

## Zur Sorgfaltshaftung von Finanzdienstleistungserbringern

FORUM

Monika Roth\*

### I. Zur Einleitung und zur Stimmungslage

Ich bin eingeladen worden, einen – so habe ich es jedenfalls verstanden – launigen Beitrag zu den Sorgfaltspflichten der Finanzdienstleister im Geschäft der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung zu schreiben. Launig, so habe ich dann mal nachgeschaut, heisst von guter Laune zeugend und witzig-humorvoll. Das versuche ich sehr gerne. Es fällt mir nicht schwer, obwohl es durchaus Kreise gibt, die wenig Freude an mir haben und mir eher das Attribut launisch zubilligen, weil sie meine Unabhängigkeit als Unberechenbarkeit empfinden und meine Beharrlichkeit als Ausdruck schlechter Laune, die nervt und eigentlich bei den anderen Verärgerung auslöst und den unkollegialen Hinweis, ich wisse nichts von Dogmatik. Dies vor allem dann, wenn wieder einmal über Retrozessionen und Interessenkonflikte debattiert wird. Letztere werden gerne und ebenso konsequent verdrängt.

Die gute Laune vergeht einer Vielzahl von Vertretern der Finanzdienstleistungsbranche ebenso, wenn sie an Regulierungen denken, die sich in der Pipeline befinden. Damit ist insbesondere das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) angesprochen, zu welchem der Bundesrat am 4. November 2015 die Botschaft verabschiedet hat.

Das neue Gesetz soll vorab der Verbesserung des Kundenschutzes dienen. Das ist insofern für diesen Beitrag relevant, als das Privatrecht im Aufsichtsrecht für diejenigen «ausgedeutet» werden muss, die es anders nicht lernen, und das sind dann keineswegs zufällig meist die Gleichen, die sich über die Regulierungsflut beklagen. Es geht dabei vor allem um die Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Auftragsrecht, welches diesbezüglich – seit es das OR gibt – unverändert geblieben ist (vorbehalten Änderungen, die sich aus dem Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ergeben haben).

PETER NOBEL hat einmal festgehalten, es sei der «nackte Konsumentenschutz» eingekehrt, und Finanzgeschäfte seien Konsumgeschäfte geworden mit der Folge, dass vor allem beim Privatkunden ge-

\* Prof. Dr. iur., Dozentin am Institut für Finanzdienstleistungen Zug IFZ der Hochschule Luzern – Wirtschaft und selbständige Advokatin, Kanzlei roth schwarz roth, Binningen (BL).

prüft werde, ob er alles richtig verstehe und die Produkte seinen Verhältnissen angemessen seien.<sup>1</sup> Man kann dazu sagen: Dass Empfehlungen bzw. Anlagen geeignet und angemessen sein müssen, ergibt sich bereits aus den Pflichten des Auftragsrechts. Es geht ja um die konkreten Bedürfnisse des Kunden und nicht eines anonymen Phantoms oder eines bonusorientierten Kundenberaters.

## II. Ein spezieller Blick ins Strafrecht

Aber wie auch immer: Dass natürlich solche oder noch mehr Regulierungsschübe bei einzelnen Akteuren rein gar nichts nützen, belegt ein leider nicht einzelnes und ebenso wenig anekdotisches Geschehen, mit dem sich das Strafgericht des Kantons Baselland im November 2015 befassen musste: Eine Bankangestellte hat offenbar das Prinzip der Geldvermehrung gar nicht oder auf tiefstem Stammtischniveau «verstanden» und an die Geschichte einer «Wash-Wash-Technik» geglaubt, mit welcher mittels einer unglaublich teuren Chemikalie aus einer echten Banknote und weissem Papier weitere Noten produziert werden könnten. Sie entnahm (eine spezielle Form der Leihe offenbar) dem Tresor ihrer Bank 300'000 Franken, damit der Hokuspokus in die Wege geleitet werden konnte; dies in der vergeblichen Hoffnung, das Geld anderntags nach der wundersamen Vermehrung der begehrten Nötli im Wassertank zurücklegen zu können. Man will eigentlich lieber nicht wissen, wie hoch der IQ dieser Bankangestellten war und wie gross die Gier. Es trug ihr jedenfalls eine Verurteilung wegen Veruntreuung ein – das Ganze gibt zu denken, wie der Gerichtspräsident offenbar und zu Recht in der Urteilsöffnung sagte.<sup>2</sup>

## III. Enttäuschte Erwartungen sind nicht gleich mangelnde Sorgfalt

Es gibt selbstverständlich jenseits des strafrechtlich relevanten Handelns Grund, die Pflichten der Auftragnehmer und die Erwartungen der Anleger bei Vermögensverwaltung und bei Anlageberatung näher zu betrachten. Auch Anleger verkennen übrigens oft die Haftungslage. Denn: Der Beauftragte ist zwar zur Sorgfalt verpflichtet, das heisst, er muss die geeigneten Mittel einsetzen (*obligations de moyens*). Aber er muss nicht ein bestimmtes Resultat oder eine bestimmte Performance erreichen (*obligations de résultat*). Es besteht keine Haftung für einen Wertzuwachs oder die Erhaltung der Ver-

mögenssubstanz. Die pflichtgemässe Sorgfalt bildet Vertragsinhalt. Die Haftung bezieht sich allein auf die sorgfältige Ausführung. Diese Haftung für die Sorgfalt kann vertraglich nicht beschränkt werden. Das heisst im Wesentlichen: Enttäuschte oder falsche Renditeerwartungen allein bilden keine Haftungsgrundlage *per se*.

## IV. Viel alter Wein ...

Die Anlageberatung ist eine Dienstleistung für Kunden, die ihr Vermögen selbst verwalten und dafür selbst die Verantwortung tragen. Es lässt sich zur Abgrenzung zum Vermögensverwaltungsauftrag eine einfache Darstellung wählen: Entweder verwaltet ein Kunde sein Depot bzw. seine Vermögenswerte selbst oder die Bank oder externe Vermögensverwalter werden mit der Verwaltung beauftragt. Die Beratung des Kunden ist im Rahmen der Anlageberatung die Kernleistung. Besteht ein Vermögensverwaltungsauftrag, so kommt eine weitere Hauptleistungspflicht dazu, nämlich neben der Beratung auch die Anlage- und Verwaltungstätigkeit für den Kunden auszuführen.

Grundsätzlich gilt: Ob Anlageberatung oder Vermögensverwaltung – die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht und das Mass der bei der Beratung anzuwendenden Sorgfalt sowie die Treuepflichten sind bei beiden Vertragsarten grundsätzlich gleich; es gibt keinen Unterschied und keine Abstufung.

Im grundlegenden BGE 115 II 62 ff. E. 3 hat das Bundesgericht schon vor langer Zeit die verschiedenen Stufen umschrieben, die den Grad der auftragsrechtlichen Sorgfalt bestimmen. Zunächst bildet den Ausgangspunkt die nach objektiven Kriterien bestimmte Sorgfalt eines gewissenhaften Beauftragten. Sodann werden die berufstypischen Verhaltensregeln und Usancen beigezogen. Die dritte bzw. vierte Stufe bilden die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles und schliesslich die Art des Auftrags. Es ist irrelevant, ob der Beauftragte ein grosses oder ein kleines Unternehmen ist.

Hinzuweisen ist hier konkret auf die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung. Diese bestehen seit 1979. Diese Richtlinien sind diejenigen Standesregeln, welche in Lehre und Rechtsprechung als «Bankusanz» oder «Verkehrssitte» miteinbezogen werden, und zwar über den Bankensektor hinaus. Sie sind als Mindeststandards Massstab auch für andere Finanzintermediäre, die Vermögensverwaltung anbieten.

<sup>1</sup> PETER NOBEL, Was heisst «Überregulierung»? SZW 2014, 591.

<sup>2</sup> Vgl. Basler Zeitung vom 19. November 2015, 18 und vom 20. November 2015, 19.

Vom Bundesgericht sind diese Richtlinien im Entscheid 4C.467/1994 vom 28. Juli 1995 als Usancen im Vermögensverwaltungsbereich bezeichnet worden, die auch im Nichtbankensektor zu beachten sind. Es gibt also einen für die Vermögensverwaltung generell geltenden *Grund-Standard*.

Auch in den genannten Richtlinien wiederum ist festgehalten, dass, wer Vermögensverwaltungsaufträge entgegennimmt, über eine professionelle und den Verhältnissen des Betriebes angemessene Organisation verfügen muss (Ziff. 4). Dazu zählen angemessene Kontrollen. Die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge enthalten somit teilweise Grundsätze, welche sich nicht ohne Weiteres oder erst durch Auslegung der Sorgfalts- und Treuepflichten aus dem Auftragsrecht ergeben: Zu denken ist insbesondere an das Gebot der Schriftlichkeit des entsprechenden Auftrags, an die Organisationspflichten und an die Begrenzung der zulässigen Geschäfte.

Das Rundschreiben der FINMA 2009/1, in Kraft seit 1. Januar 2009, «Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierung zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard» (Anhang 2.2), legte die Mindeststandards fest, an denen sich die Branchenorganisationen für ihre Erlasse im Rahmen der Selbstregulierung orientieren müssen. Hier ist vor allem an externe Vermögensverwalter zu denken.

Es werden von der Aufsicht Mindestanforderungen hinsichtlich Treuepflichten, Sorgfaltspflichten und Informationspflichten definiert und weiter verbindliche Prozesse zur Selbstkontrolle durch die Branchenorganisationen und zur Entschädigung der Vermögensverwalter gefordert. Die FINMA bezeichnet diese Eckwerte als «Mindeststandard für Mindeststandards».

#### V. Sorgfaltspflichten: spezielle Schnittstelle zum Strafrecht bei Vermögensverwaltungsmandaten

Diese engmaschigen Vorgaben für Finanzintermediäre, die sich mit Anlageberatung und Vermögensverwaltung befassen, sind von erheblicher Relevanz im Hinblick auf die Frage der Begehung einer ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB und dort wiederum gerade für die Annahme eines *dolus eventualis*. In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung Vorsatz, wobei *Eventualvorsatz* genügt. Dieser *dolus eventualis* muss sich auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens, den Erfolg und den Kausalzusammenhang beziehen. Die Tathandlung der ungetreuen Geschäftsbesorgung wird im Gesetz nicht

näher umschrieben. Sie besteht in der Verletzung jener spezifischen Pflichten, die den Täter in seiner Stellung als Geschäftsführer generell, aber auch bezüglich spezieller Geschäfte zum Schutz des Geschäftsherrn treffen. Die entsprechenden Pflichten ergeben sich aus dem jeweiligen Grundverhältnis, im gegebenen Zusammenhang also aus Vermögensverwaltungsverträgen.

Eventualvorsatz darf nur angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolges ausgelegt werden kann. Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass bei der Beurteilung der Frage, ob *Eventualvorsatz* vorliegt, auch auf die Grösse der Sorgfaltspflichtverletzung abzustellen ist.

a) In BGE 130 IV 58 E. 8.4 urteilte das Bundesgericht: «Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählt die Rechtsprechung unter anderem auch die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die tatsächliche Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 125 IV 242 E. 3c S. 252; BGE 119 IV 1 E. 5a).»

Sorgfaltspflichtverletzungen trotz bestehenden und ausdrücklichen gesetzlichen und regulatorischen Pflichten können so in den Fokus der Strafverfolgungen gelangen. Das betrifft beispielsweise die ungenügende oder gar nicht vorhandene Überwachung von Kundenberatern.

b) In BGE 135 IV 12 ging es um einen Fall gezielt gewählten Nichtwissens bzw. Nichtwissenwollens. Das Bundesgericht hält fest (E. 2.3.1): «Entgegen ihren (...) Einwänden ist jedoch nachgewiesen, dass sie sich (bewusst für dieses Nichtwissen) entschieden. Wer sich aber bewusst für Nichtwissen entscheidet, der kann sich nicht darauf berufen, dass die Tatbestandsverwirklichung nicht antizipierbar war.»

In E. 2.3.2 desselben Entscheides statuiert das Bundesgericht den Grundsatz: «Für die Willenskomponente des Vorsatzes gilt nach ständiger Rechtsprechung, dass nicht unbesehen vom Wissen des Täters auf dessen Willen geschlossen werden darf. Regelmässig kann sich der Nachweis des Vorsatzes bei ungeständigen Tätern nur auf äusserlich

*feststellbare Indizien stützen, die Rückschlüsse auf dessen innere Einstellung erlauben. Hierzu gehört unter anderem die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je schwerer diese wiegt, desto eher darf auf die Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung geschlossen werden (BGE 134 IV 29 E. 3; BGE 131 IV 1 E. 2.2; BGE 130 IV 58 E. 8.)»*

#### **VI. ... auch im Keller des Bundesgerichts**

Das Bundesgericht hat es auch sonst in seiner Rechtsprechung nicht an Klarheit mangeln lassen:<sup>3</sup>

*«Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unterstehen Personen und Unternehmen, die sich berufsmässig mit dem Anlagegeschäft befassen, bei der Anbahnung und Abwicklung von Verträgen über die Vermögensverwaltung einer besonderen Aufklärungspflicht. Einen Anlageberater oder Anlagevermittler, der im Hinblick auf die Vermögensverwaltung oder in deren Rahmen tätig wird, treffen neben der erwähnten Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, deren gemeinsame Wurzel in der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) liegt. Der Kunde ist hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden (...).*

*Dabei obliegt dem Beauftragten namentlich auch, sich durch Befragung einlässlich über den Wissensstand und die Risikobereitschaft des Kunden zu informieren (...). Die Aufklärung des Kunden durch den Beauftragten hat jedoch keinen Selbstzweck, sondern dient dazu, Informationsdefizite auszugleichen (...).»*

Das sagt eigentlich alles und deckt teilweise ab, was nun erneut reguliert werden soll. Ob das den Kundenschutz tatsächlich verstärkt, ist fraglich, und letztlich wäre der Sorgfaltsmassstab bereits jetzt definiert. Der Regulierungsüberschuss ist schlicht das Resultat des Umsetzungsdefizits.

<sup>3</sup> Urteil des BGer 4A\_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1.