



Dokumentation und Beweislast

Waffengleichheit für Bank und Kunden?

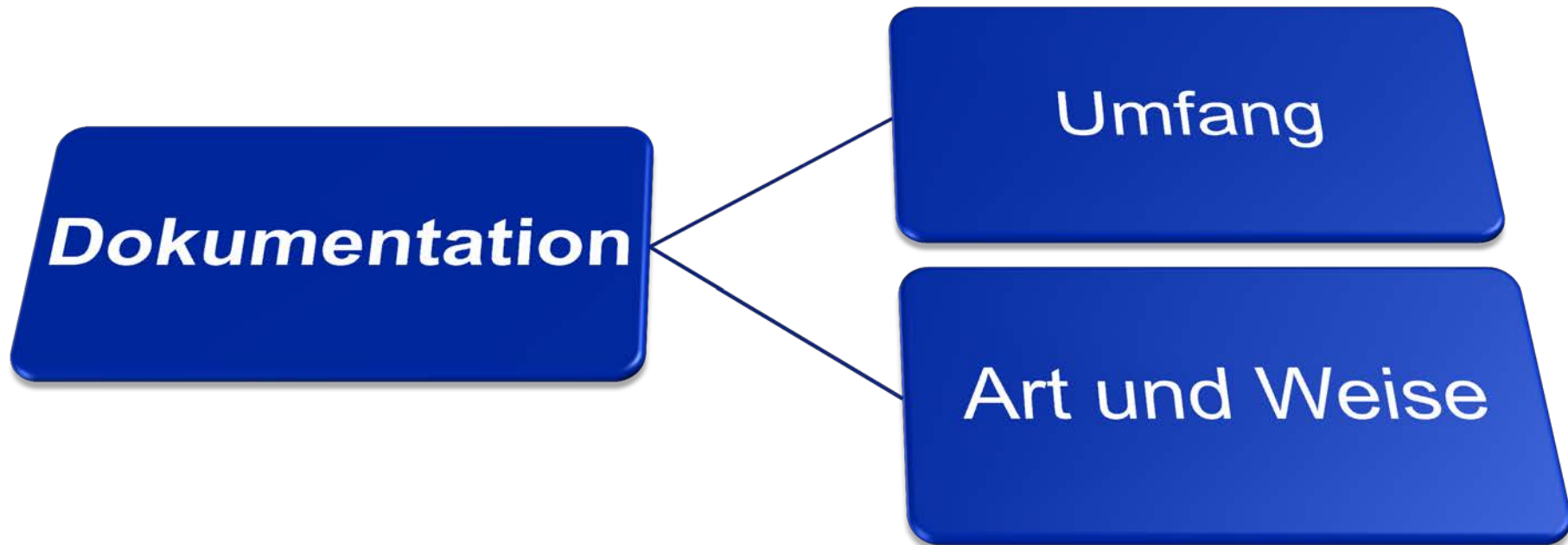
Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M.





Inhaltsverzeichnis

- I. Die Neuregelung im FIDLEG
 - 1. Dokumentation (Art. 15 VE-FIDLEG)
 - 2. Rechenschaft (Art. 16 VE-FIDLEG)
 - 3. Beweislast (Art. 74 VE-FIDLEG)
- II. Bewertung





Umfang der Dokumentation

Bei allen Finanzdienstleistungen ist zu dokumentieren

- über den Kunden erhobene Informationen
- vereinbarte Leistung
- erbrachte Leistung
- Warnung, wenn Geschäft nicht angemessen ist
- Information, dass die vom Kunden zur Verfügung gestellten Informationen nicht ausreichen für die Eignungsprüfung mit der Folge, dass keine VV oder Anlageberatung erbracht werden darf
- Information, dass die vom Kunden zur Verfügung gestellten Informationen nicht ausreichen für die Angemessenheitsprüfung
- Information, wenn beim Execution-only keine Eignungs- und Angemessenheitsprüfung durchgeführt wird.



Umfang der Dokumentation

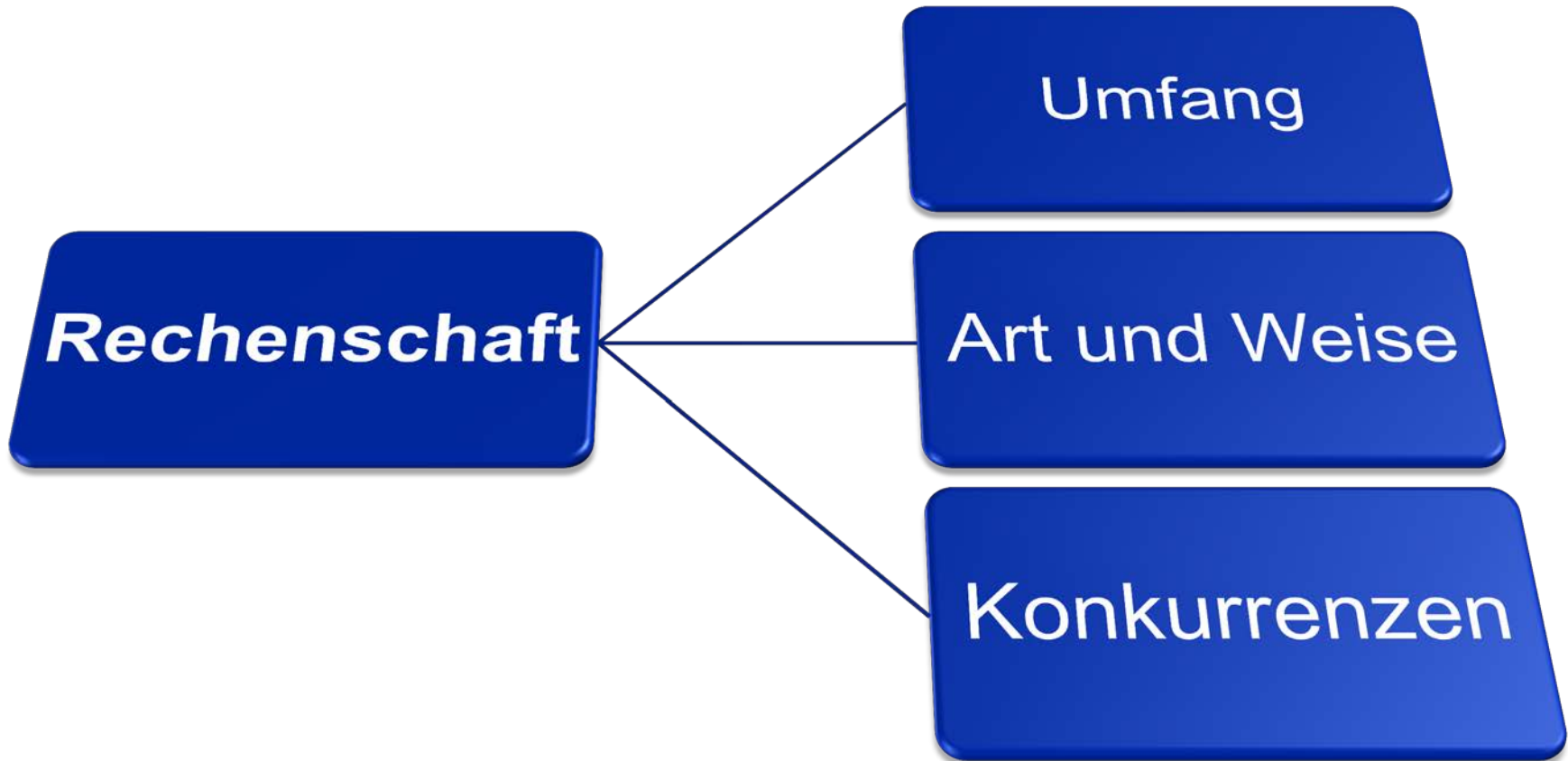
Bei VV und Anlageberatung ist zudem zu dokumentieren

- Angaben über die Bedürfnisse des Kunden (= Risikoprofil und Anlageziele) 💣
- Gründe für jede Empfehlung, die zum Erwerb oder zur Veräusserung eines Finanzinstruments führt = Ergebnisse der Eignungsprüfung 💣 💣



Art und Weise

- Grundsatz: Art und Weise einer zweckmässigen Dokumentation ist den Anbietern überlassen.
- Bedingung: Auskunft an FINMA muss möglich sein.
- Bedingung: Kopie an Kunden muss möglich sein
- Zeitpunkt: dem Finanzdienstleister überlassen 💣
- Aufbewahrung: 10 Jahre





Umfang der Rechenschaftspflicht

	Bei allen Finanzdienstleistungen
Abs. 1	Kopie des Inhalts der Dokumentation (s.o.)
Abs. 2	Zusätzlich a) alle ausgeführten Geschäfte b) Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios c) alle mit den Dienstleistungen verbundenen Kosten



Art und Weise der Rechenschaftspflicht

Bei allen Finanzdienstleistungen

- Übergabe der Kopie nach Abs. 1:
Art und Weise der Erfüllung ist Finanzdienstleister überlassen.
Aufsichtsrechtliche Pflicht = Keine Anspruchsgrundlage für Kunden.
- Die Informationen nach Abs. 2:
Bundesrat regelt den Zeitpunkt und den Mindestinhalt der Informationen.
Aufsichtsrechtliche Pflicht = keine Anspruchsgrundlage für Kunden.
- Kundendossier:
Anspruch auf Herausgabe des Kundendossiers und aller den Kunden betreffenden Dokumente (Art. 72)



Konkurrenzen

Zivilrecht	VE-FIDLEG
Wenn Auftragsrecht Anwendung findet, Pflicht aus Art. 400 I OR	Art. 16 doppelt die Pflicht und erlaubt aufsichtsrechtliche Durchsetzung. Art. 72 doppelt den zivilrechtlichen Anspruch.
Eintritt als Eigenhändler und Festpreisgeschäft = Kaufrecht. Es ist str., ob Art. 400 I OR gilt.	Art. 16 stellt klar und erlaubt aufsichtsrechtliche Durchsetzung. Art. 72 stellt Anspruch klar.
Bei Anlagevermittlung und Kreditgewährung gilt Art. 400 I OR nicht.	Art. 16 geht über das Zivilrecht hinaus und erlaubt aufsichtsrechtliche Durchsetzung. Art. 72 schafft neuen Anspruch.
Wenn keine Vertragsbeziehung zustande kam, besteht kein Anspruch auf Rechenschaft.	Art. 16 geht über das Zivilrecht hinaus und erlaubt aufsichtsrechtliche Durchsetzung. Art. 72 schafft neuen Anspruch.

Daneben besteht eine Auskunftspflicht über personenbezogene Daten aus Art. 8 DSG.



Beweislast

Pflichtverletzung

Kausalität



Hot Stuff



Beweislast für die Pflichtverletzung und Kausalität

Anwendungsbereich = Verletzung der Informations- und Aufklärungspflicht

- Information über die Leistung oder das Produkt
- Aufklärung über Risiken oder Retrozessionen
- Warnpflichten (z.B. fehlende Angemessenheit)



Beweislast für die Pflichtverletzung

- Ausnahme von der Regel des Art. 8 ZGB
- Rechtfertigungsgründe:
 - Informations- und Know how-Vorsprung des Finanzdienstleisters
 - Aufsichtsrechtliche, vertragliche und/oder standesrechtliche Pflicht zur Dokumentation seines Verhaltens
 - grössere Beweisnähe (da er über die Dokumente verfügt)
 - spezifische Sach- und Fachkenntnis
 - cheapest cost avoider



Beweislast für die Pflichtverletzung

- Schon heute Beweiserleichterungen bei negativen Tatsachen (BGer 4A_364/2013 E. 6.6.4):
 - Dem Beweisgegner obliegt gemäss Treu und Glauben eine beweisrechtliche Mitwirkungspflicht.
 - Die zum Negativum vorgetragenen Behauptungen des Ansprechers sind substantiiert zu bestreiten.
 - Dokumentationsmängel werden bei der Beweiswürdigung berücksichtigt.
 - “So hat etwa beim Vorwurf unterbliebener Aufklärung und Beratung der mit diesem Vorwurf konfrontierte Beauftragte die positiven Sachumstände zu behaupten und zu beweisen, welche den Unterlassungsvorwurf entkräften.“



Beweislast für die Pflichtverletzung

Fazit

- Sturm im Wasserglas, denn faktisch keine unterschiedlichen Ergebnisse bei der Behauptung unterlassener Information, Aufklärung, Warnung. Im VE-FIDLEG aber deutlich klarer geregelt.
- Der Wortlaut von Art. 74 VE-FIDLEG bezieht sich nur auf die unterlassene Aufklärung und meint nicht den Streit über den Inhalt einer erfolgten Aufklärung oder den Vorwurf der Täuschung.
- Der Begleitbericht ist insoweit unscharf.



Beweislast für die Kausalität

Gründe

- Allgemeine Gründe (s.o.)
- Schutzzweck der Aufklärungspflicht:
 - Aufklärung soll ordnungsgemässe Entscheidung ermöglichen
 - Wer in den Entscheidungsprozess rechtswidrig eingreift, muss das Risiko tragen (Verursacherprinzip), dass unklar ist, wie der Entscheid gefällt worden wäre
 - Derjenige, der materielle Pflichten missachtet, soll im Prozess nicht noch belohnt werden, weil er darauf vertrauen kann, dass dem anderen der Beweis misslingt = Aushöhlung der materiellen Pflicht
- „Wer richtig informiert wird, verhält sich vernünftig“



Beweislast für die Kausalität

Einwände

- Erkenntnisse der Behavioral Finance sprechen gegen „Wer richtig informiert wird, verhält sich vernünftig“
Aber: Aufklärung soll ja gerade die Unvernünftigkeit des Anlegers überwinden
- Tatbestandsmerkmal der Kausalität wird aufgegeben
Aber: Gegenbeweis bleibt zulässig
- Anleger erhalten eine Put-Option und klagen, wenn die Kurse fallen
Aber: Vorher haben sie keinen Schaden = Verhalten rational



Beweislast für die Kausalität

BGer

- BGE 124 III 155 E. 3d (Terminoptionen)
 - Kriterium der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“
 - BGer lässt offen, ob es sich dem deutschen BGH anschliessen wird, der eine Beweislastumkehr annimmt.
- BGE 120 II 331 E. 6, 132 III 305 E. 6.4
 - Kriterium der „allgemeinen Lebenserfahrung“, wonach sich Menschen vernünftig verhalten.
- Schrifttum streitet darüber, ob diese Rechtsprechung nicht schon heute eine Beweislastumkehr ist.



Bewertung



Bewertung

- ✓ Viel verständlichere Struktur und Sprache als MiFID II
- ✓ MiFID-Standard weitgehend erreicht (Ausnahme: Art. 25 VI MiFID II: schriftliche Information über Geeignetheit der Anlageberatung vor dem Ausführungsgeschäft, anders VE-FIDLEG)
- ✓ Dokumentation auf das Notwendige begrenzt
- ✓ Beweislastumkehr bei der Pflichtverletzung überzeugt, wenn sie ausdrücklich auf die Unterlassung beschränkt bleibt. Dies sollte die Botschaft klarstellen.
- ✓ Ob Beweislastumkehr bei der Kausalität neu ist, ist streitig. Sie überzeugt ebenfalls, da sie der Aushöhlung der Pflicht aus dem materiellen Recht vorbeugt und dem Verursacherprinzip Rechnung trägt.



Bewertung

- 💣 Fehlende Beweislastumkehr für die Kausalität bei der Prospekthaftung inkonsequent
- 💣 Wortlaut von Art. 74 Abs. 2 zu eng. Er erfasst nicht das Abraten von Transaktionen und die Empfehlung des Haltens.
- 💣 Empfehlung zum Halten sollte dokumentiert werden
- 💣 Grundsätzliche Bedenken gegen MiFID und FIDLEG
 - Vergleichbarkeit der Rechenschaftsberichte
 - Notwendigkeit einer Benchmark?
 - Dokumentation durch Papier allein ungeeignet zur inhaltlichen Kontrolle von Verhaltenspflichten, Ergänzung durch Mystery Shopping