



Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht

Informationspflichten an der Schnittstelle von FIDLEG und OR

THOMAS JUTZI*

FABIAN EISENBERGER**



Der Beitrag setzt sich mit der Problematik der Überschneidung von Aufsichts- und Privatrecht auseinander. Im Fokus steht dabei das im Juni 2018 verabschiedete Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG). Der erste Teil des Beitrags behandelt die Grundsätze, welche von Rechtsprechung und Lehre bei auftretenden Spannungsverhältnissen zwischen Aufsichts- und Privatrecht entwickelt wurden. Im zweiten Teil werden konkrete Pflichten, namentlich Informationspflichten, welchen die Finanzdienstleister im Kundendienstleistungsverhältnis unterliegen, in Bezug auf die geschilderte Schnittstellenproblematik beleuchtet.

La contribution examine la problématique des chevauchements entre le droit de la surveillance et le droit privé. Dans ce cadre, l'accent est mis sur la loi sur les services financiers (LSFin), adoptée en juin 2018. La première partie de la contribution est consacrée aux principes développés par la doctrine et la jurisprudence pour gérer les zones de tension entre le droit de la surveillance et le droit privé. La seconde partie propose un aperçu des obligations concrètes, notamment les devoirs d'information auxquels les prestataires de services financiers sont soumis dans le cadre de leurs relations avec la clientèle, sous l'angle de la problématique de chevauchement évoquée.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Grundsatz der Dichotomie
 - B. Ausnahmen von der Dichotomie im geltenden Recht
 - C. Abgrenzung von Aufsichts- und Privatrecht
 1. Abgrenzungskriterien
 2. Abgrenzungen im Bereich des FIDLEG/OR
- II. Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht in Theorie und Praxis
 - A. Konzept des zivilrechtlichen Vorrangs
 1. Theorie
 2. Praxis
 - B. Konzept der Doppelnorm
 1. Theorie
 2. Praxis
 - C. Konzept des Gleichlaufs
 1. Theorie
 2. Praxis
 - D. Konzept der Ausstrahlungswirkung
 1. Theorie
 2. Methodologische Herleitung der Ausstrahlungswirkung
 3. Umfang der Ausstrahlungswirkung
 4. Praxis
 - E. Fazit zum Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht in Theorie und Praxis

- III. Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht gemäss FIDLEG
 - A. Bundesrätlicher Entwurf
 - B. Lesung im Ständerat
 - C. Lesung im Nationalrat
 - D. Differenzenbereinigung und Verabschiedung durch beide Räte
 - E. Fazit zum Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im FIDLEG
- IV. Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht am Beispiel der Informationspflicht
 - A. Relevante Rechtsverhältnisse
 1. Rechtsverhältnisse im FIDLEG
 2. Rechtsverhältnisse im Privatrecht
 3. Ausstrahlungswirkung im Bereich der Bestimmung einzelner Rechtsverhältnisse
 - B. Informationspflichten im Aufsichts- und Privatrecht
 1. Informationspflichten im Aufsichtsrecht
 2. Informationspflichten im Privatrecht
 3. Ausstrahlungswirkung im Bereich der Informationspflichten
- V. Fazit

I. Einleitung

Die Verhaltensregeln des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG),¹ insbesondere ihr Einfluss auf das (bestehende) Privatrecht, waren in den entsprechenden parlamentarischen Beratungen ein grosser Streitpunkt.² Die in Bezug

* THOMAS JUTZI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern.

** FABIAN EISENBERGER, MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Überarbeitete und erweiterte Fassung eines anlässlich der von der Universität St. Gallen durchgeführten Tagung «St. Galler Bankenrechtstag» am 15. Juni 2018 in Zürich gehaltenen Referats des erstgenannten Autors. Die Autoren danken Rechtsanwalt Dr. Daniel Baumann, Rechtsanwalt Dr. Simon Schären, LL.M., und MLaw Ksenia Wess, wissenschaftliche Assistentin am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, für die kritische Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

¹ Vgl. 2. Titel des 2. Kapitels des Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), das am 15. Juni 2018 von National- und Ständerat verabschiedet wurde.

² Vgl. die Diskussionen des Ständerats in der Wintersession 2016, AB 2016 S 1164, bzw. in der Frühjahrsession 2018, AB 2018 S 131 ff.

auf Art. 7 FIDLEG³ geführte Debatte zeigt auf, vor welche Probleme das Verhältnis von Aufsichtsrecht – verstanden als Aufsicht über den Finanzmarkt⁴ – und Privatrecht den Gesetzgeber stellt.

In der Diskussion um das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht stellen sich zunächst zwei Fragen, die voneinander zu unterscheiden sind: zum einen, ob eine bestimmte Rechtsnorm aufsichts- oder privatrechtlicher Natur ist; diese Frage wird in der Literatur und Rechtsprechung, mit Ausnahme des Bereichs der Selbstregulierung, kaum bestritten.⁵ Zum andern, ob und allenfalls inwiefern sich Aufsichts- und Privatrecht gegenseitig beeinflussen und wie mit unterschiedlichen Normgehalten umgegangen werden muss. Diese umstrittenere Frage ist insofern von Bedeutung, als ein identischer Sachverhalt nach Aufsichts- bzw. Privatrecht unterschiedlich beurteilt werden kann.⁶ Im Folgenden werden beide Problembereiche beleuchtet, wobei der Fokus auf der umstrittenen, zweiten Frage liegt.

A. Grundsatz der Dichotomie

Das Aufsichtsrecht regelt den Marktzugang sowie die Ausübung der Wirtschaftstätigkeit bestimmter Marktteilnehmer.⁷ Dabei werden die Akteure in staatliche Behör-

den (Aufsichtsbehörden) und beaufsichtigte natürliche und juristische Personen (Beaufsichtigte) eingeteilt.⁸ Diese Einteilung verdeutlicht, dass es sich bei Aufsichtsrecht um Verwaltungsrecht⁹ und damit um öffentliches Recht handelt.¹⁰ Das Privatrecht regelt hingegen die rechtlichen Beziehungen unter Privaten.¹¹ Die Lehre spricht jeweils von der sogenannten Dichotomie des öffentlichen Rechts und des Privatrechts¹² – d.h. der Unterscheidung bzw. Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht.¹³

Diese Unterscheidung ist aus verschiedenen Gründen sinnvoll: Zunächst weichen die Regelungsziele und die Regelungsintensität der beiden Rechtsgebiete stark voneinander ab. In privaten Rechtsverhältnissen stehen die Privatautonomie und namentlich die Vertragsfreiheit im Vordergrund.¹⁴ Das Recht setzt dieser Autonomie Grenzen¹⁵

Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, N 1.5; NOBEL (FN 4), § 1 N 88 ff.; SIMON BÜHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, SZW 2013, 563–575, 566; DANIEL BAUMANN, Verhaltensregeln im Finanzmarktrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des Börsen- und des Kollektivanlagenrechts sowie des geplanten FIDLEG, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2018, N 25; ROLF H. WEBER, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 2013, 405–420, 405. Siehe auch Art. 90 Abs. 1 FIDLEG: «Die zuständige Aufsichtsbehörde überwacht, dass die von ihr beaufsichtigten Finanzdienstleister die Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten einhalten.»

⁸ BIAGGINI (FN 7), N 19.1.

⁹ Das Aufsichtsrecht stellt dabei, wie der Name es vermuten lässt, keine eigenständige Staatsfunktion dar, sondern dient lediglich der Rechtsverwirklichung, vgl. BIAGGINI (FN 7), N 19.13.

¹⁰ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 1 N 22; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, § 4 N 217; BENEDIKT MAURENBRECHER, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Hans Caspar von der Crone (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 555–588, 557.

¹¹ WIEGAND/WICHTERMANN (FN 5), 125.

¹² So u.a. SABINE KILGUS, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2007, N 536; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 566; MAURENBRECHER (FN 10), 557.

¹³ Vgl. insbesondere zur historischen Entwicklung des Begriffs: SUSAN EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmungen zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Habil. Freiburg, Bern 2004, 7 ff. Für das europäische Recht: MARLEN THATEN, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, Diss. Berlin, Berlin 2016, 84.

¹⁴ KILGUS (FN 12), N 544; THATEN (FN 13), 87; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 566 mit Verweis auf BGE 139 II 279 E. 4.2.

¹⁵ THATEN (FN 13), 88.

³ Im Entwurf bzw. in der Botschaft sowie in den parlamentarischen Beratungen wurde der Art. 7 FIDLEG noch als Art. 8 geführt. Entsprechend wird zum Teil auf Art. 8 E-FIDLEG verwiesen.

⁴ In der Lehre wird das Aufsichtsrecht i.d.R. unter den Begriff des Finanzmarktrechts subsumiert, vgl. PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. A., Bern 2010, § 1 N 66, sowie URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGHAUS, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, N 191.

⁵ Vgl. dazu bereits WOLFGANG WIEGAND/JÜRG WICHTERMANN, Der Einfluss des Privatrechts auf das öffentliche Bankrecht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Bern 1999, 119–155, 124. Zur Problematik im Bereich der Selbstregulierung vgl. THOMAS JUTZI, Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung, in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fargnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 197–215, 204 ff.; PASCAL ZYSSET, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2017, N 501 ff.

⁶ Vgl. dazu unten IV.

⁷ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kapitel 19: Aufsichtsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, N 19.48. Beziehungsweise bezogen auf den Finanzmarkt, den Schutz der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes und den Schutz der Kunden und Gläubiger von Finanzdienstleistern, vgl. MARTIN LANZ, Kapitel 1: Finanzmarkt: Aufsichtsregime, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.),

bzw. greift nur bei offensichtlichen Ungleichgewichten ein.¹⁶ Entsprechend wird das Privatrecht in Bezug auf seine Steuerungsfunktion als Rahmenordnung betrachtet.¹⁷ Demgegenüber hat das Aufsichtsrecht den Funktions- und Individualschutz, d.h. den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sowie den Schutz der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten, zum Ziel.¹⁸ Das Aufsichtsrecht gibt keinen Rahmen vor, sondern sieht entsprechende Regelungsinhalte (Programmsteuerung) vor.¹⁹ Dementsprechend dominieren im Aufsichtsrecht als Regelungsinstrumente konkrete Handlungsverbote bzw. -gebote, im Fokus steht die effektive Durchsetzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten.²⁰ Das Privatrecht hingegen gibt keine strikten Handlungsweisen vor, sondern enthält lediglich Obliegenheiten und regelt die Folgen von deren Verletzung.²¹ Weiter ist die Unterscheidung auch für das Verfahren und die Rechtsfolgen, die mit einer solchen Einordnung verknüpft sind, von Bedeutung.²² Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verfahren sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch im Finanzmarktrecht strikt voneinander zu trennen.²³ Dieser Grundsatz wird ebenfalls in Art. 87 Abs. 3 FIDLEG ausdrücklich festgehalten, wonach privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und Kunden vom zuständigen Gericht (und nicht von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht [FINMA]) entschieden werden.²⁴

B. Ausnahmen von der Dichotomie im geltenden Recht

Obwohl dem Aufsichts- und dem Privatrecht grundsätzlich unterschiedliche Regelungsziele zugrunde liegen, gibt es zahlreiche Beispiele für eine (rechtliche) Verflechtung der beiden Teilrechtsgebiete. Es liegt keine starre Dichotomie vor, vielmehr kann es unter gewissen Umständen zu einer Öffnung für die Instrumente oder gar Werte des anderen Rechtsgebiets kommen.²⁵ Am deutlichsten äussert sich diese Verknüpfung in Form von Doppelnormen, d.h. Normen, auf die sich Private vor Zivilgericht sowie Behörden im Verwaltungsverfahren gleichermaßen stützen können.²⁶

Ferner bezieht namentlich das Privatrecht an vielen Stellen das öffentliche Recht ein. Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR liegt z.B. immer dann vor, wenn ein Vertrag einen widerrechtlichen Inhalt hat. Diese Widerrechtlichkeit wird nicht nur durch eine Verletzung von Privatrecht, sondern ebenso durch eine Verletzung von öffentlichem Recht begründet,²⁷ soweit Nichtigkeit als Rechtsfolge ausdrücklich vorgesehen ist bzw. sie sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.²⁸ Auch bei der deliktischen Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR können öffentlich-rechtliche Normen von Relevanz sein: Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine Schadenszufügung bei einem reinen Vermögensschaden erst dann widerrechtlich, wenn mit der Vermögensschädigung eine einschlägige Schutznorm verletzt wurde.²⁹ Ob sich eine öffentlich-rechtliche Norm als Schutznorm eignet, ist dabei im Einzelfall zu überprüfen.³⁰

Das Aufsichtsrecht kann ebenfalls nicht isoliert vom Privatrecht (oder Strafrecht) betrachtet werden. Deutlich wird dies bei den sogenannten Gewährskriterien, namentlich für Banken, Finanzinfrastruktur- und Versicherungsunternehmen, Effektenhändler und bewilligungspflichtige Institute des Kollektivanlagerechts gemäss Art. 13 Abs. 2

¹⁶ WIEGAND/WICHTERMANN (FN 5), 125.

¹⁷ Vgl. JAN-BENEDIKT FISCHER, Ausstrahlungswirkungen im Recht, Diss. Köln, Berlin 2018, 89; EMMENEGGER (FN 13), 17.

¹⁸ Vgl. BGE 139 II 279 E. 4.2 sowie weiterführend zum Funktions- und Individualschutz: DAVID JOST, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2018, 100 ff.

¹⁹ Vgl. FISCHER (FN 17), 90.

²⁰ Vgl. THATEN (FN 13), 91; EMMENEGGER (FN 13), 60.

²¹ Vgl. EMMENEGGER (FN 13), 32, die als Beispiel die privatrechtlichen Haftungs- und Entschädigungsnormen nennt, die bei einer Verletzung durch einen Privaten angerufen werden können, aber nicht müssen.

²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 218; WIEGAND/WICHTERMANN (FN 5), 124 f.

²³ BGE 139 II 279 E. 4.2 sowie die dazugehörige Urteilsbesprechung von BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), ferner: BGer, 2A.230/1999, 2.2.2000, E. 9b.

²⁴ Vgl. auch Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl 2015 8901 ff. (zit. Botschaft FIDLEG), 9002, wonach die Beurteilung zivilrechtlicher Streitigkeiten nicht in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde fällt. Weiterführend vgl. unten III.

²⁵ Vgl. EMMENEGGER (FN 13), 16 f.

²⁶ Zum Doppelnormkonzept sowie zu Beispielen siehe unten II.B.

²⁷ Vgl. BGE 134 III 52 E. 1.1; 119 II 222 E. 2; 114 II 279 E. 2.

²⁸ Vgl. BGE 134 III 52 E. 1.1 m.w.H.; 119 II 222 E. 2; 117 II 286 E. 4a.

²⁹ Vgl. BGE 133 III 323 E. 5.1; 129 IV 322 E. 2.2.2; 124 III 297 E. 5b; 119 II 127 E. 3; für die Lehre statt vieler: BAUMANN (FN 7), N 285 ff. m.w.H.; ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 41 OR N 38b.

³⁰ Vgl. für ausgewählte finanzmarktrechtliche Erlasse: JOST (FN 18), 189 ff.

KAG^{31,32} Die Gewährskriterien schreiben den jeweiligen Bewilligungsträgern vor, dass ihre mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen. Ein Bestandteil des Erfordernisses der einwandfreien Geschäftstätigkeit ist die Beachtung der Rechtsordnung, namentlich der geltenden Gesetze und Verordnungen.³³ Allerdings ist nicht jede privatrechtliche Rechtsverletzung aufsichtsrechtlich relevant, sondern nur systematische Verletzungen, die z.B. eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle betreffen.³⁴ Das Aufsichtsrecht verweist indirekt auf die entsprechenden Normen im Privatrecht. Somit wenden Aufsichtsbehörden in ihren Verfahren nicht ausschliesslich Aufsichtsrecht an, auch zivilrechtliche Pflichten sind – jedenfalls dann, wenn sie systematisch verletzt werden – von aufsichtsrechtlicher Bedeutung.

C. Abgrenzung von Aufsichts- und Privatrecht

1. Abgrenzungskriterien

Ob eine öffentlich- oder privatrechtliche Norm vorliegt, entscheidet sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf verschiedene Methoden. Dabei wird keiner Methode a priori Vorrang eingeräumt.³⁵ Dieser Methodenpluralismus führt dazu, dass im Einzelfall geprüft werden muss, welche Abgrenzungsmethode dem konkreten Fall am ehesten gerecht wird.

Die Lehre hat zur Abgrenzung folgende Theorien entwickelt: die Subordinations-, die Interessen- und die Funktionstheorie sowie die modale Theorie.³⁶ Das Bundesgericht schliesst sich dieser Einteilung an, indem es auf die drei erstgenannten Theorien namentlich Bezug nimmt,³⁷ ohne aber die Anwendung weiterer Theorien auszuschliessen.³⁸ Die Subordinationstheorie besagt, dass öffentliches Recht dann gegeben ist, wenn ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis besteht, d.h., wenn der Staat einem Privaten übergeordnet ist und ihm als Träger von Hoheitsrechten gegenübersteht.³⁹ Im Privatrecht sind die beteiligten Rechtssubjekte hingegen gleichgeordnet. Gemäss Interessentheorie ist eine Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn sie mindestens zum überwiegenden Teil öffentlichen Interessen dient.⁴⁰ Eng damit verknüpft ist die Funktionstheorie, wonach eine Rechtsnorm dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, wenn sie der Besorgung von Verwaltungsaufgaben dient bzw. die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regelt.⁴¹ Schliesslich knüpft die modale Theorie an die mit der Norm verbundene Sanktion an: Sofern auf eine Normverletzung eine öffentlich-rechtliche Sanktion folgt, ist die dazugehörige Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen, umgekehrt ist bei privatrechtlichen Sanktionen (z.B. Nichtigkeit) von privatrechtlichen Normen auszugehen.⁴²

2. Abgrenzungen im Bereich des FIDLEG/OR

Zur Bestimmung der konkreten Pflichten von Finanzdienstleistern im Rahmen ihrer Dienstleistungserbringung sind vor allem drei Gesetze von Bedeutung: das Schweizerische Obligationenrecht (OR)⁴³ sowie die voraussichtlich am 1. Januar 2020⁴⁴ in Kraft tretenden neuen Finanz-

³¹ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31).

³² Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0); Art. 10 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1); Art. 14 Abs. 1 lit. a KAG. Vgl. zur ganzen Problematik ELIAS BISCHOF, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2016, passim.

³³ Vgl. BGer, 2A.261/2004, 27.5.2004, E. 1; BVGer, B-3708/2007, 4.3.2008, E. 3.1; Verfügung der EBK vom 28. Oktober 2004, Ziff. 71, in: EBK-Bulletin 2005, 157 ff., 167.

³⁴ Vgl. BGer, 2A.230/1999, 2.2.2000, E. 1d ff.; Verfügung der EBK vom 19. März 2003 i.S. Think Tools, in: EBK-Bulletin 2003, 164 ff., 170 f.; FINMA-Mitteilung 41, Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen, 26. November 2012, 5.

³⁵ Vgl. BGE 138 I 274 E. 1.2 mit Verweis auf BGer, 4C.382/1995, 27.9.1996, E. 1a, in: ZBI 1997, 410 f., 411. Vgl. auch BGE 137 II 399 E. 1.1; 132 I 270 E. 4.3; BGer, 4A_582/2014, 17.4.2015, E. 2.1.

³⁶ Vgl. statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 223 ff.; kürzer bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 10), § 18 N 4 ff.

³⁷ So z.B. in BGE 138 I 274 E. 1.2 sowie BGer, 4A_582/2014, 17.4.2015, E. 2.1.

³⁸ Die Aufzählung erfolgt jeweils mit dem Beisatz «z.B.» oder «namentlich», vgl. die zuvor zitierten Entscheide.

³⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 223 f.

⁴⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 10), § 18 N 4. Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 225 ff.

⁴¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 229 f.; vgl. auch BGE 138 I 274 E. 1.2.

⁴² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 231 ff.

⁴³ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).

⁴⁴ Vgl. Information des EFD zum FIDLEG und zum FINIG unter: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/wirtschaft--waehrung--finanzplatz/finanzmarktpolitik/fidleg-finig/fb-fidleg-finig.html> (Abruf 26.11.2018).

marktgesetze, das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und das Finanzinstitutsgesetz (FINIG).

Allerdings sind nicht sämtliche obligationenrechtlichen Bestimmungen für die Dienstleistungserbringung von Bedeutung, sondern es sind nur die ersten beiden Abteilungen; namentlich die allgemeinen Bestimmungen (Art. 1–183 OR) sowie die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184–551 OR), insbesondere die Normen betreffend den einfachen Auftrag (Art. 394–406 OR). Diese Bestimmungen sind vollumfänglich dem Privatrecht zuzuordnen,⁴⁵ was sich z.B. bei Anwendung der Subordinationstheorie ergibt. Die betreffenden Normen des OR regeln ausschliesslich privatrechtliche Rechtsverhältnisse, d.h. Verhältnisse unter gleichgeordneten Rechtssubjekten.⁴⁶

Bereits aus der Botschaft geht hervor, dass das FIDLEG öffentliches Recht ist und nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunde eingreift.⁴⁷ Zudem dienen FINIG bzw. FIDLEG gemäss dem jeweiligen Zweckartikel öffentlichen Interessen,⁴⁸ namentlich dem Kundenschutz sowie dem Funktionsschutz des Finanzplatzes Schweiz, und sind damit gemäss Interessentheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Weiter sehen beide Gesetze als Reaktion auf Verfehlungen öffentlich-rechtliche Sanktionen vor, die als Strafbestimmungen bezeichnet werden.⁴⁹ Dies spricht nach der modalen Theorie für ein Vorliegen von öffentlichem Recht. Deshalb sind sowohl das FIDLEG als auch das FINIG dem öffentlichen Recht, d.h. dem finanzmarktrechtlichen Aufsichtsrecht, zuzuordnen.

II. Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht in Theorie und Praxis

Nachdem in einem ersten Schritt die verschiedenen Normen dem Aufsichts- oder dem Privatrecht zugeordnet wurden, ist nun in einem zweiten Schritt festzustellen, in welchem Verhältnis die Normen zueinander stehen. Ins-

besondere ist zu prüfen, ob eine Normkollision möglich ist und wie mit einer solchen umzugehen ist. Zu diesem Zweck hat die Lehre verschiedene Modelle entwickelt,⁵⁰ die im Folgenden kurz vorgestellt werden. Diese Konzepte werden durch die Gerichte teilweise bereits angewandt; so anerkannte das Bundesgericht in Zusammenhang mit Art. 11 BEHG⁵¹ das Konzept der Doppelnorm.⁵²

A. Konzept des zivilrechtlichen Vorrangs

1. Theorie

Gemäss dem Konzept des zivilrechtlichen Vorrangs geht Privatrecht generell (widersprechendem) Aufsichtsrecht vor.⁵³ Die Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten ist demnach rechtmässig, soweit die (weniger weitgehenden) privatrechtlichen Pflichten eingehalten wurden. Spiegelbildlich muss das Aufsichtsrecht auch in Fällen eingehalten werden, in denen das Aufsichtsrecht weniger weitgehende Pflichten vorsieht.⁵⁴ Das Konzept hat den grossen Vorteil, dass bei auftretenden Pflichtendivergenzen zwischen Aufsichts- und Privatrecht eine klare Regelung zugunsten des Privatrechts besteht und somit eine erhöhte Rechtssicherheit geschaffen wird.⁵⁵

Hintergrund dieses Konzepts ist die aufgrund des geltenden Subsidiaritätsprinzips eingeschränkte Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union (EU) in Bezug auf das Zivilrecht – das Aufsichtsrecht der EU könnte das nationale Zivilrecht mittels Drittwirkung massgeblich beeinflussen.⁵⁶ Der Schweiz droht keine derartige Beeinflussung.

⁴⁵ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff. N 25, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015.

⁴⁶ Auch der Beizug weiterer Theorien ergibt, dass das OR dem Privatrecht zuzuordnen ist, da es privatrechtlichen Interessen bzw. nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und ausschliesslich privatrechtliche Sanktionen vorgesehen sind.

⁴⁷ Explizit für die Verhaltensregeln: Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921.

⁴⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 FIDLEG bzw. Art. 1 Abs. 2 FINIG.

⁴⁹ Vgl. 7. Titel des FIDLEG sowie 2. Abschnitt des 4. Titels des FINIG.

⁵⁰ Zuerst für das deutsche Recht: ROLF SETHE, § 5 Aufsichtsrecht, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, In Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. A., München/Wien/Basel 2016, § 5 N 287 ff.; darauf aufbauend auch für das schweizerische Recht: WEBER (FN 7), 409 ff.; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569 f.; MAURENBRECHER (FN 10), 562 ff., sowie NINA REISER, Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2017, N 196 ff.

⁵¹ Vgl. dazu unten II.B.2.

⁵² Vgl. BGE 133 III 97 E. 5.2. Vgl. dazu unten II.B.

⁵³ WEBER (FN 7), 409; MAURENBRECHER (FN 10), 562; HEINZ-DIETER ASSMANN, Das Verhältnis von Aufsichtsrecht und Zivilrecht im Kapitalmarktrecht, in: Ulrich Burgard/Walther Hadding/Peter O. Mülbert/Michael Nietsch/Reinhard Welter (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Berlin/Köln 2011, 37–56, 53 ff.

⁵⁴ Vgl. SETHE (FN 50), § 5 N 298; ASSMANN (FN 53), 55; BAUMANN (FN 7), N 26; MARTIN OPPITZ, Kapitalmarktaufsicht, Habil. Klagenfurt, Wien 2017, 408 f.

⁵⁵ MAURENBRECHER (FN 10), 563.

⁵⁶ Vgl. ASSMANN (FN 53), 37 ff.; BAUMANN (FN 7), N 26. Vgl. zum Subsidiaritätsprinzip: Art. 5 Abs. 3 EUV (Vertrag über die Europäische Union).

sung durch das Aufsichtsrecht der EU und entsprechend wird das Modell von der herrschenden schweizerischen Lehre zu Recht abgelehnt.⁵⁷ Kritisiert wird, dass das Aufsichtsrecht mittels vertraglicher Wegbedingung (des dispositiven Privatrechts) umgangen und im Extremfall bedeutungslos werden könnte.⁵⁸ Weiter wäre das Gewaltenteilungsprinzip⁵⁹ verletzt, da eine Aufsichtsbehörde (d.h. Verwaltungsbehörde) aufgrund des prinzipiellen Vorranges an die Auslegung des Zivilrichters gebunden wäre.⁶⁰ BAUMANN verweist schliesslich zu Recht auf den bestehenden Konflikt des Konzepts mit Art. 20 Abs. 1 OR; ein solcher droht, da Verträge mit widerrechtlichem Inhalt grundsätzlich nichtig sind.⁶¹

Das Konzept des zivilrechtlichen Vorrangs schafft zwar einerseits im Vergleich zu anderen Konzepten grosse Rechtssicherheit. Andererseits verletzt es aber grundsätzliche Prinzipien der Schweizer Rechtsordnung und hat im Extremfall eine vollständige Aushöhlung des schweizerischen Aufsichtsrechts zur Folge, weshalb eine Anwendung in Bezug auf die schweizerische Rechtsordnung u.E. abzulehnen ist.

2. Praxis

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid hervorgehoben, dass Aufsichtsbehörden die Rechtsordnung und insbesondere das Privatrecht zu beachten haben.⁶² Grundsätzlich werde eine Kongruenz zwischen privat- und aufsichtsrechtlichen (Sorgfalts-)Pflichten vermutet, soweit diese den Schutz von Bankkunden bezwecken.⁶³ Aufsichtsrechtliche Pflichten ausserhalb der privatrechtlichen Regelung sind demzufolge unzulässig und rechtfertigen bei Verletzung keine (aufsichtsrechtlichen) Massnahmen.⁶⁴ Das Bundesverwaltungsgericht geht folglich in Bezug auf diese Sorgfaltspflichten von einem grundsätzlichen Vorrang des Privatrechts aus. Ein

solcher Vorrang ist u.E. mit zuvor dargelegter Argumentation abzulehnen.

B. Konzept der Doppelnorm

1. Theorie

Eine Norm findet nach dem Konzept der Doppelnorm parallel im Aufsichts- und im Privatrecht Anwendung.⁶⁵ Folglich kann sie einerseits von einer Aufsichtsbehörde von Amtes wegen angewandt werden, andererseits können sich die einzelnen Vertragsparteien vor einem Zivilgericht auf sie berufen.⁶⁶

Umstritten ist insbesondere, inwieweit die Rechtsanwendung des einen Teilgebiets die Rechtsanwendung des anderen Teilgebiets beeinflusst.⁶⁷ Entweder ist die Norm durch die Gerichte und (Aufsichts-)Behörden identisch auszulegen, was aus Sicht einer wirksamen Gewaltenteilung undenkbar erscheint,⁶⁸ oder die Auslegung erfolgt selbständig. In diesem Fall ist die harmonisierende Wirkung aufgrund der für das andere Rechtsgebiet unverbindlichen Rechtsanwendung eher gering.⁶⁹ Einen Kompromiss bildet eine grundsätzliche Verbindlichkeit der jeweiligen Rechtsanwendung für die andere Teilrechtsordnung, unter dem Vorbehalt, dass teilrechtsordnungsinkompatible Rechtsanwendungen ausgeschlossen sind.⁷⁰

Schliesslich können, nebst der erwähnten Rechtsunsicherheit bei der Rechtsanwendung, gestützt auf das Konzept der Doppelnorm auch keine generellen Aussagen über das Verhältnis von eigenständig kodifizierten privat- und aufsichtsrechtlichen Normen gewonnen werden. Das Konzept gilt, wie zuvor ausgeführt, lediglich im Bereich einiger weniger Normen.⁷¹ Entsprechend wurde das Dop-

⁵⁷ Vgl. BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569; BAUMANN (FN 7), N 27; WEBER (FN 7), 409; MAURENBRECHER (FN 10), 562.

⁵⁸ WEBER (FN 7), 409; MAURENBRECHER (FN 10), 563.

⁵⁹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 10), § 1 N 3 f. Nach dem Gewaltenteilungsprinzip müssen Exekutive und Judikative ihre Funktionen unabhängig voneinander ausüben können.

⁶⁰ BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569; MAURENBRECHER (FN 10), 563.

⁶¹ Vgl. BAUMANN (FN 7), N 27, der diesbezüglich vom Primat des Aufsichtsrechts gegenüber dem Privatrecht ausgeht.

⁶² Siehe BVGer, B-5756/2014, 18.5.2017, E. 4.3.2.1 sowie E. 4.3.2.2; ferner: FLAVIO AMADÒ, Die Verhaltensregeln des FIDLEG zwischen Aufsichts- und Zivilrecht, AJP 2018, 990–999, 996.

⁶³ BVGer, B-5756/2014, 18.5.2017, E. 4.3.2.1.

⁶⁴ BVGer, B-5756/2014, 18.5.2017, E. 4.3.2.1.

⁶⁵ WIEGAND/WICHTERMANN (FN 5), 146; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 240; BERNHARD BERGER, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Diss. Bern, Bern 2000, 106; MAURENBRECHER (FN 10), 565; REISER (FN 50), N 194 f. und N 199.

⁶⁶ Vgl. BGE 133 III 97 E. 5.2. Vgl. auch WEBER (FN 7), 408, der aufgrund der «Kann»-Formulierung des Bundesgerichts auf die damit verbundene (Rechts-)Unsicherheit hinweist.

⁶⁷ WEBER (FN 7), 410 f.

⁶⁸ SETHE (FN 50), § 5 N 293; WEBER (FN 7), 410 f.; MAURENBRECHER (FN 10), 565.

⁶⁹ BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 570; MAURENBRECHER (FN 10), 565; REISER (FN 50), N 199.

⁷⁰ BAUMANN (FN 7), N 32; ADRIAN SCHOOP, Kundensegmentierung am Point of Sale, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln für in der Schweiz und in der EU tätige Finanzdienstleister, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014, 14.

⁷¹ Im Finanzmarktrecht sind das namentlich Art. 11 BEHG sowie Art. 20 KAG; vgl. auch BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569.

pelnormkonzept im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens des FIDLEG verworfen.⁷²

2. Praxis

Ursprünglich im Baurecht entwickelt,⁷³ sind inzwischen auch in diversen anderen verwaltungsrechtlichen Gebieten einige Normen so ausgestaltet, dass sie sowohl in öffentlich-rechtlichen als auch in privatrechtlichen Verfahren Anwendung finden können.⁷⁴ Im Finanzmarktrecht werden gemäss herrschender Lehre die Verhaltenspflichten im Börsenrecht (Art. 11 BEHG) sowie im Kollektivanlagerecht (Art. 20 KAG) als Doppelnormen bezeichnet.

Die Verhaltenspflichten in Art. 11 BEHG wurden zunächst von der Lehre und später auch vom Bundesgericht als Doppelnorm identifiziert.⁷⁵ Nicht geäussert hat sich das Bundesgericht hingegen bis anhin dazu, ob es auch Art. 20 KAG als Doppelnorm versteht. Die Parallelen zu Art. 11 BEHG sind jedoch, trotz kleinerer inhaltlicher Unterschiede, unverkennbar.⁷⁶ Die herrschende Lehre nimmt u.a. aufgrund des Art. 11 BEHG ähnelnden Wortlauts eine Doppelnorm an.⁷⁷ Die Verhaltensregeln von Art. 11 BEHG bzw. Art. 20 KAG bilden in privatrechtlicher Hinsicht einen das Auftragsrecht ergänzenden Mindeststandard, der laut Bundesgericht zwingendes Privatrecht darstellt.⁷⁸ Dieser Mindeststandard ist insbesondere im Bereich von Execution-Only-Geschäften von Bedeutung.⁷⁹ Im Rahmen der Einführung des FIDLEG wird das BEHG vollständig aufgehoben, die Doppel-

norm von Art. 20 KAG bleibt in leicht angepasster Form bestehen.⁸⁰

C. Konzept des Gleichlaufs

1. Theorie

Das Konzept des Gleichlaufs⁸¹ zielt auf eine vollständige Harmonisierung von Zivil- und Aufsichtsrecht ab.⁸² Dabei sollen sich die beiden Rechtsgebiete wechselseitig beeinflussen: Einerseits führt eine Entwicklung oder Konkretisierung des Aufsichtsrechts zur gleichzeitigen zivilrechtlichen Änderung,⁸³ andererseits soll eine zivilrechtliche Auslegung auch im Aufsichtsrecht von Bedeutung sein.⁸⁴ Dabei findet keine inhaltliche Ergänzung statt; die Pflichten der jeweiligen Teilrechtsgebiete bleiben entsprechend unverändert.⁸⁵

In der Lehre überwiegen zu Recht mehrheitlich die Zweifel am Konzept des Gleichlaufs, da im Privat- bzw. Aufsichtsrecht unterschiedliche Regelungsziele bestünden.⁸⁶ Während privatrechtliche Normen i.d.R. einzelfallbezogen und aufgrund einer Ex-post-Betrachtung angewandt werden, sind aufsichtsrechtliche Normen generell-abstrakt und zur Prävention bestimmt.⁸⁷ Ausserdem könnte eine vollständige Harmonisierung von Aufsichts- und Privatrecht einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip darstellen.⁸⁸ Schliesslich droht langfristig eine Unterwanderung bzw. Verdrängung des Zivilrechts durch das Aufsichtsrecht.⁸⁹ Eine solche ist zu befürchten, weil das Aufsichtsrecht aufgrund der häufigeren Revisio- nen als dynamischer gilt und somit schneller abgeändert und damit im Verhältnis massgeblich würde.⁹⁰

⁷² Vgl. unten III.

⁷³ Vgl. WIEGAND/WICHTERMANN (FN 5), 147; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569.

⁷⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 10), § 4 N 242 f. für verschiedene Beispiele im öffentlichen Recht. Vgl. für weitere Beispiele auch REISER (FN 50), N 194, sowie BAUMANN (FN 7), Fn 137.

⁷⁵ Vgl. BGE 133 III 97 E. 5.2; für die Lehre statt vieler: BERNHARD BERGER/WOLFGANG WIEGAND, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 1999, 713–743, passim.

⁷⁶ THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014, N 1196.

⁷⁷ Statt vieler: JUTZI/SCHÄREN (FN 76), N 1199; BAUMANN (FN 7), N 33.

⁷⁸ Vgl. BGE 133 III 97 E. 5.2, dazu kritisch: JUTZI/SCHÄREN (FN 76), N 1201 ff., insb. N 1203.

⁷⁹ Vgl. dazu unten IV.B.2.a.i. Im Rahmen von Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverträgen gilt die Doppelnorm von Art. 11 BEHG zwar ebenfalls, aufgrund der weitergehenden auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten ist sie bei diesen Vertragsverhältnissen aber nur von marginaler Bedeutung, vgl. dazu SCHOOP (FN 70), 12; BAUMANN (FN 7), N 34.

⁸⁰ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8928, sowie Anhang zu Art. 94 FIDLEG betreffend das 4. Kapitel: Wahrung der Anlegerinteressen des 3. Abschnitts Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006.

⁸¹ Z.T. auch Normidentität genannt, vgl. WEBER (FN 7), 411.

⁸² SETHE (FN 50), § 5 N 290 f.; WEBER (FN 7), 411.

⁸³ SETHE (FN 50), § 5 N 290; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569; MAURENBRECHER (FN 10), 566.

⁸⁴ BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569; MAURENBRECHER (FN 10), 566.

⁸⁵ BAUMANN (FN 7), N 28.

⁸⁶ BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569.

⁸⁷ Vgl. dazu oben I.A. Siehe auch REISER (FN 50), N 198; WEBER (FN 7), 411; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569.

⁸⁸ Zivilrichter wären so an die Rechtsanwendung der Aufsichtsbehörden gebunden und umgekehrt müssten Aufsichtsbehörden zwingend die privatrechtliche Praxis berücksichtigen, vgl. dazu BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569; SETHE (FN 50), § 5 N 292; MAURENBRECHER (FN 10), 566.

⁸⁹ WEBER (FN 7), 411; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569; REISER (FN 50), N 198.

⁹⁰ MAURENBRECHER (FN 10), 566; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 569.

2. Praxis

Das Konzept des Gleichlaufs wird im Schweizer Recht lediglich ansatzweise im KAG angewandt. Der Inhalt der Prospekte für strukturierte Produkte bestimmt sich gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a KAG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 KKV⁹¹ nach Selbstregulierungsvorschriften.⁹² Ein Emittent strukturierter Produkte kann bei Verstössen gegen diese Vorschriften nicht nur aufsichts-, sondern auch privatrechtlich haftbar gemacht werden.⁹³ Vorliegend kommt es deshalb zu einer Kongruenz von aufsichts- und privatrechtlichen Regelungen. Davon abgesehen ist dem schweizerischen Recht eine derartige Harmonisierung von Privat- und Aufsichtsrecht fremd, auch im Zuge der parlamentarischen Beratung des FIDLEG wurde eine ähnliche Ausgestaltung verworfen.⁹⁴

D. Konzept der Ausstrahlungswirkung

1. Theorie

Gemäss dem Konzept der Ausstrahlungswirkung stehen die Normen im Aufsichts- und diejenigen im Privatrecht grundsätzlich selbständig nebeneinander.⁹⁵ Trotzdem sind die jeweiligen Normen nicht isoliert zu betrachten, sondern soll bei der Auslegung des Aufsichtsrechts das Privatrecht und bei der Auslegung des Privatrechts das Aufsichtsrecht beachtet werden.⁹⁶ So könnte beispielsweise das Aufsichtsrecht zur Konkretisierung einer privatrechtlichen Generalklausel beigezogen werden.⁹⁷

2. Methodologische Herleitung der Ausstrahlungswirkung

Die Botschaft des FIDLEG erwähnt die Ausstrahlungswirkung zwar an einigen Stellen,⁹⁸ unterlässt es aber zu begründen, warum eine solche zulässig sei. Dabei ist die Ausstrahlungswirkung als Konzept in der schweizerischen Rechtsordnung gänzlich unbekannt. Erschwerend kommt hinzu, dass die Annahme einer Ausstrahlungswirkung zu einem systematischen Bruch führte/führen

würde: Es wird befürchtet, dass Normen einer Teilrechtsordnung über deren Grenzen hinaus auf andere Teilrechtsordnungen wirken könnten.⁹⁹ Grundsätzlich widerspräche dies der zuvor erläuterten Dichotomie von Privat- und Aufsichtsrecht.¹⁰⁰

Trotzdem gibt es methodologische Argumente, die für eine Zulässigkeit der Ausstrahlungswirkung von Privat- und Aufsichtsrecht sprechen. Zunächst ist die Trennung der beiden Teilrechtsordnungen nicht absolut; so gibt es regelmässig Verweise auf das Recht der anderen Rechtsordnung oder gar beiderseitig anwendbare Normen.¹⁰¹ Für diese Art von Überschneidungen ist Koordination notwendig und müssen die Grenzen und Folgen definiert werden.¹⁰² Weiter gilt das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, d.h., die einzelnen Teilrechtsordnungen sollen widerspruchsfrei oder gar wertkongruent zueinander ausgestaltet sein.¹⁰³ Diese Einheit der Rechtsordnung, die nicht absolut ist,¹⁰⁴ kann durch die Annahme einer Ausstrahlungswirkung eher erreicht werden, als wenn auf eine strikte Dichotomie der Teilrechtsordnungen verwiesen wird. Auch das Prinzip der «wechselseitigen Auffangordnungen» ist ein Anknüpfungspunkt für die Ausstrahlungswirkung.¹⁰⁵ Demnach bilden das Aufsichtsrecht, als Teil des öffentlichen Rechts, und das Privatrecht zwei komplementär wirkende Pole, mit unterschiedlichen Regelungszielen und -instrumenten. Trotz dieser Unterschiede sollen sich die Teilrechtsordnungen gegenseitig beeinflussen, ergänzen und stützen (d.h. auffangen). Dies ist notwendig, da die Regelungsziele z.T. durch Regelungsinstrumente einer anderen Teilrechtsordnung besser erreicht werden können.

Die zuvor genannten methodologischen Prinzipien sind nicht nur im Zusammenhang mit der Ausstrahlungswirkung von Bedeutung. Insbesondere die Rechtsfigur der Einheit der Rechtsordnung ist im Rahmen einer systematischen Auslegung von herausragender Bedeutung.¹⁰⁶ Demnach ist in Bezug auf die (systematisch) auszulegenden

⁹¹ Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV; SR 951.311).

⁹² Vgl. JUTZI/SCHÄREN (FN 76), N 825.

⁹³ Vgl. dazu MAURENBRECHER (FN 10), 566 f. m.w.H. in Fn 63.

⁹⁴ Vgl. dazu unten III.E.

⁹⁵ BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 570; MAURENBRECHER (FN 10), 567; AMADÒ (FN 62), AJP 2018, 992.

⁹⁶ SETHE (FN 50), § 5 N 255 m.w.H.; vgl. auch WEBER (FN 7), 410; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 570.

⁹⁷ OPPITZ (FN 54), 408.

⁹⁸ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921, 8924, 8966.

⁹⁹ Vgl. FISCHER (FN 17), 109 f.

¹⁰⁰ Vgl. oben I.A.

¹⁰¹ Vgl. oben I.B.

¹⁰² Weiterführend: EMMENEGGER (FN 13), 49 ff.

¹⁰³ SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER), Art. 1 ZGB N 246. Für das deutsche Recht: FISCHER (FN 17), 92.

¹⁰⁴ Vgl. FISCHER (FN 17), 93.

¹⁰⁵ Vgl. zu diesem Prinzip: EMMENEGGER (FN 13), 31 ff.; FISCHER (FN 17), 93 ff.

¹⁰⁶ Statt vieler: BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 103), Art. 1 ZGB N 245; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 10, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

de Norm deren Einbettung in das Gesamtsystem bzw. in die Rechtsordnung schlechthin zu berücksichtigen.¹⁰⁷ So soll die Einheit bzw. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gewährleistet werden.¹⁰⁸ Dies kann durch Beizug von Normen erfolgen, die ähnliche Fragen betreffen bzw. im Hinblick auf die entsprechende Fragestellung vergleichbar sind oder sich im Gegenteil massgeblich voneinander unterscheiden.¹⁰⁹ Dieser Zusammenhang macht deutlich, dass das Konzept der Ausstrahlungswirkung keine methodologische Eigenheit ist, sondern u.E. einen Anwendungsfall der systematischen Auslegung darstellt.¹¹⁰

3. Umfang der Ausstrahlungswirkung

Im Einzelfall ist eine unabhängige Auslegung der Normsysteme denkbar. Deshalb ist das Ausmass der Ausstrahlungswirkung vor erfolgter Auslegung unbestimmt, so dass die Wirkungsintensität von Fall zu Fall variieren kann.¹¹¹ Diese Methode kann zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Normenauslegung führen, was eine erhöhte Rechtsunsicherheit zur Folge hat.¹¹² Grundsätzlich kann u.E. festgehalten werden, dass die Ausstrahlungswirkung jeweils nur die Normauslegung betrifft, wobei die beizuziehende Norm entweder aufgrund ihrer Vergleichbarkeit oder der deutlichen Unterscheidbarkeit berücksichtigt wird.

Fraglich ist weiter, ob sich die Ausstrahlungswirkung nur in eine Richtung oder jeweils in beide Richtungen entfalten kann. Die Botschaft zum FIDLEG erwähnt beispielsweise lediglich die Wirkung des Aufsichtsrechts auf die zivilrechtlichen Beziehungen.¹¹³ Eine umgekehrte Wirkung des Privatrechts auf das FIDLEG bzw. dessen Auslegung nennt sie nicht. Die Lehre hingegen geht zu

Recht von einer gegenseitigen Beeinflussung der Rechtsgebiete aus.¹¹⁴

4. Praxis

Ein Beispiel für die Ausstrahlungswirkung stellen die Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) dar.¹¹⁵ Die Standesregeln des VSV können «als Ausdruck einer Berufsausübung zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden».¹¹⁶ Das Auftragsrecht orientiert sich daher massgeblich an den selbstregulatorischen Standesregeln und insbesondere an den von ihnen definierten Sorgfaltspflichten.¹¹⁷

E. Fazit zum Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht in Theorie und Praxis

Die Ausführungen zu den einzelnen Konzepten zeigen, dass sich in der herrschenden Lehre nicht ein Konzept zur Regelung des Verhältnisses von Aufsichts- und Privatrecht flächendeckend durchgesetzt hat. Von der obersten Rechtsetzungsinstanz wurde das Konzept der Doppelnorm als bis anhin einziges fallweise anerkannt. Gerade dieses wird aber in Bezug auf das FIDLEG zugunsten der Ausstrahlungswirkung verworfen. Bei der Ausstrahlungswirkung handelt es sich dem Anschein nach um ein neues Konzept, methodologisch stellt sie allerdings wie dargelegt einen Teil der systematischen Auslegung dar. Entsprechend sollte eine Anwendung seitens der Gerichte und Aufsichtsbehörden weniger problematisch sein, als es zunächst den Anschein macht.

III. Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht gemäss FIDLEG

Im folgenden Kapitel wird der gesetzgeberische Umgang mit der bisher geschilderten Problematik im Rahmen des FIDLEG betrachtet. Bisher waren es eher Lehre und Rechtsprechung, die sich der Regelung des Verhältnisses von Aufsichts- und Privatrecht angenommen hatten.¹¹⁸ Der Bundesrat wies in der Botschaft zum FIDLEG daher zu Recht auf vorhandene Lücken und inkonsistente Rege-

¹⁰⁷ Vgl. BGE 120 II 112 E. 3b; EMMENEGGER (FN 13), 27; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 103), Art. 1 ZGB N 246.

¹⁰⁸ BGE 137 II 182 E. 3.7.4.1; 129 III 161 E. 2.6; 117 Ib 35 E. 3e.

¹⁰⁹ RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2012, N 990.

¹¹⁰ So auch JÖRG SCHMID, Informationspflichten bei «Execution-only-Geschäften», in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, SBT 2017 – Schweizerische Bankrechtstagung 2017, Basel 2017, 221–235; OPPITZ (FN 54), 435; FISCHER (FN 17), 109 f.

¹¹¹ ASSMANN (FN 53), 53; BAUMANN (FN 7), N 30; REISER (FN 50), N 201; WEBER (FN 7), 410.

¹¹² WEBER (FN 7), 410; BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 570; MAURENBRECHER (FN 10), 568; AMADÒ (FN 62), AJP 2018, 997. Für das deutsche Recht: JULIUS FORSCHNER, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht, Eine Untersuchung zum Verhältnis der §§ 31 ff. WpHG und zivilrechtlichem Beratungsvertrag, Diss. Tübingen, Tübingen 2013, 115.

¹¹³ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921, 8924, 8966.

¹¹⁴ So MAURENBRECHER (FN 10), 567; WEBER (FN 7), 410; SCHMID (FN 110), 235. Im Ergebnis gegen eine gegenseitige Beeinflussung: AMADÒ (FN 62), AJP 2018, 999.

¹¹⁵ Vgl. zur Qualifikation der Standesregeln des VSV: ZYSSET (FN 5), N 503.

¹¹⁶ BGE 132 III 460 E. 4.3.

¹¹⁷ BÜHLER/VON DER CRONE (FN 7), 568 f.

¹¹⁸ Vgl. z.B. bezüglich Art. 11 BEHG oben II.B.2.

lungen hin.¹¹⁹ Eine ausführliche Darstellung des Gesetzgebungsprozesses ist lohnenswert, da das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht ein grosser Streitpunkt in der parlamentarischen Debatte war.

A. Bundesrätlicher Entwurf

Die Botschaft sieht keine Regelung des Verhältnisses von Aufsichts- und Privatrecht vor, eine einzige Ausnahme besteht für den Bereich der Verhaltensregeln für Finanzdienstleister.¹²⁰ Demgemäss sind die Verhaltensregeln des FIDLEG¹²¹ als öffentliches Recht konzipiert. Es wurde explizit darauf verzichtet, den Artikel als Doppelnorm¹²² auszugestalten und damit in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister einzugreifen.¹²³ Gleichzeitig besteht aber eine Ausstrahlungswirkung der aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln des FIDLEG auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Dienstleister,¹²⁴ d.h., die Verhaltensregeln können zur Konkretisierung einzelner privatrechtlicher Pflichten beigezogen werden. Der Zivilrichter ist allerdings nicht dazu verpflichtet, diese bei seiner Urteilsfindung zu berücksichtigen.¹²⁵

Der Gesetzesentwurf sah in Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG Folgendes vor: «Finanzdienstleister müssen beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach diesem Titel befolgen.»¹²⁶ Der Wortlaut des Artikels sollte verdeutlichen, dass Finanzdienstleister neben den geltenden zivilrechtlichen, in der Regel auftragsrechtlichen Pflichten auch die aufsichtsrechtlichen Vorgaben von Art. 9 ff. E-FIDLEG einzuhalten haben.¹²⁷ Der Gesetzgeber machte in der Botschaft aber klar, dass die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln gerade nicht das individuelle Verhältnis zwischen Kunde und Dienstleister betreffen, sondern ein aufsichtsrechtliches Eingreifen erst im Wiederholungsfall bzw. bei Betroffenheit einer breiten Kundenbasis erfolgen soll.¹²⁸

B. Lesung im Ständerat

Die Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-S) und ihr folgend der Ständerat selbst haben Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG in einer ersten Revision um den folgenden Satz ergänzt: «Soweit diese [aufsichtsrechtlichen Pflichten] bestehen und erfüllt werden, sind auch identische zivilrechtliche Pflichten erfüllt.»¹²⁹ Die Ergänzung führte dazu, dass entgegen der ursprünglichen Intention des Bundesrats hinsichtlich der Verhaltenspflichten des FIDLEG eine Art «Doppelnormkonzept» gelten sollte.¹³⁰ Die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG hätten demnach auch im Privatrecht gegolten bzw. die Einhaltung einer bestimmten Verhaltensregel nach FIDLEG hätte die gleichzeitige Erfüllung der entsprechenden zivilrechtlichen Pflicht bedeutet.¹³¹ Dies sei möglich, da sich die Verhaltensregeln im Aufsichts- und Privatrecht auf vergleichbarem Niveau befänden.¹³² Gleichzeitig schloss der Ständerat eine «umgekehrte» Wirkung der Norm aus: Eine aufsichtsrechtliche Verletzung soll nicht «automatisch» zu einer zivilrechtlichen Haftung führen.¹³³

C. Lesung im Nationalrat

Der Entwurf des Ständerats wurde von einem Teil der Lehre stark kritisiert. Hauptkritikpunkte waren insbesondere der faktische Vorrang der aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten¹³⁴ sowie die sprachliche Ausgestaltung des Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG¹³⁵. Die Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK-N) und der Nationalrat beschlossen sodann, den Text vom zwei-

¹¹⁹ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8912.

¹²⁰ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921.

¹²¹ Art. 7 ff. FIDLEG.

¹²² Vgl. zum Doppelnormkonzept oben II.B.

¹²³ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921.

¹²⁴ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921; vgl. zur Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts oben II.D.

¹²⁵ So auch BAUMANN (FN 7), N 31.

¹²⁶ Art. 8 Abs. 1 FIDLEG.

¹²⁷ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8952.

¹²⁸ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8952, wiederum wird für die Durchsetzung von privatrechtlichen Forderungen explizit auf den Zivilweg verwiesen.

¹²⁹ Art. 8 Abs. 1 Fahne des Ständerats vom 14. Dezember 2016 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG).

¹³⁰ Votum Martin Schmid, AB 2016 S 1153 bzw. 1164. Vgl. MATTHIAS S. KUERT, Verhaltensregeln des FIDLEG und Privatrecht im Licht des Gesetzgebungsverfahrens, AJP 2018, 1352–1363, 1354 f.

¹³¹ Votum Martin Schmid, AB 2016 S 1153.

¹³² Votum Martin Schmid, AB 2016 S 1164.

¹³³ Votum Martin Schmid, AB 2016 S 1164, vgl. auch ADRIAN ANDERMATT, Die transaktionsorientierte Anlageberatung unter dem neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), GesKR 2017, 75–80, 76 f. A.A. BAUMANN (FN 7), N 38, der aufgrund der Gleichartigkeit der verschiedenen Pflichten eine zivilrechtliche Haftbarkeit bei Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten vorschlägt.

¹³⁴ Vgl. dazu insbesondere SUSAN EMMENEGGER, Fidleg als Carte Blanche für spekulative Anlageberatung, NZZ vom 7.9.2017, 29, ferner: JOST (FN 18), 185 f.

¹³⁵ Vgl. BAUMANN (FN 7), N 36, der auf die Problematik der Pflichten-«Identität» hinweist.

ten, vom Ständerat hinzugefügten Satz von Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG wie folgt abzuändern: «Mit deren Einhaltung sind auch gleichgerichtete zivilrechtliche Pflichten erfüllt.» Diese Anpassung stellte jedoch weniger eine inhaltliche Veränderung als vielmehr eine sprachliche Präzisierung des vorgesehenen Vorschlags dar.

D. Differenzenbereinigung und Verabschiedung durch beide Räte

Stände- und Nationalrat beschlossen anschliessend im Differenzbereinigungsverfahren, auf die ursprüngliche Fassung des Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG zurückzukommen, d.h. auf die Version des Bundesrates. Zur Begründung wurde angeführt, dass das Aufsichts- und das Privatrecht (bzw. die jeweiligen Verhaltenspflichten) nicht so deckungsgleich seien wie angenommen.¹³⁶ Entsprechend wurde das FIDLEG und damit der entsprechende Art. 7 FIDLEG am 15. Juni 2018 von Stände- (mit 41 zu 0 Stimmen) bzw. Nationalrat (mit 138 zu 57 Stimmen) verabschiedet.¹³⁷

E. Fazit zum Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im FIDLEG

Das FIDLEG sieht keine explizite gesetzliche Regelung des Verhältnisses von Aufsichts- und Privatrecht vor. Aus der Botschaft sowie aus der parlamentarischen Diskussion erhellt allerdings Folgendes: Grundsätzlich spricht sich der Gesetzgeber für ein unabhängiges und parallel nebeneinander bestehendes Privat- und Aufsichtsrecht aus.¹³⁸ Das Konzept des Gleichlaufs wird somit vom Gesetzgeber verworfen, da eine Zusammenführung bzw. direkte Harmonisierung gesetzlich nicht vorgesehen ist.¹³⁹ Die Folge davon ist, dass das Aufsichtsrecht nicht

unmittelbar in das (privatrechtliche) Verhältnis zwischen Kunde und Dienstleister eingreift¹⁴⁰ und privatrechtliche Ansprüche ausschliesslich auf dem Zivilweg geltend gemacht werden können¹⁴¹.

Allerdings ist vom Gesetzgeber eine mittelbare Verflechtung von Aufsichts- und Privatrecht vorgesehen. Namentlich sieht er eine Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts auf das Privatrecht vor,¹⁴² d.h., der Zivilrichter soll die aufsichtsrechtlichen Regelungen zur Konkretisierung von bestehenden privatrechtlichen Pflichten beziehen können.¹⁴³ Durch bestehende aufsichtsrechtliche Pflichten können hingegen qua Ausstrahlungswirkung keine neuen zivilrechtlichen Pflichten begründet werden.¹⁴⁴ Die erzielte Lösung erscheint aus Sicht des Anlegerschutzes¹⁴⁵ durchaus sinnvoll: Die vorhandenen aufsichts- und privatrechtlichen Regelungen bleiben bestehen, aber durch eine Ausstrahlungswirkung im Bereich der Auslegung kann versucht werden, eine minimale Vereinheitlichung der Pflichten im Aufsichts- und Privatrecht zu erreichen.¹⁴⁶

Fraglich ist, ob bezüglich FIDLEG eine gegenseitige Ausstrahlungswirkung besteht, d.h., ob auch eine Ausstrahlungswirkung vom Privatrecht auf das Aufsichtsrecht anzunehmen ist. Weder Gesetz noch Botschaft äussern sich hierzu; vielmehr erwähnt die Botschaft ausdrücklich nur die Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts. Trotzdem ist u.E. davon auszugehen, dass die Ausstrahlungswirkung beidseitig ist. Eine zweiseitige Wirkung ist aus methodologischer Sicht sinnvoll, da nur in diesem Fall «wechselseitige Auffangordnungen» vorliegen. Andernfalls müsste man, wenn beispielsweise nur das Aufsichtsrecht eine Ausstrahlungswirkung besässe, von einem Vorrang des Aufsichtsrechts ausgehen.¹⁴⁷ Dies wäre nicht im

¹³⁶ Votum Martin Schmid, AB 2018 S 130. Im Nationalrat fand keine vertiefte Diskussion statt, stattdessen wurde festgestellt, dass man an der grundsätzlichen Trennung von Privat- und Aufsichtsrecht nichts ändern wolle, vgl. AB 2018 N 610.

¹³⁷ Vgl. dazu: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/wirtschaft-waehrung-finanplatz/finanzmarktpolitik/fidleg-finig.html> (Abruf 26.11.2018).

¹³⁸ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8952, die mangels eines anderweitigen Ergebnisses in der parlamentarischen Diskussion verbindlich ist. Vgl. MAURENBRECHER (FN 10), 578.

¹³⁹ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921 sowie 8952; vgl. auch MAURENBRECHER (FN 10), 583. Das Doppelnormkonzept im Bereich der Verhaltenspflichten wird in der Botschaft explizit verworfen (Botschaft FIDLEG [FN 24], 8921). Es wurde zwar teilweise in der parlamentarischen Beratung wieder aufgegriffen (vgl. oben III.B.), aber schliesslich vollständig abgelehnt (vgl. Votum Martin Schmid, AB 2018 S 130).

¹⁴⁰ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921; vgl. auch MAURENBRECHER (FN 10), 587, der auf die diesbezüglich abweichende Meinung von SCHALLER verweist (JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, N 760).

¹⁴¹ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8952.

¹⁴² Vgl. dazu oben III.A. sowie Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921.

¹⁴³ Vgl. dazu oben II.D.1. Vgl. auch KUERT (FN 130), AJP 2018, 1356 f. A.A. AMADÒ (FN 62), AJP 2018, 998 f., der aufgrund des Gesetzgebungsverfahrens die Anwendung des Doppelnormprinzips vorzieht und diese der Gerichtspraxis überlassen will.

¹⁴⁴ Vgl. auch MAURENBRECHER (FN 10), 579.

¹⁴⁵ Als primärer Zweck des FIDLEG gemäss Art. 1 Abs. 1 FIDLEG.

¹⁴⁶ Im Unterschied dazu hätte das von der WAK-S vorgeschlagene abgewandelte Doppelnormkonzept einen Vorrang von aufsichtsrechtlichen Normen vorgesehen.

¹⁴⁷ Ein Vorrang des Aufsichtsrechts wird vom Gesetzgeber klar abgelehnt, so z.B. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8922: «Namentlich geht die Regelung von Artikel 28 [FIDLEG] den Ansprüchen aus Auftragsrecht nicht vor.»

Sinne des FIDLEG, da bei einem Vorrang des Aufsichtsrechts eine Senkung der geltenden privatrechtlichen Standards drohen würde.¹⁴⁸

Schliesslich ist fraglich, ob durch die vorgesehene Lösung tatsächlich Rechtssicherheit geschaffen wurde. Bundesrat Maurer sagte anlässlich der Differenzberatungen, dass die Lösung der Ausstrahlungswirkung klarer sei als eine Lösung mit einer qualifizierten Doppelnorm.¹⁴⁹ Sie ist vermutlich anlegerfreundlicher, da sich der Finanzdienstleister weiterhin sowohl an das Privat- wie auch das Aufsichtsrecht halten muss. Wie zuvor erwähnt,¹⁵⁰ ist aber die Intensität der Ausstrahlungswirkung umstritten bzw. wird sie in der Lehre einhellig als Schwachpunkt des Konzeptes ausgemacht.¹⁵¹ Der Nachteil wiegt u.E. nicht so schwer wie befürchtet, da es sich bei dem Konzept der Ausstrahlungswirkung um einen Teilbereich der systematischen Auslegung handelt – diese wiederum ist im Schweizer Recht schon lange etabliert.

IV. Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht am Beispiel der Informationspflicht

Aufgrund des zuvor Gesagten können folgende Grundsätze für die Bestimmung einzelner Pflichten festgehalten werden:

- i. Privat- und Aufsichtsrecht bestehen unabhängig voneinander.
- ii. Geltung des Konzepts der Ausstrahlungswirkung: Privat- und Aufsichtsrecht können jeweils gegenseitig nur zur Auslegung einer betreffenden Norm beigezogen werden.

Im Folgenden werden zunächst die relevanten Rechtsverhältnisse des Aufsichts- sowie des Privatrechts dargestellt. Mit Blick auf diese (rechtlichen) Verhältnisse werden im Anschluss die unterschiedlichen Informationspflichten bestimmt. Abschliessend wird analysiert, inwieweit die einzelnen Pflichten einer Ausstrahlungswirkung unterliegen.

¹⁴⁸ Vgl. BAUMANN (FN 7), N 514; siehe auch SUSAN EMMENEGGER, Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, SBT 2017 – Schweizerische Bankrechtstagung 2017, Basel 2017, 199–210, 202; AMADÒ (FN 62), AJP 2018, 992.

¹⁴⁹ Vgl. Votum BR Ueli Maurer, AB 2018 S 132.

¹⁵⁰ Vgl. dazu oben II.D.3.

¹⁵¹ A.A. Votum BR Ueli Maurer, AB 2018 S 132, der bezüglich der bundesrätlichen Lösung von der klareren Regelung spricht.

A. Relevante Rechtsverhältnisse

Ein Finanzdienstleister, idealtypischerweise eine Bank,¹⁵² erbringt für seine Kunden zahlreiche unterschiedliche Dienstleistungen. Dementsprechend sind die Pflichten – unter anderem die Informationspflichten – nicht in einem einzelnen Vertrag abschliessend geregelt.¹⁵³ Vorliegend werden allerdings nur FIDLEG-relevante Rechtsverhältnisse analysiert.

1. Rechtsverhältnisse im FIDLEG

Das FIDLEG findet in jenen Fällen Anwendung, in denen Finanzdienstleister¹⁵⁴ für Kunden Finanzdienstleistungen i.S.v. Art. 3 lit. d FIDLEG erbringen, namentlich Erwerb oder Veräusserung von Finanzinstrumenten, Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben, Vermögensverwaltung, Anlageberatung sowie die Gewährung von Krediten für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten – vereinfacht ausgedrückt erfasst das FIDLEG den Vertrieb und die Verwaltung von Vermögenswerten.

Im Rahmen der Vermögensverwaltung i.w.S. werden drei Arten von Verträgen unterschieden: das Execution-Only-Geschäft, die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung i.e.S. Execution-Only-Geschäfte sind Rechtsverhältnisse, welche die blosser Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen zum Inhalt haben.¹⁵⁵ Darunter fallen aber gemäss FIDLEG auch solche Aufträge, bei denen der Finanzdienstleister den Kunden ausschliesslich über die allgemeinen Erwartungen seines Instituts oder Dritter über die Entwicklung bestimmter, zwingend portfoliofremder Finanzinstrumente informiert.¹⁵⁶

¹⁵² Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. j FINIG unterstehen Banken grundsätzlich auch gemäss neuer Gesetzgebung der Regulierung des BankG.

¹⁵³ Vgl. WEBER (FN 7), 406. Für eine Darstellung der verschiedenen vertraglichen Grundlagen vgl. EMCH/RENN/ARPAGAU (FN 4), passim.

¹⁵⁴ Also Personen, die gewerbmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, vgl. Art. 3 lit. c FIDLEG.

¹⁵⁵ Vgl. explizit in der Botschaft FIDLEG (FN 24), 8915. Das FIDLEG selbst erwähnt in Art. 3 lit. c Ziff. 2 sowie Art. 13 Abs. 1 lediglich den Begriff der «Ausführung oder Übermittlung von (Kunden-) Aufträgen».

¹⁵⁶ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8957, die vorsieht, dass eine Angemessenheitsprüfung nur vorzunehmen ist, wenn die Dienstleistung «Bezug auf Finanzinstrumente nimmt, die sich im Portfolio des fraglichen Kunden befinden». Dazu kritisch: SUSAN EMMEN-

Die Definition der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung erfolgt in Art. 3 lit. c Ziff. 3 f. FIDLEG: Vermögensverwaltung umfasst demnach die «Verwaltung von Finanzinstrumenten», während Anlageberatung als «die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen», definiert wird. Die Anlageberatung wird weiter in eine transaktionsbezogene und eine umfassende Anlageberatung unterteilt. Während eine transaktionsbezogene Anlageberatung dann vorliegt, wenn sich die Beratung auf einzelne Transaktionen bezieht und das weitere Portfolio unberücksichtigt bleibt, betrifft eine umfassende Beratung mindestens ein Teilportfolio, i.d.R. aber das gesamte Portfolio des Kunden.¹⁵⁷ Der Finanzdienstleister muss in letzterem Fall eine Gesamtsicht «über die finanziellen Verhältnisse und die Anlageziele seiner Kundinnen und Kunden» haben.¹⁵⁸

2. Rechtsverhältnisse im Privatrecht

Spiegelbildlich zum Aufsichtsrecht unterscheidet das Privatrecht gemäss Lehre und Rechtsprechung bei der Verwaltung von Vermögen ebenfalls drei Arten von Rechtsverhältnissen: die Execution-Only-Geschäfte, die Anlageberatung sowie die Vermögensverwaltung im eigentlichen Sinn.¹⁵⁹ Unter die Execution-Only-Geschäfte werden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung punktuelle Börsengeschäfte oder die blossen Konto-Depot-

Beziehung subsumiert.¹⁶⁰ Beim Anlageberatungsvertrag wird der Kunde in seinen Anlageentscheidungen zwar vom Finanzdienstleister beraten, die endgültige Anlageentscheidung trifft er aber selbst. Anders bei der Vermögensverwaltung: Hier trifft der beauftragte Dienstleister die Anlageentscheidung auf Basis der vereinbarten Anlagerichtlinien und ohne einzelfallweise Rücksprache mit dem Kunden.¹⁶¹

Das Execution-Only-Geschäft ist rechtlich in mehrere Rechtsbeziehung zu unterteilen: Die Konto-Depot-Beziehung beinhaltet darlehens- und hinterlegungsrechtliche Elemente.¹⁶² Die Ausführung von Börsengeschäften ist dagegen gemäss Art. 425 ff. OR als Kommissionsvertrag zu qualifizieren, da der Finanzdienstleister in der Beziehung als indirekter Stellvertreter für den Kunden handelt.¹⁶³ Dabei kommt via kommissionsrechtlicher Verweisnorm von Art. 425 Abs. 2 OR fast ausschliesslich Auftragsrecht zur Anwendung.¹⁶⁴ Jedoch sind die auftragsrechtlichen Pflichten, insbesondere Sorgfaltspflichten, grundsätzlich auf die korrekte Abwicklung der Transaktion beschränkt, weitergehende Pflichten bestehen nur im Ausnahmefall.¹⁶⁵

Die Anlageberatung wird im Privatrecht, ähnlich wie im Aufsichtsrecht, in eine punktuelle bzw. eine umfassende Beratung unterteilt.¹⁶⁶ Die punktuelle Anlageberatung umfasst einzelne Beratungen, die ohne Berücksichtigung des Risikoprofils des Auftraggebers erfolgen können.¹⁶⁷ Der genaue Umfang des Vertrags und die Folge einer

EGGER/THIRZA DÖBELI, Kundenvertrauen in Banken, SZW 2017, 752–769, 765 f., sowie EMMENEGGER (FN 148), 209.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 11 f. FIDLEG. Gemäss Normtext ist die Berücksichtigung des Kundenportfolios das entscheidende Kriterium bei der Abgrenzung von transaktionsbezogener und umfassender Anlageberatung. Offen dagegen ist, ob auch die Regelmässigkeit der Anlageberatung von Bedeutung ist. Namentlich stellt sich die Frage, ob eine vereinzelte Anlageberatung der Eignungsprüfung unterliegt, wenn der Finanzdienstleister das Kundenportfolio berücksichtigt oder spiegelbildlich eine regelmässige Anlageberatung der Eignungsprüfung nicht untersteht, soweit das Kundenportfolio jeweils unberücksichtigt bleibt.

¹⁵⁸ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8957.

¹⁵⁹ Vgl. BGE 138 III 755 E. 5.5; 133 III 97 E. 7.1; BGer, 4A_54/2017, 29.1.2018, E. 5.1.1; 4A_436/2016, 7.2.2017, E. 3.1; 4A_593/2015, 13.12.2016, E. 7.1.1; für die Lehre statt vieler: KATHRIN HEIM/ANDREA PFIFFNER, Kapitel 3, Gesetzliche und regulatorische Übersicht, in: Kathrin Heim (Hrsg.), Suitability & Appropriateness, Gesetzliche und regulatorische Übersicht für Bankfachleute und Juristen, Zürich/Basel/Genf 2012, 66; SCHOOP (FN 70), 14 ff.; ROLF SETHE, § 25 Vermögensverwaltungsvertrag, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, In Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. A., München/Wien/Basel 2016, N 1 ff.; WEBER (FN 7), 407.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 133 III 97 E. 7.1; BGer, 4A_42/2015, 9.11.2015, E. 3.1 und E. 5.5; 4A_369/2015, 24.4.2016, E. 2.4 m.w.H. Die verwendete Definition wurde deckungsgleich in das FIDLEG übernommen, vgl. oben IV.A.1.

¹⁶¹ BGer, 4A_168/2008, 11.6.2008, E. 2.1 m.w.N. Siehe auch SETHE (FN 159), § 25 N 6 m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

¹⁶² Vgl. SCHMID (FN 110), 224, gemäss dem das Bundesgericht die Qualifikation allerdings offengelassen hat, vgl. BGE 132 III 440 E. 2; BGer, 4A_596/2013, 18.3.2014, E. 4.1.

¹⁶³ Vgl. BGE 133 III 221 E. 5.1; SCHMID (FN 110), 224; BAUMANN (FN 7), N 8. Execution-Only-Geschäfte betreffen in der Regel den börslichen oder ausserbörslichen Handel und nicht die Zeichnung von neu emittierten Produkten.

¹⁶⁴ Vgl. ROMEO CERUTTI, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbankensystem, ZSR 2008 I, 69–97, 76; BAUMANN (FN 7), N 8; SCHMID (FN 110), 224.

¹⁶⁵ Vgl. die Ausführungen zu den privatrechtlichen Informationspflichten unten IV.B.1.

¹⁶⁶ BGer, 4A_436/2011, 2.4.2012, E. 3.1; siehe auch SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: Rolf Sethe (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 85–132, 88, sowie PETER CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008, 30 f.

¹⁶⁷ BGer, 4A_436/2011, 2.4.2012, E. 3.1; vgl. auch GUTZWILLER (FN 166), 31.

Qualifikation als punktueller Anlageberatungsvertrag sind allerdings noch nicht ausreichend bestimmt.¹⁶⁸ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich die vertraglichen Pflichten auf das konkrete Rechtsgeschäft, d.h. die Beratung, beziehen und keine zukünftigen Pflichten begründet werden sollen.¹⁶⁹ Die Anlageberatung selbst unterliegt den gleichen Sorgfalts-, Informations- und Treuepflichten wie eine gewöhnliche Anlageberatung.¹⁷⁰

Sowohl bei der Anlageberatung als auch bei der Vermögensverwaltung kommt in erster Linie Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR zur Anwendung.¹⁷¹ Im Auftragsrecht sind die den Verträgen zugrundeliegenden Verhaltenspflichten nur generalklauselartig verankert. So verweist z.B. der haftungsbegründende Art. 398 Abs. 1 OR auf den gesetzlichen arbeitsvertraglichen Sorgfaltsmassstab.¹⁷² Somit können die vertraglichen Pflichten nicht bloss aufgrund von Art. 398 OR bestimmt werden, für die Beurteilung sind auch die Art des Auftrags und die besonderen Umstände des Einzelfalles entscheidend.¹⁷³ Der Umfang der vertraglichen Pflichten des Anlageberatungs- bzw. Vermögensverwaltungsvertrags ist i.d.R. nicht explizit gesetzlich geregelt, sondern wird von der umfangreichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Auftragsrecht bestimmt.

3. Ausstrahlungswirkung im Bereich der Bestimmung einzelner Rechtsverhältnisse

Der Normtext des FIDLEG orientiert sich bezüglich der Definition von Execution-Only-Geschäften, Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsvertrag an der privat-

rechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts,¹⁷⁴ dabei wird lediglich statt der Bezeichnung «punktueller Anlageberatung» der Begriff «transaktionsbezogene Anlageberatung» verwendet.¹⁷⁵

Die FIDLEG-Botschaft weicht allerdings von der privatrechtlichen Einteilung ab, indem allgemeine Erwartungen über die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente ohne Bezug auf sich im Portfolio befindende Produkte von der Definition der transaktionsbezogenen Anlageberatung ausgeschlossen bzw. dem Execution-Only-Geschäft zugeordnet werden. Diese Kategorisierung überzeugt nicht vollends, da die Botschaft selbst betont, dass sich eine transaktionsbezogene Beratung «auf einzelne Transaktionen bezieht» und gerade nicht einen Teil oder die Gesamtheit des Portfolios berücksichtigt.¹⁷⁶ Weiter stellte diese Art von einmaliger, portfoliounabhängiger Beratung «den Standardfall der punktuellen Anlageberatung»¹⁷⁷ dar. Vorliegend ist u.E. davon auszugehen, dass sich die aufsichtsrechtliche Definition der transaktionsbezogenen Anlageberatung infolge der Ausstrahlungswirkung am bestehenden Privatrecht orientiert.

B. Informationspflichten im Aufsichts- und Privatrecht

Die aufsichtsrechtlichen Informationspflichten des FIDLEG ergeben sich hauptsächlich aus den Verhaltensregeln gemäss Art. 7 ff. FIDLEG.¹⁷⁸ Allerdings werden an weiteren Stellen im FIDLEG Informationspflichten statuiert, ohne dass diese explizit als solche gekennzeichnet sind.¹⁷⁹

Die privatrechtlichen Informationspflichten ergeben sich aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 398 Abs. 2 OR sowie aus der Rechenschaftspflicht von Art. 400 Abs. 1 OR. Der Umfang der privatrechtlichen Informationspflichten divergiert stark, je nachdem in welchem Rechtsverhältnis der Kunde (Execution-

¹⁶⁸ EMMENEGGER/GOOD (FN 166), 88.

¹⁶⁹ Vgl. BGer, 4A_436/2011, 2.4.2012, E. 3.1; HGer ZH, HG090121, 19.5.2011, E. 2.2.4; JOST (FN 18), 55, gemäss dem nachwirkende Überwachungs- und Informationspflichten bei einem punktuellen Anlageberatungsvertrag der vertraglichen Vereinbarung bedürfen.

¹⁷⁰ Vgl. EMMENEGGER (FN 148), 204, 209; BGer, 4C.68/2007, 13.6.2008, E. 7.1.

¹⁷¹ Vgl. GUTZWILLER (FN 166), 26 m.w.H. für den Vermögensverwaltungsvertrag, sowie SETHE (FN 159), § 25 N 6 für den Anlageberatungsvertrag. Weiter können beide Verträge auch Elemente der Kommission (Art. 425 ff. OR) und des Hinterlegungsvertrags (Art. 472 ff. OR) enthalten, das Bundesgericht aber stützt sich z.B. bei der Beurteilung der Haftung ausschliesslich auf Auftragsrecht, vgl. VALENTIN JENTSCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Informationspflichten der Bank bei der Vermögensverwaltung: Kundenprofil und Risikoaufklärung, SZW 2011, 639–653, 643; WEBER (FN 7), 407.

¹⁷² Geschuldet ist nicht der Erfolg, sondern das Tätigwerden (bzw. die Anlagetätigkeit), vgl. BGE 115 II 62 E. 3a sowie CERUTTI (FN 164), 74.

¹⁷³ BGer, 4A_436/2011, 2.4.2012, E. 3.1; BGE 133 III 121 E. 3.1; 115 II 62 E. 3a.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 3 lit. c FIDLEG sowie Art. 11 f. FIDLEG für die Abgrenzung der transaktionsbezogenen Anlageberatung. Für die bundesgerichtliche Definition vgl. oben IV.A.1.

¹⁷⁵ Vgl. BAUMANN (FN 7), N 408.

¹⁷⁶ Botschaft FIDLEG (FN 24), 8957, vgl. zur gesamten Thematik: SANDRO ABEGGLEN/LÉONIE LUTERBACHER, Transaktionsbezogene vs. portfoliobebezogene Anlageberatung unter FIDLEG: keine einfache Abgrenzung, SZW 2018, 462–473, passim.

¹⁷⁷ EMMENEGGER (FN 148), 209. Vgl. auch BAUMANN (FN 7), N 407, der weiterführend auf die Abgrenzungsschwierigkeiten der Begriffe «allgemeine Erwartungen» und «persönliche Empfehlungen» hinweist.

¹⁷⁸ Vgl. 2. Abschnitt des 2. Kapitels des 2. Titels des FIDLEG.

¹⁷⁹ Vgl. BAUMANN (FN 7), N 338 sowie N 389 ff.

Only-Geschäft/Anlageberatung/Vermögensverwaltung) zum Finanzdienstleister steht.¹⁸⁰

Im Folgenden wird auf die einzelnen Pflichten näher eingegangen. Dabei wird die Informationspflicht thematisch in eine Aufklärungspflicht, eine Benachrichtigungspflicht sowie eine Auskunftspflicht unterteilt. Ausgeklammert werden hingegen die sogenannten Erkundungs- und Nachforschungspflichten, die von Teilen der Lehre als Informationspflichten verstanden werden.¹⁸¹ Diese Pflichten betreffen u.E. ausschliesslich die Informationsbeschaffung und weniger die Informationsvermittlung.¹⁸² Im FIDLEG werden diese «Know-Your-Customer»-Pflichten folgerichtig gesondert unter dem Titel «Angemessenheit und Eignung von Finanzdienstleistungen» abgehandelt.¹⁸³

Die Aufklärungspflicht umfasst Informationen über das geschlossene bzw. zu schliessende Rechtsverhältnis sowie die Person des Finanzdienstleisters – anders ausgedrückt betrifft die Aufklärungspflicht «den Stand des Geschehens in seinem Zusammenhang als Ganzes».¹⁸⁴ Unter die Aufklärungspflicht sind nach hier vertretener Ansicht deshalb auch Warn- und Abmahnpflichten zu subsumieren. Solche bestehen bei unzumutbaren Weisungen oder Entschlüssen des Kunden. Der Finanzdienstleister ist in diesem Fall dazu verpflichtet, den Kunden auf die Unzumutbarkeit hinzuweisen und bzw. vor übereilten Entschlüssen zu warnen.¹⁸⁵ Eine Aufklärungspflicht besteht zu Beginn des Verhältnisses, während der gesamten Vertragsdauer und teilweise sogar nach Auflösung des Vertrags.¹⁸⁶ Dagegen betrifft die Benachrichtigungspflicht nicht das gesamte Verhältnis, sondern ausschliess-

lich erforderliche Einzelinformationen, die dem Kunden während des laufenden Rechtsverhältnisses mitgeteilt werden müssen.¹⁸⁷ Diese sollen die bestehenden Informationsasymmetrien zwischen Finanzdienstleister und Kunden abbauen.¹⁸⁸ Im Unterschied zur Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht besteht die Auskunftspflicht nur auf Verlangen des Kunden und soll dem Kunden eine Überprüfung ermöglichen, ob der Finanzdienstleister seine Tätigkeit im Interesse des Kunden wahrgenommen hat.¹⁸⁹

1. Informationspflichten im Aufsichtsrecht

a. Aufklärungspflichten

Die aufsichtsrechtlichen Aufklärungspflichten werden in erster Linie in Art. 8 FIDLEG ausgeführt. Dabei unterscheidet der Gesetzgeber zwischen allgemeinen (Abs. 1) und besonderen (Abs. 2) Informationen.¹⁹⁰ Die Unterscheidung ist allerdings nach der kommentarlosen Streichung von Art. 10 Abs. 5 E-FIDLEG ausschliesslich deklarativer Natur. Dieser hätte vorgesehen, dass eine wesentliche Änderung von besonderen Informationen eine umgehende Benachrichtigung des Kunden zur Folge gehabt hätte, während eine Änderung von allgemeinen Informationen erst beim nächsten Kundenkontakt mitteilungsbedürftig gewesen wäre.

Art. 9 FIDLEG regelt unabhängig vom eingegangenen Rechtsverhältnis die Form und den Zeitpunkt der Aufklärungspflichten. Zeitlich besteht die Aufklärungspflicht von Beginn an, d.h., die Aufklärung hat gemäss Art. 9 Abs. 1 FIDLEG vor Abschluss des Vertrages oder vor Erbringen der Dienstleistung zu erfolgen, wobei dem Kunden ausreichend Zeit zur Informationsverarbeitung bleiben muss (Art. 13 E-FIDLEG¹⁹¹). Eine Ausnahme bildet das Basisinformationsblatt gemäss Art. 8 Abs. 3 FIDLEG. Dieses kann bei einer Beratung unter Abwesenden auch noch nach Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden, soweit der Kunde dem zustimmt und die Zustimmung durch den Finanzdienstleister dokumentiert wird (Art. 9 Abs. 2 FIDLEG i.V.m. Art. 15 E-FIDLEG).

In formeller Hinsicht kann den Aufklärungspflichten gemäss Art. 9 Abs. 3 FIDLEG in standardisierter Form

¹⁸⁰ Vgl. CERUTTI (FN 164), 79; für die Unterscheidung der einzelnen Rechtsverhältnisse vgl. oben IV.A.

¹⁸¹ Für eine Zusammenfassung der unterschiedlichen Meinungen vgl. ROLF SETHE, § 26 Exploration, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), *Handbuch der Vermögensverwaltung*, In Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. A., München/Wien/Basel 2016, § 26 N 9.

¹⁸² Vgl. für diese Unterscheidung GUTZWILLER (FN 166), 111 ff.; JENTSCH/VON DER CRONE (FN 171), 646; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsaufrag, in: Rolf Sethe (Hrsg.), *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht* kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 133–168, 141.

¹⁸³ Vgl. den 3. Abschnitt des 2. Kapitels des 2. Titels des FIDLEG.

¹⁸⁴ WALTER FELLMANN, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), Art. 398 OR N 172 sowie N 151.

¹⁸⁵ Vgl. KASPAR PROJER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Kundensegmentierung in der Anlageberatung, SZW 2015, 156–167, 161; BK-FELLMANN (FN 184), Art. 398 OR N 162.

¹⁸⁶ Vgl. CERUTTI (FN 164), 79; BK-FELLMANN (FN 184), Art. 398 OR N 172. Vgl. zu den nachvertraglichen Pflichten: JEAN-MARC SCHALLER, Pflichten des Vermögensverwalters nach Beendigung des Mandats, SZW 2010, 285–293, passim.

¹⁸⁷ BK-FELLMANN (FN 184), Art. 398 OR N 171.

¹⁸⁸ Vgl. PROJER/VON DER CRONE (FN 185), 161.

¹⁸⁹ Vgl. BK-FELLMANN (FN 184), Art. 398 OR N 146 sowie Art. 400 OR N 14, die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten haben dagegen wesensgemäss unaufgefordert durch den Finanzdienstleister zu erfolgen.

¹⁹⁰ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8953.

¹⁹¹ Vernehmlassungsentwurf zur Verordnung über die Finanzdienstleistungen (Entwurf Finanzdienstleistungsverordnung, E-FIDLEG).

(elektronisch oder in Papierform) nachgekommen werden. Weiter müssen die Informationen auf möglichst einfache und gut verständliche Weise formuliert werden. Die Verständlichkeit bemisst sich dabei nach dem Verständnis des durchschnittlichen Anlegers der potenziellen Kundengruppe.¹⁹²

i. Execution-Only-Geschäft

Im Bereich des Execution-Only-Geschäfts sind vorgängig die allgemeinen Informationen gemäss Art. 8 Abs. 1 FIDLEG von Bedeutung. Diese umfassen eine Aufklärung des Finanzdienstleisters über den eigenen Namen sowie die Adresse (lit. a), das Tätigkeitsfeld und den Aufsichtsstatus¹⁹³ des Finanzdienstleisters (lit. b), die Möglichkeit zur Einleitung eines Vermittlungsverfahrens (lit. c)¹⁹⁴ sowie die allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken (lit. d). Die letztgenannte Aufklärung über die Risiken umfasst die Wesensmerkmale und die Funktionsweise der Finanzinstrumente sowie die sich aus den Finanzinstrumenten ergebenden Verlustrisiken und allfällige Verpflichtungen und entspricht der bereits derzeit geltenden, standardisierten Risikoinformation.¹⁹⁵ Die allgemeinen Informationen gelten gewissermassen als Mindeststandard im Bereich der Aufklärungspflichten, d.h., sie sind nicht nur im Execution-Only-Geschäft, sondern in jedem bestehenden Rechtsverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden zu beachten.

Im Bereich des Execution-Only-Geschäfts sind keine weiteren aufsichtsrechtlichen Aufklärungspflichten vorgesehen.¹⁹⁶ Art. 8 Abs. 4 FIDLEG sieht explizit vor, dass bei solchen Geschäften kein Basisinformationsblatt abgegeben werden muss.¹⁹⁷ Ausnahmsweise besteht die

Pflicht zur Abgabe auch im Bereich des Execution-Only-Geschäfts, wenn das Basisinformationsblatt für das entsprechende Finanzinstrument bereits vorhanden ist.¹⁹⁸ Art. 13 Abs. 1 FIDLEG sieht des Weiteren vor, dass der Finanzdienstleister weder eine Angemessenheits- noch Eignungsprüfung durchführen muss, er muss seinen Kunden allerdings über diesen Umstand gemäss Abs. 2 aufklären. Aufklärungspflichten erwachsen schliesslich aus den Vorgaben betreffend die Organisation von Finanzdienstleistern.¹⁹⁹

ii. Anlageberatung und Vermögensverwaltung

Grundsätzlich muss der Finanzdienstleister bei der Anlageberatung und bei der Vermögensverwaltung wie bei einem Execution-Only-Geschäft den allgemeinen Informationspflichten gemäss Art. 8 Abs. 1 FIDLEG nachkommen.²⁰⁰

Daneben bestehen gestützt auf Art. 8 Abs. 2 FIDLEG weitere Aufklärungspflichten hinsichtlich besonderer Informationen. Der Finanzdienstleister muss gemäss lit. a der genannten Bestimmung über die persönliche empfohlene Finanzdienstleistung und die damit verbundenen Risiken und Kosten aufklären. Er muss folglich darüber aufklären, ob konkret eine Anlageberatung oder eine Vermögensverwaltung besteht und welche Risiken damit verbunden sind. Gemäss Art. 7 Abs. 2 E-FIDLEV ist bezüglich der Risikoinformationen ebenfalls zu differenzieren, ob eine Anlageberatung oder eine Vermögensverwaltung vorliegt.²⁰¹

Die anfallenden Kosten sollen möglichst transparent offengelegt werden,²⁰² namentlich müssen Angaben zu

¹⁹² Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8953.

¹⁹³ Gemäss Art. 6 Abs. 2 E-FIDLEV muss der Finanzdienstleister sowohl Name und Adresse der Aufsichtsbehörde (lit. a) als auch über die Art (als Bank, Vermögensverwalter, Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitung oder Wertpapierhaus) der Bewilligung (lit. b) aufklären.

¹⁹⁴ Vgl. zum Vermittlungsverfahren Art. 74 ff. FIDLEG.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a und b E-FIDLEV. BAUMANN (FN 7), N 364; EMMENEGGER/DÖBELI (FN 156), 766; vgl. auch den bis zur Einführung des FIDLEG/FINIG geltenden Art. 11 BEHG.

¹⁹⁶ Art. 8 Abs. 2 FIDLEG gilt für Execution-Only-Geschäfte nur ausnahmsweise, nämlich wenn der Finanzdienstleister dem Kunden diese Art der Dienstleistung vorgängig «persönlich empfohlen» hat. Vgl. in diesem Fall unten IV.B.1.a.ii.

¹⁹⁷ Vgl. auch Art. 11 E-FIDLEV, der vorsieht, dass solche (vorgängige) Beratungsdienstleistungen von Art. 8 Abs. 4 FIDLEG ausgenommen sind. Der Gesetzgeber macht mit Art. 8 Abs. 4 FIDLEG deutlich, dass es sich bei Execution-Only-Geschäften e contrario zu Art. 8 Abs. 3 FIDLEG gerade nicht um eine persönliche Empfehlung von Finanzdienstleistungen handelt. In der Folge gelten die besonderen Informationspflichten von Art. 8 Abs. 2 FIDLEG nicht

bei einem abgeschlossenen Execution-Only-Geschäft. Im Ergebnis gl.M. EMMENEGGER/DÖBELI (FN 156), 766, sowie BAUMANN (FN 7), N 359 f.

¹⁹⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 4 letzter Teilsatz FIDLEG. Der Gesetzgeber führt dieses Vorhandensein, welches die Ausnahme begründet, allerdings nicht weiter aus. Es ist anzunehmen, dass sich diese Pflicht aus der generellen Pflicht des Finanzdienstleisters zur Weitergabe von vorhandenen Informationen ergibt, vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8918.

¹⁹⁹ Vgl. dazu die Ausführungen bezüglich Anlageberatung und Vermögensverwaltung unten IV.B.1.a.ii. sowie insbesondere die Normen betreffend Interessenkonflikte sowie Entschädigungen von Dritten (Art. 25 ff. FIDLEG).

²⁰⁰ Vgl. oben IV.B.1.a.i. Dabei können die allgemeinen Risikoinformationen bezüglich Finanzinstrumenten (Art. 8 Abs. 1 lit. d FIDLEG) auch im Basisinformationsblatt oder im Prospekt erfolgen.

²⁰¹ Bei der Anlageberatung erfolgt die Information unter Berücksichtigung des Kundenportfolios und enthält Angaben über die gegebenenfalls zu erwerbenden oder zu veräussernden Finanzinstrumente (lit. a), während sie sich bei der Vermögensverwaltung auf eine Darstellung der Risiken, die sich aus der Anlagestrategie für das Kundenvermögen ergeben, erstreckt (lit. b).

²⁰² Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8954.

den einmaligen und laufenden Kosten gemacht werden und ist die Höhe mindestens annähernd zu beziffern.²⁰³ Soweit der Finanzdienstleister im Rahmen seiner Dienstleistung eine Auswahl von Finanzinstrumenten für seine Kunden trifft (dies dürfte i.d.R. sowohl auf die Anlageberatung als auch auf die Vermögensverwaltung zutreffen), muss er gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. c FIDLEG über das berücksichtigte Marktangebot aufklären.²⁰⁴ Dabei muss der Finanzdienstleister mitteilen, welche Produktpalette berücksichtigt wurde und ob er sich auf eigene oder auf mit ihm verbundene Dritte ausgegebene Finanzinstrumente beschränkt hat.

Weiter muss der Finanzdienstleister den Kunden über mögliche Interessenkonflikte aufklären. Interessenkonflikte liegen immer dann vor, wenn Eigeninteressen des Finanzdienstleisters oder diejenigen seiner Mitarbeiter den Interessen des Kunden entgegenstehen.²⁰⁵ Zunächst sind solche Interessenkonflikte durch organisatorische Vorkehrungen zu vermeiden.²⁰⁶ Soweit eine Benachteiligung des Kunden nicht oder nur mit unverhältnismässigen Aufwand verhindert werden kann, hat der Finanzdienstleister dies in angemessener Weise offenzulegen.²⁰⁷ Inhaltlich müssen dem Kunden mindestens die Umstände, die Risiken und die getroffenen Vorkehrungen zur Minderung der Risiken dargelegt werden.²⁰⁸ Die Aufklärung muss vor Erbringung der Finanzleistung bzw. vor Vertragsschluss erfolgen²⁰⁹ und ist auch in standardisierter Form möglich.²¹⁰

Eine ausdrückliche Aufklärungspflicht besteht weiter, wenn im Zusammenhang mit der Dienstleistung eine wirtschaftliche Bindung an Dritte besteht.²¹¹ Diese Bindung muss allerdings nur offengelegt werden, soweit die Gefahr eines Interessenkonflikts bestehen könnte,²¹² weshalb die Norm u.E. einen Sonderfall eines Interessenkonflikts darstellt. Gemäss Art. 9 Abs. 2 E-FIDLEV müssen neben Art und Ursache des Interessenkonflikts (lit. a) die organisatorischen und administrativen Vorkehren zur Konflikt-

verhinderung bzw. -bewältigung (lit. b) sowie die verbleibenden Benachteiligungen offengelegt werden (lit. c).

Einen weiteren Spezialfall bildet schliesslich Art. 26 FIDLEG, der die Entschädigung von Dritten im Zusammenhang mit der Dienstleistungserbringung regelt.²¹³ Soweit der Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Dienstleistungserbringung von Dritten eine Entschädigung²¹⁴ erhält und diese nicht an den Kunden weitergibt,²¹⁵ muss er den Kunden ausdrücklich und vorgängig darüber aufgeklärt haben, damit dieser rechtsgültig auf die Entschädigung verzichten kann (Art. 26 Abs. 1 FIDLEG). Als Dritte gelten gemäss Art. 26 Abs. 2 E-FIDLEV auch mit dem Finanzdienstleister verbundene Konzerngesellschaften. Die Aufklärung muss neben der Existenz Art und Umfang der Entschädigung umfassen, sodass der Kunde zumindest über die Berechnungsparameter und die Bandbreite der Entschädigung informiert ist.²¹⁶

b. Benachrichtigungspflichten

Gemäss Art. 17 Abs. 1 FIDLEG muss ein Finanzdienstleister bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen im Rahmen eines Execution-Only-Geschäfts²¹⁷ den Grundsatz von Treu und Glauben und das Prinzip der Gleichbehandlung beachten. Ausfluss dieser Prinzipien ist unter anderem, dass ein Finanzdienstleister den Kunden gemäss Art. 20 Abs. 2 lit. d E-FIDLEV unverzüglich über alle wesentlichen Schwierigkeiten informieren muss, «welche die korrekte Bearbeitung des Auftrags beeinträchtigen könnten».²¹⁸ Diese Benachrichtigungspflicht gilt grundsätzlich auch im Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverhältnis, soweit ein Kunde dem Finanzdienstleister direkte Aufträge erteilt.²¹⁹

²⁰³ Art. 8 Abs. 1 und 3 E-FIDLEV.

²⁰⁴ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8954.

²⁰⁵ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8965. Siehe Art. 24 E-FIDLEV für eine beispielhafte Aufzählung möglicher Interessenkonflikte.

²⁰⁶ Vgl. Art. 25 Abs. 1 sowie Art. 25 Abs. 3 FIDLEG i.V.m. Art. 25 und 27 E-FIDLEV.

²⁰⁷ Vgl. Art. 25 Abs. 2 f. FIDLEG i.V.m. Art. 26 E-FIDLEV.

²⁰⁸ Vgl. Art. 26 Abs. 2 E-FIDLEV.

²⁰⁹ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8965; BAUMANN (FN 7), N 393.

²¹⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 3 E-FIDLEV.

²¹¹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b FIDLEG. Der häufigste Praxisfall dürfte die nachfolgend genannten Entschädigungen betreffen, die der Finanzdienstleister von Dritten im Zusammenhang mit seiner Dienstleistung erhält, vgl. BAUMANN (FN 7), N 361.

²¹² Art. 9 Abs. 1 E-FIDLEV.

²¹³ Grundsätzlich würden die Entschädigungen von Dritten u.E. auch genügend durch die allgemeinen Normen betreffend Informationspflichten (Art. 8 FIDLEG) sowie Interessenkonflikte (Art. 25 FIDLEG) geregelt.

²¹⁴ Gemäss Art. 26 Abs. 3 FIDLEG gelten als Entschädigung sämtliche Leistungen, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung von Dritten zufließen, namentlich Courtagen, Kommissionen, Provisionen, Rabatte oder sonstige vermögenswerte Vorteile.

²¹⁵ Bzw. diese wegen der Natur der Entschädigung dem Kunden nicht weitergeben kann, vgl. Art. 29 Abs. 1 E-FIDLEV.

²¹⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 2 FIDLEG. Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8966, sowie BGE 137 III 393 E. 2.4.

²¹⁷ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8919 sowie 8958, Bearbeitung ist in diesem Zusammenhang als Ausführung bzw. Übermittlung von Kundenaufträgen zu verstehen.

²¹⁸ Vgl. ähnlich auch Botschaft FIDLEG (FN 24), 8960.

²¹⁹ Dies ist im Anlageberatungsverhältnis regelmässig der Fall, im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags kann der Kunde sog. Direktorders tätigen, vgl. dazu SANDRO ABEGGLEN, Vermögensverwaltung durch die Bank – konfliktträchtige Bereiche und ihre

c. Auskunftspflichten

Die Auskunftspflicht des Finanzdienstleisters leitet sich für alle Rechtsverhältnisse²²⁰ aus der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht des FIDLEG ab.²²¹ Der Finanzdienstleister muss gemäss Art. 15 Abs. 1 FIDLEG folgende Informationen dokumentieren: die mit dem Kunden vereinbarte Dienstleistung und die über den Kunden erhobenen Informationen (lit. a), Informationen im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 2 sowie Art. 14 FIDLEG (lit. b) sowie die erbrachten Dienstleistungen (lit. c). In Bezug auf die Anlageberatung müssen weiter auch die Bedürfnisse des Kunden und die Gründe für eine Empfehlung (soweit es aufgrund dieser zum Erwerb oder zur Veräusserung eines Finanzinstruments²²² gekommen ist) dokumentiert werden (Art. 15 Abs. 2 FIDLEG). Gemäss Art. 16 Abs. 1 FIDLEG muss der Finanzdienstleister dem Kunden auf Anfrage eine Kopie der Dokumentation nach Art. 15 FIDLEG zustellen. Diese Informationen muss der Finanzdienstleister dem Kunden innerhalb von drei Arbeitstagen zur Verfügung stellen können.²²³

Neben der Dokumentationspflicht muss der Finanzdienstleister auf Anfrage Rechenschaft über die vereinbarten und erbrachten Dienstleistungen ablegen können (Art. 16 Abs. 2 lit. a FIDLEG). Diese umfasst insbesondere Angaben zu den Finanzdienstleistungen, die effektiv erbracht wurden,²²⁴ d.h. die entgegengenommenen und ausgeführten Aufträge im Execution-Only-Geschäft und in der Anlageberatung²²⁵ bzw. die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios.²²⁶ Auch über die Kosten der erbrachten Finanzdienstleistungen, insbesondere die Angaben nach Art. 8 FIDLEG, muss Rechenschaft abgelegt werden können.²²⁷ Weiter umfasst die Auskunftspflicht im Rahmen von Anlageberatungs- bzw. Vermögensverwaltungsverträgen die Zusammensetzung,

Bewertung und Entwicklung des Portfolios (Art. 16 Abs. 2 lit. b FIDLEG) und der Finanzdienstleister muss darlegen können, dass die erbrachten Dienstleistungen dem vereinbarten Kundenprofil entsprechen.²²⁸

d. Informationspflichten bei besonderen Kundenverhältnissen

Im Aufsichtsrecht nimmt der Gesetzgeber eine sog. Kundensegmentierung²²⁹ vor. Kunden²³⁰ werden demnach in drei verschiedene Kategorien eingeteilt: Privatkunden, professionelle Kunden sowie institutionelle Kunden.²³¹ Privatkunden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 FIDLEG alle Kunden, die keine professionellen Kunden sind.²³² Als professionelle Kunden gelten gemäss Art. 4 Abs. 3 FIDLEG alle Finanzintermediäre nach BankG, FINIG sowie KAG (lit. a), Versicherungsunternehmen nach dem VAG (lit. b), ausländische Kunden, die einer prudenziellen Aufsicht unterstehen wie die Personen nach lit. a oder b (lit. c), Zentralbanken (lit. d), öffentlich-rechtliche Körperschaften mit professioneller Tresorerie (lit. e), Vorsorgeeinrichtungen und Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit professioneller Tresorerie (lit. f), Unternehmen mit professioneller Tresorerie (lit. g), grosse Unternehmen (lit. h) sowie für vermögende Privatkunden errichtete private Anlagestrukturen mit professioneller Tresorerie (lit. i). Institutionelle Kunden sind die in Art. 4 Abs. 3 lit. a–d FIDLEG genannten professionellen Kunden sowie nationale und supranationale öffentlich-rechtliche Körperschaften mit professioneller Tresorerie (Art. 4 Abs. 4 FIDLEG).²³³

Die Informationspflichten gegenüber institutionellen und professionellen Kunden sind gesetzlich stark eingeschränkt bzw. können stark eingeschränkt werden. Dies wird damit begründet, dass diese in der Regel vergleichbare Kenntnisse und Erfahrungen wie die Finanzdienstleister selbst haben.²³⁴ Gemäss Art. 20 Abs. 1 FIDLEG

Bewältigung, Unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, SZW 2001, 179–189, 186 ff.

²²⁰ Der in Art. 15 f. FIDLEG verwendete Begriff der Finanzdienstleistungen deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber damit nebst den Anlage- und Vermögensverwaltungsverhältnissen auch die Execution-Only-Geschäfte einschliessen wollte.

²²¹ Vgl. dazu den 4. Abschnitt des 2. Kapitels des 2. Titels des FIDLEG.

²²² Das E-FIDLEG sah zunächst vor, dass auch die Gründe für eine Empfehlung für das Halten eines Finanzinstruments zu dokumentieren sind.

²²³ Vgl. Art. 18 E-FIDLEG.

²²⁴ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8960.

²²⁵ Art. 16 Abs. 3 FIDLEG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a E-FIDLEG.

²²⁶ Art. 16 Abs. 3 FIDLEG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. b E-FIDLEG.

²²⁷ Vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. c sowie Art. 16 Abs. 3 FIDLEG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d E-FIDLEG, bezüglich Entschädigungen durch Dritte vgl. auch Art. 26 FIDLEG.

²²⁸ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8960.

²²⁹ Vgl. Normtitel von Art. 4 FIDLEG.

²³⁰ Kunden werden als Personen, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, definiert, vgl. Art. 4 Abs. 1 erster Teilsatz FIDLEG.

²³¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 FIDLEG.

²³² Diese Unterteilung ist aber nicht unwiderruflich. Soweit Privatkunden als vermögend i.S.v. Art. 5 Abs. 2 FIDLEG gelten, können sie gemäss Art. 5 Abs. 1 FIDLEG erklären, dass sie als professionelle Kunden gelten wollen (sog. Opting-out).

²³³ Spiegelbildlich zu den Privatkunden gelten professionelle Kunden, soweit sie keine institutionellen Kunden i.S.v. Art. 4 Abs. 4 FIDLEG sind, durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung als Privatkunden (sog. Opting-in, vgl. Art. 5 Abs. 5 FIDLEG). Ferner können institutionelle Kunden gemäss Art. 5 Abs. 6 FIDLEG erklären, dass sie nur als professionelle Kunden gelten wollen.

²³⁴ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8962.

finden die Verhaltensregeln von Art. 8 ff. FIDLEG²³⁵ keine Anwendung auf das Rechtsverhältnis zwischen dem institutionellen Kunden und dem Finanzdienstleister. Die Sorgfalts- und Transparenzpflichten von Art. 17–19 FIDLEG sind allerdings gleichwohl einzuhalten und Finanzdienstleister von institutionellen Kunden unterliegen in Bezug auf erbrachte Dienstleistungen weiterhin einer umfassenden Rechenschafts- und Informationspflicht.²³⁶ Professionelle Kunden können auf die Informationspflichten gemäss Art. 8 f. FIDLEG sowie auf die Dokumentationspflichten gemäss Art. 15 f. FIDLEG verzichten (Art. 20 Abs. 2 FIDLEG). Dagegen gelten für Finanzdienstleister gegenüber Privatkunden wie oben beschrieben sämtliche Verhaltensregeln von Art. 8 ff. FIDLEG.

2. Informationspflichten im Privatrecht

Das Privatrecht sieht bezüglich Informationspflichten keine Formvorschriften vor, es reicht aus, dass die Informationen vollständig sowie inhaltlich korrekt an den jeweiligen Kunden übermittelt werden.²³⁷ Zeitlich muss die Vermittlung der benötigten Informationen vor der Entscheidung bzw. Ausführung des Geschäftes erfolgen.²³⁸

a. Aufklärungspflichten

i. Execution-Only-Geschäft

Bei einem Execution Only-Geschäft besteht für den Finanzdienstleister grundsätzlich keine allgemeine Interessenwahrungspflicht und somit auch keine Informations- bzw. Aufklärungspflicht.²³⁹ Die auftragsrechtlichen Pflichten, welche aufgrund der kommissionsrechtlichen Verweisungsnorm zur Anwendung kommen,²⁴⁰ beziehen sich lediglich auf die korrekte Abwicklung der Transaktion.²⁴¹ Einen gewissen Mindeststandard bildet lediglich die derzeit noch geltende Doppelnorm²⁴² von Art. 11

BEHG.²⁴³ Demnach unterliegt der Finanzdienstleister gegenüber seinen Kunden auch bei Execution-Only-Geschäften einer (privatrechtlichen) Informationspflicht. Es reicht allerdings aus, wenn der Finanzdienstleister über die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken aufklärt.²⁴⁴ Über die Risiken einer konkreten Effektenhandelstransaktion muss der Finanzdienstleister hingegen nicht informieren.²⁴⁵

Eine weitergehende Aufklärungspflicht besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur in besonderen Fällen. Zunächst ist der Finanzdienstleister zur Aufklärung verpflichtet, soweit es der Kunde von ihm verlangt.²⁴⁶ Der Finanzdienstleister hat sich dabei an den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden zu orientieren.²⁴⁷ Ferner besteht eine Warnpflicht, wenn der Kunde bestimmte mit der Anlage verbundene Risiken nicht erkannt hat (und der Finanzdienstleister dies erkannte bzw. bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen).²⁴⁸ Ausserdem kann sich aus einer andauernden Geschäftsbeziehung ein besonderes Treueverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunde entwickeln, aus welchem der Kunde unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf.²⁴⁹ Bei dieser Konstellation wird in Anwendung des Vertrauensprinzips von einem konkludenten Anlageberatungsvertrag ausgegangen, auch wenn dieser nur im Rahmen des Execution-Only-Geschäfts vergütet wurde.²⁵⁰ Schliesslich gelten bei solchen Anlagegeschäften erhöhte Aufklärungspflichten, bei denen ein Kunde nicht nur eigenes Geld, sondern auch von der Bank gewährte Kredite verwendet.²⁵¹

ii. Anlageberatung und Vermögensverwaltung

Die Aufklärungspflicht im Bereich der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung ergibt sich nach herr-

²³⁵ Vgl. das 2. Kapitel des 2. Titels des FIDLEG.

²³⁶ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8962; namentlich den Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 sowie Art. 16 Abs. 2 FIDLEG.

²³⁷ Statt vieler: EMCH/RENZ/ARPAGAU (FN 4), N 1618; ROLF SETHE/STEFAN HÄRTNER, § 27 Informations- und Beratungspflichten, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, In Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. A., München/Wien/Basel 2016, § 27 N 77.

²³⁸ Vgl. BENEDICT BURG, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung, Geltendes Recht, Schwachstellen und Handlungsbedarf, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2013, N 280.

²³⁹ Vgl. BGE 119 II 333 E. 5a; BGer, 4A_593/2016, 16.1.2017, E. 7.1.4; 4C.385/2006, 2.4.2007, E. 2.1; SCHMID (FN 110), 225 f.

²⁴⁰ Vgl. dazu oben IV.A.2.

²⁴¹ MIRIAM EGGEN, Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?, SZW 2011, 625–638, 629; BAUMANN (FN 7), N 9.

²⁴² Vgl. zur Doppelnorm oben II.B.

²⁴³ Vgl. BGer, 4A_336/2014, 18.12.2014, E. 4.2; SCHMID (FN 110), 226.

²⁴⁴ Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG.

²⁴⁵ Vgl. BGE 133 III 97 E. 5.3 m.w.H.

²⁴⁶ Vgl. BGE 119 II 333 E. 5a; SCHMID (FN 110), 226. Die Rechtsgrundlage dafür ist u.E. im Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB zu finden. Aus diesem Grundsatz ergibt sich eine Verpflichtung zu loyalen Verhalten, die auch die vorliegende Aufklärungspflicht als Nebenpflicht beinhalten kann, vgl. dazu auch BSK ZGB I-HONSELL (FN 106), Art. 2 N 16.

²⁴⁷ Vgl. BGer, 4C.385/2006, 2.4.2007, E. 4.2; SCHMID (FN 110), 226.

²⁴⁸ BGE 133 III 97 E. 7.1.2; BGer, 4C.385/2006, 2.4.2007, E. 2.2; 4A_369/2014, 10.11.2014, E. 2.3.

²⁴⁹ Vgl. BGE 133 III 97 E. 7.1.2; 4A_525/2011, 3.2.2011, E. 3.1; 4C.385/2006, 2.4.2007, E. 2.3; 4C.410/1997, 23.6.1998, E. 3b; 4C.166/2000, 8.12.2000, E. 5b/dd.

²⁵⁰ Vgl. BGer, 4A_593/2015, 13.12.2016, E. 7.1.4 und E. 8.1; 4A_525/2011, 3.2.2011, E. 3.1; SCHMID (FN 110), 227.

²⁵¹ Vgl. BGE 133 III 97 E. 7.1.1; 119 II 333 E. 5a.

schender Lehre und Rechtsprechung aus der allgemeinen auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR).²⁵² Grundsätzlich ergibt sich der Umfang der Aufklärungspflicht bei der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung einerseits aus dem Wissensstand des Kunden und andererseits aus der Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts.²⁵³ Dabei sind die Fachkunde und die Geschäftserfahrung eines Kunden von grosser Bedeutung; je grösser diese sind, desto geringer sind die Anforderungen an den Umfang der Aufklärung.²⁵⁴

Vor der konkreten Finanzdienstleistung muss der Kunde grundsätzlich über den Finanzdienstleister selbst²⁵⁵ sowie Zweck, Funktionsweise, Kosten²⁵⁶ als auch Chancen und Risiken der Dienstleistung aufgeklärt werden.²⁵⁷ Bei Vermögensverwaltungsverträgen wird der Kunde grundsätzlich nur über die mit seiner Anlagestrategie gewählten Risiken sowie deren Umsetzung aufgeklärt.²⁵⁸ Der Umfang bestimmt sich nach den Kenntnissen des Kunden sowie der Komplexität der gewählten Anlagestrategie.²⁵⁹ Diese Pflicht besteht sowohl bei Vertragsabschluss als auch während des laufenden Vertragsverhältnisses (z.B. wenn die Anlagestrategie geändert werden soll).²⁶⁰ Eine Aufklärung in Bezug auf die einzelnen, vom Finanzdienstleister getätigten Transaktionen kann unterbleiben.²⁶¹ In Bezug auf einzelne Anlageaufträge sowie Änderungswünsche des Kunden hinsichtlich Anlagestrategie hat der Finanzdienstleister sodann eine Warn- bzw.

Abmahnpflicht, d.h., er muss den Kunden vor unzweckmässigen Weisungen oder Änderungen warnen.²⁶²

Von besonderer Bedeutung ist weiter die Aufklärung über allfällige Interessenkonflikte.²⁶³ Der Finanzdienstleister hat einen Interessenkonflikt grundsätzlich zu vermeiden.²⁶⁴ Soweit dies nicht möglich ist, ist der Kunde über den Konflikt aufzuklären. Diese Aufklärung ist allerdings Ultima Ratio und entbindet nicht von einer vorangehenden Pflicht zur Konfliktvermeidung.²⁶⁵

Schliesslich bestehen auch bezüglich Entschädigungen von Dritten²⁶⁶ im privatrechtlichen Verhältnis besondere Aufklärungspflichten. Diese werden aus Art. 398 Abs. 1 OR abgeleitet.²⁶⁷ Der Kunde muss über die Höhe der zu erwartenden Retrozessionen aufgeklärt werden, d.h., er muss den ungefähren Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennen.²⁶⁸ Die Aufklärung erfolgt in der Regel im Rahmen eines Verzichts des Kunden auf die Entschädigung,²⁶⁹ sie kann folglich unterbleiben, wenn die Entschädigungen vollständig weitergegeben werden.²⁷⁰

b. Benachrichtigungspflichten

Der Finanzdienstleister hat vereinzelt Benachrichtigungspflichten, die sich aus der Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 398 Abs. 2 OR ableiten.²⁷¹ Dazu zählt unter anderem die Pflicht zur Benachrichtigung bei erheblichen Verlusten sowie bei behördlichen Massnahmen. Der Finanzdienstleister hat insbesondere die Pflicht, den Kunden zu benachrichtigen, wenn aufgrund von Kursverlusten die Anlageziele des Kunden unmittelbar gefährdet sind.²⁷²

²⁵² BGE 119 II 333 E. 5a; 115 II 62 E. 3a; TAMARA HITZ, Banken im Spannungsfeld zwischen Informationen sammeln, vermitteln und weitergeben, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2018, 91.

²⁵³ Vgl. TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 182), 153 f.; PROJER/VON DER CRONE (FN 185), 160, die darauf hinweisen, dass der Finanzdienstleister seinerseits eine Pflicht hat, den Wissensstand des Kunden zu eruieren.

²⁵⁴ Vgl. BGE 115 II 62 E. 3; CERUTTI (FN 164), 79; JENTSCH/VON DER CRONE (FN 171), 651.

²⁵⁵ Vgl. BK-FELLMANN (FN 184), Art. 398 OR N 122; HITZ (FN 252), 98.

²⁵⁶ Vgl. SCHALLER (FN 140), N 155.

²⁵⁷ Vgl. PROJER/VON DER CRONE (FN 185), 160. A.A. CERUTTI (FN 164), 74; SETHE/HÄRTNER (FN 237), § 27 N 37 f., demnach trifft den Finanzdienstleister keine Pflicht zur Aufklärung bezüglich des zu wählenden Rechtsverhältnisses.

²⁵⁸ Vgl. CERUTTI (FN 164), 80; SANDRO ABEGGLEN, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Diss. Bern, Bern 1995, 181; SETHE/HÄRTNER (FN 237), § 27 N 38; HITZ (FN 252), 100.

²⁵⁹ Vgl. BGE 124 III 155 E. 3a; JENTSCH/VON DER CRONE (FN 171), 651.

²⁶⁰ Vgl. JENTSCH/VON DER CRONE (FN 171), 650.

²⁶¹ Eine solche Aufklärung wäre aufgrund des bestehenden Vermögensverwaltungsvertrags weder sinnvoll noch würde sie dem Kunden weiteren Nutzen bringen, vgl. CERUTTI (FN 164), 80; JENTSCH/VON DER CRONE (FN 171), 651.

²⁶² Vgl. JENTSCH/VON DER CRONE (FN 171), 652.

²⁶³ Vgl. für die Definition oben IV.B.1.a.ii. sowie HITZ (FN 252), 102.

²⁶⁴ Vgl. MONIKA ROTH, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, Treue- und Sorgfaltspflichten unter besonderer Berücksichtigung von Retrozessionen, Finder's Fees und anderen Vorteilen, auch im Verhältnis Kunde – Bank, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 100; BK-FELLMANN (FN 184), Art. 398 OR N 24.

²⁶⁵ BURG (FN 238), N 215; SETHE/HÄRTNER (FN 237), § 27 N 43.

²⁶⁶ Als Entschädigungen Dritter gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch konzerninterne Entschädigungen, vgl. BGE 138 III 755 E. 8.5.

²⁶⁷ BGE 137 III 393 E. 2.5: «Eine Pflicht, den Kunden [...] zu informieren [...], folgt bei der Ausführung des Auftrags aus der Treuepflicht des Beauftragten»; vgl. auch SETHE/HÄRTNER (FN 237), § 27 N 40.

²⁶⁸ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4, grundsätzlich bereits BGE 132 III 460 E. 4.2 sowie 115 II 62 E. 3a. Bei der Ermittlung des Umfangs der Aufklärung sind die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden zu berücksichtigen, vgl. BGE 137 III 393 E. 2.5.

²⁶⁹ Vgl. BGE 115 II 62 E. 3a; 137 III 393 E. 2.4.

²⁷⁰ SETHE/HÄRTNER (FN 237), § 27 N 40.

²⁷¹ Vgl. SETHE/HÄRTNER (FN 237), § 27 N 59; SCHALLER (FN 140), N 332.

²⁷² Vgl. SCHALLER (FN 140), N 333.

Ausserdem hat der Finanzdienstleister den Kunden über eine drohende behördliche Massnahme zu benachrichtigen, dies kann z.B. eine Verfügungsbeschränkung sein.²⁷³

c. Auskunftspflichten

Art. 400 Abs. 1 OR statuiert, dass der Finanzdienstleister als Beauftragter «auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen» hat. Der Finanzdienstleister ist folglich während des Rechtsverhältnisses jederzeit dazu verpflichtet, dem Kunden auf Anfrage Auskunft zu erteilen. Darüber hinaus gilt diese Pflicht auch noch einige Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses.²⁷⁴ Üblicherweise kommt der Finanzdienstleister seiner Auskunftspflicht periodisch in Form von Kontoauszügen nach.²⁷⁵ Neben der Auskunftspflicht besteht im Rahmen von Art. 400 OR auch eine Pflicht zur Erläuterung der wesentlichen Geschäftsvorgänge, soweit dies vom Kunden gewünscht wird.²⁷⁶

Der Umfang der Auskunftspflichten ist sehr weit zu fassen, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Finanzdienstleister «eine vollständige und detaillierte schriftliche Abrechnung» vorzulegen.²⁷⁷ Der Kunde muss vollständig und wahrheitsgetreu Auskunft erhalten; das bedeutet, dass ihm sämtliche Dokumente vorzulegen sind, die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Rechtsverhältnis von Interesse sind.²⁷⁸ Dies können unter anderem auch interne Dokumente sein, die zur Kontrolle der Tätigkeit des Finanzdienstleisters von Bedeutung sind.²⁷⁹

d. Informationspflichten bei besonderen Kundenverhältnissen

Im Unterschied zum Aufsichtsrecht nimmt das Privatrecht grundsätzlich keine Kundensegmentierung vor, stattdessen wird der Kenntnis- und Erfahrungsstand des Kunden in einer einzelfallabhängigen Einstufung festgestellt und werden die jeweiligen Pflichten vertraglich vereinbart.²⁸⁰ Im Bereich der Anlageberatung wurde allerdings bundesgerichtlich bestätigt, dass ein sachkundiger und erfahrener Kunde nicht über die üblichen (Markt- und System-) Risiken aufgeklärt werden muss.²⁸¹ Dies wird von einem Teil der Lehre als Zeichen für eine privatrechtliche Kundensegmentierung gewertet.²⁸² Auch in anderen höchstinstanzlichen Urteilen findet sich eine grobe Unterteilung in unerfahrene und sachkundige Anleger (analog zum FIDLEG entspricht dies der Unterscheidung in Privatanleger und professionelle Anleger).²⁸³ Trotzdem hat die privatrechtliche Rechtsprechung bisher keine einheitlichen Kriterien für eine Anlegersegmentierung bzw. für einzelne Anlegerkategorien festgelegt.²⁸⁴

3. Ausstrahlungswirkung im Bereich der Informationspflichten

Grundsätzlich ist bei Informationspflichten eine Ausstrahlungswirkung in beide Richtungen denkbar, d.h. sowohl vom Privat- in das Aufsichtsrecht als auch umgekehrt.²⁸⁵ Die Informationspflichten im FIDLEG orientieren sich stark an der bestehenden zivilrechtlichen Rechtsprechung,²⁸⁶ was die beidseitige Wirksamkeit der Ausstrahlungswirkung verstärkt: Einerseits können aufsichtsrechtliche Regelungen als kodifizierter Gesetzestext zur Konkretisierung der privatrechtlichen Vorschriften herangezogen werden.²⁸⁷ Andererseits kann die privatrechtliche Lehre und Rechtsprechung das Aufsichtsrecht unter

²⁷³ Vgl. SETHE/HÄRTNER (FN 237), § 27 N 59, die darauf hinweisen, dass die Behörde bzw. das Gesetz regelmässig ein Mitteilungsverbot erlassen kann.

²⁷⁴ Vgl. GUTZWILLER (FN 166), 190; BK-FELLMANN (FN 184), Art. 400 OR N 63 ff. Letzterer geht davon aus, dass die Pflicht spätestens mit der zehnjährigen Verjährungsfrist endet, vgl. BK-FELLMANN (FN 184), Art. 400 OR N 99.

²⁷⁵ Vgl. GUTZWILLER (FN 166), 190.

²⁷⁶ BK-FELLMANN (FN 184), Art. 400 OR N 27; NICOLAS DOMMER, Die Auskunftspflichten der Bank gegenüber Vermögensverwaltungskunden, Diss. St. Gallen 2018, Zürich/St. Gallen 2018, N 370. BGE 110 II 181 E. 2.

²⁷⁷ Vgl. BGer, C.59/1980, 17.6.1980, E. 2 (nach ZR: E. 1), in: ZR 1981, 73. Vgl. auch ROLF SETHE, § 31 Dokumentationspflichten, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, In Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, 2. A., München/Wien/Basel 2016, § 31 N 12.

²⁷⁸ Vgl. BGE 139 III 49 E. 4.1.3, gemäss dem der Inhalt dem Kunden in geeigneter Form zu Kenntnis gebracht werden kann, d.h., unter Umständen genügt zur Einhaltung der Auskunftspflicht ein auszugsweises Vorliegen des Dokuments.

²⁸⁰ ROLF SETHE, Kundensegmentierung im Spannungsverhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, SBT 2017 – Schweizerische Bankrechtstagung 2017, Basel 2017, 215–220, 216 und 220; SCHOOP (FN 70), 135.

²⁸¹ BGer, 4A_336/2014, 18.12.2014, E. 6.1 mit Verweis auf HGer ZH, HG110039-0, 14.4.2014, E. III.5.3.1 f.

²⁸² Vgl. PROJER/VON DER CRONE (FN 185), 167; kritisch dagegen: SCHOOP (FN 70), 135 f., nach dem eine Kundensegmentierung im Einzelfall dem Vereinbarten zuwiderlaufen würde.

²⁸³ BGer, 4A_364/2013, 5.3.2014, E. 6.5.3; 4A_140/2011, 27.6.2011, E. 3.2 f.

²⁸⁴ Vgl. SETHE (FN 181), § 26 N 32.

²⁸⁵ Vgl. Ausführungen oben III.E.

²⁸⁶ Vgl. AMADÒ (FN 62), AJP 2018, 998.

²⁸⁷ Vgl. auch Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921 sowie 8941.

anderem bei Unklarheiten ergänzen.²⁸⁸ Das FIDLEG orientierte sich namentlich in Bezug auf den Zeitpunkt sowie die Formvorschriften im Bereich der Informationspflichten am Privatrecht,²⁸⁹ was eine inhaltliche Kongruenz der Regelungen bedeutet. Eine Ausstrahlungswirkung auf das Privatrecht kommt den ausführenden Bestimmungen der E-FIDLEV in Bezug auf den Informationszeitpunkt zu.²⁹⁰

a. Ausstrahlungswirkung bei Execution-Only-Geschäften

Im Bereich des Execution-Only-Geschäfts entfällt mit der Einführung des FIDLEG die Doppelnorm von Art. 11 BEHG.²⁹¹ Der Finanzdienstleister unterliegt somit im Execution-Only-Geschäft keiner privatrechtlichen Informationspflicht mehr.²⁹² Eine Ausstrahlungswirkung der Informationspflichten gemäss FIDLEG ist nicht möglich, da eine entsprechend auslegbare Norm im Privatrecht fehlt.²⁹³ Folglich gibt es grundsätzlich, anders als bisher, keinen privatrechtlichen Mindeststandard in Bezug auf Informationspflichten bei Execution-Only-Geschäften im Aufsichtsrecht.

Weiter ist zudem fraglich, ob die bundesgerichtliche Praxis zu den ausnahmsweisen Beratungspflichten im privatrechtlichen Execution-Only-Geschäft auch nach Einführung des FIDLEG noch Bestand hat.²⁹⁴ Art. 13 Abs. 1 FIDLEG statuiert ausdrücklich, dass bei Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen keine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchzuführen ist. Für den Finanzdienstleister besteht in diesem Fall nur die standardisierte Aufklärungspflicht von Art. 8 Abs. 1 FIDLEG, aber keine weitergehende Aufklärungs- oder Warnpflicht.²⁹⁵ Obwohl Aufsichts- und Privatrecht somit

unterschiedliche Informationspflichten in Bezug auf das Execution-Only-Geschäft vorsehen, ist u.E. nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht von seiner bis anhin in Bezug auf diese privatrechtlichen Informationspflichten entwickelten Rechtsprechung abrückt.

Schliesslich sind Finanzdienstleister im Rahmen des Execution-Only-Geschäfts aufsichtsrechtlich zur Aufklärung über bzw. Herausgabe von Vergütungen von Dritten verpflichtet.²⁹⁶ Die privatrechtliche Rechtsprechung hat eine solche Aufklärungs- und Herausgabepflicht bisher offengelassen, es ist jedoch zu erwarten, dass diesbezüglich eine Ausstrahlungswirkung greifen wird.

b. Ausstrahlungswirkung bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung

Die Informationspflichten im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung sind inhaltlich weitestgehend identisch ausgestaltet.²⁹⁷ Im Aufsichts- wie auch im Privatrecht muss der Finanzdienstleister über seine Person sowie über die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken und Kosten aufklären.²⁹⁸

Unterschiede bestehen im Bereich der Retrozessionen: Die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde grundsätzlich in das FIDLEG übernommen.²⁹⁹ Allerdings wurde darauf verzichtet, Art und Umfang der Aufklärungspflichten in Bezug auf Retrozessionen von den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden abhängig zu machen.³⁰⁰ Es ist davon auszugehen, dass die Ausstrahlungswirkung des Privatrechts zur Folge hat, dass die Aufklärungspflichten kundenbezogen zu erfüllen sind, d.h., die Information muss sich nach den Kenntnissen und Erfahrungen des jeweiligen Kunden richten. Abgesehen davon eignet sich aber die nun kodifizierte Regelung von

²⁸⁸ Eine solche Auslegung oder Ergänzung von Aufsichtsrecht hat dabei immer innerhalb der Grenzen des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) zu erfolgen, vgl. BGer, B-5756/2014, 18.5.2017, E. 4.3.2.1.

²⁸⁹ Vgl. für das Privatrecht oben IV.B.2., für das FIDLEG Art. 8 f. FIDLEG sowie oben IV.B.1.

²⁹⁰ Vgl. Art. 13 f. E-FIDLEV.

²⁹¹ Vgl. oben IV.B.2.a. Dieser Wegfall ist durchaus sinnvoll, da der Gesetzgeber dem Konzept der Doppelnorm im Bereich des FIDLEG ablehnend gegenübersteht, vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8921.

²⁹² SCHMID (FN 110), 229 f., der in Frage stellt, ob dieser «Wegfall [von Art. 11 BEHG] eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung darstellt».

²⁹³ Für das Execution-Only-Geschäft gilt zwar das Auftragsrecht, dieses bezieht sich jedoch ausschliesslich auf die Abwicklung des Geschäfts (vgl. dazu oben IV.A.2.). Eine Anwendung als Doppelnorm, analog zum bisherigen Art. 11 BEHG, scheidet aus, da das Konzept der Doppelnorm in Bezug auf das FIDLEG verworfen wurde.

²⁹⁴ Vgl. dazu oben IV.B.2.a.i.

²⁹⁵ Die diesbezüglichen Pflichten aus Art. 11 BEHG wurden ebenso wenig in das FIDLEG übernommen wie die privatrechtliche Recht-

sprechung zur einzelfallweisen Informations- bzw. Interessenwahrungspflicht, vgl. dazu oben IV.B.1.a. sowie EMMENEGGER/DÖBELI (FN 156), 763 f., 766 f.

²⁹⁶ Vgl. dazu Art. 26 Abs. 1 FIDLEG, vgl. auch BAUMANN (FN 7), N 463.

²⁹⁷ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8922, die in Bezug auf Verhaltenspflichten bei Interessenkonflikten festhält: «Der Grossteil dieser Pflichten [...] lässt sich aus den Sorgfalts- und Treuepflichten des Zivilrechts ableiten.»

²⁹⁸ Vgl. oben IV.B.1.a.ii. sowie IV.B.2.a.ii.

²⁹⁹ Vgl. z.B. Art. 26 FIDLEG, der eine Regelung für den rechtsgültigen Verzicht auf Retrozessionen vorsieht. Demnach müssen Kunden ausdrücklich über die Entschädigung informiert worden sein (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG). Diese Information muss mindestens Art und Umfang der Retrozession umfassen (Art. 26 Abs. 2 FIDLEG).

³⁰⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 2 FIDLEG, wonach lediglich über Art und Höhe der Entschädigung sowie über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten aufgeklärt werden muss.

Art. 26 FIDLEG dazu, das privatrechtliche Verhältnis via Ausstrahlungswirkung zu konkretisieren.³⁰¹

Bei den Auskunftspflichten sind die Rechenschafts- und Dokumentationspflichten im FIDLEG deutlich ausführlicher beschrieben.³⁰² Im Vergleich dazu muss der Finanzdienstleister gemäss auftragsrechtlicher Generalklausel generell und über sämtliche Dokumente, die von Bedeutung sind, Auskunft erteilen.³⁰³ Entsprechend sind die Ausführungen des FIDLEG im Rahmen der Ausstrahlungswirkung auch auf die privatrechtlichen Normen anzuwenden.³⁰⁴

c. Ausstrahlungswirkungen im Bereich der Informationspflichten bei besonderen Kundenverhältnissen

Fraglich ist abschliessend, ob die vorgenommene Kundensegmentierung und die damit verbundene Einschränkung der Informationspflichten gegenüber bestimmten Kundenkategorien³⁰⁵ mittels Ausstrahlungswirkung auch im Privatrecht gelten soll. Das Bundesgericht hat in seiner privatrechtlichen Rechtsprechung verschiedentlich Tendenzen zu einer Kundensegmentierung erkennen lassen.³⁰⁶ Eine Ausstrahlungswirkung könnte hier insbesondere bezüglich der Kundenkategorien zum Tragen kommen, um eine einheitliche Kategorisierung zu gewährleisten.³⁰⁷

der systematischen Auslegung, sodass bei Anwendung des Konzepts auf die bisherige Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.³⁰⁹

Im Bereich der Informationspflichten findet das Konzept der Ausstrahlungswirkung eher zurückhaltend Anwendung. Dies ist vor allem damit zu begründen, dass sich der Gesetzgeber bei der Formulierung der aufsichtsrechtlichen Pflichten des FIDLEG stark an der privatrechtlichen Rechtsprechung des Auftragsrechts orientiert hat. Soweit die Ausführungsverordnungen zum FIDLEG verabschiedet sind, dürfte der Detaillierungsgrad des Aufsichtsrechts im Vergleich zu demjenigen des Privatrechts nochmals steigen und die Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts zunehmen.

Generell ist die Bedeutung der aufsichts- und privatrechtlichen Informationspflichten nicht zu unterschätzen. So bestätigte das Bundesgericht in einem kürzlich veröffentlichten Urteil eine strafrechtliche Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsführung, weil der Beschwerdeführer, ein Vermögensverwalter, seinen Rechenschaftspflichten in Bezug auf Retrozessionen nicht nachgekommen war.³¹⁰ Eine Verletzung von Informationspflichten kann somit letztlich nicht nur aufsichts- und privatrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, sondern auch zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen.

V. Fazit

Um das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht zu erfassen, wurden einige Konzepte erarbeitet, von denen aber keines vollumfänglich zu überzeugen vermag. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen des FIDLEG explizit gegen das Doppelnormprinzip und für das Konzept der Ausstrahlungswirkung entschieden.³⁰⁸ Dieses Konzept bietet den Vorteil, dass sich Aufsichts- und Privatrecht mittelbar, gegenseitig und «bei Bedarf» ergänzen. Diese Flexibilität führt auf der anderen Seite zu einer geringen Rechtssicherheit, da die Anwendung einer Norm jeweils stark einzelfallabhängig ist. Bei dem Konzept der Ausstrahlungswirkung handelt es sich u.E. um einen Unterfall

³⁰¹ Vgl. Botschaft FIDLEG (FN 24), 8966.

³⁰² Vgl. Art. 15 f. FIDLEG i.V.m. Art. 15 f. E-FIDLEV.

³⁰³ Vgl. oben IV.B.1.c.

³⁰⁴ Gl.M. DOMMER (FN 276), N 368.

³⁰⁵ Vgl. oben IV.B.1.d.

³⁰⁶ Vgl. oben IV.B.2.d.

³⁰⁷ A.A. SCHOOP (FN 70), 29, der eine privatrechtliche Segmentierung aufgrund der zwingenden Individualisierung der Anleger ausschliesst.

³⁰⁸ Vgl. oben III.E.

³⁰⁹ Vgl. oben II.D.2.

³¹⁰ Vgl. BGer, 6B_689/2016, 14.8.2018, E. 3.4 sowie E. 3.5.