

Band 148

Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Rolf H. Weber

Prof. Dr. Rolf Sethe

Prof. Dr. Susan Emmenegger

Léonie Luterbacher

Die modifizierte Haftung für Erfüllungsgehilfen im Finanzdienstleistungsgeschäft

Untersuchung von Art. 68 Abs. 2 FINIG
an der Schnittstelle von Privat- und Aufsichtsrecht

Schulthess § 2025

Inhaltsverzeichnis

Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XV
Materialienverzeichnis.....	XXXIII
Erlassverzeichnis	XXXIX
Abkürzungsverzeichnis	XLIII
§ 1 Einleitung	1
I. Problem und Ziel	1
II. Beschränkung auf Vermögensverwaltung, Anlageberatung und Execution Only	3
III. Begriffsdefinitionen und Abgrenzungen.....	4
IV. Gang der Untersuchung	6
§ 2 Ausgangslage: Obligationenrechtliche Haftung für Erfüllungsgehilfen	9
I. Haftung für (einfache) Erfüllungsgehilfen gemäss Art. 101 Abs. 1 OR	9
1. Übersicht	9
2. Die Haftungsvoraussetzungen.....	10
a. Beizug eines Erfüllungsgehilfen.....	10
b. Beizug zur Erfüllung einer Schuldpflicht aus einem Schuldverhältnis... ..	11
c. Schaden und Kausalität	12
d. Schädigung in Ausübung der Verrichtungen.....	12
e. Hypothetische Vorwerfbarkeit	13
3. Beweislast	14
II. (Befugte) Substitution gemäss Art. 399 Abs. 2 OR.....	14
1. Übersicht.....	14
2. Die Haftungsvoraussetzungen.....	14
a. Befugte Substitution	14
b. Vertragsverletzung: Unsorgfältige Auswahl und Instruktion	15
c. Schaden und Kausalität	15
d. Verschulden.....	15
3. Beweislast	16
III. Abgrenzung	16
1. Übersicht.....	16
2. Abgrenzungsbedarf nur beim befugterweise erfolgten Beizug	17
3. Kriterien: Selbständigkeit und Interessenlage	18

4.	Zusammenfassung.....	22
§ 3	«Übertragung von Aufgaben» und «Beizug Dritter» im Aufsichtsrecht.....	23
I.	Übersicht	23
II.	Zweck des FINIG	24
III.	Inhalt und Zweck von Art. 14 FINIG	26
1.	Übersicht.....	26
2.	Die Risiken von Aufgabenübertragungen an Dritte	27
3.	Risikobegrenzung durch sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung, Mindestsubstanzanforderungen und Behördenaufsicht.....	29
4.	Zusammenfassung.....	33
IV.	Hinweise zur Entstehungsgeschichte.....	33
V.	«Übertragung von Aufgaben» gemäss Art. 14 FINIG	35
1.	Übersicht.....	35
2.	Übertragung	36
3.	Dritter.....	36
a.	Rechtliche und organisatorische Selbständigkeit.....	36
b.	Organe und Arbeitnehmende.....	37
c.	Zweigniederlassungen und Vertretungen	38
d.	Fazit.....	40
4.	Aufgabe.....	40
a.	Übersicht	40
b.	Art. 15 Abs. 2 FINIV: Nicht abschliessender Natur	41
c.	Konkretisierung des Aufgabenbegriffs	43
aa.	Tätigkeit im aufsichtsrechtlichen Pflichtenkreis.....	43
bb.	Tätigkeit im gewährsrelevanten Bereich	45
d.	Übertragung nur der Aufgabe, nicht der Pflicht als solcher: Verantwortlichkeit für Verhaltensregeln gemäss FIDLEG.....	47
e.	Fazit.....	48
5.	Wesentlichkeit.....	49
a.	Übersicht	49
b.	Pflicht zur Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Überwachung trotz Unwesentlichkeit der Aufgabe	51
c.	Konkretisierungen in Materialien und Regulierung.....	53
aa.	Erläuterungen FIDLEV/FINIV/AOV	53
bb.	Outsourcing-Rundschreiben der FINMA und EBK.....	54
(aaa)	Vorbemerkungen	54
(bbb)	EBK-Rundschreiben 99/2 und FINMA-Rundschreiben 08/7	54
(ccc)	FINMA-Rundschreiben 18/3.....	55
cc.	Art. 66 aKKV-FINMA	55
dd.	Art. 11 FinfraG.....	56

d.	Konkretisierungen durch die Lehre	56
e.	Konkretisierungen im europäischen und deutschen Recht	58
f.	Eigene Konkretisierung: Wesentlichkeit als Ausdruck der Angemessenheit der Organisation	59
aa.	Richtschnur des Proportionalitätsprinzips – auch für Aufgaben gemäss Art. 15 Abs. 2 FINIV.....	59
bb.	Risikoanalyse	61
g.	Zusammenfassung und Folgerung für die Grundsätze zur Bestimmung der Sorgfaltsanforderungen im Aufsichtsrecht	63
6.	Dauer.....	65
7.	Änderung der Bewilligungsumstände	67
a.	Materialien, (Parallel-)Regulierung und Literatur – Fehlen der Tatbestandsvoraussetzung im FINMA-Rundschreiben 18/3	67
b.	Entstehungsgeschichte: Änderung der Bewilligungsumstände unter Art. 66 aKKV-FINMA	69
c.	Aufgabenübertragungen als stets bewilligungsrelevante Umstände	70
d.	Zusammenfassung und Fazit	72
8.	Selbständigkeit.....	73
a.	Materialien und Literatur.....	73
b.	Relevanz der Qualifikation des Dritten als Substitut oder Erfüllungsgehilfe	75
aa.	Selbständigkeit des Dritten trotz aufsichtsrechtlicher Überwachungspflicht des Finanzinstituts	75
bb.	Bedeutung der Interessenlage.....	78
(aaa)	Selbständige Erfüllungsgehilfen gemäss Art. 101 Abs. 1 OR als Dritte	78
(bbb)	Aufsichtsrechtliche Zulässigkeit von Aufgabenübertragungen im Eigeninteresse des Finanzinstituts	78
cc.	Fazit.....	80
c.	Kriterium des genügenden Handlungsspielraums und unternehmerischen Freiraums.....	81
d.	Fazit.....	82
9.	Zusammenfassung.....	82
VI.	«Beizug Dritter» gemäss Art. 23 FIDLEG – Verhältnis zu Art. 14 FINIG	84
1.	Übersicht, Materialien und Lehrmeinungen	84
2.	Zweck des FIDLEG	86
3.	Verhältnis zu Art. 14 FINIG – Beizug Dritter als Aufgabenübertragung.....	87
4.	Fazit 89	
§ 4	Art. 68 Abs. 2 FINIG: Die Haftung für Dritte bei der «Übertragung von Aufgaben»	91
I.	Übersicht	91

II.	Entstehungsgeschichte.....	93
1.	Anlehnung an Kollektivanlagenrecht – aber neu Geltung im klassischen Finanzdienstleistungsgeschäft.....	93
2.	Haftung der Fondsdepotbank bei der Drittverwahrung des Fondsvermögens als Vorbild.....	96
3.	Keine Modifikation der vertraglichen Pflichten beim Erbringen der Finanzdienstleistung.....	98
4.	Haftung für Auslagerungsunternehmen gemäss europäischem und deutschem Recht und Hinweis auf Art. 68 Abs. 3 FINIG	101
III.	Normzweck	102
IV.	Die Haftungsvoraussetzungen	102
1.	Übersicht.....	102
2.	Übertragung	103
3.	Dritter.....	103
a.	Übersicht	103
b.	Lehrmeinungen.....	104
c.	Normzweckwidrigkeit der Begriffskongruenz mit Art. 14 FINIG	105
d.	Wertungskongruenz mit der Haftung der Fondsdepotbank	105
aa.	Drittverwahrung als Substitution im Interesse der Anlegerin.....	105
bb.	Interessenlage bei Auslagerungen im Finanzdienstleistungsgeschäft... ..	108
cc.	Fazit: Delegation im Interesse der Anlegerin als notwendiges Begriffsmerkmal.....	111
e.	Zusammenfassung	112
4.	Aufgabe.....	114
a.	Übersicht	114
b.	Tätigkeit im aufsichtsrechtlichen Pflichtenkreis.....	115
c.	Beizug zur Erfüllung einer Schuldpflicht	116
aa.	Literatur und parallele Haftung der Fondsdepotbank	116
bb.	Weitgehende Überschneidung des aufsichts- und privatrechtlichen Aufgabenbegriffs.....	116
cc.	Keine Haftung für rein aufsichtsrechtlich relevante Aufgabenübertragungen	117
d.	Keine Haftungsvoraussetzung: Wesentlichkeit der übertragenen Aufgabe gemäss Art. 15 FINIV.....	118
e.	Ergebnis.....	119
5.	Befugnis zur Aufgabenübertragung	120
a.	Übersicht	120
b.	Lehrmeinungen.....	121
c.	Keine Modifikation der Voraussetzungen einer befugterweise erfolgten Delegation.....	122

d.	Nichtigkeitsfolge bei Verletzung der aufsichtsrechtlichen Delegationsschranken.....	125
e.	Ergebnis.....	126
6.	Dauer und Änderung der Bewilligungsumstände.....	127
7.	Schaden und Kausalität.....	127
8.	Verletzung der Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Überwachung.....	127
a.	Vorbemerkungen: Vertragsverletzung, Kausalität und Schädigung in Ausübung der Verrichtungen.....	127
b.	Fragestellung und Übersicht.....	131
c.	Lehrmeinungen.....	131
d.	Keine (unmittelbare) Geltung der aufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflicht im privatrechtlichen Verhältnis.....	132
e.	Bemessung der Sorgfaltsanforderungen unabhängig vom Aufsichtsrecht – mit einer Ausnahme.....	134
f.	Ergebnis.....	137
g.	Exkurs: Unterschied zum deliktischen Entlastungsbeweis gemäss Art. 55 Abs. 1 OR.....	138
V.	Beweislast.....	139
VI.	Zulässigkeit vertraglicher Haftungsmodifikationen.....	140
§ 5	Ergebnisse	145
I.	«Übertragung von Aufgaben» und «Beizug Dritter» im Aufsichtsrecht.....	145
II.	Art. 68 Abs. 2 FINIG: Die Haftung für Dritte bei der «Übertragung von Aufgaben»	148
1.	Keine Modifikation der vertraglichen Pflichten beim Erbringen der Finanzdienstleistung.....	149
2.	Die Haftungsvoraussetzungen.....	150
3.	Lex specialis bei befugter Substitution im Finanzdienstleistungsgeschäft ...	154
4.	Grundsatz: Haftung wie für eigenes Handeln.....	155
	Sachregister	159