

Kommentar
zum Finanzdienst-
leistungsgesetz
FIDLEG

Herausgeber:

Rolf Sethe

René Bösch

Olivier Favre

Stefan Kramer

Ansgar Schott

2. Kapitel: Verhaltensregeln

Vor Art. 7: Zivilrechtliche Haftung

Literatur: ABEGGLEN SANDRO, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW 2007 122 ff.; ABEGGLEN SANDRO, Vermögensverwaltung durch die Bank – konfliktträchtige Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktors, SZW 2001 179 ff.; BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009; BAUMGARTNER FLEUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Pflichten der Finanzdienstleister im Anlagegeschäft – Ein Ausblick auf die künftigen Bestimmungen des FIDLEG, SZW 2019 225 ff.; BERTSCHINGER URS, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018, SZW 2018 708 ff.; CHAPPUIS BENOÎT, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune, in: *Journé 2008 de droit bancaire et financier*, Genf 2009 83 ff.; CHAPUIS OLIVIER, Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?, AJP 2005 653 ff.; ECKERT FABRICE, Überwachungs- und Warnpflichten im Kapitalanlagegeschäft, Diss. Zürich 2019 (SSFM Bd. 130); EMMENEGGER SUSAN, Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017 199 ff.; EMMENEGGER SUSAN/JEGHER NICOLA/GRAF SERAINA, Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch? Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel, in: FS Koller, Bern 2018 177 ff.; GUTZWILLER CHRISTOPH P., Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank, SJZ 2002 117 ff.; KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992 1483 ff.; KUERT MATTHIAS, Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts, Diss. St. Gallen 2018 (zit. KUERT, Diss.); KUERT MATTHIAS, Verhaltensregeln des FIDLEG und Privatrecht im Licht des Gesetzgebungsverfahrens, AJP 2018 1352 ff.; OLLIVIER NICOLAS, Tribunal fédéral, 1^e Cour de droit civile, arrêt 4A_449/2018 du 25 mars 2019, Banque A. SA, Banque B. AG contre C., gestion de fortune, AJP 2019 1058 ff.; ROSAT CHRISTOPHE, Der Anlageschaden, Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Diss. Bern 2009 (ASR Bd. 768); ROTH URS PHILIPP, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: FS Kleiner, Zürich 1993 1 ff. (zit. ROTH, Aufklärungspflichten); SCHMID JÖRG, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften», in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017 211 ff.; SETHE ROLF, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 2012 80 ff.; SETHE ROLF, Konsumentenschutz beim Vermögensaufbau, in: HEISS HELMUT/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Zürich 2020, § 8; SETHE ROLF, FIDLEG und das Vertragsrecht: Kundensegmentierung im Spannungsverhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017 215 ff.; SETHE ROLF/SEILER MORITZ, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, in: FS Nobel, Bern 2015 431 ff.; SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 2006 70 ff.; STÖCKLI HUBERT, Fidleg: Einige Gedanken eines Vertragsrechtlers, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017 211 ff.; THALMANN CHRISTIAN, Von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effekthändlers, in: FS Druey, Zürich 2002, 971 ff. (zit. THALMANN, Aufklärungspflicht); THALMANN CHRISTIAN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, ZSR II 1994 115 ff.; TRAUTMANN MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag, in: SETHE ROLF/HENS THORSTEN/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H. (Hrsg.), *Anleger-schutz im Finanzmarktrecht* kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 133 ff.; VIONNET GUILLAUME, Pflicht-

ten aus dem Äther – Gedanken zur Rolle von Treu und Glauben im Obligationenrecht, in: FS von der Crone, Zürich 2007 59 ff.; WALTER HANS PETER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR 2008 I 99 ff.; WALTER HANS PETER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, 43 ff. (zit. WALTER, Abgrenzung); WEBER ROLF H., Anlageschäden, in: Anlagerecht, Basel 2007 129 ff. (zit. WEBER, Anlageschäden); WEBER ROLF H., Der Kapitalanlageschaden, in: FS Wiegand, Bern 2005 965 ff. (zit. WEBER, Kapitalanlageschaden); WEBER ROLF H., Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 1985 85 ff.; WIEGAND WOLFGANG/BERGER BERNHARD, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 1999 713 f.; ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, FIDLEG, FINIG und FINFRAG – Gedanken zur Haftung für standardisierte Information gemäss den Vorentwürfen, in: FUHRER STEPHAN (Hrsg.) Jahrbuch SGHVR 2014 107 ff. (zit. ZELLWEGER-GUTKNECHT, SGHVR 2014); ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft – ein systematischer Leitfaden, in: LOACKER LEANDER D./ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012 (APARIUZ Bd. 14) 247 ff. (zit. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Drittvergütungen).

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	225
I. Haftungsrechtliche Relevanz der aufsichtsrechtlichen Pflichten des 2. Titels	225
II. Verhaltensregeln als öffentliches Recht	226
III. Auswirkungen auf die Haftung	227
B. Haftungsvoraussetzungen	228
I. Vertragliche Haftung	228
1. Vertragsbestand	228
a) Überblick und Begriffliches	228
b) Vertragliche Grundlagen beim reinen Konto-/Depotgeschäft («execution only»)	231
c) Vertragliche Grundlagen bei der Vermögensverwaltung und Anlageberatung ...	233
2. Pflichtverletzung	235
a) Pflichtbestand und Pflichtinhalt	235
b) Verletzungstatbestand	240
c) Genehmigung und Einwilligung	242
3. Schaden	244
4. Kausalität	249
5. Verschulden	251
II. Deliktische Haftung	252
C. Rechtsfolge und Haftungsmodalitäten	253
I. Rechtsfolge: Schadenersatzanspruch	253
1. Gegenstand des Anspruchs	253
2. Umfang des Anspruchs	254

a) Allgemeines	254
b) Schadensberechnung und Schadensschätzung	257
c) Vorteilsanrechnung	261
d) Schadenersatzbemessung	262
II. Haftungsmodalitäten	263
1. Verjährung	263
2. Beweislast	264
3. Haftungsmodifikationen	266

A. Einleitung

I. Haftungsrechtliche Relevanz der aufsichtsrechtlichen Pflichten des 2. Titels

- 1 Die aufsichtsrechtlichen Pflichten, die Finanzdienstleistern unter dem 2. Titel des FIDLEG («Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen») auferlegt werden, sind in die vier Kapitel «Erforderliche Kenntnisse», «Verhaltensregeln», «Organisation» und «Beraterregister» unterteilt. Diese Zuordnung folgt der jeweiligen Regelungsmaterie. Werden diese Pflichten dagegen anhand der Regelungsziele geordnet, kann zwischen *kundenbezogenen*, *unternehmensbezogenen* und *aufsichtsbezogenen* Pflichten unterschieden werden: *Kundenbezogene* Pflichten betreffen die konkrete Transaktion bzw. Kundenbeziehung und regeln damit direkt den Kundenkontakt des Finanzdienstleisters bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen. *Unternehmensbezogene* Pflichten regeln die Anforderungen an die Organisation und Infrastruktur des Finanzdienstleisters, während *aufsichtsbezogene* Pflichten die Überwachung des Finanzdienstleisters durch die zuständige Aufsichtsbehörde sichern (vgl. SETHE, Anlegerschutz 732 f.).
- 2 Unter dem Aspekt der zivilrechtlichen Haftung sind grundsätzlich nur die **kundenbezogenen Pflichten** unmittelbar relevant, weil nur sie direkt das Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kunden regeln (vgl. für das deutsche Recht SETHE, in: Schäfer/Sethe/Lang, § 5 N 300). Darunter fallen primär die Verhaltensregeln des 2. Kapitels. Teilweise finden sich kundenbezogene Pflichten darüber hinaus auch im 3. Kapitel zur Organisation, namentlich in dessen 2. Abschnitt, der konkrete Verhaltenspflichten zur Verhinderung von Interessenkonflikten statuiert (vgl. dazu allgemein SETHE, Anlegerschutz 732; s. zu den kundenbezogenen Organisationspflichten Vor Art. 21 N 9 ff.). In diesem Sinne kundenbezogen, und somit haftungsrechtlich unmittelbar relevant, sind nach der hier vertretenen Auffassung die gestützt auf Art. 25 FIDLEG in den Art. 26 f. FIDLEV statuierten Verhaltensregeln sowie Art. 26 FIDLEG (vgl. Botenschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 8966; BERTSCHINGER, SZW 2018 714), nicht aber die übrigen Bestimmungen des 3. Kapitels. Der Terminus Verhaltensregeln bezeichnet im Folgenden alle in diesem Sinne kundenbezogenen Pflichten bzw. Verhaltenspflichten des 2. und 3. Kapitels.