

Band 147

Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Rolf H. Weber

Prof. Dr. Rolf Sethe

Prof. Dr. Susan Emmenegger

Quirin Meier

Informationspflichten am Point of Sale in der Vermögensverwaltung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XLIX
Kapitel 1: Einleitung	1
Kapitel 2: Gang der Untersuchung	3
Teil I: Allgemeiner Teil	5
Kapitel 3: Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung.....	7
I. Begriff der Vermögensverwaltung	7
1. Begriff im Allgemeinen	7
2. Zivilrechtlicher Begriff	9
3. Aufsichtsrechtlicher Begriff	12
3.1 Finanzdienstleistung der Vermögensverwaltung.....	13
3.2 Vermögensverwalter nach FINIG	15
4. Fazit.....	17
II. Abgrenzung zu anderen (Finanz-)Dienstleistungen	19
1. Anlageberatung	19
1.1 Zivilrechtliche Abgrenzung.....	19
1.2 Aufsichtsrechtliche Abgrenzung	21
1.3 Fazit.....	22
2. « <i>Execution-only</i> » Beziehung.....	23
2.1 Zivilrechtliche Abgrenzung.....	23
2.2 Aufsichtsrechtliche Abgrenzung	24
2.3 Fazit.....	26
3. Werkvertrag.....	26
III. Zivilrechtliche Einordnung	28

1. Abschluss, Form und Beendigung.....	28
1.1 Abschluss	28
1.2 Formvorschrift.....	29
1.3 Beendigung	31
2. Wesentliche Vertragspunkte (<i>essentialia negotii</i>).....	34
3. Leistungspflichten des Vermögensverwalters	35
3.1 Hauptleistungs-, Nebenleistungs- und Nebenpflichten.....	35
3.2 Hauptleistungspflicht (Ausführungsobligation)	38
3.3 Verhaltenspflichten als Nebenpflichten i.w.S.....	41
a Vorüberlegung.....	41
b Schutzpflichten als Verhaltenspflichten	42
c Vertrauenshaftung	43
d Konzept des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses.....	46
e Stellungnahme	50
3.4 Persönliche Auftragsausführung	51
4. Vergütung.....	53
4.1 Entgeltlichkeit	53
4.2 Höhe des Entgelts.....	54
4.3 Vergütungsbestandteile	54
5. Weisungen.....	56
5.1 Anordnungen des Kunden	56
5.2 Abmahnung	58
6. Zivilrechtliche Verhaltenspflichten	59
6.1 Ausgangslage	59
6.2 Sorgfaltspflicht	59
6.3 Treuepflicht	62
6.4 Rechenschaftspflicht	64
6.5 Herausgabepflicht.....	67
7. Exploration und Anlagestrategie	70
7.1 Ausgangslage	70
7.2 Exploration	72
a Umfang.....	72
b Anlageziel und -horizont	72
c Kenntnisse und Erfahrungen	74
d Risikoprofil.....	75
7.3 Modalitäten der Erkundigungen	77
7.4 Anlagestrategie.....	79
8. Datenschutzrechtliche Vorgaben.....	81

8.1	Vorbemerkungen.....	81
8.2	Bearbeiten von Personendaten	83
8.3	Einwilligung in die Bearbeitung.....	84
8.4	Einfluss auf die Vermögensverwaltung.....	86
9.	Fazit über die zivilrechtliche Einordnung	87
IV.	Grundlagen der Vermögensverwaltung im FIDLEG	92
1.	Einleitende Bemerkungen	92
2.	Verhaltenspflichten	93
2.1	Begriff der Verhaltenspflichten	93
2.2	Geltungsbereich.....	95
a	Ausgangslage.....	95
b	Gewerbsmässigkeit.....	95
c	Finanzdienstleistung	96
d	Für Kunden in der Schweiz	100
e	Reverse Solicitation.....	101
3.	Kundensegmentierung.....	103
3.1	Ausgangslage	103
3.2	Funktionsweise der Kundensegmentierung	105
a	Kundensegmente	105
b	Veränderung der Verhältnisse	106
c	Opting-in und Opting-out	107
3.3	Folgen der Kundensegmentierung.....	110
4.	Verhaltenspflichten des FIDLEG	113
4.1	Verhaltenspflichten im Allgemeinen.....	113
4.2	Eignungsprüfung im Besonderen	116
a	Allgemeines.....	116
b	Kenntnisse und Erfahrungen	117
c	Finanzielle Verhältnisse	119
d	Anlageziele.....	120
e	Modalitäten der Erkundigungen	122
f	Prüfungsergebnis – Risikoprofil und Anlagestrategie	124
5.	Organisationspflichten	130
6.	Fazit FIDLEG.....	133
V.	Sonstige aufsichtsrechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung	135
1.	Einleitende Bemerkungen	135
2.	FINIG.....	136
2.1	Einleitende Bemerkungen	136
2.2	Bewilligungskaskade.....	137

2.3 Allgemeine Bewilligungsvoraussetzungen.....	138
2.4 Bewilligungen gemäss FINIG	139
a Ausgangslage.....	139
b Vermögensverwalter.....	139
c Verwalter von Kollektivvermögen	140
d Fondsleitungen	141
e Wertpapierhaus.....	142
3. BankG	143
3.1 BankG im Allgemeinen.....	143
3.2 Bankbewilligung	144
4. GwG.....	145
5. FinfraG.....	147
6. FINMAG und FINMA	148
6.1 Im Allgemeinen.....	148
6.2 Aufsicht über die Vermögensverwalter	148
a Prudentielle Aufsicht durch die FINMA	149
b Prudentielle Aufsicht durch Aufsichtsorganisationen	151
7. Fazit über die sonstigen aufsichtsrechtlichen Grundlagen	154
Kapitel 4: Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht.....	156
I. Ausgangslage	156
II. Dichotomie der Teilrechtsgebiete	157
III. Theorien zum Verhältnis zwischen des Aufsichts- und des Privatrechts	159
1. Theorie der zivilrechtlichen Priorität.....	159
2. Theorie des Gleichlaufs von Zivil- und Aufsichtsrecht.....	161
3. Theorie der Doppelnorm	162
4. Theorie der Ausstrahlungswirkung	163
4.1 Ausgangslage	163
4.2 Methodologischer Hintergrund	164
4.3 Wirkungsweise.....	165
IV. Fazit Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht	168
Kapitel 5: Erkenntnisse des Teil I	171

Teil II: Point of Sale-Informationspflichten.....	175
Kapitel 6: Grundlagen.....	177
I. Point of Sale-Informationspflichten im Generellen.....	177
1. Begriffe	177
1.1 Informationspflicht im Allgemeinen	177
1.2 Point of Sale	179
1.3 Point of Sale-Informationspflicht im Finanzdienstleistungsrecht.....	180
a Begriff und Gegenstand.....	180
b Rechtsgrundlagen	183
1.4 Point of Sale-Informationspflicht im Zivilrecht	185
a Vorbemerkungen	185
b Aufklärung, Beratung und Warnung	185
c Rechtsgrundlage	187
d Rechtsnatur	190
e Gegenstand, Inhalt und Umfang	191
2. Ratio und Funktion.....	194
3. Abgrenzung zu anderen Informationspflichten	197
3.1 Informationsbeschaffungspflicht	197
3.2 Warnpflicht	198
3.3 Rechenschaftsablegung	199
a Aufsichtsrecht.....	199
b Zivilrecht	199
3.4 Produkttransparenzvorschriften.....	201
3.5 Werbung.....	203
II. Zeitpunkt der Informationsvermittlung	205
1. Aufsichtsrechtliche Regelung.....	205
2. Zivilrechtliche Regelung	207
III. Form der Informationsvermittlung in der Vermögensverwaltung.....	208
1. Aufsichtsrecht	208
2. Zivilrecht.....	210
2.1 Formfreiheit.....	210
2.2 Standardisierte Information	210
2.3 Individualisierte Information.....	211
IV. Fazit Grundlagen.....	211

Kapitel 7: Point of Sale-Informationspflichten in der Vermögensverwaltung	216
I. Ausgangslage und einleitende Bemerkungen.....	216
II. Allgemeine Information	217
1. Aufsichtsrechtliche allgemeine Information.....	217
1.1 Zur Person des Vermögensverwalters	217
1.2 Zum Aufsichtsstatus und Tätigkeitsfeld	219
a Aufsichtsstatus.....	219
b Tätigkeitsfeld.....	220
1.3 Zum Vermittlungsverfahren der Ombudsstelle	222
1.4 Fazit über die aufsichtsrechtliche allgemeine Information	223
2. Zivilrechtliche allgemeine Information	224
3. Gesamtfazit über die allgemeine Information	226
III. Information zur Dienstleistung und Risikoaufklärung	227
1. Aufsichtsrechtliche Information zur Dienstleistung der Vermögensverwaltung und Risikoaufklärung	227
1.1 Persönlich empfohlene Dienstleistung	227
1.2 Individuelle Information zur Vermögensverwaltung.....	229
a Art der Finanzdienstleistung.....	229
b Wesensmerkmale und Funktionsweise der Vermögensverwaltung	229
c Wesentliche Rechte und Pflichten des Kunden	229
d Fazit über die individuelle Information zur Vermögensverwaltung.....	232
1.3 Risikoaufklärung	232
a Ausgangslage.....	232
b Allgemeine Risikoaufklärung.....	233
c Spezielle Risikoaufklärung.....	238
d Fazit über die Risikoaufklärung	239
1.4 Gesamtfazit über die aufsichtsrechtliche Information zur Dienstleistung der Vermögensverwaltung und Risikoaufklärung	241
2. Zivilrechtliche Information über die Dienstleistung der Vermögensverwaltung und Risikoaufklärung	242
2.1 Information über die Dienstleistung im Allgemeinen	242
2.2 Risikoaufklärung	243
3. Gesamtfazit über Information zur Dienstleistung und Risikoaufklärung	244
3.1 Gesamtfazit über die Information zur Dienstleistung.....	244
3.2 Gesamtfazit über die Risikoaufklärung	245

IV.	Information zu Kosten und Entschädigungen durch Dritte	247
1.	Aufsichtsrechtliche Information über Kosten.....	247
1.1	Im Allgemeinen.....	247
1.2	Offenlegung von unbestimmten Kosten	248
1.3	Koordinierte Kostenaufklärung	248
1.4	Fazit über die Information über Kosten.....	249
2.	Information zu Entschädigungen durch Dritte	249
2.1	Ausgangslage	249
a	Problemstellung.....	249
b	Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	250
2.2	Normierung im FIDLEG	254
2.3	Informierter Verzicht des Kunden gemäss FIDLEG	257
a	Allgemeines.....	257
b	Information zum Verzicht	257
c	Zeitpunkt und Form	258
d	Offenlegung auf Verlangen	259
2.4	Fazit über die Information zur Entschädigungen durch Dritte	259
3.	Zivilrechtliche Information zu Kosten und Entschädigungen durch Dritte	260
3.1	Ausgangslage	260
3.2	Information über Kosten	261
3.3	Zivilrechtlicher informierter Verzicht über Entschädigungen Dritter	262
4.	Gesamtfazit Kosten und Entschädigungen durch Dritte.....	266
4.1	Information zu Kosten.....	266
4.2	Information und Verzicht bei Entschädigungen durch Dritte	267
V.	Information über Interessenkonflikte und wirtschaftliche Bindungen zu Dritten	269
1.	Interessenkonflikte im Generellen.....	269
2.	Aufsichtsrechtliche Information und Offenlegung des Interessenkonflikts	273
2.1	Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich.....	273
2.2	Inhalt der Information bzw. Offenlegung.....	275
a	Gegenstand	275
b	Umstände.....	279
c	Risiken des Interessenkonflikts	279
d	Vorkehrungen zur Risikominderung	280

2.3	Vorgaben zur Form	281
2.4	Zeitpunkt der Informationsvermittlung	282
2.5	Entschädigungen Dritter, die nicht an den Kunden herausgegeben werden können	282
2.6	Fazit über die aufsichtsrechtliche Information über Interessen- konflikte und zur Offenlegung des Interessenkonflikts	283
3.	Zivilrechtliche Offenlegung des Interessenkonflikts	285
4.	Gesamtfazit über die Information zu Interessenkonflikte	287
VI.	Information über das berücksichtigte Marktangebot	291
1.	Aufsichtsrecht	291
2.	Zivilrecht	292
3.	Fazit über die Information über das berücksichtigte Marktangebot	293
Kapitel 8: Rechtsfolgen von Informationspflichtverletzungen		294
I.	Rechtsfolgen im Aufsichtsrecht	294
1.	Enforcementverfahren der FINMA	294
2.	Aufsichtsinstrumente	297
3.	Fazit über die aufsichtsrechtlichen Rechtsfolgen	299
II.	Rechtsfolgen im Zivilrecht	299
1.	Vorbemerkungen	299
2.	Schadenersatz aus Vertrag	300
2.1	Allgemeines	300
2.2	Informationspflichtverletzung	302
a	Verspätete Information	302
b	Falsche Information	303
2.3	Schaden	303
a	Schadensbegriff im Allgemeinen	303
b	Konkretisierung der Vergleichsgrundlage	304
c	Konkretisierung der Vergleichshypothese	306
d	Konkretisierung des Vergleichszeitpunkts	310
2.4	Kausalität	313
2.5	Verschulden	316
2.6	Rechtsfolge: Schadenersatz	317
2.7	Behauptungs- und Beweisführungslast	320
2.8	Verjährung	322
3.	Schadenersatz aus Vertrauenshaftung	322

4.	Schadenersatz aus unerlaubter Handlung	324
4.1	Allgemeines	324
4.2	Widerrechtlichkeit	324
a	Ausgangslage	324
b	Treu und Glauben	325
c	Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten	326
d	Straftatbestände	329
4.3	Verjährung	330
5.	Anspruch auf Kürzung des Honorars	331
6.	Fazit über die zivilrechtlichen Rechtsfolgen	332
6.1	Schadenersatz aus Vertrag	332
6.2	Sachenersatz aus Vertrauenshaftung	334
6.3	Schadenersatz aus unerlaubter Handlung	335
6.4	Anspruch auf Kürzung des Honorars	336
III.	Rechtsfolgen im Strafrecht	337
1.	Unternehmensstrafbarkeit	337
2.	FIDLEG Strafbestimmungen	337
3.	Strafbare Handlungen gegen das Vermögen	340
3.1	Betrug	340
a	Allgemeines	340
b	Täuschung und Irrtum	340
c	Vermögensdisposition	345
d	Motivationszusammenhang	347
e	Vermögensschaden	347
f	Subjektiver Tatbestand	348
3.2	Ungetreue Geschäftsbesorgung	349
a	Vorbemerkungen	349
b	Geschäftsführer	350
c	Vermögensschaden	350
d	Pflichtverletzung	350
e	Kausalität	353
f	Subjektiver Tatbestand	353
4.	Fazit über die strafrechtlichen Rechtsfolgen	354
IV.	Selbständigkeit der Rechtsfolgen	356

Teil III: Erkenntnisse und Schlussbetrachtung..... 359

Kapitel 9: Erkenntnisse..... 361

I. Unterschiedliche Regelungsdichte 361

II. Individueller Umfang der zivilrechtlichen Informationspflichten 363

III. Parallelität der Point of Sale-Informationspflichten 365

IV. Ausstrahlungspotential 366

 1. Ausstrahlungspotential des Aufsichtsrechts 366

 2. Ausstrahlungspotential des Zivilrechts..... 371

V. Selbständigkeit der Rechtsfolgen 372

Kapitel 10: Schlussbetrachtung..... 375