

# ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung  
Revue des jeunes chercheurs en droit  
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2021

## Krise Crise Crisis

ENZO BASTIAN

**Can the COVID-19 crisis facilitate money laundering for organised crime?**

REBECCA VIONNET

**Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise**

IRINA LEHNER

**The worldwide opioid crisis and the UN drug Conventions: why the international system is not working**

---

XENIA KARAMETAXAS

**Sustainable Finance: Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung der EU und der Schweiz**

BENEDETTA S. GALETTI

**L'assistance au suicide dans les institutions sanitaires publiques et privées**

---

STEPHANIE ANDREA BERNET

**Der Lehrplan – Rechtsnatur und Bedeutung**

JÜRIG FISCH

**Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden**

BRUCE G.A. POLLOCK

**Alternative Investment Funds as Potential Catalysts in the Realization of Systemic Risk in Financial Markets**

FLEUR BAUMGARTNER

**Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten des Finanzdienstleistungsgesetzes**

## Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet (Koordination deutschsprachige Beiträge), Claude Eric Bertschinger (Marketing), Suzan Can (Finanzen und Sponsoring), Valérie Dittli (Präsidium), Ryan Gauderon (Koordination französischsprachige Beiträge), Andrés Payer (Webmaster und Kommunikation), Jan Wenk (Finanzen und Sponsoring), Floris Zuur (Marketing)

## Redakteure / évaluateurs

Sophia Balzaretto, Tilla Caveng, Clémence Demay, Elisabeth Becker, Kaspar Ehrenzeller, Florian Fasel, Pascal Favrod-Coune, Gabriel Gertsch, Rehana Harasgama, Louise Hauptmann, Manon Joseph, Maya Kiepe, Alex Kistler, Nadia Kuźniar, Natalie Lisik, Kastriot Lubishtani, Aldina Mehmedovic, Michael Meier, Aleksandra Milosevic, Raquel Pochon, Fiona Savary, Roman Schister, Martin Seelmann, David Zandirad

## Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

### Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG

Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich

Tel. 044 251 58 30, E-Mail [verlag@dike.ch](mailto:verlag@dike.ch), [www.dike.ch](http://www.dike.ch)

Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

## Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:

CHF 74.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 59.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /

La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

*La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.*

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

*Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.*

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter [www.ex-ante.ch](http://www.ex-ante.ch).

*Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur [www.ex-ante.ch](http://www.ex-ante.ch).*

Umschlagbild: © fotogestoeber – Adobe Stock

ISSN 2297-9174

ISBN 978-3-03891-361-0



Joel Drittenbass

# Regulierung von autonomen Robotern

## Angewendet auf den Einsatz von autonomen Medizinrobotern: Eine datenschutzrechtliche und medizinproduktrechtliche Untersuchung

Wie lässt sich eine risiko- und wissenschaftsbasierte Regulierung von neuartigen Technologien erreichen? Diese Dissertation zeigt anhand von autonomen Medizinrobotern, dass Steuerungsinstrumente des Risk-Based-Approach den Konflikt zwischen Sicherheit und Freiheit risikobasiert optimieren können.

2021, 526 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-03891-227-9  
CHF 110.–

Risk-Based-  
Approach in der  
Medizintechnik



DIKE

## Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

### **Can the COVID-19 crisis facilitate money laundering for organised crime?**

ENZO BASTIAN 3

### **Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise**

REBECCA VIONNET 12

### **The worldwide opioid crisis and the UN drug Conventions: why the international system is not working**

IRINA LEHNER 25

### **Sustainable Finance: Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung der EU und der Schweiz**

XENIA KARAMETAXAS 33

### **L'assistance au suicide dans les institutions sanitaires publiques et privées**

BENEDETTA S. GALETTI 45

### **Der Lehrplan – Rechtsnatur und Bedeutung**

Dissertationsbesprechung

STEPHANIE ANDREA BERNET 62

### **Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden**

Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV

innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR – Dissertationsbesprechung

JÜRGEN FISCH 67

### **Alternative Investment Funds as Potential Catalysts in the Realization of Systemic Risk in Financial Markets**

An Analysis of the Current Regulatory Framework

in Europe Focusing on Hedge Funds and Private Equity Funds –

Thesis summary

BRUCE G.A. POLLOCK 71

### **Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten des Finanzdienstleistungsgesetzes**

Dissertationsbesprechung

FLEUR BAUMGARTNER 76

# Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten des Finanzdienstleistungsgesetzes

## Dissertationsbesprechung

FLEUR BAUMGARTNER\*

### SCHLAGWÖRTER

Finanzdienstleistungsgesetz – Verhaltenspflichten – Rechtsnatur – Durchsetzung – Doppelnormen – Auftragsrecht

## I. Einleitung

Das Finanzdienstleistungsgesetz<sup>1</sup> ist ein aufsichtsrechtliches Gesetz, das die privatrechtliche Vertragsbeziehung zwischen Finanzdienstleister und Kunden regelt. Es beinhaltet *kundenbezogene Verhaltenspflichten*, die Finanzdienstleister ihren Kunden gegenüber einzuhalten haben. Darüber hinaus erteilt das FIDLEG der Aufsichtsbehörde die Kompetenz, die Einhaltung dieser Pflichten zu überwachen (Art. 87 Abs. 1 FIDLEG). Gegen schwere und wiederholte Verletzungen kann die Aufsichtsbehörde die aufsichtsrechtlichen Massnahmen des FINMAG<sup>2</sup> ergreifen (Art. 87 Abs. 2 FIDLEG). Vor diesem Hintergrund stellt sich in meiner Dissertation die Frage, ob die kundenbezogenen Verhaltenspflichten privat- oder aufsichtsrechtlicher Natur sind.

## II. Kundenbezogene Verhaltenspflichten im Überblick

### A. Pflicht zur Kundensegmentierung

Noch bevor der Finanzdienstleister eine Finanzdienstleistung erbringt, hat er den Kunden einem vom Wissens-

und Informationsstand abhängigen Segment zuzuteilen (Art. 4 Abs. 1 FIDLEG). Dieses Segment bestimmt, ob und in welchem Umfang der Finanzdienstleister die weiteren Verhaltenspflichten einzuhalten hat. Das FIDLEG unterscheidet zunächst das Segment der Privatkunden von den professionellen Kunden. Eine Unterkategorie der professionellen Kunden bilden die institutionellen Kunden.

### B. Informationspflichten

Der Finanzdienstleister untersteht verschiedenen Informationspflichten. Das FIDLEG kennt eine allgemeine Informationspflicht i.S.v. Art. 8 Abs. 1 FIDLEG. Der Finanzdienstleister hat dem Kunden als Minimalstandard in jedem Vertragsverhältnis allgemeine Informationen zur Person des Finanzdienstleisters offenzulegen.<sup>3</sup> Ferner kennt das FIDLEG spezifische Informationspflichten. Offenzulegen sind Angaben im Zusammenhang mit einer konkreten Finanzdienstleistung (Art. 8 Abs. 2 FIDLEG).

### C. Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung

Im Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsverhältnis hat der Finanzdienstleister eine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchzuführen (Art. 10 FIDLEG). Bei transaktionsbezogener Anlageberatung erkundigt sich der Finanzdienstleister über Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden und prüft, ob das Finanzinstrument für den Kunden angemessen ist

\* MLaw, Substitutin bei Bär & Karrer, Zürich. Die Autorin hat ihre Dissertation mit dem Titel «Das Verhältnis von Privat- und Aufsichtsrecht im Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) – Eine rechtliche Einordnung der Verhaltenspflichten der Finanzdienstleister» unter der Aufsicht von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone an der Universität Zürich verfasst.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, SR 950.1).

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1).

<sup>3</sup> THOMAS JUTZI/FABIAN EISENBERGER, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, Informationspflichten an der Schnittstelle von FIDLEG und OR, AJP 2019, 6 ff., 21.

(Art. 11 FIDLEG). Bei portfoliobezogener Anlageberatung oder Vermögensverwaltung prüft der Finanzdienstleister vor jeder Anlageentscheidung, ob dieser für den Kunden im Zusammenspiel mit dem übrigen Portfolio geeignet ist. Bei der Eignungsprüfung erkundigt sich der Finanzdienstleister neben den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden zusätzlich über seine finanziellen Verhältnisse und Anlageziele (Art. 12 FIDLEG).

#### D. Dokumentations- und Rechenschaftspflicht

Der Finanzdienstleister hat seine Beziehung zum Kunden kontinuierlich und möglichst umfassend zu dokumentieren (vgl. dazu Art. 15 FIDLEG). Er schuldet dem Kunden weiter Rechenschaft. Die Rechenschaftspflicht liegt in der Zustellung oder geeigneten Zugänglichmachung von Kopien der Dokumentationen (Art. 16 Abs. 1 FIDLEG). Gemäss Art. 16 Abs. 2 FIDLEG legt der Finanzdienstleister auf Anfrage über die vereinbarten und erbrachten Finanzdienstleistungen (lit. a), über die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklungen des Portfolios (lit. b) sowie über die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten (lit. c) Rechenschaft ab.

#### E. Pflichten bei der Bearbeitung und Ausführung von Kundenaufträgen

Der Finanzdienstleister hat bei der Ausführung von Kundenaufträgen die Interessen der Kunden zu berücksichtigen. Er vermeidet ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten (Art. 17 Abs. 1 FIDLEG). Der Finanzdienstleister untersteht ferner dem Grundsatz der bestmöglichen Ausführung von Kundenaufträgen. Er stellt sicher, dass er für den Kunden das bestmögliche Ergebnis in finanzieller, zeitlicher und qualitativer Hinsicht erreicht (Art. 18 Abs. 1 FIDLEG).

### III. Privatrechtliche Merkmale der kundenbezogenen Verhaltenspflichten

#### A. Rechtliche Einordnung

Anhand der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von Privat- und öffentlichem Recht sind die kundenbezogenen Verhaltenspflichten dem Privatrecht zuzuordnen.

##### 1. Funktionstheorie

Nach der Funktionstheorie dient das öffentliche Recht der Besorgung öffentlicher Aufgaben. Das Privatrecht dient

hingegen der Erfüllung privater Aufgaben.<sup>4</sup> Vorschriften, die im Dienst einer öffentlichen Aufgabe erlassen worden sind, charakterisieren sich dadurch, dass sie sich zur Ausführung einer hoheitlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe äussern.<sup>5</sup> Das ist nicht der Fall bei gesetzlichen Verhaltenspflichten, welche die Ausübung einer privatrechtlichen Tätigkeit regeln, wie es die kundenbezogenen Verhaltenspflichten tun. Sie unterstützen nicht die Aufsichtsbehörde in der Ausübung ihrer laufenden Aufsicht, sondern setzen voraus, dass sie ihre Aufsicht einwandfrei ausüben kann. Sie stehen im Dienst der Erbringung von Finanzdienstleistungen.

##### 2. Interessentheorie

Nach der Interessentheorie verfolgen Normen des Privatrechts die Interessen von Privatpersonen. Normen des öffentlichen Rechts werden hingegen im öffentlichen Interesse erlassen und dienen dem Gemeinwohl.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber hat das FIDLEG mit der Absicht erlassen, den Anlegerschutz im Finanzmarkt zu stärken (s. dazu Art. 1 Abs. 1 FIDLEG). Das FIDLEG schützt einerseits die einzelnen Anleger im Sinne eines *individuellen Anlegerschutzes*. Die detaillierte Festhaltung der zahlreichen Verhaltenspflichten zeigt klar, dass der einzelne Kunde das vor Missbräuchen und Verlusten zu schützende Subjekt darstellt. Indem Anleger jedoch grundsätzlich davon ausgehen können, dass das Finanzmarktrecht Anlegerschutzvorschriften enthält und sich Finanzdienstleister an diese halten, wird ihr Vertrauen in einen gut funktionierenden Finanzmarkt gestärkt. Daher schützen die kundenbezogenen Verhaltenspflichten auch die Interessen der Gesamtheit der Anleger und verfolgen einen *institutionellen Anlegerschutz*. Mit anderen Worten wurden die kundenbezogenen Verhaltenspflichten mithin auch im öffentlichen Interesse erlassen.

Trotzdem geht es meines Erachtens hauptsächlich darum, dass einzelne Kunden keinem Fehlverhalten der Finanzdienstleister ausgesetzt sind und dadurch Verluste erleiden. Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten sind dauernd einzuhalten, weil eine einzelne Verletzung die Interessen eines einzelnen Kunden gefährden kann. Anders wird das öffentliche Interesse nur durch schwere und wiederholte Verletzungen tangiert. Aufsichtsrechtlich betrachtet muss der Finanzdienstleister meines Erachtens

<sup>4</sup> PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, § 4 N 63.

<sup>5</sup> BERNHARD RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, 153 ff., 157.

<sup>6</sup> FORSTMOSER/VOGT (Fn. 4), § 4 N 64.

seinen Pflichten nur im Allgemeinen nachkommen. Dies entspricht aber nicht der Absicht des Gesetzgebers. Aus diesem Grund verfolgen die kundenbezogenen Verhaltenspflichten vorwiegend die Interessen einzelner Anleger<sup>7</sup> und sind nach der Interessentheorie dem Privatrecht zuzuordnen.

### 3. Subjektstheorie

Die Subjektstheorie stellt auf die an dem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte ab. Das Privatrecht regelt Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen. Ist hingegen das Gemeinwesen involviert, geht die Subjektstheorie von öffentlichem Recht aus.<sup>8</sup> Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten regeln das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden, die auch Adressaten der Bestimmungen sind. Es handelt sich dabei um private Rechtssubjekte. Durch ihre Überwachungstätigkeit ist die Aufsichtsbehörde meines Erachtens nur indirekt involviert, ohne Adressatin der Normen zu sein. Sie wird durch die kundenbezogenen Verhaltenspflichten weder berechtigt noch verpflichtet. Stattdessen geben die Verhaltenspflichten den zu überwachenden Sachverhalt wieder.

### 4. Subordinationstheorie

Nach der Subordinationstheorie regelt das Privatrecht Rechtsbeziehungen zwischen zwei gleichgeordneten Subjekten. Das öffentliche Recht bezieht sich hingegen auf Rechtsbeziehungen, die von einem Über- und Unterordnungsverhältnis (Subordination) geprägt sind.<sup>9</sup> Ein Subordinationsverhältnis liegt vor, wenn das übergeordnete Subjekt eigenständig Regelungen zur Rechtsbeziehung treffen kann und zur Zwangsvollstreckung befugt ist, ohne vorher den Richter rufen zu müssen.<sup>10</sup> Dies trifft auf die Beziehung zwischen Finanzdienstleister und Kunden nicht zu, denn die Parteien stehen in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis zueinander.

### 5. Modaltheorie

Nach der Modaltheorie bestimmt die für die Verletzung vorgesehene Sanktion den Charakter einer Bestimmung.<sup>11</sup> Auf den ersten Blick sind die kundenbezogenen Verhaltenspflichten dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Vorsätzliche Verletzungen gewisser Verhaltenspflichten werden strafrechtlich sanktioniert (vgl. dazu Art. 89 FIDLEG). Strafrechtliche Sanktionen weisen einen öffentlich-rechtlichen Charakter auf. Das FIDLEG kennt ferner aufsichtsrechtliche Sanktionen: Gegen schwere und wiederholte Verletzungen der kundenbezogenen Verhaltenspflichten kann die Aufsichtsbehörde von den aufsichtsrechtlichen Massnahmen des FINMAG Gebrauch machen (Art. 87 Abs. 2 FIDLEG). Dennoch ist die Aufsichtsbehörde beim Ergreifen aufsichtsrechtlicher Sanktionen stets zurückhaltend. Sie interveniert nur gegen Verletzungen, die so signifikant sind, dass die aufsichtsrechtlich relevante Schwelle überschritten wurde, sodass das öffentliche Interesse tangiert wird.<sup>12</sup> Ähnlich werden auch die strafrechtlichen Sanktionen nur *ultima ratio* verhängt. Im Ergebnis sorgen weder die aufsichts- noch die strafrechtlichen Sanktionen für eine umfassende Durchsetzung. Vereinzelt Verletzungen werden stattdessen nur zivilrechtlich sanktioniert. Konsequenterweise sind auch gemäss FIDLEG weiterhin die Zivilgerichte für die Beurteilung privatrechtlicher Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleister und Kunden zuständig (Art. 87 Abs. 3 FIDLEG). Sind die Haftungsvoraussetzungen der Schadenersatzklage nach Art. 97 Abs. 1 OR<sup>13</sup> erfüllt, kann der Kunde auch bei Vorliegen einer einzelnen Verletzung gegen Finanzdienstleister vorgehen. Aus diesem Grund wird hauptsächlich die zivilrechtliche Sanktion gegenüber der aufsichts- und strafrechtlichen Sanktion zur Anwendung gelangen, sodass auch nach der Modaltheorie die kundenbezogenen Verhaltenspflichten meines Erachtens dem Privatrecht zuzuordnen sind.

## IV. Keine Doppelnormen

Die kundenbezogenen Verhaltenspflichten des FIDLEG sind Teil des materiellen Privatrechts. Schwere und wiederholte Verletzungen begründen aber ein aufsichtsrecht-

<sup>7</sup> Vgl. auch SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018, 639 ff., 647, wonach sich das FIDLEG spezifisch auf den Anlegerschutz auf der individuellen Ebene des Dienstleistungsgeschäfts bezieht.

<sup>8</sup> FORSTMOSER/VOGT (Fn. 4), § 4 N 65.

<sup>9</sup> FORSTMOSER/VOGT (Fn. 4), § 4 N 67.

<sup>10</sup> BGE 138 II 134, 152, E. 4.4.1.

<sup>11</sup> FORSTMOSER/VOGT (Fn. 4), § 4 N 66.

<sup>12</sup> Vgl. Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff., 8952.

<sup>13</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220).

liches Fehlverhalten. Daher weisen sie eine gewisse Ähnlichkeit mit Doppelnormen auf. Trotzdem fehlen zwei Eigenschaften von Doppelnormen.

### A. «Gleichermassen Anwendung»

In der jüngeren Lehre werden Doppelnormen als Normen umschrieben, die parallel sowohl im Privat- als auch im Aufsichtsrecht zur Anwendung gelangen. Sie können von Privatpersonen vor den Zivilgerichten *gleichermassen* wie von den Aufsichtsbehörden im Verwaltungsverfahren geltend gemacht werden.<sup>14</sup> Diese «*gleichermassen Anwendung*» trifft auf die kundenbezogenen Verhaltenspflichten nicht zu. Wie bereits erläutert wurde, können Privatpersonen eine einzelne Verletzung im Zivilverfahren geltend machen, wohingegen die Aufsichtsbehörde nur intervenieren darf, wenn die aufsichtsrechtlich relevante Schwelle überschritten wurde. Die Durchsetzungskompetenz der Aufsichtsbehörde geht daher weniger weit als jene der Zivilgerichte.

### B. Gleichgeschaltete Pflichten

Die neuere Lehre versteht Doppelnormen so, dass Pflichterfüllung und Pflichtverletzung gleichgeschaltet sind.<sup>15</sup> Das hat zur Folge, dass die aufsichtsrechtliche Erfüllung der Pflichten eine zivilrechtliche Pflichtverletzung *per se* ausschliesst. Umgekehrt stellt ein aufsichtsrechtliches Fehlverhalten immer auch eine privatrechtliche Verletzung dar.<sup>16</sup> Bei den kundenbezogenen Verhaltenspflichten mag die Pflichterfüllung gleichgeschaltet sein. Finanzdienstleister haben ein Interesse, davon ausgehen zu können, dass eine zivilrechtliche Haftung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn sie die kundenbezogenen Verhaltenspflichten einhalten. Darin liegt ein begründetes Anliegen für Rechtssicherheit. Umgekehrt ist die Pflichtverletzung aber nicht gleichgeschaltet, weil, wie bereits dargelegt wurde, nicht jede zivilrechtliche Verletzung ein aufsichtsrechtliches Fehlverhalten begründet.

## V. Verhältnis zu den auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten

Vor Inkrafttreten des FIDLEG regelte das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden.

### A. Auftragsrechtliche Sorgfaltspflichten als subsidiäres Richterrecht

Das Auftragsrecht ist so allgemein formuliert, dass das Bundesgericht spezifisch für das Rechtsverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden konkretisierendes Richterrecht erlassen musste. Mit dem Erlass des FIDLEG hat der Gesetzgeber die Lücken in der Regelung der Rechtsbeziehung zwischen Finanzdienstleister und Kunden geschlossen. Die Bestimmungen des FIDLEG sind als Gesetzesrecht vorrangig anzuwenden. Die auftragsrechtliche Rechtsprechung braucht es meines Erachtens nicht mehr, weil eine gesetzliche Regelung an ihre Stelle getreten ist. Ganz allgemein ist das Richterrecht nur subsidiär anzuwenden, eben wenn auf Gesetzesrecht nicht abgestellt werden kann.<sup>17</sup>

### B. Anwendung der kundenbezogenen Verhaltenspflichten

Durch die vorrangige Anwendung der kundenbezogenen Verhaltenspflichten werden Anleger besser geschützt. Ganz allgemein führt die Ausweitung der Verhaltenspflichten durch eine detailliertere Umschreibung zu einem besseren Schutz der Anleger. Schliesslich sind im FIDLEG inhaltliche Verbesserungen vorgenommen worden: Anleger können beispielsweise nur vorgängig und ausdrücklich auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichten (Art. 26 Abs. 1 lit. a FIDLEG). Hingegen ist nach auftragsrechtlicher Rechtsprechung ein nachträglicher und allenfalls auch stillschweigender Verzicht möglich.<sup>18</sup>

Zu bedauern ist aber, dass das FIDLEG an zentralen Stellen hinter dem Schutzniveau der alten Rechtsprechung zum Auftragsrecht zurückbleibt. Nach FIDLEG schuldet der Finanzdienstleister beispielsweise nur auf Anfrage des Kunden Rechenschaft (Art. 16 Abs. 1 und

<sup>14</sup> THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 2019, 589 ff., 598.

<sup>15</sup> SUSAN EMMENEGGER, Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung, in: Emmenegger (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2017: Bankvertragsrecht, Basel 2017, 197 ff., 200.

<sup>16</sup> EMMENEGGER (Fn. 15), 200.

<sup>17</sup> HANSJÖRG SEILER, Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber, LeGes 2016, 357 ff., 364.

<sup>18</sup> BGE 132 III 430, 502, E. 4.5; HUBERT STÖCKLI, Fidleg: Einige Gedanken eines Vertragsrechtlers, in: Emmenegger (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2017: Bankvertragsrecht, Basel 2017, 209 ff., 214; kritisch NATALIA NEUMAN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, SZW 2013, 101 ff., 110.

Art. 26 Abs. 2 FIDLEG). Das Richterrecht geht hingegen bei Retrozessionen von einer aktiven Rechenschaftspflicht aus.<sup>19</sup> Bei der transaktionsbezogenen Anlageberatung beschränkt sich das FIDLEG auf die Risikoaufklärung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung (Art. 11 FIDLEG). Es genügt mit anderen Worten, dass der Kunde weiss, wie gefährlich ein Produkt ist.<sup>20</sup> Der Finanzdienstleister hat nicht abzuklären, ob der Kunde einen potenziellen Verlust tragen kann und ob die Anlage seinen Anlagezielen entspricht. Dies erfolgt nur bei der portfoliobezogenen Anlageberatung, wo der Finanzdienstleister zudem eine Eignungsprüfung i.S.v. Art. 12 FIDLEG durchführt und klärt, ob die Anlage dem Risikoprofil des Kunden entspricht.<sup>21</sup> Das Richterrecht ist strenger. Es unterscheidet nicht zwischen transaktionsbezogener und portfoliobezogener Anlageberatung, sodass der Finanzdienstleister in jedem Fall neben der Angemessenheits- auch eine Eignungsprüfung durchzuführen hat. Auch bei *Execution-only*-Beziehungen bleibt das FIDLEG hinter dem Schutzniveau des Richterrechts zurück. Die auftragsrechtliche Rechtsprechung kennt eine Warnpflicht: Erkennt der Finanzdienstleister bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit, dass der Kunde eine bestimmte mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, hat er den Kunden zu warnen, wenn sich zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis etabliert hat.<sup>22</sup> Diese Warnpflicht wurde nicht in das FIDLEG übernommen.<sup>23</sup> Schliesslich ist der Finanzdienstleister nach FIDLEG in einem Vermögensverwaltungsverhältnis nicht zur laufenden Überwachung des Kundenportfolios verpflichtet. Anders kennt das alte Richterrecht eine ständige Überwachungspflicht.<sup>24</sup>

In der Lehre wird die Meinung vertreten, es gäbe keine Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der neuen Verhaltenspflichten des FIDLEG das bestehende Schutzniveau für Anleger reduzieren wollte. Das heisst mit anderen Worten, wenn das Richterrecht die Anleger besser schützt, ist dieses anzuwenden. Wenn das FIDLEG aber einen angemessenen Schutz vorsieht, schliesst es die Lehre nicht aus, dass die Zivilgerichte die Regeln des FIDLEG befolgen.<sup>25</sup> Dem kann meines Erachtens nicht gefolgt werden. Zwar kann man bedauern, dass der Gesetzgeber beim Erlass des FIDLEG nicht immer in gleicher Strenge wie beim Auftragsrecht vorgegangen ist. Tatsache

ist aber, dass dort, wo eine Lücke bestanden hat, der Gesetzgeber diese durch eine Regelung geschlossen hat und die Gerichte nun das Gesetz als primäre Rechtsquelle, wie es erlassen worden ist, anzuwenden haben. Das gilt auch, wenn der Gesetzgeber nicht das gleich hohe Schutzniveau des Auftragsrechts in Bezug auf eine konkrete Verhaltenspflicht übernommen hat, d.h. in Bezug auf eine Verhaltenspflicht des Finanzdienstleisters, die weniger hohe Anforderungen verlangt als das ehemalige Auftragsrecht.

### C. Spielraum für anlegerschutzkonformes Eingreifen

Ist eine Rechtsnorm *auslegungsbedürftig*, muss ihr wahrer Sinn bekanntlich durch Auslegung ermittelt werden.<sup>26</sup> Auch bei der Anwendung der kundenbezogenen Verhaltenspflichten werden die Zivilgerichte mit auslegungsbedürftigen Bestimmungen konfrontiert sein. Bei der Auslegung der kundenbezogenen Verhaltenspflichten ist zu berücksichtigen, dass sie in erster Linie zum Schutz der Anleger erlassen worden sind (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG). Als Auftragnehmer unterliegt der Finanzdienstleister weiterhin der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht. Er muss seine Leistungen mit der (bank-)üblichen Sorgfalt erbringen. Die Zivilgerichte werden den Sorgfaltsmassstab, den Finanzdienstleister einzuhalten haben, in Einzelfällen neu bestimmen müssen. Das FIDLEG äussert sich beispielsweise nicht direkt zur Frage, was eine gute Anlageberatung darstellt. Die Zivilgerichte werden unter Berücksichtigung des Anlegerschutzes neue Standards zur Konkretisierung dieser Frage erlassen müssen.

Die Zivilgerichte werden ferner mit *lückenhaften* Bestimmungen konfrontiert sein. Das FIDLEG kennt beispielsweise keine allgemeine Pflicht des Finanzdienstleisters, spontan vor drohenden Gefahren zu warnen, wie es im Auftragsrecht der Fall ist. Denkbar ist daher, dass die Zivilgerichte unter bestimmten Umständen, beispielsweise wenn der Kunde unzweckmässige Weisungen erteilt, auf das Erfordernis einer Warnpflicht im Sinne des alten Auftragsrechts schliessen werden. Die Gerichte können durch Erlass von Richterrecht einen im FIDLEG fehlenden Schutz wiederherstellen.

## VI. Fazit

Die rechtliche Einordnung der kundenbezogenen Verhaltenspflichten des FIDLEG anhand der Abgrenzungskriterien führt zu einer Qualifikation dieser als materielles

<sup>19</sup> EMMENEGGER/DÖBELI (Fn. 7), 650.

<sup>20</sup> EMMENEGGER (Fn. 15), 208.

<sup>21</sup> EMMENEGGER (Fn. 15), 208.

<sup>22</sup> BGE 133 III 97, 102 f., E. 7.1.1 und 7.1.2.

<sup>23</sup> EMMENEGGER (Fn. 15), 208.

<sup>24</sup> BGer 4A\_525/2011 (3.2.2012), E. 8.1.

<sup>25</sup> Vgl. EMMENEGGER/DÖBELI (Fn. 7), 650.

<sup>26</sup> FORSTMOSER/VOGT (Fn. 4), § 19 N 2.



Privatrecht. Trotzdem sind die Pflichten von gewisser aufsichtsrechtlicher Relevanz: Die Bestimmungen wurden mitunter auch im öffentlichen Interesse erlassen, die Aufsichtsbehörde ist indirekt involviert und Verletzungen können aufsichts- und strafrechtlich sanktioniert werden. Entscheidend für das Vorwiegen des privatrechtlichen Charakters ist aber, dass privatrechtliche Ansprüche für Kunden im Vordergrund stehen. Diese erwarten, dass Finanzdienstleister ihren Pflichten nachkommen, und werden entsprechend einen aus einer Verletzung resultierenden Schaden zivilrechtlich geltend machen. Dafür müssen die kundenbezogenen Verhaltenspflichten eine unmittelbare Geltung im Privatrecht aufweisen. Als Gesetzesrecht erlangen sie die Stellung der primär anzuwendenden Rechtsquelle. Finanzdienstleister müssen aber weiterhin so handeln, wie man es von einem sorgfältigen Auftragnehmer erwarten darf. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Auftragsrecht kann herangezogen werden, um den neuen Sorgfaltsmassstab zu bestimmen, insbesondere bei Auslegung oder Lückenfüllung.

C

R

I

H

A

ISBN 978-3-03891-361-0



9 783038 913610