Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 113 (1994)

Artikel: Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht : insbesondere im Anlagegeschäft

Autor: Thalmann, Christian

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896064

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 10.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft

von Dr. iur. CHRISTIAN THALMANN

Rechtskonsulent des Schweizerischen Bankvereins, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 122

Vorwort 125

I. Grundlegung 127

1. Kapitel: Sorgfalt und Sorgfaltspflichten der Bank – Wovon ist die Rede? 127

1. These: Das Bankvertragsrecht ist komplexer Natur; es wird nicht allein vom Auftragsrecht beherrscht 127

2. These: Sorgfalt gehört zum Inhalt jeder vertraglichen Schuldpflicht; sie ist nicht nur für Auftragsverhältnisse kennzeichnend 129

3. These: Sorgfaltspflichten kommen als Hauptpflichten und als Nebenpflichten vor 130

4. These: Im privaten Bankrecht sind Sorgfaltspflichten der Bank im Interesse des Kunden und Sorgfaltspflichten der Bank im Interesse Dritter zu unterscheiden 133

5. These: Nicht jede Rechtspflicht ist eine Sorgfaltspflicht 135

6. These: Das Mass der Sorgfalt der Bank ist nicht bei allen Bankgeschäften gleich hoch anzusetzen 138

7. These: Die für die Freizeichnung von der Haftung für Sorgfalt geltenden Regeln (Art. 100 und 101 OR) lassen sich nicht ohne weiteres auf das Auftragsrecht übertragen . . 141

II. Sorgfaltspflichten der Bank gegenüber Dritten im Anlagebereich 146

2. Kapitel: Privatrechtliche Sorgfaltspflichten bei der Entgegennahme und Rückerstattung von Vermögenswerten . . 146
1. Sorgfalt bei der Entgegennahme von Vermögenswerten zum Zwecke des Erwerbs dinglicher Rechte 146
2. Sorgfalt bei der Entgegennahme von Vermögenswerten zur Weiterleitung (zum Verkauf oder zum Inkasso) 149
3. Sorgfalt bei der Entgegennahme von Vermögenswerten zur blossen Aufbewahrung 153
3.1. Die Entgegennahme zur Aufbewahrung 153
3.2. Die Rückerstattung an den Hinterleger 155

4. Berührungspunkte zwischen den öffentlichrechtlichen und den privatrechtlichen Sorgfaltspflichten der Bank – Die Frage der zivilrechtlichen Haftung für die Verletzung öffentlichrechtlicher Sorgfaltspflichten 156

III. Sorgfaltspflichten der Bank gegenüber dem Kunden im Vermögensanlagegeschäft 158

3. Kapitel: Sorgfalt und Sorgfaltspflichten der Bank im Bereich der Anlagegeschäfte "technischer" Natur 158
1. Sorgfaltspflichten im Einlagegeschäft 159
1.1. Sorgfalt bei der Vertragserfüllung 159
1.2. Sorgfalt bei der Prüfung der Gläubigerlegitimation . . 160
1.2.1. Das Sparheft als Legitimationsinstrument 160
1.2.2. Die Unterschrift als Legitimationsinstrument . . . 163
a) Die gesetzliche Risikoverteilung 163
b) Sorgfaltspflichten des Kunden (Selbstverschulden) 163
c) Vertragliche Abreden über die Risikoverteilung 164
1.2.3. Der Code als Legitimationsinstrument 168
a) Besondere Risiken beim Code als Legitimationsinstrument 169
b) Vertragliche Abreden über die Risikoverteilung . . 170
1.2.4. Entwicklungen in der ausländischen Gesetzgebung und auf internationaler Ebene zum Code als Legitimationsmittel – Die systembezogene Sorgfaltspflicht der Bank 171
a) Konsumentenschutzorientierte Regelungen 171
b) Regelungen im Rahmen von Gesamtordnungen des Überweisungsverkehrs 173
2. Sorgfaltspflichten im Depotgeschäft 174
2.1. Die Aufbewahrungsobligation als Hauptpflicht der Bank 174
2.2. Die sog. "ordentliche" oder "übliche" Verwaltung der Wertpapiere im offenen Depot als Nebenpflicht der Bank 176
a) Die Pflicht zur Überwachung 176
b) Ist die Bank berechtigt oder verpflichtet, anstelle des abwesenden Kunden selbst zu entscheiden? 178
3. Sorgfalts- und Treuepflichten im Rahmen der Anlageerwerbsgeschäfte 179
3.1. Die unterschiedliche Sorgfalt des Kommissionärs und des Verkäufers 179
3.1.1. Sorgfaltspflichten 179

3.1.2. Treuepflichten – Interessenkonflikte 180
a) Konflikte mit eigenen Interessen der Bank 181
b) Konflikte mit Interessen anderer Kunden 181
3.2. Kriterien für die Beurteilung der Rechtsnatur der Anlageerwerbsgeschäfte 182

4. Kapitel: Sorgfalt und Sorgfaltspflichten der Bank im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung 185
1. Anlageberatung und Vermögensverwaltung – Zwei verwandte Dienstleistungen mit verschiedenem Pflichtenumfang 185
2. Die Rechtsgrundlage der Sorgfalt bei der Anlageberatung und bei der Vermögensverwaltung 188
2.1. Die Rechtsgrundlage der Sorgfalt bei der Anlageberatung 188
a) Keine Beratungspflicht, aber Sorgfaltspflicht 188
b) Vertragliche oder ausservertragliche Rechtsgrundlage der Sorgfaltspflicht bei der Anlageberatung? 189
2.2. Die Rechtsgrundlage der Sorgfalt bei der Vermögensverwaltung (Auftrag) 191
3. Die Sorgfaltspflichten der Bank als Anlageberaterin und Vermögensverwalterin im einzelnen 192
3.1. Sorgfalt als Einstehenmüssen für genügendes Fachwissen und Know-how 193
a) Sorgfältige und "richtige" Raterteilung sind nicht dasselbe 193
b) Die überholte These von der Unverbindlichkeit der Börsenempfehlung 194
c) Empfehlungen, die sich auf Märkte, und Empfehlungen, die sich auf einzelne Wertpapiere (Unternehmungen) beziehen 194
d) Das Bond-Anleihe-Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 1993 195
3.2. Die Verhaltenspflichten des Anlageberaters und des Vermögensverwalters 197
3.2.1. Vermögensverwaltung 197
3.2.2. Anlageberatung 200
a) Der unterschiedliche Umfang der Verhaltenspflichten des Anlageberaters und Vermögensverwalters 200
b) Die Typologie der Pflichten des Anlageberaters nach HOPT 201
c) Die sog. Wahrheitspflicht und die beschränkte Rolle der Informationsvermittlung bei der Anlageberatung 201

5. Kapitel: Sorgfaltspflichten der Bank beim aktiven Vertrieb von Anlagen (Haftung aus Empfehlung?) 204
1. Sorgfaltspflichten der Bank beim direkten Verkauf von Anlagen an den Kunden 204
1.1. Erscheinungsformen des direkten Verkaufs von Anlagen 204
1.2. Die "Shingle Theory" und die Abklärungspflicht gemäss der Suitability-Doktrin (USA, England) . . . 205
1.3. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung 207
1.4. Die Diskussion in der Schweiz um die sog. Privatplazierungen 209
2. Sorgfaltspflichten der Bank beim Verkauf über öffentliche Auskündigung (Prospektpflicht und Prospekthaftung) 211

6. Kapitel: Die vorvertragliche Aufklärungspflicht der Bank im Bereich der auf Initiative des Kunden getätigten Vermögensanlagegeschäfte 214
1. Grundlagen 214
1.1. Vorvertragliche Aufklärung als Transfer von Know-how – Abgrenzung zur Anlageberatung und zur Aufklärung im Sinne der Gebrauchsanweisung 214
1.2. Die Intensität der zu vermittelnden Information 215
1.3. Der Anschein der Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden als Auslöser der Aufklärungspflicht . . . 216
1.4. Aufklärungspflicht bei Termingeschäften im besonderen 218
2. Die deutsche Lehre von der Beratungspflicht 220
3. Die Treuepflicht des Beauftragten als Grundlage der Aufklärungspflicht der Bank im Anlagebereich 222
3.1. Grundsätzliche Überlegungen 222
3.2. Kritischer Überblick über die schweizerische Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der beauftragten Bank 224
a) Die anfängliche Zurückhaltung der Gerichte in der Annahme von Aufklärungspflichten 224
b) Die Kehrtwendung in den Jahren 1989 und 1990 – Kritische Bemerkungen dazu 225
c) Erneute Wende zur Zurückhaltung – Das Urteil des Bundesgerichts vom 23. März 1993 228
4. Rechtsgrundlagen der Aufklärungspflicht der Bank ausserhalb des Auftragsrechts 229
4.1. Ausstrahlungen des Gedankens der auftragsrechtlichen Treuepflicht in den Bereich der Austauschverträge 229

4.1.1. Abgrenzung zur Lehre von der culpa in contrahendo 230
4.1.2. Die innere Rechtfertigung für die Annahme von Aufklärungspflichten ausserhalb des Auftragsrechts: Berufshaftung 231
4.2. Kritik anderer Vorstellungen 232
4.2.1. Umdeutung aller Bankverträge in Auftragsverhältnisse? 232
4.2.2. Allgemeiner Bankvertrag oder Kontoeröffnungsvertrag als Grundlage vorvertraglicher Aufklärungspflichten? 233
4.3. Aufsichtsrechtliche (öffentlichrechtliche) Gesetzgebung – Die Regelung im Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) 235

Schlusswort 238

Literaturverzeichnis 241

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle juristische Praxis (St. Gallen)
AISUF	Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
BBl	Bundesblatt
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
CFTC	Commodity Futures Trading Commission (USA)
CR	Computer und Recht (Köln)
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EDI	Electronic Data Interchange
EFTA	Electronic Fund Transfer Act (USA)
HGB	(Deutsches) Handelsgesetzbuch
IFLR	International Financial Law Review (London)
IOSCO	International Organisation of Securities Commissions
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
altOR	26. Titel des Obligationenrechts, in Kraft bis 30. Juni 1992
revOR	Revidiertes Obligationenrecht (26. Titel), in Kraft seit 1. Juli 1992
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SchG	(Deutsches) Scheckgesetz
SEC	Securities and Exchange Commission (USA)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SOFFEX	Swiss Options and Financial Futures Exchange
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel/Stuttgart resp. Frankfurt a.M.)
SSBR	Schweizer Schriften zum Bankrecht
SSHWR	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (vormals SAG)
UCC	Uniform Commercial Code (USA)

UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt a.M.)
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich, bis 1990)
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Köln)
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Stuttgart, ab 1977 Heidelberg)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Abkürzungen für häufig zitierte Materialien

Einheitliche Richtlinien: Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive, Revision 1983, Publikation Nr. 400 der Internationalen Handelskammer

Richtlinien der Bankiervereinigung: Richtlinien und Kommentar für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank, August 1979, letztmals revidiert 1990, herausgegeben von der schweizerischen Bankiervereinigung

Geldwäscherei-Richtlinien: Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission: Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei vom 18. Dezember 1991 (EBK-Rundschreiben 91/3 Geldwäscherei)

Sorgfaltspflichtvereinbarung: Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 1. Juli 1992 (erstmals in Kraft getreten am 1. Juli 1977 unter dem Titel "Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses")

I. Grundlegung

1. Kapitel: Sorgfalt und Sorgfaltspflichten der Bank – Wovon ist die Rede ?

Wer über Sorgfalt und Sorgfaltspflichten nachdenkt, läuft Gefahr, sich im Uferlosen zu verlieren. Daher sollen hier die unerlässlichen Vorbemerkungen in Thesenform vorgelegt werden. Bei der Diskussion dieser Thesen wird es in erster Linie darum gehen, den Horizont abzustecken und einen Überblick über die vielfältigen Bereiche zu geben, in denen Sorgfaltspflichten der Bank im privaten Bankrecht von Bedeutung sind.

Im Laufe der vergangenen Jahre haben sich verschiedene Autoren zum Thema der Sorgfaltspflicht des Bankiers geäussert[1]. Unter ihnen haben NOBEL und, ihm folgend, SCHWAIBOLD gefordert, es sei an die Tätigkeit der Banken ein ausserordentlich strenger Sorgfaltsmassstab anzulegen[2]. Beide Autoren haben in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, dass die Bankgeschäfte insgesamt vom Auftragsrecht beherrscht seien[3]. Diese Ansicht muss den klassisch geschulten Bankjuristen befremden, der gewohnt ist, die Bankgeschäfte einer Vielzahl von Vertragstypen zuzuordnen. Nach einer Auseinandersetzung ruft auch die Auffassung NOBELS, wonach es sich bei der öffentlichrechtlichen Sorgfaltspflicht und der privatrechtlichen Sorgfaltspflicht der Banken letzten Endes um ein und dasselbe Phänomen handle[4]. Richtig ist, dass Berührungspunkte zwischen beiden Bereichen bestehen. Einen ersten Hinweis auf solche Berührungspunkte mag im folgenden nach einem Seitenblick auf die Vielgestaltigkeit des Bankgeschäfts vor allem ein kurzer Überblick auf die Vielgestaltigkeit der Sorgfaltspflichten der Bank im privaten Bankrecht vermitteln. Dabei wird sich zeigen, dass die Sorgfaltspflichten der Bank im Privatrecht nicht nur vertraglichen Ursprung haben und nicht nur den Schutz der Interessen der Kundschaft, sondern auch den Schutz von Interessen Dritter verfolgen.

1. These: Das Bankvertragsrecht ist komplexer Natur; es wird nicht allein vom Auftragsrecht beherrscht

Banken lassen sich gerne als Dienstleistungsunternehmen bezeichnen. Dieser Sprachgebrauch legt die Vorstellung nahe, die Bankverträge seien samt und sonders vom Auftragsrecht beherrscht. Tatsächlich lässt sich eine

---

1 Vgl. die Aufsätze von NOBEL, Sorgfaltspflicht (1985); REICHWEIN (1987); NOBEL, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht (1989); SCHWAIBOLD, AGB (1992); CHAPUIS (1992); SCHWAIBOLD, Überblick (1993).

2 NOBEL, Sorgfaltspflicht, S. 207; SCHWAIBOLD, AGB, S. 243 f.

3 Vgl. unten Anmerkung 9.

4 NOBEL, Sorgfaltspflicht, S. 206.

Vorwort

Zunächst sind zwei Vorbemerkungen zur Abgrenzung des Themas am Platze. In Absprache mit dem Vorstand des schweizerischen Juristenvereins haben die beiden Berichterstatter zur privatrechtlichen Sorgfaltspflicht der Bank die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), die zur Hauptsache die Feststellung der Identität des Kunden und des sog. wirtschaftlich Berechtigten regelt, aus dem Bereich ihrer Untersuchungen ausgeklammert. Die Sorgfaltspflichtvereinbarung ist zwar vom Bundesgericht als ein Vertrag des Privatrechts bezeichnet worden (BGE 109 Ib 146 ff.); sie hat aber vorwiegend öffentliche Interessen im Auge. Die Berichterstatter zur öffentlichrechtlichen Sorgfaltspflicht der Bank werden auf sie eingehen.

Mit dem Korreferenten, Herrn Prof. Dr. François Chaudet, habe ich eine Aufteilung des Themas vereinbart. Während er die Sorgfaltspflichten der Bank im Kreditsektor behandelt, habe ich den Akzent auf den Kapitalanlagebereich und das Einlagegeschäft gelegt und zur Abrundung auch gelegentliche Exkurse in das Gebiet des Zahlungsverkehrs vorgenommen. Der Kreditsektor ist ganz ausser Betracht geblieben.

Zu meinem Bedauern konnte ich die ausländische Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung nicht in dem beabsichtigten Umfang verarbeiten. Dass der deutschen Lehre ein so grosses Gewicht zugekommen ist, hat zwei Gründe. Der Einfluss der deutschen Lehre auf die schweizerische Lehre und Praxis ist im hier dargestellten Bereich deutlich spürbar. Zudem hat mir der von der deutschen Lehre gewählte Ansatz – wie der Leser unschwer feststellen wird – gelegentlich Mühe bereitet. Der vorliegende Bericht ist weitgehend zu einem Versuch geraten, einen von der deutschen Lehre unabhängigen Ansatzpunkt zu finden.

Der Auftrag zur Bearbeitung des Themas ist mir ad personam übertragen worden. Die Verantwortung für meine Überlegungen trage ich allein. Ich bin aber meinen Kollegen vom Rechtsdienst des Schweizerischen Bankvereins dankbar, dass sie mir in den letzten Monaten manche Last abgenommen haben. Einigen von ihnen bin ich auch für kritische Ratschläge dankbar. Schliesslich danke ich dem Schweizerischen Nationalfonds für einen Forschungsbeitrag und meinem Assistenten, Herrn lic.iur. Urban Antes, für seine tatkräftige Mitarbeit und seine kritische Begleitung. Schliesslich erinnere ich mich dankbar an einen ausgedehnten Arbeitsaufenthalt bei meinen Freunden Donatus und Christine Burckhardt-Seebass in den Tiroler Bergen.

Zürich, Ende Juni 1994 Dr. Christian Thalmann

ganze Reihe von Bankgeschäften dem Auftragsrecht zuordnen; dies gilt etwa für die Dienstleistungen im Zahlungsverkehr (Banküberweisung, Checkinkasso), das Börsengeschäft, die Vermögensverwaltung und anderes mehr. Es ist auch nicht zu übersehen, dass der Kontoeröffnungsvertrag, der jeder dauerhaften Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden zugrundeliegt, auftragsrechtliche Elemente in sich schliesst. Man kann das Konto als Scharnierstelle bezeichnen, die jede ausgebaute Geschäftsbeziehung im Bankgeschäft kennzeichnet[5].

Die nicht zu unterschätzende Bedeutung des Kontos im Bankverkehr und die Tatsache, dass das Konto als solches auftragsrechtliche Elemente in sich schliesst, darf aber nicht den Blick davor verschliessen, dass sich gerade das klassische Bankgeschäft nicht auf den Auftrag zurückführen lässt. Wer bei der Bank eine Einlage in Form eines Sparhefts unterhält, oder wer sich von der Bank ein Hypothekardarlehen gewähren lässt, ist nicht Auftraggeber. Erst wenn die Bank dem Kunden ein Konto eröffnet, kommen auftragsrechtliche Elemente ins Spiel. Deswegen verliert aber das Sparguthaben, das von einem Sparheft auf ein Sparkonto übertragen wird, seinen Charakter als depositum irregulare nicht[6]. Die einzelnen Bankgeschäfte behalten ungeachtet der dem Konto zukommenden Scharnierfunktion ihren Charakter als separate Rechtsgeschäfte[7]. Zwar ist die Zuordnung der einzelnen Bankgeschäfte zu den Vertragstypen des Obligationenrechts nicht immer einfach. Darüber hinaus zeichnet sich das Bankvertragsrecht, wie GUGGENHEIM zutreffend bemerkt hat, durch eine gewisse "Autonomie" aus in dem Sinne, dass die einzelnen Bankgeschäfte oftmals dem für sie massgebenden Vertragstypus des Obligationenrechts nicht rein entsprechen[8]. Es geht aber zu weit, wenn NOBEL und andere Autoren die bankvertraglichen Beziehungen insgesamt dem Auftragsrecht unterstellen[9]. Auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung kann sich diese Ansicht nicht berufen[10].

---

5 KLEINER, Bankkonto, S. 275, spricht mit etwas anderer Nuance vom Kontokorrent als einem "Hilfsinstrument" für die anderen Bankverträge.

6 Vgl. BGE 100 II 153 f. – Nach KLEINER, AGB, S. 91 f. unterstehen alle Einlagen, die über ein Konto mit Giroabrede, d.h. mit Eignung für den Zahlungsverkehr geführt werden, dem Auftragsrecht. Sparkonten sind aber nicht für den Zahlungsverkehr bestimmt.

7 KLEINER, AGB, S. 91 ff.; KLEINER, Elektronische Transaktionen, S. 275; GUGGENHEIM, S. 11 f.; THALMANN, AGB, S. 129 f.; HOPT, Rechtsprobleme, S. 141 ff.; LEUENBERGER, S. 57; VON DER CRONE, S. 15; MAURENBRECHER, S. 204 f.; GIOVANOLI, S. 183; SCHMID, S. 53. – Der Kontoeröffnungsvertrag ist als Rahmenvertrag anzusehen, dem eine eigene Existenz und Unabhängigkeit von den einzelnen Bankverträgen (Bankgeschäften) zukommt, vgl. MAURENBRECHER, insb. S. 201 ff.

8 GUGGENHEIM, S. 9 ff. nennt den Hinterlegungsvertrag, den Darlehensvertrag und den Auftrag. Er hätte auch noch den Kaufvertrag erwähnen können.

9 NOBEL, Sorgfaltspflicht, S. 206 und NOBEL, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, S. 246; SCHWAIBOLD, AGB, S. 243 f. – Vgl. auch schon AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, S. 34.

10 Der von NOBEL zitierte BGE 111 II 447 ff. (449) äussert sich nur über die Funktion des Kontokorrentvertrags oder Kontoeröffnungsvertrags (Giroabrede, Verrechnung, Kontoführung).

2. *These: Sorgfalt gehört zum Inhalt jeder vertraglichen Schuldpflicht; sie ist nicht nur für Auftragsverhältnisse kennzeichnend*

Es ist kaum ein Zufall, dass gerade Autoren, die an die Tätigkeit der Banken einen besonders strengen Sorgfaltsmassstab anlegen, der Meinung zuneigen, das Bankgeschäft sei im wesentlichen vom Auftragsrecht beherrscht. Die Forderung, die Banken hätten sich bei ihrer Tätigkeit an "höchsten" und "strengsten" Sorgfaltsmassstäben zu orientieren[11], klingt besonders plausibel, wenn man die Banken schlechthin in der Rolle von Beauftragten sieht. Doch das Gesetz auferlegt die Verpflichtung zur sorgfältigen Ausführung eines Geschäfts dem Beauftragten zwar in besonders auffälliger Weise[12]; es stützt aber keineswegs die Auffassung, dass die Leistung von Sorgfalt ein Spezifikum des Auftragsrechts sei, mit anderen Worten, dass im Rahmen anderer Rechtsverhältnisse Sorgfalt nicht geschuldet werde.

Solchen, in Lehre[13] und Rechtsprechung[14] gelegentlich anzutreffenden Vorstellungen ist entgegenzuhalten: Sorgfalt ist nicht nur im Auftragsbereich, sondern bei allen Rechtsgeschäften geschuldet, also nicht zuletzt auch im Bereich der zahlreichen Obligationen, die die Bewirkung eines klar definierten Erfolgs zum Gegenstand haben[15]. Bei diesen Obligationen, die man mit einer der französischen Rechtssprache entlehnten Terminologie als "obligations de résultat" von den für das Auftragsrecht typischen "obligations de moyens" abgrenzen kann[16], wird die Frage, ob der Schuldner sorgfältig gehandelt hat, zwar nicht unter dem Titel der Vertragserfüllung geprüft; sie taucht aber, wenn der versprochene Erfolg ausgeblieben ist, auf, sobald es darum geht festzustellen, ob der ausgebliebene Leistungserfolg auf ein Verschulden, d.h. auf Fahrlässigkeit des Schuldners zurückzuführen ist. Unterlassung der gebotenen Sorgfalt und Fahrlässigkeit sind sprachlich und sachlich dasselbe[17]. Sorgfalt erscheint

---

11 SCHWAIBOLD, AGB, S. 243 f.

12 Art. 398 Abs. 2 OR.

13 Anders lässt sich SCHWAIBOLDS Bemerkung zum Bundesgerichtsentscheid in BGE 116 II 459 ff. nicht verstehen. SCHWAIBOLD hat dieses Urteil, bei dem sich das Bundesgericht zur Sorgfaltspflicht der Bank bei der Prüfung der Legitimation des Vorweisers eines Sparhefts unter den Gesichtspunkten von Art. 3 Abs. 2 ZGB (guter Glaube) und Art. 976 OR (Wertpapierrecht) zu äussern hatte, ohne jeden Anlass als "rein sorgfalts- und auftragsrechtlich" motiviert bezeichnet. Vgl. SCHWAIBOLD, Überblick, S. 195.

14 Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts bezeichnet manchmal Bankgeschäfte, die nach der Lehre dem Kaufrecht unterstehen, ohne nähere Prüfung als "Aufträge": Vgl. das nicht publizierte Urteil vom 1. Juni 1990, summarisch wiedergegeben in SZW 1991, S. 174 f. (Devisentermingeschäfte); ferner BGE 119 II 333 ff. (Devisengeschäfte als "Aufträge" respektive "Börsenaufträge" bezeichnet).

15 Im Bankvertragsrecht sind diesen Obligationen die vom Hinterlegungsvertrag, vom Darlehen oder vom Kaufvertrag beherrschten Bankgeschäfte zuzurechnen.

16 WERRO, S. 253 ff.; vgl. der Sache nach auch GAUTSCHI, N 21 b zu Art. 398 OR.

17 Es ist problematisch, wenn GAUTSCHI, N 22 a zu Art. 398 OR die Unterlassung der geschuldeten Sorgfalt im Auftragsrecht als "Unsorgfalt" künstlich vom Begriff der

bei den "obligations de résultat" als Verhaltenspflicht, die der Schuldner beim Hinwirken auf den vertraglichen Leistungserfolg beachten muss. Es steht nirgends geschrieben, dass vom Schuldner nicht auch in diesem Rahmen ein besonders hohes Mass an Sorgfalt gefordert werden dürfe. Die rechtspolitische Forderung nach einem besonders strengen Sorgfaltsmass für die Banken ist darum kein Argument für die Unterstellung von Bankgeschäften unter das Auftragsrecht, die ihrer Natur nach als "obligations de résultat" strukturiert sind.

3. These: Sorgfaltspflichten kommen als Hauptpflichten und als Nebenpflichten vor

Sorgfaltspflichten fliessen im Auftragsrecht aus dem Sorgfaltsgebot und aus dem Treuegebot:

Wenn eine Bank einen Börsen- oder Zahlungsauftrag ausführt, oder wenn sie dem Kunden im Rahmen einer Anlageberatung ein Wertpapier empfiehlt oder Auskunft über das Funktionieren der Terminbörse erteilt, muss sie sorgfältig vorgehen. Ihre Sorgfaltspflicht bezieht sich in diesen Fällen auf die Hauptleistung. Es geht um die "sorgfältige Ausführung" des übertragenen Geschäfts im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR.

Das Auftragsrecht kennt aber auch Sorgfaltspflichten, die aus der Treuepflicht folgen. Der Beauftragte fügt seinem Versprechen, seine Leistung sorgfältig zu erbringen, das Versprechen hinzu, dass er seine Interessen denjenigen des Auftraggebers unterordnen werde[18]. Weil er die Besorgung fremder Geschäfte übernimmt, also in fremdem Interesse handelt[19], erschöpft sich seine Pflicht nicht in der sorgfältigen Erledigung des übertragenen Geschäfts. Vielmehr wird von ihm erwartet, dass er den Auftrag als Ganzes und die einzelnen Weisungen des Auftraggebers an dessen Interesse misst und den Auftraggeber auf Bedenken hinweist, die aus dessen Sicht der Ausführung des Auftrags entgegenstehen könnten.

Fahrlässigkeit abgrenzen zu müssen glaubt, weil die mangelnde Sorgfalt das eine Mal als Verschulden, das andere Mal als Vertragsverletzung gerügt wird. Nicht weniger problematisch ist es, wenn die herrschende Lehre aufgrund der Tatsache, dass der vom Modell der "obligation de résultat" inspirierte allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechts zwischen Vertragserfüllung und Verschulden unterscheidet, auch im Bereich des Auftragsrechts zwei Typen von Sorgfalt auseinanderzuhalten und die Sorgfaltsfrage im Bereich der Verschuldensprüfung nochmals aufwerfen zu müssen glaubt (WEBER, Sorgfaltswidrigkeit, S. 47 ff.; WEBER, Kommentar, N 24 zu Art. 398 OR; FELLMANN, N 19 ff. zu Art. 398 OR). Mit dem Bekenntnis zur objektiven Natur der Sorgfalt im Zivilrecht lässt sich diese Verdoppelung des Sorgfaltsbegriffes nicht vereinbaren; vgl. dazu HOFSTETTER, S. 96, Anm. 102 und WERRO, S. 276 f.; auf die Beziehungen zwischen dem objektiven Sorgfaltsbegriff und der Verschuldensfrage macht auch NOBEL, Sorgfaltspflicht, S. 207 aufmerksam.

18 GAUTSCHI, N 3 b zu Art. 398 OR; FELLMANN, N 25 zu Art. 398 OR; WEBER, Kommentar, N 8 zu Art. 398 OR.

19 Nur hinsichtlich der Frage der Vergütung stehen sich im Auftragsrecht Mandant und Mandatar wie Partner eines Austauschverhältnisses gegenüber.

Der Beauftragte muss also bereit sein, den Willen des Kunden zu hinterfragen. Für eine Bank kann sich so etwa die Pflicht ergeben, den Kunden von einem Auftrag zum Kauf einer spekulativen Anlage abzuraten oder ihn auf gewisse Risiken, die ihm aus der Abwicklung des Auftrags entstehen könnten, hinzuweisen. Diese aus der Treuepflicht fliessende Sorgfaltspflicht des Beauftragten zur Aufklärung, Warnung usw. des Auftraggebers ist als unselbständige Nebenpflicht zu bezeichnen, denn sie dient nicht der Erfüllung des vertraglichen Leistungsprogramms, und die Sanktion für ihre Verletzung liegt allein in einer Schadenersatzforderung des Auftraggebers. Weil diese Sorgfaltspflicht im typischen Fall[20] schon bei der Entgegennahme des Auftrags und vor dessen Annahme aktuell wird, spricht man auch von einer vorvertraglichen Nebenpflicht[21,22].

Aufklärungspflichten im Sinn von vorvertraglichen Nebenpflichten lassen sich auch ausserhalb des Auftragsrechts nachweisen; ja, die Lehre hat ihnen gerade dort besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Im Auftragsrecht hält nämlich das Gesetz im Treuegebot ein juristisches Gefäss für die Pflicht des Beauftragten zur Aufklärung des Auftraggebers schon bereit. Der besondere Charakter dieser Sorgfaltspflicht als unselbständige, vorvertragliche Nebenpflicht ist im Auftragsrecht verdeckt[23]. Ganz anders die Aufklärungspflicht des Schuldners in einem Austauschvertrag. Es bedarf besonderer Begründung, damit im Rahmen einer auf dem Ausgleich gegensätzlicher Interessen beruhenden Vertragsbeziehung (wie etwa beim Kauf oder beim Darlehen) überhaupt eine Pflicht angenommen werden kann, den Vertragspartner über Risiken aufzuklären, die ihm aus dem Vertrag erwachsen könnten. Eine allgemeine Pflicht zur Warnung

---

20 D.h. wenn sie sich auf den Auftrag als solchen, und nicht auf eine im Rahmen des Auftrags nachträglich erteilte Weisung des Auftraggebers bezieht.

21 Zur Terminologie und zum Wesen der Nebenpflichten vgl. MERZ, Obligationenrecht, S. 64 ff. und neuerdings vor allem KRAMER, Allg. Einleitung N 88 ff.; WEBER, Schutzpflichten, S. 738 ff.; WIEGAND, Kommentar, N 32 zu Art. 97 OR.

22 Es kommt somit ganz auf den Zusammenhang an, ob eine von der Bank geleistete Information als Hauptleistung (Beispiel: Anlageberatung) oder als Nebenpflicht (Beispiel: Warnung vor einem spekulativen Börsengeschäft) anzusehen ist. Hier zu unterscheiden verlangt nicht nur das Gebot terminologischer Sorgfalt. Es handelt sich um zwei verschiedene Dinge: Bei der Anlageberatung bildet die Informationsvermittlung den Hauptgegenstand der spezifischen Dienstleistung der Bank. Dass hingegen die Bank dem Kunden unter einem Börsen- oder Überweisungsauftrag nicht nur die sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts, sondern auch noch Information (Aufklärung, Warnung) schulden soll, versteht sich nicht von selbst. Es müssen dafür besondere Umstände vorliegen, die geeignet sind, die Treuepflicht des Beauftragten zu aktualisieren. Da sich zur Bezeichnung der auf die Hinterfragung des Kundenwillens abzielenden Sorgfaltspflichten der Begriff der "Aufklärungspflicht" eingebürgert hat, sollte man – entgegen URS P. ROTH, S. 11 ff. – die Pflichten der Bank bei der Anlageberatung nicht auch als Aufklärungspflichten bezeichnen.

23 WIEGAND, Dienstleistungen, S. 136 spricht von einer "institutionalisierten" Nebenpflicht.

des Vertragspartners wird von der Lehre zu Recht verneint[24]. Nur wenn zwischen zwei Vertragsparteien ein Macht- oder Informationsgefälle besteht, auf Grund dessen der eine Partner das Vertrauen des anderen in Anspruch nimmt, ist eine Verpflichtung der überlegenen Partei anzunehmen, vor dem Abschluss des Geschäfts den Willen des unterlegenen Partners genauso zu hinterfragen wie wenn das Geschäft als Ganzes die Wahrung der Interessen oder die Führung der Geschäfte des Kunden zum Gegenstand hätte[25]. Da im Verhältnis zwischen der Bank und ihrem in Finanzdingen nicht besonders bewanderten Kunden ein solches Informationsgefälle herrscht, stellt sich auch für eine Bank, die ein Devisengeschäft tätigen oder ein Wertpapier verkaufen will, die Frage, ob sie den Kunden vor dem Abschluss des Geschäfts über Risiken aufklären oder auf seine Interessen in anderer Weise Rücksicht nehmen muss. Dieselbe Frage kann sich auch im Kreditgeschäft oder bei anderen Bankgeschäften stellen. Solche Sorgfaltspflichten[26] anzuerkennen bedeutet nicht, dass man von einer Umwandlung dieser Bankgeschäfte in Verträge mit Auftragscharakter sprechen müsste. Der Charakter der Hauptleistung eines Kreditvertrages, oder – im Anlagebereich besonders häufig – eines Kaufvertrages bleibt erhalten; nur mit der je nach den Umständen im Einzelfall gerechtfertigten Annahme einer auf Aufklärung des Kunden gerichteten Sorgfaltspflicht – also in der Form einer unselbständigen, vorvertraglichen Nebenpflicht – kommt ein Element der Wahrung fremder Interessen ins Spiel.

---

24 Die im Rahmen der Lehre von der culpa in contrahendo immer wieder zitierte Pflicht, den Partner bei Vertragsverhandlungen über wesentliche Punkte, die für ihn für den Abschluss des Vertrages erheblich sein können, aufzuklären, geht in Wirklichkeit viel weniger weit als es der vielzitierte Grundsatz vermuten lässt. Vgl. dazu weiter unten Text nach Anmerkung 395.

25 Vgl. dazu WIEGAND, Dienstleistungen, S. 139: "die Nebenpflichten dienen der Kompensation von Ungleichgewichtslagen."

26 Von Schutzpflichten sollte in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden. Schutzpflichten sind zwar auch unselbständige Nebenpflichten; sie haben mit den hier angesprochenen vorvertraglichen Nebenpflichten gemeinsam, dass sie nicht das Interesse des Vertragspartners an der Erfüllung des vertraglichen Leistungsprogramms, sondern, mit den Worten KRAMERS, Allg. Einleitung N 97, dessen Integritätsinteresse im Auge haben; sie schützen dieses Interesse aber nicht durch Hinterfragung des Willens des Partners, sondern über Verhaltensregeln, die verhindern sollen, dass es bei der Erfüllung der vertraglichen Leistung zur Schädigung des Gläubigers im Sinne einer positiven Vertragsverletzung kommt. Vgl. dazu auch LARENZ, S. 10 f.; KRAMER a.a.O. N 96 ff.; WEBER, Schutzpflichten, S. 742 ff.; ALFRED KOLLER, S. 1485.

4. These: Im privaten Bankrecht sind Sorgfaltspflichten der Bank im Interesse des Kunden und Sorgfaltspflichten der Bank im Interesse Dritter zu unterscheiden

a) Sorgfaltspflichten auf vertraglicher Grundlage

Den bisher erwähnten Sorgfaltspflichten der Bank ist gemeinsam, dass sie im Vertragsrecht verankert und auf die Wahrnehmung der Interessen des Kunden gerichtet sind. An diese Gruppe von Sorgfaltspflichten denkt man in der Regel zuerst, wenn man im privaten Bankrecht von der Sorgfalt der Bank spricht. Es lassen sich aber auch im privaten Bankrecht Sorgfaltspflichten nachweisen, die Interessen Dritter oder Interessen der Bank selbst schützen wollen; die beiden zuletzt genannten Fälle lassen sich nicht immer ohne weiteres auseinanderhalten.

b) Sorgfaltsmassnahmen der Bank im eigenen Interesse, z.B. bei der Kreditgewährung

Wenn etwa eine Bank unter Missachtung elementarer Berufsregeln einen Kredit gewährt und dabei zu Schaden kommt, fällt es zunächst schwer, von einer Verletzung von Sorgfalts*pflichten* zu sprechen[27], denn die Bank hätte in eigenem Interesse sorgfältig handeln sollen. In einem höheren Sinn ist das eigene Interesse der Bank aber immer auch das Interesse ihrer Einleger. So können denn Sorgfaltsmassnahmen, die die Bank in eigenem Interesse ergreift, mit Sorgfaltspflichten des öffentlichen Aufsichtsrechts, das den Schutz der Einleger bezweckt, im Zusammenhang stehen.

Solche, von der Bank in eigenem Interesse zu beachtende Regeln können unter dem Gesichtspunkt der "diligentia quam in suis" mit Reflexwirkungen bewehrt sein: Die Bank handelt unsorgfältig und überschreitet die ihr erteilte Ermächtigung zur Spekulation im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrags, wenn die tatsächliche oder potentielle Sollposition, die sie für Rechnung des Kunden begründet, im Verhältnis zur vorliegenden Deckung den Rahmen übersteigt, den sie zu ihrem Schutz einem gewöhnlichen Kunden bei seinen eigenen, über sein Konto veranlassten Spekulationsgeschäften aufzuerlegen pflegt[28,29].

---

[27] Vgl. aber BGE 119 IV 28 ff. (33); richtig dagegen das Bundesgericht a.a.O. S. 38, wo von der Unterlassung der grundlegendsten Sorgfalts*massnahmen* gesprochen wird.

[28] Bundesgerichtsurteil vom 1. Dezember 1987, wiedergegeben in Semaine judiciaire 1988, S. 337 ff. und in SAG 1989, S. 27 ff.

[29] Vgl. auch BGE 108 II 314 ff., wo das Bundesgericht Beweisabnahme über die Frage verlangte, ob bei allen Banken eine Usanz bestehe, sich (in eigenem Interesse) bei einem mit einem Checkinkassoauftrag verbundenen Überweisungsauftrag zunächst zu vergewissern, ob der Check gedeckt ist. Würde eine solche Usanz bestehen – was nicht der Fall ist – so hätte die Bank mit der sofortigen Ausführung des Überweisungsauftrags nach Ansicht des Bundesgerichts auch ihrem Kunden gegenüber unsorgfältig gehandelt. – Vgl. ferner den weiter unten im 3. Kapitel, Ziffer 1.2.1 besprochenen Fall BGE 116 II 459 ff. (Sparheft).

c) Schillernder Charakter der Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung

Im Bereich der Legitimationsprüfung lässt sich nicht immer leicht unterscheiden, ob die Bank in eigenem Interesse oder im Interesse ihres Kunden Sorgfalt übt. Wenn es darum geht, ob jemand, der mit der Bank neu in Beziehung treten will, mit demjenigen identisch ist, für den er sich ausgibt[30], handelt die Bank bei der Prüfung der Identität des Unbekannten vorab in eigenem Interesse. Die Bank muss aber nicht nur anlässlich der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit der Möglichkeit der Irreführung über die Identität oder Legitimation ihres Vertragspartners rechnen; es kommt auch vor, dass sich ein unberechtigter Dritter aufgrund einer gefälschten Unterschrift, mit einem gestohlenen Ausweis oder mit einem entwendeten Code als ein der Bank bereits bekannter Kunde ausgibt. Die Bank wird also auch im täglichen Geschäftsverkehr mit ihrer Kundschaft die Möglichkeit der Irreführung ins Auge fassen und die Identität oder die Vertretungsmacht ihres Partners prüfen. Vereinbart der Kunde mit der Bank, dass er sich bei der Erteilung von Weisungen oder bei Rückzügen von Vermögenswerten durch ein vereinfachtes Verfahren wie z.B. seine Unterschrift, einen Code, oder in anderer Weise legitimieren wird, so übernimmt er damit bis zu einem gewissen Grade das Risiko des Missbrauchs der betreffenden Instrumente. Die Bank muss dann nicht mehr die Identität des Partners, wohl aber – und zwar im Interesse des Kunden[31] – die Ordnungsmässigkeit der vorgelegten Instrumente prüfen.

d) Sorgfalt als die dem Dritteigentümer geschuldete Aufmerksamkeit

Eine weitere Kategorie von Sorgfaltspflichten richtet sich auf die Prüfung der Verfügungsberechtigung des Kunden an den der Bank übergebenen Vermögenswerten. Dass die Bank fremde Rechte nicht verletzen darf, ergibt sich aus dem Zivilrecht, insbesondere aus Art. 641 ZGB in Verbindung mit Art. 41 OR, und aus dem Strafrecht. Die Prüfungspflicht, die der Bank im Interesse des möglichen, ihr unbekannten Dritteigentümers der ihr übergebenen Vermögenswerte obliegt, kann aber nicht beliebig weit gehen. Nicht ohne Grund knüpft das Sachen- und Wertpapierrecht im Interesse des Verkehrsschutzes an den Besitz von Sachen, Wertpapieren und Bargeld die Vermutung der Verfügungsberechtigung und schützt diese Vermutung im Falle des Erwerbs dinglicher Rechte in weitgehendem Mass[32]. Mindestens auf diese Vermutung und den ihr gewährten Schutz

---

30 Ähnlich liegt der Fall, wenn es etwa darum geht, ob jemand, der als Vertreter eines Unternehmens in der Form einer juristischen Person, für das er bei der Bank ein Konto eröffnen will, das Unternehmen rechtsgültig vertreten kann und ob das Unternehmen als juristische Person überhaupt existiert. Vgl. dazu die beiden Fälle BGE 100 II 368 ff. und Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 17. September 1991, wiedergegeben in SZW 1992, S. 191 ff. (195) E. 6.

31 Ohne eine Vereinbarung über die Überwälzung des Risikos der Nichterkennung von Legitimationsmängeln würde die Bank bei der Auszahlung von Geld an einen Unberechtigten sich selbst und nicht den Kunden schädigen, vgl. BGE 112 II 450 ff. (454) E. 3 a.

kann sich die gutgläubige Bank auch im Verkehr mit ihrer Kundschaft stützen. Die Sorgfalt ("Aufmerksamkeit" als Voraussetzung der Berufung auf den guten Glauben im Sinn von Art. 3 Abs. 2 ZGB), zu der die Bank im Interesse des ihr unbekannten Dritten verpflichtet ist, wird zwar in den Regeln über den Besitzesschutz und im Wertpapierrecht näher umschrieben, sie ist aber im Eigentumsrecht und im Deliktsrecht begründet.

e) Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten und gegenüber der Allgemeinheit

Schliesslich muss die Bank im Verkehr mit ihrer Kundschaft nicht nur auf Eigentumsrechte oder andere subjektive Rechte Dritter Rücksicht nehmen; sie muss auch darauf achten, dass sie nicht gegen allgemeine Rechtssätze verstösst. Solche Rechtssätze können im Privatrecht oder im öffentlichen Recht begründet sein. Privatrechtlich begründete Rechtssätze, die die freie Gestaltung der Beziehungen der Bank zu ihrem Kunden einschränken könnten, sind allerdings selten. Sehr umstritten ist im schweizerischen Recht die im Ausland viel erörterte und oftmals grosszügig bejahte Frage, ob die Bank im Kreditsektor neben den Interessen des Kreditnehmers auch die Interessen Dritter berücksichtigen muss. Gibt es – so ist zu fragen – einen allgemeinen Rechtssatz[33], der die Bank bei der Gewährung, bei der Verlängerung oder bei der Kündigung eines Kredits verpflichtet, nicht nur auf die Interessen des Kreditnehmers, sondern auch auf die Interessen der Gläubiger des Kreditnehmers[34] oder auf Interessen der Allgemeinheit[35] Rücksicht zu nehmen?

5. These: Nicht jede Rechtspflicht ist eine Sorgfaltspflicht

Nicht jede allgemeine Rechtspflicht ist eine Sorgfaltspflicht: Rechtswidriges Handeln, beispielsweise die Verletzung fremden Eigentums, hat den Charakter eines an sich unerlaubten, vorwerfbaren Verhaltens. Die Sorgfalt kommt erst ins Spiel bei den Vorkehrungen, die man treffen muss, um die Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht zu vermeiden. Wie dabei vorzugehen ist, schreibt die Rechtsordnung nicht im einzelnen vor. Oft-

---

32 Es ist zu beachten, dass die Bank Vermögenswerte von ihren Kunden nur in besonderen Fällen mit der Absicht des Erwerbs eines dinglichen Rechts entgegennimmt. Dazu weiter unten 2. Kapitel, Ziffer 1 am Ende.

33 Da die Bank mit ihrem Verhalten (Kreditgewährung, Kreditkündigung) nicht in Rechtsgüter (z.B. Eigentum) Dritter eingreift, bedarf es nach der herrschenden Lehre zur Annahme der Rechtswidrigkeit nach Art. 41 OR der Verletzung eines allgemeinen Rechtssatzes mit einschlägigem Schutzzweck, einer "Schutznorm" (OFTINGER/STARK, Band II/1, § 16 N 43 und N 101).

34 Zu diesem Problem der sog. "Lender Liability" vgl. in der schweizerischen Literatur GUGGENHEIM, S. 101 ff.; SCHÖNLE, La responsabilité du donneur de crédit, S. 149 ff.; die Dissertation von LÄNZLINGER; und nun auch den Bericht des Korreferenten zum Schweizerischen Juristentag 1994.

35 Vgl. zur Umwelthaftung der Bank neuerdings den Aufsatz von BRÜGGEMANN.

mals stellt sie aber ergänzende Verhaltenspflichten auf, die die Beachtung einer bereits bestehenden, allgemeinen Rechtspflicht sicherstellen wollen. Man kann hier an das Rechtsfahrgebot im Strassenverkehr denken. Ein sprechendes Beispiel ist auch der Tatbestand von Art. 305ter StGB, der im höheren Interesse der Verhinderung krimineller Handlungen im allgemeinen den Verkehr mit kriminell erworbenen Geldern erschweren will und deshalb von Personen, die berufsmässig mit fremden Vermögenswerten zu tun haben, die Abklärung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten verlangt. Je deutlicher der instrumentale Charakter einer allgemeinen Rechtspflicht zutage tritt, desto eher lässt sich von einer Sorgfaltspflicht sprechen[36].

Auch die vertragliche Verpflichtung zur Bewirkung eines bestimmten Erfolgs, wie sie die "obligation de résultat" kennzeichnet, ist eine gewöhnliche Leistungspflicht, keine Sorgfaltspflicht. Sorgfalt hingegen bezeichnet das Verhalten "hinter den Kulissen", das vom Schuldner einer "obligation de résultat" verlangt wird, wenn er sich für den Fall, dass er die versprochene Leistung nicht erbringen kann, nicht dem Vorwurf aussetzen will, er habe fahrlässig gehandelt. Worin dieses Verhalten im einzelnen besteht, wird im Vertrag in der Regel nicht umschrieben. Den Gläubiger interessiert nur das Resultat. Er will nicht im einzelnen wissen, auf welche Weise der Schuldner dieses Resultat erreicht. Er vertraut darauf, dass der Schuldner weiss, was er zu tun hat.

Nichts anderes gilt für die Sorgfalt des Beauftragten. Der Auftrag sichert keinen bestimmten Leistungserfolg zu, und er sieht davon ab, die Pflichten des Beauftragten näher zu umschreiben. Er umschreibt nur das vom Beauftragten anzustrebende Ziel, den "Gegenstand des Auftrags", in einer mehr oder weniger bestimmten Weise[37]. Auch der Auftraggeber will im allgemeinen nicht im einzelnen wissen, auf welche Weise der Beauftragte dieses Ziel anstreben wird. Er vertraut darauf, dass der Beauftragte weiss, was er tun muss, um seine Interessen sorgfältig wahrzunehmen.

Sorgfalt und Sorgfaltspflichten sind nicht dasselbe[38]. Sorgfalt bezeichnet ein Verhalten als Ganzes. Dieses Verhalten entzieht sich der vorausgehenden Umschreibung, weil es Handeln, aber auch Reagieren auf im einzelnen nicht vorausbestimmte, zum Teil auch nicht vorhersehbare Lagen in sich schliesst. Sorgfalt setzt die Fähigkeit voraus, sich auch

---

36 Zum instrumentalen Charakter der Sorgfalt vgl. auch FELLMANN, N 17 zu Art. 398 OR.

37 Im Auftragsrecht ist die Sorgfalt instrumental zum Leistungsziel, dem "Gegenstand des Auftrags"; bei den "obligations de résultat" ist sie instrumental zur Leistungspflicht selbst. Anders FELLMANN, N 17 zu Art. 398 OR, der die Sorgfalt generell als instrumental im Verhältnis zur Leistungspflicht auffasst und damit Sorgfalt und Leistung im Auftragsrecht auseinanderreisst.

38 Vgl. aber den Sprachgebrauch, der unter Sorgfaltspflicht manchmal nichts anderes versteht als die Pflicht zur Sorgfalt. Dazu weiter unten die Überlegungen am Schluss dieser These.

"ohne Drehbuch" in wechselnden Situationen ziel- und sachgerecht zu verhalten[39].

Manchmal lässt sich das von einem Vertragsschuldner geforderte Verhalten wenigstens teilweise in Regeln fassen. Solche Regeln werden kaum je zum Vertragsinhalt erhoben; sie können aber in der Form von Standesregeln[40] oder in der Form von behördlich erlassenen Richtlinien[41] rechtliche Verbindlichkeit erlangen, indem sie den Sorgfaltsstandard einer Berufsgruppe in bezug auf einzelne Fragen feststellen und als solche vom Richter bei der Prüfung der Sorgfalt zu berücksichtigen sind[42]. Solche Standesregeln bilden im besten Fall einen Katalog, aber fast nie eine Kodifikation im Sinne eines abschliessenden Systems von Normen. Eine Kodifikation von Sorgfaltspflichten würde dem Wesen der Sorgfalt als einer Verpflichtung zur Ausrichtung des Gesamtverhaltens auf ein bestimmtes Ziel oder Interesse widersprechen[43]. Was z.B. die Sorgfalt von der Bank bei der Vermögensverwaltung im Einzelfall verlangt, lässt sich in der Form einer abschliessenden Aufzählung einzelner Pflichten nicht festlegen. Möglich ist es hingegen, punktuell bestimmte Erfahrungen darüber, was ein sorgfältiger Vermögensverwalter in bestimmten Situationen tun muss, und vor allem: was er in bestimmten Situationen nicht tun darf, in die Form von Regeln, Verhaltenspflichten zu kleiden. Zu ihnen gehört z.B. der Grundsatz der Risikoverteilung oder die sogenannte "Know-your-customer-rule". Solche Verhaltensregeln können Sorgfaltspflichten genannt werden[44].

Gelegentlich wird trotzdem der Versuch unternommen, Sorgfaltspflichten zu kodifizieren. Ein Beispiel für einen solchen Versuch, positiv zu bestimmen, was eine sorgfältige Bank tun muss, geben die vorwiegend im öffentlichen Interesse aufgestellten Regeln der Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB). Diese Regeln bilden eine abschliessende Kodifikation der

---

39 Dass sich der vom Schuldner zu leistende Einsatz im einzelnen der vertraglichen Festlegung entzieht, bedeutet aber nicht, dass der Gläubiger darauf verzichtet, vom Schuldner diesen Einsatz zu verlangen.

40 Vgl. die Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB) oder die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank.

41 Vgl. die Richtlinien der EBK zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei vom 18. Dezember 1991.

42 Zur Rechtsnatur der Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank vgl. etwa ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, S. 326; BERTSCHINGER, S. 47 ff.; BIZZOZERO, S. 61 ff.

43 Daher will auch die Aufstellung eines Katalogs von Sorgfaltspflichten gut überlegt sein. Ein Katalog verführt zu routinemässigem Vorgehen und birgt die Gefahr in sich, dass sich die Aufmerksamkeit des Handelnden auf die Erfüllung der einzelnen, aufgeführten Pflichten konzentriert. Dadurch kann die Ausrichtung des Gesamtverhaltens auf das gesetzte Ziel gefährdet werden. Vgl. Ziffer A 1 der Anhaltspunkte für Geldwäscherei im Anhang zu den Geldwäscherei-Richtlinien der EBK vom 18. Dezember 1991.

44 In ähnlicher Weise kennt jeder Schachspieler Züge, die man in bestimmten Situationen auf keinen Fall tun darf, wenn man nicht riskieren will, hoffnungslos ins Hintertreffen zu geraten.

Verhaltenspflichten der Bank in einem sehr eng umschriebenen Bereich, der – in auffallendem Gegensatz zu dem sehr umfassend formulierten Titel des Regelwerks[45] – nur die Formalitäten der Identifikation, aber nicht alle denkbaren Massnahmen der Bank im Hinblick auf die Abwehr kriminell erworbener Gelder umfasst[46]. Nur weil es um die Regelung eines eng umschriebenen Bereiches ging, konnte der Versuch einer umfassenden Kodifikation gelingen. Was schliesslich die in der Sorgfaltspflichtvereinbarung aufgestellten Verbote der aktiven Beihilfe zur Kapitalflucht (Art. 7 VSB 1992) und der aktiven Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Art. 8 VSB 1992) angeht, so handelt es sich eindeutig nicht um Sorgfaltspflichten, sondern um Verhaltensgebote, die – einem klassischen Straftatbestand vergleichbar – ein an sich unerlaubtes Verhalten umschreiben wollen.

Manchmal meint der Begriff der Sorgfaltspflicht nicht eine besondere Verhaltensregel, sondern ganz einfach die Pflicht eines Vertragsschuldners, sorgfältig oder entsprechend dem Treuegebot zu handeln. Sorgfaltspflicht bedeutet in diesem Sinne nichts anderes als Pflicht zur Sorgfalt. Dieser Sprachgebrauch ist besonders im Auftragsrecht und im Bereich der unselbständigen Nebenpflichten üblich. Ergibt sich etwa aus dem Treuegebot im Einzelfall für eine Bank die konkrete Pflicht, den Vertragspartner über bestimmte Risiken eines beabsichtigten Geschäfts aufzuklären, und hat die Bank dies nicht getan, so hat sie – nach dem herrschenden Sprachgebrauch – ihre Sorgfaltspflicht (Aufklärungspflicht) verletzt. Man will damit aber nur sagen, dass die Bank nicht sorgfältig respektive entsprechend dem Treuegebot gehandelt hat, das im konkreten Fall eine Aufklärung verlangt hätte. Der Ausdruck "Aufklärungspflicht" oder die Bezeichnung der Aufklärungspflicht als Sorgfaltspflicht will also in diesem Zusammenhang nicht notwendig auf eine für alle Schuldner eines bestimmten Vertragstypus oder Geschäftstypus verbindliche allgemeine Pflicht zur Aufklärung hinweisen.

6. These: Das Mass der Sorgfalt der Bank ist nicht bei allen Bankgeschäften gleich hoch anzusetzen

Es besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass die Sorgfalt im privaten Deliktsrecht und im Vertragsrecht anhand von objektiven, abstrakten Kriterien zu messen ist. Dies gilt erst recht für Schuldner wie Banken, die berufliche Leistungen erbringen. Die Fachkenntnisse und

---

45 Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken.

46 Die in der ersten Auflage der VSB ausdrücklich formulierte Zielsetzung der Verhinderung der Entgegennahme von strafbar erlangten oder strafbaren Zwecken dienenden Geldern (Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 und Art. 4 VSB 1977) ist schon in der zweiten Auflage (VSB 1982) gestrichen und durch die weniger ehrgeizige Zielsetzung der Verhinderung der anonymen Anlage von Vermögenswerten im schweizerischen Bankensystem ersetzt worden.

das Verhalten einer Bank werden somit danach beurteilt, ob sie dem Branchenstandard entsprechen. Dieser Standard orientiert sich grundsätzlich am empirischen Durchschnittsverhalten des Berufsstandes[47]. Nach allgemeiner Ansicht steht es aber zur geforderten Abstraktheit des Sorgfaltsmassstabs nicht im Widerspruch, wenn auch innerhalb eines Berufsstandes weiter abgestuft und das auf einen bestimmten Vertreter der Branche in einem bestimmten Fall anzuwendende Sorgfaltsmass anhand der Kriterien der besonderen Höhe des Entgelts[48], der Selbstdarstellung als eines auf einen bestimmten Geschäftszweig besonders spezialisierten Unternehmens[49] oder aufgrund von Sonderabsprachen[50] mit dem Kunden weiter verfeinert, konkretisiert wird. In solchen Fällen soll sich die Leistung der betreffenden Bank mit dem für eine Bank mit besonderen Fähigkeiten geltenden Massstab messen lassen müssen. Was hat es mit diesem Argument auf sich?

Zunächst eignen sich nicht alle Bankgeschäfte für eine differenzierte Ansetzung des Sorgfaltsmasses nach den erwähnten Kriterien der Höhe des Entgelts, der Selbstdarstellung oder ausdrücklicher Sonderabsprachen. Viele Geschäfte sind weitgehend standardisiert. Dies gilt etwa für den Zahlungsverkehr. Mit der Ankündigung besonderer Zuverlässigkeit ihrer Leistungen im bargeldlosen Überweisungsverkehr haben sich Banken bisher kaum zu profilieren versucht[51]. Eher werden sich Kunden von der Selbstdarstellung einer Bank als eines im Wertpapierhandel oder im Umgang mit Devisen- oder Termingeschäften besonders spezialisierten Unternehmens überzeugen lassen. Ebenso können im Bereich der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung verschiedene Grade von Spezialisierung erreicht und als Mittel zur Selbstdarstellung eingesetzt werden. Dies berechtigt den Kunden im Bereich der Vermögensverwaltung aber kaum zur Erwartung einer Leistung, die sich spürbar und juristisch einklagbar von der Leistung einer Bank unterscheiden liesse, die mit her-

---

47 Auftragsrecht: HOFSTETTER, S. 97 f.; FELLMANN, N 486 zu Art. 398 OR und WEBER, Kommentar, N 24 und 27 zu Art. 398 OR. – Allgemein: OSWALD, S. 58 ff.; DERENDINGER, S. 117 ff.

48 GAUTSCHI, N 24 d zu Art. 398 OR; GUTZWILLER, S. 48; die Tatsache der Entgeltlichkeit allein sollte aber keinen Grund für einen besonders strengen Sorgfaltsmassstab bilden: WEBER, Aktuelle Probleme, S. 183 f.; FELLMANN, N 497 zu Art. 398 OR.

49 Auf die Grösse und die wirtschaftliche Bedeutung der Bank, oder ob sich die Bank nur auf einen bestimmten Bereich des Bankgeschäfts beschränkt, sollte es nicht ankommen (GUTZWILLER, S. 48); fraglich ist auch, ob überdurchschnittliche Fähigkeiten und Eigenschaften zu einem höheren Mass an Sorgfalt verpflichten (so FELLMANN, N 492 zu Art. 398 OR). Wo sich aber jemand nach aussen hin als besonders qualifiziert darstellt, sollte er mit diesem Mass gemessen werden; in diesem Sinne wohl DERENDINGER, S. 125 Rz 278; ferner OSWALD, S. 68 ff. ("Auftretensgruppen").

50 NOBEL, Sorgfaltspflicht, S. 215.

51 Wichtigstes Aushängeschild der Universalbank ist immer noch die Sicherheit, die sie dem Einleger oder Kapitalanleger bietet. Diese korreliert in erster Linie mit der Sorgfalt, die die Bank bei der Wahrung ihrer eigenen Interessen (vor allem bei der Auswahl und Überwachung ihrer Kreditkunden) anzuwenden pflegt.

kömmlichen Mitteln arbeitet. Nur im gewissermassen pathologischen Bereich der Spekulation lässt sich das Bild vom Allgemeinpraktiker und vom Spezialarzt[52] auf die Situation des Bankiers übertragen. Vom Allgemeinpraktiker wird man auf einem Spezialgebiet nicht die gleichen Fähigkeiten erwarten können wie vom Spezialarzt. Man darf aber von ihm erwarten, dass er einen Patienten nötigenfalls an einen Spezialarzt weiterverweist. Dasselbe muss für eine Bank gelten, auf deren Rat sich ein Kunde bei seinen Spekulationen in Options- und Terminmärkten stützen will. Die Spekulation in solchen Märkten ist immer mit Risiken verbunden, auch wenn sie von Fachleuten durchgeführt wird. Trotzdem oder gerade deswegen darf sich eine Bank, die sich auf solchen Märkten nicht auskennt, nicht die Rolle eines Beraters in Termingeschäften anmassen; sie würde unsorgfältig handeln (Übernahmeverschulden)[53].

Das Sorgfaltsmass soll im übrigen auch anhand der einzelnen Geschäftsart bestimmt werden[54]. Dies ist nicht so zu verstehen, dass für Geschäfte, die dem Auftragsrecht unterstehen, generell ein höheres Mass an Sorgfalt zu fordern wäre[55]. Richtig ist hingegen, dass nicht bei allen Geschäften in gleichem Mass Rücksicht auf eine zügige Abwicklung des Geschäftsverkehrs genommen werden muss[56]. Soweit die Bank im Geschäftsverkehr mit ihren Kunden oder mit Dritten steht, dürfen die Anforderungen an ihre Sorgfalt nicht so hoch geschraubt werden, dass die Abwicklung der Geschäfte darunter leidet. So muss sich die Bank etwa bei der Prüfung der Legitimation des Urhebers einer routinemässigen Instruktion an das im Verkehr Zumutbare halten; ihr Einsatz bei der Prüfung darf im Interesse des Kunden das dem Verkehr zuträgliche Mass nicht überschreiten. Ebenso ist es richtig, wenn die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive der Internationalen Handelskammer die von den Banken bei der Prüfung der Dokumente auf ihre Konformität mit den Akkreditivbedingungen anzuwendende Sorgfalt mit dem Ausdruck "reasonable care" umschreiben[57]. Es geht nicht an, in dieser Vorschrift eine Wegbedingung des vom Beauftragten gesetzlich geschuldeten Sorgfaltsmasses zu sehen[58]. Auch dass die Anforderungen an die Sorgfalt der bezogenen Bank bei der Prüfung der Unterschrift des Ausstellers eines Checks nicht überspannt werden dürfen, ist allgemein

---

52 Vgl. DERENDINGER, S. 119, Rz 270.

53 DERENDINGER, S. 127 ff.

54 NOBEL, Sorgfaltspflicht, S. 215.

55 So aber SCHWAIBOLD, AGB, S. 244.

56 Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich "nach den Umständen" (Art. 3 Abs. 2 ZGB betreffend die für die Berufung auf den guten Glauben erforderliche Aufmerksamkeit); vgl. auch Art. 18 Abs. 3 StGB zur Definition der Fahrlässigkeit. Noch deutlicher die Definition der Fahrlässigkeit in § 276 Satz 2 BGB, wo von der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" gesprochen wird.

57 Art. 15 der Einheitlichen Richtlinien.

58 So aber TEVINI DU PASQUIER, S. 139.

anerkannt[59]. Solche Rücksichten auf die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs bei der Ansetzung des Sorgfaltsmasses gelten aber beispielsweise nicht für Anlageentscheide im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrags, weil diese ausschliesslich im internen Bereich der Bank vorbereitet und getroffen werden.

7. These: Die für die Freizeichnung von der Haftung für Sorgfalt geltenden Regeln (Art. 100 und 101 OR) lassen sich nicht ohne weiteres auf das Auftragsrecht übertragen

Im Urteil BGE 109 II 116 ff. (118) hat das Bundesgericht im Gegensatz zu seiner früheren Praxis[60] die Frage aufgeworfen, ob Banken ein "obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe" im Sinne von Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR betreiben und daher in der Möglichkeit, sich von der Haftung für leichtes Verschulden freizuzeichnen, beschränkt sind. Gestützt auf die in der Lehre mehrheitlich vertretene Auffassung, aber ohne eingehende Begründung, und obwohl bei den Banken von einer Monopolstellung, wie sie der Begriff des "obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes" voraussetzt, nicht gesprochen werden kann[61], hat das Bundesgericht in BGE 112 II 450 ff. (455) diese Frage definitiv bejaht. Seither muss also davon ausgegangen werden, dass der Richter eine vertragliche Vereinbarung über den Ausschluss der Haftung der Bank für leichtes Verschulden nach seinem Ermessen als nichtig betrachten (Art. 100 Abs. 2 OR) und dass eine Bank die Haftung für Hilfspersonen nur für den Fall leichten Verschuldens wegbedingen kann (Art. 101 Abs. 3 OR). Auch nach diesem Entscheid bleibt zunächst die Frage offen, ob eine Freizeichnung der Bank von der Haftung für leichtes Verschulden in den Bereichen, in denen die Bank durch Hilfspersonen im Sinn von Art. 101 OR handelt, von der richterlichen Inhaltskontrolle ausgenommen bleibt. Bedarf es, so ist zu fragen, einer vertraglichen Vereinbarung, die ausdrücklich festhält, dass die Bank für leichtes Verschulden ihrer Hilfspersonen nicht haftet, damit Art. 101 Abs. 3 OR zum Zuge kommt, der auch einem "obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe" die Freizeichnung für leichtes Verschulden von Hilfspersonen erlaubt? Oder ist eine Klausel, worin eine Bank *sich selbst* von der Haftung für leichtes Verschulden freizeichnet, auch dann voll gültig, wenn die Bank nicht durch ihre Organe, sondern durch ihre Hilfspersonen handelt? Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bisher nie ausdrücklich aufgeworfen worden. Sie ist nicht ganz ohne Bedeutung, weil in der Praxis keine Formulare bekannt sind, die eine Freizeichnung der Bank von der Haftung für Verhalten ihrer Hilfspersonen ausdrücklich

---

59 JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 275; CANARIS, 3. Auflage, Rz 713.

60 Vgl. noch BGE 108 II 314 ff., (316) E. 2; weitere Hinweise zur früheren Praxis bei BIZZOZERO, S. 192, Anm. 127.

61 Kritisch auch WEBER, Erhöhtes Haftungsrisiko, S. 389 f.

vorsehen. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein genereller, d.h. die Bank als solche freizeichnender Haftungsausschluss auch die Hilfspersonenhaftung miterfasst[62]. Da die Banken ihre Leistungen im routinemässigen Geschäftsverkehr durchwegs durch Angestellte erbringen, denen der Status von Hilfspersonen im Sinne von Art 101 OR zukommt[63], ist anzunehmen, dass Haftungsausschlussklauseln in einem Bankvertrag, die sich auf routinemässig erbrachte Leistungen beziehen, in erster Linie die Haftung der Bank für ihre Hilfspersonen im Auge haben, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt wird. GUGGENHEIM scheint daher von der Annahme auszugehen, dass die Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 112 II 450 ff. in der Praxis auf die Geltung von Freizeichnungsklauseln für leichtes Verschulden keine Auswirkungen habe[64].

Die Frage der Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln im Bankverkehr darf nicht überbewertet werden. Entgegen einer verbreiteten Meinung pflegen sich die Banken nicht generell, sondern nur in spezifischen Bereichen ihrer Tätigkeit von der Haftung für leichtes Verschulden freizuzeichnen[65]. Im Vordergrund steht dabei die in den AGB und in zahlreichen Spezialreglementen vorgesehene Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden beim Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen, vor allem auch im Bereich der elektronischen Mittel des Zugriffs auf ein Konto. Es geht dabei in vielen Fällen um die Erfüllung einer dem Auftragsrecht zuzuordnenden[66] Pflicht der Bank, die Identifikationsinstrumente des Kunden sorgfältig zu prüfen, um Missbräuche durch Dritte zu verhindern.

Ob die Bank als Beauftragte die Haftung für mangelnde Sorgfalt überhaupt wegbedingen kann, ist umstritten. Nach der Ansicht GAUTSCHIS, dem weitere Autoren folgen, kann sich der Beauftragte aus zwei Gründen von der Verpflichtung zur Leistung der geschuldeten Sorgfalt nicht frei-

---

62 GAUCH/SCHLUEP, N 2879; WIEGAND, Kommentar, N 16 zu Art. 101 OR.

63 Anderer Ansicht ist NOBEL, Sorgfaltspflichten, S. 214, der im Interesse des Konsumentenschutzes den Organbegriff weit fassen und auf jeden Angestellten ausdehnen will, der für die Beziehung zu einem bestimmten Kunden verantwortlich ist; ihm folgend GUTZWILLER, S. 67. Anderer Ansicht SPÄLTI, S. 126; BERTSCHINGER, S. 43 f.

64 GUGGENHEIM, S. 45 f.; ebenso BILLOTTE-TONGUE, S. 165, Rz 340. Demgegenüber scheinen WEBER, AGB, S. 155 linke Spalte und BERTSCHINGER, S. 42 der Meinung zu sein, die Banken müssten in ihre Freizeichnungsklauseln ausdrücklich das Verhalten ihrer Hilfspersonen einschliessen. – Auf das bei GAUCH/SCHLUEP, N 2880 erwähnte Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 7. März 1978 (BJM 1978, S. 305 ff.) lässt sich die Ansicht, die Freizeichnung müsse sich ausdrücklich auf das Verhalten der Hilfspersonen beziehen, nicht stützen. Dort erweckte die Haftungsfreizeichnungsklausel den Eindruck, die SBB habe die Haftung nur für durch Dritte zugefügte Schäden an den deponierten Gegenständen, nicht aber die Haftung für eigenes Verhalten (d.h. vor allem dasjenige ihrer Hilfspersonen) ausschliessen wollen.

65 Dazu FORSTMOSER, Rechtsprobleme, S. 24 ff.; THALMANN, AGB, S. 142 ff.

66 KLEINER, Bankkonto, S. 280 f.

zeichnen[67]. Erstens bildet in systematischer Hinsicht die Sorgfalt im Auftragsrecht den Gegenstand der Leistung. Die Vorschriften von Art. 100 und Art. 101 OR, die die Freizeichnung von der Haftung in beschränktem Umfang zulassen, sind also, zumindest direkt, auf die Sorgfalt des Beauftragten nicht anwendbar[68]. Zweitens schmälert in sachlicher Hinsicht eine auch nur teilweise Wegbedingung der Haftung für Sorgfalt im Auftragsrecht nach der Ansicht GAUTSCHIS das Interesse des Auftraggebers an der Ausführung des Auftrags derart, dass der Vertrag in die Nähe eines ungültigen "mandatum tua gratia" rückt: Die Bank würde verdienen, ohne sich Mühe geben zu müssen. Der Kunde fährt in diesem Fall besser, wenn er seine Geschäfte selber besorgt.

Die herrschende Ansicht lehnt diese strenge Auffassung GAUTSCHIS ab und lässt auch im Auftragsrecht eine Beschränkung der Haftung für Sorgfalt im Rahmen der (analog anzuwendenden) Art. 100 und 101 OR zu[69]. Es gibt gute Gründe, dieser Meinung zu folgen. Auftrag ist nicht Interessenwahrung schlechthin, sondern Interessenwahrung in einem bestimmten Bereich. Es gibt auch gegenständlich eng umschriebene Auftragsverhältnisse. Diese entsprechen nicht dem von GAUTSCHI vorausgesetzten, idealtypischen Modell des Auftrags, bei dem eine Partei der andern die Wahrnehmung ihrer Interessen in einem weit abgesteckten Bereich überlässt.

Es ist im übrigen zwischen Vereinbarungen über den Umfang des Auftrags und Vereinbarungen über das Sorgfaltsmass zu unterscheiden:

a) Umfang des Auftrags

Die blosse Umschreibung des vom Beauftragten wahrzunehmenden Interessenbereiches darf nicht als eine dem Wesen des Auftrags widersprechende Freistellung des Beauftragten von der Leistung der geschuldeten Sorgfalt missverstanden werden. Es muss zulässig sein, den Umfang (nicht das Mass der Sorgfalt ist gemeint!) der geschuldeten Sorgfalt durch Vereinbarung parteiautonom festzusetzen. Das Nichthandeln jenseits des gegenständlich umschriebenen Bereichs ist nicht Sorgfaltswidrigkeit. Freilich muss der Verantwortungsbereich des Beauftragten klar abgegrenzt sein. Der Auftraggeber muss überdies in der Lage sein, seine Interessen, die nicht vom Beauftragten wahrgenommen werden, selbst

---

67 GAUTSCHI, N 71 b zu Art. 395 OR und N 25 b zu Art. 398 OR; PERRIN, S. 216; wohl auch GUTZWILLER, S. 66.

68 Nach der Auskunft WEBERS, Sorgfaltswidrigkeit, S. 52 f. befassen sich die Art. 100 und 101 OR gemäss einhelliger Meinung der Lehre mit der Haftungsbeschränkung nur unter dem Verschuldens- nicht unter dem Widerrechtlichkeitsgesichtspunkt. Dies schliesst aber eine analoge Anwendung nicht von vornherein aus. Vgl. BGE 112 II 450 ff. (455).

69 KLEINER, AGB, S. 12 f.; FORSTMOSER, Rechtsprobleme, S. 26. Gleicher Ansicht auch für den Bereich der Vermögensverwaltung SALOME ZIMMERMANN, S. 142; SPÄLTI, S. 125 ff.; BERTSCHINGER, S. 40; BIZZOZERO, S. 190 f.

oder durch einen Dritten wahrzunehmen[70]. Beispiel: Die Bank ist unter dem offenen Wertschriftendepot zur Vornahme bestimmter, eng umschriebener Verwaltungshandlungen, die sich auf die aufbewahrten Vermögensstücke beziehen (Inkasso von Coupons, Austausch bei Splits etc.), verpflichtet. Aus dieser gegenständlich eng umschriebenen Pflicht zur Interessenwahrung fliesst für sie aber keine Verpflichtung zur Neuanlage zurückbezahlter Wertpapiere[71]. Ebenso ist die Vereinbarung zulässig, wonach die Bank im Rahmen des Dokumenten-Akkreditivs die Dokumente nur auf ihre formelle Übereinstimmung mit den Akkreditivbedingungen prüfen muss[72].

Problematischer ist es, wenn im Rahmen eines Auftragsverhältnisses vereinbart wird, dass der Beauftragte auf das Risiko des Kunden hin von der Pflicht zur Vornahme bestimmter, zur ordnungsgemässen Erledigung des Auftrags gehörender Handlungen befreit wird. Hier lässt sich fragen, ob das Mass der Sorgfalt oder der Umfang der vertraglichen Verpflichtung des Beauftragten zur Diskussion steht. Die Frage der Zulässigkeit ist ohne weiteres zu bejahen, wenn der Kunde die Möglichkeit hat, zwischen der reduzierten und der vollen Dienstleistung der Bank zu wählen, oder wenn er die von der Bank nicht vorgenommenen Handlungen selbst besorgen kann. In diesem Sinn geben etwa Banken im Akkreditivgeschäft dem Auftraggeber des Akkreditivs die Möglichkeit, zwischen einer vollen und einer reduzierten Dienstleistung, bei welcher die Bank die Dokumente nur summarisch prüft, zu wählen. Im letzten Fall bleibt die eingehende Prüfung der Dokumente dem Kunden überlassen[73].

Anders liegt der Fall, wenn eine Bank aus Gründen der Vereinfachung der betrieblichen Abläufe generell davon absieht, die Unterschriften der auf sie gezogenen Checks, die einen bestimmten Betrag nicht übersteigen, zu prüfen; oder wenn Banken miteinander vereinbaren, dass Checks mit Beträgen unterhalb einer bestimmten Grössenordnung bei der Bank des Checkeinreichers archiviert und der bezogenen Bank nur in der Form der elektronischen Übermittlung der wesentlichen Daten vorgelegt werden. In beiden Fällen besteht das Risiko, dass ein Check von der bezogenen Bank bezahlt wird, der eine offensichtlich gefälschte Unterschrift des Ausstellers trägt; im zweiten Fall muss auch mit der Möglichkeit gerech-

---

70 WEBER, Sorgfaltswidrigkeit, S. 53, hält zwar einen Verpflichtungsausschluss im Sinn einer Reduktion der begriffsmässig aufzuwendenden Sorgfalt für unzulässig; er scheint aber einen Verpflichtungsausschluss im Sinne der Bestimmung des Umfangs des Auftrags in einem gewissen Ausmass für zulässig zu halten; überdies zieht er auch im Bereich des Auftragsrechts eine Freizeichnung von den Haftungsfolgen in Betracht.

71 Dazu weiter unten Anmerkung 192.

72 Art. 15 und Art. 17 der Einheitlichen Richtlinien. Dazu TEVINI DU PASQUIER, S. 142, 152 f. (mit Vorbehalten).

73 Die Frage, ob sich durch dieses Verfahren die Prüfung insgesamt nicht verzögert und der Kunde Gefahr läuft, die Frist für die Rückweisung der Dokumente (Art. 16 lit. c der Einheitlichen Richtlinien) zu verpassen, soll hier nicht erörtert werden.

net werden, dass der Einreicher des Checks seine Regressrechte aus einem von der bezogenen Bank – z.B. wegen fehlender Deckung – nicht honorierten Check verliert, weil der dafür erforderliche Protestvermerk (Art. 1128 OR) vom Bezogenen oder von der Abrechnungsstelle nicht mehr rechtzeitig auf dem Check angebracht werden kann (Art. 1129 OR)[74]. Solange die Banken die aus der Vereinfachung der betrieblichen Abläufe entstehenden Risiken selbst übernehmen, stellen sich für die Kunden kaum Probleme. Kann aber der Aussteller eines Checks seine Bank vertraglich von der Pflicht zur Prüfung seiner Unterschrift in dem Sinne entbinden, dass er selbst die Risiken übernimmt? Hier geht es nicht um die parteiautonome Festlegung des Umfangs (Gegenstands) des Auftrags, sondern um die Frage der Zulässigkeit eines eigentlichen Verpflichtungsausschlusses, der nicht durch eigenes Handeln des Auftraggebers kompensiert werden kann. Die Frage ist in der Lehre umstritten[75]. Sie wird in der deutschen Literatur zum Teil unter der Bedingung bejaht, dass der Kunde über den Umfang der Risiken aufgeklärt wird[76]. Auch die Frage, ob der Einreicher eines Checks seine Bank im Rahmen des Inkassomandats auf sein Risiko hin von der Verpflichtung, den Check bei der bezogenen Bank vorzulegen, entbinden kann, wird in der deutschen Literatur kontrovers diskutiert, wobei ebenfalls als Mindesterfordernis eine gehörige Aufklärung über die Risiken verlangt wird[77].

b) Mass der Sorgfalt

Was die Vereinbarungen über das Mass der Sorgfalt angeht, so muss mindestens bei gegenständlich eng umschriebenen Aufträgen eine Freistellung von der gesetzlich vorausgesetzten Sorgfalt zulässig sein, sofern sie sich auf ein klar bestimmtes Element der Tätigkeit des Beauftragten bezieht und der Auftraggeber die Konsequenzen seiner Freizeichnung ermessen kann. Beispiel: Im Überweisungsverkehr ist es zulässig, Abreden über die Schnelligkeit der Ausführung zu treffen, weil es Kunden gibt, für die es keinen Unterschied macht, ob ihre Überweisung sofort oder mit einer gewissen Verzögerung ausgeführt wird. In diesem Sinn stellt etwa die Post bei der Beförderung von Briefen zwei Dienstleistungen mit unterschiedlicher Sorgfalt (A-Post und B-Post) zur Wahl. Gerade weil der Kunde hier die Wahl hat, muss die Vereinbarung über die Herabsetzung des Sorgfaltstandards verbindlich sein.

---

74 VON DER CRONE-SCHMOCKER, S. 121. Für das deutsche Recht REISER, S. 413; CANARIS, 3. Auflage, Rz 743 a, der die Möglichkeit des Rechtsverlustes verneint.

75 Für die Schweiz: VON DER CRONE-SCHMOCKER, S. 120 (ablehnend). Für Deutschland: INGO KOLLER, passim (bejahend); CANARIS, 3. Auflage, Rz 712 (ablehnend).

76 INGO KOLLER, S. 823 ff.

77 Vgl. CANARIS, 3. Auflage, Rz 743 a mit weiteren Hinweisen. CANARIS lässt die Entbindung von der Vorlegungspflicht zu, weil der Checkeinreicher die Organisation des Checkverkehrs in Form des beleglosen Checkeinzugsverfahrens grundsätzlich so hinzunehmen habe, wie sie nun einmal ist.

Für Schäden aus Verspätungen bei der Ausführung von Börsengeschäften sehen die Banken hingegen mit guten Gründen von einer Freizeichnung ab. Anders als im Zahlungsverkehr ist die zeitgerechte Ausführung von Aufträgen im Anlagegeschäft wegen der ständig schwankenden Kurse regelmässig von zentraler Bedeutung. Mit einer Wegbedingung der Sorgfalt im Sinne einer Verpflichtung zur umgehenden Ausführung würde der Auftrag für den Kunden jeden Sinn verlieren[78].

Im Bereich der Vermögensverwaltung gilt ähnliches. Wo eine Partei der anderen die Wahrnehmung ihrer Interessen in einem derart weit abgesteckten Bereich überlässt, widerspricht eine Reduktion des gesetzlich vorausgesetzten Sorgfaltsmasses der vereinbarten Interessenwahrung[79]. In diesem Fall muss entweder der Vertrag als solcher oder die Klausel über die Herabsetzung des Sorgfaltsmasses dahinfallen. Sobald der Beauftragte tätig wird, bleibt nur für die Annahme Raum, es sei die das Sorgfaltsmass herabsetzende Klausel dahingefallen. Es fällt denn auch auf, dass die Banken in diesem Bereich nur selten so weit gehen, die Haftung für Verschulden wegzubedingen[80]. In solchen Fällen will die Bank vermutlich eher festhalten, dass sie sorgfältig handeln wird, aber, der Natur des Vermögensverwaltungsauftrags als einer "obligation de moyens" entsprechend, nicht für einen bestimmten Erfolg ihrer Tätigkeit und auch nicht für eine durchwegs glückliche Hand bei allen ihren Anlageentscheiden einstehen will.

II. Sorgfaltspflichten der Bank gegenüber Dritten im Anlagebereich

2. Kapitel: Privatrechtliche Sorgfaltspflichten bei der Entgegennahme und Rückerstattung von Vermögenswerten

1. Sorgfalt bei der Entgegennahme von Vermögenswerten zum Zwecke des Erwerbs dinglicher Rechte

Wenn eine Bank im Handelsgeschäft von einem Kunden Wertpapiere oder Sachwerte (zum Beispiel Edelmetall, Münzen) kauft, wird sie bei gutem Glauben an die Verfügungsberechtigung des Kunden im Rahmen der

---

78 THALMANN, Zahlungsverkehr, S. 168.

79 GUTZWILLER, S. 68. Auch die Autoren, die im Bereich der Vermögensverwaltung die Möglichkeit einer Freizeichnung im Rahmen der analog anwendbaren Art. 100 und 101 OR bejahen (vgl. dazu oben Anmerkung 69) tun dies spürbar ohne grosse Begeisterung.

80 Vgl. den Überblick über die in der Praxis verwendeten Formulare bei SPÄLTI, S. 25 ff. und BERTSCHINGER, S. 45 ff. – Einen Hinweis auf Banken, die in ihren Formularen für Verwaltungsaufträge die Freizeichnung von der Haftung für leichtes Verschulden vorsehen, gibt SPÄLTI, S. 29, Anm. 41.

Grundsätze des Sachen- und Wertpapierrechts in ihrem Erwerb geschützt[81]. Dieselben Grundsätze gelten für eine Bank, die im Kreditgeschäft zur Sicherstellung ihrer Kreditforderung Wertpapiere oder Sachwerte vom Kunden zu Pfand nimmt[82]. Die Aufmerksamkeit, die die Bank leisten muss, wenn sie im Sinne von Art. 933 ZGB und Art. 3 Abs. 2 ZGB als gutgläubig gelten will, hat im Rahmen der Regeln über den Besitzerwerb die Funktion einer blossen Obliegenheit, d.h. einer Voraussetzung für den Rechtserwerb. Sie entspricht aber einer allgemeinen Rechtspflicht. Sie fliesst aus dem allgemeinen Gebot, unerlaubte Handlungen zu unterlassen. Denn wer Vermögenswerte von einem Unberechtigten erwirbt, verletzt fremdes Eigentum und handelt damit – objektiv gesprochen – rechtswidrig.

Die Rechtsfragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, darunter auch die Frage nach dem Umfang der Aufmerksamkeit, die die Bank beim Erwerb schuldet, werden üblicherweise nicht in der Lehre zum Bankvertragsrecht, sondern zum Sachenrecht behandelt. In der Rechtsprechung zu Art. 933 ZGB steht seit einiger Zeit der Handel mit Gebrauchtwagen im Zentrum des Interesses. Weil es sich dabei um Sachen handelt, bei denen erfahrungsgemäss häufig damit zu rechnen ist, dass sie einem Dritten gestohlen worden sind, unterstehen die Händler von Gebrauchtwagen einer erhöhten Sorgfaltspflicht[83]. Diese äussert sich in der Verpflichtung zu besonderen Vorsichtsmassnahmen (Prüfung der Fahrzeugnummer, Prüfung des Fahrzeugausweises, Einsicht in das Eigentumsvorbehaltsregister, Erkundigung beim früheren Eigentümer), sobald der offerierte Preis ungewöhnlich tief ist oder generell, wenn es sich um einen Wagen der Luxusklasse handelt. Der Besitz für sich allein vermittelt also in solchen Fällen keine genügende Grundlage mehr für die Annahme der Verfügungsberechtigung des Veräusserers. Für den Verkehr mit Wertpapieren und anderen "bankmässigen" Werten ist hingegen anzunehmen, dass sich die Bank grundsätzlich auf den durch den Besitz vermittelten Anschein der Berechtigung verlassen darf und eine Verpflichtung, nach Rechtsmängeln zu forschen, nur beim Vorliegen besonderer Verdachtsmomente besteht[84]:

---

81 Der gutgläubige Erwerber von Geld und Inhaberpapieren wird immer geschützt (Art. 935 ZGB); dasselbe gilt bei Ordrepapieren mit ordnungsgemässer Indossamentenkette (Art. 1006 Abs. 2 OR; dazu JÄGGI, N 174 zur Art. 967 OR). Bei anderen Sachen hängt der Schutz des gutgläubigen Erwerbers davon ab, dass die Sache dem Veräusserer anvertraut war (Art. 933 ZGB); andernfalls gilt Art. 934 ZGB.

82 BGE 70 II 103 ff.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. Oktober 1984, SJZ 1985, Nr. 30, S. 164 ff. (165) E. II 1.

83 BGE 79 II 59 ff., 107 II 41 ff., 113 II 397 ff.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Oktober 1992, ZR 1992/3, Nr. 75, bestätigt durch unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 5C.218/1992 vom 26. Mai 1993, kurz zusammengefasst in NZZ vom 2. August 1993; Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, Appellationshof, vom 28. April 1993, SJZ 1993, Nr. 41, S. 366 ff.

84 Die Sorgfaltspflicht des Erwerbers gliedert sich also im Normalfall in zwei Stufen: (1) die Aufmerksamkeit auf besondere Verdachtsmomente und, nur wenn solche Verdachts-

X, angeblich in Genf wohnhaft, ersucht eine Bank in Lausanne am späteren Nachmittag um sofortige Gewährung eines Kredits von Fr. 100'000.– gegen Verpfändung von Obligationen, die er im Koffer mit sich trägt. Die Bank stellt fest, dass die Wertpapiere nicht auf einer Sperrliste figurieren. Dass der bisher unbekannte Kunde die sofortige Auszahlung des Kredits verlangt und den Namen des Restaurants nicht nennen will, zu dessen Erwerb er den Kredit angeblich benötigt, macht die Sache nach Ansicht des Gerichts nicht verdächtig. Ebensowenig macht das Gericht der Bank die Unterlassung der Nachprüfung der Identität und der Adresse des Kunden zum Vorwurf (BGE 83 II 126 ff.).

Ein in bescheidenen Verhältnissen lebender, der Bank als vertrauenswürdig bekannter Kunde bietet der Bank historische Goldmünzen in grosser Menge zum Kauf an, die einem Verwandten vermacht worden seien. Das Gericht bezeichnet zwar die Menge der angebotenen Münzen als auffällig. Ihrer Abklärungspflicht genügte die Bank aber im vorliegenden Fall mit der Rückfrage an den Kunden. Wenn der Erwerber auf eine entsprechende Frage eine plausible Auskunft erhält, darf er sich mit dieser zufrieden geben und muss nicht den Beweis für deren Richtigkeit vorlegen, zumal wenn er den Veräusserer als vertrauenswürdig kennt (BGE 100 II 8 ff.).

Der Grundsatz, dass beim Erwerb von Wertpapieren und anderen "bankmässigen" Werten keine besonderen Nachforschungen angestellt werden müssen, wird nur nach zwei Richtungen durchbrochen:

a) Banken müssen die wesentlichsten inländischen Publikationen über abhandengekommene, kraftlos erklärte oder gerichtlich gesperrte Wertpapiere und die periodischen Verlustmeldungen der Schweizerischen Bankiervereinigung konsultieren, bevor sie Wertpapiere zu Eigentum oder Pfand entgegennehmen[85]. In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass der Bank eine Überprüfung ausländischer Verlust- und Sperrmeldungen nicht zugemutet werden könne[86]. Es läst sich aber eine Tendenz feststellen, ausländische Wertpapiere bestimmten Charakters, die am Schalter der Bank eingereicht werden, vor einem Entscheid über den definitiven Erwerb zwar nicht selbst anhand ausländischer Sperrlisten zu

---

momente vorliegen, (2) die Pflicht zu weiteren Abklärungen. Diese zweite Stufe erschöpft sich nicht in einer blossen Erkundigungspflicht: Mit blossen Rückfragen beim Veräusserer oder bei Dritten ist es in der Regel nicht getan; die Plausibilität der erhaltenen Auskünfte ist durch eigene Überlegungen nachzuprüfen (statt vieler JÄGGI, N 128 zu Art. 3 ZGB). Anderseits löst auch das Vorliegen besonderer Verdachtsmomente nur eine instrumentale (dazu oben Anmerkung 36) Sorgfaltspflicht und nicht das Einstehenmüssen für das tatsächliche Bestehen des Rechtes des Veräusserers aus. Wie weit die Abklärungen gehen müssen, bestimmt sich nach den Umständen (vgl. dazu JÄGGI, N 114 zu Art. 3 ZGB; HINDERLING, S. 501; STARK, N 52 zu Art. 933 ZBG).

85 So das Bundesgericht im oben erwähnten Fall BGE 83 II 126 ff.; ferner das unveröffentlichte Urteil 5C.25/1991 vom 12. Dezember 1991 (NZZ vom 27. Februar 1992); vgl. ZOBL, Kommentar, N 826 zu Art. 884 ZGB. Anderseits genügt die Konsultation dieser Publikationen nicht, um allfällige Verdachtsmomente zu beseitigen, weil zwischen einem Delikt und der Publikation des Aufrufs regelmässig einige Zeit verstreicht. BGE 80 II 239 ff. (243) sowie das oben erwähnte, unveröffentlichte Urteil des Bundesgerichts; vgl. auch das Urteil des Berliner Kammergerichts vom 29. September 1993 in WM 1994, S. 18 ff. (20).

86 ZOBL, Kommentar, N 826 zu Art. 884 ZGB mit weiteren Verweisen.

überprüfen, wohl aber eine Überprüfung durch eine Korrespondenzbank im Lande der Emission vornehmen zu lassen[87]. Ob diese Entwicklung mit dem Phänomen der sog. Entmaterialisierung der Wertpapiere zusammenhängt – d.h. der auch im Ausland zu beobachtenden Tendenz, von der Ausstellung und der physischen Übertragung der Wertpapiere abzusehen und Aktien oder Obligationen als blosse Wertrechte innerhalb des Bankensystems zirkulieren zu lassen –, ist schwierig auszumachen[88].

b) Seit dem Inkrafttreten der Sorgfaltspflichtvereinbarung (1977) und seit dem Inkrafttreten von Art. 305ter StGB über die mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften (1990) muss die Bank die Identität des Kunden feststellen und Abklärungen über die Identität des an den übergebenen Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten treffen. Anders als noch im oben erwähnten Fall BGE 83 II 126 ff. müsste heute die Unterlassung der Prüfung der Identität des Kunden als Sorgfaltswidrigkeit gelten, die nicht nur standesrechtliche Sanktionen nach sich zieht, sondern auch geeignet sein kann, die Berufung der Bank auf den guten Glauben im Sinne von Art. 933 ff. ZGB auszuschliessen, wenn anzunehmen ist, dass die Bank bei der Erfüllung der standesrechtlichen Identifikationspflichten Feststellungen gemacht hätte, die ihren Argwohn hätten erregen müssen[89].

Die soeben wiedergegebenen Grundsätze aus Lehre und Rechtsprechung zum guten Glauben im Sachenrecht beziehen sich auf die Stellung der Bank beim Erwerb dinglicher Rechte. Sie gelten also nur für einen engen Ausschnitt aus dem Gesamtbereich der Bankgeschäfte, bei denen es zur Übergabe von Vermögenswerten aus dem Besitz des Kunden in denjenigen der Bank kommt.

Im folgenden ist zu prüfen, ob die gleichen Sorgfaltspflichten auch für die Bank gelten, die Vermögenswerte des Kunden zur blossen Aufbewahrung oder zur Weiterleitung, insbesondere zum Verkauf für Rechnung des Kunden übernimmt. Dieser letzte Fall soll, weil er wirtschaftlich eine gewisse Verwandtschaft mit den Erwerbsgeschäften der Bank (Kauf, Entgegennahme zu Pfand) aufweist, zunächst behandelt werden.

2. *Sorgfalt bei der Entgegennahme von Vermögenswerten zur Weiterleitung (zum Verkauf oder zum Inkasso)*

Wenn ein Kunde der Bank Wertpapiere zum Zweck des Verkaufs an der Börse übergibt, will die Bank grundsätzlich kein Eigentum an den über-

---

87 In diese Richtung weist das Urteil des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. Oktober 1984, SJZ 1985, Nr. 30, S. 164 ff. (166 linke Spalte) E. II 2.

88 Zum Phänomen der sog. Entmaterialisierung vgl. die Aufsätze von MEIER-HAYOZ und FORSTMOSTER/LÖRTSCHER sowie die Dissertation von HANDSCHIN.

89 So auch NOBEL, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, S. 248.

nommenen Vermögenswerten erwerben. Mit dem Verkauf verschafft sie aber unter den im Wertpapierrecht gegebenen Voraussetzungen dem Dritterwerber Eigentum.

Obwohl die Pflicht zur Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB nach dem Sachenrecht nur denjenigen trifft, der eine Sache "zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht" erwirbt (Art. 933 ZGB), neigen Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz und im Ausland zur Annahme, dass auch die Bank, die Vermögenswerte des Kunden übernimmt, um sie für ihn zu verkaufen, den Sorgfaltspflichten von Art. 933 ZGB unterliegt und dem depossedierten Eigentümer schadenersatzpflichtig wird, wenn sie im Sinne dieser Vorschrift nicht gutgläubig ist[90].

Diese Auffassung kann sich auf beachtliche Motive stützen.

Aus der Sicht des depossedierten Eigentümers macht es keinen Unterschied, ob er sein Eigentum an die Bank des Diebes, Veruntreuers usw. oder an einen Vertragspartner dieser Bank verliert.

Für eine Anwendung der Regeln über den Gutglaubensschutz beim Erwerb dinglicher Rechte auf den Fall der zum Weiterverkauf übernommenen Vermögenswerte spricht ferner der Umstand, dass es manchmal nur vom Zufall abhängt, ob eine Bank die Vermögenswerte, die sie für den Kunden verkaufen soll, nicht doch selbst zu Eigentum erwirbt[91].

Nicht wesentlich anders als beim Verkauf über die Bank liegen die Dinge aus der Sicht des depossedierten Eigentümers, wenn die Bank von einem Kunden einen Wechsel oder einen Check, der diesem nicht zusteht, zum Inkasso entgegennimmt. Er riskiert den Verlust seiner Rechte, denn der Bezogene, der nicht aus dem Papier oder aus den Umständen ersehen kann, dass die Bank für einen Unberechtigten handelt, befreit sich (beim Wechsel) respektive den Aussteller (beim Check) durch seine Leistung an die Bank des Unberechtigten[92].

Während der Fall der Bank, die aus der Hand des Kunden Vermögenswerte zum Verkauf an der Börse entgegennimmt, in der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung bisher – soweit ersichtlich – noch nicht erörtert worden ist, besteht zur Sorgfaltspflicht der Bank, die einen Check zum

---

90 Vgl. dazu die folgenden Ausführungen.

91 Beim echten Selbsteintritt erwirbt die Bank Eigentum (vgl. dazu VON PLANTA, N 2 zu Art. 436 OR; ferner EMCH/RENZ/BOESCH, S. 438). – Ob die Bank im Falle des usanzgemäss vereinbarten sog. "technischen" Selbsteintritts Zwischeneigentum erwirbt, ist umstritten: (Verneinend etwa SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, N 74 und 202, Anhang zu § 406 HGB und CANARIS, 2. Auflage, Rz 1999; bejahend AVANCINI/IRO/KOZIOL, Band II, S. 652, Rz 7/130.

92 Art. 1006 und 1121 OR. – Nur unter seltenen Umständen, etwa bei Unregelmässigkeiten oder Auffälligkeiten in der Reihe der Indossamente, oder wenn dem Bezogenen eine Verlustmeldung des Ausstellers zugegangen ist, wird das Eintreten des deliktischen Erfolges im "Hinterland" der Bank des Einreichers, d.h. der Bank, die den Check von ihrem Kunden zum Inkasso entgegengenommen hat, vereitelt werden können.

Inkasso entgegennimmt, international eine reiche Gerichtspraxis. Diese neigt dazu, die Bank des Checkeinreichers gleich zu behandeln wie die Bank, die ein Wertpapier zu Eigentum oder zu Pfand erwirbt.

So wendet die konstante Rechtsprechung in Deutschland den dem Art. 1112 OR entsprechenden Art. 21 des deutschen Scheckgesetzes (SchG) auch gegen die Bank an, die den Check ohne Anwendung der gebotenen Sorgfalt von ihrem Kunden zum Inkasso bei der bezogenen Bank entgegengenommen hat. Die vom Gesetz verlangte grobe Fahrlässigkeit ist nur gegeben, wenn die Bank "die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in einem ungewöhnlichen, besonders schweren Masse verletzt hat"[93]. Ist dies der Fall, so wird ohne weiteres vorausgesetzt, dass an die Stelle des von Art. 21 SchG = Art. 1112 OR vorgesehenen Herausgabeanspruches, der aus praktischen Gründen kaum je mehr zum Ziele führen wird, ein Anspruch auf Schadenersatz nach den Vorschriften des Besitzesrechts tritt (§§ 989, 990 BGB, die im wesentlichen Art. 940 ZGB entsprechen). Die Bank muss also den Erlös, den sie in der Regel ihrem Kunden bereits weitergegeben hat, dem geschädigten Eigentümer nochmals auszahlen[94].

Nach dem englischen common law ist die Bank, die einen Check vom Unberechtigten zum Inkasso entgegennimmt, dem besser Berechtigten kausal für den Erlös haftbar; doch schützt das Gesetz die Bank seit über 100 Jahren, wenn sie "in good faith" und "without negligence" gehandelt hat. Eine reiche Gerichtspraxis hat die Pflicht zur Aufmerksamkeit konkretisiert[95].

Auch die französische Rechtsprechung scheint dazu zu neigen, eine Bank, die einen Check zum Inkasso entgegennimmt, aus Delikt haften zu lassen, wenn ihr aufgrund ihrer Kenntnisse über den Erwerber dessen fehlende Berechtigung hätte auffallen müssen[96].

In der schweizerischen Literatur bejahen ZIMMERMANN[97] und DRUEY[98] unter Hinweis auf die ausländische Praxis eine Verantwortlichkeit der Bank des Einreichers gegenüber dem wahren Berechtigten, wenn die Bank den Mangel in der Berechtigung ihres Kunden hätte erkennen sollen. Beide Autoren stellen die Bank des Einreichers als Besitzerin einem

---

93 Vgl. BAUMBACH/HEFERMEHL N 4 zu Art. 21 SchG.

94 CANARIS, 3. Auflage, Rz 784 ff.; BAUMBACH/HEFERMEHL, N 5 b zu Art. 21 SchG.

95 Vgl. dazu PAGET'S Law of Banking, Kapitel 28, S. 448 ff. und S. 452 ff. mit reicher Kasuistik. – In den USA liegen die Verhältnisse anders: Aus der Warranty gemäss UCC § 3-417 kann die Bank des Einreichers nach wie vor ohne Rücksicht auf ihren guten oder bösen Glauben von der bezogenen Bank, die ihrerseits dem depossedierten Eigentümer des Checks haftbar ist, auf dem Regressweg belangt werden, wenn ihr Kunde den Check nicht zu Recht besass; dazu QUINN, N 5 ff. zu § 3-417 UCC sowie GRUSON/FISCHER, S. 666 ff.

96 RIPERT/ROBLOT, No. 2459.

97 HARRY ZIMMERMANN, N 7 und 8 zu Art. 1112 OR.

98 JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 287 f., insb. Anm. 13.

Erwerber dinglicher Rechte am Check gleich und lassen sie nach Art. 940 ZGB für den Erlös haften, wenn sich der Check nicht mehr in ihren Händen befindet. Anderer Ansicht ist VON DER CRONE-SCHMOCKER, die eine Anwendung der Besitzrechtsregeln im Sinne von Art. 933 ff. ZGB und Art. 1112 OR nur gegen eine Bank zulassen will, die als Erwerberin eines dinglichen Rechts auftritt oder die – andernfalls – den Check direkt oder über eine Substitutin noch besitzt. Ist das Inkasso schon abgewickelt, so soll sich der Berechtigte ausschliesslich an den Kunden der Bank halten müssen[99]. In dem einzigen bisher publizierten schweizerischen Entscheid zur Frage der Haftung der Bank des Einreichers gegenüber dem wahren Berechtigten hat kürzlich das Handelsgericht des Kantons Zürich diese Ansicht abgelehnt und sich unter Berufung auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung der Ansicht von ZIMMERMANN und DRUEY angeschlossen[100].

Der herrschenden Lehre ist zuzustimmen. Doch lässt sich die Sorgfaltspflicht der Bank des Einreichers, wie VON DER CRONE-SCHMOCKER richtig erkannt hat, abgesehen vom Fall, dass sich der Check noch in den Händen der Bank befindet, nicht auf die Besitzrechtsregeln stützen; sie muss aus Art. 41 OR hergeleitet werden. Die Bank, die von einem Unberechtigten Wertpapiere zum Verkauf an der Börse oder zum Inkasso entgegennimmt und weiterleitet, nimmt, objektiv gesprochen, an der unerlaubten Handlung des Kunden teil und setzt durch ihr Verhalten eine Mitursache für den dem Dritten zugefügten Schaden. Auch wenn umstritten sein mag, ob von einer gemeinsamen Verursachung im Sinne von Art. 50 Abs. 1 OR gesprochen werden kann[101], so haftet die Bank doch mindestens aus eigenem Verhalten, wenn ihr ein Schuldvorwurf gemacht werden kann. Als relevantes Verschulden im Sinne von Art. 41 OR ist die Ausserachtlassung der gebotenen Aufmerksamkeit und das daraus folgende Handeln in Unkenntnis der fehlenden Verfügungsberechtigung des Kunden anzusehen, also genau dasjenige Verhalten, das der Bank, wenn sie als Erwerber aufträte, gemäss Art. 933 ZGB und Art. 1112 OR als böser Glaube zur Last gelegt würde[102]. Dass die Unterlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 933 ZGB "nach den Umstän-

---

99 VON DER CRONE-SCHMOCKER, S. 61.

100 Urteil vom 11. Mai 1992, ZR 1992/3, Nr. 37, S. 129 ff.

101 Bewusstes Zusammenwirken verlangen OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 50 OR; BECKER, N 2 und 5 zu Art. 50 OR; BREHM, N 19 zu Art. 50 OR. Nach BGE 115 II 42 ff. (45) genügt es, wenn jeder Schädiger um das pflichtwidrige Verhalten des andern weiss oder jedenfalls wissen könnte; weiterführende Hinweise daselbst sowie bei SCHNYDER, N 3 und 5 zu Art. 50 OR.

102 Vgl. DRUEY in JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 288, der die sachlich aus der "Siebfunktion" der Einreicherbank gerechtfertigte Sorgfaltspflicht dogmatisch nicht nur in den Besitzesregeln, sondern auch im Deliktsrecht begründet sieht (S. 288 Anm. 13 und Text dazu).

den" gebotenen Aufmerksamkeit im Gesetz[103] mit dem Begriff der groben Fahrlässigkeit umschrieben wird, mag als Hinweis darauf verstanden werden, dass das Gesetz die Schwelle des relevanten Verschuldens beim Dritten, der als unfreiwilliger Teilnehmer oder Begünstiger zum Gelingen des Delikts eines anderen beiträgt, höher ansetzt als beim Täter[104]. Während jedermann gehalten ist, den Unterschied von Mein und Dein zu kennen und die Grenze in seinem eigenen Verhalten – auch leichtfahrlässig – nicht zu überschreiten, darf nur das Ausserachtlassen elementarer Sorgfaltspflichten zu einem Schuldvorwurf an den unfreiwilligen Teilnehmer führen.

3. *Sorgfalt bei der Entgegennahme von Vermögenswerten zur blossen Aufbewahrung*

3.1. Die Entgegennahme zur Aufbewahrung

Nach GAUTSCHI ist die Bank auch als blosse Aufbewahrerin von Kundenvermögen den besitzrechtlichen Sorgfaltspflichten im Sinne von Art. 933 ff. ZGB unterworfen. Ist die Bank bösgläubig, so soll ein Hinterlegungsvertrag mit rechtswidrigem oder unsittlichem Zweck vorliegen, aus dem kein gültiger Rückerstattungsanspruch des Hinterlegers erwachsen kann. Der bösgläubige Aufbewahrer soll dem depossedierten Eigentümer nach Art. 940 ZGB schadenersatzpflichtig werden, wenn er dem Hinterleger die Sache zurückerstattet[105]. Diese Auffassung lässt sich nicht halten. Als Aufbewahrerin im Depotgeschäft hat die Bank unselbständigen Besitz an den Vermögenswerten ihrer Kunden. Sie kann zwar vom besser Berechtigten auf Herausgabe gerichtlich belangt werden[106], solange sie sich noch im Besitz der Sache befindet[107]. Für den Erfolg oder Misserfolg der Herausgabeklage kommt es aber auf den guten Glauben des Kunden an, für den die Bank die Sache aufbewahrt, und gegen den als den (mittelba-

---

[103] Vgl. Art. 1006 Abs. 2 und 1112 OR, die in diesem Punkt vermutlich von § 932 BGB inspiriert sind; ferner im Zusammenhang mit dem verwandten Problem der Legitimationswirkung des Wertpapiers Art. 966 Abs. 2 OR.

[104] Zu Unrecht glaubt PIOTET, S. 37 annehmen zu müssen, dass in Anwendung von Art. 933 ZGB die Berufung auf den guten Glauben schon bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen sei.

[105] GAUTSCHI, N 2 a zu Art. 479 OR verweist auf BGE 38 II 468, 45 II 265, 79 II 61 und 84 II 263 sowie auf HOMBURGER, Kommentar, N 8 zu Art. 940 ZGB, die sich aber alle auf den Fall des Bösgläubigen beziehen, der eine Sache zu einem dinglichen Recht erwirbt und vom Eigentümer auf Herausgabe oder auf Schadenersatz belangt wird.

[106] HINDERLING, S. 503; STARK, N 10 zu Art. 934 ZGB lässt die Klage sogar gegen den Besitzdiener zu. Vgl. aus der Praxis BGE 38 II 465 ff.; Urteil der Cour de justice civile, Genève, vom 30. Juni 1961 in Semaine judiciaire 1962, 407 ff.

[107] STARK, N 10 zu Art. 934 ZGB.

ren) selbständigen Besitzer sich die Klage in erster Linie richtet[108]. Hat die Bank die Sache ihrem Kunden bereits zurückgegeben, so kann sie nach den Besitzesregeln vom besser Berechtigten nicht mehr belangt werden.

Zu fragen ist allerdings auch hier, ob die Bank, die es bei der Entgegennahme der Vermögenswerte an Aufmerksamkeit fehlen lässt und übersieht, dass der Kunde die Vermögenswerte zu Unrecht besitzt, dem depossedierten Eigentümer gegenüber nach Art. 41 ff. OR schadenersatzpflichtig werden kann. Während ausser Zweifel steht, dass eine Bank, die fremde Sachen vom Unberechtigten erwirbt oder zum Verkauf oder zum Inkasso entgegennimmt, kausal zur Entstehung des Schadens beim besser Berechtigten beiträgt, führt die blosse Entgegennahme deliktisch erworbener Vermögenswerte zum Zwecke der Aufbewahrung nur zur Perpetuierung des rechtswidrigen Zustandes[109], sie lässt sich aber nicht als Teilnahme der Bank an der bereits vollendeten Handlung verstehen, durch die der Kunde oder seine Komplizen dem depossedierten Eigentümer Schaden zufügen. Die Bank steht somit als blosse Aufbewahrerin objektiv gesehen in der Stellung des "Begünstigers" im Sinne von Art. 50 Abs. 3 OR[110]. In dieser Stellung wird sie dem in seinen Rechten Verletzten über einen allfälligen Gewinnanteil hinaus nur für den Schaden verantwortlich, den sie durch ihr eigenes Verhalten zusätzlich verursacht[111]. Das Bundesgericht hat in einem älteren, nicht eine Bank betreffenden Urteil weder die Entgegennahme veruntreuten Gutes zur Aufbewahrung noch die Rückerstattung an den Hinterleger als Ursache für den Schaden des depossedierten Eigentümers gelten lassen und die Haftung des Aufbewahrers trotz Kenntnis der deliktischen Herkunft des aufbewahrten Gutes verneint[112]. Nach dieser Ansicht ist also die Frage, ob das Zivilrecht dem blossen Aufbewahrer eine Pflicht zur Abklärung der Berechtigung des Hinterlegers auferlegt, zu verneinen. Wäre die Kausalität entgegen der Ansicht des Bundesgerichts zu bejahen, so würde sich die Frage stellen, ob auch die bloss unaufmerksame Bank schadenersatzpflichtig werden kann. Da das Gesetz schon im Bereich der Entgegennahme zum Erwerb oder zur Weiterleitung die den guten Glauben zerstörende Unaufmerksamkeit der

---

[108] HINDERLING, S. 516; STARK, N 11 zu Art. 936 ZGB und N 7 zu Art. 940 ZGB; HARRY ZIMMERMANN, N 8 zu Art. 1112 OR. – Vgl. auch BGE 45 II 263 ff. und 84 II 260 f.

[109] Diese kann unter Umständen strafrechtlich von Bedeutung werden. Nach REHBERG, S. 121 macht sich die Bank strafbar, weil sie mit der Aufbewahrung zur Perpetuierung des unrechtmässigen Zustands beiträgt; nach STRATENWERTH, Band I, § 20 N 11 fällt die blosse Aufbewahrung nicht unter die Hehlerei, weil Art. 144 StGB den Erwerb einer eigenen Verfügungsmacht voraussetze.

[110] Dazu OSER/SCHÖNENBERGER, N 11 zu Art. 50 OR; BECKER, N 7 zu Art. 50 OR; BREHM, N 70 zu Art. 50 OR; SCHNYDER, N 12 zu Art. 50 OR.

[111] Art. 50 Abs. 3 OR: Der Begünstiger haftet nur dann und nur soweit für Ersatz, als er einen Anteil an dem Gewinn empfangen oder durch seine Beteiligung Schaden verursacht hat.

[112] BGE 77 II 304. Anderer Ansicht GILLIARD, S. 267.

"groben Fahrlässigkeit" gleichsetzt[113], darf angenommen werden, dass es den blossen Aufbewahrer (Begünstiger), dessen Verantwortlichkeit es schon in objektiver Hinsicht an einschränkende Voraussetzungen knüpft, auch in subjektiver Hinsicht nur bei vorsätzlichem, höchstens eventualvorsätzlichem Handeln haften lassen will.

Die Frage des Sorgfaltsmasses, dem eine Bank bei der Entgegennahme von Vermögenswerten unterliegt, lässt sich im übrigen mit einer rein immanent-zivilrechtlichen Betrachtung nicht generell lösen. Das Zivilrecht denkt vom Erfolg her und packt den blossen Aufbewahrer (schon über das Element der Kausalität im Sinne von Art. 50 Abs. 3 OR) weniger streng an als denjenigen, der durch Weiterleitung von Vermögenswerten zum Inkasso oder zum Verkauf nicht nur zur Perpetuierung des unrechtmässigen Zustandes, sondern zum Verlust der Rechte des Depossedierten beiträgt. Für die Bank, die Vermögenswerte entgegennimmt, ist aber im Zeitpunkt der Entgegennahme nicht immer klar, ob sich ihre Funktion auf die blosse Aufbewahrung und Verwaltung der Vermögenswerte beschränkt, oder ob sie – vielleicht erst in einem späteren Zeitpunkt – vom Kunden zur Weiterleitung der Vermögenswerte eingeschaltet wird.

Die Frage der fahrlässigen Verletzung fremden Eigentums wird sich kaum je stellen, wenn die Bank Vermögenswerte nicht aus der Hand des Kunden, sondern durch Vermittlung anderer Banken entgegennimmt. Bei Überweisungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr, die zugunsten des Kunden bei der Bank eingehen, steht eine Verletzung fremder Eigentumsrechte von vornherein nicht zur Diskussion.

3.2. Die Rückerstattung an den Hinterleger

Das Bundesgericht lässt in Anwendung des Obligationenrechts den Aufbewahrer selbst bei bösem Glauben weder aus der Entgegennahme zur Aufbewahrung noch aus der Rückerstattung an den Hinterleger schadenersatzpflichtig werden[114].

Nach der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 479 OR, die von der Rechtsprechung stillschweigend auch auf Guthaben im Einlagegeschäft angewendet wird[115], darf und muss die Bank die aufbewahrte Sache dem Hinterleger auch dann zurückgeben, wenn der besser Berechtigte bei ihr interveniert. Sie kann den Drittansprecher an den Richter verweisen. Das Gesetz will die Bank davor schützen, im Streit zwischen ihrem Kunden und einem Drittansprecher, über dessen bessere Berechtigung sie sich kein zuverlässiges Bild machen kann, selbst den Richter spielen zu müssen. Nach GAUTSCHI soll sich die Bank auch auf Art. 479 OR nur stützen

---

[113] Vgl. Art. 966 Abs. 2, 1006 Abs. 2 und 1112 OR. Dazu oben Text bei Anmmerkung 103.

[114] BGE 77 II 304, vgl. oben Anmerkung 112.

[115] BGE 100 II 200 ff. (214 f.); zustimmend besprochen von KUMMER in ZbJV 1976, S. 148 f.; kritisch BAERLOCHER, S. 705 Anm. 4.

können, wenn sie bei der Entgegennahme der Vermögenswerte gutgläubig war. Diese Auffassung ist abzulehnen. Eine Berücksichtigung des guten Glaubens im Sinne von Art. 933 ZGB wäre im Zusammenhang mit der Ausübung der Rechte des Aufbewahrers aus Art. 479 OR schon darum fragwürdig, weil es bei der Anwendung von Art. 933 ZGB und Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht um den tatsächlichen guten Glauben, sondern um den guten Glauben im Rechtssinn geht. Es wäre m.a.W. zu fragen, ob die Bank die erforderliche Aufmerksamkeit walten liess, die sie zur Berufung auf den guten Glauben berechtigt. Dies zu beurteilen wäre eine Ermessensfrage. Könnte sich die Bank als Aufbewahrerin nur bei gutgläubiger Entgegennahme der deponierten Werte im Sinn von Art. 3 Abs. 2 ZGB auf Art. 479 OR berufen, so wäre für sie selbst die Frage ihrer eigenen Gutgläubigkeit im Ernstfall nicht ohne weiteres zu beantworten. Sie wüsste nicht, wem sie die Herausgabe schuldet. Gerade vor solcher Ungewissheit will Art. 479 OR die Bank als Aufbewahrerin schützen[116].

4. *Berührungspunkte zwischen den öffentlichrechtlichen und den privatrechtlichen Sorgfaltspflichten der Bank – Die Frage der zivilrechtlichen Haftung für die Verletzung öffentlichrechtlicher Sorgfaltspflichten*

Zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Rechtspflichten können sich überschneiden. Während die Konturen der Verantwortlichkeit des Dritten, der ohne Vorsatz als unfreiwilliger Teilnehmer zum Gelingen einer rechtswidrigen Handlung beiträgt, im Zivilrecht wenig scharf gezogen sind, versucht das öffentliche Recht in zunehmendem Masse, die Verletzung privater Rechte und vor allem die Verletzung allgemeiner Rechtsvorschriften durch Verhaltenspflichten zu verstärken, die sich nicht an den Täter, sondern an Dritte richten. Ein Verhalten der Bank, das aus zivilrechtlicher Sicht unbedenklich ist oder wenigstens sanktionslos bleibt, kann also Sanktionen des öffentlichen Rechts nach sich ziehen. Es kommen hier vor allem folgende Tatbestände in Betracht:

---

[116] Nach GUGGENHEIM, S. 33 soll es seit dem Inkrafttreten der Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB) fraglich sein, ob das Bundesgericht im berühmten Streit um den FLN-Schatz (BGE 100 II 200 ff.) noch gleich entscheiden und die Herausgabe des Vermögens an den fiduziarischen Hinterleger trotz der Intervention der wirtschaftlich am Vermögen berechtigten Organisation (FLN) auch heute noch schützen würde (im gleichen Sinn wohl auch NOBEL, Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht, S. 247 f. und S. 252). Diese Zweifel sind nicht angebracht. Das Bundesgericht hat schon damals ausdrücklich festgestellt, dass die Bank sich auf Art. 479 OR auch und gerade dann berufen kann, wenn ihr bei der Hinterlegung des Vermögens auf den Namen eines Treuhänders die Identität des wirtschaftlich berechtigten Dritten, der aber nicht selbst als Kunde auftreten will, von Anfang an bekannt ist (ebenso REICHWEIN, S. 20 f.).

- Hehlerei (Art. 144 StGB). Der Tatbestand der Hehlerei stellt unter Strafe, wer eine Sache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine strafbare Handlung erlangt worden ist, "erwirbt, sich schenken lässt, zu Pfande nimmt, verheimlicht oder absetzen hilft."
- Finanzierung des Betäubungsmittelhandels (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 Betäubungsmittelgesetz). Unter die Finanzierung des Betäubungsmittelhandels fällt nach der Rechtsprechung auch die Weiterleitung von Erlösen aus dem Drogenhandel[117].
- Geldwäscherei (Art. 305bis StGB). Dieser 1990 ins Gesetz eingeführte Tatbestand stellt unter Strafe, "wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herrühren".
- Mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften (Art. 305ter StGB).

Neben diesen strafrechtlichen Tatbeständen sind auch die von der EBK aus Art. 3 Abs. 2 lit. c Bankengesetz abgeleiteten aufsichtsrechtlichen Grundsätze daraufhin zu prüfen, ob sie der Bank die Entgegennahme oder die Rückerstattung von Vermögenswerten verbieten[118].

Die Verletzung öffentlichrechtlicher Vorschriften kann ihrerseits zivilrechtliche Schadenersatzpflichten begründen, wenn die verletzte Norm des öffentlichen Rechts nicht nur allgemeine Interessen der Öffentlichkeit, sondern gerade auch die Verhinderung von Schäden von der Art zum Zweck hat, wie sie durch das rechtswidrige Verhalten im konkreten Fall hervorgerufen worden sind[119].

Beim Tatbestand der Hehlerei steht der Schutznormcharakter in bezug auf die Interessen des depossedierten Eigentümers[120] ausser Frage. Eine der Hehlerei überführte Bank wäre aber für die Frage der zivilrechtlichen Haftung nicht als Urheberin des Schadens, sondern nach den Vorschriften über die Begünstigung (Art. 50 Abs. 3 OR) zu behandeln; sie wäre mit

---

[117] BGE 115 IV 256 ff. (261 ff.) E. 6 d, e und f.

[118] Nach der Ansicht der EBK kann schon die fahrlässige Entgegennahme von deliktisch erworbenen Vermögenswerten (Rz 6 der Geldwäscherei-Richtlinien) und die fahrlässige Beteiligung an Geschäften, mit denen die deliktische Herkunft von Vermögenswerten verschleiert werden soll (Verfügung vom 4. Mai 1992, in EBK-Bulletin 23/1993, S. 25 ff.) Aufsichtsrecht verletzen. Auch soll einer Bank trotz Art. 479 OR die Rückgabe von Vermögenswerten an den Kunden verwehrt sein, wenn sie mit deren deliktischer Herkunft und mit einer unmittelbar bevorstehenden Verfügungssperre der Strafuntersuchungsbehörde rechnen muss (EBK-Jahresbericht 1986, S. 25 ff.). – Die Haltbarkeit dieser Auffassung und das Verhältnis dieser, von der EBK aus Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes abgeleiteten Regel zum Straftatbestand der Geldwäscherei (Art. 305bis StGB sollen hier nicht näher erörtert werden.

[119] Statt vieler OFTINGER/STARK, Band II/1, § 16 N 4 und 101; BGE 117 II 315 ff. (317 f.).

[120] Zum geschützten Rechtsgut vgl. REHBERG, S. 117: abstraktes Gefährdungsdelikt gegen das Vermögen; ähnlich STRATENWERTH, Band I, § 15 N 1, S. 286.

anderen Worten höchstens für den Schaden haftbar, den sie durch ihr eigenes Verhalten zusätzlich verursacht hat.

Beim Tatbestand der Finanzierung des Betäubungsmittelhandels und beim Tatbestand der Geldwäscherei fällt hingegen kein privates Interesse in den Schutzbereich der Norm[121].

Dasselbe gilt für die von der EBK entwickelten aufsichtsrechtlichen Regeln und für den Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Geldgeschäften (Art. 305ter StGB). Das Bundesgericht hat kürzlich im Zusammenhang mit dem Straftatbestand von Art. 229 StGB (Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde) durchblicken lassen, dass auch ein reines Gefährdungsdelikt im Zusammenhang mit Vermögensschäden die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR begründen kann, wenn der Schutzzweck der Strafnorm auch Vermögensinteressen erfasst[122]. Da der Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Geldgeschäften nach Art. 305ter StGB die Rechtspflege, und nicht individuelle Vermögensinteressen schützen will[123], kann eine Verletzung der Sorgfaltspflichten gemäss Art. 305ter StGB für sich allein im Zusammenhang mit einer Schadenersatzklage des depossedierten Eigentümers keine Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 41 OR begründen.

III. Sorgfaltspflichten der Bank gegenüber dem Kunden im Vermögensanlagegeschäft

3. Kapitel: Sorgfalt und Sorgfaltspflichten der Bank im Bereich der Anlagegeschäfte "technischer" Natur

Während in den USA das Trennbankensystem den Handel mit Wertpapieren besonderen Wertpapierfirmen (Broker-Dealers oder Investment Banks) vorbehält[124], sind die Banken unter dem Universalbankensystem, wie es für die Schweiz typisch ist, im gesamten Kapitalanlagegeschäft tätig. In der Schweiz kann der Kapitalanleger bei seiner Bank nicht nur

---

[121] Bei der Geldwäscherei ist die Rechtspflege (STRATENWERTH, Ergänzungsband, § 4 N 1 und 2, S. 71 f.), bei der Finanzierung des Betäubungsmittelhandels ist die öffentliche Gesundheit Schutzobjekt der Norm.

[122] Vgl. BGE 117 II 259 ff. (270).

[123] ARZT, S. 190; STRATENWERTH, Ergänzungsband, § 4 N 37, S. 82.

[124] Auch in *England* war der Börsenhandel bis in die Zeit des "Big Bang" von 1986 besonderen Firmen vorbehalten, wobei zwischen Händlern, die im Auftrag von Kunden handelten, und Eigenhändlern unterschieden wurde. Vgl. RIDER/CHAIKIN/ABRAMS, S. 1-24. – In *Frankreich* waren die Banken bis zum Gesetz vom 22. Januar 1988 vom Börsenhandel, nicht aber von der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, ausgeschlossen; sie mussten Börsenaufträge an unabhängige Börsenhändler (agents de change) weiterleiten. Vgl. RIPERT/ROBLOT, Nos. 2473 und 2474; ferner HUBRECHT/COURET/BARBIERI, S. 286 f.

Guthaben in einheimischer und fremder Währung unterhalten (Einlagegeschäft) oder Wertpapiere aufbewahren oder verwalten lassen (Depotgeschäft); seine Bank ist als Universalbank auch in der Lage, alle "bankmässigen" Anlagen für ihn zu erwerben und ihn dabei zu beraten.

1. Sorgfaltspflichten im Einlagegeschäft

1.1. Sorgfalt bei der Vertragserfüllung

Beim Einlagegeschäft und beim Depotgeschäft geht es dem Kunden im wesentlichen um dasselbe: um die sichere Aufbewahrung von Vermögenswerten. Banktechnisch und juristisch muss zwischen den beiden Geschäftsarten unterschieden werden. Während der Kunde, der der Bank Wertpapiere zur Aufbewahrung übergibt, sein Eigentum nicht verliert (Depotgeschäft), geht das Eigentum an unverschlossen übergebenem Geld nach den ungeschriebenen Grundsätzen des Sachenrechts unabhängig vom Willen der Parteien auf die Bank über[125]. Die Verpflichtung der Bank im Einlagegeschäft geht also nicht auf Aufbewahrung[126]; sie beschränkt sich auf die Rückzahlung der Einlage. Sie ist eine "obligation de résultat". Wenn die Bank bei der Wiederanlage der in ihr Eigentum übergegangenen Gelder sorgfältig vorgeht (Stichworte: Risikoverteilung, Verhältnis der Ausleihungen zu den eigenen Mitteln, Aufrechterhaltung einer genügenden Zahlungsbereitschaft), tut sie dies vorab in eigenem Interesse, und in zweiter Linie aufgrund einer im öffentlichen Recht begründeten gesetzlichen Verpflichtung[127]. Es erübrigt sich zu fragen, ob die Bank auch noch in dritter Linie dem einzelnen Kunden gegenüber zur Sorgfalt bei der Bewirtschaftung ihrer eigenen Mittel verpflichtet ist; denn Geldschulden sind nach allgemeinem Grundsatz Verpflichtungen kausaler Natur, und die Einrede mangelnder Zahlungsbereitschaft und Zahlungsfähigkeit ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 97 OR nicht zulässig[128].

---

[125] Vgl. statt vieler ZOBL, Kommentar, N 84 zu Art. 727 ZGB mit weiteren Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung; eingehend NEMELKA, S. 129 ff.

[126] Eine Verpflichtung zur Aufbewahrung ist nur bei Objekten in fremdem Eigentum möglich.

[127] Vgl. Art. 4 ff. Bankengesetz und die ergänzenden Bestimmungen der Bankenverordnung.

[128] "Geld muss man haben"; vgl. statt aller VON TUHR/ESCHER, § 68, S. 96 Text bei Anmerkungen 24 und 25. Geldschulden auf Fremdwährungskonto sind kraft Usanz und kraft der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken nicht als Geldschulden, sondern wie Devisenschulden zu behandeln; sie lauten auf Verschaffung einer Gutschrift bei einer Bank im Währungsland (KLEINER, Devisenschuldrecht, Rz 71.01-74.11). Auch hier kann sich die Bank nicht mit der Ausrede exkulpieren, es sei ihr unmöglich gewesen, genügende Liquidität im Währungsland bereitzuhalten. Wird jedoch der Bank die Verschaffung einer Gutschrift im Währungsland durch obrigkeitliche Massnahmen des Währungslandes verunmöglicht, so liegt unverschuldete Unmöglichkeit vor (KLEINER, a.a.O. Rz 23.44).

1.2. Sorgfalt bei der Prüfung der Gläubigerlegitimation

Mehr Anlass zu Bemerkungen über die Sorgfaltspflicht der Bank gibt im Einlagegeschäft das Problem der Prüfung der Gläubigerlegitimation[129]. Nach den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts trägt der Schuldner das Risiko der fehlenden Gläubigerlegitimation. Er muss sich also in eigenem Interesse vergewissern, dass er seine Leistung an den Richtigen erbringt. Andernfalls muss sich der Gläubiger die an den Unrichtigen erbrachte Leistung nicht anrechnen lassen[130]. Dieser Grundsatz ist auf den Fall des individuell ausgehandelten Vertrags zugeschnitten, wo sich beide Vertragspartner persönlich kennen und auch angenommen werden darf, dass dem Schuldner bei der Vertragserfüllung genügend Zeit zur Verfügung steht, um sich über die Identität des Empfängers seiner Leistung zu vergewissern. Im Bankverkehr sind diese Voraussetzungen nicht gegeben. Die Bank muss am Schalter oder bei der Bearbeitung schriftlicher Weisungen des Kunden ohne Verzug und anhand einfacher Kriterien beurteilen können, ob sie handeln darf. Für den Fall des Einlegers, der mit der Bank über den Schalter verkehrt, hat die Praxis zunächst mit dem Sparheft ein Instrument entwickelt, das eine einfache Legitimationsprüfung ermöglicht. Heute wird das Sparheft auch im Verkehr mit Kunden, die nur über den Schalter mit der Bank verkehren, mehr und mehr durch das Konto ersetzt[131]. An die Stelle des vorgewiesenen Hefts tritt in diesem Fall die Unterschrift des Kunden, die mit einem bei der Bank deponierten Unterschriftsmuster verglichen wird. Will der Kunde mit der Bank auf Distanz verkehren, so kommt als Identifikationsmittel vor allem die Unterschrift des Kunden in Frage. In jüngster Zeit gewinnen an Stelle der Unterschrift elektronische Codes in Verbindung mit elektronisch lesbaren Plastikkarten mehr und mehr an Bedeutung.

Alle diese Identifikationsmittel haben im Laufe der letzten zehn bis zwölf Jahre die Gerichte und die Lehre intensiv beschäftigt.

1.2.1. Das Sparheft als Legitimationsinstrument[132]

Das Sparheft dient der Erleichterung der Identifikation des Kunden am Bankschalter. Diese Erleichterung liegt im Interesse der Bank und des Kunden. Der Kunde soll keine anderen Identifikationsinstrumente (Pass,

---

[129] Das Problem der Prüfung der Gläubigerlegitimation stellt sich auch im Depotgeschäft, im Zahlungsverkehr usw. – Probleme im Bankverkehr treten vor allem im Zusammenhang mit der Rückzahlung von Guthaben (Einlagen) und anderen Verfügungen über ein Konto auf.

[130] Statt vieler VON TUHR/ESCHER, § 58 VI; JÄGGI, N 7 ff. zu Art. 966 OR; GAUTSCHI, N 36 zu Art. 398 OR; BUCHER, S. 97 ff.

[131] Auch das bei der Bank "deponierte" Heft ist im Grunde genommen ein Konto.

[132] Der Ausdruck "Sparheft" wird hier und im folgenden stellvertretend auch für Einlage-, Depositen-, Anlagehefte etc. verwendet, die sich untereinander durch andere Verzinsung, Rückzugsmöglichkeiten sowie vom Sparheft durch das fehlende Sparprivileg unterscheiden; hinsichtlich der Eignung als Legitimationsmittel besteht kein Unterschied.

Identitätskarte) mitbringen müssen, wenn er am Schalter Geld abheben will. Die Zulässigkeit einer Vereinbarung, wonach die Bank als Schuldnerin der Einlage den Vorweiser eines auf den Namen des Kunden lautenden Sparhefts als verfügungsberechtigt ansehen darf, ergibt sich aus Art. 976 OR (Legitimationsklausel, hinkendes Inhaberpapier). Es ist unbestritten, dass ein Namensparheft auch dann mit einer Legitimationsklausel versehen werden kann, wenn ihm kein Wertpapiercharakter zukommt[133].

Die Legitimationsklausel, die das Namensparheft in bezug auf die Gläubigerlegitimation einem Wertpapier (Inhaberpapier) gleichstellt, bringt für den Kunden gewisse Risiken mit sich, weil die gutgläubige Bank mit der Leistung an den Vorweiser gültig befreit wird. Dieses Risiko wird für den Kunden durch zwei Überlegungen in Schranken gehalten:

a) Die Legitimationswirkung ist mit dem Besitz am Papier verbunden. Der Kunde kann durch eigene Sorgfalt, d.h. durch Kontrolle über das Sparheft den Eintritt von Nachteilen vermeiden. Kommt ihm das Sparheft abhanden, so kann er es sperren lassen und der Bank die Auszahlung verbieten.

b) Auch die Bank ist zu einer gewissen Sorgfalt verpflichtet. Wie in allen andern Fällen der durch Wertpapiere vermittelten Legitimation wird nur die gutgläubige Bank durch Leistung an den Vorweiser befreit. (Art. 976 OR; Aufmerksamkeit im Sinn von Art. 3 Abs. 2 ZGB.)

Die Aufmerksamkeit (Sorgfalt), die die Bank als Voraussetzung für die Berufung auf ihren guten Glauben leisten muss, steht in einem Spannungsfeld gegensätzlicher Interessen des Kunden. Weist ein Unberechtigter das Heft vor, so soll die Bank verdächtigen Umständen nachgehen; spricht der Kunde selbst am Schalter vor, will er schnell bedient werden. Dieser Interessenkonflikt muss sich auf das Mass der Sorgfalt auswirken. Ein Übermass an Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung würde die mit der wertpapiermässigen Institution des Sparhefts verknüpfte Legitimationsfunktion, die ja auch im Interesse des Kunden liegt, zunichte machen. Das Sparheft würde als Instrument des Bankverkehrs unbrauchbar.

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus der jüngsten Zeit diese Zusammenhänge offensichtlich übersehen:

Eine Bank hatte der Vorweiserin des auf den Namen eines männlichen Kunden lautenden Sparhefts den Bezug von Fr. 15 000.– erlaubt, ohne einen Identitätsausweis zu verlangen in der Annahme, es handle sich um die im Heft als Bevollmächtigte des Kunden bezeichnete Ehefrau des Kunden. Das Bundesgericht verurteilte die Bank wegen mangelnder Sorgfalt zur nochmaligen Auszahlung des Guthabens an den Kunden, weil das Reglement des Sparhefts für Bezüge über Fr. 1000.– pro Monat (diese Limite war später durch öffentlichen Anschlag, aber ohne persönliche Mitteilung an die Sparheftgläubiger auf Fr. 10 000.– erhöht

[133] Zur Frage, wann ein Namensparheft Wertpapier ist und wann nicht vgl. neuerdings BGE 117 II 166 ff.

worden) eine Kündigungsfrist vorsah. Mit der angesichts der grosszügigen Usanzen im Sparkassengeschäft[134] etwas fragwürdigen Begründung, die Kündigungsfrist sei nicht nur im Interesse der Bank aufgestellt worden, sondern auch der Kunde habe sich darauf verlassen dürfen, dass die Bank sich an sie halten werde, bezeichnete das Bundesgericht die Abhebung eines Betrages in der fraglichen Höhe als einen aussergewöhnlichen Vorgang, der die Bank zur genauen Abklärung der Identität des Vorweisers hätte verpflichten müssen, und verurteilte die Bank zur nochmaligen Leistung (BGE 116 II 459 ff.).

Mehr noch als das zuletzt genannte Argument mahnen die ergänzenden Überlegungen des Bundesgerichts zum Aufhorchen: In eindimensionaler Sicht stellt es die Legitimationsklausel einer gewöhnlichen vorformulierten Freizeichnungsklausel gleich, hinter der sich die Bank "verschanzen" wolle[135]: Da die Klausel von der Bank selbst formuliert worden sei, müsse sie im Interesse des Kunden restriktiv interpretiert werden. Aber nicht nur die Unklarheitsregel, auch die sog. Ungewöhnlichkeitsregel wird angerufen: Da die Bank beim Publikum als Hort der Sicherheit gelte und die Legitimationsklausel dem Interesse des Kunden an der Sicherheit seiner Einlage geradezu zuwiderlaufe[136], müsse die Klausel eng interpretiert werden! Hier scheint dem Bundesgericht das Verständnis für das dem Wertpapierrecht zugrundeliegende Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs gänzlich abhanden gekommen zu sein. Sollte dieses Urteil nicht einen einmaligen Missgriff, sondern eine neue Ausrichtung der Praxis des Bundesgerichts anzeigen, so hätte das Bundesgericht mit seinem Urteil das Ende des Sparhefts als Instrument des Bankverkehrs besiegelt[137].

Offen geblieben ist die Frage, ob eine Bank nach der Meinung des Bundesgerichts inskünftig auch Verdacht schöpfen muss, wenn das auf den Namen eines männlichen Kunden lautende Sparheft von einer Frau präsentiert wird[138]. Nach den Grundsätzen der wertpapierrechtlichen Legitimationsordnung will das (hinkende) Inhaberpapier den Glauben an die Verfügungsberechtigung des durch die Urkunde Ausgewiesenen auch dann schützen, wenn sich der gute Glaube des Schuldners auf die Annahme stützt, der Vorweiser sei zwar nicht der Kunde selbst, sondern ein von ihm zur Abhebung Bevollmächtigter[139]. Das Sparheft soll nicht zuletzt

---

134 Wenn der Gläubiger einen höheren Betrag abheben will, wird ihm die Bank dies in der Regel erlauben, jedoch mit einem Zinsabzug für den nichtgekündigten Betrag, vgl. EMCH/RENZ/BÖSCH, S. 198; vgl. auch BGE 100 II 153 ff.

135 "... se réfugier derrière une clause lui permettant de ne pas vérifier l'identité du porteur d'un livret nominatif". (BGE 116 II 462)

136 "... cette disposition permet à l'établissement bancaire d'affaiblir considérablement les garanties de sécurité qu'il est censé fournir à la clientèle ...". Die Tatsache, dass es sich beim Schuldner des Sparhefts um eine Bank handle "présente un aspect sécurisant et protecteur aux yeux du public en général et des créanciers en particulier". (BGE 116 II 461)

137 So auch SCHWAIBOLD, AGB, S. 242.

138 Der vom Bundesgericht zu beurteilende Fall lag insoweit atypisch, als im Heft selbst eine Vollmacht zugunsten der Frau des Kunden vermerkt war.

139 Art. 976 OR schützt nicht nur den guten Glauben an das Gläubigerrecht des Vorweisenden, sondern ebensosehr den guten Glauben an die Vertretungsbefugnis des Vorweisen-

ein Instrument der Erleichterung des Bankverkehrs auch in dem Sinne sein, dass der Bankkunde eine Person seines Vertrauens durch blosse Überlassung des Besitzes am Sparheft zur Abhebung bevollmächtigen kann[140].

1.2.2. Die Unterschrift als Legitimationsinstrument

Wer als Kunde mit der Bank nicht nur am Schalter, sondern auf Distanz verkehren will, geht davon aus, dass seine Unterschrift als Identifikationsmittel Verwendung finden wird. Anders lässt sich eine Geschäftsverbindung, bei der der Kunde der Bank Zahlungs- und Börsenaufträge auf dem Korrespondenzweg erteilt, nicht denken.

a) Die gesetzliche Risikoverteilung

Obwohl die Unterschrift das geläufigste Legitimationsmittel im Geschäftsverkehr ist, spricht ihr das Gesetz die Funktion eines eigentlichen Legitimationsinstruments nach der Art des Sparhefts nicht zu[141]. Nach der legitimationsrechtlichen Ordnung des Gesetzes trägt also die Bank, die sich auf eine gefälschte Unterschrift des Kunden verlässt, das Risiko der fehlenden Legitimation des Absenders, auch wenn die Fälschung gut gelungen ist. Die unterschiedliche Behandlung der Bank je nachdem, ob sich der Unberechtigte mit dem Sparheft oder mit der gefälschten Unterschrift des Kunden legitimiert, beruht darauf, dass der Besitz am Sparheft den Anschein der Berechtigung vermittelt. Dem Kunden ist zuzumuten, dass er das Sparheft unter Kontrolle hält und es nur Personen seines Vertrauens aushändigt. Tut er dies nicht, nimmt er den Verlust des Heftes nicht wahr oder gibt er der Bank von einem Verlust keine Kenntnis, so handelt er auf jeden Fall fahrlässig. Über die eigene Unterschrift lässt sich eine vergleichbare Kontrolle nicht ausüben[142].

b) Sorgfaltspflichten des Kunden (Selbstverschulden)

Den Schaden aus der Fälschung der Unterschrift muss jedoch der Kunde tragen, wenn ihn ein Verschulden trifft. Dies steht für den Fall der Checkziehung im Gesetz[143]. Der in Art. 1132 OR ausdrücklich erwähnte

---

den, sofern die Annahme, der Vorweiser handle als Vertreter, nach den Umständen nicht ausgeschlossen ist. Vgl. dazu JÄGGI, N 45 und 48 ff. zu Art. 976 OR.

[140] Vgl. die Klausel im Sparheft, das dem erwähnten Bundesgerichtsurteil zugrunde lag: "La banque a le droit de réputer titulaire d'un livret, ou mandataire du titulaire avec pouvoir d'opérer tous retraits, le porteur de ce livret". (BGE a.a.O. S. 460)

[141] KILGUS, S. 146.

[142] Die Unterschrift ist in diesem Sinn kein "Instrument".

[143] Art. 1132 OR: Der aus der Einlösung eines falschen oder verfälschten Checks sich ergebende Schaden trifft den Bezogenen, sofern nicht dem in dem Check genannten Aussteller ein Verschulden zur Last fällt, wie namentlich eine nachlässige Verwahrung der ihm überlassenen Checkformulare. – Diese Regel ist eine schweizerische Spezialität; sie ist im Genfer Abkommen über das einheitliche Scheckgesetz nicht enthalten.

Fall der unsorgfältigen Verwahrung der Checkformulare ist mit dem Fall der unsorgfältigen Verwahrung des Sparhefts ohne weiteres vergleichbar und rechtfertigt die primäre Haftung des Kunden für die Folgen der Fälschung seiner Unterschrift. Der Grundsatz der Haftung des Kunden für Mitverschulden ist aber nach allgemein anerkannter Ansicht nicht auf den Bereich der Checkziehung beschränkt[144]. Ein sprechendes Beispiel aus der Bundesgerichtspraxis ist folgender Fall:

Dubiose fremde Leute hatten sich in der Wohnung eines Kunden der Bank mit dessen Duldung häuslich eingerichtet, wo sie freien Zugang zu seinen Bankunterlagen und zu seinem Briefpapier hatten. Sie hoben mit einer auf dem persönlichen Briefpapier des Kunden ausgestellten Vollmacht, die über dem persönlichen Stempel des Kunden dessen gefälschte Unterschrift trug, und unter Vorweisung der Kundenkarte am Schalter der Bank das Guthaben ab. Das Gericht rügte das Verhalten der Bank aus verschiedenen Gründen als fahrlässig, setzte aber den Anspruch des Kunden auf nochmalige Auszahlung des missbräuchlich abgehobenen Guthabens wegen erheblichen Mitverschuldens auf die Hälfte herab (BGE 111 II 263 ff.).

c) Vertragliche Abreden über die Risikoverteilung

Im Gegensatz zu anderen Ländern, wo die Banken nur das Risiko der Fälschung der Ausstellerunterschrift auf Checks auf den Kunden überwälzen[145], sehen die AGB der schweizerischen Banken regelmässig vor, dass der Kunde generell allen Schaden aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen trägt, wenn die Bank kein grobes Verschulden trifft[146]. Dass die Unterschrift des Kunden als Legitimationsmittel Verwendung finden soll, wird häufig nicht einmal ausdrücklich hervorgehoben, weil ihre Eignung als Legitimationsmittel selbstverständlich erscheint[147]. Andere Legitimationsmittel, die ebenso missbraucht werden können wie die Unterschrift, sind etwa: ein gestohlener Pass, ein

---

144 Nur die Rechtsgrundlage für die Inanspruchnahme des Kunden ist umstritten. In dem hiernach wiedergegebenen Fall (BGE 116 II 263 ff.) hatte das Bundesgericht offen gelassen, ob vertragliches Selbstverschulden, ausservertragliches Schadenersatzrecht oder Art. 402 Abs. 2 OR (Ersatzpflicht des Auftraggebers) die Grundlage für die Herabsetzung bilde (vgl. auch BGE 112 II 457 E. 4). Art. 402 Abs. 2 OR (Auftragsrecht) fällt jedenfalls ausser Betracht, wenn es sich wie im Fall BGE 111 II 263 ff. um einen Bezug des Guthabens am Schalter handelt.

145 Vgl. Ziff. 11 der deutschen "Bedingungen für den Scheckverkehr": Alle Folgen eines Zuwiderhandelns gegen die vorstehenden Bedingungen sowie alle Nachteile des Abhandenkommens, der missbräuchlichen Verwendung, der Fälschung und Verfälschung von Schecks, Scheckvordrucken und des Vordrucks der Empfangsbescheinigung trägt der Kontoinhaber. Das bezogene Institut haftet im Rahmen des von ihm zu vertretenden Verschuldens nur in dem Masse, als es im Verhältnis zu andern Ursachen an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat.

146 Vgl. Ziff. 4 der Muster-AGB der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 19.1.1966: "Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft".

147 So auch KILGUS, S. 147, Anm. 569.

gestohlener Führerausweis[148]. Oder es erweckt jemand der Bank gegenüber den Anschein, Bevollmächtigter des Kunden zu sein[149]. Auch in diesen Fällen will die Klausel die Bank vor Schäden aus dem Nichterkennen der fehlenden Legitimation schützen.

Gegen solche vertragliche Abreden über die Risikoverteilung ist in der Literatur Kritik erhoben worden. Ihre Zulässigkeit wurde nebst gelegentlichen Berufungen auf die Ungewöhnlichkeitsregel oder Art. 19 und 20 OR resp. Art. 27 ZGB mit dem an sich zutreffenden Argument bestritten, dass die Regeln des Obligationenrechts über die Freizeichnung von der Haftung für die Nichterfüllung von Obligationen auf die Frage, wer den Schaden aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln tragen muss, grundsätzlich nicht anwendbar seien[150]. Von einzelnen Autoren wurde die gesetzliche Legitimationsordnung als unabänderlich bezeichnet[151]. Andere Autoren vertraten die Meinung, dass die legitimationsrechtliche Ordnung des Gesetzes durch Parteivereinbarung abgeändert werden kann[152]. Heute geht die Tendenz dahin, Abänderungen der gesetzlichen Legitimationsordnung durch Parteivereinbarung zuzulassen, aber dabei die Einhaltung des vom Obligationenrecht in Art. 100 und 101 OR gesetzten Rahmens zu verlangen. Über die Massgeblichkeit des gesetzlichen Rahmens von Art. 100 und 101 OR als Grundlage und gleichzeitig als Grenze für solche Vereinbarungen werden im wesentlichen zwei Auffassungen vertreten:

aa) KLEINER rückt die vertraglichen Vereinbarungen über die Tragung des Risikos von Unterschriftenfälschungen und Legitimationsmängeln, sofern sie das Gebiet des Zahlungsverkehrs betreffen, in den direkten Anwendungsbereich der Regeln über die Nichterfüllung von Obligationen, indem er die einzelnen Verfügungen, die die Bank zulasten des Kontos des Kunden vornimmt, nicht auf den tatsächlichen Willen des Kunden zurückführt, wie er in den einzelnen Zahlungsaufträgen zum Ausdruck kommt; vielmehr sieht er die einzelnen Verfügungen der Bank im Giroverhältnis als Ganzem begründet, in dessen Rahmen die Bank gemäss Absprache mit dem Kunden alle Weisungen des Kunden befolgen soll, die ihr mit dem Anschein der Unterschrift des Kunden versehen

---

148 Vgl. den vom Bezirksgericht Horgen am 11.3.1992 entschiedenen Fall in SJZ 1994, Nr. 10, S. 65 ff.

149 Vgl. den weiter unten untersuchten Fall in BGE 112 II 450 ff.

150 Vgl. schon GAUTSCHI, N 36 b-d zu Art. 398 OR. Ferner BUCHER, S. 99 ff.; vgl. auch die Urteilsanmerkung zu BGE 108 II 314 ff. von HEINI in SAG 1984, S. 35 ff.; WEBER, Zahlungsaufträge, S. 87; SCHÖNLE, Moyens électroniques de paiement, S. 81 ff.

151 GAUTSCHI, N 36 b-d zu Art 398 OR; SCHÖNLE, Moyens électroniques de paiement, S. 81 ff.

152 JÄGGI, N 7 ff. zu Art. 966 OR; KLEINER, AGB, S. 61; KLEINER, Bankkonto, S. 283 f.; GUGGENHEIM, S. 47 f.; THALMANN, AGB, S. 144; WEBER, Zahlungsaufträge, S. 89; VON DER CRONE, S. 103 ff.; KILGUS, S. 145 ff.; STEINMANN, S. 73.

zugehen[153]. Dabei hat die Bank die Pflicht zur Aufmerksamkeit: Ergeben sich bei der Prüfung der Unterschrift oder aus den Umständen der Auftragserteilung – z.B. aus der ungewöhnlichen Höhe des zu überweisenden Betrages – Anhaltspunkte für eine Fälschung, so muss die Bank diesen Warnsignalen in Erfüllung ihrer Pflichten unter dem Giroverhältnis nachgehen. Tut sie dies nicht mit der erforderlichen Sorgfalt, oder übersieht sie die Warnsignale, die ihren Verdacht hätten erregen sollen, so hat sie ihre Pflichten als Beauftragte unter dem Girovertrag nicht richtig erfüllt. Andernfalls aber kann sie vom Kunden den Ersatz für ihre Aufwendungen nach Art. 402 Abs. 1 OR verlangen. Eine Vereinbarung über die Freizeichnung der Haftung für leichtes Verschulden fällt nach dieser Lehre zwanglos in den Anwendungsbereich von Art. 100 und 101 OR.

bb) Andere Autoren und neuerdings auch das Bundesgericht sehen in Vereinbarungen über die Tragung des Schadens aus dem Nichterkennen der fehlenden Gläubigerlegitimation den Versuch der Überwälzung eines originär bei der Bank entstandenen Schadens auf den Kunden. Obwohl Art. 100 und 101 OR die Frage nach der Gültigkeit einer Schadensüberwälzung nicht direkt regeln, sollen sie doch – gegebenenfalls neben anderen einschränkenden Normen – analog berücksichtigt werden[154]. Folgt man dieser Auffassung, so sind Vereinbarungen über die Tragung des Legitimationsrisikos nicht von vornherein ausgeschlossen, aber der Spielraum für solche Vereinbarungen ist, seit die Banken als konzessionierte Unternehmen im Sinne von Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR gelten, eng gezogen. Der Richter kann[155] die Überwälzung des Risikos auf den Kunden auch im Fall der bloss leichten Fahrlässigkeit der Bank je nach den Umständen als nichtig betrachten. In diesem Zusammenhang stellen sich zwei Fragen: Nach welchen Grundsätzen muss der Richter sein Ermessen bei der Inhaltskontrolle betätigen? Was gilt insbesondere für den Fall, dass der Bank überhaupt kein Verschulden vorgeworfen werden kann?

Zur ersten Frage hat sich das Bundesgericht im sogenannten Vietnamesen-Fall, in dem es erstmals den Charakter der Tätigkeit der Bank als eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes und die analoge Anwendung der Regeln über die Haftungsfreizeichnung auf Schadenüberwälzungsklauseln ausdrücklich bejaht hatte, wie folgt ausgesprochen:

---

[153] Grundlegend KLEINER, AGB, S. 61 ff.; ferner KLEINER, Wer haftet?, S. 313 f. und KLEINER, Bankkonto, S. 280 f. – Von dieser Vorstellung liess sich mehr oder weniger deutlich auch das Bundesgericht im Fall BGE 108 II 314 ff. leiten.

[154] GUGGENHEIM, S. 47; WEBER, Zahlungsaufträge, S. 89; VON DER CRONE, S. 106; KILGUS, S. 157 ff.; BILLOTTE-TONGUE, S. 161. – Ferner BGE 112 II 450 ff. (454 f.).

[155] Wenn man nicht der oben im Text nach Anmerkung 62 vertretenen Auffassung folgt, dass die grosszügigere Regel von Art. 101 OR unabhängig vom Wortlaut der Klausel immer dann Anwendung findet, wenn die Bank durch Angestellte mit Hilfspersonenstatus handelt.

Ein langjähriger Kunde der Bank konnte aus politischen Gründen nicht mehr direkt mit der Bank verkehren. Der Sohn des Kunden hatte sich bei der Bank gemeldet und gestützt auf eine alte, noch vor der Eröffnung des Kontos ausgestellte Generalvollmacht die Herausgabe des Vermögens verlangt, angeblich um seinen Vater vor persönlichen Nachteilen zu schützen, die ihm im Falle der Entdeckung des Kontos durch die Behörden an seinem Wohnort drohten. Eine Rücksprache mit dem Vater war ausgeschlossen. Die Bank hatte dem Wunsch des Sohnes nach einigem Zögern nachgegeben. Das Bundesgericht legte an das Verhalten der Bank sehr strenge Massstäbe an und rügte die Herausgabe des Vermögens an den Sohn als grobfahrlässig. Dabei legte es besondere Betonung auf die Tatsache, dass die Bank selber Zweifel an der Berechtigung des angeblich bevollmächtigten Sohnes gehabt hatte und dass ihr genügend Zeit zur Verfügung stand, um einen überlegten Entscheid zu treffen (BGE 112 II 450 ff.).

Zur Frage nach den Umständen, unter denen der Richter eine Haftungsüberwälzungsklausel bei leicht fahrlässigem Verhalten der Bank als nichtig betrachten kann, erklärte das Bundesgericht: Der Richter muss die gesamten Umstände des Falles berücksichtigen: einerseits das Schutzbedürfnis des Kunden angesichts vorformulierter Verträge, anderseits das Bedürfnis der Bank, sich gegen Risiken zu schützen, deren Verwirklichung kaum zu vermeiden ist[156]. – Im vorliegenden Fall könnte man zwar dem Bundesgericht entgegenhalten, dass sich die Bank, wenn sie im vermeintlichen Interesse des Kunden nicht bürokratisch handeln wollte, einem solchen schwer zu vermeidenden Risiko gegenübersah. Das Bundesgericht scheint hier anderer Auffassung zu sein. Dieser Aspekt soll hier nicht weiterverfolgt werden. Entscheidend für das Bundesgericht war offenbar, dass der Bank für ihren Entscheid genug Zeit zur Verfügung stand. Einem kaum zu vermeidenden Risiko sieht sich – so muss man das Bundesgericht wohl verstehen – eine Bank ausgesetzt, wenn sie in der Routine des täglichen Geschäftsverkehrs einen schriftlichen Überweisungsauftrag bearbeitet, der eine nicht ohne weiteres als Fälschung erkennbare Unterschrift des Kunden trägt. Ein solches Risiko lässt sich schon darum kaum vermeiden, weil für die Prüfung einer Unterschrift bei der Abwicklung des Zahlungsverkehrs von vornherein nicht beliebig viel Zeit zur Verfügung steht.

Offen geblieben ist bisher die Frage, ob eine Vereinbarung über die Risikotragung bei Legitimationsmängeln immer vor Art. 100 Abs. 2 OR standhält, wenn die Bank überhaupt kein Verschulden trifft. Im Zahlungsverkehr kommt es immer wieder vor, dass die Fälschung der Unterschrift von der Bank nicht erkannt werden kann und auch andere Umstände, die den Verdacht der Bank erregen müssten, nicht vorliegen. BUCHER hat im Sinne der in Deutschland entwickelten, dort aber vor allem im Bereich der Fälschung der Unterschrift des Checkausstellers und neuerdings im Bereich der Identifikation mittels Code diskutierten Sphärentheorie[157] die

[156] BGE 112 II 455.

[157] Zur Sphärentheorie CANARIS, 3. Auflage, Rz 710 (befürwortend); JOOST, S. 248 ff. (ablehnend); aus schweizerischer Sicht: KILGUS, S. 82 ff.; BILLOTTE-TONGUE, S. 141 ff.

Meinung vertreten, dass die Risikoüberwälzung mindestens dort zulässig sein sollte, wo das Verhalten des Unberechtigten im Bereich des Kunden seinen Ursprung hat: Der Betrüger handelt im Namen eines bestimmten Kunden, weil er infolge seiner Beziehung zu ihm besondere Kenntnisse über dessen Bankverkehr und damit besondere Täuschungsmöglichkeiten besitzt[158]. Nach der Sphärentheorie hätte in diesem Fall bei fehlendem Verschulden der Bank der Kunde den Schaden von Gesetzes wegen zu tragen[159]. Lässt man diese Überlegung gelten, so sollte eine parteiautonome Regelung über die Schadenstragung durch den Kunden in solchen Fällen sowohl vor den Regeln über die Ungewöhnlichkeit von AGB-Klauseln als auch vor Art. 100 und 101 OR Bestand haben.

1.2.3. Der Code als Legitimationsinstrument

Will der Einleger, der mit der Bank auf Distanz verkehrt, von den modernen elektronischen Möglichkeiten des Zugriffs auf sein Guthaben bei der Bank Gebrauch machen, so muss er sich durch die Eingabe seines persönlichen Codes in einen mit der Bank elektronisch verbundenen Apparat identifizieren. Solche Apparate ermöglichen dem Kunden die sofortige Auslösung der bargeldlosen Bezahlung des Kaufpreises am Ladentisch eines Detailgeschäfts[160]; oder sie ermöglichen ihm den Bezug von Bargeld über Banknotenautomaten. Eine andere Form des Zugriffs bieten die mit dem Begriff des "Home Banking" oder "Telebanking" bezeichneten Methoden, die dem Kunden über einen in der privaten Wohnung installierten Apparat die elektronische Erteilung von Weisungen an die Bank (Zahlungs- und Börsenaufträge) ermöglichen[161]. Auch im kommerziellen Bereich sind ähnliche Verfahren der direkten elektronischen Übermittlung von Instruktionen vom Kunden an die Bank (Überweisungsaufträge, Aufträge zur Eröffnung von Akkreditiven) und von Mitteilungen der Bank an den Kunden (Gutschrifts- und Belastungsanzeigen) in Erprobung (Electronic Data Interchange)[162]. Regelmässig kann der Code nur in Verbindung mit einem anderen Legitimationsmittel verwendet werden[163]. Die Vereinbarungen mit der Bank sehen vor, dass der Kunde den Code

---

158 BUCHER, S. 103.

159 Die Sphärentheorie scheint aber bisher in der deutschen Lehre nur bezogen auf den Fall der Fälschung der Unterschrift des Checkausstellers und des Code-Missbrauchs diskutiert zu werden.

160 Vgl. dazu die Dissertation von VON DER CRONE.

161 Vgl. zum Home Banking die Dissertation von WETTSTEIN.

162 Dazu HEINRICH, S. 118 ff.

163 Bei Banknotenautomaten und bei der Auslösung der Zahlung am Ladentisch (EFTPOS) kann der Code nur in Verbindung mit einer Plastikkarte eingegeben werden, die mit einem Magnetstreifen versehen ist. Beim Home Banking oder Telebanking legitimiert sich der Kunde der Bank gegenüber zusätzlich durch die Verwendung eines nur für die betreffende Einzeltransaktion vorgesehenen Codes (Transaktionsnummer) aus einer von der Bank gelieferten Streichliste. Besonders komplizierte Verfahren finden beim EDI-Verwendung.

und die anderen Legitimationsinstrumente (z.B. Plastikkarte) unter Kontrolle halten muss. Der Kunde anerkennt die unter Verwendung seines Codes und der übrigen Legitimationsinstrumente ausgelösten Zahlungen usw. als durch ihn selbst veranlasst, auch wenn der Code von einem Dritten eingegeben wurde.

a) Besondere Risiken beim Code als Legitimationsinstrument

Das Misstrauen gegen dieses Legitimationsverfahren stützt sich auf drei Argumente:

aa) Die Möglichkeit des Missbrauchs durch nicht identifizierbare Dritte
Der Code hat als Legitimationsmittel gegenüber der Unterschrift den Nachteil, dass die elektronische Infrastruktur, in Verbindung mit der er als Legitimationsmittel verwendet werden kann, künstlich geschaffen und ausschliesslich von der Bank eingerichtet und betrieben wird. Zwar ist die Möglichkeit des Missbrauchs durch einen aussenstehenden Dritten bei einem fachgerecht eingerichteten elektronischen Legitimationssystem sehr unwahrscheinlich[164]. Der Kunde steht aber der Bank, die sich für die Belastung seines Kontos auf die Verwendung des Codes beruft, gewissermassen mit leeren Händen gegenüber. Er kann den Nachweis, dass der Code durch einen Angestellten oder einen im Einflussbereich der Bank operierenden Dritten oder gar durch einen Aussenstehenden missbraucht wurde, dem der Einbruch in das elektronische System gelungen ist, nur in einem umständlichen Beweisverfahren unter Beizug von Experten führen.

bb) Die leichte Verlierbarkeit des Codes
Die Gefährlichkeit des Codes als Legitimationsmittel beruht vor allem auf seiner leichten Übertragbarkeit, auf seiner "Verlierbarkeit". Die Kontrolle über den Code als Identifikationsmittel verlangt vom Kunden ein Mass an Sorgfalt, das nicht jedermann zu leisten gewillt oder imstande ist. Der für die Geheimhaltung des Codes unerlässliche Verzicht auf eine schriftliche Notierung auf einer leicht zugänglichen Unterlage und die damit verbundene Anstrengung des Auswendiglernens stellt nach einer verbreiteten Meinung unzumutbare Anforderungen an den Kunden[165] und weckt den Wunsch nach der Ersetzung des Codes als Identifikationsmittel durch elektronisch registrierbare, nicht vertretbare Persönlichkeitsmerkmale des Kunden wie Fingerabdrücke usw. Solche Methoden sind aber bis heute nicht entwickelt worden.

cc) Das Fehlen einer Sorgfaltspflicht der Bank im Rahmen der Legitimationsprüfung
Das System der Legitimation durch Code unterscheidet sich von den übrigen Legitimationsverfahren auch dadurch, dass es für eine Plausibili-

---

[164] Zur Technologie FAVRE-BULLE, S. 22 ff.
[165] Vgl. etwa FAVRE-BULLE, S. 31, Anm. 139 ff. und THÉVENOZ, Le banquier, S. 43.

tätsprüfung auf der Seite der Bank keinen Raum lässt. Während die Bank bei der Prüfung der Legitimation des Kunden in den klassischen Fällen (Sparheft, Unterschrift) immer auch auf besondere Umstände achtgeben muss, die den Schein der Legitimation zerstören könnten[166], löst die Eingabe des Codes die gewünschte Transaktion automatisch aus. Der Kunde legitimiert sich selbst[167].

b) Vertragliche Abreden über die Risikoverteilung

Trotz dieser Bedenken bietet der Code als Legitimationsmittel dem Kunden eine Sicherheit, die dem geläufigsten Legitimationsmittel, der Unterschrift, abgeht. Die Unterschrift kann zwar nicht verloren gehen[168], sie kann aber ohne Wissen ihres Trägers gefälscht werden; eine Kontrolle lässt sich über sie nicht ausüben. Anders der Code: Da der Code regelmässig nur in Verbindung mit einem weiteren Legitimationsinstrument, meistens einer Plastikkarte, verwendet werden kann, ist dem Kunden eine Kontrolle über den Code (durch Auswendiglernen und Vernichtung der schriftlichen Aufzeichnung) und über die Karte möglich. Er kann im Fall des Verlusts der Karte den Eintritt eines Schadens durch Veranlassung einer Sperre seines Kontos verhindern. Aus dieser Sicht verdient der an den Besitz einer Karte gebundene Code als Identifikationsmittel keine andere Behandlung als das Sparheft oder die auf einem Checkformular angebrachte Unterschrift des Kunden.

Eine zunehmende Zahl von Autoren bejaht daher die Zulässigkeit von Vereinbarungen, durch die der Kunde den Code als verbindliches Legitimationsinstrument anerkennt[169]. Dabei wird regelmässig ein Vorbehalt gemacht für den unwahrscheinlichen Fall, dass der Code durch einen Systemfehler ausgelöst oder mit oder ohne Verwendung des zusätzlichen Identifikationsinstruments durch einen nicht im Einflussbereich des Kunden stehenden Dritten betätigt wurde[170].

In diesem Fall stellt sich freilich das Problem der Beweislast für das Versagen des Systems. Diese liegt zwar grundsätzlich beim Kunden. Da

---

166 In einschlägigen Fällen spielt die Frage nach verdächtigen Begleitumständen meistens eine zentrale Rolle, vgl. BGE 111 II 263 ff.; 116 II 459 ff.

167 Vgl. dazu VON DER CRONE, S. 72 ff.; KLEINER, Elektronische Transaktionen, S. 722; WETTSTEIN, S. 76 f.; STEINMANN, S. 26; BISCHOFF, S. 298.

168 KLEINER, Elektronische Transaktionen, S. 720 f. legt wohl etwas zu grosse Bedeutung auf die Unverlierbarkeit der Unterschrift.

169 KLEINER, Elektronische Transaktionen, S. 722; VON DER CRONE, S. 123 ff.; STEINMANN, S. 180 ff. – Anderer Ansicht WETTSTEIN, S. 142 ff.

170 VON DER CRONE hält die Risikoübernahme durch den Kunden im Bereich eines von der Bank *verschuldeten* Fehlverhaltens des Systems im Rahmen von Art. 101 Abs. 2 OR für zulässig, scheint aber die Vereinbarung solcher Klauseln im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter dem Gesichtspunkt der Ungewöhnlichkeitsregel für unbeachtlich zu halten; für *zufällige* Fehlfunktionen des Systems hält er die Klausel für zulässig (S. 124 f.); anderer Ansicht STEINMANN, S. 181 f., der die Annahme eines zufälligen, von der Bank nicht zu vertretenden Fehlverhaltens des Systems ausschliesst.

der Kunde aber keinen Einblick hat[171], ist von der Bank der Nachweis zu verlangen, dass ihr System ordnungsgemäss funktioniert und einen Stand der Technik aufweist, der einen Eingriff von seiten Dritter, die ihre Kenntnis des Codes nicht dem Kunden verdanken, mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliesst[172].

1.2.4. Entwicklungen in der ausländischen Gesetzgebung und auf internationaler Ebene zum Code als Legitimationsmittel – Die systembezogene Sorgfaltspflicht der Bank

Wegen der zunehmenden Bedeutung elektronischer Medien für den Zugriff auf das Bankkonto hat die Frage der Identifikation des Kunden durch einen persönlichen Code bereits verschiedentlich ausländische Gesetzgeber und internationale Organisationen beschäftigt. Dabei zeigt sich eine Tendenz, die Bindung des Kunden an die unter Verwendung seines Codes ausgelösten Instruktionen grundsätzlich zu bejahen, als Voraussetzung dafür aber von der Bank als Betreiberin des Systems den Nachweis einer besonderen Sorgfalt bei der Entwicklung, Instandhaltung und Sicherung des elektronischen Systems zu verlangen; diese soll das systembedingte Fehlen einer Sorgfaltspflicht bei der Prüfung der eingehenden Kundeninstruktionen ausgleichen (systembezogene Sorgfaltspflicht)[173].

Es lassen sich dabei konsumentenschutzorientierte Regelungen, die die Verwendung von Codes in Verbindung mit Plastikkarten bei der bargeldlosen Überweisung am Ladentisch, bei Banknotenautomaten und im Bereich des Home Banking zum Gegenstand haben, von Regelungen unterscheiden, die die Frage der Kundenlegitimation durch persönliche Codes im Rahmen von Gesamtordnungen des Überweisungsverkehrs ordnen wollen.

a) Konsumentenschutzorientierte Regelungen

Zu dieser Gruppe gehören der US-amerikanische Federal Electronic Fund Transfer Act von 1978 und die Empfehlung der EG-Kommission vom 17. November 1988.

aa) Der amerikanische Electronic Fund Transfer Act (EFTA) überbindet die aus missbräuchlicher Verwendung des Codes entstandenen Schäden weitgehend dem Herausgeber der Karte (Kreditkartenorganisation, Bank usw.), indem er die Haftung des Kunden auf $50 oder $500 begrenzt je nachdem, ob der Kunde den Verlust seiner Karte oder unberechtigte Bezüge auf seinem Kontoauszug rechtzeitig entdeckt und sie dem Herausgeber der Karte rechtzeitig mitteilt[174].

---

[171] Dazu VON DER CRONE, S. 125 f.

[172] So auch STEINMANN, S. 121.

[173] Vgl. zu diesem Gedanken im schweizerischen Recht KLEINER, Elektronische Transaktionen, S. 722; THÉVENOZ, Le banquier, S. 22 f.; STEINMANN, S. 26.

[174] Vgl. EFTA § 909 (a). – Zum EFTA vgl. SCHNEIDER, S. 57 ff.; dort S. 112 ff. auch der Text des Gesetzes.

bb) Etwas weniger weit in der konsumentenschutzpolitischen Ausrichtung als der amerikanische Electronic Fund Transfer Act gehen die Empfehlungen der EG-Kommission[175]. Eine erste Empfehlung vom 8. Dezember 1987 beschränkt sich im hier interessierenden Bereich auf die Empfehlung an den Kunden, alle angemessenen Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen, um die Karte vor dem Zugriff Unberechtigter zu schützen und bei Verlust oder Diebstahl seine vertraglichen Meldepflichten einzuhalten[176]. Die zweite Empfehlung vom 17. November 1988 regelt das Verhältnis zwischen dem Kartenherausgeber und dem Kunden einlässlich. Sie sieht zwar wie der amerikanische Electronic Fund Transfer Act zum Schutz des Kunden für den Normalfall eine Höchstgrenze der Haftung für bis zum Eingang der Meldung von unberechtigten Dritten getätigte Bezüge vor[177], betont aber die Sorgfaltspflichten des Kunden:

- Sorgfältige Kontrolle des Zahlungsmittels (Karte) und des Verfahrens (insbesondere: Code)
- Meldepflicht bei Verlust
- Meldepflicht bei der Feststellung von Unregelmässigkeiten, insbesondere auf dem Kontoauszug
- Verbot, den Code auf der Karte oder auf einem zusammen mit der Karte aufbewahrten oder mitgetragenen Dokument zu notieren.

Hat der Kunde diese Pflichten in schwerwiegender Weise verletzt, so gilt die Beschränkung der Haftung nicht[178].

Der Herausgeber der Karte muss freilich nach der Empfehlung der EG-Kommission auch in diesem Fall alles unternehmen, um den Schaden des Kunden so gering wie möglich zu halten. Er muss namentlich die Möglichkeit schaffen, Verluste jederzeit (auch nachts) zu melden. Ferner muss der Herausgeber der Karte alles unternehmen, um jede weitere missbräuchliche Verwendung des Zahlungsmittels zu verhindern. Man wird davon ausgehen müssen, dass die Empfehlung der EG-Kommission hier nicht nur voraussetzt, dass der Herausgeber der Karte alles subjektiv in seiner Macht Stehende unternimmt, um im konkreten Fall den Eintritt weiteren Schadens für den Kunden zu vermeiden (Sperre des Codes), sondern dass seine Infrastruktur in der Lage ist, eine Sperre so schnell und

---

175 Vgl. dazu die Dissertation von FAVRE-BULLE.

176 Empfehlung der EG-Kommission vom 8. Dezember 1987 für einen Verhaltenskodex im Bereich des elektronischen Zahlungsverkehrs (87/598/EWG), Ziff. IV/2 des Kodex.

177 Empfehlung der EG-Kommission vom 17. November 1988 zu Zahlungssystemen, insbesondere zu den Beziehungen zwischen Karteninhabern und Kartenausstellern (88/590/EWG). Der Höchstbetrag der Haftung beträgt gemäss Ziff. 8.3 des Anhangs zur Empfehlung 150 Ecu; für Bezüge, die nach dem Eingang der Meldung getätigt werden, ist der Kunde grundsätzlich nicht haftbar, unter Vorbehalt des weiter unten Gesagten.

178 Dasselbe gilt für den Fall betrügerischen Verhaltens des Kunden; vgl. a.a.O. Ziff. 4.1 und 8.3 des Anhangs zur Empfehlung.

so umfassend, wie es bei zumutbarem finanziellem Aufwand nach dem jeweiligen Stand der Technik möglich ist, in Kraft zu setzen.

b) Regelungen im Rahmen von Gesamtordnungen des Überweisungsverkehrs

Eine umfassende Regelung des (nicht nur elektronischen) Zahlungsverkehrs enthalten der neue, 1989 verabschiedete Art. 4A des amerikanischen Uniform Commercial Code (UCC)[179] und das 1992 verabschiedete UNCITRAL-Modellgesetz über den elektronischen Überweisungsverkehr[180]. Beide Ordnungen lassen eine Vereinbarung über die Überwälzung des Legitimationsrisikos auf den Kunden zu. Vorbehalten bleibt nach beiden Ordnungen der (grundsätzlich vom Kunden zu behauptende und zu beweisende) Fall der Auslösung der Transaktion durch einen Dritten, der mit dem Kunden nichts zu tun hat[181]. Vorbehalten bleibt ferner, dass die Identifizierung des Kunden durch ein Verfahren erfolgt, das eine "commercially reasonable method of providing security against unauthorised payment orders" bietet[182]. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so soll die Risikoüberwälzung (man kann sagen: wegen Verletzung der systembezogenen Sorgfaltspflicht der Bank) ungültig sein.

Während das UNCITRAL-Modellgesetz nicht definiert, was unter einer "commercially reasonable method" zu verstehen ist, gibt der UCC in § 4A-202(c) einige Anhaltspunkte: Das Verfahren muss sowohl einen den Bedürfnissen und Verhältnissen des Kunden wie auch dem jeweiligen technischen Standard genügenden Grad von Sicherheit bieten. Zudem soll nicht ohne Bedeutung sein, ob die Bank dem Kunden auch andere Möglichkeiten der Identifikationsprüfung angeboten hat[183].

Orientiert man sich an diesen Vorgaben, so ergeben sich für die Konkretisierung der systembezogenen Sorgfaltspflicht folgende Hinweise

---

[179] Art. 4A UCC wurde 1989 von den zuständigen Instanzen verabschiedet und ist seither von der Mehrzahl der Gliedstaaten der USA in Kraft gesetzt worden; vgl. dazu den Kommentar von QUINN, sowie THÉVENOZ, Error and Fraud.

[180] Vgl. dazu neben THÉVENOZ, Error and Fraud, vor allem den Aufsatz von BISCHOFF.

[181] Vgl. UCC § 4A-203(a)(2) und Art. 5(4) UNCITRAL-Modellgesetz. – Zur Entstehungsgeschichte vgl. THÉVENOZ, Error and Fraud, S. 74.

[182] UCC § 4A-202(b); Art. 5(2) UNCITRAL-Modellgesetz.

[183] Nach § 4A-202(c) bestimmt sich die "commercial reasonableness" eines Identifikationsverfahrens unter Berücksichtigung der "wishes of the customer expressed to the bank, the circumstances of the customer known to the bank, including the size, type and frequency of payment orders normally issued by the customer to the bank, alternative security procedures offered to the customer, and security procedures in general use by customers and receiving banks similarly situated. A security procedure is deemed to be commercially reasonable if (i) this security procedure was chosen by the customer after the bank offered, and the customer refused, a security procedure that was commercially reasonable for that customer, and (ii) the customer expressly agreed in writing to be bound ....." – vgl. THÉVENOZ, Error and Fraud, S. 68 ff.

- Das System muss von seiner Konzeption her eine nach dem jeweiligen Stand der Technik hinreichende Sicherheit gegen den Eingriff Dritter bieten, die den Code nicht vom Kunden mitgeteilt erhielten. Das System muss von der Bank in einwandfreien Zustand unterhalten werden[184].
- Das System muss auch bedienungsfreundlich sein in dem Sinne, dass der Kunde eine für seine Verhältnisse (für Privatkunden gilt anderes als für die Firmenkundschaft) zumutbare Kontrolle über die Identifikationsinstrumente ausüben kann. Sicher in diesem Sinn sind Instrumente, deren Verlust vom Kunden bemerkt werden kann. Sicherheit in diesem Sinn bedeutet ferner, dass der Kunde die Möglichkeit haben muss, sein Konto bei Feststellung von Missbräuchen so rasch wie möglich sperren zu lassen.
- Die Risikoüberwälzung kann dem Kunden eher zugemutet werden, wenn er es ist, der sich – aus welchen Gründen auch immer – für die Möglichkeit der Identifikation über die Eingabe eines Codes in ein elektronisches System entschieden hat. Allfällige Mängel des Systems sind mit anderen Worten der Bank eher zur Last zu legen, wenn sie dem Kunden nicht durch Ansetzung abschreckend hoher Konditionen für Barbezüge oder schriftliche Überweisungsaufträge oder anderswie zur Wahl des Codes als Identifikationsmittel zwingt.
- Umstritten ist, ob die Bank den Kunden auf die Risiken des Systems oder auf die Risiken des Identifikationsinstruments (im Vergleich zu den klassischen Instrumenten) aufmerksam machen muss. Während VON DER CRONE der Ansicht ist, dass die Risiken einer Legitimation über den Code ohne weiteres für jedermann ersichtlich sind[185], werten andere Autoren eine ungenügende Aufklärung über die Risiken und eine ungenügende Instruktion des Kunden über die von ihm selbst zu beachtenden Sorgfaltspflichten als Verletzung der Sorgfaltspflicht der Bank[186].

2. *Sorgfaltspflichten im Depotgeschäft*

2.1. Die Aufbewahrungsobligation als Hauptpflicht der Bank

Beim Wertschriftendepot besteht die Hauptpflicht der Bank in der Aufbewahrung der hinterlegten Werte an einem sicheren Ort (Art. 472 OR) und in der Rückgabe (Art. 475 OR). Da das Eigentum an den hinterlegten

---

184 STEINMANN, S. 194 f.

185 Anderes gilt nach VON DER CRONE, S. 107 für den Verzicht des Kunden auf die Zustellung von Belegen. Über das Risiko, dass dieser Verzicht zu einer verspäteten Entdeckung von unerlaubten Bezügen durch Dritte, insbesondere Familienangehörige führen kann, soll die Bank den Kunden aufklären müssen.

186 Ausführliche Erörterung dieses Punkts bei WETTSTEIN, S. 88 ff. und STEINMANN, S. 147 ff. – Näheres zu dieser Aufklärungspflicht am Anfang des 6. Kapitels.

Werten nicht auf die Bank übergeht, trägt der Kunde grundsätzlich das Risiko des Abhandenkommens oder der Vernichtung durch Naturgewalten und ähnliches; doch weil die Bank die Verpflichtung übernommen hat, die Werte des Kunden "an einem sicheren Orte aufzubewahren" wird sie, wenn sie die Vermögenswerte aus irgendeinem Grund nicht mehr zurückgeben kann, aus Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig, wenn sie am Verschwinden respektive an der Beschädigung der Werte des Kunden ein Verschulden trifft. Zu Recht hat BAERLOCHER bemerkt, dass das Gesetz mit dem Begriff des "Aufbewahrens an einem sicheren Ort" nicht nur ein passives Raumgewähren, sondern eine aktive Tätigkeit versteht, die im Fall der Bank ein Tätigwerden in sich schliesst[187], wie es für einen Beauftragten typisch ist. In diesem Sinn lässt sich der Hinterlegungsvertrag, dem die Hauptverpflichtung der Bank im Depotgeschäft zuzuordnen ist, als eine obligatio faciendi, mithin als mandatsähnlicher Vertragstypus verstehen[188]. Im Gegensatz zur Modellvorstellung des Auftragsverhältnisses, wie er etwa im Bankwesen am Beispiel des Vermögensverwaltungsvertrags zutage tritt, ist aber beim Hinterlegungsvertrag das angestrebte Ziel des Geschäfts mit der unversehrten Rückgabe der Sache an den Hinterleger eindeutig umschrieben. Im Fall des Hinterlegungsvertrags ist es daher gerechtfertigt, für die Frage, wer die fehlende Sorgfalt zu beweisen hat, nicht das Auftragsrecht zur Grundlage zu nehmen, sondern nach den Regeln vorzugehen, wie sie für die "obligations de résultat" gelten. Kann die Bank die hinterlegte Sache nicht unversehrt zurückgeben, so obliegt ihr also der Nachweis, dass sie allen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist.

Diese Sorgfaltspflichten sind im einzelnen, wie alle Berufspflichten, schwierig zu umschreiben. Es geht nicht nur um die Bereitstellung sicherer Tresorräumlichkeiten, um die sorgfältige Auswahl eines geeigneten Substituten (z.B. bei der Verwahrung ausländischer Wertpapiere im Ausland), um die erforderlichen organisatorischen Massnahmen bei der Bewachung der Räumlichkeiten usw. – Ältere Depotreglemente haben gelegentlich versucht, die Modalitäten der Aufbewahrungspflicht näher zu umschreiben. So wurde etwa gesagt, dass die Bank inländische Wertpapiere nur im Inland und nur in bankeigenen Tresorräumlichkeiten verwahren werde; oder dass die Bank die Vermögenswerte der Kunden von denjenigen der Bank getrennt aufbewahren werde. Gelegentlich wurden auch Zusicherungen über die Feuer- und Einbruchsicherheit der Tresorräumlichkeiten der Bank abgegeben. Heute, wo bei Inhaberpapieren die Sammelverwahrung durch eine Zentralstelle die Regel ist, sehen die Depotreglemente der Banken von solchen Zusicherungen ab und sehen statt dessen Bestimmungen vor, die die Bank ausdrücklich zur auswärtigen und gattungsmässigen Verwahrung berechtigen. Geblieben

---

[187] BAERLOCHER, S. 669 ff., 683 ff.
[188] BAERLOCHER, S. 667 ff. (670).

ist ferner meistens ein Hinweis auf das Mass der Sorgfalt: Die Bank sichert dem Kunden zu, sie werde seine Vermögenswerte mit der gleichen Sorgfalt wie die eigenen verwahren[189]. Es lässt sich darin, wie auch in analogen Passagen von Vermögensverwaltungsverträgen, keine Vereinbarung über die Freizeichnung von der gesetzlich geschuldeten Sorgfalt erblicken.

Diese Überlegungen sind weitgehend theoretischer Natur. Aus der schweizerischen Rechtsprechung sind – soweit ersichtlich – keine Fälle bekannt, die die Berufung einer Bank auf fehlendes Verschulden im Zusammenhang mit der Aufbewahrungsobligation zum Gegenstand hatten. Es ist anzunehmen, dass einer Bank der Nachweis fehlenden eigenen Verschuldens für das Abhandenkommen oder die Beschädigung oder Zerstörung deponierter Werte nur unter aussergewöhnlichen Umständen gelingen wird.

2.2. Die sog. "ordentliche" oder "übliche" Verwaltung der Wertpapiere im offenen Depot als Nebenpflicht der Bank

a) Die Pflicht zur Überwachung

Die Nebenpflicht[190] der Bank beim offenen Wertschriftendepot besteht in der sog. "ordentlichen" oder "üblichen" Verwaltung der aufbewahrten Wertpapiere[191]. Es geht dabei um diejenigen Handlungen, die der Eigentümer eines Wertpapiers vornehmen muss, wenn er die mit dem Papier verbundenen Rechte wahrnehmen will. Da die Ausübung dieser Rechte den Besitz am Papier voraussetzt, liegt es nahe, ihre Wahrnehmung dem Aufbewahrer zu überlassen und ihm die Verantwortung dafür zu übertragen, beim Hinterleger rechtzeitig Weisungen einzuholen, soweit die Ausübung der Rechte eine Entscheidung (z.B. über die Ausübung eines Bezugsrechts) voraussetzt. Die ordentliche Verwaltung der deponierten Wertpapiere schliesst also sowohl Überwachungspflichten wie auch Pflichten zum Tätigwerden in sich. Von der Vermögensverwaltung im eigentlichen Sinn lässt sie sich durch folgendes Kriterium abgrenzen: Bei der ordentlichen Verwaltung im Rahmen des offenen Wertschriftendepots geht es um die Erhaltung und Wahrnehmung der Rechte an den einzelnen, zur Aufbewahrung übergebenen Vermögensstücken; diese Vermögensstücke werden im Rahmen des Depotgeschäfts nicht als Bestandteile eines

---

189 Diese Zusicherung bezieht sich selbstverständlich nur auf die nicht in auswärtige Sammelverwahrung überführten Werte.

190 Es geht hier um eine selbständige, d.h. einklagbare Nebenpflicht, eine sog. "Nebenleistungspflicht", vgl. dazu KRAMER, Allgemeine Einleitung N 89 ff.

191 Als "ordentliche" oder "übliche" Verwaltung wird die Nebenleistung der Bank in der klassischen Literatur bezeichnet, vgl. BAERLOCHER, S. 666; GUGGENHEIM, S. 63 f. – Die neuen Lehrbücher verwenden diesen Ausdruck nicht mehr und sprechen allgemein von der Verwaltungstätigkeit der Bank beim offenen Depot; vgl. ALBISETTI/GSELL/NYFFELER, S. 286 und EMCH/RENZ/BÖSCH, S. 536.

Vermögenskomplexes betrachtet, der als solcher der Verwaltung durch die Bank untersteht. Eine Verantwortung der Bank für die Überwachung der Vermögenswerte im Sinne einer Beurteilung der Zweckmässigkeit der Anlage ist also mit der ordentlichen Verwaltung im Rahmen des Depotgeschäfts nicht verbunden. Ebensowenig ist die Bank unter der "üblichen" Verwaltung im Depotgeschäft berechtigt, die Zusammensetzung des Vermögenskomplexes durch Verkäufe Bwachung, die das ganze Vermögen als solches betrifft, so steht ihm die Möglichkeit offen, der Bank einen eigentlichen Vermögensverwaltungsauftrag zu erteilen[192].

Die Verwaltungspflichten der Bank im Rahmen der sog. ordentlichen Verwaltung im Depotgeschäft werden in den Depotreglementen der Banken klar umschrieben[193]. Es geht dabei zur Hauptsache um routinemässige Abläufe, die kaum je den Einsatz eigenen Ermessens der Bank voraussetzen. Nur in Ausnahmefällen macht sich im Rahmen der ordentlichen Verwaltung die für Auftragsverhältnisse typische Struktur der "obligation de moyens" geltend; so etwa, wenn es um exotische Wertpapiere geht. Die Depotreglemente der Banken pflegen hier für die Überwachungspflicht einen Vorbehalt anzubringen. Sie erklären, dass die Bank höchstens zur Konsultierung der ihr "verfügbaren" oder der "branchenüblichen" Publikationen verpflichtet ist und überdies auch in diesem beschränkten Rahmen keine Verantwortung übernimmt[194]. Es ist schwierig zu beurteilen,

---

[192] Vgl. dazu BGE 78 II 243 ff. (253) und das Urteil der Cour de justice civile, Genf, vom 23. November 1973, Semaine judiciaire 1974, S. 423 ff. (426 f.). – Anderer Ansicht ist HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 428, der aufgrund einer Interessenabwägung (zwischen dem Anlegerinteresse und der betrieblichen und finanziellen Tragbarkeit für die Bank) beurteilen will, ob der Bank als blosser Aufbewahrerin beim offenen Depot eine Warnpflicht über die Zusammensetzung des Portefeuilles des Kunden zugemutet werden kann. Er verneint diese Frage zur Zeit, will aber für die Zukunft eine andere Antwort nicht ausschliessen. – Dieser Ansicht muss widersprochen werden. Das Depotgeschäft sollte als Geschäft mit scharf umrissenen Konturen von der Vermögensverwaltung unterschieden bleiben. An klaren Verhältnissen haben alle Teilnehmer am Rechtsverkehr ein Interesse.

[193] Vgl. z.B. Ziff. 8 Abs. 2 und 3 der AGB des Schweizerischen Bankvereins:
"Die Bank besorgt die üblichen Verwaltungsarbeiten, wie Inkasso von Coupons und rückzahlbaren Titeln, Beschaffung neuer Couponsbogen, Umtausch von Titeln etc., und ferner fordert sie den Kunden in der Regel zu den ihm gemäss Abs. 3 selber obliegenden Vorkehrungen auf; sie stützt sich dabei auf die ihr verfügbaren Veröffentlichungen und Listen, ohne jedoch eine Verantwortlichkeit hierfür zu übernehmen.
Mangels gegenteiliger Vereinbarung obliegen dem Kunden alle übrigen Vorkehrungen zur Wahrung der mit den hinterlegten Werten verbundenen Rechte, wie insbesondere die Erteilung von Weisungen für Ausübung oder Verkauf von Bezugsrechten, für Ausübung von Wandelrechten, für Einzahlungen auf nicht voll einbezahlte Aktien und für Konversionen. Gehen keine Weisungen des Kunden ein, so ist die Bank befugt, nach eigenem Ermessen zu handeln."

[194] Vgl. Ziff. 8 Abs. 2 der AGB des Schweizerischen Bankvereins, wiedergegeben in der vorangehenden Anmerkung; Ziff. 19 des Depotreglements der Schweizerischen Bankgesellschaft (Ausgabe 1984); Art. 11 des Depotreglements der Schweizerischen Kreditanstalt (Ausgabe 1986).

ob man in diesem Zusammenhang von einer Beschränkung des Masses der auftragsrechtlichen Sorgfalt oder von dem Versuch einer Umschreibung des Gegenstandes der Obligation sprechen muss. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung steht wohl ausser Frage.

b) Ist die Bank berechtigt oder verpflichtet, anstelle des abwesenden Kunden selbst zu entscheiden?

Um etwas anderes als die Überwachung geht es bei der Frage, ob die Bank unter dem offenen Wertschriftendepot verpflichtet ist, anstelle des nicht erreichbaren Kunden einen Entscheid über die Beteiligung an einer Kapitalerhöhung, die Ausübung eines Wandelrechts etc. zu treffen. Für solche Fälle lassen sich einzelne Banken durch ihre Depotreglemente zum Handeln nach eigenem Ermessen ermächtigten[195]. Andere Banken schreiben in ihrem Depotreglement für solche Fälle vor, was die Bank zu tun hat, wenn der Kunde nicht rechtzeitig antwortet oder keine ständigen Weisungen erteilt hat[196]. Gegen eine Regelung, wonach die Bank sich zwar das Recht einräumen lässt, anstelle ihres Kunden einen Entscheid zu treffen, ohne aber eine Pflicht dafür zu übernehmen, ist nichts einzuwenden. Es geht hier nicht um eine unzulässige Beschränkung der zu leistenden Sorgfalt, sondern um eine klare Abgrenzung der Verantwortlichkeiten bei gleichzeitiger Ermächtigung an die Bank, die Interessen des Kunden fakultativ doch wahrzunehmen. Der Kunde, der der Bank (oder einem Dritten) eine weitergehende Verantwortung einzuräumen wünscht, kann die Möglichkeit dazu durch Erteilung eines Vermögensverwaltungsauftrags jederzeit wahrnehmen.

Es hat sich auch schon die Frage gestellt, wie sich die Bank im Rahmen des offenen Wertschriftendepots verhalten muss, wenn ein Entscheid in einer Angelegenheit zu treffen ist, die nach der Umschreibung im Depotreglement nicht in den Bereich der üblichen Verwaltung fällt. Zu denken ist hier etwa an den Emittenten einer Anleihe, der seinen Gläubigern einen Teilverzicht auf ihre Forderung vorschlägt, um dem Unternehmen das Überleben zu sichern. Die Banken pflegen ihren Kunden über solche Angebote Mitteilung zu machen, und die Meinung lässt sich vertreten, sie seien, soweit es sich um kurante Anlagen handelt, dazu auch verpflichtet[197]. Erfasst eine Ermächtigung zum Handeln nach eigenem Ermessen gemäss Depotreglement auch diesen Fall? Ist die Bank gar zum Handeln im Interesse des Kunden verpflichtet, wenn der Kunde nicht rechtzeitig Weisung erteilt? Beide Fragen sind zu verneinen. Die Depotreglemente

---

[195] Vgl. Ziff. 8 Abs. 3 der AGB des Schweizerischen Bankvereins; Art. 11 des Depotreglements der Schweizerischen Kreditanstalt.

[196] Ziff. 19 Abs. 2 lit. d des Depotreglements der Schweizerischen Bankgesellschaft.

[197] Das Ausmass der Überwachungspflicht wird nicht nur durch den Wortlaut der Depotreglemente, sondern auch durch den Hinterlegungsvertrag bestimmt, der dem Aufbewahrer eine Interessenwahrung zur Erhaltung des Wertes der hinterlegten Vermögensstücke zur Pflicht macht.

grenzen den Bereich der Verantwortung der Bank, auch wenn sie die zitierten Geschäftsvorfälle (Ausübung von Bezugsrechten, Wandelrechten etc.) durch Verwendung von Worten wie "insbesondere" nur als Beispiele kennzeichnen, klar auf routinemässige Vorfälle ein. Ausserhalb dieser Vorfälle besteht bei wichtigen Ereignissen zwar eine Informationspflicht, aber keine Pflicht, an der Stelle des Kunden Entscheidungen zu treffen. Die Bank ist dazu aufgrund des Hinterlegungsvertrags und des Depotreglementes nicht einmal berechtigt. Wenn die Bank in solchen Fällen bei fehlender Instruktion des Kunden trotzdem handelt, so tut sie dies im Rahmen der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie muss dabei ihren Entscheid sorgfältig treffen, d.h. sie muss sich trotz Art. 420 Abs. 2 OR an den für einen Anlageberater oder Vermögensverwalter geltenden Sorgfaltsmassstäben messen lassen[198].

3. Sorgfalts- und Treuepflichten im Rahmen der Anlageerwerbsgeschäfte

3.1. Die unterschiedliche Sorgfalt des Kommissionärs und des Verkäufers

3.1.1. Sorgfaltspflichten

Banken sind im Kapitalanlagebereich nicht nur als Aufbewahrer tätig. Sie sind auch die Stelle, über die ein Anleger seine (bankmässigen) Anlagen erwerben und bei Bedarf wieder veräussern kann. Dabei beschränkt sich die Aufgabe der Universalbank im Wertpapiergeschäft nicht auf die Weiterleitung der Kaufs- und Verkaufsanträge des Kunden an einen zum Handel an der Börse zugelassenen Effektenhändler, wie dies im Ausland für Banken zum Teil auch heute noch vorgeschrieben ist. Da die Banken in der Schweiz in der Regel auch selbst als Effektenhändler an der Börse zugelassen sind, führen sie den Auftrag als Kommissionäre im Sinn von Art. 425 ff. OR selbst aus.

Manchmal schliesst die Bank Anlagegeschäfte mit ihrer Kundschaft auf der Basis von Kaufverträgen ab. Damit ist nicht der Selbsteintritt gemeint, zu dem die Bank als Kommissionärin gemäss Art. 436 OR berechtigt ist[199], sondern der Fall, dass die Bank von vornherein als Käuferin oder, häufiger: als Verkäuferin an ihren Kunden herantritt[200].

---

[198] Vgl. Art. 420 Abs. 1 und Abs. 2 OR:
"Der Geschäftsführer haftet für jede Fahrlässigkeiteine Haftpflicht ist jedoch milder zu beurteilen, wenn er gehandelt hat, um einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden."

[199] In diesem Fall wird die Bank gemäss Art. 436 Abs. 3 OR als Käuferin resp. Verkäuferin "behandelt", aber Grundlage des Geschäfts bleibt weiterhin die Kommission. Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 436 OR; HOFSTETTER, S. 158 f.; HAUSER, S. 48; NOBEL, Kursschnitte, S. 534. – Anderer Meinung GAUTSCHI, N 3 a zu Art. 436 OR sowie BGE 114 II 57 ff. (63) E. 6 a.

[200] Vgl. dazu weiter unten Ziffer 3.2 lit. d.

Nicht das Mass, wohl aber die Natur und der Umfang der Sorgfaltspflichten sind verschieden je nachdem, ob die Bank gegenüber ihrem Kunden beim Erwerb einer Vermögensanlage als Kommissionärin oder als Verkäuferin auftritt. Dies zeigt sich besonders beim Preis. Verkauft die Bank dem Kunden eine Anlage, so wird der Preis durch Abrede oder durch Verweis auf einen objektiv feststellbaren Marktpreis bestimmt. Die Bank muss den vereinbarten Vermögenswert gegen Bezahlung des vereinbarten Preises liefern. Es liegt eine "obligation de résultat" vor. Tritt die Bank als Kommissionärin für den Kunden auf, so verlangt die auftragsrechtliche Sorgfalt von ihr, dass sie sich im Interesse des Kunden am Markt um den Erwerb der vom Kunden gewünschten Anlage zu den für den Kunden besten Bedingungen bemüht. Ein vorgeschriebener Preis ist nur als Limite zu verstehen, jenseits deren die Bank nicht handeln darf. Sie entbindet die Bank als Kommissionärin nicht von der Pflicht, den gesuchten Vermögenswert nach Möglichkeit zu günstigeren Bedingungen für den Kunden zu erwerben. Wie bei allen "obligations de moyens" erschwert das Fehlen eines vertraglich vereinbarten Kriteriums zur Bestimmung des geschuldeten Leistungserfolgs dem Auftraggeber die Beurteilung der Qualität der vom Beauftragten erbrachten Leistung: Die Abrechnung auf der Grundlage eines andern, am betreffenden Börsentag notierten Kurses gibt dem Kunden keine Gewähr dafür, dass die Bank nicht zu einem besseren Kurs hätte abschliessen können.

3.1.2 Treuepflichten – Interessenkonflikte

Die Sorgfaltspflicht als Verpflichtung zur Leistung eines hohen, anhand objektiver Vorgaben nicht ohne weiteres zu bemessenden Einsatzes wird bei Auftragsverhältnissen ergänzt durch die Treuepflicht. Diese ist von der Sorgfaltspflicht nicht immer einfach abzugrenzen. Bezeichnet die Sorgfalt positiv das Verhalten, das der Erreichung des angestrebten Erfolgs dient, so ist von einer Verletzung der Treuepflicht zu sprechen, wenn der Beauftragte bei der Besorgung des Geschäfts anderen Interessen als denjenigen des Auftraggebers nachweisbar den Vorzug gibt oder wenn er gegen anerkannte Verhaltenspflichten verstösst, die das Risiko einer Berücksichtigung anderer Interessen als derjenigen des Auftraggebers ausschliessen wollen. Es kann sich bei diesen anderen Interessen sowohl um eigene Interessen des Beauftragten wie auch um Interessen dritter Kunden handeln[201].

[201] Aus der Treuepflicht fliesst auch die weiter unten zu erörternde Pflicht zur Aufklärung über Risiken eines Geschäfts. Diese Aufklärungspflicht lässt sich der Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten zur Seite stellen: Auch hier geht es darum, dass der Beauftragte sein Interesse an der Entgegennahme des Auftrags gegebenenfalls dem wirklichen Interesse des Kunden unterordnen muss.

a) Konflikte mit eigenen Interessen der Bank

Ein Beispiel für die unzulässige Bevorzugung eigener Interessen ist der Kursschnitt. Von einem Kursschnitt spricht man, wenn eine Bank dem Kunden gegenüber nicht den Kurs in Anrechnung bringt, der im Zeitpunkt des Selbsteintritts gegolten hat, sondern einen für die Bank günstigeren, anderen Kurs, der am betreffenden Tag für das betreffende Papier notiert wurde. Erst recht ist eine Bank, die das Geschäft tatsächlich über die Börse abwickelt, verpflichtet, dem Kunden den tatsächlich erzielten Kurs anzurechnen, Sie darf trotz des usanzgemäss auch für diesen Fall geltenden (sog. fiktiven oder technischen) Selbsteintritts nicht einen anderen, für sie günstigeren Kurs vom betreffenden Tag applizieren[202]. Analoge Grundsätze gelten für die "Kompensation" von Kaufs- und Verkaufsaufträgen verschiedener Kunden.

b) Konflikte mit Interessen anderer Kunden

Aus der Pflicht, den Interessen anderer Kunden nicht den Vorzug zu geben, kann sich eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Kunden ergeben: Grundsätzlich muss die Bank Börsenaufträge in der Reihenfolge des Eingangs erledigen. Erhält die Bank gleichzeitig von mehreren Kunden Aufträge zur Erledigung, die sie nur zu unterschiedlichen Kursen oder nur teilweise ausführen kann, so darf sie nach der einen Auffassung wählen, welchen Kunden sie die günstigeren Kurse oder die erworbenen Papiere zuteilt; nach anderer Auffassung muss sie einen Mittelkurs anwenden und die Kunden gleichbehandeln. Eine dritte Auffassung ist für die strikte Einhaltung des Prioritätsprinzips[203]. Aus praktischen Gründen wird man der Bank für die Wahl zwischen dem Prioritätsprinzip und der Gleichbehandlung einen Ermessensspielraum einräumen müssen. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang, dass eine Pflicht der Bank zur Gleichbehandlung nur im Rahmen von Auftragsverhältnissen angenommen werden kann[204]. Wo die Bank als Verkäuferin auftritt und nicht gleichzeitig auftragsrechtlich – z.B. im Rahmen von Vermögensverwaltungsmandaten[205] – Interessen ihrer Kunden wahren muss, ist sie zur Gleichbehandlung der Kunden grundsätzlich nicht verpflichtet[206]. Sie ist also etwa bei der Emission von Wertpapieren, aber auch bei Wertpapieren, die im Sekundärmarkt gehandelt werden, frei, bestimmten, ausgewählten Kunden Wertpapiere aus eigenen Beständen zum Kauf zu offerieren. Sie darf also bei dieser

---

202 Vgl. dazu die Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 18./19. Dezember 1989, in EBK-Bulletin 20/1990, S. 23 ff.; ferner EBK-Jahresberichte 1986, S. 27 ff.; 1987, S. 33 f. und 1989, S. 33 ff. sowie NOBEL, Kursschnitte.

203 Vgl. dazu AVANCINI/IRO/KOZIOL, Band II, N 7/87, S. 627 mit Hinweisen.

204 So muss die Bank ihre Vermögensverwaltungskunden gleich behandeln, vgl. SALOME ZIMMERMANN, S. 140; SPÄLTI, S. 86; BIZZOZERO, S. 128.

205 Ein solcher Fall lag der Verfügung der EBK vom 8. März 1988, EBK-Bulletin 18/1988, S. 26 ff. zugrunde.

206 Zur Problematik der Gleichbehandlungspflicht vgl. auch CANARIS, 3. Auflage, Rz 121 f.

Gelegenheit einzelne Kunden aus geschäftspolitischen Gründen besser behandeln als andere. Dies muss grundsätzlich auch im Rahmen der öffentlichen Auflegung von Wertpapieren zur Zeichnung gelten[207]. Etwas anderes ist es, wenn das zuständige Organ bzw. der Angestellte der Bank, der die Zuteilungen vornimmt, einzelne Kunden, die ihm persönlich nahestehen, bei der Zuteilung bevorzugt. Ein solches Verhalten gilt nach der Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission als Verstoss gegen Treu und Glauben und ist mit dem Gebot der einwandfreien Geschäftsführung nicht zu vereinbaren[208].

3.2. Kriterien für die Beurteilung der Rechtsnatur der Anlageerwerbsgeschäfte

In Lehre und Rechtsprechung wird im allgemeinen kaum erörtert, nach welchen Kriterien zu bestimmen ist, ob ein Anlageerwerbsgeschäft von der Bank auf der Grundlage eines Auftrags (Kommission) oder eines Kaufvertrags abgewickelt wird. Es wird ohne nähere Begründung festgestellt, dass eine Emissionsbank als Verkäuferin und nicht als Beauftragte zu behandeln ist[209]. Ebensowenig wird gefragt, warum Banken Edelmetall- und Devisengeschäfte mit ihrer Kundschaft nicht als Beauftragte, sondern als Eigenhändler tätigen[210]. Im folgenden soll versucht werden, Kriterien für eine Qualifikation zu entwickeln:

a) Beschränkung des Marktzutritts, Verbot des Eigenhandels und Börsenzwang als Indizien für Auftrag (Kommission)

Märkte können mehr oder weniger stark organisiert sein. Ist der Markt als Börse organisiert, so bedeutet dies in der Regel, dass nur eine beschränkte Anzahl von qualifizierten Fachleuten Zutritt zum Handel an der Börse hat. Häufig (allerdings nicht bei den schweizerischen Wertpapierbörsen) schreiben die Börsenordnungen vor, dass die zum Handel zugelassenen Börsenhändler nicht gleichzeitig im Auftrag von Anlegern und für eigene Rechnung handeln dürfen; häufig ist auch vorgeschrieben, dass alle Aufträge der Anleger über die Börse geleitet werden und nicht durch Selbsteintritt oder durch "Kompensation" mit Aufträgen anderer Kunden erledigt werden dürfen (sog. Börsenzwang)[211]. In solchen Fällen ist der Börsenhändler gezwungen, als Kommissionär tätig zu werden. Auch wo eine Börse nicht nach dem soeben vorgestellten Idealmodell organisiert

---

[207] ROHR, S. 49. – Natürlich kann der Emittent die Bank vertraglich verpflichten, bestimmte Grundsätze bei der Zuteilung zu beachten.

[208] Vgl. die in Anmerkung 205 zitierte Verfügung der EBK.

[209] Vgl. etwa ROHR, S. 108 sowie den Entscheid des Bundesgerichts vom 25. November 1986 i.S. Banque Leclerc, Praxis 77/1988, Nr. 62, S. 245 ff.

[210] Vgl. jedoch SCHMID, S. 54.

[211] Einen Börsenzwang kennt unter den schweizerischen Börsen nur die SOFFEX. Vgl. Rule 1.3.6 und Rule 2.5.11 der SOFFEX Rules and Regulations.

ist, wird der Anleger davon ausgehen dürfen, dass ein von ihm zur Erledigung aufgetragenes Geschäft von der Bank interessewahrend auf der Grundlage der Kommission abgewickelt wird; dabei mag je nach der anwendbaren Rechtsordnung und Börsenordnung der Selbsteintritt unter Wahrung der einschlägigen Treuepflichten zulässig sein.

b) Eigenhandel als Indiz für Kaufvertrag

Ist der Markt nicht in der beschriebenen Weise als Börse organisiert, so treten die professionellen Händler nicht nur untereinander, sondern auch ihrem Kunden gegenüber mit Vorliebe als Käufer und Verkäufer auf. Diese Tendenz lässt sich damit erklären, dass die nicht als Börse organisierten Märkte ihre Existenz und ihr Funktionieren weitgehend der Tatsache verdanken, dass die professionellen Marktteilnehmer bereit sind, für eigene Rechnung Positionen einzugehen und zu handeln[212]. In dieser Art und Weise sind die Banken am Edelmetall- und am Devisenmarkt tätig. Es ist einleuchtend, dass eine Bank als Teilnehmerin an einem solchen Markt den kaufwilligen Kunden aus eigenen Beständen bedient und umgekehrt dem verkaufswilligen Kunden die angebotenen Bestände für eigene Rechnung abkauft. Dass die Banken im Edelmetall- und im Devisenmarkt ihren Kunden auf der Basis von Austauschverträgen gegenübertreten, ist denn auch nach bisheriger Lehre unbestritten. Mit noch grösserem Recht wird angenommen, dass die Banken nicht standardisierte, d.h. nicht an einer Börse gehandelte, "massgeschneiderte" Produkte im Options- und Finanztermingeschäft auf der Basis von kaufvertragsähnlichen Verträgen anbieten[213]. Wo der Kunde hingegen eine Option oder einen Futures-Kontrakt eingehen will, der an einer organisierten Börse gehandelt wird, treten die Banken folgerichtig als Kommissionäre für den Kunden auf.

c) Initiative des Kunden als Indiz für Auftrag (Kommission)

Es muss aber die Frage gestellt werden, ob der Kauf oder Verkauf einer bestimmten Menge von Edelmetall oder Devisen, den der Kunde bei seiner Bank vornimmt, in jedem Fall als Kaufvertrag zwischen der Bank und dem Kunden gelten kann. Geht die Initiative vom Kunden aus, und handelt es sich um ein Kassa- oder Termingeschäft, das im Markt routinemässig abgeschlossen ist, so erscheint die Stellung der Bank aus der Sicht des Kunden kaum anders als im Wertpapiergeschäft. Der Kunde weiss, dass ein Markt existiert. Auch wenn dieser Markt nicht in der

---

[212] Auch Börsen sind für die Schaffung einer genügenden Liquidität oft auf Eigenhändler angewiesen. Nach dem früher in England und Frankreich geltenden System war der Eigenhandel aber zur Vermeidung von Interessenkonflikten einer speziellen Gruppe von Händlern vorbehalten, die sich nicht als Kommissionäre für Rechnung der Anleger betätigen durften. Vgl. oben Anmerkung 124.

[213] KLEINER, Devisen-Schuldrecht, Rz 31.36 und 31.69.

gleichen Weise organisiert wird wie der Wertschriftenmarkt (Börse), so wird er doch annehmen dürfen, dass die Bank das Geschäft sofort zu Marktbedingungen ausführen kann und ausführen wird. Er wird seinen Auftrag als bindenden Auftrag im Rechtssinn verstehen und nicht als Offerte zum Abschluss eines Kaufvertrages, den die Bank ablehnen oder gar zum Anlass für Diskussionen über den Preis nehmen darf[214]. Aus seiner Sicht lässt sich die Tatsache, dass die Bank das Geschäft aus eigenen Beständen erledigt, zwanglos als Selbsteintritt deuten.

d) Initiative der Bank als Indiz für Kaufvertrag

Das Gesagte gilt allerdings nur, wenn die Initiative zum Geschäft vom Kunden ausgeht. Sofern Banken berechtigt sind, für eigene Rechnung zu handeln, können sie nicht nur mit anderen Banken, sondern auch mit Kunden, deren Anlagebedürfnisse sie kennen, von sich aus in Kontakt treten und ihnen Wertpapiere aus eigenen Beständen zu einem bestimmten Preis anbieten[215]. In diesem Fall lässt sich das Geschäft nur als Kaufvertrag verstehen[216].

e) Fehlen eines Markts als Indiz für Kaufvertrag (Primärmarkt im Emissionsgeschäft)

Spricht das Bestehen eines funktionierenden Marktes jedenfalls dort, wo die Initiative zum Abschluss des Geschäfts vom Kunden ausgeht, eher für die Stellung der Bank als Kommissionärin, so kann aus dem Fehlen eines Markts zwingend die Annahme eines Austauschvertrages folgen. Als Beispiel ist hier das Wertpapier-Emissionsgeschäft zu erwähnen. In seiner klassischen Form unterscheidet sich das Wertpapier-Emissionsgeschäft vom Handel an der Wertpapierbörse durch das Fehlen eines Marktes. Da an der Börse infolge des Bestehens eines Marktes die Menge der handelbaren Wertpapiere virtuell unerschöpflich ist und jeder Kauf ausgeführt werden kann (offen ist nur der Preis!), ist es richtig, die Bank hier als Beauftragte anzusehen und ihr damit die Pflicht aufzuerlegen, sich um einen Abschluss zu den für den Kunden günstigsten Konditionen zu bemühen. Im klassischen Emissionsgeschäft herrschen andere Verhältnisse. Die Menge der den Emissionsbanken für die Unterbringung im Publikum zur Verfügung stehenden Papiere ist beschränkt. Wenn der Preis nicht

---

[214] Das Recht der Bank, den Auftrag gemäss Art. 395 OR abzulehnen, ist nicht nur im Börsenbereich, sondern auch im Bereich von Werten, für die ein Markt besteht, obsolet, wenn die Bank dem Kunden ein Konto eröffnet hat. Die Kontoeröffnung impliziert die Zusicherung der Bank an den Kunden, sie werde seine Aufträge in solchen Werten unverzüglich ausführen, wenn diese durch Guthaben auf dem Konto gedeckt sind.

[215] Der Preis orientiert sich natürlich am jeweiligen Börsenpreis, aber der Marktpreis ist für den Handel mit grossen Paketen nicht schlüssig, weil der Kauf einer grossen Menge von Papieren an der Börse den Marktpreis in der Regel in die Höhe treiben wird.

[216] Es verbietet sich auch die Annahme des Selbsteintritts der Bank in einen Vertrag, der ursprünglich als Kommission zu deuten wäre.

durch Angebot und Nachfrage bestimmt, sondern vom Emittenten festgelegt wird, ist es den Emissionsbanken im Fall einer regen Nachfrage der Anleger unmöglich, ihren Kunden gegenüber als Beauftragte aufzutreten und ihnen gegenüber eine Pflicht zur Sorgfalt und Interessenwahrung, insbesondere eine Pflicht zur Gleichbehandlung mit den anderen Anlegern zu übernehmen. Da die Banken in diesem Bereich mit der Festübernahme der Anleihe erhebliche Risiken eingehen, haben sie selbst übrigens ein legitimes Interesse, beim Vertrieb frei bleiben und die Zuteilung bei starkem Interesse der Anleger nach Kriterien der Opportunität vornehmen zu können. Es spricht nichts gegen dieses Vorgehen, wenn sie dem Publikum gegenüber klarstellen, dass sie in diesem Bereich als Verkäufer auftreten. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn sie das Publikum unter Hinweis auf den Emissionsprospekt zur Zeichnung, d.h. zur Einreichung von Kaufsofferten auffordern und sich deren Annahme in der Form der "Zuteilung" vorbehalten.

4. Kapitel: Sorgfalt und Sorgfaltspflichten der Bank im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung

1. Anlageberatung und Vermögensverwaltung – Zwei verwandte Dienstleistungen mit verschiedenem Pflichtenumfang

Weil Kapitalanlagen mit Chancen, aber auch mit Risiken verbunden sind und weil Banken als professionelle Teilnehmer am Kapitalmarkt über spezifische Erfahrung verfügen, haben viele Anleger das Bedürfnis, sich von Banken in Anlagefragen beraten oder führen zu lassen. Diesem Bedürfnis kommen die Banken entgegen, indem sie ihrer Kundschaft neben den Basisdienstleistungen mit "technischem" Charakter auch noch zwei spezielle, auf den Transfer von Know-how gerichtete Dienstleistungen anbieten: die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Anlageberatung und Vermögensverwaltung springt sofort in die Augen: Die Banken erteilen ihren Anlagerat in der Regel formlos, auf entsprechende Anfrage des Kunden hin im persönlichen Gespräch oder am Telefon, in selteneren Fällen in schriftlicher Form. Sie erteilen ihren Rat nach bisheriger Usanz unentgeltlich, d.h. sie lassen sich für ihre Beratung in der Regel nur indirekt über die Gebühren entschädigen, die sie dem Kunden im Zusammenhang mit den erwarteten Anschlussgeschäften im technischen Bereich (Depotgebühren, Courtagen etc.) in Rechnung stellen[217]. Demgegenüber wird und sollte eine Bank ein Vermögensverwaltungsmandat in der Regel nur aufgrund eines klaren, d.h. schriftlichen Auftrags des Kunden überneh-

[217] Nach der Aufhebung der Preisabsprachen für die Depotgebühren und Courtagen ist heute eine Tendenz spürbar, dem Kunden auch für Beratung Rechnung zu stellen.

men[218]. Regelmässig lässt sich die Bank für ihre Tätigkeit als Vermögensverwalterin in irgendeiner Form direkt entschädigen.

Die schweizerische Lehre hebt in der Regel als wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Dienstleistungen die "unterschiedliche Zuständigkeit für den definitiven Anlageentscheid"[219] hervor: Der Kunde, der nur den Anlagerat der Bank in Anspruch nimmt, trifft seine Anlageentscheidung selbst. Demgegenüber handelt die Bank unter einem Vermögensverwaltungsauftrag an der Stelle des Kunden; sie kauft für seine Rechnung Wertpapiere usw., ohne seine Zustimmung im Einzelfall einholen zu müssen.

Das Kriterium der unterschiedlichen Zuständigkeit für den definitiven Anlageentscheid lässt aber wesentliche Unterschiede zwischen der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung unberücksichtigt. Der Umfang der Pflichten der Bank als Vermögensverwalterin bestimmt sich nämlich vor allem dadurch, dass die Bank als Vermögensverwalterin die umfassende Fürsorge für das anvertraute Vermögen übernimmt[220]. Die Bank muss als Vermögensverwalterin das Vermögen des Kunden dauernd überwachen[221]. Mit der einmaligen Anlage des Vermögens des Kunden ist es nicht getan. Aus der Pflicht zur Überwachung des Vermögens ergibt sich – gewissermassen erst in zweiter Linie – die Verpflichtung der Bank, das Vermögen bei veränderten Verhältnissen umzuschichten und liquide Mittel immer wieder neu anzulegen. Die umfassende Verantwortung für das anvertraute Vermögen setzt schliesslich die vorgängige Erarbeitung eines Anlagekonzepts voraus, das auf die persönlichen Verhältnisse und Wünsche des Kunden zugeschnitten ist. Dieses Konzept muss zusammen mit dem Kunden erarbeitet werden. Am Anfang jeder Vermögensverwaltung steht somit ein Anlageberatungsgespräch, bei dem die Bank die persönlichen Verhältnisse des Kunden, seine Bedürfnisse und seine Anlageziele, insbesondere seine Liquiditätsbedürfnisse, aber auch seinen Willen und seine Fähigkeit, Risiken einzugehen, in Erfahrung bringen muss[222]. Insofern schliesst die Vermögensverwaltung immer auch Anla-

---

218 Ziffer 2 der Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank verlangt Schriftlichkeit. Der Kunde soll bewusst entscheiden müssen, ob die Verantwortung für die Überwachung seines Vermögens bei ihm oder bei der Bank liegen soll.

219 EMCH/RENZ/BÖSCH, S. 481; vgl. auch HOPT, Rechtsprobleme, S. 139; SPÄLTI, S. 23; GUTZWILLER, S. 18 f.; BERTSCHINGER, S. 5. Der Unterschied zwischen der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung erscheint in dieser Sicht als ein solcher gradueller Natur, vgl. HOPT a.a.O., S. 139; BERTSCHINGER, S. 5.

220 Statt vieler BERTSCHINGER, S. 226 ff.; BIZZOZERO, S. 84.

221 Die auch in Formularen häufig anzutreffende Formulierung, die Bank werde durch den Verwaltungsauftrag "berechtigt" oder "ermächtigt", die Vermögenswerte des Kunden anzulegen, geht zu wenig weit; vgl. SALOME ZIMMERMANN, S. 138 f.; BERTSCHINGER, S. 17 f.

222 Vgl. zur Pflicht der Bank, sich über die persönlichen Verhältnisse des Kunden ins Bild zu setzen EMCH/RENZ/BÖSCH, S. 480 und 491 ff.; SPÄLTI, S. 82; BERTSCHINGER, S. 79 ff.; URS P. ROTH, S. 33; sowie, etwas abgeschwächt, Ziff. 1 der Richtlinien der Schweizeri-

geberatung in sich. Schliesslich gehört zu den Aufgaben des Vermögensverwalters, dass er den Kunden bei veränderten Verhältnissen anspricht, wenn aus seiner Sicht eine Änderung der bisher verfolgten Strategie geboten ist und die bisher erteilten Weisungen des Kunden überholt sind.

Hinsichtlich der Dauer des Einsatzes ist es für die Anlageberatung charakteristisch, dass die Bank nach Abschluss des Beratungsgesprächs aus ihrer Verantwortung entlassen ist. Die Anlageberatung schliesst im Gegensatz zur Vermögensverwaltung keine Pflicht zur Überwachung des Vermögens und zu aktivem Handeln in sich. Die erteilten Auskünfte und Empfehlungen beziehen sich auf den Zeitpunkt, in dem der Rat erteilt wird: Der Anlageberater ist also nicht zur Richtigstellung verpflichtet, wenn sich seit dem Gespräch die Verhältnisse geändert haben und der früher erteilte Rat heute unzweckmässig wäre[223,224].

Theoretisch ist es zwar denkbar, dass eine Bank vertraglich die Verpflichtung übernimmt, den Kunden periodisch oder auf seinen Wunsch hin zu beraten. Doch da die Bank die Beratung ohnehin freiwillig leistet, besteht für eine solche Verpflichtung kein Bedarf. Eine Verpflichtung zur Beratung wäre nur anzunehmen im Rahmen einer Vereinbarung, bei der die Bank auch noch die weitergehende Verantwortung für die dauernde Überwachung des Vermögens in Verbindung mit der Pflicht übernimmt, dem Kunden nach Bedarf oder in periodischen Abständen aus eigener Initiative Vorschläge zur Umschichtung und Neuanlage des Vermögens zu machen. Eine solche Abrede, die sich von einem Vermögensverwaltungsauftrag nur durch die fehlende Zuständigkeit der Bank für den definitiven Anlageentscheid unterscheiden würde[225], kommt in der Praxis kaum vor. Wer die Überwachung seines Vermögens wünscht, erteilt der Bank in aller Regel einen Verwaltungsauftrag.

---

schen Bankiervereinigung für die Ausführung von Verwaltungsaufträgen: "... Die Bank übt den Auftrag nach bestem Wissen und Gewissen aus, unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Kunden, *soweit sie ihr bekannt sein können* ...". In den angelsächsischen Ländern spricht man von der "Know-your-customer-rule".

223 HEINSIUS, Anlageberatung, S. 192 f.; grundsätzlich auch BERTSCHINGER, S. 224 ff.; URS P. ROTH, S. 13; zurückhaltender HOPT, Rechtsprobleme, S. 155.

224 Wenn jemand anfragt, ob ein bestimmtes Papier als sichere Anlage empfohlen werden könne, braucht die Bank nicht nachzuprüfen, ob sie bereits früher einmal ein Konzept für die Anlage des gesamten Vermögens des betreffenden Kunden ausgearbeitet hat und ob der Erwerb des betreffenden Papiers in den Rahmen der damals besprochenen Anlagestrategie passt (vgl. URS P. ROTH, S. 28). Nur für den Fall, dass die Bank ohnehin laufend mit dem Kunden in Kontakt steht, oder der Kunde wegen anderer Papiere auf sie zukommt, möchten einzelne Autoren eine Ausnahme vorsehen (HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 436; BERTSCHINGER, S. 225). Aber mindestens im ersten Fall erscheint es richtiger, die Beratung als mit dem früheren Gespräch noch nicht abgeschlossen anzusehen.

225 Zur theoretischen Möglichkeit solcher Abreden SPÄLTI, S. 128:, BIZZOZERO, S. 19; URS P. ROTH, S. 6 f.

2. *Die Rechtsgrundlage der Sorgfalt bei der Anlageberatung und bei der Vermögensverwaltung*

Dass die Bank sowohl bei der Anlageberatung wie auch bei der Vermögensverwaltung für mangelnde Sorgfalt einstehen muss, ist unbestritten. Über die Rechtsgrundlage der Haftung der Bank in beiden Fällen bestehen aber recht unterschiedliche Vorstellungen.

2.1. Die Rechtsgrundlage der Sorgfalt bei der Anlageberatung

a) Keine Beratungspflicht, aber Sorgfaltspflicht

Die Banken sind zur Erteilung von Auskünften und Rat in aller Regel ohne weiteres bereit. Aber die Erteilung von Auskunft und Rat geschieht nicht aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung. Der Kunde, der den Anlagerat einer Bank benötigt, ergreift in der Regel die Initiative zum Gespräch und steckt den Rahmen des Gesprächs ab. Die Bank lässt sich auf das Beratungsgespräch ein. Aus der Einlassung auf das Gespräch ergeben sich Sorgfaltspflichten für die Bank; eine Pflicht zur Einlassung besteht aber nicht. Dies ist nicht unbestritten. Viele Autoren sind der Auffassung, die Bank sei wenn nicht der Allgemeinheit, so doch mindestens ihren Kunden gegenüber zur Erteilung von Auskünften oder Rat verpflichtet. Vor allem in der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist der Begriff der "Beratungspflicht" fest verankert[226], und früher sahen auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken ausdrücklich vor, dass die Bank dem Kunden "nach bestem Wissen zu allen bankmässigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung" steht[227]. Aber auch in der schweizerischen Literatur wird gelegentlich eine Beratungspflicht im Verhältnis zum Kunden angenommen. Sie wird entweder aus der Geschäftsverbindung[228] oder aus dem sog. "allgemeinen Bankvertrag"[229] hergeleitet. Oder sie wird als vertragliche Nebenpflicht gesehen, die zu anderen, besonderen Dienstleistungen hinzutritt[230].

Die Vorstellung von einer Beratungspflicht ist indessen abwegig[231]: Die Bank muss die Möglichkeit haben, frei zu entscheiden, ob sie sich auf ein Beratungsgespräch einlassen will. Dies aus folgenden Gründen:

---

[226] Vgl. etwa HEINSIUS, Anlageberatung, S. 186; CANARIS, 3. Auflage, Rz 100 ff. – Es ist indessen zu beachten, dass der Begriff der Beratungspflicht in der deutschen Lehre und Rechtsprechung synonym mit demjenigen der Aufklärungspflicht und Warnpflicht verwendet wird; er bezieht sich also nicht nur auf den Bereich der Anlageberatung.

[227] Nr. 10 (1) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken in der Fassung von 1977. Seit 1984 erstreckt sich die genannte Regel als Kann-Vorschrift inhaltlich nur noch auf die sog. "bankmässigen Auskünfte", womit Auskünfte an Kunden oder Dritte über die Zahlungsfähigkeit kommerzieller Kunden gemeint sind.

[228] GUGGENHEIM, S. 72. – Kritisch dazu TAISCH, S. 91; ROHR, S. 241.

[229] HOPT, Rechtsprobleme, S. 144.

[230] SCHÖNLE, Renseignements, S. 398.

[231] Gleicher Ansicht REICHWEIN, S. 21; SPÄLTI, S. 138 ff. – Für das deutsche Recht der Sache

- Beratung ist keine einseitige Leistung des Raterteilenden. Sie setzt einen Dialog voraus. Dies gilt jedenfalls, wenn der Ratsuchende nicht nur über die Marktsituation oder über die Qualität einer bestimmten Aktie, Obligation oder dergleichen orientiert werden will, sondern wenn er um eine Anlageberatung im weitesten Sinne nachsucht. Sorgfältige Anlageberatung in diesem Sinn ist nur möglich, wenn der Ratsuchende dem Ratgeber Einblick in seine Verhältnisse gibt[232]. Will der Ratsuchende im Verlauf des Gesprächs die verlangten Einblicke nicht geben, so muss die Bank die Freiheit haben, das Gespräch abzubrechen.
- Die Erteilung eines Rates setzt voraus, dass der Ratgebende zur Raterteilung kompetent ist. Wer nicht über genügendes Wissen verfügt, darf nicht mit dem Anschein der Kompetenz als Ratgeber auftreten. Es kann nicht jede Bank über alle denkbaren Anlagefragen Bescheid wissen. Wenn eine Bank zu einem Wertpapier befragt wird, über dessen Emittenten sie sich keine eigene Meinung hat bilden können, muss sie die Möglichkeit haben, von der Raterteilung abzusehen oder wenigstens den Kunden darauf aufmerksam zu machen, dass sie keinen genügenden Einblick in die Verhältnisse besitzt, um seine Frage zu beantworten[233].

Nicht mit dem Begriff der Beratungspflicht zu verwechseln ist die Sorgfaltspflicht der Bank. Auch wenn die Bank zur Erteilung von Rat nicht verpflichtet ist, so ist sie, sobald sie sich auf ein Beratungsgespräch einlässt, verpflichtet, den Kunden sorgfältig zu beraten. Diese Sorgfaltspflicht bedarf aber keiner Verankerung in einer Beratungspflicht. Sie lässt sich auch anders begründen.

b) Vertragliche oder ausservertragliche Rechtsgrundlage der Sorgfaltspflicht bei der Anlageberatung?

Die Lehre nimmt mehrheitlich an, dass die Sorgfaltspflicht der Bank bei der Anlageberatung eine vertragliche Grundlage hat. Sie stützt sich dabei gerne auf die Annahme einer aus der Geschäftsverbindung oder aus dem gerade zwischen dem Kunden und der Bank zur Diskussion stehenden Anlagegeschäft als Nebenpflicht fliessenden Beratungspflicht der Bank[234]. Wo dies nicht möglich ist, weil der Ratsuchende (noch) nicht Kunde der Bank ist, oder weil kein konkretes Anlagegeschäft zur Diskussion steht, lässt sich die Lehre häufig von der Vorstellung leiten, dass die

---

nach wohl auch CANARIS, 3. Auflage, Rz 103, obschon auch CANARIS den Begriff der Beratungspflicht verwendet.

232 Vgl. oben Text bei Anmerkung 222.

233 Vgl. dazu das weiter unten im Text bei Anmerkung 269 besprochene Bond-Anleihe-Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 1993.

234 So auch die von der deutschen Lehre i.a. gutgeheissene Rechtsprechung der deutschen Gerichte; Nachweise bei HEINSIUS, Pflichten und Haftung, S. 48, Anm. 4 und SCHÄFER, S. 9.

Bank, die sich auf ein Beratungsgespräch einlässt, damit konkludent das Angebot des Kunden zum Abschluss eines Beratungsvertrages annimmt[235]. Diese Vorstellung wirkt, wie auch in der deutschen Lehre gelegentlich hervorgehoben wird, etwas gekünstelt[236]. Weit eleganter lässt sich die vertragliche Natur der Pflicht zur Sorgfalt bei der Raterteilung in den vielen Fällen begründen, wo der Kunde den Rat der Bank im Vorfeld einer Kontoeröffnung oder im Rahmen einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung in Anspruch nimmt. Im ersten Fall lässt sich die Haftung für mangelnde Sorgfalt bei der Raterteilung auf culpa in contrahendo oder – wie KÖNDGEN vorschlägt – auf die Annahme eines Realvertrages[237] stützen; im zweiten Fall lässt sich die Raterteilung zwanglos als eine Neben*leistung*[238] verstehen, die die Bank dem Kunden im Rahmen der Geschäftsbeziehung erbringt.

Das Bundesgericht hat sich bisher geweigert, die Haftung für unsorgfältige Auskunfts- oder Raterteilung konsequent auf eine vertragliche Grundlage zu stellen[239]. Zwischen zwei sonst nicht miteinander verbundenen Parteien nimmt es einen Beratungsvertrag nur an, wenn der Rat gegen Entgelt oder gewerbsmässig erteilt wird[240]. Ist dies nicht der Fall, so lässt das Bundesgericht die Bank für unsorgfältigen Rat oder Auskunft direkt aus dem Gesetz haften[241]. Als Grundlage dieser Haftung dient ihm eine ungeschriebene, aus Art. 2 ZGB abgeleitete gesetzliche Schutznorm, die es wie folgt formuliert:

---

235 Dieser ist nach heute unbestrittener Lehre als Auftrag zu qualifizieren: HOFSTETTER, S. 15; KUHN, Haftung aus Raterteilung, S. 347 ff.; GUTZWILLER, S. 19; KAISER, S. 54.

236 HOPT in BAUMBACH/DUDEN/HOPT, § 347 Anm. 3 B; CANARIS, 3. Auflage, Rz 78; KÖNDGEN, Bankhaftung, S. 137; HEINSIUS, Pflichten und Haftung, S. 49.

237 KÖNDGEN, Bankhaftung, S. 137.

238 Neben*leistung*, aber *nicht*, wie in der Regel gesagt wird: Neben*pflicht;* richtig KUHN, Haftung für Raterteilung, S. 346; BERTSCHINGER, S. 12; GIOVANOLI, S. 208. Ebenso unter deutschem Recht, aber dort völlig exzentrisch SCHLEGELBERGER/HEFERMEHL, Band IV, N 35 zu § 347 HGB.

239 Es scheint allerdings – was häufig übersehen wird – die vertragliche Natur der Haftung zu bejahen, wenn die Raterteilung im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung (BGE 110 II 372 f., E. 5; vgl. BIZZOZERO, S. 17, Anm. 30) oder im Hinblick auf den Abschluss eines bestimmten Geschäfts erfolgt, vgl. dazu BGE 68 II 303; BGE 111 II 473, E. 2 und BGE 112 II 350, E. 1 a; dazu KUHN, Haftung für Raterteilung, S. 352; SPÄLTI, S. 141 mit weiteren Hinweisen.

240 BGE 111 II 473 E. 2.

241 Daraus folgt nach herkömmlicher schweizerischer Auffassung zwingend die *deliktische* Natur der Haftung. Die Vorstellung eines direkt aus dem Gesetz fliessenden "gesetzlichen Schutzverhältnisses" mit Rechtspflichten, deren Verletzung nicht nach deliktssondern nach vertragsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen wäre (vgl. CANARIS, 3. Auflage, Rz 100; KRAMER, Allgemeine Einleitung N 68 und N 139 ff.) hat sich in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung bisher nicht durchgesetzt.

"Wer über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, hat – wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlässt – wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Adressaten voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat oder haben kann...[242]."

Für sein Zögern[243] mit der Anerkennung der vertraglichen Natur der Sorgfaltspflicht bei der Erteilung von Auskunft oder Rat kann man dem Bundesgericht ein gewisses Verständnis entgegenbringen. In allen von ihm auf der Grundlage des Deliktsrechts entschiedenen Fällen waren die Parteien nicht durch eine anderweitige, vorbestehende oder beabsichtigte vertragliche Beziehung verbunden[244]. In einem solchen Fall muss für die Begründung einer vertraglichen Natur der Sorgfaltspflicht auf die Fiktion eines ad hoc abgeschlossenen Beratungsvertrages zurückgegriffen werden, der durch die Einlassung der Bank auf das Auskunfts- oder Ratbegehren zustandekommen soll[245]. Die Annahme einer gesetzlichen Pflicht zur Sorgfalt erscheint in diesem Fall eher am Platz. Im übrigen ändert die deliktische Natur der Haftung nichts am Inhalt der Sorgfaltspflicht des Auskunft- oder Raterteilenden. Nur die Modalitäten des Anspruchs (Verjährung, Beweislast, Hilfspersonenhaftung) und – möglicherweise – die Frage der Zulässigkeit der Wegbedingung der Haftung[246] sind im Deliktsrecht anders geregelt als im Vertragsrecht.

2.2 Die Rechtsgrundlage der Sorgfalt bei der Vermögensverwaltung (Auftrag)

Kaum Schwierigkeiten bereitet die rechtliche Erfassung der Stellung der Bank als Vermögensverwalterin. Da die Vermögensverwaltung im Sinne einer Fürsorge für das Vermögen als solches[247] eine Pflicht zur dauernden Überwachung des Vermögens in sich schliesst, verbunden mit der Pflicht, die jeweils aus der Sicht der gewählten Anlagestrategie erforderlichen Dispositionen zu treffen, entspricht der Vermögensverwaltungsauftrag in idealer Weise dem Vertragstypus des Auftrags im Obligationenrecht[248]. Er

---

[242] BGE 111 II 474. – Ganz ähnlich drückt sich die deutsche Rechtsprechung aus, wenn sie die Voraussetzungen umschreibt, unter denen zwischen zwei Parteien das Zustandekommen eines Beratungsvertrages anzunehmen ist (BGH in WM 1987, 495 ff.).

[243] Offen ist, ob BGE 112 II 347 ff. eine Änderung der Rechtsprechung ankündigt.

[244] Vgl. BGE 30 II 267, 41 II 82, 57 II 81 ff., 111 II 471 ff.; ferner das Urteil vom 3. Oktober 1933 in SJZ 1934/5, S. 186 ff.

[245] Wenn man nicht mit KÖNDGEN, Bankhaftung, S. 137 auf die alte Figur des Realvertrages zurückgreifen will.

[246] Vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 3. Oktober 1933 in SJZ 1934/5, S. 186 ff.

[247] Dies im Gegensatz zur sog. üblichen Verwaltung der einzelnen Vermögensstücke im Rahmen des offenen Wertschriftendepots.

[248] Ebenso für einfachen Auftrag SALOME ZIMMERMANN, S. 138; GUTZWILLER, S. 14; SPÄLTI, S. 34; BERTSCHINGER, S. 16; grundsätzlich auch BIZZOZERO, S. 55. – Es ist gerechtfertigt den Verwaltungsauftrag von den übrigen Funktionen der als Vermögensverwalterin tätigen Bank (Aufbewahrung des verwalteten Vermögens; Ausführung der Anlagege-

überträgt der Bank einen weit umschriebenen fremden Interessenbereich zur selbständigen Besorgung, verbunden mit einem weiten Ermessensspielraum und entsprechender Verantwortung[249].

3. *Die Sorgfaltspflichten der Bank als Anlageberaterin und Vermögensverwalterin im einzelnen*

Das Fachwissen des Anlageberaters und Vermögensverwalters[250] ist der juristischen Beurteilung schwer zugänglich. Zur Sorgfalt gehört einerseits, sich die für sorgfältiges Verhalten erforderlichen Erkenntnisse zu verschaffen, anderseits besteht Sorgfalt darin, sich diesen Erkenntnissen gemäss zu verhalten[251]. Die juristische Literatur beschäftigt sich weit weniger mit dem ersten Aspekt, dem eigentlichen Fachwissen; sie legt den Akzent auf die Verhaltenspflichten der Bank als Anlageberaterin und Vermögensverwalterin. Dies lässt sich verstehen. Das Fachwissen des Anlageberaters ist einer juristischen Beurteilung schwer zugänglich. Eine Parallele zum Recht der Arzthaftpflicht ist unverkennbar: Auch bei der aktuellen juristischen Diskussion über die Sorgfaltspflicht des Arztes geht es nicht darum, das berufliche Wissen des Chirurgen, Internisten usw. in juristische Begriffe zu fassen. Ein Lehrbuch der Chirurgie zu schreiben gehört nicht zur Kompetenz des Juristen. Ebensowenig kann der Jurist die Grundlagen des Könnens des Vermögensverwalters beurteilen. Dies gilt erst recht heute, wo die Mathematik in die Vermögensverwaltung Einzug gehalten hat und für Arbeiten auf dem Gebiet der Portfolio-Theorie Nobelpreise verliehen werden[252].

---

schäfte durch Käufe und Verkäufe an der Börse usw.) zu trennen, da sich die Aufgabe der Bank als Vermögensverwalterin nicht von derjenigen eines selbständig tätigen Vermögensverwalters ohne Bankenstatus unterscheidet. – Vgl. aber ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, S. 323 f., der den Vermögensverwaltungsvertrag als Innominatkontrakt versteht, sowie die frühere Praxis des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte, die z.T. von einem gemischten Vertragsverhältnis sprechen; dazu eingehend SPÄLTI, S. 32 ff.

249 Ein Börsenauftrag oder Überweisungsauftrag hat hinsichtlich des übertragenen Ermessensspielraums und der Intensität und Dauer des Einsatzes im Vergleich zum Vermögensverwaltungsauftrag einen viel engeren Umfang.

250 Wenn im folgenden im Zusammenhang mit der Bank vom Anlageberater oder Vermögensverwalter gesprochen wird, ist regelmässig die Bank selbst und nicht die Einzelperson gemeint, durch die sie handelt.

251 GAUCH/SCHLUEP, Band II, Rz 2749 und 2750.

252 Besonders anschaulich dokumentiert diese Entwicklung ein Vergleich der jüngsten (4.) Auflage des Lehrbuchs von EMCH/RENZ/BÖSCH mit der vorangegangenen 3. Auflage (EMCH/RENZ) von 1984. Der Abschnitt über die Vermögensverwaltung und Anlageberatung ist überarbeitet und geradezu drastisch erweitert worden, vgl. S. 479 ff.

3.1 Sorgfalt als Einstehenmüssen für genügendes Fachwissen und Know-how

a) Sorgfältige und "richtige" Raterteilung sind nicht dasselbe

Hinsichtlich des Fachwissens, das von der Bank verlangt wird, lässt sich zwischen Anlageberatung und Vermögensverwaltung kein Unterschied erkennen. Die Bank stützt sich als Anlageberaterin wie als Vermögensverwalterin auf dieselben Quellen des Wissens und der Erfahrung[253].

Der Richter, der die fachliche Kompetenz eines Vermögensverwalters oder Anlageberaters beurteilen will, ist wie bei der Beurteilung der ärztlichen Sorgfalt auf die Hilfe von Experten angewiesen. Darüber hinaus sieht er sich mit einem weiteren Problem konfrontiert. Anlageberatung erschöpft sich nicht in Auskünften. Sie besteht im wesentlichen aus Prognosen und Werturteilen. Sie wägt Risiken und Chancen gegeneinander ab. Wer einen Rat erteilt, sichert keinen Erfolg zu. Dies gilt auch für die Anlageberatung und Vermögensverwaltung der Banken. Das Risiko der Anlage bleibt grundsätzlich beim Anleger[254]. Die von der deutschen Lehre in Anschluss an HOPT immer wieder ins Feld geführte Wahrheitspflicht[255] ist daher als Kriterium zur Erfassung der fachlichen Voraussetzungen für eine sorgfältige Beratung wenig geeignet[256]. Man sollte auch nicht von einem "richtigen" Rat sprechen, wenn man ausdrücken will, dass ein Anlageberater sorgfältig gehandelt hat[257]. Richtiger Rat und sorgfältiger Rat sind zweierlei. Die Anlage in Wertpapieren hat, wie das Bundesgericht einmal etwas grosszügig festgestellt hat, "zwangsläufig einen spekulativen Einschlag"[258]. Daran ist soviel richtig, dass eine Strategie fehlschlagen, ein Urteil über die Entwicklung eines Marktes oder eines Unternehmens sich als irrig erweisen kann. Unsorgfältig ist das Urteil der Bank in solchen Fällen nur, wenn es im Lichte der tatsächlichen Verhältnisse aus professioneller Sicht nicht vertretbar oder, mit den Worten des Bundesgerichts ausgedrückt, "offensichtlich unvernünftig" ist[259]. Auch mit der Hilfe von Experten wird es dem Richter kaum je möglich sein, einen Anlageberater, der für einen Markt unter Berufung auf plausi-

---

253 GUTZWILLER, S. 20.

254 Deutlich BGE 119 II 333 ff. (336) mit Verweisen auf die schweizerische Literatur und Praxis; zum deutschen Recht etwa CANARIS, 2. Auflage, Rz 1883; KÜBLER, S. 213; HEINSIUS, Anlageberatung, S. 188; SCHÄFER, S. 17.

255 HOPT, Kapitalanlergerschutz, S. 431 ff.; ferner etwa RÜMKER, Bankhaftungsrecht, S. 75 ff.; HEINSIUS, Anlageberatung, S. 188.

256 Vgl. aber BERTSCHINGER, S. 143 ff.

257 Anders das Bond-Anleihe-Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 1993, WM 1993, S. 1456: "Die Beratung der Bank muss richtig und sorgfältig ... sein" (II, 3, bb). Wie hier jedoch CANARIS, 3. Auflage, Rz 101; HEINSIUS, Pflichten und Haftung, S. 52.

258 BGE 101 II 121 ff. (124) E. 2 b.

259 BGE 119 II 333 ff. (336) E. 7 a. Zum Kriterium der Vertretbarkeit: HAUSER, S. 59 f.; BERTSCHINGER, S. 144. Zur deutschen Lehre KÜBLER, S. 212 f.; CANARIS, 3. Auflage, Rz 101; SCHÄFER, S. 7.

ble Überlegungen eine andere Prognose gestellt hat als die Mehrheit seiner Fachkollegen, der Inkompetenz zu überführen. In der Regel wird nur ein Verstoss gegen Verhaltenspflichten zu einer Verurteilung der Bank Anlass geben[260].

b) Die überholte These von der Unverbindlichkeit der Börsenempfehlung

Zu weit geht es jedoch, wenn ein Teil der deutschen Lehre, dem bis vor kurzem häufig auch die Rechtsprechung gefolgt ist, aus der Unberechenbarkeit der Märkte den Schluss zieht, dass Ratschläge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren generell als unverbindliche Börsentips zu behandeln seien, weil das mit der Anlage verbundenen Risiko nicht auf die Bank verlagert werden dürfe[261]. Es geht auch zu weit, wenn eine andere Ansicht zwischen Wertpapiergeschäften zu Anlagezwecken und solchen zu Spekulationszwecken unterscheidet und wenigstens im zweiten Fall grundsätzlich geringere Anforderungen an die Sorgfalt der Bank stellt[262]. Nach der Meinung von CANARIS braucht die Bank im Rahmen einer allgemeinen Anlageberatung grundsätzlich keine besonderen Nachforschungen über die Lage des Unternehmens anzustellen; sie muss allenfalls besonderen Verdachtsmomenten nachgehen oder den Kunden auf diese hinweisen[263].

Die neuere schweizerische Literatur ist in Übereinstimmung mit Ziffer 16 der Richtlinien der schweizerischen Bankiervereinigung[264] durchwegs strenger und zählt – wie auch ein Teil der deutschen Literatur – die Sammlung und Auswertung der allgemein zugänglichen Informationen über die Unternehmungen, die als Emittenten von Wertpapieren auftreten, namentlich der Publikationen der Gesellschaften selbst und der Wirtschaftspresse zu den Sorgfaltspflichten des Anlageberaters[265].

c) Empfehlungen, die sich auf Märkte, und Empfehlungen, die sich auf einzelne Wertpapiere (Unternehmungen) beziehen

Es gilt zu unterscheiden zwischen Empfehlungen, die sich auf einen Markt (Wertpapiermärkte, Devisenmärkte, Edelmetallmärkte) beziehen, und Empfehlungen zum Kauf eines bestimmten Wertpapiers. Wer Anlagen in Devisen, Edelmetallen, Waren usw. tätigt, investiert nur in einen Markt.

---

260 Vgl. auch GUGGENHEIM, S. 70.

261 VON HEYMANN in ASSMANN/SCHÜTZE, § 5 Rz 38 und KRIMPHOVE, S. 18 f. mit Hinweis auf die Rechtsprechung.

262 CANARIS, 2. Auflage, Rz 1883 mit Hinweisen.

263 CANARIS, 2. Auflage, Rz 1885.

264 Nach Ziff. 16 der Richtlinien muss sich die Bank "bei der Wahl der Anlage auf Informationen aus zuverlässigen Bezugsquellen ... stützen".

265 GUTZWILLER, S. 47; GENONI, S. 20; BERTSCHINGER, S. 145 ff.; BIZZOZERO, S. 137 f.; für die deutsche Literatur KÖNDGEN, Börseninformationsdienste, S. 392; RÜMKER, Bankhaftungsrecht, S. 81.

Wer Anlagen in Wertpapieren tätigt, investiert in einen Markt (Wertpapierbörse) und gleichzeitig in Wertpapiere einzelner Unternehmungen. Weil Märkte Schwankungen unterworfen sind, deren Eintritt zwar langfristig mit einer gewissen Bestimmtheit vorausgeahnt, aber niemals kurzfristig bestimmt prognostiziert werden kann, lässt sich bei einer fehlgeschlagenen Empfehlung, die eine Investition in einen bestimmten Markt betrifft, im Einzelfall von einem unsorgfältigen, "offensichtlich unvernünftigen" Rat kaum je sprechen. Auch wenn die grosse Mehrzahl der Berufskollegen eine Baisse erwartet, kann ein Anlageberater Gründe haben, mit einem weiteren Ansteigen der Kurse zu rechnen. Allenfalls muss sich ein Vermögensverwalter, der auf die Dauer gesehen markant schlechter operiert als der Durchschnitt der Berufskollegen, die unter vergleichbaren Vorgaben von Kundenseite operieren, die Frage nach seiner Kompetenz gefallen lassen[266]. Die Abweichung vom Durchschnitt kann aber als solche noch nicht als Beweis für fehlende Sorgfalt gelten[267]. Es stellt sich dann die Frage der Beweislast: Ist die markante "underperformance" des verwalteten Vermögens ein Indiz für fehlende Sorgfalt des Vermögensverwalters, so muss der Anleger zum Nachweis für dessen Inkompetenz oder für einen Verstoss gegen Verhaltenspflichten weitere Argumente vorlegen[268]. Praktisch erscheint es richtiger, eine (markante) "underperformance" nicht nur als Indiz, sondern als Vermutung für fehlendes Know-how zu behandeln, die den Vermögensverwalter zwingt, glaubhaft zu machen, dass seine Anlageentscheidungen insgesamt auf einer vertretbaren Strategie beruhten.

Bei Ratschlägen, die ein bestimmtes Wertpapier betreffen, kann sich die Bank auch im Einzelfall nicht auf die Unvorhersehbarkeit der Marktentwicklung berufen. Sie muss über die Vermögenslage und die Zukunftsperspektiven des emittierenden Unternehmens im Bild sein und wenigstens die Beurteilung kennen, die das Unternehmen in der einschlägigen Wirtschaftspresse erfährt. Hat die Bank ein Wertpapier als gute Anlage empfohlen, ohne die kritische Beurteilung, die das Unternehmen in der Wirtschaftspresse oder bei Rating-Agenturen erfährt, zu kennen oder an den Kunden weiterzugeben, so liegt ein Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht vor.

d) Das Bond-Anleihe-Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 1993[269]

In jüngster Zeit hat sich nun auch die deutsche Rechtsprechung dieser Auffassung angeschlossen[270].

---

266 HAUSER, S. 60: Ständige Misserfolge lassen auf ungenügende Fähigkeiten schliessen.

267 BIZZOZERO, S. 180, unter Hinweis auf zwei unpublizierte Entscheide der Genfer Cour de justice und einen Entscheid der Cour d'appel de Paris.

268 In diesem Sinn BIZZOZERO, S. 180.

269 WM 1993, S. 1455 ff.

270 Es hat damit unter eine ganze Reihe von in ähnlichem Zusammenhang ergangenen, einander zum Teil widersprechenden Urteilen unterinstanzlicher Gerichte einen Schlussstrich gezogen. Nachweise bei HEINSIUS, Pflichten und Haftung, S. 51, Anm. 32-34.

Eine Bank hatte einem Ehepaar mit Gesamtersparnissen von ca. DM 50 000 die Wiederanlage von DM 20 000 in der Form von DM-Anleihensobligationen der vom australischen Financier Alan Bond beherrschten Bond Finance Ltd. empfohlen. Die an der Börse kotierten Papiere verloren innerhalb kurzer Zeit ihren gesamten Wert. Der deutsche Bundesgerichtshof erklärte die Bank aus drei Gründen für den Schaden verantwortlich, von denen im vorliegenden Zusammenhang vor allem der dritte von Interesse ist: *Erstens* hatte der Kundenberater auf die Frage der Kunden, ob mit dem Erwerb der (ausländischen) Obligationen für sie kein Risiko verbunden sei, geantwortet, dass ein Kursrisiko nicht bestehe. Diese Auskunft war unvollständig und irreführend. *Zweitens* verstiess die Empfehlung zur Anlage von fast der Hälfte der bescheidenen Ersparnisse der Kunden in einem einzigen, ausländischen Papier, gegen den Grundsatz einer anlegergerechten Beratung. *Drittens* muss sich eine Bank, die als kompetente Anlageberaterin auftritt, aktuelle Informationen über das Anlageobjekt verschaffen; dazu gehört eine Abklärung der für die Beurteilung des Risikos wesentlichen Bonität des Emittenten unter Auswertung der dazu vorhandenen Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse. Dies gilt insbesondere auch für ausländische Papiere. Kann eine Bank diesen Aufwand nicht leisten, so muss sie auf eine Empfehlung verzichten und allfälligen Fragen des Kunden mit dem Hinweis begegnen, dass sie die Bonität des Emittenten nicht beurteilen könne. Auf ihren guten Glauben kann sich die Bank nicht berufen[271]. Auch die Tatsache der Kotierung an der Börse befreit die Bank nicht von der Nachprüfung der Bonität, denn die Börsenkotierung sagt über die Qualität eines Papiers nichts aus. Im vorliegenden Fall hatte sowohl die internationale wie auch die deutsche Finanzpresse schon mehrere Monate vor dem entscheidenden Beratungsgespräch in zum Teil krassen Worten über die hohe Verschuldung des Emittenten berichtet und auf den Umstand hingewiesen, dass die australische Rating-Agentur die Wertpapiere des Emittenten als spekulativ, bzw. hochspekulativ eingestuft hatte. Da ein gewöhnlicher Kunde davon ausgehen darf, dass eine Bank die von ihr empfohlenen Papiere geprüft und für gut befunden hat, hätte die Bank die Kunden über die negativen Informationen ins Bild setzen oder darauf aufmerksam machen müssen, dass sie sie zur Frage des Risikos eines Kaufs mangels eigener Informationen nicht beraten könne.

Ungeachtet eines früheren Bundesgerichtsurteils aus dem Jahr 1927 muss angenommen werden, dass auch ein schweizerisches Gericht heute in der Frage der Pflicht zur Konsultation der einschlägigen Wirtschaftspresse nicht anders entscheiden würde als der deutsche Bundesgerichtshof in seinem Bond-Anleihe-Urteil[272].

---

271 Dies entgegen der oben im Text zu Anmerkung 263 wiedergegebenen Ansicht von CANARIS, 2. Auflage, wonach die Bank im allgemeinen keine Nachforschungen anstellen und nur besonderen Verdachtsmomenten nachgehen muss.

272 BGE 53 II 336 ff.: Eine schweizerische Bank hatte im Jahre 1906 einem in der Schweiz lebenden Kunden Obligationen eines deutschen Unternehmens nach Rückfrage "als gute Kapitalanlage" empfohlen. Die Obligationen wurden im Sommer 1914 notleidend und erlitten später im Zusammenhang mit der Inflation einen vollständigen Wertverlust. Das Bundesgericht verneinte eine Haftung der Bank mit der Begründung, die Papiere seien während 8 Jahren nach ihrem Erwerb regelmässig verzinst worden. Mit Industriepapieren seien erfahrungsgemäss erhöhte Risiken verbunden. Die im Jahre 1914 eingetretene Entwicklung sei 1906 nicht vorhersehbar gewesen. Auf die vom Kunden erhobene Rüge, die Bank hätte wissen und ihn darauf aufmerksam machen müssen, dass die seinerzeit führende deutsche Wirtschaftszeitung bereits im Herbst 1905 mehrmals an der "überhasteten Kapitalvermehrung" des Unternehmens scharfe Kritik geübt hatte, ging das Bundesgericht überhaupt nicht ein: Die Verpflichtung des Anlageberaters der Bank, "dem Beklagten eine gute Kapitalanlage anzuraten, konnte nicht die Bedeutung haben, dass jener seinem Klienten etwa schlechthin für die unbedingte Sicherheit der empfoh-

3.2. Die Verhaltenspflichten des Anlageberaters und des Vermögensverwalters

Als Anlageberaterin oder Vermögensverwalterin muss die Bank nicht nur über Fachwissen verfügen. Sie muss auch Verhaltenspflichten beachten. Ihre Verletzung lässt sich für den Kunden und den Richter eher feststellen als fehlendes Fachwissen.

3.2.1. Vermögensverwaltung

Die wesentlichen Verhaltenspflichten des Vermögensverwalters sind in den Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank kodifiziert worden. Es geht im wesentlichen um folgende Pflichten

- Die Pflicht, sich über die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Kunden ins Bild zu setzen (Know-your-customer-rule, Ziffer 1)
- Die Pflicht, das Vermögen regelmässig zu überwachen (Ziffer 8)
- Die Beschränkung auf die üblichen bankmässigen Geschäfte, sofern nicht besondere schriftliche Aufträge die Bank zu weiteren Transaktionen ermächtigen (Ziffern 9 und 10)
- Das Verbot, Kredite zur Vornahme weiterer Anlagen aufzunehmen (Ziffer 15)
- Die Pflicht zur Risikoverteilung (Ziffer 16)
- Die Pflicht zur Beschränkung auf leicht handelbare Anlagewerte (Ziffer 17)

Weitere Verhaltenspflichten der Bank als Vermögensverwalterin ergeben sich aus der Treuepflicht: Die Bank muss bei der Vermögensverwaltung den Interessen des Kunden den Vorrang vor ihren eigenen Interessen einräumen[273]. Interessenkonflikte sind zu vermeiden[274]. Doch wann liegt

---

lenen Titel zu haften hatte, sondern erschöpfte sich darin, die von einem Sachverständigen zu erwartende Kenntnis und Sorgfalt aufzubieten." – Im Anschluss an dieses Urteil wurde zwischen den Protagonisten des Prozesses in der ZSR und in der SJZ eine umfangreiche Kontroverse ausgefochten über die Frage, ob eine Bank als Anlageberaterin zur Kenntnis und zur Weitergabe negativer, die empfohlenen Wertpapiere betreffender Aussagen verpflichtet sei; vgl. ZSR NF 48 = 1929, S. 283 ff. sowie SJZ 1929/30, S. 273 ff. und SJZ 1930/31, S. 1 ff.

[273] Die Betonung liegt auf den Worten "bei der Verwaltung". Die blosse Möglichkeit von Interessenkollisionen aufgrund des marktbezogenen Handelns anderer, nicht mit der Vermögensverwaltung befassten Abteilungen einer Universalbank stellt also aus der Sicht der Treuepflicht keinen relevanten Interessenkonflikt dar. So ist beispielsweise der Verkauf eines grösseren Postens von Wertpapieren aus dem Eigenbestand der Bank unbedenklich, auch wenn dadurch der Kurs von Wertpapieren im Portefeuille von Vermögensverwaltungskunden der Bank gedrückt wird.

[274] Ausführlich zu den Interessenkonflikten der als Vermögensverwalterin tätigen Bank ZOBL, Vermögensverwaltungsauftrag, insb. S. 326 ff.; BIZZOZERO, S. 112 ff.; generell zu den Interessenkonflikten im Bankgeschäft DE CAPITANI, S. 287 ff.

ein Interessenkonflikt vor? Unbedenklich sind nach herrschender Ansicht Handlungen, die gleichzeitig den Interessen des Kunden und der Bank dienen. Bei Parallelität der Interessen liegt kein Interessenkonflikt vor[275]. Dabei ist schon aus praktischen Gründen nach objektiven Kriterien zu beurteilen, ob ein Anlageentscheid, mit dem die Bank eigene Interessen wahrnimmt, auch durch das Interesse des Kunden voll gedeckt ist. Ist der Kunde mit der Anlage – aus der Sicht der Verhältnisse im Zeitpunkt der Anlage – nicht schlechter gestellt als wenn eine andere, in den Rahmen der verbindlichen Anlagestrategie passende Anlage getätigt worden wäre, so ist er nicht benachteiligt. Dies bedeutet etwa:

- Die Bank darf für den Kunden eigene Aktien und Obligationen sowie Wertpapiere von nahestehenden Unternehmen kaufen, wenn es sich um leicht handelbare Werte handelt, die Qualität der gewählten Strategie entspricht und im übrigen der Grundsatz der Risikoverteilung nicht verletzt wird[276].
- Die Bank darf nicht ohne jede wirtschaftliche Notwendigkeit, nur um der Kommissionseinnahmen willen, beliebig viele Käufe und Verkäufe vornehmen (sogenanntes Churning).
- Die Bank darf fest übernommene, schlecht verkäufliche Wertpapiere aus Emissionen nicht zum Emissionspreis in die verwalteten Depots abgeben, wenn der Marktpreis niedriger ist als der Emissionspreis[277].
- Die Bank darf nicht Papiere, denen nach ihrer Ansicht ein Kursanstieg bevorsteht, auf eigene Rechnung übernehmen oder umgekehrt Papiere, deren Kurszerfall erwartet wird, aus eigenen Beständen in die verwalteten Depots "abladen".

Mit der Beurteilung der Anlage nach objektiven Kriterien dürfte der Theorienstreit darüber, ob die Zulässigkeit einer Interessenkollision nach dem Prinzip des Interessenausgleichs oder dem Prinzips des Vorrangs des Kundeninteresses zu beurteilen sei, weitgehend gegenstandslos werden[278]. In praktischer Hinsicht bleibt freilich der Nachweis einer Benachteiligung des Kunden nicht immer einfach zu erbringen. Wann etwa ist ein Umsatz übermässig? Ist eine Übertragung von Papieren aus eigenen Beständen der Bank in das Depot des Kunden bei anschliessend sinkenden Kursen ein schlüssiger Beweis für unzulässiges "Abladen"?

---

275 HOFSTETTER, S. 82; GUTZWILLER, S. 59; BIZZOZERO, S. 113.

276 Nach Art. 17 der Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank sind Anlagen in Wertpapieren von Unternehmen, die von der Bank direkt oder indirekt kontrolliert werden, zulässig, wenn es sich "um übliche Publikumstitel handelt".

277 Zu weit geht GUTZWILLER, S. 59, wenn er die Anlage in Papieren, die bei der Emission nicht abgesetzt werden, generell ausschliesst mit der Begründung, es werde für den Misserfolg "wohl Gründe ... gegeben haben, die nicht für diese Anlage sprechen".

278 So auch GUTZWILLER, S. 59.

Neben den allgemeinen Verhaltensregeln schuldet die Bank als selbstverständliche Pflicht die Beachtung der Weisungen des Kunden. Diese können in Form eines generellen Anlageziels (Betonung auf Sicherheit, Betonung auf Rendite, Betonung auf Wachstum mit Ermächtigung zum Eingehen gewisser Risiken usw.) oder als konkrete Richtlinien (z.B. keine Anlagen in bestimmten Währungen, Anteil der Aktien höchstens 50%) formuliert sein. Nicht zu den Weisungen im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags sind konkrete Instruktionen des Kunden an die Bank zum Kauf oder Verkauf bestimmter Anlagen zu zählen. Solche Instruktionen sind als Börsenaufträge für die Bank verbindlich, stehen aber als Einmischung in die Vermögensverwaltung im Widerspruch zum Verwaltungsauftrag[279].

Hat der Kunde keine anderslautenden Weisungen zur Anlagepolitik erteilt, so muss die Bank davon ausgehen, dass spekulative Anlagen unzulässig sind. Darunter fallen nicht nur die bereits von den Richtlinien erwähnten Fälle der ungedeckten Termingeschäfte und der Kreditaufnahme zum Zwecke der Erhöhung des Anlagevermögens, sondern auch Käufe von Wertpapieren, die angesichts der finanziellen Basis oder der Geschäftspolitik des emittierenden Unternehmens nicht als "gute Anlage" bezeichnet werden können[280].

Es steht dem Kunden aber frei, die Bank von der Beachtung der Richtlinien zu entbinden und sie zum Abschluss von ungedeckten Termingeschäften, zur Aufnahme von Krediten oder zum Erwerb spekulativer Wertpapiere usw. zu ermächtigen. Setzt der Kunde der Bank in diesem Zusammenhang keine ausdrücklichen Schranken, so werden die Grenzen, innerhalb derer der Bank der Abschluss spekulativer Geschäfte für den Kunden erlaubt ist, durch die übliche professionelle Vorsicht, insbesondere durch das auch für spekulative Geschäfte geltende Gebot der Risikoverteilung und das Gebot eines angemessenen Verhältnisses zwischen der tatsächlichen oder potentiellen Schuldposition und dem vorhandenen Vermögen bestimmt[281].

---

[279] Dazu weiter unten Text nach Anmerkung 385 ff.

[280] Das Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. Juni 1993, ZR 1992/3, Nr. 84, S. 301 geht weiter und will die Bank für diesen Fall zum Erwerb "erstklassiger Titel" verpflichten. Als "gut" kann eine Anlage angesehen werden, wenn ein professioneller Analytiker im Zeitpunkt der Beurteilung (Raterteilung) die Erwartung hegen kann, dass der Schuldner in der Lage sein wird, seine Schuld am Ende der Laufzeit voll zurückzubezahlen.

[281] Vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 1987, abgedruckt in Semaine judiciaire 1988, S. 337 ff., und teilweise abgedruckt in SAG 1989, S. 27 ff. mit Besprechung von ALAIN B. LEVY.

3.2.2. Anlageberatung

a) Der unterschiedliche Umfang der Verhaltenspflichten des Anlageberaters und Vermögensverwalters

Weniger einfach ist es, im Bereich der Anlageberatung Verhaltenspflichten aufzuzeigen, deren Verletzung eine Schadenersatzpflicht der Bank begründen könnte. Der Anlageberater hat keine Entscheidungskompetenz. Er unterliegt daher auch keinen Geboten (z.B. der Risikoverteilung) und Verboten (z.B. der Vermeidung von Interessenkonflikten), die seine Handlungsfreiheit im Interesse des Kunden einengen wollen.

Aus der Sicht der umfassenden Pflichten des Vermögensverwalters erscheint der Umfang der Pflichten des Anlageberaters begrenzt: In gegenständlicher Hinsicht kann zwar ein Anlageberatungsgespräch die Erarbeitung eines Anlagekonzepts für das gesamte Vermögen zum Ziel haben. Der Informationsbedarf des Kunden kann sich aber auch auf blosse Einzelfragen beziehen und etwa zu einer blossen Auskunft der Bank über das Funktionieren eines bestimmten Anlageinstruments (z.B. Obligation, Wandelanleihe, Optionskontrakt an der SOFFEX) und die damit verbundenen Risiken führen, oder zu einer Auskunft über die Erwartungen, die die Fachwelt an die zukünftige Entwicklung bestimmter Märkte knüpft (Aktienkurse, Devisenkurse, Hypothekarzinsen usw.). Immer ist es der Kunde, der den Gegenstand des Beratungsgesprächs bestimmt[282]. Will der Kunde von der Bank wissen, ob sie eine bestimmte Obligation als gut betrachtet oder zum Kauf empfehlen könne, so wird die Bank diese Frage bejahen dürfen, wenn sich das Papier als Anlageobjekt für einen durchschnittlichen, d.h. nicht spekulationswilligen und spekulationsfähigen Anleger eignet. Sie braucht in diesem Zusammenhang die persönlichen Verhältnisse des Kunden nicht zu erfragen[283]. Ebensowenig muss sie dem Kunden weitere Auskünfte über das Funktionieren des Obligationenmarkts und die Obligation als Anlageinstrument erteilen.

Aus einer anderen Sicht ist der Pflichtenkreis des Anlageberaters weiter gezogen als derjenige des Vermögensverwalters. Für den Anlageberater[284] stellt sich nicht nur das Problem der richtigen Beurteilung des Marktes oder der Zukunftsaussichten eines bestimmten Emittenten oder einer bestimmten Branche, sondern auch das Problem der Wissensvermittlung. Es geht bei der Erteilung von Rat um die Abwägung von Risiken und Chancen. Hier verlangt die Sorgfalt vom Anlageberater, dass er es versteht, dem Kunden seine Beurteilung in einer ausgewogenen Form zu vermitteln. Die Vollständigkeit steht dabei immer in einem Spannungs-

---

282 HEINSIUS, Anlageberatung, S. 187.

283 Ebenso URS P. ROTH, S. 27 f.

284 Auch der Vermögensverwalter ist Anlageberater, wenn er zusammen mit dem Kunden die Anlagestrategie festlegt oder wenn er dem Kunden eine Änderung der Anlagestrategie empfiehlt.

verhältnis zur erforderlichen Klarheit seiner Aussage[285]. Wer alles sagt, was er weiss, riskiert, den Kunden mit Information zu überhäufen und damit dem Gebot der Klarheit zuwiderzuhandeln[286]. Die beschränkte Aufnahmefähigkeit des Kunden für professionelle Kommentare des Bankiers ist einer der Gründe, die für die Erteilung eines Vermögensverwaltungsmandats an die Bank sprechen.

b) Die Typologie der Pflichten des Anlageberaters nach HOPT

HOPT hat 1975 den Versuch unternommen, die Sorgfaltspflichten des Anlageberaters systematisch zu ordnen. Seine Typologie hat in der deutschen[287] und neuerdings auch in der schweizerischen Lehre[288] starke Beachtung gefunden. HOPT gliedert die Pflichten des Anlageberaters in folgende Kategorien

- Die Wahrheitspflicht, unter Einschluss der Vollständigkeits- und Klarheitspflicht
- Die Nachforschungs- und Erkundigungspflichten. Hier geht es um zwei verschiedene Dinge: Die Quellen des Wissens und die Pflicht zur Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Kunden
- Die Organisationspflichten.

c) Die sog. Wahrheitspflicht und die beschränkte Rolle der Informationsvermittlung bei der Anlageberatung

Erstaunlich ist die zentrale Rolle, die HOPT der Wahrheitspflicht zuweist. Auf den ersten Blick scheinen für die Anlageberatung vor allem die ergänzenden Pflichten der *Vollständigkeit und Klarheit* von Bedeutung zu sein. Weil das Anliegen der Vollständigkeit demjenigen der Klarheit entgegensteht[289], wird vom Berater ein schöpferischer Ausgleich, eine Optimierung verlangt. Die Wahrheitspflicht als solche spielt bei der Anlageberatung eher eine Nebenrolle. Beratung kann zwar im Einzelfall die Vermittlung von Tatsachenwissen in sich schliessen. Sie geht aber regelmässig über blosse Information hinaus. Sie besteht im wesentlichen nicht in der Vermittlung von Wissen über Tatsachen, sondern in der Abgabe von Urteilen, Prognosen, in der Abwägung von Chancen und Risiken[290].

---

285 Auf die Prinzipien der Vollständigkeit und Klarheit und die weiteren von HOPT aufgestellten Pflichtenkategorien ist weiter unten näher einzugehen.

286 DRUEY, Informationsleistung, S. 160.

287 Vgl. z.B. HEINSIUS, Anlageberatung, S. 188 ff.; RÜMKER, Bankhaftungsrecht, S. 74 ff.; ROLLINGER, S. 60 ff.

288 Die Rezeption lässt sich etwa nachweisen bei SPÄLTI, S. 145 ff.; BERTSCHINGER, S. 143 ff. und 149 ff.; URS P. ROTH, S. 13.

289 Wer alles sagt, was er weiss, läuft Gefahr, den Empfänger seiner Mitteilung zu verwirren.

290 Es steht natürlich ausser Frage, dass die Bank den Kunden, der über die historischen Kurse eines bestimmten Wertpapiers oder über die Bedingungen für den Handel mit Optionen an der schweizerischen Terminbörse SOFFEX Auskunft erhalten will, wahrheitsgemäss orientieren muss.

Die zentrale Bedeutung der Wahrheitspflicht im HOPTschen System der Verhaltenspflichten der Bank als Anlageberaterin hängt mit dem Umstand zusammen, dass die deutsche Lehre die Anlageberatung nicht nur als eine Dienstleistung versteht, die die Bank ihren Kunden bei Bedarf erbringt und deren Umfang durch die Initiative des Kunden bestimmt wird. Vielmehr sprechen HOPT und die deutsche Lehre auch dort von Anlageberatung, wo der Kunde ein Geschäft abschliessen will, und sich die Frage stellt, ob die Bank verpflichtet ist, den Kunden von sich aus über gewisse Risiken des Geschäfts aufzuklären[291]. Im Zuge dieser Vermengung der Begriffe der Anlageberatung einerseits und der Aufklärungspflicht anderseits neigt die deutsche Lehre und Rechtsprechung auch bei der klassischen, vom Kunden gewünschten Beratung[292] dazu, den vom Kunden gesetzten Rahmen des Gesprächs als unverbindlich anzusehen und die Bank je nach den Umständen zur Erteilung von ergänzenden Auskünften zu verpflichten. So scheint es heute nach deutschem Recht zweifelhaft zu sein, ob eine Bank auf die Frage des Kunden, ob sie ein bestimmtes Papier als gute Anlage empfehlen könne, einfach mit Ja oder Nein antworten darf. So verlangt etwa HOPT in seinem grundlegenden Werk: "Die zur Beurteilung eines bestimmten Papiers notwendigen Tatsachen (Spezialwissen) müssen dem Kunden... bekannt sein. Muss die Bank damit rechnen, dass diese Informationen dem Kunden nicht bekannt sind oder dass er sie in ihrer Tragweite nicht ermisst, dann hat sie ihm diese mitzuteilen oder zu erläutern"[293].

Auch in der schweizerischen Lehre sind Ansätze zur Annahme einer umfassenden Informationspflicht des Anlageberaters nachzuweisen. So etwa, wenn BERTSCHINGER in seiner Dissertation über die Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen den Umfang der "Aufklärungspflicht"[294] der Bank nicht durch den vom Kunden angeschnittenen Fragenkreis, sondern durch objektive Umstände wie die persönlichen Verhältnisse des Kunden, sein Wissen und seine Erfahrung usw. bestimmen lässt. Dazu führt BERTSCHINGER wörtlich aus:

"Der sorgfältige Bankier veranschaulicht deshalb dem unerfahrenen Kunden den Zusammenhang zwischen der Zins- und der Kursentwicklung von Obligationen. Dies geschieht am besten durch das Vorlegen einfacher Graphiken..."[295].

---

[291] Auch BERTSCHINGER lässt sich von dieser Tendenz leiten, wenn er auf S. 52 f. unter Anlageberatung neben dem Fall des Anlegers, der sich mit der Bitte um Beratung an die Bank wendet, auch den Fall des Kunden versteht, der "von sich aus ein bestimmtes Kommissionsgeschäft vorzunehmen" wünscht.

[292] HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 236.

[293] HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 432; ferner HEINSIUS, Anlageberatung, S. 188.

[294] BERTSCHINGER, S. 97 ff. und ihm folgend URS P. ROTH, S. 11 ff. sprechen hier von Aufklärungspflichten im Rahmen der Anlageberatung. Der Begriff der *Aufklärungspflicht* sollte aber für den Fall reserviert bleiben, wo die Bank den Kunden unaufgefordert auf etwas aufmerksam machen muss.

[295] BERTSCHINGER, S. 101.

Dem ist zu widersprechen. Selbstverständlich ist der Anlageberater zur wahrheitsgemässen Darstellung der Zusammenhänge zwischen der allgemeinen Zinsentwicklung und der Kursentwicklung von Obligationen verpflichtet, wenn sich aus dem Verlauf des Gesprächs ergibt, dass der Kunde eine Anlage nur für kurze Frist tätigen will und mit der Möglichkeit rechnen muss, seine Obligationen vor Verfall wieder an der Börse verkaufen zu müssen. Erkundigt sich der Kunde aber nur nach der Bonität einer Anleihensobligation, so darf der Anlageberater fürs erste annehmen, dass der Kunde das Papier bis zur Rückzahlung behalten wird.

Ähnliches muss für die Frage des Anlegers nach der Qualität eines bestimmten Papiers gelten. Zwar darf sich die Bank, wie der deutsche Bundesgerichtshof im oben zitierten Bond-Anleihe-Urteil festgestellt hat, der Frage nach den Risiken einer bestimmten Auslandsanleihe, deren spekulative Natur ihr bekannt sein müsste, nicht einfach mit dem Hinweis entziehen, dass ein *Kurs*risiko nicht bestehe. Eine solche Antwort drückt eine Teilwahrheit aus und ist irreführend[296], denn ein unerfahrener Kunde wird ihr die Aussage entnehmen, dass die Anlage als sicher gelten könne. Der Hinweis des Bundesgerichtshofs, dass das Risiko der vorgeschlagenen Anlage in der möglichen Insolvenz des Emittenten bestand, sollte aber – entgegen einer in deutschen Bankenkreisen heute weitverbreiteten Befürchtung [297] – nicht so verstanden werden dürfen, dass die Bank, die ein zutreffendes Werturteil abgibt, dem Kunden auch noch ungefragt Auskünfte über den Charakter der Risiken geben und ausdrücklich erklären muss, dass die Rückzahlung der Anleihe davon abhängt, ob der Emittent am Tage der Fälligkeit noch zahlungsfähig sein wird. Wenn der Anleger sich erkundigt, ob eine bestimmte Anleihensobligation als "gute Anlage" empfohlen werden kann, muss die Bank mit einem Ja oder Nein antworten oder sich mit der Bemerkung, dass sie das Papier als spekulativ betrachte, begnügen dürfen[298].

---

[296] Bond-Anleihe-Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 1993, WM 1993, S. 1455 ff.

[297] Vgl. die ausführliche Besprechung des Urteils durch HEINSIUS, Pflichten und Haftung, S. 47 ff.

[298] Nur wenige Monate nach dem Bond-Anleihe-Urteil des BGH und unter Berufung darauf hat allerdings ein Urteil des OLG Braunschweig vom 13. September 1993, WM 1994, S. 59 ff. den in deutschen Bankenkreisen herrschenden Befürchtungen neuen Auftrieb gegeben, indem es an die Adresse einer Bank, die bei einer spekulativen Auslandanleihe von einem "gewissen Restrisiko" gesprochen hatte, ausführte: "Die Pflicht des Zweitbeklagten als Bank zur richtigen, vollständigen und anlegergerechten Kaufempfehlung wäre nur gewahrt gewesen, wenn der Zweitbeklagte den bei der Anlage in Inhaberschuldverschreibungen (zumindest für ihn erkennbar) nicht erfahrenen Eheleuten deutlich gemacht hätte, welche realen Gefahren hinter der konkret in Aussicht genommenen Anleihe stehen. Er hätte die Abhängigkeit der Rückzahlung zum Nennbetrag am Stichtag von der dann bestehenden Solvenz der Schuldnerin herausstellen müssen. Nur dann hätte die Bank dem Kläger ein zutreffendes Bild von den Chancen und Gefahren der konkreten Anlageentscheidung vermittelt, wie es unschwer möglich war. Der Hinweis auf ein gewisses Restrisiko genügte nicht...".

5. Kapitel: Sorgfaltspflichten der Bank beim aktiven Vertrieb von Anlagen (Haftung aus Empfehlung?)

1. Sorgfaltspflichten der Bank beim direkten Verkauf von Anlagen an den Kunden

1.1. Erscheinungsformen des direkten Verkaufs von Anlagen

Nicht immer geht dem Anlageentscheid des Kunden ein Beratungsgespräch voraus. Trägt die Bank auch in diesen Fällen eine Verantwortung für die Anlage? Die Frage scheint grundsätzlich verneint werden zu müssen: Der vorsichtige Kunde hat ja die Möglichkeit, die Bank um Rat anzugehen, bevor er ihr einen Anlageauftrag erteilt. Wenn er von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch machen will, soll er die Risiken selbst tragen. Ein in Finanzangelegenheiten erfahrener Kunde hat den Rat der Bank nicht nötig. Aber wenn ein Kunde seine Fähigkeiten überschätzt? Muss die Bank einen solchen Kunden unaufgefordert über Risiken aufklären und ihn warnen, wenn er eine riskante Anlage tätigen will? Darüber soll im folgenden Kapitel gesprochen werden. Vorerst steht ein anderer Fall zur Diskussion: Nicht immer geht die Initiative zu einem Geschäft vom Kunden aus. Ausserhalb des Bankensektors haben Vermittler von Anlagefonds und von Brokern, die an (Waren-)Terminmärkten handeln, durch aggressive Verkaufsmethoden von sich reden gemacht. Im anglo-amerikanischen Raum pflegen Wertschriftenhändler (Broker) ihre Anlagen aktiv bei ihrer Kundschaft zu "verkaufen" und nicht zu warten, bis der Kunde mit dem Wunsch nach einer Beratung oder einer Anlage an sie herantritt. Auch kontinentaleuropäische Banken, die üblicherweise die Initiative zum Abschluss von Anlagegeschäften vom Kunden ausgehen lassen, ergreifen in bestimmten Fällen die Initiative. So kaufen Banken etwa von Zeit zu Zeit im Hinblick auf den permanenten Anlagebedarf der sog. institutionellen Anlegerkundschaft grössere Pakete von Warenpapieren am Sekundärmarkt (Börse) zusammen, um sie ihren Kunden am Telefon zum Kauf zu offerieren. Auf die gleiche Weise können auch Wertpapiere, die Banken in ihrer Eigenschaft als Mitglieder von Emissionssyndikaten von Anleihen[299] fest übernommen haben, an institutionelle oder private Anleger zum Verkauf gelangen.

Kann sich die Bank, die einem unerfahrenen Kunden eine Anlage zum Kauf offeriert, auf die Rolle eines Verkäufers zurückziehen, der nur seine eigenen Interessen zu wahren hat[300]? Kann sie es dem Anleger überlassen, die Qualität der Anlage und ihre Eignung für seine persönlichen Bedürf-

---

[299] Es wird sich in der Regel um Anleihen handeln, die nicht öffentlich zur Zeichnung aufgelegt werden (sog. Privatplazierungen).

[300] Eine allgemeine Pflicht, den Vertragspartner eines Austauschvertrages über wesentliche Umstände aufzuklären, besteht nicht. Vgl. MERZ, N 270 ff. zu Art. 2 ZGB und die bei WAHRENBERGER, S. 18 Anm. 39 gegebenen Hinweise.

nisse selbst zu prüfen[301]? Der Anleger kann zwar die Frage nach der Bonität des Emittenten des Wertpapiers oder nach der Eignung des Anlageinstruments für seine spezifischen Bedürfnisse aufwerfen und so ein umfassendes Anlageberatungsgespräch in Gang zu bringen versuchen, bei dem der Verkäufer, vor allem wenn er eine Bank ist, in den Pflichten und in der vollen Verantwortung eines Anlageberaters steht. Doch wenn er wenig erfahren ist, wird sich die Aufmerksamkeit des Anlegers von der durch die Initiative der Bank gesetzten Optik gefangen nehmen lassen. Ein umfassendes Beratungsgespräch kommt dann kaum zustande. In vielen Fällen wird der Anleger von vornherein geneigt sein, die Offerte der Bank als Empfehlung zu verstehen, der dasselbe Gewicht zukommt wie einer Empfehlung, die als Schlussfolgerung aus einem umfassenden Anlageberatungsgespräch hervorgeht[302]. Es ist aber alles andere als eindeutig, ob die Bank in diesem Fall für ihre "Empfehlung" in der vollen Verantwortung eines Anlageberaters steht.

1.2. Die Shingle Theory und die Abklärungspflicht gemäss der Suitability-Doktrin (USA, England)

In den USA und in England pflegt das common law einen deutlichen Unterschied zu machen zwischen Rechtsgeschäften, die auf die Wahrung von Interessen Dritter gerichtet sind (z.B. agency) und damit eine besonders ausgeprägte Treueverpflichtung mit sich bringen (fiduciary duty) und Rechtsgeschäften, die den Ausgleich gegensätzlicher Interessen zum Ziel haben (contracts). Gerade weil in den USA und England die Wertschriftenhändler auch im Verhältnis zu kleineren Kunden aktiv die Initiative zum Abschluss von Anlagegeschäften ergreifen, ist dort das Bewusstsein lebendig, dass es einen Unterschied ausmacht, ob der Kunde seinen Wertschriftenhändler aus eigener Initiative zum Kauf einer Anlage beauftragt oder ob der Wertschriftenhändler die Initiative ergreift. Im zweiten Fall ist das Geschäft aus der Sicht des common law eine einfache "Vendor-purchaser transaction", die für den Wertschriftenhändler keine "fiduciary duty" mit sich bringt. Doch über das Aufsichtsrecht wird ein Ausgleich geschaffen: In Anwendung der Bundesgesetzgebung (Securities Act 1933, Securities Exchange Act 1934) hat die Börsenaufsichtsbe-

---

[301] Bei den privaten Anlegern, die die Bank direkt anspricht, handelt es sich regelmässig um vermögende Kunden, deren Anlagebedürfnisse und persönliche Verhältnisse der Bank bekannt sind. In vielen Fällen sind die Banken in der Lage, Zuteilungen aufgrund von Verwaltungsaufträgen selbst vorzunehmen.

[302] Die schweizerische Literatur behandelt die Empfehlung nur in dieser zweiten Erscheinungsform und macht deswegen zwischen dem Rat und der Empfehlung in juristischer Hinsicht keinen Unterschied. Allenfalls versteht sie die Empfehlung als eine besonders intensive Form des Rates. Vgl. SCHÖNLE, Renseignements, S. 389: Eine Empfehlung ist ein Rat "dont le contenu est toutefois plus pressant". Ihm folgend GUGGENHEIM, S. 71 Anm. 40; KUHN, Haftung aus Raterteilung, S. 45; HOPT, Rechtsprobleme, S. 143; SPÄLTI, S. 23. Ähnlich KAISER, S. 3; MEIER-SCHATZ, S. 151; BERTSCHINGER, S. 4.

hörde SEC vor den Gerichten die sog. Shingle Theory durchgesetzt. Diese verpflichtet einen Wertschriftenhändler aufgrund des Vertrauens, das er mit seinem Marktauftritt als professioneller Experte beim Anlagepublikum erweckt, nicht nur seine eigenen Interessen wahrzunehmen, sondern fair und kompetent mit dem Kunden umzugehen ("to deal fairly and competently with the customer")[303]. Diese Verpflichtung äussert sich u.a. in folgender Weise

- Der Verkaufspreis darf nicht beliebig angesetzt werden, sondern muss in einem angemessenen Verhältnis zum Marktpreis stehen, also dem Preis, zu dem der Broker das betreffende Wertpapier als Beauftragter des Kunden an der Börse erwerben könnte, wenn der Kunde die Initiative zum Geschäft ergriffen hätte[304].
- Der Wertschriftenhändler ist für die Richtigkeit seiner Auskünfte verantwortlich, und seine Empfehlungen müssen durch professionelle Sachkunde gedeckt sein: Er muss "have a reasonable basis for any statement or recommendation he makes to his customers"[305]. Eine aktive Verpflichtung zur Aufklärung des Kunden scheint diese erweiterte Ausprägung der Shingle Theory nicht zu beinhalten.

In einem dritten Schritt hat die amerikanische Börsenaufsichtsbehörde mit der sog. Suitability-Doktrin eine Abklärungspflicht durchgesetzt:

> Der Wertschriftenhändler darf auch als Verkäufer (principal) nur Anlagen empfehlen, die den persönlichen Verhältnissen des Kunden angemessen sind.

Unter einer Empfehlung ("recommendation") im Sinn der Suitability-Doktrin sind nach bisheriger Lesart nicht Empfehlungen zu verstehen, die im Rahmen eines Anlageberatungsgesprächs abgegeben werden, denn es darf angenommen werden, dass in diesem Fall bereits das common law die Abklärung und Berücksichtigung der Verhältnisse des Kunden verlangt[306]. Es geht bei der Suitability-Doktrin amerikanischer Prägung um Verkaufsvorschläge, die ein Wertschriftenhändler seinem Anleger auf eigene Initiative hin unterbreitet, und die vom Anleger als "Empfehlungen" verstanden werden[307]. Der Spielraum, innerhalb dessen ein Wertschriftenhändler einem Anleger Wertpapiere auf eigene Initiative verkaufen darf, wird also – durch aufsichtsrechtliche Vorkehren – auf den

---

303 Loss, S. 946 ff.; Assmann, Recommendations, S. 34.

304 Vgl. den leading case Charles Hughes & Co., Inc. v. SEC, 139 F2d 434 (2d Cir., 1943), cert. denied 321 U.S. 786; dazu Loss, S. 946 und S. 951 ff.

305 Assmann, Recommendations, S. 34 und dort in Anm. 85 zitierte Urteile.

306 Vgl. die Notiz in IFLR, May 1994, S. 39.

307 Die Suitability-Doktrin ist ursprünglich als Massnahme gegen sogenannte "high pressure selling practices" konzipiert und erst im Lauf der Zeit zu einem allgemeinen Grundsatz entwickelt worden, vgl. Loss, S. 968 ff.

Rahmen beschränkt, der – nach common law – für den Anlageberater und Vermögensverwalter gilt.

Auch in England gehört die Suitability-Rule zu den unter dem Financial Services Act von 1986 erlassenen aufsichtsrechtlichen Richtlinien[308]; sie erfasst hier unter Vorbehalt der folgenden Bemerkungen den gesamten Kapitalanlagebereich.

Das Verhältnis der aufsichtsrechtlich verankerten suitability rule zu den grundlegenden Vorschriften des common law scheint vor allem in England noch nicht ganz geklärt zu sein[309]. In den USA ist die Frage offen, ob der Anleger den Wertschriftenhändler aus einer Verletzung der Suitability-Doktrin auf Schadenersatz belangen kann[310]. Alle Gewährsleute weisen darauf hin, dass die Suitability-Doktrin den Handlungsspielraum des Wertschriftenhändlers – soweit er nicht als Anlageberater oder Vermögensverwalter tätig wird – nur einengt, wenn er als Verkäufer dem Anleger ein Wertpapier aktiv verkaufen will (zum Kauf empfiehlt). Sie verpflichtet den Wertschriftenhändler nicht zur Vornahme von Abklärungen, wenn der Anleger von sich aus mit einem Anlageauftrag an den Wertschriftenhändler herantritt[311].

1.3. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung

Weniger weit als die amerikanische Shingle-Theorie und Suitability-Doktrin scheint die deutsche Lehre und Rechtsprechung in den Anforderungen an die Bank zu gehen, die dem Kunden eine Anlage auf eigene Initiative empfiehlt.

Zwar wird eine gewisse Tendenz, die Bank in diesem Fall strenger zu behandeln, bei CANARIS spürbar. CANARIS will seine im vorangehenden Kapitel wiedergegebene – inzwischen durch das Bond-Anleihe-Urteil überholte – Auffassung, wonach die Bank keine besonderen Nachforschungen über die Lage des Emittenten von Wertpapieren anstellen müsse, nur im Rahmen "allgemeiner Anlageempfehlungen" gelten lassen, d.h. auf den Fall beschränken, dass die Bank "den Kunden auf dessen Initiative hin berät und ihm dabei eine Reihe von Effekten alternativ empfiehlt". Anderes soll gelten, "wenn die Bank von sich aus die Initiative ergreift und dem Kunden gezielt bestimmte Effekten empfiehlt". Im zweiten Fall

---

308 Vgl. dazu RIDER/CHAIKIN/ABRAMS, S. 83; WHITE, S. 131 ff.

309 RIDER/CHAIKIN/ABRAMS, S. 83; WHITE, S. 168.

310 LOSS, S. 976; ASSMANN, Recommendations, S. 73; KÜBLER, Suitability, S. 205 Anm. 56. – Demgegenüber scheint in England laut RIDER/CHAIKIN/ABRAMS, S. 83 ein Anspruch des Kunden aus Section 62 des Financial Services Act 1986 hergeleitet werden zu können.

311 Sogenannte "execution-only-customers". USA: LOSS, S. 976; ASSMANN, Recommendations, S. 81 ff.; KÜBLER, Suitability, S. 201. – England: RIDER/CHAIKIN/ABRAMS, S. 83.

soll nach dem Zeugnis von CANARIS schon die bisherige Rechtsprechung der deutschen Gerichte eine Pflicht der Bank zur Prüfung der Solidität und der Ertragslage der Unternehmung vorgesehen haben[312].

Die Äusserungen in der deutschen Lehre und Rechtsprechung zum Thema des aktiven Verkaufs einer Anlage sind aus ausländischer Sicht nicht ohne weiteres verständlich. Gerichtsurteile zum aktiven Vertrieb von Anlagen in der Form des direkten Verkaufs an die Kundschaft liegen in grosser Zahl vor. Sie betreffen aber in der Regel ausserhalb des Bankensektors im Bereiche des sog. "grauen Kapitalmarkts"[313] tätige Vertriebsgesellschaften, die in Lehre und Rechtsprechung zur Abgrenzung von den Banken als "Vermittler" bezeichnet werden. Banken sind nach der deutschen Terminologie nicht "nur" Vermittler, sondern "Anlageberater"[314].

Während die Bank nach deutscher Lehre der Beratungspflicht unterliegt, die die Pflicht zur spontanen Aufklärung des Kunden über Risiken eines einzelnen Geschäfts in sich schliesst, soll der Vermittler nach deutscher Lehre und Rechtsprechung nicht zur Beratung, sondern nur zur Erteilung von Auskünften verpflichtet sein. Diese Reduktion des Pflichtenumfangs ist nach Ansicht der deutschen Lehre und Rechtsprechung gerechtfertigt, weil der Anlagevermittler in der Regel nach aussen erkennbar die Interessen des Kapitalsuchenden vertritt. Man nimmt also an, dass der Anleger dem Vermittler nicht dasselbe Vertrauen wie einer Bank entgegenbringt[315].

Nur wenn ein Vermittler "persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt", also wenn er z.B. erklärt, er habe ein Objekt erst aufgrund einer eingehenden Überprüfung in seinen Vertrieb übernommen, oder wenn er eine bestimmte Sachkompetenz für sich in Anspruch nimmt,[316] geht seine Verantwortung über den gewöhnlichen Rahmen hinaus. In solchen Fällen kann sich die Stellung des Vermittlers demjenigen einer Bank annähern.

---

312 CANARIS, 2. Auflage, Rz 1886.

313 Es geht dabei um den gewerbsmässigen Vertrieb von Anlageformen, die in der Schweiz teilweise unbekannt sind, so etwa um den Vertrieb von Anlagen in Immobilien und in Beteiligungen an steuerbegünstigten Abschreibungsgesellschaften; ferner geht es um die Vermittlung von Aufträgen an ausländische Broker, die an ausländischen Terminbörsen Waren- und Finanztermingeschäfte abschliessen (vgl. VORTMANN, Rz 297 ff.; SCHÄFER, S. 2).

314 Deutsche Aussagen über die Sorgfaltspflichten des Vermittlers lassen sich somit nicht ohne weiteres auf schweizerische Verhältnisse übertragen. Dies scheint BERTSCHINGER zu übersehen, wenn er deutsche Äusserungen zur "Vermittlung" nach schweizerischem Sprachgebrauch auf die Tätigkeit der Bank im Börsengeschäft bezieht und auf die dabei entfaltete Anlageberatungstätigkeit überträgt (S. 97 Anm. 436 und Text dazu).

315 Vgl. dazu RÜMKER, Bankhaftungsrecht, S. 83 ff.; VON HEYMANN in ASSMANN/SCHÜTZE, § 5 Rz 4, 18, 19, 25, 46 ff., 68 ff.; VORTMANN, Rz 283 ff.

316 Nachweise bei VORTMANN, Rz 288 f.

Für Vermittler und Banken gilt dann, unabhängig davon, wer die Initiative zum Geschäft ergreift:

1. *Die sog. allgemein-zivilrechtliche Prospekthaftung*: Die Haftung für die Richtigkeit von Auskünften erstreckt sich nicht nur auf eigene Aussagen, sondern unter Umständen auch auf ausgehändigtes Werbematerial, auch wenn der Vermittler/die Bank an deren Ausarbeitung nicht beteiligt war[317].

2. *Die "Beratungspflicht", d.h. Aufklärungspflicht*: Vermittler und Bank unterliegen darüber hinaus in einem gewissen Ausmass einer Pflicht zur "Beratung", d.h. zur unaufgeforderten Aufklärung über bestimmte Risiken der Anlage.

Mit diesen Informationspflichten und -haftpflichten scheint es sein Bewenden zu haben. Dass eine Bank oder ein Vermittler nach deutschem Recht für die "Suitability" einer aktiv verkauften Anlage in dem Sinne einstehen müsste, dass fehlende "Suitability" ein Verbot des Verkaufs nach sich ziehen würde, lässt sich jedenfalls den Kommentaren zur deutschen Rechtsprechung nicht entnehmen.

1.4. Die Diskussion in der Schweiz um die sog. Privatplazierungen

In der schweizerischen Literatur ist das hier angesprochene Thema bisher noch kaum behandelt worden. Die Lehre hat sich aus naheliegenden Gründen bisher vorwiegend am Fall der Bank orientiert, die auf Veranlassung des Kunden handelt. Nur im Bereich der Privatplazierungen im Primärmarkt hat sich die Lehre mit der Bank beschäftigt, die ihrem Kunden Anlagen direkt zum Kauf anbietet. Die Diskussion wurde aber unter einer ganz anderen Optik geführt: Weil Notes und ähnliche Schuldverschreibungen an eine Vielzahl von Anleger vertrieben werden, betrachtet eine überwältigende Anzahl von Autoren Notes-Emissionen nicht als Privatplazierungen, sondern als öffentliche Emissionen und unterstellt sie der Prospektpflicht nach Art. 1156 OR. Die Banken haben im Jahre 1984 dieser Meinung mit dem Abschluss der Konvention XIX über Notes ausländischer Schuldner Rechnung getragen und auf freiwilliger Basis die Pflicht zur Auflage eines Prospekts eingeführt[318]. Man mag diesen Schritt zu einer erhöhten Publizität aus der Sicht des Anlegerschutzgedankens begrüssen. Die von der Lehre vertretene Auffassung, Notes-Emissionen seien, wenn sie bei einer Vielzahl von Kunden privat plaziert werden, als öffentliche Emissionen zu betrachten und der Prospektpflicht gemäss Art. 1156 OR zu unterstellen, ist jedoch mit dem Wortlaut von Art. 1156

---

[317] Zur sog. allgemein-zivilrechtlichen Prospekthaftung ASSMANN in ASSMANN/SCHÜTZE, § 7 Rz 10 und Rz 70.

[318] ROHR, S. 201 ff.

OR unvereinbar. Anders als vergleichbare ausländische Ordnungen[319] knüpft Art. 1156 OR[320] die Prospektpflicht nicht an das Kriterium einer durch die Anzahl der insgesamt angesprochenen Abnehmer oder anderswie begründeten "Öffentlichkeit" der Emission[321], sondern an die Art des Vertriebs, die "öffentliche Auflegung zur Zeichnung". Das Gesetz versteht darunter ein Verfahren, in dem nicht die Bank zum Kauf anbietet, sondern das Publikum zur Einreichung von Angeboten (Zeichnungen) aufgefordert wird[322]. Nur wenn Notes-Emissionen, auch wenn sie als Privatplazierungen bezeichnet werden, öffentlich bekanntgegeben und das Publikum zur Einreichung von Offerten aufgefordert wird, über deren Annahme (Zuteilung) die Emissionsbanken entscheiden, liegt der Fall einer von Art. 1156 OR geregelten öffentlichen Auflage zur Zeichnung vor[323]. In solchen Fällen muss der Interessent die Möglichkeit haben, sich durch Einblick in einen bestimmten Minimalanforderungen genügenden Prospekt Klarheit darüber zu verschaffen, was er kaufen will und ob er es riskieren will, die Chance einer Zuteilung im gewünschten Ausmass dadurch zu erhöhen, dass er für einen grösseren Betrag zeichnet, als er eigentlich erwerben will. Wo jedoch die Bank im Sinn der Definition der Privatplazierung ihren Kunden persönlich anspricht, um ihm eine bestimmte Schuldverschreibung fest zum Kauf zu offerieren, sieht sich der Anleger nicht in der Stellung des Bieters, der unter Zeitdruck und auf Distanz ein Angebot über eine ihm nicht persönlich beschriebene "Ware" einreichen soll, ohne zu wissen, ob und in welchem Umfang sein Angebot angenommen wird; er kann auch bei der offerierenden Bank Auskünfte oder Rat einholen. Das Vorliegen eines Prospekts ist in diesem Fall

---

319 So z.B. die EG-Wertpapierverkaufs-Richtlinie (89/298/EWG) vom 17. April 1989, die in Art. 4 die Prospektpflicht an ein "öffentliches Angebot" von Wertpapieren knüpft. – Vgl. auch zur Interpretation des Begriffs des "Public Offering" gemäss Sec. 4 (2) Securities Act: LOSS, S. 376 ff.

320 Auch Art. 652 a Abs. 2 revOR spricht von einer "Einladung zur Zeichnung". Weniger klar war Art. 658 altOR, der missverständlich nur von Aktien sprach, die "öffentlich zur Zeichnung *angeboten*" werden.

321 So aber TAISCH, S. 17 ff.; CAMENZIND, S. 20; ROHR, S. 116 ff. und die dort in Anm. 155 zitierte jüngere Literatur; ferner HOPT, Emissionen, S. 63 ff.; WATTER, S. 52. – Differenzierter MERZ/DE BEER, S. 40.

322 Demgegenüber spricht die Lehre immer wieder ohne Grundlage im Gesetz, aber in Anlehnung an den amerikanischen Begriff des "public offering" von einem "öffentlichen Angebot"(so etwa HOPT, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, S. 118 und HOPT, Emissionen, S. 63 ff.; TAISCH, S. 20; ROHR, S. 116 und viele andere) – ein Ausdruck, der, wie schon HORN, S. 95, Anm. 22 festgestellt hat, nicht als Vertragsangebot im rechtstechnischen Sinn verstanden werden kann.

323 Dieses Verfahren ist allerdings heute auch bei Notes-Emissionen, die als Privatplazierungen bezeichnet werden, anzutreffen. Umgekehrt werden heute auch Anleihensobligationen aus öffentlicher Emission von den Emissionsbanken häufig unter der Hand plaziert. Die Grenzen zwischen öffentlicher Emission und Privatplazierung verwischen sich. Umso grösser ist das Bedürfnis nach einer klaren Unterscheidung der Verantwortlichkeiten der Bank je nachdem, ob sie Zeichnungen entgegennimmt oder aktiv verkauft.

vielleicht für einen institutionellen, kaum aber für einen privaten Anleger von Nutzen. Für den durchschnittlichen, privaten Anleger stellt sich in diesem Fall eher die Frage, ob das allfällige Einstehenmüssen der Emissionsbank für die Wahrheit und Vollständigkeit des Prospekts[324] sein Schutzbedürfnis genügend abdeckt und ob ihm nicht die Bank, die ihm die Anlage zum Kauf empfohlen hat, auch für deren "Suitability" einstehen muss.

2. *Sorgfaltspflichten der Bank beim Verkauf über öffentliche Auskündigung (Prospektpflicht und Prospekthaftung)*

Nur bedingt mit dem direkten Verkauf von Wertpapieren in der Form der Privatplazierung (aus Emission oder im Sekundärmarkt) ist der Vertrieb von Wertpapieren in der Form der öffentlichen Emission zu vergleichen. Diese erfolgt in der Regel in der Form der öffentlichen Auflage zur Zeichnung. Darunter ist die Aufforderung der Emissionsbanken ans Publikum (Kunden und Nichtkunden) zur Einreichung eines Angebots innerhalb einer bestimmten Frist zu verstehen. Da bei dieser Vertriebsform der Verkaufspreis vorbestimmt und die Zahl der zum Verkauf gelangenden Wertpapiere beschränkt ist, müssen sich die Emissionsbanken vorbehalten, Offerten (Zeichnungen) der Anleger nur teilweise oder gar nicht zu berücksichtigen. Aus dieser besonderen Ausgangslage, die den aus der Sicht der Emissionsbanken anonymen Anleger in die Position des Teilnehmers an einer Auktion oder an einem Submissionsverfahren versetzt, aber auch aus dem Bedürfnis nach einer öffentlich zugänglichen Beschreibung der "Ware", für die der Anleger mitbietet, ergibt sich die Informationspflicht des Verkäufers, die im Gesetz in Spezialnormen verankert und näher umschrieben wird (Art. 1156 OR für Anleihensobligationen; Art. 652 und 652a revOR für Aktien schweizerischer Aktiengesellschaften.).

Auf Einzelheiten dieser Prospektpflicht und der mit ihr verbundenen Prospekthaftpflicht soll hier nicht eingegangen werden[325].

Man hat die gesetzliche Prospektpflicht beim öffentlichen Vertrieb von Wertpapieren nicht ohne Grund in einen Zusammenhang mit den vorvertraglichen Aufklärungspflichten der Bank gestellt, die für den Kunden Wertpapiere an der Börse erwirbt oder dem Kunden Wertpapiere direkt verkauft[326]. In diesem Sinne lässt sich auch die Prospektpflicht des Emit-

---

[324] Es ist umstritten, ob in bezug auf Prospekte gemäss Konvention XIX die Haftungsvorschriften des Art. 1156 Abs. 2 OR Anwendung finden.

[325] Es besteht eine reichhaltige Literatur, die über ROHR, S. 184 ff. und WATTER, S. 48 ff. erschlossen werden kann.

[326] Vgl. dazu neuerdings WATTER, S. 52 unter Hinweis auf die deutsche Lehre; WEBER, Prospekthaftpflicht in der Praxis, S. 57. Die deutsche Lehre (vgl. CANARIS, 2. Auflage, Rz 2272; ASSMANN, S. 225 ff., 232 ff.; HOPT, Emissionen, Rz 76 musste zur Begründung

tenten/der Emissionsbank als institutionalisierte Nebenpflicht bezeichnen. Die Sorgfaltspflicht der Emissionsbanken ist aber im Rahmen der öffentlichen Emission von Wertpapieren nicht zufällig auf die Wahrheit und Vollständigkeit der obligatorischen Information im Prospekt und auf die Wahrheit der Information in allfälligen anderen, anlässlich dere Emission veröffentlichten Publikationen ("in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen")[327] beschränkt worden. Da die Emissionsbanken einem anonymen Publikum gegenüberstehen, kommt eine Beratung durch die Emissionsbank schon aus praktischen Gründen nur in Frage, wenn der Anleger zufällig Kunde der Emissionsbank ist. Auch eine Pflicht zur Aufklärung über Risiken lässt sich einem anonymen Publikum gegenüber nicht annehmen. Der Anleger soll sich selbst ein Bild von der Qualität der Anlage machen oder einen Berater beiziehen. Die öffentliche Auskündigung der Emission lässt sich auch nicht als "Kaufsempfehlung" an das Anlegerpublikum verstehen, aus der eine weitergehende, die Vollständigkeit und Wahrheit der im Prospekt gemachten Angaben übersteigende Verantwortung für die Qualität der Anlage hergeleitet werden könnte. Dies wird schon durch folgende Überlegungen ausgeschlossen:

- Nach allgemein anerkannter Auffassung ist blosse Werbung keine Empfehlung im Sinne der Erteilung eines Rats[328]. Es fehlt dazu schon an der erforderlichen persönlichen Beziehung zwischen dem Urheber und dem Adressaten der Werbung. Aus dem Fehlen der persönlichen Beziehung ergibt sich nach herrschender Lehre auch, dass unpersönliche Anlageinformationen in Presseartikeln und Inseraten, selbst wenn sie in die Form von Empfehlungen gekleidet sind, keine Haftung aus Rat begründen. Zwar hat der deutsche Bundesgerichtshof 1978 im sogenannten Börsendienstfall den Abonnementsvertrag über einen wöchentlich erscheinenden Börseninformationsdienst, der seinen Empfängern gestützt auf ausführliche Analysen und Prognosen konkrete Anlageempfehlungen erteilte und dabei überdurchschnittliche Sachkenntnisse für die Verfasser in Anspruch nahm, als Beratungsvertrag qualifiziert[329]. Im Allgemeinen muss gelten: Damit ein Angebot vom

---

einer Prospektpflicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgreifen, weil die gesetzliche Prospektpflicht bei Emissionen (ausserhalb der Börsenzulassung) in Deutschland erst im Anschluss an die EG-Wertpapierverkaufsrichtlinie (Prospektrichtlinie) vom 17. April 1989 (89/298/EWG) eingeführt wurde.

[327] Vgl. Art. 752 revOR; Art. 752 altOR sprach von "Zirkularen oder ähnlichen Kundgebungen". Art. 25 Abs. 2 des Anlagefondsgesetzes spricht generell von "Werbung"; dieser Begriff wird in Art. 1 der Vollziehungsverordnung näher umschrieben.

[328] Dass für die *Wahrheit* der Information in der Werbung gehaftet werden kann, ergibt sich hingegen aus den gesetzlichen Regeln über die Prospekthaftpflicht, die jede im Zusammenhang mit einer Emission von Aktien, Obligationen oder mit der Ausgabe von Anlagefondsanteilen betriebene Werbung einem Prospekt gleichstellt.

[329] BGHZ 70, 356 ff.; ebenfalls abgedruckt in JZ 1978, 398 ff., mit ausführlicher Besprechung durch KÖNDGEN a.a.O., S. 389 ff. – DE BEER bei MERZ/DE BEER, S. 65 ff. postuliert

Anleger als Empfehlung verstanden werden kann, muss eine persönliche Beziehung vorliegen. Nur das an eine bestimmte, der Bank bereits bekannte Person gerichtete Angebot kann vom Empfänger so verstanden werden, als betrachte die Bank das offerierte Papier als eine gerade für ihn passende, insbesondere seinen Qualitätsansprüchen genügende Anlage[330].

- Dazu kommt eine grundsätzliche Überlegung: Die Banken üben im Primärmarkt (Emissionsmarkt) eine volkswirtschaftlich wichtige Scharnierfunktion zwischen Anlegern und kapitalsuchenden Emittenten (Unternehmen, öffentlichrechtliche Körperschaften usw.) aus. Ihre Funktion darf nicht allein aus der Optik des Anlegerschutzes beurteilt werden. Nach der Ansicht der Schweizerischen Kartellkommission soll im Interesse der Gesamtwirtschaft auf dem Emissionsmarkt freier Wettbewerb herrschen, damit einerseits auch schwächere Schuldnerkategorien Zugang zum Kapitalmarkt haben, anderseits auch dem Anleger ein genügend breites Angebot an risikoreichen (höher rentierenden) Anlagen offen steht. Dem Sicherheitsbedürfnis des Anlegers soll nach dieser Konzeption durch genügende Information im (obligatorischen) Prospekt entsprochen werden. Die Selektion zwischen besseren und schlechteren Anlagen soll im Markt über den Preis erfolgen[331].

Gestützt auf die zuletzt hervorgehobenen Überlegungen haben die Behörden anfangs der 90er Jahre die einstige Monopolstellung des Grossbankensyndikats für Auslandsanleihen, das seine Existenzberechtigung gerade mit dem hohen Qualitätsstandard seiner Anleihen zu rechtfertigen suchte[332], gebrochen. Auch wenn es zutreffen mag, dass sich das Anlegerpublikum häufig mehr auf die Reputation der Emissionsbank verlässt als auf das, was es über den Emittenten und die Emission weiss[333], so verbietet es sich aus den genannten gesamtwirtschaftlichen Gründen, aus der Mitwirkung einer Bank in einem Emissionssyndikat auf eine besondere Qualität der Anlage zu schliessen. Unter dem System des freien Wettbe-

---

sogar eine Haftung der Finanzpresse für Empfehlungen im Redaktionsteil gegenüber Abonnenten und Käufern einzelner Exemplare aus Beratungsvertrag. Seine Auffassung ist nicht unbestritten. Weiterführende Hinweise a.a.O., S. 66.

330 MERZ/DE BEER, S. 65 ff.; kritisch dazu MEIER-SCHATZ, S. 163; wie hier auch SPÄLTI, S. 129. – WHITE, S. 166, verlangt für die Annahme einer "recommendation", die der suitability rule unterliegt, dass es sich um eine "personal recommendation" handelt: "Therefore recommendations given in broker's newsletters and other research material is not caught because such recommendations cannot be regarded as being of a personal nature... If a broker, however, turns his standard newsletter into a personally styled letter through his word-processing system, any recommendations contained in that document would be caught because they become personal for the particular customer."

331 Die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe, S. 93.

332 Vgl. Banken im Wettbewerb, S. 73.

333 PETER WIDMER, Diskussionsvotum am Kolloquium Kapitalmarktrecht, S. 313 f.; HOPT, Emissionen, S. 38; Banken im Wettbewerb, S. 73.

werbs, wie er im Laufe der letzten Jahre weltweit auf fast allen Kapitalmärkten durchgesetzt wurde, muss die Prüfung der Qualität einer Anlage der individuellen Beratung des Kunden vorbehalten bleiben[334].

6. Kapitel: Die vorvertragliche Aufklärungspflicht der Bank im Bereich der auf Initiative des Kunden getätigten Vermögensanlagegeschäfte

1. Grundlagen

1.1. Vorvertragliche Aufklärung als Transfer von Know-how – Abgrenzungen zur Anlageberatung und zur Aufklärung im Sinne der Gebrauchsanweisung

Unter Aufklärungspflicht soll im folgenden nicht die Pflicht zur Vermittlung von Know-how verstanden werden, die der Bank im Rahmen der Anlageberatung obliegt[335], sondern die Pflicht zur unaufgeforderten Aufklärung oder Warnung beim Abschluss eines Geschäfts. Eine solche Pflicht kann sich für die Bank aus dem Gebot ergeben, den Willen des Kunden unter Berufung auf dessen eigenes Interesse zu hinterfragen. Da es auch bei der Aufklärung um den Transfer von Know-how geht, ist eine gewisse Nähe zur Anlageberatung gegeben. Doch dürfen die Unterschiede nicht übersehen werden: Die Initiative des Kunden, die zur Entstehung einer Aufklärungspflicht der Bank Anlass gibt, zielt nicht auf den Transfer von Know-how ab, sondern auf den Abschluss eines Bankgeschäfts im "technischen" Bereich. Die Aufklärung wird von der Bank als Nebenleistung mitgeliefert. Dieser Nebenleistungscharakter der Aufklärung kommt im begrenzten Umfang der vermittelten Information zum Ausdruck. Nach allem, was weiter oben zum Begriff der "Beratungspflicht" kritisch bemerkt wurde, kann eine *Pflicht* der Bank, dem Kunden beim Abschluss eines Bankgeschäfts Know-how zu übermitteln, nur auf einen Hinweis, nicht auf eine umfassende Beratung im Sinne eines Gesprächs gerichtet sein. Ob es im Anschluss an den spontanen Hinweis der Bank zu einem Beratungsgespräch kommt, hängt allein vom Kunden ab. Entwickelt sich ein solches Gespräch, so steht die Bank in den erweiterten Pflichten eines Anlageberaters.

---

[334] HOPT, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, S. 110 spricht in diesem Zusammenhang von Vertriebsmittlerregelung respektive von Individualpublizität (Votum am Kolloquium Kapitalmarktrecht, S. 67). Vgl. auch HOPT, Emissionen, S. 40 Rz 81; DAENIKER, S. 20 und S. 160.

[335] BERTSCHINGER, S. 97 ff. und ihm folgenden URS P. ROTH, S. 11 ff. fassen auch die Informationspflichten bei der Anlageberatung unter den Begriff der Aufklärungspflicht. Der Ausdruck Aufklärungspflicht sollte aber für die Information reserviert bleiben, die die Bank dem Kunden unaufgefordert zukommen lassen muss.

Von der vorvertraglichen, unselbständigen Aufklärungspflicht, die auf Hinterfragung des auf den Abschluss eines Geschäfts gerichteten Kundenwillens zielt, und die im folgenden näher untersucht werden soll, lässt sich auch im Bankgeschäft die Aufklärung unterscheiden, die zum Leistungsprogramm eines Vertragsverhältnisses gehört. WIEGAND nennt als Beispiel einer solchen Nebenleistungspflicht die Gebrauchsanweisung, die der Hersteller einer Maschine mitliefern muss, um den Käufer in die Lage zu versetzen, die Maschine zu gebrauchen[336]. Die verschiedenen Fälle von Aufklärung lassen sich nicht immer ohne weiteres auseinanderhalten. Beim weiter oben bereits erwähnten Beispiel der Aufklärung über die Risiken der Kundenidentifikation über einen Code oder ähnliche elektronische Verfahren kann es sich je nachdem um eine Aufklärung des Kunden im Sinne einer Warnung vor den Risiken des Instruments handeln, die als Element der "systembezogenen" Sorgfaltspflicht zu verstehen ist; es kann sich aber auch um eine blosse Instruktion des Kunden über den richtigen Umgang mit dem Verfahren handeln. Im ersten Fall kann es darum gehen, den Kunden vor den Risiken der *Vereinbarung* zu warnen, oder darum, ihn nach Aushändigung der Identifikations*instrumente* auf deren Gefährlichkeit hinzuweisen. Über alle diese Fragen scheint heute in der Diskussion um die Aufklärungspflicht des Betreibers elektronischer Zahlungssysteme noch keine einheitliche Meinung zu bestehen.

Ein klares Beispiel für eine im Bankverkehr übliche Aufklärung im Sinne der einem gefährlichen Instrument mitgegebenen Gebrauchsanweisung ist die Klausel, mit der Banken die Empfänger ihrer befristeten Bürgschaften und Garantien darüber aufzuklären pflegen, wie sie vorgehen müssen, um zu verhindern, dass die Bürgschaft oder Garantie der Bank beim Ablauf der Frist erlischt.

1.2. Die Intensität der zu vermittelnden Information

Nach ihrer Intensität kann sich die dem Kunden zu übermittelnde Information manchmal auf eine blosse Aufklärung beschränken; in andern Fällen mag eine deutlichere Sprache in der Form einer Warnung am Platze sein. Manchmal wird auch von einer Abmahnungspflicht gesprochen. Damit meint man in der Regel eine Pflicht zur Warnung, die nicht im Rahmen von Vertragsverhandlungen, sondern erst nach der Entscheidung des Kunden angebracht werden kann, so z.B. wenn der Kunde der Bank im Rahmen eines Dauerauftrags eine unzweckmässige Weisung erteilt hat[337]. Dass die Pflicht zur Wahrung der Interessen des Kunden gegen dessen eigene Absicht so weit gehen kann, dass der Beauftragte vom Abschluss eines an sich erlaubten Geschäfts mit dem betreffenden Kunden Abstand nehmen respektive sein Mandat niederlegen muss, wenn der

---

336 WIEGAND, Dienstleistungen, S. 137.

337 Vgl. dazu DERENDINGER, Rz 131; BERTSCHINGER, S. 129 ff.

Auftraggeber trotz seiner eindringlichen Warnung auf seinem Willen beharrt, wird zwar gelegentlich in Betracht gezogen[338], ist aber für das Bankvertragsrecht bisher von niemandem ernsthaft verlangt worden. Was unzweckmässige Weisungen des Kunden im Rahmen eines Dauerauftrags angeht, so betont die herrschende Lehre die Pflicht des Beauftragten, die Weisungen des Kunden zu befolgen, wenn er das Mandat nicht niederlegen will[339].

1.3. Der Anschein der Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden als Auslöser der Aufklärungspflicht

Im klassischen Fall geht die Initiative zum Abschluss eines Anlagegeschäfts vom Kunden aus. In diesem Fall spricht die Vermutung dafür, dass der Kunde weiss, was er will, wenn er den Rat der Bank nicht in Anspruch nimmt[340].

Da eine Bereitschaft des Kunden zum Gespräch nicht vorausgesetzt werden kann, muss für die Frage, ob die Bank dem Kunden bei objektiv gegebenen Risiken der Anlage einen warnenden Hinweis schuldet, die aktuelle Kenntnis der Bank (respektive der Stelle in der Bank, die den Auftrag des Kunden entgegennimmt) über die subjektive Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden massgebend sein[341]. Eine Abklärungspflicht, wie sie die Suitability-Doktrin dem aktiven Wertschriftenverkäufer auferlegt, steht in diesem Fall, wo die Initiative zum Geschäft vom Kunden ausgeht, nicht zur Diskussion[342]. Die Aufklärungspflicht kann sich also nur auf Risiken beziehen, die nach dem konkreten Wissensstand der Bank den persönlichen Verhältnissen des Kunden (d.h. seiner Erfahrung, seinen wirtschaftlichen Verhältnissen) nicht angemessen sind: Der Anleger macht z.B. einen unerfahrenen Eindruck, will aber ein riskantes Geschäft tätigen; die Bank kennt den Anleger und weiss, dass der geplante Kauf

---

338 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. November 1983, ZR 1984, Nr. 91, S. 230 (betr. Architektenauftrag); HONSELL, Haftung des Arztes, S. 148 f. unten (betr. Arztvertrag).

339 HOFSTETTER, S. 80; SPÄLTI, S. 60 f.; BERTSCHINGER, S. 132 (m.w.N.). Vgl. auch den unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 1. Juni 1990 (4C.250/1989), kurz zusammengefasst in SZW 1991, S. 274 f. und in IFLR, May 1991, S. 42. – Immerhin kann sich auch BIZZOZERO, S. 105 eine Verpflichtung zur Ablehnung des Mandats vorstellen.

340 DAENIKER, S. 171; BERTSCHINGER, S. 52 f. – Für das deutsche Recht GÜNTER H. ROTH in ASSMANN/SCHÜTZE, § 12 Rz 17 f.

341 BGE 119 II 333 ff. (335) E. 5 a und Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juni 1993, ZR 1992/3, Nr. 84, S. 301, das diesen Grundsatz sogar auf die Vermögensverwaltung anwendet. – Zum deutschen Recht CANARIS, 2. Auflage, Rz 1880; HEINSIUS, Anlageberatung, S. 187; GÜNTER H. ROTH in ASSMANN/SCHÜTZE, § 12 Rz 15-17.

342 Wenn HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 423 die Bank im Zweifel zur Abklärung verpflichten will, ob der Kunde aufklärungsbedürftig sei, mag dies für die Bestimmung der Hauptpflichten bei der umfassenden Anlageberatung oder für die Vermögensverwaltung gelten, nicht aber für die Aufklärungspflicht bei Anlageerwerbsgeschäften.

stark zyklischer Aktien im Vergleich zu seinen bescheidenen Mitteln ein unverhältnismässiges Risiko bedeutet. Tritt der Anleger als Kenner der Finanzmärkte auf, so darf sich die Bank an den äusseren Schein halten; sie kann und muss nicht nachprüfen, ob der Anleger tatsächlich über Erfahrung verfügt[343].

Eine weitere Einschränkung für Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit Kundenaufträgen bildet folgende praktische Überlegung: Eine Bank, die für einen Anleger ein Konto eröffnet, stellt ihrem Kunden ihre Dienstleistungen zur Verfügung. Der Kunde darf darauf zählen, dass seine Aufträge unverzüglich ausgeführt werden, sofern die Kosten durch Guthaben auf dem Konto oder durch eine Kreditlimite gedeckt sind[344]. Für die Übermittlung seines Auftrags stehen ihm verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung: die persönliche Vorsprache am Schalter oder beim Kundenberater, das Telefon, der Korrespondenzweg, der Bildschirm (Home Banking, Telebanking, Videotex) usw. Eine Warnung kann die Bank nur aussprechen, wenn sie mit dem Kunden im Zeitpunkt der Auftragserteilung in persönlichem Kontakt steht. Eine Pflicht zur Abmahnung im Sinn einer erst nach der Entscheidung des Kunden ausgesprochenen Warnung ist im Bereich der auf Initiative des Kunden ausgelösten Anlageerwerbsgeschäfte praktisch ausgeschlossen[345]. Trifft ein Auftrag in schriftlicher Form oder über Videotex bei der Bank ein, so wird es der Bank kaum möglich sein, mit dem Kunden Rücksprache zu nehmen, weil sich dadurch die Erledigung des Auftrags verzögern würde. Abgesehen davon werden schriftliche oder über Videotex eingehende Aufträge normalerweise hinter der Kundenberaterfront verarbeitet. Die Möglichkeit zur Erkennung eines allfälligen Missverhältnisses zwischen der Disposition des Kunden und seinen Mitteln ist dort kaum je gegeben. Man wird von der Bank nicht verlangen können, dass sie zur Erhöhung der Möglichkeit einer Kontrolle alle eingehenden Aufträge über das Pult des mit dem Kunden am besten vertrauten Kundenberaters laufen lässt.

Anders liegen die Verhältnisse bei Geschäften, die der Spekulation dienen können, also bei Termingeschäften oder bei Kassakäufen, die auf Kredit getätigt werden. Ein Termingeschäft kommt virtuell immer einer Gewährung von Kredit gleich. Regelmässig verlangt die Bank Sicherstellung in Form eines Einschusses (Marge) für den Fall, dass sich bei der Liquidation aus der Verrechnung der Kosten des Gegengeschäfts mit dem Erlös des ursprünglichen Geschäfts eine Schuld des Kunden ergibt. Der Kunde muss seinen Einschuss (Marge) oder noch weitere Vermögenswerte verpfänden, und schliesslich verlangt die Bank, dass sich der Kunde, für den Fall, dass sich die Verhältnisse gegen seine Position entwickeln

---

[343] Anderes gilt, wenn mit der Selbstdarstellung des Kunden offensichtlich etwas nicht stimmt, vgl. HOPT, Votum am Kolloquium Kapitalmarktrecht, S. 55.

[344] THALMANN, AGB, S. 132 f.

[345] Anderes gilt für Weisungen, die der Kunde im Rahmen eines Verwaltungsauftrags erteilt.

sollten, zur Leistung eines Nachschusses verpflichtet. Weil nun die Bank bei solchen Geschäften ohnehin mit dem Kunden eine Vereinbarung treffen muss, ist es ihr technisch ohne weiteres möglich, den Kunden vor dem Abschluss des ersten Geschäfts gehörig aufzuklären oder zu warnen.

1.4. Aufklärungspflicht bei Termingeschäften im besonderen

Bei den Termingeschäften (die die Hauptgruppe der spekulativen Geschäfte ausmachen) ist zwischen den sog. OTC-Geschäften und den Terminkontrakten, die an einer Börse gehandelt werden, zu unterscheiden:

a) Die sog. OTC-Geschäfte[346] werden von Fall zu Fall zwischen der Bank und dem Kunden vereinbart. Die Bank tritt dem Kunden als Kontrahentin gegenüber. Sie handelt auf eigene Rechnung. Zu dieser Gruppe von Geschäften gehören die gewöhnlichen Devisentermingeschäfte, aber auch die hochkomplizierten, auf die besonderen Bedürfnisse des Kunden zusammengestellten, "massgeschneiderten" Devisenkontrakte von der Art der Liability Swaps[347]. Bei diesen Geschäften neigt die Rechtsprechung dazu, eine Aufklärungspflicht der Bank anzunehmen, sobald der Kunde die Risiken des Geschäfts nicht kennt und die Bank dies erkennen müsste.

b) Bei den standardisierten Terminkontrakten, die zu einheitlichen Bedingungen an besonderen Waren- oder Finanzterminbörsen gehandelt werden, sind die Banken gezwungen, als Beauftragte (Kommissionäre) ihrer Kunden aufzutreten, indem sie das Geschäft entweder selbst an der Terminbörse abschliessen oder einen an der betreffenden Börse zugelassenen Broker mit dem Abschluss beauftragen. Bei diesen Geschäften verlangt in der Regel bereits die Börse selbst oder die zuständige Aufsichtsbehörde, dass der Broker seinem Kunden mindestens ein sog. "risk disclosure statement" abgibt[348]. Wenn sich jedoch eine Bank oder ein Vermittler, der der für die betreffende Börse geltenden Aufsicht nicht direkt untersteht, nicht an die aufsichtsrechtliche Pflicht zur Aufklärung des Kunden hält, kann es zu Auseinandersetzungen vor den Zivilgerichten über die Frage kommen, ob die Bank oder der Vermittler den Kunden genügend aufgeklärt hat. In Deutschland hat sich zu diesen Fragen im Anschluss an die von Vertriebsfirmen vermittelten Warenterminoptionen

---

346 Unter OTC-Geschäften versteht man Kontrakte, die zwischen der Bank und dem Kunden individuell (over the counter, d.h. "über den Bankschalter") vereinbart werden.

347 Dazu WEBER, Swap-Geschäfte.

348 Vgl. das Merkblatt, das von der amerikanischen Warenterminmarkt-Aufsichtsbehörde CFTC verbindlich festgelegt wurde, abgedruckt bei HAUSER, S. 161; ferner die Richtlinien der schweizerischen Terminbörse SOFFEX, deren Rule 2.5.18, amerikanischen Vorbildern folgend, wie folgt lautet: "Ein Broker muss jedem Kunden eine Kopie seines Risk Disclosure Statement übergeben, das in einer von der SOFFEX anerkannten Form ausgestellt sein muss; ferner hat er die schriftliche Bestätigung des Kunden zu verlangen, dass dieser das Risk Disclosure Statement vor der Erteilung der Aufträge lesen wird."

an ausländischen Warenterminbörsen eine reiche Gerichtspraxis entwikkelt, die eingehende Regeln darüber aufstellt, was und in welcher Form die Bank dem Kunden sagen muss, wenn sie sich nicht schadenersatzpflichtig machen will[349]. Aus der publizierten schweizerischen Gerichtspraxis ist ein einziges Strafurteil des Obergerichts des Kantons Zürich bekannt, das sich eingehend auch zur zivilrechtlichen Aufklärungspflicht des Vermittlers solcher Geschäfte äussert[350]. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Wichtig sind zwei Bemerkungen:

Bei allen Termingeschäften wird der unglücklich operierende Kunde versucht sein, allfälligen Forderungen der Bank die Einrede von Spiel und Wette entgegenzuhalten. Selbst wenn der Spielcharakter des Geschäfts zu bejahen wäre – was in der Regel nicht der Fall ist – kann der Kunde aus Spiel und Wette aber nicht auf Schadenersatz gegen die Bank klagen. Auch in Deutschland, wo das Börsengesetz Nichtkaufleuten bis vor einigen Jahren die Termingeschäftsfähigkeit für Börsentermingeschäfte absprach, scheint die Sanktion der Verletzung des Termingeschäftsverbots weitgehend auf die Ungültigkeit des einzelnen Geschäfts beschränkt gewesen zu sein. Diese Sanktion nützt dem Kunden, der seinem Vertragspartner einen Einschuss geleistet hat, wenig[351]. Mit der Börsengesetznovelle von 1989 hat der deutsche Gesetzgeber die Termingeschäftsfähigkeit auch für Nichtkaufleute eingeführt; die Termingeschäftsfähigkeit besteht für diesen Kundenkreis aber nur unter der Voraussetzung, dass eine genügende Aufklärung geleistet wird (Börsentermingeschäftsfähigkeit kraft Information)[352]. Über den Nutzen dieser neuen Ordnung ist man sich nicht einig. Von vielen Beobachtern wird die Vorstellung, der durchschnittliche Anleger könne durch eine vorvertragliche Aufklärung ebenso vor Risiken geschützt werden, wie es unter der früheren Ordnung der Fall war, als Augenwischerei abgetan[353]. Diese Bedenken mögen zum Teil berechtigt sein. Anderseits hat der Anleger, dem es gelingt, seinem Vermittler eine Verletzung der Aufklärungspflicht nachzuweisen, mit dem Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung ein Instrument zur Wiedergutmachung seines Schadens in der Hand, das der Berufung auf die Ungültigkeit der Verlustgeschäfte an Griffigkeit weit überlegen sein dürfte[354].

---

349 Vgl. VORTMANN, Rz 303 ff.; ROLLINGER, S. 68 ff.

350 Urteil vom 15. Januar 1981, ZR 1983, Nr. 37; insbesondere zur Aufklärungspflicht: S. 81 ff.

351 Vgl. dazu zum schweizerischen Recht AMONN, S. 474 ff.; zum deutschen Recht HENSSLER, S. 618.

352 § 53 II Rdn 9 des deutschen Börsengesetzes; dazu ROLLINGER, S. 85 Anm. 19.

353 Vgl. etwa HENSSLER, S. 621 ff.; vgl. ferner den Aufsatz von GRUNEWALD.

354 Nach der Ordnung des deutschen Börsengesetzes besteht allerdings die Sanktion für die fehlende Aufklärung nicht in einem Schadenersatzanspruch, sondern in der fehlenden Termingeschäftsfähigkeit, also in der Ungültigkeit des Geschäfts. Anderes gilt für Termingeschäfte, die nicht als Börsentermingeschäfte gelten; für diese Fälle gewährt die Gerichtspraxis einen Schadenersatzanspruch; vgl. dazu ROLLINGER, S. 99 ff.

2. Die deutsche Lehre von der Beratungspflicht

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht im Finanzbereich geht besondere Wege[355]. Sie bejaht die Existenz von Aufklärungspflichten, erwartet also von einer Bank, dass sie im Anlagegeschäft, im Kreditgeschäft und zu einem geringen Teil auch im Zahlungsverkehr unter bestimmten Umständen ihre Kunden auf mögliche Risiken aus den abzuwickelnden Geschäften aufmerksam macht. Sie vermengt aber die Frage nach den Voraussetzungen und dem Umfang dieser Aufklärungspflichten mit der – aus unserer Sicht ganz anders gelagerten – Frage nach dem Umfang der Pflichten einer Bank, die sich auf ein Anlageberatungsgespräch mit ihrem Kunden einlässt. Gewissermassen als "Instrument" der Verschmelzung der beiden Problembereiche dient der deutschen Lehre und Praxis der oben bereits kritisierte Begriff der "Beratungspflicht". Dieser Begriff will in der deutschen Lehre und Rechtsprechung verschiedene Dinge bezeichnen: im Bereich der Anlageberatung bezeichnet der Ausdruck "Beratungspflicht" gleichzeitig die Pflicht zur Raterteilung im Sinne der Anlageberatung und die Gesamtheit der bei der Raterteilung zu beobachtenden Sorgfaltspflichten; im Bereich der "technischen" Geschäfte bezeichnet er die im vorliegenden Zusammenhang zu erörternde Pflicht der Bank zur Erteilung eines Hinweises, einer Aufklärung oder einer Warnung[356].

Diese Vermengung mehrerer Fragenbereiche über den fragwürdigen Begriff der Beratungspflicht hat sich in der deutschen Lehre und Rechtsprechung im Laufe von Jahrzehnten vollzogen und wird dort heute kaum mehr ernsthaft in Frage gestellt. Zwar hat HOPT vor Jahren postuliert, dass eine systematische Erfassung der Pflichten der Bank im Bereiche des Transfers von Know-how von der grundlegenden Unterscheidung ausgehen müsste, ob die "Beratung" zwischen den Parteien besonders abgesprochen worden ist oder ob die Bank spontan informieren muss[357]. Von CANARIS, einem anderen, nicht weniger prominenten Autor stammt die Bemerkung, dass die Erteilung eines falschen Rats oder einer falschen Empfehlung und die Unterlassung einer Warnung oder einer Aufklärung zwei verschiedene Dinge sind[358]. Solche Aussagen gehen aber in der Flut der Lehrmeinungen zur Beratungspflicht unter. Dass die herrschende Lehre mit der Vorstellung von einer Beratungspflicht der

---

[355] Vgl. zur deutschen Lehre und Rechtsprechung etwa CANARIS, 2. Auflage, Rz 1880 ff.; RÜMKER, Bankhaftungsrecht, S. 74 f.; BAUMBACH/DUDEN/HOPT, N 3 E zu § 347 HGB.

[356] Meistens bedient sich die deutsche Lehre und Rechtsprechung in diesem Fall des stehenden Ausdrucks "Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten".

[357] HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 236 ff .– Kürzlich vertrat auch HOPT die Meinung, dass die von der Begriffstrias "Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten" abgedeckten Pflichtenbereiche ineinander übergehen und Differenzierungen zwischen Warnung und Aufklärung, insbesondere zwischen Rat und Aufklärung wenig fruchtbar seien, vgl. HOPT, Aufklärungspflichten, S. 3.

[358] CANARIS, 3. Auflage, Rn 100 ff.

Bank zwei verschiedene Erscheinungen des Rechtslebens unter den Hut einer einheitlichen Terminologie zwingt, lässt sich zum Teil mit der rechtspolitischen Absicht erklären, die umfassenden Sorgfaltspflichten eines Anlageberaters und die mindestens in der Lehre[359] zunehmend extensiv ausgelegten Aufklärungspflichten der Bank bei den technischen Bankgeschäften miteinander in Verbindung zu bringen. Man meint also im Interesse des Anlegerschutzgedankens die bei der Anlageberatung geltenden strengen Prinzipien auch für die Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflichten fruchtbar machen zu können.

Es ist nicht zu übersehen, dass die deutsche Lehre und Rechtsprechung den ehrgeizigen Versuch einer Zusammenschau verschiedener Dinge über den Begriff der Beratungspflicht mit dem Verzicht auf die Berechenbarkeit der Rechtsprechung erkauft. So lässt sich etwa in Äusserungen zur "Beratungspflicht" immer wieder die beschwichtigende Aussage finden, es liege im Belieben des Kunden, ob er den Rat seiner Bank in Anspruch nehmen wolle; unerbetenen Rat müsse die Bank nicht aufdrängen[360]. Aber wegen der Doppeldeutigkeit des Begriffs der Beratungspflicht bleibt unklar, ob diese Aussage nur die Anlageberatung im Sinne eines Beratungsgesprächs meint, oder ob sie so weit gehen will, die Existenz einer Pflicht zur unaufgeforderten Aufklärung des Kunden zu verneinen. Einzelne Untersuchungen zum Thema der Beratungs- und Aufklärungspflicht sind am Versuch gescheitert, die Rechtsprechung der deutschen Gerichte systematisch darzustellen[361]. Andere Untersuchungen erlauben sich bei der Zusammenfassung der Rechtsprechung klare Aussagen, vermitteln dadurch aber ganz verschiedene Bilder von der Rechtsprechung[362]. Dass die Rechtsprechung kasuistischen Charakter trägt und regelmässig die Umstände des Einzelfalls entscheiden, ist der Lehre bewusst[363]. Gleichzeitig müssen Beobachter der Szene zugeben, dass die Rechtsprechung das rechtspolitische Ziel, dem Anleger auch ausserhalb der Anlagebera-

---

[359] Die Rechtsprechung scheint ausserhalb des Bereichs der eigentlichen Spekulationsgeschäfte zurückhaltender zu sein, vgl. SCHIMANSKY in HADDING/HOPT/SCHIMANSKY, S. 67 f.

[360] CANARIS, 2. Auflage, Rz 1881; HEINSIUS, Anlageberatung, S. 187; GÜNTER H. ROTH in ASSMANN/SCHÜTZE, § 12 Rz 19.

[361] Vgl. aus jüngster Zeit etwa die Darstellung von VORTMANN.

[362] So etwa werden bei RÜMKER, Aufklärungspflichten, S. 49 ff. und CANARIS, 3. Auflage, Rz 100 ff. insb. 104 und 109 die Anforderungen an die Aufklärungspflicht der Banken auf dem Gebiete des Zahlungsverkehrs und des Kreditgeschäfts als niedrig, diejenigen auf dem Gebiete des Kapitalmarktgeschäfts als hoch bezeichnet (implizit Rz 118); demgegenüber spricht KRIMPHOVE, S. 16 von strengen Anforderungen an die Bank im Kreditsektor und im Zahlungsverkehr, während im Anlagebereich wegen des ohnehin hohen Risikos für den Anleger weit weniger hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Bank gelten sollen (S. 18 f.).

[363] SCHWARK, S. 334; RÜMKER, Bankhaftungsrecht, S. 74 sowie RÜMKER, Aufklärungspflichten, S. 32.

tung Schutz zu gewähren, nicht erreicht hat[364]. Nach CANARIS zeigt die Analyse des Fallmaterials, dass die Gerichte mit der Annahme von Warn- und Aufklärungspflichten verhältnismässig zurückhaltend sind[365], und ein Richter am Bundesgerichtshof hat unlängst auf die gemessen an der Zahl der beurteilten Streitfälle wenigen Urteile hingewiesen, die eine Pflicht der Bank zur spontanen Aufklärung und Warnung des Kunden bejahen[366].

3. Die Treuepflicht des Beauftragten als Grundlage der Aufklärungspflicht der Bank im Anlagebereich

3.1. Grundsätzliche Überlegungen

Wenn die Bank als Beauftragte handelt, lässt sich die Aufklärungspflicht auf Art. 398 Abs. 2 OR (Treuepflicht) stützen. Auch ausserhalb des Bankwesens hat die Aufklärungspflicht des Beauftragten die Lehre und Praxis wiederholt beschäftigt. Es kann hier an die Aufklärungspflicht des Anwalts[367], des Architekten[368] und – mit Vorbehalten – an die Aufklärungspflicht des Arztes[369] erinnert werden.

Das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses hat aber nicht automatisch zur Folge, dass der Beauftragte jedesmal verpflichtet ist, dem Kunden eine Warnung oder Aufklärung über alle denkbaren Risiken zukommen zu lassen. Der Umfang der Pflicht des Beauftragten zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers wird nicht zuletzt durch den Gegenstand des Auftrags bestimmt. Dieser kann weit oder eng gefasst sein. Doch auch der Umfang des zur Besorgung übertragenen Interessenbereichs ist nicht der alleinige Massstab für die Existenz und den Umfang von Aufklärungspflichten des Beauftragten.

---

364 Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte hat, wie CANARIS feststellt, mit der allgemein proklamierten Pflicht der Bank, den Kunden nicht nur sorgfältig und treu zu beraten, sondern ihn "über alle Umstände aufzuklären, die für seine Entscheidung von Bedeutung sein können", niemals Ernst gemacht, vgl. CANARIS, 3. Auflage, Rz 103.

365 CANARIS, 3. Auflage, Rz 103.

366 SCHIMANSKY in HADDING/HOPT/SCHIMANSKY, S. 67 f.

367 Dazu FELLMANN, N 160 zu Art. 398 OR.

368 BGE 108 II 197 ff.; 111 II 72 ff.; ZR 1984, Nr. 91, S. 225 ff. (230 f.).

369 Dazu statt vieler EISNER, S. 24 ff. und S. 149 ff.; KUHN, Ärztehaftpflicht, S. 258 ff.; WIEGAND, Aufklärung bei medizinischer Behandlung: Die Aufklärungspflicht des Arztes wird in Lehre und Praxis weniger auf die vertragliche Treuepflicht des Beauftragten als auf das Verbot zurückgeführt, die körperliche Integrität des Patienten zu verletzen. Allerdings lässt sich die sog. "wirtschaftliche Aufklärungspflicht" des Arztes nur auf die auftragsrechtliche Treuepflicht stützen (vgl. dazu neuestens das Urteil des Bundesgerichts vom 27. Dezember 1993, Semaine judiciaire 1994, S. 253 ff. [257 f.], E. 2 c und d).

a) Bargeldloser Zahlungsverkehr

Bei einem Zahlungsauftrag kann sich eine Aufklärungspflicht der Bank nur in Ausnahmefällen ergeben, so etwa wenn die Bank von der Zahlungsunfähigkeit der Bank des Empfängers Kenntnis hat[370] oder wenn die Bank weiss oder wissen müsste, dass die verlangte Überweisung gegen Devisenvorschriften im Lande des Empfängers oder der Währung verstösst und der Kunde mit der Beschlagnahme rechnen muss[371]. Die Risiken des Geschäfts, in dessen Rahmen der Kunde die Zahlung leistet, sind hingegen für die Bank weder erkennbar, noch kann die Bank diesbezüglich als Expertin gelten. Die persönlichen Verhältnisse des Kunden, die den Anlass für die Zahlung geben, liegen also klar jenseits des Interessenbereiches, den die Bank als Beauftragte im Zahlungsverkehr wahrnehmen muss[372].

b) Börsengeschäfte

Anderes gilt für einen Börsenauftrag. Da die Bank die Finanzmärkte kennt, in denen der Kunde eine Anlage vornehmen will, liegt der Schritt zur Annahme einer Verpflichtung, die Chancen und Risiken der beabsichtigten Anlage an den Verhältnissen des Kunden zu messen, näher, selbst wenn die Bank die persönlichen Verhältnisse des Kunden nur vermutungsweise oder überhaupt nicht kennt.

c) Vermögensverwaltung

Wieder anderes muss für die Bank gelten, die einen Verwaltungsauftrag entgegennimmt. Der Verwaltungsauftrag begründet zwar eine umfassende Verantwortung der Bank für das Vermögen des Kunden. Aber da diese Verantwortung durch Anlageentscheidungen der Bank, nicht des Kunden, wahrgenommen werden soll, begründet der Verwaltungsauftrag – so sollte man meinen – als solcher keine Verantwortung der Bank für Anlageentscheidungen des Kunden selbst[373]. Auch der Auftrag zur Verwaltung des Vermögens als solcher ist unter normalen Bedingungen kein Geschäft, vor dem eine professionell einwandfrei organisierte Bank[374] den Kunden

---

370 CANARIS, 3. Auflage, Rz 105.

371 CANARIS, 3. Auflage, Rz 116. – In BGE 110 II 283 ff. (Lire-Fall) ging es darum, dass die Bank durch zweckmässiges Verhalten die Beschlagnahme hätte verhindern können. Die Bank sah sich darum dem Vorwurf der Verletzung der Sorgfaltspflicht, nicht der Treuepflicht (Aufklärungspflicht) ausgesetzt.

372 So dem Ergebnis nach auch CANARIS, 3. Auflage, Rz 104 und RÜMKER, Aufklärungspflichten, S. 49 f. (unter Berufung auf den Charakter des Zahlungsverkehrs als Massengeschäft).

373 Über abweichende Meinungen zu diesem Punkt vgl. den weiter unten unter Ziffer 3.2. folgenden kritischen Überblick über die schweizerische Rechtsprechung.

374 Nicht eine Pflicht zur Warnung, sondern eine Pflicht zum Verzicht auf das Geschäft trifft die Bank, wenn der Kunde einen Auftrag zur spekulativen Vermehrung des Vermögens unter Einsatz von Optionen und anderen Termingeschäften erteilt und die Bank mit diesen Instrumenten nicht umzugehen versteht. Würde die Bank das Geschäft annehmen, so läge ein Fall des Übernahmeverschuldens, also eine Verletzung der Sorgfaltspflicht, nicht der Treuepflicht vor.

warnen müsste. Nur wenn der Kunde die Bank ermächtigt, eine aggressive Anlagepolitik zu verfolgen oder mit seinem Vermögen zu spekulieren, kann eine Pflicht zur Aufklärung am Platze sein[375].

Während die Verletzung der Aufklärungspflicht im allgemeinen nur zu Schadenersatzansprüchen führt, zeigt die Praxis eine Tendenz, bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht der Bank, die vom Kunden zur Spekulation mit seinen Vermögenswerten ermächtigt wird, mit der Vorstellung des Willensmangels zu operieren: Ähnlich wie der Arzt mit seinem Eingriff nur dann keine Rechtsverletzung begeht, wenn er sich auf die aufgeklärte Zustimmung des Patienten stützen kann, entlastet die Zustimmung des Kunden die Bank vom Vorwurf spekulativer Vermögensverwaltung nur, wenn sich der Kunde in Spekulationsgeschäften auskennt, oder wenn die Bank den Kunden über die Natur und die Risiken der Geschäfte, zu deren Abschluss der Kunde sie auffordern und ermächtigen will, genügend aufgeklärt hat. Nur die "aufgeklärte" Zustimmung ist eine gültige Zustimmung[376].

Dies gilt auch für die nachträgliche Genehmigung solcher Geschäfte. Sie darf nicht leichthin angenommen werden. Das Stillschweigen des unerfahrenen Kunden auf zugesandte Auszüge darf nur als Genehmigung ausgelegt werden, wenn der Kunde daraus erkennen kann, dass die Bank ihre Kompetenzen überschritten hat[377]. Eine "aufgeklärte" Genehmigung des unerfahrenen Kunden setzt somit eine Aufklärung der Bank über die Bedeutung der Abrechnungen und Auszüge und damit über die Natur der getätigten Geschäfte voraus[378].

3.2. Kritischer Überblick über die schweizerische Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der beauftragten Bank

a) Die anfängliche Zurückhaltung der Gerichte in der Annahme von Aufklärungspflichten

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich in den letzten zwanzig Jahren verschiedentlich mit der Aufklärungspflicht der beauftragten Bank aus-

---

375 Ohne ausdrückliche Ermächtigung ist die Bank unter einem Verwaltungsauftrag nicht zur Spekulation berechtigt. Vgl. die Richtlinien der Bankiervereinigung Ziffer 9 ff.; ferner BGE 115 II 62 ff. (67) sowie die Urteile des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 6. Dezember 1974, BJM 1977, S. 140 ff. und des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juni 1993, ZR 1992/3, Nr. 84, S. 301. – Aus der Literatur BERTSCHINGER, S. 129 ff.; BIZZOZERO, S. 105 f.

376 So jetzt deutlich der Sache nach das Urteil das Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juni 1993, ZR 1992/3, Nr. 84, S. 301 (das auf S. 303 f. aber trotzdem von einem Schadenersatzanspruch ausgeht). – Vgl. auch schon das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 6. Dezember 1974, BJM 1977, S. 144 und BGE 115 II 62 ff. (67).

377 Vgl. den krassen Fall in BGE 115 II 62 ff. (66): Bewertung der Anlagen nach Anschaffungswerten statt nach dem aktuellen Kurs.

378 BJM 1977, S. 140 ff.; ZR 1992/3, Nr. 84, S. 303 f.

einandergesetzt. Sie war zu Beginn eher zurückhaltend in der Annahme von Aufklärungspflichten:

Ein Kunde hatte brieflich den Kauf von südafrikanischen Goldminenaktien auf Kreditbasis unter Einhaltung einer Marge von 30% verlangt. Das Gericht verneinte eine Pflicht der Bank, dem Kunden vom Geschäft abzuraten. Die beiden Briefe des Kunden "lassen keine Unerfahrenheit und Unbeholfenheit in Belangen der Vermögensanlage erkennen. Unter diesen Umständen durfte die Beklagte ohne weiteres seine Instruktionen befolgen und war nicht gehalten, ihn auf das Risiko der gewünschten Investition aufmerksam zu machen" (Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 11. Februar 1974)[379].

Im folgenden, vom Bundesgericht beurteilten Fall stand die Aufklärungspflicht der kreditgewährenden Bank zur Diskussion. Die Bank war mit dem Kunden, der den Kredit aufgenommen hatte, auch durch einen Vermögensverwaltungsauftrag verbunden:

Der Kredit diente als Deckung für Spekulationen des Kunden bei einer anderen Bank. Dem Verlangen auf Rückzahlung des Kredits hielt der Kunde unter anderem entgegen, die Bank hätte ihn von den Spekulationsgeschäften abhalten müssen. Das Bundesgericht erklärte, die Bank sei nicht der Vormund ihrer Kunden und fügte bei: "On peut certes se demander si, dans certains cas, le banquier n'est pas tenu de mettre en garde un client qui, par ignorance, entreprend des operations d'une ampleur démesurée et court ainsi le risque de se ruiner. Il ne peut toutefois le faire que s'il a reçu sur la situation de fortune de son client des renseignements suffisamment précis pour juger d'une éventuelle disproportion" – Im vorliegenden Fall war der Bank nur bekannt, dass der Kunde, der im übrigen als versierter Geschäftsmann auftrat, einer sehr reichen Familie entstammte (Urteil des Bundesgerichts vom 19. November 1980)[380].

b) Die Kehrtwendung in den Jahren 1989 und 1990 – Kritische Bemerkungen dazu

Im Jahre 1989 verschärfte das Bundesgericht seine Gangart:

Eine Treuhandfirma hatte den Auftrag übernommen, das Vermögen des Kunden anzulegen. Eine Ermächtigung zur Spekulation lag nicht vor. Die Treuhandfirma war nach und nach zu einer spekulativen, auf Kursgewinne ausgerichteten Anlagepolitik übergegangen und hatte zur Erhöhung des Volumens der Anlagen Kredite aufgenommen, woraus dem Kunden erhebliche Verluste erwuchsen. Das Bundesgericht erledigte den Fall nicht mit dem einfachen Hinweis auf die Kompetenzüberschreitung, sondern stellte umfangreiche Überlegungen über die Sorgfaltspflicht und die Treuepflicht des Beauftragten an:

"Aus der Treuepflicht des Beauftragten ergibt sich, dass er bei der Ausführung des Auftrags die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren und deshalb alles zu unterlassen hat, was diesem Schaden zufügen könnte. ...Ausfluss der Treuepflicht ist insbesondere, dass der Beauftragte den Auftraggeber *beraten* und *informieren* muss. Mit *regelmässiger Beratung* hat er dem Auftraggeber bei der Wahl der geeigneten Massnahmen behilflich zu sein. Erhält er Anweisungen, welche den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufen, hat er *abzuraten*... Gegenstand der *Informationspflicht* bildet alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung ist. Der Beauftragte hat als Fachmann den Auftraggeber auch unaufgefordert über die Zweckmässigkeit des Auftrages und der Weisungen, die Kosten und Gefahren sowie die Erfolgschancen Auskunft zu geben..."[381].

---

[379] Urteil zitiert bei BERTSCHINGER, S. 99.

[380] Publiziert in Semaine judiciaire 1981, S. 523 ff.

[381] BGE 115 II 64 f. E. 3 a (Hervorhebungen vom Verfasser).

Gestützt auf diese Überlegungen rügte das Bundesgericht, der Vermögensverwalter hätte im Zeitpunkt, als er die Anlagepolitik spekulativer und damit risikoreicher gestalten wollte, den Kläger von sich aus darüber informieren und ihn auf die Gefahren und Erfolgsaussichten aufmerksam machen und seine ausdrückliche Einwilligung einholen müssen. Da er dies unterliess, verstiess er gegen die Treuepflicht (BGE 115 II 62 ff.).

Verwirrend ist zunächst die Aussage des Bundesgerichts, der Vermögensverwalter habe mit seiner unautorisierten Spekulation konkret gegen die Treuepflicht verstossen. Der Fall hätte mit dem einfachen Hinweis auf den Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht, d.h. die Überschreitung der Weisungen des Kunden erledigt werden können. Indem das Bundesgericht den Akzent auf die Treuepflicht des Beauftragten verschob, erweckte es den Anschein, eine grundsätzliche Verschärfung seiner Praxis zur Aufklärungspflicht ankündigen zu wollen. Aus seinen Erwägungen schimmert gleichzeitig die Auffassung durch, es sei möglich, alle Auftragsverhältnisse in gleicher Weise von umfassenden Treue- und Beratungspflichten beherrscht zu sehen. Nicht von ungefähr hat WIEGAND das Urteil als Markstein in der Entwicklung der Rechtsprechung zu einer umfassenden Anerkennung von Aufklärungspflichten feiern wollen[382].

Auch die langatmigen Ausführungen des Bundesgerichts zur Treuepflicht, die wie eine Passage aus einem Lehrbuch anmuten, erregen Befremden. Denn nur unter besonderen Verhältnissen, wie sie etwa den Auftrag an einen Architekten kennzeichnen, lässt sich von einem Beauftragten verlangen, er müsse "mit regelmässiger Beratung ... dem Auftraggeber bei der Wahl der geeigneten Massnahmen behilflich" sein. Beim Vermögensverwaltungsauftrag läuft die Betonung einer Pflicht zu regelmässiger Beratung bei der Wahl der geeigneten Massnahmen ins Leere, weil die Wahl der Massnahmen ja gerade dem Vermögensverwalter obliegt. Der Vermögensverwaltungsauftrag ist also ein schlechter Anknüpfungspunkt für umfassende Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten[383].

Nun schimmert aber aus den weiter unten noch zu besprechenden Urteilen des Bundesgerichts die Meinung durch, die Bank sei unter einem Vermögensverwaltungsmandat kraft ihrer besonderen Vertrauensstellung in gesteigertem Ausmass verpflichtet, den Kunden, der einzelne Anlagegeschäfte auf eigene Verantwortung "an der Bank vorbei" tätigen will, auf Risiken des einzelnen Geschäfts aufmerksam zu machen. In die gleiche Richtung geht ROTH, der die Aufklärungspflicht der Bank bezüglich solcher Einzelaufträge bejaht, Aufklärungspflichten ausserhalb eines Verwaltungsverhältnisses aber geradezu ausschliessen will[384]. Die Pflicht zur Warnung des Kunden vor Risiken bei Anlagegeschäften soll also ganz oder zum Teil am Bestehen eines Vermögensverwaltungsauftrages, nicht

---

382 Vgl. WIEGAND, Dienstleistungen.
383 Vgl. auch BERTSCHINGER, S. 112 und die Ausführungen oben Text bei Anmerkung 374.
384 URS P. ROTH, S. 30.

am Anlagegeschäft selbst festgemacht werden. Diese Auffassung erweckt Widerspruch.

Zunächst ist zu bedenken, dass Einmischungen des Kunden in die Vermögensverwaltung der Bank – auch wenn sie in der Praxis immer wieder vorkommen – problematisch sind. Sie widersprechen dem Verwaltungsauftrag. Eigene Dispositionen des Kunden durchkreuzen, wenn sie nicht mit der Bank abgesprochen werden, die von der Bank verfolgte Strategie und zwingen die Bank, die als Vermögensverwalterin eine umfassende Verantwortung für das bei ihr liegende Vermögen übernommen hat, zu verstärkter Aufmerksamkeit bei der Überwachung des Vermögens[385]. Sie lösen bei der Bank keine Aufklärungspflichten aus[386], wohl aber eine Pflicht zur Reaktion auf die vom Kunden geschaffene Lage, sei es in Form eigener, neuer Dispositionen, sei es in Form der Rücksprache mit dem Kunden. Diese Pflicht zur Reaktion folgt als Hauptpflicht aus dem Verwaltungsauftrag und wird, vor allem wenn der Kunde das konkrete Geschäft auf einem für routinemässige Anlagegeschäfte üblichen Übermittlungsweg veranlasst und schon so "am Vermögensverwalter vorbei" handelt, nicht schon im Zeitpunkt der Ausführung des Anlagegeschäfts, sondern erst post festum aktuell. Ob die Bank hinsichtlich solcher Geschäfte auch einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht unterliegt, die aus dem Anlagegeschäft fliesst, ist nicht aus der Optik des Verwaltungsauftrags heraus zu beurteilen[387].

Eine umfassende Aufklärungspflicht der Bank scheint auch das folgende, unpublizierte Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juni 1990 zu bejahen:

---

385 Einmischungen des Kunden in das von der Bank verwaltete Depot werden, wie GUTZWILLER, S. 56 und BERTSCHINGER, S. 116 bemerken, von der Bank nicht gern gesehen, weil sie die Gefahr einer Verwischung der Verantwortungen mit sich bringen. Eine vorsichtige Bank wird massive Einmischungen des Kunden in das von ihr verwaltete Depot nicht dulden und den Auftrag zurückgeben oder wenigstens die vom Kunden selbst getätigten Anlagen aus dem verwalteten Bestand ausgliedern, was durch Erklärung oder durch Umbuchung in ein separates Depot geschehen kann. Die Bank kann aber gestützt auf ihren Auftrag eine vom Kunden getroffene Disposition, die sie nicht billigt, nicht eigenmächtig rückgängig machen.

386 Eine vorsichtige Bank wird allerdings den Kunden über die Unangebrachtheit seiner Einmischung aufklären, vgl. BERTSCHINGER, S. 112 und S. 113.

387 Wenig überzeugend ist die Auffassung, die die Verpflichtung der Bank zur Überwachung auch der vom Kunden veranlassten Geschäfte mit der Auffassung begründet, es handle sich bei den vom Kunden veranlassten Geschäften um Weisungen im Rahmen des Verwaltungsmandats. Unter Weisungen ("Vorschriften") im Sinne von Art. 397 Abs. 1 OR sind beim Verwaltungsauftrag, wie auch sonst im Auftragsrecht (vgl. FELLMANN, N 16 zu Art. 397 OR) nicht direkte Einmischungen in die Vermögensverwaltung zu verstehen, sondern allgemeine Richtlinien, die die Grenzen der Ermessensbefugnis des Vermögensverwalters bezeichnen (so wohl auch GUGGENHEIM, S. 69; anders wohl SCHÖNLE, S. 292; HOPT, Rechtsprobleme, S. 141; SPÄLTI, S. 58; SALOME ZIMMERMANN, S. 139). Zu Recht hebt BERTSCHINGER hervor, dass der Kunde, der von der Bank die Durchführung einer bestimmten Transaktion verlangt, nicht gestützt auf sein Weisungsrecht im Rahmen des Verwaltungsratsmandats, sondern aufgrund eines separaten Auftrags handelt (BERTSCHINGER, S. 116).

Ein Kunde hatte spekulative Devisentermingeschäfte mit der Bank getätigt und dabei Verluste erlitten. Das Gericht äusserte sich zunächst in widersprüchlicher Weise: "Eine Bank ist nicht gehalten, einem Kunden von solchen Anlagen abzuraten, obwohl sie sich der Gefahr bewusst sein wird, im Fall einer 'Fehlspekulation' Vorwürfen des Auftraggebers ausgesetzt zu sein. Hat der Vermögensverwalter den Kunden über die Risiken aufgeklärt, so ist diesen Vorwürfen der Boden entzogen... Gegenüber einem börsenerfahrenen Kaufmann besteht keine Aufklärungspflicht..."[388].

Dann aber heisst es:

"Der Beklagte ist...entgegen der Ansicht der Klägerin seiner Abmahnungspflicht nachgekommen".

und

"Mit seinen Warnungen vor weiteren Dollaranlagen hat der Beklagte seiner Sorgfaltspflicht Genüge getan"[389].

Unklar bleibt, ob die starke Betonung der Aufklärungspflicht in diesem Urteil mit der Tatsache zusammenhängt, dass die Bank nicht einem gewöhnlichen Kunden gegenüberstand, sondern einem Kunden, der ihr einen Vermögensverwaltungsauftrag erteilt hatte.

c) Erneute Wende zur Zurückhaltung – Das Urteil des Bundesgerichts vom 23. März 1993

In diesem, bereits oben im Zusammenhang mit der Anlageberatung erwähnten Urteil hat das Bundesgericht der Aufklärungspflicht der Bank wieder sehr enge Grenzen gezogen:

Eine im internationalen Handel tätige Aktiengesellschaft schloss mit der Bank fortlaufend Devisengeschäfte auf Kassa und auf Termin ab und erlitt erhebliche Verluste. In Übereinstimmung mit den Vorinstanzen wies das Bundesgericht die Rüge der mangelnden Aufklärung zurück. Auch diesmal leitete das Gericht seine Erwägungen mit Aussagungen über die Treuepflicht ein: "Aus der Treuepflicht folgt als erstes, dass der Beauftragte den Auftraggeber von sich aus und am Beginn der Ausführung des Auftrages gestützt auf sein Fachwissen nach den Umständen des Falles über Chancen und Risiken der Auftragsausführung aufklärt. Diese Pflicht gilt für den Fall, dass zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsvertrag besteht, uneingeschränkt, weil der Verwalter die Interessen seines Kunden umfassend wahren muss. Führt die Bank hingegen nur punktuell Geschäfte für den Auftraggeber aus, ist sie nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet und muss ihn deshalb in der Regel nur auf Verlangen aufklären. Das Ausmass der Aufklärungspflicht richtet sich nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers. Kennt dieser die Risiken der Spekulationstätigkeit, braucht er keine Aufklärung. Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen. Die Anforderungen an ihre Aufklärungpflicht sind jedoch höher, wenn der Auftraggeber nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit ihren Krediten spekuliert" (BGE 119 II 333 ff., E. 5 a).

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht die bisher herrschende Unsicherheit nur zum Teil beseitigt. Die aus den Urteilen von 1989 und 1990

---

[388] Unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juni 1990 (4C.250/1989), zusammengefasst in SZW 1990, S. 274 f. sowie in IFLR, May 1991, S. 42 E. 2 a.

[389] Oben zitiertes Urteil E. 2 b.

herauszulesende Tendenz, aus jedem Auftrag ungeachtet seines gegenständlichen Umfangs eine Verpflichtung des Beauftragten zu umfassender Wahrung sämtlicher Interessen des Auftraggebers herauszulesen, ist zurückgenommen worden. Ein Anlageauftrag verpflichtet nur unter eng umschriebenen Voraussetzungen zur Warnung vor Risiken.

Weniger überzeugen auch diesmal die generellen Bemerkungen zur Treuepflicht und die "obiter dicta" zur Sorgfaltspflicht des Vermögensverwalters. Nach wie vor scheint das Bundesgericht aus dem weiten Umfang des Verwaltungsauftrags den Schluss zu ziehen, dass der Vermögensverwalter auch eine erhöhte Verantwortung für einzelne Geschäfte des Kunden trägt. Dabei lässt es ausser Betracht fallen, dass die Übertragung der Verwaltung an die Bank den Gedanken an solche Geschäfte eigentlich ausschliesst.

4. *Rechtsgrundlagen der Aufklärungspflicht der Bank ausserhalb des Auftragsrechts*

4.1. Ausstrahlungen des Gedankens der auftragsrechtlichen Treuepflicht in den Bereich der Austauschverträge

So wenig aus der blossen Tatsache, dass ein geplantes Geschäft dem Recht des Auftrags untersteht, eine Verpflichtung des Beauftragten folgt, den Auftraggeber unter allen Umständen auf alle denkbaren Risiken hinzuweisen, die für ihn aus der Ausführung des Auftrags erwachsen können, so wenig lässt sich auch die Meinung vertreten, dass solche, auf den Geschäftsabschluss kritisch Bezug nehmende Aufklärungs-, Warn- und Abmahnungspflichten nur bei Auftragsverhältnissen vorkommen können. Da es oft nur von historischen oder anderen, dem Kunden nicht einsichtigen Umständen abhängt, ob ein Anlagegeschäft von der Bank auf Kommissionsbasis erledigt wird, oder ob die Bank dem Kunden die gesuchte Anlage als Eigenhändler verkauft, kann die Frage der Aufklärungspflicht nicht im einen Fall so und im andern anders beantwortet werden[390].

Es ist in der Lehre anerkannt, dass vorvertragliche Aufklärungspflichten auch mit Austauschverträgen verknüpft sein können[391]. Andeutungsweise hat auch das Bundesgericht die Möglichkeit einer Pflicht der Bank zur Aufklärung des Kunden im Vorfeld von Anlagegeschäften, die nicht dem Auftrag unterstehen, schon zweimal bejaht[392]. Es hat sich dabei auf culpa in contrahendo berufen. Ist dieser Ansatz richtig gewählt?

---

[390] Vgl. oben 3. Kapitel, Ziffer 3.2. am Anfang.

[391] Zum Bankvertragsrecht: Für die deutsche Lehre: CANARIS, 2. Auflage, Rz 1896 und 2272; HOPT, Rechtsprobleme, S. 144 mit Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung. – Für die Schweiz: HAUSER, S. 64; DAENIKER, S. 169.

[392] BGE 68 II 295 ff. (303): Aufklärung betreffend Sparprivileg; BGE 110 II 360 ff. (373): Aufklärung betreffend Rechtswidrigkeit von Anlagen ausländischer Kunden in schweizerischer Währung. – Es handelt sich um obiter dicta; in beiden Fällen hatte

4.1.1 Abgrenzung zur Lehre von der culpa in contrahendo

Nach der Lehre von der culpa in contrahendo ist ein Verhandlungspartner nicht nur verpflichtet, Fragen des Gegners nach bestem Wissen und Gewissen zu beantworten[393]; er soll nach den Worten des Bundesgerichts auch "in gewissem Masse" verpflichtet sein, die Gegenpartei über Tatsachen aufzuklären, die sie nicht kennt oder nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können[394]. Die Tragweite dieser allgemeinen Aufklärungspflicht ist schwierig zu bestimmen. Es wird zu Recht betont, dass eine Partei beim Abschluss eines Vertrages, bei dem sich beide Seiten mit gegensätzlichen Interessen gegenüberstehen, nicht verpflichtet sein kann, der Gegenseite alles mitzuteilen, was sie weiss[395]. Wäre dies der Fall, so kämen Austauschverträge, die ja in vielen Fällen einem Wissensgefälle zwischen zwei Parteien ihre Entstehung verdanken, nicht häufig zustande. Geht man die einschlägigen Urteile durch, in denen die Aufklärungspflicht unter dem Titel der culpa in contrahendo bejaht wurde, so gewinnt man den Eindruck, dass sich die scheinbar allgemeine Pflicht zur spontanen Aufklärung über wesentliche Punkte entweder auf solche Punkte bezieht, in denen sich die andere Vertragspartei – erkennbar – in einem wesentlichen Irrtum im Sinn von Art. 23 OR befindet[396]; oder dann aber auf Punkte, von denen für die zur Aufklärung verpflichtete Partei *selbst* das Zustandekommen einer Bindung abhängt[397]. Damit gibt die aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) abgeleitete Aufklärungspflicht der Verhandlungspartner eine zu schmale Grundlage für die Aufklärungspflicht der Bank ab. Diese muss sich auf eine besondere Treuepflicht stützen können.

Wenn die Aufklärungspflicht der Bank trotzdem immer wieder auf culpa in contrahendo zurückgeführt wird[398], so liegt dies zum Teil daran, dass es aus herkömmlicher Sicht seltsam anmutet, die Aufklärungspflicht als vorvertragliche (Neben-)Pflicht an ein Geschäft zu knüpfen, dessen

---

die Bank einen (falschen) Rat erteilt respektive eine (rechtswidrige) Empfehlung ausgesprochen.

393 Sofern er nicht schweigen will, vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 576 zu Art. 1 OR; GONZENBACH, S. 104.

394 BGE 102 II 81 ff. (84) sowie frühere, dort zitierte Entscheide; 105 II 75 ff. (80); 108 II 305 ff. (313); 110 II 360 ff.

395 MERZ, N 270 ff. zu Art. 2 ZGB.

396 Vgl. BGE 90 II 455. Die Berufung auf den Willensmangel ist, wie dieser Fall zeigt, nicht immer ein tauglicher Rechtsbehelf; vgl. dazu THOMAS KOLLER, S. 163 f.

397 Ein sprechendes Beispiel: BGE 105 II 75 ff. (Escophon AG gegen Bank in Langenthal). Es geht hier um die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln.

398 So neben den Bundesgerichtsentscheiden BGE 68 II 295 ff. (303) und 110 II 360 ff. (373) auch die deutsche Rechtsprechung, die aber häufig auch andere Rechtsgrundlagen anruft: HEINSIUS, Anlageberatung, S. 183 ff.; HOPT, Aufklärungspflichten, S. 8; KRIMPHOVE, S. 6 f.; kritisch ROLLINGER, S. 31 ff. – Auf culpa in contrahendo berufen sich auch HAUSER, S. 64 und WETTSTEIN, S. 93 ff. und 100 ff.

Zustandekommen sie gerade in Frage stellen will[399]. Die neuere Lehre scheint sich aber mehr und mehr über solche Bedenken hinwegzusetzen und nicht nur die sogenannten Schutzpflichten nach der Art der Pistensicherungspflicht des Betreibers von Bergbahnen[400], sondern auch die vorvertraglichen Aufklärungspflichten als unselbständige Nebenpflichten aus dem vorerst nur intendierten Vertrag zu deuten. Sie fühlt sich dazu durch die moderne Auffassung legitimiert, die das Vertragsverhältnis als einen aus den Vertragsverhandlungen heraus sich entwickelnden "Organismus" respektive einen "in der Zeit verlaufenden Prozess" versteht[401].

4.1.2 Die innere Rechtfertigung für die Annahme von Aufklärungspflichten ausserhalb des Auftragsrechts: Berufshaftung

Wenn die Überlegung zutrifft, dass die allgemeine Rechtspflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben über die Lehre von der culpa in contrahendo nur in Extremfällen eine Grundlage für die Annahme von Aufklärungspflichten bei Austauschverträgen abgibt, so reicht auch die moderne, vor allem in Deutschland vertretene Lehre vom "gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht aus geschäftlichem Kontakt" resp. die "Theorie des einheitlichen Schutzverhältnisses"[402] zur Begründung der Aufklärungspflicht der Bank nicht aus. Denn auch diese Lehren stützen sich auf das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben. Pflichten, die sich auf Art. 2 ZGB stützen, sollten so formuliert sein, dass sie sich als allgemeine Pflichten an jedermann richten[403].

Die Aufklärungspflicht der Bank geht aber über diesen Rahmen hinaus. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie von der Bank als dem durch berufliche Expertise überlegenen Vertragspartner in bestimmten Fällen im Vorfeld von Austauschgeschäften die Wahrung der Interessen des Kunden in der selben Weise verlangt, wie wenn in dieser Beziehung[404], d.h. in bezug auf die Frage, ob der Abschluss des Geschäfts über den vordergründig erklärten Willen des Kunden hinaus dessen wohlverstandenem Interesse entspricht, ein Auftragsverhältnis zwischen beiden Parteien bestünde. Eine solche partielle Übernahme des aus der auftragsrechtlichen Interessenwahrungspflicht fliessenden Gebotes der Hinterfragung des Kundenwillens lässt sich nicht für alle Teilnehmer am Rechtsverkehr postulieren, wohl aber für Anbieter von Waren oder

---

399 In diesem Sinn ausdrücklich das Bundesgericht in BGE 68 II 295 ff. (302 f.).

400 BGE 113 II 246 ff.

401 Vgl. LARENZ, S. 27 f.; WIEGAND, Dienstleistungen, S. 136 f. und die bei THOMAS KOLLER, S. 164 Anm. 25-29 gegebenen Hinweise.

402 Nachweise bei KRAMER, Allgemeine Einleitung N 139 ff.

403 Man denke etwa an die aus Art. 2 ZGB entwickelten Grundsätze über die Haftung für Rat oder Auskunft, oder an den sog. Gefahrensatz, oder die der Haftung aus culpa in contrahendo zugrundeliegenden Rechtspflichten. Sie alle richten sich an jedermann, nicht nur an bestimmte Berufsgruppen.

404 Aber nicht bei der Erfüllung des vertraglichen Leistungsprogramms.

Dienstleistungen, die auf Grund ihres Auftretens am Markt als Experten das Vertrauen des Publikums in Anspruch nehmen. Banken gehören unzweifelhaft zu diesem Kreis von Anbietern. Die partielle Übernahme von Pflichten aus dem Auftragsbereich auf das Gebiet der Austauschverträge beruht somit auf den Wertungen, die der Lehre von der Berufshaftung zugrunde liegen[405].

4.2. Kritik anderer Vorstellungen

4.2.1. Umdeutung aller Bankverträge in Auftragsverhältnisse?

Könnte die Rechtsordnung dem Anliegen des Kunden, der das Vertrauen der Bank in Anspruch nimmt und der damit rechnet, dass sich die Bank beim Abschluss von Geschäften nicht nur von ihrem eigenen Interesse leiten lässt, nicht dadurch Rechnung tragen, dass sie alle Bankgeschäfte dem Auftragsrecht unterstellt[406]? Die Frage ist zu verneinen. Die Gewährung eines Hypothekardarlehens lässt sich nicht als Besorgung fremder Geschäfte verstehen, auch wenn sich eine Bank verpflichtet sehen kann, ihren Kreditnehmer auf bestimmte Risiken des zu finanzierenden Geschäfts aufmerksam zu machen. Ein Anlagegeschäft, das die Bank dem Kunden aus eigener Initiative unterbreitet, lässt sich nicht als Auftrag verstehen, auch wenn die Bank, wenn man der Suitability-Doktrin folgt, verpflichtet sein kann, ein solches Geschäft nur abzuschliessen, wenn sie sich vergewissert hat, dass es den Interessen des Kunden nicht zuwiderläuft. In beiden Fällen ist die Bank zwar verpflichtet, den Interessen des Kunden Rechnung zu tragen: dort in der Form einer blossen Aufklärung über Risiken, hier in der Form einer eigentlichen Abklärung der Bedürfnisse des Kunden. Der Gedanke der *Wahrnehmung* fremder Interessen, der das Auftragsrecht beherrscht, soll aber im Bereich der Austauschverträge über die Annahme einer vorvertraglichen Nebenpflicht nur abgeschwächt als Pflicht zur *Berücksichtigung* fremder Interessen zum Zuge kommen. Die Hauptleistung des Austauschvertrages lässt sich nicht als Besorgung fremder Interessen verstehen. Das Darlehen bleibt Darlehen; das von der Bank vorgeschlagene Anlagegeschäft bleibt ein Kaufvertrag.

---

405 Die Berufshaftung wird von der Lehre nicht als selbständige Haftungskategorie verstanden, sondern als konkretisierendes (vgl. HOPT in BAUMBACH/DUDEN/HOPT, § 347 Anm. 3 E) resp. pflichtenverschärfendes (vgl. KÖNDGEN, Bankhaftung, S. 136; RÜMKER, Aufklärungspflichten, S. 36) Haftungselement, das in der Wissensdifferenz zwischen dem Professional und dem Kunden ihre Rechtfertigung findet (KÖNDGEN a.a.O., S. 138) und das zur Begründung von Aufklärungspflichten herangezogen werden kann (RÜMKER a.a.O., S. 36). – Demgegenüber lehnen sich die Vorstellungen, die mit dem Begriff der "Vertrauenshaftung" verbunden werden (vgl. vor allem CANARIS, 3. Auflage, Rz 12 ff.) allzusehr an die im allgemeinen Gebot von Treu und Glauben begründeten Vorstellungen einer aus dem geschäftlichen Kontakt an sich fliessenden Schutzpflicht an, als dass sie für die besondere Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen des *unterlegenen* Vertragspartners eine plausible Grundlage abgeben könnten.

406 Vgl. die oben in Anmerkung 9 zitierten Autoren.

4.2.2. Allgemeiner Bankvertrag oder Kontoeröffnungsvertrag als Grundlage vorvertraglicher Aufklärungspflichten?

Es ist auch schon vorgeschlagen worden, die Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen des Kunden, die sich für die Bank aus ihrer Stellung zum Kunden ergeben kann, aus der Geschäftsbeziehung als solcher abzuleiten. Nach der Lehre vom allgemeinen Bankvertrag, wie sie von gewissen deutschen Autoren vertreten wird, überlagert sich den einzelnen Bankgeschäften ein sogenannter allgemeiner Bankvertrag. Dieser soll bestimmten Abreden und bestimmten Verpflichtungen der Bank, die sich dem jeweils in Rede stehenden Vertragstypus nicht zuordnen lassen, als Grundlage dienen. Dazu sollen neben der Vereinbarung über die Verbindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank etwa folgende Pflichten der Bank gehören: Die Geheimhaltungspflicht (Bankgeheimnis); die Pflicht der Bank, dem Kunden ihre Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen (Kontrahierungszwang); die Beratungspflicht[407]. Kann diesem Arsenal allgemeiner Pflichten, deren Existenz im einzelnen höchst umstritten ist, auch noch eine besondere Pflicht zur Berücksichtigung des Kundeninteresses zur Seite gestellt werden[408]? Ohne hier auf die in der Schweiz fast durchwegs abgelehnte Lehre vom allgemeinen Bankvertrag näher einzugehen, lässt sich doch folgendes sagen: Die dem allgemeinen Bankvertrag zugeschriebenen Abreden und Pflichten sind allgemeiner Natur; sie betreffen alle Kunden in gleicher Weise (AGB, Bankgeheimnis, Kontrahierungszwang, Beratungspflicht). Gerade dies lässt sich aber für die Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen des Kunden nicht sagen. Ob die Bank beim Abschluss von Geschäften, die als Austauschverträge primär den Ausgleich gegensätzlicher Interessen zum Gegenstand haben, Interessen des Kunden mitberücksichtigen muss, ist eine Frage, die sich gerade nicht für alle Kunden gleich beantworten lässt, sondern nach dem Grade des Wissensgefälles zwischen Bank und Kunden einerseits und dem Ausmass der möglichen Gefahren für den Kunden anderseits bestimmt.

In der Schweiz sind die Verlegenheiten, die anderswo zur Annahme eines allgemeinen Bankvertrags Anlass gegeben haben, weitgehend unbekannt. Was die Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeht, so gelten sie nach schweizerischer Lehre nur aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Vereinbarung. Im schweizerischen Bankgeschäft ist dafür die Schriftform üblich. Eine schriftliche Verpflichtung des Kunden auf die AGB findet nur bei der Eröffnung eines Kontos statt. Geschäfte, die ausserhalb eines Kontos abgewickelt werden, werden also von den AGB

---

[407] Vgl. dazu die Monographie von FUCHS; ferner CANARIS, 3. Auflage, Rz 4 ff.; ferner HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 393 ff., der den allgemeinen Bankvertrag der oben erwähnten Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis als Grundlage für die Annahme einer Interessenwahrungspflicht bei Austauschverhältnissen vorzieht, vgl. HOPT, Rechtsprobleme, S. 144 f. und HOPT, Aufklärungspflichten, S. 10 ff.

[408] Vgl. die Diskussion dieser Frage bei FUCHS, S. 152 ff., S. 165 ff.

nicht erfasst[409]. Auch für das Bankgeheimnis braucht in der schweizerischen Praxis eine vertragliche Grundlage nicht gesucht zu werden, da sie vom Gesetz vorausgesetzt wird. Beratungspflicht und Kontrahierungszwang der Bank sind in der schweizerischen Lehre ohnehin unbekannt.

In der schweizerischen Bankpraxis hat jede auf Dauer angelegte oder gegenständlich umfassende Beziehung zu einer Bank ihre Grundlage in einem Kontoeröffnungsvertrag. Dieser eignet sich als Rahmenvertrag zur Anknüpfung von Pflichten, die sich nicht anderweitig verankern lassen. Für eine je nach den Umständen zu bemessende Pflicht der Bank, beim Abschluss von Rechtsgeschäften die Interessen des Kunden mitzuberücksichtigen, lässt sich im konkreten Kontoeröffnungsvertrag, auch wenn er schematisch aufgrund eines Formulars abgeschlossen wird, eher eine Grundlage finden, als in der etwas konstruiert wirkenden Vorstellung von einem alle Bankverträge begleitenden allgemeinen Bankvertrag.

Trotzdem lassen sich die Aufklärungspflichten nicht ohne Schwierigkeiten auf den Kontoeröffnungsvertrag stützen. Es ist anzunehmen, dass die Bank auch gegenüber Kunden aufklärungspflichtig sein kann, die bei ihr kein Konto unterhalten. In der deutschen Lehre versucht zwar HOPT, das Bestehen von Aufklärungspflichten auch von der Intensität der gegenseitigen Beziehungen abhängig zu machen[410]. Nach dieser Auffassung sind Aufklärungspflichten gegenüber den "Einmalkunden" kaum anzunehmen. Ähnliches müsste wohl auch für den Schalterkunden gelten, der nicht durch ein Konto mit der Bank verbunden ist. Doch andere Autoren lehnen die Intensität und Dauer der Beziehung als Kriterium für die Annahme von Aufklärungspflichten ab[411]. Nimmt man die professionelle Überlegenheit der Bank über ihren unerfahrenen Kunden zum Ausgangspunkt für die Herübernahme auftragsrechtlicher Interessenwahrungspflichten in den Bereich der Geschäfte mit Austauschvertragscharakter, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Kunde mit der Bank nur am Schalter oder über ein Konto verkehrt. So verdient etwa der anonyme Kunde, der offensichtlich im Begriff steht, in die Ferien zu verreisen und am Schalter der Bank für den Gegenwert von Fr. 4000.– Banknoten in griechischer Währung kaufen will, einen Hinweis darauf, dass die griechischen Währungsvorschriften die Einfuhr griechischer Banknoten nur bis zum Wert von insgesamt 100 000 Drachmen zulassen. Ein solcher Kunde ist nicht anders zu behandeln als der mit der Bank über ein Konto verkehrende Kunde, der eine Überweisung verlangt, die nach den Devisenbestimmungen im Lande des Empfängers oder der Währung unzulässig ist und die den Kunden der Gefahr der Beschlagnahmung des überwiesenen Betrages aussetzt[412]. Deutsche Gerichte haben zwar festge-

---

409 THALMANN, AGB, S. 130.

410 HOPT, Kapitalanlegerschutz, S. 421.

411 GÜNTER H. ROTH in ASSMANN/SCHÜTZE, § 12 N 20; RÜMKER, Aufklärungspflichten, S. 57.

412 Vgl. oben Anmerkung 371.

stellt, dass ein Kunde, der am Schalter Obligationen kauft, um sie bei sich zu Hause aufzubewahren, nicht darüber aufgeklärt werden muss, dass der Emittent die Papiere vorzeitig zur Rückzahlung kündigen kann und dass er selbst die Veröffentlichungen überwachen muss. Es ist aber bezeichnend, dass die fehlende Pflicht zur Aufklärung von den Gerichten nicht mit dem Argument begründet wurde, es seien mit Schaltergeschäften grundsätzlich keine Aufklärungspflichten verbunden[413].

4.3. Aufsichtsrechtliche (öffentlichrechtliche) Gesetzgebung – Die Regelung im Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)

Zur Zeit liegt vor den Eidgenössischen Räten der Entwurf für ein Börsen- und Effektenhandelsgesetz. Dieses will die aufsichtsrechtliche Überwachung der Börsen und der Wertschriftenhändler ("Effektenhändler"), zu denen vor allem die Banken gehören, für das ganze Gebiet der Schweiz einheitlich regeln. Die Regelung der Verhaltenspflichten soll unter Vorbehalt der behördlichen Aufsicht der Selbstregulierung der Börsen und der Effektenhändler überlassen werden[414]. Trotzdem legt das Gesetz nach dem Entwurf des Bundesrates eine Reihe elementarer Verhaltensregeln selbst fest in der Meinung, dass die Effektenhändler die Einzelheiten durch den Erlass allgemeiner Geschäftsbedingungen selbst mit ihren Kunden regeln sollen. Unter diesen Regeln wird die Aufklärungspflicht ausdrücklich erwähnt. Dabei wird weder nach der Rechtsnatur (Auftrag oder Kauf) noch nach dem Gegenstand (Anlageerwerbsgeschäft, Beratung, Vermögensverwaltung) der Geschäfte differenziert. Dass nicht nach der Rechtsnatur der Geschäfte differenziert wird, ist sicher beabsichtigt, sachlich angemessen und erinnert an die amerikanische "Shingle Theory", die über das Aufsichtsrecht erreichen will, dass beim Börsengeschäft auch im Bereiche der "contracts" (Austauschverträge) der Gedanke der Interessenwahrung zum Zuge kommt. Problematischer ist es, dass der Entwurf keine Klarheit darüber schafft, auf welche Geschäfte sich die nachstehend genannten Pflichten beziehen. Art. 11 Abs. 1 lit. c des Entwurfs lautet wie folgt[415]:

Der Effektenhändler hat gegenüber seinen Kunden
a) Eine Sorgfaltspflicht; er stellt insbesondere sicher, dass die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können

---

413 Urteile des Landgerichts Saarbrücken vom 21. Mai 1992, in WM 1992, S. 1271 ff. und des Amtsgerichts München vom 11. Februar 1993, in WM 1993, S. 1035 ff.

414 Art. 4 des Entwurfs gemäss Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1369 ff.

415 In den Beratungen des Ständerates in der Dezembersession 1993 wurde dieser Entwurf nur unwesentlich verändert, vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1993, S. 1005.

b) Eine Treuepflicht; er stellt insbesondere sicher, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen
c) Eine Informationspflicht; er weist sie insbesondere auf die mit einem bestimmten Geschäft verbundenen Risiken hin.

Der Effektenhändler regelt die Einzelheiten in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde genehmigt die allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie mit den in Absatz 1 genannten Pflichten vereinbar sind.

Bei der Anwendung der Pflichten gemäss Absatz 1 sind die Geschäftserfahrenheit und die fachlichen Kenntnisse der Kunden zu berücksichtigen.

a) In formeller Hinsicht ist dazu zu bemerken:

Das Gesetz scheint nicht direkt in das Privatrecht eingreifen zu wollen. Mit dem Hinweis auf die Regelung der Einzelheiten auf dem Wege der Vereinbarung von allgemeinen Geschäftsbedingungen scheint es davon auszugehen, dass die Regelung der Beziehungen zwischen dem Effektenhändler und den Kunden Sache des Privatrechts ist und bleiben soll. Der Eingriff des öffentlichen Aufsichtsrechts soll sich grundsätzlich über die Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen vollziehen[416].

b) Inhaltlich fällt auf:

Die Aufklärungspflicht wird nicht als Ausfluss der Treuepflicht, sondern einer besonderen Informationspflicht verstanden. Störend fällt ins Gewicht, dass die Aufklärungspflicht viel zu konkret umschrieben wird. Mit der vorgegebenen Ordnung, die das Gesetz auf die Aufstellung von Grundsätzen beschränken will, ist die Vorschrift, wonach der Effektenhändler seine Kunden "auf die mit einem *bestimmten Geschäft* verbundenen Risiken" hinweisen muss, nicht vereinbar.

Der Wortlaut des Gesetzes scheint, was die Bestimmung der Voraussetzungen und der Umfang der Aufklärungspflicht angeht, wenig Spielraum für eine nähere Umschreibung im Rahmen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Effektenhändlers zu lassen. Bei der Umschreibung der Pflicht sollen zwar die Geschäftserfahrung und die fachlichen Kenntnisse des Kunden berücksichtigt werden. Aber dieses Bekenntnis zur Flexibilität steht im Widerspruch zur Pflicht, die "mit einem *bestimmten Geschäft* verbundenen Risiken" aufzuzeigen. In diesem Sinn scheint Art. 11 des Entwurfs den Rahmen viel enger ziehen zu wollen als das Bundesgericht, das in seinem jüngsten Urteil vom 23. März 1993 (BGE 119 II 33 ff.) festgestellt hat, dass die Bank, die nicht gleichzeitig ein Verwaltungsmandat innehat, in der Regel nur auf Verlangen aufklären muss und eine Hinweispflicht der Bank grundsätzlich nur besteht, wenn "ohne weiteres ersichtlich ist, dass der Kunde von den Risiken keine

[416] Der Ständerat hat in der Dezembersession 1993 den zweitletzten Absatz (Kontrolle der AGB durch die Aufsichtsbehörde) gestrichen, vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1993, S. 1005.

Ahnung hat." Es besteht die Gefahr, dass eine derart konkret, wenn auch wenig glücklich formulierte Rechtsnorm von den Gerichten als unmittelbar im Rahmen des Privatrechts anwendbare Verhaltensnorm missverstanden und so ausgelegt wird, als verlange das Gesetz in jedem einzelnen Fall die Prüfung der Börsenaufträge auf mögliche, für den Kunden bestehende Risiken hin. Diese Auslegung stünde auch zu den Interessen des Kunden im Widerspruch.

Bei der Umschreibung des Umfangs der Aufklärungspflicht sind nämlich nicht nur die Geschäftserfahrenheit und die fachlichen Kenntnisse des Kunden zu berücksichtigen, sondern auch die Umstände der Auftragserteilung. Macht der Kunde von der Möglichkeit der Auftragserteilung auf schriftlichem Weg oder auf dem Weg des Telebanking (Videotex) Gebrauch, so hat die Bank bei der Entgegennahme des Auftrags keine Möglichkeit der Intervention[417]. Soll dem Kunden dieser, nicht nur für die Bank bequeme, sondern auch der raschen Erledigung der Börsenaufträge dienende Weg der Auftragserteilung in Zukunft verschlossen sein?

Wäre dies die Meinung des Entwurfs, so wäre wieder einmal übersehen worden, dass Sorgfalt mehrere Gesichter hat. Indem man die Bank – angeblich im besten Interesse des Kunden – dazu zwingt, jeden einzelnen Börsenauftrag des Kunden zu prüfen, macht man nicht nur die Erledigung der Börsenaufträge zu einer kostspieligen Angelegenheit; man verunmöglicht gleichzeitig die rasche Ausführung von Börsenaufträgen, die ihrerseits zu den entscheidenden Sorgfaltspflichten der Bank im Börsengeschäft gehört.

Eher ist die Vermutung am Platz, die Verfasser des Entwurfs hätten in Unkenntnis der Verhältnisse des Börsengeschäfts in unserem Land ausländische, namentlich amerikanische und englische Verhältnisse im Auge gehabt und sich am Modellfall eines Effektenhändlers ausgerichtet, den es bei uns praktisch nicht gibt: am Wertschriftenhändler, der seinen Kunden von sich aus Anlagen zum Kauf empfiehlt.

Zu Unrecht wurde an einem Kolloquium zum Vorentwurf des Gesetzes die Suitability-Doktrin zitiert[418]. Diese Lehre ist für die in unserem Land im Anlageerwerbsgeschäft herrschenden Verhältnisse, wo der Anstoss zum Anlagegeschäft meistens vom Kunden ausgeht, praktisch kaum relevant[419].

Auch der in der Botschaft des Bundesrates gegebene Hinweis auf ausländische Regelungen schlägt nicht durch. Die Botschaft[420] nennt ausdrücklich den Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie zu den Wertpapierdienstleistungen und die Richtlinien der IOSCO. Beide Dokumente formulieren die im Interesse des Anlegers aufgestellten Ver-

---

417 Vgl. oben Text nach Anmerkung 345.

418 Diskussionsvotum von NOBEL am Kolloquium Vorentwurf, S. 53.

419 Zur Suitability-Doktrin vgl. oben 5. Kapitel, Ziffer 1.2.

420 BBl 1993 I 1405.

haltenspflichten in allgemeinerer Form als der Entwurf. So wird in Art. 11 der inzwischen in Kraft getretenen EG-Richtlinie von Wertpapierfirmen verlangt, dass sie

"von ihrem Kunden Angaben über ihre finanzielle Lage, ihre Erfahrung mit Wertpapiergeschäften und ihrer mit den gewünschten Dienstleistungen verfolgten Ziele verlangen."[421]

Ähnlich verlangt Ziffer 4 der IOSCO Principles:

"A firm should seek from its customers information about their financial situation, investment experience and investment objectives relevant to the services to be provided."[422]

Beide Regelungen inspirieren sich an angloamerikanischen Verhältnissen und damit an der Tätigkeit von Wertschriftenhändlern, die ihren Kunden Papiere zum Kauf empfehlen oder Vermögen verwalten.

Soll also inskünftig eine schweizerische Bank nicht mehr berechtigt sein, ihren Kunden zu bieten, was auch in amerikanischen Verhältnissen unter dem Begriff des "discount brokerage" bekannt ist: die Ausführung von Börsenaufträgen, die der Kunde der Bank aufgibt, ohne vorher mit ihr über die Anlage zu sprechen?

Es ist nicht anzunehmen, dass unser Gesetzgeber so weit hat gehen wollen.

Schlusswort

Der vorliegende Bericht musste sich aus verschiedenen Gründen auf Wesentliches beschränken. Praktisch wichtige Dinge wie z.B. die Frage der Verteilung der Beweislast konnten nicht eingehend behandelt werden. Die Betonung wurde auf systematische Zusammenhänge und die Herausarbeitung klarer Konturen gelegt. An klaren Konturen hat der Rechtsverkehr auch im Bank- und Finanzbereich ein eminentes Interesse. Unter idealen Verhältnissen wäre es vielleicht wünschenswert, wenn sich die Bank als umfassende Interessenvertreterin aller ihrer Kunden betätigen und jederzeit ein Höchstmass an Sorgfalt leisten könnte, und wenn jeder Kunde von seiner Bank laufend Hinweise auf Chancen und Risiken erwarten könnte. Dem stehen die realen Verhältnisse entgegen, unter denen ein Höchstmass an Effizienz insgesamt dort erreicht wird, wo Verantwortungen klar definiert werden. Es geht um das Prinzip der Arbeitsteilung. Wenn sowohl die Bank wie der Kunde wissen, dass die Eröffnung eines Wertschriftendepots keine Verantwortung für die Bank mit sich bringt, den Kunden vor Kursverlusten zu schützen, wird sich der Kunde, sofern er der Bank nicht einen Verwaltungsauftrag gibt, mit anderem Einsatz um sein Vermögen kümmern, als wenn er sich halbwegs

---

421 Vgl. WM 1993, S. 1439.

422 Bei der IOSCO, International Organisation of Securities Commissions handelt es sich um die internationale Dachorganisation der Wertpapiermarkt-Aufsichtsbehörden.

beim Gedanken beruhigt, dass auch seine Bank irgendwo "ein" Auge auf seinen Papieren ruhen lässt. Soweit die Lehre zur Verflüssigung der Kriterien und zur einzelfallbezogenen Interessenabwägung tendiert, ist sie an das Anliegen der Verkehrssicherheit zu erinnern. Auch wenn in der Praxis die Grenzen zwischen einem Beratungsgespräch und einem mündlich erteilten Börsenauftrag fliessend sein mögen, so dient es doch der Rechtsfindung, wenn zunächst einmal idealtypisch zwischen einem Beratungsgespräch und einem Anlageerwerbsgeschäft unterschieden und insbesondere auch dem Umstand Rechnung getragen wird, dass es einen Unterschied macht, ob die Initiative zum Geschäft vom Kunden oder von der Bank ausgeht. Wer die Bank in allen diesen Funktionen gleichmässig als "Berater" bezeichnet, spiegelt dem Anleger eine heile Welt vor. Die Bank kann zwar viel für ihren Kunden tun, aber es muss grundsätzlich Sache des Kunden sein, die Bank wissen zu lassen, ob und wann er von ihrer Erfahrung und ihrem Wissen Gebrauch machen will.

Literaturverzeichnis

ALBISETTI EMILIO/GSELL MAX/NYFFELER PAUL, Bankgeschäfte, Leitfäden für das Bankwesen, Band 2, 4. Auflage, Zürich 1990

ARZT GUNTHER, Zur Rechtsnatur des Art. 305ter StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), SJZ 1990, S. 189 ff.

ASSMANN HEINZ-DIETER, The Broker-Dealer's Liability for Recommendations: under the U.S. securities laws and the suitability rules of self-regulatory organizations, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 305, Frankfurt a.M./Bern 1982 (Zit. Recommendations)

ASSMANN HEINZ-DIETER/SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 1990

AUBERT MAURICE/KERNEN JEAN-PHILIPPE/SCHÖNLE HERBERT, Das schweizerische Bankgeheimnis, Deutsche Ausgabe, Bern 1978

AVANCINI PETER/IRO GERT M./KOZIOL HELMUT, Österreichisches Bankvertragsrecht, 2 Bände, Wien 1987 und 1993

BAERLOCHER RENÉ JACQUES, Der Hinterlegungsvertrag, in: SPR VII/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 647 ff.

Banken im Wettbewerb, Stellungnahme der Banken und Börsen zum Bericht der Schweizerischen Kartellkommission "Die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe", Hrsg. Schweizerische Bankiervereinigung, Basel 1989

BAUMBACH ADOLF/DUDEN KONRAD/HOPT KLAUS J., Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, 28. Auflage, München 1989

BAUMBACH ADOLF/HEFERMEHL WOLFGANG, Wechselgesetz und Scheckgesetz, Kurzkommentar, 18. Auflage, München 1993

BECKER H., Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1945

BERTSCHINGER URS, Die Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, SSBR 9, Zürich 1991

BILLOTTE-TONGUE IMOGEN, Aspects juridiques du virement bancaire, SSBR 13, Zürich 1992

BISCHOFF JACQUES, Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr, SZIER 1993, S. 285 ff.

BIZZOZERO ALESSANDRO, Le contrat de gérance de fortune, Fribourg 1992

BREHM ROLAND, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar Art. 41-61 OR, Bern 1986 ff.

BRÜGGEMANN ROLF, Umwelthaftung des Darlehensgebers, SZW 1994, S. 70 ff.

BUCHER EUGEN, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, S. 97 ff.

CAMENZIND CHRISTIAN, Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleihensobligationen und Notes, SSHWR 121, Zürich 1989

CANARIS CLAUS-WILHELM, Bankvertragsrecht, 2. Auflage, Berlin/New York 1981
– Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3. Auflage, Berlin/New York 1988

DE CAPITANI WERNER, Die neue Insiderstrafnorm: Prävention aus der Sicht einer schweizerischen Grossbank, ST 1989, S. 287 ff.

CHAPUIS JEAN-PAUL, Sorgfaltspflichten der Banken, ZbJV 1992, S. 148 ff.

VON DER CRONE-SCHMOCKER BRIGITTE, Das Checkinkasso und die Checktruncation – Rechtliche Analyse der Abläufe von Checkinkassi unter Berücksichtigung der Checktruncation, SSHWR 86, Zürich 1986

VON DER CRONE HANS CASPAR, Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweiung (EFTPOS), SSHWR 109, Zürich 1988

DAENIKER DANIEL, Anlegerschutz bei Obligationenanleihen, SSHWR 142, Zürich 1992

DEGRANDI BENNO, Rechtsprobleme des Lombardkredites, SZW 1990, S. 2 ff.

DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, AJSUF 87, 2. Auflage, Fribourg 1990

Die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe, Untersuchung der Kartellkommission, Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers 3/1989, Bern 1989

DRUEY JEAN NICOLAS, Verträge auf Informationsleistung, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 147 ff. (Zit. Informationsleistung)

EISNER BEAT, Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtsgrundlage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern u.a. 1992

EMCH URS/RENZ HUGO/BOESCH FRANZ, Das schweizerische Bankgeschäft, 4. Auflage, Thun 1993

FAVRE-BULLE XAVIER, Le droit communautaire du paiement électronique, Studien zum Verbraucherrecht, Band 2, Zürich 1992

FELLMANN WALTER, Der einfache Auftrag, Berner Kommentar Art. 394-406 OR, Bern 1992

FORSTMOSER PETER, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Band 36, Bern 1976, S. 11 ff. (Zit. Rechtsprobleme)

FORSTMOSER PETER/LÖRTSCHER THOMAS, Namenaktien mit aufgeschobenem Titeldruck, SAG 1987, S. 50 ff.

FUCHS HANS-ULRICH, Zur Lehre vom allgemeinen Bankvertrag, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 294, Frankfurt a.M. 1982

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER, Schweizerisches Obligationenrecht, 2 Bände, 5. Auflage, Zürich 1991

GAUTSCHI GEORG, Der einfache Auftrag, Berner Kommentar Art. 394-406 OR, 3. Auflage, Bern 1971

GENONI MAURIZIO A.M., Rechtsprobleme der externen Vermögensverwaltung, SZW 1991, S. 19 ff.

GILLIARD FRANÇOIS, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967 II, S. 193 ff.

GIOVANOLI MARIO, Some recent developments in banking law, in: European Banking Law – The Banker-Customer Relationship, Hrsg. Ross Cranston, London 1993 (LLP)

GONZENBACH RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, ASR 510, Bern 1987

GRUNEWALD BARBARA, Aufklärungspflichten ohne Grenzen?, AcP 1990, S. 609 ff.

GRUSON MICHAEL/FISCHER KLAUS, Die Risiko- und Verlustverteilung bei Scheckfälschungen im US-amerikanischen Recht, ZHR 153 (1989), S. 643 ff.

GUGGENHEIM DANIEL, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Auflage (Deutsche Ausgabe), Zürich 1986

GUHL THEO/MERZ HANS/KOLLER ALFRED, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 8. Auflage, Zürich 1991

GUTZWILLER P. CHRISTOPH, Der Vermögensverwaltungsvertrag (SSHWR 122), Zürich 1989

HADDING WALTHER/HOPT KLAUS J./SCHIMANSKY HERBERT (Hrsg.), Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldturm?, Bankrechtstag 1992, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung Band 3, Berlin/New York 1993

HANDSCHIN LUKAS, Papierlose Wertpapiere, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 15, Basel/Frankfurt a.M. 1987

HAUSER DIETER C., Spekulative Warentermingeschäfte - Die Rechtsstellung von Kunde und Broker unter besonderer Berücksichtigung der Treue- und Sorgfaltspflicht des Kundenberaters, Schriften zum Bankwesen 29, Zürich 1987

HEINRICH GREGOR, UNCITRAL und EDI-Einheitsrecht, CR 1994, S. 118 ff.

HEINSIUS THEODOR, Anlageberatung durch Kreditinstitute, ZHR 145 (1981), 177 ff. (Zit. Anlageberatung)

– Pflichten und Haftung der Kreditinstitute bei der Anlageberatung. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 6. 7. 1993 (Bond-Anleihe-Fall), ZBB 1994, S. 47 ff. (Zit. Pflichten und Haftung)

HENSSLER MARTIN, Anlegerschutz durch Information. Die Neuregelung des Börsenterminrechts durch die Börsengesetznovelle vom 11.7.1989, ZHR 153 (1989), S. 611 ff.

HINDERLING HANS, Der Besitz, in: SPR V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 403 ff.

HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: SPR VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 1 ff.

HONSELL HEINRICH, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 1990 I, S. 135 ff. (Zit. Haftung des Arztes)

– Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 2. Auflage, Bern 1992 (Zit. Obligationenrecht)

HOPT KLAUS J., Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken – Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, München 1975 (Zit. Kapitalanlegerschutz)

– Schweizerisches Kapitalmarktrecht – Begriff, Aufgaben und aktuelle Probleme, WuR 1986, S. 101 ff. (Zit. Schweizerisches Kapitalmarktrecht)

– Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Hrsg. Rudolf von Graffenried, Bern 1987, S. 135 ff. (Zit. Rechtsprobleme)

– Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen – Recht und Praxis in der EG, in Deutschland und in der Schweiz, München 1991 (Zit. Emissionen)

– Funktion, Dogmatik und Reichweite der Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten der Kreditinstitute, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldturm?, Bankrechtstag 1992, Berlin/New York 1993, S. 1 ff. (Zit. Aufklärungspflichten)

HORN NORBERT, Das Recht der internationalen Anleihen, Frankfurt a. M. 1972

HUBRECHT GEORGES/COURET ALAIN/BARBIERI JEAN-JACQUES, Droit commercial, 12e édition, Paris 1991 (Sirey)

JÄGGI PETER, Die Wertpapiere, Zürcher Kommentar Art. 965-989 und 1145-1155 OR, Zürich 1959

JÄGGI PETER/DRUEY JEAN NICOLAS/VON GREYERZ CHRISTOPH, Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check, Basel 1985

JOOST DETLEV, Die Verteilung des Risikos von Scheckfälschungen, ZHR 153 (1989), S. 237 ff.

KAISER URS, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Bern 1987

KILGUS SABINE, Haftung für Urkundenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit der Wegbedingung durch AGB, SSHWR 103, Zürich 1988

KLEINER BEAT, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken – Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. Auflage, Zürich 1964 (Zit. AGB)

– Internationales Devisen-Schuldrecht – Fremdwährungs-, Euro- und Rechnungseinheitsschulden, Zürich 1985 (Zit. Devisenschuldrecht)

– Gefälschte Unterschriften im Kontoverkehr: Wer "haftet"?, ST 1986, S. 312 ff. (Zit. Wer haftet?)

– Bankkonto – Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 273 ff. (Zit. Bankkonto)

– Bankkonto und elektronische Transaktionen, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 715 ff. (Zit. Elektronische Transaktionen)

KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, S. 1483 ff.

KOLLER INGO, Der Verzicht auf die Prüfung von Scheckunterschriften, WM 1985, S. 821 ff.

KOLLER THOMAS, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Privatrecht, ZSR 1993 I, S. 157 ff.

Kolloquium Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Genf, 5.-6. Mai 1987, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 31, Genf 1987 (Zit. Kolloquium Kapitalmarktrecht)

Kolloquium Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel, Genf, Oktober 1991, Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève, Zürich 1992 (Zit. Kolloquium Vorentwurf)

KÖNDGEN JOHANNES, Die Haftung von Börseninformationsdiensten: Lücke im Anlegerschutz?, JZ 1978, S. 389 ff. (Zit. Börseninformationsdienste)

– Bankhaftung – Strukturen und Tendenzen – Generalbericht, in: Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht, Hrsg. Johannes Köndgen, RWS-Forum 1, Köln 1987, S. 133 ff. (Zit. Bankhaftung)

KRAMER ERNST A., Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 18 OR, Berner Kommentar, Bern 1986

KRIMPHOVE DIETER, Anlageberatung – Das System der zivilrechtlichen Haftung von Kreditinstituten, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 1276, Frankfurt a.M. u.a. 1992

KÜBLER FRIEDRICH, Anlageberatung durch Kreditinstitute, ZHR 145 (1981), S. 204 ff. (Zit. Anlageberatung)

– Müssen Anlageempfehlungen anlegergerecht sein? Zum Stellenwert der amerikanischen "suitability"-Doktrin im deutschen Recht, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band II, München 1982, S. 193 ff. (Zit. Suitability)

KUHN MORITZ, Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, ZSR 1986 I, S. 469 ff. (Zit. Entwicklung)

– Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 1986, S. 345 ff. (Zit. Haftung aus Raterteilung)

– Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht, SJZ 1993, S. 257 ff. (Zit. Aktuelle Probleme)

LÄNZLINGER ANDREAS, Die Haftung des Kreditgebers. Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, SSHWR 138, Zürich 1992

LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987

LEUENBERGER CHRISTOPH, Dienstleistungsverträge, ZSR 1987 II, S. 1 ff.

LOSS LOUIS, Fundamentals of Securities Regulation, Boston und Toronto 1983

MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Vereinbarung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken – Rahmenvereinbarung und Geschäftsverbindungsvertrag, ZSR 1990 I, S.172 ff.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrrecht, Zürich 1985

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Abschied vom Wertpapier, ZbJV 1986, S. 385 ff.

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in: Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, S. 151 ff.

MERZ HANS, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 ZGB, 2. Auflage, Bern 1966 (Zit. Kommentar)

– Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, in: SPR VI/1, Basel/Frankfurt 1984 (Zit. Obligationenrecht)

MERZ PETER/DE BEER ALEXANDER I., Umfassendere Informationspflichten bei Notes-Emissionen, SAG 1987, S. 137 ff.

NEMELKA PETER, Eigentum an Geld nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 2, Zürich 1978, S. 129 ff.

NOBEL PETER, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979 (Zit. Praxis I)

– Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 1984 (Zit. Praxis II)

– Die Sorgfaltspflicht des Bankiers, in: Fünfzig Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 205 ff. (Zit. Sorgfaltspflicht)

– Bemerkungen zum Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht im Bankbereich, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, S. 235 ff. (Zit. Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht)
– Zur Problematik des sogenannten Kursschnittes beim Wertpapierhandel, in: Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, S. 527 (Zit. Kursschnitte)

OFTINGER KARL/BÄR ROLF, Das Fahrnispfand, Zürcher Kommentar Art. 884-918 ZGB, Zürich 1981

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil, 3 Teilbände, 4. Auflage, Zürich 1987, 1989 und 1991

OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Zürcher Kommentar Art. 1-183 OR, Zürich 1929

OSWALD CHRISTOPH, Analyse der Sorgfaltspflichtsverletzung im vertraglichen und ausservertraglichen Bereich, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 22, Zürich 1988

Paget's Law of Banking, 10. Auflage, by Mark Hapgood, London/Edinburgh 1989 (Butterworth)

PERRIN JEAN-FRANCOIS, La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse, Semaine judiciaire 1973, S. 209 ff.

PIOTET PAUL, L' acquisition "a non domino" de monnaie ou de papiers-valeurs au porteur ou à ordre, in: Recueil de travaux publié à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse de juristes à Lausanne, du 4 au 6 octobre 1958, Lausanne 1958, S. 33 ff.

VON PLANTA ANDREAS, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 425-438 OR, Basel 1992

QUINN THOMAS M., Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest, 2d edition, Boston and New York 1991

REHBERG JÖRG, Strafrecht III, Delikte gegen das Eigentum, 5. Auflage, Zürich 1990

REICHWEIN HEINZ, Gedanken zu einigen Fragen des Bankrechts, insbesondere zu den Sorgfaltspflichten der Bank im Lichte einer Neuerscheinung auf dem Gebiete des Bankvertragsrechts, SAG 1987 S. 18 ff.

REISER CRISTOF, Das beleglose Scheckeinzugsverfahren im deutschen Kreditgewerbe, WM 1986, S. 409 ff.

RIDER BARRY A.K./CHAIKIN DAVID A./ABRAMS CHARLES, Guide to the Financial Services Act 1986, London 1987 (CCH)

RIPERT GEORGES/ROBLOT RENÉ, Traité de droit commercial, 11e édition, tome II, Paris 1988 (L.G.D.J.)

ROHR ANDREAS, Grundzüge des Emissionsrechts, SSBR 3, Zürich 1990

ROLLINGER NORBERT, Aufklärungspflichten bei Börsentermingeschäften, Göttingen 1990

ROTH URS PHILIPP, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 1 ff.

RÜMKER DIETRICH, Haftung gegenüber dem Anleger (II) – Haftung bei dem Erwerb und der Finanzierung von Vermögensanlagen, in: Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht, Hrsg. Johannes Köndgen, RWS-Forum 1, Köln 1987, S. 71 ff. (Zit. Bankhaftungsrecht)
– Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute aus der Sicht der Praxis, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldturm?, Bankrechtstag 1992, Berlin/New York 1993, S. 29 ff. (Zit. Aufklärungspflichten)

SCHÄFER FRANK A., Haftung für fehlerhafte Anlageberatung und Vermögensverwaltung, RWS-Skript 240, Köln 1993

SCHLEGELBERGER FRANZ/HEFERMEHL WOLFGANG, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6 Bände, 5. Auflage, München 1973 ff.

SCHMID STEFAN J., Die Geschäftsbeziehung im schweizerischen Bankvertragsrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1994.

SCHNEIDER UWE H., Das Recht des elektronischen Zahlungsverkehrs, Schriften zum deutschen und ausländischen Geld-, Bank- und Börsenrecht, Band 2, Frankfurt a.M. 1982

SCHNYDER ANTON K., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 41-59 OR, Basel 1992

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung, Zürcher Kommentar Art. 1-17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973

SCHÖNLE HERBERT, Bank- und Börsenrecht, 2. Auflage, München 1976 (Zit. Bank- und Börsenrecht)

– La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, publiés à l'occasion de son 70ème anniversaire, Fribourg 1977, S. 387 ff. (Zit. Renseignements)

– La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit envers les tiers en droit suisse, SAG 1977, S. 149 ff. (Zit. La responsabilité du donneur de crédit)

– La responsabilité des banques et de leurs clients en cas d'utilisation abusive et frauduleuse des nouveaux moyens électroniques de paiement et de mauvais fonctionnement du système automatisé d'opérations bancaires, in: Les nouveaux moyens électroniques de paiement, Lausanne 1986, S. 65 ff. (Zit. Moyens électroniques de paiement)

SCHWAIBOLD MATTHIAS, Ausgewählte AGB der Banken, in: AGB – Eine Zwischenbilanz, WIV Stichworte Nr. 2, St. Gallen/Berlin 1992, S. 223 ff. (Zit. AGB)

– Überblick über die neuere Rechtsprechung im Bankenrecht, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, 1/1992, Hrsg. Peter Nobel, Bern 1993, S. 192 ff. (Zit. Überblick)

SCHWARK EBERHARD, 100 Bände BGHZ: Bank- und Wertpapierrecht, ZHR 151 (1987), S. 325 ff.

SPÄLTI DIETER, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin unter Berücksichtigung der Anlageberatung, SSHWR 116, Zürich 1989

STARK EMIL, Sachenrecht: Der Besitz, Berner Kommentar Art. 919-941 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1984

STEINMANN MARKUS, Kundenidentifikation durch Code und ihre rechtliche Bedeutung im Bankwesen, SSBR 19, Zürich 1994

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Band I, 4. Auflage, Bern 1993; Band II, 3. Auflage, Bern 1984; sowie Ergänzungsband Besonderer Teil I und II, Teilrevisionen 1987 bis 1990, Bern 1990

TAISCH FRANCO, Privatplacierungen. Insbesondere im Hinblick auf Notes, SSHWR 101, Zürich 1988

TEVINI DU PASQUIER SILVIA, Le crédit documentaire en droit suisse: Droits et obligations de la banque mandataire et assignée, Basel/Frankfurt a.M. 1990

THALMANN CHRISTIAN, Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 5, Zürich 1982, S. 125 ff. (Zit. AGB)

– Überlegungen zur Haftung der Bank für indirekten Schaden aus Verspätungen im Zahlungsverkehr, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Hrsg. Rudolf von Graffenried, Bern 1987, S. 161 ff. (Zit. Zahlungsverkehr)

THÉVENOZ LUC, Error and Fraud in Wholesale Funds Transfers – U.C.C. Article 4A and the UNCITRAL Harmonization Process, Publications du Centre d'études juridiques européennes, Zürich 1990 (Zit. Error and Fraud)

– Le banquier, son client et l'ordinateur, Réflexions sur la prestation de services en masse, Semaine judiciaire 1993, S. 17 ff. (Zit. Le banquier)

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS und VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Band I und II, Zürich 1974 und 1979

VORTMANN JÜRGEN, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, RWS-Skript 226, 2. Auflage, Köln 1993

WAHRENBERGER ANDRÉ, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts). Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 40, Zürich 1992

WATTER ROLF, Prospekt(haft)pflicht heute und morgen, AJP 1992, S. 48 ff.

WEBER ROLF H., Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 1985, S. 85 (Zahlungsaufträge)

– Dome Petroleum und Bankenhaftung – Ein Rechtsgutachten, Zürich 1987 (Zit. Dome Petroleum)

– Erhöhtes Haftungsrisiko für Banken?, ST 1987, S. 387 ff. (Zit. Erhöhtes Haftungsrisiko)

– Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis? Bemerkungen zu den Bedeutungsstufen des Sorgfaltswidrigkeitsbegriffes im Spannungsfeld zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, ZSR 1988 I, S. 39 ff. (Zit. Sorgfaltswidrigkeit)

– Swap-Geschäfte, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 301 ff. (Zit. Swap-Geschäfte)

– Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke?, in: Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, S. 735 ff. (Zit. Schutzpflichten)

– Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP 1992, S. 177 ff. (Zit. Aktuelle Probleme)

– Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 394-411 OR, Basel 1992 (Zit. Kommentar)

– Prospekthaftpflicht in der Praxis. Zum Entscheid Bond-Anleihen/BHF-Bank des Landgerichts Frankfurt, SZW 1993, S. 55 ff. (Zit. Prospekthaftpflicht in der Praxis)

WERRO FRANZ, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, ZSR 1989 I, S. 253 ff.

WETTSTEIN PETER M., Home banking – Die Beziehungen zwischen Kunde und Bank aus juristischer Perspektive, SSHWR 117, Zürich 1989

WHITE JOHN R.C., Regulation of Securities and Futures Dealing, London 1992 (Sweet and Maxwell)

WIEGAND WOLFGANG, Die Leistungsstörungen, recht 1983, S. 1 ff. und S. 118 ff. und 1984, S. 13 ff. (Zit. Leistungsstörungen)

– Zur Haftung für Dienstleistungen – Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 62 ff., recht 1990, S. 134 ff. (Zit. Dienstleistungen)

– Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 97-109 OR, Basel 1992 (Zit. Kommentar)

– Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Eine Standortbestimmung anhand der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 1993, S. 149 ff. (Zit. Aufklärung bei medizinischer Behandlung)

ZIEGLER BARBARA, Haftung der Bank bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, Basler Dissertation 1980 (Maschinenschrift)

ZIEGLER A., Anleihensobligationen, Berner Kommentar Art. 1156 OR, 1157-1186 OR und Schlussbestimmungen nach dem Bundesgesetz vom 1. April 1949 über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen, Bern 1950

ZIMMERMANN SALOME, Die Haftung der Bank aus Verwaltungsauftrag, SJZ 1985, S. 137 ff.

ZIMMERMANN HARRY, Kommentar des schweizerischen Scheckrechts, Art. 1100-1144 OR, Zürich 1964

ZOBL DIETER, Das Fahrnispfand, Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Bern 1982 (Zit. Kommentar)

– Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter besonderer Berücksichtigung von

Interessenkonflikten, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 319 ff. (Zit. Vermögensverwaltungsauftrag)