

OKTOBER 2014

## Newsletter

## Autoren:

Martin Bernet

Urs Hoffmann-Nowotny

SWISS LAW FIRM  
OF THE YEAR 2014  
Chambers Europe

DISPUTE RESOLUTION / BANKING &amp; FINANCE

## FIDLEG schlägt weitreichende Neuerungen bei der Rechtsdurchsetzung vor – die Schweiz ein neues Klägerparadies?

Die Verbesserung des Rechtsschutzes ist ein Kernanliegen des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über Finanzdienstleistungen (**FIDLEG**). Das FIDLEG enthält daher einen eigenen Titel mit Massnahmen zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung, die – sofern sie Gesetz werden – das Potential haben, die Schweiz in ein eigentliches Klägerparadies für Finanzstreitigkeiten zu verwandeln. Dieser Newsletter beschliesst die Reihe unserer Newsletter zum FIDLEG und FINIG.

### 1 HINTERGRUND UND VORGESCHLAGENE ÄNDERUNGEN IM ÜBERBLICK

Der Erläuternde Bericht zum FIDLEG ortet im geltenden Recht erhebliche **Schwächen im Bereich der privaten Rechtsdurchsetzung**. Namentlich gelinge geschädigten Kunden der Beweis eines pflichtwidrigen Verhaltens von Finanzdienstleistern oft nicht. Ein strukturelles Ungleichgewicht manifestiere sich zudem in Bezug auf die Prozesskosten und daraus resultierende finanzielle Risiken. Schliesslich würden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes fehlen, die eine gebündelte justizmässige Erledigung einer Vielzahl ähnlich gelagerter Ansprüche erlauben.

Um die identifizierten Rechtsschutzdefizite zu beheben, schlägt der Vorentwurf folgende **Massnahmen** vor:

- > Neuregelung der **Pflicht zur Herausgabe** vom Finanzdienstleister erstellter Dokumente an den Kunden;

- > **Umkehr der Beweislast** für Einhaltung der Informations- und Aufklärungspflichten des Finanzdienstleisters;
- > Stärkung der Institution der **Ombudsstellen**;
- > Einführung eines **ständigen Schiedsgerichts** für Streitigkeiten gegenüber Finanzdienstleistern oder eines durch Beiträge derselben alimentierten **Prozesskostenfonds**;
- > Ermöglichung echten **kollektiven Rechtsschutzes** durch Einführung einer Verbandsklage bei Finanzdienstleistungen sowie eines Gruppenvergleichsverfahrens.

### 2 DOKUMENTENHERAUSGABEPFLICHT

Der Vorentwurf enthält eine ausdrückliche Regelung der Pflicht von Finanzdienstleistern zur **Herausgabe von Dokumenten** an ihre Kunden.

Dem Finanzdienstleister steht für die Erfüllung der Herausgabepflicht **kein Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz** zu. Der Kunde kann zur Durchsetzung das Gericht anrufen. Eine Weigerung des Finanzdienstleisters zur Herausgabe von Dokumenten kann zudem auch beim Entscheid über die **Kostenfolgen in einem späteren Prozess** zwischen dem Kunden und dem Finanzdienstleister berücksichtigt werden.

Die Herausgabepflicht gemäss FIDLEG ergänzt die auftragsrechtliche Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art. 400 OR) sowie den Anspruch auf Auskunft über Personendaten gemäss Datenschutzgesetz (DSG). Der **Gegenstand** ist gemäss Wortlaut des Gesetzesentwurfs weit gefasst ("Kopie des Kundendossiers sowie sämtliche weitere die Kundin oder den Kunden betreffende Dokumente"). Der Erläuternde Bericht stellt indessen klar, dass (lediglich) solche Aufzeichnungen erfasst werden, zu deren Führung der Finanzdienstleister gemäss FIDLEG verpflichtet ist, d.h. die Dokumentationen der vereinbarten Leistungen, der übermittelten Informationen und Warnungen, der erbrachten Leistungen sowie, bei der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, der Kundenbedürfnisse und der Gründe für die Empfehlungen des Finanzdienstleisters.

Nichtsdestotrotz dürfte die Behandlung von Herausgabebefehlen gemäss FIDLEG in den betroffenen Unternehmen **zusätzliche Ressourcen binden**, was aufgrund der gesetzlich angeordneten Kostenlosigkeit der Dokumentenherausgabe auch wirtschaftliche Folgen zeitigt. Damit wird eine Tendenz verschärft, die sich bei Auskunftsgesuchen nach DSG bereits unter geltendem Recht beobachten lässt. Die Finanzdienstleister dürften entsprechende **Kosten letztlich in anderer Form auf die Kunden überwälzen**.

### 3 BEWEISLASTUMKEHR

Im **geltenden Recht** trägt bei Schadenersatzansprüchen der Kunde die Beweislast für die Vertragsverletzung, den Schaden (einschliesslich seiner Höhe) sowie den Kausalzusammenhang. Lediglich das Verschulden des Finanzdienstleisters wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet.

Der Vorentwurf enthält demgegenüber eine **zweifache Beweislastumkehr**. Zunächst trägt der Finanzdienstleister die Beweislast dafür, dass er seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten gegenüber dem Kunden nachgekommen ist. Ausserdem wird hinsichtlich des Kausalzusammenhangs vermutet, dass der Kunde das fragliche Geschäft nicht getätigt hätte, wenn der Finanzdienstleister seinen Pflichten ordnungsgemäss nachgekommen wäre (Vermutung des aufklärungskonformen Verhaltens). Im Ergebnis trägt der **Finanzdienstleister** damit (soweit Informations- und Aufklärungspflichten betroffen sind) die **Beweislast für drei von vier Haftungsvoraussetzungen**.

Der Erläuternde Bericht rechtfertigt diese weitreichende Änderung mit der grösseren Sach- und Beweisnähe sowie der grösseren Fachkunde des Finanzdienstleisters. Die Idee einer Beweislastumkehr entstammt der **Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs**. Sie wird indessen in der deutschen Lehre **kontrovers diskutiert**. Das Argument der grösseren Fachkunde des Finanzdienstleisters greift zudem insoweit zu kurz, als der Vorentwurf den **Anwendungsbereich** der Beweislastumkehr (anders als andere Rechtsschutzmassnahmen) **nicht auf Privatkunden beschränkt**. Gerade bei professionellen Kunden hängt

die Frage des "aufklärungskonformen Verhaltens" oft von Faktoren aus der Sphäre des Kunden (interne Willensbildung) ab, in die der Finanzdienstleister keinen Einblick hat.

### 4 STÄRKUNG DER OMBUDSSTELLE

Die ausdrückliche gesetzliche Verankerung im FIDLEG bezweckt eine **Stärkung der Institution der Ombudsstellen** gegenüber dem geltenden Recht und erweitert den Anwendungsbereich dieses "unbürokratischen, fairen, raschen und für die Kunden oder den Kunden kostengünstigen oder kostenlosen" Streitbeilegungsverfahrens zudem auf sämtliche Finanzdienstleister.

Das Verfahren ist grundsätzlich vertraulich. Es besteht eine Teilnahmepflicht für die Finanzdienstleister. Wie im geltenden Recht steht den Ombudsstellen **keine autoritative Entscheidungskompetenz** zu, sondern nur die Möglichkeit zur Unterbreitung eines Streitbeilegungsvorschlags. Das Verfahren vor der Ombudsstelle ist insoweit in die weiteren vorgeschlagenen Massnahmen eingebettet, als eine (als Alternativlösungen vorgesehene) Anrufung des ständigen Schiedsgerichts oder eine Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds ein Durchlaufen des Streitbeilegungsverfahrens voraussetzt.

### 5 SCHIEDSGERICHT ODER PROZESSKOSTENFONDS

#### 5.1 ALLGEMEINES (ZWEI ALTERNATIVVORSCHLÄGE)

Zur Reduktion des Prozesskostenrisikos von Kunden schlägt der Vorentwurf des FIDLEG **alternativ** entweder ein **ständiges Schiedsgericht** oder einen durch Beiträge der Finanzdienstleister alimentierten **Prozesskostenfonds** vor. Gemäss Erläuterndem Bericht bevorzugt der Bundesrat die Variante "Schiedsgericht".

Anders als andere Rechtsschutzmassnahmen steht die Inanspruchnahme von Schiedsgericht und Prozesskostenfonds (neben klageberechtigten Verbänden) **einzig Privatkundinnen und -kunden** offen. Professionelle und institutionelle Kunden, die ein **Opting-in** erklären, fallen **nicht darunter**.

#### 5.2 SCHIEDSGERICHT

Die Variante "Schiedsgericht" erlaubt es, Ansprüche gegen einen Finanzdienstleister vor einem **paritätisch zusammengesetzten Schiedsgericht** zu erheben, das **von der Finanzbranche zu schaffen bzw. zu finanzieren** ist.

Das **Verfahren** soll **einfach und rasch** sowie für die Kunden (unter Vorbehalt von Missbrauchsfällen) **kostengünstig oder kostenlos** sein.

Es bestehen nur **beschränkte Rechtsmittelmöglichkeiten**, was gegenüber einem Vorgehen vor staatlichen Gerichten eine **schnellere Erledigung** des Rechtsstreits verspricht. Das Verfahren stellt jedoch (nur) eine Alternative dar. Der Kunde hat die **Wahlmöglichkeit** zwischen der Klage vor dem Schiedsgericht und der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

#### 5.3 PROZESSKOSTENFONDS

Auch der **Prozesskostenfonds** wird im Wesentlichen **durch Beiträge der Finanzdienstleister alimentiert**, wobei sich die Beiträge nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Anbieters, aber auch nach der Anzahl vor einer Ombudsstelle erhobener Klagen bemessen.

Die Inanspruchnahme des Fonds steht nicht sämtlichen Privatkunden offen und ist damit gegenüber der Variante "Schiedsgericht" eingeschränkt. Sie ist beschränkt auf Klagen mit einem **Streitwert von maximal CHF 1 Mio.** und setzt voraus, dass die Kunden "nicht über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügen". Solche sind jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Kunde über ein Mehrfaches des Durchschnittseinkommens verfügt oder sein Vermögen die mutmasslichen Prozesskosten um ein Mehrfaches übersteigt. Die Grenze bleibt damit unscharf, doch dürften **auch weite Kreise des Mittelstands** von der Finanzierung profitieren. Diese steht zudem **klagenden Verbänden** offen, sofern sie nicht über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügen.

"Die Kombination sämtlicher Elemente birgt das Potential, die Schweizer Prozessrechtslandschaft radikal zu verändern und gegenüber Finanzdienstleistern eine eigentliche "claims culture" zu begründen."

In Anlehnung an die Regelung der unentgeltlichen Rechtspflege in der ZPO darf die Klage **"nicht aussichtslos"** erscheinen. Über die Kostenübernahme ist vom Gericht auf entsprechendes Gesuch des Kunden hin grundsätzlich **in einem Vorverfahren zu befinden**, dessen Kosten bei Gutheissung des Gesuchs ebenfalls vom Prozesskostenfonds getragen werden. Im Falle der Gutheissung deckt die **Kostenübernahme** neben den Gerichtskosten und den Kosten einer angemessenen eigenen Rechtsvertretung sowie allfälliger weiterer Experten (anders als die unentgeltliche Rechtspflege) **auch eine allfällige Parteientschädigung** an die Gegenseite. Aufgrund dieser Erweiterung sollte das **Kriterium der Aussichtslosigkeit tendenziell strenger** gehandhabt werden.

## 6 KOLLEKTIVER RECHTSSCHUTZ

### 6.1 ALLGEMEINES

Beim kollektiven Rechtsschutz schlägt das FIDLEG zwei prozessuale Instrumente vor. Mit der **Verbandsklage** wird ein im Schweizer Recht bereits bekanntes Instrument "neu für das Finanz- und Kapitalmarktrecht nutzbar gemacht". Mit dem **Gruppenvergleichsverfahren** beschreitet das FIDLEG demgegenüber Neuland und orientiert sich an einer im Jahre 2005 in den Niederlanden eingeführten Regelung.

### 6.2 VERBANDSKLAGE

Die Verbandsklage, welche bereits heute in Art. 93 ZPO für Persönlichkeitsverletzungen sowie spezialgesetzlich z.B. im UWG vorgesehen ist, ermöglicht **nicht gewinnorientierten Verbänden** (sowie Vereinen und anderen Organisationen) – in der Praxis namentlich Konsumentenschutzorganisationen – **im eigenen Namen wegen Pflichtverletzungen eines Finanzdienstleisters gegenüber Kunden** zu klagen. Auch für Verbandsklagen soll der **Prozesskostenfonds** in Anspruch genommen werden können.

Mit der Verbandsklage kann auf **Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung einer Pflichtverletzung** geklagt werden. Nicht vorgesehen ist eine Leistungsklage auf

Schadenersatz. Die Verbandsklage ist von allfälligen Individualklagen der Kunden unabhängig. Sie entfaltet für diese keinerlei Rechtskraftwirkungen. Die **faktische Präjudizwirkung** soll aber die Durchsetzung finanzieller Ansprüche durch anschliessende Individualklagen erleichtern.

### 6.3 GRUPPENVERGLEICHsverfahren

Mit dem Gruppenvergleichsverfahren schlägt das FIDLEG für das Schweizer Recht erstmals ein **"echtes Instrument des kollektiven Rechtsschutzes"** vor. Es ermöglicht, einen zwischen einem Verband und einem oder mehreren mutmasslich haftpflichtigen Finanzdienstleistern geschlossenen **Vergleich für einen fixen Gesamtbetrag mit verbindlicher Wirkung** für sämtliche von einer Pflichtverletzung betroffenen Kunden abzuschliessen. Die Regelung des FIDLEG orientiert sich an einem **niederländischen Vorbild** aus dem Jahre 2005.

Als Gegenpartei der Finanzdienstleister in einem Gruppenvergleich kommen nur **nicht gewinnorientierten Verbände** (die auch zur Verbandsklage legitimiert wären) in Betracht. Einzelpersonen oder forensisch tätige Anwaltskanzleien sind damit ausgeschlossen. Die **Gruppe der vom Vergleich betroffenen Kundinnen und Kunden** muss "genügend gross" sein, damit eine "Verbindlicherklärung [...] gerechtfertigt erscheint". Gemäss Erläuterndem Bericht wird bewusst auf eine absolute Grenze verzichtet, doch dürfte eine Anzahl von **mindestens 100 betroffenen Personen** erforderlich sein.

Mit der **Genehmigung durch das zuständige obere kantonale Gericht** auf gemeinsamen Antrag der Parteien wird der Gruppenvergleich grundsätzlich für sämtliche, von der mutmasslichen Pflichtverletzung des Finanzdienstleisters betroffene Kunden verbindlich. Im Genehmigungsverfahren soll das Gericht neben formellen Punkten **auch die materielle Angemessenheit des Vergleichs prüfen** können, also namentlich, ob die Höhe der Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zur Pflichtverletzung und zur Art und Schwere der erlittenen Schäden steht.

Dem einzelnen Kunden steht das Recht zu, innert Frist den Austritt aus dem Gruppenvergleich zu erklären (sog. **Opt-out Lösung**). Nach dem Austritt können entsprechende Kunden mittels Individualklage vorgehen, eine Finanzierung aus dem Prozesskostenfonds bleibt ihnen jedoch verwehrt. Treten mehr als ein Drittel der betroffenen Kunden aus, so können die Parteien den **Vergleich widerrufen**.

Das Gruppenvergleichsverfahren kann nicht nur für betroffene Kunden, sondern auch für Finanzdienstleister attraktiv sein. Zuzugleich gerichtlicher Verbindlicherklärung ermöglicht es eine weitgehend **"flächendeckende" Erledigung von Kundenansprüchen**, verhindert eine potentielle Vielzahl aufeinander folgender Gerichtsverfahren und schafft **Rechtssicherheit**. Die richterliche Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung stellt jedoch einen **weit gehenden Eingriff in die Privatautonomie** dar. Die Beteiligung eines repräsentativen Verbands, der eine Grosszahl von Kunden vertritt, dürfte ausgewogene Verhandlungslösungen bereits ausreichend sicherstellen.

## 7 AUSBLICK

Die Stossrichtung des FIDLEG, einen **qualitativ hochstehenden Anlegerschutz** auch auf der Ebene des privaten

Rechtsschutzes sicherzustellen, ist begrüssenswert. Dennoch dürften die entsprechenden Neuerungen zu den umstrittensten Teilen des ganzen Vorentwurfs gehören.

Jede der vorgeschlagenen Massnahmen würde nämlich bereits für sich genommen **weitreichende Konsequenzen** zeitigen. Die Kombination sämtlicher Elemente birgt das Potential, die **Schweizer Prozessrechtslandschaft radikal zu verändern** und gegenüber Finanzdienstleistern eine eigentliche "**claims culture**" zu begründen.

Aus systematischer Sicht stellt sich zudem die Frage, ob eine **allgemeine zivilprozessuale Lösung** (in der Zivilprozessordnung) nicht **nachhaltiger und tragfähiger** wäre als

die Schaffung eines Sonderzivilprozessrechts für Finanzdienstleister. Viele der als potentielle Schwachstellen identifizierten Punkte – etwa das Prozesskostenrisiko und die weit verbreitete Kostenvorschusspflicht als Rechtsschutzbarriere – sind keineswegs finanzdienstleistungsspezifischer Natur. Auch im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes identifizierte der entsprechende Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013 ganz allgemein (und keineswegs spezifisch für die Finanzindustrie) eine Lücke im geltenden Rechtsschutzsystem bei der Durchsetzung von Massen- und Streuschäden. Thematisch gehören die meisten Vorschläge zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche mithin an sich nicht in das FIDLEG, sondern eher in die ZPO.

## Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

In Zürich:



**Martin Bernet**

Partner  
martin.bernet@swlegal.ch

In Genf:



**Christian Girod**

Partner  
christian.girod@swlegal.ch



**Urs Hoffmann-Nowotny**

Senior Associate  
urs.hoffmann-nowotny@swlegal.ch



**Vincent Jeanneret**

Partner  
vincent.jeanneret@swlegal.ch

## Schellenberg Wittmer AG

Rechtsanwälte

### ZÜRICH

Löwenstrasse 19  
Postfach 1876  
8021 Zürich/Schweiz  
T +41 44 215 5252  
F +41 44 215 5200  
zurich@swlegal.ch

### GENEVA

15bis, rue des Alpes  
Postfach 2088  
1211 Genf 1/Schweiz  
T +41 22 707 8000  
F +41 22 707 8001  
geneva@swlegal.ch

[www.swlegal.ch](http://www.swlegal.ch)

Schellenberg Wittmer Pte Ltd in Singapore  
6 Battery Road, #37-02 / Singapore 049909 / [www.swlegal.sg](http://www.swlegal.sg)