

NIEDERER KRAFT FREY

FIDLEG im Zusammenspiel mit DSG/DSGVO, OR und ZPO

NKF Breakfast Event

Zürich — 30. Juni 2020

Übersicht

1. Begrüssung und Einleitung
2. Umfang der Dokumentations- und Rechenschaftspflichten gemäss Art. 15/16 FIDLEG, inkl. Übergangsvorschriften
3. Beleuchtung der Dokumenten-Herausgabepflichten gemäss Art. 72/73 FIDLEG
4. Diskussion des Verhältnisses zu weiteren Rechenschafts- resp. Herausgabepflichten im schweizerischen und europäischen Recht, insb. DSG und DSGVO, Art. 400 OR und Art. 160 ZPO
5. Diskussion / Beantwortung von Fragen

Dokumentations- und
Rechenschaftspflichten gemäss
Art. 15/16 FIDLEG

Dokumentation: gesetzliche Grundlagen



Art. 15 FIDLEG

- (1) *Finanzdienstleister dokumentieren in geeigneter Weise:*
- a. *die mit den Kundinnen und Kunden vereinbarten Finanzdienstleistungen und die über sie erhobenen Informationen;*
 - b. *die Information nach Artikel 13 Absatz 2 oder die Tatsache, dass sie den Kundinnen und Kunden nach Artikel 14 von der Inanspruchnahme der Dienstleistung abgeraten haben;*
 - c. *die für die Kundinnen und Kunden erbrachten Finanzdienstleistungen.*
- (2) *Bei der Anlageberatung dokumentieren sie zusätzlich die Bedürfnisse der Kundinnen und Kunden sowie die Gründe für jede Empfehlung, die zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Finanzinstruments führt.*

Art. 18 FIDLEG

Der Finanzdienstleister muss die Dokumentation so ausgestalten, dass er in der Lage ist, gegenüber den Kundinnen und Kunden in der Regel innert zehn Arbeitstagen Rechenschaft über die erbrachten Finanzdienstleistungen abzulegen.

Dokumentation: Einzelaspekte (1/2)

- Inhalt
 - Im Wesentlichen die Eckdaten der Geschäftsbeziehung, insb.
 - vereinbarte / erbrachte FDL
 - über Kundin erhobene Informationen
 - Details der Angemessenheits- oder Eignungsprüfung resp. Mitteilung bzgl. deren Nichtdurchführung oder bei nicht vorliegender Angemessenheit resp. Eignung [jeweils sofern einschlägig]

Dokumentation: Einzelaspekte (2/2)

– Form

- Art und Weise einer zweckmässigen Dokumentation: grundsätzlich dem Finanzdienstleister überlassen (Botschaft, S. 8959)
- Dergestalt, dass der Finanzdienstleister in der Lage ist, gegenüber den Kundinnen in der Regel innert zehn Arbeitstagen Rechenschaft über die erbrachten Finanzdienstleistungen abzulegen
 - Zehntätige Frist bezieht sich auf Bereitstellung der Informationen, nicht auch noch die Zustellung an die Kundinnen (Erläuterungsbericht, S. 28)
 - Wortlaut von Art. 19 FINIV («in der Regel») lässt darauf schliessen, dass in (begründeten) Einzelfällen auch mehr Zeit zur Verfügung steht
- In Papierform oder elektronisch (Botschaft, S. 8959)
- Dokumentation kann auch standardisiert sein (Erläuterungsbericht, S. 28) und sich auf das Wesentliche beschränken (Botschaft, S. 8959)

Rechenschaft: Gesetzliche Grundlagen (1/2)

Art. 16 FIDLEG



- (1) *Finanzdienstleister stellen ihren Kundinnen und Kunden auf Anfrage eine Kopie der Dokumentation nach Artikel 15 zu oder machen sie ihnen in anderer geeigneter Weise zugänglich.*
- (2) *Zudem legen sie auf Anfrage der Kundinnen und Kunden Rechenschaft ab über:*
 - a. *die vereinbarten und erbrachten Finanzdienstleistungen;*
 - b. *die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios;*
 - c. *die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten.*
- (3) *Der Bundesrat regelt den Mindestinhalt der Informationen nach Absatz 2.*

Rechenschaft: Gesetzliche Grundlagen (2/2)



Art. 19 FIDLEV

- (1) *Die Rechenschaftsablage gegenüber der Kundin oder dem Kunden umfasst die Dokumentation:*
 - a. *zu den entgegengenommenen und ausgeführten Aufträgen;*
 - b. *zur Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios bei der Verwaltung von Kundenvermögen;*
 - c. *zur Entwicklung des Portfolios bei Verwaltung von Kundendepots;*
 - d. *zu namentlich denjenigen Kosten, zu denen der Finanzdienstleister nach Artikel 8 Angaben zu machen hat.*

- (2) *Sie erfolgt auf einem dauerhaften Datenträger:*
 - a. *zu den mit der Kundin oder dem Kunden vereinbarten Zeitintervallen;*
 - b. *auf deren Anfrage hin.*

Rechenschaft: Einzelaspekte (1/3)

- Vorbemerkungen
 - Verzichtsmöglichkeit resp. Nichtanwendbarkeit bei professionellen und institutionellen Kunden
 - Im Zivilrecht (einfacher Auftrag) wird ein genereller Verzicht des Auftraggebers, vom Beauftragten Rechenschaftsablegung zu verlangen, als gegen die guten Sitten verstossend und deshalb als nichtig eingestuft (m.w.H. BK-Fellmann, Art. 400 N 58). Ein Verzicht auf die Rechenschaftsablegung im Einzelfall wird demgegenüber regelmässig als zulässig betrachtet (vgl. CHK-Gehrer Cordey/Giger, Art. 400 OR N 9)
 - Vor dem Hintergrund der z.Z. herrschenden Lehre, die die Pflichten gemäss FIDLEG nicht als Doppelnormen einstuft: Rechenschaftspflichten gemäss Zivilrecht gelten weiter, auch im Falle von institutionellen Kunden und bei professionellen Kunden, die einen Verzicht unterzeichnet haben

Rechenschaft: Einzelaspekte (2/3)

– Inhalt

- Im Wesentlichen die Eckdaten der Geschäftsbeziehung, insb.
 - vereinbarte / erbrachte FDL
 - über Kundin erhobene Informationen
 - Details der Angemessenheits- oder Eignungsprüfung resp. Mitteilung bzgl. deren Nichtdurchführung oder bei nicht vorliegender Angemessenheit resp. Eignung [jeweils sofern einschlägig]
- Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios (bei Verwaltung von Kundenvermögen) resp. Entwicklung des Portfolios (bei Verwaltung von Kundendepots)
- Mit den FDL verbundenen Kosten (insb. solche i.S.v. Art. 8 FIDLEV)

– Form

- Zustellung Kopie (auf einem dauerhaften Datenträger) oder Zugänglichmachung (z.B. Einsehbarkeit online, vorausgesetzt, dass Speicherung auf dauerhaftem Datenträger möglich; vgl. Erläuterungsbericht, S. 29)

Rechenschaft: Einzelaspekte (3/3)

- Zeitpunkt
 - Auf Anfrage des Kunden
 - Gemäss Vereinbarung mit dem Kunden
- Grenzen
 - In welchen Intervallen kann eine Kunde Rechenschaftsablage i.S.v. Art. 16 FIDLEG verlangen?
 - Folgen bei zu häufiger Geltendmachung durch den Kunden?
 - Verweigerungsrecht?
 - Kostenüberwälzung (analog Art. 97 Abs. 2 FIDLEV)?
- Übergangsbestimmungen
 - Dokumentations- und Rechenschaftspflichten gemäss FIDLEG bis 31.12.2021 zu erfüllen resp. ab Mitteilung an die Prüfgesellschaft gemäss Art. 105 Abs. 1 und 2 FIDLEV)

Dokumenten-Herausgabepflichten gemäss
Art. 72/73 FIDLEG

Herausgabepflichten: Gesetzliche Grundlagen

Art. 72 FIDLEG

- (1) *Die Kundin und der Kunde haben jederzeit Anspruch auf Herausgabe einer Kopie ihres Dossiers sowie sämtlicher weiterer sie betreffender Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat.*
- (2) *Mit Einverständnis der Kundin oder des Kunden kann die Herausgabe in elektronischer Form erfolgen.*

Art. 97 FIDLEG

- (1) *Verlangt eine Kundin oder ein Kunde eine Kopie ihres oder seines Dossiers nach Artikel 72 FIDLEG, so wird sie ihr oder ihm auf einem dauerhaften Datenträger herausgegeben.*
- (2) *Verlangt die Kundin oder der Kunde diese Kopie ohne hinreichende Begründung ein weiteres Mal, so kann der Finanzdienstleister dafür eine Entschädigung verlangen.*



Herausgabepflichten: Einzelaspekte (1/2)

- Was ist herauszugeben?
 - Kundendossier (*Hinweis*: Herausgabepflicht ist nicht auf Dokumentation i.S.v. Art. 15 FIDLEG beschränkt (vgl. Botschaft, S. 8995))
 - Weitere die Kundin betreffende Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat
 - Unbeachtlich, ob Dokumente / Unterlagen in Papierform oder elektronisch
 - Nicht herauszugeben: Rein interne Dokumente wie vorbereitende Studien, Notizen oder (Vertrags-)Entwürfe, bezüglich welcher gerade keine Informations- oder Dokumentationspflicht besteht und die daher für die Überprüfung des vertrags- und gesetzes-konformen Verhaltens des Finanzdienstleisters nicht relevant sind (Botschaft, S. 8995)

Herausgabepflichten: Einzelaspekte (2/2)

- Grenzen inhaltlicher Natur?
 - Bezug zur Erbringung der Erbringung der Finanzdienstleistung
 - Von Privatsphäre des Finanzdienstleisters geschützte Daten/Unterlagen?
 - Geheimhaltungsinteresse des Finanzdienstleisters?
- Grenzen zeitlicher Natur?
 - Anwendung auf Sachverhalte vor Inkrafttreten des FIDLEG?
 - Verjährung?
 - «Cut-off-date» bei zu liefernden Dokumenten?
- Form der Herausgabe
 - Auf einem dauerhaften Datenträger



Herausgabepflichten: Verfahren (1/2)

Art. 73 FIDLEG



- (1) *Wer einen Anspruch geltend machen will, stellt schriftlich oder in anderer durch Text nachweisbarer Form ein entsprechendes Gesuch.*
- (2) *Der Finanzdienstleister lässt der Kundin oder dem Kunden innert 30 Tagen nach Erhalt des Gesuchs kostenlos eine Kopie der betreffenden Dokumente zukommen.*
- (3) *Kommt er dem Gesuch auf Herausgabe nicht nach, so kann die Kundin oder der Kunde das Gericht anrufen.*
- (4) *Eine allfällige Weigerung des Finanzdienstleisters zur Herausgabe kann in einem späteren Rechtsstreit vom zuständigen Gericht beim Entscheid über die Prozesskosten berücksichtigt werden.*

Herausgabepflichten: Verfahren (2/2)

- Kunde kann jederzeit die Herausgabe i.S.v. Art. 72 FIDLEG verlangen
- Frist von 30 Tagen zur Erfüllung
- Grundsätzlich kein schützenswertes Interesse verlangt (aber wohl Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB)
- Herausgabeanspruch kann grundsätzlich mehrmals geltend gemacht werden (auch für gleiche Sachverhalte?)
- Keine Verzichtsmöglichkeit seitens des Kunden

Verhältnis zu weiteren Rechenschafts- resp.
Herausgabepflichten im DSGVO/DSGVO, OR
und ZPO

Übersicht

1. Hierarchie und Zusammenspiel
2. Datenschutz (DSG und DSGVO)
3. OR (Auftragsrecht)
4. ZPO
5. Praktische Beispiele
6. Fazit: Überschneidungen, Konflikte und Unsicherheit

Hierarchie und Zusammenspiel

- Dokumentationspflicht des Finanzdienstleisters (FDL) vs. Zugangsrecht des Kunden
- Art der Informationsbeschaffung:
 - Informelle Informationsbeschaffung
 - Formelle, behördliche Informationsbeschaffung
 - Zivilprozessuale und zivilrechtliche Informationsbeschaffung
- Kein einheitliches Regelwerk
- Doppelnormen zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht
- In der Regel parallele Anwendbarkeit von FIDLEG, DSGVO, OR und ZPO
- Stichwort Kundensegmentierung



Datenschutz (DSG und DSGVO)

Gegenstand

- Personenbezogene Daten

Grenzen

- Gesetz
- Überwiegende Interessen Dritter
- Überwiegende Interessen FDL
- Rechtsmissbräuchliche Beweisausforschung

Form, Frist und Kosten

- Formfrei
- Identitätsnachweis
- Kostenlos
- Innerhalb von 30 Tagen

Durchsetzung

- Strafandrohung (Art. 34 I DSGVO)
- Zivilklage (Art. 14 DSGVO)



OR (Auftragsrecht)

Gegenstand

- Dokumente und Aufzeichnungen

Grenzen

- Rein interne Dokumente und Aufzeichnungen
- Geheimhaltungsinteressen FDL
- FINMA Supervisory Privilege Dokumente (Informationsverbot)
- Treu und Glauben

Form, Frist und Kosten

- Formfrei
- Kostenlos

Durchsetzung

- Leistungsklage
- Editionsantrag im Zivilprozess

ZPO (Zivilprozess)

Gegenstand

- Alle Beweise
- Dokumente mit Beweiseignung

Grenzen

- Keine Beweisausforschung
- Rein interne Dokumente
- Mitwirkungsverweigerungsrechte des FDL

Form, Frist und Kosten

- Schutzwürdiges Interesse
- Verfahrenskosten

Durchsetzung

- Gesuch um vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)
- Klage (Informations- oder Stufenklage)
- Dritte: Mitwirkungspflicht (Art. 167)
- Parteien keine Mitwirkungspflicht (aber Art. 165 ZPO)

Praktische Fragestellungen I

Fragestellung	Art. 400 OR	Art. 8 DSG	Art. 160 ZPO
Wann kann ein Antrag geltend gemacht werden?	Jederzeit (auch im Rahmen eines hängigen Gerichtsverfahrens)	Jederzeit, ausser während hängigen Gerichtsverfahren	Während hängigen Gerichtsverfahren oder als vorsorgliche Beweisführung vor einem Verfahren
Muss der Antrag begründet werden?	Nein	Nein, nur Vorlage einer ID	Ja
Können Kosten in Rechnung gestellt werden?	Ja, für die Herstellung von Kopien der bankinternen Dokumentation. Da weder das Gesetz noch die Rechtsprechung die Höhe der zulässigen Kosten angeben, ist es ratsam, solche Kosten mit dem Kunden vertraglich zu vereinbaren	Nein (bei missbräuchlichen oder umfangreichen Anträgen können maximal Kosten von CHF 300 erhoben werden)	Die Kosten werden in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der ZPO verteilt, die den Ausgang des Verfahrens berücksichtigen



Praktische Fragestellungen II

Fragestellung	Art. 400 OR	Art. 8 DSGVO	Art. 160 ZPO
Welche Informationen müssen bereitgestellt werden?	Dokumente aller Art, die vom Kunden erhalten wurden, von Dritten im Zusammenhang mit dem Vertrag erhalten wurden und im Rahmen des Vertrags erstellt wurden; Kundenprofil, Investitionsziele und Gesprächsaufzeichnungen	Alle Informationen über die bei der Bank gespeicherten, personenbezogenen Daten des Kunden	Ermittelte und verhältnismässig angeforderte Informationen über das konkrete Verfahren nach der Einschätzung des Richters
Welche Informationen müssen nicht bereitgestellt werden?	Rein interne Dokumente und Aufzeichnungen, z.B. Aktennotiz mit Überlegungen, Kontrolle der Auftragsausführung, nie versandte Vertragsentwürfe, etc.	Persönliche Notizen/ Gedankenstützen als persönliche Arbeitshilfe, z.B. des Bankmitarbeiters	Informationen gestützt auf unbestimmte und unverhältnismässige Anfragen oder wenn es einem Beweisauskundschaften gleichkommt

Praktische Fragestellungen III

Fragestellung	Art. 400 OR	Art. 8 DSGVO	Art. 160 ZPO
Welche Compliance-Dokumente müssen vorgelegt werden?	Nur Compliance-Dokumente mit konkreter Relevanz für die Vertragserfüllung	Compliance-Dokumente, die keine personenbezogenen Daten enthalten, müssen nicht herausgegeben werden. Sind personenbezogene Daten enthalten, beschränkt sich das Auskunftsrecht nur auf diese Daten	Die Offenlegungspflicht und der Umfang der Offenlegung hängen stark vom Einzelfall ab
Welche internen Notizen und Memoranden müssen zur Verfügung gestellt werden?	Interne Notizen und Memoranden, die bei der Vertragsausführung erstellt wurden, müssen offengelegt werden, z.B. Tonbandaufnahmen, bankinterne Schätzungen zu Eigentumswerten, etc.	Interne Notizen oder Datensammlungen, die nicht dem persönlichen Gebrauch des Bankmitarbeiters dienen, z.B. personenbezogene Daten im CRM	Die Offenlegungspflicht und der Umfang der Offenlegung hängen stark vom Einzelfall ab

Fazit: Überschneidungen, Konflikte und Unsicherheit

- Überlagerung aufsichts- und zivilrechtlicher Verhaltenspflichten des FDL
- Doppelungseffekt und doppelter Aufwand für den FDL
- Kunde hat «Blumenstrauss» an Anspruchsgrundlagen zur Verfügung
- Effiziente Verfahrenskoordination ist gefordert
- Vorvertragliche Transparenz zum Schutz des Anlegers (auch bezüglich Kosten)
- Bedarf nach Erlass von Weisungen und Rundschreiben
- Best Practice Empfehlungen von Branchenverbänden



Fragen?



sandro.abegglen@nkf.ch

D +41 58 800 83 10



clara-ann.gordon@nkf.ch

D +41 58 800 84 26



florian.steiner@nkf.ch

D +41 58 800 84 73

NKF