

# Das Verhältnis der FIDLEG-Verhaltensregeln zum Privatrecht

SANDRO ABEGGLEN\*/LÉONIE LUTERBACHER\*\*/\*\*\*

Schlagwörter: Ausstrahlungswirkung, BEHG, Doppelnorm, FIDLEG, FINMA, FINMAG, KAG, OR 41, Schutznorm, Verhaltensregeln

## A. Einleitung

Mit dem am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)<sup>1</sup> erlangt eine klassische Lehrbuchthematik, die Trennung des Zivil- und öffentlichen Rechts als Grundkonzeption der schweizerischen Rechtsordnung und das Verhältnis der einen zur anderen Teilrechtsordnung, grosse praktische Bedeutung.<sup>2</sup> Kern des FIDLEG bildet nämlich ein Katalog von Regeln dazu, wie sich Finanzdienstleister gegenüber ihren Kunden am *Point of Sale* verhalten müssen. Das wirft die Frage nach der rechtssystematischen Qualifikation dieser Normen auf, da von deren Beantwortung abhängt, welche der Vorschriften aufsichtsrechtlich durchzusetzen sind und, anspruchsvoller, ob und wieweit diese in der *privatrechtlichen* Beziehung zwischen Kunde und Bank Wirkung entfalten: Handelt es sich um rein *öffentlich-rechtliche* Bestimmungen, allenfalls mit (mehr oder weniger starkem) Einfluss auf das Zivilrecht, um *Doppelnormen*, d.h. Vorschriften, die zugleich öffentlich-rechtlicher und privat-

---

\* PD Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Partner bei Niederer Kraft Frey AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Bern. Der Beitrag basiert auf einem Referat des Autors vor dem Zürcher Juristenverein am 6. Februar 2020. Die Präsentation ist abrufbar unter: <https://www.nkf.ch/team/sandro-abegglen/>.

\*\* MLaw, Rechtsanwältin, Zürich.

\*\*\* Herzlicher Dank geht an Prof. Dr. iur. Rolf Sethe, LL.M., Rechtsanwalt, für die wertvollen Anregungen, an Dr. iur. Martin Schaub für die wertvollen Hinweise zur Judikatur und an BLaw Danielle Schuppisser und BLaw Pascal Dorier für die Unterstützung bei der Literatur- und Judikaturrecherche.

1 Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1).

2 Bezogen auf das Steuerrecht siehe bereits THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Habil., Bern 1993.

rechtlicher Natur sind und damit unmittelbare Geltung im vertraglichen Verhältnis entfalten, oder gar um blosses *Privatrecht*?

Judikatur zur Frage gibt es naturgemäss noch keine. Nach der überwiegenden Lehre handelt es sich bei den Verhaltenspflichten des *FIDLEG* um Bestimmungen ausschliesslich öffentlich-rechtlicher Natur, die allerdings bei der Auslegung zivilrechtlicher Pflichten Berücksichtigung finden (sog. *Ausstrahlungswirkung*), die Mindermeinung plädiert für den Doppelnormcharakter, und eine Auffassung sieht in gewissen Verhaltensregeln reines Privatrecht. Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel zu prüfen, welche Auffassung zutrifft, wobei insb. zwei Aspekte beleuchtet werden sollen, die in der Lehre bislang wenig bis keine Beachtung gefunden haben: Die Bedeutung einer expliziten Qualifikation durch das Gesetz selbst sowie die Interdependenz zur Schwesternorm der Verhaltensregeln im *FIDLEG*, Art. 20 revKAG<sup>3</sup>.

Die Diskussion über die Rechtsnatur der Verhaltensregeln ist dort von besonders grosser praktischer Relevanz, wo *FIDLEG* und Zivilrecht den Finanzdienstleistern für denselben Sachverhalt Pflichten *unterschiedlichen Niveaus* auferlegen.<sup>4</sup> Aber selbst wo das Pflichtenniveau des *FIDLEG* mit jenem des Privatrechts *übereinstimmt*, ist die Frage nicht obsolet. Denn je intensiver das *FIDLEG* auf das Privatrecht einwirkt – am stärksten im Falle einer Doppelnorm – desto eher führt dies zu einem *Gleichlauf* privater und öffentlicher Durchsetzung: Stellt die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) in einem *Enforcementverfahren* fest, eine Bank habe systematisch das *FIDLEG* verletzt, könnte es zu einer Häufung von Zivilklagen kommen, vor allem, wenn es sich bei der Verhaltensregel um eine Doppelnorm handelt. Umgekehrt könnte im Fall der Doppelnormqualifikation eine Vielzahl zivilrechtlicher Verfahren gegen einen Finanzdienstleister die FINMA zu einer Untersuchung veranlassen.

Der vorliegende Beitrag erläutert zunächst kurz die theoretischen Grundlagen des Verhältnisses zwischen dem Privat- und Aufsichtsrecht (B.I.). An-

3 Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31) i.d.F. vom 1. Januar 2020.

4 Ein wichtiges Beispiel findet sich in Art. 26 *FIDLEG*, der grundsätzlich die bundesgerichtliche Retrozessions-Rechtsprechung gesetzlich verankert, insofern aber über den Standard des Bundesgerichts hinausgeht, als sich sein sachlicher Anwendungsbereich zunächst auf jede Art von Finanzdienstleistung i.S.v. Art. 3 lit. c *FIDLEG* erstreckt. Ob aber anders als nach der Rechtsprechung auch bei reinen Execution-Only-Transaktionen und – so gestützt auf Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über die Finanzdienstleistungen (*FIDLEV*) vom 6. November 2019 (SR 950.11) – sogar beim blossen «qualifizierten Vertrieb» (dazu Fn. 17) eine Ablieferungspflicht von Zuwendungen Dritter entsteht, hängt u.E. davon ab, ob ein «Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen» i.S.v. Art. 26 *FIDLEG* vorliegt; a.A. wohl SUSAN EMMENEGGER/THIRZA DÖBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 6/2018, S. 639 ff., 649; THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Die (neuen) Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von *FIDLEG* und OR, SZW 6/2019, S. 589 ff., 612; für ein Beispiel, wo der *FIDLEG*-Standard hinter jenem des Privatrechts zurückbleibt, s. B.VI.1.

schliessend folgt ein Hinweis auf die deutsche Literatur und Rechtsprechung (B.II.). Die rechtssystematische Qualifikation der FIDLEG-Verhaltenspflichten wird sodann methodisch auf zwei Arten angegangen: Einerseits, indem untersucht wird, ob das Gesetz selber Hinweise auf die Qualifikation der Verhaltensregeln enthält oder diese gar ausdrücklich rechtssystematisch qualifiziert (B. III.), andererseits gestützt auf die gängigen Theorien zur Abgrenzung des öffentlichen und Zivilrechts (B.IV.). Ob die beiden Vorgehensweisen zum gleichen Ergebnis führen und, falls nicht, welcher Methode und ggf. Qualifikation der Vorzug zu geben sei, wird in Kapitel B.V. unter Beachtung der Schwesternorm der FIDLEG-Verhaltensregeln in Art. 20 revKAG erläutert. Anhand zweier Beispiele soll in Kapitel B.VI das Ergebnis auf seine Angemessenheit überprüft werden. Danach geht der Beitrag darauf ein, ob die Verhaltensregeln als Schutznormen im Sinne des Deliktsrechts zu qualifizieren sind (C.), bevor die Schlussfolgerungen in Kapitel D. dargelegt werden.

Hinweise: Im Folgenden verwenden wir einfachheitshalber oft den Begriff «Banken» anstelle von Finanzdienstleistern (s. Art. 3 lit. d FIDLEG), wobei zur Vermeidung von Missverständnissen zu betonen ist, dass das FIDLEG das Bankgeschäft im engeren Sinne, nämlich das Einlagen-, Refinanzierungs- und Kreditgeschäft und die reine Konto- und Depotführung, nicht erfasst. Weiter: Unter dem Begriff «Verhaltensregeln» werden in diesem Beitrag entgegen der Gesetzessystematik nicht nur die Pflichten im 2. Kapitel des 2. Titels des Gesetzes verstanden, sondern auch jene gemäss Art. 24 Abs. 2 (Verhaltensregeln bei Dienstleisterkette), Art. 25 (Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten) und Art. 26 FIDLEG (Verbot der Annahme von Drittschädigungen; vgl. Art. 89 FIDLEG, der Art. 26 ausdrücklich als Verhaltensregel bezeichnet), welche in der Sache ebenfalls Verhaltensregeln darstellen.

## **B. Doppelnormen, reines Aufsichtsrecht mit Ausstrahlungswirkung oder gar teilweise nur Privatrecht?**

### **I. Theoretische Grundlagen: Das Verhältnis von Privat- und öffentlichem Recht**

#### *1. Grundsatz der Trennung*

Ausgangslage der Frage nach dem Verhältnis des FIDLEG zum Zivilrecht ist der Grundsatz der *Trennung* des Privat- und öffentlichen Rechts (sog. Dichotomie).<sup>5</sup> Während das Privatrecht die Beziehung zwischen Bank und Kunde re-

---

5 Art. 122 BV; statt vieler THOMAS KOLLER, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2012, Art. 6 ZGB N 24; SUSAN EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Habil. Bern 2004, S. 7 ff.

gelt (im Geschäftsbereich, der vom FIDLEG erfasst wird, überwiegend im Auftrags- und Kommissionsrecht), zielt das Aufsichtsrecht als öffentliches Recht auf die Regulierung des Finanzmarktes ab und nimmt damit eine wirtschaftspolizeiliche Aufgabe wahr.<sup>6</sup> Folge der Dichotomie ist die *fehlende «automatische» Geltung* der aufsichtsrechtlichen Pflichten im Zivilrecht und umgekehrt. D.h., die Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht begründet keinen vertraglichen (Schadenersatz-)Anspruch.<sup>7</sup> Weiter ist die Beurteilung einer allfälligen Nichtigkeit je nach Qualifikation nicht genau gleich vorzunehmen (dazu B.VI.2.). Auch prozessual gibt es eine strikte *Trennung*: Die FINMA ist nicht zur Beurteilung von Rechtsansprüchen der Kunden zuständig. Diese müssen ihre Ansprüche auf dem Zivilweg geltend machen. Ein (anzeigender) Bankkunde hat im Verwaltungsverfahren und natürlich auch im Rahmen der in der Praxis wesentlich wichtigeren, laufenden Aufsicht, die ohnehin informelles Verwaltungshandeln darstellt, auch keine Parteistellung (die ihm bspw. erlauben würde, die Auszahlung des eingezogenen Gewinns nach Art. 35 Abs. 6 FINMAG zu begehren).<sup>8</sup>

## 2. *Doppelnormen*

Doppelnormen, als Ausnahmen von der Trennung des Zivil- und öffentlichen Rechts, sind Gesetzesartikel, die zugleich öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur sind.<sup>9</sup> Sie werden sowohl im Verwaltungsverfahren als auch vor Zivilgericht direkt angewandt,<sup>10</sup> was einen materiellen Gleichlauf von Zivil- und Aufsichtsrecht zur Folge hat.<sup>11</sup> Weil FINMA und Zivilgerichte nicht an die Auslegung der jeweils anderen Behörde gebunden sind, bleibt immerhin eine unterschiedliche Gesetzesinterpretation möglich.<sup>12</sup>

- 
- 6 BGE 139 II 279 E. 4.2 S. 284 f.; SIMON BÜHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, SZW 6/2013, S. 563 ff., 566 f.; THOMAS JUTZI/FABIAN EISENBERGER, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, Informationspflichten an der Schnittstelle von FIDLEG und OR, AJP 2019, S. 6 ff., 7.
- 7 Vgl. DAVID JOST, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft, Eine Untersuchung zum Informationszugang und zur Rechtsdurchsetzung des Anlegers, Diss., Zürich 2018, S. 186 f.
- 8 BGE 139 II 279 E. 4.2 S. 285.
- 9 SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2012, Art. 1 ZGB N 91.
- 10 BGE 133 III 97 E. 5.2 S. 99.
- 11 SUSAN EMMENEGGER, Die Informationspflichten der Bank bei Anlagegeschäften: tout devient du droit public?, in: P. V. Kunz et al. (Hrsg.) Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 643 ff., 648.
- 12 Art. 191c BV; ROLF H. WEBER, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 109 (2013), S. 405 ff., 410 f.; kritisch dazu ROLF SETHE, in: Frank A. Schäfer et al. (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, 2. Aufl., Basel 2016, § 5 N 293, wonach die Doppelnormtheorie ohne eine (abzulehnende) gegenseitige Bindungswirkung keinen Sinn ergebe.

Im Finanzmarktrecht folgte das Bundesgericht der herrschenden Lehre und qualifizierte Art. 11 BEHG<sup>13</sup> als Doppelnorm.<sup>14</sup> Die Bestimmung statuierte die Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten des Effektenhändlers gegenüber seinen Kundinnen. Eine Art. 11 BEHG entsprechende Norm findet sich für das Fondsgeschäft in Art. 20 aKAG<sup>15</sup>.<sup>16</sup> Während Art. 11 BEHG mit Inkrafttreten des FIDLEG vollständig aufgehoben wurde, bleibt Art. 20 aKAG, mit Ausnahme seiner *Point of Sale*-bezogenen Gehalte, weiterhin für Personen in Kraft, die kollektive Kapitalanlagen verwalten, aufbewahren oder vertreten, sowie ihre Beauftragten (Art. 20 revKAG). (Nur) die fondsvertriebsbezogenen Verhaltensregeln im KAG wurden mit Inkrafttreten des FIDLEG aufgehoben (Art. 22 und 24 aKAG), da dieses neu *vereinheitlichte* und *sektorübergreifende* Verhaltensregeln für das Erbringen von Finanzdienstleistungen statuiert, worunter auch der – wie wir ihn bezeichnen möchten – *qualifizierte (Fonds)vertrieb*<sup>17</sup> fällt. Art. 20 und Art. 22 aKAG werden von der ganz herrschenden Lehre – das Bundesgericht musste sich bis anhin nicht dazu äussern – ebenfalls als Doppelnormen qualifiziert.<sup>18</sup> Immerhin hatte sich das Bundesgericht für den (richtig verstanden auch) vertraglichen Charakter der Treuepflicht im Vorgängergesetz des aKAG, dem Anlagefondsgesetz<sup>19</sup>, ausgesprochen.<sup>20</sup>

13 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) vom 24. März 1996 (SR 954.1). Das Gesetz wurde per 1. Januar 2020 aufgehoben.

14 BGE 133 III 97 E. 5.2 S. 99 f. mit Hinweisen auf die Lehre.

15 Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31) i.d.F. vom 1. Juli 2016.

16 Siehe dazu SANDRO ABEGGLEN/FABIO ANDREOTTI, Best Execution gemäss FIDLEG, Eine privat- und aufsichtsrechtliche Betrachtung, GesKR 1/2020, S. 36 ff., 39 f.

17 Art. 3 lit. c FIDLEG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 FIDLEV. Ob diese Verordnungsbestimmung gesetzeskonform ist, ist sehr zweifelhaft, aber sei an dieser Stelle nicht diskutiert. Vertrieb ist unter dem FIDLEG anders als unter dem aKAG, siehe Art. 3 aKAG, kein Gesetzesbegriff mehr. Vom «qualifizierten Vertrieb» sprechen wir vorliegend, weil Art. 3 Abs. 2 FIDLEV weniger Tätigkeiten erfasst als der Begriff des Vertriebs unter dem aKAG, worunter bereits blosse Werbung für einen Fonds subsumiert wurde (Art. 3 aKAG). Erforderlich für einen qualifizierten Vertrieb gemäss Art. 3 Abs. 2 FIDLEV ist eine direkt an bestimmte Kunden gerichtete Tätigkeit, d.h. eine *individualisierende* Ansprache eines Kunden. Anders als der Vertrieb unter Art. 3 aKAG erfasst Art. 3 Abs. 2 FIDLEV aber nicht nur den qualifizierten Vertrieb von *Fonds*, sondern von allen *Finanzinstrumenten* i.S.v. Art. 3 lit. a FIDLEG. Siehe eingehend zum Vertriebsbegriff unter aKAG und dessen Ersatz durch den Begriff des Angebots nach Inkrafttreten des FIDLEG und des FINIG, SANDRO ABEGGLEN/YANNICK WETTSTEIN, Zum Anbieten kollektiver Kapitalanlagen unter dem FIDLEG – und ausgewählte Aspekte der dabei einzuhaltenden Verhaltenspflichten, SZW 2/2018, S. 131 ff., 133 ff.

18 MARKUS PFENNINGER/MARTINA NÜESCH, in: Basler Kommentar zum KAG, 2. Aufl., Basel 2016, Art. 20 KAG N 3; THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014, N 1199; ARMIN KÜHNE, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2015, Rn. 273; siehe dazu auch ABEGGLEN/ANDREOTTI (Fn. 15), S. 40.

19 Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFG) vom 18. März 1994 (SR 951.31). Das Gesetz wurde am 1. Januar 2007 aufgehoben und durch das KAG ersetzt.

20 BGE 96 II 383 E. 2b S. 388: «Die in Art. 14 AFG festgelegte Treuepflicht ist somit vertraglicher Art.»

### 3. Wechselseitige Beeinflussung oder «Ausstrahlungswirkung»

Zivil- und Aufsichtsrecht können sich auch in der Rechtsanwendung gegenseitig beeinflussen.<sup>21</sup> Stellt sich zivilrechtlich eine Frage, die bereits aufsichtsrechtlich geregelt ist, wird die Zivilrichterin Praxis und Doktrin des Aufsichtsrechts berücksichtigen, obwohl die aufsichtsrechtlichen Pflichten privatrechtlich nicht unmittelbar gelten.<sup>22</sup> Die FIDLEG-Botschaft bezeichnet diese *wechselseitige Beeinflussung* der beiden Teilrechtsordnungen als «Ausstrahlungswirkung»; so neu dieser Begriff im schweizerischen Recht ist, so wenig bezeichnet er etwas tatsächlich Neuartiges, will man damit doch bloss sagen: Der Zivilrichter kann die aufsichtsrechtlichen Pflichten zur Auslegung (oder, oft verwendet und u.E. zutreffender, da genauer: *Konkretisierung*) der privatrechtlichen Bestimmungen heranziehen. Umgekehrt kann das Zivilrecht für die Beantwortung einer aufsichtsrechtlichen Frage berücksichtigt werden.<sup>23</sup>

Dass sich Aufsichts- und Zivilrecht wechselseitig beeinflussen und zur Konkretisierung beigezogen werden, ist in der Lehre seit je anerkannt<sup>24</sup> und widerspiegelt sich in der Praxis der Gerichte und der FINMA bzw. deren Vorgängerbehörde, der Eidg. Bankenkommision (EBK).<sup>25</sup> Anders als bei Doppelnormen, die direkte Wirkung sowohl im Verwaltungs- als auch Zivilverfahren entfalten, findet über die Ausstrahlungswirkung eine wechselseitige Beeinflussung rein öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Normen statt, indem Bestimmungen der einen Teilrechtsordnung zur *Konkretisierung* von Vorschriften der anderen herangezogen werden. Während ein aufsichtsrechtlicher Verstoss

- 
- 21 Siehe die weiteren Konzepte zur Verhältnisbestimmung des Zivil- und Aufsichtsrechts bei WEBER (Fn. 12), S. 409 ff.; BENEDIKT MAURENBRECHER, Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften, in: Rolf H. Weber et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, S. 555 ff., 562 ff.
- 22 BGE 132 III 49 E. 2.2 S. 51 f.; 120 II 112 E. 3b S. 114: «Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen sei»; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 9), Art. 1 N 246; JOST (Fn. 7), S. 187 f.; JAN-BENEDIKT FISCHER, Ausstrahlungswirkungen im Recht, Diss., Berlin 2018, S. 92.
- 23 DANIEL BAUMANN, Verhaltensregeln im Finanzmarktrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des Börsen- und Kollektivanlagerechts sowie des geplanten FIDLEG, Diss. Zürich 2018, S. 23; BÜHLER/VON DER CRONE (Fn. 6), S. 570; JUTZI/EISENBERGER (Fn. 6), S. 14; SABINE KILGUS, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil., Zürich/St. Gallen 2007, Rn. 322.
- 24 BÜHLER/VON DER CRONE (Fn. 6), S. 571; EMMENEGGER (Fn. 5), S. 27, 46; JOST (Fn. 7), S. 186 f., 258; KILGUS (Fn. 23), Rn. 322 ff.; BK-KOLLER (Fn. 5), N 71 m.w.H.; vgl. auch MIRJAM EGGEN, Produktregulierung im Finanzmarktrecht, Habil., Bern 2015, S. 84.
- 25 Vgl. BGE 132 III 49 E. 2.2 S. 51 f.; 135 V 361 E. 5.3.2 f. S. 366 f.; BGER 2C\_242/2014 vom 10. Juli 2014, E. 2.1; vgl. ferner für den Rückgriff der Zivilgerichte auf Ständeregeln/Selbstregulierung: BGE 121 III 69 E. 3d S. 72 f.; 132 III 460 E. 4.3 S. 466 f.; 125 IV 139 E. 3d S. 145; schliesslich FINMA-Mitteilung 41 (2012) vom 26. November 2012, Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen, abrufbar unter: <<https://finma.ch/de/dokumentation/archiv/finnamitteilungen/>> (zuletzt abgerufen am 26.3.2020), in der die FINMA aufsichtsrechtliche Massnahmen anordnet, damit die Banken ihren zivilrechtlichen Pflichten hinsichtlich Retrozessionen nachkommen.

gegen eine Doppelnorm immer zugleich auch eine Vertragsverletzung darstellt,<sup>26</sup> muss die aufsichtsrechtliche Lösung im Rahmen der Konkretisierung natürlich keineswegs *zwingend* auch für die privatrechtliche Beurteilung gelten.<sup>27</sup> Im Rahmen des *gesetzlichen Auslegungsspielraums* kommt dem Richter vielmehr eine gewisse *Entscheidungsfreiheit* zu.<sup>28</sup> Das Aufsichtsrecht kann dabei allerdings und selbstverständlich nur dann zur Auslegung des Zivilrechts herangezogen werden, wenn zivilrechtlich eine auszulegende bzw. zu konkretisierende Pflicht *überhaupt* besteht,<sup>29</sup> so z.B. die Sorgfalts- und Treuepflicht des Beauftragten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR oder die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB<sup>30</sup>, was indessen bei den hier in Frage stehenden Finanzdienstleistungen fast immer zutrifft. «*Der Vertragsbeziehung wesensfremde*»<sup>31</sup> Pflichten können *ohne bestehende zivilrechtliche Grundlage* für die Parteien mittels Ausstrahlungswirkung folglich nicht begründet werden – anders bei Doppelnormen, mit denen auch ganz neue Pflichten geschaffen oder aber bislang bestehende Regeln des Obligationenrechts modifiziert oder gar aufgehoben werden könnten.

- 
- 26 SUSAN EMMENEGGER, *Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankvertragsrecht*, Basel 2017, S. 199 ff., 201; die Pflichten, die aus dem allgemeinen Schuldrecht (insb. Art. 2 ZGB) resultieren, würden durch die Doppelnormen im FIDLEG allerdings nicht derogiert, sodass zivilrechtlich immer noch ausnahmsweise im FIDLEG nicht bestehende Warnpflichten (s. dazu Fn. 30) greifen können; vgl. dazu SANDRO ABEGGLEN, *Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insb. im Bankgeschäft, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung*, Diss. Bern 1995, S. 82; siehe ausserdem vorne, B.I.2. mit Fn. 12.
- 27 Vgl. SANDRO ABEGGLEN, *Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern*, Habil. Bern 2004, S. 384 f.; FISCHER (Fn. 22), S. 93, 99.
- 28 BGE 121 III 219 E. 1d aa) S. 225.
- 29 So JUTZI/EISENBERGER (Fn. 6), S. 16; JUTZI/WESS (Fn. 4), S. 603; siehe auch bereits MAURENBRECHER, (Fn. 21), S. 579.
- 30 Aus Treu und Glauben leitet das Bundesgericht insb. die in Ausnahmefällen geltenden Warnpflichten der Bank im Rahmen von Execution-Only-Geschäften ab, statt vieler BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103; BGer 4A\_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.3; SANDRO ABEGGLEN, «Point of Sale»-Aufklärung und Produkttransparenz – die Informationspflichten beim Anlagegeschäft der Banken, in: Peter Isler/Romeo Cerutti (Hrsg.), *Vermögensverwaltung II*, Zürich 2009, S. 61 ff., 71 ff.; da das Bundesgericht die in Art. 11 lit. a BEHG statuierten Risikoaufklärungspflichten bei Execution-Only-Geschäften bereits lange vor Inkrafttreten des Börsengesetzes auf die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht oder culpa in contrahendo (Art. 2 ZGB) stützte, gelten diese Pflichten trotz Aufhebung des Art. 11 BEHG weiterhin und können zukünftig mit dem FIDLEG konkretisiert werden; BGE 119 II 333 E. 5a S. 335; zum Ganzen ABEGGLEN (hievior), S. 64; ABEGGLEN (Fn. 26), S. 29 ff., 197 ff.; SANDRO ABEGGLEN, *Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht*, in: Peter Krebs et al. (Hrsg.), *Summum ius, summa iniura – Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit*, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, Stuttgart 1995, S. 89 ff., 105 f.; a.A. JUTZI/EISENBERGER (Fn. 6), S. 27; JUTZI/WESS (Fn. 4), S. 603.
- 31 KAY ROTHENHÖFER, *Interaktion zwischen Aufsichts- und Zivilrecht*, in: Harald Baum et al. (Hrsg.), *Perspektiven des Wirtschaftsrechts – deutsches, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Berlin 2009, S. 74.

Die Literatur hat sich überwiegend der *Ausstrahlungstheorie* angeschlossen<sup>32</sup> – Judikatur gibt es wie ebenfalls erwähnt naturgemäss noch keine. Der *Doppelnormtheorie* schliessen sich nur wenige Autoren an.<sup>33</sup> *Eine Meinung* hält dafür, dass diejenigen Bestimmungen, die die Beziehung zwischen Kunde und Finanzdienstleister direkt regeln, als *nur Zivilrecht* zu qualifizieren seien.<sup>34</sup>

## II. Blick auf die deutsche Rechtsprechung und Literatur und methodischer Unterschied zur schweizerischen Lehre und Gerichtspraxis

Auch in Deutschland wird die Frage nach dem Verhältnis der aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln zum Privatrecht (seit vielen Jahren) erörtert.<sup>35</sup> Der Bundesgerichtshof hielt in älteren Entscheiden zunächst fest, dass die Verhaltensregeln des WpHG<sup>36</sup> «*zwar für Inhalt und Reichweite (vor-)vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten von Bedeutung sein [können]*», «*soweit sie nicht lediglich aufsichtsrechtlicher Natur [sind]*». Den Verhaltensregeln komme auf dem Wege einer «*Ausstrahlungswirkung*» aber «*keine eigenständigen*»

- 
- 32 BAUMANN (Fn. 21), S. 24; GUILLAUME BRAIDI, La classification des clients selon la loi des services financiers, SZW 5/2018, S. 486 ff., 494; EMMENEGGER (Fn. 26), S. 207; EMMENEGGER/DÖBELI (Fn. 4), S. 649; LUKAS FAHRLÄNDER, Neuordnung der Finanzmarktregulierung in der Schweiz, ZBB 4/2019, S. 225 ff., 237; JUTZI/EISENBERGER (Fn. 6), S. 16; JUTZI/WESS (Fn. 4), passim.; MATTHIAS KUERT, Verhaltensregeln des FIDLEG und Privatrecht im Licht des Gesetzgebungsverfahrens, AJP 2018, S. 1352 ff., 1356 ff.; MAURENBRECHER (Fn. 21), S. 582; FRANÇOIS RAYROUX/LIBURN MEHMETAJ, L'effet de rayonnement de la loi sur les services financiers sur le droit privé, in: Grégory Bovey et al. (Hrsg.), Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Genf 2019, Rn. 24; ROLF SETHE/MORITZ SEILER, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel, S. 431 ff., 436; RUPERT SCHAEFER, Der Kundenschutz und die FINMA – heute und morgen, SZW 6/2019, S. 549 ff., 551; ferner SANDRO ABEGLLEN/LÉONIE LUTERBACHER, Transaktionsbezogene vs. portfoliobezogene Anlageberatung unter FIDLEG: keine einfache Abgrenzung, SZW 5/2018, S. 462 ff., 467, wonach die *Kundensegmentierung stark* auf das Zivilrecht ausstrahle.
- 33 FLAVIO AMADÒ, Die Verhaltensregeln des FIDLEG zwischen Aufsichts- und Zivilrecht, AJP 2018, S. 990 ff., 999; vgl. auch JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich 2013, Rn. 758 ff., der den Doppelnormcharakter der Verhaltensregeln im Vorentwurf zum FIDLEG vom 4. November 2015 nicht ausschloss.
- 34 FLEUR BAUMGARTNER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Pflichten der Finanzdienstleister im Anlagegeschäft – Ein Ausblick auf die künftigen Bestimmungen des FIDLEG, Bundesgerichts-urteil 4A\_248/2018 vom 12. September 2018, SZW 2/2019, S. 225 ff., 235 f.; vgl. ebenso zu den Wohlverhaltensregeln im WpHG; DOROTHEE EINSELE, Verhaltenspflichten im Bank- und Kapitalmarktrecht – öffentliches Recht oder Privatrecht?, ZHR 180/2016, S. 233 ff., 253.
- 35 ROLF SETHE, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 212/2012, S. 81 ff., 121 f.; vgl. auch statt vieler HEINZ-DIETER ASSMANN, Das Verhältnis von Aufsichtsrecht und Zivilrecht im Kapitalmarktrecht, in: Ulrich Burgard et al. (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider, Berlin/Köln 2011, S. 37 ff.; EINSELE (Fn. 34), passim.; JULIUS FORSCHNER, Wechselwirkungen von Aufsichts- und Zivilrecht, Diss. Tübingen 2013, S. 63 ff.; ROTHENHÖFER (Fn. 31), passim.
- 36 Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz, WpHG) vom 9. September 1998, §§ 63 ff. bzw. §§ 31 ff. a.F.

dige, über die zivilrechtlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten hinausgehende schadenersatzrechtliche Bedeutung» zu.<sup>37</sup> In späteren Urteilen präziserte der Bundesgerichtshof dann, dass die Wohlverhaltensregeln als *ausschliesslich Normen des öffentlichen Rechts* auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunde *nicht* einwirken.<sup>38</sup> Dennoch seien die «*tragenden Grundprinzipien*» des Aufsichtsrechts (*in casu* die Transparenzvorschriften bei Drittvergütungen) bei der Auslegung der *Willenserklärungen* der Vertragspartner zu berücksichtigen, «*weil der Anleger nunmehr für die Bank erkennbar eine entsprechende Aufklärung im Rahmen des Beratungsvertrages erwarten kann (§§ 133, 157 BGB)*».<sup>39</sup>

In der Interpretation dieser Rechtsprechung ist sich das deutsche Schrifttum uneinig.<sup>40</sup> Während ein Teil der Lehre der Auffassung ist, der Bundesgerichtshof habe sich der Ausstrahlungstheorie angeschlossen,<sup>41</sup> geht eine andere Meinung dahin, dass das Gericht den Verhaltensregeln gerade *keine* zivilrechtlichen Wirkungen zuspreche.<sup>42</sup>

So oder so greift die Ausstrahlungswirkung nach der *schweizerischen* Lehre und der Botschaft zum FIDLEG anders als beim methodischen Vorgehen des Bundesgerichtshofs im letztgenannten Entscheid bei der *Gesetzes-* und *nicht* der *Vertragsauslegung*.<sup>43</sup> Wie in den genannten älteren Entscheiden des Bundesgerichtshofs angetönt, können aber auch nach vorliegender Ansicht per Ausstrahlungswirkung *keine* neuen vertraglichen Pflichten begründet werden, die zivilrechtlich keine Rechtsgrundlage finden (B.I.3.).

37 Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226, 232; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07, BGHZ 175, 276, 280; siehe dazu PETRA BUCK-HEEB, Die Flucht aus dem Anlageberatungsvertrag, ZIP 2013, S. 1401 ff., 1410 m.w.H.

38 Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 = WM 2013, 1983, Rn. 16 ff.: «Diese Vorschrift [§ 31d WpHG] begründet weder (vor-)vertragliche Pflichten der Beklagten gegenüber dem Kläger noch deliktische Schadenersatzansprüche.»

39 Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. Juni 2014 – XI ZR 147/12 = WM 2014, 1382, Rn. 35; siehe dazu auch SETHE (Fn. 12), § 5 N 295 ff.; PETRA BUCK-HEEB, Aufklärung über Innenprovisionen, unvermeidbarer Rechtsirrtum und die Überlagerung durch Aufsichtsrecht – Zugleich Besprechung von BGH vom 3. 6. 2014 = WM 34/2014, 1382, WM 2014, S. 1601 ff., 1604 f.; s. zum Ganzen auch PETRA BUCK-HEEB/VOLKER LANG, § 675 BGB, Entgeltliche Geschäftsbesorgung, in: Beate Gsell et al. (Hrsg.), Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, Stand 1. 4. 2019, N 170 ff.

40 Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen in SETHE (Fn. 12), § 5 N 289.

41 SETHE (Fn. 12), § 5 N 295; KAI Zahrte, Anlageberatung, in: Carsten Herresthal (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, Band 6: Bankvertragsrecht, 4. Aufl. 2019, N 109 ff.; ANDREAS FUCHS, Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. München 2016, Rn. 279.

42 PETRA BUCK-HEEB, Aufsichts- und zivilrechtliche Normen im Bank- und Kapitalmarktrecht: einheitliche oder gespaltene Auslegung?, WM 4/2020, S. 157 ff., 160; so auch BUCK-HEEB/LANG, § 675 BGB (Fn. 39), N 139.

43 Vgl. zur Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Rahmen der Vertragsauslegung: MAURENBRECHER (Fn. 21), S. 582.

### III. Hinweise auf die Rechtsnatur der Verhaltensregeln im Gesetz oder gar explizite gesetzliche Qualifikation derselben?

#### 1. Relevante Gesetzesbestimmungen

##### a. Art. 7 Abs. 1 FIDLEG: ein (missglücktes) gesetzgeberisches Unikat

Ein Hinweis auf die Rechtsnatur der Verhaltenspflichten des FIDLEG findet sich zunächst in Art. 7 Abs. 1 FIDLEG. Danach müssen beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach «diesem» Titel («2. Titel: Anforderungen für<sup>44</sup> das Erbringen von Finanzdienstleistungen») befolgt werden.

Die Bestimmung wirft mehrere Fragen auf: Zunächst überrascht die systematische Einordnung des Artikels im 2. Kapitel («Verhaltensregeln») des 2. Titels, obwohl er sich gemäss Wortlaut auf den *gesamten* 2. Titel beziehen soll. Soll die Bestimmung vielleicht doch nur für die Verhaltensregeln im 2. Kapitel gelten? Weiter hält die Norm in ganz ungewöhnlicher Weise die Selbstverständlichkeit fest, dass Pflichten, die das Gesetz statuiert, zu *befolgen* seien. Dies soll aber gemäss Wortlaut nur für die *aufsichtsrechtlichen* Pflichten gelten. Daraus könnte man schliessen, dass der 2. Titel auch *nicht*-aufsichtsrechtliche Pflichten enthält – eine Meinung, die BAUMGARTNER/VON DER CRONE vertreten.<sup>45</sup> Das würde aber überspitzt formal argumentiert bedeuten, dass der Gesetzgeber Pflichten statuierte, die jedenfalls gemäss Gesetzeswortlaut *e contrario* nicht zu befolgen wären, nämlich die nicht-aufsichtsrechtlichen, d.h. *zivilrechtlichen* Pflichten. Weil indessen selbstredend nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber nicht einzuhaltende Bestimmungen erlässt, könnte man argumentieren, die nicht-aufsichtsrechtlichen, d.h. zivilrechtlichen Pflichten, seien nur aus *regulatorischer Sicht* nicht zu befolgen. Selbst dann aber hätte es der Gesetzgeber gleichzeitig zu definieren unterlassen, welche Bestimmungen aufsichtsrechtlicher Natur und damit (regulatorisch) einzuhalten wären. Dies kann kaum gemeint sein.

Plausibel erscheint einzig die Auslegung, wonach Art. 7 Abs. 1 FIDLEG *verunglückt* formuliert allein die *öffentlich-rechtliche* Natur der Verhaltensregeln explizit gesetzlich statuieren soll, auch wenn Art. 7 Abs. 1 FIDLEG *nota bene* ein *gesetzgeberisches Unikat* darstellt, gibt es doch soweit ersichtlich *kein* Bundesgesetz, das seine Bestimmungen unabhängig von einer Kompetenz- oder Rechtswegfrage *abstrakt* rechtssystematisch qualifiziert.<sup>46</sup> Nun könnte man sich fragen, ob Art. 7 Abs. 1 FIDLEG es erlaubt, dass einzelne Bestimmungen im Sinne einer Ausnahme dennoch als Doppelnormen qualifiziert werden können. Dies ist u.E. zu verneinen, qualifiziert das Gesetz im genannten Artikel doch ausdrücklich *alle* Verhaltenspflichten als nur *aufsichtsrecht-*

44 Sic!

45 BAUMGARTNER/VON DER CRONE (Fn. 34), S. 235.

46 Vgl. auch FISCHER (Fn. 22), S. 97.

lich. Auf die Frage ist sogleich im Rahmen der historischen Auslegung zurückzukommen (B.III.2.).

b. *Art. 87 FIDLEG: nicht sehr hilfreich bis hin zu unnötig*

Einen weiteren Hinweis könnte Art. 87 Abs. 1 FIDLEG geben. Danach überwacht die Aufsichtsbehörde die Einhaltung der Bestimmungen des 2. («Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen») und des 3. Titels («Anbieten von Finanzinstrumenten») und kann Aufsichtsmaßnahmen treffen, um Verstösse gegen die Anforderungen zu verhindern oder zu beseitigen (Abs. 2). Daraus folgt, dass sowohl der 2. als auch der 3. Titel jedenfalls auch aufsichtsrechtliche Bestimmungen (oder Doppelnormen) enthalten. Umgekehrt kann aus Abs. 1 nicht gefolgert werden, dass der 2. und 3. Titel keine ausschliesslich zivilrechtlichen Normen enthalten, stellt doch Art. 69 FIDLEG (Prospekthaftung), der sich im 3. Titel befindet, unbestrittenermassen eine nur zivilrechtliche Bestimmung dar.<sup>47</sup>

Weiter: Gemäss Art. 87 Abs. 3 FIDLEG entscheidet privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern oder zwischen Banken und Kundinnen das zuständige (Schieds-)Gericht. Dass der Zivilrichter zivilrechtliche Streitigkeiten beurteilt, ist indessen eine nicht erwähnenswerte *Selbstverständlichkeit* und deshalb ein ebenfalls *bedauerliches gesetzgeberisches Unikat* – dies im Gegensatz zu anderen Rechtswegbestimmungen, die bspw. «*vermögensrechtliche*» Streitigkeiten auf den Zivilweg verweisen.<sup>48</sup> Immerhin folgt aus Art. 87 Abs. 3 FIDLEG, dass das Gesetz auch zivilrechtliche Normen *oder* Doppelnormen enthält. Die rein zivilrechtliche Natur ist aber wiederum bereits bei Art. 69 FIDLEG und Art. 72 FIDLEG (Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten) *unbestritten*, so dass Art. 87 Abs. 3 für die Qualifikation der Verhaltensregeln nicht weiterhilft.<sup>49</sup>

c. *Ingress: kein eindeutiger Hinweis*

Der Ingress des FIDLEG enthält nicht nur Verweisungen auf die Art. 95 BV (Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit), 97 BV (Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten) und 98 BV (Banken und Versicherungen), sondern auch auf Art. 122 Abs. 1 BV, der die Bundeskompetenz auf dem Gebiet des Zivil-(prozess)rechts festlegt. Auf den ersten Blick könnte dies ein Indiz dafür sein,

---

47 Vgl. PHILIPPE A. WEBER/LUKAS FAHRLÄNDER, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommentar zum FIDLEG, (noch nicht erschienen), Art. 69 N 18 ff.

48 So bspw. Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung (PBG) vom 20. März 2009 (SR 745.1): *Vermögensrechtliche* Streitigkeiten zwischen Kundinnen und Kunden und Unternehmen beurteilt der Zivilrichter. (Hervorhebung hinzugefügt.)

49 Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl 8901 ff., 8995; SETHE/SEILER (Fn. 32), S. 437; WEBER/FAHRLÄNDER (Fn. 47), Art. 60 N 18 ff.

dass das FIDLEG auch Doppelnormen enthält. Indessen sind ja – wie soeben erwähnt – gewisse FIDLEG-Normen unbestritten *allein zivilrechtlicher Natur*, weshalb auch aus dem Ingress letztlich nichts für die übrigen Normen abgeleitet werden kann.<sup>50</sup>

## 2. Gesetzgebungsgeschichte und Materialien

### a. *FINMA-Vertriebsbericht als Startdokument – zugleich auch eine hilfreiche Zusammenfassung der Gerichtspraxis im Anlagegeschäft*

Am Anfang des FIDLEG-Projekts stand der auch heute noch mit Gewinn lesenswerte FINMA-Vertriebsbericht 2010: Das über 130-seitige Diskussionspapier äusserte sich detailliert zu «*Stand, Mängel und Handlungsoptionen*» der «*Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden*» aus aufsichts- und zivilrechtlicher Sicht. Als wichtigste Massnahme zur Verbesserung des Kundenschutzes sollten mit dem FIDLEG vereinheitlichte Verhaltensregeln am *Point of Sale* eingeführt werden.<sup>51</sup> Just dass die Verhaltenspflichten einerseits im Aufsichtsrecht, andererseits im Zivilrecht geregelt sind, wurde dabei im FINMA-Vertriebsbericht 2010 als dem Kundenschutz abträglich bezeichnet, sei doch die Judikatur zu den Pflichten im Anlagegeschäft nicht einfach nachzuvollziehen und den Kunden oftmals nicht bewusst, welchen gesetzlichen Vorschriften der Dienstleister unterstehe.<sup>52</sup> Deshalb sollte das Gesetz nach Auffassung der FINMA «*neben reinem Aufsichtsrecht auch Doppelnormen enthalten, wie es das geltende Recht in der Form von Art. 11 BEHG oder Art. 20 KAG bereits kennt.*»<sup>53</sup>

### b. *Mal so, mal so – diametral unterschiedliche behördliche Qualifikation der Verhaltensregeln bei gleichbleibendem Normgehalt im Gesetzgebungs(vor)verfahren*

Während aus dem FINMA-Vertriebsbericht für die Qualifikationsfrage nichts abgeleitet werden kann, da dieser keinen Entwurf der Verhaltensregeln enthielt, verhält es sich bei den folgenden behördlichen Äusserungen ganz anders; sie scheinen die nachfolgend (B.III.2.b. und c.) im einzelnen erläuterte Meinung zu bestätigen, dass jedenfalls aus dem Wortlaut der Verhaltensregeln kaum auf deren nur öffentlich-rechtlichen Charakter geschlossen werden kann.

---

50 Vgl. MATTHIAS KUERT, Öffentlich-rechtliche Verhaltensnormen im schweizerischen Haftungsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des Finanzmarktrechts, Diss. Zürich/St. Gallen 2018, Rn. 461.

51 FINMA-Vertriebsbericht 2010, S. 67, abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/news/2010/11/mm-diskussionspapier-vertriebsbericht-20101110/>> (zuletzt abgerufen am 26.3.2020).

52 FINMA-Vertriebsbericht 2010 (Fn. 51), S. 31 f., 51.

53 FINMA-Vertriebsbericht 2010 (Fn. 51), S. 67.

Bereits der Erläuterungsbericht des Eidg. Finanzdepartements (EFD) zum Vorentwurf vom Juni 2014 umschrieb das Verhältnis der Verhaltenspflichten zum Privatrecht ganz anders als noch die FINMA im Vertriebsbericht 2010. Die Verhaltensregeln sollten als *aufsichtsrechtliche Normen bloss eine Ausstrahlungswirkung* auf das Zivilrecht entfalten;<sup>54</sup> dafür, dass dies bei den Verhaltensregeln für *nicht* beaufsichtigte Finanzdienstleister anders sein sollte, enthält der Erläuterungsbericht keine Hinweise. Ganz anders dagegen noch im Februar 2013, im Bericht «*Stossrichtungen möglicher Regulierung*» ebenfalls des EFD, wo *nota bene* ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Verhaltensregeln für nicht beaufsichtigte Marktteilnehmer nur *rein privatrechtliche* Wirkung haben sollen!<sup>55</sup>

Gleich wie der Erläuterungsbericht lautete die FIDLEG-Botschaft, die allerdings noch klarer festhielt, dass die Verhaltensregeln «*mithin nicht als Doppelnormen, sondern als öffentliches Recht*» zu qualifizieren sind.<sup>56</sup> Es wird ersichtlich, dass mit dem FIDLEG nicht ins Privatrecht eingegriffen werden soll, sondern das Ziel verfolgt wird, die zivilrechtlichen Pflichten *zusätzlich* im Aufsichtsrecht zu verankern.<sup>57</sup>

c. *Das Parlament: Hin und her oder doch irgendwo in der Mitte?*

Das Parlament schliesslich wollte die Frage nach dem Verhältnis der Verhaltensregeln zum Privatrecht zunächst mit einem sog. «*Safe Harbor*» lösen.<sup>58</sup> Mit Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Pflichten sollten gemäss Art. 8 VE-FIDLEG *automatisch* auch *identische* oder *gleichgerichtete* zivilrechtliche Pflichten als erfüllt gelten; *nicht* aber umgekehrt.<sup>59</sup> Der *Safe Harbor*, der dem Aufsichtsrecht einen Vorrang vor dem Privatrecht zusprechen sollte, wurde jedoch nicht Gesetz, einerseits, weil Auslegungsprobleme drohten, andererseits, weil die FINMA de facto zur (obersten) Zivilrechtsinstanz geworden wäre.<sup>60</sup>

---

54 Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 25. Juni 2014, S. 14 f., abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-53561.html>> (zuletzt abgerufen am 26.3.2020).

55 Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Hearingbericht Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), Stossrichtungen möglicher Regulierung vom 18. Februar 2013, S. 4, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-47816.html>> (zuletzt abgerufen am 26.3.2020).

56 Botschaft (Fn. 49), S. 8921.

57 Botschaft (Fn. 49), S. 8953: «Neben den zivilrechtlichen Vorgaben] sind die Finanzdienstleister zusätzlich aus einer aufsichtsrechtlichen Perspektive zu einem Handeln im Kundeninteresse zu verpflichten.»

58 AB 2016 S 1164.

59 AB 2016 S 1164; AB 2017 N 1306, 1315; kritisch zum Safe Harbor SUSAN EMMENEGGER, Fidleg als Carte blanche für spekulative Anlageberatung, Neue Zürcher Zeitung vom 7. September 2017, S. 29.

60 Hinsichtlich der Auslegung von «*identisch*» und «*gleichgerichtet*» erwartete man im Parlament Schwierigkeiten, s. AB 2017 N 1306 ff.; AB 2018 S 131.

Was heisst das nun für die Qualifikationsfrage? In der Literatur wird die Auffassung vertreten, mit der Ablehnung des *Safe Harbor* habe das Parlament auch dem Doppelnormkonzept eine Absage erteilt.<sup>61</sup> Diese Auffassung scheint jedoch zu kurz zu greifen, sollten mit dem *Safe Harbor* doch keine echten Doppelnormen, sondern der Vorrang des Aufsichtsrechts eingeführt werden.<sup>62</sup> Ob der Gesetzgeber das (echte!) Doppelnormkonzept definitiv aufgeben wollte, ist aus der parlamentarischen Debatte nicht eindeutig ersichtlich.<sup>63</sup> Dass das Parlament den *Safe Harbor* (wieder) aufgeben und zur Version des Bundesrates, d.h. zur Ausstrahlungswirkung der FIDLEG-Bestimmungen, zurückkehren wollte,<sup>64</sup> schliesst nicht aus, dass einzelne Bestimmungen durch die Gerichte dennoch als (echte!) Doppelnormen qualifiziert werden können,<sup>65</sup> erfolgte doch die Ablehnung der Vorrangregel wie erwähnt aus Gründen der Gewaltenteilung und wegen Auslegungsschwierigkeiten – Probleme, die sich bei echten Doppelnormen gar nicht stellen. Dass mit dem *Safe Harbor* ein «*harmonisierter Rechtszustand*»<sup>66</sup> geschaffen werden sollte, spricht gerade eher für eine prinzipielle *Zuneigung* des Parlaments zu Doppelnormen. Dafür, dass das Parlament das Verhältnis FIDLEG-Zivilrecht *nicht* in Stein meisseln und Doppelnormen generell ausschliessen wollte, spricht ausserdem ein Votum von Ständerat MARTIN SCHMID im Namen der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats:

«In Bezug auf das Verhältnis zwischen Aufsichts- und Zivilrecht verspricht der von der WAK-SR empfohlene Rückgriff auf die Version des Bundesrates keine Neuerung, sondern eine Fortführung der heutigen Praxis. Richtig ist, dass das FIDLEG neu die Verhaltenspflichten in den Artikeln 8 bis 22 regelt und damit *direkt in das Zivilrecht eingreift und auch Rechte und Pflichten definiert*. Aus Sicht der Mehrheit der Kommission ist der Zivilrichter jedoch frei, im Einzelfall zu entscheiden. [...] In Abwägung all dieser Argumente schlägt Ihnen die Kommissionsmehrheit deshalb vor, dass das Verhältnis zwischen Aufsichts- und Zivilrecht in diesem Bereich gesetzlich *nicht definitiv und abschliessend* geregelt wird, sondern der Gerichtspraxis, wie das heute der Fall ist, überlassen werden sollte.»<sup>67</sup>

61 BAUMGARTNER/VON DER CRONE (Fn. 34), S. 235; KUERT (Fn. 32), S. 1357.

62 Dazu ausführlich EMMENEGGER (Fn. 26), S. 199 ff.

63 So AMADÒ (Fn. 33) S. 999.

64 AB 2017 N 1306 ff.; AB 2018 S 131 f.

65 So AMADÒ (Fn. 33), S. 999; wohl auch EMMENEGGER (Fn. 26), S. 201: «Es ist nicht ausgeschlossen und sogar wahrscheinlich, dass die Zivilgerichte bei der Auslegung des Fidleg zum Ergebnis kommen, dass einzelne Normen als Doppelnormen zu qualifizieren sind.» und HUBERT STÖCKLI, FIDLEG: Einige Gedanken eines Vertragsrechtlers, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, S. 211, 212 f.

66 AB 2016 S 1164.

67 AB 2018 S 131, Hervorhebung hinzugefügt. Siehe auch AB 2016 S 1172: «Das FIDLEG ist ja ein Aufsichts- und Privatrechtsgesetz. Es kann mit aufsichtsrechtlichen Sanktionen und auch im Zivilprozess wirksam durchgesetzt werden.» (Hervorhebung hinzugefügt.)

### 3. Zwischenfazit: explizite gesetzgeberische Qualifikation der Verhaltensregeln als allein öffentliches Recht

Der Ingress und Art. 87 FIDLEG helfen für die Frage nach der rechtssystematischen Qualifikation der Verhaltenspflichten nicht viel weiter. Auch der Blick auf die Materialien ergab kein eindeutiges Ergebnis: Der *Bundesrat* qualifizierte in der Botschaft die Verhaltensregeln als ausschliesslich aufsichtsrechtlich und ausdrücklich *nicht* als Doppelnormen. Auch das *Parlament* sprach sich letztlich grundsätzlich zugunsten der rein öffentlich-rechtlichen Natur der Verhaltensregeln aus. Ob allerdings das Parlament der Meinung war, dass einzelne Normen des FIDLEG durch die Gerichte dennoch als Bestimmungen von auch privatrechtlichem Charakter qualifiziert werden können, geht aus der parlamentarischen Debatte *nicht* eindeutig hervor. Das Hin und Her der Behörden im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens – die Qualifikation der Verhaltensregeln wurde wie gezeigt bei weitgehend gleichbleibendem Wortlaut mal so, mal so vorgenommen – lässt immerhin den bereits erwähnten Schluss zu, dass aus dem Wortlaut der Verhaltensregeln allein nicht auf deren rein öffentlich-rechtlichen Natur geschlossen werden kann. Aufschlussreich war hingegen die grammatikalische und teleologische Auslegung des Art. 7 Abs. 1 FIDLEG: Die Bestimmung qualifiziert *alle* Verhaltensregeln als *allein aufsichtsrechtlich*. Sie dient nach vorliegender Auffassung gerade der rechtssystematischen Einordnung der Verhaltenspflichten und lässt *keinen* Raum für eine Qualifikation der Vorschriften als Doppelnormen oder ausschliesslich Privatrecht.

Nachfolgend soll geprüft werden, ob die Anwendung der Theorien zur Abgrenzung des öffentlichen und Privatrechts zum gleichen Ergebnis führt und wenn nein, was Vorrang hat.

## IV. Qualifikation der Verhaltensregeln anhand der traditionellen Abgrenzungstheorien

Das Bundesgericht stützt sich zur Abgrenzung des Privat- und öffentlichen Rechts bekanntlich auf die Subordinations-<sup>68</sup>, Funktions-<sup>69</sup> und Interessentheorie<sup>70</sup> sowie die Sanktionentheorie<sup>71</sup>, wobei im Sinne des Methodenpluralismus

---

68 Das Privatrecht regelt die Beziehung zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten. Das öffentliche Recht regelt das Unterordnungsverhältnis des Bürgers zum Staat; BGE 96 I 406 E.2c S.409; BK-KOLLER (Fn. 5), Art. 6 N 34; ARNOLD MARTI, in: Zürcher Kommentar ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, Vorbemerkungen zu Art. 5 und 6 ZGB N 62.

69 Ein Rechtssatz ist öffentlich-rechtlicher Natur, wenn er der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient und privatrechtlicher Natur, wenn er der Verwirklichung privater Aufgaben dient; BK-KOLLER (Fn. 5), Art. 6 N 32; ZK-MARTI (Fn. 68), Vorbem. Art. 5/6 N 65.

70 Eine Norm ist öffentlich-rechtlich, wenn sie öffentlichen Interessen dient und privatrechtlich, wenn sie privaten Interessen dient. Die Abgrenzung zur Funktionstheorie ist unklar, weshalb im Folgenden nur die Interessentheorie erwähnt wird; BK-KOLLER (Fn. 5), Art. 6 N 28 ff., 32 f.

71 Auch modale Theorie genannt. Ein Rechtssatz ist öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sich daraus eine Rechtsfolge öffentlich-rechtlichen Charakters ergibt, z.B. Bewilligungsentzug, Gewinn-

keiner Theorie der Vorrang zukommt.<sup>72</sup> Eine Doppelnorm liegt vor, wenn sich die Vorschrift ausnahmsweise sowohl dem öffentlichen als auch dem Zivilrecht zuordnen lässt.<sup>73</sup> Für die Qualifikation einer Bestimmung ist der rein formale allgemeine Charakter eines Gesetzes dabei belanglos.<sup>74</sup> Kein gültiges Argument bietet vorliegend also Art. 1 FINMAG<sup>75</sup>, der das FIDLEG als Aufsichtsgesetz bezeichnet: Aus dem Standort einer Vorschrift in einem grundsätzlich öffentlich-rechtlichen Erlass kann nicht automatisch auf den auch (ausschliesslich) öffentlich-rechtlichen Charakter aller darin enthaltenen Bestimmungen geschlossen werden.

### 1. Der öffentlich-rechtliche Gehalt der Verhaltensregeln

Für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Verhaltenspflichten spricht zunächst, dass die FINMA gegenüber den Banken *hoheitlich* auftritt (Subordinationstheorie), wird doch die Einhaltung der Verhaltensregeln durch die FINMA und die an sie rapportierenden Prüfgesellschaften (laufend) *überwacht*.<sup>76</sup> Bei nicht beaufsichtigten Finanzdienstleistern findet keine Überwachung statt – immerhin werden Nicht-Beaufsichtigte strafrechtlich sanktioniert, wenn sie gewisse in Art. 89 FIDLEG genannte Verhaltensregeln vorsätzlich verletzen. Ja, Beaufsichtigte wurden gerade deshalb vom Anwendungsbereich der Strafbestimmungen ausgenommen (Art. 92 FIDLEG), weil die Aufsichts-massnah-

---

einziehung. Er ist privatrechtlicher Natur, wenn sich eine zivilrechtliche Rechtsfolge ergibt, z.B. Schadenersatz. Siehe etwa BK-KOLLER (Fn. 5), Art. 6 N 37; ZK-MARTI (Fn. 68), Vorbem. Art. 5/6 N 63.

72 Statt vieler BGE 138 II 134 E. 4.1 S. 137 f.; 109 Ib 146 E. 1b S. 149.

73 Vgl. plastisch WOLFGANG WIEGAND/BERNHARD BERGER, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 135/1999, S. 713 ff., 722: «Eine Doppelnorm liegt vor, wenn es mit den Mitteln der Rechtslehre nicht gelingen will, eine Bestimmung eindeutig dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen, weil letztlich «in einer Norm deren zwei verborgen sind».»

74 BGE 96 I 97 E. 2c S. 100; ZK-MARTI, (Fn. 68), Vorbem. Art. 5/6 N 56.

75 Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

76 Vgl. dazu Standardprüfstrategie – Banken/Wertpapierhäuser, Anhang 2 zum FINMA-RS 13/3 «Prüfwesen», Version vom 20. Juni 2018, anwendbar ab 1. Januar 2019, S. 1 abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/branchenuebergreifende-themen/pruefwesen/pruefwesen-bei-banken/>> (zuletzt abgerufen am 26. 3. 2020), wo die «Einhaltung der Verhaltensregeln gegenüber Kunden im Zusammenhang mit «Execution-Only» etc. und mit «Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen» als von den Prüfgesellschaften zu prüfende Gebiete ausdrücklich aufgeführt werden. Nicht als Prüfungspunkt genannt ist *nota bene* die Einhaltung von Bestimmungen des Obligationenrechts. D.h. bereits die Einhaltung der Art. 11 BEHG und Art. 20 aKAG wurde durch die FINMA laufend überwacht. Anders als die Verhaltensregeln im FIDLEG sind diese als *Generalklauseln* ausgestaltet und werden durch von der FINMA als *Mindeststandard* anerkannte Selbstregulierung konkretisiert. Die anerkannten und genehmigten Selbstregulierungen sind abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/selbstregulierung/anerkannte-selbstregulierung/>> (zuletzt abgerufen am 26. 3. 2020).

men der FINMA als ausreichend erachtet wurden.<sup>77</sup> Damit ging auch der Gesetzgeber zweifellos vom *aufsichtsrechtlichen* Gehalt der Bestimmungen des FIDLEG aus.

Im Rahmen sodann von Vorabklärungen prüft die FINMA, ob sich ein Verdacht auf Verletzung der Finanzmarktgesetze erhärtet. Dabei handelt es sich wie bei der soeben erwähnten laufenden Überwachung/Aufsicht um informelles aber *nicht minder hoheitliches* Verwaltungshandeln.<sup>78</sup> Erhärtert sich der Verdacht, kann die Aufsichtsbehörde ein *Enforcementverfahren* eröffnen und nach Massgabe von Art. 30 ff. FINMAG Massnahmen ergreifen, so bspw. Anordnungen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands treffen (Art. 31 FINMAG), oder, bei einer schweren Verletzung des Aufsichtsrechts, die Gewinneinziehung anordnen (Art. 35 FINMAG) oder gegen Mitarbeitende in leitender Stellung ein Berufsverbot verhängen (Art. 33 FINMAG).<sup>79</sup> Diese Massnahmen sprechen gemäss der Sanktionentheorie ebenfalls für den öffentlich-rechtlichen Charakter der FIDLEG-Verhaltensregeln.

Wie die Botschaft ausführt, geht die FINMA *«gegen festgestellte Verletzungen [im Rahmen des Enforcement] nur vor, wenn diese die aufsichtsrechtlich relevante Schwelle überschreiten, indem sie sich etwa wiederholt ereignen oder eine breite Kundenbasis berühren können.»*<sup>80</sup> Dass die FINMA nicht jede isolierte Verletzung des FIDLEG mit Aufsichtsmassnahmen sanktioniert und die Kunden ihre individuellen Ansprüche auf dem Zivilweg durchsetzen müssen, ist indessen Ausdruck von Opportunitätsüberlegungen und der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV)<sup>81</sup> und entspricht der wirtschaftspolizeilichen Aufgabe<sup>82</sup> des Aufsichtsrechts – es ist kein Beleg für einen fehlenden öffentlich-rechtlichen Charakter der betreffenden Normen.

Auch die Interessentheorie spricht für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Verhaltensregeln. Das Gesetz bezweckt den *«Schutz der Kundinnen und*

77 AB 2016 S 1172: «Aufsichtsrechtliche Sanktionen können für einen Finanzdienstleister bis zum Bewilligungsentzug und zur anschliessenden Zwangsliquidation gehen. Da braucht es nach Auffassung der Mehrheit keine zusätzlichen Sanktionen des Strafrichters.» Bezogen auf *nicht beaufsichtigte* Finanzdienstleister erweist sich allerdings die strafrechtliche Ahndung von bloss *vorsätzlichen* Verletzungen einiger Verhaltensregeln und die fehlende laufende Aufsicht als grosse Lücke. BAUMGARTNER/VON DER CRONE (Fn. 34), S. 235 bezeichnen die Verhaltensregeln in diesem Punkt als *leges imperfectae*, was u.E. nur hinsichtlich jener Pflichten der Nicht-Beaufsichtigten zutrifft, deren Verletzung *nicht* in Art. 89 FIDLEG mit Strafe bedroht wird. Dies spricht aber nach vorliegender Auffassung nicht für den rein privatrechtlichen Charakter der Bestimmungen, sondern stellt schlicht einen gesetzgeberischen Fehlentscheid dar.

78 BGE 136 II 304 E. 6.3 S. 320.

79 Vgl. zum Ganzen DANIEL C. PFIFFNER, in: Basler Kommentar FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 27 FINMAG N 91.

80 Botschaft (Fn. 49), S. 8952.

81 Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, Jahresbericht 2018, S. 13, abrufbar unter: <<https://finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/geschaeftsberichte/>> (zuletzt abgerufen am 26.3.2020); URS ZULAUF ET AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 72 f., 89 f.

82 BGE 139 II 279 E. 4.2 S. 284 f.

*Kunden von Finanzdienstleistern sowie die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen [...] und trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei»* (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG). Diese Ziele verfolgen klar ein öffentliches Interesse,<sup>83</sup> so auch der Kundenschutz, der zunächst als Schutz der Kunden in ihrer Gesamtheit zu verstehen ist.<sup>84</sup> Die von Amtes wegen stattfindende laufende Überwachung durch die Prüfgesellschaften und – immer häufiger – direkt durch die FINMA mittels Vor-Ort-Kontrollen etc. und die (wo nötig) per *Enforcement* erfolgende Durchsetzung durch die FINMA sichert eine *präventive* und *flächendeckende* Einhaltung der Verhaltensregeln, die mit dem Privatrecht allein, dessen Schutz erst bei einer Klage eines Kunden greift, *nicht* erreicht werden könnte.<sup>85</sup>

## 2. *Der privatrechtliche Gehalt der Verhaltensregeln*

Die Antwort auf die Frage, ob die Verhaltensregeln auch einen privatrechtlichen Charakter haben, hängt vorab davon ab, ob sie nicht nur ein öffentliches Interesse am Funktions- und Gesamtanlegerschutz, sondern auch ein privates Interesse am *Individualanlegerschutz* verfolgen (Interessentheorie).<sup>86</sup> Dass jedenfalls Art. 11 BEHG auch dem Schutz individueller Interessen dient, anerkannte das Bundesgericht bei einer mit dem FIDLEG vergleichbaren Formulierung des Zweckartikels im BEHG *obiter* und sprach sich zudem wie bereits erwähnt für den *auch privatrechtlichen* Charakter der Bestimmung aus.<sup>87</sup> Weil Art. 11 BEHG gleichsam die *Vorgängerbestimmung* vieler heute im FIDLEG verankerten Verhaltenspflichten ist, ist es naheliegend, dass auch die Nachfolgebestimmungen im FIDLEG dem Schutz von Individualinteressen dienen.<sup>88</sup> Mit ande-

83 BGE 139 II 279 E. 4.2 S. 284 f.; vgl. auch KUERT (Fn. 50), Rn. 68 ff.

84 ABEGGLEN/ANDREOTTI (Fn. 15) S. 43; SCHAEFER (Fn. 32), S. 552; siehe zum Verhältnis Finanzmarktrecht und Konsumentenschutz ROLF SETHE, § 8: Konsumentenschutz beim Vermögensaufbau, in: Heiss Helmut/Loacker Leander D. (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, S. 158 ff.

85 Vgl. EMMENEGGER/DÖBELI (Fn. 4), S. 648; SETHE/SEILER (Fn. 32), S. 446.

86 Bejahend AMADÒ (Fn. 33), S. 992 ff.; KUERT (Fn. 50), Rn. 453.1 ff., der die Argumentation für vertretbar hält; ablehnend MAURENBRECHER (Fn. 21), S. 572.

87 BGer 4A\_213/2010 vom 28. September 2010, E. 4: «A l'instar de la loi dans son ensemble, l'art. 11 LBVM a aussi pour but de protéger les créanciers et les investisseurs (ATF 136 II 43 consid. 3.2; voir aussi l'arrêt 2C\_749/2008 du 16 juin 2009, consid. 3.1). Conformément à l'argumentation de la demanderesse, la Cour retient a tort que l'art. 11 LBVM n'est pas destiné à la protection de l'investisseur lésé.» Siehe zudem Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Börsengesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), BB1 1369 ff., 1381 und 1394: «Der Anlegerschutz bedeutet primär Schutz von Individualinteressen [...], während beim Funktionsschutz Kollektivinteressen im Vordergrund stehen.»; zum Doppelnormcharakter siehe vorne, B. I.2.

88 Nachfolger der Art. 11 BEHG, Art. 20 und Art. 22 aKAG sind die Informationspflichten in Art. 8 f. FIDLEG (s. Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG, Art. 20 Abs. 1 lit. c aKAG), die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben und zur Gleichbehandlung in Art. 17 FIDLEG (s. Art. 11

ren Worten und generell ausgedrückt, spricht der privatrechtliche Charakter des Art. 11 BEHG aber auch jener der Art. 20 und Art. 22 aKAG, welche die Treue-, Sorgfalts- und Informationspflichten im Effektenhandel bzw. Fondsvertrieb regeln, für eine *auch* privatrechtliche Natur der Nachfolgepflichten im FIDLEG, die, wenn auch detaillierter, Treue-, Sorgfalts- und Informationspflichten statuieren. Dem Schutz individueller Interessen der Kunden dürften aber bspw. auch die insoweit nicht in Art. 11 BEHG und Art. 20 aKAG enthaltenen Pflichten zur Eignungs- und Angemessenheitsprüfung dienen (Art. 10–14 FIDLEG). Der Individualschutzcharakter scheidet auch nicht an der vorne (B.IV.1.) zitierten Aussage in der Botschaft, wonach die FINMA *nicht* gegen jede isolierte Verletzung des FIDLEG vorgehe. Dasselbe galt nämlich bereits bei einer Verletzung der Art. 11 BEHG und Art. 20 aKAG und dennoch ist der auch *privatrechtliche* Charakter dieser Bestimmungen – wie bereits mehrfach erwähnt – anerkannt.<sup>89</sup>

Weiter weist auch die Subordinationstheorie auf den (auch) zivilrechtlichen Charakter hin: Die Verhaltenspflichten regeln *direkt* das Verhältnis von zwei Privatrechtssubjekten, der Bank und dem Kunden, d.h. zwischen zwei *gleichgeordneten* Parteien.<sup>90</sup> Art. 8 FIDLEG i.V.m. der Verordnung enthält bspw. einen detaillierten Katalog von Informationen, die der Finanzdienstleister dem Kunden schuldet. Letzterer wird explizit als Adressat der Information genannt. Gleiches gilt bspw. für Art. 26 FIDLEG, wonach Finanzdienstleister Drittschädigungen nur annehmen dürfen, wenn die Kundin vorgängig informiert auf die Entschädigung verzichtet oder die Bank die Entschädigung vollumfänglich an die Kundin weitergibt. Auch hier wird *direkt* das Verhältnis zwischen

---

Abs. 1 lit. c BEHG, Art. 20 Abs. 1 lit. a aKAG), die Pflicht zu Best-Execution in Art. 18 FIDLEG (s. Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG und Art. 22 aKAG – da Art. 22 aKAG mit Inkrafttreten des FIDLEG gestrichen wurde, betrachtet die SFAMA die Pflicht zu Best-Execution nun auch als Teilgehalt von Art. 20 revKAG), schliesslich Art. 25 FIDLEG, der die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten festhält (s. Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG, Art. 20 Abs. 1 lit. a aKAG).

89 WIEGAND/BERGER (Fn. 73), S. 723: «Als Norm des Aufsichtsrechts gewährt Art. 11 BEHG keinen individuellen Rechtsschutz.»; RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Basler Kommentar BEHG/FINMAG, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 11 BEHG N 7 ff.; BSK-PFENNINGER/NÜESCH (Fn. 18), Art. 20 N 4 f.; vgl. bspw. auch FINMA Enforcementbericht 2018, Entscheid 19, S. 14, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publicationen/berichte/enforcement-bericht/> (zuletzt abgerufen am 26. 3. 2020): «Damit lagen *mehrere* Fälle von verbotenen Front- und Parallel-Running und damit ein grober Verstoss gegen das Börsengesetz (Art. 11 Abs. 1 BEHG) vor.» (Hervorhebung hinzugefügt); FINMA-Bulletin 4/2013, Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 15. Juli 2011, S. 93, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2013/11/aktuell-bulletin-4-2013-20131125/> (zuletzt abgerufen am 26. 3. 2020): «Die X. \_\_\_ Bank ist somit ihrer Informationspflicht gemäss Art. 11 BEHG *wiederholt* nicht nachgekommen und hat damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen *schwer* verletzt.» (Hervorhebung hinzugefügt.) Die qualifizierte Verletzung des Art. 11 BEHG wurde in diesen Fällen insb. ohne Rückgriff auf die Gewährbestimmung geahndet.

90 Vgl. zu Art. 11 BEHG ERIC SIBBERN/HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2/2007, S. 166 ff., 167 f. mit Fn. 12; KUERT (Fn. 50), Rn. 77.

Kunde und Bank geregelt, wie auch bspw. in Art. 19 FIDLEG, der das *Securities Lending* regelt und statuiert, die Kundin müsse diesen Geschäften schriftlich und informiert zustimmen und habe einen Anspruch auf eine Entschädigung.

Aus der Sanktionentheorie lässt sich nichts ableiten. Art. 87 Abs. 3 FIDLEG statuiert – wie bereits erwähnt unnötigerweise – bloss die Selbstverständlichkeit, dass privatrechtliche Streitigkeiten durch die Zivilgerichte zu entscheiden sind.

### 3. *Zwischenfazit zur Anwendung der Abgrenzungstheorien: Verhaltensregeln als Doppelnormen*

Die Qualifikation anhand der Theorien zur Abgrenzung des öffentlichen und Zivilrechts ergibt, dass die Verhaltensregeln des FIDLEG sowohl dem öffentlichen als auch dem Privatrecht zuzuordnen sind. Einerseits regeln diese *direkt* das Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister – mithin die Beziehung von zwei Privatrechtssubjekten. Andererseits überwacht die FINMA die Einhaltung der Verhaltensregeln und tritt in dieser Funktion *hoheitlich* gegenüber den Finanzdienstleistern auf. Schliesslich spricht auch die Interessentheorie für die Doppelnatur, wenn wie hier *neben* dem öffentlichen Interesse am Funktions- und Gesamtanlegerschutz ein *Individualschutzinteresse* bejaht wird.

## V. **Fazit: Doppelnormen oder öffentliches Recht?**

Während sich der Gesetzgeber nach der hier vertretenen Auffassung in Art. 7 Abs. 1 FIDLEG *explizit* zugunsten der rein öffentlich-rechtlichen Natur der Verhaltenspflichten aussprach (B.III.), führt die Anwendung der in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung des öffentlichen und Zivilrechts zum *gegenteiligen* Ergebnis, nämlich, dass die Verhaltensregeln als Doppelnormen zu qualifizieren sind (B.IV.). Dass eine *gesetzgeberische* rechtssystematische Qualifikation jedoch für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich ist und die Abgrenzungstheorien in diesem Rahmen keine Rolle spielen können, bringt das Bundesgericht deutlich zum Ausdruck:

«Soweit der Bundesgesetzgeber eine Materie dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuordnet, ist diese Zuordnung auch für den Rechtsanwender verbindlich und bleibt der Theorienstreit bedeutungslos (vgl. BGE 42 I 351; HUBER, a.a.O., N. 118 zu Art. 6 ZGB). Art. 73 Abs. 2 OR weist die Gesetzgebung gegen die Missbräuche im Zinswesen ausdrücklich dem öffentlichen Recht zu. Insoweit bleibt kein Raum für die Annahme der Beschwerdeführer, es handle sich dennoch um Zivilrecht.»<sup>91</sup>

91 BGE 119 Ia 59 E. 3 S. 62.

Das heisst – und das blieb in der Literatur bisher unerwähnt –, die Theorien zur Abgrenzung des öffentlichen und Zivilrechts sind dann *nicht* von Bedeutung, wenn der Bundesgesetzgeber selbst eine Materie dem privaten oder dem öffentlichen Recht ausdrücklich zuordnet.<sup>92</sup> Das Bundesgericht, in soeben genannten Entscheid, und die jüngere Lehre beziehen sich zwar auf die gesetzgeberische Zuordnung einer Materie bei der Abgrenzung der Privatrechtskompetenz des Bundes gegenüber kantonalen öffentlich-rechtlichen Gesetzgebungsbefugnissen (Art. 6 ZGB), doch muss das Gesagte auch für eine gesetzgeberische Qualifikation *unabhängig* einer Kompetenzfrage gelten, so grundlegend bereits der im genannten Bundesgerichtsentscheid zitierte HUBER:

«Der allgemeine Charakter eines Gesetzes ist also für Theorie und Praxis belanglos. Dagegen kann sich ein Gesetz gleichsam an die Stelle der Theorie setzen und die Qualifikation einer Norm als öffentlichrechtliche oder privatrechtliche selber autoritativ vornehmen.»<sup>93</sup>

Hieraus folgt, dass die Verhaltensregeln gemäss der in Art. 7 Abs. 1 FIDLEG wie dargelegt *ausdrücklich* enthaltenen und wie soeben gezeigt für die Gerichte *verbindlichen* rechtssystematischen Qualifikation anders als noch Art. 11 BEHG und Art. 20 aKAG u.E. keine Doppelnormen, sondern nur Bestimmungen *aufsichtsrechtlicher* Natur sind, die (nur) im Sinne der Ausstrahlungswirkung im Zivilrecht Berücksichtigung finden können. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Lehre, aber mit anderer Begründung.

Dieses Ergebnis wirft die Frage auf, ob der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des FIDLEG auch die Doppelnormqualität des ja weiterhin geltenden Art. 20 revKAG aufheben wollte.<sup>94</sup> Die bisherige Lehre geht auf diesen Aspekt nicht ein. Das Verhältnis des Art. 20 revKAG zum Privatrecht wurde auch im Gesetzgebungsverfahren *nicht thematisiert* und es fehlt – anders als in Art. 7 Abs. 1 FIDLEG – an einer, wie hier vertreten, *ausdrücklichen* rechtssystematischen Qualifikation. Dass es sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, ist jedoch zu verneinen, denn gerade die vertriebsbezogenen Verhaltensregeln des Art. 20 aKAG gingen ja nicht vergessen, sondern wurden ins FIDLEG überführt und sind somit vom Geltungsbereich des Art. 7 Abs. 1 FIDLEG erfasst. Dies spricht zugleich *gegen* eine analoge Anwendung des Art. 7 Abs. 1 FIDLEG auf die Verhaltenspflichten in Art. 20 revKAG, der gerade eben das *Point of Sale*-Verhalten nicht mehr regelt. Weil Art. 20 revKAG zudem als *Generalklausel* ausgestaltet ist, besteht, anders als bei den detaillierten Verhaltensregeln des FIDLEG, *kaum* Konfliktpotential mit dem Zivilrecht und ist aufgrund seiner offenen Formulierung eine *einzelfallgerechte* zivilrechtliche Entscheidung trotz Doppelnormqualifikation *möglich*. Auch aus diesem Grund

92 ZK-MARTI (Fn. 68), Vorbem. Art. 5/6 N 55; BK-KOLLER (Fn. 5), Art. 6 N 65.

93 HANS HUBER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bern 1962, Art. 6 ZGB N 117 f.

94 Siehe zur Doppelnormqualität des Art. 20 aKAG vorne, B.I.2. und B.IV.1.

ist eine analoge Anwendung des Art. 7 Abs. 1 FIDLEG, der u.E. dazu dient, das genannte Konfliktpotenzial zu bewältigen und die Einzelfallgerechtigkeit des Zivilrechts beizubehalten,<sup>95</sup> abzulehnen. Damit aber ist weiterhin an der Doppelnormnatur des Art. 20 revKAG *festzuhalten*, die aus der Anwendung der Abgrenzungstheorien resultiert, der herrschenden Lehre zu Art. 20 aKAG entspricht und bei der analogen Bestimmung in Art. 11 BEHG bundesgerichtlich bestätigt wurde.

Letztlich bleibt damit ein *Wertungswiderspruch* hinzunehmen, denn anders als Art. 11 BEHG, Art. 20 revKAG und aKAG, die (weiterhin) als Doppelnormen qualifiziert werden, gilt dies nicht für die Verhaltensregeln im FIDLEG, obwohl es sich bei vielen dieser Vorschriften um nichts anderes als detailliert ausformulierte Treue-, Sorgfalts- und Informationspflichten handelt, wie sie sich als Generalklausel in den erwähnten Doppelnormen und als Konkretisierung in der Selbstregulierung finden.

Die «blosse» Ausstrahlungswirkung ist dabei wie nachfolgend an zwei Beispielen zu zeigen sein wird, aus einer ergebnisorientierten Perspektive zu begrüssen.

## VI. Ergebnisorientierte Perspektive: Ausstrahlungswirkung oder Doppelnorm am Beispiel der Verhaltenspflichten gegenüber institutionellen Kunden

### 1. Keine Rechenschaftspflicht gegenüber institutionellen Kunden?

Das FIDLEG unterscheidet zwischen drei Kundenkategorien: Den Privatkunden, den professionellen Kunden und den institutionellen Kunden (Art. 4 Abs. 1 FIDLEG). Das Kundensegment entscheidet über Bestand und Umfang der Verhaltenspflichten. Während diese bei Privatkunden umfassend zur Anwendung gelangen, bestehen gegenüber professionellen Kunden nur elementare Pflichten. Bei Geschäften mit institutionellen Kunden finden die Bestimmungen des Kapitels «Verhaltensregeln» nach Art. 20 Abs. 1 FIDLEG sogar überhaupt *keine* Anwendung; dies gilt auch für ganz grundlegende Vorschriften wie die Rechenschaftspflicht (Art. 16 FIDLEG).<sup>96</sup> Anders das Zivilrecht, wird doch z.B. ein *genereller vorgängiger* Verzicht des Auftraggebers auf die Rechenschaftspflicht des Beauftragten in Art. 400 Abs. 1 OR als ungültig erachtet.<sup>97</sup>

95 Vgl. statt Vieler AB S 2018 132: «Der Zivilrichter muss immer frei sein, in einem konkreten Vertragsverhältnis ganzheitlich zu beurteilen, wie die beidseitigen Interessenlagen liegen und wie die Verträge erfüllt sind, unabhängig davon, ob die Fidleg-Bestimmungen erfüllt sind oder nicht.»

96 BGE 110 II 181 E. 2 S. 182: «Seine Pflicht, Rechenschaft abzulegen, ist essentielle des Auftragsrecht und ein Minimum dessen, was er zu erfüllen hat, damit wirklich angenommen werden kann, er habe Geschäfte im fremden Interesse zu besorgen.»

97 Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399: «Ein vorgängiger Verzicht auf die Information bezüglich Rückvergütungen ist nicht möglich; [...]»; WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar,

Qualifiziert man Art. 20 Abs. 1 FIDLEG – wie hier vertreten – als rein öffentlich-rechtliche Norm, ändert die Ausstrahlungswirkung an der geltenden Rechtslage im Zivilrecht nichts, da *per Auslegung* bzw. *Konkretisierung* die in Art. 400 Abs. 1 OR ausdrücklich verankerte Pflicht zur Rechenschaft nicht aufgehoben werden kann.<sup>98</sup> Die gegenteilige Auffassung widerspräche zunächst Wortlaut aber auch Grundgedanken des Art. 400 Abs. 1 OR, wonach der Beauftragte Rechenschaft ohne Rücksicht auf die Kenntnisse und Erfahrungen oder andere Eigenschaften (wie z.B. Unternehmen vs. Privatperson) des Auftraggebers schuldet. Qualifizierte man hingegen Art. 20 Abs. 1 FIDLEG als Doppelnorm, schuldet der Beauftragte gegenüber institutionellen Kunden auch *zivilrechtlich keine* Rechenschaft mehr. Dass aber eine «[E]ssentielle des Auftragsrechts»<sup>99</sup>, wie die Pflicht zur Rechenschaft, privatrechtlich gegenüber einer bestimmten Kundenkategorie nicht mehr gelten soll, ist abzulehnen und dürfte auch nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein.

Ohnehin ist, dies als Nebenbemerkung, jedoch davon auszugehen, dass gerade die Organe institutioneller Kunden aufgrund ihrer Treuepflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber oder Kunden (z.B. gemäss Art. 20 KAG) sehr oft nicht damit einverstanden sein können, ja dürfen, dass die Verhaltensregeln nicht gelten sollen<sup>100</sup> und daher *de facto* zu einem *Opting-in* zum professionellen Kunden (Art. 5 Abs. 6 FIDLEG) gezwungen sein dürften.<sup>101</sup> Vor diesem Hintergrund dürfte sich in der Praxis die Frage, inwieweit Art. 20 Abs. 1 FIDLEG auf das Privatrecht ausstrahlt, kaum stellen. Jedenfalls ist die Qualifikation des Art. 20 Abs. 1 FIDLEG als Doppelnorm aus einer ergebnisorientierten Perspektive klar *abzulehnen*.

## 2. Verbot des «Super-Opting-in»?

Unter FIDLEG können die institutionellen Kunden zwar ein *Opting-in* zum professionellen, nicht aber zum Privatkunden erklären (Art. 5 Abs. 5 und 6 FIDLEG).<sup>102</sup> Fraglich ist, wie sich dieses (verwunderliche) regulatorische Verbot eines «Super-Opting-in»<sup>103</sup> auf eine dagegen verstossende vertragliche Vereinbarung zwischen institutionellem Kunde und Finanzdienstleister auswirkt.

---

Band VI: Obligationenrecht, Bern 1992, Art. 400 OR N 58, m.w.H.; siehe auch ROLF H. WEBER, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 400 OR N 21, der einen Verzicht im Voraus als problematisch erachtet.

98 Siehe bereits ABEGGLEN/LUTERBACHER (Fn. 32), S. 468; a.A. wohl RAYROUX/MEHMETAJ (Fn. 32), Rn. 43 ff., die allerdings nicht spezifisch auf die Rechenschaftspflicht eingehen.

99 BGE 110 II 181 E. 2 S. 182.

100 ABEGGLEN/LUTERBACHER (Fn. 32), S. 468.

101 Siehe bereits ABEGGLEN/ANDREOTTI (Fn. 15), S. 56.

102 Anders noch die Botschaft (Fn. 49), S. 8950: «Auch institutionelle Kunden können schriftlich erklären, dass sie nur als professionelle Kunden *oder als Privatkundinnen und -kunden* gelten wollen.» (Hervorhebung hinzugefügt.)

103 Begriff aus SANDRO ABEGGLEN/THOMAS HOCHSTRASSER, FIDLEG – was kommt gemäss Botschaft des Bundesrates auf die Finanzdienstleister zu?, SJZ 112/2016, S. 369 ff., 371.

Qualifizierte man die FIDLEG-Normen als rein öffentlich-rechtlich, wäre eine das Super-Opting-in-Verbot verletzende Vereinbarung nur dann gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig, wenn das Gesetz die Nichtigkeit ausdrücklich vorsähe oder Sinn und Zweck der öffentlich-rechtlichen Norm diese Folge zwingend verlangten.<sup>104</sup> Das FIDLEG schreibt die Nichtigkeitsfolge indessen weder ausdrücklich vor noch würde diese sich aus Sinn und Zweck der Bestimmung ergeben, die davon ausgeht, dass die institutionellen Kunden den Privatkundenschutz aus aufsichtsrechtlicher Perspektive nicht benötigen. Qualifizierte man die Bestimmungen hingegen als Doppelnormen, handelte es sich dabei dagegen um *zwingendes* Privatrecht,<sup>105</sup> womit eine widersprechende Vereinbarung *nichtig* wäre – ein Ergebnis, das wiederum offensichtlich wenig sachgerecht wäre und *nicht* gewollt sein kann.<sup>106</sup>

## C. Verhaltensregeln als Schutznormen?

### I. Vorbemerkungen

Der Gesetzgeber äusserte sich *nicht* ausdrücklich dazu, ob die FIDLEG-Verhaltensregeln als Schutznormen im Sinne des Deliktsrechts zu qualifizieren sind (vgl. C.II. zur Frage, ob er dies implizit tat). In der Lehre ist die Frage umstritten.<sup>107</sup>

Zunächst kann festgehalten werden, dass Finanzdienstleister und Kunde allermeist in einem Vertragsverhältnis stehen. Ein Vertrag besteht sowohl bei der Vermögensverwaltung, der Anlageberatung, Execution-Only, als auch,

104 PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 684.

105 So auch EMMENEGGER (Fn. 11), S. 649; vgl. ferner WOLFGANG WIEGAND/JÜRGEN WICHTERMANN, Der Einfluss des Privatrechts auf das öffentliche Bankrecht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Bern 1999, S. 119 ff., 151.

106 Nach einem Teil der Lehre sind Doppelnormen nur in ihrem Kerngehalt der Parteidisposition entzogen und deren Verletzung nur dann nichtig, sofern der Verstoss diesen Kerngehalt betreffe, der aus der Perspektive des öffentlich-rechtlichen Funktionsschutzes als zwingend zu qualifizieren sei; so BSK-PFENNINGER/NÜESCH (Fn. 18), Art. 20 N 7 m.w.H.; SIBBERN/VON DER CRONE (Fn. 90), S. 168; BENOÎT CHAPPUIS/Franz WERRO, Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des règles de conduite de l'ASB, AJP 2005, S. 560 ff., 564; folgte man dieser Auffassung, wäre das Super-Opting-in-Verbot nicht Teil dieses Kerngehalts und eine entsprechende Vereinbarung privatrechtlich gültig.

107 Schutznormcharakter bejahend: JÖRG SCHMID, Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften», in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, S. 221 ff., 237; Schutznormcharakter nicht ausschliessend AMADÒ (Fn. 33), S. 999; KUERT (Fn. 50), Rn. 1110; BAUMANN (Fn. 21), S. 264 f. und SCHALLER (Fn. 33), Rn. 758; ablehnend: MAURENBRECHER, (Fn. 21), S. 583 ff.; vgl. auch RAYROUX/MEHMETAJ (Fn. 32), Rn. 39 wonach höchstens die Verhaltensregeln, deren Verletzung strafrechtlich sanktioniert werden, Schutznormcharakter haben könnten; ferner WEBER/FAHRLÄNDER (Fn. 47), Art. 69 N 48, wonach Art. 90 FIDLEG eine Schutznorm sei.

nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts, der bloss *punktuellen* Beratung (unabhängig davon, ob sie im Sinne des FIDLEG transaktionsbezogen oder portfoliobezogen erfolgt).<sup>108</sup> Bei der «*direkt an bestimmte Kunden gerichteten Tätigkeit, die spezifisch auf den Erwerb oder die Veräusserung eines Finanzinstruments abzielt*», also dem hier als *qualifizierten Vertrieb*<sup>109</sup> genannten Vorgang hingegen, liegt gemäss Art. 3 Abs. 2 FIDLEG eine Finanzdienstleistung nach FIDLEG vor, was die Pflicht zur Befolgung der Verhaltensregeln auslöst, obwohl zivilrechtlich, wenn nicht andere Elemente zum qualifizierten Vertrieb hinzukommen, hier gerade *kein* Vertrag vorliegt. Ob diese Verordnungsbestimmung gesetzeskonform sei, ist fraglich, aber – wie bereits erwähnt – nicht zu prüfen. Ist sie es, liegt beim *qualifizierten Vertrieb* eine Finanzdienstleistung vor und ist die Frage nach der Schutznormqualität der Verhaltensregeln von *zentraler* Bedeutung. Aber auch wenn ein Vertragsverhältnis besteht, ist die Frage nach einer ausservertraglichen Haftungsgrundlage dort von Relevanz, wo die Gerichte zum Schluss kommen, eine Verletzung einer Verhaltensregel des FIDLEG stelle nicht zugleich eine Vertragsverletzung dar – vor dem Hintergrund, dass die Bestimmungen *keine* Doppelnormen sind ein durchaus mögliches Szenario.

Im Übrigen ist zu bemerken, dass sich ein Dritter (Nicht-Kunde) *nicht* auf die FIDLEG-Pflichten als Schutznormen berufen kann, da diese nicht ihn, sondern gemäss klarem Gesetzeswortlaut nur die Kundin des Finanzdienstleisters schützen, gegenüber welcher eine Finanzdienstleistung erbracht wird (Art. 3 lit. c FIDLEG). Obwohl die Verhaltensregeln schliesslich nur die Finanzdienstleister, nicht aber deren Mitarbeitende verpflichten (Art. 7 Abs. 1 FIDLEG), könnten Letztere dennoch einem deliktischen Haftungsrisiko ausgesetzt sein: Gemäss Art. 89 FIDLEG wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich gegen wichtige Verhaltensregeln, nämlich gegen Art. 8 (Informationspflicht), Art. 10–14 (Pflicht zum Eignungs- und Angemessenheitstest) oder Art. 26 FIDLEG (Verbot der Annahme von Drittschädigungen) verstösst – erstaunlich, dass die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 16 FIDLEG nicht ebenfalls strafbewehrt wurde. Zwar richtet sich die Strafbestimmung in Art. 89 FIDLEG an die Finanzdienstleister<sup>110</sup> und handelt es sich deshalb um ein *Sonderdelikt*. Gemäss

108 Siehe BGer 4A\_54/2017 vom 29. Januar 2018 E. 5.2; HGer Kanton ZH HG170049 vom 18. März 2019 E. 2.1.2: «Tritt die Bank mit einer konkreten Anlageempfehlung an den Kunden, handelt es sich dessen ungeachtet, dass eine reine Konto-/Depotbeziehung vereinbart worden ist, um eine Anlageberatung.»

109 Siehe Fn. 17.

110 Entweder als natürliche oder juristische Person. Handelt es sich beim Finanzdienstleister um eine juristische Person, kommen als taugliche Täter alle in Art. 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 (SR 313.0) genannten *natürlichen* Personen in Betracht. Ausserdem kann die juristische Person gestützt auf Art. 49 FINMAG subsidiär haften (Ausfallhaftung). Art. 102 Abs. 1 StGB greift nicht, weil es sich bei Art. 89 FIDLEG um eine Übertretung handelt. Vgl. zum Ganzen und für die entsprechende Rechtslage im GwG MARIANNE JOHANNA HILF, SHK Geldwäschereigesetz, Zürich 2017, Art. 37 GwG N 15 ff.

Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 VStrR kann Täter aber auch jede *natürliche* Person sein, welche die Tat gemäss Art. 89 FIDLEG beim Besorgen der Angelegenheiten eines Unternehmens oder sonst in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen für einen anderen begeht. Handelte es sich somit bei den in Art. 89 FIDLEG mit Strafe bedrohten Verhaltensregeln um Schutznormen, wären auch die Mitarbeitenden eines Finanzdienstleisters in Bezug auf die strafbewehrten Verhaltenspflichten deliktisch (Art. 41 OR) passivlegitimiert.<sup>111</sup> Dies gilt aber gemäss Art. 92 FIDLEG *nicht* für nach Art. 3 FINMAG Beaufichtigte und für Personen, die für sie tätig sind – eine gesetzgeberische Entscheidung, die mit Blick auf die Rechtsgleichheit *problematisch* erscheint (aber zu akzeptieren ist)<sup>112</sup>: Während Mitarbeitende eines *nicht beaufsichtigten* Finanzdienstleisters bereits bei einer einmaligen (allerdings vorsätzlichen) und gemäss Wortlaut ausser bei Art. 10–14 FIDLEG selbst leichten Verletzung der in Art. 89 FIDLEG genannten Verhaltensregeln mit einer Busse von bis zu 100 000 Franken rechnen müssen, ist die gleiche Handlung eines Mitarbeitenden eines *beaufsichtigten* Finanzdienstleisters nicht strafbewehrt. Aufsichtsrechtlich droht letzterem eine Massnahme, konkret ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG nur dann, wenn er eine leitende Stellung innehat<sup>113</sup> und die Verhaltensregeln schwer verletzt, wofür selbst mehrere leichte Verletzungen nicht genügen; immerhin ist ein Berufsverbot bei entsprechender Schwere der Verletzung gemäss Gesetzeswortlaut und Rechtsprechung auch bei Fahrlässigkeit möglich.<sup>114</sup>

## II. Trotz Individualschutzcharakter keine Schutznormen?

Weil das Vermögen nicht als absolut geschütztes Rechtsgut gilt, ist dessen Verletzung nur dann widerrechtlich i.S.v. Art. 41 OR, wenn ein Verstoss gegen eine Verhaltensnorm vorliegt, die dem Schutz der geschädigten Person gerade vor solchen Schädigungen dient (Individualschutzcharakter).<sup>115</sup> Wie bereits erwähnt, anerkannte das Bundesgericht den Schutznormcharakter des Art. 11 BEHG obiter.<sup>116</sup> Dass auch die Verhaltensregeln im FIDLEG dem Schutz indi-

111 Vgl. WEBER/FAHRLÄNDER (Fn. 47), Art. 69 N 48; KUERT (Fn. 50), Rn. 1022 ff.; MAURENBRECHER (Fn. 21), S. 586.

112 Art. 190 BV.

113 BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 253; BGer 2C\_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.3.1.

114 BGer 2C\_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.3, mit berechtigtem Dispositiv (im genannten Urteil war die Beschränkung des Verbots auf Tätigkeiten in *leitender Stellung* irrtümlich nicht enthalten) in BGer 2G\_2/2020 vom 16. April 2020; BGer 2C\_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1; PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHLMANN, in: Basler Kommentar zum FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 33 FINMAG N 13c.

115 Statt vieler BGE 141 III 527 E. 3.2 S. 534; KARL OFTINGER/EMIL STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 4 N 41.

116 BGer 4A\_213/2010 vom 28. September 2010 E. 4; siehe dazu SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ, Das schweizerische Bankprivatrecht, 2010–2011, SZW 4/2011, S. 372 ff., 276, wonach

vidueller Vermögensinteressen dienen dürften, wurde vorne u.a. gestützt auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung (B.IV.2.) bejaht. Eine Schutznorm muss denn auch nicht *allein* dem Schutz von Individualinteressen dienen, sondern es genügt, dass diese *neben* (hauptsächlich) Gemeinrechtsgütern zum Schutzbereich gehören.<sup>117</sup> Mit der Anerkennung des Individualschutzcharakters wäre auch kein Wertungswiderspruch zum im Kontext der Schutznormdiskussion wichtigen Entscheid des Bundesgerichts verbunden, wonach die Verhaltensregeln des GwG<sup>118</sup> nicht den Schutz individueller Vermögensinteressen bezwecken.<sup>119</sup> Das GwG auferlegt den Finanzintermediären Verhaltenspflichten, wie z.B. die Identifikation des Vertragspartners und der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 3 ff. GwG) sowie die Meldepflicht bei Geldwäschereiverdacht (Art. 9 GwG).<sup>120</sup> Bereits von ihrer Natur her handelt es sich dabei nicht wie im FIDLEG um Pflichten, die *direkt* gegenüber dem Kunden einzuhalten sind, wie etwa eine Aufklärungspflicht (Art. 8 f. FIDLEG) oder die Pflicht zur Prüfung, ob eine (transaktionsbezogene) Empfehlung von Finanzinstrumenten angemessen sei (Art. 11 FIDLEG).

Zweifel am Schutznormcharakter kommen aber beim Studium der Botschaft auf, die im Kontext der Frage nach der aufsichtsrechtlichen oder privatrechtlichen Natur der Verhaltensregeln festhält, dass diese *keine* privatrechtlichen Wirkungen zeitigen sollen, bzw. die Kunden sich privatrechtlich *nicht* direkt auf die aufsichtsrechtlichen Anforderungen berufen können, diesen vielmehr bloss eine Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht zukommt.<sup>121</sup> Obwohl der ausschliesslich aufsichtsrechtliche Charakter der Verhaltenspflichten deren *Individualschutz*charakter u.E. nicht ausschliesst,<sup>122</sup> stellt sich die Frage, ob für die Qualifikation als Schutznorm *zusätzlich* zum Individualschutz auch die

---

das Bundesgericht den Schutznormcharakter bejahte; so auch MIRJAM EGGEN, Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?, SZW 6/2011, S. 625 ff., 631; KUERT (Fn. 50), Rn. 1109; MONFERRINI/VON DER CRONE, Haftung des Effektenhändlers für strukturierte Produkte im ausservertraglichen Verhältnis, SZW 4/2012, S. 347 ff., 353; AMADÒ (Fn. 33), S. 991; a.A. WEBER (Fn. 12), S. 416: «Weil es bei diesem Entscheid nicht einmal um einen Effektenhändler ging, erscheint es als etwas konstruiert, aus den kurzen Hinweisen herauszulesen, dass Art. 11 BEHG nunmehr durch das Bundesgericht zur Schutznorm erhoben wurde.»

117 BGE 102 II 85 E. 5 S. 88; siehe MICHEL VERDE, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss. Zürich 2014, Rn. 395 m.w.H.; dies ist bereits daran ersichtlich, dass das Bundesgericht auch Straftatbestände als Schutznormen qualifiziert, die den Delikten gegen die Allgemeinheit angehören, z.B. Art. 305bis StGB, s. Fn. 119.

118 Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

119 BGE 134 III 529 E. 4.2 f. S. 531 ff.

120 Beim Geldwäschereitatbestand in Art. 305bis StGB handelt es sich dagegen um eine Schutznorm, weil er die Vereitelung der Einziehung von Vermögenswerten sanktioniert, die gerade im Interesse des Geschädigten erfolgt (vgl. Art. 70 Abs. 1 StGB); siehe BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 S. 326 ff.

121 Botschaft (Fn. 49), S. 8921, 8941.

122 Schutznormen können sich nämlich aus der gesamten Rechtsordnung, d.h. auch aus reinem Aufsichtsrecht, ergeben; siehe VERDE (Fn. 116), Rn. 416.

Schaffung einer *deliktischen Anspruchsgrundlage* Normzweck sein muss. Während einige Entscheide des Bundesgerichts in diese Richtung zu gehen scheinen,<sup>123</sup> ist die Frage in der Lehre umstritten.<sup>124</sup> Ohne *generell* darauf antworten zu wollen, würde die Qualifikation der FIDLEG-Verhaltenspflichten als Schutznormen auf jeden Fall zu einem dem Willen des Gesetzgebers *widersprechenden* Ergebnis führen: Der Zivilrichter sollte weiterhin frei sein, im Einzelfall von der Lösung des FIDLEG abzuweichen, indem die Verhaltensregeln bloss bei der *Auslegung* zivilrechtlicher Pflichten Berücksichtigung finden<sup>125</sup> – ein Ziel, das bei Bejahung des Schutznormcharakters gerade unterlaufen würde.<sup>126</sup> Die Verhaltensregeln scheinen nach dem Willen des Gesetzgebers also gerade *nicht* zu bezwecken, den Kunden der Bank als Schutznorm eine deliktische Anspruchsgrundlage zu verschaffen. Deshalb sind die Verhaltensregeln nach vorliegender Auffassung trotz deren Individualschutzcharakter wohl *nicht* als Schutznormen zu qualifizieren.

Kein gültiges Argument bietet ausserdem die Strafbewehrung der Verhaltensregeln in Art. 89 FIDLEG. Ob eine Verhaltenspflicht mittels Strafrecht oder anderes (z.B. Massnahmen nach FINMAG) durchgesetzt wird, kann für die Schutznormqualifikation nicht entscheidend sein.<sup>127</sup> Würde man auf dieses Kriterium abstellen, dürfte konsequenterweise die Verletzung einer Verhaltensregel durch *beaufsichtigte* Finanzdienstleister, die der Strafnorm nicht unter-

123 Vgl. BGE 141 III 527 E. 3.5 S. 537, wonach Art. 163 ff. StGB nicht bezwecken, den Gläubigerin als Schutznorm eine weitere Anspruchsgrundlage zu verschaffen; BGer 6B\_81/2009 vom 30. Juni 2009, E. 3.3; 4A\_54/2008 vom 29. April 2008, E. 5.3.2: «Il faut que la norme en question dicte un comportement pour prévenir certains dommages (finalité protectrice), de sorte que, mise en relation avec, l'art 41 a. 1 CO, cette norme semble avoir pour but la réparation de ces dommages [...]»; BGer 4A\_468/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3, wonach Art. 398 OR nicht den Schutz vertragsfremder Dritter, sondern nur den vertraglichen Vermögensschutz bezwecke. Letzteres Argument wäre für die Verhaltensregeln des FIDLEG jedoch nicht stichhaltig, da diese als ausschliesslich aufsichtsrechtliche Bestimmungen, auf die sich die Bankkunden nicht direkt berufen können, auch nicht den vertraglichen Vermögensschutz bezwecken; a.A. MAURENBRECHER (Fn. 21), S. 584 f.; siehe auch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Februar 2008, XI ZR 170/07, BGHZ 175, 276, 280, wonach den §§ 31 ff. WpHG zwar *anlegerschützende Funktion* zukomme, weitere Voraussetzung für die Annahme eines Schutzgesetzes jedoch sei, «dass die Schaffung eines individuellen Schadenersatzanspruches sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint.» Dabei müsse geprüft werden, «ob es *in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte*, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstossenden [...] zu knüpfen.» (Hervorhebung hinzugefügt.) Im Ergebnis verneint der Bundesgerichtshof den Schutznormcharakter der §§ 31 ff. WpHG, u.a. mit dem Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber eine Haftung der Mitarbeitenden des Finanzdienstleisters wegen Verletzung von Pflichten des Finanzdienstleisters *nicht gewollt habe*.

124 Ablehnend KUERT (Fn. 50), Rn. 823; VERDE (Fn. 116), Rn. 411 f.; offengelassen VITO ROBERTO/JENNIFER RICKENBACH, Was ist eine Schutznorm?, ZSR 2012 I, S. 185 ff., 190; bejahend wohl MAURENBRECHER (Fn. 21), S. 584 f.

125 S. vorne Fn. 95.

126 So bereits MAURENBRECHER (Fn. 21), S. 584, wonach der Gesetzgeber der Schutznormtheorie *implizit* eine Absage erteilt.

127 VERDE (Fn. 116), Rn. 375 m.w.H.; a.A. wohl RAYROUX/MEHMETAJ (Fn. 32), Rn. 39.

stehen (Art. 92 FIDLEG), keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR begründen – anders als jene durch *nicht* beaufsichtigte Finanzdienstleister. Dieses Ergebnis wäre nicht überzeugend.

## D. Schlussbemerkungen

Art. 7 Abs. 1 FIDLEG stellt ein gesetzgeberisches Unikat dar. Einzig plausibler Sinn der verunglückt formulierten Bestimmung liegt nach vorliegender Auffassung in der für die Gerichte verbindlichen rechtssystematischen Qualifikation der Verhaltenspflichten als *rein aufsichtsrechtlich*. Die ausschliesslich öffentliche-rechtliche Natur im Gegensatz zu Doppelnormen erlaubt es der Zivilrichterin, dem *Einzelfall* stärker Rechnung zu tragen: Eine Verletzung des FIDLEG muss nicht zwingend auch eine Vertragsverletzung darstellen. Der Zivilrichter *kann* die Lösung des FIDLEG übernehmen, *muss* aber *nicht*. Solange keine (gefestigte) Gerichtspraxis besteht, ist die «blosse» Ausstrahlungswirkung aber auch mit *Rechtsunsicherheit* für Kunden und Finanzdienstleister verbunden. Aus Sicht letzterer bedeutet dies nämlich, dass trotz detailliertem aufsichtsrechtlichen und regulatorisch zwingend einzuhaltendem Pflichtenkatalog im Privatrechtsverhältnis im Einzelfall ein höheres Pflichtenniveau gelten könnte.

Ein Beispiel ist die Kundensegmentierung: Ein professioneller Kunde nach FIDLEG ist nicht zwingend auch im Zivilrecht ein sachkundiger Anleger, zumal die aufsichtsrechtliche Kundensegmentierung nicht immer an die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden anknüpft.<sup>128</sup> Man denke nur an das «grosse Unternehmen», das trotz fehlender professioneller Tresorerie der Kategorie der professionellen Kunden angehört (Art. 4 Abs. 3 lit. h und Abs. 5 FIDLEG).<sup>129</sup> Die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten der allein öffentlich-rechtlichen Natur der Verhaltensregeln ist im Ergebnis zugleich ein Bekenntnis zugunsten

---

128 Als professioneller Kunde gilt auch der vermögende Privatkunde gem. Art. 5 Abs. 2 lit. b FIDLEG, der über ein Vermögen i.S.v. Art. 5 FIDLEV von mindestens 2 Millionen Franken verfügt und der ein Opting-out zum professionellen Kunden macht, wofür *nota bene* anders als beim Kunden, der nur über ein anrechenbares Vermögen von mindestens Fr. 500'000 verfügt, eine Ausbildung und berufliche Erfahrung oder vergleichbare Erfahrung im Finanzbereich *nicht* nötig sind. Hier stellt sich die Problematik abweichender zivilrechtlicher Beurteilung jedoch nicht: Ein informiertes Opting-out des Privat- zum professionellen Kunden bedeutet zugleich auch einen *zivilrechtlichen* Verzicht des Kunden auf die für Privatkunden weitergehenden Pflichten. So bereits ROLF SETHE, FIDLEG und das Vertragsrecht: Kundensegmentierung im Spannungsverhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, S. 215 ff., 220; SETHE (Fn. 84), S. 183; ABEGGLEN/LUTERBACHER (Fn. 32), S. 467.

129 Das Risiko abweichender zivilrechtlicher Beurteilung lässt sich aber auch mitigieren, in casu, indem ein (mind. konkludentes) Einverständnis der Kundin über die Einstufung in ihr Kundensegment und die damit verbundenen Konsequenzen eingeholt wird; siehe ABEGGLEN/LUTERBACHER (Fn. 32), S. 468.

der *Einzelfallgerechtigkeit*, die im Spannungsverhältnis zur *Rechtssicherheit*<sup>130</sup> steht. Dieses ist zu begrüssen, zumal die Doppelnormnatur in den aufgezeigten Fällen unsachgerechte Ergebnisse zeitigen würde.

### *Zusammenfassung*

Dass das FIDLEG selbst die Verhaltenspflichten der Finanzdienstleister ausdrücklich und *für die Gerichte verbindlich* rechtssystematisch qualifiziert, fand in der Lehre bislang keine Beachtung. Der Beitrag fokussiert auf den unglücklich formulierten Art. 7 Abs. 1 FIDLEG und geht der Frage nach, welche Bedeutung daneben den gängigen Theorien zur Abgrenzung des öffentlichen Rechts und Zivilrechts zukommt, deren Anwendung zum gegenteiligen Ergebnis führen würde. Schliesslich wird erläutert, weshalb die Verhaltensregeln trotz deren Individualschutzcharakter wohl nicht als Schutznormen im Sinne des Deliktsrechts zu qualifizieren sind.

### *Résumé*

Le fait que la LSFIn qualifie explicitement les règles de comportement des prestataires de services financiers *de manière contraignante pour les tribunaux* n'a pas été pris en compte dans la doctrine jusqu'à présent. L'article se concentre sur l'art. 7 al. 1 LSFIn, formulé malheureusement, et examine la question de la signification des théories pour la distinction entre le droit public et le droit civil, dont l'application conduirait au résultat inverse. Enfin, il est expliqué pourquoi les règles de comportement, malgré leur caractère de protection individuelle, ne peuvent probablement pas être qualifiées de normes protectrices du patrimoine (*Schutznormen*).

---

130 Allg. zu diesem Spannungsverhältnis ABEGGLEN, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht (Fn. 30), S. 89 ff., 92 f.