

# Inhaltsübersicht

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

II. (Befugte) Substitution gemäss Art. 399 Abs. 2 OR ..... 14

III. Abgrenzung ..... 16

  

**§ 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

IV. Hinweise zur Entstehungsgeschichte ..... 33

V. «Übertragung von Aufgaben» gemäss Art. 14 FINIG ..... 35

VI. «Beizug Dritter» gemäss Art. 23 FIDLEG – Verhältnis zu Art. 14 FINIG ..... 84

  

**§ 4 Art. 68 Abs. 2 FINIG: Die Haftung für Dritte bei der «Übertragung von Aufgaben» ..... 91**

I. Übersicht ..... 91

II. Entstehungsgeschichte..... 93

III. Normzweck ..... 102

IV. Die Haftungsvoraussetzungen ..... 102

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

Sachregister ..... 159

# 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
<b>§ 3</b>	<b>«Übertragung von Aufgaben» und «Beizug Dritter» im Aufsichtsrecht.....</b>	<b>23</b>
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
<b>§ 5</b>	<b>Ergebnisse .....</b>	<b>145</b>
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