Unbestimmtheit akzeptiert werden muss. Dies hängt mit der beschränkten Voraussehbarkeit von künftigen Ereignissen und Entwicklungen, der mangelnden Präzision der Sprache und dem Umstand

<sup>264</sup> *Fahrländer*, ZBB 2019 (Fn. 15), 237.

<sup>265</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8922. Die Pflichten des FIDLEG werden durch die Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV) konkretisiert.

<sup>266</sup> Auch Gesetzmässigkeitsprinzip, vgl. *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 325 ff.

<sup>267</sup> BVGer B-5756/2014 vom 18. Mai 2017, E.4.3.2.1; vgl. auch *Carole Claudia Beck*, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz – Grundlagen, Übersicht unter spezieller Berücksichtigung der internen Untersuchung, Zürich/Basel/Genf 2019 (Diss. Bern 2018) = SSFM Bd. 128, N 333 und 369.

<sup>268</sup> Vgl. *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 24), N 336 f.

<sup>269</sup> Statt vieler BGE 143 II 162, E.3.2.1; BGE 142 II 182, E.2.2.1; BGE 136 I 87, E.3.1.

<sup>270</sup> Statt vieler BGE 143 I 253, E.6.1; BGE 143 II 162, E.3.2.1.

<sup>271</sup> BGE 109 Ia 273, E.4d.

<sup>255</sup> *Rothenhöfer* (Fn. 16), 74.

<sup>256</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8966.; vgl. insbesondere *Jutzi/Wess* (Fn. 15), 85 f.

<sup>257</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921; SHK FIDLEG (Fn. 15) *Maurenbrecher/Eckert*, Art. 7 N 33 und 38.

<sup>258</sup> Art. 3 lit. c Ziff. 1 FIDLEG.

<sup>259</sup> Art. 3 lit. c Ziff. 2 FIDLEG.

<sup>260</sup> Art. 3 lit. c Ziff. 3 FIDLEG.

<sup>261</sup> Art. 3 lit. c Ziff. 4 FIDLEG.

<sup>262</sup> Art. 3 lit. c Ziff. 5 FIDLEG.

<sup>263</sup> SHK FIDLEG (Fn. 15) *Sethe/Aggteleky*, Art. 3 lit. c N 158 ff.; SHK FIDLEG (Fn. 15) *Sethe/Aggteleky*, Art. 3 lit. d N 53; SHK FIDLEG (Fn. 15) *Sethe/Fahrländer*, Art. 12 N 8 ff.

zusammen, dass der Behörde eine Entscheidung unter Berücksichtigung des Einzelfalls – also ein gewisses Ermessen – ermöglicht werden soll.<sup>272</sup> Der Grad der Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern ist im Lichte des zu regelnden Gegenstandes zu bestimmen.<sup>273</sup> Für Rechtsverhältnisse, welche die Betroffenen freiwillig eingehen – was bei Finanzdienstleistungen überwiegend der Fall ist –, ist der Massstab nicht zu streng anzusetzen.<sup>274</sup>

Das Erfordernis des Rechtssatzes bzw. der genügenden Bestimmtheit begrenzt die Wirkungsweise der Ausstrahlungswirkung im Aufsichtsrecht. Sowohl der Effekt der Ausstrahlung als auch der Grad der Bestimmtheit der Norm gem. dem Legalitätsprinzip sind unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu bestimmen. Dementsprechend ist eine generelle allgemeingültige und abschliessende Bewertung des begrenzenden Effekts des Legalitätsprinzips nicht möglich. Jedenfalls beschränkt das Bestimmtheitserfordernis das Auslegungsergebnis der als «Einfallstor» in die aufsichtsrechtliche Teilrechtsordnung dienenden Norm nach der hier vertretenen Auffassung dergestalt, dass eine absolute Wortlautgrenze gilt; zudem muss das Ergebnis in den Grundzügen aus dem Wortlaut ableitbar sein. Der Effekt der Ausstrahlung auf das Aufsichtsrecht ist daher in seiner Intensität kleiner als im Vergleich zu der umgekehrten Situation.

Eine mögliche Ausstrahlungswirkung des Privatrechts auf das Aufsichtsrecht kann im Rahmen der Eignungsprüfung gem. Art. 12 FIDLEG bei der transaktionsbezogenen Anlageberatung bestehen. Die in der Eignungsprüfung überprüften Kenntnisse und Erfahrungen beziehen sich gem. Art. 12 FIDLEG ausdrücklich nur auf Finanzdienstleistung (der Vermögensverwaltung) – im Unterschied zur Angemessenheitsprüfung, bei der die Kenntnisse und Erfahrungen betreffend Finanzinstrumente überprüft werden.<sup>275</sup> Die zivilrechtliche Explorationspflicht für die punktuelle Anlageberatung geht über diese Vor-

gaben hinaus und verlangt, dass der Finanzdienstleister eine umfassende Eignungsprüfung durchführt, die sich auf Finanzinstrumente bezieht.<sup>276</sup>

## 6. Faktische Ausstrahlungswirkung

### a) *Im Allgemeinen*

Neben dem oben dargestellten Effekt der Ausstrahlungswirkung zwischen den Teilrechtsgebieten, die – wie dargelegt – u. E. als Ergebnis einer teleologisch-systematischen Auslegung beschrieben werden kann, besteht noch der Effekt einer «faktischen Ausstrahlungswirkung»<sup>277</sup>. Dieser kann als tatsächlicher «Seitenblick» bzw. als faktische Interdependenz der Handlungen auf andere (Teil-)Rechtsordnung bezeichnet werden.<sup>278</sup> Einerseits liegt eine «faktische Ausstrahlung» vor, wenn sich der Gesetzgeber bei der Rechtssetzung von einer Regelung aus einem anderen Teilrechtsgebiet inspirieren lässt.<sup>279</sup> Andererseits kann diese Einflussnahme rein tatsächlicher Natur sein, indem bspw. ein Finanzdienstleister aufsichtsrechtlich zu einer Handlung verpflichtet ist, ohne dass eine zivilrechtliche Rechtswirkung herbeigeführt werden soll, jedoch ein faktischer zivilrechtlicher Effekt erzeugt wird.<sup>280</sup> In beiden genannten Situationen, die wir unter den Begriff der «faktischen Ausstrahlung» fassen möchten, findet eine Art Regelungstransfer über die Teilrechtsgebietsgrenze hinaus statt; dies jedoch ohne formelle Erfordernisse. Die «faktische Ausstrahlungswirkung» ist nicht, wie dies für die Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Zivilrecht der Fall ist,<sup>281</sup> auf eine juristische Methode zurückzuführen.

### b) *In der Rechtsetzung*

Es kommt vor, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausarbeitung einer gesetzlichen Regelung an Bestehendem orientiert. Das Recht wird nach vergleichbaren oder ähnlichen Problemen durchsucht, und es wird eine bestehende Lösung für das neue Gesetz übernommen. Während es sich bei der Ausstrahlung im Sinne einer Wirkung vom einen in das andere Teilrechtsgebiet um ein Ergebnis der

<sup>272</sup> BGE 145 IV 470, E.4.5; BGE 144 I 126, E.6.1; BGE 143 I 310, E.3.3.1; für die Abgrenzung von offenen Normen, die der Behörde ein gewisses Ermessen einräumen, und unbestimmten Rechtsbegriffen sowie der von der Lehre geäusserten Kritik dieser Unterscheidung m. w. N. Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 391 ff.

<sup>273</sup> BGE 144 I 126, E.6.1; BGE 143 I 253, E.6.1; BGE 141 I 201, E.4.1.

<sup>274</sup> BGE 129 I 161, E.2.2; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, VB.2009.00083 vom 2. September 2009, E.7.2.2; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 24), N 344; Isabelle Häner, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, ZBl 103/2002, 57 ff., 69 f.

<sup>275</sup> A. A. SHK FIDLEG (Fn. 15)-Sethe/Fahrländer, Art. 12 N 25 f., die davon ausgehen, dass die Überprüfung der Kenntnisse und Erfahrungen auch Finanzinstrumente betreffen soll. U. E. kann dieser Ansicht, die dem klaren Wortlaut von Art. 12 FIDLEG widerspricht, nicht gefolgt werden. Auch a. A. aber mit einer anderen Begründung Sandro Abegglen/Yannick Wettstein, Zum Anbieten kollektiver Kapitalanlagen unter dem FIDLEG – und ausgewählte Aspekte der dabei einzuhaltenden Verhaltenspflichten, SZW 2/2018, 131 ff., 145; vgl. auch Baumgartner/von der Crone (Fn. 15), 232.

<sup>276</sup> Rolf Sethe/Lukas Fahrländer, Angemessenheits- und Eignungsprüfung nach FIDLEG, SZW 6/2021, 631 ff., 633 f.

<sup>277</sup> Die Begrifflichkeit der «faktischen Ausstrahlungswirkung» wird nicht einheitlich verwendet. Teilweise wird auch von «starker Ausstrahlungswirkung» gesprochen, bspw. bei Sandro Abegglen/Léonie Luterbacher, Transaktionsbezogene vs. portfoliobezogene Anlageberatung unter FIDLEG: keine einfache Abgrenzung, SZW 5/2018, 462 ff., 467.

<sup>278</sup> Forscher (Fn. 16), 115 f.; Vgl. Fischer (Fn. 16), 105 und 166 f.; Hoffmann-Riem (Fn. 187), 273 f.

<sup>279</sup> Siehe dazu unten III. 6. b); vgl. Fischer (Fn. 16), 105 f.

<sup>280</sup> Siehe dazu unten III. 6. c); vgl. SHK FIDLEG (Fn. 15)-Maurenbrecher/Eckert, Art. 7 N 36 ff.

<sup>281</sup> Vgl. oben III. 2.

systematisch-teleologischen Auslegung handelt, die nur im nationalen innerstaatlichen Recht einen Effekt haben kann, ist die «faktische Ausstrahlung» auch mit einem internationalen Bezug möglich.<sup>282</sup> Eine bereits existierende Regelung steht quasi Modell für eine neue Regelung. Indessen ist der Gesetzgeber aus der Perspektive der Einheit der Rechtsordnung gar gehalten, sich um ein möglichst kongruentes Normgefüge über die Grenzen der Teilrechtsgebiete hinaus zu bemühen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass dem Gesetzgeber das Privatrecht als Inspirationsquelle für das Aufsichtsrecht und vice versa dient.<sup>283</sup> Diese Infiltration von fremden Regelungskonzepten kann vor allem im Nachgang zu Krisen beobachtet werden<sup>284</sup> und ist dadurch zu erklären, dass beide Teilrechtsgebiete den gleichen Impulsen ausgesetzt sind.<sup>285</sup> Als Beispiel für eine «faktische Ausstrahlungswirkung» in der Rechtssetzung kann in der Gesetzesnovelle des FIDLEG die Herausgabepflicht von Entschädigungen durch Dritte gem. Art. 26 genannt werden, die im Wesentlichen der Rechtsprechung<sup>286</sup> des Zivilrechts (Art. 400 Abs. 1 OR) folgt.<sup>287</sup> Als Regelungsimpport hatten die europäische Regulierung der MiFID II<sup>288</sup> und der MiFIR<sup>289</sup> auf die ganze Gesetzesnovelle des FIDLEG und FINIG einen «faktischen Ausstrahlungseffekt».<sup>290</sup>

Wie stark die Beeinflussung über die Teilrechtsgebietsgrenze besteht, ist auch bei der «faktischen Ausstrahlung» in der Rechtssetzung eine Frage der Auslegung. Der Einfluss der übernommenen Regelung wird bei der «faktischen Ausstrahlungswirkung» in der historischen Auslegung bestimmt,<sup>291</sup>

und zwar im Rahmen der objektiv-historischen<sup>292</sup> bzw. der objektiv-geltungszeitlichen<sup>293</sup>. Bei dieser Interpretation ist nach dem Umfang der Regelungsübernahme durch den Gesetzgeber zu fragen. Indessen ist zudem möglich, dass der Gesetzgeber nur Teile von Vorschriften oder nur Konzepte übernehmen wollte. Es besteht selbstredend dahin gehend kein Primat der historischen Auslegungsmethode, dass die Gerichte oder Behörden sich an die Praxis zu der übernommenen Regelung halten müssen.<sup>294</sup> In anderen Worten: Das Auslegungsergebnis kann in der übernehmenden Teilrechtsordnung von der (ggf. gefestigten) Praxis des faktisch ausstrahlenden Regelungskonzepts abweichen.

### c) In der Rechtsanwendung

Im Rahmen der Vertragsauslegung von Art. 18 OR kann eine Verkehrsübung<sup>295</sup> zur Auslegung des Vertrages herangezogen werden, falls eine Parteiabrede fehlt.<sup>296</sup> Ob eine Verkehrsübung vorliegt, ist eine Tatfrage.<sup>297</sup> Der Beweis für die vertragliche Übernahme der Übung obliegt der Partei, die sich auf die Übung beruft, bzw. in gewissen Fällen wird die Übernahme der Übung vermutet.<sup>298</sup> Die Befolgung der aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln kann dazu führen, dass sich eine Verkehrsübung etabliert, da alle Finanzdienstleister bewilligungsunabhängig beim Erbringen von Finanzdienstleistungen diese einhalten müssen und die Verhaltenspflichten des Aufsichtsrechts mittels der Vertragsauslegung ins privatrechtliche Vertragsverhältnis transferiert werden.

Teilweise wird in der Lehre vertreten, dass es sich bei der Ausstrahlungswirkung generell um diese Situation der Verkehrsübung handelt.<sup>299</sup> Diese Ansicht verfängt u. E. nicht,<sup>300</sup> da es für das Entstehen einer Verkehrsübung einer längeren Übung bedarf, die von einer einheitlichen Auffassung der Be-

<sup>282</sup> Weber-Rey (Fn. 16), 568.

<sup>283</sup> Vgl. jedoch ohne die Unterscheidung der «faktische Ausstrahlung» Weber-Rey (Fn. 16), 567.

<sup>284</sup> Vgl. Holger Fleischer, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 1/2003, 1 ff., 10, der diesem Effekt eine «Schrittmacherrolle» zuspricht; Weber-Rey (Fn. 16), 567.

<sup>285</sup> Weber-Rey (Fn. 16), 585.

<sup>286</sup> BGE 139 III 49; BGE 138 III 755; BGE 137 III 393; BGE 132 III 460; siehe aber auch die nicht publizierte Rechtsprechung BGER 4A\_427/2011 vom 29. November 2011 und BGER 4C.125/2002 vom 27. September 2002.

<sup>287</sup> Die aufsichtsrechtliche Regelung von Art. 26 FIDLEG geht jedoch insofern über die zivilrechtliche hinaus, dass auch Finanzdienstleistungen erfasst sind, bei denen kein Vertragsverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunde besteht und eine Herausgabepflicht im Execution-only-Geschäft gegeben ist. Eingehend dazu Jutzi/Wess (Fn. 15), 86; vgl. auch SHK FIDLEG (Fn. 15)-Schott/Schott, Art. 26 N 9 f.

<sup>288</sup> Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173/349 vom 12. Juni 2014.

<sup>289</sup> Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. L 173/84 vom 12. Juni 2016.

<sup>290</sup> Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8931 f., und für eine Analyse der Informationspflichten gem. FIDLEG und MiFID II Thomas Jutzi/Ksenia Wess, Informationspflichten gem. FIDLEG und MiFID II – Äquivalenz in der Regulierung?, recht 3/2019, 143 ff.

<sup>291</sup> Im Unterschied zu der Ausstrahlungswirkung, die im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung ihre Wirkung findet. Vgl. oben III. 2.

<sup>292</sup> BK ZGB (Fn. 21)-Tschentscher/Emmenegger, Art. 1 N 169 ff.

<sup>293</sup> BK ZGB (Fn. 21)-Tschentscher/Emmenegger, Art. 1 N 173 ff.

<sup>294</sup> Vgl. BK ZGB (Fn. 21)-Tschentscher/Emmenegger, Art. 1 N 179.

<sup>295</sup> Auch Verkehrssitte genannt vgl. ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 423, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht – Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N ...); Maurenbrecher (Fn. 19), 568.

<sup>296</sup> ZK OR (Fn. 295)-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 428.

<sup>297</sup> BGE 117 II 282, E.4c; ZK OR (Fn. 295)-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 430.

<sup>298</sup> ZK OR (Fn. 295)-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 442 m. w. N.

<sup>299</sup> Bertschinger (Fn. 15), 713 f. mit Verweis auf BGE 115 II 62, E.3.a und BGE 132 III 460, E.4.3 in Anm. 61; Matthias Portmann, Best execution im Spannungsfeld neuer Finanzmarktphänomene, Zürich/Basel/Genf 2013 (Diss. Zürich 2013) = SSFM Bd. 113, N 286 f.; für das deutsche Recht Forschner (Fn. 16), 118 f.; Rothenhöfer (Fn. 16), 70 ff.

<sup>300</sup> So auch Maurenbrecher (Fn. 19), 568; für das deutsche Recht und im Ergebnis auch weitere Effekte der Ausstrahlung offenlassend Handbuch Vermögensverwaltung (Fn. 15)-Sethe, § 5 N 336 ff.; krit. Assmann (Fn. 33), 46 f.; Bialluch (Fn. 16), 69 ff. m. w. N.

teiligten getragen ist.<sup>301</sup> Nach der Botschaft des FIDLEG/FINIG soll die Ausstrahlungswirkung bereits mit dem Inkrafttreten des FIDLEG bestehen,<sup>302</sup> daher kann keine Verkehrsübung gemeint sein. Ausserdem kann eine Verkehrsübung ohne Weiteres vertraglich wegbedungen werden.<sup>303</sup>

Haben sich die aufsichtsrechtlichen Verhaltensnormen des FIDLEG als Verkehrsübung etabliert, werden sie zum vermuteten Vertragsinhalt.<sup>304</sup> Zu differenzieren ist, dass nicht das Vorliegen der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu einer solchen Übung führt, sondern die Praxis der Finanzdienstleister. Insofern ist möglich, dass über die Normen des Aufsichtsrechts hinaus, ggf. durch gewisse Standardisierungen von Branchenorganisationen, die Verkehrsübung beeinflusst wird und sie indessen über den aufsichtsrechtlichen Standards liegen kann. Diese faktische Praxis, die sich zu einer Verkehrsübung festigt, kann unter den Begriff der «faktischen Ausstrahlungswirkung» subsumiert werden.

Tatsächliche Handlungen, die aufgrund einer Verhaltensanordnung in einem Teilrechtsgebiet vorgenommen werden müssen, können sich faktisch über die Teilrechtsgebiete hinaus auswirken. Der Effekt im anderen Teilrechtsgebiet ist dabei nicht Ziel der Verhaltensanweisung, aber die andere Teilrechtsordnung muss die sich aus der Handlung oder Erklärung ergebenden Umstände ebenso mit einbeziehen. Eine solche Wirkung könnte sich aus der Erklärung zum Wechsel des Kundensegments ergeben. Das FIDLEG sieht in seinem Art. 4 eine Kundensegmentierung in Privatkunden, professionelle Kunden und institutionelle Kunden vor. Das Kundensegment hat direkt Einfluss darauf, welche aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG gelten. Für professionelle bzw. institutionelle Kunden gelten sie nur beschränkt, bzw. es besteht die Möglichkeit, auf gewisse Pflichten zu verzichten.<sup>305</sup> Im zivilrechtlichen Verhältnis geht das Bundesgericht gleichfalls davon aus, dass der Umfang der Aufklärungspflichten gegenüber sachkundigen bzw. erfahrenen Anlegern weniger weit als gegenüber unerfahrenen geht.<sup>306</sup> Die individuelle Sorgfaltspflicht wird jedoch im Zivilrecht indi-

viduell festgestellt;<sup>307</sup> daher kennt das Zivilrecht keine einheitlichen Kundenkategorien.<sup>308</sup> Die individuelle Beurteilung der Sachkunde erfolgt über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden.<sup>309</sup>

Die Zuteilung in das Kundensegment wird von den Finanzdienstleistern vorgenommen.<sup>310</sup> Die Zuteilung gilt jedoch nicht absolut, sondern für gewisse Kunden besteht die Möglichkeit, das Kundensegment zu wechseln. Beim sog. *Opting-out* können vermögende Privatkunden erklären, dass sie als professionelle Kunden gelten wollen,<sup>311</sup> und bestimmte professionelle Kunden können erklären, dass sie als institutionelle Kunden behandelt werden wollen.<sup>312</sup> Ein *Opting-in* ist der Wechsel des professionellen Kunden in die Kategorie des Privatkunden<sup>313</sup> und des institutionellen Kunden in die Kategorie des professionellen Kunden.<sup>314</sup> Mit dem Wechsel der Kundenkategorie ändern sich zugleich die vom Finanzdienstleister einzuhaltenden aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten.<sup>315</sup> Die Erklärung des Kunden, dass er das Kundensegment wechseln will, hat eine aufsichtsrechtliche Wirkung.<sup>316</sup> Wechselt der Kunde in ein höheres Kundensegment, muss er sich dies zivilrechtlich mindestens in der Tendenz entgegenhalten lassen; dies insofern, dass mit dem *Opting-out* zwar kein zivilrechtlicher Automatismus besteht, die Erklärung jedoch als starkes Indiz zu werten ist.<sup>317</sup> In der umgekehrten Situation, dass der Kunde ein *Opting-in* erklärt, hat u. E. der Finanzdienstleister zugleich zivilrechtlich dieser Erklärung Rechnung zu tragen und von einem unerfahrenen Kunden auszugehen, sofern die Geschäftserfahrenheit des Kunden nicht evident ist.<sup>318</sup> Insofern besteht eine

<sup>301</sup> Vgl. BGE 132 III 460, E.4.3; ZK OR (Fn. 295)-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 423.

<sup>302</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 7), 8921, 8924, 8966.

<sup>303</sup> Peter Gauch/Walter R. Schlupep/Jörg Schmid/Heinz Rey/Susan Emmenegger, OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 1220; ZK OR (Fn. 295)-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 442 in fine.

<sup>304</sup> ZK OR (Fn. 295)-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 442.

<sup>305</sup> Für institutionelle Kunden finden die Pflichten des 1. Kapitels des 2. Titels des FIDLEG keine Anwendung (Art. 20 Abs. 1 FIDLEG), und professionelle Kunden können auf die Informationspflichten (Art. 8 und 9 FIDLEG) sowie auf die Dokumentations- (Art. 15 FIDLEG) und Rechenschaftspflicht (Art. 16 FIDLEG) verzichten (Art. 20 Abs. 2 FIDLEG).

<sup>306</sup> BGer 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E.6.1; BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011, E.2.2 und E.3.2.

<sup>307</sup> Jutzi/Eisenberger (Fn. 1), 25; vgl. Kaspar Projer/Hans Caspar von der Crone, Kundensegmentierung in der Anlageberatung, SZW 2/2015, 156 ff., 160; Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag, in: Rolf Sethe/Thorsten Hens/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013 = SSFM Bd. 108, 134 ff., 153 f.

<sup>308</sup> SHK FIDLEG (Fn. 15)-Favre/Vollenweider, Art. 4 N 94.

<sup>309</sup> M. w. N. Jentsch/von der Crone (Fn. 252), 651 f.

<sup>310</sup> Art. 4 Abs. 1 FIDLEG.

<sup>311</sup> Art. 5 Abs. 1 FIDLEG. Als vermögend gelten gem. Art. 5 Abs. 2 lit. a FIDLEG Kunden, die über ein Vermögen von mindestens CHF 500'000.00 verfügen und gleichzeitig aufgrund der persönlichen Ausbildung und der beruflichen Erfahrung oder aufgrund einer vergleichbaren Erfahrung im Finanzsektor die Kenntnisse haben, die notwendig sind, um die Risiken der Anlagen zu verstehen, oder gem. Art. 5 Abs. 2 lit. b FIDLEG Kunden, die über ein Vermögen von mindestens 2 Mio. CHF verfügen.

<sup>312</sup> Art. 5 Abs. 3 FIDLEG; dies ist möglich für Vorsorgeeinrichtungen und Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit professioneller Tresorie (Art. 4 Abs. 3 lit. f FIDLEG) und Unternehmen mit professioneller Tresorie (Art. 4 Abs. 3 lit. g FIDLEG).

<sup>313</sup> Art. 5 Abs. 5 FIDLEG.

<sup>314</sup> Art. 5 Abs. 6 FIDLEG.

<sup>315</sup> Art. 20 FIDLEG.

<sup>316</sup> PK FIDLEG-Amadó/Molo (Fn. 15), Art. 5 N 16; vgl. Rolf Sethe, MiFID II – Eine Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, SJZ 19/2014, 477 ff., 482 ff.

<sup>317</sup> Gl. A. PK FIDLEG-Amadó/Molo (Fn. 15), Art. 5 N 18; vgl. auch Sethe (Fn. 316), 483.

<sup>318</sup> Vgl. Jentsch/von der Crone (Fn. 252), 651.

faktische Wirkung der aufsichtsrechtlichen Erklärung, das Kundensegment zu wechseln.

#### IV. Erkenntnisse

Der Gesetzgeber geht von einer Ausstrahlungswirkung zwischen dem FIDLEG und den zivilrechtlichen Pflichten beim Erbringen von Finanzdienstleistungen aus, ohne dass er sich auf eine gefestigte Lehre stützen kann.<sup>319</sup> Zwischen dem Öffentlichen Recht und dem Privatrecht besteht grundsätzlich eine Dichotomie.<sup>320</sup> Die Teilrechtsgebiete haben ihre eigenen Charakteristika und verfolgen ihre eigenen Ziele. Diese sind ergänzend zu betrachten und schliessen einander nicht aus.<sup>321</sup> Die Dichotomie zwischen den Teilrechtsgebieten gilt indes nicht absolut, vielerorts infiltrieren Regelungen oder Regelungskonzepte über die Teilrechtsgebietsgrenzen. Demnach steht der Ausstrahlungswirkung die Dichotomie nicht entgegen, sondern die Zweiteilung ist für eine Ausstrahlung vorausgesetzt.<sup>322</sup> Im Finanzmarktrecht greifen die Teilrechtsgebiete vielerorts ineinander, und ein Lebenssachverhalt in der Geschäftstätigkeit zwischen einem Finanzdienstleister und einem Kunden kann durch das Aufsichtsrecht und das Zivilrecht gleichzeitig erfasst sein. Insbesondere beim Erbringen von Finanzdienstleistungen für einen Kunden müssen neben den aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten zugleich Verhaltenspflichten aus einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis beachtet werden. Die vertraglichen und aufsichtsrechtlichen Pflichten bestehen parallel, was das Erbringen von Finanzdienstleistungen besonders fruchtbar für den Effekt der Ausstrahlungswirkung macht.<sup>323</sup>

Methodologisch ist die Ausstrahlungswirkung aus dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung oder ggf. aus dem Konzept der wechselseitigen Auffangordnungen herzuleiten. Sie bildet keine neue methodische Herangehensweise, sondern ist Teil der systematisch-teleologischen Betrachtungsweise und bei der Auslegung miteinzubeziehen. Der Effekt der Ausstrahlung ist Ergebnis dieser Auslegung. Die Ausstrahlung ist der Auslegungsprozess, dass Normen, die in einer systematischen Verbindung stehen, in einen Sinn- und Wertzusammenhang gebracht werden.<sup>324</sup> Der Umfang der Wirkung von einem Teilrechtsgebiet in das andere kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern erfolgt erst innerhalb der individuellen Auslegung einer Norm. Grenze der Ausstrahlung ist die Wortlautgrenze der auszulegenden Norm.<sup>325</sup>

Die Zuordnung der Ausstrahlungswirkung zum Ergebnis der Methode der systematisch-teleologischen Betrachtungsweise erlaubt es, ihre gewissen Voraussetzungen zu identifizieren. Es bedarf zunächst einer als «Einfallstor» dienenden Norm, die einen verbleibenden Auslegungsspielraum belässt. Sodann ist als ausstrahlendes Subjekt eine Norm im anderen Teilrechtsgebiet erforderlich. Zwischen den Normen muss ein Potenzial bestehen, d. h., dass die Auslegung oder legitime Praxis der ausstrahlenden Norm eine grössere Regelungsdichte aufweist als die auszulegende Norm. Schliesslich muss zwischen den Normen ein Zusammenhang dergestalt bestehen, dass sie den gleichen Regelungsgegenstand im Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister adressieren.<sup>326</sup>

Wird beim Erbringen von Finanzdienstleistungen Aufsichtsrecht als Quelle der Rechtsfindung im Privatrecht herangezogen, können die auftragsrechtlichen Bestimmungen von Art. 398 Abs. 2 und Art. 400 Abs. 1 OR als «Einfallstore» dienen.<sup>327</sup> In der umgekehrten Situation, dass Privatrecht als Quelle der Rechtsfindung im Aufsichtsrecht herangezogen wird, wirkt das Legalitätsprinzip einschränkend auf die Ausstrahlungswirkung. Das Ergebnis der systematisch-teleologischen Auslegung muss daher in den Grundzügen aus dem Wortlaut der Vorschrift ableitbar sein. Die Wirkungsintensität der Ausstrahlungswirkung vom Privatrecht auf das Aufsichtsrecht ist folglich kleiner als umgekehrt.<sup>328</sup>

Von der Ausstrahlungswirkung zwischen FIDLEG und Privatrecht im Sinne des Ergebnisses der teleologisch-systematischen Auslegung ist der Effekt der «faktischen Ausstrahlung» zu unterscheiden. Dieses Phänomen ist keine Folge eines methodischen Vorgangs, sondern eine Beeinflussung der Teilrechtsgebiete auf einer faktischen Ebene. In der Rechtssetzung erfolgt eine «faktische Ausstrahlung», wenn der Gesetzgeber eine bestehende Regelung oder Teile davon aus einem anderen Teilrechtsgebiet nachbildet. In der Rechtsanwendung kann durch das Einhalten von aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten eine Verkehrsübung entstehen, die zum vermuteten oder ggf. beweisbaren Vertragsinhalt wird. Ebenso einen faktischen Effekt können die tatsächlichen Handlungen oder Erklärungen, die aufgrund einer Verhaltensanordnung in einem Teilrechtsgebiet vorgenommen werden müssen, zeitigen. Bspw. ist die Erklärung, dass der Kunde gem. Art. 5 FIDLEG in ein anderes Kundensegment wechseln will, in der privatrechtlichen Beurteilung der anzuwendenden Sorgfalt miteinzubeziehen.<sup>329</sup>

<sup>319</sup> Vgl. oben I.

<sup>320</sup> Vgl. oben II. 1.

<sup>321</sup> Vgl. oben II. 2.

<sup>322</sup> Vgl. oben II. 4.

<sup>323</sup> Vgl. oben II. 5.

<sup>324</sup> Vgl. oben III. 2.

<sup>325</sup> Vgl. oben III. 3.

<sup>326</sup> Vgl. oben III. 3.

<sup>327</sup> Vgl. oben III. 4.

<sup>328</sup> Vgl. oben III. 5.

<sup>329</sup> Vgl. oben III. 6.