

Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?

Susan Emmenegger | Thirza Döbeli

Ten years after the global financial crisis, the Financial Stability Board reports that regulation has built a «safer, simpler and fairer financial system». While there are indeed notable improvements in the regulatory architecture, the question remains whether banking, as seen from a retail customer perspective, has become safer, simpler, and fairer. This article argues that, overall, retail customers do operate in a safer banking environment than they did before the crisis. Banking has also become simpler due to technological advance-

ments. This leaves us with the question whether retail banking has become fairer. For the answer one invariably turns to the «new law in town», the Swiss Financial Services Act (FIDLEG). The Act makes the fair treatment of customers a supervisory concern, taking it out of the purely contractual private law realm. Undoubtedly, FIDLEG leaves ample room for improvements. But before one argues how full or how empty the glass is, one should remember that, with FIDLEG, we finally have a glass.

Inhaltsübersicht

Einleitung

- I. Safer, simpler, fairer
 1. Die Regulierungssicht
 2. Die Kundensicht
- II. Sichere Bankgeschäfte
 1. Finanzielle Solidität der Banken (Prävention)
 2. Einlagensicherung (Kompensation)
 3. Cybersicherheit im Bankenverkehr
- III. Einfache Bankgeschäfte
- IV. Faire Bankgeschäfte
 1. Privatrecht
 2. Aufsichtsrecht (FIDLEG)
- V. Schluss

Einleitung

Am 15. September 2008 trugen die Mitarbeitenden Pappkartons mit ihren persönlichen Gegenständen aus dem Hauptgebäude der traditionsreichen Investmentbank Lehman Brothers an der New Yorker Wall Street. Der Zusammenbruch gilt als Höhepunkt der *Great Financial Crisis* der Jahre 2007/2008. Die Krise zerstörte 15 Billionen USD Vermögen,¹ allein in den USA verloren 5 Millionen Menschen ihr Zuhause,² weltweit gingen 61 Millionen Arbeitsplätze verloren,³ die UBS musste gerettet werden, die Schweizer Anle-

ger von Lehman Absolute-Return-Fonds erlitten Totalverluste in Höhe von rund CHF 4 Milliarden.⁴

Heftige Krisen produzieren heftige regulatorische Wellen, das war auch bei dieser Finanzkrise nicht anders. Zwei Monate nach dem Lehman Brothers-Crash wurde mit dem G20-Gipfel die Regulierungsmaschine in Gang gesetzt. Die internationale Gemeinschaft suchte im Rahmen der zu neuem Leben erweckten G20 nach gemeinsamen Antworten zur Krisenbewältigung, daneben wurde auf der Ebene der Einzelstaaten oder der Staatenverbunde (EU) nach Lösungen gesucht, die einerseits die Folgen der Krise eindämmen, die aber vor allem auch künftige Krisen verhindern sollten. Zehn Jahre später vermeldet der Vorsitzende des Financial Stability Board, *Mark Carney*, im Vorfeld des G20-Gipfels folgende gute Neuigkeiten: «We have fixed the issues that caused the last crisis.»⁵ Mit den G20-Reformen werde ein

¹ Siehe etwa *Mark Adelson*, *The Deeper Causes of the Financial Crises: Mortgages Alone Cannot Explain It*, *The Journal of Portfolio Management*, Spring 2013, ff.

² Siehe *CoreLogic*, *National Foreclosure Report*, März 2014, 2.

³ Siehe *International Labour Organization*, *World Employment Social Outlook, Trends 2015*, 11.

⁴ NZZ vom 14. September 2018, 28 (Schweizer Anleger verlieren Milliarden). Die Berechnung des Verlustes entstammt einem vertraulichen FINMA-Bericht vom 10. März 2009, welcher «Der Sonntag» (heute: «Schweiz am Wochenende») am 6. November 2011 auf seiner Homepage umfassend veröffentlicht hatte. Im offiziellen, öffentlichen Bericht der FINMA vom 2. März 2010 zu den Affären Madoff und Lehman ist keine ähnliche Berechnung enthalten.

⁵ Siehe *The Guardian* vom 3. Juli 2017 (We have fixed issues that caused financial crisis, says Mark Carney) und *The Telegraph* vom 3. Juli 2017 (Carney flags regulatory fatigue as major threat to G20 economics). Für die gesamte Pressekonferenz vom 3. Juli 2017 siehe <<http://www.fsb.org/multimedia/fsb-chairs-press-briefing-in-london-ahead-of-the-g20-leaders-summit-in-hamburg-germany>>.

Finanzsystem aufgebaut, das «safer, simpler and fairer» sei.⁶

Was ist damit gemeint und wie sind die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen aus der Sicht der Retailkundinnen und -kunden einzuschätzen? Was bedeutet aus Sicht dieses spezifischen Kundensegments Sicherheit, Einfachheit und Fairness? Reflektiert der Rechtsrahmen diese Erwartungen? Diesen Fragen will der vorliegende Beitrag nachgehen.

I. Safer, simpler, fairer

1. Die Regulierungssicht

Nach Auffassung von *Mark Carney* ist das Finanzsystem heute *sicherer*, weil die grössten Banken bis zu zehnmals mehr Kernkapital halten müssen als vor der Krise, zudem seien sie aufgrund der Too-big-to-fail-Standards zu einer höheren Marktdisziplin verpflichtet.⁷ *Einfacher* sei das Finanzsystem heute, weil die toxischen Formen des Schattenbankens beseitigt und dessen übrige Formen einem Regulierungsrahmen unterstellt worden seien.⁸ Namentlich seien auch die komplexen und intransparenten Abhängigkeiten im OTC-Derivatgeschäft stark reduziert worden. Dieses laufe heute in transparenten und geordneten Bahnen. *Fairer* sei das Finanzsystem, weil die Regeln zur Abwicklung zahlungsunfähiger Banken heute so strukturiert seien, dass nicht die Steuer-

zahler, sondern die Eigentümer der Bank bzw. die Investoren die Verluste tragen müssen.⁹

2. Die Kundensicht

Für die Retailperspektive auf ein *safer, simpler und fairer* Finanzsystem fehlt eine dokumentierte Sichtweise, wie sie das FSB für die Regulatoren verfasst hat. Ein erster Zugriff ergibt sich immerhin aus der (im Zusammenhang mit diesem Beitrag eigens entwickelten) anektotischen Empirie: Es wurden im Sommer 2018 die Menschen an einem Fest des Berner Länggassquartiers zu ihrem Verständnis von sicheren, einfachen und fairen Banken befragt. Dabei hat sich folgendes Bild ergeben: Mit «Sicherheit» verbindet die typische Retailkundin, dass die Banken «nicht zusammenkrachen». Einige wenige – mutmasslich die *Bund-* bzw. die (heimlichen) NZZ-Leserinnen – erwähnten zusätzlich, dass man ja bis zu CHF 100 000 sicher sei. Deutlich öfter als die Einlagensicherung wurde unter dem Stichwort «Sicherheit» der Schutz vor Hacking-Attacken erwähnt. «Einfacher» wurde durchweg mit «benutzerfreundlich» assoziiert, wobei selbst die älteren Generationen sich vorstellen können, per Handy oder Smart Watch zu bezahlen. Und als «fair» gilt vorab diejenige Bank, die ihre Kunden «nicht abzockt».

Im Ergebnis kann zur Retailersicht im Hinblick auf ein «safer, simpler and fairer banking» Folgendes festgehalten werden: Sicherheit bedeutet, dass die eigene Bank nicht Konkurs geht und dass im *worst case* die Kontogelder in einem gewissen Umfang geschützt werden. Sicherheit bedeutet aber aus Retailersicht auch Datensicherheit im Hinblick auf unbefugte Kontozugriffe. Einfachheit wird demgegenüber mit der praktischen Abwicklung des (täglichen) Bankgeschäfts in Verbindung gebracht. Und Fairness bedeutet aus Retailersicht die kundenbezogene Interessenausrichtung der Bank im Rahmen der Dienstleistungserbringung.

⁶ Vgl. Pressekonferenz vom 3. Juli 2017 (Fn. 5) und den dazugehörigen «Press release», abrufbar unter <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/R030701-1.pdf> sowie *Mark Carney*, Letter To G20 Leaders vom 3. Juli 2017, abrufbar unter <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/P030717-1.pdf>.

⁷ *Carney* (Fn. 6), 1 f.

⁸ *Carney* (Fn. 6), 1 f. Offenbar wird kein Widerspruch zwischen dem Begriff «Einfach» und der Tatsache gesehen, dass allein die Kapitalisierungsvorschriften von Basel III zwei Millionen Wörter umfassen, siehe dazu NZZ-Online vom 10. August 2017 (Am Anfang stand ein Bankenkollaps. Dann kam die Regulierung – und hörte nicht mehr auf). Siehe auch NZZ vom 10. August 2017, 26 (Texte, welche die nächste Finanzkrise verhindern sollen).

⁹ Diese Konkretisierung findet sich im Schreiben von *Carney* (Fn. 6) nicht explizit, demgegenüber aber in der vom FSB gleichentags aufgeschalteten Präsentation zum Thema «How have the reforms made the financial system fairer», abrufbar unter: <http://www.fsb.org/multimedia/fairer/>.

II. Sichere Bankgeschäfte

Im Anschluss an die obenstehenden Erwägungen gilt es beim Thema der sicheren Bankgeschäfte zu fragen, ob die Kontoguthaben bei den Banken heute sicherer sind, weil die Banken (1) finanziell solider aufgestellt sind als vor der Krise, (2) im Fall eines unwahrscheinlichen Bankkonkurses die Kontoguthaben besser geschützt sind und (3) die Sicherheit der Kontoguthaben vor unautorisierten Zugriffen gewährleistet ist.

1. Finanzielle Solidität der Banken (Prävention)

Die Revision der Kapitalvorschriften von Banken stand bei den internationalen Regulierungsbestrebungen an vorderster Stelle. So hat man unter Basel III 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.¹⁰ Basel IV führt diese Bestrebungen weiter.

Für die Schweiz geben wissenschaftliche Studien Entwarnung. So kommen die Professoren *Jans, Lengwiler* und *Passardi* zum Schluss, dass die UBS Ende 2017 nicht mehr hätte gerettet werden müssen.¹¹ Die zwei Millionen Wörter von Basel III haben sich also gelohnt!¹² Nach den Berechnungen der Autoren betragen die von der UBS erzielten Verluste in den Jahren 2007 bis 2009 6,5% der risikogewichteten Aktiven (RWA). Die UBS verfügte per Ende 2017 über 13,8% hartes Kernkapital (CET1-Kapital), womit eine Kapitalquote von 7,3% verbleibt. Auch unter dem Szenario der neuen Basel IV-Regeln hätte die Abwicklung der Bank bzw. deren Rettung verhindert

werden können. Allerdings weisen die Autoren darauf hin, dass der Weg zurück zur Zielquote von 10% noch zu bewältigen ist, und sie warnen vor einer Lockerung der Eigenmittelanforderungen.¹³ Mit retrospektivem Blick auf die Finanzkrise 2007/2008 erteilt die Autorenschaft den Kapitalvorschriften unter Basel III insgesamt gute Noten. Die Frage der generellen Krisenresistenz der Schweizer Banken vor dem Hintergrund möglicher zukünftiger Krisenszenarien müsse allerdings differenziert beantwortet werden. Zu unterscheiden sei insbesondere danach, ob die Krise einzelne Institute oder die Bankenbranche als Ganzes betreffe, sowie danach, ob das krisenbetroffene Institut bzw. die in Gefahr geratenen Institute systemrelevant ist bzw. sind.¹⁴ Insgesamt kommen die Autoren jedoch auch diesbezüglich zum Schluss, dass die Schweizer Banken und das Bankensystem dank den Bestimmungen von Basel III sehr viel krisenresistenter geworden seien. «Normale» Krisen sollten diese gut bewältigen können, auch für «Grosskrisen» seien sie heute deutlich besser gerüstet.¹⁵

2. Einlagensicherung (Kompensation)

Die heutigen Kapitalvorschriften haben das Risiko eines Bankenkurses gesenkt. Insofern hat sich der Kundenschutz verbessert. Doch wie gut ist die Kundin für den Fall gerüstet, dass ihre Bank dennoch Konkurs geht? Auch diesfalls genießt sie einen gewissen (kompensatorischen) Schutz: die Einlagensicherung.

Nach dem Konkurs der Spar- und Leihkasse Thun im Oktober 1991, der CHF 220 Mio. Privat- und Geschäftsvermögen vernichtete und bei dem rund 6300 Kunden mehr als ein Drittel ihres Vermögens verloren,¹⁶ wurden Stimmen laut, die eine Modernisie-

¹⁰ Siehe *Philippe Bingert/Bernhard Heinemann*, BSK BankG, Art. 4 N 4 ff.; *René Bösch*, Grossbankenregulierung: Status – Quo Vadis?, in: Thomas Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen VIII, Zürich 2014, 263 ff.

¹¹ *Armin Jans/Christoph Lengwiler/Marco Passardi*, Die UBS müsste heute nicht mehr gerettet werden, Die Volkswirtschaft 6/2018, 50 ff. (abrufbar unter <https://dievolkswirtschaft.ch/content/uploads/2018/05/19_Passardi_Jans_Lengwiler_DE.pdf>); Siehe zur gleichen Schlussfolgerung in Bezug auf die Situation Ende 2016 ausführlich *dies.*, Krisenfeste Schweizer Banken? Die Regulierung von Eigenmitteln, Liquidität und «Too big to fail», Zürich 2018, 700 ff. und 732 ff.

¹² Zum Umfang von Basel III siehe die NZZ-Artikel vom 10. August 2017 (Fn. 8).

¹³ Vgl. *Jans/Lengwiler/Passardi*, Die UBS müsste heute nicht mehr gerettet werden (Fn. 11), 52 f.

¹⁴ Vgl. *Jans/Lengwiler/Passardi*, Krisenfeste Schweizer Banken? (Fn. 11), 732 ff.

¹⁵ Vgl. *Jans/Lengwiler/Passardi*, Krisenfeste Schweizer Banken? (Fn. 11), 732.

¹⁶ Der Bund vom 30. September 2016 (Bankencrash in Thun erschütterte Schweiz), abrufbar unter <<https://www.derbund.ch/wirtschaft/standard/Bankencrash-in-Thun-erschuetterte-1991-die-Schweiz/story/19639955>>; NZZ-Online vom 4. Januar 2006 (Schlussstrich unter Bankentpleite). Zu den Ereignissen rund um den Konkurs siehe NZZ vom 6. November 2001, 27 (Rückblick auf die Regionalbankenkrise).

zung des Bankkonkursrechts forderten. Das damalige Konkursprivileg beschränkte sich auf bestimmte Kontoarten, die Einlagensicherung erfolgte freiwillig.¹⁷ Mit der Revision des BankG im Jahr 2004 wurde eine erste Modernisierung erreicht. Insbesondere wurde ein Konkursprivileg in Höhe von CHF 30 000 für alle Einlagen und ein Obligatorium der Einlagensicherung in Höhe von max. CHF 4 Mrd. geschaffen.¹⁸ Dank dieser Modernisierung traf die Finanzkrise das Schweizer Einlegerschutzsystem nicht gänzlich unvorbereitet. Dennoch zeichnete sich während der Krise ab, dass das Schutzniveau nicht ausreichend war. Deshalb beschloss die Bundesversammlung auf dem Höhepunkt der Krise in einer dringlichen Revision des BankG unter anderem eine Erhöhung des Konkursprivilegs auf CHF 100 000 und eine Anhebung der Systemobergrenze der gesicherten Einlagen auf maximal CHF 6 Mrd.¹⁹ Diese Massnahmen wurden 2011 dauerhaft verankert.²⁰

Hingegen sind bisher alle Bemühungen, bei der Einlagensicherung einen Systemwechsel herbeizuführen und namentlich einen Fonds zur *ex-ante*-Finanzierung der gesicherten Einlagen zu schaffen, gescheitert.²¹ So basiert das heutige System des Einlegerschutzes weiterhin auf einem *ex-post*-Selbstregulierungsmodell. Wird eine Bank zahlungsunfähig, kommt die Einlagensicherung zum Zug.²² Die dafür

zuständige esisuisse²³ verlangt die notwendigen Gelder von ihren Mitgliedern, d.h. von den Banken mit gesicherten Einlagen. Dieses System wirkt prozyklisch, weil das Geld von den angeschlossenen Banken genau dann zur Verfügung gestellt werden muss, wenn diese typischerweise selbst Liquiditätsproblemen ausgesetzt sind. Problematisch ist ausserdem die Systemobergrenze der Einlagensicherung. Denn selbst bei der neu vorgeschlagenen Anhebung derselben stehen für die insgesamt CHF 430 Mrd. an versicherten Einlagen nur CHF 7 Mrd. zur Abdeckung zur Verfügung (entsprechend 1,6%);²⁴ zudem haben rund zwölf Institute, darunter auch die fünf systemrelevanten Banken, versicherte Einlagen, welche die Systemobergrenze überschreiten. Die Einlagensicherung funktioniert daher einzig dann, wenn eine kleine oder mittlere Bank isoliert zusammenbricht. Einen Flächenbrand kann man damit nicht löschen. Der Kundenschutz ist folglich seit der Krise verbessert worden, das Einlegerschutzsystem bleibt allerdings ausbaufähig.

3. Cybersicherheit im Bankenverkehr

Die Sicherheit von Bankkonten ist heute nicht nur rund um den Bankenkurs zu bewahren, sondern auch gegen Cyber-Kriminelle zu verteidigen. Cybersicherheit ist im Bankenverkehr zu einem zentralen Anliegen geworden. Zwei Risikoszenarien stehen dabei für die Kundin im Vordergrund: Erstens der Fall, dass Cyber-Kriminelle Kundendaten entwenden, und zweitens die Konstellation, dass Kundenaufträge zwecks unautorisierten Abzugs von Kundengeldern manipuliert werden. Vereinfacht gesagt fürchtet die Kundin entweder den Diebstahl ihrer Daten oder

¹⁷ Die Einlagensicherung stützte sich auf die von der Bankiervereinigung im Jahr 1980 geschaffene und 1993 revidierte «Vereinbarung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank», welche die beschleunigte Auszahlung der gesetzlich privilegierten Einlagen ermöglichte, wobei es sich rechtlich um eine rückzahlbare Bevorschussung handelte. Vgl. hierzu die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002, 8067 f.

¹⁸ Siehe Botschaft BankG 2002 (Fn. 17), BBl 2002, 8061 f.

¹⁹ Vgl. Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, BBl 2010 3994 f.

²⁰ Bei der Gesetzesrevision 2011 wurde sodann ein neues Sanierungs- und Insolvenzverfahrenrecht geschaffen, siehe die Bestimmungen in AS 2011, 3919–3924 sowie die Erläuterungen dazu in der Botschaft BankG 2010 (Fn. 19), BBl 2010, 4007 ff.

²¹ Vgl. Botschaft BankG 2010 (Fn. 19), BBl 2010, 4002 f.

²² Die Einlagensicherung kommt erst dann zum Einsatz, wenn die privilegierten Einlagen in der Höhe von CHF 100 000 pro Kundin und Bank nicht bereits aus den liquiden Mitteln der konkursiten Bank bezahlt werden können.

²³ Die esisuisse hat seit 2005 den Auftrag, die gemäss Art. 37h BankG vorgeschriebene Absicherung von Einlagen bei Banken und Effektenhändlern zu gewährleisten. Banken mit gesicherten Einlagen sind verpflichtet, sich der esisuisse anzuschliessen (vgl. Art. 37h Abs. 1 BankG). Im Falle eines Konkurses zieht esisuisse bei allen Mitgliedern die fälligen Beträge mittels Lastschriftverfahren ein und leitet das Geld innert 20 Tagen an den Liquidator weiter.

²⁴ Die Systemobergrenze soll neu auf 1,6% (aktuell 1,4%) der Gesamtsumme der gesicherten Einlagen festgelegt werden. Dabei darf die nominelle Grenze von CHF 6 Mrd. nicht unterschritten werden. Siehe zur anstehenden Reform die Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Februar 2017 (Bundesrat will das Einlegerschutzsystem verstärken). Die Vernehmlassung soll im März 2019 eröffnet werden.

aber den Diebstahl ihres Geldes. Kundenschutz meint diesbezüglich Datensicherheit und Sicherheit des Zahlungsverkehrs.

a) Datensicherheit

Bei der Datensicherheit geht es vorrangig um die IT-Resilienz der Banken. Diesbezüglich wurden in den letzten Jahren erhebliche Anstrengungen unternommen. So ist der Finanzsektor Teil der Nationalen Strategie zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken (NCS). Diese wurde vom Bundesrat am 27. Juni 2012 mit dem Ziel verabschiedet, in Zusammenarbeit mit Behörden, Wirtschaft und den Betreibern kritischer Infrastrukturen die Cyber-Risiken zu minimieren (sog. NCS 2012–2017).²⁵ Am 18. April 2018 wurde die revidierte, für die Jahre 2018–2022 erarbeitete Strategie lanciert (sog. NCS 2018–2022).²⁶ Im Rahmen der Umsetzung der NCS soll die Melde- und Analysestelle Informationssicherung MELANI gestärkt werden. Diese betreibt die Meldeplattform MELANI-NET, welche allgemeine Informationen und Berichte über Cyber-Ereignisse publiziert, die einem offenen Kundenkreis dienen sollen. Das von MELANI geschaffene GovCERT²⁷ vermittelt sodann detaillierte und zeitnahe Informationen, allerdings einzig zuhause von Betreibern kritischer Infrastrukturen. GovCERT bedient damit einen geschlossenen Kundenkreis. Zu diesem gehören etwa die grossen Banken, nicht aber die kleinen Banken oder die FINMA.

Auch auf der Ebene des Aufsichtsrechts wurden im Hinblick auf die verstärkte IT-Resilienz neue Re-

geln geschaffen. Dort bildet der Schutz der Kundendaten Bestandteil der Cyber-Risiko-Regulierung.²⁸ Branchenseitig besteht einerseits ein Expertengremium der SBVg zu «Information Security und Cyber Defence» sowie eine Arbeitsgruppe Sicherheit in der Informationstechnologie der Schweizer Banken (ASIT), wobei diese Gremien keinen spezifischen Fokus auf Cybersicherheit legen.

Insgesamt kann man festhalten, dass es im Bereich der IT-Resilienz der Banken und insbesondere punkto Sicherheit der Kundendaten verschiedene Entwicklungen gibt, dass aber bisher keine Strategie und kein umfassender Approach bezüglich Cyber-Risiken im Finanzsektor bestehen. Sodann fehlt es an einem spezifischen Krisendispositiv für eine rasche Reaktion auf Cyber-Krisen durch Finanzinstitute sowie an einer Cyber-Krisenorganisation für den Finanzplatz, welche die Cyber-Resilienz des Finanzplatzes stärkt, Resilienz-Tests plant und leitet, analysiert, eskaliert, koordiniert und testet und die mit Weisungsbefugnissen ausgestattet ist. Im internationalen Vergleich liegt die Schweiz damit zurück. So trägt in Singapur, Hong Kong und Deutschland die jeweilige Finanzmarktaufsicht die spezifische (Haupt-) Verantwortung für Cyber-Risiken, wobei diesbezüglich mit der Branche zusammengearbeitet wird. Die USA, Australien und das UK kennen einen Zusammenzug der Verantwortung für die Cyber-Sicherheit bei nationalen Cyber Security Centers. Im UK besteht zudem eine institutionelle Zusammenarbeit zwischen den Behörden und den Banken.²⁹

b) Zahlungsverkehr

Beim Zahlungsverkehr geht es sowohl um die Prävention (Resilienz) als auch um die Kompensation. Im Hinblick auf die Kompensation stellt sich vor allem die Frage, wie sich die Rechtslage präsentiert, wenn ein Cyber-Angriff erfolgreich war und Gelder aufgrund einer unbefugten Nutzung der Kunden-Legitimationsmittel vom Kundenkonto abgebogen worden sind. Die Analyse der Banken-AGB für den hier rele-

²⁵ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Juni 2012, Der Bundesrat verabschiedet die Nationale Strategie zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken. Die am 27. Juni 2012 lancierte Strategie sieht Massnahmen vor, die bis 2017 umzusetzen waren, weshalb von der NCS 2012–2017 gesprochen wird. Die NCS 2012–2017 ist abrufbar unter https://www.isb.admin.ch/isb/de/home/themen/cyber_risiken_ncs/ncs_strategie-2012.html. Zur Erreichung dieser Risikominimierung wurden sieben Handlungsfelder mit gesamthaft 16 Massnahmen erarbeitet, vgl. NCS 2012–2017, 4. Banken und Versicherungen werden insbesondere vom Handlungsfeld 2 «Risiko- und Verwundbarkeitsanalyse» und vom Handlungsfeld 6 «Kontinuitäts- und Krisenmanagement» umfasst.

²⁶ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. April 2018, Bundesrat verabschiedet zweite Nationale Strategie zum Schutz der Schweiz von Cyber-Risiken. Die NCS 2018–2022 ist abrufbar unter https://www.isb.admin.ch/isb/de/home/themen/cyber_risiken_ncs/ncs_strategie.html.

²⁷ Swiss Governmental Computer Emergency Response Team.

²⁸ Vgl. z.B. FINMA-RS 2008/21 «Operationelle Risiken – Banken», Rz. 135.6 ff. sowie Anhang I – Umgang mit elektronischen Kundendaten.

²⁹ Zum internationalen Vergleich siehe Beirat Zukunft Finanzplatz vom Juni 2017, Internationales Benchmarking der Schweiz im Bereich Cyber-Sicherheit im Finanzsektor, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/50767.pdf>, 7.

vanten Bereich des Online-Banking zeigt, dass die Schweizer Bankkundin das gesamte Risiko eines Hackerangriffs trägt, unabhängig davon, wo der Angriff erfolgt ist – ob bei der Kundin, auf dem Zahlungsweg oder bei der Bank. Denn die AGB sehen durchweg vor, dass Aufträge, welche die Bank in Verbindung mit dem vereinbarten Legitimationsverfahren erreichen, als vom Kunden verfasst und autorisiert gelten.³⁰ Gelten aber sämtliche Aufträge, die mit dem vereinbarten Legitimationsmittel getätigt werden, als autorisiert, so kann es gar nicht mehr zu einem klassischen Legitimationsmangel kommen. Ob diese Klauseln einer gerichtlichen AGB-Kontrolle Stand halten, muss sich erst noch weisen. Nach der hier vertretenen Ansicht verstossen sie gegen Art. 8 UWG. Denn eine Legitimationsabsprache, die selbst im Fall eines erfolgreichen Angriffs auf die Online-Banking-Systeme der Bank das Risiko auf die Kundin abwälzt, schafft ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten im Bank/Kundenverhältnis zum Nachteil der Kunden und Kundinnen.³¹

In der EU ist der Schutzstandard bei Hacking-Attacken deutlich höher.³² Im Online-Banking sind die Banken gestützt auf die Zahlungsdiensterichtlinie

(PSD2)³³ aufsichtsrechtlich zu einer sogenannten «starken Kundenauthentifizierung» verpflichtet: Die persönlichen Legitimationsmittel müssen aus mindestens zwei unabhängigen Authentifizierungselementen bestehen, zudem muss der Zahlungsvorgang dynamisch mit der Überweisungssumme und dem Zahlungsempfänger verknüpft sein.³⁴ Konkret bedeutet dies, dass die Freigabe eines Online-Zahlungsvorgangs, der zum Beispiel per PIN und TAN am Computer ausgelöst wird, nur erfolgen kann, wenn die Kundin zusätzlich einen weiteren Code auf einem unabhängigen Gerät erhält, z.B. einem Smartphone, und mit diesem Code gleichzeitig genannt wird, wer die Zahlung erhält und wieviel Geld überwiesen wird.

Diese hohen Sicherheitsstandards werden auch privatrechtlich durchgesetzt, nämlich über die Haftungsverteilung. Verlangt die Bank für die elektronische Zahlungsauslösung keine starke Kundenauthentifizierung, muss sie den unbefugt abgezogenen Betrag auch dann ersetzen, wenn die Kundin sich im Umgang mit ihren persönlichen Legitimationsmitteln grob fahrlässig verhalten hat. Ohne starke Kundenauthentifizierung können die Banken also das Risiko einer unautorisierten Transaktion nur dann auf den Kunden abwälzen, wenn dieser in betrügerischer Absicht gehandelt hat.³⁵

In der Schweiz bestehen keine Bestrebungen, die PSD2 in das nationale Recht zu übernehmen. Im Gegenteil: Die Schweizerische Bankiervereinigung hat sich in einer Stellungnahme explizit gegen einen autonomen Nachvollzug ausgesprochen.³⁶ Hingegen zeigen sich erste Anzeichen, dass die Banken bei Cyber-Attacken den Kunden freiwillig stärker entgegenkommen. So teilte die PostFinance kürzlich mit, sie werde im Falle eines unbefugten Zugriffs auf das Kundenkonto den Schaden bis zu einer Höhe von

³⁰ Als Beispiel siehe Ziff. 2.c) der Teilnahmebedingungen E-Finance der PostFinance (Stand August 2018, abrufbar unter <https://www.postfinance.ch/content/dam/pfch/doc/cust/download/efin_sc_de.pdf>): «Wer sich gemäss Ziffer 2b) [durch korrekte Eingabe seiner Legitimationsmittel und Sicherheitselemente] legitimiert, gilt PostFinance gegenüber als Berechtigter zur Benutzung von E-Finance [...]. PostFinance darf ihn daher im Rahmen und Umfang der Dienstleistung ohne weitere Überprüfung seiner Berechtigung über die unter dem E-Finance-Vertrag geführten Konten/Depots Abfragen tätigen lassen sowie von ihm Aufträge und Mitteilungen entgegen nehmen.»

³¹ Siehe Susan Emmenegger, PSD2: Eckpunkte und Relevanz für Schweizer Finanzdienstleister, in: dies. (Hrsg.), *Zahlungsverkehr*, Basel 2018, 58 f.

³² Und dieser soll künftig weiter erhöht werden: Am 3. September 2018 hat der Innenausschuss des Europäischen Parlaments einem Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Betrug bei bargeldlosem Bezahlen mit Kreditkarten, Mobilfunkgeräten und Online-Zahlungsmitteln zugestimmt. Siehe hierzu die Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 4. September 2018, abrufbar unter: <<http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20180903IPR11652/betrug-bei-bargeldlosen-zahlungen-ep-ausschuss-stimmt-fur-besseren-schutz>>, mit Verweisen u.a. auf den entsprechenden Entwurf.

³³ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt [...] (ABl Nr. L 337 v. 23.12.2015, S. 35).

³⁴ Art. 97 Abs. 1 und 2 PSD2. Zur Definition der starken Kundenauthentifizierung siehe Art. 4 Zff. 30 PSD2. Für eine Beschreibung des Vorgangs siehe Fabian Schmid, (Starke) Kundenauthentifizierung: Aufsichtsrecht und Zivilrecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Zahlungsverkehr*, Basel 2018, 70; Susan Emmenegger, Die EU öffnet den Markt für neue Zahlungsdienstleister, *Die Volkswirtschaft* 6/2018, 49.

³⁵ Art. 74 Abs. 2 PSD2. Siehe dazu Emmenegger (Fn. 31), 49.

³⁶ Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), Positionspapier Payment Services Directive (PSD2), September 2017.

CHF 100 000 übernehmen.³⁷ Rechtlich gesehen handelt es sich allerdings nicht um die Übernahme des Schadens durch die Bank, sondern um einen Verzicht der Bank, den Schaden auf die Kundin zu überwälzen. Diese juristische Spitzfindigkeit dürfte die Kundin allerdings wenig interessieren.

III. Einfache Bankgeschäfte

Aus Retailersicht bedeutet *simpler banking* die Optimierung der Benutzerfreundlichkeit des Dienstleistungsangebots. In diesem Bereich sind keine Regulierungsbestrebungen zu verzeichnen, hier vertraut man (noch) dem Markt. Tatsächlich sind auch hier die Entwicklungen positiv, man denke nur an die zahlreichen Innovationen im Bereich des Zahlungsverkehrs, die eine Vereinfachung mit sich bringen, etwa die Near-Field-Communication, die Einbindung von mobilen Endgeräten (Smartphones, Tablets, Smartwatches) in den Bezahlzyklus, die QR-Rechnung, die Beschleunigungen im E-Banking, den Robo-Advice, das Online-Trading und Vieles mehr.³⁸ Insgesamt sind mit der Digitalisierung und den Dienstleistungen der Fintech-Branche praktisch unbeschränkte Vereinfachungsmöglichkeiten verbunden, die Grenzen setzen andere Kundenbedürfnisse, namentlich das Bedürfnis nach Sicherheit und Datenschutz und die für diese Bereiche geltenden Rahmenbedingungen.

³⁷ NZZ vom 21. August 2018 (Postfinance zahlt konsequent bei Online-Attacken), 23. Siehe die Meldung der PostFinance unter <<https://www.postfinance.ch/de/thema/efinance-von-postfinance.html>>. Neu lautet Klausel Ziff. 6d) der Teilnahmebedingungen E-Finance (Stand August 2018) wie folgt: «Die Haftung von PostFinance für Schäden, die dem Kunden [...] durch rechtswidrige Eingriffe in Telekommunikationseinrichtungen und -netze [und weitere Szenarien] entstehen, ist, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen. PostFinance ersetzt jedoch das Guthaben, welches dem Kunden aus der rechtswidrigen Entwendung seiner Legitimationsmittel bzw. Sicherheitselemente entzogen wurde (namentlich bei Phishing- resp. Malware-Attacken), wenn der Kunde diese Teilnahmebedingungen in allen Teilen eingehalten hat. [...]» Daneben gilt weiterhin die Standardklausel, wonach die PostFinance Aufträge, die mittels der vereinbarten Legitimationsverfahren erteilt werden, ausführen darf, vgl. Ziff. 2c) der genannten Teilnahmebedingungen (Fn. 30).

³⁸ Zu den Entwicklungen siehe etwa *Samuel Schenker*, Smartphones und Big Data verändern das Bankgeschäft, *Die Volkswirtschaft* 11/2015, 24 ff.

IV. Faire Bankgeschäfte

In der Schweiz führte die Finanzkrise auch bei den Retailkundinnen zu grossen Verlusten, vorab bei denjenigen, die in Lehman-Papiere investierten; diese Papiere wurden in der Schweiz zum Teil aggressiv vermarktet, allein die Kundinnen der Credit Suisse verloren mit diesen Produkten rund CHF 1,3 Mrd., die FINMA schätzte die Lehman-Verluste auf ca. CHF 4 Mrd.³⁹ Die regulatorische Antwort darauf war ein Aufsichtsgesetz für Finanzdienstleistungen (FILDEG), das allerdings einen Prozess beschleunigte, der sich angesichts der europäischen Rechtsentwicklung bereits abgezeichnet hatte.

Im Privatrecht werden bekanntlich kleinere Brötchen gebacken. Auch hier sind aber Entwicklungen im Hinblick auf ein *fairer banking* zu verzeichnen. Sie sind insofern krisengetrieben, als der Blick auf Transparenz- und Treuepflichten, aber auch auf die Ungleichgewichte im Bank-Kundinnen-Verhältnis, im Nachgang zur Krise schärfer geworden ist. Eine Vollkasko-Versicherung wird den Kundinnen und Kunden aber nicht geboten. Das zeigt sich gut an den Klagen der Lehman-Anleger gegen die Banken, die allesamt gescheitert sind. Im Ergebnis zeigt sich das Bild einer steten Entwicklung des Kundenschutzes, unter Berücksichtigung der kundenseitigen Selbstverantwortung.

1. Privatrecht

a) Gesetzgebung

Auf der Ebene der Gesetzgebung wurde im Jahr 2012 mit dem neuen Art. 8 UWG ein allgemeines Kontrollinstrument gegen unfaire AGB-Bestimmungen geschaffen.⁴⁰ Art. 8 UWG ist, was man auf Englisch einen «Underperformer» nennt. Bis heute fand er in der Rechtsprechung kaum Anwendung. Vor Bundesgericht wurde er erst einmal diskutiert, nämlich im

³⁹ Vgl. dazu Fn. 4.

⁴⁰ In seiner am 1. Juli 2012 in Kraft getretener Fassung soll Art. 8 UWG eine offene Inhaltskontrolle von AGB ermöglichen. Art. 8 aUWG (in Kraft gewesen seit 1986) ermöglichte eine solche immer nur dann, wenn eine AGB-Klausel «irreführend missbräuchlich» war, was (sehr) selten vorkam, vgl. *Helmut Heiss* in *Reto Heizmann/Leander D. Loacker* (Hrsg.), *UWG Kommentar*, Art. 8 N 33 f.

Rahmen einer übergangsrechtlichen Fragestellung.⁴¹ Das Handelsgericht Zürich setzte sich im Fall des gehackten E-Mail-Kontos eines Bankkunden bzw. dem entsprechenden Legitimationsmangel detailliert mit Art. 8 UWG auseinander, erklärte ihn aber aufgrund der fehlenden Konsumenteneigenschaft des Kunden für nicht anwendbar.⁴² Das Potential von Art. 8 UWG ist damit (noch) nicht ausgeschöpft.

b) Rechtsprechung

Auf der Ebene der Rechtsprechung gab es seit der Krise verschiedene Entwicklungen. Erstens wurde die *traditionelle AGB-Kontrolle verschärft*. So hat das Bundesgericht im Jahr 2009 in drei Pilotprozessen die Ungewöhnlichkeit von AGB-Klauseln bejaht.⁴³ Die betreffenden Versicherungsklauseln hatten jeweils eine einseitige Vertragsanpassung ohne Kündigungsmöglichkeit vorgesehen; das war auch bei den Banken-AGB eine gängige Regelung. Auch hat die Rechtsprechung den Banken wiederholt die Berufung auf die standardmässig in den AGB vereinbarte Genehmigungsfiktion versagt.⁴⁴ Sie folgt dabei dem Grundsatz, dass sich die Bank auf die Genehmigungsfiktion nur berufen kann, wenn sie nach Treu und Glauben

davon ausgehen darf, die Kundin sei mit dem genehmigungspflichtigen Vorgang einverstanden.

Zweitens haben die Gerichte in den letzten zehn Jahren eine privatrechtliche *Suitability-Prüfung* nach europäischem Muster im Bereich der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung entwickelt. So entschied das Handelsgericht Zürich, die Bank müsse die Kundin auf die Diskrepanz zwischen objektiver Risikofähigkeit und subjektiver Risikobereitschaft aufmerksam machen; das Bundesgericht schützte den Entscheid.⁴⁵ Noch inkonsistent und vor allem nicht EU-äquivalent ist allerdings die Rechtsprechung zur – mit der *Suitability* eng verbundenen – Pflicht zur Erstellung eines Kundenprofils.⁴⁶

Drittens haben die Gerichte mit ihrer Rechtsprechung zur *Herausgabe von Kundendossiers* die Waffenleichheit zwischen der Bank und ihren Kundinnen gefördert. Seit 2012 kann sowohl gestützt auf das DSG als auch gestützt auf die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht die Herausgabe des Dossiers verlangt werden, mit Ausnahme der persönlichen Notizen des Kundenberaters.⁴⁷

⁴¹ BGE 140 III 404 E. 3 f. S. 404 ff.

⁴² HGer ZH, HG150071-O vom 25. November 2016 E. 2.3.2 und 2.3.3 S. 20 ff. Siehe dazu *Susan Emmenegger/Luc Thévenoz*, Das schweizerische Bankprivatrecht 2016, SZW 2017, 221.

⁴³ BGE 135 III 1 E. 2 und 3 S. 6 ff., BGer 4A_419/2008 vom 28. Januar 2009 E. 1.3 und BGer 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.1. Siehe dazu *Susan Emmenegger/Luc Thévenoz*, Das schweizerische Bankprivatrecht 2008–2009, SZW 2009, 272; *Stephan Fuhrer*, Anmerkungen zu privatrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2009, 48 ff.

⁴⁴ Siehe BGer 4A_548/2013 und 4A_550/3013 vom 31. März 2014 E. 3.6; ZivilGer BS vom 8. Juni 2011, P 2009.187, BJM 2013, 1; siehe dazu die Einschätzung bei *Luc Thévenoz/Susan Emmenegger*, Le droit bancaire privé suisse 2013–2014, SZW 2014, 419 («La ratification d'une opération irrégulière par le silence du client semble perdre la faveur des tribunaux»). Siehe auch BGer 4A_41/2016 vom 20. Juni 2016 E. 4.3. Strenge Anforderungen an die Genehmigungsfiktion auch in TI Pretura del Distretto di Lugano, Entscheid vom 10. Juni 2016, Entscheid vom 5. Dezember 2016, Entscheid vom 2. Mai 2016 (Aktennummern anonymisiert), zusammengefasst bei *Emmenegger/Thévenoz* (Fn. 42), 243 f., r38 und r39. Zum Stand der Rechtsprechung bei der Genehmigungsfiktion siehe a.a.O. 222 f. Als Gegenpol: Genehmigungsfiktion bejaht in BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 3.

⁴⁵ BGer 4C.68/2007 und 4A_74/2008 vom 13. Juni 2008 E. 7.2. Zur Abklärungspflicht der Bank hinsichtlich der beiden Komponenten: BGer 4A_140/2011 vom 27. Juni 2010 E. 2; BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.5.1; BGer 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 5.2; BGer 4A_436/2016 und BGer 4A_466/2016 vom 7. Februar 2017 E. 3.2.

⁴⁶ Zwar besteht nach (ständiger) Rechtsprechung die Pflicht zur Erstellung eines Kundenprofils, siehe BGer 4A_223/2007 vom 30. August 2007 E. 6.2.3. Leider aber hat sich in die Textbausteinsammlung des Bundesgerichts der Satz eingeschlichen, der Pflicht zur Erstellung des Kundenprofils komme keine selbständige Bedeutung zu, siehe BGer 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 2.1 und 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 3.2.2. Man kann den Satz noch so oft wiederholen: Er wird deswegen nicht richtig. Kritisch auch *Luc Thévenoz/Susan Emmenegger*, Le droit bancaire privé suisse 2011–2012, SZW 2012, 323 f. Siehe nun aber immerhin BGer 4A_364/2013, 4A_394/2013 und 4A_396/2013 vom 5. März 2014 (verschiedene Beklagte), jeweils E. 6.5, wo zwar der (falsche) Kundenprofil-Satz wiederholt wird, im Entscheidfall aber festgehalten wurde, ein (nicht erstelltes) Kundenprofil hätte eine konservative Anlagestrategie ergeben, die im Entscheidfall sorgfaltswidrig nicht verfolgt worden sei.

⁴⁷ BGE 138 III 425 E. 5 und 6 S. 431 ff. (DSG, dazu *Thévenoz/Emmenegger* [Fn. 46], 321); BGE 139 III 49 E. 4 S. 53 ff. (Auftragsrecht; dazu *Susan Emmenegger/Luc Thévenoz*, Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013, SZW 2013, 311 f.).

Viertens zeigt sich im Nachgang zur Krise eine *verstärkte Haftung der Bank für Handlungen Dritter*.⁴⁸ Ganz einig sind sich allerdings die Gerichte nicht, was sich an den gegenteiligen Entscheiden des Handelsgerichts Zürich und des Appellationsgerichts Basel-Stadt im Hinblick auf die Haftung der Depotbanken in der *causa Behring* zeigt.⁴⁹

Ein fünfter Meilenstein liegt in der Fortführung der bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den *Retrozessionen*. Nach seinem Grundsatzentscheid im Jahr 2006⁵⁰ hat sich das Bundesgericht weitere drei Male in grundsätzlicher Weise zu den Retrozessionen geäußert,⁵¹ wobei der sog. Retro III-Entscheid⁵² von besonderer Bedeutung ist. In Letzterem hat es im Wesentlichen folgende Fragen geklärt: Erstens gilt die Offenlegungs- und Herausgabepflicht auch für Banken. Zweitens gilt sie auch für Anlagefonds und strukturierte Produkte. Drittens gilt sie auch für konzerneigene Produkte der Bank. Die FINMA hat auf das Retro III-Urteil mit der Mitteilung Nr. 41 vom 26. November 2012⁵³ reagiert und die Banken angewiesen, dem Urteil umfassend Rechnung zu tragen. Die systematische Missachtung des Zivilrechts werfe die Gewährsfrage (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) auf. Damit wurde in diesem Bereich das Zivilrecht aufsichtsrechtlich untermauert.

Ungeachtet dieser Entwicklungen kann man feststellen, dass die unmittelbar krisenbezogenen Kundenklagen in der Regel nicht erfolgreich waren. In der *causa Lehman* scheiterten auch diejenigen Anleger, die bis vor Bundesgericht klagten.⁵⁴ Auch bei der gerichtlichen Aufarbeitung der *Madoff*-Pleite dran-

gen die Kunden mit ihren Forderungen nicht durch.⁵⁵ Immerhin aber verwehrte es das Bundesgericht nach einigen Wirren⁵⁶ den Depotbanken im Zusammenhang mit den *claw-back*-Forderungen der Madoff-Liquidatoren, die Kundenguthaben mit einem Pfandrecht zu belegen und so faktisch zu sperren.⁵⁷

2. Aufsichtsrecht (FIDLEG)

Mit dem FIDLEG liegt das erste aufsichtsrechtliche (Bank-)Kundenschutzgesetz im Bereich der Bankdienstleistungen vor.⁵⁸ So hält Art. 1 Abs. 1 FIDLEG ausdrücklich fest, es bezwecke den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern.⁵⁹ Zwar ist auch das FINMAG dem Anlegerschutz verpflichtet (Art. 5 FINMAG);⁶⁰ mit dem FIDLEG bezieht sich aber ein Finanzmarktgesetz spezifisch auf den Anlegerschutz auf der individuellen Ebene des Dienstleistungsgeschäfts und verwirklicht damit das Postulat des *fairen* Bankgeschäfts.⁶¹ Mit Blick auf die europäi-

⁴⁸ BGer 4A_369/2015 vom 25. April 2016 E. 3.3 (Affaire Didier Piguet), dazu *Emmenegger/Thévenoz* (Fn. 42), 212 f.

⁴⁹ Haftung verneint vom Handelsgericht Zürich, HGer ZH, HG080279 vom 17. Januar 2011. Haftung bejaht vom Appellationsgericht Basel, AppGer BS AZ.2010.4 und AZ.2009.37 vom 24. August 2011. Zum Ganzen *Thévenoz/Emmenegger* (Fn. 46), 324 f.

⁵⁰ BGE 132 III 460 (Retro I).

⁵¹ BGE 137 III 393 (Retro II); BGE 143 III 348 (Retro IV).

⁵² BGE 138 III 755 (Retro III).

⁵³ FINMA-Mitteilung 41 (2012) vom 26. November 2012, Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen, Banken.

⁵⁴ Siehe HGer BE, 25. August 2010, Nr. HG 09 30/WUD/LEI, Abweisung der Klage bestätigt in BGer 4A_383/2011 vom 12. Dezember 2011. Siehe auch BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012; 4A_624/2012 vom 16. April 2013.

⁵⁵ GE Cour de justice vom 24. April 2015, ACJC/444/2015. Siehe dazu *Luc Thévenoz/Susan Emmenegger, Le droit bancaire privé suisse 2015*, SZW 2016, 207 f.

⁵⁶ Siehe als Übersicht zu den bisher ergangenen, unterschiedlichen Entscheiden *Emmenegger/Thévenoz* (Fn. 42), 211 f.

⁵⁷ BGE 142 III 746 E. 2.1 S. 751 f. bzw. BGer 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016 E.2.1, bestätigt in BGer 4A_62/2016 vom 8. November 2016 E. 3.

⁵⁸ Die Vorlage wurde am 15. Juni 2018 von den Räten verabschiedet. Am 24. Oktober 2018 wurde die Vernehmlassung zur Verordnung über die Finanzdienstleistungen (FIDLEV), welche die Ausführungsbestimmungen des FIDLEG konkretisiert, eröffnet. Das Vernehmlassungsverfahren dauert bis zum 6. Februar 2019. Gesetz und Verordnung sollen am 1. Januar 2020 in Kraft treten. Siehe zur Vernehmlassungsvorlage und zum Stand der Dinge die Medienmitteilung des Bundesrats vom 24. Oktober 2018, abrufbar unter https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-72655.html.

⁵⁹ Mit dem Kundenschutz und mit der Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen soll gleichzeitig zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz beigetragen werden.

⁶⁰ Sowie gemäss dessen Art. 1 Abs. 2 auch das FINIG, welches gleichzeitig mit dem FIDLEG in Kraft treten wird.

⁶¹ Siehe dazu und zur Abgrenzung von aufsichtsrechtlichem und privatrechtlichem Kundenschutz *Benedikt Maurenbrecher, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften*, in: Rolf H. Weber u.a. (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich/Basel/Genf 2017, 571 ff.

sche Rechtsentwicklung, namentlich die Richtlinie über Märkte für Finanzdienstleistungen von 2004 (MiFiD I),⁶² war der Erlass eines Finanzdienstleistungsgesetzes für die Schweiz eine Frage der Zeit. Insofern bildete die Finanzkrise nicht den Grund, sondern lediglich den Anlass zu den Vorarbeiten für das FIDLEG, ganz nach dem regulatorischen Motto «never let a serious crisis go to waste!».⁶³

Die Bestimmungen des FIDLEG werden von Amtes wegen von der Aufsichtsbehörde durchgesetzt, was eine flächendeckende Anwendung von Anleger-schutzstandards garantiert. Darin liegt seine grosse Errungenschaft. Auf der Ebene des Privatrechts könnte selbst die grösste Klagewelle keinen vergleichbar breiten Schutz erreichen.⁶⁴

a) Pflichtenkatalog

Aus Retailsicht fällt im FIDLEG zunächst die Pflicht der Finanzdienstleister zur Kundensegmentierung auf (Art. 4). Damit werden die Weichen für weitere Sonderschutzregeln innerhalb des Gesetzes gestellt. Den Kern des Kundenschlutzes bilden die Verhaltensregeln.⁶⁵ Sie werden im zweiten Kapitel des zweiten Titels (Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen) näher umschrieben. Das FIDLEG statuiert hier die allgemeinen Informationspflichten des Finanzdienstleisters und sorgt so für grössere Transparenz (Art. 8 und 9). Den Kern der Verhaltensregeln bilden sodann die Angemessenheits- und Eignungsprüfung (Art. 10–14). Für die Finanzdienstleister gelten zudem ausgebaute Dokumentations- und Rechenschaftspflichten (Art. 15 und 16). Ein eigener Abschnitt ist den Transparenz- und Sorgfaltspflichten bei Kundenaufträgen gewidmet; dort wird auch die *best execution* geregelt (Art. 17–19). Im Rahmen der

Organisationsvorschriften werden im zweiten Abschnitt des dritten Kapitels die Interessenkonflikte angesprochen (Art. 25–27); hier findet sich die Retozessionsregelung. Der dritte Titel enthält die Produktregulierung. Aus Retailsicht zentral sind dabei die Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblatts (Art. 58–63) und die Einschränkungen zum Angebot strukturierter Produkte an Retailkundinnen und -kunden (Art. 70). Unter dem Dach der «Waffen-gleichheit» lassen sich die Regeln zusammenfassen, die das prozedurale Ungleichgewicht zwischen dem Dienstleister und den Kundinnen und Kunden vermindern soll. Dazu gehört etwa die Pflicht zur Herausgabe von Kundendokumenten (Art. 72 und 73)⁶⁶ und die Regelung der Ombudsstellen (Art. 74–76)⁶⁷. Aus Retailsicht wichtig ist sodann die Einbindung der unabhängigen Vermögensverwalter in das Aufsichtsregime (Art. 3 lit. d i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a FIDLEG).⁶⁸

b) Zusammenspiel mit dem Privatrecht

aa) Ausstrahlungsmodell

Der Überblick zum Pflichtenkatalog des FIDLEG offenbart eine weitgehende Parallelität mit dem Pflichtenkanon, der aus den auftragsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflichten heraus entwickelt wurde. Diese Pflichten gelten weiterhin. Das ist nicht selbstverständlich, hatte doch der Ständerat in den parlamentarischen Beratungen eine aufsichtsrechtliche Vor-rangregel eingefügt, wonach mit der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Pflichten auch die identischen zivilrechtlichen Pflichten erfüllt seien.⁶⁹ Diese Vor-rangregel zugunsten des FIDLEG wurde in der Folge vom Nationalrat zusätzlich ausgeweitet: Nicht nur «identische zivilrechtliche Pflichten», sondern gar «gleichgerichtete zivilrechtliche Pflichten» sollten

⁶² Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABl 145/1 vom 30.4.2004.

⁶³ Das Zitat wird *Winston Churchill* zugeordnet, der damit einen Spruch Machiavellis in die Populärkultur überführt haben soll.

⁶⁴ A.A. wohl *Monika Roth*, *Dunst und die Kunst des Vergessens*, Schweizer Bank Juni 2018, 23, die festhält: «Regulierung ändert wenig [...]. Der Kunde selbst muss handeln und für sich selbst schauen. Fidleg hin oder her.»

⁶⁵ Vgl. das Zusammenspiel von Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 FIDLEG: «Dazu», also zum Zweck des Kundenschlutzes, lege das FIDLEG die Anforderungen für die getreue, sorgfältige und transparente Erbringung von Finanzdienstleistungen fest.

⁶⁶ Siehe dazu *Nicolas Dommer*, der Herausgabeanspruch gemäss Art. 75 E-FIDLEG, *sui generis* 2018, 222 ff.

⁶⁷ Die Institutionalisierung von Ombudsstellen alleine ist zwar nicht sehr ambitioniert, es gilt im Verfahrensrecht allerdings noch die Entwicklungen bei der ZPO-Revision abzuwarten.

⁶⁸ Gemäss Art. 3 lit. d i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a FIDLEG ist das FIDLEG grundsätzlich auf alle Vermögensverwalter anwendbar. Die Aufsicht über diese wird in Art. 61 und 62 FINIG geregelt.

⁶⁹ Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-FIDLEG (Fassung SR vom 14. Dezember 2016). Art. 8 E-FIDLEG entspricht in der geänderten Fassung dem verabschiedeten Art. 7 FIDLEG.

nach dem Vorschlag des Nationalrats als erfüllt gelten.⁷⁰

Das Vorrangmodell wies aber derart viele Schwächen auf, dass es sich am Ende zu Recht nicht durchzusetzen vermochte.⁷¹ Die entsprechende Regel wurde im Differenzbereinigungsverfahren ersatzlos gestrichen.⁷² Damit gilt (wieder) das Ausstrahlungsmodell, wie es in der Botschaft zum FIDLEG vorgesehen war.⁷³ Die beiden Teilrechtsgebiete bleiben autonom, doch ist die jeweils andere Teilrechtsordnung bei der Auslegung der eigenen Regeln zu beachten.⁷⁴ Oder anders gesagt: Die zwei Teilrechtsordnungen wissen voneinander und sind grundsätzlich kohärent anzuwenden.⁷⁵

bb) Beispiel Retrozessionen

Ein Anwendungsbereich, in dem sich das Wechselspiel privatrechtlicher und aufsichtsrechtlicher Regelungen zeigen könnte, sind die Retrozessionen. Im Grundsatz verankert Art. 26 FIDLEG die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Privatrecht. Im Einzelnen zeigen sich jedoch verschiedene Divergenzen. Zunächst betreffen diese die Organisation der Materie: Art. 26 Abs. 1 FIDLEG ist als Annahmeverbot, welches unter bestimmten Bedingungen aufgehoben

ist, konzipiert. Das Privatrecht kennt keine ähnliche Verbots-Struktur. Sodann erstreckt sich Art. 26 Abs. 1 FIDLEG nach seinem Wortlaut auf sämtliche Finanzdienstleistungen. Im Privatrecht erfolgte die Entwicklung stufenweise. Die Kernentscheidungen des Bundesgerichts betrafen allesamt die Vermögensverwaltung.⁷⁶ In einem zweiten Schritt brachte das Bundesgericht seine Retro-Rechtsprechung im Zusammenhang mit einem Anlageverhältnis zur Anwendung, zudem bejahten auch kantonale Instanzen die Massgeblichkeit der Retrozessionsrechtsprechung bei der Anlageberatung.⁷⁷ Für das Execution-Only-Verhältnis fehlt es bislang an einem amtlich publizierten Leitentscheid des Bundesgerichts; immerhin hat es schon vor der Retrozessionswelle in einem Entscheid aus dem Jahr 2002 festgehalten, der Beauftragte, der für den Auftraggeber (einzig) einen Leibrentenversicherungsvertrag abschliesse, müsse die Vorteile, die ihm in diesem Zusammenhang zukommen, herausgeben.⁷⁸ Auf der kantonalen Ebene hat sich das Handelsgericht Zürich ausführlich mit der Anwendung der Retro-Grundsätze im Execution-Only-Verhältnis befasst und hat deren Anwendung klar bejaht.⁷⁹ Denn – wie das Handelsgericht zu Recht erkannte – gilt auch bei Execution-Only-Geschäften der Grundsatz, dass der Beauftragte sich nicht ohne die informierte Zustimmung des Kunden auf dessen Kosten bereichern darf. Diese Stossrichtung wird nun dogmatisch mit der Ausstrahlungswirkung des FIDLEG untermauert. Denn es gilt der Grundsatz, dass die Wertungen des Aufsichtsrechts im Privatrecht zu beachten sind, soweit sich für das Privatrecht aus Gründen seiner eigenen, internen Konsistenz nicht eine andere Lösung aufdrängt.

Eine weitere Divergenz zwischen FIDLEG und Privatrecht besteht bei der Frage der Offenlegung bzw. der Informationspflicht. Art. 26 Abs. 2 FIDLEG hält fest, falls die Höhe der Entschädigung nicht vgängig feststellbar sei, habe der Finanzdienstleister seine Kundinnen und Kunden über die Berechnungs-

⁷⁰ Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-FIDLEG (Fassung NR vom 13. September 2017). Siehe zu den verschiedenen Entwicklungsetappen des Art. 8 E-FIDLEG und den unterschiedlichen Modellen *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2016 bis ins vierte Quartal 2017, SJZ 2017, 837 f.

⁷¹ Die Regel war rechtstaatlich bedenklich und methodisch verfehlt, zudem lief sie auf eine Privilegierung der Dienstleister hinaus. Für die Kritik siehe bereits Susan Emmenegger, Fidleg als Carte blanche für spekulative Anlageberatung, NZZ vom 7. September 2017, 29, sowie *Susan Emmenegger/Thirza Döbeli*, Kundenvertrauen in Banken, SZW 2017, 767 f.

⁷² Siehe WAK-S Medienmitteilung, 18. Oktober 2017. Siehe auch Tages-Anzeiger vom 19. Oktober 2017 (Ständerat krebt zurück).

⁷³ Siehe Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8921. Zum Ausstrahlungsmodell etwa *Rolf H. Weber*, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 2013, 409 f., 415 f.

⁷⁴ Vgl. schon *Emmenegger/Döbeli* (Fn. 71), 767 f.

⁷⁵ Zur Frage des Doppelnormcharakters bzw. des Schutznormcharakters i.S.v. Art. 41 OR der aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten siehe *Flavio Amandò*, Die Verhaltensregeln des FIDLEG zwischen Aufsichts- und Zivilrecht, AJP 2018, 999 sowie *Maurenbrecher* (Fn. 61), 565 und 570. Siehe auch *Weber* (Fn. 73), 410 und 415 f.

⁷⁶ Siehe die Nachweise in Fn. 50 bis 52 (Retro-Entscheide I bis IV).

⁷⁷ Siehe BGer 4A_427/2011 vom 29. November 2011 E. 4 (Anlageberatung, Finanzanlagen mit Versicherungscharakter); Tribunale d'appello TI, 22 mai 2014 n.12.1012.105, zusammengefasst in SZW 2015, 404 r26 (Retrozessionsrechtsprechung ist auf die Anlageberatung anwendbar).

⁷⁸ BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3.

⁷⁹ HGer ZH, 15. November 2017, HG150054-O, E. 3.2.3 und E. 3.2.4.

parameter und die Bandbreiten zu informieren. Hier geht das Privatrecht bei den Vermögensverwaltungsverträgen weiter: Die Höhe der zu erwartenden Rückvergütungen ist in einer *Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens* anzugeben.⁸⁰ Der Entwurf zum FIDLEV enthält diesbezüglich keine weiteren Konkretisierungen. Sollte der Verordnungsgeber bei der weiteren Regulierung ausdrücklich auf die Angabe der Prozentbandbreite verzichten, so ist nicht ausgeschlossen, dass die Zivilgerichte mit Blick auf die aufsichtsrechtlichen Entwicklungen den Informationsstandard nach unten anpassen.

Schliesslich divergieren FIDLEG und Privatrecht auch bei der Bekanntgabe der effektiv erhaltenen Beträge. Art. 26 Abs. 2 FIDLEG sieht eine Pflicht zur Offenlegung nur «auf Anfrage» vor, privatrechtlich muss hingegen von einer aktiven Informationspflicht ausgegangen werden.⁸¹ Der Wortlaut von Art. 400 Abs. 1 OR sieht zwar lediglich eine Rechenschaftsablegung auf Verlangen vor. Nach ständiger Rechtsprechung müssen aber Tatsachen, die von Bedeutung sind, der Auftraggeberin rechtzeitig, wahrheitsgetreu und vor allem *vollständig* mitgeteilt werden.⁸² Wenn man die Retrozessionsrechtsprechung anschaut und sich vergegenwärtigt, welche Bedeutung das Bundesgericht der Offenlegung zuspricht, wird man um die Annahme einer aktiven Offenlegungspflicht wahrscheinlich nicht herumkommen. Es ist aber auch hier vorstellbar, dass die Zivilgerichte die Offenlegung der effektiv erhaltenen Beträge künftig über die Rechenschaftspflicht abhandeln und sich damit der Lösung des FIDLEG anschliessen werden.

c) Fortschritte und Rückschritte

aa) Das Lehman-Risiko

Als massgeblicher Treiber des FIDLEG werden regelmässig die Anlegerverluste aus den Lehman-Papie-

ren genannt.⁸³ Tatsächlich hat der Gesetzgeber spezifisch auf das Risiko, dass der Emittent eines strukturierten Finanzinstruments insolvent wird, reagiert. Gemäss Art. 70 FIDLEG dürfen ausserhalb eines dauerhaften Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverhältnisses strukturierte Produkte den Privatkundinnen und -kunden nur angeboten werden, wenn sie durch einen von der FINMA beaufsichtigten Finanzdienstleister ausgegeben, garantiert oder gleichwertig gesichert werden. Handelt es sich um einen ausländischen Finanzdienstleister, muss er einer gleichwertigen prudentiellen Aufsicht unterstehen. Letzteres war ein zentrales Problem bei Lehman: Die Investmentbanken waren in den USA im Gegensatz zu den *commercial banks* deutlich weniger streng überwacht. Bei Lehman erwies sich dies als fatal, denn die Bank hatte durch ihre aggressive Geschäftsstrategie dieselben Risiken aufgebaut wie eine Geschäftsbank, ohne aber demselben regulatorischen Regime zu unterstehen und ohne über dasselbe Sicherheitsnetz zu verfügen.⁸⁴

Zum Lehman-Risiko im weiteren Sinn zählt auch das Informationsdefizit der Privatkundinnen im Hinblick auf die möglichen Anlageverluste bei strukturierten Produkten. Zu den Errungenschaften des FIDLEG gehört die Pflicht zur Erstellung eines Basisinformationsblattes (BIB) für komplexe Finanzprodukte, die Privatkundinnen und -kunden ausserhalb eines Vermögensverwaltungsvertrags angeboten werden.⁸⁵ Wird einer Privatkundin ein solches Produkt persönlich empfohlen, muss es ihr vor Vertragsabschluss zur

⁸⁰ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399 (Retro II).

⁸¹ Siehe schon *Susan Emmenegger*, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: dies. (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007. Siehe auch *Maurenbrecher* (Fn. 61), 560 m.w.H.

⁸² Das Bundesgericht stützt sich dabei teilweise auf Art. 398 Abs. 2 OR, vgl. BGE 115 II 62 E. 3a S. 65; BGer 4C.186/1999 vom 18. Juli 2000 E. 2a. Am Ergebnis ändert dies allerdings nichts. Für die Lehre vgl. auch *Josef Hofstetter*, SPR VII/6, 115; *Rolf H. Weber*, BSK OR, Art. 400 N 4.

⁸³ FINMA-Vertriebsbericht 2010, 2 ff.; *René Bösch*, Das neue Schweizer Prospektrecht gemäss E-FIDLEG – eine Bestandsaufnahme und erste Würdigung, ZSR 2016, 81 f.; *Daniel Roth*, Bereinigte Architektur des Finanzmarktrechts, Die Volkswirtschaft 7/8-2014, 10; *Weber* (Fn. 73), 405 f.; *Roth* (Fn. 64), 22.

⁸⁴ Zu Lehman siehe etwa *Dirk Schoenmaker*, *Governance of International Banking*, Oxford 2013, 72 ff.

⁸⁵ Art. 58 und 59 FIDLEG. Das BIB ist die Fortführung des aus dem KAG bekannten KIID und die Antwort auf die europäische PRIIP-Verordnung, vgl. *Patrick Schleiffer/Patrick Schärli*, Ausnahmen von der Prospektspflicht unter dem künftigen Finanzdienstleistungsgesetz, GesKR 2018, 7; *Rainer Baisch*, Basisinformationsblatt: Gute Produktinformation oder «Bett des Prokrustes»?; in: *Mirina Grosz/Seraina Grünwald* (Hrsg.), *Recht und Wandel*, Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich/Basel/Genf 2016, 297 f.; *Botschaft FIDLEG*, BBl 2015, 8934 f.

Verfügung gestellt werden (Art. 8 FIDLEG).⁸⁶ Das BIB ist ein Star unter den Regulierungsgegenständen: Es überstand den gesamten Gesetzgebungsprozess ohne grössere Kritik und Abstriche.⁸⁷ Das BIB legt in standardisierter und verständlicher Form die Risiken des Finanzinstruments, inklusive des möglichen Maximalverlusts, dar. Führt man sich die bestehenden europäischen BIB vor Augen, so ergibt sich aus der graphischen Darstellung des Risikoindikator auf einer vertikalen Tabelle eine deutlich gesteigerte Risikotransparenz – die sich allerdings die Retailkundin im Verlustfall entgegenhalten lassen muss.

Im Ergebnis wird man aber festhalten können, dass sich mit dem BIB der Retailkundenschutz deutlich verbessert hat.⁸⁸

bb) Execution-Only-Geschäfte

Während das BIB als Rechtsrahmen die Erwartungen an mehr Fairness in der Bank-Kunden-Beziehung klar erfüllt, ist dies bei anderen Kapiteln des FIDLEG nicht durchweg der Fall. Ein Beispiel hierfür sind die Execution-Only-Geschäfte. Für sie gilt punkto Verhaltenspflichten bis zum Inkrafttreten des FIDLEG Art. 11 BEHG. Die Bestimmung enthält in Abs. 1 jeweils eine Generalklausel zur Informationspflicht, zur Sorgfaltspflicht und zur Treuepflicht. Die Generalklauseln werden sodann weiter präzisiert: Die Informationspflicht umfasst *insbesondere* die mit der Geschäftsart verbundenen Risiken, die Sorgfaltspflicht erstreckt sich *insbesondere* auf das Prinzip der bestmöglichen Ausführung, und die Treuepflicht beinhaltet *insbesondere* die Vermeidung von Interessenkonflikten. In Absatz 2 verpflichtet das Gesetz den Finanzdienstleister, bei der Erfüllung dieser Pflichten die Geschäftserfahrung und die Kenntnisse der Kundinnen und Kunden zu berücksichtigen. Damit enthielt bereits das «alte» Gesetz eine aufsichtsrechtliche Pflicht zur Angemessenheitsprüfung, und zwar auch im Execution-Only-Bereich.

Das FIDLEG enthält zwar weiterhin die spezifischen («insbesondere») Verhaltenspflichten, also die allgemeine Risikoinformation (Art. 8 Abs. 1 lit. d FIDLEG), die Pflicht zur bestmöglichen Ausführung (Art. 18) und die Vermeidung von Interessenkonflikten (Art. 25). Hingegen wurde die Generalklausel zu den Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG)⁸⁹ im Zuge der parlamentarischen Beratungen ersatzlos gestrichen. Man mag darüber spekulieren, ob es den Damen und Herren im Parlament doch etwas zu unheimlich war, den Banken eine solche Pflichtenbindung in gedruckter Form aufzuerlegen. Mit Blick auf den häufig kritisierten Gewährsartikel (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) ist jedenfalls nicht fernliegend, dass man der Aufsichtsbehörde keine weitere Generalklausel für den vermeintlichen «Über»-Ausbau der Verhaltenspflichten zur Verfügung stellen wollte. Auffällig ist in diesem Zusammenhang auch die Regelung der Interessenkonflikte; deren Konkretisierung wird ausdrücklich dem Bundesrat zugewiesen (Art. 25 Abs. 3 FIDLEG).⁹⁰

Aus der Perspektive des Kundenschutzes vollzieht das FIDLEG bei den Execution-Only-Geschäften gegenüber Art. 11 BEHG vom formellen Regelungsgehalte her einen klaren Rückschritt. Allerdings sollte man beachten, dass die FINMA das Schutzpotential des Art. 11 BEHG zu keinem Zeitpunkt voll ausgeschöpft hat. Man hat bei den Execution-Only-Geschäften aufsichtsrechtlich nie eine Angemessenheitsprüfung gefordert, und man hat auch erst im Nachgang zu den privatrechtlichen Retrozessionsentscheiden des Bundesgerichts aufsichtsrechtlich auf die dort virulenten Interessenkonflikte reagiert.

⁸⁶ Vgl. Art. 8 und 9 FIDLEG und die dort statuierten Ausnahmen von der Abgabe des BIB vor Vertragsabschluss.

⁸⁷ Vgl. *Mirjam Eggen*, Fidleg und das Vertragsrecht: Das Basisinformationsblatt, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017, 243.

⁸⁸ Siehe auch *Baisch* (Fn. 85), 322 f., der zwar ausführt, u.a. weil eine elektronische Zusendung des BIB möglich sei, «könnte [...] in der Praxis alles so ablaufen, wie schon partiell beim Verkauf der Lehman-Zertifikate an Sparer», der aber auch attestiert, falls die «neue Form der Kundeninformation» genutzt werde, könne sie eine Hilfe sein.

⁸⁹ Art. 8 Abs. 2 E-FIDLEG in der Fassung des Bundesrates vom 4. November 2015 lautete wie folgt: «Sie [Die Finanzdienstleister] handeln dabei [bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen] im bestmöglichen Interesse ihrer Kundinnen und Kunden und mit der erforderlichen Fachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit.» Die Streichung erfolgte in der Fassung des Ständerates (14. Dezember 2016) kommentarlos und wurde in der Fassung des Nationalrates (13. September 2017) beibehalten (ein Minderheitsantrag auf Wiedereinführung wurde abgelehnt).

⁹⁰ Insbesondere bezeichnet der Bundesrat Verhaltensweisen, die aufgrund von Interessenkonflikten in jedem Fall unzulässig sind. Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang das «Churning», das «Front Running» und die Kursschnitte, vgl. Botschaft FIDLEG, BBl 2015, 8965. Siehe nun auch Art. 27 E-FIDLEG.

V. Schluss

Safer, simpler, fairer: Die Eingangsfrage lautete, wie im Nachgang zur Finanzkrise die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen aus der Sicht der Retailkundinnen und -kunden einzuschätzen sind. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Für den Bereich *safer banking* sind auch aus der Retailperspektive deutliche Verbesserungen zu vermerken. Die Banken sind heute finanziell solider aufgestellt, die Einlagensicherung wurde ausgebaut, und die IT-Resilienz der Banken wird laufend gestärkt. Einzig bei den Legitimationsmängeln bleibt es – anders als unter dem EU-Regime der PSD2 – bei einer einseitigen Haftungstragung seitens der Kunden. Der Bereich des *simpler banking* ist aktuell nicht Teil des regulatorischen Regimes: Hier vertraut man zu Recht auf den Markt, der – nicht zuletzt

dank der technologischen Fortschritte – auf die Kundenbedürfnisse reagiert. Was das *fairer banking* angeht, so steht der aufsichtsrechtliche Kundenschutz des FIDLEG als Neuerung im Vordergrund. Und auch diesbezüglich lässt sich festhalten: E pur si muove! Zweifellos bleibt das FIDLEG in vielen (nicht in allen) Punkten hinter den privatrechtlichen Standards zurück. Das gilt insbesondere für das Herzstück der Verhaltenspflichten, nämlich die Angemessenheit und Eignung.⁹¹ Und es bleibt auch klar hinter MIFID II zurück, was bereits zur Genüge diskutiert wurde.⁹² Die Frage aber, ob das Glas halbvoll oder halbleer ist, ist falsch gestellt. Sie kann erst im Laufe der Erfahrungen geklärt werden, die man mit dem *gelebten* Gesetzesrecht macht. Was heute zählt und wichtig ist: Mit dem FIDLEG haben wir ein Glas!

⁹¹ Siehe dazu schon *Emmenegger/Döbeli* (Fn. 71), 764 ff. Siehe auch *Luc Thévenoz*, Eignungs- und Angemessenheitsprüfung im FIDLEG im Licht der zivilrechtlichen Standards, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017, 249 ff.

⁹² Vgl. etwa *Rolf Sethe*, MiFID II – Eine Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, *SJZ* 2014, 487 f.; *Rolf Sethe*, Das FIDLEG: Eine Vorlage mit Verbesserungspotential, *Die Volkswirtschaft* 6/2018, 46 f.; *Rolf H. Weber/Rolf Sethe*, Äquivalenz als Regulierungskriterium im Finanzmarktrecht, *SJZ* 2014, 576 f.; *Rainer Baisch/Rolf H. Weber*, Product Governance, *GesKR* 2017, 416 f.; *Emmenegger/Döbeli* (Fn. 71), 764 ff.