

SCHWEIZERISCHE BANKRECHTSTAGUNG 2017

---

## **Bankvertragsrecht**

# **FIDLEG und das Vertragsrecht: Kundensegmentierung im Spannungsverhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht**

Prof. Dr. Rolf Sethe

Susan Emmenegger (Hrsg.)  
Institut für Bankrecht  
Universität Bern

ISBN 978-3-7190-4007-9

Basel 2017



# **FIDLEG und das Vertragsrecht: Kundensegmentierung im Spannungsverhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht**

Rolf Sethe, Zürich\*

1. Ziel der Kundensegmentierung ist es, dem Leitbild des mündigen Anlegers Rechnung zu tragen. Der «mündige Anleger» ist keine in sich homogene Gruppe von Personen, sondern jeder von diesen Anlegern hat einen unterschiedlichen Grad an Vorwissen, an Erfahrung und an Risikotragungsfähigkeit und -bereitschaft. Dieser Tatsache soll nun die mit dem FIDLEG geplante Kundensegmentierung Rechnung tragen, in dem man verschiedene Kundenkategorien einführt und damit verschiedene Schutzniveaus verbindet. Letztlich handelt es sich um einen Nachvollzug der Bankenpraxis, die schon immer ihre Kunden kategorisiert hat – allerdings mehr unter Marketinggesichtspunkten als unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes. Insofern ist das aufsichtsrechtliche Ziel der Kundensegmentierung jetzt ein anderes. Es ist, wenn man es zu Ende denkt, ein Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit: Man führt nur so viel Aufsichtsrecht ein, wie unbedingt nötig.

Meine Aufgabe ist es, die Auswirkung der aufsichtsrechtlichen Kundensegmentierung auf das Zivilrecht zu beleuchten. Es handelt sich bei der Kundensegmentierung um einen Vorfeldtatbestand. Anders als etwa die aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Informationspflicht oder zur Angemessenheits- bzw. Eignungsprüfung betrifft die Kundensegmentierung nicht unmittelbar das Verhältnis von Finanzdienstleister und Kunden. Vielmehr führt die Kundensegmentierung dazu, dass einzelne Pflichten des FIDLEG im Niveau an die jeweilige Anlegerkategorie angepasst werden. Während bei aufsichtsrechtlichen Pflichten mit Kundenbezug parallele oder zumindest ähnliche zivilrechtliche bestehen, findet sich im Zivilrecht keine Kun-

---

\* Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M. Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Referats.

densegmentierung. Vielmehr nimmt die zivilrechtliche Rechtsprechung eine einzelfallabhängige Beurteilung des Vorwissens der Kunden vor. Ausgangspunkt der Überlegungen, ob sich die Kundensegmentierung auf das Zivilrecht auswirken kann, muss daher die Frage sein, wo sich die aufsichtsrechtliche Kundensegmentierung eigentlich auswirkt und welche Rechtsfolgen sie hat.

Insgesamt habe ich acht Themenkomplexe identifiziert, bei denen sich die Kundensegmentierung auswirkt, die hier aus Zeitgründen nicht vertieft werden können. Genannt seien beispielsweise nur Privatkunden, bei denen die Pflicht besteht, ein Basisinformationsblatt und einen Prospekt anzubieten. Beim Securities Lending sind ungedeckte Geschäfte mit Finanzinstrumenten von Privatkunden unzulässig. Beim Geeignetheitstest wird bei professionellen Kunden die Erkundigungspflicht reduziert. Bei institutionellen Kunden wird gar auf eine ganze Reihe von Pflichten verzichtet. Die Kundensegmentierung verändert also die Anforderungen anderer aufsichtsrechtlicher Tatbestände, so dass man – um mögliche Auswirkungen auf das Zivilrecht festzustellen – die Rechtsfolgen der Kundensegmentierung in Bezug auf jeden einzelnen dieser acht Themenkomplexe anschauen müsste. Hierfür fehlt heute leider die Zeit. Im Folgenden wird lediglich ein Beispiel hervorgehoben (siehe unten 3.).

2. Bevor wir jedoch dazu kommen, müssen wir noch zwei Vorfragen beantworten, nämlich erstens, wer eigentlich verantwortlich für die Einstufung der Kunden ist und zweitens, was passiert, wenn sich die Kundensegmentierung oder die Einstufung in diese Kundensegmente im Laufe der Vertragsbeziehung verändern. Wie wirkt sich das aus?

a. Beginnen wir mit der ersten Vorfrage, nämlich «Wer ist verantwortlich für die Kundeneinstufung?». Hier ist der Gesetzestext ganz eindeutig: Es ist der Finanzdienstleister, der seine Kunden den einzelnen Kategorien zuordnen muss. Allerdings kommt ihm dabei das Gesetz entgegen: Wenn man die Botschaft und den Wortlaut von Art. 5 E-FIDLEG liest, sind für die Einstufung die Angaben massgebend, die der Kunde gegenüber dem Finanzdienstleister macht. Man muss jetzt also nicht befürchten, dass die Banken mit der Einführung der Kundensegmentierung Privatdetektive losschicken müssten, um nachzuprüfen, ob der Kunde auch wahrheitsgemässe Angaben gemacht hat. Von diesem Grundsatz, wonach die Kundenangaben massgebend sind, muss man eine Ausnahme machen, nämlich wenn der Finanzdienstleister weiss oder es sich ihm aufdrängt, dass die Kundenangaben

nicht stimmen können. Sind also beispielsweise die Kundenangaben in sich widersprüchlich oder handelt es sich bei dem Finanzdienstleister um die Hausbank des Kunden, die durch einen Blick in das Computerterminal erkennen kann, dass die Kundeangabe, er sei schuldenfrei, falsch ist, muss der Finanzdienstleister nachfragen. Kurz: Wenn die Kundenangaben zu keinem Misstrauen Anlass geben, kann sich der Finanzdienstleister auf sie verlassen.

Wenn der Kunde aufgrund seiner Angaben in eine der gesetzlichen Kategorien – es gibt drei an der Zahl, nämlich Privatkunden, professionelle Kunden und institutionelle Anleger – eingeordnet ist, so muss man bedenken, dass er die Möglichkeit hat, unter bestimmten Bedingungen die Kundenkategorie zu wechseln. So können vermögende Privatkunden erklären, dass sie als professionelle Kunden eingestuft werden wollen. Voraussetzung ist zum einen, dass sie aufgrund ihrer Ausbildung, aufgrund ihrer Erfahrung oder ihres Berufs über Kenntnisse verfügen, die notwendig sind, um die Risiken von Anlagen zu verstehen und sie über ein Vermögen von 500'000 Franken oder mehr verfügen. Zum anderen ist die Umstufung möglich, wenn der Kunde über ein Vermögen von zwei Mio. Franken verfügt. Eine bestimmte (Berufs-)Erfahrung ist in diesem Fall nicht nötig. Es ist interessant, dass der Schweizer Gesetzgeber also davon ausgeht, dass ein Plus von 1.5 Mio. Franken an Vermögen die (fehlende) Erfahrung kompensiert.

Eine Person, die kraft Gesetzes als professioneller Kunde eingestuft ist, kann erklären, dass sie zum Privatkunden herabgestuft werden will. Motiv hierfür kann etwa sein, dass sie – anders als vom Gesetzgeber vermutet – wenig Erfahrung mit riskanten Geschäften hat und daher mehr Schutz will. Auch die institutionellen Kunden können die Kategorie wechseln. Sie können eine Stufe nach unten zum professionellen Kunden wechseln.

Fraglich ist, ob den Finanzdienstleister bei der Umstufung von Kunden eine Warnpflicht trifft. Art. 5 Abs. 4 E-FIDLEG bestimmt, dass Finanzdienstleister vor dem Erbringen von Finanzdienstleistungen ihre Kunden informieren, wenn diese nicht als Privatkunden gelten, und sie in diesem Fall über die Möglichkeit des Opting-in aufklären. Das heisst, der Privatkunde muss nicht gewarnt werden, weil ihm ja ohnehin das höchste Schutzniveau zukommt. Wenn man aber einen Kunden hat, der sich nicht im höchsten Schutzniveau befindet, weil er kraft Gesetzes als professioneller Kunde oder gar als institutioneller Kunde gilt, muss er einmal gewarnt werden – nämlich zu Beginn der Geschäftsbeziehung. Das ist die einzige Warnpflicht, die im Zusammenhang mit der Kundensegmentierung im Gesetz zu finden ist.

b. Nun kommen wir zur zweiten Frage, nämlich was passiert, wenn während der Zeit der Kundenbeziehung irgendwelche Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen auftreten, so dass die Voraussetzungen, die der bisherigen Einstufung in die Kundensegmente zugrunde lagen, entfallen.

Im ersten Fall haben einen vom Gesetz ursprünglich als Privatkunden eingestuften Kunden vor uns, der nachträglich zum professionellen Kunden mutiert: Ein kleines Unternehmen mit einer Bilanzsumme von 20 Mio., einem Umsatzerlös von 40 Mio. und 249 Angestellten stellt einen weiteren Mitarbeiter ein. Es hat dann insgesamt 250 Mitarbeiter und überschreitet damit die Schwelle zum grossen Unternehmen. Damit wird es kraft Gesetzes zum professionellen Kunden. Wenn die Bank das während der Geschäftsbeziehung nicht merkt, so stellt sich die Frage, ob das irgendwelche Folgen mit sich bringt. Die Antwort ist ganz klar «nein». Die Bank behandelt dieses Unternehmen weiter als Privatkunde und schützt es somit besser, als es nach den Vorgaben des Gesetzgebers eigentlich geschützt werden müsste.

Der zweite Fall ist schon etwas spannender. Man hat einen geborenen professionellen Kunden vor sich, welcher nachträglich zum Privatkunden wird. Um nochmals auf das vorherige Beispiel zurückzugreifen, stelle man sich vor, das Unternehmen habe 250 Mitarbeiter und entlässt einen davon. Es rutscht somit unter den Grenzwert von 250 Mitarbeiter. In diesem Falle stellt sich die Frage, ob hier eine Umstufung oder ein Hinweis an den Kunden erfolgen muss. Das FIDLEG selber enthält keine Warnpflicht; Art. 5 Abs. 4 bezieht sich nicht auf diese Fallgruppe und auch die Botschaft enthält keinerlei Hinweis, wie man mit dem Problem umgehen soll.

Im dritten Fall lässt sich der Privatkunde zum professionellen Kunden hochstufen und im Nachhinein fallen die Voraussetzungen weg. Der Kunde hat zum Beispiel sein Geld verspekuliert und besitzt keine 500'000 Franken oder keine zwei Millionen mehr. Hier stellt sich ebenfalls die Frage, wie man mit dieser Situation umgeht und ob es eine Pflicht zur Aktualisierung der Einstufung oder eine Warnpflicht gibt.

Der Gesetzgeber hat die Frage nur indirekt in der Botschaft angesprochen: Dort heisst es, man müsse den Privatkunden, den man zum Profi hochstufe, anlässlich der Hochstufung darauf hinweisen, dass er jede nachträgliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse mitteilen müsse. Die Verantwortung für die Aktualisierung der für die Kundeneinstufung nötigen Angaben liegt also beim Kunden. Dieser Grundsatz kommt auch beim Prospekt zum Tragen. Nach Art. 38 Abs. 3 E-FIDLEG kann man ohne gegenteilige Anhaltspunkte davon ausgehen, dass eine kraft Gesetzes als professionel-

ler oder institutioneller Kunde eingeordnete Person sich nicht zum Privatkunden hat herunterstufen lassen. Der Gesetzgeber weist also die Verantwortung, den Finanzdienstleister in Bezug auf die für eine Einstufung nötigen Angaben auf dem Laufenden zu halten, im Grundsatz dem Kunden zu.

An dieser Stelle ist jedoch ein grosses «Aber» angebracht. Wenn man punktuelle Vertragsbeziehungen hat (der Kunde kommt beispielsweise alle drei Jahre und benötigt ein Execution-only-Geschäft oder eine Anlageberatung), hat man jeweils eine neue Vertragsbeziehung vor sich. Dann greift der Grundsatz, wonach der Finanzdienstleister bei einem neuen Vertrag die erstmalige Einstufung vornehmen muss. Wenn also sehr viel Zeit zwischen den vertraglichen Kontakten liegt, dann muss meiner Meinung jeweils nach eine neue Einstufung vorgenommen werden. Es greift die Regelung des Art. 5 Abs. 4 E-FIDLEG, so dass die Verantwortung für das Einholen der Kundenangaben beim Institut liegt. Anders zu beurteilen sind dagegen zeitlich eng aufeinander folgende Einzelverträge, wie mehrere punktuelle Anlageberatungen oder execution-only Geschäfte, oder Dauerrechtsverhältnisse, wie eine Daueranlageberatung oder eine Vermögensverwaltung. Hier liegt die Verantwortung für die Aktualisierung der Angaben beim Kunden.

Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos, denn bei der Einzel- und bei der Daueranlageberatung und der Vermögensverwaltung ist eine Besonderheit zu beachten. Der Finanzdienstleister muss eine Angemessenheits- oder eine Eignungsprüfung durchführen. Das heisst, der Kunde muss nach seinen Anlagezielen, seinen Vermögensverhältnissen, seinen Vorerfahrungen etc. gefragt werden. Im Zuge dieser Befragung, die regelmässig erneuert werden muss, kommt man zwangsläufig auf die Frage zu sprechen, wie viel Vermögen der Kunde noch hat. Dem Finanzdienstleister drängt sich also dann auf, dass die Kundenangaben nicht mehr stimmen können. Wenn man also indirekt über den Angemessenheits- oder den Geeignetheitstest erfährt, dass die Kundeneinstufung nicht mehr stimmen kann, muss sie korrigiert werden. Da bei execution-only-Verträgen kein solcher Test durchzuführen ist, dürfte es hier äusserst selten vorkommen, dass sich dem Finanzdienstleister aufdrängt, dass die Kundeneinstufung falsch ist.

Es stellt sich die Folgefrage, ob es genügt, dass man den Kunden warnt, dass seine Kundeneinstufung unzutreffend geworden ist. Die Antwort ist ganz klar «nein». Der Finanzdienstleister muss den Kunden ordnungsgemäss einstufen, nicht nur warnen, denn weder der Kunde noch der Finanzdienstleister sollen den gesetzlichen Kategorien bzw. den gesetzlichen Anforderungen an eine Umstufung ausweichen können.

3. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die aufsichtsrechtliche Kundeneinstufung bzw. eine vorgenommene Umstufung Auswirkungen auf die zivilrechtliche Beurteilung hat. Im Zivilrecht legt das Bundesgericht gerade nicht das grobe Raster von drei Kategorien an, sondern nimmt eine einzelfallabhängige Einstufung vor. Es stellt darauf ab, wie viel Vorwissen der konkrete Kunde hatte und nicht – wie die Kundenkategorien – darauf, wie viel Wissen ein durchschnittlicher Privatkunden oder ein durchschnittlicher professioneller Kunde hat. Wenn etwa der Geschäftsführer einer GmbH über Vorwissen in Effektengeschäften verfügt, muss sich die GmbH dieses Wissen ihres Geschäftsführers auch zurechnen lassen. Es kommt für die zivilrechtliche Beurteilung, wie viel Beratung der Geschäftsführer im konkreten Fall benötigte, folglich nicht darauf an, ob aufsichtsrechtlich die Kundeneinstufung der GmbH geändert wurde, weil sie plötzlich weniger als 250 Mitarbeiter hat.

Folglich hat die Kundensegmentierung in meinen Augen auf die zivilrechtlichen Pflichten nur in den Fällen einen Einfluss, in denen der Kunde von sich aus sagt, er wolle zum Profi hochgestuft werden. In diesem Fall kann er – auch im Zivilprozess – nicht mehr sagen, er sei aber gar kein Profi. Dies gilt auch umgekehrt. Wenn er geborener professioneller Kunde ist und sich zum Privatkunden herunterstufen lässt, ist dies ein Signal, dass er das nötige Vorwissen gerade nicht hatte.

Kommt es dagegen nicht zu einer Umstufung auf Wunsch des Kunden, kann die (kraft Gesetzes erfolgte) Kundeneinstufung allenfalls ein Indiz für die zivilrechtliche Beurteilung sein; es besteht kein zwingender Gleichlauf von Zivil- und Aufsichtsrecht. Eine kraft Gesetzes als Privatkunde eingestufte Person kann also durchaus viel Erfahrung in Wertpapiergeschäften haben, so dass ein Zivilrichter sie im Einzelfall als erfahren einstuft, obwohl sie aufsichtsrechtlich als Privatkunde gilt.