

Die Beweislastumkehr unter dem FIDLEG: Neue Büchse der Pandora?

Die Schweiz überarbeitet ihr Finanzmarktrecht. Dafür hat der Bund ein legislatives Grossprojekt gestartet, das die bisherige Gesetzgebung mehr oder weniger umfassend revidiert. Die neue Finanzmarktarchitektur wird auf sechs „Stockwerken“ basieren: auf dem Nationalbankgesetz (NBG), dem Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG), dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), dem Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG), dem Finanzinstitutsgesetz (FINIG) und dem Geldwäschereigesetz (GwG).

Dr. Daniela Koenig*

Das neue Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), dessen Vernehmlassungsfrist Ende Oktober ab-



Haftungsklagen von Kunden sollen erleichtert werden

gelaufen ist, enthält auch unter anderem prozessrechtliche Bestimmungen, welche Haftungsklagen von Kunden gegen Finanzdienstleister erleichtern sollen. So sieht die FIDLEG-Vorlage auch eine Beweislastumkehr zulasten des Finanzdienstleisters vor. Neu soll der Finanzdienstleister beweisen, dass er seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen ist. Gelingt ihm dies nicht, wird vermutet, dass die Kundin oder der Kunde das konkrete Geschäft nicht getätigt hätte. Welche Auswirkungen hätte eine solche Beweislastumkehr in der Praxis?

Schadenersatz nach geltendem Recht

Grundsätzlich hat derjenige eine Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Wer Schadenersatz geltend macht, muss daher das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen darlegen.

Besteht ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Parteien, so sieht das Gesetz bereits heute eine Beweiserleichterung für den Kläger vor, indem ein *Verschulden* der beklagten Vertragspartei *vermutet*

wird. Ein Kunde, der eine Klage gegen einen Finanzdienstleister anstrengen möchte, muss nachweisen, dass der Finanzdienstleister seine vertraglichen Pflichten verletzt hat und diese Pflichtverletzung einen Schaden beim Kunden verursacht hat (Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden). Ein Verschulden des Finanzdienstleisters, also ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten, muss der Kunde nicht nachweisen; ein solches wird vielmehr vermutet, und dem Finanzdienstleister obliegt der Beweis, dass ihn *kein* Verschulden trifft.

Kein Nachweis einer mangelnden Aufklärung

Nach der FIDLEG-Vorlage muss der Kunde neu nicht mehr beweisen, dass der Finanzdienstleister die gesetzlichen Aufklärungs- und Informationspflichten verletzt hat und dass diese Pflichtverletzung für den Schaden kausal war. Wie bisher würde ein Verschulden des Finanzdienstleisters vermutet. Ein Kunde müsste demnach nur noch das Bestehen eines gültigen Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Finanzdienstleister sowie den bei ihm eingetretenen Scha-

den beweisen, was im Regelfall gelingt. Diesfalls haftet der Finanzdienstleister dem Kunden für den eingetretenen Schaden, sofern er nicht beweisen kann, dass a) er *seine gesetzlichen Aufklärungs- und Informationspflichten erfüllt* hat, b) der Kunde das betroffene Geschäft *auch bei Erfüllen der gesetzlichen Aufklärungs- und Informationspflichten getätigt hätte* und c) ihn *kein Verschulden* trifft.

Umfang der Beweislastumkehr

Die Beweislastumkehr gilt für Verletzungen der *gesetzlichen* Informations- und Aufklärungspflichten. Damit dürften sämtliche im Gesetzesentwurf unter dem Titel „Informationspflicht“ genannten Pflichten gemeint sein, wie die Information über den Finanzdienstleister, die zu erbringende Leistung und das Produkt sowie die Aufklärung über Risiken und Retrozessionen. Unklar ist dagegen, ob auch die *Warnpflichten* wegen fehlender Angemessenheit oder Eignung sowie die Dokumentations- und Rechenschaftspflicht darunter fallen, was den Anwendungsbereich der Beweislastumkehr erheblich erweitern würde. Obwohl der Finanzdienstleister lediglich die Beweislast für die Einhaltung der *gesetzlichen* Informations- und Aufklärungspflichten, nicht aber der vertraglichen Verpflichtungen trägt, dürfte eine Verletzung der gesetzlichen Pflichten *regelmässig auch eine Vertragsverletzung* darstellen. Verletzt ein Finanzdienstleister andere vertragliche oder gesetzliche Pflichten (wie beispielsweise die Missachtung von Kundenweisungen oder des Gebotes zur

Die Beweislastumkehr unter dem FIDLEG: Neue Büchse der Pandora?

Die Schweiz überarbeitet ihr Finanzmarktrecht

bestmöglichen Ausführung von Kunden-aufträgen), kommt die Beweislastumkehr nicht zum Tragen.

Begründung für die Beweislastumkehr

Als Begründung für die vorgeschlagene Beweislastumkehr wird im Vernehmlassungsbericht angeführt, dass sich für den Kunden der Nachweis der Pflichtverletzung durch den Finanzdienstleister sowie der Kausalität oftmals schwierig gestalten und in vielen Fällen eine unüberwindbare prozessuale Hürde darstelle. Zudem verfüge der Finanzdienstleister zumeist über einen Informationsvorsprung, spezifische Fachkenntnis und eine grössere Beweismasse. Diese Argumente treffen jedoch auch auf praktisch alle Leistungserbringer *anderer Branchen* zu, welche als *Spezialisten* in einem bestimmten Fachbereich beigezogen werden (wie beispielsweise für Bauunternehmungen, Architekten, Ingenieure und Ärzte). Folglich besteht eine ähnliche Ausgangslage etwa bei Arzthaftungs- oder Bauprozessen. Eine Beweislastumkehr spezifisch für den Finanzdienstleistungssektor drängt sich deshalb in keiner Weise auf.

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung trägt diesen Beweisschwierigkeiten bereits heute Rechnung. In einem Haftungsfall gegen einen Vermögensverwalter wegen mangelnder Beratung hat das Bundesgericht entschieden, dass es sich bei der unterbliebenen Aufklärung um eine *negative Tatsache* handle, die der Logik entsprechend nicht bewiesen werden kann, so dass solchen Beweisschwierigkeiten mit gewissen *Beweiserleichterungen* zu begegnen sei. Dem Beweisgegner obliege gemäss dem Grundsatz von *Treu und Glauben* eine beweisrechtliche *Mitwirkung*; er müsse die zur negativen Tatsache vorgetragene Behauptungen des Klägers

substantiiert (und nicht nur pauschal) bestreiten, und Dokumentationsmängel seien bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Auch bei der Kausalität gelten weniger hohe Anforderungen an den Beweis. Bei einer Unterlassung bestimmt sich der Kausalzusammenhang



Die Bundesgericht trägt den Beweisschwierigkeiten bereits heute Rechnung

danach, ob der Schaden auch bei Vorannahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre, also beispielsweise ob der Kunde das Anlageprodukt auch gekauft hätte, wenn er entsprechend informiert und aufgeklärt worden wäre. Es geht um einen *hypothetischen Kausalverlauf*, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge lediglich eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit* sprechen muss.

Falsche Anreize

Angesichts der bereits bestehenden Beweiserleichterungen würde eine weitergehende gesetzlich verankerte Beweislastumkehr, die nur singular für die Finanzdienstleistungsbranche eingeführt würde, das Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien im Finanzsektor ungebührlich stark verschieben und falsche Anreize setzen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beweislastumkehr nach FIDLEG nicht etwa um eine Verbraucherschutzbestimmung handelt. In den Genuss der Beweislastumkehr gelangen nicht nur Kleinanleger, sondern sämtliche Kunden von Finanzdienstleistern, also auch professi-

onelle und institutionelle Kunden wie andere Banken, Versicherungen, Fondslösungen, Unternehmen und vermögende Privatpersonen. Die Beweislastumkehr, insbesondere die Vermutung der Kausalität, ist zudem konzeptionell fragwürdig, da ihr die Prämisse zugrunde

liegt, dass der Kunde bei korrekter Aufklärung und Information durch den Finanzdienstleister keinen Schaden erlitten hätte. Eine solche Annahme verkennt die Funktionsweise des Finanzmarktes, liegt es doch gerade in der Natur der Sache,

dass die zukünftige Wertentwicklung von Finanzinstrumenten auch bei hohem Wissensstand nicht vorausgesagt werden kann. Anlagen sind auch bei korrekter Aufklärung und Information des Anlegers immer mit Gewinnchancen, aber auch Risiken verbunden. Ein Schaden im Rechtssinne, also eine unfreiwillige Vermögensverminderung, liegt regelmässig bereits vor, wenn sich der Wert eines Finanzinstrumentes nicht wie erwartet positiv entwickelt. In solchen Fällen könnte der Kunde gegen den Finanzdienstleister klagen und müsste nebst dem Schaden lediglich das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses darlegen. Der Finanzdienstleister dagegen müsste „seine Unschuld beweisen“, indem er nicht nur für die Erfüllung der *gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten* und das mangelnde *Ver schulden* den Beweis erbringt, sondern auch dafür, dass eine allfällige Pflichtverletzung *für die Verursachung des Schadens nicht kausal* war. Kann er diese Beweise nicht erbringen, hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen und dem Kunden den Schaden zu ersetzen. Insbesondere in einem schwierigen

Die Beweislastumkehr unter dem FIDLEG: Neue Büchse der Pandora?

Die Schweiz überarbeitet ihr Finanzmarktrecht

Marktumfeld ist zu befürchten, dass Finanzdienstleister mit zahlreichen Klagen unzufriedener Kunden konfrontiert werden, welche versucht werden, das Risiko einer ungünstigen Wertentwicklung ihrer Finanzinstrumente auf den Finanzdienstleister abzuwälzen. Sollte die Beweislastumkehr im FIDLEG bestehen bleiben, werden sich Finanzdienstleister gegen mögliche Klagen vorsehen müssen und nebst einer lückenlosen Dokumentation des Informations- und Aufklärungsprozesses im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten auch vertragliche Lösungen zur Verminderung des Haftungsrisikos finden müssen.



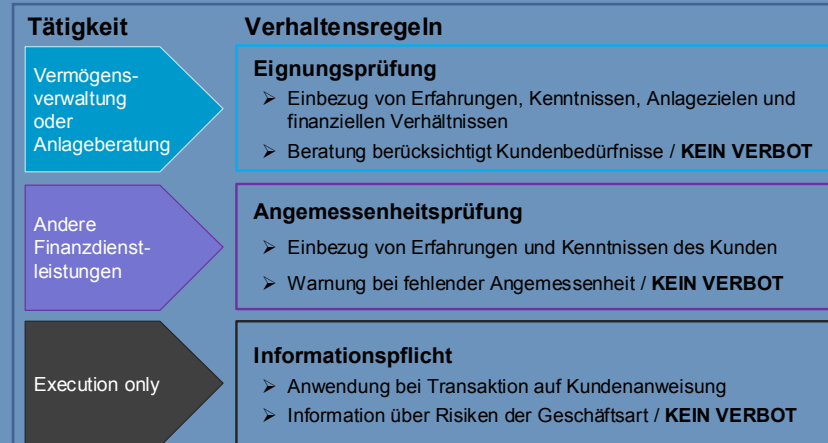
*Dr. Daniela Koenig, LL.M., Rechtsanwältin, Partnerin, BÜHLMANN KOENIG & HENSELER

Projekt FIDLEG: Finanzdienstleistungs- und Finanzinstitutsgesetz? Quelle: Daniel Roth, Leiter Rechtsdienst, Eidgenössisches Finanzdepartement (Referat anl. der Konferenz Kapitalanlagerecht 2014)

Die Stossrichtungen



Die Verhaltensregeln



Klartext: Weitere Meinungen zum FIDLEG



«Fidleg zu kalibrieren ist eine politisch äusserst schwierige Aufgabe.»

Mark Branson, Direktor, FINMA

Quelle: Generalversammlung des Zürcher Bankenverbandes, 15.10.14



«Fidleg bestätigt alle Vorurteile gegenüber dem Staat.»

Martin Janssen, Leiter der Ecofin-Gruppe und emeritierter Professor für Finanzmarktökonomie

Quelle: VAV / zeb FIDLEG Tagung, 22.08.14



«Fidleg ist vom Geist des totalen Misstrauens gegenüber Banken geprägt.»

Beat Oberlin, Präsident der Geschäftsleitung, BLKB

Quelle: Basler Zeitung, 29.10.13