

Beizug Dritter Dienstleister nach Art. 25 und 26 E-FIDLEG:

neue Herausforderungen für die
Zusammenarbeit zwischen Banken
und externen Vermögensverwaltern

15. Zürcher Tagung zu Entwicklungen im Finanzmarktrecht
5. Juni 2018, Zürich

PD Dr. Sandro Abegglen, Dr. Patrick Schleiffer

Übersicht

1. **Beizug Dritter nach heutigem Recht**
 - Aufsichtsrecht
 - Zivilrecht
2. **Beizug Dritter unter FIDLEG/FINIG**
 - Vorbemerkungen
 - Aufsichtsrecht
 - Zivilrecht
3. **Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG**
 - Illustration am «EAM-Dreieck»
 - Aufsichtsrecht
 - Zivilrecht
4. **Beispiele**
5. **Zusammenfassung & Fazit**

1. Beizug Dritter nach heutigem Recht (1/3)

Aufsichtsrecht

- **Berücksichtigung von «Auslagerungsrisiken»**
 - Risikomanagement und internes Kontrollsystem (vgl. Art. 12 BankV, Art. 19-20 BEHV)
 - FINMA-RS 08/21 «Operationelle Risiken – Banken»
 - Adressaten: Banken, Finanzgruppen und -konglomerate und Effektenhändler
 - Sorgfalt bei Auswahl und Instruktion (ohne Überwachung)
 - Berücksichtigung von Risiken aus dem Beizug des externen VV im grenzüberschreitenden Dienstleistungsgeschäft (Rz. 136.4)
- **FINMA-RS 18/3 «Outsourcing – Banken und Versicherer»**
 - Adressaten: Banken, Effektenhändler und Versicherer
 - Auslagerung «wesentlicher Funktionen»
 - Sorgfalt bei Auswahl, Instruktion und Überwachung (Rz. 16-21)
 - Berücksichtigung von «Auslagerungsrisiken» (Rz. 20)
- **Beizug Dritter unter KAG**
 - Z.B. Delegation der Anlageentscheide an beaufsichtigte Vermögensverwalter durch Fondsleitung und SICAV (Art. 31 Abs. 3, 36 Abs. 3 KAG)
 - Sicherstellung der Überwachung und Kontrolle der Durchführung des Auftrags (Art. 31 Abs. 2 KAG)

1. Beizug Dritter nach heutigem Recht (2/3)

Aufsichtsrecht

- **FINMA-RS 09/1 «Eckwerte zur Vermögensverwaltung»**
 - Delegation von Vermögensverwaltungsaufgaben an Beauftragte durch Vermögensverwalter (Rz. 20)
 - Sorgfältige Auswahl, Instruktion und Kontrolle des Beauftragten (Rz. 20)
- **Zusätzliche Anforderungen der Selbstregulierung («Mindeststandards»)**
 - Z.B. §§ 11 und 16 Standesregeln PolyReg
 - Vertragliche Bestimmungen bzgl. Befugnis und Umfang der Delegation
 - Haftung für gehörige Sorgfalt bei Auswahl, Instruktion und Überwachung des Beauftragten
 - Pflicht, dafür zu sorgen, dass Beauftragter Standesregeln einhält
 - Keine Delegation der Rechenschaftspflicht gegenüber Kunde
 - Delegation im Interesse des Kunden
 - Berufliche Qualifikationen des Beauftragten
 - Beauftragter hat seinerseits vergleichbare Verhaltensregeln einzuhalten
 - Fortlaufenden Überwachungs- und Interventionspflicht des VV
 - Eingeschränkte Weiterdelegation
 - Ähnlich
 - Art. 5 Ziff. 16, Anhang A Ziff. 3 Standesregeln VSV
 - Art. 3 Abs. 1 lit. g und Art. 17 Verhaltensregeln BOVV VQF

1. Beizug Dritter nach heutigem Recht (3/3)

Zivilrecht

- **Zivilrechtliche Verantwortung bei Beizug Dritter**
 - OR
 - Haftung bei mangelhafter Auswahl und Instruktion bei zulässiger Substitution im Auftragsverhältnis; keine Pflicht zur Überwachung (Art. 399 Abs. 2 OR)
 - Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)
 - Beispiele zivilrechtlicher Verantwortlichkeit bei Beizug Dritter in Spezialgesetzen mit zusätzlicher Pflicht zur Überwachung
 - KAG: Delegation von Aufgaben an Dritte (Art. 145 Abs. 3 KAG)
 - Haftung für gehörige Sorgfalt bei Wahl und Instruktion des Dritten
 - Haftung für gehörige Sorgfalt bei Überwachung
 - BR kann Anforderungen an Überwachung regeln.
 - Für Handlungen des Beauftragten haftet die Fondsleitung wie für eigenes Handeln (Art. 31 Abs. 6 KAG).
 - BEG: Drittverwahrung von Bucheffekten (Art. 33 Abs. 2 BEG)
 - Haftung für gehörige Sorgfalt bei Wahl und Instruktion der Drittverwahrungsstelle
 - Haftung für gehörige Sorgfalt bei Überwachung der «dauernden Einhaltung der Auswahlkriterien»

2. Beizug Dritter unter FIDLEG/FINIG (1/5)

Vorbemerkungen

Botschaft 2015, 8947:

«Allerdings haben die erfassten Institute dafür zu sorgen, dass auch ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie Dritte, die sie zur Erbringung einer Finanzdienstleistung heranziehen, die Verhaltensregeln einhalten (vgl. Art. 25 und 26).»

2. Beizug Dritter unter FIDLEG/FINIG (2/5)

Vorbemerkungen

Art. 25 **Beizug Dritter**

1 Finanzdienstleister können für die Erbringung von Finanzdienstleistungen Dritte beiziehen.

2 Sie ziehen nur Personen bei, die über die für ihre Tätigkeit notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen und über die für diese Tätigkeit erforderlichen Bewilligungen und Registereinträge verfügen, und instruieren und überwachen die beigezogenen Personen sorgfältig.

2. Beizug Dritter unter FIDLEG/FINIG (3/5)

Aufsichtsrecht (Art. 25 E-FIDLEG)

- **«Beizug»**
 - U.a. Delegation von Tätigkeiten an Dritte; Zusammenarbeit mit Vermittlern und Vertriebsträgern bei Vertrieb von Finanzinstrumenten (Botschaft 2015, 8964)
- **Beteiligte Personen**
 - Beziehende Person: *Finanzdienstleister*
 - Beigezogene Person: nicht notwendigerweise Finanzdienstleister
- **Norminhalt**
 - Abs. 1: Beizug grundsätzlich zulässig
 - Abs. 2: Dritter: notwendige Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen; erforderliche Bewilligungen und Registereinträge
 - Abs. 2: Instruktions- und Überwachungspflicht

2. Beizug Dritter unter FIDLEG/FINIG (4/5)

Zivilrecht

Botschaft 2015, 8964:

«Die rechtliche Ausgestaltung des Beizugs von Dritten ist nicht ausschlaggebend für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung. Insbesondere muss zwischen dem Finanzdienstleister und dem Dritten nicht zwingend ein Auftragsverhältnis im Sinne des OR bestehen.

Die aufsichtsrechtlichen Pflichten zur Auswahl, Instruktion und Überwachung der beigezogenen Dritten lassen zudem die Frage nach einer zivilrechtlichen Haftung des Finanzdienstleisters für Handlungen des beigezogenen Dritten unberührt.»

2. Beizug Dritter unter FIDLEG/FINIG (5/5)

Zivilrecht

- **Vorbemerkung:** FIDLEG-Pflichten sind öffentlich-rechtlicher Natur, allerdings mit Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht
- «Beizug» nicht zwingend auftragsrechtlicher Natur, sondern erfasst auch Modelle der Zusammenarbeit mit weitgehender wirtschaftlicher Integration
- Aufsichtsrechtliche Pflichten, insb. *Pflicht zur Überwachung*, ohne Präjudiz für zivilrechtliche Pflichten (Botschaft 2015, 8964)
- **U.E.** keine Schutznorm i.S.v. Art. 41 OR, da Art. 25 E-FIDLEG lediglich mittelbar Individualschutzcharakter zukommt [umstritten]
- **Ohnehin gilt u.E.:** Zusammenarbeit zwischen Bank und externem VV stellt keinen «Beizug» i.S.v. Art. 25 E-FIDLEG dar

3. Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG (1/7)

Illustration am «EAM-Dreieck»

- **Kunde – Bank**
 - Konto- und Depotbeziehung; Effektenhandel
- **Kunde – externer VV**
 - Vermögensverwaltungsauftrag mit Vollmacht
- **Bank – externer VV (Zusammenarbeit)**
 - Unterschiedliche Formen, aber i.d.R. *schriftlicher* Vertrag
 - Unterschiedliche Intensität der Integration des externen VV in die Infrastruktur der Bank
 - Aufgabenteilung
 - Nutzung der IT, Zugang zu Plattformen, Research etc.
 - Vergütungsabrede etc.

3. Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG (2/7) Aufsichtsrecht (Art. 26 E-FIDLEG)

Art. 26 Dienstleisterkette

1 Finanzdienstleister, die einem anderen Finanzdienstleister den Auftrag erteilen, für Kundinnen und Kunden eine Finanzdienstleistung zu erbringen, bleiben für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Kundeninformationen sowie die Einhaltung der Pflichten nach den Artikeln 9–18 verantwortlich.

2 Hat der beauftragte Finanzdienstleister begründeten Anlass zur Vermutung, dass die Kundeninformationen unzutreffend sind oder die Pflichten nach den Artikeln 9–18 durch den auftraggebenden Finanzdienstleister nicht eingehalten wurden, so erbringt er seine Dienstleistung erst, wenn er die Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen sowie die Erfüllung der Verhaltensregeln sichergestellt hat.

3. Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG (3/7)

Aufsichtsrecht (Art. 26 E-FIDLEG)

- **Terminologie «Auftrag»**
- **Beteiligte Personen**
 - Beziehende Person: *Finanzdienstleister*
 - Beigezogene Person: *Finanzdienstleister*
- **Norminhalt**
 - Abs. 1: Fortbestehen der Verantwortlichkeit der beziehenden Person bzgl. der Einhaltung des aufsichtsrechtlichen Pflichtenkatalogs
 - Abs. 1: die beigezogene Person darf sich grundsätzlich auf die Kundeninformationen der beziehenden Person verlassen (Regelfall)
 - So explizit: Art. 26 MiFID II / § 71 WpHG
 - Abs. 2: bei begründetem Anlass zur Vermutung, dass Kundeninformationen falsch oder Verhaltensregeln (Art. 9-18 E-FIDLEG) nicht eingehalten worden sind, muss beigezogene Person ihre Dienstleistungen einstellen, bis Mängel durch beziehende Person behoben worden sind (Ausnahmefall)

3. Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG (4/7) Aufsichtsrecht (Art. 26 E-FIDLEG)

Botschaft 2015, 8964:

«Verfügt ein Finanzdienstleister über klare Anhaltspunkte, dass der andere Finanzdienstleister seinen Pflichten gemäss FIDLEG nicht nachgekommen ist oder dass weitergegebene Informationen über die Kundinnen und Kunden nicht zutreffend sind, so muss er diese Umstände gestützt auf seine Pflichten nach Artikel 8 ff. berücksichtigen und darf seine Dienstleistung erst erbringen, wenn er die Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen sowie die Erfüllung der Verhaltensregeln sichergestellt hat.»

3. Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG (5/7)

Aufsichtsrecht (Art. 26 E-FIDLEG)

- **Pflicht zur Sicherstellung nach Abs. 2**
 - Praktische Probleme für beigezogenen FDL
 - Kein direkter Kundenkontakt
 - Keine unmittelbar verfügbaren Informationen über Inhalt und Umfang des Rechtsverhältnisses zwischen beziehender Person (externem VV) und dessen Kunden
 - Umfang der Sicherstellungspflicht unklar
 - Genügt es, wenn sich beziehende Person vertraglich ausdrücklich zur Einholung vollständiger und richtiger Kundeninformationen sowie zur Einhaltung der Verhaltensregeln nach FIDLEG verpflichtet?
 - Oder gilt faktisch eine Pflicht der beigezogenen Person, sich alle relevanten Unterlagen, insbesondere Vollmacht und Vertrag, von der beziehenden Person vorlegen zu lassen?
 - Zeitpunkt, ab wann beigezogene Person ihre Dienstleistungen wieder erbringen darf
 - Verschärfung im Vergleich zu Art. 26 MiFID II / § 71 WpHG (u.E.)

3. Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG (6/7)

Zivilrecht

- **Rechtsprechung nach heutiger Rechtslage**
 - Keine generelle Überwachungspflicht der Depotbank bezüglich der Tätigkeit des externen VV gemäss Bundesgericht
 - Ausnahmsweise Kontroll- und Warnpflicht gegenüber Kunde
- **«Sicherstellungspflicht» nach Abs. 2:**
 - Dissonanzen
 - Übermässige Haftungsrisiken für beigezogene Person bei fortlaufender Überwachungspflicht
 - Entschädigungsloses Haftungsrisiko der beigezogenen Person («Rückwärtskontrolle»)
 - Risiko der Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR) der beigezogenen Person aus eigenem Vertrag gegenüber Kunden
 - Darum: Möglichkeit des «Entlastungsbeweises» der beigezogenen Person bei Nachweis gehöriger Sorgfalt in der Überwachung
 - Sorgfaltsmassstab
 - «Begründeter Anlass» (vgl. auch Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 E-FIDLEG *in fine*)
 - Pflichtverletzung bei Bösgläubigkeit der Depotbank, welche um das vertragswidrige Handeln des externen VV weiss oder wissen müsste (vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB und Art. 32 ff. OR)

3. Dienstleisterkette unter FIDLEG/FINIG (7/7)

Zivilrecht

- **Grundsatz: zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Finanzinstitute richtet sich nach OR (Art. 64 Abs. 1 E-FINIG)**
 - Vertragsverletzung durch externen VV sowie durch Depotbank
 - Fälle von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 Abs. 1 OR (allenfalls i.V.m. Art. 101 OR), und/oder
 - Fälle, in denen der Vertreter die Vertretungsmacht überschreitet
 - «EAM-Dreieck» stellt keinen Beizug Dritter i.S.v. Art. 25 E-FIDLEG; somit keine generelle Überwachungspflicht der Depotbank bezüglich Tätigkeit des externen VV; ausnahmsweise Kontroll- und Warnpflicht gegenüber Kunde
 - Praxis BGer sollte somit unter künftigem Recht weitergelten
- **Sonderregelung betr. Haftung bei Delegation von Aufgaben**
 - Verschuldenshaftung mit Exkulpationsbeweis (Art. 64 Abs. 2 E-FINIG)
 - Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt
 - Auswahl, Instruktion und Überwachung
 - BR kann Anforderungen an Überwachung regeln (Art. 64 Abs. 2 E-FINIG)
 - Sonderregelung greift nicht im Verhältnis externer VV – Depotbank.

4. Beispiele

5. Zusammenfassung & Fazit (1/2)

Art. 25 E-FIDLEG

- Überwachungspflicht in Art. 25 Abs. 2 E-FIDLEG hat wohl keine Bedeutung für das aufsichtsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Bank und externem VV, da in ihrer Zusammenarbeit keinen «Beizug Dritter» zu sehen ist.
- Für das privatrechtliche Rechtsverhältnis gilt der Hinweis in der Botschaft (BB1 2015, 8964), wonach der aufsichtsrechtliche Pflichtenkatalog die zivilrechtliche Haftung «unberührt» lässt.
- Die Überwachungspflicht stellt u.E. keine zivilrechtlich relevante Individualschutznorm dar (ohnehin praktische Relevanz fraglich).

5. Zusammenfassung & Fazit (2/2)

Art. 26 E-FIDLEG

- Mit Art. 26 Abs. 2 E-FIDLEG soll die bereits heute bestehende zivilrechtliche Rechtslage bei Delegationsverhältnissen aufsichtsrechtlich nachvollzogen resp. mit ihr in Einklang gebracht werden.
- Eine zivilrechtliche Haftungsverschärfung ist damit nicht verbunden. Die Depotbank haftet somit auch weiterhin nur im Ausnahmefall für die vom externen VV verursachten Schäden.
- Die Rechtsfolgen bei Überschreitung der Vertretungsmacht durch den externen VV bleiben unverändert.