
Law & Economics

Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von:

ROBERT WALDBURGER

PETER SESTER

CHRISTOPH PETER

CHARLOTTE M. BAER



Stämpfli Verlag 2015

Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG

ROLF SETHE / MORITZ SEILER*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	431
I. Das Dokumentations- und Rechenschaftskonzept des VE-FIDLEG.....	432
1. Dokumentationspflichten	432
2. Rechenschaftspflichten.....	434
3. Bewertung	434
II. Der Anspruch auf Aushändigung des Kundendossiers.....	436
1. Rechtsnatur und Reichweite des Anspruchs.....	436
2. Vergleich zum auftragsrechtlichen Anspruch auf Rechen- schaftsablegung	439
a) Anlageberatung und die Vermögensverwaltung.....	439
b) Kommission zur Ausführung von <i>execution only</i> - Geschäften	440
c) Vertragsverhältnisse ohne Auftragskomponente	443
d) Vertragsanbahnung.....	445
e) Zwischenfazit.....	445
3. Vergleich zum datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch	446
4. Unterschiede in der Durchsetzung der verschiedenen Informationsansprüche	447
a) Anspruch auf Rechenschaftsablegung	447
b) Anspruch auf Auskunft nach Datenschutzrecht.....	449
c) Vorsorgliche Beweisführung als Alternative?	450
d) Durchsetzungsmodalitäten des Anspruchs aus VE-FIDLEG.....	450
III. Fazit und Ausblick.....	453

Einleitung

Prozesse von Kunden gegen ihre Finanzdienstleister sind oft in zweifacher Hinsicht von Beweisschwierigkeiten geprägt. Einerseits sind die Beweismittel typischerweise besonders stark zuungunsten des Klägers verteilt, weil (nur)

* Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen des Universitären Forschungsschwerpunktes Finanzmarktregulierung der Universität Zürich entstanden.

der Finanzdienstleister über Aufzeichnungen zur Kundenbeziehung verfügt. Andererseits müssen eine Vielzahl innerer Tatsachen (z.B. Wissen und Willen des Kunden) und Kausalverläufe behauptet und bewiesen werden, die einem strikten Beweis kaum oder gar nicht zugänglich sind. Angesichts dieser Hindernisse für die Beweisführung kann es von entscheidender Bedeutung sein, wer den Prozessstoff zu beschaffen hat und die Folgen der Beweisnot trägt.

Diesen Schwierigkeiten will der Bundesrat im Vorentwurf für ein Finanzdienstleistungsgesetz (VE-FIDLEG) auf dreierlei Weise begegnen. Erstens sollen aufsichtsrechtliche Dokumentations- und Rechenschaftspflichten für eine ausreichende Erfassung der Vorgänge im Kundenkontakt sorgen (nachfolgend I.). Zweitens wird dem Kunden ein Anspruch auf Aushändigung der ihn betreffenden Dokumente eingeräumt, um die Informationsasymmetrie zwischen Kunden und Finanzdienstleistern zu lindern und für eine faire Verteilung bzw. Offenlegung der Beweismittel zu sorgen (nachfolgend II.). Drittens schlug der Bundesrat vor, bei Aufklärungs- und Informationspflichtverletzungen die Beweislast sowohl für die Tatbestandsmerkmale der Pflichtverletzung als auch des Kausalzusammenhangs dem Finanzdienstleister aufzubürden. Dieser Aspekt ist in der Vernehmlassung auf grosse Kritik gestossen und wird nicht in der finalen Vorlage enthalten sein. Darauf wird deshalb nachfolgend nicht näher eingegangen.

I. Das Dokumentations- und Rechenschaftskonzept des VE-FIDLEG

1. Dokumentationspflichten

Sämtliche Finanzdienstleister¹ sind verpflichtet, die vereinbarten und die effektiv erbrachten Leistungen und die über den Kunden erhobenen Informationen aufzuzeichnen (Art. 15 Abs. 1 lit. a und c VE-FIDLEG). Weiterhin sind die gemäss Art. 13 oder 14 VE-FIDLEG erteilten Informationen oder Warnungen an Kunden zu dokumentieren (Art. 15 Abs. 1 lit. b VE-FIDLEG). Dieser Verweis bezieht sich auf folgende drei Gestaltungen:

- Zu dokumentieren sind allfällige Warnungen bei fehlender Angemessenheit eines Produkts (Art. 13 Abs. 1 VE-FIDLEG).
- Weiterhin ist der an den Kunden gerichtete Hinweis zu dokumentieren, dass der Finanzdienstleister keine Eignungs- oder Angemessenheits-

¹ Finanzdienstleister sind nach Art. 3 Bst. e i.V.m. Bst. d VE-FIDLEG Personen, die eine oder mehrere folgender Leistungen anbieten: «Erwerb oder Veräusserung von Finanzinstrumenten», «Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben», Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Verwahrung von Vermögenswerten, Kontoführung und die Finanzierung von Geschäften mit Finanzinstrumenten (i.d.R. Lombardkredite).

prüfung durchführen kann, wenn der Kunde ihm hierfür zu wenig Informationen zur Verfügung gestellt haben sollte (Art. 13 Abs. 2 VE-FIDLEG).

- Schliesslich ist die an den Kunden gerichtete Information aufzuzeichnen, wenn der Finanzdienstleister im Rahmen des *execution only*-Geschäfts auf eine Angemessenheitsprüfung² verzichtet (Art. 14 VE-FIDLEG).

Anlageberater und Vermögensverwalter müssen darüber hinaus das Risikoprofil und die Anlageziele³ ihrer Kunden dokumentieren und ihre Empfehlungen für Transaktionen und damit auch deren Geeignetheit schriftlich festhalten (Art. 15 Abs. 2 VE-FIDLEG). Die Vorschrift sollte nachgebessert werden. Aus Sicht des Anlegers sind die Entscheide des Vermögensverwalters zum Halten bzw. die Empfehlungen des Anlageberaters zum Halten von Finanzinstrumenten genauso bedeutsam, wie diejenigen zum Kauf oder Verkauf. Nur Letztere sind aber vom Wortlaut erfasst. Da bei der Vermögensverwaltung und der Daueranlageberatung diese Entscheide regelmässig überprüft werden und der Finanzdienstleister den Kunden nur benachrichtigt, wenn er Handlungsbedarf sieht, wäre hier eine Dokumentation unverhältnismässig. Im Streitfall kommt es ohnehin darauf an, ob ein Experte die Entscheidung des Vermögensverwalters, nicht umzuschichten, bzw. die Entscheidung des Daueranlageberaters, den Kunden nicht anzurufen, damit dieser umschichtet, als sachlich gerechtfertigt ansieht. Anders ist die Ausgangslage, wenn ein Kunde eine punktuelle Anlageberatung in Anspruch nimmt und der Berater ausdrücklich zum Halten rät oder vom Geschäft abrät. Dieser Rat sollte dokumentiert werden, denn andernfalls kann ihn der Kunde nicht belegen.

Die Dokumentation wird jedenfalls jene Informationen enthalten müssen, die der Finanzdienstleister im Zusammenhang mit seiner Dienstleistung seinem Kunden nach Art. 7 und 8 VE-FIDLEG liefern muss. Soweit dafür erlaubterweise⁴ standardisierte Dokumente verwendet werden, wird ein Verweis auf dieses Standarddokument im Kundendossier genügen. Konkretere Vorgaben an den Inhalt der Dokumentation lässt der VE-FIDLEG indes vermischen; diesbezüglich wird den Finanzdienstleistern ein gewisser Gestaltungsspielraum zugestanden.⁵

² Dessen Abs. 2 ist leider inhaltlich verunglückt, da man auf die Eignungsprüfung nicht verzichten kann, wie Art. 14 Abs. 1 VE-FIDLEG zeigt.

³ EFD, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG). Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 26.6.2014, 48.

⁴ Art. 7 Abs. 3 VE-FIDLEG.

⁵ EFD (FN 3), 48.

2. Rechenschaftspflichten

Gemäss Art. 16 Abs. 1 VE-FIDLEG schuldet der Finanzdienstleister die Aushändigung der nach Art. 15 VE-FIDLEG erstellten Dokumentation. Der Gesetzgeber sieht die Dokumentation also nicht nur als internen Vorgang an, der nur aufsichtsrechtlichen Zwecken dient oder der nur im Streitfall gemäss Art. 72 VE-FIDLEG herausverlangt werden kann. Vielmehr gewährt er dem Kunden einen Anspruch auf eine Kopie der Aufzeichnungen im Rahmen der periodischen Rechenschaftspflicht. Dies ist bemerkenswert, da etwa die deutsche herrschende Meinung die parallele Vorschrift des § 34 WpHG als rein aufsichtsrechtlich aufgefasst und eine Herausgabe der Aufzeichnungen an den Kunden sogar im Prozess ablehnte,⁶ was dann den Gesetzgeber bewog, das sog. Beratungsprotokoll in § 34 Abs. 2a und 2b WpHG einzuführen.

Art. 16 Abs. 2 VE-FIDLEG verpflichtet die Finanzdienstleister, ihren Kunden auch über die erbrachten Dienstleistungen zu berichten. Beispielhaft erwähnt werden die einzelnen Transaktionen, die anfallenden Kosten und die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios. Die auf den ersten Blick etwas missverständliche Formulierung «Entwicklung des Portfolios» verpflichtet die Finanzdienstleister aufsichtsrechtlich nicht zu einer Beobachtung des Kundenportfolios, sondern nur zur Rechenschaft über die jeweils erbrachte Dienstleistung. Bei der Anlageberatung und dem *execution only*-Geschäft sind dies die Buchstaben a) und c) von Art. 16 Abs. 2 VE-FIDLEG; bei Vermögensverwaltern tritt die Pflicht aus Buchstabe b) hinzu.⁷ Im Übrigen wird nicht nur der Umfang der Rechenschaft, sondern auch der Zeitpunkt ihrer Ablage der Regelung auf Verordnungsstufe überantwortet. Klar erscheint diesbezüglich lediglich, dass die Information nicht bloss auf Anfrage (*pull*), sondern aktiv (*push*) geliefert werden muss.⁸

3. Bewertung

Die Einführung aufsichtsrechtlicher Dokumentations- und Rechenschaftspflichten bedeutet für die Finanzdienstleister zumeist eine Dopplung der Pflichten, denen sie bereits aus den auftragsrechtlich geprägten Vertragsver-

⁶ BGH, WM 2006, 567 ff.; ANDREAS SCHWENNICKE, Die Dokumentation der Erfüllung von Verhaltenspflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG durch die Bank, WM 1998, 1101, 1108; a. A. ROLF SETHE, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Köln 2005, 864 ff.

⁷ Extrem missverständlich ist Art. 7 Abs. 2 VE-FIDLEG, der sich seinem Sinn nach auf die Klärung der für den Kunden wichtigen Frage bezieht, ob eine punktuelle Anlageberatung oder eine Daueranlageberatung erbracht wird. Nähme man ihn wörtlich, könnte sich ein Vermögensverwalter von der laufenden Eignungsprüfung – und infolgedessen wohl auch von der Beobachtung und Überwachung des Portfolios – freizeichnen. Das kann offensichtlich nicht gewollt sein und sollte korrigiert werden.

⁸ Die Rechenschaftsablegung im geltenden Recht ist derweil als Information auf Anfrage konzipiert: BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 53 und 66; abweichend BSK-WEBER, Art. 400 OR N 2.

hältnissen⁹ mit ihren Kunden unterstehen.¹⁰ Obschon sich Inhalt und Umfang der beiden Pflichtenpaare nicht decken müssen,¹¹ ist doch festzuhalten, dass hier kein völliges Neuland betreten wird. Der wesentliche Unterschied zum Status quo liegt darin, dass die Verletzung von Dokumentations- und Rechenschaftspflichten nach FIDLEG künftig aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen wird. Die FINMA und ihr folgend der Bundesrat waren zu dem Ergebnis gekommen, dass die Einhaltung der vertraglichen Pflichten in der Praxis zu oft zu wünschen übrig lässt.

Neben dieser Erkenntnis beruht die Einführung regulatorischer Dokumentations- und Rechenschaftspflichten auch auf den Bestrebungen des Bundesrats, Gleichwertigkeit der schweizerischen Aufsichtsregeln mit EU-Recht¹² zu erreichen. Unter diesem Titel ist ihr wenig entgegenzusetzen, vor allem auch weil die Bestimmungen über die beiden Pflichten ausgesprochen schlank ausfallen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass hier auf niedrigerer Rechtsstufe nachgeschraubt werden wird, und muss. Für die Rechenschaftspflicht sieht Art. 16 Abs. 3 VE-FIDLEG dies in punkto Zeitpunkt und Umfang wie erwähnt explizit vor. Gleiches gilt aber auch für die Dokumentationspflicht. Ohne Konkretisierung auf Verordnungsstufe – oder per Rundschreiben oder durch Selbstregulierung – verkehrt sich der vermeintliche Gestaltungsspielraum hier ganz schnell in unerträgliche Ungewissheit. Das gilt umso mehr angesichts der einschneidenden Aufsichtsinstrumente¹³ nach Art. 30 ff. FINMAG, deren Einsatz die Finanzdienstleister bei Missachtung ihrer Dokumentationspflicht künftig zu gewärtigen haben. Es wäre überdies äusserst ineffizient, wenn die Finanzdienstleister erst im Diskurs mit der Auf-

⁹ Für Vermögensverwaltung s. etwa BGE 132 III 460, 464 E. 4.1; BGE 124 III 155, 161 E. 2.b); für Anlageberatung BGE 131 III 377, 381 f. E. 4.1.2 = Pra 95 (2006) Nr. 31; Urteil des BGER vom 2.4.2012 (4A_436/2011), E. 3.1; Urteil des BGER vom 29.3.2006 (4C.394/2005), E. 2.3; für *execution only*-Verhältnisse BGE 139 III 49, 53 E. 3.4 (Kommissionsrecht verweist auf Auftragsrecht für Frage der Rechenschaftsablegung); für Giro-Vertrag Urteil des BGER vom 18.3.2014 (4A_596/2013), E. 3.2; Urteil des OGER BL vom 17.8.1993, BJM 1994, 236, 237.

¹⁰ Rechenschaftspflicht aus Art. 400 Abs. 1 OR, woraus dem Finanzdienstleister zudem eine Dokumentationspflicht erwächst: BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 44 f. Für die analoge Situation bei der Informationspflicht nach Art. 11 BEHG s. SBVg, Verhaltensregeln für Effektenhändler 2008, Kommentar Ziff. 10 zu Art. 3.

¹¹ Für die analoge Diskussion zum Verhältnis von Aufsichts- und Vertragsrecht bei Art. 11 BEHG s. ROLF SETHE, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 212 (2012) 80, 131 m.w.H.

¹² Vgl. die entsprechende Wohlverhaltensregel in Art. 25 Abs. 6 Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II) und die Gleichwertigkeitsanforderung in Art. 47 Abs. 1 Bst. d Verordnung (EU) Nr. 600/2014 (MiFIR). S. auch EFD (FN 3), 2; FLAVIO AMADÒ/GIOVANNI MOLO/RAFFAELE DE VECCHI, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, AJP 2013, 1783, 1784 ff.; ROLF H. WEBER/ROLF SETHE, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 2014, 569 ff.; ROLF SETHE, Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 2014, 615 ff.

¹³ Art. 30 ff. FINMAG. Im Unterschied zu anderen Verhaltensregeln soll die Verletzung von Art. 15 und 16 VE-FIDLEG nach Art. 121 VE-FIDLEG nicht mit Busse bedroht werden.

sichtsbehörde merken würden, was sich diese unter einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Dokumentation vorstellt.

Die Vorschriften von Art. 15 und 16 VE-FIDLEG zur Dokumentation und Rechenschaft stellen Regeln des öffentlichen Rechts dar. Während Art. 11 BEHG und Art. 20 KAG als sogenannte Doppelnormen¹⁴ eingeordnet wurden,¹⁵ lässt sich dieser Ansatz nicht auf die Verhaltensregeln des FIDLEG übertragen, wie die Begründung zum VE-FIDLEG zeigt, die von einer – im Einzelfall festzustellenden – Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts auf das Zivilrecht spricht.¹⁶ Dies ist nach Ansicht der Verfasser zu begrüssen, da mit zunehmender Detaillierung der Regeln des Aufsichtsrechts die Gefahr einer Kollision mit dem Vertragsrecht besteht.¹⁷ Zudem fehlt der FINMA die Kompetenz zum Erlass oder zur verbindlichen Auslegung des Zivilrechts (was Doppelnormen ja auch darstellen). Schliesslich will das Aufsichtsrecht gerade nur eine und nicht beide Parteien binden.¹⁸

II. Der Anspruch auf Aushändigung des Kundendossiers

1. Rechtsnatur und Reichweite des Anspruchs

Die Einführung der aufsichtsrechtlichen Dokumentations- und Rechenschaftspflichten dient zunächst der Angleichung an den Rechtszustand von MiFID II, um den Drittstaatenzugang zur EU zu erhalten.¹⁹ Darüber hinaus ist sie aber sicherlich auch durch die zivilprozessualen Beweisschwierigkeiten motiviert, die sich bei mangelnder Dokumentation eines Kundenverhältnisses einstellen können.²⁰ Aus diesem Grund ergänzt Art. 72 VE-FIDLEG die Re-

chenschaftspflicht um einen *zivilrechtlichen* Anspruch des Kunden auf Aushändigung des über ihn erstellten Kundendossiers. Die Norm erfasst ihrem Wortlaut nach nicht nur die Unterlagen, die aufgrund der Dokumentations- und der Rechenschaftspflicht erstellt wurden, sondern auch andere, darüber hinaus erstellte kundenbezogene Schriftstücke, Belege, Abrechnungen und Aufzeichnungen. Die Herausgabe relevanter Dokumente an den Kunden – gerade auch im Vorfeld einer Schadenersatzklage²¹ – soll zur Waffengleichheit im Prozess verhelfen und dem Kunden ermöglichen, seine Prozesschancen besser einzuschätzen. So wird dem Kunden eine *pre-trial discovery* schweizerischer Eigenart ermöglicht, ohne dass er vorher oder gleichzeitig seinen Schadenersatzanspruch klageweise geltend machen müsste.²² Ähnlich wie Art. 11 BEHG knüpft Art. 72 Abs. 1 VE-FIDLEG an die Begriffe «Kunde» und «Finanzdienstleister» an, um Aktiv- und Passivlegitimation für den Informationsanspruch zu definieren. Dadurch wird implizit eine vorbestehende Beziehung²³ zwischen den Parteien vorausgesetzt.

Der Anspruch ist gemäss Art. 73 Abs. 1 VE-FIDLEG schriftlich geltend zu machen. Die Kosten für die Aushändigung der Unterlagen trägt der Finanzdienstleister (Art. 73 Abs. 3 VE-FIDLEG). Erst wenn der Finanzdienstleister nicht innert 30 Tagen die gewünschten Kopien zustellt, kann der Kunde ans Gericht gelangen (Art. 73 Abs. 4 VE-FIDLEG).²⁴ In prozessualer Hinsicht erlaubt Art. 73 Abs. 5 VE-FIDLEG dem Gericht des Schadenersatzprozesses, im Falle der Verweigerung der vorprozessualen Rechenschaftsablegung durch den Finanzdienstleister von der üblichen Kostenverteilungsregel abzuweichen und insbesondere dem Kunden auch bei Unterliegen eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese Bestimmung regelt nur die Kostenfolge und darf nicht zu dem Umkehrschluss verleiten, andere Rechtsfolgen seien ausgeschlossen. Oder anders formuliert: Selbstverständlich darf das Gericht die Weigerung des Finanzdienstleisters, Dokumente herauszugeben, im Prozess auch inhaltlich würdigen. Art. 251a lit. a ZPO in der Fassung gem. VE-FIDLEG sieht schliesslich vor, dass ein Prozess über die Rechenschafts-

¹⁴ Zum Begriff BGE 96 I 97, 102 E. 2. f). S. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. Zürich/St. Gallen 2010, N 268 ff.

¹⁵ S. BGE 133 III 97, 99 E. 5.2 und dort zitierte Literatur sowie eingehend ROLF H. WEBER, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 109 (2013) 405, 410 ff.

¹⁶ EFD (FN 3), 15, 18 und 42.

¹⁷ SETHE, AcP 212 (2012) 131. S. dort auch 121 ff. zur Rechtslage in Deutschland, wo solche Kollisionen bereits Realität sind.

¹⁸ Ausführlich dazu – mit Fokus auf die analoge Situation im deutschen Recht – SETHE, AcP 212 (2012) 125 ff. und SETHE, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, München 2012, § 4 N 254 ff.; abweichend HEINZ-DIETER ASSMANN, Das Verhältnis von Aufsichtsrecht und Zivilrecht im Kapitalmarktrecht in: Ulrich Burgard et al. (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, 37, 49; JULIUS FORSCHNER, Wechselwirkungen zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht. Eine Untersuchung zum Verhältnis der §§ 31 ff. WpHG und zivilrechtlichem Beratungsvertrag, Diss. Tübingen 2013, *passim*. Kritisch gegenüber der Doppelnormtheorie für das Schweizer Recht etwa WEBER, SJZ 109 (2013) 410 f. und 413.

¹⁹ Siehe Text zu FN 12.

²⁰ FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen (FINMA-Vertriebsbericht 2010), Oktober 2010, 5; FINMA, Madoff-Betrug und Vertrieb von Lehman-Produkten: Auswirkungen auf das Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft, 2.3.2010, 11.

²¹ Vgl. den 4. Titel des VE-FIDLEG («Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche»), unter welchem die betreffenden Art. 72 und 73 stehen.

²² Insofern anders die *pre-trial discovery* nach US-amerikanischem Recht: PHILIPP FISCHER/ALEXANDRE RICHIA, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, ZSR Beiheft 49, Basel 2011, N 12; LAURENT KILLIAS/MICHAEL KRAMER/THOMAS ROHNER, Gewähr Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 933, 935; KEVIN M. McDONALD/CHRISTOPH F. WETZLER, Discover the Opportunities – US Discovery im Prozess, RIW 2000, 212.

²³ Zur Frage, ob diese vertraglicher Natur sein muss, s. unten Text zu FN 60.

²⁴ Art. 73 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 VE-FIDLEG. Solche Einschränkungen der Klagbarkeit von Informationsansprüchen sind dem Schweizer Recht nicht neu. Vgl. etwa die Informationsansprüche des Aktionärs nach Art. 697 Abs. 4 und 697b Abs. 1 OR oder das Gegendarstellungsrecht nach Art. 28f Abs. 1 ZGB.

ablegung nach Art. 72 VE-FIDLEG im summarischen Verfahren zu führen ist.

Die vorgeschlagene Einführung einer neuen sonderprivatrechtlichen Grundlage für die Übergabe von Kopien relevanter Dokumente wirft Zweifelsfragen bei seiner Auslegung auf. Der in Art. 72 Abs. 1 VE-FIDLEG verwendete Begriff der «Herausgabe» suggeriert, dass sich der Finanzdienstleister von den Dokumenten zu trennen und sie dem Kunden abzuliefern hat.²⁵ Das kann aber natürlich vom Finanzdienstleister nicht erwartet werden. Vielmehr wird aus dem Text deutlich, dass der Kunde lediglich Anspruch auf Kopien der betreffenden Dokumente hat. Um bei den bisher im Auftragsrecht gebräuchlichen Begriffen zu bleiben, kann hier also nicht eine Herausgabe gemeint sein, sondern nur die Ablegung der Rechenschaft auf eine bestimmte Art und Weise, nämlich durch «Aushändigung» von Kopien.²⁶

Etwas verwirrend ist auch die Definition des Umfangs dieser speziellen Rechenschaftsablegung. Es wäre denkbar gewesen, ihn an den Umfang der regulatorischen Dokumentationspflicht zu knüpfen oder die aufsichtsrechtliche Dokumentation jedenfalls als Mindestgegenstand der zu kopierenden Dokumente zu definieren. Der VE-FIDLEG beschreitet hingegen einen anderen Weg: Die Herausgabevorschrift bezeichnet das «Kundendossier» als Primärgegenstand der Herausgabepflicht, gefolgt von einer Generalklausel, wonach neben dem Kundendossier auch alle weiteren Dokumente herauszugeben seien, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat, soweit sie den Kunden betreffen. Eine Definition des Begriffs des Kundendossiers sucht man im VE-FIDLEG und auch im Begleitbericht des EFD vergeblich. Es bleibt deswegen unklar, ob es sich lediglich um eine sprachliche Inkonsistenz handelt und eigentlich mit «Kundendossier» die Dokumentation i.S.v. Art. 15 VE-FIDLEG gemeint ist, woraus sich, wie erwähnt, auch der Umfang der aufsichtsrechtlichen Rechenschaft²⁷ zu einem grossen Teil ableiten soll, oder ob eine Abweichung beabsichtigt war. Der Begleitbericht zum VE-FIDLEG lässt ersteres vermuten.²⁸ Tatsächlich gibt es gute Gründe, den Begriff «Kundendossier» weit auszulegen, namentlich um Dokumente zu erfassen, die der Finanzdienstleister im Zusammenhang mit seiner Dienstleistung von Dritten erhalten, also nicht selbst hergestellt hat.

²⁵ So ist der Begriff der Herausgabepflicht nämlich im Kontext des Auftragsrechts zu verstehen, s. BGE 139 III 49, 54 E. 4.1.2 («Herausgabe- oder Ablieferungspflicht»).

²⁶ So der Wortlaut von Art. 72 Abs. 2 VE-FIDLEG. Die Herausgabe von Originalen ist aus Sicht des Kunden in aller Regel auch nicht erforderlich. Fälle, in denen eine allenfalls erhöhte Beweiskraft der Originale den Ausschlag geben und daher dem Kunden nützlich sein könnte, sind schwer vorstellbar. Zweifellos wäre dann der Finanzdienstleister aber sowieso angehalten, die Originale im Prozess beizubringen, da ihm andernfalls die Verletzung seiner prozessualen Mitwirkungspflichten anzulasten wäre.

²⁷ Art. 16 Abs. 1 VE-FIDLEG.

²⁸ Der Begleitbericht des EFD scheint davon auszugehen, dass sich Herausgabe- und Dokumentationspflicht decken. S. EFD (FN 3), 81.

2. Vergleich zum auftragsrechtlichen Anspruch auf Rechenschaftsablegung

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der in Art. 72 VE-FIDLEG verankerte Anspruch dem Kunden in persönlicher oder sachlicher Hinsicht einen nennenswert grösseren Schutz als das geltende Vertragsrecht verschafft. Es ist nach einzelnen Vertragstypen zu differenzieren.

a) Anlageberatung und die Vermögensverwaltung

Sobald der Kunde in einem Auftrags- oder Kommissionsverhältnis²⁹ mit dem Finanzdienstleister steht, wie es die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung sind, kann er sich auf seinen obligationenrechtlichen Rechenschaftsanspruch aus Art. 400 Abs. 1 OR berufen. Die Rechenschaftsablegung nach dieser Vorschrift soll dem Auftraggeber ermöglichen zu prüfen, ob der Beauftragte seine Interessen in guten Treuen wahrgenommen hat.³⁰ Wie das Bundesgericht deshalb kürzlich festgehalten hat, ist der Umfang des auftragsrechtlichen Rechenschaftsrechts ausserordentlich weit.³¹ Auch über interne Dokumente muss der Finanzdienstleister Rechenschaft ablegen, soweit sie für die vertragsgemässe Ausführung von Bedeutung sind.³² Notizen des Kundenberaters für den reinen Eigengebrauch werden auch von Art. 72 Abs. 1 VE-FIDLEG nicht erfasst.³³ Überwiegende Geheimhaltungsinteressen des Finanzdienstleisters, die der Rechenschaftsablegung laut Bundesgericht entgegenstehen können, dürften jedenfalls in Privatkundenverhältnissen eher selten sein.³⁴ Insbesondere das Interesse, in einem späteren Prozess nicht zu Schadenersatzzahlungen verurteilt zu werden, vermag den Finanzdienstleister nämlich nicht von der Rechenschaftsablegung zu entbinden, wie das Bundesgericht an anderer Stelle jüngst festgehalten hat.³⁵ Sollten ausnahmsweise doch überwiegende Geheimhaltungsinteressen des Finanzdienstleisters vorliegen, ist anzunehmen, dass sie – gegebenenfalls unter dem Titel des Rechts-

²⁹ Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR. S. auch BGE 139 III 49, 53 E. 3.4.

³⁰ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 14; PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. A. Diss. Freiburg i.Ue. 1990, N 127.

³¹ Anders hingegen die Rechtslage in Deutschland. Dort braucht erst nach dem Geschäft Rechenschaft abgelegt werden, sodass den Beauftragten auch keine Dokumentationspflicht trifft. S. Urteil des BGH vom 9.5.2000, WM 2006, 567, 568.

³² BGE 139 III 49, 55 E. 4.1.3.

³³ EFD (FN 3), 81. Zum (gleichen) Umfang der Rechenschaft nach Art. 400 Abs. 1 OR s. BGE 139 III 49, 56 E. 4.1.3.

³⁴ In Frage kommen am ehesten schutzwürdige Interessen Dritter, beispielsweise solche anderer Kunden oder von Mitarbeitern. Allerdings kann solchen Interessen i.d.R. mit milderer Mitteln (Schwärzung, auszugweise Vorlegung) Rechnung getragen werden, wie auch das Bundesgericht festhält (BGE 139 III 49, 56 E. 4.1.3).

³⁵ BGE 138 III 425, 435 E. 6.4, unter Hinweis auf BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 85. S. auch BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 33, wonach der Beauftragte gerade auch über Sorgfaltpflichtverletzungen Rechenschaft abzulegen hat.

missbrauchs³⁶ – auch der Ausübung des Rechts aus Art. 72 Abs. 1 VE-FIDLEG entgegengehalten werden könnten.

Die Verpflichtung zur Ablieferung von Kopien, die der VE-FIDLEG statuiert, ist bloss eine Klarstellung, denn auch die Rechenschaftsablegung nach Art. 400 Abs. 1 OR hat in zweckmässiger Form zu erfolgen. Was zweckmässig ist, ergibt sich aus der Verkehrsauffassung und den Umständen des Einzelfalls.³⁷ Heutzutage wird man dem Kunden im Rahmen von Art. 400 Abs. 1 OR in aller Regel einen Anspruch auf physische oder elektronische Kopien der betreffenden Dokumente zugestehen müssen.³⁸ Zusätzlich kann der Kunde aus Art. 400 Abs. 1 OR verlangen, dass der Finanzdienstleister eine Übersicht in Form eines Berichts oder einer Schlussabrechnung anfertigt.³⁹ Diese wird dem Kunden besonders behilflich sein, wenn er sich in komplexen Verhältnissen mit einer Vielzahl von Dokumenten konfrontiert sieht.⁴⁰ Insofern erweist sich die auf Kopien bestehende Dokumenten fixierte Pflicht in Art. 72 Abs. 1 VE-FIDLEG als zu eng. Einzuräumen ist immerhin, dass nach geltendem Recht der Finanzdienstleister berechtigt wäre, die Anfertigung der Kopien in Rechnung zu stellen,⁴¹ da es sich dabei um eine Auslage für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten⁴² handelt. Allerdings dürften die Kopierkosten kaum je einen Kunden davon abgehalten haben, Rechenschaft zu verlangen. Ausserdem ist auch künftig damit zu rechnen, dass derartige Kosten auf den Kunden in irgendeiner Form abgewälzt werden.

b) Kommission zur Ausführung von *execution only*-Geschäften

Wird ein *execution only*-Geschäft im Wege der Kommission ausgeführt, verweist Art. 425 Abs. 2 OR auf das Auftragsrecht und damit auch auf dessen Rechenschaftspflicht. Näherer Untersuchung bedarf die Reichweite der Rechenschaftspflicht bei *execution only*-Verhältnissen, in denen der Finanzdienstleister kraft Art. 436 OR Selbsteintritt erklärt, also den Kunden aus eigenen Beständen mit dem gewünschten Finanzinstrument bedient bzw. das Finanzinstrument dem Kunden auf eigene Rechnung abkauft. Nach Art. 436 Abs. 3 OR will das Gesetz das Verhältnis «im Übrigen» als Kaufgeschäft

³⁶ Wären die Interessen des Finanzdienstleisters im konkreten Fall wesentlich schwerer zu gewichten, wäre das Beharren auf dem Rechenschaftsrecht wohl rechtsmissbräuchlich. Das Datenschutzrecht sieht explizit eine solche Interessenabwägung vor, s. Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 DSGVO.

³⁷ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 30.

³⁸ Auch was die Art der Rechenschaftsablegung angeht, ist dem Finanzdienstleister der Hinweis auf die mögliche Schmälerung seiner Prozesschancen unbehilflich.

³⁹ BGE 139 III 49, 59 f. E. 4.5.2.

⁴⁰ Als warnendes Beispiel sei hier an die von *pre-trial discoveries* U.S.-amerikanischen Stils bekannten Papier- und Datenberge erinnert. S. auch KILLIAS/KRAMER/ROHNER (FN 22), 936.

⁴¹ BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 136.

⁴² Art. 402 Abs. 1 OR.

behandelt wissen. Es fragt sich, wie sich diese Verweisung auf die Rechenschaftspflicht auswirkt.

Zu Recht wird in der Literatur festgehalten, dass die Rechenschaftspflicht nach Selbsteintritt durch den Kommissionär nicht gleich weit gehen kann wie bei regulärer Ausführung der Kommission.⁴³ Die Rechenschaftsablegung ist nicht Selbstzweck und erübrigt sich, wo sich der Kommissionär nicht in einem Interessenkonflikt befindet und der Kommittent deswegen nicht mehr ein schützenswertes Interesse an der Kontrolle der Interessenwahrnehmung hat.⁴⁴ Da dies beim Abschluss zu Börsen- oder Marktkursen grundsätzlich der Fall ist, erlaubt das Gesetz hier, und nur hier, auch den Selbsteintritt durch den Kommissionär.⁴⁵ Wie sich gezeigt hat, gibt es im Effektenhandel allerdings Situationen, in denen Börsen- und Marktkurse allein die Vermeidung von Interessenkonflikten nicht mehr garantieren. Deshalb differenziert die heutige Lehre zwischen a) echtem Selbsteintritt, d.h. Lieferung aus Nostro-Beständen und Annahme an Nostro, b) technischem Selbsteintritt, d.h. «Verrechnung» gegenläufiger Kundenaufträge, und c) formellem Selbsteintritt, bei welchem der Kommissionär das Deckungsgeschäft vor Erklärung des Selbsteintritts vorgenommen hat.⁴⁶ Weil ihm die entgegengesetzten Kundenaufträge ermöglichen würden, ohne eigenes wirtschaftliches Risiko die Kursentwicklung abzuwarten, muss der Kommissionär beim technischen Selbsteintritt aufgrund seiner Treuepflicht aus Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR zum effektiv erzielten Preis im Gegengeschäft, bei einer Vielzahl von Geschäften in derselben Effekte allenfalls zu einem Durchschnittspreis der erzielten Kurse,⁴⁷ abrechnen und darf in teleologischer Reduktion von Art. 436 Abs. 2 OR Kursschwankungen nicht durch Verrechnung des ungünstigeren Börsen- oder

⁴³ BSK-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 OR N 11; JOHANNES A. BÜRGI/ELISABETH MOSKRIC, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), OR Kommentar, 2. A. Zürich 2009, Art. 436 N 6.

⁴⁴ Diese Aussage ist verallgemeinerungsfähig: Der Beauftragte muss über alle Umstände, die eine ungestörte Interessenwahrnehmung in Zweifel ziehen (Retrozessionen, etc.), Rechenschaft ablegen.

⁴⁵ LUC THÉVENOZ, Information, conseil, mise en garde, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2007 de droit bancaire et financier, Zürich 2008, 19, 24. Die Vereinbarung eines Mindestpreises vermag für sich alleine Börsen- oder Marktkurse noch nicht zu ersetzen: BSK-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 OR N 5 m.w.H.; KUKO OR-VLCEK, Art. 436 N 3. A.M. BK-GAUTSCHI, Art. 436 OR N 4a. Für kotierte Effekte ist ausserdem die Börsenpflicht nach Ziff. 4.5, Handelsreglement der SIX Swiss Exchange AG zu beachten, welche das Selbsteintrittsrecht weiter einschränkt.

⁴⁶ Die Terminologie ist allerdings uneinheitlich. S. etwa PETER NOBEL, Zur Problematik des sogenannten Kursschnittes im Wertpapierhandel, in: Walter J. Habscheid et al. (Hrsg.), Freiheit und Zwang: rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte. Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, 527 ff.; BÜRGI/MOSKRIC (FN 43), Art. 436 N 3 und 5; INGO KOLLER, in: Claus-Wilhelm Canaris et al. (Hrsg.), Staub Handlungsgesetzbuch Grosskommentar, Bd. 9, 5. A. Berlin 2013, § 400 N 3. Nicht von Belang für die Unterscheidung ist nach BGE 138 III 781, 783 f. E. 3.5., ob der Selbsteintritt explizit erklärt wird oder nicht.

⁴⁷ BSK-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 N 6.

Marktkurses zu seinen Gunsten ausnützen (sog. unlauterer Kursschnitt).⁴⁸ Analoges gilt beim formellen Selbsteintritt. Beim echten Selbsteintritt hingegen übernimmt der Kommissionär tatsächlich ein Kursrisiko, sodass er keinem Interessenkonflikt unterliegt⁴⁹ und nicht zu beanstanden ist, dass er Handlungsgewinne aus der Differenz zwischen dem Börsenkurs zum effektiv erzielten Preis nicht abzuliefern braucht.⁵⁰ Stets unzulässig ist der Selbsteintritt, wenn der Kommissionär die Preisbildung durch *front running* oder ähnliche Strategien manipuliert hat oder dank Insiderinformationen sonst um einen Defekt des Preisbildungsmechanismus weiss. Dann fehlt es nämlich richtig besehen bereits an einem Börsen- oder Marktkurs, der Art. 436 Abs. 1 OR genügen würde.

Für die Ablegung der Rechenschaft bedeutet dies nun Folgendes:

- Rechnet der Kommissionär unter Erklärung des Selbsteintritts zum Börsen- oder Marktkurs ab, muss er dem Kommittenten aufzeigen, dass er die betreffenden Effekten bei Kenntnisnahme des Kundenauftrags bereits in Nostro-Beständen hatte oder ein Deckungsgeschäft am Markt (Kauf oder Verkauf) erst nach Erklärung des Selbsteintritts vornahm (echter Selbsteintritt). Keine Rechenschaft braucht der Kommissionär hingegen über die Gegenpartei im Ausführungsgeschäft und seine Geschäftsbeziehungen zu ihr abzulegen.⁵¹
- Erfolgte das Deckungsgeschäft vor Erklärung des Selbsteintritts (formeller Selbsteintritt) oder fand eine interne «Verrechnung» von Kundenaufträgen statt (technischer Selbsteintritt), so muss der Kommissionär nachweisen, dass der in Rechnung gestellte Preis jenem des Deckungsgeschäfts bzw. des gegenläufigen Kundenauftrags entsprach und günstiger als der Börsen- oder Marktkurs war oder wenigstens auf einem Durchschnitt einer Vielzahl von Transaktionen in derselben Effekte über eine relativ kurze Zeitspanne⁵² beruhte. Auch bei technischem und formellem Selbsteintritt braucht der Kommittent nicht über die Person der Gegenpartei oder die weiteren Umstände des Ausführungsgeschäfts informiert zu werden.

Diese aus dem Zivilrecht abgeleiteten Informationspflichten finden nun ihre Entsprechung in Art. 72 i.V.m. Art. 16 VE-FIDLEG, so dass die Neuregelung dem Kunden auch bei Selbsteintritt des Kommissionärs keinen besseren Schutz verschafft.

⁴⁸ BSK-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 N 6.

⁴⁹ Vorbehalten sind Fälle, in denen der Kommissionär einen Vorsprung aus Insiderinformationen ausnützen will. S. dazu sogleich.

⁵⁰ BSK-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 N 7c.

⁵¹ S. auch BÜRGI/MOSKRIC (FN 43), Art. 436 N 6; BSK-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 OR N 11.

⁵² Die Zeitspanne muss kürzer sein als ein ganzer Handelstag: Verfügung der EBK vom 24.3.1988, EBK Bulletin 18/1988, 11, 16 f.; CR-VON PLANTA/FLEGBO-BERNEY, Art. 436 OR N 6; BSK-LENZ/VON PLANTA, Art. 436 OR N 6; BÜRGI/MOSKRIC (FN 43), Art. 436 N 5.

Zu bedenken ist jedoch noch ein weiterer Aspekt. Derzeit besteht bei der Kommission⁵³ keine Pflicht zur Durchführung eines Angemessenheitstests,⁵⁴ der wiederum eine Exploration des Kunden voraussetzt. Der VE-FIDLEG führt nun im Bereich des *execution only*-Geschäfts – sofern nicht ein Fall von Art. 14 VE-FIDLEG vorliegt – die Verpflichtung zur Durchführung und damit auch zur Dokumentation des Angemessenheitstests ein. Da jedoch der zivilrechtliche Pflichtenkatalog durch die Vertragspraxis bestimmt wird, in die wiederum die Vorgaben des Aufsichtsrechts einfließen, wird das FIDLEG aller Voraussicht nach in das Zivilrecht ausstrahlen und sich der Angemessenheitstest im vertraglichen Leistungsversprechen der Finanzdienstleister wiederfinden. Die Aufnahme in den zivilrechtlichen Leistungskatalog kann explizit durch entsprechende Anpassung der vertraglichen Grundlagen erfolgen. Denkbar ist aber auch eine konkludente Vereinbarung, denn die Kunden dürfen von einer Vornahme des Angemessenheitstests ausgehen, sobald er im *execution only*-Geschäft zum Industriestandard geworden ist, insbesondere wenn ihnen der Test in der einen oder anderen Form in Rechnung gestellt wird. Die diesbezüglich erstellten Dokumente werden deshalb auch von der kommissionsrechtlichen Rechenschaftspflicht aus Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR erfasst, sodass sich auch hier kein besserer Schutz aus dem Rechenschaftsablagekonzept des VE-FIDLEG ergibt. Das gilt auch beim Selbsteintritt des Finanzdienstleisters, denn dieser beseitigt das legitime Interesse des Kunden an der korrekten Ausführung des Angemessenheitstests und damit seinen kommissionsrechtlichen Anspruch auf Rechenschaftsablage nicht.

c) Vertragsverhältnisse ohne Auftragskomponente

Nicht dem Auftragsrecht unterfällt der reine⁵⁵ Verkauf von Finanzinstrumenten an Kunden (z.B. Festpreisgeschäfte, Blocktransaktionen, *Over-the-Counter*-Geschäfte und Platzierungen am Primärmarkt).⁵⁶ Kunden im Effektingeschäft gehen aber davon aus, dass Auftragsrecht und nicht Kaufrecht Anwendung findet. Will der Finanzdienstleister dies nicht, muss er die (berechtigte) Erwartung des Kunden «zerstören». Ansonsten ist aus den Gesamt-

⁵³ Gleichgültig, ob mit und ohne Selbsteintritt.

⁵⁴ BGer 4C.265/2001 vom 15.1.2002 E. 2.a; BGE 119 II 333, 335; BGE 133 III 98, 103 E. 7.1.2; SETHE, AcP 212 (2012) 131.

⁵⁵ Werden im Vorfeld der betreffenden Transaktionen Beratungsdienstleistungen erbracht, bestehen diese auch über das Ende des Auftragsverhältnisses hinaus, selbst wenn das Ausführungsgeschäft ein Kauf ist, vgl. BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 63. So müsste etwa Rechenschaft abgelegt werden, ob für ein empfohlenes und im Anschluss verkauft Produkt Retrozessionen vereinbart wurden, wenn die Zahlung für den Anlageberater im Zeitpunkt der Empfehlung vorhersehbar war.

⁵⁶ MIRJAM EGGEN, Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?, SZW 2011, 625, 628 f.; THÉVENOZ (FN 45), 41; SETHE, AcP 212 (2012) 80, 105.

umständen zu entnehmen, dass ein Auftrag geschlossen wurde. Diese Weichenstellung hatte die EBK im Übrigen auch aus Art. 11 BEHG abgeleitet; es müsse für den Kunden offenkundig sein, dass der Finanzdienstleister als Verkäufer allein im eigenen Interesse handle und gerade keine interessenwahrende Dienstleistung erbringen wolle.⁵⁷ Der Finanzdienstleister musste also auch nach dieser Vorschrift die Art der Leistung transparent machen. Mit der Einführung des FIDLEG wird Art. 11 BEHG aufgehoben. Die Pflicht zur Information über die *Art* der Leistung soll sich künftig aus Art. 7 Abs. 1 lit. b VE-FIDLEG ergeben.

Wird wirksam ein Kauf vereinbart, stellt sich die Frage nach dem Bestehen einer Rechenschaftspflicht. Eine solche findet sich im Kaufrecht gerade nicht. Gleiches gilt im Übrigen für die Platzierung von Schuldtiteln im Primärmarkt durch den Emittenten, die als darlehensähnlicher Innominatkontrakt qualifiziert wird.⁵⁸ Der Tatbestand von Art. 16 VE-FIDLEG geht in beiden Fällen über das Zivilrecht hinaus. Es handelt sich um eine rein aufsichtsrechtliche Bestimmung, da den Normen des FIDLEG keine Doppelnatur mehr zukommen wird (s.o.). Will man der Bestimmung auch zivilrechtliche Wirkungen verleihen, ist es daher notwendig, einen eigenständigen privatrechtlichen Anspruch zu schaffen, was der Gesetzgeber mit Art. 72 VE-FIDLEG gerade plant. Eine andere Frage ist freilich, ob die Anleger in diesen Geschäften überhaupt derart schutzbedürftig sind, dass sich ein gesetzgeberischer Eingriff rechtfertigt.

Nicht nur beim Kauf und dem *Private Placement* von Anleihen fehlt die Auftragskomponente. Auch beim Kontovertrag, Depotvertrag und dem Lombardkredit findet Auftragsrecht keine Anwendung. Diese Leistungen werden im Bereich des Wertpapiergeschäfts jedoch regelmässig als Nebendienstleistungen angeboten, sind also mit Auftrags- bzw. Kommissionsverhältnissen dergestalt umrahmt oder durchsetzt, sodass sie letztlich dennoch von der Rechenschaftspflicht erfasst werden.⁵⁹ Hier erlangt die Rechenschaftspflicht des VE-FIDLEG keine über das Zivilrecht hinausgehende Bedeutung.

⁵⁷ Verfügung der EBK vom 20.12.2006, EBK Bulletin 51/2008, 129 f.

⁵⁸ EGGEN, SZW 2011, 628 f.

⁵⁹ Zum Lombardkredit s. BGE 139 III 49, 53 E. 3.4, wo der Lombardkredit und die auf dessen Basis durch den Kreditgeber im Kommissionsverhältnis getätigten Optionsgeschäfte als rechtliche Einheit verstanden wurden. Zum Kontokorrent- und Depotvertrag und das i.d.R. zugrundeliegende Giroverhältnis s. etwa BGE 103 II 297, 301 E. 2.b; Urteil des Bundesgerichts vom 18.3.2014 (4A_596/2013), E. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 8.2.2001 (4C.377/2000), E. 1. b; Urteil des OGer BL vom 17.8.1993, BJM 1994, 236, 237; Urteil des HGer ZH vom 1.4.2003, ZR 104 (2005) 109, 110; URS BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatungs- und Verwaltungsaufträgen, Diss. St. Gallen, Zürich 1991, 11 f.; BELLINA C. BORER-BENZ, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 OR – am Beispiel der Problematik der Retrozessionen bei unabhängigen Vermögensverwaltern, Diss. St. Gallen 2006, 129.

d) Vertragsanbahnung

Die Rechenschaftspflicht nach Art. 400 OR setzt ein bestehendes Auftragsverhältnis voraus. Gleiches gilt für das Auftragsrecht, denn Art. 15, 16 und 72 VE-FIDLEG verlangen eine Kundenbeziehung, genau wie es der derzeit gültige Art. 11 BEHG tut. Daher verneint die h.L. zu Art. 11 BEHG dessen Anwendbarkeit, wenn ein Vertrag fehlt.⁶⁰ Für das VE-FIDLEG wird Gleiches gelten müssen.

Ohnehin drehen sich Prozesse von Kunden gegen ihre Finanzdienstleister in der Regel um tatsächlich erfolgte Transaktionen, die einen Vertragsschluss zwischen Kunde und Finanzdienstleister voraussetzen.⁶¹ Klagen wegen unterbliebenen Erwerbs von Finanzinstrumenten dürften in der Praxis insbesondere aufgrund der beweistechnischen Unwägbarkeiten nur äusserst selten stattfinden. Aber selbst wenn sie ausnahmsweise vorkommen sollten, spielt für die hier untersuchte Fragestellung dann ein ganz anderer Gesichtspunkt die zentrale Rolle: Hat der Kunde einen Verkauf von Finanzinstrumenten aufgrund eines Rats des Finanzdienstleisters unterlassen oder verspätet vorgenommen, bestand ja gerade ein Beratungsvertrag und damit ein Auftragsverhältnis. Damit aber besteht auch eine Rechenschaftspflicht. Das Unterlassen einer Transaktion ist also keineswegs gleichbedeutend mit dem Fehlen einer Kundenbeziehung i.S.d. Aufsichtsrechts bzw. eines Vertrags i.S.d. Zivilrechts.

e) Zwischenfazit

Es zeigt sich also, dass sich im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung die Regelungen aus Art. 400 Abs. 1 OR einerseits und Art. 15, 16 und 72 Abs. 1 VE-FIDLEG sowohl subjektiv wie auch objektiv decken. Gleiches gilt für den Bereich des *execution only*-Geschäfts, und zwar auch im Falle des Selbsteintritts des Finanzdienstleisters. Bei den Fallgruppen reiner Effektenkaufverträge und der Privatplatzierung von Schuldtiteln bleibt das Zivilrecht hingegen hinter den Vorgaben des VE-FIDLEG zurück. Will man gleiche und von der zugrundeliegenden Vertragsart unabhängige⁶² Standards für Finanzdienstleistungen erreichen, kommt man deshalb um die Einführung eines zwingenden⁶³ sonderprivatrechtlichen Anspruchs auf Aushändigung des

⁶⁰ S. etwa BENEDIKT MAURENBRECHER/STEFAN WALLER, Prospekthaftung und strukturierte Produkte, in: Thomas Werlen/Thomas Reutter (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen IV, Zürich 2009, 55, 78 f.; BSK-BAHAR/STUPP, Art. 11 BEHG N 96; THÉVENOZ (FN 45), Th21.

⁶¹ Gl. M. betr. vorvertraglicher Verletzungen von Art. 11 BEHG: BSK-BAHAR/STUPP, Art. 11 BEHG N 96.

⁶² EFD (FN 3), 81.

⁶³ Der zwingende Charakter von Art. 72 VE-FIDLEG erschliesst sich aus Abs. 2, wo lediglich der Verzicht auf physische Kopien, implizit also kein vollumfänglicher Verzicht gestattet wird. Ein Vorausverzicht auf die Rechenschaftsablage des Kunden wäre auch im Übrigen

Kundendossiers und anderer kundenbezogenen Dokumente nicht herum. Aus Kundensicht spielt es für die Rechenschaftsablage gerade keine Rolle, ob der Finanzdienstleister einen Auftrag oder einen Kauf erbringt. Dem trägt der VE-FIDLEG Rechnung.

Was die Doppelung von Zivil- und Aufsichtsrecht im Bereich von Anlageberatung und Vermögensverwaltung angeht, wird eingewendet, diese sei unnötig, da dort Deckungsgleichheit der Pflicht herrsche.⁶⁴ Damit wird allerdings übersehen, dass dieser Weg die aufsichtsrechtliche Durchsetzung und die Einführung einheitlicher Mindeststandards im Markt erlaubt. Beides kann das Vertragsrecht allein nicht gewährleisten und die Erfahrung hat gezeigt, dass deshalb Lücken im Kundenschutz entstehen.⁶⁵ Zudem bringt die Doppelung den Vorteil mit sich, dass Finanzdienstleister das Aufsichtsrecht nicht wegbedingen oder modifizieren können.

3. Vergleich zum datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch

Neben dem Obligationenrecht hält auch das Datenschutzrecht einen Informationsanspruch für den Kunden des Finanzdienstleisters bereit.⁶⁶ Durch die Erhebung und systematische Ablegung bzw. Speicherung von den Kunden betreffenden Informationen macht sich der Finanzdienstleister nämlich zum Inhaber einer Sammlung von Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a und i DSGVO.⁶⁷ Als solcher unterliegt er gemäss Art. 8 Abs. 1 und 2 DSGVO gegenüber dem Kunden der Auskunftspflicht bezüglich aller gesammelten Personendaten, wobei die Auskunft, besondere Geheimhaltungsinteressen vorbehalten, durch Kopien der die Daten enthaltenden Dokumente zu erbringen ist.⁶⁸ Damit dürften sich die Gegenstände der jeweiligen Informationsansprüche aus Datenschutzrecht, Obligationenrecht und VE-FIDLEG im Wesentlichen decken.⁶⁹ Im Unterschied zu Art. 72 Abs. 1 VE-FIDLEG bezweckt Art. 8 DSGVO

unwirksam, BGE 110 II 181, 182 E. 2 (Rechenschaftspflicht ist «essentielle des Auftragsrechts und ein Minimum dessen, was [der Beauftragte] zu erfüllen hat»); BSK-WEBER, Art. 400 OR N 21.

⁶⁴ So MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsvertrag, in: Rolf Sethe et. al. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 167 f.

⁶⁵ FINMA, Madoff-Betrug und Vertrieb von Lehman-Produkten: Auswirkungen auf das Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft, 2.3.2010, 11.

⁶⁶ In Deutschland steht dem Kunden kein datenschutzrechtlicher Anspruch, der über die Angabe von Personalien etc. hinausgeht, zu, Schleswig-Holsteinisches OLG vom 28.2.2011, 5 U 112/10 (juris), N 18.

⁶⁷ BGE 138 III 425, 427 f. E. 4.

⁶⁸ S. etwa ASTRID EPINEY/TOBIAS FASNACHT, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Bern 2011, § 11 N 35. S.a. BGE 138 III 425, 436 E. 6.5.

⁶⁹ In persönlicher Hinsicht geht Art. 8 DSGVO indes weiter, als zwischen dem Inhaber der Datensammlung und der betroffenen Person kein vertragliches Verhältnis bestehen muss.

zwar gerade nicht, dem Kunden die Beweismittelbeschaffung zu erleichtern,⁷⁰ was auch darin zum Ausdruck kommt, dass der Inhaber der Datensammlung nicht zur Auskunft verpflichtet ist, sobald in dieser Angelegenheit prozessiert wird.⁷¹ Umgekehrt schadet die bloss Aussicht auf einen bloss künftigen Schadenersatzprozess dem Kunden nicht, solange er zumindest auch ein Interesse an der Richtigkeit der gesammelten Daten haben könnte. Ein Interessennachweis obliegt ihm indes nicht. Vielmehr ist es am Inhaber der Datensammlung zu beweisen, dass der Kläger sachfremde Interessen verfolgt oder er selbst überwiegende Geheimhaltungsinteressen hat – ein schwieriges Unterfangen.⁷²

Die verfügbaren Materialien äussern sich nicht zum Verhältnis der verschiedenen Anspruchsgrundlagen. Aufgrund der Natur des DSGVO als «Querschnittsgesetz»⁷³ und der Erfahrungen mit Art. 11 BEHG ist eigentlich nicht davon auszugehen, dass der Anspruch aus Art. 72 VE-FIDLEG denjenigen aus Art. 8 DSGVO oder Art. 400 OR verdrängen wird, sondern die Ansprüche dem Kunden parallel zur Verfügung stehen und nach Günstigkeit angerufen werden können. In Zweifel gezogen wird diese Einschätzung allenfalls durch das besondere Regime, das Art. 73 VE-FIDLEG für die Geltendmachung des Anspruchs aus Art. 72 VE-FIDLEG vorsieht. Darauf soll sogleich näher eingegangen werden.

4. Unterschiede in der Durchsetzung der verschiedenen Informationsansprüche

Grundsätzlich ist es zu begrüssen, dass dem Kunden die Durchsetzung seiner Informationsansprüche vor dem Schadenersatzprozess erleichtert werden soll. Heute bestehen nämlich grosse Unterschiede insbesondere hinsichtlich des Kostenrisikos, je nachdem, welche Anspruchsgrundlage der Kunde anruft.

a) Anspruch auf Rechenschaftsablegung

Um den obligationenrechtlichen Rechenschaftsanspruch eigenständig⁷⁴ durchzusetzen, muss der Kläger heute oft nicht nur das ordentliche Verfahren⁷⁵

⁷⁰ BGE 138 III 425, 432 E. 5.5.

⁷¹ Mangels Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes gem. Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSGVO.

⁷² S. BGE 138 III 425, 432 f. E. 5.6, wo sogar festgestellt war, dass die Kläger ihr Auskunftsrecht gerade im Hinblick auf einen künftigen Schadenersatz geltend machen.

⁷³ Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBl 1988 II 413, 432 («Datenschutzrecht ist eine Querschnittsmaterie») und 444 («Querschnittsgesetz»); DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 2 DSGVO N 2.

⁷⁴ D.h. vor dem Schadenersatzprozess, also nicht im Rahmen einer Stufenklage zusammen mit einem unbezifferten Leistungsbegehren auf Geldzahlung.

⁷⁵ Es sei denn, es könne Rechtsschutz in klaren Fällen gem. Art. 257 ZPO verlangt werden oder das Gericht setze den Streitwert unter CHF 30'000 an. S. dazu sogleich.

durchlaufen, sondern sieht sich einem erheblichen Kostenrisiko ausgesetzt. Das liegt zunächst einmal am Streitwert des Begehrens auf Rechenschaftsablegung. Dieser ist sowohl für die Verfahrensart wie auch für die Bemessung der Prozesskosten und insbesondere des Kostenvorschusses bedeutsam. Der Anspruch auf Rechenschaftsablegung hat zwar keine geldwerte Leistung zum Gegenstand. Weil damit aber mittelbar wirtschaftliche Interessen verfolgt werden, geht es nach der Rechtsprechung dennoch um eine vermögensrechtliche Streitigkeit,⁷⁶ der ein Streitwert zuzumessen ist. Mangels übereinstimmender und nicht offensichtlich unrichtiger Bestimmung durch die Parteien hat das Gericht den Streitwert nach Art. 91 Abs. 2 ZPO ermessensweise zu bestimmen. Bei präparatorischen Ansprüchen, wie jenem auf Rechenschaftsablegung, ist insbesondere auf die mittelbaren Vermögensinteressen abzustellen, hier also auf die (geschätzte) Summe des Anlageschadens.⁷⁷ Der so eruierte Streitwert bestimmt nicht nur, ob im vereinfachten oder im ordentlichen Verfahren prozessiert wird,⁷⁸ sondern ist zumindest vorläufig⁷⁹ auch für die Bestimmung der Prozesskosten einschlägig. Immerhin hat das Bundesgericht aber festgehalten, dass das Kostenrisiko für die Geltendmachung präparatorischer Ansprüche wesentlich geringer ausfallen muss als jenes im Hauptsachenprozess.⁸⁰ Die Kantone haben dieser Vorgabe im Rahmen ihrer Tarifautonomie Rechnung zu tragen.⁸¹ Ihr Ermessen und damit die Bandbreite der zu gewärtigenden Kosten dürften jedenfalls relativ gross sein,⁸² womit das Kostenrisiko kaum geschmälert scheint. Zweifellos muss bereits der Kostenvorschuss und nicht erst der Kostenentscheid spürbar reduziert werden, will man der bundesgerichtlichen Vorgabe gerecht werden.

⁷⁶ BGE 139 II 404, 448 E. 12.1 (finaler Zweck der «Verteidigung der Vermögensinteressen» genügt für Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit); Urteil des Bundesgerichts vom 10.9.2007 (5C.8/2007), E. 1 (nicht publ. in BGE 133 III 664), implizit auch Urteil des Bundesgerichts vom 19.11.2012 (4A_13/2012), E. 1.1 (nicht publ. in BGE 139 III 49).

⁷⁷ BGE 123 III 261, 269 f. E. 4. (Abstellen auf Schadenssumme für Bestimmung des Streitwerts des Begehrens auf Einsetzung eines Sonderprüfers nicht willkürlich, aber Kosten- und Entschädigungsfolgen müssen reduziert werden); BGE 118 II 528, 532 E. 2.a); Urteil des OGer ZH vom 20.1.2012 (LF110118-O/U), E. 4.3.2.

⁷⁸ Art. 243 Abs. 1 ZPO.

⁷⁹ D.h. insbesondere für den Kostenvorschuss, s. Art. 98 ZPO.

⁸⁰ BGE 123 III 261, 269 f. E. 4.a); bestätigt in Urteil des Bundesgerichts vom 23.2.2006 (4P.318/2005), E. 4.4.

⁸¹ Art. 96 ZPO.

⁸² S. etwa § 4 Abs. 2 GebV OG ZH (ordentlicher Tarif kann je nach Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falls unlimitiert reduziert werden; zudem Reduktion auf ½ bzw. ⅓ im Summarverfahren gem. § 8 GebV OG ZH), Art. 5 VKD BE, § 1 Abs. 1 Justiz-Kostenverordnung LU, Art. 4 Abs. 2 Gerichtskostenverordnung SG, § 3 Abs. 1 GebT BL (jeweils grosse Bandbreiten, z.T. abhängig von Streitwert, innert derer Kosten nach Zeit- und Arbeitsaufwand, Bedeutung des Falls und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Kostpflichtigen festzulegen sind).

b) Anspruch auf Auskunft nach Datenschutzrecht

Die Durchsetzung des Auskunftsanspruchs aus Art. 8 DSGVO ist für den Kunden wesentlich günstiger ausgestaltet. So kommt von Gesetzes wegen⁸³ stets das vereinfachte Verfahren zur Anwendung. Zudem gilt hier die abgeschwächte Untersuchungsmaxime,⁸⁴ die gerade nicht anwaltlich vertretenen Kunden die Prozessführung erheblich erleichtern dürfte. Noch attraktiver wird der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch als Anspruchsgrundlage für den Kunden dadurch, dass er als nicht vermögensrechtlich gilt und ihm daher kein Streitwert zugemessen wird.⁸⁵ Für solche Streitigkeiten ohne Streitwert bemessen sich die Prozesskosten i.d.R. nach dem Aufwand der Gerichte und der Schwierigkeit des Falls, wobei die kantonalen Gebührenregelungen typischerweise eine Bandbreite auf relativ tiefem Niveau vorsehen.⁸⁶ Obschon diese Bandbreiten erforderlichenfalls überschritten werden können,⁸⁷ ist anzunehmen, dass das Kostenrisiko unter Anwendung des ordentlichen Tarifs in Anknüpfung an den Streitwert jedenfalls bei grossen Schadenssummen erheblich grösser wäre, zumal die Tarife bekanntlich so ausgestaltet sind, dass Gerichtsverfahren mit hohen Streitwerten jene mit kleinen Streitwerten alimentieren.⁸⁸

⁸³ Art. 243 Abs. 2 Bst. d ZPO und Art. 15 Abs. 4 DSGVO.

⁸⁴ Art. 247 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 Bst. d ZPO. Zum Begriff: BERND HAUCK, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A. Zürich 2014, Art. 247 N 31 ff (Komm. ZPO-AUTOR).

⁸⁵ Urteil des BGer vom 16.8.2001 (5C.15/2001), E. 1; BK-STERCHI, Art. 91 ZPO N 23a. Anders nun aber Urteil des OGer ZH vom 3.3.2014 (LF130077-O/U), E. 4.2.2, wonach der Auskunftsanspruch aus Art. 8 DSGVO je nach verfolgten Interessen vermögens- oder nichtvermögensrechtlicher Natur sei. Eine solche Differenzierung hat das BGer bisher nicht vorgenommen.

⁸⁶ S. etwa § 5 Abs. 1 GebV OG ZH und § 5 Abs. 1 AnwGebV OG ZH (i.d.R. Gerichtskosten zwischen CHF 300 und CHF 13'000 und Parteientschädigungen zwischen CHF 1'400 und CHF 16'000); Art. 39 VKD BE und Art. 5 Abs. 2 PKV BE (Gerichtsgebühren zwischen 200 und 7'500 «Taxpunkten», wobei ein Taxpunkt grundsätzlich CHF 1 entspricht; Parteientschädigung grundsätzlich zwischen CHF 400 und CHF 11'800); § 6 Abs. 1 und § 31 Justiz-Kostenverordnung LU (Gerichtskosten CHF 500 bis CHF 5'000 im vereinfachten Verfahren; Parteientschädigung zwischen 75% und 150% der Gerichtskosten); Art. 10 Abs. 1 Ziff. 111 Gerichtskostenverordnung SG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. b EG-ZPO SG und Art. 23 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 24 Abs. 1 HonO SG (Gerichtskosten CHF 500 bis CHF 5'000 vor Einzelrichterin oder Einzelrichter; Parteikosten nach Zeitaufwand, mittlerer Stundensatz CHF 250).

⁸⁷ So geschehen im Fall, der BGE 138 III 425 zugrunde lag. S. Entscheid des OGer ZH vom 1.10.2011 (LB100078-O/U), Ziff. IV.

⁸⁸ S. etwa LUCIEN SCHERRER, «Vom Millionen-Streit in den Ruin», NZZ vom 4.6.2014. Immerhin müssen Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip beachtet werden; s. Entscheid des OGer ZH vom 20.1.2012 (LF110118-O/U), E. 5.2.

c) Vorsorgliche Beweisführung als Alternative?

Im Instrument der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO steht dem Kunden eine Alternative zu seinen Ansprüchen aus dem materiellen Recht zur Verfügung, um vorprozessual an Beweismittel zu kommen bzw. diese vom Gericht vor dem Prozess abnehmen zu lassen.⁸⁹ Diesem Instrument wohnen allerdings im Vergleich zur Geltendmachung der beiden geschilderten materiellen Ansprüche gewichtige Nachteile inne. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass stets der Gesuchsteller, hier also der Kunde, die Kosten⁹⁰ der vorsorglichen Beweisführung zu tragen hat, selbst wenn dem Gesuch stattgegeben wird und etwaige Abweisungsanträge der Gegenseite abgelehnt werden.⁹¹ Erst im Hauptverfahren können die Kosten der vorsorglichen Beweisführung neu verteilt werden.⁹² Zudem ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nach Auffassung des Bundesgerichts für vorprozessuale vorsorgliche Beweisführung ausgeschlossen.⁹³ Ebenfalls problematisch aus Kundensicht ist, dass der Gesuchsteller nur zur vorsorglichen Beweisführung zugelassen wird, wenn er ein schutzwürdiges Interesse⁹⁴ glaubhaft machen kann. Das Bundesgericht verlangt hierbei vom Gesuchsteller, dass er alle für den materiellen Anspruch wesentlichen Tatsachen glaubhaft macht, mit Ausnahme jener Tatsachen, die gerade Gegenstand der vorsorglichen Beweisführung sein sollen.⁹⁵ Diese Nachteile lassen Art. 158 ZPO derzeit nicht als valable Alternative zur Geltendmachung der materiellen Informationsansprüche erscheinen.

d) Durchsetzungsmodalitäten des Anspruchs aus VE-FIDLEG

Wie verhält sich nun das in Art. 73 VE-FIDLEG skizzierte Regime hierzu? Obschon vorgeblich dem Kundeninteresse verpflichtet, stellt der VE-FIDLEG mit dem schriftlichen Gesuch und der 30-tägigen Wartefrist der Durchsetzung des Informationsanspruchs zunächst einmal zwei im Vergleich zu Art. 400 OR zusätzliche Hürden in den Weg. Eine Begründung hierfür sucht man im

⁸⁹ Bedeutung geniesst die vorsorgliche Beweisführung insbesondere bei Gutachten, da auf diesem Wege eingeholte Gutachten nicht bloss als Partei-, sondern als gerichtliche Gutachten zählen, FELLMANN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 158 N 18.

⁹⁰ Für die Kostenbemessung wird auch hier i.d.R. vom Streitwert des Hauptverfahrens, d.h. jenem des Schadenersatzprozesses, ausgegangen und der so ermittelte ordentliche Tarif daraufhin nach Ermessen reduziert (s. etwa § 8 Abs. 1 GebV OG ZH: Gebühr in Summarverfahren wie jenem nach Art. 158 ZPO beträgt ½ bis ¾ der ordentlichen Gebühr).

⁹¹ BGE 140 III 30, 32 ff. E. 3.4. Auch für das Stellen von Ergänzungsfragen darf der Gesuchsgegner nicht belastet werden: BGE 139 III 33, 36 E. 4.3.

⁹² BGE 140 III 30, 34 E. 3.5.

⁹³ BGE 140 III 12, 15 E. 3.4.

⁹⁴ Die anderen in Art. 158 Abs. 1 ZPO genannten Varianten sind hier nicht einschlägig.

⁹⁵ BGE 138 III 76, 81 f. E. 2.4.2.

Begleitbericht vergeblich. Wenn man bedenkt, dass der Beauftragte nach Art. 400 Abs. 1 OR *jederzeit* in der Lage sein muss, Rechenschaft abzulegen, ist nicht ersichtlich, weshalb Finanzdienstleister hier privilegiert werden sollen und ihnen eine gesetzliche Stundung ihrer Rechenschaftsschuld gewährt werden soll. Die Interessenlage ist nicht vergleichbar mit jener des Gegendarstellungsberechtigten oder jener des Aktionärs, der Auskunft, Einsicht oder Einsetzung eines Sonderprüfers verlangt, für welche das Gesetz ähnliche Hindernisse für die gerichtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche aufstellt. Der Gegendarstellungsberechtigte muss sich nach Art. 28i Abs. 1 i.V.m. Art. 28f Abs. 1 ZGB zunächst an die Gegenseite wenden, weil die Publikation im Interesse beider Seiten möglichst zeitnah⁹⁶ erfolgen und nur im Notfall durch ein Gerichtsverfahren verzögert werden soll.⁹⁷ Bei den aktienrechtlichen Informationsansprüchen wiederum gebietet die besondere Nähe zwischen den verbandrechtlich verbundenen Parteien, dass zuerst eine verbandsinterne Instanz⁹⁸ das Anliegen prüft, bevor sich die Gerichte damit befassen.

Begrüssenswert ist hingegen die Bestrebung, das gerichtliche Verfahren zu vereinfachen. Zu diesem Zweck unterwirft der VE-FIDLEG die Durchsetzung des Informationsanspruchs dem Summarverfahren.⁹⁹ Begründet wird dies mit der Natur des Summarverfahrens, das rascher und kosteneffizienter als andere Verfahrensarten ablaufe.¹⁰⁰ Das mag zutreffen. Dennoch wären mit dem Summarverfahren aus Kundensicht auch gewisse Nachteile verbunden. So trifft die Beweismittelbeschränkung des Summarverfahrens nach Art. 254 ZPO einseitig den Kunden, da die primär zulässigen Beweismittel – die Urkunden i.S.v. Art. 254 Abs. 1 ZPO – schliesslich gerade beim Finanzdienstleister liegen, von dem sie herausverlangt werden. Eine Beweismittelbeschränkung ginge daher nur an, wenn gleichzeitig das Beweismass gesenkt werden würde. Zugegebenermassen mögen die zu beweisenden Tatsachen¹⁰¹ gerade im Vergleich zum möglicherweise nachfolgenden Anlageschadenersatzprozess überschaubar sein. Dennoch zeigten die in der Vergangenheit zum Teil mit grossem Elan und über den gesamten Instanzenzug geführten Streitigkeiten über die Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR¹⁰² oder das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG,¹⁰³ dass auch solche Verfahren einige Komplexität erreichen können. Umso mehr bedürfte der Kunde deshalb auch

⁹⁶ Vgl. Art. 28i Abs. 1 ZGB.

⁹⁷ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 5.5.1982, BBl 1983 II 636, 646.

⁹⁸ Nämlich der Verwaltungsrat oder die Generalversammlung, s. Art. 697 Abs. 1, 3 und 4 sowie Art. 697a Abs. 2 und Art. 697b Abs. 1 OR.

⁹⁹ Art. 251a Bst. a ZPO gem. VE-FIDLEG.

¹⁰⁰ EFD (FN 3), 82 und 116.

¹⁰¹ Zu beweisen sind insbesondere die Kunden- bzw. Vertragsbeziehung zum Finanzdienstleister, das schriftliche Gesuch an den Finanzdienstleister gem. Art. 73 Abs. 1 VE-FIDLEG und das Verstreichen der Frist nach Art. 73 Abs. 2 VE-FIDLEG.

¹⁰² S. etwa BGE 139 III 49.

¹⁰³ S. etwa BGE 138 III 425.

des Schutzes durch die verstärkte richterliche Fragepflicht¹⁰⁴ oder noch besser durch die (abgeschwächte) Untersuchungsmaxime,¹⁰⁵ den ihm das vereinfachte Verfahren im Unterschied zum Summarverfahren bieten kann.

Die im letzten Absatz von Art. 73 VE-FIDLEG platzierte Ermächtigung an das Gericht der Hauptsache, das Verhalten des Finanzdienstleisters in Bezug auf die Abgabe der Kopien bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen, ist zwar inhaltlich nicht zu beanstanden, aber überflüssig. Hatte sich der Finanzdienstleister geweigert, auf Anfrage¹⁰⁶ Rechenschaft abzulegen, kann das mit der späteren Klage des Kunden befasste Gericht bereits heute von der Kostenverlegung nach Obsiegen und Unterliegen abweichen. Es handelt sich geradezu um einen Paradefall der Prozessführung in guten Treuen nach Art. 107 Abs. 1 Bst. b ZPO.¹⁰⁷ Ebenso überflüssig, weil gem. Art. 95 ZPO bereits in den Prozesskosten enthalten, ist der separate Hinweis auf die Möglichkeit der Zuspreehung einer Parteienschädigung. Auch in rechtsetzungs-technischer Hinsicht wäre es zu bedauern, wenn ausserhalb des eigentlich schon recht umfassenden Katalogs von Art. 107 ZPO noch weitere Abweichungen von der Verteilungsregel nach Art. 106 ZPO statuiert würden.¹⁰⁸

Nicht erst im Schadenersatzprozess, sondern schon bei der Durchsetzung des Informationsanspruchs würden Privatkunden von der massiven Senkung des Prozesskostenrisikos profitieren, welche der VE-FIDLEG mit der Einführung kostengünstiger ständiger Schiedsgerichte¹⁰⁹ bzw. – alternativ dazu – eines Prozesskostenfonds¹¹⁰ anstrebt. Aus Sicht des besonders schutzbedürftigen Privatkunden verliert daher das Argument der allenfalls gesteigerten Kosteneffizienz des Summarverfahrens an Schlagkraft und vermag die oben genannten Nachteile des Summarverfahrens nicht aufzuwiegen. Insgesamt verdiente daher unserer Meinung nach das im Vergleich zum ordentlichen ebenfalls kosteneffizientere vereinfachte Verfahren unter abgeschwächter Untersuchungsmaxime den Vorzug gegenüber dem Summarverfahren. Zu bedenken

¹⁰⁴ Art. 247 Abs. 1 ZPO

¹⁰⁵ Art. 247 Abs. 2 ZPO.

¹⁰⁶ Art. 107 Abs. 1 Bst. b ZPO setzt selbstverständlich nicht voraus, dass vorweg ein vergeblicher (!) Prozess zur Informationsbeschaffung geführt wurde.

¹⁰⁷ Das anerkennt implizit auch der Bundesrat: EFD (FN 3), 82.

¹⁰⁸ Zwar bestehen ausserhalb von Art. 107 ZPO weitere Kostenverteilungsnormen, namentlich Art. 71 PatG und Art. 105 FusG sowie Art. 73 SchKG, auf den der Bundesrat explizit verweist. Jedenfalls letztere Konstellation wäre zweifellos schon von Art. 107 Abs. 1 Bst. b ZPO erfasst. S. BSK-RÜEGG, Art. 107 ZPO N 5. Eine spezialgesetzliche Kostenverteilungsnorm braucht es daher weder dort, noch im FIDLEG.

¹⁰⁹ Die Schiedsklausel gem. Art. 85 Abs. 1 VE-FIDLEG-Variante A umfasst Ansprüche von Privatkunden gegen Finanzdienstleister, worunter zweifelsfrei auch Rechenschafts- und andere Informationsansprüche fallen.

¹¹⁰ Nach Art. 92 Abs. 1 VE-FIDLEG-Variante B können Privatkunden beim Prozesskostenfonds Antrag auf Übernahme eines angemessenen Teils der Prozesskosten stellen, wenn sie gegen Finanzdienstleister klagen. Dem Vernehmen nach will der Bundesrat aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse sowohl den Prozesskostenfonds wie auch das Schiedsgericht streichen und stattdessen die Kostenverteilung modifizieren.

ist freilich, dass im Verfahren vor Schiedsgericht weder die Ordnung des Summarverfahrens, noch jene des vereinfachten Verfahrens nach ZPO, sondern allein die Schiedsverfahrensordnung massgebend wäre.¹¹¹

III. Fazit und Ausblick

Die Einführung neuer Verhaltensregeln, die die Finanzdienstleister auch auf aufsichtsrechtlicher Ebene zur Dokumentation und Rechenschaftsablegung verpflichten, lässt sich durch das Ziel der Gleichwertigkeit zum EU-Recht rechtfertigen. Die betreffenden Bestimmungen im VE-FIDLEG sind knapp gehalten, sodass die Gestaltung der Ausführungsbestimmungen auf Verordnungs- oder Rundschreiben-Stufe von entscheidender Bedeutung sein wird. Alternativ zur Statuierung neuer Verhaltensregeln könnte man überlegen, die FINMA lediglich zu ermächtigen, die Einhaltung der vertraglichen Dokumentations- und Rechenschaftspflichten zu überwachen und bei systematischer Missachtung verwaltungsrechtlich einzuschreiten, womit auch zweifelsfrei klargestellt wäre, dass die Einzelfallprüfung nicht Aufgabe der Aufsichtsbehörde, sondern einzig der Gerichte ist.¹¹² Diese Lösung hätte allerdings den Nachteil, dass ein Teil der einschlägigen Vertragsarten keine Dokumentations- und Rechenschaftspflichten kennt, so dass man dann das Zivilrecht ändern müsste, was letztlich sogar einen etwas höheren Aufwand mit sich bringen würde, als die Einführung der neuen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, da man verschiedene Vertragstypen ändern müsste. Eine solche Lösung ist daher abzulehnen.

In Bezug auf die Einführung des zivilrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe des Kundendossiers und aller kundenbezogenen Dokumente sind in zweierlei Hinsicht Zweifel angebracht: (1) Betrachtet man den vorhandenen Kundenschutz, erscheint dieser ausreichend, denn Art. 400 OR deckt die Anlageberatung, die Vermögensverwaltung und das *execution only*-Geschäft im Wege der Kommission ab. Diese Leistungen, aber auch alle übrigen Finanzdienstleistungen fallen zudem unter Art. 8 DSGVO, der für den Kundenschutz ausreicht. Die Einführung einer weiteren Anspruchsgrundlage erscheint daher entbehrlich. (2) Sollte die Vorschrift dennoch eingeführt werden, sollte auf Streitigkeiten «zur Durchsetzung des Anspruchs auf Rechenschaftsablegung in Finanzdienstleistungsverhältnissen im Sinne von Art. 3 Bst. d FIDLEG» besser das vereinfachte Verfahren mit abgeschwächter Untersuchungsmaxime

¹¹¹ Art. 86 Abs. 3 VE-FIDLEG-Variante A.

¹¹² So könnten der FINMA hoffentlich auch entsprechende Kundenanfragen vermehrt erspart werden. S. dazu WEBER, SJZ 109 (2013) 419.

für anwendbar erklärt werden.¹¹³ Die in Art. 73 Abs. 1, 2 und 4 VE-FIDLEG aufgestellten Hürden behindern den Kunden bei der Durchsetzung seiner Informationsansprüche und sollten ersatzlos gestrichen werden. Auch Art. 73 Abs. 5 VE-FIDLEG zur abweichenden Kostenverteilung bedarf es nicht, da er nicht von der geltenden Rechtslage nach Art. 107 ZPO abweicht. Art. 73 Abs. 3 VE-FIDLEG zur Belastung der Kunden mit den Kosten für die Herausgabe der Kopien lässt sich zwanglos bei den Verhaltensregeln als Absatz zu Art. 16 VE-FIDLEG integrieren. Wenn schon, dann sollte den Finanzdienstleistern nämlich die Überwälzung von Kosten für Informationsleistung und Rechenschaftsablegung generell untersagt werden, unabhängig davon, aus welchem Rechtsgrund informiert wird bzw. Unterlagen abgegeben werden.

Die Reformbestrebungen im Bereich der Finanzdienstleistungen sind in der Schweiz wie auch im benachbarten Ausland ganz wesentlich von der Einsicht geprägt, dass zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kunden oftmals eine erhebliche Informationsasymmetrie besteht. Dadurch werden Interessenkonflikte verschärft, welchen viele Finanzdienstleister allein schon aufgrund ihrer Geschäftsmodelle unterliegen. Der Abbau der Informationsasymmetrie und die Entschärfung der Interessenkonflikte der Finanzdienstleister sind das primäre Ziel des FIDLEG, wie auch der korrespondierenden EU-Richtlinie MiFID II. Auch die in diesem Aufsatz besprochenen Neuerungen im Bereich der Dokumentation und Rechenschaft dienen diesen Zielen. Unsere Untersuchung hat allerdings gezeigt, dass sie in der derzeit vorgeschlagenen Form zumindest teilweise über das Ziel hinausschiessen. Es ist zu hoffen, dass die erforderlichen Korrekturen bereits in der Botschaft des Bundesrats enthalten sein werden oder dann im parlamentarischen Verfahren angebracht werden können. Da die Regelungen auf Verordnungsstufe noch nicht vorliegen, kann derzeit noch keine Aussage darüber getroffen werden, ob der Umfang der Dokumentationspflichten angemessen ist.¹¹⁴

Bereits jetzt sei allerdings gewarnt vor falschen Erwartungen: Weder verbesserte Vorschriften zu Dokumentation und Rechenschaft noch die übrigen Teile des FIDLEG werden den Informationsvorsprung der Finanzdienstleister «wegregulieren» können. Dazu müssten nämlich nicht nur die Kundenberater,

¹¹³ Ebenso sollten auch Schiedsordnungen nach Art. 86 Abs. 2 VE-FIDLEG-Variante A besonders einfache und kostengünstige Verfahren für die vorprozessuale Geltendmachung von Informationsansprüchen vorsehen.

¹¹⁴ In Deutschland ist mittlerweile eine rege Diskussion über die Überregulierung in diesem Bereich entbrannt, CHRISTIAN KIRCHNER, Anlageberatung: Das Straf-Protokoll, Spiegel online vom 23.12.2013, <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/wie-das-beratungsprotokoll-anleger-vor-rendite-bewahrt-a-938960.html>>; CARSTEN KNOP, Beratungsprotokolle bei Wertpapieren – Die Kapitulation eines Bankberaters: Protokollwahnsinn, standardisierte Produkte, Entmündigung – warum ein gut ausgebildeter Bankangestellter die Anlageberatung an den Nagel hängt, faz-net vom 20.8.2013, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/beratungsprotokolle-bei-wertpapieren-die-kapitulation-eines-bankberaters-12538436.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2>.

wie es das FIDLEG vorschlägt, sondern vor allem die Kunden einer gründlichen Ausbildung in Finanzfragen unterzogen werden. Solange das informationelle «*level playing field*» zwischen Kunden und Finanzdienstleistern Zukunftsmusik bleibt, sollte der Gesetzgeber das Augenmerk auf die Qualität der Information und die Art und Weise ihrer Vermittlung an den Kunden legen. Denn letztlich gilt der Erfahrungssatz: «Gesagt ist nicht gehört, gehört ist nicht verstanden, verstanden ist nicht angewendet.»¹¹⁵

Eine Finanzmarktaufsicht mittels Dokumentationen ist gut geeignet für die Kontrolle von Kapitalanforderungen, Organisationspflichten und für die Aufzeichnung dessen, was mit dem Kunden vereinbart wurde. Sie ist jedoch ungeeignet zur inhaltlichen Kontrolle der Einhaltung von reinen *Verhaltenspflichten*, wie dem Geeignetheitstest oder dem Angemessenheitstest. Dies belegt ein Beispiel aus dem Strassenverkehr. Man verpflichtet Autofahrer aus gutem Grund nicht dazu, am Ende der Fahrt zu dokumentieren, ob sie sich regelgerecht verhalten haben, da auf diese Weise Fehlverhalten nur bei Unfällen ans Licht kommen würde. Die Vor-Ort-Kontrolle des parkierenden oder fließenden Verkehrs ist unentbehrlich. Diese Überlegung lässt sich übertragen auf das Verhalten des Beraters am *Point of Sale*. Er kann in die Dokumentation Dinge hineinschreiben, die mit der Realität nicht im Einklang stehen. Das geeignete Instrument ist daher eine Kontrolle des Verhaltens des Beraters im Kundengespräch, wie sie etwa die Britische FCA durchführt.¹¹⁶ Daher ist es sinnvoll, im FIDLEG eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für *Mystery Shopping* zu verankern.¹¹⁷

¹¹⁵ In Anlehnung an KONRAD LORENZ (1903–89, österreichischer Verhaltensforscher und Nobelpreisträger): «Gedacht heisst nicht immer gesagt./ gesagt heisst nicht immer richtig gehört./ gehört heisst nicht immer richtig verstanden./ verstanden heisst nicht immer einverstanden./ einverstanden heisst nicht immer angewendet./ angewendet heisst noch lange nicht beibehalten.» <<http://www.zitate.de/autor/Lorenz,+Konrad>>.

¹¹⁶ Ein Beispiel findet sich unter <http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/other/thematic_assessing_retail_banking.pdf>.

¹¹⁷ So bereits ROLF SETHE, Verschärfte Regeln für Anlageberater im Retail-Bereich, in: Hartmut Koschyk/Stefan Leible/Klaus Schäfer (Hrsg.), Anlegerschutz und Stabilität der Finanzmärkte, Jena 2012, 131, 153; SETHE, AcP 212 (2012), 148 f.