



Bringt das «Fidleg» neue Schutznormen?

PD Dr. Jean-Marc Schaller

Privatdozent für Privat- u. Bankenrecht
c/o Holenstein Rechtsanwälte AG
Utoquai 29/31
CH-8008 Zürich
Telefon +41 (0)44 257 20 07
E-Mail: schaller@hol-law.ch / jm.schaller@gmail.com

Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG)

vom ...

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf die Artikel 95, 97, 98 und 122 Absatz 1 der Bundesverfassung,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrats vom*

beschliesst:

1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Zweck und Gegenstand

1 Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern sowie die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die Finanzdienstleister.

2 Dazu legt es die Anforderungen für die getreue, sorgfältige und transparente Erbringung von Finanzdienstleistungen fest und regelt das Anbieten von Finanzinstrumenten und die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern.

3 Es regelt zudem die Organisation und die Zulassung von:
a. der Registrierungsstelle für Kundenberaterinnen und -berater;
b. Prüfstellen für Prospekte;
c. Ombudsstellen.

Art. 2 Geltungsbereich

Dem Gesetz sind unabhängig von der Rechtsform unterstellt:

- a. Finanzdienstleister;
- b. Kundenberaterinnen und -berater;
- c. Anbieter von Effekten und Ersteller von Finanzinstrumenten.

Art. 3 Begriffe

In diesem Gesetz gelten als:

- a. Vermögenswerte: Finanzinstrumente und andere Finanzanlagen;
- b. Finanzinstrumente:

1 SR 101



Inhalt

1. Einleitung (Stand des Gesetzgebungsprozesses)
2. Vorgeschichte und Hintergrund eines Finanzdienstleistungsgesetzes («Fidleg»)
3. Zweck des Fidleg
4. Rechtsnatur des Fidleg
5. Schutznormlehre im Allg. (vs. Doppel- / Ausstrahlungsnormen)
6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen im Besonderen
7. «Take-Aways»



1. Einleitung (Stand Gesetzgebungsprozess)

- Vorarbeiten durch FINMA (Diskussionspapiere und Berichte)
- Hearingbericht vom 18. Februar 2013
- 25. Juni 2014:
 - (Vernehmlassungs-) Entwurf zum Fidleg [/Finanzinstituts-gesetz («Finig»)] → «VE-Fidleg»
 - Erläuternder Bericht des EFD zum Fidleg [/Finig]
 - Regulierungsfolgenabschätzung des EFD zum Fidleg [/Finig]
- Vernehmlassungsfrist bis 17. Oktober 2014.



2. Vorgeschichte und Hintergrund des Fidleg

- Finanzkrise inkl. Lehman und Madoff als «Triggering Events»;
 - FINMA-Untersuchungsbericht «Madoff/Lehman» (März 2010);
 - FINMA-Vertriebsbericht (Oktober 2010);
 - FINMA-Positionspapier «Vertriebsregeln» (Februar 2012);
 - Überarbeitung «MiFID I» → Richtlinie 2014/65/EU («MiFID II»):
 - In Kraft seit 2. Juli 2014;
 - Übergangsfrist bis 3. Januar 2017.
- ▶ Ziele: Verbesserung des Kundenschutzes; Sicherstellung des Marktzugangs.



3. Zweck des Fidleg

- Vgl. Art. 1 VE-Fidleg:
 - «Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern»;
 - «Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen»;
- Erläuternder Bericht:
 - «Ungenügender Kundenschutz im geltenden Recht» (1. Nennung);
 - «Ungleiche Bedingungen für Finanzinstitute» (2. Nennung);
 - «Internationale Entwicklungen» (3. Nennung).



4. Rechtsnatur des Fidleg

- Fidleg als Teil des Aufsichtsrechts:
 - Vorgeschichte (div. FINMA-Publ.; Hearingbericht, S. 1; Anlehnung an MiFID II);
 - (neuer) Art. 1 Abs. 1 lit. i FINMAG;
 - Fidleg + FiniG = 1 Vernehmlassungsvorlage;
 - Erläuternder Bericht: Ergänzung BankG, BEHG, KAG etc. , Verstärkung und Gegenpol zum Finanzmarktprivatrecht.
 - Überwachungs- u. Sanktionskompetenz der FINMA (vgl. Art. 117 Abs. 1 VE-Fidleg).
- Rechtsvergleich: WpHG = ebenfalls Teil des (dt.) Aufsichtsrechts (vgl. etwa § 4 WpHG re BaFin-Aufsicht/-Anordnungen).



5. Schutznormlehre im Allg. (vs. Doppel-/Ausstrahlungsnormen) (1)

- Abgrenzung: Doppel- und Ausstrahlungswirkung (/ -Normen)
 - Doppelwirkung (-norm): Aufsichts- + Privatrecht (BEHG 11);
 - Ausstrahlungswirkung (-norm): Aufsichtsrecht *kann* Privatrecht beeinflussen (u. vice versa); keine zwingende Bindung (insb.) des Zivilrichters;
 - Aus der neueren Doktrin:
 - ROLF H. WEBER, SJZ 2013, 409 ff.;
 - ROLF SETHE, Handbuch Verm.-verw. 2012, § 4 N 254 ff.;
- Erläuternder Bericht, S. 15, 18: «Ausstrahlungswirkung»
 - betr. Verhaltensregeln (Art. 6-20 VE-Fidleg) bejaht.



5. Schutznormlehre im Allg. (vs. Doppel-/Ausstrahlungsnormen) (2)

- Schutzwirkung (Schutznormen)
 - Vermögensschutz vor «Schädigungen der eingetretenen Art»;
 - Geschädigter zählt mind. zum (auch) geschützten Personenkreis (ausschliesslicher Individualschutz nicht erforderlich);
 - Obj. + subj. TB der Schutznorm muss erfüllt sein;
 - «Gesamtkontext der Rechtsordnung» zu berücksichtigen; insb. die Strafbestimmung (Art. 121 VE-Fidleg) re Verhaltensnormen;
 - ▶ Fidleg-Verhaltensnormen = mögliche Schutznormen;
 - ▶ Fidleg-Organisationsnormen ≠ Schutznormen.



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (1)

- Art. 7 (8/9) VE-Fidleg (Inhalt/Form der Informationen)
 - Abs. 1: Informationspflichten u.a. betr. Risiken (lit. f) und Kosten (lit. g); Abs. 2: Informationspflichten betr. Unabhängigkeit, Eignungs-Check und Marktanalyse in AB u. VV;
 - Art. 7 wird tlw. konkretisiert in Art. 8/9 VE-Fidleg;
 - MiFID I: Art. 19 (3); WpHG: § 31 (3); MiFID II: Art. 24 (4);
 - Eingegrenzter Personenkreis: (potentielle) Kunden in entspr. Geschäftsarten Execution-Only (Abs. 1), AB und VV (Abs. 1/2)
 - Konkreter Vermögensschutz: mangelnde Risiko-/Kosteninformation ► unmittelbar schädigend; weniger klar betr. Abs. 2; vgl. indes flankierende Regeln betr. Beweis(last)verteilung sowie Straftatbestand (Art. 121 Abs. 1 lit. a VE-Fidleg).



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (2)

- Art. 10 VE-Fidleg (Eignungsprüfung)
 - Pflicht zum «Suitability»-Check;
 - gilt bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung;
 - MiFID I: 19 (4); WpHG: § 31 Abs. 4/4a; MiFID II: 25 (2);
 - Eingegrenzter Personenkreis: Kunden / potentielle Kunden in den Bereichen Verm.-verw., Anlageberatung.
 - Konkreter Vermögensschutz: fehlende Eignungsprüfung kann zu Investition des Kunden in Anlagen und Prod. führen, die seinen Vermögensverhältnissen nicht entsprechen.
 - ▶ Schutznormcharakter (wohl) zu bejahen.



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (3)

- Art. 11 VE-Fidleg (Angemessenheitsprüfung)
 - Pflicht zum «Appropriateness»-Check;
 - gilt (u.a.) bei Konto-/Depotführung, Execution-Only;
 - MiFID I: Art. 19 (5); WpHG: § 31 Abs. 5; MiFID II: Art. 25 (3);
 - Eingegrenzter Personenkreis: Kunden / potentielle Kunden (u.a.) in den Bereichen Konten/Depots, Execution-Only.
 - Konkreter Vermögensschutz: fehlende Angemessenheitsprüfung kann zu Investition des Kunden in Anlagen und Prod. führen, die er nicht / zu wenig «versteht». Risiko von unfreiwilligen Vermögenseinbussen (Anlageschäden).
 - ▶ Schutznormcharakter (wohl) zu bejahen.



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (4)

- Art. 13 VE-Fidleg (Fehlende Eignung oder Angemessenheit)
 - Warnpflicht (Abs. 1); Pflicht zur Abstandnahme u. Informationspflicht bei fehlenden Informationen für Suitability-Check (Abs. 2 lit. a) + bei erkannter fehlender Suitability in Anlageber./Verm.-verw. (EB, S. 47) [*Exkurs: m.E. unangebracht*]; Warnpflicht bei fehlenden Informationen für Appropriateness-Check (Abs. 2 lit. b);
 - MiFID I: Art. 19 (5); WpHG: § 31 Abs. 4/4a/5; MiFID II: Art. 25 (3);
 - Eingegrenzter Personenkreis: (potentielle) Kunden in den entspr. Geschäftsarten Verm.-verw., Anlageber., aktiv (beworbene od. angebotene?) Konto-/Depotführung/Handel;
 - Konkreter Vermögensschutz: Ohne Warnung / Abstandnahme besteht Risiko d. Investition in [ungeeignete/]unangemessene Prod./Finanzinstr.; ► (wohl) Schutznorm.



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (5)

- Art. 14 VE-Fidleg (Ausnahme von der Pflicht zur Angemessenheitsprüfung)
 - Kein «Appropriateness»-Check bei Konto-/Depotführung/Handel auf Veranlassung des Kunden (Abs. 1); Informationspflicht betr. fehlenden Suitability- und «Appropriateness»-Check (Abs. 2);
 - MiFID I: 19 (6); WpHG: § 31 Abs. 7; MiFID II: Art. 25 (4);
 - Eingegrenzter Personenkreis: Kunde, der Konto-/Depotführung/Handel von sich aus veranlasst.
 - Vermögensschutz beabsichtigt? ► Suitability-/ «Appropriateness»-Check zwar gerade nicht geschuldet; keine Information hierüber indes evtl. schädigend; vgl. auch Art. 121 Abs 1 lit. b VE-Fidleg.



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (6)

- Art. 18 VE-Fidleg (Bestmögliche Ausführung von Kundenaufträgen)
 - Bestmögliches Ergebnis finanziell, zeitlich, qualitativ (Abs. 1);
 - Finanziell: Preis, Kosten, Vorteile («Retros») zu beachten (Abs. 2);
 - MiFID I: Art. 21; WpHG: § 33a; MiFID II: Art. 27;
 - Personenkreis: Kunden, deren Aufträge auszuführen sind. Hinreichend eingegrenzt?
 - Vermögensschutz? ► Schutznorm-Charakter nicht gänzlich undenkbar, da «bestmögliches Ergebnis» auch und gerade «finanziell»; allenfalls Vermögensschaden bei Nichtbefolgung, jedoch wegen Generalklausel-Charakter unklar/offen; zudem nicht Teil der Strafbestimmung (Art. 121 Fidleg).



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (7)

- Art. 19 VE-Fidleg (Verwendung von Finanzinstrumenten)
 - Wertpapierleihe nur bei vorgängiger ausdrücklicher Spezialzustimmung (\neq AGB) (Abs. 1); (Zustimmungsvoraussetzungen in Abs. 2/3); Retail: Unzulässigkeit ungedeckter Geschäfte (Abs. 4);
 - Übernahme der bish. FINMA-Praxis (Erläuternder Bericht, S. 51);
 - Konkreter Personenkreis: Kunden, deren Finanzinstrumente Gegenstand einer Wertpapierleihe sind.
 - Vermögensschutz? ► Schutznorm-Charakter denkbar, da (i) Risikoaufklärung; (ii) Anspruch auf Ausgleichszahlung/Fees; (iii) Unzulässigkeit ungedeckter Geschäfte; freilich nicht Teil der Strafbestimmung (Art. 121 VE-Fidleg).



6. (mögliche) Fidleg-Schutznormen (8)

- Art. 26 VE-Fidleg (Annahme von Vorteilen)
 - Annahmeverbot bei fehlendem/r Verzicht / Information;
 - MiFID I: D-RL Art. 26; WpHG: § 31d; MiFID II: Art. 24 (7)b), (8), (9)
 - Konkreter Personenkreis: ja (Kunden, die Anspruch auf Herausgabe von Vorteilen haben);
 - Vermögensschutz? ► Schutznorm-Charakter möglich, da (i) in sep. Artikel geregelt (↔ Art. 25 «Organisatorische Vorkehrungen»); (ii) konkrete Schädigung des Kundenvermögens bei unzulässiger Vorteilsannahme und (iii) wegen kundenseitigen Nichterkennens des Interessenkonflikts und damit «zu teurem» Dienstleistungseinkauf. Aber: «Auskehr» über OR 398 (SE) statt über OR 400 in CH (noch) nicht gängig. ► Wille des Gesetzgebers?



7. «Take-Aways»

- ▶ Schutznormfrage bis anhin (noch) unbeantwortet
 - im Allgemeinen («Soll das Fidleg Schutznormen bieten?»)
 - im Besonderen («Welche Fidleg-Verhaltensnormen sollen Schutznormcharakter aufweisen?»)
- ▶ evtl. Schutznormen: Art. 7-9, 10, 11, 13/14, 18/19, 26 VE-Fidleg;
- ▶ bei gegebener Fidleg-Zielsetzung und Formulierung der entsprechenden Verhaltensnormen ist Schutznormqualität indes überwiegend wahrscheinlich; letztlich rechtspolitischer Entscheid;
- ▶ Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre ein bewusster und «informierter» Entscheid über die Schutznormfrage sowie eine klare Formulierung der entspr. Fidleg-Normen wünschenswert.



Danke für Ihre Aufmerksamkeit.

PD Dr. Jean-Marc Schaller

Privatdozent für Privat- u. Bankenrecht
c/o Holenstein Rechtsanwälte AG
Utoquai 29/31
CH-8008 Zürich

Telefon +41 (0)44 257 20 07
E-Mail: schaller@hol-law.ch / jm.schaller@gmail.com