

SCHWEIZERISCHE BANKRECHTSTAGUNG 2017

Bankvertragsrecht

Fidleg: Einige Gedanken eines Vertragsrechtlers

Prof. Dr. Hubert Stöckli

Susan Emmenegger (Hrsg.)
Institut für Bankrecht
Universität Bern

ISBN 978-3-7190-4007-9

Basel 2017

Fidleg: Einige Gedanken eines Vertragsrechtlers

Hubert Stöckli, Freiburg*

1. Das Fidleg enthält gesetzliche Bestimmungen, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Es geht um Aufsichtsrecht, zu dessen Durchsetzung die Finma berufen ist. Seinem Zweckartikel nach soll das Fidleg unter anderem den «Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern» bewerkstelligen. Auf diesen Zweck zugeschnitten sind zahlreiche Verhaltenspflichten, die das Fidleg zulasten der Finanzdienstleister begründet.
2. Die «Kundinnen und Kunden», die das Fidleg schützen will, sind mit den «Finanzdienstleistern» vertraglich verbunden, wobei sich das Vertragsverhältnis zumeist als einfacher Auftrag erweisen dürfte, der seinerseits in den Art. 394 ff. OR gesetzlich geregelt ist.
3. Die Bestimmungen des Obligationenrechts, die den einfachen Auftrag regeln, erfassen damit auch die Verträge, die Kundinnen und Kunden mit Finanzdienstleistern abschliessen, ohne aber in irgendeiner Weise spezifisch auf diese Verträge einzugehen. Immerhin hat das Bundesgericht in vielfältiger Weise konkretisiert, was in diesen Finanzdienstleistungsverträgen zu gelten hat – etwa mit Bezug auf die Aufklärungspflichten des Dienstleisters, aber auch hinsichtlich der Pflichten, die hinsichtlich der Zuwendungen bestehen, die einem Finanzdienstleister im Zuge der Ausführung eines Kundenauftrags zufließen.
4. Indem das Fidleg Verhaltenspflichten zulasten der Finanzdienstleister normiert, stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Verhaltenspflichten auch für die Finanzdienstleistungsverträge von Bedeutung sind. Eine erste Antwort fällt leicht: Sie sind es ganz bestimmt insofern, als die Aufsichtsbehörde das Vertragsgebaren eines Finanzdienstleisters, das im Widerspruch zu seinen öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflichten steht, mit den ihr eigenen Mitteln sanktionieren kann.

* Prof. Dr. Hubert Stöckli, Professor an der Universität Freiburg. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Referats.

5. Doch damit ist noch nicht klar, ob die Verhaltenspflichten, die das Fidleg begründet, auch die Finanzdienstleistungsverträge beschlagen – etwa so, dass der Kunde, der eine Finanzdienstleistung in Anspruch nimmt, auf Schadenersatz dringen kann mit dem Argument, der Dienstleister hätte seine Warnpflicht nach Art. 16 Abs. 2 E-Fidleg verletzt, wodurch er, der Kunde, zu Schaden gekommen sei.

6. Für eine Antwort sind augenscheinlich vor allem zwei Konzepte zu prüfen: das Konzept der Doppelnorm zum einen, das Konzept der Ausstrahlungswirkung zum andern. Frau Emmenegger favorisiert nach eingehender Untersuchung das Konzept der Ausstrahlungswirkung, und ich habe keinerlei Anlass, ihre Analyse in Zweifel zu ziehen. Wenn ich das richtig verstehe, besteht die Ausstrahlungswirkung darin, dass sich die Zivilgerichte von den Regeln des Fidleg inspirieren lassen können, ohne dass sie aber durch dessen Regeln direkt gebunden würden. In diesem Sinne: kein Automatismus, wie das auch Frau Emmenegger schon eindrücklich gezeigt hat. Das lässt den Zivilgerichten den nötigen Spielraum, um auch weiterhin anhand der Streitfälle, die ihnen zur Entscheidung vorgelegt werden, das private Bankrecht auszudifferenzieren. Den Finanzdienstleistern würde damit zwar offenbar der «safe harbor» verweigert, was aber hinzunehmen ist, da es sich auch für viele weitere Dienstleister, die unter das Auftrags- oder auch das Werkvertragsrecht fallen und zum Teil eine weit grössere Risikoexposition haben, so verhält, dass Inhalt und Ausdehnung ihrer Verhaltenspflichten nicht ein für alle Mal gesetzlich betont werden.

7. Ich habe mir zwar vorgenommen, mich auf die beiden erwähnten Konzepte nicht weiter einzulassen und keine weiteren Worte dazu zu verlieren – wobei mir das aber in einem Punkt nicht gelingen will: Mir scheint nämlich, dass die Antwort auf die Frage, ob das Fidleg nun Doppelnormen schaffe, denen nicht nur aufsichtsrechtliche Bedeutung zukommt, sondern die auch zivilrechtliche Verhältnisse normieren, oder aber einfach ins Zivilrecht ausstrahlen, ohne dort normierend einzugreifen, differenziert auszufallen hat. Während ich dem Ausstrahlungskonzept viel abzugewinnen vermag, kommt es mir doch vor, als könne man etwa Art. 21 E-Fidleg, in dem es um den Umgang mit dem Securities Lending geht, in Teilen wirklich nur als Doppelnorm lesen. Die Bestimmung ist sicherlich aufsichtsrechtlich relevant, was schon deshalb so sein muss, weil die Finma bei Verstössen mit aufsichtsrechtlichen Mitteln wird reagieren wollen. Doch hat die Bestimmung deutlich auch einen vertragsrechtlichen Gehalt, indem sie

etwa vorschreibt, dass die Kundin «für die ausgeliehenen Finanzinstrumente entschädigt werden» muss. Diese Entschädigungspflicht, die eine Vergütungspflicht ist, erweist sich als zwingend, weshalb in einer zivilrechtlichen Vereinbarung über das Securities Lending gar nicht gültig vereinbart werden kann, dass der Finanzdienstleister Finanzinstrumente seiner Kundin verwenden darf, ohne ihr im Gegenzug eine Vergütung zu leisten. Wie sinnreich es ist, die Privatautonomie in diesem Bereich einzuschränken und ein unentgeltliches Securities Lending zu verbieten, vermag ich nicht zu beurteilen. Recht sicher aber bin ich mir, dass es nicht angeht, unentgeltliches Securities Lending aufsichtsrechtlich zu sanktionieren, ohne das Geschäft auch zivilrechtlich mit Teilnichtigkeit zu schlagen.

8. Das waren die Vorbemerkungen, die allerdings länger ausfielen als das, was im Hauptteil meiner Ausführungen jetzt noch folgt. Im Hauptteil stelle ich mir eine einfache Frage, nämlich: Schlagen Pflichten, die das Fidleg statuiert, direkt auf mein Vertragsverhältnis zu meiner Bank durch? Die Antwort ist zum Teil ja, zum Teil nein – was ich mit einigen wenigen Beispielen zeigen möchte:

a. Ein erstes Beispiel findet sich im schon erwähnten Art. 21 E-Fidleg, in dem es um das Securities Lending geht. Zunächst hält die Bestimmung fest, dass meine Bank meine Aktien nur dann ausleihen kann, wenn ich damit einverstanden bin. Das ist vertragsrechtlich gesehen eine Selbstverständlichkeit; und es verhielte sich damit auch dann so, wenn es Art. 21 E-Fidleg nicht gäbe. Die Voraussetzung, dass der Kunde der Verwendung seiner Finanzinstrumente zustimmt, ist also aufsichtsrechtlich bedeutsam, vertragsrechtlich aber keine Novität. Für die vertragliche Beziehung bedeutsam ist aber die Vorgabe, dass die Vereinbarung nicht in den allgemeinen AGB enthalten sein darf, sondern separat getroffen werden muss, womit für den Kunden sinnfällig wird, worauf er sich hier einlässt. Dem gleichen Zweck dient die Aufklärungspflicht der Bank, die sich auf die spezifischen Risiken des Securities Lending bezieht. Vertragsrechtlich bedeutsam ist aber auch der Anspruch des Kunden auf Ausgleichszahlungen und überdies eine Vergütung, indem diese beiden Elemente nicht gültig wegbedungen werden können. Aus meiner Warte könnte es sein, dass sich diese Vorgaben als zwingendes Vertragsrecht erweisen.

b. Ein zweites Beispiel bezieht sich auf den Umgang mit «Entschädigungen Dritter», wobei hier nicht der Fall gemeint ist, dass Dritten Entschädigungen geleistet würden, sondern der entgegengesetzte Fall, in dem Dritte meiner

Bank Entschädigungen leisten. Dieser Bereich ist Gegenstand des Art. 28 E-Fidleg. Interessanterweise ist die Bestimmung so konzipiert, dass es meiner Bank verboten ist, solche Entschädigungen anzunehmen, wenn ich als Kunde nicht vorher meinen «informed consent» dazu gegeben habe, dass das so in Ordnung sei, oder die Bank mir die Entschädigungen vollumfänglich gutschreibt. Dieses Annahmeverbot ist bloss aufsichtsrechtlich bedeutsam, während es hinsichtlich der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht bei den Vorgaben bleibt, die das Bundesgericht formuliert hat. Das ist dann bedeutsam, wenn die Bank Entschädigungen entgegennimmt, die sie mir nicht herausgeben will, obschon ich nicht gültig auf die Herausgabe verzichtet habe. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass vertragsrechtlich gesehen der Kunde auch nachträglich und allenfalls auch stillschweigend gültig auf die Herausgabe verzichten kann und es nur eine aufsichtsrechtliche Massgabe ist, dass der Verzicht vorgängig und ausdrücklich erfolgt.

c. Bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen hat der Finanzdienstleister den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. So will es Art. 19 E-Fidleg. Mir selber ist die Formulierung zu schwammig, da es nicht nur darum geht, den Grundsatz zu beachten und dann doch etwas anderes zu tun, sondern vielmehr darum, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Das fliesst für meinen Vertrag allerdings schon aus Art. 2 Abs. 1 ZGB, von dem ich meine, dass er uneingeschränkt auch auf Finanzdienstleistungsverträge anwendbar sei. Art. 19 Abs. 1 E-Fidleg verlangt aber bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen auch die Beachtung des «Prinzips der Gleichbehandlung». Lässt sich diese Vorgabe auch vertragsrechtlich nutzbar machen? Hier habe ich meine Zweifel, die mich dazu bringen, darin vorderhand keine zivilrechtliche Bestimmung zu sehen, die zwingender Natur wäre. Vielmehr wird es auch möglich sein, gültig zu vereinbaren, dass bei der Ausführung meines Auftrags die Gleichbehandlung nicht sichergestellt ist. Ob das von praktischer Bedeutung ist, weiss ich nicht so recht, wobei es mir ja nur darum geht zu sagen, dass die Vorgabe kaum zwingendes Zivilrecht ist. Womöglich aber kann das Prinzip von den Zivilgerichten herangezogen werden, um allfällige Lücken in einem Finanzdienstleistungsvertrag aufzufüllen, um so im Wege der Vertragsergänzung dem «Prinzip der Gleichbehandlung» auch vertragsrechtliche Relevanz zu verschaffen. Womit ich ein Beispiel dafür gefunden hätte, dass das Fidleg auf das Vertragsrecht ausstrahlen kann. Und das intensiv.