

Kundenvertrauen in Banken

Susan Emmenegger | Thirza Döbeli*

Banking's most important currency is customer trust. Two recent surveys show that customer trust is multi-faceted and includes a foundational, an integrity-related, a practical and a strategic dimension. The strategic dimension is the most important, as it relates to the customers' trust that the bank puts their needs and interests at the center of its activity. This contribution

analyzes the legal protection of the different aspects of customer trust. It finds that the future Swiss Financial Services Act (FIDLEG) falls short of the current level of private law protection with regard to the strategic level of customer trust. The same is true with regard to EU's MIFID II requirements in this field, raising issues of equivalency.

Inhaltsübersicht

Einleitung

- I. Vertrauensebenen im Bankgeschäft
 1. Grundvertrauen: Finanzielle Solidität der Bank
 2. Integritätsvertrauen: Privatsphäre und Datenschutz
 3. Praktisches Vertrauen: Professionelle Abwicklung des Bankgeschäfts
 4. Strategisches Vertrauen: Kundenbezogene Interessenwahrung
 5. Umfragewerte zum Kundenvertrauen in Banken
 6. Vertrauen und (rechtlicher) Vertrauensschutz
- II. Schutz des Grundvertrauens
 1. Prudentielle Regulierung
 2. Kapitalvorschriften und Einlagensicherung
 3. Fazit
- III. Schutz des Integritätsvertrauens
 1. Vertraulichkeitspflichten der Bank: Mehrebenensystem
 2. Kundendaten als Bestandteil der Cyber-Risiko-Regulierung
 3. Fazit
- IV. Praktischer Vertrauensschutz
 1. Marktzutrittsschranken und Organisationsvorgaben
 2. Vertragsrechtliche Sicherungsmechanismen
 3. Fazit
- V. Strategischer Vertrauensschutz
 1. Überschneidungen mit dem praktischen Vertrauensschutz
 2. Interessenwahrungspflicht

3. Informationspflichten

4. Fazit

VI. Kundenvertrauen: Schlagwort oder reale Grundlage?

1. Notwendige Differenzierungen
2. Problemfall: Strategischer Vertrauensschutz
3. Fazit

Einleitung

Im wohl berühmtesten *bank run* Hollywoods steht der frischvermählte Banker George Bailey (*James Steward*) hinter dem Tresen seiner «Building and Loan»-Bank und verteilt das Geld, das eigentlich für seine Hochzeitsreise gedacht war, an die verunsicherten Anleger.¹ Sein Konkurrent, der Geschäftsmann Henry F. Potter, wollte die «Building and Loan» übernehmen und hatte deshalb das Gerücht verbreitet, die Bank stehe vor dem Bankrott. Die Hochzeitsreise fiel ins Wasser, aber George Bailey konnte seine Bank retten.

Das Geld einer Hochzeitsreise hätte mit Sicherheit nicht gereicht, um die Kundinnen und Kunden der britischen Bank Northern Rock zu beruhigen, die am 14. September 2007 vor den Bankschaltern standen. Auslöser ihres Vertrauensverlustes war die Ankündigung der Bank of England, dass sie Northern Rock mit Liquidität unter die Arme greifen würde.² Northern Rock war zuvor infolge der Subprime-Krise

* Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, LL.M., Direktorin des Instituts für Bankrecht, Universität Bern. MLaw Thirza Döbeli, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für Bankrecht, Universität Bern.

¹ Es handelt sich um den Film «It's a Wonderful Life» (1946).

² Siehe The Economist, The Bank that failed, 20. September 2007. Siehe auch Hyun Song Shin, Reflections on Northern Rock: The Bank Run that Heralded the Global Financial Crisis, Journal of Economic Perspectives 2009, 101 f.

in einen Liquiditätsengpass geraten.³ Was als vertrauenssichernde Massnahme gedacht war, erwies sich als Bumerang und löste einen *bank run* aus. Northern Rock musste von der Bank of England gerettet werden.

Das Beispiel «Northern Rock» bestätigt, was wir schon lange wissen: Eine Bank ist naturgemäss illiquide, sie überlebt nur dank dem Vertrauen ihrer Kapitalgeber, namentlich (aber nicht nur) ihrer Kundinnen und Kunden. Kundenvertrauen in Banken⁴ hat aber mehr als nur diese eine Facette, und diese Facetten sollen im vorliegenden Beitrag untersucht werden.

I. Vertrauensebenen im Bankgeschäft

Wenn man von Kundenvertrauen in Banken spricht, so ist zunächst zu überlegen, *worauf* die Kundinnen und Kunden im Hinblick auf die Bank und die Bankgeschäfte überhaupt vertrauen, beziehungsweise: welche Vertrauensaspekte sie als wichtig erachten. Diesbezüglich sind zwei jüngere Umfragen zum Thema «Kundenvertrauen» aufschlussreich. Die eine stammt von Ernst & Young und betrifft die globalen Trends (mit Einzeldaten zur Schweiz und zu Deutschland), die andere wurde von M.I.S. Trend SA im Auftrag der Schweizerischen Bankiervereinigung für den Schweizer Bankensektor durchgeführt.⁵ Die Um-

fragen lassen verschiedene Facetten des Kundenvertrauens erkennen:⁶

1. Grundvertrauen: Finanzielle Solidität der Bank

An erster Stelle des Kundenvertrauens steht das *Grundvertrauen* darauf, dass die Bank ihre fundamentale Rolle als sicherer Hort für die Kundeneinlagen wahrnimmt.⁷ Diese Rolle ist deshalb fundamental, weil die Matratze oder die Socken im Estrich keine valablen Alternativen zu einem Bankkonto sind, und weil man jedenfalls in entwickelten Volkswirtschaften wie der Schweiz mit Bargeld allein gar nicht mehr operieren kann. Nicht zuletzt deshalb besteht mittlerweile in vielen Ländern ein staatlich garantierter Anspruch auf das Führen eines Bankkontos.⁸

den). Spezifisch zu Deutschland siehe Ernst & Young, EY Global Consumer Banking Survey 2016: Welche Bedeutung und Relevanz haben Banken für ihre Kunden noch?, Pressegespräch (PPT-Präsentation), Frankfurt, 17. Oktober 2016 (Befragt: 2000+ Bankkundinnen und -kunden). Für die Umfrage der Schweizerischen Bankiervereinigung siehe SBVg, Aktuelle Bankenfragen. Meinungen und Einstellungen der Schweizer Bürgerinnen und Bürger, durchgeführt für die Schweizerische Bankiervereinigung von M.I.S. Trend SA, Lausanne/Bern, Februar 2017.

³ Der Liquiditätsengpass hatte sich am 9. August 2007 akut zugespitzt, als der Interbankenmarkt zum Erfrieren kam. Ausschlaggebend dafür war die Meldung über das Ausdreier Hedgefonds der französischen Grossbank BNP Paribas, welche in US-Hypothekenkredite investiert hatten und zahlungsunfähig wurden. Northern Rock wendete sich daraufhin am 13. August 2007 an die zuständige Aufsichtsbehörde, tags darauf wurde die Bank of England informiert. Man versuchte hinter den Kulissen eine Lösung – unter anderem in Form der Übernahme von Northern Rock durch eine andere britische Bank – zu finden. Doch die Bemühungen scheiterten. Entsprechend gab die Bank of England schliesslich am 14. September 2007 ihre finanzielle Unterstützung von Northern Rock bekannt. Siehe zur Chronologie der Ereignisse *Shin* (Fn. 2), 101–103.

⁴ Wenn in diesem Beitrag von Kundenvertrauen in Banken gesprochen wird, so deshalb, weil die Bank noch immer den Archetypus des Finanzdienstleisters darstellt.

⁵ Ernst & Young, Consumer trust: without it, you're just another bank. Part of a series of articles exploring key themes from EY's Global Consumer Banking Survey, 2016 (Befragt: 55 000 Bankkundinnen und -kunden. Spezifisch zur Schweiz siehe Ernst & Young, EY Global Consumer Banking Survey 2016: Welche Bedeutung und Relevanz haben Banken für ihre Kunden noch? (PPT-Präsentation), Oktober 2016 (Befragt: 1533 Bankkundinnen und -kun-

⁶ Etwas andere Einteilung bei Ernst & Young, Consumer trust (Fn. 5), 4: foundations of trust, tactical promises, strategic dimensions of trust. Keine Einteilung bei der SBVg-Umfrage (Fn. 5).

⁷ Siehe dazu Ernst & Young, Consumer Trust (Fn. 5), 4: «The foundations of trust are built on fulfilling the most basic expectation that consumers have of all financial institutions: to protect their money and identity.»

⁸ Für die Schweiz: Art. 32 Abs. 1 PG (Postgesetz, SR 783.0) i.V.m. Art. 43 Abs. 1 lit. a VPG (Postverordnung, SR 783.01): Anspruch auf Eröffnen und Führen eines Zahlungsverkehrskontos für natürliche und juristische Personen mit Wohnsitz, Sitz oder Niederlassung in der Schweiz. Für die EU: Art. 15 f. der Payment Account Directive (PAD; Richtlinie 2014/92/EU vom 23. Juli 2014) des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rats verpflichtet, per 18. September 2016 entsprechende gesetzliche Grundlagen zu schaffen. Umsetzung z.B. in Deutschland durch das ZKG (Zahlungskontengesetz; Gesetz über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten sowie den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen), welches in § 31 den Anspruch auf Abschluss eines sog. Basiskontovertrags vorsieht.

2. Integritätsvertrauen: Privatsphäre und Datenschutz

Das Integritätsvertrauen bezieht sich darauf, dass Kundinnen und Kunden sich im Hinblick auf die Vertraulichkeit ihrer Vermögensverhältnisse geschützt fühlen. Sie vertrauen also darauf, dass die Bank ihre Privatsphäre schützt, indem sie einerseits die finanziellen Daten nicht bzw. nur im gesetzlichen Rahmen weitergibt, und dass sie andererseits diese Daten auch vor externen Angriffen, etwa Hackerattacken, bewahrt.⁹

Was den Schutz vor der Weitergabe von Daten durch die Bank angeht, so zeigt die Volksinitiative über die verfassungsmässige Verankerung des Bankgeheimnisses, dass diesem Aspekt des Privatsphärenschutzes in der Schweiz nach wie vor ein hohes Gewicht beigemessen wird.¹⁰ Aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung rückt aber auch die zweite Vertrauensfrage stark in den Vordergrund, nämlich diejenige nach dem Schutz vor unbefugten Datenzugriffen («Datenklau»). Die Pressemitteilungen über breit angelegte Hackerangriffe steigern auch die Bewusstseinsfrage für das digitale Risiko des Bankgeschäfts.¹¹

⁹ Als anekdotische Untermauerung für die zentrale Bedeutung der Datensicherheit möge folgendes Beispiel dienen: Im Rahmen der Kinderuniversität Bern hat das Institut für Bankrecht mit Primarschülern und Primarschülerinnen bei der Berner Kantonalbank im Jahr 2015 eine Verwaltungsratssitzung durchgeführt. Der Risikoausschuss des Kinder-Verwaltungsrats sah als eines der grössten Risiken für die Bank die Hackerattacken.

¹⁰ Das Geschäft wurde am 21. September 2017 von der zuständigen Wirtschaftskommission des Nationalrats bis Ende Jahr mit dem Ziel sistiert, dass die Initiative zurückgezogen wird. Im Gegenzug wurden zwei gleichlautende Motionen verabschiedet, die vom Bundesrat verlangen, auf die geplante Revision des Steuerfachrechts von 2013 zu verzichten. Der Bundesrat hat den Vorstössen zugestimmt, sie werden am 7. und 12. Dezember 2017 von National- und Ständerat behandelt. Die Initianten der «Bankgeheimnis-Initiative» machen den Rückzug der Initiative u.a. von der Annahme der Motionen durch beide Räte abhängig. Siehe zum Ganzen NZZ vom 17. November 2017, 14 (Rückenwind für das Bankgeheimnis).

¹¹ Zu denken ist etwa an die monatelange Berichterstattung über (vermutungsweise) russische Hackereinsätze im Zusammenhang mit der US-amerikanischen Präsidentschaftswahl im Jahr 2016. Man denke aber auch an den Erpresungstroyaner «Wanna Cry», der insbesondere in Deutschland und im UK diverse öffentliche Institutionen lahmgelegt

3. Praktisches Vertrauen: Professionelle Abwicklung des Bankgeschäfts

Neben dem Grundvertrauen und dem Integritätsvertrauen kann man im Zusammenhang mit dem Kundenvertrauen eine weitere, praktisch ausgerichtete Ebene identifizieren. Sie betrifft zunächst die technische Ebene, nämlich die Erwartung, dass die Bank die von ihr übernommenen Aufgaben effektiv erfüllt, sie beispielsweise Zahlungs- und Börsenaufträge korrekt ausführt, inhaltlich richtige Bankauszüge liefert und die von ihr ausgegebenen Debit- und Kreditkarten funktionieren. Das praktische Vertrauen spielt aber auch auf der Sorgfaltsebene und zwar insofern, als von der Bank erwartet wird, dass sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben kompetent und sorgfältig vorgeht.

4. Strategisches Vertrauen: Kundenbezogene Interessenwahrung

Beim strategischen Vertrauen geht es um die Frage, ob die Kundinnen und Kunden darauf vertrauen, dass die Bank ihre Aktivitäten an den Kundeninteressen orientiert, dass sie also diejenigen Produkte empfiehlt oder ins Kundenportfolio legt, die für den Kunden die besten sind, dass sie bei der Kreditvergabe die Kundin über die Kosten aufklärt und sie allenfalls vor einer zu hohen Verschuldung warnt, dass sie bei der Bestellung von Sicherheiten im Familienkreis die Konsequenzen aufzeigt, dass sie über mögliche hohe Kosten und über Interessenkonflikte orientiert, sofern sich diese nicht vermeiden lassen. Kurz: dass die Handlungsstrategien der Bank am Kundeninteresse ausgerichtet sind.

5. Umfragewerte zum Kundenvertrauen in Banken

Wie sieht es im Hinblick auf diese verschiedenen Vertrauensebenen mit dem faktischen Kundenvertrauen aus? Zunächst einmal kann man festhalten, dass über die Hälfte der befragten Kundinnen und Kunden den Schweizer Banken voll vertrauen. Allerdings ist das keine stabile Zahl. Im Umfragejahr 2016 gaben 30% der Befragten an, ihr Vertrauen in die Bank sei ge-

hat. Siehe dazu NZZ vom 15. Mai 2017, 5 (Weltweiter Angriff auf Windows-PC).

sunken, und nur 11% gaben an, ihr Vertrauen sei gestiegen.¹²

Das Vertrauen der Bankkundinnen und -kunden ist aber durchaus differenziert:¹³ Was das Grundvertrauen angeht, so geben 58% der Befragten an, ihr Geld sei bei der Bank sicher aufgehoben. Beim Integritätsvertrauen sind es noch knapp weniger als die Hälfte, die darauf vertrauen, dass die Bank ihre Daten schützt und um ihre Privatsphäre besorgt ist (48%) und dass die Daten vor betrügerischen Transaktionen geschützt sind (47%). Geht es um das praktische Vertrauen, so finden 47%, dass sie eine zuverlässige Beratung bekommen, 31% geben an, die Bank reagiere schnell auf ihre Anfragen, 23% halten die Bank für flexibel¹⁴ – in diesen Bereichen zeigt die Kurve also bereits deutlich nach unten. Noch stärker reduziert sich das Vertrauen im Bereich des strategischen Vertrauens: 47% halten die Bank für transparent im Hinblick auf die Kosten und Gebühren,¹⁵ 40% vertrauen auf eine individualisierte, unvoreingenommene Betreuung;¹⁶ und nur gerade 33% meinen, dass die Bank ihnen Produkte und Dienstleistungen empfiehlt, die perfekt auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten sind.¹⁷ Laut einer anderen Studie sind gar drei von vier Schweizer Privatkunden überzeugt, dass die Banken ihr Produkte- und Dienstleistungsangebot nach ihren eigenen Interessen ausrichten und nicht nach demjenigen der Kunden.¹⁸ Schliesslich vertrauen nur gerade 17% der Befragten darauf, dass die Bank an ihrem bzw. seinem langfristigen Wohlergehen interessiert ist.¹⁹ Für einen Finanzplatz, der die Vermögensverwaltung zu seinen Stärken zählt, können das keine zufriedenstellenden Zahlen sein.

Das Kundenvertrauen präsentiert sich in den Umfragen also wie eine umgekehrte Pyramide. Die eher abstrakten Vertrauensebenen (Grundvertrauen, Integritätsvertrauen) finden mehr Zuspruch als die

jenigen Vertrauensebenen, die auf einer konkreteren Ebene angesiedelt sind und bei denen häufiger auf persönliche Erfahrungen zurückgegriffen werden kann.

6. Vertrauen und (rechtlicher) Vertrauensschutz

Wenn Kundenvertrauen im Zusammenhang mit Banken zu den oben dargestellten differenzierten Ergebnissen führt, so fragt man sich, ob ein Zusammenhang zu den rechtlichen Rahmenbedingungen besteht. Anders gefragt: Gibt es zwischen der rechtlichen Rahmenordnung und dem Kundenvertrauen eine Korrelation, oder sind die beiden Phänomene unabhängig voneinander?

Unter Juristinnen und Juristen hat man die Tendenz, an die vertrauensbildende Wirkung des Rechts zu glauben: Das ist Juristenvertrauen! Dieses Vertrauen ist sicherlich nicht gänzlich unberechtigt. Das zeigt sich an einer anderen Frage, die Ernst & Young erhoben hat. Die Schweizerinnen und Schweizer wurden nämlich auch gefragt, welche Merkmale bei der Entscheidung, ein Finanzprodukt und/oder -service von einem nicht traditionellen Finanzdienstleister zu erwerben, wichtig seien. Nach dem Punkt «Sicherheit über den Schutz der persönlichen und finanziellen Informationen» (88%) rangiert an zweiter Stelle das Merkmal, wonach der Dienstleister staatlich kontrolliert und reguliert sein müsse (66%).²⁰ Die staatliche Regulierung wirkt also vertrauensbildend.

Das führt zur Frage, ob die schwachen Umfragerwerte beim strategischen Vertrauen daran liegen, dass in der Schweiz die kundenbezogene Interessenwahrung ganz überwiegend im Regulierungsbereich des Privatrechts liegt. Oder anders gesagt: Ist das vergleichsweise robuste Grundvertrauen dem Umstand geschuldet, dass es hier öffentlich-rechtliche Regulierung gibt, dass also das Kundenvertrauen wächst, wenn eine starke Beteiligung der staatlichen Regulierung vorliegt?

Dem widersprechen allerdings die Umfragerwerte, die in Deutschland erhoben wurden. Deutschland hat die MiFID im Jahr 2007 eingeführt. Die Regelungen der MiFID betreffen die Kernbereiche des strategischen Vertrauens, sie fordern unter anderem Kos-

¹² Ernst & Young CH (Fn. 5), 6.

¹³ Siehe dazu die Aufstellung bei Ernst & Young CH (Fn. 5), 10.

¹⁴ Ernst & Young CH (Fn. 5), 12.

¹⁵ Ernst & Young CH (Fn. 5), 10.

¹⁶ Ernst & Young CH (Fn. 5), 10.

¹⁷ Ernst & Young CH (Fn. 5), 12.

¹⁸ Siehe NZZ vom 24. Februar 2017, 31 (Schweizer Anleger sind eine harte Nuss für die Banken), unter Hinweis auf eine Studie der State Street Center for Applied Research (Bank) in Zusammenarbeit mit dem CFA Institute (Vereinigung von Finanzanalysten).

¹⁹ Ernst & Young CH (Fn. 5), 12.

²⁰ Ernst & Young CH (Fn. 5), 23.

tentransparenz und die Prüfung der Geeignetheit (*suitability*) von Finanzprodukten, die den Kundinnen und Kunden empfohlen werden. Tatsächlich liegen aber die Umfragewerte im Bereich des strategischen Vertrauens für Deutschland deutlich tiefer als in der Schweiz. Nur 37% (Schweiz: 47%) meinen, dass ihre Bank im Hinblick auf Kosten und Gebühren völlig transparent agiert,²¹ nur 26% (Schweiz: 40%) vertrauen darauf, dass die Produkte und Dienstleistungen der Bank perfekt auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten seien.²² Bei der Frage, ob die Bank an ihrem langfristigen finanziellen Wohlergehen interessiert sei, liegen Deutschland und die Schweiz mit 17% gleichauf. Von einer linearen Korrelation zwischen Regulierung und Kundenvertrauen kann man also nicht ausgehen. In dieselbe Richtung geht eine Umfrage in den USA (Harris Poll, 2014), die generell danach fragte, warum die Kundinnen und Kunden ihrer Bank vertrauen. Bei den 14 Faktoren, denen eine massgebliche Bedeutung für das Kundenvertrauen zugemessen wird, kommt die rechtliche Rahmenordnung überhaupt nicht vor. An der Spitze rangieren vielmehr die persönlichen Erfahrungen (66%), die Qualität der Produkte und Dienstleistungen (56%) sowie die Qualität der Kundenbetreuung (56%).²³

Wenn also nachfolgend die *rechtliche* Seite des Kundenvertrauens erörtert wird, so erfolgt dies im Bewusstsein, dass die rechtliche und die tatsächliche Seite des Kundenvertrauens auseinanderfallen können.

II. Schutz des Grundvertrauens

Die erste Vertrauensebene, nämlich das Vertrauen der Kundinnen und Kunden in die finanzielle Solidität der Banken, wird vom Staat mit den Mitteln der Regulierung gestützt. *Hans Geiger* spricht in diesem Zusammenhang von einem «Ersatzvertrauen», das der Staat den Banken zur Verfügung stellt, indem diese von einer vertrauensfördernden Regulierung profitieren können.²⁴

1. Prudentielle Regulierung

Die prudentielle Regulierung ist das klassische Instrument der Finanzmarktregulierung. Sie zielt auf die Sicherstellung der finanziellen Solidität der einzelnen Bank (mikro-prudentieller Ansatz) sowie auf die Stabilität des Gesamtsystems (makro-prudentieller Ansatz) ab.²⁵

Die prudentielle Regulierung sieht auf der *prozeduralen Ebene* Marktzutrittsschranken, eine laufende Überwachung einschliesslich besonderer Enforcementmöglichkeiten und Sonderkompetenzen für die Abwicklung gescheiterter Banken vor. Auf der *institutionellen Ebene* wird für die Banken eine Spezialbehörde geschaffen, nämlich die FINMA. Auf der *materiellen Ebene* bestehen Regeln über die Organisation der Geschäftstätigkeit und die Sicherheitsmechanismen im Falle des Scheiterns.

2. Kapitalvorschriften und Einlagensicherung

Mit Blick auf das Grundvertrauen, wonach die Kunden ihr Geld bei der Bank sicher wissen, stehen zwei vertrauensbildende Massnahmen im Vordergrund: Die Kapitalvorschriften als präventive Massnahme und die Einlagensicherung als kompensatorische Massnahme.

Beide Bereiche wurden im Nachgang zur Finanzkrise massgeblich revidiert. Unter dem Titel von Basel III hat man die Eigenkapitalanforderungen der Banken sowohl quantitativ als auch qualitativ gestärkt, man hat ein Liquiditätsregime eingeführt und man hat Sonderregeln für die systemisch bedeutenden Banken erlassen.²⁶ Auch bei der Einlagensicherung hat man neue Regeln eingeführt. So hat man ins-

²¹ Ernst & Young DE (Fn. 5), 7.

²² Ernst & Young DE (Fn. 5), 7.

²³ Siehe dazu die Resultate des Harris Poll in The Financial Brand, November 11, 2014: Why Are American Losing Trust in Banks (Again)?, abrufbar unter <<https://thefinancialbrand.com/44896/customer-trust-banking-industry/>>.

²⁴ *Hans Geiger*, Banken und Vertrauen, Abschiedsvorlesung vom 27. Mai 2008, 5.

²⁵ Demgegenüber zielt die *conduct regulation* auf die Lauterkeit des Marktverhaltens von Banken (und anderen Akteuren) ab. Die Marktverhaltensregulierung folgt aber der gleichen Regulierungsstruktur und ist in der Schweiz, die mit der FINMA einen einheitlichen Regulierungsansatz verfolgt, in die Regulierung integriert.

²⁶ Siehe BSK BankG-Bingert/Heinemann, Art. 4 N 4 ff.; René Bösch, Grossbankenregulierung: Status – Quo Vadis?, in: Thomas Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen VIII, Zürich 2014, 263 ff.

besondere die versicherten Einlagen auf CHF 100 000 angehoben.²⁷

3. Fazit

Der Schutz des Grundvertrauens wurde seit der Finanzkrise stark ausgebaut. Die Banken brauchen heute mehr und qualitativ besseres Eigenkapital, sie müssen neu Liquiditätsvorschriften erfüllen und auch der Einlegerschutz wurde verstärkt. Kritiker monieren allerdings, die Eigenkapitalsschwellen seien nach wie vor zu niedrig.²⁸ Was sodann die Einlagensicherung angeht, so weist das *ex-post*-Selbstregulierungsmodell der Schweiz klare Schwächen auf: Es wirkt prozyklisch, und es stehen selbst bei der neu vorgeschlagenen Anhebung²⁹ der Systemobergrenze für die insgesamt CHF 430 Mrd. an versicherten Einlagen nur CHF 7 Mrd. zur Abdeckung zur Verfügung (entsprechend 1,6%); zudem haben rund zwölf Institute versicherte Einlagen, welche die Systemgrenze überschreiten. Oder anders gesagt: Die Einlagensicherung funktioniert nur im Falle des isolierten Zusammenbruchs einer kleinen oder mittleren Bank.

III. Schutz des Integritätsvertrauens

Das Vertrauen der Kundinnen und Kunden, wonach die Bank ihre Privatsphäre schützt, hat, wie oben erwähnt, zwei Dimensionen: Einerseits geht es darum, dass die Bank diese Daten nicht proaktiv weitergibt, andererseits geht es um den Schutz der Daten vor externen Angriffen, die heute massgeblich auf elektronischem Weg erfolgen.

²⁷ Als Reaktion auf die Finanzkrise verstärkte der Bundesrat den Einlegerschutz im Jahr 2011, indem er unter anderem den Umfang der privilegierten und gesicherten Einlagen von CHF 30 000 auf CHF 100 000 erhöhte, vgl. Art. 37a Abs. 1 BankG sowie Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen), BBl 2010, 3998 f. und 4004 f. Siehe zur Entwicklung des Einlegerschutzes EFD, Bericht über internationale Finanz- und Steuerfragen, Februar 2017, 15.

²⁸ Für eine Kritik an den bestehenden Mindestkapitalvorschriften siehe etwa *Anat Admati/Martin Hellwig*, *The Bankers' New Clothes, What's Wrong with Banking and What to Do about It*, Princeton 2013.

²⁹ Zur anstehenden Reform siehe die Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Februar 2017 (Bundesrat will das Einlegerschutzsystem verstärken).

1. Vertraulichkeitspflichten der Bank: Mehrebenensystem

In einem (strafrechtlichen) Entscheid aus dem Jahr 1985 hat sich das Bundesgericht in klaren Worten zur Bedeutung der Vertraulichkeit im Bankgeschäft geäußert: «Les relations entre les banques et leurs clients dépendent dans une large mesure de la confiance de ces derniers dans la discrétion dont la banque fera preuve à l'égard des faits touchant à la sphère privée du client. Si disparaît la garantie que de tels faits, révélés ou appris, resteront secrets, disparaît du même coup la confiance à cet égard du client envers la banque, et s'effondre ainsi l'une des conditions essentielles d'une activité bancaire viable.»³⁰

Dass das Vertrauen in den Schutz der Privatsphäre durch die Banken auch rechtlichen Schutz genießt, ist unbestritten. Dieser Schutz mag in den letzten Jahren (Steuerstreit, AIA) abgebaut worden sein. Nichtsdestotrotz sollte man aber im Blick behalten, dass das Bankgeheimnis einen umfassenden Schutz genießt, der auf multiplen und kumulativ anwendbaren Grundlagen beruht. Dazu gehören das Vertragsrecht, das Persönlichkeitsrecht, das Datenschutzrecht, das Strafrecht und das Aufsichtsrecht.³¹

2. Kundendaten als Bestandteil der Cyber-Risiko-Regulierung

Ein genügendes Cyber-Abwehrdispositiv gehört zu den Sorgfaltspflichten der Bank, deren Verletzung eine Schadenersatzpflicht auslöst, wobei sich die Durchsetzung eines Schadenersatzanspruches allerdings allein schon im Hinblick auf die Schadenshöhe schwierig gestaltet.

Das Kundenvertrauen wird in diesem Bereich zusätzlich mittelbar über die Regulierung geschützt. Die FINMA hatte bereits 2014 explizite Vorgaben zum Umgang mit Kundendaten im Rahmen des Rundschreibens «operationelle Risiken» getroffen.³² Diese wurden im Zusammenhang mit der Revision

³⁰ BGE 111 IV 74 E. 4c S. 80.

³¹ Einzelheiten bei *Susan Emmenegger/Andrea Zbinden*, *Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Cross-Border Banking*, Basel 2009, 202 ff.

³² Vgl. etwa NZZ vom 24. Mai 2013, 28 (Kundendaten besser schützen); FINMA RS 2008/21 – Operationelle Risiken Banken, Anhang 3 (Umgang mit elektronischen Kundendaten), in Kraft seit 1. Januar 2015.

des Rundschreibens «Corporate Governance» im Jahr 2016 noch einmal geringfügig angepasst.³³ Anhang 3 des Rundschreibens regelt spezifisch das Risikomanagement im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit elektronischer Personendaten natürlicher Personen («Privatkunden») und setzt mit neun Grundsätzen die relevanten regulatorischen Eckpunkte. Dazu gehören die Festlegung von Kundenidentifikationsdaten (CID) und deren Klassifizierung bezüglich ihrer Vertraulichkeits- und Schutzstufe, die Fragen hinsichtlich der Zugriffsberechtigung, die Regeln bezüglich der anzuwendenden Sicherheitsstandards und die Vorgaben bezüglich der Risikoidentifizierung und -kontrolle.

3. Fazit

Auch beim Integritätsvertrauen existiert ein ausgebauter rechtlicher Vertrauensschutz. Dieser ist zwar im Bereich der internationalen Steuertransparenz aufgeweicht worden, ansonsten aber ist er rechtlich gesehen intakt und angesichts der neuen Risiken gerade auf der regulatorischen Ebene im Ausbau begriffen. Im Vergleich zum Recht der EU besteht bezüglich des Schutzniveaus allerdings ein Nachholbedarf. Dies zeigt insbesondere der Vergleich mit der Zahlungsdiensterichtlinie, die in ihrer neuen Fassung am 13. Januar 2018 in Kraft treten wird (Payment Services Directive II bzw. PSD2).³⁴ Im Rahmen der PSD2 wurden Standards zur starken Kundenauthentifizierung entwickelt, die einen unautorisierten Zugriff auf die Kundenkonten verhindern sollen.³⁵ Die Schweizerische Bankiervereinigung lehnt in einem

Positionspapier vom September 2017 eine analoge Regulierung allerdings ab.³⁶

IV. Praktischer Vertrauensschutz

Die dritte Ebene des Vertrauensschutzes, also das Vertrauen der Kundinnen und Kunden darauf, dass die Bank die ihr anvertrauten Aufgaben professionell erfüllt, wird mittelbar sowohl durch das Aufsichtsrecht als auch durch das Privatrecht geschützt.

1. Marktzutrittsschranken und Organisationsvorgaben

Gleich wie beim Grundvertrauen und beim Integritätsvertrauen gehören auch beim praktischen Vertrauen die regulatorischen Rahmenbedingungen zu den generellen vertrauensbildenden Massnahmen. Sie stellen unter anderem sicher, dass nur qualifizierte Akteure auf dem Markt zugelassen werden, also solche, die in der Lage sind, die versprochenen Leistungen fachgerecht zu erbringen und dafür auch die entsprechende interne Organisation aufweisen.³⁷

2. Vertragsrechtliche Sicherungsmechanismen

Eine wichtige Rolle im Vertrauensschutz nehmen beim praktischen Vertrauen die vertragsrechtlichen Sicherungsmechanismen ein. Das Vertragsrecht schützt die Erwartungen der Kundinnen und Kunden in die richtige (professionelle) Vertragserfüllung in soweit, als die Nicht- oder die nicht richtige Vertragserfüllung das privatrechtliche Sanktionsinstrumentarium eröffnen.

Zentral ist diesbezüglich die Verpflichtung der Bank, den Weisungen der Kundin bzw. des Kunden Folge zu leisten (Art. 397 OR). Das Weisungsrecht

³³ Revision FINMA-RS 2017/1 – Corporate Governance – Banken, in Kraft seit 1. Juli 2017. Für die Änderungen von FINMA-RS 2008/21, Anhang 3, ebenfalls in Kraft seit 1. Juli 2017, siehe die Notiz am Ende des Rundschreibens.

³⁴ Richtlinie (EU) 2015/2366 vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG (ABl. Nr. L 337 vom 23. Dezember 2015, 35).

³⁵ Siehe Final Report, Draft Regulatory Technical Standards, EBA/RTS/2017/02 vom 23. Februar 2017 sowie Commission delegated Regulation (Draft) supplementing Directive 2015/2366 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards for strong customer authentication and common and secure standards of communication vom 23. Februar 2017.

³⁶ SBVg, Positionspapier PSD2, September 2017.

³⁷ Vgl. etwa Art. 3 Abs. 2 BankG. Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die aufsichtsrechtliche Gewährsbestimmung in Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG. Siehe dazu auch *Benedikt Maurenbrecher/Fabrice Eckert*, Gewährsfordernis und Privatrecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017, 139 ff.

gilt nach herrschender Lehre als unverzichtbar.³⁸ Sofern Anlagerichtlinien vereinbart wurden, sind diese einzuhalten. Generell ist die Bank als Beauftragte zur *sorgfältigen* Geschäftsführung verpflichtet (Art. 398 OR).³⁹ Entsprechend umfassend ist auch der rechtliche Vertrauensschutz der Bankkündin bzw. des Bankkunden. Die Bank schuldet «die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt.»⁴⁰ Es gilt also eine objektivierte Betrachtungsweise. Die Treue- und Sorgfaltspflichten werden häufig in einem Atemzug genannt. Sie lassen sich tatsächlich nicht in allen Bereichen trennen,⁴¹ denn die Bank schuldet als Beauftragte nicht allein ein sorgfältiges *Tätigwerden*, sondern eine sorgfältige *Interessenwahrung*.⁴² Der praktische Vertrauensschutz fällt daher häufig mit dem strategischen Vertrauensschutz zusammen.⁴³

Die Verletzung der Vertragspflichten löst einen Schadenersatzanspruch und – bei gegebenen Voraussetzungen – einen Erfüllungsanspruch oder einen Unterlassungsanspruch aus. Was den Schadenersatzanspruch angeht, so gelten Banken als konzessionier-

tes Gewerbe im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR.⁴⁴ Schliesslich wird den Kundinnen und Kunden ein Vertrauensschutz in Gestalt der AGB-Kontrolle gewährt. Die Formularpraxis der Banken unterliegt in der Lehre und Rechtsprechung einer vergleichsweise intensiven Analyse. Auch sind die Regeln klar: Kundinnen und Kunden sind gestützt auf die Ungewöhnlichkeitsregel jedenfalls rechtlich gesehen in ihrem Vertrauen darauf geschützt, dass das Kleingedruckte keine Bestimmungen enthält, mit denen sie nicht rechnen mussten.

3. Fazit

Wie schon beim Grundvertrauen und beim Integritätsvertrauen kann man beim praktischen Vertrauen einen ausgebauten Rechtsschutz identifizieren. Den Rahmen setzt auch hier das Aufsichtsrecht mit seinen Zugangsschranken und seinen Organisations- und Verhaltensvorschriften. Für den Einzelfall ist das Privatrecht zuständig, das rechtlichen Vertrauensschutz mithilfe des klassischen vertragsrechtlichen Sanktionsinstrumentariums gewährleistet.

V. Strategischer Vertrauensschutz

Das strategische Vertrauen spielt bei praktisch allen Bank/Kunden-Geschäften eine Rolle, weil die Bank im Rahmen ihrer Dienstleistungserbringung regelmässig einen Handlungsspielraum hat, den sie eigennützig oder fremdnützig ausfüllen kann. Eine besondere Rolle spielt der strategische Vertrauensschutz aber in denjenigen Bereichen, in denen die Kundin sich erstens mit ihrem Vermögen exponiert und zweitens der bankseitige Wissensvorsprung Vertragsgegenstand ist. Das trifft in besonderem Masse auf die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung zu,

³⁸ Rolf Sethe, § 25 Vermögensverwaltungsvertrag, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, 2. Aufl., München/Wien/Basel, N 36; Eva Künzi Peditto, § 28 Anlagerichtlinien und Kundenweisungen, in: ebd., N 13, m.w.N.; BSK OR-Weber, Art. 397 N 6; Peter Derendinger, Nicht- und nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Aufl., Freiburg 1990, Rn. 118; SPR VII/6-Hofstetter, 101. A.A. BK OR-Fellmann, Art. 397 N 28.

³⁹ Die Sorgfalts- und Treuepflichten gehören zu den Hauptpflichten des Beauftragten, siehe auch Jean-Marc Schaller, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, Rn. 120.

⁴⁰ BGE 115 II 62 E. 3a S. 64. Ferner BGE 127 III 328 E. 3 S. 331.

⁴¹ Zur Schwierigkeit der Abgrenzung siehe etwa Fellmann, welcher ausführt, eine Treuepflicht stelle beispielsweise die direkt auf die Hauptpflicht bezogene Sorgfaltspflicht des Beauftragten dar, vgl. BK OR-Fellmann, Art. 398 N 34. Siehe dazu sodann Weber, der festhält, die Treue im Sinne einer generellen Interessenwahrung gestalte sich umfassender als die Sorgfalt, und gleichzeitig ausführt, die Sorgfaltspflicht beziehe sich auf sämtliche Haupt- und Nebenpflichten des Beauftragten und damit auch auf die allgemeinen Treuepflichten, vgl. BSK OR-Weber, Art. 398 N 8 und 26.

⁴² Ähnlich Schaller, welcher mit Verweis auf Zobl den Vermögensverwaltungsvertrag als Interessenwahrungsvertrag bezeichnet, vgl. Schaller (Fn. 39), Rn. 296.

⁴³ Siehe dazu unten VI/1.

⁴⁴ Grundsatzentscheid in BGE 112 II 450 E. 3 S. 454 f. = Pra 1987 Nr. 144 S. 510 ff.; bestätigt in BGE 132 III 449 E. 2 S. 452 = Pra 2007 Nr. 31 S. 197 f. Haftung für leichte Fahrlässigkeit konkret bejaht in BGER 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 2; 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 3; HGer ZH, HG150071-0 vom 25. November 2016 E. 2.4, 3 und 5, zusammengefasst bei Susan Emmenegger/Luc Thévenoz, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2016, r2a, 225 (siehe auch den Kommentar auf S. 220).

und sodann – wenn auch weniger intensiv – auf die Execution-Only-Geschäfte.⁴⁵

1. Überschneidungen mit dem praktischen Vertrauensschutz

Der praktische und der strategische Vertrauensschutz werden mit der Formel der Sorgfalts- und Treuepflicht aufgefangen.⁴⁶ Dass beide Pflichten fast immer gleichzeitig genannt werden, ist kein Zufall: Die Sorgfalt braucht immer einen Bezugspunkt, und dieser ergibt sich aus dem Vertragszweck. Der Vertragszweck im Auftragsrecht ist das Tätigwerden im Interesse der Auftraggeberin. Insofern lassen sich die beiden Elemente häufig nicht trennen.⁴⁷ Wenn etwa gesagt wird, den Vermögensverwalter treffe die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl der Anlageobjekte,⁴⁸ so misst sich diese Sorgfalt an den Bedürfnissen der Kundin. Wenn generell davon die Rede ist, bei der Vermögensverwaltung gelte es, die (Fach-)Kenntnisse der Kundin und deren objektive und subjektive Risikofähigkeit sorgfältig abzuklären, so geschieht dies vor dem Hintergrund, dass die Abklärung im Hinblick auf die Pflicht zur interessengerechten Auftragsführung erfolgt. Die Interessenwahrungspflicht mag bei der einzelnen Vertragshandlung unterschiedlich stark ausgeprägt sein: Bei einem einfachen Zahlungsauftrag steht sie weniger stark im Vordergrund als bei der Erstellung des Kundenprofils im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages. Zentral ist sie sodann, wenn es um Vertragshandlungen geht, die im Hinblick auf Interessenkonflikte ein Risikopotential aufweisen. Gesamthaft gesehen sind somit die Handlungen des Beauftragten, die definitionsgemäss sorgfältig zu erfolgen haben, immer mit einer mehr oder weniger ausgebauten Interessenwahrungspflicht unterlegt.

⁴⁵ Siehe zu Letzterem Jörg Schmid, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften», in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 225 ff. (Informationspflichten nach OR), 230 ff. (nach E-FIDLEG).

⁴⁶ Siehe dazu schon vorne IV/2.

⁴⁷ Ausnahmen bilden etwa die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten oder die Pflicht zur Weisungsbefolgung.

⁴⁸ Dazu etwa Sethe (Fn. 38), N 39 ff.

2. Interessenwahrungspflicht

2.1 Zentrale Bedeutung

Der Grundtypus des Bankkundengeschäfts ist der Auftrag.⁴⁹ Mit diesem Vertrag verpflichtet sich der Beauftragte, *im Interesse* der Auftraggeberin tätig zu sein.⁵⁰ Der Banker ist ein solcher Beauftragter; er unterscheidet sich vom Occasionshändler nicht nur deshalb, weil er eine Krawatte trägt. Er unterscheidet sich, weil ihm das Privatrecht die eigennützige Schlitzohrigkeit eines Occasionshändlers nicht erlaubt. Der Banker hat Treuepflichten, er steht rechtlich gesehen auf derselben Stufe wie der Psychotherapeut oder die Anwältin. Die Treue- und Sorgfaltspflichten (Art. 398 Abs. 2 OR) sind vor dem Hintergrund der Fremdnützigkeit zwingend, und die Rechenschaftspflicht als Kontrollmechanismus unabdingbar (Art. 400 Abs. 1 OR). Im *Ergebnis* resultieren daraus Verhaltenspflichten, die wir gemeinhin als Patientinnenschutz oder Kundenschutz oder eben Anlegerschutz wahrnehmen. Als Folge davon sprechen wir auch gemeinhin vom «Schutzniveau» des Privatrechts, obwohl es im Grunde nur darum geht, dass der Beauftragte zu dem verpflichtet ist, was er als Beauftragter schuldet, nämlich das Handeln im Interesse des Anderen. Die Verhaltenspflichten sind das Instrument, um das als schützenswert erachtete Vertrauen von Kundinnen und Kunden rechtlich einzubetten.

Der strategische Vertrauensschutz wird in der Schweiz künftig mit dem FIDLEG aufsichtsrechtlich untermauert werden. Die auftragsrechtlichen Kernanliegen fanden sich insbesondere in der Grundsatz-

⁴⁹ Auftragsrecht ist anwendbar auf Vermögensverwaltungsverträge (BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759), Anlageberatungsverträge (BGer 4A_168/2008 vom 11. Juni 2008 E. 2.3), Execution-Only-Verträge (BGE 133 III 97 E. 7.1 S. 102 f.; siehe auch David Jost, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft, 1. Kapitel/V./3./A./a) und 3. Kapitel/II./1./A./a), Berner Diss., im Erscheinen); Kontokorrentverträge, inkl. Giroabrede (BGE 110 II 283 E. 1 S. 284; BGE 126 III 20 E. 3a/aa S. 21 f.); Depotverträge (BGE 94 II 167 E. 2 S. 169; siehe aber auch BGer 4A_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 5); Kreditverträge (BGer 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3 = Pra 1998 Nr. 155 S. 827).

⁵⁰ BGE 122 III 361 E. 3 S. 364 f.; BGer 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.1 (Die Rechenschaftspflicht und die Herausgabepflicht sind «les éléments centraux de l'objet du mandat, qui est de rendre service à autrui»). Zur Fremdnützigkeit als Kernelement des Auftrags siehe auch BSK OR-Weber, Vorb. Art. 394–406 N 2.

norm von Art. 8 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfs zum FIDLEG, die das Kapitel zu den Verhaltensregeln einleitete: Einführend hielt Absatz 1 fest, dass Finanzdienstleister beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach diesem Titel befolgen müssen. Absatz 2 lautete so dann wie folgt: «*Sie handeln dabei im bestmöglichen Interesse ihrer Kundinnen und Kunden und mit der erforderlichen Fachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit.*» Absatz 3 behielt spezialgesetzliche Regeln vor. Auch das Aufsichtsrecht ging also explizit von der Pflicht zur Fremdnützigkeit aus.

Allerdings wurde der relevante Absatz 2 von Art. 8 E-FIDLEG bei den Beratungen in der WAK-Ständerat gestrichen, ohne dass hierüber auch nur ein Wort verloren wurde. Ob es unseren Volksvertretern doch etwas unheimlich war, im Zusammenhang mit den Banken eine solche Selbstverständlichkeit schwarz auf weiss festzuhalten, wird auf immer ihr Geheimnis bleiben. Allerdings fehlt es mit der Streichung auch an einer generellen Nachfolgenorm von Art. 11 BEHG, welche bis anhin die Verhaltensregeln bei Börsengeschäften regelt(e).⁵¹ Der stille Tod von Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG ist nicht zuletzt deshalb bemerkenswert, weil im gleichen Zeitraum die Schweizer Tagespresse mehrfach über das absehbare Ende der US-amerikanischen «Fiduciary Rule» berichtete. Die Regel schreibt den Finanzberatern im Bereich der Altersvorsorge vor, die Interessen ihrer Kunden über ihre eigenen zu stellen. Sie sollte im April 2017 in Kraft treten, steht aber im Deregulierungsfokus der Trump-Administration.⁵² Die Neue Zürcher Zeitung

titelte im Zusammenhang mit den Deregulierungsvorhaben: «Trumps Team erliegt der Bankenlobby».⁵³

2.2 Vermeidung von Interessenkonflikten

Das (Universal-)Bankengeschäft ist zwangsläufig eine Quelle von Interessenkonflikten.⁵⁴ Generell ist der auftragsrechtliche Vertrauensschutz der Kundin darauf ausgerichtet, dass Interessenkonflikte möglichst durch organisatorische Massnahmen (z.B. Chinese Walls) vermieden und sie sodann grundsätzlich offengelegt werden. Verstärkt wird er durch die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR; diese verhindert, dass die Bank sich ohne die entsprechende (informierte) Zustimmung der Kundin über das vereinbarte Honorar hinaus bereichern kann.⁵⁵ Konkretisiert haben sich diese Pflichten in den letzten Jahren im Zusammenhang mit den Retrozessionen,⁵⁶ mit dem Kreditgeschäft⁵⁷ und mit dem Kommissionsgeschäft.⁵⁸

⁵¹ Grosse Teile des BEHG wurden bereits in das FinfraG überführt. Die noch verbleibenden Teile werden in das FINIG integriert. Das BEHG wird mit dem Inkrafttreten des FINIG aufgehoben, siehe Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 9044. Das FINIG enthält keine Verhaltensvorschriften, diese sind nunmehr im FIDLEG geregelt. Insofern geht Art. 11 BEHG im FIDLEG auf. Tatsächlich sind die punktuellen Verhaltenspflichten von Art. 11 BEHG nunmehr an anderer Stelle im FIDLEG geregelt, so etwa der Grundsatz der «best execution» in Art. 20 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017) und die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten in Art. 27 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

⁵² Siehe etwa NZZ vom 22. Dezember 2016, 29 (Trump und die Finanzberater); NZZ vom 4. Februar 2017, 31 (Startschuss zur Finanzmarktderegulierung).

⁵³ NZZ vom 14. Juni 2017, 1 (Trumps Team erliegt der Bankenlobby).

⁵⁴ Für Beispiele siehe etwa Schaller (Fn. 39), Rn. 302. Siehe auch Rolf Watter, Chinese Walls bei Universalbanken?, SJZ 1991, 111 ff.; Jost (Fn. 49), 2. Kapitel/1/2/A/b).

⁵⁵ Zu dieser Funktion der Herausgabepflicht siehe zuletzt BGer 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.1.1. Siehe auch BGE 139 III 49 E. 4.1.2. S. 54, m.w.N.

⁵⁶ Das Bundesgericht hat hier bekanntlich in vier Leitscheiden die Parameter gesetzt: BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466 (Retro I: Vermögensverwaltung); BGE 137 III 393 E. 2.2 S. 396 (Retro II: Voraussetzungen für den Herausgabeverzicht); BGE 138 III 755 E. 8 S. 773 ff. (Retro III: Herausgabepflicht bei konzerninternen Vergütungen); BGer 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 5.3, zur Publikation vorgesehen (Retro IV: Zehnjährige Verjährungsfrist).

⁵⁷ BGer 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3b = Pra 1998 Nr. 155 S. 830, m.w.N. (Die Bank darf «nicht für Kredite an ein gefährdetes Unternehmen werben, um damit die Rückzahlung eigener, unsicherer Ausstände zu fördern.»). Siehe auch BGer 4C.82/2005 vom 4. August 2005 E. 6.2 und BGer 4A_513/2010 bzw. 4A_515/2010 vom 30. August 2011 E. 7.1.; HGer Aargau, Urteil vom 3. Dezember 1975, in: SJZ 1976, 383 f.; BGer 4C.82/2005 vom 4. August 2005 E. 6.4 (Warnpflicht). Für die Doktrin siehe etwa Vito Roberto, Die Haftung der Bank als Kreditgeberin, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht, Basel 2006, 114 f.; BSK OR-Schärer/Maurenbrecher, Art. 312 OR N 68a; Susan Emmenegger, Haftungsrisiken bei Immobiliar-krediten, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Basel 2012, 48 ff.

⁵⁸ Angenommen wird eine Warnpflicht, wenn die Bank aufgrund ihres Wissensvorsprungs über die finanzielle Lage eines Unternehmens Bescheid weiss und Beteiligungen an

Auch wenn die Interessenwahrungspflicht der Bank im FIDLEG nicht mehr explizit festgeschrieben ist,⁵⁹ gilt sie doch als allgemeiner aufsichtsrechtlicher Grundsatz.⁶⁰ Mit dem FIDLEG soll die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten eigenständig als Teil der Organisationsvorschriften verankert werden.⁶¹ Inhaltlich bleibt es bei der Kombination von Vermeidungs- und Informationspflicht. Zusätzlich erhält der Bundesrat die Kompetenz, Verhaltensweisen zu bezeichnen, die aufgrund von Interessenkonflikten auf jeden Fall unzulässig sind. Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang das «Churning», das Front Running und die Kursschnitte.⁶²

3. Informationspflichten

3.1 Privatrecht

Im privaten Bankrecht haben Lehre und Rechtsprechung mittlerweile einen ausdifferenzierten Pflichtenkatalog entwickelt, der gewährleisten soll, dass die Kundinnen und Kunden in ihrem Vertrauen darauf, dass die Bank sorgfältig und interessenwährend handelt, geschützt werden.⁶³ Zentral sind die vielfältigen anlagerelevanten Informationspflichten der Bank.⁶⁴ Die Bankkundin darf darauf vertrauen, dass die Bank ihr im Zusammenhang mit der Vermögens-

anlage alle Informationen zur Verfügung stellt, die es ihr erlauben, das Risiko der Anlage und deren Eignung im Hinblick auf ihre objektiven und subjektiven Bedürfnisse adäquat einzuschätzen und (mit der Unterstützung der Bank) die Anlagestrategie entsprechend festzulegen.

3.1.1 Vermögensverwaltung und Anlageberatung: Eignung (suitability)

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts unterstehen sowohl Vermögensverwalter als auch Anlageberater umfassenden Informationspflichten. Diese Pflichten entsprechen dem Standard, der in der modernen, EU-orientierten Terminologie als «Eignung», «Geeignetheit» oder als «*suitability*» bezeichnet wird. Danach ist die Bank verpflichtet, der Kundin eine *geeignete* Anlagestrategie bzw. *geeignete* Anlageprodukte zu empfehlen. Das bedeutet, dass die empfohlene Anlagestrategie bzw. das empfohlene Anlageprodukt mit den Anlagezielen und der Risikofähigkeit der Kundin in Einklang stehen muss, und dass die Kundin in der Lage sein muss, mit ihrem Wissen und ihren Erfahrungen das Risiko der empfohlenen Anlagestrategie bzw. des empfohlenen Anlageprodukts zu verstehen.⁶⁵ Knapp gesagt: Die Bank muss positiv feststellen, dass die Empfehlung zur Kundin passt.⁶⁶

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Informationspflichten ist älter als die vom EU-Recht geprägte Terminologie. Inhaltlich entsprechen aber die von der Rechtsprechung entwickelten Informationsstandards der europäischen *suitability*. Die Formel des Bundesgerichts lautet wie folgt: «Der Kunde ist hinsichtlich der *Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären*, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten *sachgerecht zu beraten* und vor *übereilten Entschlüssen zu warnen*, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden. Dabei obliegt dem Beauftragten namentlich auch, sich durch Be-

dem Unternehmen empfiehlt, die sie dann aus dem Eigenbestand erfüllt, vgl. BGer 4A_295/2012 vom 21. November 2012 E. 3.5; Vorinstanz OGer ZH, LB100068 vom 12. April 2012. Siehe dazu auch *Susan Emmenegger/Luc Thévenoz*, Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013, SZW 2013, 312 f. und r17 322 f. (Biber-Holding).

⁵⁹ Vorher: Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG (Fassung BR 4. November 2015).

⁶⁰ Siehe Art. 9 Abs. 1 BankV (Funktionentrennung). Siehe auch FINMA RS 2009/01 – Eckwerte zur Vermögensverwaltung (Stand 10. Juni 2016), Rn. 12; SBVg-Richtlinie – Vermögensverwaltung (VVRL 2017), Art. 4 Abs. 2.

⁶¹ Art. 27 E-FIDLEG (Fassung NR, 13. September 2017).

⁶² Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8965.

⁶³ Siehe z.B. *Sethe* (Fn. 38), N 25 ff.; *Schaller* (Fn. 39), Rn. 217 ff., 354 ff.; *P. Christoph Gutzwiller*, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, 85 ff., 141 ff., 165 ff.; *Monika Roth*, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 2016, 71 ff.

⁶⁴ Die Informationspflichten werden im Zusammenhang mit Bankgeschäften regelmässig in Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten unterteilt. Zur terminologischen Abgrenzung siehe etwa *Volker Lang*, § 7 Exploration, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, 2. Aufl., München/Wien/Basel, Rn. 8 ff.

⁶⁵ So die (etwas verkürzte) Fassung der *suitability* in Art. 25 Abs. 2 MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU vom 15. Mai 2014 über Märkte und Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU). Ähnlich auch Art. 13 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

⁶⁶ So *Rolf Sethe*, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 2012, 121.

fragung einlässlich über den *Wissensstand* und die *Risikobereitschaft*⁶⁷ des Kunden zu informieren.»⁶⁸

Bei den Informationspflichten verwendet das Bundesgericht für die Vermögensverwaltung und für die Anlageberatung die genau gleiche Formel.⁶⁹ Bei der Vermögensverwaltung besteht im Vergleich zur Anlageberatung aber insoweit ein weitergehender Pflichtenkatalog, als jedenfalls bei der punktuellen Anlageberatung regelmässig keine fortlaufende Überwachungs- und Warnpflicht bezüglich der Entwicklung der Anlage besteht.⁷⁰ Die Überwachungspflicht kann aber vereinbart werden und sie besteht ausnahmsweise sogar ohne ausdrückliche Vereinbarung gestützt auf Treu und Glauben, wenn eine entsprechende Vertrauensbasis vorliegt. Diesfalls ist sie aber beschränkt auf Situationen, in denen die Bank mit dem Kunden in Kontakt ist und das Anlagedossier ohnehin zur Hand nehmen muss; in solchen Fällen hat die Bank auf offensichtliche Problemsituationen hinzuweisen.⁷¹

Wenn also das Bundesgericht betont, bei der Vermögensverwaltung seien die Aufklärungs- und Beratungspflichten am umfassendsten,⁷² so betrifft dies in erster Linie die fortlaufenden Überwachungspflichten. Bei den übrigen Informationspflichten besteht

grundsätzlich bei allen Beratungsgeschäften dieselbe Pflichtenlage. Hingegen sind jeweils die konkrete Vertragsgestaltung und die gelebte Vertragsbeziehung zu berücksichtigen. Daraus können sich im Einzelfall grössere oder kleinere Abweichungen vom «Modellfall» ergeben. Das Bundesgericht betont die Variantenvielfalt explizit bei der Anlageberatung;⁷³ die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten trifft aber aufgrund der Vertragsfreiheit auch auf die Vermögensverwaltung zu.

3.1.2 Execution-Only: Standardisierte Risikoinformation und einzelfallweise Aufklärung

Bei Execution-Only-Geschäften ist die Bank nicht zur generellen Interessenwahrung verpflichtet; entsprechend sind auch die Informationspflichten weniger ausgebaut.⁷⁴ Ein privatrechtlicher Mindeststandard ergibt sich aus der (aktuell noch geltenden)⁷⁵ Doppelnorm in Art. 11 BEHG, die gemäss Bundesgericht den Effekthändler dazu verpflichtet, die Kundin unter Berücksichtigung von deren fachlichen Kenntnissen auf die mit einer besonderen Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen, wobei die Risikoinformation in standardisierter Form erfolgen kann.⁷⁶

Über die standardisierte Risikoaufklärung hinaus besteht privatrechtlich eine Pflicht zur einzelfallweisen Interessenwahrung in der Gestalt von personalisierten Aufklärungspflichten. Erstens muss die Bank wahrheitsgemäss und sorgfältig aufklären und warnen, *wenn die Kundin dies verlangt*.⁷⁷ Weiter muss die Bank informieren, wenn sie bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit zu erkennen vermag, dass die Kundin eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Ge-

⁶⁷ Die Risikobereitschaft bzw. Risikofähigkeit wird sodann in eine subjektive Risikobereitschaft (welches Risiko will die Kundin eingehen?) und eine objektive Risikobereitschaft (welche Verluste kann die Kundin tragen?) unterteilt, siehe etwa BGer 4A_436/2016 bzw. 466/2016 vom 7. Februar 2017 E. 3.2; BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.5.1; BGer 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 2.1; BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2016 E. 3.3.1.

⁶⁸ BGE 124 III 155 E. 3a S. 162 f. (Leitentscheid).

⁶⁹ Siehe etwa BGer 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 7.1 (Anlageberatung); BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.2 (Anlageberatung); BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.3 (Vermögensverwaltung); BGE 124 III 155 E. 3a S. 162 f. (Vermögensverwaltung).

⁷⁰ BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 8.1. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass für eine solche Überwachungsleistung üblicherweise ein Entgelt geschuldet werde. Auch hier zeigt sich wieder, dass das Bundesgericht bei der Anlageberatung vom Regelfall der punktuellen Anlageberatung ausgeht, bei der üblicherweise keine (ausgewiesene) Gebühr für die Beratung verlangt wird. Zu diesem Unterscheidungskriterium auch *Sethe* (Fn. 38), N 6.

⁷¹ BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 8.1.

⁷² Z.B. BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.3, unter Hinweis auf den Leitentscheid in BGE 124 III 155 E. 3a S. 162 f.

⁷³ BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.2, unter Hinweis auf die Bandbreite bei der Anlageberatung.

⁷⁴ BGer 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.4: «la banque s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement du client, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci»; siehe auch BGE 119 II 333 E. 5a S. 335; BGer 4C.385/2006 vom 2. April 2007 E. 2.1.

⁷⁵ Die Bestimmungen des BEHG sollen, soweit sie nicht bereits in das FinfraG integriert worden sind, in das FINIG überführt werden. Siehe oben Fn. 51. Das FINIG enthält keine Verhaltensvorschriften, diese werden insgesamt im FIDLEG geregelt. Insofern geht Art. 11 BEHG im FIDLEG auf.

⁷⁶ BGE 133 III 97 E. 5.3 S. 100 f. und E. 7.1.1 S. 102 f.

⁷⁷ BGE 119 II 333 E. 5a S. 335. Das Ausmass der Information richtet sich nach den Kenntnissen und Erfahrungen der Kundin, siehe BGer 4C.385/2006 vom 2. April 2007 E. 2.1.

fahr nicht erkannt hat.⁷⁸ Ausserdem besteht eine Informations- und Warnpflicht dann, «wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein *besonderes Vertrauensverhältnis* entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf.»⁷⁹ Schliesslich gelten erhöhte Anforderungen an die Aufklärungspflicht der Bank, wenn der Kunde nicht nur mit seinem eigenen Vermögen, sondern auch mit *von der Bank gewährten Krediten* spekuliert.⁸⁰

Im Ergebnis nähert man sich damit dem Informationsstandard der EU für Execution-Only-Geschäfte; dort muss die Kundin bei bestimmten, komplizierten Anlagen und im Falle einer kreditfinanzierten Anlage die Risiken vor dem Hintergrund ihrer Kenntnisse und Erfahrungen verstehen (*appropriateness*).⁸¹ Allerdings zieht man mit der EU in diesem Bereich nicht gleich; anders als in der Schweiz wird der Appropriateness-Test nicht an der konkreten Anlagesituation (z.B. Kundin versteht die Risiken offenbar nicht), sondern an der Komplexität des Finanzprodukts festgemacht.⁸² MiFID II ist also weniger flexibel. Im Übrigen verlangt MiFID im Angemessenheitsrahmen eine effektive Abklärung über die Risikofähigkeit.⁸³ In der Schweiz liegt der Fokus stärker auf den Warnpflichten; diese setzen zwar eine gewisse Abklärung vor-

aus (sonst könnte nicht gewarnt werden), aber es wird keine vertiefte Explorationspflicht verlangt.⁸⁴

3.2 Aufsichtsrecht (FIDLEG)

Das Aufsichtsrecht enthält schon seit längerer Zeit Verhaltenspflichten für die Banken, namentlich im anlagebezogenen Geschäft.⁸⁵ Zweifellos steht aber mit dem FIDLEG ein rechtspolitischer Quantensprung an, weil erstmals die Verhaltenspflichten der Banken strukturiert und auf Gesetzesebene geregelt werden.

3.2.1 Vermögensverwaltung und qualifizierte Anlageberatung: Eignung (suitability)

Für die Vermögensverwaltung und für die qualifizierte Anlageberatung sieht das FIDLEG eine Eignungsprüfung nach EU-Muster vor;⁸⁶ diese entspricht gleichzeitig auch dem Pflichtenkanon, den das Vertragsrecht vorsieht.

⁷⁸ BGer 4C.385/2006 vom 2. April 2007 E. 2.2; BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103; BGer 4A_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.3 *in fine*.

⁷⁹ BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103, m.w.N. Siehe sodann BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.1; BGer 4A_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.3; BGer 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 8.1.

⁸⁰ BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102 f.; BGE 119 II 333 E. 5a S. 335; *Isabelle Romy/Olivier Bloch*, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf 2008, 658 f.

⁸¹ Art. 25 Abs. 3 MiFID II, Art. 25 Abs. 4 MiFID II, Anhang 1 Abschnitt B Nummer 1 (Fn. 65).

⁸² Der Appropriateness-Test gilt für die in Anhang 1 Abschnitt B Nummer 1 MiFID II (Fn. 65) genannten Produkte. Sodann gilt er auch für die «einfachen» Produkte, die in Art. 25 Abs. 4 genannt sind (z.B. Aktien oder Schuldverschreibungen), sofern diese in eine Struktur eingebettet sind. Generell gilt die Ausnahme bei kreditfinanzierten Anlagen (Art. 25 Abs. 4 MiFID II).

⁸³ Art. 25 Abs. 3 MiFID II (Fn. 65).

⁸⁴ So auch *Sethe* (Fn. 66), 106 und 118. Zur Explorationspflicht beim beratungsfreien Geschäft gemäss MiFID I *ders.*, a.a.O., 111.

⁸⁵ So insbesondere die Grundnorm in Art. 11 BEHG und die dazugehörige Selbstregulierung (Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandels, Richtlinie der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Oktober 2008; es handelt sich um eine anerkannte Selbstregulierung, siehe FINMA RS 2008/10 – Selbstregulierung als Mindeststandard). Zur Aufhebung des BEHG siehe Fn. 51. Sodann gilt für die Banken FINMA RS 2009/1 – Eckwerte für die Vermögensverwaltung. Für die unabhängigen Anlageberater und Vermögensverwalter gelten die Ständeregeln der Selbstregulierungsorganisationen. Für Einzelheiten siehe *Sethe* (Fn. 66), 119 ff.

⁸⁶ Art. 13 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017). *Pro memoria*: Bei der Eignungsprüfung muss die Bank sicherstellen, dass die Kundin über genügend Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um die Risiken der Anlagestrategie zu verstehen; das ist die Angemessenheitsprüfung. Sie muss zusätzlich sicherstellen, dass die Investition im Hinblick auf ihre Vermögensverhältnisse und ihre Anlagestrategie auch effektiv geeignet ist. Beide Prüfschritte zusammen bilden die Eignungsprüfung. Siehe auch *Rolf Sethe*, MiFID II – Eine Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, SJZ 2014, 478. Siehe auch *Rolf H. Weber/Rolf Sethe*, Äquivalenz als Regulierungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 2014, 577: Die Eignungsprüfung nach Art. 25 Abs. 2 MiFID II verlangt zusätzlich ausdrücklich die Prüfung der Verlusttragungsfähigkeit und der Risikotoleranz; diese Divergenzen können im Rahmen der Verordnungsgebung angepasst werden.

Unterschiede bestehen aber bei der Reichweite der Eignungsprüfung. Die Eignungsprüfung nach EU-Muster und nach Vertragsrecht gilt für das *gesamte Beratungsgeschäft*, also für die Vermögensverwaltung und die Anlageberatung. Demgegenüber gilt gemäss FIDLEG die Eignungsprüfung nur für einen Teil des Beratungsgeschäfts, nämlich für die Vermögensverwaltung und die qualifizierte Anlageberatung.⁸⁷ Die qualifizierte Anlageberatung ist nach der Terminologie des FIDLEG eine «Anlageberatung unter Berücksichtigung des Kundenportfolios»⁸⁸. Bei dieser qualifizierten Form ist die Beratungsdienstleistung grundsätzlich gleich umfassend wie bei einer Vermögensverwaltung, regelmässig wird also auch die Überwachung des Portfolios vereinbart.⁸⁹ Auch wird in diesem Fall regelmässig ein formeller Anlageberatungsvertrag abgeschlossen. Anders als bei der Vermögensverwaltung löst die Kundin aber die Transaktion selbst aus.

Der Rest des Anlageberatungsgeschäfts wird demgegenüber in die tiefere Kategorie der Angemessenheit (*appropriateness*) verschoben. Das FIDLEG spricht von der «Anlageberatung für einzelne Transaktionen». Diese Art der Anlageberatung dürfte in der Schweiz dem Standardszenario im Beratungsgeschäft entsprechen: Es werden regelmässig einzelne Anlagen und Umschichtungen empfohlen, aber es erfolgt keine kontinuierliche Portfolio-Überwachung. Es wird häufig kein formalisierter Beratungsvertrag vorliegen und die Anlageempfehlung erfolgt regelmässig ohne separat ausgewiesene Vergütung.

Mit der Unterteilung des Anlagegeschäfts in zwei Kategorien und der Beschränkung des Eignungstests auf die qualifizierte Anlageberatung erfüllt das FIDLEG weder den EU-Standard noch die Vorgaben des geltenden Vertragsrechts.

3.2.2 Einfache Anlageberatung: Angemessenheit (*appropriateness*)

Bei der «Anlageberatung für einzelne Transaktionen» ist gemäss FIDLEG eine Angemessenheitsprüfung geschuldet (*appropriateness*)⁹⁰. Die Bank muss gewährleisten, dass die Kundin vor dem Hintergrund ihrer Erfahrungen und Kenntnisse die Risiken der ihr empfohlenen Anlage bzw. des ihr empfohlenen Anlagepa-

kets versteht. Fehlende Kenntnisse und Erfahrungen kann die Bank «durch eine angemessene Aufklärung» kompensieren.⁹¹

Wie schon oben dargelegt, öffnet sich mit diesem «Downgrading» die Schere zum geltenden Vertragsrecht und zum EU-Recht, denn beide Regelwerke sehen für *jede* Art der Anlageberatung eine Eignungsprüfung vor.⁹² Hinzu kommt, dass die zur Diskussion stehende punktuelle Anlageberatung vom Bundesrat eng definiert wird, so dass im Zweifel eine *Anlageempfehlung* keine *Anlageberatung* darstellt, sondern nur ein Execution-Only-Geschäft. Folgt man der Botschaft, so liegt eine Anlageberatung nur vor, wenn «sie Bezug auf Finanzinstrumente nimmt, die sich im Portfolio des Kunden befinden».⁹³ Weiter wird ausgeführt, es liege keine Anlageberatung vor, wenn der Finanzdienstleister seinem Kunden lediglich die allgemeinen Erwartungen seines Instituts oder von Dritten über die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente mitteile, denn diese Hinweise würden keinen Bezug auf Finanzinstrumente des Kundenportfolios nehmen.⁹⁴ Folgt man der Botschaft, so liegt eine

⁹¹ Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8956. Welchen Anforderungen die «angemessene Aufklärung» zu genügen hat, ist bislang noch nicht festgelegt.

⁹² Siehe Art. 25 Abs. 2 MiFID II (Fn. 65). Für das Vertragsrecht siehe die Standardformel des Bundesgerichts zur Eignungsprüfung bei Anlagegeschäften («Der Kunde ist hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären, nach Bedarf *in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten* sachgerecht zu beraten...»). Siehe auch Luc Thévenoz, Eignungs- und Angemessenheitsprüfung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 250: Von einer «Gleichwertigkeit» oder schleicht von einer «smart equivalence» kann nicht die Rede sein. Dass das Bundesgericht die punktuelle Anlageberatung als Modellfall vor Augen hat, zeigt sich auch an der Äusserung, wonach die Überwachung des Portfolios üblicherweise nur gegen Entgelt erfolge, weshalb bei der Anlageberatung eine solche Überwachungspflicht nicht bestehe, BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 8.1.

⁹³ Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8956.

⁹⁴ Der gesamte Passus lautet wie folgt: «Die Dienstleistung unterliegt nur dann einer Angemessenheitsprüfung, wenn sie Bezug auf Finanzinstrumente nimmt, die sich im Portfolio des fraglichen Kunden befinden. Noch keine Anlageberatung – und damit keine Pflicht zur Angemessenheitsprüfung – liegt dagegen vor, wenn der Finanzdienstleister seiner Kundin oder seinem Kunden lediglich die allgemeinen Erwartungen seines Instituts oder Dritten über die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente mitteilt. Hinweise dieser Art nehmen keinen Bezug auf Finanzinstrumente des Kundenportfolios. Transaktionen, die im An-

⁸⁷ Art. 13 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

⁸⁸ Art. 13 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

⁸⁹ Siehe dazu auch *Sethe* (Fn. 38), N 6.

⁹⁰ Art. 12 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

punktueller Anlageberatung nur vor, wenn die Beratung sich auf die Umschichtung von vorhandenen Finanzinstrumenten richtet. Das entspricht, zurückhaltend formuliert, nicht dem etablierten Verständnis des Begriffs der «Anlageberatung».⁹⁵ Ein solches Verständnis würde es verunmöglichen, dass neue Anlageberatungsverhältnisse entstehen. So kann der Begriff nicht gemeint sein. Erkennbar ist aber die Stossrichtung, die dahin geht, dass nach dem Willen des Bundesrats möglichst viele Empfehlungen in den «Topf» der Execution-Only-Geschäfte fallen sollen, wo gemäss FIDLEG keine Angemessenheitsprüfung geschuldet ist.

Aus EU-Sicht hat der Gesetzgeber im FIDLEG einen wesentlichen Teil der Beratungsgeschäfte aus dem dafür vorgesehenen Regelungsgefäss (*suitability*) herausgebrochen und sie in das deutlich weniger strenge Regelungsgefäss für Execution-Only-Geschäfte bei komplexen Anlageprodukten verschoben.

3.2.3 Execution-Only-Geschäfte: Standardisierte Risikoinformation

Gemäss FIDLEG ist beim Execution-Only-Geschäft weiterhin eine standardisierte Risikoinformation geschuldet.⁹⁶ Das entspricht der bisherigen Rechtslage.⁹⁷ Konkret bedeutet dies, dass der Kundin zu Beginn der Geschäftsbeziehung die SBVg-Broschüre «Besondere Risiken im Effektenhandel» zur Verfügung gestellt werden muss. Das Basisinformationsblatt muss dagegen nicht zur Verfügung gestellt werden, denn diese Pflicht gilt nur bei der persönlichen Empfehlung.⁹⁸ Weitere Risikoaufklärungspflichten

schluss an diese Informationen erfolgen, gelten deshalb als *Execution-only*-Geschäfte und unterliegen weder einer Eignungs- noch einer Angemessenheitsprüfung.» Botenschaft FIDLEG, BBl 2015, 8956 f.

⁹⁵ Siehe etwa Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, Zürich 2011, Rn. 1751: «Unter Anlageberatung versteht man die sorgfältige und adressatengerechte Beratung von Kunden in Fragen der Kapitalanlage, insbesondere auch die Abgabe von Anlageempfehlungen.» Siehe auch Sethe (Fn. 38), N 6: «Bei der [...] Anlageberatung erteilt der Berater einen auf die persönliche und finanzielle Situation des Kunden abgestimmten Rat über die Anlage von Vermögen.»

⁹⁶ Art. 9 Abs. 1 lit. e E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

⁹⁷ Siehe Art. 11 BEHG. Das Börsengesetz wird mit Inkrafttreten des FINIG aufgehoben, siehe oben Fn. 51.

⁹⁸ Art. 9 Abs. 2^{bis} und Abs. 2^{ter} E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

bestehen nach FIDLEG nicht (mehr). Zusätzlich zur standardisierten Risikoinformation werden für die Execution-Only-Geschäfte punktueller Sorgfalts- und Treuepflichten weitergeführt, die aktuell noch beispielhaft in Art. 11 BEHG aufgeführt sind und dort mit dem Zusatz «insbesondere» konkretisiert werden. Bei den Sorgfaltspflichten betrifft das «insbesondere» die *best execution* (Art. 11 Abs. 1 lit. b BEHG), bei den Treuepflichten betrifft es die Vermeidung von Interessenkonflikten (Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG). Diese konkretisierten Pflichten gelten im FIDLEG weiterhin.⁹⁹ Hingegen wurde, wie bereits erwähnt, die in Art. 11 BEHG geregelte generelle Sorgfalts- und Treuepflicht nicht mehr übernommen.¹⁰⁰ Damit wird in erster Linie die FINMA zurückgebunden, die gestützt auf eine solche Generalklausel die Verhaltenspflichten im Einzelfall hätte konkretisieren können, woraus später allenfalls eine Praxis entstanden wäre. Das wird nun schwieriger. Es scheint, als wollte der Gesetzgeber eine Entwicklung, wie sie bei der bankengesetzlichen Gewährsbestimmung erfolgt ist, vermeiden.

Dass die Regelung der Execution-Only-Geschäfte nicht EU-kompatibel ist, springt ins Auge. MiFID II verlangt bei komplexen Anlageprodukten im Execution-Only-Bereich eine Angemessenheitsprüfung. FIDLEG dagegen definiert die Angemessenheitsprüfung als Gefäss für die einfache Anlageberatung und legt ausdrücklich fest, dass für jedwelche Execution-Only-Beziehungen weder eine Eignungs- noch eine Angemessenheitsprüfung geschuldet seien.¹⁰¹

Im Vergleich zu den vertraglichen Grundsätzen, die Judikatur und Lehre im Hinblick auf Execution-Only-Geschäfte entwickelt haben, ist festzuhalten, dass in beiden Fällen eine standardisierte Risikoaufklärung geschuldet ist und dass auch die punktuellen Sorgfalts- und Treuepflichten (*best execution*, Interessenkonflikte) im FIDLEG weiterhin gelten. Im FIDLEG nicht vorgesehen sind hingegen die zahlreichen Ausnahmetatbestände, die gemäss zivilrechtlicher Judi-

⁹⁹ Art. 20 E-FIDLEG, *best execution* (Fassung NR vom 13. September 2017); Art. 27 E-FIDLEG, Interessenkonflikte (Fassung NR vom 13. September 2017).

¹⁰⁰ Noch vorhanden in Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG in der Fassung des Bundesrats (4. November 2015), ersatzlos (und kommentarlos) gestrichen in der Fassung des Ständerats (14. Dezember 2016), Streichung beibehalten in der Fassung des Nationalrats (13. September 2017), der Minderheitsantrag auf Wiedereinführung wurde abgelehnt.

¹⁰¹ Art. 14 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017).

katur dazu führen, dass bei einem Execution-Only-Verhältnis im Einzelfall eben doch eine Angemessenheits- oder sogar eine Eignungsprüfung vorzunehmen ist.

4. Fazit

Im Hinblick auf den strategischen Vertrauensschutz kann man festhalten, dass ein solcher im Auftragsrecht verankert ist und von Lehre und Rechtsprechung kontinuierlich ausdifferenziert wurde. Im Aufsichtsrecht wird die punktuelle Regulierung durch das FIDLEG abgelöst. Dieses bleibt allerdings deutlich hinter dem privatrechtlichen Vertrauensschutz zurück. Darüber hinaus liegt es auch unter dem aufsichtsrechtlichen Schutzstandard, den MIFID II für die EU vorgibt. Besonders offensichtlich ist dies beim Kern der Verhaltenspflichten, nämlich bei der Eignung (*suitability*) und der Angemessenheit (*appropriateness*).

VI. Kundenvertrauen: Schlagwort oder reale Grundlage?

Kundenvertrauen: Schlagwort oder reale Grundlage? Dies war das übergreifende Thema der Tagung, aus der heraus dieser Beitrag entstanden ist. Hierzu kann man im Hinblick auf das Kundenvertrauen in die Banken folgende Ergebnisse festhalten:

1. Notwendige Differenzierungen

Das Kundenvertrauen ist facettenreich und es drängt sich auf, zwischen dem Grundvertrauen (finanzielle Solidität), dem Integritätsvertrauen (Datensicherheit und Datenschutz), dem praktischen Vertrauen (professionelle Abwicklung des Geschäfts) und dem strategischen Vertrauen (kundenbezogene Interessenwahrung) zu unterscheiden. Die Umfragen zeigen hinsichtlich dieser Vertrauensaspekte ein differenziertes Bild: Während das Grundvertrauen solide Werte ausweist, nehmen diese Werte ab, wenn es um das Integritätsvertrauen und das praktische Vertrauen geht. Eindeutiges Schlusslicht bildet das strategische Vertrauen; weniger als 20% der Kundinnen und Kunden vertrauen darauf, dass die Bank die kundenbezogenen Interessen vor ihre eigenen stellt.

2. Problemfall: Strategischer Vertrauensschutz

Der rechtliche Vertrauensschutz ist im aktuellen Rechtsrahmen bei allen Vertrauensaspekten ähnlich stark ausgebaut. Allerdings droht ausgerechnet mit dem neuen Anlegerschutzgesetz FIDLEG ein Rückschritt des materiellen Schutzniveaus im Bereich des strategischen Vertrauens. Mit dem FIDLEG verfügt die Schweiz erstmalig über ein genuines Anlegerschutzgesetz, das von der FINMA präventiv und flächendeckend durchgesetzt wird. Das ist fraglos ein Fortschritt. Hingegen bleibt das FIDLEG inhaltlich deutlich unter den privatrechtlichen Anforderungen und gleichermaßen deutlich unter den Anforderungen des EU-Rechts.

2.1 FIDLEG: Ausstrahlungsmodell und Vorrangmodell

Das Problem der fehlenden EU-Äquivalenz¹⁰² wurde zusätzlich verschärft, weil der Ständerat dem FIDLEG eine Regel hinzugefügt hatte, die besagte, dass mit der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Pflichten die identischen privatrechtlichen Pflichten als erfüllt gelten.¹⁰³ Der Nationalrat hatte den Vorrang des FIDLEG daraufhin sogar noch weiter gefasst: Es sollen mit der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Pflichten nach FIDLEG auch alle gleichgerichteten privatrechtlichen Pflichten erfüllt sein.¹⁰⁴ Damit wurde für die Verhaltenspflichten ein Vorrangmodell zugunsten des Aufsichtsrechts eingeführt. Die WAK-Ständerat hat in ihrer letzten Beratung die Vorrangregelung wieder gestrichen und ist zum bundesrätlichen Ausstrahlungsmodell zurückgekehrt.¹⁰⁵

Das Ausstrahlungsmodell geht von der wechselseitigen Beeinflussung von Aufsichtsrecht und Zivil-

¹⁰² Zur Äquivalenz als Regulierungskriterium im Finanzmarktrecht siehe den gleichnamigen Beitrag von Weber/Sethe (Fn. 86), 569 ff.

¹⁰³ Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-FIDLEG (Fassung SR vom 14. Dezember 2016).

¹⁰⁴ Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017). Der Minderheitsantrag auf Streichung der Vorrangregel, den auch der Bundesrat unterstützte, wurde mit 101 zu 89 (bürgerlichen) Stimmen bei einer Enthaltung abgelehnt, vgl. Abstimmungsprotokoll des Nationalrates, Geschäft 15.073-1, Ref. 15564.

¹⁰⁵ Siehe WAK-S Medienmitteilung, 18. Oktober 2017. Siehe auch Tages Anzeiger vom 19. Oktober 2017 (Ständerat krebst zurück).

recht aus: Zwar behält jedes Teilrechtsgebiet seinen eigenen Anwendungsbereich; doch ist die jeweils andere Teilrechtsordnung bei der Auslegung der eigenen Regeln zu beachten.¹⁰⁶ Anders gesagt: Die Zivilgerichte müssen das Aufsichtsrecht bei der Auslegung von zivilrechtlichen Verhaltenspflichten im Rahmen der systematischen Auslegung berücksichtigen. Sie behalten aber ihre traditionelle Flexibilität, den Einzelfall auf der Grundlage des gesamten Methodenkanons zu lösen und ihn mit Blick auf die konkreten Umstände zu entscheiden.

2.2 Die Vorteile des Ausstrahlungsmodells

Das Ausstrahlungsmodell bewahrt den heute geltenden privatrechtlichen Standard bei den Verhaltensregeln. Das ist sein grösster Vorteil, denn dieser Standard hat sich bewährt. Er bewahrt auch die zentrale Funktion des Privatrechts, nämlich die flexible Weiterentwicklung des Rechts anhand von Einzelfällen sowie die Beachtung von Treu und Glauben. Schliesslich belässt das Ausstrahlungsmodell die private Bank/Kunden-Beziehung im allgemeinen, für alle Beauftragten geltenden Auftragsrecht. Damit ist auch eine gleichförmige Rechtsanwendung für alle Beauftragten, seien es nun Banken oder andere Dienstleister, gewahrt.

Auch für die Äquivalenzdiskussion mit der EU ist das Ausstrahlungsmodell deutlich vorteilhafter als das Vorrangmodell. Angesichts der offenkundigen Unterschreitung der EU-Standards durch das FIDLEG kann man immerhin darauf hinweisen, dass das schweizerische Privatrecht jedenfalls bei den Beratungsgeschäften eine weitgehende Äquivalenz mit den EU-Standards aufweist. Würde das FIDLEG als Maximalstandard für die Verhaltensregeln definiert, so entfielen dieses Argument zugunsten der Äquivalenz – selbst wenn sich mit den Jahren zeigen sollte, dass die Zivilgerichte ihre Unabhängigkeit nicht leichtthin aufgeben werden.

Die Streichung der Vorrangregel durch die WAK-Ständerat¹⁰⁷ ist deshalb sowohl aus der Sicht

der Äquivalenzdiskussion wie auch aus der Sicht des Anlegerschutzes sehr zu begrüssen.¹⁰⁸ Die Vorteile des Ausstrahlungsmodells treten aber vor allem in den Vordergrund, wenn man sich die Nachteile des Vorrangmodells vor Augen führt.

2.3 Die Nachteile des Vorrangmodells

Bevor man die Nachteile des Vorrangmodells näher beleuchtet,¹⁰⁹ ist zunächst zu fragen, welche Vorteile denn überhaupt mit dem Vorrangmodell verbunden wären. Aus der Sicht der Finanzdienstleister kann man hier die grössere Rechtssicherheit anführen. Die Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben des FIDLEG obliegt teilweise dem Bundesrat, im Wesentlichen aber der FINMA. Die FINMA ist strukturell in der Lage, mittels Rundschreiben und FAQs detaillierte Verhaltensanweisungen zu formulieren. So können sich die Finanzdienstleister an einem einzigen Regelwerk und an einer einzigen Entscheidungsinstanz orientieren. Zudem können sie dank der partizipativen Regulierung (runde Tische, Vernehmlassungen) ihre Anliegen einbringen. Judikative «Ausreisser», wie etwa die Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts, können auf diese Weise besser vermieden werden. Das Vorrangmodell ist insofern auch Ausdruck eines tiefen Misstrauens gegenüber der dritten Gewalt im Staat. Die Vorteile des Vorrangmodells werden aber teuer erkauft, denn das Modell ist mit gewichtigen Nachteilen verbunden:¹¹⁰

Das Vorrangmodell ist erstens – wie bereits oben diskutiert – ein zusätzliches Hindernis für die ohnehin schon schwierige Äquivalenzdiskussion mit der EU; auf das Argument einer weitgehend EU-äquivalenten Rechtspraxis der Zivilgerichte bei den Kernfragen der *suitability* und – wenn auch in geringerem Masse – der *appropriateness* wird man verzichten müssen.

¹⁰⁶ Siehe Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8921 (Aufsichtsrecht kann zur Konkretisierung des Privatrechts herbeigezogen werden). Zum Ausstrahlungsmodell insgesamt siehe etwa Rolf H. Weber, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 2013, 409 f., 415 f.

¹⁰⁷ Medienmitteilung WAK-S vom 18. Oktober 2017. Siehe auch Tages Anzeiger vom 19. Oktober 2017, 11 (Ständerat krenzt zurück).

¹⁰⁸ Zurückhaltend bezüglich eines echten Spielraums für Abweichungen von MiFID bei der Äquivalenzdiskussion: Weber/Sethe (Fn. 86), 576 f.

¹⁰⁹ Siehe dazu schon Susan Emmenegger, Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung, in: dies. (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, 202 ff.; dies., Fidleg als Carte blanche für spekulative Anlageberatung, NZZ vom 7. September 2017, 29; Interview mit Susan Emmenegger, Der Bund vom 12. September 2017, 11 (Das neue Gesetz schützt eher Finanzdienstleister als Anleger).

¹¹⁰ Siehe dazu schon die Verweise in Fn. 109.

Zweitens privilegiert das Vorrangmodell die Sichtweise der Finanzindustrie bei der Regelsetzung und bei der Regelkonkretisierung. Diesbezüglich ist dies ein Vorteil des anderen Nachteil: Auf dem Marktplatz der Regulierungsideen haben die Ansichten der Finanzdienstleister aufgrund der tatsächlichen Rahmenbedingungen ein ungleich grösseres Gewicht als die Ansichten der Kundinnen und Kunden. Das gilt insbesondere bezüglich der Detailregulierung durch die FINMA. In der neuen Finanzmarktarchitektur werden zudem die unabhängigen Vermögensverwalter selbstreguliert überwacht, und in diesem Rahmen wird der Zugang zur FINMA zusätzlich erleichtert. Die Kundinnen und Kunden sind demgegenüber als Interessengruppe nicht oder nur punktuell vertreten, sie spüren die gesetzgeberischen Entscheidungen erst *ex post* und nur im Einzelfall. Damit wird eine Gruppe von *stakeholdern* deutlich privilegiert. All dies ist nicht neu. Neu wäre aber mit dem Vorrangmodell, dass diese Privilegierung direkt in die privatrechtliche Beziehung zwischen den Finanzdienstleistern und ihren Kundinnen hineinspielt. Überspitzt gesagt können sich die Finanzdienstleister mit dem Vorrangmodell im Bereich der Verhaltensregeln ein Vertragsrecht schaffen, das ganz auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten ist.

Drittens geht das Vorrangmodell von sachlich *unrichtigen Prämissen* aus. Die Begründung für das Vorrangmodell war, dass bezüglich der Verhaltenspflichten im Zivil- und im Aufsichtsrecht ein vergleichbares Schutzniveau besteht.¹¹¹ Wie oben eingehend dargelegt wurde, trifft dies nicht zu; inhaltlich geht der privatrechtliche Pflichtenkanon deutlich weiter als die entsprechenden Pflichten gemäss FIDLEG. Ohne diese Grundbedingung lässt sich ein Vorrang aber in einem Gesetz, das gemäss seiner Zweckbestimmung den Schutz von Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern bezweckt, nicht rechtfertigen. Das hat auch die WAK-Ständerat berücksichtigt, als sie die Vorrangregel gestrichen hat.¹¹²

Die unrichtige Prämisse führt viertens dazu, dass das Vorrangmodell *widersprüchlich* ist: Die Grundbedingung und die praktische Voraussetzung der Vorrangregel lassen sich nicht in Einklang bringen. Die

Vorrangregel hat nur dann einen Anwendungsbereich, wenn das Aufsichtsrecht nicht hinter den zivilrechtlichen Pflichten zurückbleibt. Bleibt es aber zurück, ist die Grundbedingung für das Vorrangmodell, nämlich das vergleichbare Schutzniveau, nicht erfüllt.¹¹³

Die Regelung ist fünftens *rechtsstaatlich bedenklich*. Der Grundsatz der Gewaltenteilung verlangt, dass die Gerichtsinstanzen und die Verwaltungsbehörde voneinander unabhängig sind (Art. 30 Abs. 1 BV). Die aufsichtsrechtlichen Pflichten werden zu wesentlichen Teilen in den Rundschreiben der FINMA konkretisiert. Nach der heutigen Rechtslage beachten die Zivilgerichte die FINMA-Rundschreiben bei der Auslegung des Obligationenrechts. Sie sind aber nicht abschliessend daran gebunden, weil die aufsichtsrechtliche Wertung nur ein Auslegungselement unter mehreren ist.¹¹⁴ Diese bisherige Praxis entspricht dem Ausstrahlungsmodell des bundesrätlichen Entwurfs. Im Vorrangmodell sind die Weichen anders gestellt. Wenn die FINMA die Verhaltenspflichten in Rundschreiben konkretisiert, dann sind dies eben die aufsichtsrechtlichen Pflichten, die der Finanzdienstleister zu erfüllen hat. Erfüllt er sie, so gelten die gleichgerichteten zivilrechtlichen Pflichten als erfüllt; die Feststellung einer zivilrechtlichen Pflichtverletzung ist dann nicht mehr möglich. Im Ergebnis wird damit die FINMA diesbezüglich zur obersten Zivilinstanz. Das entspricht nicht ihren Aufgaben und liegt auch nicht in ihrer (Sach-)Kompetenz.¹¹⁵ Es wird auch dazu führen, dass die Finanzdienstleister in unangenehmen Situationen bei der FINMA Druck machen, um eine Verlautbarung oder gar eine Rundschreibenergänzung zu erwirken, die sie auf der zivilrechtlichen Seite entlastet. Zwar haben die Zivilgerichte ihrerseits Mittel in der Hand, um ihre Unabhängigkeit zu bewahren. Aber die Weichenstellung ist aufgrund des Vorrangmodells vorgegeben und die Bewahrung und Durchsetzung der zivilrechtlichen Grundprinzipien wird ungleich schwieriger.

Sechstens führt das Vorrangmodell in seiner Grundtendenz dazu, dass der Grundsatz von *Treu*

¹¹¹ So der Berichterstatter der WAK-S, Amtl. Bull. SR 2016, 21 f. Dieselbe Argumentation wurde in den Verhandlungen des Nationalrats noch einmal vorgebracht (die Schriftfassung der Debatte ist derzeit noch nicht verfügbar).

¹¹² Vgl. Medienmitteilung WAK-S vom 18. Oktober 2017, 2.

¹¹³ So schon Emmenegger (Fn. 109), 202.

¹¹⁴ Zum pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts siehe BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N 194 ff., m.w.N.

¹¹⁵ So auch die WAK-S, siehe Medienmitteilung vom 18. Oktober 2017, 2.

und Glauben ausgehebelt wird. Im Zivilrecht ist jede allgemeine Rechtsregel am Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) zu messen. Daraus können sich für die Einzelfallentscheidung Abweichungen ergeben, die im zivilrechtlichen Kontext zwingend zu beachten sind. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die einzelfallweise Aufklärung im eigentlich beratungsfreien Execution-Only-Geschäft ist dafür ein gutes Beispiel.¹¹⁶ Das Aufsichtsrecht muss sich naturgemäss auf die Standardszenarien beschränken, weil es nicht einen konkreten Streitfall beurteilt, sondern nur präventiv agieren kann. Im präventiven «check-the-box»-System lässt sich der Grundsatz, wonach «jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln [hat]», nicht verankern, denn dieser Grundsatz kommt erst *ex post* bei der Beurteilung des Einzelfalles zum Tragen.¹¹⁷ Zwar können die Zivilgerichte auch das Aufsichtsrecht unter Zugrundelegung von Art. 2 ZGB auslegen. Sie bewegen sich dann aber ausserhalb ihres angestammten Gebietes, und sie müssen berücksichtigen, dass fortan die FINMA mit detaillierten Regelungen die Rahmenbedingungen setzt.

Die Regelung ist siebtens *methodisch* verfehlt. Aufsichtsrecht und Zivilrecht verfolgen im Bereich des Anlegerschutzes parallele, aber nicht identische, Ziele.¹¹⁸ Ihre Regeln sind deshalb im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung möglichst kohärent anzuwenden, gleichzeitig sind aber ihre teilrechtsspezifischen Zielsetzungen zu beachten. In der wechselseitigen Einflussnahme der beiden gleichrangigen Teilrechtsgebiete liegt der Schlüssel für eine ausgewogene Weiterentwicklung des Rechts.¹¹⁹ Mit dem Vorrangmodell wird ein wichtiger Treiber für diese Weiterentwicklung ausgeschaltet. Das Zivilrecht kann auf neue Entwicklungen (z.B. Digitalisierung) mit Einzelentscheiden reagieren und die Verhaltenspflichten in kleinen Schritten anpassen. Unter dem Vorrangmodell wären demgegenüber der Bundesrat und vor allem die FINMA für die Weiterentwicklung ver-

antwortlich. Weil weder der Bundesrat noch die FINMA für die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen dem Finanzdienstleister und dem Kunden zuständig sind, kann die Weiterentwicklung nicht in kleinen Schritten und anhand konkreter Einzelfälle erfolgen. Es braucht eine Verordnung und ein Rundschreiben mit generellen Regeln, und in diesem Zeitpunkt müssen alle Antworten bereits gefunden sein. Man «friert» also gewissermassen die Verhaltensregeln auf dem heutigen Stand ein. Dabei wird vergessen, dass das FIDLEG zu weiten Teilen die bisherige Rechtsentwicklung im Vertragsrecht abbildet. Man braucht also das Zivilrecht für eine sachgerechte Regulierung, die mit den Entwicklungen Schritt hält. Mit der Vorrangregel wird die Grundlage für eine solche Regulierung jedoch ausgehebelt.

3. Fazit

Die Differenzierungen im Bereich des Kundenvertrauens lassen zwar ein solides Grundvertrauen der Kundinnen und Kunden in die Schweizer Banken erkennen. Aber just im zentralen Bereich des strategischen Vertrauens brechen die Umfragewerte massiv ein. Dass nur 17% der Kundinnen und Kunden darauf vertrauen, dass die Bank an ihrem langfristigen finanziellen Wohlergehen interessiert ist, ist eine schlechte Nachricht für den Finanzplatz Schweiz.

Ausgerechnet in diesem Bereich der kundenbezogenen Interessenwahrung buchstabiert das neue Anlegerschutzgesetz FIDLEG weiter zurück. Solange dies nur das Aufsichtsrecht betrifft, das als Mindeststandard einen von der FINMA durchgesetzten, flächendeckenden Anlegerschutz statuiert, kann man dies als Kompromisslösung ansehen, die einer Regulierungswelle den Riegel schieben möchte. Hingegen kann nicht genügend betont werden, dass ein aufsichtsrechtlicher Vorrang im Bereich der Verhaltensregeln fatal wäre. Das Kundenvertrauen würde dann effektiv zu einem Schlagwort ohne reale Grundlage werden.

¹¹⁶ Siehe dazu oben Fn. 77 ff. und dazugehöriger Haupttext.

¹¹⁷ Zu diesem Unterschied auch Weber (Fn. 106), 411.

¹¹⁸ Zu den unterschiedlichen Schutzziele von Privatrecht und Aufsichtsrecht siehe Weber (Fn. 106), 410 Fn. 44.

¹¹⁹ Ähnlich Weber (Fn. 106), 415.