

Bankvertragsrecht
Susan Emmenegger (Hrsg.)

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2017 – Schweizerische Bankrechtstagung 2017

Bankvertragsrecht

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von

Corinne Zellweger-Gutknecht

Jean-Marc Schaller

Martin Lanz

Vito Roberto

Benedikt Maurenbrecher / Fabrice Eckert

Susan Emmenegger

Hubert Stöckli

Rolf Sethe

Jörg Schmid

Mirjam Eggen

Luc Thévenoz

Rolf H. Weber

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Die Druckvorlagen wurden von der Herausgeberin reprofertig geliefert.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4007-9

© 2017 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Was wäre die Bank ohne ihre Kundinnen und Kunden? Das Bankgeschäft ist primär ein *Bankkundengeschäft*, das in die privatrechtliche Rahmenordnung des OR und des ZGB eingebettet ist. Die privatrechtlichen Fragen rund um die Bankkundenbeziehung standen bei der SBT 2017 im Vordergrund, allerdings unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das private Bankrecht längst Teil einer Ordnung geworden ist, die von multiplen Rechtsquellen geformt und gestaltet wird.

CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT zeigt in ihrem Beitrag auf, wie sich der wirtschaftlich Berechtigte zunehmend aus seinem ursprünglichen Biotop, nämlich der Geldwäschereigesetzgebung, herauslöst; immer häufiger tritt er auch im privatrechtlichen Verkehr als Akteur auf, dessen Positionen sich zu einem Rechtsanspruch verdichtet haben. Um den Rechtsschutz der klassischen Bankkunden geht es im Beitrag von JEAN-MARC SCHALLER. Er mahnt an, man solle die Dogmatik der Legitimationsmängel überdenken, namentlich im Hinblick auf die Anwendung der Freizeichnungsgrenzen in Art. 100 und 101 OR auf die Bank. Ob sich sein Ansatz durchsetzt, bleibt offen – angesichts der neuen digitalen Risiken dürfte die Rechtsprechung aber genügend Gelegenheit haben, seinen Ansatz genauer zu analysieren. Den Fragen der Haftungsbefreiung widmet sich auch MARTIN LANZ mit seinem Beitrag über die *disclaimers*. Dabei zeigt sich: Disclaimers sind in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten verankert und erfüllen vielfältige Funktionen. Ihre Wirksamkeit unterliegt im Ergebnis zahlreichen Schranken, weshalb sich überbordende Disclaimers nicht lohnen. Weniger ist hier mehr.

Für Schlagzeilen haben in den letzten Jahren die Meldungen von Datenleaks bei den Banken gesorgt. Die rechtliche Bewältigung der Haftungsfragen lässt sich allerdings nicht auf Einzeiler herunterbrechen. VITO ROBERTO analysiert für die verschiedenen «Leak-Konstellationen» die Informationspflichten der Bank. BENEDIKT MAURENBRECHER untersucht in seinem Beitrag den Einfluss der bankengesetzlichen Gewährsbestimmung auf die vertragliche Beziehung zwischen der Bank und ihren Kundinnen und Kunden. Der Autor kommt zum Schluss, dass die Berührungspunkte zwischen dem Vertragsrecht und der aufsichtsrechtlichen Gewähr überschaubar bleiben. Zwar ist die schwere Verletzung vertragsrechtlicher Pflichten potentiell gewährsrelevant, aber umgekehrt bedeutet eine Gewährsverletzung nicht zwingend die Verletzung einer vertraglichen Pflicht.

Die überschaubaren Berührungspunkte zwischen Vertrag und Gewähr vermögen allerdings nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die wechselseitige Beziehung zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht neue Dimensionen erreicht hat, seit die Verhaltenspflichten im Hinblick auf die Kundenbeziehung zu einem zentralen regulatorischen Thema avanciert sind. Der zweite Teil der Tagung stand im Zeichen von Impulsreferaten zum Thema «Fidleg und das Vertragsrecht». Das Fidleg, gerupft und gezupft, wird aller Voraussicht nach die parlamentarischen Beratungen überstehen. Was steht im Fidleg, wenn man eine obligationenrechtliche Brille aufsetzt? Hierfür hat sich ein professorales Panel zur Verfügung gestellt, bestehend aus MIRJAM EGGEN, JÖRG SCHMID, ROLF SETHE, HUBERT STÖCKLI, LUC THÉVENOZ, ROLF H. WEBER und SUSAN EMMENEGGER. Die mündlichen Impulsreferate der Panelistinnen und Panelisten werden in diesem Tagungsband als Abschrift zur Verfügung gestellt.

Die Bankrechtstagung lebt vom Publikum, das Publikum aber kommt nur, wenn die Tagung inhaltsreiche Referate verspricht. Dieses Versprechen haben die Referentinnen und Referenten der SBT 2017 vollumfänglich erfüllt. Ich danke Euch dafür von Herzen! Danken möchte ich auch dem Team des Instituts für Bankrecht, das mich in allen Belangen unterstützt und vorangetrieben hat. Ein grosses «Mercischön» für den tollen Einsatz! Besonders danken möchte ich LESLIE ANN SOMMER für die Federführung bei der Organisation der Tagung; danken möchte ich auch MIRJAM FRITSCHI, der Tagungsleiterin der SBT 2016, die für all unsere organisatorischen Fragen immer ein offenes Ohr hatte. Verantwortlich für den diesjährigen Tagungsband zeichnet OLIVIA FUHRER, der ich an dieser Stelle ebenfalls herzlich danke.

Bern, im Juni 2017

Susan Emmenegger

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BBl	Bundesblatt
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
eidg.	eidgenössisch
f./ff.	folgende / fortfolgende
E-Fidleg	Entwurf zum Finanzdienstleistungsgesetz vom 4. November 2015 (BBl 2015 9093)
E-Finig	Entwurf zum Finanzinstitutsgesetz vom 4. November 2015 (BBl 2015 9093)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
i.V.m.	in Verbindung mit
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31)
KIID	Key Investor Information Document
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweis auf
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SR	Systematische Rechtssammlung
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
WAK	Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben
WpPG	Wertpapierprospektgesetz vom 22. Juni 2005 (BGBI. I S. 1698)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer

Inhaltsübersicht

Zivile Rechtsfolgen wirtschaftlicher Berechtigung Urteilshinweise und dogmatische Überlegungen.....	1
CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT	
Legitimationsmängel.....	45
JEAN-MARC SCHALLER	
Disclaimer im Bankvertragsrecht.....	71
MARTIN LANZ	
Informationspflichten der Bank bei «Datenleaks»	105
VITO ROBERTO	
Gewährserfordernis und Privatrecht.....	139
BENEDIKT MAURENBRECHER / FABRICE ECKERT	
Fidleg und das Vertragsrecht: Impulsreferate.....	197
Einführung.....	199
SUSAN EMMENEGGER	
Fidleg aus der Sicht eines Vertragsrechtlers	211
HUBERT STÖCKLI	
Kundensegmentierung	215
ROLF SETHE	
«Execution-only-Geschäfte»	221
JÖRG SCHMID	
Basisinformationsblatt	243
MIRJAM EGGEN	

Anlageberatung: Angemessenheit und Eignung..... 247

LUC THÉVENOZ

Dreipersonenverhältnisse..... 253

ROLF H. WEBER

Zivile Rechtsfolgen wirtschaftlicher Berechtigung Urteilshinweise und dogmatische Überlegungen

Corinne Zellweger-Gutknecht, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	2
1.	Vordergründiges... ..	2
2.	... und Hintergründiges.....	6
II.	Innenverhältnis: wirtschaftliche Kontrolle	8
III.	Aussenverhältnis: rechtliche Dualität oder Einheit?.....	9
1.	Ordentliche Situation.....	10
2.	Ausserordentliche Situationen.....	12
IV.	Qualifizierte Interessenkollision.....	13
1.	Insichgeschäfte.....	13
2.	Eigengeschäfte	14
a)	Eigeninteresse des Vertreters.....	14
b)	Fehlende Gutgläubigkeit der Gegenpartei.....	15
c)	Rechtsfolgen.....	19
3.	Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks	20
a)	Grundsätze.....	20
b)	Praxisfälle	21
V.	Schutznorm.....	23
1.	Erbrecht.....	23
a)	Grundsatz.....	23
b)	Ratio	25
c)	Jüngste Präzisierungen	26
d)	Revisionsprojekt	28

* PD Dr. iur. Corinne Zellweger-Gutknecht, Rechtsanwältin, Universität Zürich.

2. Eheschutz	29
3. Haftpflichtrecht.....	30
a) Erfolgsunrecht.....	30
b) Verhaltensunrecht.....	31
VI. Rechtsmissbrauch.....	32
1. Grundsatz.....	33
2. Ausnahme	33
a) Strohmanssituation	34
b) Missbrauch.....	34
3. Verfahrensaspekte.....	35
a) Arrestgegenstand und Sucharrest.....	35
b) Arrest und Einspracheverfahren.....	38
c) Widerspruchsverfahren.....	38
d) Mitwirkungspflicht Dritter	39
VII. Fazit.....	41
Literatur.....	43
Materialien.....	44

I. Einleitung

Der zivilrechtliche Umgang mit der wirtschaftlichen Berechtigung trägt bis heute oft kasuistische Züge. Zwar gibt es Ausnahmen, so namentlich im Hinblick auf die Rechtsstellung der Erben von wirtschaftlich Berechtigten: Für sie hat das Bundesgericht in den vergangenen zwei Dekaden ein relativ konsistentes rechtssystematisches Konzept entwickelt und mit immer schärferen Konturen versehen. Ähnliches gilt inzwischen für Ehegatten sowie für Zwangsvollstreckungsgläubiger von wirtschaftlich Berechtigten. In anderen Bereichen hingegen fehlt es nach wie vor an einem dogmatisch konsistenten Umgang mit der wirtschaftlichen Berechtigung. Das hat mutmasslich mehrere Gründe.

1. Vordergründiges...

So wird die wirtschaftliche Berechtigung bis heute *primär als Figur des öffentlichen Rechts* wahrgenommen: Sie fungiert als kardinaler Anknüpfungs-

tatbestand im Kampf der Behörden gegen Fiskaldelikte, Geldwäsche und weitere Übel unserer Zeit. Vor rund 15 Jahren brachte das Bundesgericht diese Haltung wie folgt auf den Punkt: «Die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten dient dem Kampf gegen die Geldwäscherei; ihr dürften daher keine privatrechtlichen Wirkungen zukommen. Der wirtschaftlich Berechtigte ist nicht Vertragspartei, so dass die Beziehungen zwischen Kontoinhaber und wirtschaftlich Berechtigtem *res inter alios acta* sind.»¹ Der Konditionalis deutete freilich schon damals an, dass es bei dieser strikten Grenzziehung nicht bleiben würde.

Der zweite Grund fusst im Umstand, dass die wirtschaftliche Berechtigung jedenfalls in ihrer Aussenwirkung, *erga omnes*, gerade *kein* rechtliches Phänomen ist, sondern ein blosses wirtschaftliches Faktum. (Darauf weist zwar nur das Adjektiv «wirtschaftlich» hin, während als Hauptwort etwa «Befugnis» weit treffender gewesen wäre – aber das nur am Rande.) Ob diese Aussenbefugnis im Innenverhältnis, *inter partes*, auf einer Berechtigung i.e.S. beruht, mithin doch rechtlich begründet ist, bleibt für Dritte irrelevant. Denn noch immer ist in unserer Rechtsordnung eine *wirtschaftliche Einheitsbetrachtung im Privatrecht unüblich*. Vielmehr gilt nach wie vor der Grundsatz, dass eine wirtschaftliche Bewertung nur zulässig ist, wo auch das Gesetz eine solche vorsieht.² Gründe für eine Einheitsbetrachtung ergeben sich primär aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften, etwa im Steuerrecht und im Bereich der Geldwäschereibekämpfung: Wenn es die Durchsetzung des Normzwecks erfordert, kommt dort eine ganzheitliche Betrachtung zum Zuge. Das gilt namentlich auch für den finanzmarktrechtlichen Gläubiger-, Anleger- und Funktionsschutz (Art. 5 FINMAG): Eine Umgehung mithilfe von formaljuristischen Organisationsformen wird sanktioniert.³ Indessen sind solche *leges speciales* bzw. öffentlich-rechtlich motivierten Auslegungen nicht analogiefähig und noch weniger lassen sie sich auf privatrechtliche

¹ Zit. Pra 92 (2003) Nr. 51 = BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3c/aa. Ähnlich auch BGE 132 III 609 E. 5.3.1 S. 618: «L'identification de l'ayant droit économique intervenant dans la lutte contre la criminalité économique, elle ne déploie aucun effet de droit privé [...]. C'est d'ailleurs uniquement dans le cadre de cette mission d'intérêt public que la banque doit se préoccuper de l'existence d'un éventuel ayant droit économique distinct du client».

² Vgl. BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 775 (Retro III).

³ Vgl. etwa BGer Urteil 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 1.3.2.4 und 1.3.2.5 m.w.H. sowie E. 2.2 zu den Umgehungsindizien.

Verhältnisse übertragen.⁴ Daran ändert auch nichts, dass mit Art. 697j OR die wirtschaftlich berechtigte Person erstmals Eingang ins Obligationenrecht gefunden hat:⁵ Selbst diese Bestimmung hat ihrer Ratio nach öffentlich-rechtlichen Charakter und erlaubt über ihren Anwendungsbereich hinaus keine generelle wirtschaftliche Betrachtung im Privatrecht.⁶ Erforderlich ist dafür vielmehr stets eine spezifische Rechtsgrundlage.

Der dritte Grund betrifft die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten: Sie wurde erst nach und nach ausgeweitet. Noch unter der VSB 03 galt prinzipiell die (positive) Vermutung der Bank, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch sei.⁷ Nur in drei materiellen Ausnahmefällen musste die an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigte Person festgestellt werden.⁸ Auch die VSB 08 hielt an diesem Grundsatz fest, führte aber zusätzlich neue formelle Feststellungsgründe ein.⁹ Doch erst die VSB 16, die seit dem 1. Januar 2016 in Kraft steht, vollzog den *Paradigmenwechsel vom Vermutungs- zum Abklärungsprinzip*. Seither hat eine Bank die Frage der wirtschaftlichen Berechtigung grundsätzlich¹⁰ immer zu stellen (Art. 27 VSB 16). Selbst wenn sie ausnahmsweise keine Zweifel daran hat, dass der Vertragspartner auch der wirtschaftlich Berechtigte ist, muss sie diesen Umstand auf geeignete Weise festhalten (Art. 29 VSB 16).¹¹ Zudem dürfen nur noch natürliche wirtschaftlich Berechtigte festgestellt und müssen für ausgewählte Strukturen spezifische Formu-

⁴ Ausdrücklich BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 776 f. (Retro III), im Hinblick auf Konzernstrukturen.

⁵ Vgl. etwa VISCHER/GALLI, SJZ 2016, S. 481 ff.

⁶ BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 776 f. (Retro III).

⁷ Art. 3 Rz. 25 Abs. 1 Satz 1 VSB 03; BASSE-SIMONSOHN, recht 2008, S. 87 m.w.H.

⁸ Wenn ungewöhnliche Feststellungen gemäss Rz. 25 Abs. 2 VSB Zweifel an der Identität des Vertragspartners und des wirtschaftlich Berechtigten die positive Vermutung zerstörten.

⁹ BASSE-SIMONSOHN, recht 2008, S. 87 Fn. 106: Kassageschäfte über CHF 25'000; nicht im Handelsregister eingetragene Personengemeinschaften mit mehr als CHF 25'000 Guthaben; Korrespondenzeröffnungen; Sammelkonti (ausser für berufsmässige Dienstleister); Investmentvehikel mit max. 20 Investoren ohne Börsenkotierung und ohne Bank oder Effekthändler als Promotor oder Sponsor; Sitzgesellschaften (Qualifikation seit VSB 08 anhand von Indizien im pflichtgemässen Ermessen der Bank).

¹⁰ Gemäss Art. 70 VSB 16 bei Neuaufnahme einer Beziehung oder wenn eine Wiederholung der Feststellung nach Art. 46 VSB 16 zu wiederholen ist.

¹¹ Dies in Abstimmung mit der FATF und der revidierten Geldwäschereigesetzgebung; vgl. HEIM, VSB 2016, N 3 zu Art. 27.

lare verwendet werden.¹² *Konnten also Banken von Ausnahmefällen abgesehen die wirtschaftlich Berechtigten bislang noch ignorieren*, so dürften sie nun in Kürze vom Grossteil der wirtschaftlich Berechtigten Kenntnis erlangt haben – zumindest, was deren Existenz betrifft, zunehmend aber auch hinsichtlich weiterer Umstände.

Viertens schliesslich steht die wirtschaftliche Berechtigung hartnäckig im Ruch, vornehmlich im rechtlichen Graubereich und von ethisch ignoranten Konsorten genutzt zu werden. Genährt wird diese Haltung durch kleinere und grosse Skandale, die seit Jahrzehnten mit verlässlicher Kontinuität an die Öffentlichkeit dringen. Oft bilden sie erkennbar nur die Spitze eines Eisberges. Paradigmatisch dafür ist noch immer die Texon; die Vaduzer Briefkastenfirma der SKA-Direktoren aus Chiasso.¹³ Doch was mit Hilfe der Texon geschah, war gar nicht so aussergewöhnlich, sondern entsprach vielmehr damaliger Praxis auf dem Finanzplatz Schweiz¹⁴ – die erst und nur publik wurde, weil die Texon und weitere solche Vehikel massive Verluste erlitten hatten.¹⁵ Jüngstes Exempel bilden wohl die 2.6 Terabyte schweren Panama Papers, die am 3. April 2016 geleakt wurden.¹⁶ Dazwischen liegt eine Vielzahl von Bagatellfällen, wie sie in der Praxis regelmässig begegnen. Sie alle münden in einer diffusen «allgemeinen Lebenserfahrung» bzw. in einer Art *Alltagstheorie der wirtschaftlich berechtigten Profiteure*.

Erleiden solche Personen Schaden und suchen sie daraufhin selbst oder über die von ihnen beherrschten Gesellschaften Rechtsschutz, wird ihnen zuweilen nicht ohne erkennbare Genugtuung beschieden, sie müssten «die

¹² KILGUS/LOSINGER, TREX 2016, 282: Formular K für Kontrollinhaber; Formular R für Rechtsanwälte; Formular S für Stiftungen mit Destinatären; Formular T für Trusts inkl. Differenzierung nach deren Struktur (widerrufbar oder nicht; diskretionär oder nicht).

¹³ Sie diente bis 1977 vor allem italienischen Bürgern als Hafen für Schwarz- und andere Fluchtgelder. Vgl. BGE 105 Ib 348 E. 10c S. 365 f.: «Die Texon nahm von Dritten Gelder entgegen, liess sie dann aus und erwarb damit Beteiligungen. Sie investierte dabei die Mittel in Unternehmungen verschiedenster Art. Ihr Gewinn bestand in der Differenz zwischen dem Ertrag ihrer Ausleihungen und den Aufwendungen, die sie ihren Kreditoren zu erbringen hatte.»

¹⁴ GEIGER, *wirtschaftlich Berechtigte*, 4; LEUTWILER, *Vorwort Finanzunterwelt*, Zürich 1988, 7.

¹⁵ Bei der Texon waren es CHF 1.2 Mrd., welche die SKA auf ihre Bücher nehmen musste; die Weisskredit-Bank und die Banque Leclerc gingen wegen ihrer faillierten Vehikeln gar in Nachlassstundung bzw. -liquidation. Vgl. EBK Jahresbericht 1977, 7.

¹⁶ Vgl. nur *The Guardian*, 11. April 2017, *Panama Papers investigation wins Pulitzer prize*.

von ihnen geschaffenen rechtlichen Strukturen gegen sich gelten lassen»¹⁷ und könnten es ändern «nicht im Nachhinein zum Vorwurf machen, den Willen der wirtschaftlich Berechtigten respektiert zu haben, hinter einem Schleier verborgen zu bleiben, den diese selber um sich gelegt hatte.»¹⁸

2. ... und Hintergründiges

Dieser Reflex ist nicht ganz unverständlich. Doch im Sinne der Rechtsstaatlichkeit haben auch wirtschaftlich Berechtigte Anspruch auf eine nachvollziehbare und verlässliche, mithin rechtssichere Behandlung. Wie aber sollten Richterinnen und Richter urteilen, wenn sich die oben angesprochene Alltagstheorie konkretisiert?

Angenommen, ein wirtschaftlich Berechtigter versteckt sich hinter einer formalen Konstruktion (etwa einer Treuhand, einer Gesellschaft oder einer Stiftung), um seine heimatlichen Steuergesetze zu umgehen. Später, im Rahmen einer qualifizierten Interessenkollision,¹⁹ wird er selbst durch den Treuhänder geschädigt oder seine formal berechtigte Gesellschaft oder Stiftung erleidet durch Handlungen eines Vertreters (etwa eines Stiftungsrates oder eines mandatierten Vermögensverwalters) Schaden. Wird hierauf unsere Justiz um Hilfe ersucht und wendet sie die nachfolgenden dargestellten Prinzipien schematisch an, erlangen der wirtschaftlich Berechtigte oder seine Konstruktion vielleicht Ausgleich – in der Gesamtschau vermag dieses Resultat aber zumindest ethisch nicht zu überzeugen.

Sollte daher das Gericht stattdessen versuchen, den unsittlichen oder widerrechtlichen Zweck des Schuldverhältnisses (Art. 20 OR)²⁰ oder der Personenverbindung oder Anstalt (Art. 52 Abs. 3 ZGB) zu erstellen?²¹ Unter schweizerischem Recht stünde dann im Falle des *Schuldverhältnisses* (etwa der Treuhand) allenfalls Art. 66 OR einer Kondiktion entgegen – und zwar

¹⁷ Zit. OGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 3.5.3.2 m.H.a.; BGE 97 II 289 E. 3 S. 293. Im Ergebnis ebenso schon BGE 71 II 271 S. 274 und 53 II 25 E. 2 S. 30 ff.

¹⁸ Zit. BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3c/bb = Pra 92 (2003) Nr. 51.

¹⁹ Vgl. dazu unten Kap. IV.

²⁰ Vgl. zur Problematik etwa in Bezug auf Bankverträge über unversteuerte Vermögenswerte EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 31. August 2015, Rz. 7 ff.

²¹ Wird die Nichtigkeit von keiner Partei behauptet, kann das Gericht zwar nach dem Grundsatz *iura novit curia* dennoch zu diesem Ergebnis gelangen, hat indessen den Parteien hierzu ausreichendes rechtliches Gehör zu gewähren, wenn es sich nicht dem Vorwurf der Verletzung der Dispositionsmaxime aussetzen will. Vgl. dazu WIEGAND, *ne ultra petita*, 140 f.

selbst unter der inzwischen restriktiven Rechtsprechung.²² Somit entfielen auch die Kausalität des Vertreterhandelns zum behaupteten Schaden.²³ Bei einer *juristischen Person* käme es zu deren Liquidation, inklusive Anfall des Erlöses an das «Gemeinwesen» i.S.v. Art. 57 Abs. 3 ZGB.²⁴ In beiden Fällen würde das unbefriedigende Obsiegen des wirtschaftlich Berechtigten oder seiner Konstruktion verhindert.

Die Hürden zu einem entsprechenden Urteil sind indes enorm hoch. Sie potenzieren sich noch, wenn mit der Dualität ausländisches Recht umgegangen werden soll oder die formal berechnete juristische Person einem ausländischen Gesellschaftsstatut untersteht.²⁵ Dann hat das Gericht zusätzlich noch das ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen bzw. die zumutbaren und verhältnismässigen Abklärungen dazu vorzunehmen (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 IPRG). Zwar kann es die Parteien zur Mitwirkung anhalten oder ihnen den Nachweis ganz überbinden (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 und 3 IPRG). Doch nur falls daraus kein zuverlässiges Ergebnis resultiert oder ernsthafte Zweifel daran aufkommen, darf das Gericht ersatzweise Schweizer Recht anwenden (Art. 16 Abs. 2 IPRG).²⁶ Führt das ausländische Recht sodann zu anderen Folgen als unsere Rechtsordnung, müsste das Gericht zusätzlich noch darlegen, warum dieses Ergebnis mit unserem *Ordre public* nicht vereinbar ist, bevor es die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts ausschliesst und subsidiär das hiesige Recht zur Anwendung bringen dürfte (Art. 17 IPRG, negativer *Ordre public*).²⁷

Es ist bereits angesichts des Begründungsaufwandes ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb Gerichte diesen Weg soweit ersichtlich nicht beschritten haben, um den Ansprüchen von wirtschaftlich Berechtigten oder ihren Konstrukten zu begegnen. Der skizzierte Ansatz mag in Minderheits-

²² Vgl. ZELLWEGGER-GUTKNECHT, Transfer und Auszahlung, 739 f. m.w.H. Denn BGE 134 III 438 E. 3.2 S. 445 schloss neben der Restitution des Gaunerlohns weiterhin auch die Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen aus, sofern es «der Zweck der verletzen Norm [...] eindeutig [...] erfordert». Das dürfte stets zu bejahen sein, wo der Staat einen Einziehungsanspruch o.ä. durchsetzen will.

²³ In Analogie zu BGE 129 IV 257 E. 2.3 S. 261: Dort konnte der Darlehensgeber die für ein Spiel dargeliehene Summe aufgrund von Art. 513 OR nicht mehr einklagen, so dass die zweckwidrige Verwendung des Geldes durch den Darlehensnehmer sein Verlustrisiko nicht mehr erhöhen konnte.

²⁴ Vgl. BGE 112 II 1 E. 4b S. 6 f. und E. 7 S. 10 ff.

²⁵ Zur Missbräuchlichkeit im transnationalen Bereich vgl. Kap. VI.

²⁶ Vgl. nur BGE 128 III 346 E. 3.2.1 S. 351.

²⁷ BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350.

voten seinen Niederschlag gefunden haben²⁸ – aber nicht in den Endfassungen der Urteile. Denn (und das tritt noch erschwerend hinzu) eine Rechtsprechung, welche den wirtschaftlich Berechtigten und seinen Konstrukten den Rechtsschutz *expressis verbis* wegen des verfolgten sitten- oder rechtswidrigen Zwecks versagt hätte, wäre in der Schweiz noch bis vor kurzem auch (wirtschafts-)politisch nicht opportun gewesen.

Stattdessen behalfen sich die Gerichte mit einer betont strengen Haltung, die etwa wie folgt zusammengefasst werden kann: «La personne qui confie des biens à autrui, en lui accordant une procuration ou de toute autre manière, doit assumer elle-même le risque d'un éventuel abus.»²⁹ Gerade im Bereich der qualifizierten Interessenkonflikte verhinderte diese kompensatorische Härte aber auch die Heranbildung einer stringenteren Dogmatik. Weil in den Urteilen die mutmasslich leitenden ethischen Bedenken und Hintergründe zudem nicht ausgesprochen wurden, irritieren die erzielten Resultate heute noch zusätzlich.³⁰

Künftig dürfte sich aber einiges ändern: Der Wechsel hin zum Abklärungsprinzip und die fortschreitende Transparenz sowie Automatisierung der Informationsflüsse werden mutmasslich die missbräuchlich eingesetzte wirtschaftliche Berechtigung einerseits eindämmen und andererseits rascher entlarven. Wer sie rechtmässig verwendet, wird wohl bei qualifizierten Interessenkonflikten vermehrt Recht erhalten. Und Missbrauchsfälle dürften die Gerichte alsbald unumwunden als solche benennen – wie es heute beim (umgekehrten) Durchgriff in der Zwangsvollstreckung bereits geschieht. Der vorliegende Text ist denn auch bereits in diesem Sinne abgefasst.

II. Innenverhältnis: wirtschaftliche Kontrolle

Der Klarheit halber ist der Untersuchungsgegenstand kurz einzugrenzen. Zwar existiert hierzulande weder im Ständesrecht noch im Gesetz eine einheitliche Definition der wirtschaftlichen Berechtigung³¹ und auch in völker-

²⁸ Exemplarisch hatte etwa ein Minderheitsvotum des Handelsgerichts Zürich im Vorfeld zu HGer ZH Urteil HG110230 vom 10. Juni 2016 vergeblich den wirtschaftlich Berechtigten der Klägerin als (missbräuchlichen) «Weltenbummler» ohne Steuerdomizil qualifiziert und die Klage im Wesentlichen abweisen wollen. Vgl. BGer Urteil 4A_436/2016 vom 7. Februar 2017 Sachverhalt B/e/a. und B/b/i/f.

²⁹ Zit. BGer Urteil 4C.397/2006 vom 5. Juni 2007 E. 4.

³⁰ Paradigmatisch sind hier die unten noch behandelten BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 und 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51.

³¹ HEIM, VSB 2016, N 9 zu Art. 27.

rechtlichen Verträgen³² wie im internationalen Soft Law³³ bestehen Nuancen.³⁴ Für den vorliegenden Zweck reicht indes die Feststellung, dass deren Fokus inzwischen stets auf jenen natürlichen Personen liegt, die *Vermögenswerte kontrollieren können* – selbst wenn sich diese Kontrolle aktuell nicht in ihrem eigenen Vermögen auswirkt.³⁵

Vom Begriff des wirtschaftlich Berechtigten (*beneficial owner*) ausdrücklich nicht erfasst, ist folglich der wirtschaftlich nur Begünstigte (*beneficiary*): Ihm können zwar Vermögenswerte zufließen, doch bevor es soweit ist, übt er – anders als der Berechtigte – keinerlei Kontrolle aus.³⁶ Er spielt im weiteren Verlauf der Untersuchung keine Rolle.

III. Aussenverhältnis: rechtliche Dualität oder Einheit?

In der Praxis variieren die konkrete Ausgestaltung der wirtschaftlichen Berechtigung im Innenverhältnis und ihre Kundgabe im Aussenverhältnis enorm. Das sei am Beispiel einer simplen Kontobeziehung mit einer Bank verdeutlicht: Das Bankinstitut ist Vertragspartner der Kontoinhaberin und letztere wiederum formalrechtliche Inhaberin der aus dieser Beziehung fließenden Rechte und Pflichten. Wirtschaftlich aber übt ein vertragsfremder Dritter die Kontrolle aus. Diese Kontrolle wird freilich inzwischen unter dem Abklärungsprinzip regelmässig nach aussen kundgegeben.³⁷

³² Zum Staatsvertrag 10 Schweiz-USA vgl. insb. BVwGer A-6053/2010 vom 10. Januar 2011 Ziff. 7.3.2; ARTER, AJP 2012, 523 ff.

³³ Zu den Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) etwa: ARTER, AJP 2012, 513; VISCHER/GALLI, SJZ 2016, 484. Zu den Wolfsberg-Principles: ARTER, AJP 2012, 513 f.

³⁴ Vgl. nur die Übersicht bei HEIM, VSB 16, N 15 zu Art. 27.

³⁵ A.A. aber offenbar GERICKE/KUHN, AJP 2015, 856; BSK OR-DETTWILER/HESS, Art. 697j N 37. Wie hier m.E. überzeugend schon VISCHER/GALLI, SJZ 2016, 484.

³⁶ Eingehend zu dieser Differenzierung im Hinblick auf Trusts: ARTER, AJP 2012, 506 ff., 253 ff., 257 f.

³⁷ Unter dem Abklärungsprinzip ist die Kontoinhaberin dazu, von Ausnahmen abgesehen, generell verpflichtet (vgl. Kap. I.1). Andernfalls begeht sie Urkundenfälschung; vgl. nur BGE 137 II 404 E. 9.9.2. Ob die Bank in diesem Fall gutgläubig ist, hängt davon ab, ob sie die den Umständen geschuldete Sorgfalt hat walten lassen (s.u. Kap. IV.2.b). Allenfalls macht sie sich auch strafbar nach Art. 305^{ter} StGB.

1. Ordentliche Situation

Unter normalen Umständen ergeben sich hieraus für das Aussenverhältnis mehrere Möglichkeiten. In einer ersten Konstellation besteht zwischen den Rechtssphären der Kontoinhaberin und dem wirtschaftlich Berechtigten eine strikte Trennung. Das gilt besonders dort, wo der Berechtigte keinerlei Vertretungsmacht erhält. Damit bringt die Kontoinhaberin einen *absoluten Dualitätswillen* zum Ausdruck.

Das hat zur Folge, dass (vorbehältlich einer ausserordentlichen Situation)³⁸ die Trennung für alle drei Parteien gleichermassen gilt: Die Bank hat ihre Pflichten ausschliesslich gegenüber der Kontoinhaberin zu erfüllen und kann diese nicht durch eine direkt an den wirtschaftlich Berechtigten erbrachte Leistung (etwa Information) ersetzen.³⁹ Umgekehrt haftet ihr der Berechtigte nicht für die Kontoinhaberin, muss sich aber auch das Bankgeheimnis entgehalten lassen.⁴⁰ Auch kann der wirtschaftlich Berechtigte die Bank nicht zu einer internen Kontensperre veranlassen⁴¹ oder alleine unter Hinweis auf die Angaben auf dem Formular A, das ihn als berechtigt ausweist, eine Überweisung bewirken.⁴² Selbst wenn wirtschaftlich Berechtigte von Gesellschaften fürchten, dass der von ihnen beauftragte Verwalter unbefugte Bezüge von Bankkonten der Gesellschaften tätigt, haben sie keinen auftragsrechtlichen Auskunftsanspruch gegen die Bank. Vielmehr müssen sie diesen gestützt auf ihr Innenverhältnis zum Verwalter geltend machen und namentlich die Edition von Dokumenten in den Händen Dritter, insbesondere der Bank, verlangen (Art. 160 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 177 ZPO).⁴³ Desgleichen könnte eine solche Edition auch im Rahmen

³⁸ Vgl. sogleich Kap. III.2.

³⁹ Offen gelassen in BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3.c.bb = Pra 92 (2003) Nr. 51 (indes in einer Sondersituation, in welcher der Dualitätswille fraglich war).

⁴⁰ Vgl. etwa BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51 E. 3c/aa m.w.H.

⁴¹ BGer Urteil 4A_3/2010 vom 15. April 2010: Die wirtschaftlich Berechtigte müsste stattdessen eine vorsorgliche Beschlagnahmung veranlassen. In casu war die Bank vom Anwalt der wirtschaftlich Berechtigten schon im Januar 1994 um interne Sperre ersucht worden. Durch die Vorlage von strafprozessualen Einvernahmeprotokolle muss der Bank ab dem 12. April 1995 klar gewesen sein, dass gegen den formell berechtigten Kontoinhaber ermittelt wurde. Dennoch erlaubte sie ihm noch am 19. April und am 3. Mai 1995 Abzüge von rund EUR 63'000 bzw. 49'000.

⁴² BGE 132 III 609 E. 5.3.1 S. 618 m.w.H. = Pra 96 (2007) Nr. 46.

⁴³ BGer Urteil 5A_551/2009 26. Februar 2010, noch zu aArt. 963 OR, der dafür eigens eine prozessuale Editionsspflicht statuierte für Personen, die zur Führung von Geschäfts-

einer vorsorglichen Beweisführung zur Klärung der Prozesschancen erfolgen (Art. 158 ZPO).

In der zweiten Konstellation verfügt der wirtschaftlich Berechtigte zwar über Vertretungsmacht, nutzt sie aber nicht. Je länger dieser Zustand andauert, desto eher erlaubt er den Schluss, dass die Kontoinhaberin ihren Dualitätswillen nur *potenziell relativiert*: Zwar will sie die Dualität wie schon in der ersten Konstellation nur in Ausnahmefällen durchbrochen sehen, erteilt aber mutmasslich gerade im Hinblick darauf bzw. rein vorsorglich die Vertretungsmacht. Solange der wirtschaftlich Berechtigte nicht aktiv wird, hat sich folglich auch die Bank an die Trennung zu halten, sofern die Dinge ihren ordentlichen Lauf nehmen. Weil indes die Kontoinhaberin durch die Vertretungsmacht signalisiert, dass sie die Trennung vom Berechtigten nicht ganz so strikt umsetzen will, wird die Bank in ausserordentlichen Situationen entsprechend rascher (als in der ersten Konstellation) den bevollmächtigten wirtschaftlich Berechtigten beiziehen dürfen, wenn dies zur Wahrung der Interessen der Kontoinhaberin geeignet und erforderlich scheint, ohne namentlich eine Verletzung von Art. 47 BankG fürchten zu müssen.

In der dritten Konstellation schliesslich stattet die Kontoinhaberin den wirtschaftlich Berechtigten entweder explizit mit Vertretungsmacht aus, die dieser dann auch nutzt. Oder sie bringt die Vertretungsmacht stillschweigend zum Ausdruck, indem sie Handlungen des Berechtigten in ihrem Namen duldet. Im Umfang der genutzten Vertretungsmacht *relativiert* sich damit der ursprünglich kundgegebene *Dualitätswille graduell*.

In diesem Rahmen berechtigt und verpflichtet der wirtschaftlich Berechtigte die Kontoinhaberin unmittelbar. So etwa, wenn er Effektengeschäfte tätigt⁴⁴ oder Auszahlungen anordnet.⁴⁵ Desgleichen vermag der Berechtigte durch seinen Widerspruch die Genehmigungsfiktion der Bank zu zerstören.⁴⁶ Ist der Berechtigte gar einzige Ansprechperson für sämtliche Belange, entscheidet seine Sach- und Fachkenntnis über den Grad der vom Vermögensverwalter dem Kontoinhaber geschuldeten Aufklärungspflicht.⁴⁷ Denn Wissen und Wissenmüssen des Vertreters werden dem Vertretenen

büchern verpflichtet sind. Die Pflicht ergibt sich heute aus den genannten Bestimmungen der ZPO. Vgl. eingehend zur Mitwirkungspflicht Dritter unten Kap. VI.3.d.

⁴⁴ Cour de Justice GE C/15736/2004 vom 23. Februar 2007; RDCPA 7+8/2007 32.

⁴⁵ HGer ZH vom 18. Dezember 2006 in ZR 106 (2007) Nr. 36.

⁴⁶ BGer Urteil 4A_488/2008 vom 15. Januar 2009 E. 5.2.

⁴⁷ HGer ZH Urteil HG110230 vom 10. Juni 2016 E. 3.1 und 3.5.2, bestätigt von BGer Urteil 4A_436/2016 vom 7. Februar 2017.

angerechnet.⁴⁸ Dasselbe Prinzip greift, wenn der wirtschaftlich Berechtigte zwecks Vertragsanbahnung bei der Bank Erkundigungen einholt: Das so bei ihm erzeugte Vertrauen gilt als solches der nachmaligen Kontoinhaberin, die deswegen gegebenenfalls spontane Warnung von der Bank erwarten darf.⁴⁹

Abschliessend ist hervorzuheben, dass in allen drei genannten ordentlichen Konstellationen die *Trennung* – wenn überhaupt – *alleine auf Rechnung der Kontoinhaberin durchbrochen* wird. Dem wirtschaftlich Berechtigten hingegen erwachsen weder eigene Rechte noch Pflichten gegenüber der Bank.

2. Ausserordentliche Situationen

Selbst wenn die Kontoinhaberin gegenüber der Bank ihren Wunsch nach einer formellen Trennung zwischen ihrer eigenen Rechtssphäre und derjenigen des wirtschaftlich Berechtigten zum Ausdruck gebracht hat, können Sondersituationen auftreten, in denen dieser Dualitätswille von vornherein unwirksam ist. Das trifft jedenfalls auf drei Konstellationen zu:

In der ersten Fallgruppe kommt es zu einer *qualifizierten Interessenskollision* zu Lasten der Kontoinhaberin; so namentlich bei Insichgeschäften.⁵⁰ Ebenfalls hier einzuordnen sind sogenannte Eigengeschäfte eines Organes oder Vertreters sowie die Verletzungen des Geschäftszwecks, sofern Eigeninteresse bzw. Zweckwidrigkeit für die Bank als Gegenpartei zumindest erkennbar sind. Hier nun erwächst der Bank *gegenüber der Kontoinhaberin* die Pflicht, den wirtschaftlich Berechtigten in die Lage zu bringen, auf Rechnung der Kontoinhaberin handeln und so deren Interessen wahren zu können. *Eigene* Rechte und Pflichten des wirtschaftlich Berechtigten ergeben sich daraus für sich alleine genommen aber nicht – mit einer Ausnahme: Auch der wirtschaftlich Berechtigte kann, wie jede andere Person, die Nichtigkeit des von der Interessenskollision betroffenen Geschäfts feststellen lassen.⁵¹

In der zweiten Fallgruppe läuft die vom Kontoinhaber intendierte Dualität einer *Schutznorm* zuwider und bleibt deswegen von vornherein unbeachtlich. Hier einzuordnen und von praktisch hoher Relevanz ist die Durchsetzung von erbrechtlichen Ansprüchen, soweit der Erblasser an Vermögenswerten nur wirtschaftlich berechtigt war. Gleiches gilt für Ehepartner gegenüber ihrem wirtschaftlich an Vermögenswerten berechtigten

⁴⁸ BGE 140 III 86 E. 4.1 S. 91 m.w.H.

⁴⁹ BGer Urteil 4A_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.

⁵⁰ Vgl. unten Kap. IV.1.

⁵¹ Vgl. HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 2.1.5 m.w. H.

Gatten. Hingegen nur *vage obiter* angedeutet hat die Rechtsprechung bislang die mögliche Haftung der Bank gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten für die vorsätzliche Teilnahme an widerrechtlichen Handlungen Dritter⁵² oder der Kontoinhaberin.⁵³ Hier nun verfügt der wirtschaftlich Berechtigte ausnahmsweise durchaus über eigene (ausservertragliche) Ansprüche gegenüber der Bank.

Die dritte Fallgruppe schliesslich umfasst Situationen, in denen die Dualität der Rechtssphären von wirtschaftlich und formell Berechtigten *missbräuchlich* vorgeschoben wird, um zwingende Normen zu umgehen. Betroffen sind vor allem Zwangsvollstreckungsgläubiger, denen etwa mithilfe des (umgekehrten) Durchgriffs doch noch zu ihrem Recht verholfen wird. Entsprechend können hier dem wirtschaftlich Berechtigten zwar durchaus eigene Pflichten erwachsen, nicht aber eigene Rechte, da ein Durchgriff stets nur zu Lasten der missbräuchlich agierenden Personen erfolgt.

Nachstehend wird jede der drei genannten Fallgruppen gesondert dargestellt.

IV. Qualifizierte Interessenkollision

Zu den wesentlichsten Fällen einer qualifizierten Interessenkollision gehören wie erwähnt die Insichgeschäfte (entweder durch Selbstkontrahieren oder durch Doppelvertretung), die Eigengeschäfte sowie die Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks.

1. Insichgeschäfte

Mit sich selbst kontrahiert eine Person, die auf der einen Seite eines Rechtsgeschäfts selbst Partei ist und auf der anderen Seite ausgestattet mit Vertretungsmacht für die vertretene Person ein Geschäft abschliessen will – insbesondere als Organ einer Gesellschaft, aber auch als bürgerlicher Stell-

⁵² Vgl. BGer Urteil 4A.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3.c.aa i.f. = Pra 92 (2003) Nr. 51: «Da zum wirtschaftlich Berechtigten keinerlei vertragliche Beziehung besteht, kann die Bank auch nicht aus Vertrag dafür haften, dass sie Letzteren nicht über [...] Handlungen [des Kontoinhabers] informiert hat. Einzig eine ausservertragliche Haftung der Bank könnte bei Vorliegen gewisser Umstände in Frage kommen.»

⁵³ Vgl. zum letzten Fall unten v.a. Kap. V.3.a.

vertreter.⁵⁴ Bei der *Doppelvertretung* wird das fragliche Geschäft auf keiner Seite namens und auf Rechnung des Vertreters geschlossen, sondern vielmehr im Namen und auf Rechnung zweier vom Vertreter verschiedener Parteien, die der Vertreter indessen auf beiden Seiten des Geschäfts vertritt. Vermutungsweise führen derartige Konstellationen zu einer Interessenkollision, die sich zuungunsten des Vertretenen auswirkt.⁵⁵ Eine Ausnahme gilt freilich, wenn jemand in der Doppelstellung als Organ zweier juristischer Personen für diese kontrahiert: Handelt er ohne persönliches Interesse, wird eine Interessenkollision heute nicht mehr vermutet.⁵⁶ Freilich ist ein solches persönliches Interesse zu vermuten, wenn er an einer der von ihm als Organ vertretenen Gesellschaften wirtschaftlich berechtigt ist.

Davon abgesehen sind aber Insihgeschäfte nach hiesigem Recht prinzipiell unzulässig bzw. vermutungsweise nicht von der Vertretungsmacht gedeckt und deswegen nichtig.⁵⁷ Nur ausnahmsweise erlangt das so geschlossene Rechtsgeschäft Gültigkeit:⁵⁸ Wenn entweder eine Benachteiligung der Vertretenen ausgeschlossen werden kann;⁵⁹ etwa bei einer Doppelvertretung von zwei rechtlich verschiedenen, aber wirtschaftlich identischen Subjekten.⁶⁰ Oder wenn eine ausdrückliche Ermächtigung für den Modus des Insihgeschäfts vorliegt bzw. der Modus nachträglich genehmigt wird.⁶¹ Beherrscht das selbstkontrahierende Organ eine Gesellschaft, ist eine solche Rechtfertigung nur von der Generalversammlung erhältlich zu machen.⁶²

2. Eigengeschäfte

a) Eigeninteresse des Vertreters

Vergleichsweise milder behandelt werden Eigengeschäfte des Vertreters – unabhängig davon, ob es sich bei ihm um den wirtschaftlich Berechtigten

⁵⁴ Vgl. schon BGE 39 II 561 E. 3 S. 566 f.

⁵⁵ BGE 138 III 755 E. 6.2 S. 772.

⁵⁶ BGE 98 II 211 E. 8 S. 219 («... que ses intérêts personnels ne sont pas directement en jeu ...»); BUCHER, Obligationenrecht, 638.

⁵⁷ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; BGer Urteil 4A_474/2014 vom 9. Juli 2015 E. 7.

⁵⁸ Vgl. nur BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rz. 603 m.w.H.

⁵⁹ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363; 127 III 332 E. 2a S. 333 f.

⁶⁰ BGer Urteil 4C.294/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 1.3.

⁶¹ Für die Aktiengesellschaft etwa durch nicht betroffene Verwaltungsräte oder subsidiär durch die Generalversammlung; vgl. BUCHSER/MÜLLER, Festschrift Fischer, 64 m.w.H.

⁶² BGE 127 III 332 E. 2b/aa S. 335; BUCHSER/MÜLLER, Festschrift Fischer, 64 m.w.H.

selbst handelt, der die Kontoinhaberin vertritt oder einen Dritten, der für den wirtschaftlich Berechtigten tätig wird (etwa als Organ oder beauftragter Vermögensverwalter).

Hier kontrahiert der Vertreter zwar formell im Namen des Vertretenen mit einem Dritten, allerdings liegt das Geschäft nicht im Interesse des Vertretenen, sondern im Eigeninteresse des Vertreters.⁶³ Wiederum geht unsere Rechtsordnung davon aus, dass der mutmassliche Wille des Vertretenen von vornherein stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich ihm gegenüber als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen.⁶⁴

Aus Gründen der Verkehrssicherheit wird hier nun allerdings die Gegenpartei geschützt, sofern sie guten Glaubens auf die Vertretungsmacht vertraut. Im Gesellschaftsrecht unterfallen solche Situationen folglich Art. 718a Abs. 2 OR: Die Interessenkollision begrenzt die Vertretungsmacht nur, falls sie für die Gegenpartei bei gebührender Sorgfalt zumindest erkennbar war⁶⁵ – dann aber mit Nichtigkeitsfolge selbst in Fällen, in denen der vertretenen Person konkret kein Nachteil entsteht.⁶⁶ Weitere Ausführungen zur Vertretungsmacht, insbesondere im transnationalen Bereich, finden sich im Abschnitt über die Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks.⁶⁷

b) Fehlende Gutgläubigkeit der Gegenpartei

Zwar wird Gutgläubigkeit prinzipiell vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Wer indessen bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). *Wann* sich das Mass der geschuldeten Sorgfalt erhöht, ergibt sich etwa aus dem Standesrecht⁶⁸ und den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, die nachfolgend kurz umrissen werden.

Generell bewirken *unter gewöhnlichen Umständen* erst konkrete Verdachtsgründe eine erweiterte Abklärungspflicht, während ansonsten keine allgemeine Erkundigungspflicht nach der Verfügungsmacht des Ver-

⁶³ SCHOTT, *Insichgeschäft*, 86.

⁶⁴ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 (zur organschaftlichen Vertretung); ZOBL, ZBJV 1989, 295 f.

⁶⁵ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 m.w.H.; BGer Urteil 4A_474/2014 vom 9. Juli 2015 E. 7; SCHOTT, *Insichgeschäft*, 96.

⁶⁶ BGE 126 III 361 E. 3a S. 364.

⁶⁷ Vgl. unten Kap. IV.3.

⁶⁸ BGer Urteil 4A_122/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 3.2.3 m.w.H.

äusserers besteht. Demgegenüber werden entsprechende Abklärungs- bzw. Erkundigungspflichten bei *besonders risikobehafteten Geschäften* bereits ausgelöst, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu generellem Misstrauen gegeben erscheint. Hinreichende Verdachtsmomente können sich namentlich ergeben aus der Übermittlungsart, aus Widersprüchen in der Auftragserteilung und aus dem Umfang der betroffenen Vermögenswerte.⁶⁹ Erhöhte Aufmerksamkeit ist schliesslich auch angezeigt bei marktunüblichen Konditionen (namentlich bei Liberalitäten).⁷⁰

Für den *Finanzsektor* unterscheidet das Bundesgericht in diesem Zusammenhang zudem zwischen dem sogenannten Massengeschäft und den qualifizierten Bankgeschäften:⁷¹ Häufig ist ein Interessenkonflikt nur erkennbar, wenn der wirtschaftliche Hintergrund eines Geschäftes bekannt ist. Allerdings wird der Bank diese Abklärung nicht bei jeder alltäglichen Transaktion zugemutet. Mit Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und die zur Bankenaufsicht entwickelten Grundsätze,⁷² hat die Bank den wirtschaftlichen Hintergrund eines Geschäftes nur abzuklären, wenn «Anzeichen darauf hindeuten, dass die Transaktion Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalts bilden könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutendes Geschäft handelt. [Denn es] gehört zur üblichen und alltäglichen Reaktion jedes sorgfältigen Kaufmannes im Allgemeinen und jedes sorgfältigen Bankiers im Besonderen, sich für den Abschluss qualifizierter Geschäfte besonders aussagekräftige und detaillierte Entscheidungsgrundlagen bereitzustellen».⁷³

Zur ersten Kategorie der *Massengeschäfte* zählen etwa Überweisungen, so dass prinzipiell auch zweistellige Millionenbeträge keine erhöhte Sorgfalt verlangen. Das gilt unter Umständen selbst dann, wenn ein Gesellschaftsorgan solche Zahlungen auf sein eigenes Konto veranlasst – was freilich allgemein zur Vorsicht mahnt «weil ein Interessenkonflikt jedenfalls als möglich erscheint». Diese Vorsichtspflicht wird indessen herabgesetzt, wenn etwa auch die übrigen Geschäfte einer Gesellschaft jeweils über das betreffende Organ abgewickelt werden und dieses Organ bei der Gesell-

⁶⁹ Vgl. etwa BGer Urteil 4C.28/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2.3 m.w.H. der die Grundsätze zum gutgläubigen Eigentumserwerb auch beim Blankettmissbrauch zur Anwendung brachte.

⁷⁰ Vgl. zu Liberalitäten BRUNNER, Aspekte des internationalen Konzernrechts, 127 und Fn. 58.

⁷¹ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3.d.

⁷² BGE 108 Ib 186 E. 3b S. 191.

⁷³ Zit. BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3.d.

schaft erkennbar ein Vertrauen geniesst «das weit über das für ein Gesellschaftsorgan Übliche hinaus» geht.⁷⁴ Erst wenn besondere Aspekte hinzutreten, erhöht sich die Sorgfaltspflicht, etwa wenn der Zahlungsbegünstigte im vorgenannten Beispiel verschuldet ist und dies der Bank bekannt sein musste.⁷⁵

Barbezüge eines Vertreters, die dieser erkennbar auf eigene Rechnung tätigt, verpflichten die Bank je nach Höhe und Umfang zu weiteren Abklärungen. So erachtete das Bundesgericht Abhebungen eines Stiftungsrates vom Konto der Stiftung in der Höhe von fast CHF 178'000 plus USD 45'000 im Zeitraum von zwei Jahren als «eine ganz aussergewöhnliche Situation», in der die Bank (wohlgemerkt gegenüber der Stiftung als Kontoinhaberin) sogar verpflichtet gewesen sei, sich bei den wirtschaftlich Berechtigten über die Rechtmässigkeit der Abhebungen zu erkundigen, um die Interessen der Kontoinhaberin ausreichend zu wahren.⁷⁶ Freilich sollte das Gesagte nur für die im zweiten Jahr erfolgten Bezüge gelten, da die wirtschaftlich Berechtigten (sic) den Vertreter nicht überwacht hatten.⁷⁷ Diese Differenzierung ist höchstens nachvollziehbar, soweit die mangelnde Kontrolle der wirtschaftlich Berechtigten als wiederum unüblich grosses Vertrauen der Stiftung in den Vertreter ausgelegt wird. Im konkreten Fall war die Differenzierung aber m.E. verfehlt: Dort hatte der Vertreter bzw. Stiftungsrat schon vier Jahre zuvor eine dem Gesellschaftszweck erkennbar zuwiderlaufende Drittpfandbestellung vorgenommen. Sie musste auch seine späteren Barbezüge von vornherein in einem zweifelhaften Licht erscheinen lassen, was vertiefere Abklärungen der Bank schon ab den ersten Barbezügen erfordert hätte.⁷⁸

Klarerweise nicht zum Massen-, sondern zum *qualifizierten Bankgeschäft* gehört das Kreditwesen.⁷⁹ Denn bereits die prudentiellen Bestimmungen

⁷⁴ Zit. BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 4.c.

⁷⁵ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 4.b m.w.H.

⁷⁶ Frei übersetzt aus BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 3.5: «una situazione del tutto eccezionale, che avrebbe dovuto indurre la banca a effettuare una verifica presso le aventi diritto economico dei conti».

⁷⁷ BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.4.1.

⁷⁸ BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4. Sonst läuft das Ergebnis auf die Berücksichtigung eines «Mitverschuldens» der Gesellschaft hinaus. Das aber wäre unzulässig: Erkennbare Interessenkollisionen führen zur Nichtigkeit des fraglichen Geschäfts. Barbezüge erfolgen in diesem Fall unautorisiert und entsprechende Belastungsbuchungen sind zu berichtigen. Vgl. unten Kap. IV.2.c.

⁷⁹ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

verlangen hier erhöhte Sorgfalt. Das gilt selbst dann, wenn Dritte das Kreditrisiko für die Bank absichern oder Dritte als Gläubiger fungieren.⁸⁰ Zwar können Kontoinhaber aus diesen aufsichtsrechtlichen Pflichten der Bank keine zivilrechtlichen Ansprüche ableiten. Allerdings wird der Bank das Wissen zugerechnet, das sie bei einem bankenrechtlich korrekten Vorgehen gehabt hätte. Sonst könnte sie zivilrechtliche Vorteile aus ihrem aufsichtswidrigen Verhalten ziehen, was auf einen Rechtsmissbrauch hinausliefe.⁸¹ Unter diesen Umständen konnte etwa die Bank im vorgenannten Beispiel nicht gutgläubig sein in Bezug auf die vom Stiftungsrat zulasten der Stiftung vorgenommene Drittpfandbestellung: Durch die prudenziell gebotene vertiefte Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe des zu sichernden Kreditgeschäfts musste der Bank klar werden, dass der Stiftungsrat selbst an der Kreditnehmerin wirtschaftlich berechtigt war und ein grosses Eigeninteresse an der Kreditvergabe sowie der Sicherstellung hatte, mithin ein evidenten Interessenkonflikt vorlag.

Weiter erhöht gerade im Auftragsrecht die Kreditvergabe der Bank an ihren Kunden auch die von ihr zivilrechtlich geschuldete Sorgfalt. Denn zum einen wächst dadurch ihr Eigeninteresse am Geschäft, was das Risiko möglicher Interessenkonflikte steigert. Zum andern sind die Interessen des Kunden gefährdeter, wenn er nicht nur über seine Aktiven disponiert, sondern zusätzlich noch neue Passiven begründet.⁸²

Schliesslich ist besondere Aufmerksamkeit auch geboten, wenn die fraglichen Geschäfte über die übliche Geschäftsführung mit dem betroffenen Kunden hinausgehen;⁸³ so etwa, wenn Sicherstellungen geleistet werden, die mit der Vermögensanlage des belasteten Kunden direkt nichts zu tun haben: Hier ist der wirtschaftliche Hintergrund der Sicherstellung im Gesamtzusammenhang mit dem Kreditgeschäft abzuklären.⁸⁴ Dabei kann sich durchaus ergeben, dass die Kontoinhaberin zu Anlagezwecken das kreditfinanzierte und gesicherte Geschäft gemeinsam mit dem Dritten durchführt; mithin kein Interessenkonflikt vorliegt. Auf einen entsprechenden guten Glauben darf sich die Bank aber nicht ohne weitere Abklärung berufen.⁸⁵

⁸⁰ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

⁸¹ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

⁸² Vgl. BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 103 m.H.a. BGE 119 II 333 E. 5a S. 335; BGer Urteil 4C.265/2001 vom 15. Januar 2002 E. 2.

⁸³ BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.

⁸⁴ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

⁸⁵ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

c) Rechtsfolgen

Ist aber erhöhte Aufmerksamkeit geboten, können einer Bank bei sorgfältiger Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts die wirtschaftlich Berechtigten der an diesem Geschäft beteiligten Parteien nicht verborgen bleiben.⁸⁶ So besteht etwa Grund zur Annahme eines Interessenkonfliktes, wenn der Kunde, handelnd durch seinen Vertreter, das Kreditgeschäft eines Dritten absichert und die wirtschaftlich Berechtigten des Kunden und des Dritten nicht identisch sind⁸⁷ oder gar der Vertreter als wirtschaftlich Berechtigter des Dritten fungiert.⁸⁸

Ist der Interessenkonflikt aufgrund der konkreten Umstände erkennbar, entfällt die Vertretungsmacht – unabhängig davon, ob das fragliche Rechtsgeschäft für die vertretene Person letztlich vorteilhaft war oder nicht.⁸⁹ Die daraus folgende Nichtigkeit kann von jedermann geltend gemacht werden, mithin auch von einem bloss wirtschaftlich berechtigten Dritten.⁹⁰

Aus gleichem Grund ist der Bank auch ein Rückgriff auf eine allfällige Genehmigungsfiktion verwehrt, da sie bei einer erkennbaren Interessenkollision Genehmigung gerade nicht erwarten darf. Zudem wäre der Kontoinhaberin (jedenfalls wenn ein Organisationsmangel vorliegt)⁹¹ eine Reklamation gar nicht möglich und zumutbar.⁹²

⁸⁶ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.b.

⁸⁷ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.b.

⁸⁸ Vgl. auch BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4. Insofern ist es unbefriedigend bzw. allenfalls der Prozessführung der Parteien zuzuschreiben, dass in BGer Urteil 4A_272/2015 vom 10. Mai 2016 wie auch im vorinstanzlichen Urteil, HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015, die wirtschaftliche Berechtigung der sicherungsbegünstigten Drittgesellschaft nicht abgeklärt wurde, ohne dass deswegen der gute Glauben der Bank angezweifelt worden wäre.

⁸⁹ BGE 126 III 361 E. 3a S. 364 m.w.H.; BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5b.

⁹⁰ Vgl. HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 2.1.5 m.w.H.

⁹¹ Dieser Aspekt blieb in BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51 S. 249 unbeachtet.

⁹² Jüngst etwa BGer Urteil 4A_548/2013 und 4A_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6 m.w.H., wonach die Genehmigungsfiktion missbräuchlich ist, wenn die Bank aufgrund der Umstände zumindest wissen muss, dass ein fragliches Geschäft dem Willen des Kunden nicht entspricht. Vgl. auch BGer Urteil 4A_488/2008 15. Januar 2009 E. 5.2. Siehe auch BGer Urteil 4A_488/2008 15. Januar 2009 E. 5.2, dort zudem mit dem Hinweis, dass die Genehmigungsfiktion nicht greift, wenn dem Kunden die Reklamation objektiv nicht möglich und zumutbar war. Vgl. aber BGer Urteil 4C.194/2005 vom 28. September 2005 E. 3.2.3.1 zu den Obliegenheiten des Kunden (bleiben Reklamationen gegenüber dem Kundenberater wirkungslos, muss der Kunde eskalieren).

Angesichts der Nichtigkeit kann die Kontoinhaberin Stornierung bzw. Berichtigung der unautorisiert getätigten und verbuchten Geschäfte verlangen.⁹³ Da sie mithin korrekte Erfüllung und nicht Schadenersatz verlangt, spielt ihr eigenes mögliches (Mit-)Verschulden keine Rolle und darf nicht zu einer Art Reduktion der Leistungspflicht der Bank i.S.v. Art. 43 f. OR herangezogen werden.⁹⁴

3. Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks

a) Grundsätze

Nach Art. 718 Abs. 1 OR sind die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt, im Namen der Aktiengesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann.⁹⁵ Hierunter sind gemäss der weiten Auslegung durch Lehre und Rechtsprechung nicht bloss Rechtshandlungen zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen. Vielmehr reicht es – selbst für ungewöhnliche Geschäfte – aus, dass sie möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, mithin durch diesen nicht geradezu ausgeschlossen werden.⁹⁶

Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung über den Umfang der Vertretungsmacht bei der Stiftung bemisst sich die Vertretungsmacht des Stiftungsrates nach denselben Regeln wie jene des Verwaltungsrates bzw. der Direktoren einer Aktiengesellschaft.⁹⁷

Eine Rechtswahl ist im Hinblick auf die Vertretungsmacht eines Organs ebenso möglich wie bei der gewillkürten Stellvertretung (Art. 126 IPRG).⁹⁸ Fehlt es an einer entsprechenden Abrede zwischen der juristischen Person und dem Dritten, ist Art. 155 Bst. i IPRG sowohl für die gesetzliche bzw. statutarische Vertretungsmacht als auch für die konkrete Vertretungsbefugnis einschlägig: Die externe Vertretung untersteht ebenso dem Gesellschaftsstatut,⁹⁹ wie die allfälligen Folgen vollmachtloser Vertretung.¹⁰⁰

⁹³ BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.

⁹⁴ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 7b.

⁹⁵ Für die Stiftung vgl. BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1.

⁹⁶ BGE 116 II 320 E. 3a S. 323 m.w.H.

⁹⁷ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3a m.w.H. auf die Lehre.

⁹⁸ BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 2 m.w.H.

⁹⁹ Zum Kollisionsrecht beim Durchgriff vgl. unten Kap. VI.

Der *Zweck*, zu dem eine Vertretungsmacht ausgestellt wird, steckt gleichsam auch den Radius der Interessen des Vertretenen ab, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Gesellschaft oder um ein anderes Rechtssubjekt handelt. Was diesem Zweck zuwiderläuft, kollidiert auch mit den Interessen des Vertretenen und ist von dessen Vollmacht nicht mehr gedeckt, so dass bei bösgläubigen Dritten wiederum Nichtigkeit die Folge ist.¹⁰¹

Müssen daher bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt¹⁰² nur schon ernstliche Zweifel bestehen, dass ein vom Organ oder Stellvertreter getätigtes Geschäft dem von der Kontoinhaberin verfolgten Geschäftszweck zuwiderlaufen könnte und kann dieser Zweifel auf andere Weise nicht ausgeräumt werden, so hat die Bank die Ausführung des Geschäfts zu verweigern und, wenn es die Verhinderung eines (weiteren) Schadens erfordert, den wirtschaftlich Berechtigten zu kontaktieren. Das gilt jedenfalls dann, wenn die qualifizierte Interessenkollision einen Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bewirkt.¹⁰³

Für die Rechtsfolgen im Fall, dass die Bank ihre Sorgfaltspflichten in Bezug auf die gebührende Aufmerksamkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 2 ZGB verletzt, kann auf die Ausführungen zu den Eigengeschäften verwiesen werden.¹⁰⁴

b) Praxisfälle

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt ausserhalb des Geschäftszwecks jedenfalls (von besonderen Umständen abgesehen) die Veräusserung des gesamten Betriebes mit allen Aktiven der Gesellschaft,¹⁰⁵ ebenso wie die vollständige Verpfändung der Aktiven zugunsten eines Dritten.¹⁰⁶

Nur schwer nachvollziehbar ist daher ein weiterer Entscheid, der unlängst eine vollständige Verpfändung der Guthaben von über CHF 10 Mio.

¹⁰⁰ BGer Urteil 4C.157/2003 vom 2. November 2004 E. 2.2 und 2.4; KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012, N 2802.

¹⁰¹ BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1; BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3c.

¹⁰² Vgl. schon oben Kap. IV.2.b.

¹⁰³ Dazu WHERLOCK/VON DER CRONE, SZW 2015, 542 ff., insb. 549.

¹⁰⁴ Vgl. oben Kap. IV.2.c.

¹⁰⁵ BGE 116 II 320 E. 3a S. 323 m.H.a. das unveröffentlichte Urteil vom 7. April 1989 i.S. C.

¹⁰⁶ Vgl. BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 Sachverhalt B und E. 4.1.3. Vgl. auch COSTANTINI, ius.focus 2010. ZELLWEGE-GUTKNECHT, recht 2011, 84 f.

für den Kredit einer fremden Drittpartei als nicht vom Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen beurteilte.¹⁰⁷ Denn auch dort erfolgte die Verpfändung offenbar vollkommen unentgeltlich, mithin nicht zu Marktkonditionen – was für sich genommen bereits die Aufmerksamkeit der Bank i.S.v. Art. 3 Abs. 2 ZGB hätte erhöhen müssen. Dies umso mehr, als Kredite wie gesehen zu den qualifizierten Bankgeschäften zählen und die Bank zudem an der Sicherstellung des durch sie finanzierten Kredites ein evidentes Eigeninteresse hatte, das sie nicht ohne weiteres über das Interesse der Sicherungsgeberin stellen durfte. Auch hatte auf Seiten der Bank die damalige Kundenberaterin trotz Kollektivunterschrift den Pfandvertrag alleine unterzeichnet und durch diese Irregularität ebenfalls zur Nachfrage Anlass gegeben. Weiter erwähnten Konto-Depotauszüge die Verpfändung scheinbar erstmals drei Jahre nach der Errichtung (und just nach dem Weggang der erwähnten Kundenberaterin). Schliesslich fungierten sowohl bei der Sicherungsgeberin als auch bei der Kreditnehmerin dieselben drei Personen in Panama als Organe. Dennoch scheint die Bank die wirtschaftliche Berechtigung an der Kreditnehmerin wie auch am finanzierten Immobilienprojekt nicht näher abgeklärt zu haben. Hätte sie diese prudentielle Pflicht erfüllt, wäre schon viel früher klar geworden, dass die Kundenberaterin zu 50% am Gewinn des Projektes beteiligt und in der Schweiz offenbar Teilhaberin war an einer Gesellschaft gleichen Namens wie die in Panama ansässige Kreditnehmerin.

Nicht zu überzeugen vermag jedenfalls die Begründung des Handelsgerichts, das Drittpfand sei deshalb nicht geradezu ausgeschlossen gewesen vom Gesellschaftszweck, weil schon bei Eröffnung der Bankbeziehung zugunsten der Bank eine ebensolche Verpfändung stattgefunden habe: Wenn eine Bank sich absichert für mögliche künftige Ausstände aus Leistungen, die sie auf Rechnung und im Interesse der Kontoinhaberin erbringt, ist das nicht vergleichbar mit der unentgeltlichen Verpfändung zugunsten eines fremden Dritten, der seinerseits den so gesicherten Kredit ausschliesslich für eigene oder Drittinteressen einsetzt.

¹⁰⁷ HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 3.5.3.4 – ohne jeden Hinweis auf das vorgenannte – italienische – BGer Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009. Aus den Erwägungen des Handelsgerichts wie des Bundesgerichts (BGer Urteil 4A_272/2015 vom 10. Mai 2016) ist immerhin zu schliessen, dass die Klägerinnen ihre Behauptungs- und Substanziierungslast in entscheidenden Punkten nicht wahrgenommen haben.

V. Schutznorm

Wie eingangs dargelegt kann sich eine ausserordentliche Situation auch daraus ergeben, dass subjektive Rechte des wirtschaftlich Berechtigten entweder absolut oder immerhin relativ durch spezifische Verhaltensvorschriften geschützt werden. Solche Vorschriften finden sich, wie sogleich zu zeigen sein wird, etwa im Erbrecht: Es schützt nicht nur Erben formell berechtigter Erblasser, sondern auch Erben von lediglich wirtschaftlich berechtigten Erblassern, die folglich *aus eigenem Recht* ihre Ansprüche einfordern und im Verletzungsfall Ersatz verlangen können. Theoretisch denkbar sind zudem weitere Fälle, in denen wirtschaftlich Berechtigten (oder deren Erben) Ansprüche aus Art. 41 Abs. 1 oder 2 OR erwachsen. Beide Fallgruppen werden nachfolgend erläutert.

1. Erbrecht

a) Grundsatz

Lange fehlten Bundesgerichtsentscheide zur umstrittenen Frage, inwieweit den Erben ein Auskunftsanspruch zusteht, wenn er sich gegen Dritte richtet, zu denen der Erblasser in keiner vertraglichen Beziehung stand und Vermögenswerte betrifft, an denen der Erblasser nur wirtschaftlich berechtigt war.¹⁰⁸ Gerade die fehlende vertragliche Beziehung führt nämlich dazu, dass Dritte prinzipiell nicht verpflichtet sind, Auskunft zu geben über Vermögenswerte, die dem nachmaligen Erblasser nur wirtschaftlich zuzurechnen waren. Banken können einem entsprechenden Begehren zudem das Bankgeheimnis entgegenhalten (Art. 47 BankG).¹⁰⁹

Es mag daher zunächst intuitiven Widerstand und dogmatische Bedenken auslösen, wenn Erben ein umfassenderes Informationsrecht beanspruchen, als es der Erblasser selbst hätte einfordern können. Zumal die Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB *expressis verbis* nur Erben untereinander, nicht aber Dritte zur Auskunft verpflichten.

¹⁰⁸ Vgl. etwa zum (damaligen) Meinungsstand KÜNZLE, *successio* 2012, 261 f. und 265 und Fn. 115 sowie die in BGer Urteil 5A_638/2009 vom 13. September 2010 E. 4.1 *obiter* Genannten.

¹⁰⁹ BGE 136 III 461 E. 4 S. 463 m.w.H. = Pra 100 (2011) Nr. 27, S. 186 ff.; BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3c/aa = Pra 92 (2003) Nr. 51, S. 244 ff. Vgl. zu den Pflichten aus Hinterlegung BGE 100 II 200 E. 9 S. 214 f.

Dennoch nutzte das Bundesgericht 2006 die Gelegenheit, und brachte die Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB analog auch zur Anwendung auf die Auskunftsklage, die ein Willensvollstrecker zusammen mit einer Erbschaftsklage gegen zwei Anstalten in Liechtenstein erhoben hatte.¹¹⁰ Der Erblasser hatte lebzeitig (bestimmte und unbestimmte) Gegenstände und Forderungen auf Anstalten übertragen. An einer der Anstalten hatte er zumindest ursprünglich Gründerrechte innegehabt, für die andere war er jedenfalls Vollmachtträger gewesen. Strittig war, ob er mit den Anstalten eine wirtschaftliche Identität gebildet hatte und an Vermögenswerten in ihrem Verfügungsbereich auch wirtschaftlich berechtigt gewesen war und ob die Anstalten die Werte allenfalls gestützt auf einen Sondertitel erworben hatten, der einer Herausgabe an die Erben entgegenstände. Zwecks Klärung dieser Fragen verpflichtete das Bundesgericht zwei Nichterben (die besagten Anstalten) zur Auskunft. Damit wollte es «eine vom Gesetzgeber nicht bedachte Einschränkung der Informationsrechte auf die Miterben [...] durchbrechen».¹¹¹ Da dem Willensvollstrecker der genannte Auskunftsanspruch gleichermassen zusteht wie den Erben,¹¹² war so der Weg für entsprechende Klagen der Erben gegen Dritte bereitet.

Seither hat das Bundesgericht verschiedentlich in *obiter dicta* an den eingeschlagenen Weg erinnert: Einmal etwa als offen blieb, ob überhaupt hiesiges Erbrecht anwendbar wäre. Dort blieb es beim vagen Hinweis in den Regesten, dass sich ein Auskunftsrecht der Erben eines wirtschaftlich Berechtigten nur aus Erbrecht ergeben *könne*.¹¹³ Kurz darauf folgte ein Fall, in dem französisches Erbstatut galt. Mit Verweis auf den vorerwähnten Entscheid hielt das Bundesgericht schon deutlicher fest, der Anspruch *gehe* aus dem Erbrecht hervor und verwies dann auf Autoren, die diese Auffassung (insofern einschränkend) für pflichtteilsberechtigten Erben teilen.¹¹⁴ Mit Blick auf die Aufnahme eines Inventars nach Art. 553 ZGB verneinte es eine Auskunftspflicht Dritter zu Vermögensgegenständen, an denen der Erblasser nur wirtschaftlich berechtigt gewesen war: Über Bestand und Umfang solcher Pflicht sei nicht in einem Akt der freiwilligen Gerichts-

¹¹⁰ BGE 132 III 677 E. 3.5.1, 3.5.2 und 3.5.4 S. 682 und 684.

¹¹¹ Zit. BGE 132 III 677 E. 4.2.4 S. 687.

¹¹² BGE 132 III 677 E. 4.2.1. S. 685 m.H.a. BGE 90 II 365 E. 3b S. 373.

¹¹³ BGE 136 III 461 = Pra 100 (2011) Nr. 27.

¹¹⁴ BGer Urteil 5A_638/2009 vom 13. September 2010 E. 4.1 m.w.H.

barkeit zu befinden, zumal Auskünfte von Dritten schon aus Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB erhältlich seien.¹¹⁵

b) Ratio

Begründet wird dieser Anspruch zunächst unter Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben¹¹⁶ und, mit Blick auf die Herabsetzung, mit der Gleichbehandlung von Miterben und Nichterben.¹¹⁷ Entscheidend ist indessen der Umstand, dass *Erben einen qualifizierten Informationsbedarf* aufweisen.¹¹⁸ Denn mit Eröffnung des Erbgangs fallen ihnen zwar Nachlasswerte *ex lege* an. Gleichzeitig «liegt es in der Natur der Sache, dass es im Zusammenhang mit dem Erbgang zu Wissensdefiziten und zum Verlust von Belegen über die [Nachlasswerte] kommen kann.»¹¹⁹ Doch soweit Erben davon keine Kenntnis haben, erlauben es ihnen erst die betreffenden Informationen (die regelmässig vor und hinter den Todestag des Erblassers zurück- bzw. hinausreichen) ihre gesetzlich zgedachten Rechte wahrzunehmen.¹²⁰

Zu diesen zählen namentlich das Recht auf Teilung und die damit verbundenen Möglichkeiten; etwa Herabsetzung, Ausgleichung, Ausschlagung, Sicherungsmassregeln und die Erhebung einer erbrechtlichen Ungültigkeitsklage.¹²¹ Gerade letztere Klage steht *nicht nur Pflichtteilserben* zu, so dass hier und in vergleichbaren Fällen m.E. auch weiteren (potentiell) nachlassbegünstigten Personen Information zu gewähren ist. Schliesslich bleibt der Informationsbedarf selbst erhalten, falls solche Rechtsbehelfe verjährt sind, soweit ein Anspruch immerhin einredeweise¹²² noch vorgebracht werden kann. Nur wenn erbrechtliche Ansprüche verwirken – etwa im Falle des virtuellen Erben,¹²³ der nicht rechtzeitig auf Herabsetzung klagt¹²⁴ – erlöschen in der Regel¹²⁵ auch die Informationsansprüche.

¹¹⁵ BGer Urteil 5A_434/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 3.3.2.2 m.H.a. gleichlautende und ablehnende Stimmen in der Lehre.

¹¹⁶ BGer Urteil 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre.

¹¹⁷ BGE 132 III 677 E. 4.2.4 S. 687 m.w.H.

¹¹⁸ BGer Urteil 6B_696/2012 und 6B_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 m.w.H.

¹¹⁹ Zit. BGE 133 III 664 E. 2.6 S. 668.

¹²⁰ BGer Urteil 6B_696/2012 und 6B_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 m.H.a. DRUEY, *successio* 2011, 183 ff., insb. 186.

¹²¹ BGer Urteil 6B_696/2012 und 6B_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2.

¹²² Vgl. BGer Urteil 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.5.2.

¹²³ Vgl. nur JAKOB/DARDEL, AJP 2014, 462 ff.

c) Jüngste Präzisierungen

Inzwischen ist zudem klargestellt, dass die Auskunftspflicht nicht erst bei der Erbteilung greift, sondern bereits ab dem Tod des Erblassers, der den Erbgang eröffnet (Art. 537 Abs. 1 ZGB).¹²⁶ Weiter sind Dritte nicht nur auskunftspflichtig, soweit sich allfällige Nachlasswerte in ihrem Verfügungsbereich befinden,¹²⁷ sondern auch, wenn sie möglicherweise über bloße Informationen verfügen, welche die Erbteilung zu beeinflussen vermögen.¹²⁸

Auch muss der Ansprecher keinen strikten Beweis führen. Vielmehr genügt es, wenn er plausible Anhaltspunkte dafür vorlegt, dass die auskunftspflichtige Tatsache möglicherweise geeignet ist, die Teilung zu beeinflussen.¹²⁹ So reicht es etwa aus, dass Zuwendungen des Erblassers an Gesellschaften «möglicherweise aufgrund eines Durchgriffs ... ausgleichungspflichtig oder herabsetzbar sind.»¹³⁰ Ob eine juristische Person tatsächlich vom Erblasser abhängig war und ihre rechtliche Selbstständigkeit den für Erben aufgestellten Schutznormen zuwiderlief, muss in diesem Stadium noch nicht erstellt werden. Somit kann ein Dritter sich der Informationspflicht nicht entziehen, indem er die teilungsrechtliche Relevanz einfach bestreitet. Vielmehr ist diese Frage erst gestützt auf die erteilten Auskünfte durch das Gericht zu klären. Denn mit Rücksicht auf die vorgenannte

¹²⁴ Vgl. BGE 138 III 354 E. 5 S. 357 f. = Pra 101 (2012) Nr. 130. Die relative Frist beträgt ein Jahr ab Kenntnis der Verletzung (Art. 533 ZGB). Für die vollständig übergangenen Pflichtteilserven beginnt die Verwirkungsfrist mit der Mitteilung der letztwilligen Verfügung zu laufen: BGE a.a.O. E. 5.2.

¹²⁵ Vorbehalten blieben insb. Fälle einer möglichen Ungültigkeitsklage.

¹²⁶ Vgl. etwa BGer Urteil 6B_696/2012 und 6B_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 i.f.

¹²⁷ BGer Urteil 6B_696/2012 und 6B_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2: «notamment, les parties «inofficielles» du patrimoine successoral, telles les valeurs non déclarées et des comptes bancaires cachés».

¹²⁸ BGer Urteil 6B_696/2012 und 6B_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 «Quant à son contenu, le droit à l'information ... s'étend ... aux informations ... relatives à des faits susceptibles d'influencer le partage ...». Vgl. auch BGer Urteil 6B_696/2012 und 6B_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2.

¹²⁹ BGer Urteil 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.3 m.w.H. Strenger hingegen noch BGer Urteil 5A_695/2013 vom 15. Juli 2014 E. 6.2.4 und 6.2.5, der freilich unter französischem Erbstatut erging: Zwar lagen einzelne Anhaltspunkte vor für eine zumindest wirtschaftliche Berechtigung der Erblasser. Indes gelang es der Erbin nicht, «hinreichende Indizien» (E. 2.2), bzw. «Anhaltspunkte [die] insgesamt ein nachvollziehbares, in sich geschlossenes Bild bieten» beizubringen, so dass die Geheimhaltungsinteressen der Dritten überwogen.

¹³⁰ Zit. BGer Urteil 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.4.

Informationsnot im Erbrecht gilt die Unbeachtlichkeit der Einwände gegen die Rechtsverfolgung im Stadium der Auskunftserteilung.¹³¹

Jüngst nun klärte das Bundesgericht (u.a. in einem Leitentscheid) auch das Verhältnis der erbrechtlichen Auskunftsrechte im Verhältnis zum Bankgeheimnis: In zwei Fällen von Rechtshilfeersuchen über die Beweisaufnahme im Ausland nach HBewUe 70¹³² ging es je um die Frage, ob eine Bank verpflichtet sei, über die wirtschaftliche Berechtigung an einem Konto und die darüber getätigte Transaktionen Auskunft zu geben.¹³³ In beiden Fällen war der formelle Kontoinhaber nicht Partei des Hauptprozesses im Ausland. Nach Art. 11a lit. a HBewUe70 kann sich die Bank einem solchen Ersuchen widersetzen, wenn ihr nach dem Recht des ersuchten Staates ein Recht zur Aussageverweigerung zusteht oder ein Aussageverbot¹³⁴ existiert. Indes beriefen sich die Banken in beiden Fällen vergeblich auf das hiesige Bankgeheimnis. Daraufhin führten die betroffenen Kontoinhaber (und in einem Fall auch die wirtschaftlich Berechtigte) als Geheimnisherren u.a. Beschwerde wegen Verletzung von Art. 11a lit. a HBewUe70 i.V.m. Art. 166 Abs. 2 ZPO und Art. 47 BankG – in beiden Fällen in diesem Punkt¹³⁵ ohne Erfolg.

Denn der Vorbehalt in Art. 47 Abs. 5 BankG begrenzt das berufliche (Bank-)geheimnis dahingehend, dass Bankiers ihre Mitwirkung gemäss Art. 166 Abs. 2 ZPO nur verweigern können, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.¹³⁶ Das gilt, so das Bundesgericht, aufgrund der Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB auch für Streitigkeiten zwischen den Erben.¹³⁷ Näheres zur

¹³¹ BGer Urteil 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.3 m.w.H. Vgl. zudem schon BGE 127 III 396 E. 3 S. 402; BGer Urteil 5C.291/2006 vom 30. Mai 2007 E. 4.1.

¹³² Haager Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen. SR 0.274.132.

¹³³ BGer Urteil 5A_284/2013 vom 20. August 2013 = SJ 2014 I 13 (erbrechtliche Streitigkeit im Hauptverfahren); BGE 142 III 116 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. (Handelskauf im Hauptverfahren).

¹³⁴ Verweigerungsrechte aufgrund des Zivilprozessrechts (Art. 166 ZPO) und des materiellen Rechts: BGer Urteil 4A_284/2013 vom 20. August 2013 E. 4.1; BGE 142 III 116 E. 3.1.1 S. 120 f. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

¹³⁵ In BGE 142 III 116 E. 3.4 und 3.5 S. 125 ff. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. scheiterte das Rechtshilfeersuchen am Umstand, dass der formelle Kontoinhaber weder im ausländischen noch im hiesigen Vollstreckungsverfahren angehört worden war, mithin an der Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO).

¹³⁶ BGE 142 III 116 E. 3.1.2 S. 121 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

¹³⁷ BGer Urteil 5A_284/2013 vom 20. August 2013 = SJ 2014 I 13 E. 4.2. oder auch BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 121 f. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff.

Mitwirkungspflicht der Bank wird noch im Hinblick auf den Durchgriff dargestellt werden.¹³⁸

Gegebenenfalls ist es Sache des Gerichts, das Ausmass der Auskünfte zu bestimmen, welche die Bank im konkreten Fall erteilen muss, und die erforderlichen *Vorkehrungen* zu treffen, um allfällige Geschäftsgeheimnisse zu wahren (Art. 156 ZPO).¹³⁹ Zudem können jedwelche Vermögenswerte des Nachlasses, die formell auf den Namen des Erblassers lauteten, oder deren wirtschaftlich Berechtigter er im Zeitpunkt des Todes war, Gegenstand von *sichernden Massnahmen* sein.¹⁴⁰ Immer aber ist dem formellen Inhaber des Kontos, sofern er nicht Partei im Hauptprozess ist, vorab rechtliches *Gehör* zu gewähren.

d) Revisionsprojekt

Am 4. März 2016 schickte der Bundesrat den Vorentwurf für eine «Modernisierung» des Erbrechts in die Vernehmlassung.¹⁴¹ Geplant ist neben einer Vielzahl von Änderungen auch, dem 16. Titel «Die Wirkung des Erbganges» einen neuen, sechsten Abschnitt «Informationsrecht» mit einem neuen Art. 601a ZGB anzufügen.¹⁴² Nach dem erläuternden Bericht sollen damit die Informationsrechte der Erben gestärkt werden. Indes monierten eine Reihe von Stellungnahmen – zu Recht – die teils erhebliche Mängel des geplanten Artikels. So sollen Dritte, die nur über Informationen verfügen, ohne je Vermögenswerte des Erblassers in ihrer Verfügungsmacht gehalten zu

¹³⁸ Vgl. unten Kap. VI.3.d.

¹³⁹ BGE 142 III 116 E. 3.1.3 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.H.a BGer Urteil 5A_284/2013 vom 20. August 2013 E. 4.2. Vgl. schon BGer Urteil 5P.423/2006 vom 12. Februar 2007 E. 5.3.2 m.w.H.

¹⁴⁰ BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. E. 3.1.3 (*mesures conservatoires*) m.H.a. BGer Urteil 5A_416/2009 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1.2 und betreffend aArt. 598 Abs. 2 ZGB m.H.a. BGer Urteil 5C_194/1996 vom 05. Dezember 1996 E. 4 = Rep. 1996 S. 5, 7 ff.

¹⁴¹ Vgl. zum Stand der Dinge: abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>> zuletzt besucht am 14. Juli 2017.

¹⁴² VE-Art. 601a ZGB: ¹ Wer einen erbrechtlichen Anspruch geltend machen kann, ist nach dem Tod des Erblassers berechtigt, von Rechtsnachfolgern und Dritten, die Vermögenswerte des Erblassers verwaltet, besessen oder erhalten haben, Informationen zu erhalten, die er benötigt, um den Umfang seiner Ansprüche festzustellen. ² Dieses Informationsrecht besteht, solange der Anspruch besteht. ³ Pflichtteilsberechtigten Erben kann das Informationsrecht nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden; das Berufsgeheimnis kann Informationsberechtigten nicht entgegengehalten werden.

haben, von der Auskunftspflicht ausgenommen werden, was als erheblicher Rückschritt zur heutigen Praxis zu werten wäre. Angesichts der Unwägbarkeiten solcher (grossen) Revisionsprojekte bleibt zu hoffen, dass damit nicht gefährdet wird, was bloss gefestigt werden wollte.

2. Eheschutz

Vergleichbar den Erben haben auch Ehegatten gemäss Art. 170 Abs. 1 und 2 ZGB das Recht, vom Partner Auskünfte zu über dessen Einkommen, Vermögen und Schulden zu erhalten. Die erforderlichen Auskünfte und notwendigen Unterlagen können durch das Gericht bei Bedarf sogar zwangsweise erhältlich gemacht werden. Sie sind zudem nicht auf das rechtliche Vermögen des Partners beschränkt. Vielmehr erfasst das Auskunftsrecht alle Vermögenswerte, über welche ein Ehegatte tatsächlich, aber nicht notwendigerweise rechtlich, das heisst wirtschaftlich verfügt.¹⁴³

So kommt es ausdrücklich «nicht darauf an, ob der wirtschaftlich berechtigte Gatte Partei des vertraglichen Verhältnisses mit der Bank ist, weil das Recht auf Auskünfte und Urkunden auf Art. 170 Abs. 1 und 2 ZGB beruht; es ist ebenfalls ohne Bedeutung, dass der wirtschaftlich berechtigte Ehegatte aufgrund des der Bank erteilten Sonderauftrags von dieser selber keine Auskünfte erhalten kann, weil es genügt, dass es sich um Vermögen handelt, über das er tatsächlich verfügt. Es obliegt dem ersuchenden ... Gericht, den Umfang der Auskünfte zu bestimmen, welche die Bank im Einzelfall erteilen muss, und gegebenenfalls nach Erhalt die notwendigen Massnahmen zur Wahrung allfälliger Geschäftsgeheimnisse zu treffen».¹⁴⁴

Entsprechend gestattet es die gemäss der Rechtsprechung das schweizerische Recht der Bank nicht, dem Ehegatten, dessen Partner der Kunde ist, das Bankgeheimnis entgegenzuhalten (vgl. Art. 170 Abs. 3 ZGB).¹⁴⁵ Für ihre Mitwirkungspflichten sei wiederum auf die Ausführungen zum Durchgriff verwiesen.¹⁴⁶

¹⁴³ «[P]uisqu'il suffit qu'il s'agisse de biens dont il dispose en fait»: BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.H.a. die entsprechenden Urteile.

¹⁴⁴ Zit. BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.H.a. Vgl. schon BGer Urteil 5P.423/2006 vom 12. Februar 2007 E. 5.1 und 5.3.2 = FamPra.ch 2007 S. 654 ff.; 5A_416/2009 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1.2.

¹⁴⁵ BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

¹⁴⁶ Vgl. unten Kap. VI. 3.d.

3. Haftpflichtrecht

Generell dürfte ein Dritter dem wirtschaftlich Berechtigten nur in seltenen Ausnahmefällen aus unerlaubter Handlung schadenersatzpflichtig werden.¹⁴⁷ Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie trifft dies zum einen zu auf Fälle, in denen der Dritte ein Erfolgsunrecht begeht, mithin den Berechtigten in einer absolut geschützten Rechtsposition verletzt. Zum andern kann die Haftung auch in einem Verhaltensunrecht gründen.

a) Erfolgsunrecht

Die erste Situation könnte etwa eintreten, wenn ein Anwalt oder eine Bank einem nachmaligen Erblasser Rat erteilt, bei dessen Befolgung die Erben um ihren Pflichtteil gebracht, mithin zu sog. virtuellen Erben werden.¹⁴⁸ Das führt für sie zum Verlust eines absolut geschützten Rechtsgutes, vergleichbar dem Eigentümer, der unerlaubt ausser Besitz gesetzt wird: Er hat zwar weiterhin die Vindikationsklage (und die Erben innert Frist namentlich einen Herabsetzungsanspruch). Soweit aber der ordnungsgemässe Zustand mittels dieser Klagen ohne eigenes Verschulden nicht wiederhergestellt werden kann, kommt eine Haftung aus Art. 41 OR in Betracht.

Allerdings dürfte die Ausführung des erteilten Rates nicht selten in den Händen des Erblassers selbst liegen und der Dritte folglich nur als Teilnehmer in der Rolle eines Anstifters oder Gehilfen handeln. In diesem Fall wird der Dritte aus Art. 41 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 OR ersatzpflichtig,¹⁴⁹ sofern er absichtlich oder fahrlässig gehandelt hat, was zu unterstellen ist, sobald ein fachlich versierten Berater hinreichend konkreten und vorbehaltlosen Rat erteilt.¹⁵⁰ Denn dadurch verletzt er zwar nicht selbst das absolut geschützte Rechtsgut, hat aber den Urheber dazu befähigt oder angestiftet, so dass der beratende Teilnehmer solidarisch mit dem Urheber gegenüber dem Geschädigten haftet.

¹⁴⁷ Vgl. die Andeutung in BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 2.c.aa = Pra 92 (2003) Nr. 51, S. 249.

¹⁴⁸ Vgl. zum virtuellen Erben oben bei Fn. 123.

¹⁴⁹ BREHM, Berner Kommentar, Art. 50 OR N 24 ff.

¹⁵⁰ Zum Fall, dass der Rat zur Verletzung eines relativen Rechts führt: Müller, Beeinträchtigung fremder Forderungen, passim.

b) Verhaltensunrecht

Theoretisch ist eine Haftung des Dritten gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten auch denkbar, wenn der Dritte ein Verhaltensunrecht begeht. In praktischer Hinsicht dürfte dies höchstens zutreffen, wenn der Dritte *fahrlässig oder absichtlich gegen eine zum Zwecke des individuellen Vermögensschutzes aufgestellte Verhaltensnorm* verstösst (etwa die oben beschriebenen erbrechtlichen Auskunftspflichten gemäss Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB oder Art. 170 ZGB i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR).

Zu beachten ist hier, dass namentlich Art. 398 Abs. 2 OR keine Schutznorm für vertragsfremde Parteien darstellt, so dass jedenfalls der wirtschaftlich Berechtigte nicht gegen den Beauftragten der formell Berechtigten vorgehen kann, wenn er Auftragsrecht verletzt. Denn die auftragsrechtlichen Sorgfalts-, Treue- und Aufklärungspflichten sind rein vertraglicher Natur und bezwecken nicht den Schutz des Vermögens vertragsfremder Dritter.¹⁵¹

Zumindest theoretisch möglich wäre hingegen eine *absichtliche Teilnahme an einer Vermögensstraftat* der formell Berechtigten (insb. als Gehilfe bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 25 i.V.m. 158 StGB und Art. 41 Abs. 1 OR). Schliesslich käme allenfalls eine Haftung aus Art. 41 Abs. 2 OR in Frage, wenn der Dritte mit verwerflicher Absicht die formell Berechtigte zur Verletzung einer individuellen Vermögensschutznorm anstiften würde.

Abgesehen von den Fällen einer fahrlässigen oder absichtlichen Verletzung von Erben- oder Ehegatten-Schutznormen dürfte die Haftung indessen zumeist am Nachweis der Absicht scheitern. So etwa, wenn eine delinquierende formell-berechtigte Person mögliche Zweifel des Dritten an der Rechtmässigkeit ihrer Handlungen mit plausiblen Erklärungen zerstreut¹⁵² oder wenn der wirtschaftlich Berechtigte selbst der formell Berechtigten eine höchst unbestimmte bzw. weit gefasste Vollmacht oder gar eine Blankovollmacht erteilt, so dass der Dritte nicht abschätzen kann, ob einzelne Handlungen davon noch gedeckt sind.¹⁵³

¹⁵¹ BGer Urteil 4A_468/2009 vom 30. November 2009 E. 2.

¹⁵² BGer Urteil 4C.397/2006 vom 5. Juni 2007 E. 3 (Dispositionen zu Lasten des wB als Investitionen für ihn in den Teppichhandel bezeichnet).

¹⁵³ BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51, S. 249.

VI. Rechtsmissbrauch

Schliesslich wird mitunter die Dualität der Rechtssphären des wirtschaftlich Berechtigten und der formell Berechtigten nur vorgeschoben, um Dritte missbräuchlich an der Durchsetzung der ihnen zustehenden Rechte zu hindern.¹⁵⁴ Hier kann sich ein Durchgriff rechtfertigen, wenn ein Beharren auf der juristischen Selbständigkeit gegen Treu und Glauben verstossen würde (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Auch in transnationalen Verhältnissen behandelte früher ein Teil der Lehre mit der älteren Rechtsprechung den Durchgriff als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots, das im Sinne einer *loi d'application immédiate* stets gelten sollte (positiver *Ordre public*, Art. 18 IPRG).¹⁵⁵ Inzwischen aber wird international-privatrechtlich der Durchgriff als gesellschaftsrechtliches Problem qualifiziert und folglich dem Gesellschaftsstatut unterstellt.¹⁵⁶ Nur wenn die an sich berufene ausländische Rechtsordnung keine adäquate Durchgriffshaftung kennt und zu einem mit unserem *Ordre public* unvereinbaren Ergebnis führt, bleibt ein Ausschluss des ausländischen Rechts bzw. ein Durchgriff subsidiär nach hiesigem Recht statthaft (Art. 17 IPRG, negativer *Ordre public*).¹⁵⁷

Ein solcher Durchgriff erfolgt stets zu Lasten der missbräuchlich handelnden Beteiligten bzw. ist ein Durchgriff zu ihren Gunsten nach herrschender Auffassung nicht zulässig.¹⁵⁸ Die praktisch wichtigsten Anwendungsfälle ergeben sich bis heute¹⁵⁹ im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Als deren erstes Einfallstor erweist sich regelmässig der Arrest, so dass Streit um einen (umgekehrten) Durchgriff oft schon in diesem Stadium entbrennt.

¹⁵⁴ Beispielhaft etwa die von BRUNNER, Aspekte des internationalen Konzernrechts, passim, geschilderten Vorgänge rund um W. K. R. und seine Omni Holding AG.

¹⁵⁵ Vgl. noch BGE 128 III 201 E. 1.c S. 206 f. m.w.H. und kantonal ZR 1999 Nr. 52, Urteil A, E. 5, S. 238 f.

¹⁵⁶ BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 349 f. m.w.H. und einlässlicher Begründung.

¹⁵⁷ BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350 m.H.a. BGer Urteil 4C.392/1994 vom 8. September 1995.

¹⁵⁸ BGE 121 III 319 E. 5 S. 321 f.; 92 II 160 S. 164 ff.; 97 II 289 E. 3 S. 293.

¹⁵⁹ Vgl. aber eingangs Kap. I.2.

1. Grundsatz

Grundsätzlich kann der Arrest nur Vermögen erfassen, das nach den glaubhaften Angaben des Gläubigers rechtlich dem Schuldner gehört.¹⁶⁰ Ein Arrest von Vermögenswerten, die vom Gläubiger als Eigentum eines Dritten bezeichnet werden, ist daher nichtig.¹⁶¹ Wenn er freilich Werte arrestieren lässt, die auf den Namen eines Dritten hinterlegt sind oder als Guthaben auf einen Dritten lauten, geht seine Meinung in der Regel sinngemäss dahin, dass diese Werte in Wirklichkeit dem Schuldner zustehen.¹⁶² Von den daraus möglicherweise folgenden kontradiktorischen Verfahren wird später noch die Rede sein.¹⁶³

Grundsätzlich kann sich der Gläubiger aber nicht mit der Behauptung begnügen, der Dritte sei Fiduziar des Schuldners. Zwar bildet in diesem Fall der obligatorische Herausgabeanspruch des Schuldners gegenüber dem Fiduziar Gegenstand des Arrests.¹⁶⁴ Darüber hinaus ist indes eine Beschlagnahme der Vermögenswerte, an denen dem Fiduziar ein Recht zusteht, im Regelfall nicht zulässig: Was nach den Regeln des Zivilrechts einer vom betriebenen Schuldner verschiedenen Person gehört, ist deshalb als Drittmannsgut zu betrachten, das weder gepfändet noch mit Arrest belegt werden darf.¹⁶⁵

2. Ausnahme

Prinzipiell ist mithin das Vermögen einer vom wirtschaftlich Berechtigten beherrschten Drittperson (etwa eine Gesellschaft) den Gläubigern dieser Person als Haftungsgegenstand verfangen und nicht den Gläubigern des wirtschaftlich Berechtigten.¹⁶⁶ Ein Durchgriff ist folglich nur zulässig, wenn

¹⁶⁰ BGer Urteil 5A_629/2011 vom 26. April 2012 E. 5.1; OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2.

¹⁶¹ BGer Urteil 5A_629/2011 vom 26. April 2012 E. 5.1; BGE 105 III 107 E. 3 S. 112; 104 III 55 E. 3 S. 59; 93 III 92; 82 III 70.

¹⁶² BGE 106 III 86 E. 1 S. 88 m.w.H.

¹⁶³ Vgl. unten Kap. VI.3.c.

¹⁶⁴ BGE 106 III 86 E. 1 S. 88 m.w.H.; OGer ZH Urteil PS160002 vom 25. Januar 2016 E. 2.4.

¹⁶⁵ BGE 106 III 86 E. 1 S. 89; 105 III 107 E. 3 S. 112.

¹⁶⁶ Restriktiver als heute noch BGE 85 II 111 E. 3 S. 116: Dort reichte es nicht aus, dass der Berechtigte «nach Belieben für seine privaten Geschäfte verfügt, als ob diese Gesellschaft und er selber eine wirtschaftliche Einheit bildeten» und Mittel der Gesellschaft zur Tilgung privater Ausstände verwendete. Da diese Übergriffe nur vereinzelt dargetan waren erwuchs aus ihnen gerade nicht eine Pflicht der Gesellschaft, mit ihrem

es dem Arrestgläubiger gelingt, glaubhaft zu machen, dass die Vermögenswerte entgegen dem äusseren Anschein nicht dem Dritten, sondern dem Arrestschuldner gehören, mithin die Vermögenswerte nur formell auf den Namen eines Dritten lauten, dem sie entweder in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise übertragen wurden, um sie dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen¹⁶⁷ oder der sie lediglich als Strohmännchen für den Schuldner hält.¹⁶⁸

a) Strohmännchensituation

Der Fall der *Strohperson* braucht zunächst nicht einer verwerflichen Verschleierungsabsicht zu entspringen:¹⁶⁹ Die Parteien machen von ihrer Privatautonomie Gebrauch, um mit rechtlichen Mitteln zu einem wirtschaftlich gewünschten Ergebnis zu gelangen. Umgehen sie dabei Ordnungs- oder Schutznormen, ist angesichts der umgangenen Norm im Einzelfall zu entscheiden, ob die Umgehung wirksam ist oder nicht.¹⁷⁰

Zu verneinen ist die Wirksamkeit der formal-juristischen Trennung der Vermögensmassen von Strohperson und wirtschaftlich Berechtigtem erst, wenn damit schutzwürdige Interessen Dritter objektiv gesehen verletzt werden. Ein Beharren auf der Trennung würde dann nämlich doch wieder auf einen Rechtsmissbrauch hinauslaufen. Stehen konkret die Interessen eines Gläubigers im Arrest in Frage, sind letztlich auch hier die nachstehend beschriebenen Indizien heranzuziehen um festzustellen, ob die Strohmännchensituation dem Gläubigerschutz gemäss SchKG zuwiderläuft oder nicht.

b) Missbrauch

Auf eine missbräuchliche Vermeidung der Zwangsvollstreckung wurde etwa geschlossen aus den kumulativ gegebenen Indizien, dass eine formell berechnete Gesellschaft ihren Sitz in einem klassischen Offshore-Staat hat, keinerlei eigenständige Aktivität entfaltet und dem Schuldner nur als blosses Marketing-Hülle dient.¹⁷¹

Vermögen noch weitere persönliche Schulden ihres einzigen Aktionärs und Verwalters zu decken.

¹⁶⁷ BGE 102 III 165 E. II.2.a S. 172; OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2 m.w.H.

¹⁶⁸ BGer Urteil 5A_629/2011 vom 26. April 2012 E. 5.1; OGer ZH Urteil PS160101 20. Oktober 2016 E. 2.2 m.w.H.

¹⁶⁹ Vgl. etwa BUCHER, Obligationenrecht, 597 Fn. 6.

¹⁷⁰ Vgl. BENECKE, Gesetzesumgehung, 160 f.

¹⁷¹ So in BGer Urteil 5A_873/2010 3. Mai 2011 E. 4.2.4.

Desgleichen wenn der wirtschaftlich berechtigte Alleinaktionär einziger Gläubiger seiner Gesellschaft ist oder mit ihr Rechtsgeschäfte zu nicht marktüblichen Konditionen abschliesst, etwa eine fünfzigjährige Gratismiete vereinbart oder Bauarbeiten in Millionenhöhe unentgeltlich vornimmt;¹⁷² mithin wenn der wirtschaftlich Berechtigte Rechtsgeschäfte mit der von ihm beherrschten Gesellschaft schliesst, die zu deren Nachteil und zu seinen eigenen Gunsten ausgestaltet sind.¹⁷³

Zuweilen reicht es sogar, wenn das gesamte oder praktisch gesamte Vermögen einer Gesellschaft direkt oder über Intermediäre einer einzigen natürlichen oder juristischen Person gehört und die Dualität ausserhalb der Zwangsvollstreckung keinerlei Rolle spielt.¹⁷⁴

Gewichtiges Indiz ist auch der Umstand, dass die formell berechtigte Gesellschaft über keinerlei eigene Autonomie verfügt bzw. der wirtschaftlich Berechtigte seine Kontrolle umfassend oder als Mehrheitsaktionär praktisch umfassend¹⁷⁵ und nach Gutdünken ausübt.¹⁷⁶

Grundsätzlich muss die beherrschende Person prinzipiell jederzeit (und nicht nur punktuell) über die Vermögenswerte der beherrschten Person verfügen können,¹⁷⁷ wobei dieser Umstand m.E. gerade durch Nachweis von Indizien wie den soeben genannten glaubhaft gemacht werden kann. Dient die Kontrolle der missbräuchlichen Vermeidung der Zwangsvollstreckung, kann schliesslich selbst das Vermögen einer operationellen Firma verarrestiert werden.¹⁷⁸

3. Verfahrensaspekte

a) Arrestgegenstand und Sucharrest

Zu beachten ist vorab, dass der Arrestgläubiger die Arrestgegenstände in jedem Fall genügend zu spezifizieren hat (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). So

¹⁷² BGE 102 III 165 E. II/2a S. 170 f.

¹⁷³ BGer Urteil 5A_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3.

¹⁷⁴ BGer Urteil 5A_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.2 : «tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif».

¹⁷⁵ BGer Urteil 5A_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3 : «un contrôle important, voire complet». In casu hielt der Mehrheitsaktionär 95%, der Rest lag in den Händen seines Sohnes.

¹⁷⁶ BGE 102 III 165 E. II.2.a S. 171 f. = Pra 89 (2010) Nr. 75.

¹⁷⁷ BGer Urteil 5P.1/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1.

¹⁷⁸ BGer Urteil 5A_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3.

kommt etwa bei Bankguthaben ein Gattungsarrest¹⁷⁹ (welcher Guthaben des namentlich genannten Schuldners mit Beschlagnahme belegt lässt, *ohne* einzelne Kontennummern zu nennen) bislang nur in Frage, wenn der Arrestschuldner selbst formeller Bankkunde ist.¹⁸⁰ Zielt der Arrest hingegen auf Vermögenswerte, die dem Arrestschuldner nur wirtschaftlich zustehen, muss der Name des formal berechtigten Bankkunden bezeichnet werden, damit der Arrest überhaupt durchführbar ist. Die blossen Hinweise auf die wirtschaftliche Berechtigung des Arrestschuldners und die betroffene Bankfiliale reichen nach der geltenden Rechtsprechung nicht.¹⁸¹

Grund hierfür ist primär der anlässlich der SchKG-Revision von 1991 ausgesprochene Wille, «unerlaubten Gattungs- und Sucharresten wirksam begegne[n]» zu können.¹⁸² Vor der besagten Revision bestand durchaus die Möglichkeit, bei Banken Vermögensgegenstände, die auf einen andern Namen als jenen des Arrestschuldners lauten, mit Arrest zu belegen. Der Bundesrat befand damals in seiner Botschaft, diese Situation «führe zu missbräuchlichen Eingriffen in das Bankgeheimnis und dadurch zu einer ernsthaften Gefährdung wirtschaftlicher Interessen der Schweiz.» Hinzu kommt, dass das Geldwäschereigesetz erst im April 1998 in Kraft trat und die zu Beginn der 1990er Jahre geltende Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken VSB getreu dem Vermutungsprinzip¹⁸³ erst ganz punktuelle Abklärungspflichten hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung vorsah.

Noch heute muss in den Formularen A, K etc. nur die Tatsache der wirtschaftlichen Berechtigung bzw. der Kontrollhaberschaft etc. offengelegt werden – nicht aber deren konkretes quantitatives Ausmass. Nennt ein Formular mithin mehrere wirtschaftlich berechtigte bzw. kontrollierende Dritte, erscheint der Ausschluss eines Gattungs- und Sucharrestes weiterhin als von vornherein gerechtfertigt. Denn schon diese Mehrzahl macht es ohne weitere Hinweise unwahrscheinlich, dass der Arrestschuldner in der oben beschriebenen Weise prinzipiell jederzeit und unbeschränkt über Vermö-

¹⁷⁹ Vgl. zur Ratio des Gattungsarrests jüngst BGE 142 III 291 E. 5 S. 294 f. m.w.H.: «au vu des difficultés pouvant résulter de l'obligation pour le créancier de désigner avec précision les biens à séquestrer lorsque le séquestre doit s'appliquer à un ensemble de biens ou aux avoirs bancaires du débiteur poursuivi».

¹⁸⁰ Vgl. BGer Urteil vom 17. Februar 1999, in: BLSchK 2000 S. 142. Vgl. jüngst BGE 142 III 291 E. 5 S. 294 f.

¹⁸¹ BGE 130 III 579 E. 2.2.1 S. 581 m.w.H.

¹⁸² Zit. Bundesrat, Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1, 166.

¹⁸³ Vgl. oben Kap. I.

genswerte verfügen kann und die formell-rechtliche Trennung damit eine rein vorgeschobene ist.

Soweit indes nur eine einzige Drittperson in der Rolle des wirtschaftlich Berechtigten bzw. des Kontrollinhabers festgestellt ist, erscheint es inzwischen eher fraglich, weshalb das Geheimhaltungsinteresse des Dritten dem Schutz gefährdeter Gläubigerrechte noch zwingend vorgehen sollte. Zwar sind durchaus Situationen denkbar, in denen ein Vermögensgegenstand aus legitimen Gründen formal-rechtlich einem Dritten, wirtschaftlich aber dem Arrestschuldner zusteht, so namentlich bei einer Sicherungstreuhand (*fiducia cum creditore contracta*). Allerdings sind im Hinblick auf die Pfändung Dritte, die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat, nach Art. 91 Abs. 4 SchKG bei Straffolge (Art. 324 Ziff. 5 StGB) im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner gemäss Art. 91 Abs. 1 SchKG. Diese Pflicht gilt gemäss Art. 275 SchKG ebenso im Arrest, der die spätere Vollstreckung gerade absichern soll. Die entsprechende Auskunftspflicht ist damit jener der Erben (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB) und der Ehegatten (Art. 170 ZGB)¹⁸⁴ nicht nur vergleichbar, sondern zeugt angesichts der Strafandrohung sogar noch von einem verstärkten Durchsetzungswillen des Gesetzgebers. Gehen aber schon das nicht strafbewehrte Auskunftsrecht von Ehegatten sowie von Erben dem Bankgeheimnis vor, kann für die Auskunftspflicht Dritter i.S.v. Art. 91 Abs. 4 SchKG kaum noch etwas anderes gelten.

Vor diesem Hintergrund erscheint es denkbar, den Arrest gattungsmässig auf Konti zu erstrecken, deren formal-rechtlicher Inhaber zwar mit dem Arrestschuldner nicht identisch ist, an denen der Arrestschuldner aber die alleinige wirtschaftliche Berechtigung hält bzw. Kontrolle ausübt. Denn diese materielle Einheit impliziert die naheliegende Vermutung, dass ein so betroffener Dritter im Sinne von Art. 91 Abs. 4 SchKG entweder Vermögensgegenstände des Arrestschuldners verwahrt oder dass letzterer beim Dritten zumindest Guthaben hat, die der Zwangsvollstreckung unterliegen. Es obliegt folglich dem Dritten, diese natürliche Vermutung umzustossen. Überdies kann auch er – wie Ehegatten und erbrechtlich Auskunftspflichtige¹⁸⁵ – vom Gericht verlangen, dass der Umfang der Auskünfte so eingegrenzt oder durch Massnahmen sichergestellt wird, dass allenfalls schützenswerte Geheimnisse des Dritten gewahrt bleiben. Auf die damit

¹⁸⁴ BGE 142 III 116 E. 3.1.3 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

¹⁸⁵ Dazu jüngst BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

verbundenen Mitwirkungspflichten von Banken ist am Ende noch zurückzukommen.¹⁸⁶

b) Arrest und Einspracheverfahren

Macht der Gläubiger sodann neben seiner Forderung die Arrestgründe – und namentlich einen Durchgriffstatbestand – glaubhaft, wird der Arrest zunächst auf sein einseitiges Begehren hin bewilligt. Hiergegen kann anschliessend Arresteinsprache gemäss Art. 278 SchKG erheben, wer vom Arrest in seinen Rechten betroffen ist – also neben dem Arrestschuldner auch Drittansprecher, Drittverwahrer und (nach allerdings streitiger Ansicht) Drittschuldner.¹⁸⁷ So erhalten die Genannten nachträglich rechtliches Gehör; das Arrestbewilligungsverfahren wird mithin kontradiktorisch vor dem erkennenden Gericht fortgesetzt.¹⁸⁸

Dem formell berechtigten Dritten steht es frei, seine Einsprachegründe, d.h. die arrestaufhebenden oder arresthindernden Gründe bereits im Einspracheverfahren glaubhaft zu machen.¹⁸⁹ Als nicht plausibel gilt freilich für gewöhnlich im Geschäftsverkehr unter Gesellschaften die Behauptung, der formell berechnigte Dritte habe die zu verarrestierenden Vermögenswerte schenkungshalber vom Arrestschuldner übertragen erhalten.¹⁹⁰ Denn gerade in geschäftlichen Angelegenheiten liegt eine Schenkungsabsicht im Prinzip nie vor.¹⁹¹

c) Widerspruchsverfahren

Wird die Arresteinsprache des Dritten abgewiesen, kann er dennoch innert angemessener Frist noch das Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106 ff. SchKG anstrengen. Denn eine abgeurteilte Sache liegt nicht vor, ist doch das Einspracheverfahren summarischer Natur, mithin kein strikter Beweis zu

¹⁸⁶ Vgl. Kap. VI.3.d.

¹⁸⁷ HUNGERBÜHLER, ZZZ 2005, 206 f. m.w.H. Falls sich der Arrestgläubiger gegen eine (zu hohe) Kautionspflicht wehren will, steht auch ihm die Klage nach Art. 278 SchKG offen: MEIER-DIETERLE, AJP 2002, Ziff. 14, 27.

¹⁸⁸ HUNGERBÜHLER, ZZZ 2005, 206.

¹⁸⁹ BGer Urteil 5P.1/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1; 5A_306/2010 vom 9. August 2010 E. 7.3; OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2.

¹⁹⁰ OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2; OGer ZH Urteil PS160103 vom 20. Oktober 2016 E. 2.6.

¹⁹¹ BGer Urteil 4C.89/2004 vom 9. März 2005 E. 5.1 m.w.H., nicht publiziert in BGE 131 III 222.

führen und zudem sind neben Urkunden weitere Beweismittel nur sehr restriktiv zugelassen (Art. 251 Bst. a und 254 ZPO).¹⁹²

Demgegenüber wird das Widerspruchsverfahren je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren und mit unbeschränkten Beweismitteln geführt (Art. 219 und 243 ZPO). Zu erwähnen bleibt, dass in Fällen, in denen der Arrestschuldner behauptet, Eigentümer oder Gläubiger der Sachen und Forderungen sei ein Dritter, oder wenn der Dritte selber diese Rechte beansprucht, für das Betreibungsamt sowieso Anlass besteht, unverzüglich ein Widerspruchsverfahren einzuleiten (Art. 275 i.V.m. 106 ff. SchKG).¹⁹³ Es wird damit freilich zuwarten, wenn die Rechtszuständigkeit schon im Rahmen der Arresteinsprache verhandelt wird.

d) Mitwirkungspflicht Dritter

Relativ häufig ist eine Bank in Schuldbetreibungsverfahren und insbesondere im Arrest als sogenannte Drittschuldner involviert (Art. 91 Abs. 4 und Art. 275 SchKG). In dieser Funktion treffen sie Mitwirkungspflichten, namentlich eine Pflicht zur Auskunft, zur Herausgabe von Unterlagen und zur Sperrung vollstreckungsbetroffener Vermögenswerte. Dabei ist es ihr heute regelmässig versagt, hiergegen das Bankgeheimnis anzurufen – und zwar selbst in Fällen, in denen ein Konto oder Depot wirtschaftlich nicht seinem formellen Inhaber zusteht.¹⁹⁴

Denn Art. 47 Abs. 5 BankG behält eidgenössische und kantonale Normen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber Behörden ausdrücklich vor.¹⁹⁵ Zu diesen Normen zählt namentlich Art. 166 Abs. 2 ZPO. Er entbindet zwar von der Mitwirkung grundsätzlich auch Träger gesetzlich geschützter Geheimnisse – zu denen Bankiers gehören.¹⁹⁶ Allerdings nur, falls sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Ansonsten haben sie die ersuchten Auskünfte zu

¹⁹² Vgl. auch (noch vor der heutigen ZPO) MEIER-DIETERLE, AJP 2002, Ziff. 29.

¹⁹³ BGE 96 III 107 E. 2 S. 109. Das Betreibungsamt kann mittels Beschwerde wegen Rechtsverweigerung dazu gezwungen werden; HUNGERBÜHLER, ZZZ 2005, 213.

¹⁹⁴ Vgl. jüngst BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 m.w.H. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff.; 129 III 239 E. 1 und 3.2 S. 140 f. = Pra 93 (2004) Nr. 41; 125 III 391 E. 2.d.bb S. 396 = Pra 89 (2000) Nr. 87; BGer Urteil 5A_25/2014 vom 28. November 2014 E. 4.2.2.

¹⁹⁵ BGer Urteil 5A_171/2009 15. Oktober 2009 E. 1.6 = Pra 2010 Nr. 75.

¹⁹⁶ Bundesrat, Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 6929, Ziff. 5.10.2.

erteilen und die verlangten Urkunden herausgeben¹⁹⁷ und zwar selbst für den Zeitraum vor der Arrestlegung bzw. ab Kontoeröffnung.¹⁹⁸

Nun ist aber die Bank nur *Trägerin*, nicht Herrin des Bankgeheimnisses. Anspruch auf Geheimhaltung hat vielmehr alleine der Bankkunde, gestützt auf das Mandatsverhältnis zu seiner Bank und gemäss seinem Recht auf Schutz der Privatsphäre. Dieser Schutz wird durch Art. 47 BankG strafrechtlich verstärkt, freilich ohne der Bank selbst einen Anspruch auf Geheimhaltung zu verleihen. Ihr Geheimhaltungsinteresse kann damit von vornherein nicht grösser sein als dasjenige des Geheimnisherrn.¹⁹⁹

Der Geheimnisherr (handle es sich um den Arrestschuldner oder einen Dritten i.S.v. Art. 94 Abs. 4 SchKG) ist aber zur Auskunft im Pfändungs- und Arrestverfahren verbunden²⁰⁰ und kann auch im Widerspruchsverfahren nur die Verweigerungsgründe gemäss Art. 163 ZPO anführen. Der dortige Abs. 2 entbindet ihn nur von der Aussage, soweit er selbst Träger und nicht Herr eines Geheimnisses ist; in letzterem Fall wäre ein (partieller) Schutz nur über Art. 156 ZPO zu erreichen.²⁰¹ Nach dem Gesagten bleibt dem Bankkunden der Verweis auf das Bankgeheimnis versagt, sofern diese Bankbeziehung im Verfahren beweiserheblich ist. Konsequenterweise kann er auch seine Bank nicht auf Schadenersatz einklagen, wenn sie die erforderlichen Auskünfte erteilt und Unterlagen bereitstellt – dies ganz besonders in Fällen, in denen der Bankkunde selbst erst durch seine Arresteinsprache oder Widerspruchsklage den Gläubiger zu einem Editionsbegehren veranlasst (um den erforderlichen Gegenbeweis erbringen zu können)²⁰² und seine eigene Mitwirkung schuldig bleibt.

Schliesslich erscheint eine Mitwirkungspflicht der Bank auch in organisatorischer Hinsicht nicht unzumutbar. Gestützt auf Art. 7 GwG ist sie gehalten, über die getätigten Transaktionen und über die nach diesem Gesetz erforderlichen Abklärungen (namentlich also auch über die wirtschaftliche Berechtigung bzw. Kontrollinhaberschaft) Belege so erstellen,

¹⁹⁷ BGE 142 III 116 E. 3.1.1 und 3.1.2 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H. Vgl. zur prozessualen Editionsspflicht einer Bank als Dritten schon HOHL, Procédure civile, Rz. 1014 ff.

¹⁹⁸ BGer Urteil 5A_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.4 = Pra 99 (2010) Nr. 75; so etwa die Know Your Customer-Aufzeichnungen, welche die Herkunft der Vermögenswerte betreffen (E. 3.5).

¹⁹⁹ BGer Urteil 5A_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 2.

²⁰⁰ Vgl. dazu oben Kap. VI.3.a.

²⁰¹ HOPF, ST 2012, 675 und Fn. 22 m.w.H.

²⁰² BGer Urteil 5A_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.2 = Pra 99 (2010) Nr. 75.

dass fachkundige Dritte sich ein zuverlässiges Urteil über die Transaktionen und Geschäftsbeziehungen bilden können. Sie hat die Belege überdies so aufzubewahren, dass sie allfälligen Auskunfts- und Beschlagnahmebegehren der Strafverfolgungsbehörden innert angemessener Frist nachkommen kann, was impliziert, dass Begehren anderer Behörden dank der vorbereiteten Organisationsstruktur in administrativer Hinsicht gleichermassen bedient werden können. Die Aufbewahrungsdauer liegt bei zehn Jahren ab Beendigung der Geschäftsbeziehung oder nach Abschluss der Transaktion (Art. 7 Abs. 3 GwG), so dass jedenfalls für diese Zeitspanne die Möglichkeit zur Mitwirkung unterstellt werden darf.

VII. Fazit

Die wirtschaftliche Berechtigung dient schon länger als kardinaler Anknüpfungstatbestand im Kampf der Behörden gegen Fiskaldelikte, Geldwäsche und weitere Übel unserer Zeit. Ursprünglich aber spiegelt diese Rechtsfigur das Bestreben ziviler Rechtssubjekte, kraft ihrer Privatautonomie eine als unzulänglich empfundene Rechtsordnung zu überwinden bzw. die gesetzlich gegebenen Vermögensverhältnisse auf rechtsgeschäftlichem Wege bedürfnisgerechter umzugestalten. Dennoch ist der zivilrechtliche Umgang mit der wirtschaftlichen Berechtigung bis heute ein relativ kasuistischer geblieben und teils noch immer von Widersprüchen geprägt.

Das hängt mutmasslich damit zusammen, dass der missbräuchliche Einsatz der wirtschaftlichen Berechtigung zwar in der Zwangsvollstreckung längst als solcher benannt und über den (umgekehrten) Durchgriff auch sanktioniert wird.

Wenn aber eine wirtschaftlich berechtigte Person oder die von ihr beherrschte Gesellschaft im Rahmen einer Interessenkollision selbst Schaden erleidet und ihr Recht vor den Gerichten sucht, war es für die Justiz bislang aus mehreren Gründen kaum gangbar, einen allfälligen Missbrauch der wirtschaftlichen Berechtigung zu erstellen und Ansprüche deswegen abzuweisen. Stattdessen wurde mit kompensatorischer Strenge die Interessenkollision als inhärentes Risiko der wirtschaftlichen Berechtigung bewertet oder ihre Erkennbarkeit zuweilen über das erträgliche Mass hinaus verneint, so dass sich eine einheitliche Dogmatik zu den zivilen Rechtsfolgen wirtschaftlicher Berechtigung nicht heranbilden konnte. Das dürfte mit dem Übergang zum geldwäschereirechtlichen Abklärungsprinzip, der fortschreitenden Transparenz und Automatisierung der Informationsflüsse nun

ändern: Missbräuchlich eingesetzte wirtschaftliche Berechtigung wird künftig vermehrt als solche entlarvt und unterbunden werden, während redliche Akteure bei qualifizierten Interessenkonflikten vermehrt zu ihrem Recht kommen sollten.

Eine nachvollziehbare und verlässliche, mithin rechtssichere Behandlung genießen demgegenüber schon heute namentlich Erben und Ehegatten in Fällen, in denen eine wirtschaftliche Berechtigung gegen Normen verstößt, die zu ihrem individuellen Vermögensschutz aufgestellt wurden. Bislang hat das vor allem zur Folge, dass sie Informationsrechte über die Grenze zwischen formeller und wirtschaftlicher Berechtigung hinweg einfordern können. Künftig treten allenfalls auch Haftpflichtansprüche hinzu – namentlich gegenüber Dritten, welche die Verletzung erbrechtlicher Vermögenspositionen durch die Trennung von wirtschaftlicher und formeller Berechtigung als Gehilfen oder Anstifter initiiert oder gefördert haben.

Literatur

- ARTER OLIVER, Trusts und Bankbeziehungen - Wer ist "Wirtschaftlich Berechtigter"?, in: AJP 2012, 506 ff.
- BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Effizientere Geldwäschereibekämpfung der Schweizer Banken und Effektenhändler mit der neuen Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB 08)?, in: recht 2008, 75 ff.
- BENECKE MARTINA, Gesetzesumgehung im Zivilrecht: Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht, Tübingen 2004.
- BREHM ROLAND, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Berner Kommentar, 4. Aufl., Bern 2013.
- BRUNNER ALEXANDER, Aspekte des internationalen Konzernrechts – Eine Fallstudie International combines and conflict of laws – a case study, in: Basedow Jürgen/Meier Isaak/Schnyder Anton K./Einhorn Talia, Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, 113 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung, unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1988.
- BUCHSER MICHAEL/MÜLLER MICHAEL, Die Haftung einer Muttergesellschaft und ihrer Organe für Geschehnisse im Hause der Konzerntochter – ein Zusammenspiel diverser Anspruchsgrundlagen, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, 49 ff.
- COSTANTINI RENATO, Überschreiten der Vertretungsmacht: Haftung der Bank, in: ius.focus 2010/5, Entscheid 122.
- DETTWILER EMANUEL/HESS MARKUS, Art. 697j, in: Heinrich Honsell u.a (Hrsg); Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Aufl., Basel 2016.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Das Informationsrecht des Erben – die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, in: successio 2011, 183 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA/FRITSCHI MIRJAM, Sind Bankverträge über un versteuerte Vermögenswerte gültig?, in: Jusletter 31. August 2015.
- GEIGER CLAUDIA, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), Studie zu einem zentralen Begriff des Finanzmarktrechts und der Geldwäschereibekämpfung, Bern 2006.
- GERICKE DIETER/KUHN DANIEL, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in: AJP 2015, 861 ff.
- HEIM KATHRIN, VSB 2016, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. Aufl., Zürich 2016.

- HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, Band I, Bern 2001.
- HOPF MICHEL, Aktienrechtliches Einsichtsrecht und prozessuale mitwirkungspflichten – Mitwirkungsverweigerungsrecht und Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, in: *Der Schweizer Treuhänder*, 9/2012, 675 ff.
- HUNGERBÜHLER IVO W., Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest unter besonderer Berücksichtigung des Steuerarrestes und des Arrestes nach Art. 39 Abs. 1 LugÜ, in: *ZZZ* 2005, 199 ff.
- JAKOB DOMINIQUE/DARDEL DANIELA, Der Schutz des virtuellen Erben, in: *AJP* 2014, 462 ff.
- KILGUS SABINE/LOSINGER PAOLO, Das neue Geldwäschereigesetz – Erste Erfahrungen in: *TREX* 2016, 280 ff.
- KÜNZLE HANS RAINER, Auskunftspflichten gegenüber Erben, in: *successio* 2012, 256 ff.
- LEUTWILER FRITZ, Vorwort zu Paolo Bernasconi, *Finanzunterwelt – Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*, Zürich 1988, 7 ff.
- MEIER-DIETERLE FELIX C., Formelles Arrestrecht - eine Checkliste, *AJP* 2002, 1224.
- MÜLLER ALBERT, Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR, *Diss.*, Zürich 1975.
- SCHOTT ANSGAR, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Zürich 2002.
- VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, in: *SJZ* 112/2016, 481 ff.
- WHERLOCK ALEXANDER/VON DER CRONE HANS CASPAR, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im VR, in: *SZW* 2015/5, 542 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, *Iura novit curia vs. ne ultra petita – Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: *Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, 127 ff.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, *Finanzmarktprivatrecht – Rechtsprechungschronik 2009/2010 (Teil 1)*, in: *recht* 2011, 82 ff.
- Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update, in: *Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenaux Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, Zürich/Basel 2017, 729 ff.
- ZOBL DIETER, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, *ZBJV* 125/1989, 289 ff.

Materialien

- BUNDESRAT, Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, *BBl* 1991 III 1.
- BUNDESRAT, Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung, *BBl* 2006 6929.
- EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION EBK, *Jahresbericht*, Bern 1977.

Legitimationsmängel

Jean-Marc Schaller, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Prolog.....	46
II.	«Refresher»: Ausgangslage nach OR.....	46
III.	Arten von Legitimationsmängeln.....	49
IV.	Aktueller Stand der Rechtsprechung Anmerkungen und Kritik.....	52
	1. Unterschriftenfälschung.....	52
	2. Physische Entwendung von Legitimationsmitteln.....	57
	3. «Phishing» «Hacking».....	59
	4. «Skimming».....	60
	5. Nicht hinreichende Verfügungsbefugnis.....	61
V.	Auswirkungen auf die Bankpraxis.....	63
	1. Bank-AGB.....	63
	2. Bedingungen für die Benutzung von Bankkarten und des «E-/Mobile-Banking».....	64
	3. Vorkehrungen innerhalb des Bankbetriebs.....	66
VI.	Ausblick: Auswirkungen der Digitalisierung auf Legitimationsmängel....	66
VII.	Epilog.....	68
	Literatur.....	68
	Materialien.....	69

* Dr. iur. | Anwalt für Bank-, Finanz-, Fintech- und Prozessrecht | Titularprofessor für Bankrecht | Blogger (<https://www.finblog.ch>). – Dieser Beitrag ist eine erweiterte Fassung des Referats des Autors anlässlich der Schweizerischen Bankrechtstagung vom 10. März 2017 in Bern. Eine Kurzfassung ist am 17. März 2017 auf www.finblog.ch erschienen (blogpost 12 | 170317).

I. Prolog

Legitimationsmängel sind in der Bankpraxis ein Dauerthema.¹ Jede Bank ist nur bereits aufsichtsrechtlich² gehalten und verpflichtet, das Rechtsproblem von Legitimationsmängeln sowohl im Innenverhältnis, also in ihren bankinternen Abläufen, als auch im bankvertragsrechtlichen Aussenverhältnis, d.h. im Rahmen ihrer Rechtsbeziehung zu den Bankkunden, ordnungsgemäss zu adressieren.³ Gleichzeitig waren und sind Legitimationsmängel häufig die Auslöser von Rechtsstreitigkeiten zwischen Bankkunde und Bank, so dass in den letzten Jahren zahlreiche Gerichtssentscheide hierzu ergangen sind. Von daher macht(e) es mehr als Sinn, die Rechtsfragen rund um Legitimationsmängel in der Bankpraxis an der diesjährigen Tagung zum «Bankvertragsrecht» und nunmehr im Sinn eines *Follow-Up* im nachstehenden Beitrag zu thematisieren.

II. «Refresher»: Ausgangslage nach OR

Vorab ist mit Bezug auf den Titel dieses Beitrags festzuhalten, dass eine Legaldefinition des Begriffs «Legitimationsmängel» (oder -mangel) fehlt.⁴ Es handelt sich dabei vielmehr um einen technischen und zugleich (längst) etablierten Begriff aus der Bankrechtspraxis. Indessen erscheint es angebracht, in Form eines kurzen «Refresher» die Ausgangslage nach OR zu betrachten, und zwar zwecks Reduktion der Komplexität mit Fokus auf das Bankkonto:

Kontoguthaben eines Bankkunden stellen (schuldrechtliche) Forderungen gegenüber der Bank dar,⁵ die bei ordnungsgemässer Erfüllung er-

¹ Vgl. nur bereits die überaus zahlreiche Judikatur hierzu, von der nachfolgend nur ein Teil besprochen und/oder zitiert werden kann. Der vorliegende Artikel erhebt somit keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern skizziert anhand von Judikatur und Doktrin verschiedene ausgewählte Rechtsfragen rund um Legitimationsmängel.

² Stichworte: «Gewähr», Risikomanagement (etc.).

³ Zu den verschiedenen vertragsrechtlichen Auswirkungen des Gewährsartikels vgl. auch den separaten Beitrag von Benedikt Maurenbrecher in diesem Tagungsband.

⁴ Sogar der Wortteil «Legitimation» erscheint im OR nur sporadisch im Gesellschafts- (Art. 706 OR) und Wertpapierrecht (Art. 1006, 1110, 1152 OR).

⁵ Für die vorliegende Thematik spielt es keine Rolle, ob der zugrunde liegende Kontovertrag als Darlehen oder irreguläre Hinterlegung zu qualifizieren ist (ganz anders etwa im Zusammenhang mit Negativzinsen, vgl. dazu einlässlich SCHALLER, Negativzinsen, S. 251 ff.). In beiden Fällen steht dem Bankkunden ein vertraglicher Rückforderungsanspruch zu (Art. 312, 318 OR/Darlehen; Art. 475, 481 Abs. 1 OR/irreguläre

löschen.⁶ An einer solchen fehlt es jedoch, wenn ein Zahlungsauftrag mit Bezug auf diese Forderung nicht von der Bankkundin, sondern von einer nicht legitimierten Drittperson stammt und die Bank gestützt darauf an jene Drittperson leistet. In dem Fall erfüllt die Bank nicht, selbst wenn sie gutgläubig ist.⁷ Auch der Verschuldensaspekt spielt vorderhand noch keine Rolle.⁸ Die Forderung des Bankkunden bleibt so oder anders bestehen.⁹ Ausserdem trägt die Bank die Beweislast der ordnungsgemässen Erfüllung.¹⁰ Die Bank muss also, um die Forderung zum Erlöschen zu bringen, ein zweites Mal leisten, und diesmal korrekt, d.h. an den «richtigen» Zahlungsempfänger.¹¹ Der Bank entsteht durch diese Doppelzahlung ein Schaden.^{12, 13}

Hinterlegung); aus der jüngeren Rechtsprechung etwa Urteil Handelsgericht Zürich («HGer. ZH») vom 29. Januar 2015 (HG130087), S. 15 (oben) (zu diesem Urteil des HGer. ZH einlässlich hinten IV.3.; so auch das Bundesgericht («BGer.») in früheren Leitentscheiden: BGE 112 II 454, 111 II 265.

- ⁶ Das OR legt zwar nirgends explizit fest, dass eine Forderung durch Erfüllung erlischt, doch setzt es diese Rechtsfolge an verschiedenen Stellen voraus, so vor allem in Art. 114 OR, der sich vornehmlich mit dem Untergang von Nebenrechten befasst: «*Geht eine Forderung infolge ihrer Erfüllung oder auf andere Weise unter, so erlöschen alle ihre Nebenrechte, wie namentlich die Bürgschaften und Pfandrechte*» (Hervorhebungen hinzugefügt).
- ⁷ Grundlegend WEBER, SJZ 1985, S. 87 (rechte Spalte); sodann etwa (beispielhaft) das Urteil des Bundesgerichts (BGer.) vom 15. Dezember 2003 (4C.28/2003), E. 3.2.1.
- ⁸ BGE 112 II 454; bestätigt etwa in BGer. 4A_258/2012, E. 7.1 (mit weit Verw.).
- ⁹ Vgl. BUCHER, Wer haftet wem, S. 99; vgl. ausserdem (rechtsvergleichend) die Norm in § 675u BGB, worin dies banktechnisch wie folgt umschrieben wird (wobei in der Marginalie gleichwohl von einer «Haftung» die Rede ist): «Im Fall eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers gegen diesen keinen Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen. Er ist verpflichtet, dem Zahler den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten und, sofern der Betrag einem Zahlungskonto belastet worden ist, dieses Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte».
- ¹⁰ Urteil BGer. vom 28. März 2012 (9C_675/2011), E. 3.2.
- ¹¹ Das kann und darf (i) bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung, oder (ii) einer Weisung, Ermächtigung oder nachträglichen Genehmigung des Bankkunden, oder (iii) aufgrund allgemeiner Verkehrsübung, kraft Gesetzes, oder (iv) in Befolgung behördlicher Anordnungen (vgl. die entsprechende Auflistung im Urteil BGer. vom 15. Dezember 2003 [4C.28/2008], a.a.O., mit weit. Verw.) selbstredend auch jemand anderes als der Bankkunde sein.
- ¹² Vgl. BGE 132 III 452: «*elle [= la banque] seule subit un dommage car elle est tenue de payer une seconde fois, à son client, le montant concerné*»; so unlängst wieder Urteil BGer. vom 5. Dezember 2016 (4A_386/2016), E. 2.2.2.; früher etwa bereits KLEINER,

Eine Forderung bzw. ein Kontoguthaben, kann indessen auch durch Verrechnung erlöschen.¹⁴ Bei Legitimationsmängeln stellt sich daher die Frage, ob die Bank ihrerseits eine Gegenforderung in Form einer Schadenersatzforderung zur Verrechnung bringen kann.¹⁵ In dem Fall könnte sie ihren (eigenen) Schaden ersatz- und verrechnungsweise beim Bankkunden geltend machen und müsste somit nicht nochmals zahlen. Oftmals ist in diesem Zusammenhang von «Schadensüberwälzung»¹⁶ die Rede.

AGB, S. 61; BUCHER, Fälschungsrisiken, S. 42 (rechte Spalte unten) sowie Fn. 3; – bei genauem Hinsehen entsteht der Schaden nicht durch die zweite, in Erfüllung der Schuldpflicht zu leistende Zahlung (diese ist ohnehin geschuldet und entsprechend passivseitig – als Einlage – bereits bilanziert bei der Bank), sondern durch die erste Zahlung an die nichtlegitimierte Person; ebenso (implizit) Cour de justice GE, 20 juin 2014, ACJC/723/2014, E. 4.1: «Le dommage découlant du paiement indu est un dommage de la banque, non du client».

¹³ Im Fall des Kreditkartenmissbrauchs bzw. eines Missbrauchs digitaler Bezahlssysteme, bei denen eine Kreditkarte hinterlegt ist (sog. Pass-through Wallet; zu dieser Variante vgl. STENGEL/WEBER, Zahlungssysteme, Rz. 204 ff.), ist zwischen der (allfälligen) Doppelzahlungspflicht der Bank im Aussenverhältnis, d.h. gegenüber dem Bankkunden, und der Haftung innerhalb des Kreditkartensystems zu unterscheiden. Dabei beziehen sich die Haftungsregeln der sog. Rules&Regulations des Kreditkartensystems nicht auf den Bankkunden, da dieser mit dem Scheme (z.B. MasterCard, Visa) nicht in einer vertraglichen Beziehung steht (vgl. STENGEL/WEBER, Zahlungssysteme, Rz. 396). In einer vertraglichen Beziehung zum Bankkunden (mit Bezug auf Zahlungen/-Belastungen des Bankkontos) steht nur die Bank. Eine Bank, die qua Doppelzahlung einen Schaden erlitten hat, kann sich also (je nach Konstellation und Rechtslage) entweder (i) beim Bankkunden (Zahler) schadlos halten, mithin ausserhalb des Kreditkartensystems, oder (ii) beim (sog.) Acquirer mittels eines Chargeback, d.h. innerhalb des Kreditkartensystems (zu [ii] vgl. STENGEL/WEBER, Zahlungssysteme, Rz. 399, 403).

¹⁴ Vgl. Art. 120 OR, ebenfalls unter dem (gesetzlichen) Titel «Erlöschen der Obligationen» zu finden.

¹⁵ Vgl. dazu ebenfalls bereits WEBER, SJZ 1985, S. 88 (linke Spalte, oben), unter Verw. auf BK-GAUTSCHI, N 36d zu Art. 398 OR.

¹⁶ So etwa WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen, Rz. 413; KOLLER, SBT 2013, S. 54; RUSCH, SZW 2012, S. 439 ff.; früher bereits GAUCH, recht 2006, S. 79 (Ziff. 2); diesen (deutschsprachigen) Begriff hat das BGer. früher gar in einem französischsprachigen BGE (112 II 454) zitiert; – nicht ganz präzise ist jedoch, von einer «Haftungsüberwälzung» (WIDMER, a.a.O. und Rz. 415, 419, 441) zu sprechen, denn dies würde bedingen, dass ohne Überwälzung eine Haftung besteht. Das ist jedoch nachgerade nicht der Fall: Wie gesehen (oben im Text) haftet die Bank niemandem gegenüber, sondern ist selbst die Geschädigte.

Eine solche Schadensüberwälzung setzt jedoch (in der Regel)¹⁷ voraus, dass das Verhalten des Bankkunden den Tatbestand einer gesetzlichen oder vertraglichen Sorgfalts-, Schutz-, Warnpflicht (o.ä.)¹⁸ erfüllt. Ebenso ist das Verhalten der Bank ein *contributing factor*. Weil es somit auf das Verhalten beider Parteien ankommt und dieses wiederum stark situations- und damit einzelfallabhängig ist, sind zunächst die verschiedenen Arten von Legitimationsmängeln zu erörtern, bevor die Rechtsprechung hierzu analysiert und (bisweilen auch kritisch) beurteilt werden kann.

III. Arten von Legitimationsmängeln

Die Legitimationsmängel, die bis anhin in der Bankbranche in gehäufte Form aufgetreten sind, und die sich daher zu eigentlichen Legitimationsmangel-Typen mit zugehöriger Rechtspraxis (insb. Gerichtspraxis) entwickelt haben, können wie folgt kategorisiert werden.¹⁹

¹⁷ Zum Ausnahmefall einer (Kausal-)Haftung des Bankkunden bei (unverschuldeter) Schadensursache in seiner (eigenen) Risikosphäre hinten IV.1, a.E.

¹⁸ Als *Rechtsgrundlagen* kommen in Frage: (a) *AGB-Klauseln* zu den Pflichten des Bankkunden und einer entsprechenden Schadloshaltung der Bank (dazu separat hinten V.1.); ausserdem ist aus Sicht der Bank darauf zu achten, dass sie ihre AGB im Fall eines Zivilprozesses frist- und formgerecht produziert, d.h. zu den Akten des Gerichts reicht, vgl. etwa BGer. 4A_548/2013, E. 3.3.1: «Des conditions générales sont applicables uniquement si les parties ont convenu, expressément ou par actes concluants, de les incorporer à leur contrat [...]. La partie qui entend se prévaloir d'une telle réglementation doit donc alléguer et prouver les circonstances de fait démontrant qu'il a été convenu de l'incorporer dans le contrat»; offenbar unterliess dies die beklagte Bank im Verfahren Cour de justice GE, 20 juin 2014, ACJC/723/2014, vgl. E. 3 (a.E.); (b) *Art. 402 Abs. 2 OR* als dispositives Recht, wobei (*scharf*) *abzugrenzen* ist zwischen dem (allgemeinen) Bankvertrag, auf dem die Kontobeziehung beruht und entsprechend auftragsrechtliche Elemente enthält (dazu SCHALLER, Bank-AGB, Rz. 2), was eine Anwendung von Art. 402 Abs. 2 OR (auch) mit Bezug auf die unter diesem (Rahmen-) Vertrag ausgeführten (legitimen *oder* illegitimen) Zahlungsaufträge zulässt, und dem vermeintlichen Zahlungsauftrag (auch «Putativauftrag» genannt; BGE 94 II 40) einer nichtlegitimierten Person, auf den Art. 402 OR *nicht* anwendbar ist (so auch der bereits zitierte BGE 94 II 40; ausserdem bereits früher KLEINER, AGB, S. 62; vgl. auch GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, pratique bancaire, Rz. 350/351, wo indessen eine solche Abgrenzung Bankvertrag vs. Zahlungsauftrag fehlt); (c) *Art. 97 Abs. 1 OR*; (d) *Art. 41 OR*; (e) *Rechtsscheinhaftung* (vgl. Urteil HGer. ZH [HG130087]; zu diesem Urteil hinten IV.3.).

¹⁹ Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung des Bankgeschäft, so v.a. auch der Zunahme bzw. weiteren Verbreitung digitaler Bezahlssysteme sowie des digitalen

1. Unterschriftenfälschung

Die Unterschriftenfälschung gilt (wohl) als «klassischer Fall» eines Legitimationsmangels,²⁰ da sie wesentlich häufiger zu Rechtsfällen geführt zu haben scheint als etwa die Erteilung falscher Zahlungsaufträge über das Telefon.²¹ Mit zunehmender Digitalisierung des Zahlungsverkehrs und – damit einhergehend – der digitalen Legitimationsmittel haben unterdessen entsprechend «digitale» Legitimationsmängel stark zugenommen.

2. Physische Entwendung von Legitimationsmitteln

Hierbei geht es um Diebstahl, Raub (o.ä.) von in Papier-, Karten- oder sonstiger, in physischer Form vorhandener, Legitimationsmitteln.²²

3. «Phishing» | «Hacking»

Phishing, welches Wort es bereits in den Duden geschafft hat, ist eine Kombination aus «Password» und «Fishing», also das «Ergattern» bzw. «Angeln» fremder Zugangsdaten, insb. Passwörtern oder Codes (PIN/TAN²³). Konkret wird mittels E-Mails versucht, Bankkunden zur Eingabe ihrer digitalen Legitimationsmittel in eine Maske einer eigens hierfür präparierten (gefälschten) Website zu bewegen, um sich hernach mittels dieser so erlangten Daten Zugang zu den Bankkonten dieser Kunden zu verschaffen.²⁴ Beim *Hacking* hingegen versucht der unberechtigte Dritte «auf eigene Faust»,

Onboarding dürften weitere (Unter-)Arten von Legitimationsmängel entstehen; vgl. dazu den Ausblick hinten VI.

²⁰ Dies lässt sich etwa anhand der Darstellung bei KLEINER, Bankkonto, erkennen, welcher (im Jahr 1988) auf den S. 282-284 seines Aufsatzes die (Rechts-)Fragen zu «Legitimationsmängeln und Fälschungen» lediglich anhand der Unterschriftenfälschung (gestützt auf einen unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1960) bespricht.

²¹ Aus diesem Grund wird das «falsche Telefonat» in vorliegender Abhandlung nicht weiter erörtert; vgl. dazu illustrativ aber etwa ZR 97/1998, S. 217 ff., in welchem Urteil das Handelsgericht des Kantons Zürich der beklagten Bank grobfahrlässiges Verhalten bei der telefonischen Identitätsprüfung vorgeworfen hat.

²² «Digital» entwendet werden Legitimationsmittel hingegen etwa durch «Phishing»; dazu sogleich separat in Ziff. 3.

²³ *Transaction Authentication Number*; hiervon gibt es verschiedene Arten bzw. Entwicklungsstufen: (1) physische TAN (Streichliste), (2) mTAN (SMS), (3) eTAN (TAN-Generator), (4) PhotoTAN (optisches TAN-Verfahren), (5) Push-TAN (ähnlich wie mTAN, jedoch noch mit zusätzlicher App PIN) etc.; vgl. die Zusammenstellung auf <www.ebas.ch/de/ihrsicherheitsbeitrag/erweitererschutz/anmeldeverfahrenfuerebanking>, zuletzt besucht am 5. Mai 2017.

²⁴ Vgl. etwa BORGES, NJW 2005, S. 3313.

sich via digitale Kanäle Zugang zu den Legitimationsmitteln und/oder dem Konto der Bankkundin zu verschaffen.

4. «Skimming»²⁵

Mittels einer vorgängigen Manipulation (z.B.) eines Geld- (Bankomat) oder Billetautomaten (o.ä.) werden sowohl die Daten auf dem Magnetstreifen der Bankkarte als auch die PIN ergattert, hernach mittels einer nachgebildeten (gefälschten) Kopie der Bankkarte Bezüge an Bankomaten getätigt und so das Geld des Kontoinhabers entwendet.²⁶ Ebenfalls als Skimming gilt das Durchziehen der Kreditkarte durch ein zweites Lesegerät im Restaurant, in einer Bar, Diskothek o.ä.

5. Nicht hinreichende Verfügungsbefugnis

Eine weitere Kategorie von Legitimationsmängeln ist die nicht hinreichende Verfügungsbefugnis. Bei Fällen dieser Art ist typisch, dass eine an sich berechnigte, jedoch zumeist nur *kollektiv* zeichnungsberechtigte Person, sich mittels gefälschter Dokumente eine *Einzelzeichnungsberechtigung* einräumt und so die Bank täuscht. Dabei ist wesentlich zu erkennen, dass die Tat hier nicht unbedingt durch einen gefälschten Zahlungsauftrag ausgeübt wird, indem der Täter etwa die erforderliche Zweitunterschrift fälscht, sondern vielmehr ein vorgängiges Legitimationsdokument gefälscht wird, d.h. ein Papier, das ihm (vermeintlich) etwa eine Einzelvollmacht einräumt und im Verhältnis zu (direkten) Zahlungsaufträgen unverdächtig wirkt, wenn es nicht signiert/visiert ist.²⁷ Kein Fall eines Legitimationsmangels im eigentlichen Sinn liegt vor, wenn eine Bank eigenmächtig, d.h. ohne eine Instruktion des Kunden einzuholen oder abzuwarten, Transaktionen zu-lasten seiner Konten tätigt.²⁸

Entlang dieser Typisierung von Legitimationsmängeln in der Bankpraxis kann nun die Rechtsprechung hierzu untersucht und (kritisch) gewürdigt werden:

²⁵ Dt.: «Abschöpfen».

²⁶ Vgl. etwa die Umschreibung der Zürcher Kantonalbank (ZKB) auf ihrer Website abrufbar unter: www.zkb.ch/de/pr/pk/zahlen-sparen/wissenswertes/skimming.html, zuletzt besucht am 5. Mai 2017.

²⁷ Zu denken ist etwa an vereins- und gesellschaftsrechtliche Beschlüsse; vgl. den Fall hinten IV.5.

²⁸ Zu einem solchen Fall siehe BGer. 4A_548/2013 und 4A_550/2013.

IV. Aktueller Stand der Rechtsprechung | Anmerkungen und Kritik

1. Unterschriftenfälschung

In einer Reihe von Urteilen hat das Bundesgericht eine Praxis zu den Sorgfaltspflichten von Banken im Zusammenhang mit der Prüfung der Echtheit von Unterschriften bzw. der Erkennbarkeit von Unterschriftenfälschungen entwickelt, die sich auf folgende Leitsätze kondensieren lässt:

Grundsätzlich darf die Bank bei Überweisungsaufträgen, die ihr gemäss den vertraglich vereinbarten Modalitäten zugesandt werden, davon ausgehen, dass diese vom Kontoinhaber bzw. der berechtigten Person stammen und diese entsprechend ausführen. Jedoch muss die Bank weitere Abklärungen vornehmen, wenn *besondere Verdachtsmomente* für eine Fälschung²⁹ vorliegen oder wenn der Überweisungsauftrag eine vertraglich *nicht* vorgesehene oder branchenunübliche Handlung verlangt. Ergeben sich anhand des (zwingenden) Vergleichs zwischen der Unterschrift auf dem zugestellten Überweisungsauftrag mit der im Kundendossier vorhandenen Referenzunterschrift *objektiv verdachtserweckende Zweifel* an der Echtheit der Unterschrift und können diese durch weitere (vorab) bankinterne Abklärungen nicht ausgeräumt werden, so ist mit dem Kunden (z.B. telefonisch) Kontakt aufzunehmen. Wird dieses Prüfprogramm nicht eingehalten, handelt die Bank *grob fahrlässig*.³⁰

Falls umstritten ist, ob die verwendete Unterschrift echt oder gefälscht ist, anhand derer die Bank eine Zahlung auslöste, kann die beweisbelastete Bank ein Schriftgutachten bestellen bzw. durch das Gericht einholen lassen.³¹

Eine auffällige Häufung von Betrugsfällen mittels Unterschriftenfälschungen ist bei externen Vermögensverwaltern zu verorten. Hierzu ist folgender Fall illustrativ:³²

²⁹ BGE 122 III 32; vgl. auch den (französischsprachigen) BGE 132 III 453: «des indices sérieux d'une falsification».

³⁰ BGer. 4A_438/2007 vom 29. Januar 2008, E. 5.4; BGer. 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 3.3/3.4.

³¹ Vgl. den entsprechenden Hinweis des BGer. (9C_675/2011, E. 4) an die dortige Vorinstanz.

³² Vgl. BGE 132 III 449 ff. (hierzu auch ZBJV 2010, S. 578), und (hierauf abstützend) jüngst wieder Urteil BGer. vom 5. Dezember 2016 (4A_386/2016), E. 2.2.4, alle zurückgehend auf BGE 112 II 456 (und alles französisch-sprachige Urteile).

Mittels entsprechender Zahlungsaufträgen wurden innert acht Tagen Überweisungen von insgesamt USD 250'000 verlangt. Die Unterschrift des Bankkunden wurde mithilfe von «Schere, Leim und Fotokopiermaschine» gefälscht, so dass vier Zahlungsaufträge absolut identische Unterschriften aufwiesen (sic). Zur Debatte stand eine AGB-Klausel der Bank, mit der sie sich von leichtem (und mittlerem) Verschulden freizuzeichnen versuchte. Das Bundesgericht prüfte diese Klausel, indem es Art. 100 Abs. 2 OR *analog* bezog.³³ Im konkreten Fall erkannte das Bundesgericht, dass die Zahlungsaufträge ausserhalb der Verwaltungsvollmacht gelegen hätten, der Vermögensverwalter sei nicht zu Rückzügen berechtigt gewesen. Die Bank hätte ein übermässiges Vertrauen in die Vermögensverwalterin als ehemalige Bankangestellte an den Tag gelegt, zumal zuvor eine Rüge wegen Spesenschinderei erging. Das Bundesgericht befand weiter, dass sich eine Bank nicht mit einer Kopie bzw. einem Fax begnügen dürfe, sondern die Originalunterschrift verlangen müsse, wenn ein externer, lediglich über eine beschränkte Vollmacht verfügender Vermögensverwalter einen Überweisungsauftrag einreiche.³⁴ Vor diesem Hintergrund verweigerte das Bundesgericht der Bank die Berufung auf die besagte AGB-Klausel (ohne sich zum Verschuldensgrad explizit zu äussern).

Hierzu ist vorab der Wichtigkeit halber folgendes zu bemerken: Es ist unzutreffend,³⁵ Art. 100 Abs. 2 OR überhaupt anzuwenden, und sei es auch

³³ Dazu sogleich unten im Text.

³⁴ Vgl. BGE 132 III 453.

³⁵ So bereits (grundlegend) BUCHER, Wer haftet wem, S. 100 (und 103), sowie WEBER, SJZ 1985, S. 87 (rechte Spalte: «Haftungsbeschränkung der Bank rechtslogisch gar nicht möglich»); GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, pratique bancaire, Rz. 343 (2. Abs.): «la logique juridique dans un tel cas exclut l'application de l'article 100 alinéa 2 CO»; vgl. auch KOLLER, SBT 2013, S. 52 ff., dessen Argumentation ebenfalls ohne Zuhilfenahme von Art. 100/101 OR auskommt; – *anders* aber (auch noch in neuerer Zeit) etwa WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen, Rz. 415-422, die eine einlässliche Inhaltskontrolle (u.a.) nach Art. 100/101 OR durchführt, sowie ausserdem RUSCH, SZW 2012, der zwar auf S. 440 (rechte Spalte unten) bzw. 441 (linke Spalte oben) die analoge Rechtsanwendung von Art. 100/101 OR auf Legitimationsmängel für «nicht ganz unproblematisch» hält und an sich auch erkennt, warum dem so ist, jedoch diese Erkenntnis beiseiteschiebt, um sich in der Folge (S. 441, 443/444) (u.a.) mit den nicht einschlägigen Art. 100/101 OR zu befassen; PROBST, AGB, (Fn. 1645 zu § 14 N 535) behauptet sodann, dass «die analoge Anwendung von Art. 100 und 101 OR auf Risiko- bzw. Schadensüberwälzungsklauseln sich dogmatisch einwandfrei begründen lässt», ohne dies jedoch zu begründen; ebenfalls ohne weitere Begründung prüfte sodann das Bezirksgericht Zürich im Urteil vom 7. Dezember 2016 (CG140080), S. 49, eine ent-

nur «analog»: Nicht ein Schadenersatzanspruch des Kunden steht zur Debatte, sondern umgekehrt ein solcher der *Bank* gegen ihren Bankkunden.³⁶ Entsprechend geht es nicht um ein Verschulden der Bank und damit auch nicht um ihre allfällige Freizeichnung hiervon, sondern vielmehr um ein kundenseitiges Verschulden einerseits und ein bankseitiges *Selbst- oder Mitverschulden* (als Ausfluss einer Schadensvermeidungs- oder -minderungspflicht)³⁷ gemäss Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR andererseits, welches je nach Ausmass als Reduktionsgrund (des Quantitativ des überwälzbaren Schadens) oder gar als Unterbrechungsgrund (des Kausalzusammenhangs) zur Debatte steht. *Erst und nur dort* kommt also die Frage ins Spiel, ob die Bank angesichts der konkreten Umstände ihrerseits hinreichend sorgfältig handelte, als sie den Zahlungsauftrag einer nichtlegitimierten Person ausführte (oder, bei ausgelagertem Zahlungsverkehr, ausführen liess)³⁸.

Dieser Befund ist alles andere als trivial, denn hieraus folgt, dass mit Bezug auf das bankseitige, eine Haftung des Kunden allenfalls reduzierendes oder gar ausschliessendes (Selbst-/Mit-)Verschulden weder Art. 100 noch Art. 101 OR zur Anwendung gelangen kann: Diese beiden Artikel regeln die «Wegbedingung der Haftung»³⁹ des Schädigers bzw. die «Haftung für Hilfspersonen»⁴⁰ des Schädigers und damit gerade nicht Reduktions- oder Ausschlussgründe wegen (Selbst-/Mit-)Verschuldens des Geschädigten, hier der Bank. Es handelt sich also um einen Anwendungsfall von Art. 402 Abs. 2 OR,⁴¹ der die Haftung der Bankkundin (Auftraggeberin)⁴² gegenüber der

sprechende Bank-AGB-Klausel nach Art. 100 OR, und dies, obwohl die Bankkundin in ihrer Rechtsschrift offenbar auf die Problematik hinwies (vgl. Urteil, S. 48).

³⁶ Vorn II., mit weit. Verw.

³⁷ Zum Konnex zwischen Selbst-/Mitverschulden und Schadensminderungspflicht etwa BK-WEBER, N 200 zu Art. 99 OR, mit weit. Verw.; vgl. auch BSK OR I-KESSLER, N 13a zu Art. 44 OR, welcher die «Schadensminderungspflicht» als Teilaspekt des Selbst-/Mitverschuldens auffasst (mit weit. Verw. auf *gl.M.* und *a.M.*).

³⁸ Urteil Cour de justice vom 23. Mai 2014, vgl. die Berichterstattung bei EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2014, S. 419 (rechte Spalte) und S. 424/425, wonach der Bank offenbar eine mangelhafte Auslagerung (*Outsourcing*) ihres Zahlungsverkehrs, die dazu führte, dass der Outsourcing-Dienstleister verschiedene Verdachtsmomente (*red flags*) nicht als solche hat erkennen können, zum Vorwurf gereichte (indes stellte der Cour de justice offenbar – dogmatisch ebenfalls unzutreffend – auf Art. 100 OR ab, statt auf ein Selbst-/Mitverschulden der Bank).

³⁹ Randtitel zu Art. 100 OR.

⁴⁰ Randtitel zu Art. 101 OR.

⁴¹ Bzw. – bedeutungsgleich – Art. 473 Abs. 2 OR, falls Hinterlegungsrecht anwendbar wäre.

Bank (Beauftragte)⁴³ normiert, über welche Bestimmung allerdings disponiert werden kann.⁴⁴

Es stellt sich die Folgefrage, ob diese Nichtanwendbarkeit von Art. 100/101 OR mitsamt Wegfall der darin enthaltenen Restriktionen bei gleichzeitiger Disponierbarkeit über Art. 402 Abs. 2 OR (oder Art. 473 Abs. 2 OR) einer Bank in AGB-rechtlicher Hinsicht zum Vorteil gereicht, mithin, ob sie ihr (Selbst-/Mit-)Verschulden auf Fälle von grober Fahrlässigkeit reduzieren oder gar ganz ausschliessen könnte. Nach hier vertretener Auffassung dürfte dies aus zwei Gründen jedoch nicht so sein:

1. Über das Selbst- bzw. Mitverschulden kann nur sehr beschränkt disponiert werden, weil dieses ein Ausfluss des allgemeinen Rechtsgrundsatzes einer Schadensvermeidungs- oder -minderungspflicht (oder -obliegenheit) des Geschädigten (hier Bank) darstellt und (u.a.) auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) beruht.

2. Es liegt ein erhebliches und (wohl) ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten i.S.v. Art. 8 UWG vor, wenn die Bank einerseits den Bankkunden mit Bezug auf sein Verschulden als Voraussetzung für dessen Haftung voll haften lässt, also ihm keine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit einräumt, andererseits sich selbst aber von einem (Selbst-/Mit-)Verschulden desselben Grads freizeichnet.⁴⁵

Was gilt, wenn niemand ein Verschulden trägt? Es sind die folgenden Konstellationen zu unterscheiden:

⁴² Bzw. Hinterlegerin (vgl. die Fn. zuvor).

⁴³ Bzw. Aufbewahrerin (vgl. die vorletzte Fn.).

⁴⁴ Statt (fast) aller BSK OR I-WEBER, N 16 zu Art. 402 OR, mit weit. Verw., u.a. auf die BGer.-Rsp.

⁴⁵ Indessen muss sich auch ein Selbstverschulden auf Seiten der Bank danach beurteilen lassen, ob sie die bankübliche Sorgfalt angewandt hat (Haftung des Bankkunden nach Art. 402 Abs. 2 OR, indes tendenziell nur, aber immerhin *obiter* verneint bei unsorgfältiger Auftragsausführung der Bank in BGE 110 II 286; vgl. auch den Fall in BGE 56 II 253 ff., worin der Bank ebenfalls zum Vorwurf gereichte, nicht mit der banküblichen Sorgfalt vorgegangen zu sein, weil sie sich nach Auffassung des Bundesgerichts nicht nach der Branchenregel verhielt, dass «Devisenbestände über den Sonntag üblicherweise nicht stehen gelassen [] sondern liquidiert» werden (BGE 56 II 256, 259; zur Ausgestaltung entsprechender Bank-AGB-Klauseln hinten V.1.), ebenso wie auch der Kunden gegenüber der Bank grundsätzlich (zur Ausnahme sogleich im Text) nur dann haftet, wenn er seine Pflichten schuldhaft verletzt.

- a) Falls die Bank-AGB keine (taugliche) Klausel hierzu beinhalten, dann trägt die Bank aufgrund des fehlenden Verschuldens des Bankkunden (vgl. Art. 402 Abs. 2 OR) den Schaden selbst (*casum sentit dominus*).
- b) Anders verhält es sich, wenn die Bank-AGB eine Schadenstragung nach Risikosphären vorsehen *und* (kumulativ) der konkrete Legitimationsmangel der Risikosphäre des Bankkunden zuzuteilen ist. Denn dann haftet der Kunde, und zwar auch ohne eigenes Verschulden. Der (Rechtfertigungs-)Grund für diese Lösung liegt darin, dass der Kunde *seine* (eigene) Risikosphäre besser steuern bzw. kontrollieren kann.⁴⁶ Dabei handelt es sich genau besehen um eine *Kausalhaftung* der Bankkundin, die allerdings voraussetzt, dass die Bankkundin auch tatsächlich in der Lage ist, das Risiko besser zu beherrschen.⁴⁷
- c) Wiederum anders ist der Fall zu beurteilen, wenn die Risikosphäre der Bank tangiert ist, dann gilt erneut *casum sentit dominus* zulasten der Bank, und zwar selbst dann, wenn die Bank-AGB für diesen Fall eine Schadensüberwälzung vorsehen. Denn die Überwälzung eines Schadens der Bank auf den Bankkunden, obwohl (*i*) in ihrer eigenen Risikosphäre

⁴⁶ Auch das *Bundesgericht* hat in einem Entscheid ein «Bedürfnis der Bank zum Ausschluss von Risiken, deren Vermeidung nicht in ihrem Machtbereich liegt», anerkannt, ohne hierfür ein Verschulden des Bankkunden vorauszusetzen (vgl. BGer. 4C.81/2002, E. 3.1). Eine solche Klausel erachten zu Recht auch WIDMER, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen*, Rz. 431, 442 (bei «sehr enger» Interpretation), KOLLER, SBT 2013, S. 54/55 (bei «relativ enger» Auslegung), WEBER, SJZ 1985, S. 90 (rechte Spalte, oben) (wobei offenbar gestützt auf Art. 402 Abs. 2 OR) sowie (beide offenbar selbst ohne AGB-Klausel) THOMANN, *recht* 1998, S. 165 (linke Spalte) und WIEGAND, *Geschäftsverbindung*, S. 142, für zulässig (bei KOLLER, AJP 2014, S. 30, bleibt diese Konstellation indes unerwähnt); ebenso bereits (viel früher) BUCHER, *Wer haftet wem*, S. 103: «Hat die Tat ihre Wurzeln nicht in der Geschäftstätigkeit der Bank, sondern im persönlichen Bereich des Kunden, so rechtfertigt sich eine entsprechende Risiko-Allokation»; vgl. ausserdem das *dt. Recht* (§ 676 BGB): «Ansprüche nach diesem Kapitel sind ausgeschlossen, wenn die einen Anspruch begründenden Umstände auf einem ungewöhnlichen und unvorhersehbaren Ereignis beruhen, auf das diejenige Partei, die sich auf dieses Ereignis beruft, keinen Einfluss hat, und dessen Folgen trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können», – *anders/entgegen BGer. und h.L.*, sowie ohne Überlegungen zu einer Schadenstragung nach Risikosphären RUSCH, SZW 2012, S. 443, der nur bei Kundenverschulden eine Schadensabwälzung zulassen will; – zum Risikotragungs-/Haftungskonzept mit Bezug auf Legitimationsmängeln in (modernen) Bank-AGB vgl. weiterführend hinten V.1.

⁴⁷ An dem kann es v.a. in Fällen von «höherer» (oder auch «nur» zwischenmenschlicher) Gewalt fehlen.

entstanden und (ii) ohne (jedes) Verschulden des Bankkunden, lässt sich gerade mit Blick auf Art. 8 UWG sachlich nicht rechtfertigen.⁴⁸

Aus vorstehenden Erwägungen lässt sich folgendes *Prüfprogramm*⁴⁹ destillieren, das auch auf weitere/andere Legitimationsmängel appliziert werden kann: 1. Erfüllungsanspruch des Bankkunden gegen die Bank?; 2. (Verrechnungsweiser) Schadenersatzanspruch der Bank gegen den Bankkunden, namentlich Pflichtverletzung/Verschulden des Bankkunden?; 3. Selbst-/Mitverschulden der Bank? 4. Verschuldenslose Risikosphären-Haftung?

2. Physische Entwendung von Legitimationsmitteln

Bei der physischen Entwendung von Legitimationsmitteln spielt eine wesentliche Rolle, welche Partei besser in der Lage war, das sich verwirklichte Risiko zu beherrschen. Zur banküblichen Sorgfalt zählt *vorab*, Karte und PIN in separaten Schreiben und ausserdem eines dieser Schreiben in der Form eines Einschreibens zuzustellen, um einem Missbrauch durch physisches «Herausfischen»⁵⁰ (etwa) aus dem Briefkasten oder aus der gemeinsamen Post bei Wohngemeinschaften präventiv den Riegel zu schieben. *Nach* erfolgter Zustellung befinden sich die Legitimationsmittel im Macht-/Einflussbereich des Kunden, mithin in seiner Risikosphäre, so dass nunmehr er zu einem sorgfältigen Umgang verpflichtet ist (worauf die Bank den Kunden indes hinweisen sollte). Sorgfaltswidrig ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere das ungesicherte «Herumliegenlassen» von Legitimationsmitteln wie Karte,⁵¹ PIN etc. und/oder flankierender, vertrauensstützender Dokumente und Dinge wie persönliches Briefpapier, Firmenstempel etc.⁵² Auch erscheint es heutigen (modernen) Anforderungen an die Sorgfaltspflichten einer Bankkundin zu entsprechen,

⁴⁸ Dabei handelt es sich ausserdem auch nicht um einen Fall von *force majeure* (höhere Gewalt bzw. Zufall; vgl. bereits SCHALLER, Bank-AGB, Rz. 6), d.h. eine *force-majeure*-Klausel in AGB, welche Legitimationsmängel aus der Risikosphäre der Bank ausgrenzen würde, wäre ebenfalls ungültig, weil ein Verstoss gegen Art. 8 UWG, allenfalls (bei Nichtkonsumenten) auch gegen Art. 19/20 OR oder Art. 2, 27 ZGB.

⁴⁹ Vgl. SCHALLER, Legitimationsmängel, Rz. 5 ff.

⁵⁰ Zum elektronischen/digitalen «Phishing» sogleich.

⁵¹ Vgl. auch den Fall des Schweizerischen Bankenombudsman, Jahresbericht 2015, S. 33 (Fall 2015/14), wonach das Zurücklassen der Kreditkarte beim Servicepersonal in einer osteuropäischen Bar über längere Zeit «fahrlässig» erscheine.

⁵² Zu den Vorwürfen des BGer. an die Adresse des Bankkunden vgl. BGE 111 II 267: «unvorsichtig», «unverständlich», «ein Verschulden, das keineswegs leicht wiegt».

Karte und PIN nicht nur getrennt voneinander aufzubewahren,⁵³ sondern die PIN nach Erhalt auch (i) umgehend zu ändern, (ii) hernach «auswendig zu lernen» und (iii) nirgends zu notieren.⁵⁴

Wird durch sorgfaltswidriges Verhalten des Bankkunden eine Banktransaktion von einer unautorisierten Person gefördert⁵⁵ oder überhaupt erst ermöglicht, so ist einerseits die Risikosphäre des Bankkunden betroffen, was bei entsprechend ausgestalteter Bank-AGB-Klausel bereits ausreicht (sofern sich die Bank nicht ihrerseits ein Selbst-/Mitverschulden anrechnen lassen muss),⁵⁶ andererseits dürfte zumeist auch ein Verschulden des Bankkunden vorliegen (der nach dispositivem Recht den Exkulpationsbeweis zu führen hat)⁵⁷. Auch kann sich die Frage stellen, wie häufig der Bankkunde nachprüfen muss, ob seine Legitimationsmittel noch vorhanden sind, mithin nicht entwendet wurden. Bei einem Auslandsaufenthalt oder auf Reisen sind die Nachprüfpflichten strenger als bei einer Aufbewahrung in einer abschliessbaren Wohnung (Einzelhaushalt), Raum (z.B. Büro) oder gar Tresor. Wird indessen eine Bankkundin Opfer eines bewaffneten Überfalls und unter Drohung gegen Leib und Leben zur Herausgabe der PIN gezwungen,⁵⁸ so dürfte eine Schadenersatzklage der Bank gegen die Bankkundin nur dann allenfalls erfolgreich sein, wenn sich die Kundin vorwerfen lassen

⁵³ Vgl. zur verletzten Sorgfaltspflicht bei nicht getrenntem Aufbewahren (i.c. von Checkformularen und Eurocheck-Karte in einem abgestellten Auto) BGE 122 III 379; vgl. hierzu auch BUCHER, Fälschungsrisiken, S. 56.

⁵⁴ Vgl. dazu auch SCHALLER, Legitimationsmängel, Rz. 10 und dort Fn. 27.

⁵⁵ Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob bei einer angesichts der konkreten Lebensumstände des Bankkunden *zu hohen Tageslimite* eine Pflichtverletzung des Kunden (die Limite nicht angepasst d.h. reduziert zu haben) oder der Bank (den Bankkunden nicht standardisiert über das Risiko zu hoher Tageslimiten aufgeklärt zu haben) vorliegt. Auch hierzu empfiehlt sich ein entsprechender Warnhinweis der Bank gegenüber der Kundin.

⁵⁶ Solches war indes im vorstehend zitierten BGE der Fall: Es bestanden verschiedene Verdachtsmomente, welche dem Bankmitarbeiter hätten auffallen müssen (vgl. die Erwägungen in BGE 111 II 268-270); vgl. auch den Fall des Schweizerischen Bankenombudsmann, Jahresbericht 2012, S. 26 (Fall 2012/01), wonach das Aufbewahren der PIN in der für andere Mitbewohner frei zugänglichen Küche «nicht der üblichen und verlangten Sorgfalt» entspricht.

⁵⁷ Vgl. Art. 402 Abs. 2 OR.

⁵⁸ Vgl. zu einem entsprechenden Fall, der sich offenbar in Südamerika abgespielt hat, Schweizerischer Bankenombudsmann, Jahresbericht 2015, S. 32 (Fall 2015/13).

muss, ein erhöhtes (Reise-)Risiko entweder bewusst oder mindestens fahrlässig auf sich genommen zu haben.⁵⁹

3. «Phishing» | «Hacking»

Als nächstes zur Debatte steht ein relativ aktueller, allerdings «unechter» (weshalb, sogleich) *Phishing*-Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. Januar 2015.⁶⁰ Das (letztlich) schadensverursachende Problem war jedoch nicht eigentlich das Phishing, sondern, dass die Bank trotz anderslautender Weisung des Kunden⁶¹ einen E-Mail-Zahlungsauftrag ausgeführt hat:

Der Bankkunde hat gegenüber seiner Bank die Weisung erteilt, dass für Zahlungen über USD 15'000, die nicht auf (andere) Konten des Klägers (sondern von Dritten) gehen, seine vorgängige unterschriftliche Bestätigung notwendig sei.⁶² Die Bank hat dann aber dennoch gestützt auf eine E-Mail, bei der die Identität des Absenders unklar (unbewiesen) blieb,⁶³ eine Zahlung von USD 200'000 ausgelöst, ohne die unterschriftliche Bestätigung des Bankkunden einzuholen, wie es an sich absprachegemäss vorgesehen war. Das Handelsgericht erachtete wegen dieser Weisungsverletzung der Bank sowohl (i) die (vorgängige) Verletzung einer Verhaltenspflicht des Bankkunden als auch (ii) den adäquaten Kausalzusammenhang (u.a. wegen groben Selbstverschuldens der Bank) für nicht gegeben⁶⁴ und verneinte somit einen (mit dem Erfüllungsanspruch des Bankkunden verrechenbaren) Schadenersatzanspruch der Bank. Auch eine Rechtscheinhaftung des Bankkunden wurde verneint, nicht bloss wegen der verletzten Absprache betreffend vorgängige unterschriftliche Bestätigung bei Zahlungen über USD 15'000 (was für sich betrachtet bereits ausreichte, um einen allfälligen

⁵⁹ In dem Fall liesse sich (ebenfalls) argumentieren, dass dieses Risiko kundenseitig (besser) beherrschbar sei und/oder eine schuldhafte Pflichtverletzung seitens der Bankkundin darstelle (der obige Fall des Bankenombudsman enthält indes keine Hinweise in diese Richtung); in diese Richtung (generell) bereits BUCHER, Fälschungsrisiken, S. 56 (rechte Spalte).

⁶⁰ Geschäfts Nr. HG130087.

⁶¹ Als Kläger traten in jenem Verfahren zwei Personen auf; der Einfachheit halber (und da für die Streitsache nicht weiter von Relevanz) ist nachstehend indes von -1- Bankkunden die Rede.

⁶² Urteil HGer. ZH, vom 29. Jan. 2015, S. 29-30.

⁶³ Urteil HGer. ZH, vom 29. Jan. 2015, S. 22 (unten).

⁶⁴ Urteil HGer. ZH, vom 29. Jan. 2015, S. 38-39.

Rechtsschein zu zerstören),⁶⁵ sondern auch wegen verschiedener Verdachtsmomente.⁶⁶ Die Bank musste somit doppelt leisten und konnte den dadurch entstandenen Schaden nicht auf den Bankkunden abwälzen.

In den klassischen *Phishing*- sowie auch in *Hacking*-Fällen, wo also keine (zusätzliche) Weisungs-/Vertragsverletzung der Bank vorliegt, kommt es (wiederum) darauf an,⁶⁷ ob entweder (i) der Kunde als Phishing-Opfer eine Sorgfalts-,⁶⁸ Warnpflicht⁶⁹ oder dergleichen verletzt hat,⁷⁰ oder ob (ii) ein Risiko sich verwirklicht hat, das er besser beherrschen konnte als die Bank, mithin das Phishing in seiner Risikosphäre stattfand, und in den vertraglichen Bestimmungen eine entsprechende Risikosphären-Klausel vorgesehen ist, die zu einer Schadensüberwälzung auf den Kunden führt. Ist dies nicht der Fall, muss die Bank ihren Schaden selbst tragen.

4. «Skimming»

Gemäss Bundesgericht liegt *Skimming* etwa dann vor, wenn an «Bancomaten heimlich Kameras und Kartenlesegeräte angebracht» werden, «um in den Besitz der Daten von eingeführten Bankkundenkarten zu gelangen».⁷¹ Verschiedene Banken haben nun auf Skimming-Fälle reagiert und ein so oder ähnlich genanntes *Geoblocking* eingeführt:

Während die Bankkarte des Kunden (z.B.) für die Schweiz und die Länder der EU standardmässig freigeschaltet ist, ist sie zugleich für andere Ländergruppen geblockt, muss also durch den Kunden mittels ausdrücklicher Weisung an die Bank freigeschaltet werden. Damit einher geht eine Erhöhung bzw. Verschärfung der Sorgfaltspflichten des Bankkunden, wenn er in jene Länder reist, welche er bewusst freischalten liess. Anders verhält

⁶⁵ Urteil HGer. ZH, S. 35 (oben).

⁶⁶ Unüblich hoher Zahlungsauftrag; Frage nach dem Kontostand trotz monatlicher Zustellung der Kontoauszüge (vgl. Urteil HGer. ZH, S. 35).

⁶⁷ Zur Prüfreihefolge vorn IV.1., a.E.

⁶⁸ Etwa, wenn der Kunde (objektiv sichtbare) Verdachtsmomente übersieht; dazu BORGES, NJW 2005, S. 3314.

⁶⁹ Etwa, wenn die Kundin nach Entdeckung eines Phishing nichts unternimmt und damit weitere Geldbezüge des Täters ermöglicht (nochmals BORGES, NJW 2005, S. 3315); dann wird die Kundin (mindestens) in Höhe dieser weiteren Bezüge schadenersatzpflichtig gegenüber der Bank.

⁷⁰ Auch ein Selbst-/Mitverschulden der Bank ist möglich, vgl. BORGES, NJW 2005, S. 3314 (unten) und 3315 (oben).

⁷¹ Vgl. Urteil BGer. 1B_291/2011, Sachverhalt, A. (indes ohne materielle Erwägungen zum Skimming); dies ist jedoch nur eine Art von Skimming, vgl. vorn III.

es sich indessen, wenn etwa die Karte an einem (nicht der Bank gehörenden)⁷² Geldautomaten in der Schweiz ge-«skimmt» und dann in einem der Länder mit erhöhten Risiken für Geldbezüge missbraucht wurde⁷³ und keine der Parteien ein Verschulden (bzw. eine Sorgfaltspflichtverletzung) vorzuwerfen ist. Dies führt indes zur Folgefrage, ob der Kunde seine Risikosphäre durch die Freischaltung bewusst erweitert habe, was jedoch nach vorliegend vertretener Auffassung nicht leichthin angenommen werden darf; – es sei denn, der Kunde wurde vor der Freischaltung ausdrücklich darüber aufgeklärt bzw. davor gewarnt, dass ein Kartenmissbrauch nicht unbedingt voraussetze, dass er in das entsprechende Land einreise, sondern auch, dass das Skimming in der Schweiz (oder in einem anderen Drittstaat) und der spätere Einsatz der Karte im freigeschalteten Land sich ereignen können. Auch mit Bezug auf Skimming sind entsprechende Warnhinweise in Bankdokumenten somit zu empfehlen.

5. Nicht hinreichende Verfügungsbefugnis

In einem Streit, den das Bundesgericht im 2013 entschied,⁷⁴ war die Legitimation der einzigen Gesellschafterin zweier ehemals ostdeutscher Gesellschaften (Bankkunden) für Barbezüge in Höhe von rund CHF 100 Mio. bei einer Bank in den Jahren 1991/1992, d.h. kurz nach der «Wende», umstritten. Das Bundesgericht befand, dass angesichts der aussergewöhnlichen Höhe der Barbezüge und weiterer Verdachtsmomente die Bank damals «ganz erhebliche Zweifel» hinsichtlich der Vertretungsbefugnis der einzigen Gesellschafterin hätte hegen und entsprechende Abklärungen hätte treffen müssen.⁷⁵ Der Erfüllungsanspruch der Klägerin (Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben)⁷⁶ wurde daher geschützt.⁷⁷

Mit einem zwar weitaus weniger spektakulären, indes wesentlich praxis-relevanteren Fall hatte sich das Zivilgericht Basel-Stadt («ZivilGer BS») zwei

⁷² Sondern z.B. der SBB.

⁷³ Der Grund für den Einsatz einer ge-«skimmt» Maestro-Karte liegt darin, dass ein Bargeldbezug an ausländischen Bankomaten, anders als in der Schweiz, auch ohne den fälschungssicheren Chip möglich ist; vgl. hierzu etwa <www.stop-skimming.ch/de/was_ist_skimming>, zuletzt besucht am 5. Mai 2017.

⁷⁴ Urteil BGer. 4A_258/2012.

⁷⁵ BGer. 4A_258/2012, E. 5.3.3-5.3.4.

⁷⁶ Vgl. die nicht anonymisierte Parteiangabe im Rubrum.

⁷⁷ Anders entschied hingegen das Bezirksgericht Zürich in einem Parallellfall (vgl. Urteil vom 7. Dezember 2016 [CG140080]).

Jahre zuvor (2011) zu befassen.⁷⁸ Dort ging es um einen Verwalter einer Stockwerkeigentümergeinschaft («STWEG»), der ursprünglich für zwei Sparkonti der STWEG nur kollektivzeichnungsberechtigt war, es ihm jedoch mittels eines gefälschten Protokolls einer STWE-Versammlung gelangt, diese in eine Einzelzeichnungsberechtigung abzuändern und im Anschluss daran Vermögenswerte in Höhe von rund CHF 330'000 zu beziehen.⁷⁹ Das ZivilGer BS erwog zwar zuerst korrekt, dass es nicht um einen Schadenersatz sondern einen Erfüllungsanspruch gehe, den die STWEG geltend mache,⁸⁰ wick jedoch hiervon in der Folge ab, als sie, (wohl) durch den Parteivortrag der (beklagten) Bank beeinflusst, eine «Selbstverursachung bzw. ein Selbstverschulden» auf Seiten der STWEG prüfte. Dies ist jedoch aus vorstehend erwähnten Gründen nicht richtig, vielmehr wäre ein Verschulden auf Seiten der Bankkundin (STWEG) einem Selbst-/Mitverschulden der Bank gegenüberzustellen gewesen. Da sich indessen ein allfälliges Selbst-/Mitverschulden einer Bank anhand der banküblichen Sorgfalt bemisst,⁸¹ ist dem ZivilGer BS *im Ergebnis* zuzustimmen, wonach die Bank bei Anwendung der banküblichen Sorgfalt hätte bei der STWEG nachfragen müssen und sich nicht auf ein (nicht unterzeichnetes) Protokoll hätte verlassen dürfen, zumal, als es um die Abbuchung unüblich hoher Beträge ging.⁸²

Bisweilen muss sich eine kollektivzeichnungsberechtigte Person auch den Vorwurf gefallen lassen, sie habe gegenüber der Bank ihre Adressmutation nicht bekanntgegeben, so dass die Zustimmung zu einer Barauszahlung nicht habe eingeholt werden können.⁸³ Ein solcher Vorhalt setzt indessen voraus, dass die Bank in ihren AGB und/oder ihren Eröffnungsdokumenten mit Bezug auf das entsprechende Bankkonto eine Meldepflicht des Kunden vorsieht. Wird diese (schuldhaft) verletzt, eröffnet das der Bank (auch hier) die Möglichkeit eines (verrechnungs-/widerklageweisen) Schadenersatzanspruchs.

⁷⁸ Vgl. Urteil ZivilGer BS, 8. Juni 2011, P 2009.187, in: BJM 2013, S. 1 ff.

⁷⁹ Urteil ZivilGer BS, a.a.O.

⁸⁰ Urteil ZivilGer BS, S. 3 (E. 2.2./2.3.), S. 7 (E. 5.1., 1.-2. Satz).

⁸¹ Vgl. Fn. 45.

⁸² Urteil ZivilGer BS, S. 5.3.

⁸³ Vgl. zu einem solchen Fall, bei dem es um die Verfügungsbefugnis mit Bezug auf Kindesvermögen ging, Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2014, S. 38 (Fall 2014/18).

V. Auswirkungen auf die Bankpraxis

Nun als nächstes zu den Auswirkungen, welche die vorstehend anhand von Rechtsprechung und Doktrin dargestellte Rechtslage mit Bezug auf Legitimationsmängel auf die Bankpraxis hat:

1. Bank-AGB

Die meisten Bank-AGB sind in mehrfacher Hinsicht (nach wie vor) nicht auf der Linie von Rechtsprechung und Lehre zu Legitimationsmängeln.⁸⁴ Einerseits werden die Pflichten des Bankkunden und die der Bank nicht klar auseinandergehalten. Andererseits wird nicht deutlich gemacht, dass es nicht um einen Schaden des Kunden geht, sondern umgekehrt um einen Schaden der Bank und damit einen Schadenersatzanspruch von ihr gegen den Bankkunden, was hinwiederum entweder (i) eine schuldhafte Verletzung einer Pflicht des Bankkunden oder (ii) eine (verschuldenslose) Allokation der Schadensursache in dessen Risikosphäre voraussetzt, was indes beides zumeist nicht erwähnt wird. Bsp.:

„2. Legitimationsprüfung“

Die Bank verpflichtet sich zur gewissenhaften Prüfung der Verfügungsberechtigung. Schäden infolge von Fälschungen, mangelhaftem Nachweis der Legitimation oder Nichterkennen von Legitimationsmängeln trägt der Bankkunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.“

Klauseln wie diese sind in mehrfacher Hinsicht anzupassen bzw. zu ergänzen, und zwar wie folgt:

1) Es sind die (Sorgfalts-)Pflichten der Bankkundin im Zusammenhang mit der Handhabung⁸⁵ von Legitimationsmitteln (in Listen- oder Aufzählungsform) aufzuführen.

2) Mittels Einbau einer ausformulierten Haftungsklausel ist deutlich und transparent zu machen, dass er, der Bankkunde, haftet, wenn der Bank bei Verletzung seiner (Sorgfalts-)Pflichten ein Schaden entsteht.

⁸⁴ Einige Banken haben indessen die Rechtsproblematik erkannt und ihre AGB entsprechend überarbeitet; zu den erforderlichen Anpassungen sogleich im Text.

⁸⁵ Sichere Entgegennahme, Aufbewahrung (bzw. bei Codes/PIN: Elimination des physischen Papiers oder umgehende Änderung des Codes), Verwendung (verdeckte Eingabe am Bankomat, bei Einkäufen in Shops etc., sowie Online), etc.; vgl. bereits zuvor.

3) Die Bank hat ihrerseits zu deklarieren, dass sie mit Bezug auf die Legitimationsprüfung mit der banküblichen Sorgfalt vorgeht, wozu (u.a.) auch zählt, dass sie innerhalb ihrer Risikosphäre angemessene Massnahmen trifft, um Fälschungen (etc.) zu identifizieren.

4) Optional kann noch beigefügt werden (was aber m.E. ohnehin gilt), dass ein allfälliges Selbst-/Mitverschulden der Bank von ebendieser (Nicht-) Anwendung banküblicher Sorgfalt abhängt.

5) Schliesslich ist als Auffangtatbestand die (Kausal-)Haftung des Kunden bei Schäden der Bank vorzusehen, deren Risiko eines Eintritts er besser beherrschen kann (Risikosphäre des Kunden).

Ferner ist eine Genehmigungsfiktion in die Bank-AGB einzubauen, welche (u.a.) die Genehmigung bei Nichtbeanstandung eines (allenfalls illegitim) ausgeführten Zahlungsauftrags innert Frist vorsieht. Bei grobfahrlässigem Nichterkennen von Legitimationsfehlern scheint eine solche Klausel indes nicht zu greifen.⁸⁶

2. Bedingungen für die Benutzung von Bankkarten und des «E-/Mobile-Banking»

Spezifischere Sorgfalts- und Verhaltenspflichten des Bankkunden im Umgang mit Bankkarten und dem *Online-* oder *E-Banking* werden regelmässig nicht in den Bank-AGB (i.e.S.) vorgesehen, sondern in den separaten Bedingungen für die Benutzung von Bankkarten einerseits und des *E-/Mobile-Banking* (via Smartphone, Tablet etc.) andererseits (die selbstredend ebenfalls AGB darstellen). Dabei geht es vor allem (und zuerst) um die Klarstellung, dass die Bank eine Person, die sich mit den Legitimationsmitteln ordnungsgemäss Zugang zum Bankkonto (a) mittels Bankkarte (Bankomat)

⁸⁶ Vgl. BGer. 4C.81/2002, E. 4.3: «Im beurteilten Fall liegt zwar nicht eine absichtliche Schädigung vor, wohl aber eine Nachlässigkeit, die damit vergleichbar ist. Wie bereits festgehalten worden ist, muss der Beklagten als verschuldete Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden, dass sie die Überweisungen getätigt hat, ohne vorher mit dem Kläger Kontakt aufgenommen bzw. verifiziert zu haben, dass er diese wirklich vornehmen wollte. Nach den Umständen ist ihr Verschulden als erheblich bzw. grob einzustufen. Damit stünde indessen nach dem Rechtsempfinden in unverträglichem Widerspruch, wenn sie sich gestützt auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion dennoch ihrer vertraglichen Haftung entziehen könnte.»

oder (b) mittels E-/Mobile-Banking verschafft hat, als legitimierte Person anzusehen ist.⁸⁷

Sodann ist der Kunde zu einem sorgfältigen Umgang mit den Legitimationsmitteln zu verpflichten, so etwa zur sofortigen Unterzeichnung der Bankkarte nach Erhalt, zur sicheren und getrennten Aufbewahrung der Karte und PIN,⁸⁸ Geheimhaltung der PIN bzw. des Passworts, Durchführung der vom Smartphone-Hersteller empfohlenen Software-Updates,⁸⁹ sorgfältiger Umgang mit der Hardware,⁹⁰ keine Weitergabe der Bankkarte, bei Verlust der Karte oder Phishing-Verdacht sofortige Meldung (evtl. eigenhändige Sperrung des Online Zugangs durch den Bankkunden selbst) gegenüber der Bank und allenfalls auch der Polizei.⁹¹

Diejenigen Bankkunden, die sich elektronischer Legitimationsmittel bedienen und damit anfällig sind für *Phishing* und dergleichen, sind in geeigneter Form auf die Gefahren des Phishing, auf entsprechende Verdachtsmomente (*red flags*), auf ihre Pflicht zur Geheimhaltung der Zugangsdaten und zur umgehenden Benachrichtigung der Bank bei Phishing-Verdacht hinzuweisen, ebenso darauf, dass die Bank bei einem Einloggen mittels Benutzername, Passwort und TAN⁹² grundsätzlich davon ausgehen darf, dass die einloggende Person identisch ist mit der hierfür berechtigten Person. Das wirkt sich sodann auf das Beweisthema (den sog. «Anscheinsbeweis») aus, wenn es beim verrechnungsweisen Schadenersatzanspruch

⁸⁷ Das geschieht in der Bankpraxis etwa durch (a) entsprechende AGB-Klauseln, (b) E-Banking-Dokumente, (c) dem Einloggen des Kunden periodisch vorgeschaltete Warnhinweise der Bank.

⁸⁸ Zur «Aufbewahrung» der PIN vgl. indes Fn. 92.

⁸⁹ Inskünftig ist bei weiter (stark) sinkenden Kosten von Hardware auch denkbar, dass die Bank jedem Kunden einen (Klein-)Laptop mit separatem Browser zur Verfügung stellt, der ausschliesslich für E-Banking benutzt werden darf.

⁹⁰ Kein Liegenlassen des Smartphone, keine Weitergabe/Ausleihe an Dritte etc.; ebenfalls zu bedenken ist, die Bankkunden dazu zu verpflichten, ihre Smartphones regelmässig (trocken) zu reinigen (d.h. die Fingerspuren wegzuwischen). Denn ansonsten können Unberechtigte anhand der Fingerspuren (Fingerabdrücke) die Zugangscodes zum Smartphone rekonstruieren.

⁹¹ Nach vorliegend vertretener Auffassung sollte indes in modernen Nutzungsbedingungen vorgesehen werden, dass Passwort und PIN sowohl für die Kartennutzung als auch für den E-Banking-Zugang nach postalischem oder elektronischem Erhalt sofort zu ändern sind und nur im Gedächtnis des Bankkunden gespeichert werden dürfen, mithin eine physische oder elektronische Notiz der PIN sorgfaltswidrig ist, so dass der Bankkunde in einem solchen Fall für den bei der Bank entstandenen Schaden haftet; vgl. dazu auch bereits zuvor.

⁹² Zu den verschiedenen TAN-Arten vorn Fn. 23.

der Bank um die Verletzung von Sorgfaltspflichten beim E-/Mobile-Banking auf Seiten des Bankkunden geht.⁹³

3. Vorkehrungen innerhalb des Bankbetriebs

Bankintern umzusetzen sind die Anforderungen an eine ordnungsgemässe Legitimationsprüfung mittels des Weisungswesens, Merkblätter etc. Unter anderem bedarf es eines standardisierten Prozesses bei der Unterschriftenprüfung, wobei die Ansetzung der Verdachtsschwelle sich in der Praxis als relativ anspruchsvoll erweist. Verdachtsfälle sind intern zu eskalieren, allenfalls ist eine externe *Second Opinion* einzuholen.⁹⁴ Schulungen (interne Aus- und Fortbildung) müssen sich ebenfalls dieser Thematik zuwenden, um sicherzustellen dass im Tagesgeschäft (etwa) die Unterschriften sorgfältig und gewissenhaft geprüft werden. Mitarbeiter an der Front sind immer wieder darauf zu sensibilisieren. Bei bestätigten Fälschungen sind diese in eine Fallsammlung aufzunehmen und im Rahmen von Schulungen (oder anderen Anlässen) zu besprechen.

VI. Ausblick: Auswirkungen der Digitalisierung auf Legitimationsmängel

Das nunmehr auch digital mögliche *Onboarding*⁹⁵ von Bankkunden beeinflusst die Erstellung und Hinterlegung der Legitimationsmittel sowie (später) die Echtheitsprüfung bzw. der Abgleich zwischen digital hinterlegter und digital verwendeter Legitimationsmittel. Das Risiko von Legitimationsmängeln in Form eines (sog.) Antragsbetrugs⁹⁶ erscheint trotz diverser Sicherheitsmassnahmen (TAN,⁹⁷ Echtheitsbestätigung⁹⁸ etc.) gegenüber der persönlichen Vorsprache naturgemäss (dennoch) erhöht.

⁹³ Zu dieser komplexen Rechtsthematik wird im April 2018 auf www.finblog.ch ein separater, weiterführender Beitrag («Beweis und Haftung im Online-/Mobile-Banking») erscheinen.

⁹⁴ Hierbei sind die Vorgaben mit Bezug auf Bankgeheimnis (bzw. Entbindung hiervon), Outsourcing, Datenschutz etc. zu beachten und einzuhalten.

⁹⁵ Vgl. FINMA-RS 2016/7 («Video- und Online Identifizierung»).

⁹⁶ Dem geht ein (sog.) Identitätsdiebstahl voraus; vgl. dazu (summarisch) STENGEL/WEBER, Zahlungssysteme, Rz. 134 (Mitte).

⁹⁷ FINMA-RS 2016/7, Rz. 16, 34, 39, 43, 48; zu den Anforderungen an die TAN vgl. ausserdem FINMA-RS Anhang, S. 12.

⁹⁸ FINMA-RS 2016/7, Rz. 33, 39.

Phishing-Fälle dürften nicht zwingend weniger werden, weil davon auszugehen ist, dass die Menge an Kunden zunimmt, welche Zahlungsaufträge über elektronische Kanäle, die eines Zugangscodes bedürfen, abwickeln wollen. Beim *Skimming*, das ein spezifisches Bankomat- und Bezahlstellen-Problem darstellt, könnte es sich inskünftig allenfalls dann umgekehrt verhalten, wenn die Marktanteile mobiler Bezahlssysteme wie etwa *Twint* oder *ApplePay* zunehmen und damit das (physische) Abheben von Bargeld bzw. die manuelle Eingabe von Zugangscodes an Bezahlssystem in Restaurants, Tankstellen-Shops, Billet-Automaten der SBB etc. nach und nach substituiert wird. Allerdings sind gerade auch digitale und mobile Zahlungssysteme alles andere als «bomben»-sicher.⁹⁹ Der Wettlauf zwischen Banken bzw. digitalen Zahlungssystembetreibern auf der einen und *Hacker* auf der anderen Seite dürfte sich denn auch inskünftig fortsetzen.

Schliesslich zu den Vor- und Nachteilen von elektronische Signaturen, wie sie etwa bei *Blockchain*-Technologien üblich sind:¹⁰⁰ Zwar fällt ein manueller (visueller) Unterschriftenvergleich und damit diese Fehlerquelle weg, jedoch erhöht sich die Gefährdung des Systems durch *Hacker*-Angriffe.¹⁰¹ Hinwiederum anders könnte es sich indessen verhalten, wenn dereinst sog. *Biomarker* zur (annähernd) zweifelsfreien Feststellung der Identität und damit zur Legitimationsprüfung (auch) im Bankgeschäft eingesetzt werden sollten.¹⁰² Mit einem solchen «Bio»-Legitimationssystem, zumal flächendeckend im In- und Ausland, ist jedoch (mindestens noch für längere Zeit) nicht zu rechnen. Und selbst wenn, dann dürfte auch hier irgendwann wiederum eine Schwachstelle auftauchen, die durch unberechtigte Dritte ausgenutzt werden kann.

⁹⁹ Vgl. etwa die Meldung der Melde- und Analysestelle Informationssicherung (MELANI) vom 29. November 2016: «E-Banking: Angreifer zielen auf mobile Authentifizierungsmethoden», abrufbar unter: www.melani.admin.ch zuletzt besucht am 5. Mai 2017; einlässlich zu den (zahlreichen) Risiken mobiler Zahlungssysteme EBERLE, Risiken, S. 39 ff.; vgl. ausserdem SETTELE, NZZ 3. 11. 2016, S. 56.

¹⁰⁰ Nach Auffassung von MEISSER (S. 10, rechte Spalte, unten) verfüge ein Eintrag in einer etablierten Blockchain über eine der manuellen Unterschrift ebenbürtige Beweiskraft.

¹⁰¹ Vgl. etwa den Artikel «Ruf von Bitcoin bröckelt weiter – Blockchain gehackt», in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 9. August 2016, S. 27.

¹⁰² Vgl. hierzu etwa NZZ vom 5. Oktober 2016, S. 19: «Biowatch will Passwörter und digitale Fingerabdrücke obsolet machen – mit einem Gerät, das Venenmuster am Handgelenk erkennt»; in diesem NZZ-Artikel werden auch entsprechende technische Entwicklungen anderer Firmen thematisiert.

VII. Epilog

Ein Ende des *ewigen Wettlaufs* zwischen Bank und Kunde auf der einen und Unberechtigten (Betrüger, Hackern) auf der anderen Seite ist nicht abzusehen. Legitimationsmängel werden also trotz – oder vielleicht gerade wegen – der fortschreitenden Digitalisierung des Bankgeschäfts auch inskünftig «auf dem Radar» von Bankjuristinnen und Bankjuristen bleiben (müssen).¹⁰³ Eine umsichtige Handhabung der damit einhergehenden bankbetrieblichen und rechtlichen Risiken ist daher unabdingbar.

Literaturverzeichnis

- BORGES GEORG, Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, S. 3313-3317.
- BUCHER EUGEN, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?, recht 1997, S. 41-56 (zit. BUCHER, Fälschungsrisiken).
- Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, S. 97-104 (zit. BUCHER, Wer haftet wem).
- EBERLE ADRIAN, Risiken bei der Anwendung von Mobilgeräten, in: Weber/Thouvenin (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2015, S. 39-71.
- EMMENEGGER SUSAN/LUC THÉVENOZ, Das schweizerische Bankprivatrecht, SZW 2014, S. 418-434.
- GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, S. 77-91.
- GAUTSCHI, GEORG, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag: Kommentar zu rat. 394–406 OR, Bern 1971.
- GUGGENHEIM DANIEL A./GUGGENHEIM ANATH, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl. Bern 2014.
- KESSLER, MARTIN, Art. 44, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Auflage, Basel u.a. 2015.
- KLEINER BEAT, Bankkonto – Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Forstmoser/Tercier/Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 273-284 (zit. KLEINER, Bankkonto).
- Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken; Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. Aufl. Zürich 1964 (zit. KLEINER, AGB).
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, S. 19-39 (zit. KOLLER, AJP 2014).

¹⁰³ Auch auf der Online-Publikationsplattform www.finblog.ch wird die Thematik deshalb weiterverfolgt werden.

- Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, SBT 2013, S. 17-81 (zit. KOLLER, SBT 2013).
- MEISSER LUZIUS, Blockchain – Eine Chance für den Finanzplatz, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 27. September 2016, S. 10.
- PROBST THOMAS, § 14 Potentiell problematische AGB, in: Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016.
- RUSCH ARNOLD, Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, S. 439-444.
- SCHALLER JEAN-MARC, Legitimationsmängel in der Bankpraxis, www.finblog.ch (blogpost 12 | 170317) (zit. SCHALLER, Legitimationsmängel).
- Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft von Banken, in: Grosz/Grünewald (Hrsg.), Recht und Wandel, Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich 2016, S. 245-274 (zit. SCHALLER, Negativzinsen).
- Bank-AGB, in: Jusletter 30. Mai 2016 (zit. SCHALLER, Bank-AGB).
- SETTELE CLAUDE, Zahlungsverkehr ohne Risiko bleibt ein Wunschziel, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 3. November 2016, S. 56.
- STENDEL CORNELIA/WEBER THOMAS, Digitale und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2016.
- THOMANN, Felix H., Sicherheit und Haftungsbeschränkungen im Internet-Banking, in: recht 1998, S. 160-165.
- WEBER ROLF H., Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, in: SJZ 1985, S. 85-90.
- Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000.
- Art. 402, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel u.a. 2015.
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG – Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern 2015.
- WIEGAND WOLFGANG, Die Geschäftsverbindung im E-Banking, in: Wiegand (Hrsg.), E-Banking - Rechtliche Grundlagen, BBT Band 8, Bern 2002, S. 93-142.

Materialien

- FINMA RS 2016/7, Video-und Online Identifizierung, abrufbar unter www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben/#Order=2 zuletzt besucht am 5. Mai 2017.

SCHWEIZERISCHER BANKEN OMBUDSMANN, Jahresbericht 2014, abrufbar unter http://www.bankingombudsman.ch/wp-content/uploads/2015/07/RZ_SBO_Jahresbericht_de_Onl_010715.pdf, zuletzt besucht am 31. Mai 2017.

- Jahresbericht 2015, abrufbar unter http://www.bankingombudsman.ch/wp-content/uploads/2016/06/RZ_SBO_Jahresbericht_2015_A4_de_web.pdf, zuletzt besucht am 31. Mai 2017.

Disclaimer im Bankvertragsrecht

Martin Lanz, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	73
II.	Erscheinungsformen.....	73
1.	Definition von Disclaimern.....	73
2.	Verwendung von Disclaimern in der Bankpraxis.....	74
a.	Marketing und Werbung.....	74
b.	Informationen zu Finanzprodukten und Investitionsmöglichkeiten.....	75
c.	E-Mails.....	76
d.	Webseiten.....	76
e.	Verträge und Dokumente im Zusammenhang mit Verträgen.....	77
3.	Kategorisierung von Disclaimern.....	78
III.	Rechtliche Grundlagen von Disclaimern.....	79
1.	Informationspflichten gegenüber Kunden.....	79
a.	Informationspflichten nach Art. 11 BEHG.....	79
b.	Informationspflichten im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten.....	80
aa.	Emissionsprospekt für Aktien und Obligationen.....	80
bb.	Kotierungsprospekt.....	82
cc.	Prospekt für kollektive Kapitalanlagen.....	83
dd.	Vereinfachter Prospekt für strukturierte Produkte.....	83
ee.	Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen.....	84

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner und Leiter der Banking und Finance Fachgruppe bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich. Frau RAin Cornelia Jurt, LL.M., Herrn RA Fabio Elsener, LL.M. und Herrn Dominic Wälchli, MLaw, LL.M., danke ich herzlich für die grossartige Unterstützung.

c.	Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung.....	85
d.	Bereitstellung von Informationen auf Webseiten.....	87
aa.	Ausservertragliche Haftung.....	87
bb.	Vorvertragliche Aufklärungspflicht.....	88
cc.	Vertragliche Haftung.....	88
e.	Entwicklung im Hinblick auf das FIDLEG.....	88
2.	Rechtliche Einordnung von Disclaimern.....	89
a.	Zivilrechtliche Aspekte.....	89
aa.	Haftungsreduzierende Wirkung.....	89
bb.	Einseitige Haftungsfreizeichnung.....	90
cc.	Zweiseitige Haftungsfreizeichnung.....	91
dd.	Abgrenzung zu Risikoinformationen.....	92
b.	Aufsichtsrechtliche Aspekte.....	92
c.	Strafrechtliche Aspekte.....	92
IV.	Rechtliche Wirksamkeit von Disclaimern.....	93
1.	Vertragliche Haftungsfreizeichnungen und -beschränkungen.....	93
a.	Zulässigkeit im Allgemeinen.....	93
b.	Gesetzliche Schranken für Haftungsfreizeichnungen.....	93
aa.	Art. 100 und 101 OR.....	94
bb.	Widersprüchliches Verhalten.....	94
cc.	Ausschluss vertragswesentlicher Pflichten.....	95
c.	Zusätzliche Anforderungen an Haftungsfreizeichnungen in AGBs und Standardverträgen.....	96
aa.	AGB Kontrolle.....	96
bb.	Missbräuchliche Disclaimer gemäss Art. 8 UWG.....	97
d.	Freizeichnung von der Prospekthaftung.....	97
2.	Ausservertragliche Haftungsfreizeichnung oder -beschränkung.....	98
V.	Nutzen von Disclaimern.....	99
	Literaturverzeichnis.....	100
	Materialien.....	103

I. Einleitung

Disclaimer sind im Verlauf der letzten Jahrzehnte zu einem festen Bestandteil der Wirtschaft geworden und haben mit der zunehmenden Komplexität von Finanzprodukten, einer verstärkten Regulierung und einem geschärften Risikobewusstsein der Akteure der Finanzindustrie auch vor Werbe- und Informationsmaterial von Finanzdienstleistern, vor Emissions- und Kotierungsprospekten und von weiteren, in der Finanzindustrie verwendeten Dokumenten nicht Halt gemacht. Beim Studium von Disclaimern stellt man rasch fest, dass diese oft relativ umfassend, aber unstrukturiert sind und zudem vor allem bei Werbe- und Informationsmaterial nicht selten im Kleingedruckten am Schluss der Publikation aufgeführt sind.

Ungeachtet ihrer weiten Verbreitung sind rechtliche Aspekte von Disclaimern im Finanzmarktbereich bisher juristisch kaum vertieft betrachtet worden. In diesem Beitrag wird versucht, eine Kategorisierung von Disclaimern im Finanzbereich vorzunehmen und diese rechtlich einzuordnen. Hierzu wird zunächst definiert, was unter Disclaimern zu verstehen ist und wie sie verwendet werden (Kapitel II.). Anschliessend werden die rechtlichen Grundlagen von Disclaimern aufgezeigt (Kapitel III.) und deren rechtliche Wirksamkeit analysiert (Kapitel IV.). Abschliessend werden Hinweise zu einer zielführenden Verwendung von Disclaimern gemacht (Kapitel V.).

II. Erscheinungsformen

1. Definition von Disclaimern

Der Begriff Disclaimer stammt vom englischen Verb «to disclaim» ab, welches mit etwas «abstreiten» übersetzt werden kann. Dementsprechend versteht man im allgemeinen Sprachgebrauch unter einem Disclaimer eine Erklärung, durch welche sich eine Person von einem bestimmten Inhalt oder einer Sache distanziert.¹ Disclaimer werden aber auch als Hinweis auf Risiken oder zur Warnung verwendet, beispielsweise im Bereich von Emissionsprospekten, von strukturierten Produkten und von kollektiven Kapitalanlagen.

¹ Siehe Duden, Disclaimer, abrufbar unter: <www.duden.de/rechtschreibung/Disclaimer>, zuletzt besucht am 26. Mai. 2017.

In der Praxis der Finanzindustrie werden anstelle des Begriffs Disclaimer oft auch Bezeichnungen wie Haftungsfreizeichnung, Waiver oder «Important Legal Information» verwendet.² In der juristischen Literatur wird die Bezeichnung Disclaimer ebenfalls nicht einheitlich verwendet. Gewisse Autoren verstehen unter Disclaimern Freizeichnungserklärungen in Bezug auf eine Haftung im ausservertraglichen Bereich,³ andere verwenden den Begriff auch für die vertragliche Haftung und verstehen darunter allgemein eine Freizeichnung der Haftung.⁴

2. Verwendung von Disclaimern in der Bankpraxis

Disclaimer finden sich in einer sehr grossen Anzahl von Marketing- resp. Werbe- sowie Informationsdokumenten, welche Banken ihren Kunden oder Dritten zur Verfügung stellen, sowie in Verträgen zwischen Banken und Kunden.

a. Marketing und Werbung

In Magazinen und Flyers, die allgemeine Informationen zu Finanzdienstleistungen oder Finanzprodukten enthalten, stehen Disclaimer zumeist am Ende der Publikation. Inhaltlich weisen diese Disclaimer typischerweise darauf hin, dass die Informationen kein Angebot zum Erwerb von Finanzprodukten darstellen und dass die Bank die Informationen sorgfältig zusammengetragen hat, jedoch keine Gewähr für die Richtigkeit des Inhalts übernimmt. Auch wird festgehalten, an wen sich die Publikation richtet resp. nicht richtet; regelmässig sind dabei als Adressaten U.S.-amerikanische Personen ausgenommen. Weiter wird in diesen Disclaimern oft die Weitergabe der Publikation untersagt, was allerdings im Widerspruch zur Natur eines Werbeprodukts stehen dürfte. Schliesslich wird üblicherweise jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Verwendung des Dokumentes ausgeschlossen. Als Illustration mögen folgende vereinfachte Praxis-Beispiele dienen:

Diese Publikation dient ausschliesslich zu Ihrer Information und stellt kein Angebot, keine Offerte oder Aufforderung zur Offertstellung dar.

² CEREGHETTI, sic! 2002, S. 1.

³ CEREGHETTI, sic! 2002, S. 1 f.

⁴ SCHALLER, AJP 2012, S. 64 f.

Wir können keine Zusicherung oder Garantie für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Informationen abgeben.

Wir schliessen uneingeschränkt jede Haftung für Verluste bzw. Schäden irgendwelcher Art aus, sei es für direkte, indirekte oder Folgeschäden.

Diese Publikation ist nicht für Personen bestimmt, die einer Rechtsordnung unterstehen, welche die Verteilung dieser Publikation verbietet.

Dieses Dokument und die darin enthaltenen Informationen dürfen nicht in die Vereinigten Staaten von Amerika und an Personen, die US-Personen nach der Definition der Regulation S des Securities Act von 1933 sind, verteilt und/oder weiterverteilt werden.

b. Informationen zu Finanzprodukten und Investitionsmöglichkeiten

Informationsdokumente zu spezifischen Finanzprodukten oder zu Investitionsmöglichkeiten enthalten in der Regel ebenfalls Disclaimer, die sich häufig prominent auf der ersten Seite des Dokuments befinden. In solchen Disclaimern wird üblicherweise darauf hingewiesen, dass Geschäfte am Finanzmarkt risikoreich sind und dass das in Frage stehende Dokument keine Anlageberatung darstellt und eine solche auch nicht ersetzt. Die in Kapitel II.2.a. erwähnten Hinweise zum Angebot, zur Richtigkeit der Informationen und zum Adressatenkreis sind ebenfalls regelmässig vorhanden.

Bei Emissions- und Kotierungsprospekten finden sich zudem zumeist umfassende und detaillierte Risikoinformationen im Zusammenhang mit dem Emittenten und den angebotenen Effekten, zumindest bei Aktien. Zur Illustration für in solchen Prospekten typische Hinweise dienen zwei Beispiele:

Investing in the Offered Shares (including the exercise of the Rights) involves considerable risks. Potential investors may suffer a complete or partial loss of their investment. For a discussion of certain factors that should be considered in deciding whether to invest in the Offered Shares, see «Risk Factors».

This Listing Memorandum does not constitute a prospectus pursuant to article 652a or article 1156 of the Swiss Code of Obligations (Schweizerisches Obligationenrecht). This Listing Memorandum may not be used for, or in connection with, and does not constitute, an offer to acquire, convert or subscribe for any Shares, or a solicitation of an offer to acquire, convert or subscribe for any Shares.

c. E-Mails

Disclaimer finden sich regelmässig auch am Ende von E-Mails von Banken, dies unabhängig davon, ob es sich um Massenemails mit Informations- oder Marketinginhalten handelt oder um persönlich an einen bestimmten Bankkunden versandte E-Mails. Diese Disclaimer weisen insbesondere auf die Risiken im Zusammenhang mit dem elektronischen Datenverkehr hin, wofür die Bank regelmässig jegliche Haftung ablehnt, und den vertraulichen Charakter des Inhalts des E-Mails, hin. Zur Illustration für in E-Mails enthaltene Disclaimer folgendes modifizierte Beispiel:

Aufgrund der bisherigen E-Mail-Korrespondenz bzw. der getroffenen Absprache, betrachtet sich die Bank als berechtigt, mit Ihnen per E-Mail zu kommunizieren. Die Bank geht davon aus, dass Sie die Risiken von E-Mails kennen und in Kauf nehmen (insbesondere fehlende Vertraulichkeit, Manipulation oder Missbrauch durch Dritte, Fehlleitung, verzögerte Übermittlung oder Bearbeitung, Viren etc.). Die Bank lehnt jede Haftung für Schäden im Zusammenhang mit der Verwendung von E-Mails ab, sofern die Bank die geschäftsübliche Sorgfalt nicht verletzt hat. E-Mails werden nur während den üblichen Geschäftszeiten der Bank bearbeitet und eignen sich daher nicht für die Übermittlung von Handlungsaufträgen und wertverschiebenden oder zeitkritischen Aufträgen (z.B. Zahlungsaufträge). Sollten Sie dieses E-Mail irrtümlicherweise erhalten haben, bitten wir Sie, das E-Mail an die Bank zurückzusenden und das E-Mail anschliessend mitsamt allen Anhängen von ihrem System zu löschen. Der Gebrauch der im E-Mail enthaltenen Informationen ist verboten.

d. Webseiten

Disclaimer auf Webseiten von Banken sind zumeist entweder im Impressum der Webseite aufgeführt, erscheinen als Startseite oder als Pop-up Fenster. In letzteren Fällen kann die eigentliche Webseite erst nach «Annahme» des Disclaimers eingesehen werden. Solche Webseite-Disclaimer enthalten häufig neben den in Kapitel II.2.c. erwähnten Einschränkungen Hinweise zur erlaubten Nutzung der Webseite, insbesondere auch zum zulässigen Nutzerkreis, zu den Immaterialgüterrechten sowie zu spezifischen Risiken im Zusammenhang mit der Benutzung von Websites. Die Haftung für Drittinhalte wird regelmässig eingeschränkt. Als Illustration dient folgendes vereinfachte Beispiel:

Die Bank-Website richtet sich ausschliesslich an natürliche und juristische Personen mit Wohnsitz beziehungsweise Sitz in der Schweiz. Insbesondere ist die Bank-Website nicht für Personen bestimmt, die einer Rechtsordnung unterstehen, welche die

Publikation beziehungsweise den Zugang zur Bank-Website (aufgrund der Nationalität der betreffenden Person, ihres Wohnsitzes beziehungsweise Sitzes oder aus anderen Gründen) verbietet. Personen, auf die solche Einschränkungen zutreffen, ist der Zugriff auf die Bank-Website nicht gestattet. Im Speziellen dürfen die auf der Bank-Website enthaltenen Informationen nicht an Bürger des Vereinigten Königreiches (UK) oder an Personen, die US-Personen nach der Definition der Regulation S des US Securities Act von 1933 sind, verteilt und/oder weiterverteilt werden. Sämtliche Informationen auf der Bank-Website gehören ausschliesslich und umfassend der Bank, sofern nichts anderes erwähnt ist. Die Informationen sind nur zur privaten Benutzung frei verwendbar. Jegliche vollständige beziehungsweise teilweise Wiederveröffentlichung, Modifizierung, Verknüpfung, Übermittlung sowie Kopieren ist ohne vorgängige schriftliche Zustimmung der Bank untersagt. Daten, die Sie der Bank mittels elektronischer Medien (zum Beispiel E-Mail, SMS, etc.) übermitteln beziehungsweise sich von der Bank übermitteln lassen, werden in der Regel nicht verschlüsselt. Elektronische Mitteilungen können Schadprogramme oder bösartige Software (sogenannte Malware) enthalten, die beim Lesen der Mitteilung ausgeführt werden und zu vielfältigen Schäden führen können. Zwecks Virenbekämpfung empfiehlt sich die Verwendung von aktuellen Browser-Versionen sowie die Installation von laufend aktualisierter Antiviren-Software.

e. Verträge und Dokumente im Zusammenhang mit Verträgen

In Standardverträgen und Dokumenten von Banken, welche Kunden im Zusammenhang mit Verträgen ausgehändigt werden, etwa zur Erstellung von Profilen von Investoren o.ä., finden sich Disclaimer, deren Inhalte sich je nach Dokumentart und Art der Kundenbeziehung unterscheiden.

«Allgemeine» Disclaimer finden sich meist in den AGBs der Banken oder direkt in Standardverträgen, über die Banken ihre vertraglichen Beziehungen mit Kunden regeln. Klassische bankenrechtliche AGBs behandeln im Bereich von Disclaimern in einem weiteren Sinn Haftungsausschlüsse nach verschiedenen Risikosphären, z.B. Genehmigungs- und Zustellungsklauseln.⁵

Beratungsdokumente enthalten üblicherweise Informationen über Risiken der jeweiligen Geschäfte, sowie Hinweise, an wen sich Geschäfte richten, und für welche Kundenkategorien sie angebracht sind. Informationen über Risiken von Finanzinstrumenten finden sich zudem in der Risikobroschüre der Schweizerischen Bankiervereinigung «Besondere Risi-

⁵ SCHALLER, Jusletter vom 30. Mai 2016, Rz. 3 ff.

ken im Effektenhandel»,⁶ die den Kunden in der Regel bei der Eröffnung eines Depots abgegeben werden.⁷ Bei Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsmandaten erhalten Kunden zumeist zusätzliche Risikoinformationen, die ihnen detailliert die verwendeten oder die empfohlenen Finanzinstrumente erklären und deren besonderen Risiken aufzeigen. Als Illustration für in Vermögensverwaltungsverträgen von Banken enthaltene Disclaimer im weiteren Sinn dient folgendes vereinfachte Beispiel:

Der Auftraggeber ist über die Gewinnchancen und Verlustrisiken seiner gewählten Anlagestrategie eingehend informiert und dokumentiert worden. Mit der Unterzeichnung dieses Vertrages bestätigt der Auftraggeber, dass er die Broschüre «Besondere Risiken im Effektenhandel» erhalten und den Inhalt dieser Broschüre zur Kenntnis genommen hat. Bei Unklarheiten verpflichtet er sich, sich mit dem Vermögensverwalter innert 30 Tagen in Verbindung zu setzen. Der Auftraggeber bestätigt, die üblichen Risiken von Anlageprodukten - wie z.B. Emittentenrisiken, Länderrisiken oder Erfüllungsrisiken - zu kennen.

3. Kategorisierung von Disclaimern

Die obigen Beispiele zeigen, dass Disclaimer verschiedene Funktionen erfüllen können. Versucht man die oft unstrukturiert aufgeführten Disclaimer zu kategorisieren, steht der Aspekt des Haftungsausschlusses resp. der Haftungsreduktion im Vordergrund; die Adressaten sollen sich nicht auf die von der Bank verbreiteten Informationen verlassen und nicht davon ausgehen, dass ein in der Vergangenheit erfolgreiches Produkt auch in Zukunft attraktiv sein wird. Disclaimern kann aber auch die Funktion einer Warnung zukommen, z.B. um zu verhindern, dass ein strukturiertes Produkt fälschlicherweise als kollektive Kapitalanlage angesehen wird. Einer dritten Kategorie können Disclaimer zugeordnet werden, mit denen die Einhaltung ausländischer Rechtsvorschriften sichergestellt werden soll, so z.B. Verkaufsrestriktionen für die USA und U.S. Persons.

⁶ Risikobroschüre der Schweizerischen Bankiervereinigung «Besondere Risiken im Effektenhandel», 2008 (4); Eine Neuauflage der Broschüre ist für 2017/2018 geplant.

⁷ ABEGGLEN, Point of Sale, S. 69.

III. Rechtliche Grundlagen von Disclaimern

Wie nachfolgend dargestellt wird, gibt es in im schweizerischen Finanzbereich nur wenige Vorschriften, die explizit die Verwendung von Disclaimern vorschreiben. Dieses Bild verändert sich jedoch, wenn von einem weiten Disclaimer-Begriff ausgegangen wird, indem auch Risikoaufklärungspflichten betrachtet werden. Risikoaufklärung bewirkt zwar nicht, wie dies bei Disclaimern im engeren Sinn bezweckt wird, dass sich eine Person von einem bestimmten Inhalt oder einer Sache distanziert, sie kann jedoch als Warnung vor den Gefahren einer Investition verstanden werden, die, wie bei Disclaimern, zu einer Haftungsreduktion oder einem Haftungsausschluss führen kann. Nach der Darstellung ausgesuchter Disclaimer-Vorschriften wird nachfolgend eine rechtliche Einordnung von Disclaimern vorgenommen und anschliessend deren Wirksamkeit untersucht.

1. Informationspflichten gegenüber Kunden

a. Informationspflichten nach Art. 11 BEHG

Gemäss den in Art. 11 BEHG festgelegten Verhaltensregeln muss ein Effekthändler seine Kunden auf die mit einer Geschäftsart verbundenen Risiken hinweisen. Für übliche Risiken im Zusammenhang mit dem Kauf, Verkauf und Halten von Effekten besteht keine Informationspflicht, ausser es liegen Anhaltspunkte vor, dass der Kunde völlig unerfahren ist. Nicht verlangt wird von Art. 11 BEHG, dass der Effekthändler prüft, ob die Geschäftsart für den Kunden geeignet ist (Suitability Prüfung), wie dies bei der Anlage- und Vermögensverwaltung grundsätzlich nötig ist.⁸ Auch eine Erforschung der finanziellen Verhältnisse des Kunden ist nicht erforderlich.⁹ Die Risikoinformation gemäss Art. 11 BEHG kann standardisiert erfolgen. Dabei muss von einem unerfahrenen Kunden ausgegangen werden.¹⁰ Erfolgt die Information individualisiert, darf die Erfahrung des Kunden mit Transaktionen der fraglichen Geschäftsart miteinbezogen werden.¹¹

Ob die Informationspflicht nach Art. 11 BEHG vertraglich ausgeschlossen werden kann, muss im Rahmen der aufsichts- und privat-

⁸ Zu den Pflichten der Bank bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung siehe Kapitel III.1.c.

⁹ WEBER, OFK-Kommentar, N 11 ff. zu Art. 11 BEHG.

¹⁰ WEBER, OFK-Kommentar, N 15 zu Art. 11 BEHG.

¹¹ WEBER, OFK-Kommentar, N 14 zu Art. 11 BEHG.

rechtlichen Doppelnatur der Bestimmung eruiert werden. Sie konkretisiert einerseits die allgemeinen vertraglichen Pflichten im Bereich des Effektenhandels, andererseits gehört Art. 11 BEHG zum Finanzmarktaufsichtsrecht.¹² Aus der Doppelfunktion der Norm ergibt sich, dass eine Bank bei einer Verletzung von Art. 11 BEHG sowohl privatrechtlich haftet, als auch aufsichtsrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden kann.¹³

In aufsichtsrechtlicher Hinsicht stellt die Informationspflicht eine der drei von Art. 11 BEHG festgelegten Verhaltenspflichten dar, die durch eine Vereinbarung mit dem Kunden insoweit konkretisiert werden kann, als diese der gesetzlich vorgegebenen Verhaltenspflicht des Effektenhändlers bzw. deren Kerngehalt nicht widerspricht.¹⁴ Ein genereller Ausschluss der Informationspflicht gegenüber allen Kunden, beispielsweise in Standarddokumenten, wäre unzulässig, weil so der Anlegerschutz nicht mehr gewährleistet werden könnte.¹⁵ Ein Ausschluss oder eine Reduktion der Informationspflicht im Zusammenhang mit besonders erfahrenen Kunden ist jedoch zulässig, denn die Informationspflicht geht je nach Erfahrung des Kunden unterschiedlich weit.¹⁶

Aus privatrechtlicher Sicht ist eine Haftungsbeschränkung innerhalb der vertraglichen Grenzen, insbesondere innerhalb von Art. 100 und 101 OR, auch für eine Bank oder einen Effektenhändler zulässig.¹⁷ In diesem Rahmen kann demnach die privatrechtliche Haftung für eine Verletzung der Informationspflichten aus Art. 11 BEHG eingeschränkt werden, wobei das bezüglich Informationspflichten aufsichtsrechtlich geforderte Mindestmass nicht unterschritten werden darf.

b. Informationspflichten im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten

aa. Emissionsprospekt für Aktien und Obligationen

Wer neue Aktien öffentlich zur Zeichnung anbieten resp. Anleiheobligationen öffentlich zur Zeichnung auflegen oder an der Börse einführen will, hat

¹² BSK BEHG-BAHAR/STUPP, Art. 11 N 6.

¹³ BSK BEHG-BAHAR/STUPP, Art. 11 N 6, 9, 12.

¹⁴ BSK BEHG-BAHAR/STUPP, Art. 11 N 40.

¹⁵ BSK BEHG-BAHAR/STUPP, Art. 11 N 51; WEBER, OFK-Kommentar, N 17 ff. zu Art. 11 BEHG.

¹⁶ WEBER, OFK-Kommentar, N 17 ff. zu Art. 11 BEHG.

¹⁷ Siehe Kapitel III.1.c.; Effektenhändler gelten wie Banken als konzessioniertes Gewerbe, so dass die Einschränkungen gemäss Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR zu beachten sind (WEBER, OFK-Kommentar, N 20 zu Art. 11 BEHG).

einen Prospekt mit dem in Art. 652a OR resp. Art. 1156 OR aufgeführten Inhalt zu erstellen. Im Vergleich zum ausländischen Recht, insbesondere den Anforderungen gemäss der innerhalb der EU anwendbaren europäischen Prospektrichtlinie,¹⁸ sind die Prospektvorschriften des OR knapp gehalten. Es ist Art. 652a OR insbesondere nicht zu entnehmen, dass der Prospekt auf mögliche Risiken hinweisen muss.

Die «Notwendigkeit», auf Risiken hinzuweisen, ergibt sich allerdings indirekt aus der Prospekthaftung. Gemäss Art. 752 OR wird eine Haftung begründet, wenn im Prospekt «unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben» gemacht werden, und nach Art. 1156 Abs. 3 OR, wenn der Prospekt «unrichtige oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechende Angaben» enthält. Obwohl bei Abs. 3 ein Verweis auf «irreführende Ausführungen» fehlt, begründen auch nach Art. 1156 Abs. 3 OR irreführende Angaben eine Haftung.¹⁹

Ist es zum Verständnis einer Investition aufgrund eines Prospekts notwendig, dass die mit dem Emittenten oder den angebotenen Aktien oder Obligationen verbundenen Risiken erläutert werden, ist der Prospekt diesbezüglich unrichtig oder irreführend, wenn diese Risikoinformationen nicht enthalten sind.²⁰ Es ist somit aus Sicht der Risikoaufklärung zu differenzieren: diese darf u.E. aus Haftungssicht unterbleiben, wenn z.B. die Eidgenossenschaft übliche Obligationen ausgibt, muss aber aufgenommen werden, wenn z.B. die Zürcher Kantonalbank Obligation mit spezifischen Eigenschaften emittiert (z.B. Obligationen mit einem Forderungsverzicht) und ist umfassender auszugestalten, wenn ein junges Unternehmen neue Aktien ausgibt.

In der Lehre ist zum Teil umstritten, welche Anforderungen an die Verständlichkeit des Prospektes und die Risikoinformation zu stellen sind.²¹ Es wird vertreten, dass der Prospekt so formuliert sein muss, dass er vom unkundigen Anleger, vom Anleger mit gewissen Sachkenntnissen, vom Durch-

¹⁸ Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, Art. 5 ff.

¹⁹ LANG/KLÖTI, OFK Kommentar, N 12 zu Art. 1156 OR; BSK OR-WATTER, Art. 1156 N 26.

²⁰ NOTH/GROB, AJP 2002, S. 1452.

²¹ BSK OR-WATTER, Art. 752 N 17; NOTH/GROB, AJP 2002, S. 1441; DAENIKER/WALLER, Informationspflichten, S. 77 mit Zitat aus *Kaufman v Trump's castle Funding* 7 F. 3d 357 (3rd Circ. 1993).

schnittsinvestor oder nur vom berufsmässigen Investor verstanden werde.²² Andere postulieren einen differenzierteren Ansatz; die Anforderungen an die Verständlichkeit des Prospekts sollen von der Transaktion bzw. von der potentiellen Anlegerschaft abhängig sein.²³

Gemäss h.L. können die Informationspflichten in Prospekten nicht wegbedungen werden.²⁴

bb. Kotierungsprospekt

Bei der Kotierung von Effekten an der SIX Swiss Exchange AG ist gemäss dem Kotierungsreglement der SIX Exchange Regulation («KR») abgesehen von wenigen Ausnahmen ein Kotierungsprospekt zu erstellen. Dieser muss einem sachkundigen Anleger ein Urteil über die Qualität des Emittenten und die Eigenschaften der Effekten ermöglichen. Auf besondere Risiken ist ausdrücklich hinzuweisen. Bei der Kotierung von Beteiligungsrechten müssen gemäss Schema A der SIX Exchange Regulation die Risikofaktoren dargestellt werden, die in Bezug auf den Emittenten, seine Branche und die Effekten, die angeboten und/oder zum Handel zugelassen werden, von wesentlicher Bedeutung sind, um das Marktrisiko zu bewerten.

Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung diesen Anforderungen aus den Börsen-Reglementen im Zusammenhang mit der Prospekthaftung zukommt. Dies hängt von der Rechtsnatur dieser Erlasse ab, welche umstritten ist.²⁵ Für die Qualifikation als öffentlich-rechtliche Normen spricht die Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch die Börse und dass sich die generell-abstrakten Normen auf alle (potenziellen) Anleger auswirken. Demgegenüber wird argumentiert, dass die SIX Swiss Exchange eine privatrechtliche Gesellschaft ist und ihre Regeln nur für die Teilnehmer der Börse gelten; zudem sehe Art. 37 Abs. 4 FinfraG den Rechtsweg an die Zivilgerichte vor.²⁶ Das Bundesgericht hat die Frage bislang offengelassen.²⁷

²² NOTH/GROB, AJP 2002, S. 1441.

²³ BSK OR-WATTER, Art. 752 N 17.

²⁴ Siehe Kapitel IV.1.d.

²⁵ LANZ, Verwaltungsrecht, Rz. 1.30.

²⁶ Art. 37 Abs. 4 FinfraG ersetzte fast wörtlich den bis Ende 2015 geltenden Art. 9 Abs. 3 BEHG; vgl. zu Art. 9 Abs. 3 BEHG: BORENS, Verwaltungsrecht, Rz. 4.40.

²⁷ BGE 137 III 37 E. 2. 2. 1 S. 40.

cc. Prospekt für kollektive Kapitalanlagen

Kollektive Kapitalanlagen erfordern gemäss Art. 75 und 76 KAG grundsätzlich die Erstellung eines Prospekts und eines Dokuments mit den wesentlichen Informationen für die Anleger (KIID)²⁸ bzw. eines vereinfachten Prospekts.²⁹ Darin sind Angaben zu den wesentlichen Merkmalen der betreffenden kollektiven Kapitalanlage so darzustellen, dass die Anleger deren Art und Risiken verstehen und fundierte Anlageentscheide treffen können. Bei kollektiven Kapitalanlagen der Art übrige Fonds für alternative Anlagen wird gemäss Art. 71 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 102 KKV zusätzlich gefordert, dass im Prospekt und in der Werbung in einer Warnklausel auf die besonderen Risiken hingewiesen wird. Diese Warnklausel muss in einer von der FINMA genehmigten Form auf der ersten Seite des Fondsvertrags und des Prospekts angebracht werden. Der vereinfachte Prospekt für Immobilienfonds muss gemäss Anhang 2 der KKV eine kurze Beurteilung des Risikoprofils sowie einen Warnhinweis enthalten, wonach die bisherige Wertentwicklung kein Indiz für die künftige Entwicklung ist.

In ähnlicher Weise ist es bei Effektenfonds und übrigen Fonds für traditionelle Anlagen im Anhang 3 der KKV vorgesehen, dass das Dokument mit den wesentlichen Informationen für die Anleger eine Sektion über Risiko- und Ertragsprofil der kollektiven Kapitalanlage enthält.

Diese Informationspflichten können vertraglich nicht wegbedungen werden.

dd. Vereinfachter Prospekt für strukturierte Produkte

Bei der Ausgabe von strukturierten Produkten ist gemäss Art. 5 KAG ein vereinfachter Prospekt zu erstellen, sofern der Vertrieb nicht ausschliesslich an qualifizierte Anleger erfolgt oder andere Ausnahmen zur Anwendung gelangen. Der vereinfachte Prospekt muss den potentiellen Anleger über die Risiken im Zusammenhang mit dem strukturierten Produkt aufklären und für den Durchschnittsanleger verständlich sein. Insbesondere muss auf

²⁸ Die Anforderungen an das KIID werden von der SFAMA-Richtlinie zu den «Wesentlichen Informationen für die Anlegerinnen und Anleger» für Effektenfonds sowie für übrige Fonds für traditionelle Anlagen in der Form von Publikumsfonds vom 20. Januar 2012 konkretisiert. Diese Richtlinien sind Teil der von der FINMA als Mindeststandard anerkannten Selbstregulierung und somit regulatorisch von Bedeutung, aber für die Gerichte nicht bindend.

²⁹ Für kollektive Kapitalanlagen, welche sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger richten, kann die FINMA gemäss Art. 10 Abs. 5 KAG Ausnahmen zur Prospektspflicht gewähren.

produktspezifische Risiken, wie etwa limitiertes oder unlimitiertes Verlustpotential, Bezug auf Kapitalschutz oder bedingten Schutz, aktienähnliches Risiko, Hinweis auf allfällige frühzeitige Rückweisungsmöglichkeiten sowie auf das Emittentenrisiko hingewiesen werden.³⁰ Weiter ist der Hinweis erforderlich, dass strukturierte Produkte weder eine kollektive Kapitalanlage sind noch von der FINMA reguliert werden. Weitere Anforderungen an den vereinfachten Prospekt sind der Richtlinie der schweizerischen Bankiervereinigung über die Information der Anlegerinnen und Anleger zu strukturieren Produkten vom September 2014 zu entnehmen. Die Richtlinien sind Teil der von der FINMA als Mindeststandard anerkannten Selbstregulierung und somit regulatorisch von Bedeutung, aber für die Gerichte nicht bindend.³¹

Diese Informationspflichten können vertraglich nicht wegbedungen werden.

ee. Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen

Richtet sich ein Angebot oder eine Werbung für kollektive Kapitalanlagen ausschliesslich an beaufsichtigte qualifizierte Anleger im Sinne von Art. 10 Abs. 3 lit. a und b KAG, liegt kein Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen vor. Laut Art. 3 Abs. 4 KVV darf ein solches Angebot oder eine solche Werbung für andere Anleger nicht einsehbar sein. In der Lehre wird vertreten, dass diese Bestimmung teleologisch zu reduzieren sei. Die Bestimmung von Art. 3 Abs. 4 KVV soll nur zur Anwendung kommen, wenn andere Anleger überhaupt die Möglichkeit haben kollektive Kapitalanlagen zu erwerben.³² Beispielsweise sollen Zeitungsinserate für kollektive Kapitalanlagen, welche nur beaufsichtigten qualifizierten Anlegern nach Art. 10 Abs. 3 lit. a und b KAG offenstehen, nicht als Vertrieb gelten, da sie andere Leser gar nicht zu einem bestimmten Verhalten veranlassen kann.³³

Besondere Fragen stellen sich, falls kollektive Kapitalanlagen auf einer Webseite angeboten werden. Gemäss dem FINMA-RS 2013/9, Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen, stellt eine Webseite, auf der kollektive Kapitalanlagen angeboten werden oder dafür geworben wird, einen bewilligungs-

³⁰ BSK KAG-BISCHOF/LAMPRECHT/SCHWOB, Art. 5 N 52 ff.

³¹ So beispielsweise im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Beurteilung BGE 125 IV 139 E. 3d S. 144; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, S. 6 ff.; FINMA-Rundschreiben 2008/10; BRAIDI, Surveillance financière, Rz. 836; BOVET/RICHA, Règles de conduite, S. 219.

³² BSK KAG-BÖSCH, Art. 3 N 28.

³³ BSK KAG-BÖSCH, Art. 3 N 28.

pflichtigen Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen dar, falls sich die Webseite an Anleger in der Schweiz richtet und die Webseite nicht nur für qualifizierte Anleger i.S.v. Art. 10 Abs. 3 lit. a und b KAG einsehbar ist.³⁴ Eine solche Website stellt jedoch keinen Vertrieb in der Schweiz dar, wenn sie ihr Angebot an Anleger in der Schweiz ausdrücklich ausschliesst (Disclaimer) oder eine Zugangsbeschränkung gegenüber Anlegern in der Schweiz enthält. Ähnliche Massnahmen sind erforderlich, wenn sich Websites nur an qualifizierte Anleger richten oder wenn sie kollektive Kapitalanlagen aufführen, die nicht in der Schweiz vertrieben werden dürfen. Im FINMA RS 2013/9 werden die technischen Anforderungen und der notwendige Inhalt von Disclaimern und Zugangsbeschränkungen detailliert geregelt.

Zur Frage, ob ein den Anforderungen gemäss FINMA RS 2013/9 genügender Disclaimer auch vor einer strafrechtlichen Verfolgung gemäss Art. 148 Abs. 1 lit. d KAG schützt, wonach der vorsätzliche Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen ohne Bewilligung bzw. Genehmigung strafbar ist, äussert sich die Lehre – soweit ersichtlich – nicht explizit. Da das FINMA RS 2013/9 den Vertriebsbegriff gemäss Art. 3 KAG definiert,³⁵ kann u.E. davon ausgegangen werden, dass eine Tätigkeit, die gemäss FINMA RS 2013/9 keinen Vertrieb darstellt, auch keinen strafrechtlich relevanten unbewilligten Vertrieb begründen kann.

c. Aufklärungspflichten bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung

Unter geltendem Recht ergibt sich für eine in der Anlageberatung resp. Vermögensverwaltung tätige Bank aus der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht eine Informations- und Aufklärungspflicht gegenüber dem Kunden.³⁶ Die Aufklärungspflicht besteht im vertraglichen wie im vorvertraglichen Bereich, wobei im vorvertraglichen Kontext insbesondere die Risikoaufklärung eine Rolle spielt, indem Kunden vor Ausführung einer Transaktion auf die mit ihr verbundenen Risiken hinzuweisen sind.³⁷ Die konkret geforderten Aufklärungspflichten sind je nach Art des Vertragsverhältnisses unterschiedlich.

Für Vermögensverwaltungsmandate hat die Schweizerische Bankiervereinigung die von der Bank zu beachtenden Pflichten in Richtlinien konkreti-

³⁴ FINMA RS 2013/9, Rz. 75.

³⁵ BSK KAG-LEBRECHT/REUTTER, Art. 148 N 9.

³⁶ BÜHLER, GesKR 2016, S. 5.

³⁷ PROJER/VON DER CRONE, SZW 2015, S. 160.

siert.³⁸ Diese wurden von der FINMA als Mindeststandards anerkannt und sind somit regulatorisch von Bedeutung, für Gerichte aber nicht bindend, auch wenn sie von ihnen für die Festlegung des anwendbaren Sorgfaltsmassstabs beigezogen werden können.³⁹ Die Richtlinien sehen vor, dass die Bank gestützt auf die von einem Vermögensverwaltungskunden erhaltenen Informationen ein zu dessen finanziellen Verhältnissen und Risikobereitschaft passendes Risikoprofil erstellt. Weiter hat die Bank den Kunden über die Risiken der vereinbarten Anlagestrategie und allfälliger konkreter Wiegungen, die der Kunde der Bank erteilt hat, aufzuklären. Der Umfang der Aufklärungspflicht orientiert sich dabei an den Kenntnissen und dem Erfahrungsstand des jeweiligen Kunden. Die Informationen können in standardisierter Form erfolgen.⁴⁰

Bei Anlageberatungsmandaten hat der Finanzdienstleister den Kunden gestützt auf die auftragsrechtliche Treuepflicht über die Risiken der Anlageempfehlungen in einer für ihn verständlichen Art und Weise aufzuklären.⁴¹ Weiter ist der beratende Finanzdienstleister gemäss Bundesgericht wie bei einem Vermögensverwaltungsmandat verpflichtet, ein Risikoprofil des Kunden zu erstellen, um ihn entsprechend seiner Risikobereitschaft und Risikofähigkeit, basierend auf seinen finanziellen Verhältnissen, beraten zu können.⁴²

Besteht zwischen der Bank und dem Kunden lediglich eine Konto- und Depotbeziehung (sog. Execution only-Beziehung), wird die Bank nicht beratend tätig.⁴³ Auf das Vertragsverhältnis finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung, wobei sich die Interessenswahrungspflicht auf die auftragskonforme Ausführung der einzelnen Transaktionen beschränkt.⁴⁴ Die Bank ist namentlich nicht verpflichtet eine über Art. 11 BEHG hinausgehende Informations- oder Aufklärungspflicht betreffend die vom Kunden in Auftrag gegebenen Transaktionen zu erfüllen.⁴⁵ Nur ausnahms-

³⁸ Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 6. November 2013.

³⁹ BGE 132 III 460 E. 4.3 S. 466 f.; BÜHLER, GesKR 2016, S. 4.

⁴⁰ Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 6. November 2013, Art. 1 und Ausführungsbestimmungen Ziff. 4-6.

⁴¹ PROJER/VON DER CRONE, SZW 2015, S. 160.

⁴² BGer Urteil 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 5.2.

⁴³ CERUTTI, ZSR 2008, S. 76.

⁴⁴ BGer Urteil 4C_97/1997 vom 29. Oktober 1997 E. 6, pub., in: SJ 1998, S. 198 ff.

⁴⁵ BGer Urteil 4A_369/2015, vom 25. April 2016 E. 2.4; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, S. 724.

weise bei Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses besteht eine weitergehende Warnpflicht gegenüber dem Kunden.⁴⁶ Bei Execution only-Kunden kommt daher der vorvertraglichen Risikoaufklärung eine zentrale Bedeutung zu.⁴⁷ Hierbei ist es gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung notwendig, dass die Information zu den mit einer Transaktionsart verbundenen Risiken in allgemein verständlicher Form und für alle Kunden gleich erfolgt.⁴⁸ Dies geschieht in der Praxis meistens durch Abgabe einer standardisierten Risikobroschüre, wie beispielsweise jene der Schweizerischen Bankiervereinigung.⁴⁹

Es fragt sich, in wie weit diese Informations- und Aufklärungspflichten durch Vereinbarung zwischen Bank und Kunde wegbedungen werden können. Soweit sich diese Pflichten aus dem Auftragsverhältnis ergeben und rein privatrechtlicher Natur sind, können sie innerhalb der Grenzen des Auftragsrechts und der allgemeinen vertraglichen Schranken wegbedungen werden, wobei das bezüglich Informationspflichten aufsichtsrechtlich geforderte Mindestmass nicht unterschritten werden darf.⁵⁰

d. Bereitstellung von Informationen auf Webseiten

Im Zusammenhang mit dem Web-Auftritt von Banken, bei welchem diese eine Vielzahl von Informationen zur Verfügung stellen, fragt sich, inwiefern eine Bank verpflichtet ist, Disclaimer auf ihren Websites anzubringen.

aa. Ausservertragliche Haftung

Banken stellen gewisse Informationen auf ihren Websites auch Personen zur Verfügung, mit welchen sie keine Verträge abgeschlossen haben. Eine Pflicht zur Anbringung von Disclaimern könnte sich somit aus dem ausservertraglichen Haftpflichtrecht ergeben, insbesondere aus der vom allgemeinen Gefahrensatz abgeleiteten Pflicht für Betreiber von gefährlichen Anlagen, Dritte vor potenziellen Gefahren zu warnen. Früher wurde in der Lehre die Meinung vertreten, Websites seien gefährliche Anlagen.⁵¹ Diese Auffassung wird heute jedoch zu recht in Frage gestellt.⁵² Ob Informationen

⁴⁶ BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103.

⁴⁷ PROJER/VON DER CRONE, SZW 2015, S. 160.

⁴⁸ BGE 133 III 97 E. 5.3 S. 100 f.

⁴⁹ BÜHLER, GesKR, S. 7.

⁵⁰ Siehe Kapitel III.1.a. und III.1.b.

⁵¹ CEREGETTI, sic! 2002, S. 6.

⁵² ROSENTHAL, Internet-Provider-Haftung, Rz. 90 f.

physisch oder elektronisch zur Verfügung gestellt werden, macht in Bezug auf den Inhalt keinen Unterschied, und in Bezug auf das Mittel dürfte es schwierig sein zu argumentieren, dass eine Website als gefährliche Anlage zu betrachten sei. Entsprechend besteht u.E. keine Notwendigkeit, auf Websites an gefährliche Anlagen angelehnte Warnungen anzubringen. Sinnvoll können allerdings Hinweise auf den Adressatenkreis sein sowie auf den Umstand, dass mit der bereitgestellten Information kein Angebot verbunden ist und dass Inhalte auf Websites der Gefahr ausgesetzt sind, von Dritten verändert zu werden.⁵³

bb. Vorvertragliche Aufklärungspflicht

Eine Pflicht zur Verwendung von Disclaimern auf einer Website kann sich aus der vorvertraglichen Aufklärungspflicht gegenüber Website-Nutzern ergeben. Solche vorvertraglichen Aufklärungspflichten bestehen insbesondere, wenn Dienstleistungen direkt von der Webseite bezogen werden können und somit eine sachliche Nähe zwischen der Webseite und einem Vertragsschluss besteht. Die Aufklärung bezieht sich auf die mit den präsentierten Dienstleistungen und Produkten verbundene Gefahren und Risiken.⁵⁴

cc. Vertragliche Haftung

Bei der Benutzung von webbasierten oder mobilen Zahlungssystemen, beispielsweise E-Banking Dienste, liegt normalerweise ein Vertragsverhältnis zwischen der Anbieterin der Dienstleistung und dem Benutzer vor, das als Auftrag zu qualifizieren ist der zumindest starke auftragsrechtliche Züge trägt. Somit gelten die auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten.⁵⁵ Daraus ergeben sich eine Informations- und Aufklärungspflicht gegenüber dem Kunden.⁵⁶

e. Entwicklung im Hinblick auf das FIDLEG

Der Bundesrat hat am 4. November 2015 den Entwurf und die Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (E-FIDLEG) verabschiedet. Das E-FIDLEG sieht für Effekten, die öffentlich angeboten oder gehandelt werden, vereinheitlichte Prospektanforderungen und weitere Informationspflichten der

⁵³ Siehe Kapitel IV.2.

⁵⁴ SURY, Informatikrecht, S. 80 f.

⁵⁵ KELLER/HESS, ZIK 2015, S. 199.

⁵⁶ Siehe Kapitel III.1.c.

Anleger vor.⁵⁷ Soweit diese Pflichten auch einem aufsichtsrechtlichen Zweck dienen, was u.E. der Fall ist,⁵⁸ können sie vertraglich nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden.

Gemäss Art. 42 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 E-FIDLEG wird u.a. verlangt, dass Prospekte die «wesentlichen Perspektiven» des Emittenten enthalten. Das Konzept der wesentlichen Perspektiven lehnt sich dabei an die im Ausland bereits bekannten sog. «Forward Looking Statements» an. Da Aussagen in Bezug auf die Zukunft inhärent ungewiss sind und ein gewisses Haftungsrisiko beinhalten, hat sich – vor allem in den USA – eine besondere Praxis betreffend Warnhinweisen und Haftung etabliert (sog. «bespeaks caution doctrine»). Gemäss dieser richterlich etablierten Praxis des US-Rechts sind Emittenten für Einschätzungen und andere «soft information» nicht haftbar, sofern in warnender Sprache auf die Risiken im Zusammenhang mit diesen Einschätzungen hingewiesen wird.⁵⁹ In Art. 72 Abs. 3 E-FIDLEG ist die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für die «wesentlichen Perspektiven» vorgesehen. Demnach wird für falsche oder irreführende Angaben über wesentliche Perspektiven nur gehaftet, sofern die Angaben wider besseres Wissen oder ohne Hinweis auf die Ungewissheit zukünftiger Entwicklungen gemacht oder verbreitet wurden.

2. Rechtliche Einordnung von Disclaimern

a. Zivilrechtliche Aspekte

aa. Haftungsreduzierende Wirkung

In zivilrechtlicher Hinsicht benutzt eine Bank Disclaimer primär zur Wegbedingung einer möglichen Haftung oder zumindest zur Haftungsbeschränkung. Die meisten Disclaimer sind weit gehalten und schliessen jegliche Form von Haftung im Zusammenhang mit dem betreffenden Sachverhalt aus, d.h. sowohl die vertragliche als auch ausservertragliche Haftung.

Wie in den unter Kapitel II.2. erwähnten Beispielen ersichtlich, enthalten Disclaimer häufig zusätzlich zu einer expliziten Haftungsfreizeichnung Hinweise, an wen sich das Dokument richtet resp. nicht richtet, welche besonderen Risiken bestehen können, oder dass es sich um blosses Marketing-

⁵⁷ Botschaft FIDLEG, S. 8902 f.

⁵⁸ So auch Botschaft FIDLEG, S. 8921.

⁵⁹ Bespeaks Caution Doctrine, Practical Law, abrufbar unter <http://us.practicallaw.com/w-000-3638?q=&qp=&qo=&qe=>, zuletzt besucht am 26. Mai 2017.

material handelt. Letztlich verfolgen diese Hinweise alle das Ziel, das Risiko einer möglichen Haftung zu minimieren.

Aus juristischer Sicht ist zu unterscheiden, ob eine Bank versucht, ihre Haftung ausserhalb einer vertraglichen Beziehung einseitig auszuschliessen bzw. zu reduzieren oder ob sie mit dem Kunden eine Haftungsbeschränkung vertraglich vereinbart hat.

bb. Einseitige Haftungsfreizeichnung

Mit einem ausservertraglichen Disclaimer soll einseitig gegenüber jedermann eine Haftung ausgeschlossen werden. Solche Disclaimer haben oft den Charakter von Warnungen. Aus dem Alltag kennt man sie als Warntafeln, die an einer gefährlichen Stelle angebracht werden, beispielsweise «Betreten der Baustelle verboten» oder «jede Haftung wird abgelehnt».

Im Bankverkehr finden sich solche Warnklauseln auf verschiedensten allgemeinen – meist einem Marketingzweck dienenden – Dokumenten, welche an Kunden oder Dritte gerichtet sind, nicht aber aufgrund einer vertraglichen Basis an diese weitergegeben werden.⁶⁰ Hierzu zählen etwa Dokumente, die sich generell zu Themen der Finanzmärkte äussern, die allgemeine gesellschaftliche Themen adressieren, oder die Informationen über Marktdaten oder zu konkreten Finanzinstrumenten vermitteln. Die Freizeichnung der Haftung wird in solchen Dokumenten oft in Bezug auf unrichtige Informationen und die Verwendung des Dokuments festgehalten. Die Betitelung solcher Klauseln ist uneinheitlich. In der Praxis werden sie insbesondere als «Wichtige Informationen», «Haftungsausschluss», «Risiko-hinweise» oder eben «Disclaimer» aufgeführt.

Auch im Rahmen von Gefälligkeiten sind einseitige Haftungsfreizeichnungen denkbar, der Natur der Gefälligkeit entsprechend gegenüber einer spezifischen Person oder einem spezifischen Personenkreis, beispielsweise bei einer unentgeltlichen Auskunft der Bank, für die keine vertragliche Verpflichtung besteht.⁶¹ In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob der Adressat der Auskunft die Haftungsfreizeichnung stillschweigend angenommen hat. Diesfalls würde zwar ein Vertrag betreffend den Haftungsausschluss bestehen, nicht aber betreffend die eigentliche Hauptleistung, also der Auskunft. Diese Diskrepanz wird in der Lehre teilweise als stossend empfunden. Es sei widersprüchlich, die Annahme eines Auskunftsvertrages zu

⁶⁰ ZIRLICK, Freizeichnung, S. 100.

⁶¹ ZIRLICK, Freizeichnung, S. 102.

verneinen, aber das Zustandekommen eines Haftungsausschlusses zugunsten der Bank zu bejahen.⁶²

cc. Zweiseitige Haftungsfreizeichnung

Disclaimer mit Haftungsfreizeichnungscharakter finden sich auch in Vertragsdokumenten zwischen Bank und Kunde. Bei solchen Haftungsfreizeichnungen stellt sich die Frage, auf welche Produkte und Dienstleistungen eine allgemeine Haftungsfreizeichnung Anwendung findet.

Anders als etwa in Deutschland, wird in der Schweiz die Existenz eines allgemeinen Bankvertrages, der als Grundlage sämtlicher Bestandteile der Kundenbeziehung gelten soll, mehrheitlich abgelehnt.⁶³ Stattdessen wurde der Begriff der Geschäftsverbindung für die Beziehung zwischen Kunde und Bank entwickelt. Darunter wird der Bestand eines Einzelgeschäftes oder mehrerer Einzelgeschäfte verstanden, die auf eine gewisse Dauer hinaus abgeschlossen werden. Damit soll eine Abgrenzung zu reinen Abwicklungsgeschäften erfolgen, wie beispielsweise dem Kauf von Fremdwährung.⁶⁴ Auf solche Geschäftsverbindungen sind regelmässig die Pflichten gemäss Auftragsrecht anwendbar.⁶⁵

In der Regel wird eine solche Geschäftsverbindung durch Abschluss eines Kontovertrags in Form eines Standardvertrags (einschliesslich AGB) begründet.⁶⁶ Diesem kommt zumeist die Rolle eines Rahmenvertrags zu, der auch Wirkung für zukünftige Verträge Geltung haben soll. Entsprechend ist davon auszugehen, dass eine Freizeichnung, die in einem solchen Standardvertrag oder den dazugehörigen AGB vereinbart wurde, grundsätzlich auch für künftige Einzelvertragsbeziehungen Wirkung entfaltet.

Im Lichte der gesamten Geschäftsverbindung sind auch Freizeichnungen zu beachten, die nicht in den Vertragsdokumenten selbst, sondern in einem anderweitigen Dokument enthalten sind, das einem Kunden abgegeben wird, beispielsweise in einer Werbung für ein Finanzprodukt oder ein Vermögensverwaltungsmandat. Hier stellt sich die Frage, ob ein solcher Disclaimer Teil der auf dem Rahmenvertrag basierenden Vertragsbeziehung geworden ist und nicht mehr bloss eine einseitige Erklärung der Bank

⁶² ZIRLICK, Freizeichnung, S. 103.

⁶³ TAISCH, Finanzmarktrecht, S. 113.

⁶⁴ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Schweizerisches Bankgeschäft, S. 223.

⁶⁵ LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, S. 330.

⁶⁶ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Schweizerisches Bankgeschäft, S. 223; KUNZ, Finanzmarktrecht, S. 125.

darstellt. Dies kann nur sehr zurückhaltend angenommen werden und ist insbesondere dann abzulehnen, wenn das betreffende Dokument nicht Teil der vertraglich vereinbarten Leistung der Bank ist, beispielsweise wenn einem Kunden mit einfacher Kontobeziehung eine Marketingbroschüre über Anlageideen abgegeben wird.

dd. Abgrenzung zu Risikoinformationen

Von einem Disclaimer als Instrument der Haftungsfreizeichnung oder -reduktion sind – zumindest auf den ersten Blick – gesetzlich erforderliche Risikoinformationspflichten eines Finanzdienstleisters zu unterscheiden, beispielsweise bei Prospekten oder im Rahmen von Verhaltenspflichten. Diese Informationspflichten bezwecken den Anlegerschutz und den Schutz des Vertrauens in die Märkte.⁶⁷

Aus zivilrechtlicher Perspektive haben solche gesetzlichen Risikoinformationen insofern eine ähnliche Wirkung wie Disclaimer, als sie als Hinweis auf die Gefahren einer Investition verstanden werden können, die zu einer Haftungsreduktion oder einem Haftungsausschluss führen kann. Anders als bei Disclaimern, die ausschliesslich dem Haftungsausschluss oder der Haftungsreduktion dienen, haben Risikoinformationspflichten zudem aufsichts- und oft strafrechtliche Bedeutung.

b. Aufsichtsrechtliche Aspekte

Die Missachtung von Disclaimern, mit welchen Informationspflichten erfüllt werden, die sich aus Normen mit aufsichtsrechtlicher Wirkung ergeben, kann – abgesehen von möglichen zivilrechtlichen Haftungsfolgen – aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Wird, wie in Kapitel II.1. dargestellt, von einem weiten Disclaimer-Begriff ausgegangen, fallen unter diese Kategorie Informationspflichten gemäss Art. 11 BEHG, die Warnklauseln bei gewissen kollektiven Kapitalanlagen oder die Bezeichnungspflichten für strukturierte Produkte. Künftig sollen auch den Informationspflichten und den Anforderungen an den Prospekt und das Basisinformationsblatt gemäss dem E-FIDLEG aufsichtsrechtliche Bedeutung zukommen.

c. Strafrechtliche Aspekte

Disclaimer können auch strafrechtlich relevant sei, z.B. wenn jemand ohne Vertriebssträgerbewilligung und ohne genügenden Disclaimer resp. ohne

⁶⁷ BSK OR-WATTER, Art. 752 N 1.

ausreichende Zugangsbeschränkung kollektive Kapitalanlagen auf einer Webseite anbietet oder hierfür wirbt.⁶⁸

Gemäss E-FIDLEG soll zudem künftig die Missachtung der Informationspflichten in Prospekten und Basisinformationsblättern durch Falschangaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen strafbar sein.

IV. Rechtliche Wirksamkeit von Disclaimern

1. Vertragliche Haftungsfreizeichnungen und -beschränkungen

a. Zulässigkeit im Allgemeinen

Das Prinzip der Vertragsfreiheit erlaubt es Parteien, ihre Haftung wegzubedingen oder zu beschränken.⁶⁹ Der Abschluss einer Haftungsausschlussklausel unterliegt den allgemeinen Bestimmungen zum Vertragsabschluss gemäss Art. 1 ff. OR. Das bedeutet, dass eine Haftungsfreizeichnung vom Konsens der Parteien gedeckt sein muss. Für Haftungsfreizeichnungsklauseln in AGBs sind zusätzliche Anforderungen zu beachten.⁷⁰

Es kann sowohl die vertragliche als auch die ausservertragliche Haftung rechtsgeschäftlich wegbedungen oder beschränkt werden.⁷¹ Ob eine Freizeichnungsklausel auch die ausservertragliche Haftung umfasst, muss im Einzelfall durch Auslegung festgestellt werden.⁷² Disclaimer in Bankdokumenten enthalten jedoch in der Regel weit formulierte Freizeichnungsklauseln, welche sowohl die vertragliche als auch die ausservertragliche Haftung ausschliessen.

b. Gesetzliche Schranken für Haftungsfreizeichnungen

Vertragliche Haftungsfreizeichnungen oder -beschränkungen unterliegen nachfolgenden gesetzlichen Schranken:

⁶⁸ Siehe Kapitel III.1.e.

⁶⁹ ZIRLICK, Freizeichnung, S. 21.

⁷⁰ Siehe Kapitel IV.1.c.

⁷¹ BGE 120 II 58 E. 3a S 60 f; 107 II 161 E. 8a S. 168; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1014.

⁷² HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 1014.

aa. Art. 100 und 101 OR

Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ist ein im Voraus getroffener Haftungsausschluss für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit nichtig. Im Zusammenhang mit der Hilfspersonenhaftung ist gemäss Art. 101 Abs. 2 OR ein vorgängiger Haftungsausschluss auch für grobe Fahrlässigkeit und Absicht zulässig.⁷³

Diese Grundsätze werden bei obrigkeitlich konzessionierten Gewerben weiter eingeschränkt, indem gemäss Art. 100 Abs. 2 OR ein Haftungsausschluss für leichtes Verschulden vom Richter als nichtig erklärt werden kann. Bei der Hilfspersonenhaftung darf ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe gemäss Art. 101 Abs. 3 OR die Haftung lediglich für leichtes Verschulden beschränken. Banken sind gemäss Bundesgericht als obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe anzusehen.⁷⁴

In der Lehre ist es umstritten, ob Art. 100 OR im Rahmen des Auftragsrechts Anwendung findet.⁷⁵ Das Bundesgericht hat die Frage offengelassen.⁷⁶ Nach Ansicht des Zürcher Handelsgerichts ist der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit bei einem Vermögensverwaltungsvertrag nicht zulässig. Das Gericht war im Ergebnis der Auffassung, dass die Sorgfalt im Auftragsrecht begriffsnotwendig sei; der Beauftragte könne nur sorgfältig oder gar nicht erfüllen.⁷⁷

Gemäss Bundesgericht wirkt Art. 100 OR auch bei der deliktsrechtlichen Haftung.⁷⁸ Hingegen folgt aus dem Wortlaut von Art. 101 OR, dass die Norm nur auf Haftungsfälle aus Schuldverhältnissen anzuwenden ist; folglich findet die Haftungsbeschränkung für Hilfspersonen gemäss OR 101 bei ausservertraglicher Haftung keine Anwendung.⁷⁹

bb. Widersprüchliches Verhalten

Widersprüchliches Verhalten verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB.⁸⁰ Deswegen sind sowohl vertragliche als auch

⁷³ WEBER, Berner Kommentar, N 163 zu Art. 101 OR.

⁷⁴ BGE 109 II 116 E. 3a S. 119 f.

⁷⁵ Für einen Überblick über den Lehrstreit siehe WEBER, Berner Kommentar, N 43 ff. zu Art. 100 OR.

⁷⁶ BGE 124 III 155 E. 3c f S. 164 f.

⁷⁷ HG ZH 110230-O vom 10. Juni 2016, S. 184 f.

⁷⁸ BGE 120 II 58 E. 3 S. 60 ff.

⁷⁹ WEBER, Berner Kommentar, N 167 zu Art. 101 OR; BUCHER, Obligationenrecht, S. 351 Fn 92; ZIRLICK, Freizeichnung, S. 182 f.

⁸⁰ BSK ZGB-HONSELL, Art. 2 N 43.

ausservertragliche Haftungsfreizeichnungen nicht gültig, wenn sich die freizeichnende Person entgegen der Haftungsfreizeichnung verhält, beispielsweise wenn eine Bank einem Anlageberatungskunden schriftlich eine persönliche Anlageempfehlung abgibt und gleichzeitig im aufgedruckten Disclaimer festhält, dass die persönlichen Verhältnisse des Kunden nicht berücksichtigt werden und daher keine Haftung für die Eignung der Anlageempfehlung übernommen wird.⁸¹

cc. Ausschluss vertragswesentlicher Pflichten

Pflichten, die für einen Vertrag wesentlich sind, können nicht ausgeschlossen werden, da dies der Natur der Verträge widersprechen würde.⁸² Der Ausschluss vertragswesentlicher Pflichten würde die Ansprüche der anderen Partei aushöhlen und damit die Symmetrie des Vertragsverhältnisses gefährden.⁸³

Welche Pflichten als vertragswesentlich zu beurteilen sind, ergibt sich aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis.⁸⁴ In der Beziehung Bank / Kunde kommen hauptsächlich Auftragsrecht sowie die Pflichten aus Art. 11 BEHG zur Anwendung. In dieser Konstellation haben die auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten sowie die Pflichten gemäss Art. 11 BEHG als vertragswesentlich zu gelten; sie können durch einen Disclaimer nicht ausgeschlossen werden.⁸⁵ Die Sorgfalts- und Treuepflichten können dabei nur in den Grenzen von Art. 100 Abs. 2 OR und 101 Abs. 3 OR für leichte Fahrlässigkeit beschränkt werden.⁸⁶ Die Pflichten gemäss Art. 11 BEHG können aufgrund ihrer aufsichtsrechtlichen Bedeutung nur dann eingeschränkt werden, falls dadurch nicht der Investorenschutz unterlaufen wird.⁸⁷

⁸¹ CEREGHETTI, sic! 2002, S. 11; SURY, Informatikrecht, S. 85; ZIRLICK, Freizeichnung, S. 237 ff.

⁸² BSK OR-WIEGAND, Art. 100 N 6.

⁸³ CEREGHETTI, sic! 2002, S. 13.

⁸⁴ FURRER/KÖRNER, Schadenersatz Kapitalmarktrecht, S. 244 f.

⁸⁵ Vgl. BSK OR-WEBER, Art. 398 N 34; WEBER, E-Commerce, S. 532.

⁸⁶ BSK OR-WEBER, Art. 398 N 34 f.

⁸⁷ Siehe Kapitel III.1.a.

c. Zusätzliche Anforderungen an Haftungsfreizeichnungen in AGBs und Standardverträgen

Haftungsfreizeichnungen und -beschränkungen finden sich regelmässig in AGBs resp. vorformulierten Standardverträgen. Die Gültigkeit solcher Klauseln ist somit auch im Lichte der sog. «AGB Kontrolle» vorzunehmen und zudem gemäss Art. 8 UWG zu untersuchen.

aa. AGB Kontrolle

AGBs und Formularverträgen ist eigen, dass sie nicht individuell verhandelt, sondern vom Verfasser vorgegeben werden. Dies betrifft u.a. auch standardisierte Vermögensverwaltungsverträge, auch wenn solche Verträge nicht als AGB betitelt sind und der Kunde den Vertrag – im Gegensatz zu den AGBs – direkt unterzeichnet.⁸⁸ Die Wirksamkeit der in solchen Standarddokumenten enthaltenen Klauseln ist unter dem Begriff «AGB-Kontrolle» im Lichte der Zugänglichkeits-, der Ungewöhnlichkeits- und der Unklarheitenregel zu prüfen.

Die Zugänglichkeitsregel verlangt, dass die AGBs resp. der Formularvertrag dem Kunden vor dem Vertragsabschluss ausgehändigt oder ihm sonst die Möglichkeit geben wird, davon Kenntnis zu erlangen. Wird die Zugänglichkeitsregel verletzt, werden die Bestimmungen der AGBs oder des Formularvertrags nicht global übernommen und sind somit nicht wirksam.⁸⁹ Deswegen ist es für die Gültigkeit eines in AGBs oder einem Formularvertrag enthaltenen Haftungsausschlusses notwendig, dass der Kunde die Möglichkeit hatte von diesem vor Vertragsabschluss Kenntnis zu nehmen.⁹⁰

Die Ungewöhnlichkeitsregel schützt den Kunden vor Klauseln, welche nach den konkreten Umständen überraschend oder geschäftsfremd sind. Solche ungewöhnlichen Klauseln entfalten im Falle einer Globalübernahme für den Kunden keine Wirkung.⁹¹ Die Ungewöhnlichkeitsregel dürfte bei Disclaimern, wie sie von den meisten Banken verwendet werden, nicht zur Anwendung kommen, regeln solche Disclaimer doch grundsätzlich immer die gleichen Aspekte und sind daher als marktüblich zu betrachten.

Gemäss der Unklarheitenregel gilt eine übernommene AGB-Klausel auch dann, wenn sie für die Parteien unklar ist; d.h. wenn eigentlich ein

⁸⁸ CHRISTEN, BJM 1994, S. 119, 127; SCHALLER, AJP 2012, S. 58.

⁸⁹ KOLLER, AJP 2016, S. 286.

⁹⁰ BGE 119 II 443 E. 1 S. 455 ff.

⁹¹ KOLLER, AJP 2016, S. 284; BGE 119 II 443 E. 1 S. 455 ff.

Dissens besteht. In solchen Fällen gilt gemäss der Unklarheitenregel jedoch die für den Kunden günstigere Auslegung.⁹² Diese Regel steht somit der Wirksamkeit von Disclaimern nicht im Wege, sondern regelt lediglich deren Auslegung, sollte dessen Inhalt nicht klar sein.

bb. Missbräuchliche Disclaimer gemäss Art. 8 UWG

Gemäss Art. 8 UWG handelt unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Die mit dem Publikum abgeschlossenen Standard-Bankverträge dürften als Konsumentenvertrag gelten, zumindest wenn sie dem Verbrauch des Kunden dienen, was bei Vermögensverwaltungsverträgen allerdings nicht der Fall sein dürfte.⁹³ Ist ein in solchen Bankdokumenten enthaltener Disclaimer derart einseitig abgefasst, dass er zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis führt, verstösst er gegen Art. 8 UWG und ist gemäss der überwiegenden Lehre ungültig,⁹⁴ wobei von einer Teilnichtigkeit auszugehen ist.⁹⁵

d. Freizeichnung von der Prospekthaftung

Disclaimer im Sinne einer Haftungsfreizeichnung für den Prospektinhalt sind gemäss h.L. nicht zulässig,⁹⁶ da damit der Anlegerschutz-Zweck eines Prospektes untergraben und gesetzlich zwingende Aufklärungspflichten einseitig wegbedungen würden. Es fragt sich, ob dies auch für freiwillig hinzugefügte Informationen gilt. Grundsätzlich fallen prospektähnliche Mitteilungen, welche freiwillig erstellt werden, ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 752 OR,⁹⁷ wobei zur Begründung der Haftung Irreführung verlangt wird und blosser Unvollständigkeit nicht ausreichen soll.⁹⁸ U.E. gilt dies auch, wenn freiwillig zusätzliche, nicht gesetzlich

⁹² KOLLER, Obligationenrecht AT, S. 288.

⁹³ SCHNYDER/DOSS, Handkommentar, N 5 zu Art. 114 IPRG; KOLLER, AJP 2014, S. 17; FELLER/BLOCH, Kommentar, N 10, 48 ff. zu Art. 32 ZPO.

⁹⁴ ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 61; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 636; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 146.

⁹⁵ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 147.

⁹⁶ WATTER, AJP 1992, S. 60; NOTH/GROTH, AJP 2002, S. 1454; ROBERTO/WEGMANN, SZW 2001, S. 162; ebenso im deutschen Recht, vgl. §§ 25 WpPG.

⁹⁷ BSK OR-WATTER, Art. 752 N 5.

⁹⁸ BSK OR-WATTER, Art. 752 N 5; ROBERTO/WEGMANN, SZW 2001, S. 162.

verlangte Informationen in einen Prospekt aufgenommen werden. Folglich ist eine – eher theoretische – Freizeichnung für freiwillig in den Prospekt aufgenommene Informationen ungültig, wenn die freiwilligen Informationen irreführend sind.

Gemäss dem Entwurf zum FIDLEG sollen Disclaimer im Sinne von Haftungsbeschränkungen in Prospekten, Basisblättern und prospektähnlichen Dokumenten für «forward looking statements» zulässig sein. Folgt man der US Praxis zur Haftungsbeschränkung für solche zukunftsgerichteten Aussagen,⁹⁹ ist erforderlich, dass in einem Disclaimer auf die spezifischen Risiken hingewiesen wird; allgemein abgefasste Disclaimer wären ungenügend.¹⁰⁰

2. Ausservertragliche Haftungsfreizeichnung oder -beschränkung

Ausservertragliche Haftungsfreizeichnungen resp. -beschränkungen sind konsequenterweise immer dann unwirksam, wenn davon ausgegangen wird, dass ein Disclaimer nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung Gültigkeit erlangen kann.¹⁰¹ Diesem Beitrag wird allerdings ein weitergehender Disclaimer-Begriff zugrunde gelegt.¹⁰²

Im ausservertraglichen Bereich kann die Haftungssituation einer Bank durch die Verwendung von Disclaimern unter dem Blickwinkel des Selbstverschuldens des Geschädigten und der Einhaltung von Sorgfaltspflichten positiv beeinflusst werden.¹⁰³ Handelt eine Person trotz Kenntnis einer Gefahr resp. eines Gefahrenhinweises, kann ihr dies gemäss Art. 44 OR als Selbstverschulden zugerechnet werden. Folglich können Risiko- resp. Warnhinweise zu einer Haftungsreduktion führen, wenn der Geschädigte eine Handlung trotz des Hinweises vorgenommen hat.¹⁰⁴ Ob ein Haftungstatbestand erfüllt wurde oder nicht, hängt auch davon ab, ob der Schädiger seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist.¹⁰⁵ Die Verwendung von Disclaimern resp. Risiko- oder Warnhinweisen kann hierzu dienen. So kann

⁹⁹ Siehe Kapitel III.1.e.

¹⁰⁰ BÖSCH, ZSR 2016, S. 91.

¹⁰¹ ZIRLICK, Freizeichnung, S. 99; CEREGHETTI, sic! 2002, S. 10.

¹⁰² Kapitel II.1.

¹⁰³ ZIRLICK, Freizeichnung, S. 100 f.

¹⁰⁴ BREHM, Berner Kommentar, N 15a zu Art. 44 OR.

¹⁰⁵ ZIRLICK, Freizeichnung, S. 100.

etwa die Prospekthaftung durch das Anbringen von Risikoinformationen reduziert oder verhindert werden.¹⁰⁶

Voraussetzung für eine Haftungsunterbrechung oder -reduktion aufgrund der Nichtbeachtung eines Risiko- oder Warnhinweises ist, dass in diesem in genügend präziser Art und Weise die relevanten Risiken resp. Gefahren aufgezeigt werden.¹⁰⁷ Entsprechend sind Warnhinweise und Risikobeschreibungen so zu formulieren, dass die betroffene Person erkennen kann, welchen Risiken sie sich aussetzt bzw. welches die Charakteristika des Produktes sind; die Hinweise müssen verständlich formuliert sein und vor den konkreten Gefahren warnen bzw. auf die gefährlichen Produktcharakteristika eingehen.

V. Nutzen von Disclaimern

Wie gezeigt, werden Disclaimer in Dokumenten von Finanzdienstleistern unterschiedlich bezeichnet. Häufig werden Ausdrücke wie «Wichtige Informationen», «Haftungsausschluss», «Risikohinweise» oder eben «Disclaimer» verwendet.

Versucht man Disclaimer nach ihren Funktionen zu kategorisieren, steht der Aspekt des Haftungsausschlusses resp. der Haftungsreduktion im Vordergrund. Dabei kommt Risikoinformationen zumeist die Funktion eines Disclaimers zu, da sie einen Haftungsausschlusses resp. eine Haftungsreduktion bewirken sollen. Disclaimer können aber auch «bloss» warnen, z.B. vor der irrigen Annahme, ein strukturiertes Produkt sei eine kollektive Kapitalanlage. Und schliesslich dienen Disclaimer der Einhaltung ausländischer Rechtsvorschriften, primär der Verkaufsrestriktionen für die USA und U.S. Persons.

Disclaimer sind oft unstrukturiert und unübersichtlich dargestellt und nicht selten aus Marketingüberlegungen ins Kleingedruckte verbannt. Will man mit Disclaimern aber eine Haftungsreduktion oder einen Haftungsausschluss erreichen, sind die entsprechenden Aussagen klar und verständlich darzustellen und dort zu platzieren, wo sie hingehören, d.h. im Bereich der betreffenden Information und nicht als Sammel-Disclaimer, der möglichst Vieles abdeckt. Weniger ist in solchen Situationen mehr, weil durch zu viele und zu unspezifische Disclaimer resp. Risikoinformationen der Aussage-

¹⁰⁶ Siehe Kapitel III.1.b.aa.

¹⁰⁷ CEREGETTI, sic! 2002, S. 11.

gehalt der effektiv sinnvollen Hinweise verwässert wird und nicht mehr klar sichtbar ist.

Bedenkt man die vielen Einschränkungen, denen Disclaimer ohnehin unterworfen sind, wie den limitierten Haftungsausschluss für obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe, die aufsichtsrechtlich gesetzten Mindeststandards, die potentiell auch zivilrechtlich eine Auswirkung haben, oder Einschränkungen gemäss der sog. AGB-Kontrolle, so sollte der verbleibende Handlungsspielraum so genutzt werden, dass er juristisch möglichst unanfechtbar ist. Je prägnanter und einfacher ein Disclaimer formuliert ist, umso grösser sind seine Chancen, vor Gericht Bestand zu haben.

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 8. Mai 2017

- ABEGGLEN SANDRO, «Point of Sale» – Aufklärung und Produkttransparenz – die Informationspflichten beim Anlagegeschäft der Banken, in: ISLER/CERUTTI (Hrsg.), Vermögensverwaltung II, Zürich 2009, S. 61-87.
- AERTER OLIVER/BLOCH DANIEL, Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht, Entscheidungen, in: AJP 2012, S. 123-130.
- APPENZELER HANSJÜRG/WALLER STEFAN, Haftungsrisiken beim IPO und ihre Minimierung aus Sicht der Gesellschaft, in: GesKR 2007, S. 256-272.
- BAHAR RASHID/STUPP ERIC Art. 11 BEHG, in: WATTER ROLF u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Art. 161, 161^{bis}, 305^{ter}, StGB, 2. Aufl., Basel 2011.
- BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich, Basel, Genf 2009.
- BISCHOF THOMAS/LAMPRECHT ANDRAE/SCHWOB RENATE Art. 5 KAG, in: BÖSCH RENÉ u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2015.
- BORENS PHILIPPE, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT (Hrsg.), Verwaltungsrecht, FHB – Fachhandbuch, Zürich 2015, S. 125-144.
- BÖSCH RENÉ, Das neue Schweizer Prospektrecht gemäss E-FIDLEG – eine Bestandesaufnahme und erste Würdigung, in: ZSR 2016, S. 81-105.
- Art. 3, 158a-e KAG, in: BÖSCH RENÉ u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2015.
- BOVET CHRISTIAN/RICHA ALEXANDRE in: THÉVENOZ/BOVET (Hrsg.), Règles de conduite, audit, entraide et autres développements de la surveillance bancaire et financière, Journée 2005 de droit bancaire et financier, Genève 2006.

- BRAIDI GUILLAUME, L'individu en droit de la surveillance financière Autorisation, obligations et interdiction d'exercer, in: Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 358, Zürich 2016.
- BREHM ROLAND, in: HEINZ HAUSHEER/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern 2013.
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BÜHLER CHRISTOPH B., «Suitability & Appropriateness»: Was ist wirklich neu?, in: GesKR 2016, S. 1-12.
- CHRISTEN THOMAS, Vermögensverwaltungsauftrag an die Bank, in: BJM 1994, S. 113-134.
- CEREGHETTI LEONARDO, Disclaimers und Haftungsfreizeichnungen im E-Commerce, in: sic! 2002, S. 1-17.
- CERUTTI ROMEO, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Unversalbankensystem, in: ZSR 2008, S. 69-97.
- DAENIKER DANIEL/WALLER STEFAN, Kapitalmark bezogene Informationspflichten und Haftung, in: WEBER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht Zürich 2003, S. 55-109.
- DU PASQUIER SHELBY/POSKRIAKOV FEDOR, Art. 98-109 KAG, in: BÖSCH RENÉ u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2015.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. Zürich 2011.
- FELLER URS/BLOCHER JÜRIG, Art. 32-34 ZPO, in: SUTTER-SOMM THOMAS u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich.
- FURRER ANDREAS/KÖRNER ALEXANDRA, Schadenersatz im Kapitalmarktrecht, in: OLIVER REMIEN (Hrsg.), Schadenersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 233-271.
- GNOS URS P., Prospekthaftung/Haftung gegenüber Investoren, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014.
- HÄRTSCH THEODOR, Schadloshaltungsklauseln (Indemnities) in: Kapitalmarkttransaktionen, EIZ – Europa Institut Zürich, Band/Nr. 163, Kapitalmarkttransaktionen X, Zürich 2016, S. 51-87.
- HONSELL HEINRICH Art. 1-4 ZGB, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.
- KELLER CLAUDIA/HESS MARTIN, in: WEBER ROLF H./THOUVENIN FLORENT (Hrsg.), Rechtliche Anforderungen an System- und Datensicherheit und Compliance für webbasierte und mobile Zahlungen, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Zürich 2015, S. 181-205.
- KOLLER ALFRED, AGB-Recht, Eine Übersicht im Lichte der neusten Entwicklungen in Gesetzgebung Rechtsprechung und Lehre, in: AJP 2016, 279-292 (zit.: KOLLER, AJP 2016).

- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009 (zit.: KOLLER Obligationenrecht AT).
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: AJP 2014, 19-39 (zit.: KOLLER, AJP 2014).
- KUONI ANINA, Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Diss., Zürich/St. Gallen 2015.
- KUNZ PETER, Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht, KSR 2014, Bern 2014.
- LANG CHRISTOPH/KLÖTI URS, Art. 1156-1186 OR, in: KOSTKIEWICZ JOLANTA u.a. (Hrsg.), OFK-Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl. Zürich 2009.
- LANZ MARTIN, in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT (Hrsg.) Verwaltungsrecht, FHB – Fachhandbuch, Zürich 2015.
- LEBRECHT ANDRÉ/REUTTER CHRISTINA, Vor Art. 148–150, 148–150 KAG, in: BÖSCH RENÉ u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2015.
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, 2. Aufl, Zürich 2008.
- NOTH MICHAEL G./GROB EVELYNE, Rechtsnatur und Voraussetzungen der obligatorischen Prospekthaftung – ein Überblick, in: AJP 2002/12, S. 1427-1435.
- PROJER KASPAR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Kundensegmentierung in der Anlageberatung, in: SZW 2015, S. 156-167.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., 2003.
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, in: recht 2014, S. 49-66.
- ROBERTO VITO/WEGMANN THOMAS, Prospekthaftung in der Schweiz, in: SZW 2001, S. 161 - 178.
- ROSENTHAL DAVID, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?, in: JUNG PETER, Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern 2007, S. 150-204.
- SCHALLER JEAN-MARC, Bank-AGB, in: Jusletter 30. Mai 2016 (zit.: SCHALLER, Jusletter vom 30. Mai 2016).
- Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, in: AJP 2012, S. 56-68 (zit.: SCHALLER, AJP 2012).
- SCHNYDER ANTON K./DOSS ANDREAS, Art. 112-128 IPRG, in: FURRER ANDERAS u.a. (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1-200 IPRG, 2. Aufl., Zürich 2014.
- SCHWENZER INGEBORG, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.
- SURY URSULA, Informatikrecht, Bern 2013.
- TAISCH FRANCO, Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Zürich 2010.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG, in: HILTY RETO/ARPAGAU RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013.
- WATTER ROLF, Art 663b^{bis} -c, 716-722, 726-729c, 731b, 752, 753, 809-815, 817-819, 897-902, 905-908 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 6. Aufl., Basel 2016.

- Art. 1156 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.). Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Basel 2012.
- WATTER ROLF/PELLANDA KATJA, Art. 126, 156, 158 IPRG, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013.
- WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl., Zürich 2010 (zit.: WEBER, E-Commerce)
- OFK-Kommentar, Börsengesetz (BEHG) mit weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: WEBER, OFK-Kommentar).
- Zivilrechtliche Haftung im Internet, S. 18, abrufbar unter: <<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-0244-2fd5-0000-00005677f6d2/ZivilrechtlHaftungInternet.pdf>>, (zit.: WEBER, Haftung im Internet).
- in: HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Berner Kommentar, Bern 2000 (zit.: WEBER, Berner Kommentar).
- Art. 394–406, 407–411, 419–424 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR-BEARBEITER).
- Art. 46-51, 75-77 KAG, in: BÖSCH RENÉ u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Kollektiv-anlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK KAG-BEARBEITER).
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Diss. Bern 2014, Zürich 2015.
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 18, 97–109, 119 OR, in: HONSELL HEINRICH u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2016.
- ZIRLICK BEAT, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Diss. Bern, Bern 2003.

Materialien

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff. (zit. Botschaft Fidleg).

FINMA Rundschreiben:

- RS 2008/10 Selbstregulierung als Mindeststandard.
- RS 2008/21 Operationelle Risiken – Banken.
- RS 2013/9 Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen.

Kotierungsreglement, SIX Swiss Exchange, abrufbar unter: <https://www.six-exchange-regulation.com/dam/downloads/regulation/admission-manual/listing-rules/03_01-LR_de.pdf>.

Prospekt der UBS (CH) Bond Fund – CHF Domestic CHF, Februar 2017, abrufbar unter: https://www.ubs.com/2/e/files/ch_bond_fund_chf_domestic_pgch.pdf.

Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekten, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren

oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG.

Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 6. November 2013.

Risikobroschüre der Schweizerischen Bankiervereinigung «Besondere Risiken im Effektenhandel», 2008 (4) (Neuaufgabe im 2017/2018 geplant).

Schema A – Beteiligungsrechte, SIX Swiss Exchange, abrufbar unter: <<https://www.six-exchange-regulation.com/de/home/regulation/issuer.html>>.

Schema E - Anleihen, SIX Swiss Exchange, abrufbar unter: <https://www.six-exchange-regulation.com/dam/downloads/regulation/admission-manual/schemes/04_07-SCHE_de.pdf>.

Informationspflichten der Bank bei «Datenleaks»

Vito Roberto, St. Gallen*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung.....	106
1.	Aktualität der Thematik.....	106
2.	Gegenstand des vorliegenden Beitrags.....	109
II.	Informationspflichten im Allgemeinen.....	110
1.	Arten von Informationspflichten.....	110
2.	Rechtsgrundlagen der Informationspflichten.....	111
3.	Nachwirkende Informationspflichten.....	113
III.	Warnpflichten im Besonderen.....	116
1.	Bestand und Voraussetzungen.....	116
2.	Inhalt der Warnung.....	118
3.	Keine Information über bereits bekannte Ereignisse.....	119
4.	Warnpflicht bei gegenläufigen Eigeninteressen.....	121
5.	Pflicht zur Offenlegung eigenen Fehlverhaltens?.....	123
IV.	Haftungsfolgen bei Verstoss gegen die Warnpflichten.....	125
1.	Nachsteuern.....	126
2.	Strafen und Bussen.....	127
3.	Verspätete Mitteilung führt zu höherer Strafe.....	129
4.	Weitere Schadenspositionen bei un versteuerten Vermögenswerten.....	131
5.	Schadenspositionen bei versteuerten Vermögenswerten.....	131
V.	Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	133
	Literaturverzeichnis.....	134

* Prof. Dr. iur. Vito Roberto, LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität St. Gallen, Baker & McKenzie, Zürich. Für die umsichtige Zusammenstellung und Überprüfung der Literatur danke ich meinem Assistenten, Herrn Alessandro Massaro.

I. Einführung

1. Aktualität der Thematik

Von einem «Datenleak» bzw. Datenleck spricht man, wenn aus einer Bank bzw. einer dem Bankkundengeheimnis unterstellten Institution Bankkundendaten zu Personen oder Behörden gelangen, welche diesem Geheimnis nicht unterstehen. Ist das Datenleck Folge einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung, treten neben die privatrechtlichen Haftungsaspekte der Bank auch die strafrechtlichen Konsequenzen für die Handelnden. Denn der Verstoss gegen das Bankkundengeheimnis ist in der Schweiz nach wie vor strafbar,¹ auch wenn der Vertraulichkeitsanspruch der Bankkunden bezüglich ihrer Finanzen in den letzten Jahren aus verschiedenen Gründen Einschränkungen erfuhr. Grosse Beachtung fanden namentlich die Druckmassnahmen der amerikanischen Behörden auf schweizerische Banken, um Informationen über Bankkonten amerikanischer Steuerpflichtiger zu erlangen. Gelegentlich haben ausländische Behörden die rechtswidrig entwendeten Bankkundendaten auch erworben, oder die Behörden sind aufgrund eines Fehlers von Bankmitarbeitern, wodurch Daten ins Ausland gelangten, auf Bankkundendaten gestossen.

Aus der Rechtsprechung kennt man in diesem Zusammenhang einen Bundesgerichtsentscheid aus den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts.² Ein französischer Staatsangehöriger eröffnete im Jahre 1981 Konten bei einer Genfer Bank, wobei die Bankkorrespondenz banklagernd blieb. Zwei Jahre später leiteten die französischen Behörden wegen der Vermögenswerte bei der Genfer Bank ein Steuerstrafverfahren gegen den Bankkunden ein, und dieser musste eine Geldbusse zahlen. Offenbar lag seitens eines Bankangestellten eine Geheimnisverletzung vor, wenngleich im Rahmen der schweizerischen Strafuntersuchung der Urheber nicht ermittelt werden konnte.

In diesem Bundesgerichtsentscheid wurde das Bankkundengeheimnis bloss bei einem einzelnen Kunden verletzt. Seither hat sich die Gefahr solcher Vorfälle infolge der elektronischen Datenverarbeitung erheblich ver-

¹ Vgl. Art. 47 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz); siehe auch Art. 14 des liechtensteinischen Bankengesetzes. Vgl. zu den neueren Entwicklungen hinsichtlich des Bankkundengeheimnisses in der Schweiz NOBEL, ZSR 2015 I, S. 21 ff.; vgl. auch GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, *contrat bancaire*, Rz. 202 ff.; umfassend zu den verschiedenen Aspekten des Bankkundengeheimnisses AUBERT u.a., *secret bancaire*, passim.

² BGE 115 II 72 S. 73.

grössert. Das Abspeichern einer Vielzahl von Kundendaten, das früher mühsame und zeitintensive Fotokopierarbeiten erforderte, ist heute problemlos und innerhalb von Sekunden möglich. Auch wenn die Bankinstitute erhebliche Anstrengungen unternommen haben, um das Risiko einer Datenspeicherung bzw. eines Datendiebstahls seitens von Mitarbeitern zu verringern, lassen sich solche Handlungen, wie die nachfolgend beispielhaft erwähnten Fälle zeigen, doch nicht ganz vermeiden.

Das erste grössere Datenleck war der Fall «Batliner» aus dem Jahre 1997.³ Ein Mitarbeiter aus der IT-Abteilung der liechtensteinischen Treuhandgesellschaft «Batliner» hatte zahlreiche Bankkundendaten auf eine CD kopiert. Die CD wurde in der Folge der deutschen Zeitschrift «Spiegel» und später auch den deutschen Strafbehörden zugestellt.⁴

Nach der Jahrhundertwende kam es in Liechtenstein zu weiteren Datendiebstählen durch Angestellte der Banken LGT und LLB, wobei die betreffenden Mitarbeiter in einem ersten Schritt jeweils versuchten, die Banken zu erpressen. Da dies nicht gelang und stattdessen gegen die Mitarbeiter Strafverfahren eröffnet wurden, verkauften sie die Datensätze an die deutschen Steuerbehörden.⁵

Auch in der Schweiz kam es im ersten Jahrzehnt des zwanzigsten Jahrhunderts zu verschiedenen Datendiebstählen. Der erste bekannt gewordene Fall, in welchem in erheblichem Umfang Bankdaten entwendet wurden, betraf die Bank Bär («Fall Elmer»)⁶. In den nachfolgenden Jahren hat sich namentlich der deutsche Staat (in rechtsstaatlich zweifelhafter Art) aktiv bemüht, entwendete Datensätze von schweizerischen Banken zu er-

³ GÖRES/KLEINERT, NJW 2008, 1353, 1356; BREITENBACH, Steuer-CDs, 32 f. m.w.H; vgl. auch die Geschichte über das Datenleck in «Die Stifter im Dunkeln», Spiegel vom 15. Dezember 1997.

⁴ Anekdotisch interessant ist der Umstand, dass der deutsche Nachrichtendienst keine Kenntnis von der unentgeltlichen Überlassung der CD hatte und dem Informanten die CD, ohne die Strafbehörden zu informieren, abkaufte; vgl. die Schilderungen der Geschehnisse in der Titelgeschichte «Der Schatz des BND» im Spiegel vom 18. Februar 2008, 20 ff.

⁵ Siehe dazu BREITENBACH, Steuer-CDs, 37 ff.

⁶ «Karibisches Leck», Spiegel 3. März 2008, 64 ff.; «Whistleblower im Zwielficht», NZZ vom 16. Januar 2011; «Ex-Banker Elmer bekommt 14 Monate Haft», Tages-Anzeiger vom 23. August 2016; «Staatsanwalt zieht Elmer vors Bundesgericht», Tages-Anzeiger vom 25. November 2016.

werben.⁷ Erhebliche Beachtung fand auch der Kauf von Daten der Bank HSBC durch den französischen Staat («Fall Falciani»⁸).

Während den erwähnten Sachverhalten ein Datendiebstahl zugrunde lag, gab es auch Fälle, in denen die Bankkundendaten aufgrund einer mangelhaften Organisation oder fehlerhaften Handlung eines Bankmitarbeiters ins Ausland gelangten und dort von den ausländischen Behörden aufgefunden wurden.⁹

⁷ Vgl. etwa die Schlagzeile im deutschen Handelsblatt vom 20. August 2012: «Die Bundesländer haben in zwei Jahren mehr als 40.000 Strafverfahren eingeleitet und damit eine gewaltige Summe für den Fiskus eingenommen. Das macht Appetit auf mehr: Weitere Länder wollen wie NRW Steuer-CDs kaufen.» Allein das Bundesland Nordrhein-Westfalen hat seit dem Jahre 2010 elf CDs mit gestohlenen Bankkundendaten für insgesamt EUR 18 Mio. erworben, s. NZZ vom 14. April 2016. Verschiedene deutsche Politiker berufen sich bei der Förderung kriminellen Handelns durch Inausichtstellung finanzieller Belohnungen auf Entscheidungen der Gerichte. Diese Auffassung ist unzutreffend. Die Gerichte haben keineswegs festgestellt, der Staat dürfe planmässig mit Kriminellen zusammenspannen, um eine Erhöhung des Steuersubstrats zu erzielen. Zwar hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 9. November 2010) befunden, eine Hausdurchsuchung bei einem Steuerpflichtigen, dessen Name auf einer im Jahre 2006 erworbenen CD mit Daten einer liechtensteinischen Bank erwähnt war, sei rechtmässig. Die Frage, ob der Ankauf von gestohlenen CDs rechtswidrig ist, hat das Gericht aber, wie bereits die Vorinstanzen, offengelassen. Unlängst befasste sich auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit diesem Fall (Urteil vom 6. Oktober 2016, Az. 33696/11). Für den Gerichtshof war es wesentlich, dass es sich dabei um den ersten CD-Kauf durch deutsche Behörden handelte: «The Court attaches particular weight to the fact that it is uncontested that, at the time the search warrant was issued, few, if any, relevant data sets other than the one at issue had been purchased by German authorities, and only a few sets of criminal proceedings relying on unlawfully obtained tax data as an evidential basis had been instigated (...) Thus, no material submitted by the parties indicates that, at the relevant time, the domestic tax authorities were purposely acting in the light of any established domestic case-law confirming that unlawfully obtained tax data could be used to justify a search warrant. (...) Moreover, nothing in the material before the Court indicates that the German authorities, at the relevant time, deliberately and systematically breached domestic and international law in order to obtain information relevant to the prosecution of tax crimes» (a.a.O. Rz. 51 f.). Umfassend und kritisch nunmehr zum staatlich geförderten Geschäftsmodell des Diebstahls von und Handelns mit Bankkundendaten BREITENBACH, Steuer-CDs, passim.

⁸ «HSBC: Schweizer Banker enthüllt Geheimdaten von Bankkunden», Spiegel vom 9. Dezember 2009; «Grossbank HSBC: Datenklau betrifft 15 000 Kunden», Spiegel vom 11. März 2010.

⁹ Vgl. etwa die in den Medien erwähnten Sachverhalte: «Panne bei Grossbank HSBC», Süddeutsche Zeitung vom 17. Mai 2010; «Credit-Suisse-Skandal: Steuerfahnder ge-

2. Gegenstand des vorliegenden Beitrags

Einen wesentlichen Bestandteil des Bankvertrages bilden die Geheimhaltungspflichten.¹⁰ Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht stellt eine Vertragsverletzung dar. In Bezug auf die Einstandspflicht der Bank für Datenlecks stellen sich verschiedene Fragen. So ist etwa zu prüfen, inwiefern der funktionelle Zusammenhang bei vorsätzlichem Datendiebstahl durch Mitarbeiter zu bejahen ist¹¹ und ob die Bank für Geheimnisverletzungen seitens anderer für die Vertragsausführung beigezogener Finanzdienstleistungsunternehmen wie für eigenes Verschulden oder bloss für sorgfältige Auswahl und Instruktion haftet.¹² Die allgemeinen Voraussetzungen für die «Haftung der Banken für Kundendatendiebstahl» waren Gegenstand eines Referats einer früheren Bankenrechtstagung.¹³

Vorliegend geht es nicht um die Einstandspflicht einer Bank für das Datenleck selbst. Gegenstand dieses Beitrags ist vielmehr die Frage, inwiefern eine Bank ihre Kunden über ein eingetretenes Datenleck zu informieren hat und welche Folgen eine Informationspflichtverletzung zeitigen kann. Hierzu ist zunächst auf die verschiedenen Arten und dogmatischen Grundlagen von Informationspflichten einzugehen (nachfolgend II). Anschliessend sind die Warnpflichten der Banken bei eingetretenem Datenleck zu untersuchen (nachfolgend III). Die Rechtsfolgen für die Verletzung einer etwaigen Informationspflicht entsprechen dem Grundsatz nach jenen, die allgemein bei der Haftung für Verletzungen des Bankkundengeheimnisses gelten. Wegen der schadenersatzrechtlichen Eigenheiten ist auf die Rechtsfolgen etwas ausführlicher und nicht bloss bezogen auf die unterlassene Informa-

langen leicht an Kundendaten», Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12. Juli 2012; «CS liefert zu viele Kundendaten», NZZ vom 11. Januar 2012; «UBS kündigt Informatiker wegen Datentransfer fristlos», Tages-Anzeiger vom 12. November 2014.

¹⁰ Das Bankkundengeheimnis beruht auf den AGB der Banken, in denen diese Geheimnispflicht regelmässig statuiert wird, sowie auf der Vertraulichkeitspflicht des Beauftragten; sodann gehört der Geheimnisschutz über die Vermögensverhältnisse auch zum Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB. Dagegen regelt Art. 47 BankG lediglich die Rechtsfolgen bei Verletzung eines solchen Geheimnisses. S. dazu BankG-Kommentar-KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Art. 47 Rz. 8; BSK BankG-STRATENWERTH, Art. 47 Rz. 5 ff.

¹¹ Vgl. zum für die Einstandspflicht für Hilfspersonen notwendigen funktionellen Zusammenhang GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, Rz. 3034 ff.

¹² Siehe zur Abgrenzung der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR von der Haftung für erlaubte Substitution nach Art. 399 Abs. 2 OR BSK OR-WEBER, Art. 398 Rz. 3.

¹³ HESS, Kundendatendiebstahl, 55 ff.

tionspflicht einzugehen (nachfolgend IV). Zuletzt werden die wesentlichen Erkenntnisse des Beitrags zusammengefasst (nachfolgend V).

II. Informationspflichten im Allgemeinen

1. Arten von Informationspflichten

Zu den Pflichten eines Beauftragten bzw. einer Bank gehört die Information seines Auftraggebers bzw. Kunden.¹⁴ Diese Pflicht wird oft zu absolut verstanden:¹⁵ Es gibt weder im Vertragsrecht noch im Bankvertragsrecht eine Pflicht, die Vertragsgegenseite allgemein und umfassend aufzuklären bzw. zu warnen.¹⁶ Dies folgt schon aus dem natürlichen Interessenwiderstreit zwischen den Vertragsparteien. «Grundsätzlich ist jeder Vertragspartner selber Hüter seiner Interessen».¹⁷

Im Bereich des Auftragsrechts, namentlich des Bankenrechts, haben Rechtsprechung und Lehre jedoch zahlreiche Informationspflichten konkretisiert.¹⁸ Solche rechtlich geschuldeten Informationen müssen überdies genau, verständlich und umfassend sein.¹⁹

In der Lehre finden sich in Bezug auf die Informationspflichten der Banken verschiedene Kategorisierungen. Eine der möglichen Unterscheidungen stellt auf den Schutzzweck der Informationspflicht ab; somit danach, ob das Leistungsinteresse gesichert werden soll oder ob die Information dem Schutz des Integritätsinteresses dient.²⁰ Sodann finden sich zahl-

¹⁴ EMMENEGGER, *devoir d'information*, 67 ff.

¹⁵ Siehe etwa die Formulierung in BGE 115 II 62 E. 3a S. 65: «Gegenstand der Informationspflicht bildet alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung ist.»

¹⁶ Vgl. in Bezug auf Bankverträge CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Rz. 103; VORTMANN, *Aufklärungs- und Beratungspflichten*, Rz. 18; STAUDINGER *BGB-MARTINEK/OMLOR*, § 662 Rz. 40; STAUDINGER *BGB-OLZEN*, § 241 Rz. 454 m.w.N.; allgemein zur begrenzten Aufklärungs- und Warnpflicht TAUPITZ, *zivilrechtliche Pflicht*, 28 f.; ebenso für das schweizerische Recht GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *OR AT I*, Rz. 958 ff.; HUGUENIN, *OR AT/BT*, Rz. 1543; BGer in *Praxis* 1996, 935, 938: «Es besteht jedoch keine allgemeine Aufklärungspflicht der Parteien über sämtliche Umstände.»

¹⁷ TAUPITZ, *ZBJV* 1993, 677 f.

¹⁸ Vgl. etwa BGE 110 II 360 E. 5a S. 372 f. (betreffend Befreiung von Negativzinsen und Verrechnungssteuer); BGE 115 II 62 E. 3d S. 66 (betreffend Risiken bei Spekulationsgeschäften); BSK *OR-WEBER*, Art. 400 Rz. 2 ff.

¹⁹ Vgl. BGer Urteil 4A_168/2008 vom 11. Juni 2008 E. 2.4: «L'information doit être exacte, compréhensible et complète.»

²⁰ Siehe *MünchenerKomm BGB-BACHMANN*, § 241 Rz. 117.

reiche begriffliche Unterteilungen. So unterteilt man etwa die Informationspflichten in «Aufklärungspflichten», «Anzeigepflichten», «Abmahnungspflichten», «Beratungspflichten», «Hinweispflichten», «Mitteilungspflichten», «Offenbarungspflichten» und «Warnpflichten».²¹

Das Bundesgericht unterscheidet – der deutschen Rechtslehre folgend²² – in der Vermögensverwaltung drei Arten von Informationspflichten:²³ Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten. Bei den Aufklärungspflichten handelt es sich um die unaufgeforderte Mitteilung von Tatsachen bzw. um Informationen über entscheidungserhebliche Umstände. Bei der Beratung kommt ein wertendes Element, ein Werturteil über eine Tatsache bzw. eine Empfehlung, hinzu.²⁴ Unter Warnpflichten versteht man die spontane Benachrichtigung über eine konkrete für den Kunden drohende Gefahr.²⁵

2. Rechtsgrundlagen der Informationspflichten

Die dogmatische Einordnung der Informationspflichten hängt von der Rechtsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ab.²⁶ Handelt es sich um eine Anlageberatung oder Vermögensverwaltung, stellen Aufklärungs- und Beratungspflichten vertragliche Hauptpflichten dar, während Warn-

²¹ Siehe auch STAUDINGER BGB-OLZEN, § 241 Rz. 437; TONNER, Auskunfts- und Beratungspflichten, Rz. 10 ff.

²² Vgl. etwa VORTMANN, Aufklärungs- und Beratungspflichten, Rz. 4 ff.

²³ Vgl. etwa BGer 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1.

²⁴ Im deutschen Recht werden die beiden Informationspflichten teilweise dahingehend unterschieden, als Aufklärungspflichten durch konkrete Umstände ausgelöst werden, während Beratungspflichten unabhängig von speziellen Auslösefaktoren bestehen; so STAUDINGER BGB-OLZEN, § 241 Rz. 437; MünchenerKomm BGB-BACHMANN, § 241 Rz. 131. Das Bundesgericht hält sich freilich nicht konsequent an die definierten Begriffe. Das ist bei der Aufklärung und Beratung aufgrund der fließenden Übergänge sachlich richtig. So gehört z.B. der Hinweis auf Risiken einer Anlage zu den Aufklärungspflichten; empfiehlt der Bankberater im Hinblick auf die Risiken eine geringere Investition, wird das Näheverhältnis von Aufklärung und Beratung evident; vgl. MünchenerKomm BGB-BACHMANN, § 241 Rz. 113.

²⁵ Vgl. auch die begrifflichen Erläuterungen bei WYSS, Verhaltensregeln, 140 f.

²⁶ Bei den im vorliegenden Zusammenhang relevanten Anlagegeschäften unterscheiden Lehre und Rechtsprechung drei verschiedene Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunden und der Bank. Es sind dies (i) die blosse Konto- und Depotbeziehung, (ii) die Anlageberatung und (iii) die Vermögensverwaltung. S. etwa BGE 133 III 97 E. 7.1 S. 102 und das Urteil des BGer 4A_90/2011 vom 22. Juni 2011 E. 2.2.1; BSK OR-WEBER, Art. 398 Rz. 29.

pflichten als vertragliche Nebenpflichten zu qualifizieren sind.²⁷ Bei einer blossen Konto-Depotbeziehung dürften dagegen alle drei Arten von Informationspflichten zu den Nebenpflichten gehören.

Auf die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten ist nicht weiter einzugehen, da auf alle drei genannten Vertragstypen Auftragsrecht Anwendung findet.²⁸ Das Auftragsrecht regelt zwar (in Art. 400 Abs. 1 OR) die Auskunftspflicht; diese setzt aber entsprechende Fragen bzw. Auskunftsbegehren des Auftraggebers voraus.²⁹ Unaufgeforderte Informationspflichten sind dagegen in den auftragsrechtlichen Bestimmungen nicht spezifisch geregelt,³⁰ sie folgen aus der allgemeinen Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR.³¹ Ob nun die Warnpflichten als spontane Informationspflicht über eine bestehende Gefahr in der allgemeinen Treuepflicht des Beauftragten (und somit als Hauptpflicht) oder in den Nebenpflichten verortet wird, macht kaum einen Unterschied. Die Rechtsfolgen einer Verletzung richten sich bei beiden Pflichtenarten nach Art. 97 Abs. 1 OR und auch hinsichtlich der Verjährung bestehen keine Unterschiede.³²

Sodann unterscheidet man in der Lehre oftmals zwischen den vorvertraglichen und vertraglichen (Informations-)Pflichten.³³ Sofern ein Vertrag zustande gekommen ist, ist auch diese Unterscheidung ohne Erkenntniswert. VON JHERING hatte die «culpa in contrahendo» im Hinblick auf nicht oder nicht gültig zustande gekommene Verträge entwickelt.³⁴ Ist der Vertrag dagegen zustande gekommen, sind die vorvertraglichen und die

²⁷ Ebenso VORTMANN, Aufklärungs- und Beratungspflichten, Rz. 17. Gemäss JENTSCH/VON DER CRONE, SZW 2011, 646 handelt es sich bei den Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten immer um Nebenpflichten.

²⁸ BSK OR-WEBER, Vorbem. Art. 394-406 Rz. 2.

²⁹ Siehe BK OR-FELLMANN, Art. 400 Rz. 66; BSK OR-WEBER, Art. 400 Rz. 2.

³⁰ Vgl. etwa BSK OR-WEBER, Art. 398 Rz. 26.

³¹ BGer 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1; CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 400 Rz. 1; BK OR-FELLMANN, Art. 398 Rz. 145 sowie Art. 400 Rz. 19 ff., 53 f.; DERENDINGER, Rz. 131.

³² Der Unterschied in Bezug auf die Klagbarkeit ist im vorliegenden Zusammenhang wenig relevant, da dem Bankkunden der informationspflichtige Umstand, der Eintritt des Datenlecks, verborgen bleibt. Siehe zu den Unterschieden zwischen Haupt- und Nebenpflichten CHK OR-FURRER/WEY, Art. 97 Rz. 51 ff.; BSK OR-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109 Rz. 5 ff.

³³ Vgl. etwa HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1524.

³⁴ Vgl. VON JHERING, Culpa in contrahendo, 1 ff.; siehe dazu auch BUCHER, OR AT, 278; unklar GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, Rz. 969 f., wonach die Haftung aus Culpa in Contrahendo nicht voraussetze, dass der Vertrag zum Abschluss gelangt.

vertraglichen Informationspflichten rechtlich nach denselben Regeln zu beurteilen.³⁵

Eine weitere Unterscheidung besteht schliesslich zwischen vertraglichen und nachvertraglichen Informationspflichten. Diese Unterscheidung ist bei der vorliegenden Thematik relevant, weshalb nachfolgend näher darauf einzugehen ist.

3. Nachwirkende Informationspflichten

Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von jedem Vertragspartner jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Wird ein Auftrag aufgelöst, endet die Ausführungsobligatio; dafür aktualisieren sich verschiedene Abwicklungspflichten.³⁶ Im vorliegenden Zusammenhang sind lediglich jene Informationspflichten wesentlich, deren Ursache in der Zeitspanne der bestehenden Vertragsbeziehung liegt, von denen aber erst nach Vertragsbeendigung Kenntnis erlangt wird. Konkret stellt sich somit die Frage, ob auch frühere Bankkunden über ein Datenleck zu informieren sind.

Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Bank nach Beendigung des Auftrags oftmals keine zuverlässige Kenntnis über die Kontaktdaten der Kunden hat. Je länger die Beendigung der Kundenbeziehung zurückliegt, umso grösser ist die Wahrscheinlichkeit, dass die frühere Adresse, die Telefonnummer oder (etwa infolge Heirat) der Familienname des Kunden Änderungen erfuhr. Sofern der betreffende Kunde nicht mehr im selben Land wohnhaft ist, ist eine Kontaktierung zusätzlich erschwert. Umfangreiche Recherchen über den neuen Aufenthaltsort können der Bank nicht zugemutet werden und sind ohne Verletzung des Bankkundengeheimnisses oft auch nicht erfolgsversprechend.

In Bezug auf die rechtliche Pflicht zur nachträglichen Information von Kunden wird in der Lehre erläutert, nach Kündigung eines Auftrags würden im anschliessenden Liquidationsstadium gewisse Nebenpflichten fortauern bzw. sich aktualisieren: So habe etwa ein Vermögensverwalter trotz Wegfalls des Mandats während einer bestimmten Zeitspanne noch nachvertraglichen Pflichten gegenüber den Kunden nachzukommen.³⁷

³⁵ Siehe auch ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, 131 ff.; SCHALLER, Vermögensverwaltungsrecht, Rz. 101 f.; VORTMANN, Aufklärungs- und Beratungspflichten, Rz. 32.

³⁶ Solche Pflichten sind etwa in Art. 394 Abs. 3 OR, Art. 400 OR und Art. 402 OR geregelt; vgl. dazu BSK OR-WEBER, Art. 404 Rz. 15.

³⁷ Vgl. SCHALLER, SZW 2010, 287.

Damit sind aber hauptsächlich Pflichten wie die Erstellung einer Schlussabrechnung, Verkäufe von Wertschriften, Übertragung von bisher verwalteten Vermögenswerten zu einer anderen Bank, Erledigung von pendenten Ausführungsgeschäften und ähnliches mehr gemeint.³⁸

Ausführlich hat sich in der schweizerischen Literatur MIDDENDORF mit den nachwirkenden Vertragspflichten befasst. In Bezug auf die Warnpflichten weist er darauf hin, dass im Auftragsrecht solche Pflichten sowohl während als auch nach Erlöschen der Hauptleistungspflicht der verpflichteten Partei bestehen können. Nach Beendigung des Auftrags sei die Warnpflicht freilich weniger umfassend. Zu berücksichtigen sei eben «nicht nur das verständliche Interesse des Gläubigers an einem möglichst weitgehenden Schutz seiner Rechtsgüter, sondern auch das berechtigte Bedürfnis des Schuldners, durch die Verpflichtung nicht übermässig belastet zu werden».³⁹

Das Bundesgericht hatte, soweit ersichtlich, bislang keine Gelegenheit, sich näher mit dieser Fragestellung im Zusammenhang mit Bankverträgen zu befassen.⁴⁰ Es entschied jedoch in einem arbeitsrechtlichen Fall, dass ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Erfüllung einer Warnpflicht nur von Beginn bis Ende des Anstellungsverhältnisses verlangen könne. Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses bestehe eine Warnpflicht im konkreten Fall weder nach Gesetz noch aufgrund einer allgemeinen Informationspflicht.⁴¹

Zutreffend ist die Feststellung, dass nach Beendigung eines Vertrages keine allgemeine Warnpflicht besteht. Solche Pflichten bedürfen, wie bei den übrigen nachvertraglichen Informationspflichten, entweder einer gesetzlichen Grundlage (wie etwa bei nachvertraglichen Konkurrenzverboten im

³⁸ Siehe SCHALLER, SZW 2010, der eine nachvertragliche Informationspflicht nicht erwähnt.

³⁹ MIDDENDORF, Vertragspflichten, Rz. 174 m.H. auf die deutsche Literatur.

⁴⁰ In BGer 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 (zum Kreditvertrag), publiziert in der Praxis 1998, 827, 830 führte es lediglich in genereller Art aus: «Das Unternehmerrisiko hat der Kreditnehmer zu tragen, und in noch stärkerem Masse als bei banknahen Geschäften besteht eine Warnpflicht nur unter ganz besonderen Voraussetzungen, namentlich bei einem Wissensvorsprung der Bank um spezielle Risiken eines zu kreditierenden Vorhabens.»

⁴¹ BGE 106 II 134 E. 3 S. 141 («Une obligation de la défenderesse d'attirer ultérieurement l'attention de son ex-employée sur les dangers de son ancienne activité et de l'inviter à se soumettre à un examen médical ne découle d'aucune autre disposition légale ni d'un devoir général d'information»).

Arbeitsrecht⁴²⁾ oder – was das Bundesgericht nicht berücksichtigt – eines spezifischen Umstandes, der eine solche Pflicht nach Treu und Glauben begründet. Die Formulierung des Bundesgerichts, welche nachvertragliche Warnpflichten, sofern keine gesetzliche Grundlage vorliegt, generell ausschliesst, erscheint insofern als zu restriktiv.⁴³

Bei der Konkretisierung der Umstände, die eine Warnpflicht nach Treu und Glauben auch nach Beendigung des Auftrags gebieten, ist zunächst darauf abzustellen, ob es sich um Massengeschäfte oder spezifische Vereinbarungen mit einzelnen Vertragspartnern, d.h. um Individualverträge, handelt. Bei letzteren dürften die Treueerwartungen und der Glauben des Vertragspartners eher bejaht werden können, während sich bei Massengeschäften die Vertragspartner sowohl während als auch (und erst Recht) nach Vertragsende weniger als durch Treueerwartungen und Glauben verbunden fühlen. Sodann ist auch massgebend, ob der Beauftragte die Ursache für die Warnung selber gesetzt hat.⁴⁴ Schliesslich wäre umgekehrt zu berücksichtigen, inwiefern der Auftraggeber die Ursache für die Warnung gesetzt hat.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass Warnpflichten nach Beendigung des Vertrages nicht mehr in demselben Umfang wie während des Vertrages fortbestehen. Entgegen einem (älteren) Entscheid des Bundesgerichts sind solche Warnpflichten jedoch nicht generell zu verneinen, sondern ausnahmsweise nach Massgabe der Umstände und des Grundsatzes von Treu und Glauben zu bejahen. Dabei ist bei der vorliegenden Thematik zu berücksichtigen, dass es sich oft um Massengeschäfte handelt, die Bank infolge des Datenlecks den Grund für die Warnung gesetzt, der Kunde aber durch sein Verhalten in steuerrechtlicher Hinsicht das Informationsbedürfnis begründet hat. Ob nach Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Warnpflicht bezüglich eines Datenlecks und der damit verbundenen nachteiligen Folgen in steuerlicher Hinsicht besteht, ist insofern zumindest fraglich. Unstreitig dürfte sein, dass die Informationspflicht entfällt, wenn Kunden mangels Kenntnis der Kontaktdetails nicht erreicht werden können.

⁴² Vgl. Art. 340-340c OR.

⁴³ Zutreffend MIDDENDORF, Vertragspflichten, Rz. 200 f.

⁴⁴ Vgl. MIDDENDORF, Vertragspflichten, Rz. 198 m.H.a. BGH NJW 1997, 1302 f., sowie BGH NJW 1984, 431 ff., welche die Hinweispflicht des Anwalts auf drohende Verjährung, die er zuvor durch Untätigkeit mitverursacht hat, betreffen.

III. Warnpflichten im Besonderen

1. Bestand und Voraussetzungen

Die Pflicht der Banken, ihre Kunden auf Gefahren hinzuweisen, wurde schon in zahlreichen Bundesgerichtsentscheidungen thematisiert, wobei es sich in der Regel um Hinweispflichten im Rahmen der vertraglich geschuldeten Aufklärungs- und Beratungspflicht handelte. Gemäss der Rechtsprechung bestehe eine entsprechende «Warnpflicht» selbst in jenen Fällen, in denen der Kunde zu erkennen gebe, «dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht, [...] wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, oder wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf».⁴⁵

In diesen Entscheidungen ging es jeweils um Gefahren in Zusammenhang mit einer Anlage oder einem durch einen Bankkredit zu finanzierendes Vorhaben. Die durch die Rechtsprechung konturierten Informationspflichten beruhen auf dem Gedanken, dass die fachkundige Bank den unerfahrenen Kunden auf für den Anlageerfolg problematische Aspekte hinweisen, d.h. darüber aufklären, soll.⁴⁶ Eine «Warnpflicht» im Sinne einer spontanen Benachrichtigung über eine unerwartet eingetretene, dem Bankkunden drohende Gefahr liegt in diesen Fällen im Allgemeinen nicht vor.

Warnpflichten im hier verstandenen Sinne können etwa dann bestehen, wenn die Bank Kenntnis von einem Zahlungsausfall beim Überweisungsbegünstigten oder von einem unmittelbar bevorstehenden Zusammenbruch

⁴⁵ BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103, mit Verweis auf BGer 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 3b, publiziert in der Praxis 1998, 827 und in SJ 1999, 205; BGer 4C.45/2001 vom 31. August 2001 E. 4a, publiziert in SJ 2002 I, 274; BGer 4C.166/2000 vom 8. Dezember 2000, E. 5b/dd. Siehe auch die vor kurzem ergangene Entscheidung BGer 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.3.3: «Comme conseillère en placements, sa responsabilité ne peut être engagée que lorsque des renseignements précis lui ont été demandés par sa cliente ou pouvaient être attendus par elle en vertu des règles de la bonne foi, ce qu'il incombe à la cliente d'alléguer et de prouver.»

⁴⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang BGH BB 1961, 503 und BGH NJW 1978, 1852 betreffend Warnpflichten gegenüber dem überweisenden Bankkunden bei Kenntnis von einem unmittelbar bevorstehenden Zusammenbruch des Begünstigten.

bei einem Geschäftspartner des Bankkunden hat.⁴⁷ Allerdings stellen sich in diesen Konstellationen schwierige Fragen im Zusammenhang mit dem Bankkundengeheimnis, welches zumindest eine explizite Warnung verunmöglicht,⁴⁸ in Betracht kommt einzig ein Hinweis auf die Pflichtenkollision. Warnpflichten können sodann auch hinsichtlich der hier behandelten Thematik eines Datenlecks resultieren.

Eine Warnpflicht (bzw. sonstige Informationspflicht⁴⁹) besteht – in Anlehnung an das deutsche Recht – bei einem unbilligen Wissensvorsprung der Bank.⁵⁰ Erste Voraussetzung einer Warnpflicht ist somit, dass die Bank Kenntnis über bestimmte für den Kunden wesentliche Umstände hat; beim Kunden besteht dagegen Unkenntnis über diese Umstände («Informationsgefälle»).

Der Wissensvorsprung alleine führt freilich noch nicht zu einer Warnpflicht. Erforderlich ist darüber hinaus, dass der Wissensvorsprung unbillig erscheint.⁵¹ Wann eine Unbilligkeit vorliegt, lässt sich nicht abstrakt, sondern bloss mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben konkretisieren.⁵² Dabei sind insbesondere folgende Umstände massgebend: ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, die persönlichen Verhältnisse des Kunden, das für die Bank erkennbare Auskunftsbedürfnis des Kunden, die betriebliche und finanzielle Tragbarkeit, die Herbeiführung des Risikos durch eine der Parteien sowie die Gefährdung des Vertragszwecks.⁵³ Bei der Konkretisierung sei namentlich der Aspekt wesentlich, ob die Warnung die mit dem Informationsvorsprung intendierte Gewinnerzielung tangiert (z.B. weil die Vertragsgegenseite den Vertrag infolge einer Warnung nicht oder

⁴⁷ CANARIS, Bankvertragsrecht, Rz. 105 m.w.H.

⁴⁸ Siehe dazu etwa BECKHUSEN, Bankgeheimnis, Rz. 50.

⁴⁹ Die Kriterien gelten allgemein und nicht bloss bei Warnpflichten.

⁵⁰ Vgl. MünchenerKomm BGB-BACHMANN, § 241 Rz. 123; STAUDINGER BGB-OLZEN § 241 Rz. 448.

⁵¹ MünchenerKomm BGB-BACHMANN, § 241 Rz. 123; STAUDINGER BGB-OLZEN § 241 Rz. 454; ASSMANN/SETHE, FS Westermann, 78.

⁵² STAUDINGER BGB-OLZEN § 241 Rz. 447; MünchenerKomm BGB-BACHMANN, § 241 Rz. 124.

⁵³ Vgl. STAUDINGER BGB-OLZEN, § 241 Rz. 454 ff.; MünchenerKomm BGB-BACHMANN, § 241 Rz. 123 ff.; ASSMANN/SETHE, FS Westermann, 88 ff.; ausführlich zu den verschiedenen Elementen, welche im Sinne eines «beweglichen Systems» zusammenspielen sollen RÜMKER, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 37 ff.; HOPT, Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten, 23 ff.

nicht zu denselben Konditionen abschliessen wird) oder die Warnpflicht dem Gewinnstreben nicht entgegensteht.⁵⁴

Stellt man auf den Umstand ab, ob sich die Warnung nicht auf den Abschluss des Vertrages auswirkt, was bei Datenlecks der Fall ist, wäre eine Warnpflicht zu bejahen. Im deutschen Recht wird freilich auch die gegenteilige Sicht vertreten. Kunden dürfen zwar gewarnt werden, «damit diese zur Vermeidung einer Strafe noch Selbstanzeige erstatten können»;⁵⁵ eine entsprechende Pflicht bestehe jedoch nicht, «weil es nicht Aufgabe der Bank sein kann, den Kunden vor strafrechtlichen Konsequenzen zu schützen. Eine Interessenwahrungspflicht ist nicht gegeben».⁵⁶

2. Inhalt der Warnung

Schwierige Fragen stellen sich bei Datenlecks hinsichtlich des Inhalts der Warnpflicht. Unproblematisch ist die Benachrichtigung der Kunden über die Möglichkeit einer Selbstanzeige, sollten Vermögenswerte den zuständigen Finanzbehörden nicht offengelegt worden sein. Dieser Hinweis kann verstärkt werden, indem die Bank den Kunden eindringlich empfiehlt, die Möglichkeit der Selbstanzeige zu nutzen. Die entscheidende Information, dass es bei der Bank zu einem Datenleck gekommen ist, wird den Kunden bei einer solchen Benachrichtigung freilich nicht offengelegt.

Benachrichtigt die Bank die Kunden explizit über das eingetretene Datenleck, könnte dies wegen des «Tipping-Off»-Verbots⁵⁷ problematisch sein. Die Problematik wird noch verstärkt, wenn die Kunden darüber informiert werden, dass Bankkundendaten in den Besitz ausländischer Behörden gelangt sind bzw. dass Steuerbehörden infolge eines Datenlecks Verfahren gegen Bankkunden eröffnen könnten.

Auch wenn eine Warnpflicht im Grundsatz zu bejahen wäre, stellt sich somit die Frage, welchen Inhalt die Warnung beinhalten muss. Dabei ist zu berücksichtigen, ob die Kunden bereits Kenntnis vom Datenleck haben (nachfolgend 3), was bei gegenläufigen Eigeninteressen der Bank gilt (nachfolgend 4) und ob eine Pflicht zur Offenlegung des eigenen Fehlverhaltens besteht (nachfolgend 5). Auf diese Aspekte ist im Folgenden näher einzugehen.

⁵⁴ So die Auffassung von ASSMANN/SETHE, FS Westermann, 79.

⁵⁵ VORTMANN, Aufklärungs- und Beratungspflichten, Rz. 1065.

⁵⁶ VORTMANN, Aufklärungs- und Beratungspflichten, Rz. 1067.

⁵⁷ Siehe dazu nachfolgend bei Fn. 63.

3. Keine Information über bereits bekannte Ereignisse

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das Ausmass der Aufklärungs- und damit auch der Informationspflicht «sich nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers» richtet.⁵⁸ Kennt dieser die Risiken bzw. die Umstände oder kann er sich ohne nennenswerte Anstrengung Kenntnis darüber beschaffen, so muss er nicht aufgeklärt werden.⁵⁹ Sodann hat die Aufklärung eines Kunden durch den Beauftragten «keinen Selbstzweck, sondern dient dazu, Informationsdefizite auszugleichen».⁶⁰

Das Informationsdefizit kann bei der vorliegenden Thematik hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte vorliegen. In Betracht kommen insbesondere: (i) der Umstand, dass es zu einem Datenleck gekommen ist; (ii) welche Kunden vom Datenleck betroffen sind; (iii) die Möglichkeit einer Selbstanzeige; sowie (iv) der zeitlich frühere Kenntnisstand der Bank über das eingetretene Datenleck.

- (i) Die Finanzbehörden haben bei einem Datenleck ein Interesse an einer möglichst grossen Medienpräsenz. Denn solange Unklarheit darüber besteht, welche Kunden davon betroffen sind, kommt es jeweils zu einer Vielzahl von Selbstanzeigen.⁶¹ Die Behörden informieren die Medien daher frühzeitig über den Umstand, dass sie in den Besitz von Bankkundendaten gelangt sind, und erfahrungsgemäss berichten die Medien in der Folge intensiv und während einer längeren Zeitspanne über den Vorfall.
- (ii) Mit Blick auf die Steigerung der Selbstanzeigen haben die Steuerbehörden kein Interesse daran, der Bank oder der Öffentlichkeit mitzuteilen, über welche Kundendaten sie verfügen. Die Bank hat –

⁵⁸ BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102.

⁵⁹ BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102.

⁶⁰ BGer Urteil 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.1 am Ende unter Hinweis auf ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, S. 177; vgl. auch MünchenerKomm BGB-GRUNDMANN, § 276 Rz. 120: «Anlass, dem Kunden die Verantwortung für die eigene Information abzunehmen, besteht also nur, wenn das Institut ungleich besseren Zugang zur Information hat, d.h. in Bereichen spezifischer Bankexpertise.»

⁶¹ Siehe das Zitat des Finanzministers in Nordrhein-Westfalen, Norbert Walter-Borjans, in der Zeit vom 9. Juli 2013: «Für manch einen ist und bleibt die Furcht vor der Entdeckung das wichtigste Argument für eine Selbstanzeige, wenn es zur Steuerehrlichkeit nicht gereicht hat.» Der Kauf der Steuer-CDs habe im Übrigen allein in diesem Bundesland die Selbstanzeigen um das Vierfache erhöht.

zumindest in einer Anfangsphase – regelmässig kaum genauere Kenntnisse als die Kunden. Erst nachdem die betroffene Bank erfährt, gegen welche Kunden Steuerverfahren eingeleitet wurden, lässt sich erschliessen, welche Dateien mit welchen Kundendaten vom Vorfall betroffen sein könnten. Selbst in diesem Fall ist aber nicht klar, ob die Behörden im Besitz weiterer Dateien sind, deren Namen sie vorerst noch nicht verwertet haben.

- (iii) Hinsichtlich der möglichen Konsequenzen eines Datenlecks ist zu bemerken, dass sämtliche Kunden Kenntnis darüber haben (sollten), dass bei steuerlich nicht offengelegten Vermögenswerten Steuerverfahren drohen. Kunden dürften sodann wissen bzw. ohne grossen Aufwand in Erfahrung bringen, dass generell oder zu bestimmten Zeitspannen die Möglichkeit einer Selbstanzeige besteht. Denn Steueramnestieprogramme, welche der Bevölkerung nicht zur Kenntnis gebracht werden, können die intendierten Ziele bloss unzureichend erreichen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Medien im Allgemeinen nicht bloss über das Datenleck selbst berichten; vielmehr erläutern sie ausführlich die Konsequenzen für die Kunden und ob und in welchen Fällen die Möglichkeit der Selbstanzeige besteht.⁶² Eine zusätzliche Information seitens der Bank verschafft den Kunden insofern keinen Erkenntnisgewinn bzw. gleicht kein Informationsdefizit aus.
- (iv) In zeitlicher Hinsicht werden die Kunden aufgrund der nicht bloss intensiven, sondern auch frühzeitigen Information durch die Medien zeitgleich mit oder kurz nach der Bank über den Datenfund der Behörden informiert. Hinsichtlich der betroffenen Personen erhalten die ersten Kunden, die von den Behörden kontaktiert werden, sogar vor der Bank Kenntnis darüber, dass ihr Name vom Datenleck betroffen ist. In einem späteren Zeitpunkt vermag die Bank – wie erwähnt –, möglicherweise in Erfahrung zu bringen, welche weiteren Kunden vom Datenleck

⁶² So schrieb im Zusammenhang mit dem Datenleck bei der Credit Suisse in Italien, welches Ende Dezember 2014 bekannt wurde, z.B. die italienische Wirtschaftszeitung «sole 24ore» im Januar 2015 an 17 Tagen und im Februar 2015 an neun Tagen über die Möglichkeit der Selbstanzeige gemäss dem «Voluntary Disclosure Program». Auch die englischsprachige Ausgabe der Zeitung berichtete darüber. In der «Repubblica», eine der beiden auflagestärksten Tageszeitungen Italiens, war die Selbstanzeige im ersten Quartal 2015 achtzehn Mal Gegenstand der Berichterstattung. Datenfund und die Möglichkeit der Selbstanzeige waren auch Gegenstand zahlreicher Berichterstattungen im italienischen Fernsehen. Entsprechendes liess sich in früheren Jahren bei Datenlecks betreffend der Banken HSBC, LGT oder LLB (s. vorne) beobachten.

betroffen sind. Ein Informationsvorsprung der Bank kann somit lediglich bei Kunden bestehen, deren Kundendaten ebenfalls in der vom Datenleck betroffenen Datei enthalten sind, die aber noch nicht durch die Behörden kontaktiert wurden.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass bei Datenleck-Fällen dann kein generelles Informationsgefälle zwischen der Bank und den Kunden vorliegt, wenn in den Medien intensiv über das Datenleck berichtet wird. Bei frühzeitiger und intensiver Berichterstattung über das Datenleck und den Selbstanzeigemöglichkeiten für die Kunden besteht somit keine Warnpflicht. Eine Einschränkung ist lediglich dahingehend zu machen, als die Bank im Laufe der Zeit Anhaltspunkte dafür erhält, welche Dateien mit welchen Kundenamen vom Datenleck betroffen sind.

Eine Warnpflicht kann infolgedessen hinsichtlich jener Kunden bestehen, deren Namen in den identifizierten Dateien enthalten sind und die seitens der Behörden (noch) nicht kontaktiert wurden. Diesbezüglich akzentuiert sich jedoch der Aspekt der gegenläufigen Eigeninteressen der Bank, worauf nachfolgend einzugehen ist.

4. Warnpflicht bei gegenläufigen Eigeninteressen

Pflichtenkollisionen werfen jeweils schwierige rechtliche Fragen auf. Warnt z.B. eine Bank die Bankkunden vor einem Datenleck, könnte dies nach den im jeweiligen Land anwendbaren Gesetzesbestimmungen strafbar sein. In Betracht kommen etwa ein Verstoss gegen das Informationsverbot (unerlaubtes «Tipping-Off») in den Geldwäschereibestimmungen,⁶³ eine Mittäterschaft bei der Eigengeldwäscherei,⁶⁴ eine Begünstigung, eine

⁶³ Gemäss Art. 10a Abs. 1 GwG darf der Finanzintermediär weder Betroffene noch Dritte darüber informieren, dass er eine Meldung nach Art. 9 GwG oder nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB erstattet hat. Damit wird dem Grundsatz des Tipping-Off-Verbotes, welcher auch von der «Groupe d'action financière» (GAFI) gefordert wird, entsprochen; vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 27. Juni 2012, BBl 2012, 6941, 6974.

⁶⁴ Vgl. etwa für die italienische Rechtsordnung Art. 648^{ter} (Autoriciclaggio) Codice Penale, in Kraft seit dem 1. Januar 2015 in Verbindung mit Art. 110 Codice Penale (Concorso di persone nel reato). Nach italienischem Recht erfüllt jede Mitwirkung, welche geeignet ist, die Ermittlung von deliktischen Vermögenswerten zu erschweren, den Tatbestand der Mittäterschaft bei einem Eigengeldwäschereidelikt, wobei der Begriff der Geeignetheit durch die Rechtsprechung weit ausgelegt wird.

(versuchte) Strafvereitelung oder eine Verdunkelung.⁶⁵ Warnungen der Bank über das Datenleck können zu Vorkehrungen seitens der Bankkunden führen, welche die Ermittlung der deliktischen Herkunft der Vermögenswerte erschweren. Diese Gefahr besteht namentlich dann, wenn es sich um frühere Kunden handelt, da die Bank in diesen Fällen Vermögensverschiebungen und –verschleierungen nicht verhindern kann.

Treffen zivilrechtliche Warnpflichten auf strafbewehrte Informationsverbote im In- oder Ausland besteht eine Pflichtenkollision. Im Grundsatz muss man im Rechtsverkehr Pflichtenkollisionen nach Möglichkeit vermeiden. Diese Thematik ist insbesondere im Zusammenhang mit Interessenkonflikten diskutiert worden.

Lassen sich im Einzelfall Pflichtenkollisionen nicht vermeiden, wie dies bei eingetretenen Datenlecks der Fall ist, so muss der Beauftragte «nach Treu und Glauben so verfahren, wie ein vernünftiger Mensch seine eigenen Interessen wahren würde».⁶⁶ Dies gilt auch dann, wenn es um eine Kollision zwischen den Interessen des Auftraggebers und den eigenen Interessen des Beauftragten geht. In solchen Fällen ist jeweils abzuwägen, welche Interessen auf Seiten des Auftraggebers und des Beauftragten betroffen sind,⁶⁷ und es wird «im Einzelfall nach Massgabe von Treu und Glauben zu entscheiden sein, ob dem Beauftragten die Preisgabe der eigenen Interessen zumutbar war».⁶⁸

Im vorliegenden Zusammenhang ist zu beachten, dass Kunden, welche die bei der Bank angelegten Vermögensanlagen ordnungsgemäss versteuern, keinen Nachteil zu befürchten haben, wenn Bankdaten aufgrund eines Datenlecks in den Besitz der Finanzbehörden gelangen. Die Finanzbehörden sind bei ordnungsgemässer Versteuerung bereits im Besitz der Informationen über die Vermögensanlagen, und eine Warnung über das Datenleck verschafft den betreffenden Kunden keinen relevanten Vorteil.

Bei Kunden, welche die Vermögensanlagen den Finanzbehörden nicht offengelegt haben, ist danach zu unterscheiden, ob sie ihre steuerrechtliche Situation noch verändern, namentlich eine strafmildernde Selbstanzeige wahrnehmen können.⁶⁹ Sodann ist bei der Interessenabwägung zu berück-

⁶⁵ Vgl. etwa für die deutsche Rechtsordnung OTTO, FS Lenckner, 223; VORTMANN, WM 1996, 1166 ff.; a.M. AULINGER/WEINREICH/PARK, FS Fachanwälte Steuerrecht, 645 ff.

⁶⁶ BK OR-FELLMANN, Art. 398 Rz. 235.

⁶⁷ VON TUHR/ESCHER, OR AT, § 68 I, 99.

⁶⁸ BK OR-FELLMANN, Art. 398 Rz. 236.

⁶⁹ Dies ist in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt. So gaben etwa die italienischen Steuerbehörden in der Vergangenheit den Kunden, auf deren

sichtigen, ob die Medien bereits über das Datenleck informieren, der Kunde somit auch ohne Warnung aufgrund allgemein zur Verfügung stehender Erkenntnisquellen die eingetretene Gefahr erkennen kann.⁷⁰ Eine Warnpflicht ist insofern primär dann zu bejahen, wenn der Kunde seine Situation noch verbessern kann und er nicht durch die Medien über den Vorfall informiert sein kann und muss.

Ein gegenläufiges Eigeninteresse der Bank besteht auch insofern, als die Bank in pflichtwidriger Weise die Quelle der Gefährdung herbeigeführt hat, die Warnung somit ein eigenes Fehlverhalten betrifft. Auf diese Fragestellung ist nachfolgend näher einzugehen.

5. Pflicht zur Offenlegung eigenen Fehlverhaltens?

Es stellt sich die Frage, inwiefern die Bank die Pflicht trifft, eigenes Fehlverhalten gegenüber den Bankkunden zu offenbaren.⁷¹ Sofern der Kunde Rechenschaft gemäss Art. 400 OR verlangt, muss die Bank auch jene Informationen, welche das eigene Fehlverhalten dokumentieren, herausgeben. Dies hat das Bundesgericht unlängst explizit festgehalten und ausgeführt: «Der Anspruch auf Rechenschaftsablegung nach Art. 400 OR ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn sich der Beauftragte damit Schadenersatzansprüchen aussetzen könnte».⁷²

Nicht geklärt ist die Frage, ob der Beauftragte den Auftraggeber auch ohne ein Rechenschaftsverlangen oder eine Nachfrage seitens des Auftraggebers über eigenes Fehlverhalten oder gar über daraus resultierende Schadenersatzansprüche zu informieren hat. In der schweizerischen Literatur spricht sich FELLMANN für eine solche Informationspflicht aus.⁷³ Der Beauftragte soll auch ohne entsprechende Nachfrage des Auftraggebers seine eigenen Interessen zurücksetzen und den Auftraggeber über eigene Fehler aufklären. Dabei wird auf die deutsche Rechtsprechung über entspre-

Namen sie infolge eines Datenlecks gestossen sind, gegen die aber noch kein Steuerungsverfahren eröffnet wurde, jeweils die Möglichkeit, die Folgen der Steuerverkürzung durch eine Selbstanzeige zu mildern. Nach deutschem Recht ist dies dagegen, sobald die Steuerbehörden in den Besitz der Kundendaten bei einer Bank gestossen sind, nicht mehr möglich.

⁷⁰ Siehe dazu auch ASSMANN/SETHE, FS Westermann, 91.

⁷¹ Ausführlich befassten sich mit dieser Thematik TAUPITZ und GÄNTGEN, wobei das Bankgeschäft nicht im Fokus ihrer Untersuchungen stand.

⁷² BGE 138 III 425 E. 6.4 S. 435 mit Verweis auf BK OR-FELLMANN, Art. 400 Rz. 85.

⁷³ BK OR-FELLMANN, Art. 398 Rz. 169 f.

chende Pflichten des Anwalts, des Steuerberaters und des Architekten verwiesen. Die Offenbarungspflicht diene im deutschen Recht unter anderem dazu, die kurzen Verjährungsfristen zu verlängern.⁷⁴

Die Verjährungsfristen sind für die vorliegende Thematik im Rahmen des schweizerischen Auftragsrechts unerheblich. Sowohl für die mangelhafte Auftragsausführung als auch für die unterlassene Informationspflicht darüber gilt die allgemeine vertragliche Verjährungsfrist von zehn Jahren. Relevant wäre die Bejahung einer Offenbarungspflicht dagegen in anderen Verträgen, namentlich im Kauf- und Werkvertragsrecht. Die Pflicht, den Vertragspartner über das eigene Fehlverhalten zu informieren, verjährt als Nebenpflicht in zehn Jahren,⁷⁵ während für die Gewährleistungsrechte eine Verjährungsfrist von zwei bzw. fünf Jahren gilt.⁷⁶ Bejaht man somit eine vertragliche Pflicht, den Vertragspartner auf Vertragsverletzungen hinzuweisen, stellen sich schwierige Fragen zum Verhältnis dieser Pflicht zur vertraglichen Gewährleistung.

Die Verdoppelung der Pflichtverletzung (erstens die Vertragsverletzung und zweitens die unterlassene Information des Vertragspartners über die Vertragsverletzung) ist auch aus anderen Gründen problematisch. So besteht bei schweren Pflichtverletzungen bzw. Verletzungen hochrangig geschützter Rechtsgüter, die zugleich einen Straftatbestand erfüllen, ein Konflikt mit dem strafrechtlichen Selbstbelastungsverbot.⁷⁷ Gleichzeitig eröffnet sich eine Diskrepanz zu kleineren Verstössen. Es ist nicht nachvollziehbar und stellt auch keine sachgerechte Lösung dar, wenn derjenige, der sich zusätzlich zur Pflichtverletzung auch strafbar macht, besser gestellt ist als derjenige, der in geringerem Masse gegen die Vertragspflichten verstösst.⁷⁸

⁷⁴ Vgl. zur früheren Rechtslage GÄNTGEN, Pflicht zum Hinweis, 44 ff.; siehe auch TAUPITZ, zivilrechtliche Pflicht, 60. Aufgrund der revidierten Verjährungsbestimmungen besteht diese Problematik heute nicht mehr.

⁷⁵ Nebenpflichten unterstehen nicht den gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen, sondern der allgemeinen Vertragshaftung gemäss Art. 97 OR und damit der Verjährung gemäss Art. 127 OR.

⁷⁶ Art. 210 und 371 OR.

⁷⁷ Vgl. etwa BGE 98 Ia 250 E. 1a S. 252. Siehe dazu auch TAUPITZ, zivilrechtliche Pflicht, 30 ff.; TAUPITZ, ZBJV 1993, 678.

⁷⁸ Im deutschen Recht wird überdies darauf hingewiesen, dass kein umfassender zivilrechtlicher Informationsanspruch besteht (siehe dazu bereits vorne bei Fn. 16) und auch im Vertragsrecht das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit gilt; siehe TAUPITZ, ZBJV /1993, 678.

Eine weitere Ungereimtheit betrifft die Kündigung des Vertrages.⁷⁹ Der Beauftragte soll dem Auftraggeber Informationen liefern, die das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien tangieren und allenfalls auch zur Beendigung des Vertrages führen. Eben dieses Vertrauen stellt jedoch die Grundlage der Offenbarungspflicht über eigenes Fehlverhalten dar: «Weil der Gegenüber vertraut, muss der andere Teil ihm nahelegen, ihm das Vertrauen zu entziehen.»⁸⁰

Gegen diese Bedenken lässt sich einwenden, dass die Offenbarung eigenen Fehlverhaltens in bestimmten Situationen gleichwohl gerechtfertigt sei, etwa aufgrund der engen Vertrauensbeziehung oder der besonderen Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners.⁸¹ Solange freilich die genannten offenen Fragen und Widersprüche nicht einer tragfähigen Lösung zugeführt werden können, ist eine solche Offenbarungspflicht abzulehnen.

IV. Haftungsfolgen bei Verstoss gegen die Warnpflichten

Die Verletzung des Bankkundengeheimnisses stellt eine Vertragsverletzung dar. Die vorstehenden Ausführungen haben indes aufgezeigt, dass die unterlassene Warnung der Kunden darüber, dass das Bankgeheimnis verletzt wurde, nicht zwingend ebenfalls eine Vertragsverletzung darstellt. Nachfolgend ist nunmehr zu prüfen, inwiefern die unterlassene Warnung (bzw. die Verletzung des Bankkundengeheimnisses selbst) zu ersatzfähigen Schadenspositionen führen kann.

Zunächst ist zu erwähnen, dass bloss der Bankkunde selbst, dessen Geheimnis verletzt wurde, Ersatzansprüche infolge des Datenlecks bzw. der unterlassenen Warnung gegen die Bank geltend machen kann. Durch die Geheimnisverletzung geschädigte Dritte sind nicht anspruchsberechtigt.⁸² Sodann sind, sofern eine vertragliche Haftung der Bank aufgrund der unter-

⁷⁹ Ausführlich hierzu TAUPITZ, zivilrechtliche Pflicht, 82 ff.

⁸⁰ TAUPITZ, ZBJV 1993, 688.

⁸¹ Siehe zu diesen und anderen Kriterien TAUPITZ, zivilrechtliche Pflicht, 45 ff.; TAUPITZ, ZBJV 1993, 678 ff.; so auch GÄNTGEN, Pflicht zum Hinweis, 36 ff.

⁸² Der Dritte kann mangels Vertragsverhältnis keine vertraglichen Ansprüche gegen die Bank, deren Kundendaten vom Geheimnisbruch betroffen sind, erheben; ein ausservertraglicher Anspruch kommt ebenfalls nicht in Betracht, da weder der vertragliche Geheimnisschutz gegenüber den eigenen Bankkunden noch die Strafbewehrung dieses Geheimnisses in Art. 47 BankG bloss die Geheimnisträger, nicht Dritte schützen und somit nicht als deliktische Schutznormen zugunsten Dritter zu qualifizieren sind. Ebenso im österreichischen Recht APATHY, Bankgeheimnis, Rz. 2/156.

lassenen Warnung bzw. des Datenlecks selber zu bejahen ist, in Bezug auf die Haftungsfolgen verschiedene von den allgemeinen Schadenersatzregeln teilweise abweichenden Gesichtspunkte zu beachten.

Erhalten Steuerbehörden infolge eines Datenlecks Kenntnis von nichtversteuerten Vermögenswerten, müssen die Kunden in mehrfacher Hinsicht Nachteile gewärtigen: Die nicht abgeführten Steuern müssen nachträglich samt Zinsen bezahlt werden (nachfolgend 1). Sodann kann die Steuerverkürzung Geldstrafen, Steuerbussen und Strafsteuern zur Folge haben (nachfolgend 2 und 3). Schliesslich können weitere Schadenspositionen eintreten, dies sowohl bei jenen Kunden, welche ihre Vermögenswerte bei der betreffenden Bank nicht versteuert haben (nachfolgend 4), als auch bei steuertransparenten Kunden (nachfolgend 5).

1. Nachsteuern

Unter Nachsteuern wird jener Betrag verstanden, welcher bei der ordentlichen Steuer zu Unrecht nicht erfasst wurde und daher nachträglich als Steuerforderung abzuführen ist. Neben der ursprünglichen Steuerforderung kommen jeweils Verzugszinsen hinzu.

Während in der Lehre unterschiedliche Auffassungen zur Frage vertreten werden, ob Nachsteuern ersatzfähig sind,⁸³ hat sich die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – erst einmal in einem älteren kantonalen Entscheid dazu geäussert.⁸⁴ Nachsteuern können im Grunde definitionsgemäss gar keinen

⁸³ Verneinend namentlich CANARIS, Bankvertragsrecht, Rz. 66; im Ergebnis auch KOLLER, ZSR 1994 I, 202, sowie BYDLINSKI, FS Deutsch, 68 (entscheidend sei aber nicht der fehlende Schaden, da der Wert einer Forderung, die möglicherweise nie eingetrieben werden könne, nicht mit dem Nominalbetrag gleichgesetzt werden könne; massgebend sei der entstehende Widerspruch in der Rechtsordnung, wenn ein unerlaubter Vermögensvorteil als Schaden zugesprochen wird); bejahend MAURENBRECHER/ZULAUF, SZW 1991, 40; AVANCINI, Bankgeheimnis, Rz. 2/145 (Bankkundengeheimnis stehe über den Interessen der Finanzbehörden).

⁸⁴ Vgl. den bereits älteren Entscheid des Appellationsgerichts Kanton Basel-Stadt, SJZ 1938/39, 351: «[...] Es fragt sich bloss noch, ob etwa der geltend gemachte Schaden wegen des erwähnten Umstandes nicht Schaden im Rechtssinne ist. Das wäre der Fall, wenn dem Kläger in Gestalt der ihm erwachsenen Nachteile auch nach hiesiger Auffassung nur sein Recht widerfahren wäre, so dass die Abwälzung dieser Nachteile auf einen anderen nicht Unrecht beseitigen, sondern Unrecht schaffen würde. [...] Auch nach hiesiger Auffassung ist die Entrichtung geschuldeter Steuern eine Bürgerpflicht, die erfüllen zu müssen der Kläger sich nicht beklagen kann, aus welchem Grund auch immer er nachträglich hat bezahlen müssen. [...] Da der Kläger auf eigene Gefahr die Voraussetzung für die Entstehung des Schadens geschaffen, der Beklagte schuldhaft

Schaden im Rechtssinne bilden. Denn die Steuerforderung bestand bereits vor der Vertragsverletzung.⁸⁵ Sie wurde bloss mangels Kenntnis seitens der Steuerbehörden nicht geltend gemacht. Die Vertragsverletzung begründete somit nicht ein neues Passivum; sie aktivierte lediglich eine bereits zuvor bestehende Forderung.

Der Einwand, ohne die Vertragsverletzung wäre die Steuerverkürzung nicht bemerkt worden, vermag nicht zu überzeugen. Wer rechtswidrig handelt (z.B. einen Diebstahl, eine Unterschlagung, einen Betrug begeht oder Bestechungsgelder annimmt), kann von einem Vertragspartner nicht Schadenersatz mit der Begründung verlangen, die Verletzung der vertraglichen Pflichten habe das Einbehalten des rechtswidrig erlangten Vorteils verhindert.⁸⁶ Gleiches gilt für geschuldete Forderungen (Unterhaltsforderungen, Erbansprüche, Steuerbelastungen usw.), die wegen der Verheimlichung der Vermögenswerte nicht durchgesetzt werden können und damit zu einer rechtswidrigen Besserstellung des Bankkunden führen.

Für die den Steuerbehörden geschuldeten Verzugszinsen besteht ebenfalls kein Schadenersatzanspruch. Der Verspätungsschaden ist Folge einer Entscheidung des Kunden; dieser kommt auch in den Genuss der Vorteile seiner Entscheidung, indem er während der Verzugsdauer über den Betrag der Steuerforderung verfügen kann. Im Übrigen muss ein Gleichlauf zwischen den Nachsteuern und den darauf erhobenen Verzugszinsen bestehen. Verneint man die Ersatzfähigkeit der Nachsteuern, da die Forderung schon vor der Entdeckung durch die Steuerbehörden bestand, muss gleiches auch für die – ebenfalls zuvor schon bestehenden – Verzugszinsen gelten. Der Umstand, dass die Verzugszinsen in den letzten Jahren deutlich über den Zinsen bei Geldanlagen liegen, vermag nichts daran zu ändern.

2. Strafen und Bussen

Neben den Nachsteuern hat der Kunde nicht versteuerter Vermögenswerte, von denen die zuständigen Steuerbehörden Kenntnis erlangen, auch Steuerbussen bzw. Strafsteuern zu gewärtigen. Bussen sollen den Gebüssten durch

den Schaden herbeigeführt hat, hat jede Partei einen Teil und zwar, da Gründe für eine Verteilung fehlen, die Hälfte des entstandenen Schadens auf sich zu nehmen.»

⁸⁵ So zutreffend CANARIS, Bankvertragsrecht, Rz. 66.

⁸⁶ Ebenso KOLLER, AJP 2003, 716 f.

eine Vermögensverminderung bestrafen. «Wie jede Strafe ist auch die Busse höchstpersönlicher Natur».⁸⁷

Die Überwälzung der Busse auf einen Dritten ist widerrechtlich, da dadurch das Strafurteil bzw. die intendierte Sanktion des Verurteilten unterlaufen wird.⁸⁸ «Eine Rechtsordnung, die nicht mit sich selbst in Widerspruch geraten will, kann nicht akzeptieren, dass die Busse, die den Täter strafrechtlich treffen soll, privatrechtlich auf einen Dritten abgewälzt wird».⁸⁹ Infolgedessen sind vertragliche Vereinbarungen (etwa eine Versicherung) ungültig, in denen ein Dritter verpflichtet wird, die Busse ganz oder teilweise zu bezahlen.

Entsprechendes gilt für Schadenersatzansprüche: Wie das Bundesgericht ausführt, würde «die Rechtskraft der Strafurteile in Frage gestellt»,⁹⁰ wenn der Gebüsste die gegen ihn verhängten Bussen als Schadenersatz von einem Vertragspartner oder einem Dritten erstatten lassen kann. Die Ablehnung beruht in diesen Fällen darauf, dass Bussen höchstpersönlicher Natur sind und aufgrund ihres pönalen Charakters nicht als ersatzfähige Vermögens-einbussen bzw. Schadenspositionen qualifiziert werden.

Eine Ausnahme gilt in jenen Fällen, in denen eine Falschberatung die Straffolge bewirkt und den Gebüssten kein eigenes Verschulden trifft. Zu einer Busse sollte es in solchen Fällen – zumindest hierzulande – nicht kommen, da auch im Bereich des Steuerrechts das strafrechtliche Verschul-

⁸⁷ BGE 134 III 59 E. 2.3.2 S. 64. Ebenso BGer 4A_491/2013 E. 2.2 vom 6. Februar 2014.

⁸⁸ SCYBOZ, chose jugée, 55; siehe auch BGE 86 II 71 E. 4 S. 77, wonach die Verbürgung für eine gegen den Hauptschuldner ausgesprochene Busse nichtig ist. Aus der höchstpersönlichen Natur der Busse folge, dass diese «nicht gültig aus dem Vermögen eines Dritten getilgt werden kann, wie es ja auch nicht angeht, dass ein Dritter eine Freiheitsstrafe an Stelle des Verurteilten verbüsse. [...] Insbesondere ist ausgeschlossen, dass ein Dritter der Pflicht des Verurteilten, die Busse zu zahlen, beitrete, sie mit befreiender Wirkung für den Verurteilten übernehme oder sich für ihre Erfüllung verbürge.» Ebenso BGE 115 II 72 E. 3b S. 75 und bereits BGE 79 II 151 S. 153, in welchem bei einem zu tief beglaubigten Preis bei einer Liegenschaftsveräußerung der Verkäufer dem Käufer die Übernahme etwaiger Bussen versprach. Das Bundesgericht stellte fest, eine solche Übernahme sei unzulässig: «Non si può affermare che in un siffatto caso [...] appaia equo in base ai concetti morali dominanti nel nostro paese che un colpevole tolga all'altro l'onere della sua pena»; ebenda S. 153. In diesem Sinne auch APATHY, Bankgeheimnis, Rz. 2/160; CANARIS, Bankvertragsrecht, Rz. 67.

⁸⁹ KOLLER, AJP 2003, 717 m.w.H.

⁹⁰ BGE 134 III 59 E. 2.4 S. 67.

densprinzip gilt.⁹¹ Eine weitere Ausnahme könnte dann bestehen, wenn das Fehlverhalten des Vertragspartners zu einer höheren Busse führt, worauf nachfolgend einzugehen ist.

3. Verspätete Mitteilung führt zu höherer Strafe

Ungeklärt ist, ob Bussen ausnahmsweise dann ersatzfähig sein sollten, wenn das Fehlverhalten des Beauftragten dem Gebüssten die Möglichkeit nahm, mittels rechtzeitiger Selbstanzeige eine Strafbefreiung oder Bussenreduktion zu erlangen. Es geht somit um die Frage, ob die vermeidbaren Steuerstrafen bei einem verspäteten oder unterlassenen Hinweis der Bank auf ein Datenleck ersatzfähige Schadenspositionen darstellen.

Der Schaden liegt bei dieser Fallkonstellation nicht im Gesamtbetrag der Bussen, sondern bloss in der Differenz zwischen dem tatsächlich auferlegten Bussenbetrag und dem hypothetischen tieferen Bussenbetrag bei rechtzeitiger Selbstanzeige. Sodann besteht die Vertragsverletzung in Bezug auf diese Einbusse nicht im Datenleck selbst, sondern in der verspäteten Mitteilung dieses Umstands an den Kunden. Ob die Mitteilung verspätet war, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, an dem die Bank die notwendigen Kenntnisse hatte, um die einzelnen vom Datenleck betroffenen Kunden zu informieren.

Im deutschen und österreichischen Recht wird in dieser Fallkonstellation ein Ersatz von einigen Autoren befürwortet.⁹² Als Begründung wird angeführt, die Bank habe es pflichtwidrig unterlassen, den Bankkunden durch rechtzeitige Mitteilung und Warnung zu schützen.⁹³ Sodann wird auch darauf abgestellt, das Bankkundengeheimnis sei höherwertiger als die Forderungen der Steuerbehörden, weshalb der Kunde die Bank für den Schaden belangen könne.⁹⁴ Die Gegenansicht lehnt einen rechtlich relevanten Schaden unter Hinweis auf die Argumentation betreffend Bussen ab.⁹⁵

⁹¹ Zu Sanktionen ohne Verschuldensvorwurf sollte es auch im Steuerbereich nicht kommen, da dies schon mit Blick auf die EMRK nicht (mehr) zulässig ist; siehe dazu KOLLER, AJP 2003, 718; ebenso BGE 134 III 59 E. 2.3.5 S. 66 m.w.H.

⁹² Siehe die Nachweise bei KOLLER, AJP 2003, 718 f.; DERSELBE, ZSR 1994, 203.

⁹³ CANARIS, Bankvertragsrecht, Rz. 67.

⁹⁴ Vgl. AVANCINI, Bankgeheimnis, Rz. 2/146; KOZIOL, Haftpflichtrecht, Rz. 8/59.

⁹⁵ Vgl. BYDLINSKI, FS Deutsch, 63 ff.; SCHAUER, RdW 2004/297, 324 ff.; BRANDSTETTER/KREJCI, ecolx 2004, 520 ff.

In der Schweiz ist die Rechtslage unklar. Das Bundesgericht hat die Frage der Ersatzfähigkeit der verpassten Strafmilderung in einer vor einigen Jahren ergangenen Entscheidung offen gelassen.⁹⁶ Auf den ersten Blick mag es – wie KOLLER zutreffend ausführt – in der Tat sachgerecht erscheinen, die Bank in solchen Fällen für die nachteiligen Folgen eintreten zu lassen.⁹⁷ Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass es dem Kunden unbenommen ist, von Beginn an die Steuersituation korrekt zu handhaben bzw. im Laufe der Vertragsbeziehung – unabhängig von einem Hinweis seitens der Bank – die Steuersituation durch eine Selbstanzeige zu bereinigen. Sodann liegt wiederum ein Konflikt mit dem Strafzweck vor. Der Zweck der Busse besteht darin, den Täter (hier also den Bankkunden) für seinen Verschuldensanteil durch Auferlegung einer Busse in seinem Vermögen zu treffen.⁹⁸ Die Strafmilderung trägt insofern der Einsicht des Bankkunden und seiner Selbstanzeige Rechnung. Sofern die Steuerbehörden bereits im Besitz der Bankdaten des betreffenden Kunden sind, dürfte eine Strafmilderung infolgedessen oftmals nicht bzw. nicht mehr möglich sein.

Ist eine Strafmilderung auch dann noch möglich, wenn die Steuerbehörden die Daten erlangt haben, das Steuerverfahren gegen den Bankkunden aber noch nicht eröffnet wurde, trägt der letztgenannte Einwand freilich nicht. Die Vertragsverletzung, d.h. die verspätete Benachrichtigung über das Datenleck, hat dem Bankkunden in diesem Fall die Möglichkeit genommen, die nachteiligen Folgen zu reduzieren. Grund für die Strafmilderung ist nicht die Reue des Kunden, sondern die Rechtzeitigkeit der Selbstanzeige. Aber auch in dieser Konstellation ist dem Bankkunden ein Selbstverschuldensanteil anzurechnen.⁹⁹

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass – wie bereits dargelegt wurde – die Medien in den meisten Fällen gleichzeitig oder kurz nach der Bank Kenntnis vom Datenleck erlangen und breit darüber berichten. Die Frage, ob die Bank ihre Kunden schuldhaft zu spät über das Datenleck informierte, tritt dadurch in den Hintergrund, da die Bankkunden aufgrund der Medienberichterstattung bereits über das Wissen verfügen. Der Anspruch der Bankkunden auf Schadenersatz infolge zu später Information scheitert am Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens. Der Kunde wurde durch die

⁹⁶ BGE 134 III 59 E. 2.3.2 S. 65.

⁹⁷ KOLLER, AJP 2003, 719.

⁹⁸ Zutreffend KOLLER, AJP 2003, 720.

⁹⁹ Vgl. auch KOLLER, AJP 2003, 720; DERSELBE, ZSR 1994, 203; MAURENBRECHER/ZULAUF, SZW 1991, 39.

Medien über das Datenleck informiert und muss sich aufgrund dieses Wissens eine Selbstanzeige überlegen. Entscheidet er sich gegen die Selbstanzeige, müsste er erläutern, inwiefern eine (zusätzliche) Information seitens der Bank an seiner Entscheidung etwas geändert hätte.

4. Weitere Schadenspositionen bei unversteuerten Vermögenswerten

Ob die weiteren Schadensfolgen ersatzfähig sind, ist umstritten.¹⁰⁰ Es handelt sich dabei einerseits um Anwalts- und sonstige Verfahrenskosten im Zusammenhang mit den Steuer- und Strafverfahren, andererseits um Erwerbs- und Einnahmenausfälle infolge dieser Verfahren (insbesondere der Verlust der Arbeitsstelle). Verzichtet der Bankkunde trotz des Hinweises über das Datenleck in den Medien oder der Bank auf die (zu diesem Zeitpunkt noch mögliche) Selbstanzeige, kommen als ersatzfähige Einbussen ohnehin bloss jene Kosten in Betracht, die auch bei einer Selbstanzeige angefallen wären.

Das Bundesgericht hatte in einer früheren Entscheidung die Ersatzfähigkeit solcher Schadenspositionen explizit offen gelassen und ausgeführt:¹⁰¹ «Quant à la question de savoir si, dans des circonstances analogues, d'autres éléments du dommage [...] pourraient fonder une demande en justice, elle ne fait pas l'objet de la présente procédure. Il n'y a donc pas lieu de la préjuger, mais il convient d'en réserver l'examen le cas échéant.» In einer neueren Entscheidung hat das Gericht nun Klarheit in Bezug auf die Verfahrensgebühren und Anwaltskosten geschaffen. Solche Kosten sind nicht zu ersetzen, sofern auch die Straffolgen nicht ersatzfähig sind.¹⁰² Gleiches muss im Grunde auch für die übrigen Schadensfolgen gelten (Gleichlauf der Ersatzpflicht für Bussen mit den weiteren Schadensfolgen).

5. Schadenspositionen bei versteuerten Vermögenswerten

Stellt man auf den Grundsatz des Gleichlaufs zwischen Bussen und weiteren Schadensfolgen ab, können Kunden, welche ihre Bankguthaben den Steuerbehörden ordnungsgemäss offen gelegt haben, die infolge des Datenlecks kausal bewirkten Schäden von der Bank ersetzt verlangen. Es stellt sich

¹⁰⁰ CANARIS, Bankvertragsrecht, Rz. 68; APATHY, Bankgeheimnis, Rz. 2/152.

¹⁰¹ BGE 115 II 72 E. 3d S. 76 f.

¹⁰² BGE 134 III 59 E. 2.4 S. 67; vgl. auch KOLLER, AJP 2003, 721.

indes die Frage, ob dies auch für Verfahrenskosten von Steuerverfahren gilt. Da die Steuerbehörden ohnehin bereits Kenntnis von den Vermögenswerten des Kunden bei der vom Datenleck betroffenen Bank haben, kann sich die Vertragsverletzung im Regelfall nicht oder kaum auswirken. Es ist jedoch denkbar, dass das Steueramt untersucht, ob der Kunde noch weitere den Steuerbehörden nicht offen gelegte Vermögenswerte bei der Bank hat.¹⁰³

Der Umstand, dass die Steuerbehörden (oder jede andere Behörde) das rechtmässige Verhalten einer Person überprüft bzw. dass eine Person in ein Rechtsverfahren involviert wird, gehört an sich zum allgemeinen Lebensrisiko. Infolgedessen sind allgemeine Abwehrkosten, sofern solche z.B. in einem Straf- oder Steuerverfahren nicht ohnehin aufgrund der anwendbaren Bestimmungen zu einer (Partei-)Entschädigung durch die Behörden führen, als Folgen des allgemeinen Lebensrisikos nicht ersatzfähig.¹⁰⁴ Anderes gilt in Bezug auf anderweitige durch das Datenleck bewirkte Schädigungen.¹⁰⁵

¹⁰³ Sog. «Zebra-Strategie»: Auf den «weissen Konten» sind die ordnungsgemäss versteuerten, auf den «schwarzen Konten» die dem Steueramt nicht offen gelegten Vermögenswerte angelegt, was es ermöglicht, mit der Bank in Kontakt zu stehen, ohne bei den Steuerbehörden einen Verdacht zu erwecken.

¹⁰⁴ Diese Sicht der Dinge hat das Bundesgericht unlängst in BGer 6B_1061/2014, wengleich mit anderer Begründung, bestätigt. Es ging um Schadenersatz für den eingetretenen Stellenverlust eines Lehrers, nachdem gegen ihn ein Strafverfahren wegen angeblicher sexueller Handlungen mit minderjährigen Schülerinnen eingeleitet wurde. Nachdem das Strafverfahren in einem Freispruch endete, beanspruchte der Lehrer eine Entschädigung für die eingetretenen wirtschaftlichen Nachteile. Nach Auffassung des Bundesgerichts fehlte es aber «an einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Strafverfahren und der Entlassung des Beschwerdeführers. Die Strafbehörden tragen nicht die Verantwortung für ein Fehlverhalten anderer Behörden und haben auch nicht für allfällig daraus entstehenden Schaden einzustehen. [...] Das rechtswidrige Verhalten [nämlich die unzulässige Verdachtskündigung] haben die Strafbehörden indessen nicht zu vertreten und sie hatten auch nicht mit einem solchen zu rechnen.» Die Ablehnung der Adäquanz beruht auf einem falschen Verständnis dieses Begriffs; es ist keineswegs ungewöhnlich und ausserhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Strafverfahren gegen einen Lehrer wegen angeblicher sexueller Handlungen mit minderjährigen Schülern einen Stellenverlust zur Folge haben kann.

¹⁰⁵ Vgl. auch APATHY, Bankgeheimnis, Rz. 2/152, welcher auf einen durch die Offenbarung der schlechten Vermögenslage verursachten Konkurs hinweist; problematisch dürfte freilich der Nachweis der Kausalität und der Schadenshöhe sein (sofern eine finanzielle Sanierung nicht wahrscheinlich war, führt die Geheimnisverletzung bloss dazu, dass der Zeitpunkt der Insolvenz vorverschoben wird).

V. Zusammenfassung der Erkenntnisse

1. Es gab schon früher Datenlecks. In den letzten Jahren gewann die Problematik aber erheblich an Bedeutung. Grund hierfür ist die Digitalisierung der Bankkundendaten. Dies erleichtert den Diebstahl einer Vielzahl von Informationen. Der Datendiebstahl wird überdies dadurch gefördert, dass einige ausländische Behörden bereit sind, solche Daten zu erwerben. Gleichzeitig hat sich das Risiko unbeabsichtigter Datenübermittlungen ins Ausland erhöht.

2. Unter einer Warnpflicht versteht man die vertragliche Nebenpflicht, Kunden spontan über eine konkret drohende Gefahr zu benachrichtigen. Die Abgrenzung dieser Nebenpflicht zu den vorvertraglichen Informationspflichten ist weniger bedeutsam als die Abgrenzung von den nachvertraglichen Informationspflichten. Ob Informationspflichten auch nach Beendigung des Auftrags noch bestehen, ist zumindest fraglich und scheitert in der Praxis oftmals bereits an der mangelnden Kenntnis der Kontaktdaten des Kunden.

3. Eine Warnung des Kunden über ein Datenleck tangiert den Vertragsabschluss nicht. Die Warnpflicht kann daher im vorliegenden Zusammenhang nicht mit Hinweis auf den allgemeinen Interessenwiderstreit der Parteien in Frage gestellt werden. Unklar ist dagegen der Inhalt der Warnung.

Die Warnpflicht setzt sodann ein Informationsgefälle zwischen der Bank und den Kunden voraus. Da in den Medien jeweils frühzeitig und intensiv über das Datenleck sowie die Selbstanzeigemöglichkeiten berichtet wird, die Bank insofern keinen Informationsvorsprung hat, besteht in diesen Fällen keine Warnpflicht. Anderes gilt, wenn die Bank tatsächlich über mehr Informationen als die Kunden verfügt; dies mag namentlich dann der Fall sein, wenn sie im Laufe der Zeit Anhaltspunkte über die vom Datenleck betroffenen Dateien erlangt.

Die Warnung der Kunden über ein Datenleck kann infolge eines Informationsverbots zu einer Pflichtenkollision führen. Die Bank muss in diesen Fällen nach Treu und Glauben eine Interessenabwägung vornehmen. Dabei ist entscheidend, ob die Kunden ihre Steuersituation noch verändern können und sie nicht bereits durch die Medien über den Vorfall unterrichtet sind.

Ungeklärt ist schliesslich, inwiefern eine vertragsrechtliche Pflicht zur Offenlegung eigenen Fehlverhaltens besteht. Die Bejahung einer solchen Pflicht führt etwa in Bezug auf die Verjährung oder das strafrechtliche Selbstbelastungsverbot zu Widersprüchen, für die eine tragfähige Lösung aussteht. Mit Blick auf die bestehenden Widersprüche und offenen Fragen ist eine solche Offenbarungspflicht abzulehnen.

4. Selbst wenn eine Warnpflicht der Bank bejaht wird, führt deren Verletzung in der Regel nicht zu entsprechenden Schadenersatzansprüchen. Nachsteuern, Strafen und Bussen stellen grundsätzlich keine ersatzfähigen Schadenspositionen dar. Anderes kann dann gelten, wenn der Kunde die Steuerbusse bei einer früheren Warnung ganz oder teilweise hätte vermeiden können. Die weiteren Schadenspositionen sind bei un versteuerten Vermögenswerten ebenfalls nicht ersatzfähig. Bei versteuerten Vermögenswerten gehören diese Aufwendungen zum allgemeinen Lebensrisiko.

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Diss. Bern 1995.
- APATHY PETER, Das Bankgeheimnis, in: Österreichisches Bankvertragsrecht, Apathy Peter/Iro Gert/Koziol Helmut (Hrsg.), Bd. I, 2. Aufl., Wien 2007.
- ASSMANN HEINZ-DIETER/SETHE ROLF, Warn- und Hinweispflichten von Kreditinstituten gegenüber Kunden am Beispiel kundenschädigender Wertpapier- und Depotgeschäfte bankexterner Vermögensverwalter, in: FS Harm Peter Westermann, Köln 2008, S. 67-92.
- AUBERT MAURICE u.a., Le secret bancaire suisse, Bern 1994.
- AULINGER LEONHARD/WEINREICH VOLKER/PARK TIDO, Die anwaltliche Betreuung von Kreditinstituten vor, bei und nach Durchsuchungen und Beschlagnahmen wegen des Verdachts der Beihilfe zur Steuerhinterziehung, in: FS 50 Jahre Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht, Berlin 1999, S. 645-659.
- AVANCINI PETER, Das Bankgeheimnis, in: Österreichisches Bankvertragsrecht, Avancini Peter/Iro Gert/Koziol Helmut (Hrsg.), Bd. I, Wien 1987.
- Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Wiegand Wolfgang (Hrsg.), 6. Aufl., Basel 2015 (BSK OR-BEARBEITER).
- Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Wirtschaftsrecht, Bankengesetz, Watter Rolf/Vogt Nedim P./ 2. Aufl., Basel 2013 (BSK OR-BEARBEITER).

- BECKHUSEN MICHAEL, Bankgeheimnis, in: Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Derleder Peter/Knops Kai-Oliver/Bamberger Heinz Georg (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin 2008, S. 153-158.
- BRANDSTETTER WOLFGANG/KREJCI HEINZ, Verlust verbotener Vorteile als ersatzfähiger Schaden?, *ecolex* 2004, S. 520-523.
- BREITENBACH CAROLINE, Steuer-CDs: Die Strafbarkeit des Datenhändlers und der beteiligten Staatsvertreter, Göttingen 2017.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BYDLINSKI FRANZ, Unerlaubte Vorteile als Schaden, in: FS Erwin Deutsch, Köln 1999, S. 63-84.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Berlin 1988.
- EMMENEGGER SUSAN, Le devoir d'information du banquier, in: Chappuis C./Winiger B. (Hrsg.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Zürich u.a. 2009, S. 67-89.
- FELLMANN WALTER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- GÄNTGEN HANS-JÖRG, Die Pflicht zum Hinweis auf eigene und fremde Fehler in zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen, Diss. Köln 1991.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014 (GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER).
- GUGGENHEIM ANATH/GUGGENHEIM DANIEL A., Les contrats de la pratique bancaire suisse, Bern 2014.
- GÖRES ULRICH L./KLEINERT JENS, Die Liechtensteinische Finanzaffäre – Steuer- und steuerstrafrechtliche Konsequenzen, *NJW* 2008, S. 1353, 1356.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (CHK OR-BEARBEITER).
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319-529 OR), Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (CHK OR-BEARBEITER).
- HESS MARTIN, Die Haftung der Banken für Kundendatendiebstahl, in: Bankhaftungsrecht, Emmenegger Susan (Hrsg.), Basel 2006, S. 55-91.
- HOPT KLAUS J., Funktion, Dogmatik und Reichweite der Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten der Kreditinstitute, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldturn, Hadding Walter/Hopt Klaus J./Schimansky Herbert (Hrsg.), Berlin 1993, S. 1-28.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.
- JENTSCH VALENTIN/VON DER CRONE CASPAR, Informationspflichten der Bank bei der Vermögensverwaltung: Kundenprofil und Risikoaufklärung, *SZW* 2011, S. 639-653.

- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE/WINZELER CHRISTOPH, in: Bodmer Daniel u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 22. Nachlieferung, Zürich 2014.
- KOLLER THOMAS, Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, ZSR 1994 I, S. 183-205.
- KOLLER THOMAS, Strafsteuern als privatrechtlich ersatzfähiger Schaden? – Ein weiterer Meilenstein in der Rechtsprechung zur Haftung rechtsberatender Berufe, AJP 2003, S. 713-721.
- KOZIOL HELMUT, Österreichisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Wien 1997.
- MAURENBRECHER BENEDIKT/ZULAUF URS, Bankgeheimnisverletzung – Busse generell kein ersatzfähiger Schaden? Besprechung von BGE 115 II 72, SZW 1991, S. 36-42.
- MIDDENDORF PATRICK, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002.
- Münchener Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 7. Aufl., München 2016 (MünchenerKomm BGB-BEARBEITER).
- NOBEL PETER, Abschied vom Bankgeheimnis, ZSR 2015 I, S. 21-47.
- OTTO HARRO, «Vorgeleistete Strafvereitelung» durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in: FS Theodor Lenckner, München 1998, S. 193-127.
- RÜMKER DIETRICH, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute aus der Sicht der Praxis, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldturn, Hadding Walter/Hopt Klaus J./Schimansky Herbert (Hrsg.), Berlin 1993, S. 29-66.
- SCHALLER JEAN-MARC, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich 2013.
- Pflichten des Vermögensverwalters nach Beendigung des Mandates, SZW 2010, S. 285-293.
- SCHAUER MARTIN, Geheimnisbruch und Steuerschaden, RdW 2004/297, S. 324-326.
- SCYBOZ GEORGES, L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile, Zürich 1976.
- STAUDINGER JULIUS VON, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch: Auftrag und Geschäftsbesorgung (§§ 662-675b), Neubearbeitung 2017, Berlin 2017 (STAUDINGER BGB-BEARBEITER).
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241-243), Neubearbeitung 2015, Berlin 2015 (STAUDINGER/BEARBEITER).
- TAUPITZ JOCHEN, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, Tübingen 1989.
- Die Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens nach Schweizerischem Obligationenrecht, ZBJV 1993, S. 671-692.
- TONNER MARTIN, Auskunfts- und Beratungspflichten, in: Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Derleder Peter/Knops Kai-Oliver/Bamberger Heinz Georg (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin 2008, S. 113-140.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizer Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1984.

VON JHERING RUDOLF, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 4 1861, S. 1-112.

VORTMANN JÜRGEN, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 11. Aufl., Köln 2016.

– Informationspflicht der Bank im Steuerfahndungsverfahren, WM 1996, S. 1166-1168.

WYSS ALEXANDER, Verhaltensregeln für Effekthändler, Diss. St. Gallen/Lachen 2000.

Gewährserfordernis und Privatrecht

Benedikt Maurenbrecher/Fabrice Eckert, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	141
II.	Allgemeines zum Gewährserfordernis.....	141
	1. Begriff und Zweck.....	141
	2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	142
	3. Persönlicher Anwendungsbereich.....	143
	4. Inhalt.....	144
	5. Merkmale.....	149
III.	Aufriss des Spannungsfeldes zwischen Gewähr und Privatrecht.....	152
	1. Wertungswidersprüche.....	152
	a) Regulierungsansatz: Prävention vs. nachträglicher Schadenausgleich.....	152
	b) Regulierungsinhalt: Moral vs. Rechte und Pflichten.....	154
	c) Regulierungszweck: Funktions- und Anlegerschutz vs. Parteiautonomie.....	155
	2. Inhaltliche (In-)Kongruenz.....	155
	a) Übereinstimmung aufsichtsrechtlicher und privatrechtlicher Pflichten.....	156
	b) «Überschiessende» aufsichtsrechtliche Pflichten.....	157
	c) «Unterschiessende» aufsichtsrechtliche Pflichten.....	157
	3. Zwischenfazit.....	157
IV.	Gewährserfordernis und Vertragsrecht.....	158
	1. Gewähr als Konkretisierung vertraglicher Pflichten?.....	158
	a) Ausgangslage.....	158
	b) Verhältnis von Privat- und Aufsichtsrecht.....	158

* Dr. iur. Benedikt Maurenbrecher, MBA, Rechtsanwalt. MLaw Fabrice Eckert, LL.M.

c)	Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts?	160
2.	Gewähr als Erweiterung der vertraglichen Pflichten?	163
3.	Gewähr als Beschränkung der vertraglichen Pflichten?	165
a)	Allgemeines	165
b)	Haftungsbeschränkende Wirkung der Gewähr infolge Rechtswidrigkeit?	168
c)	Haftungsbeschränkende Wirkung der Gewähr infolge Leistungsunmöglichkeit?	170
aa)	Objektive Leistungsunmöglichkeit	170
bb)	Nachträglichkeit	171
cc)	Kein Verschulden des Finanzintermediärs	172
dd)	Fazit	172
d)	Haftungsbeschränkende Wirkung der Gewähr infolge Verstosses gegen Treu und Glauben?	172
aa)	Allgemeines	172
bb)	Ausübung vertraglicher Rechte nur bei schützenswertem Interesse	173
cc)	Fazit	175
V.	Gewährserfordernis und Deliktsrecht	175
1.	Gewähr als Erweiterung der deliktischen Haftung?	176
a)	Allgemeine Haftungsvoraussetzungen	176
b)	Gewährserfordernis als Schutznorm?	176
2.	Gewähr als Beschränkung der deliktischen Haftung?	178
VI.	Gewährserfordernis und Verantwortlichkeitsrecht	181
1.	Gewähr als Erweiterung der Haftung aus Verantwortlichkeit?	181
2.	Gewähr als Konkretisierung der Haftung aus Verantwortlichkeit? ..	182
3.	Gewähr als Beschränkung der Haftung aus Verantwortlichkeit?	183
VII.	Schluss	184
	Literaturverzeichnis	186
	Materialien	194

I. Einleitung

Die Erfüllung des Gewährserfordernisses ist nach verschiedenen Finanzmarktgesetzen eine grundlegende Bewilligungsvoraussetzung. Banken und andere Finanzinstitute dürfen die jeweilige bewilligungspflichtige Tätigkeit nur ausüben, wenn sie bzw. ihre leitenden Mitarbeiter und qualifiziert Beteiligten Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Aufgrund der generalklauselartigen Formulierung der gesetzlichen Gewährsbestimmungen sind jedoch Inhalt und Reichweite der Gewähr oft umstritten. Entsprechend wird sie in der Lehre auch als «berühmteste und kontroverseste Bestimmung der geltenden Schweizer Finanzmarktgesetzgebung» bezeichnet.¹

Auch wenn die Gewährsbestimmungen rein aufsichtsrechtlicher Natur sind, können sich aufgrund des umfassenden Anwendungsbereichs Berührungspunkte mit dem Privatrecht ergeben.² Insbesondere wenn das Gewährserfordernis ein von den privatrechtlichen Pflichten abweichendes Verhalten gebietet, stellt sich die Frage nach dessen Auswirkungen auf das Privatrecht. Dies gilt namentlich mit Blick auf eine Haftung des Gewährsträgers.

II. Allgemeines zum Gewährserfordernis

1. Begriff und Zweck

Unter dem Gewährserfordernis werden die charakterlichen und fachlichen Anforderungen an eine Person verstanden, die für die korrekte Ausübung der bewilligungspflichtigen Tätigkeit erforderlich sind.³ Im angelsächsischen Raum spricht man deshalb auch vom «Fit-and-Proper-Test».⁴

Das Gewährserfordernis soll in erster Linie den beiden grundlegenden Zwecken des Aufsichtsrechts, d.h. dem Kunden- und Funktionsschutz,⁵ die-

¹ ZULAUF, Gewähr, S. 15; vgl. BISCHOF, Gewähr, Rz. 1, für einen Überblick über weitere Bezeichnungen der Gewährsbestimmung in der Lehre.

² Vgl. BOHRER, GesKR 2014, S. 324; KILGUS, Effektivität von Regulierung, Rz. 86 ff.

³ Vgl. FINMA, FAQ Gewährsbrief, Antwort zu Frage 1.

⁴ NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, § 8 N 82.

⁵ Vgl. BLÖCHLINGER, Reputationsschutz, S. 12 ff.; WERLEN, Konzeptionelle Grundlagen, S. 38 ff.; BSK FINMAG-WINZELER, Art. 5 Rz. 8 ff.; ZUFFEREY, ZSR 123/2004 II, S. 499 ff.; ferner BGer Urteil 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 8.1.

nen.⁶ So bezweckt es zum einen den Schutz der Gläubiger bzw. Anleger. Es soll verhindert werden, dass einzelne Institute wegen unqualifizierten Mitarbeitern in leitender Stellung insolvent werden.⁷ Zum anderen dient es der Wahrung des Vertrauens des Publikums in die beaufsichtigten Unternehmen.⁸ Dadurch soll die Stabilität und Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte gewährleistet werden.⁹

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Beaufsichtigten gestützt auf den Gewährsartikel auch zur Berücksichtigung von ausländischen Rechtsnormen angehalten sind.¹⁰ Damit stellt die FINMA klar, dass das Gewährserfordernis auch dem weiteren Regelungsziel der Stärkung des Ansehens des schweizerischen Finanzplatzes dienen soll.¹¹ Beim Reputationschutz handelt es sich jedoch nicht um ein eigenständiges Regelungsziel des Aufsichtsrechts, sondern um eine Konkretisierung des Funktionsschutzes.¹²

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Das Gewährserfordernis war nicht seit Beginn der Regulierung von Finanzinstituten Voraussetzung für deren Bewilligung. Noch 1968 hielt das Bundesgericht fest, die Anerkennung der Organisation einer Bank könne nicht vom Ergebnis einer Prüfung der moralischen und fachlichen Qualitäten der Leiter des Unternehmens abhängig gemacht werden.¹³ Erstmals fand ein Gewährsartikel im Jahre 1971 mit der Einführung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG Eingang in einen aufsichtsrechtlichen Erlass.¹⁴ Seither wurde der

⁶ EBK-Bulletin 1/1977, S. 15 f.; BOHRER, GesKR 2014, S. 324; KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 163 ff. zu Art. 3 BankG; ZUBERBÜHLER, WuR 1987, S. 169 f.

⁷ AELLEN, Gewähr, S. 85 f.; EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, S. 222.

⁸ BGE 111 Ib 126 E. 2a S. 127; FINMA, FAQ Gewährsbrief, Antwort zu Frage 1; AELLEN, Gewähr, S. 97; ferner ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, Schweizerisches Bankenrecht, S. 341; vgl. auch EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rz. 220; NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, § 8 N 86, wonach der Funktionsschutz als Zweck des Aufsichtsrechts gestützt auf das Gewährserfordernis eingeführt wurde.

⁹ EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 31. August 2015, Rz. 56; ZOBL/KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Rz. 28 ff.

¹⁰ Vgl. FINMA, Positionspapier Rechts- und Reputationsrisiken, S. 12; siehe dazu auch hiernach Ziff. II.4.

¹¹ BSK BankG-WINZELER, Art. 3 Rz. 25.

¹² ABEGGLEN, recht 2003, S. 229; BLÖCHLINGER, Reputationsschutz, S. 141 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, Bankgeschäft, Rz. 214; ferner BSK FINMAG-WINZELER, Art. 5 Rz. 12.

¹³ BGE 94 I 480 E. 2 S. 483.

¹⁴ Vgl. zur Einführung des bankrechtlichen Gewährsartikels AELLEN, Gewähr, S. 32 ff.

sachliche Anwendungsbereich des Gewährserfordernisses auf verschiedene andere Finanzinstitute ausgedehnt, namentlich Effektenhändler (1995), Versicherungen (2004), Fondsleitungen und Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen (2006), Finanzmarktinfrastrukturen (2016) und künftig, gemäss dem geplanten FINIG, sämtliche Vermögensverwalter.

3. Persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht erfasst das Gewährserfordernis sämtliche Personen, die kraft ihrer Zuständigkeit den Fortbestand des Finanzinstituts gefährden können.¹⁵ Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit müssen somit insbesondere die (leitenden) Mitarbeiter des Instituts bieten (sog. Organgewähr).¹⁶

Im Laufe der Zeit wurde der persönliche Anwendungsbereich durch die Aufsichtsbehörden und Gerichte auf die Finanzinstitute selbst ausgedehnt.¹⁷ Diese sog. Institutsgewähr wurde v.a. im Zusammenhang mit Sachverhalten entwickelt, in denen das Fehlverhalten keiner bestimmten Person in der Unternehmung (oder keiner, die als Gewährsträger qualifiziert) zugerechnet werden konnte.¹⁸ Entsprechend prüft die Aufsichtsbehörde in solchen Fällen «entpersonifiziert», ob gegen die Gewährsbestimmung verstossen wurde.¹⁹ Diese Entwicklung erlaubte es der FINMA, jede Abweichung von den aufsichtsrechtlichen Standards unabhängig vom Fehlverhalten Einzelner zum Gewährsthema zu machen. Untersucht wird dabei nicht zuletzt, ob das Fehlverhalten auf eine ungenügende Organisation des Instituts zurückzuführen ist.²⁰

¹⁵ FAVRE, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Rz. 2.86; RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Rz. 54; BSK BankG-WINZELER, Art. 3 Rz. 16; vgl. auch BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 29. Da wesentliche Entscheide betreffend die Geschäftstätigkeit von Einzelinstituten einer Finanzgruppe häufig von der Muttergesellschaft getroffen werden, müssen deshalb auch die leitenden Mitarbeiter auf Gruppenstufe dem Gewährserfordernis genügen (Art. 3f Abs. 1 BankG; vgl. BSK BankG-MAURENBRECHER/KRAMER, Art. 3f Rz. 4).

¹⁶ Eingehend zu den erfassten Gewährsträgern BISCHOF, Gewähr, Rz. 21 ff.

¹⁷ BGE 106 Ib 145 E. 2b S. 148; 111 Ib 126 E. 2a S. 127; EBK-Bulletin 7/1980, S. 7; AELLEN, Gewähr, S. 113 f.; BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 29; RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Rz. 55.

¹⁸ BISCHOF, Gewähr, Rz. 205; ZUBERBÜHLER, WuR 1987, S. 179.

¹⁹ ZULAUF, ZSR 128/1994 II, S. 423.

²⁰ Vgl. EBK-Bulletin 42/2002, S. 137 ff.; BSK BankG-WINZELER, Art. 3 Rz. 23; vgl. zum unklaren Verhältnis zwischen Organisations- und Gewährserfordernis hiernach Ziff. II.5.

Schliesslich sind vom Gewährserfordernis auch qualifiziert Beteiligte erfasst (sog. Aktionärgewähr).²¹ Denn diese können die Geschäftstätigkeit des Finanzinstituts ebenfalls massgebend beeinflussen. Für die Zwecke dieses Beitrages sollen diese Gewährsträger jedoch nicht weiter berücksichtigt werden.

4. Inhalt

Wie bereits erwähnt ist das Gewährserfordernis in verschiedenen Finanzmarktgesetzen verankert. Ein Vergleich der entsprechenden Bestimmungen (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG; Art. 9 FinfraG; Art. 14 Abs. 1 lit. a KAG; Art. 14 VAG; Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG) zeigt jedoch, dass die Gewährsbestimmungen nicht einheitlich formuliert sind. So setzt Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG als «Mutter» aller Gewährsvorschriften voraus, dass die leitenden Mitarbeiter «einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten». Darüber hinaus verlangt beispielsweise Art. 14 Abs. 1 lit. a KAG, dass die Gewährsträger «die erforderlichen fachlichen Qualifikationen aufweisen». Hinter die Anforderungen der bankrechtlichen Gewährsbestimmung tritt hingegen diejenige des Börsengesetzes, indem «nur» die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (ohne das Erfordernis eines guten Rufes) vorgeschrieben ist.

Aufgrund dieser abweichenden Formulierungen drängt sich die Frage auf, ob sich die Gewährsbestimmungen auch inhaltlich unterscheiden.²² Nach Lehre und Rechtsprechung sollen die meisten Gewährsbestimmungen mit derjenigen des BankG inhaltlich deckungsgleich sein.²³ Eine Ausnahme ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG. Aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts und Gesetzeszwecks könne diese Bestimmung nicht ohne weiteres gleich ausgelegt werden wie der bank- und börsenrechtliche Gewährsartikel.²⁴ Obschon für den Gewährsbegriff nach

²¹ Siehe z.B. Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG; Art. 14 Abs. 1 lit. b KAG.

²² Eingehend dazu BISCHOF, Gewähr, Rz. 582 ff.

²³ BVGE 2008/23 E. 3.1; EBK-Bulletin 45/2003, S. 169; EBK-Bulletin 47/2005, S. 166; WICKI, Market Making, S. 36 ff.; BSK KAG-BIANCHI/GRANO, Art. 14 Rz. 5; BVGer Urteil B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 4.1; BSK VAG-APPENZELLER, Art. 14 Rz. 2; Bot-schaft FinfraG, BBl 2014, S. 7519.

²⁴ BGer Urteil 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 6.4; a.M. BVGer Urteil B-7096/2013 vom 16. November 2015 E. 4.2; noch offen gelassen bei BGE 129 II 438 E. 3.3.1 S. 443 f.; vgl. auch WYSS, Kommentar GwG, N 5 zu Art. 14 GwG, wonach sich der Gewährsbegriff nach Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG von demjenigen der übrigen Finanzmarktgesetze

Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG also im Einzelfall geprüft werden muss, ob er sektorübergreifend kohärent auszulegen ist, soll für die Zwecke dieses Beitrages von einem einheitlichen Gehalt der Gewährsbestimmungen ausgegangen werden.

Nach dem Verständnis der FINMA gehören zur Gewähr «alle charakterlichen und fachlichen Faktoren, die einer Person die korrekte Führung eines beaufsichtigten Unternehmens erlauben».²⁵ Inhaltlich setzt sich das Gewährserfordernis dabei aus den folgenden Teilgehalten zusammen:²⁶

- *Fachliche Befähigung*: Vorab hat der Gewährsträger über die erforderlichen fachlichen Kompetenzen zu verfügen.²⁷ Er muss ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen aufweisen, um seine Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können.²⁸
- *Einhaltung der Rechtsordnung*: Zentrales Element des Gewährserfordernisses ist die Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung. Grundsätzlich kann die Missachtung sämtlicher einschlägiger Rechtsnormen eine Gewährsverletzung begründen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Verletzung der Rechtspflicht ein gewisses Gewicht hat.²⁹ Dabei kann die Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung wiederum nach Rechtsgebiet unterteilt werden in:
 - *Aufsichtsrecht*: Der Gewährsträger muss die Vorschriften des Aufsichtsrechts befolgen. Namentlich darf er nicht gegen einschlägige Gesetze, Verordnungen oder Standesregeln verstossen. Darüber hin-

zwar unterscheidet, deren Grundsätze für die Gewährsprüfung aber dennoch beigezogen werden können.

²⁵ FINMA, FAQ Gewährsbrief, Antwort zu Frage 1; vgl. auch Botschaft Revision BankG, BBl 1970 I, S. 1151; BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, AJP 2006, S. 170; BISCHOF, Gewähr, Rz. 181; KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 180 zu Art. 3 BankG.

²⁶ Vgl. auch die Kategorisierungen bei AELLEN, Gewähr, S. 141; BOVET/HÉRITIER LACHAT, La garantie d'une activité irréprochable, Rz. 394 ff.; HIRSCH, EBK-Bulletin 50/2007, S. 29 ff.

²⁷ BVGE 2008/23 E. 3.1; FINMA-Bulletin 1/2010, S. 82; FINMA-Bulletin 3/2012, S. 122.

²⁸ BGer Urteil 2A_565/2002 vom 2. April 2003 E. 5.2.3; vgl. auch EBK-Bulletin 18/1988, S. 18 f. mit Bezug auf die fehlende Kenntnis der Unzulässigkeit von Kursschnitten; EBK-Bulletin 33/1997, S. 31 im Zusammenhang mit sog. Short-Strangle-Geschäften, wobei die damalige EBK die fachliche Kompetenz der leitenden Mitarbeiter allgemein in Frage stellte.

²⁹ BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 5b; BGer Urteil 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 6.4.

aus hat er auch die institutsinternen Regelwerke zu respektieren.³⁰ Nach Ansicht der FINMA ist der Gewährsartikel somit – entgegen dem allgemeinen Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* –³¹ kumulativ zur konkret verletzten Bestimmung des Aufsichtsrechts anwendbar.³² Das Gewährserfordernis wird dabei häufig dazu dienen, Aufsichtsrechtsverletzungen einzelner Mitarbeiter der beaufsichtigten Gesellschaft anrechnen zu lassen.³³

- *Strafrecht*: Sodann verlangt das Gewährserfordernis die Einhaltung des Strafrechts. Begeht der Gewährsträger eine Straftat, bietet er je nachdem keine Gewähr mehr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.³⁴ Dies gilt jedenfalls bei Delikten, die einen Bezug zur beruflichen Tätigkeit haben. So wird eine Gewährsverletzung regelmässig vorliegen, wenn ein Banquier z.B. Kundengelder veruntreut (Art. 138 StGB)³⁵ oder Insiderhandel (Art. 154 FinfraG)³⁶ begeht.³⁷ Dabei ist nicht erforderlich, dass die Straftat in Ausübung der eigentlichen Tätigkeit für die Bank erfolgte.³⁸ Anders gelagert sind die Fälle, bei denen nur ein indirekter Bezug der beruflichen Tätigkeit besteht, auch wenn nach Auffassung der Aufsichtsbehörde sogar Steuerdelikte im privaten Bereich als Grundlage für eine Gewährsverletzung in Frage kommen.³⁹
- *Zivilrecht*: Schliesslich kann die Einhaltung des Zivilrechts gewährsbestimmend sein. Insbesondere kann eine Gewährsverletzung dann gegeben sein, wenn das Finanzinstitut die vertraglichen Pflichten ge-

³⁰ BVGE 2008/23 E. 3.1; EBK-Bulletin 18/1988, S. 28; EBK-Bulletin 45/2003, S. 170 f.; FINMA-Bulletin 3/2012, S. 122.

³¹ EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, S. 90 f.; FORSTMOSER/VOGT, Einführung, § 13 N 277; KRAMER, Juristische Methodenlehre, S. 116 ff.

³² Vgl. EBK-Jahresbericht 1993, S. 23; FINMA, Medienmitteilung «FINMA rügt Bank Coop wegen Marktmanipulation» vom 29. Oktober 2014, S. 1; FINMA-Enforcementbericht 2015, S. 13 Fall 17.

³³ Vgl. FINMA, Bericht «Devisenhandelsgeschäfte der UBS AG» vom 12. November 2014, S. 15; BISCHOF, Gewähr, Rz. 205.

³⁴ BGE 108 Ib 196 E. 2b/aa S. 201; EBK-Jahresbericht 2008, S. 38; EBK-Bulletin 1, S. 14 ff.

³⁵ Siehe etwa EBK-Jahresbericht 1994, S. 30 f.

³⁶ Vgl. EBK-Jahresbericht 1981, S. 27; EBK-Jahresbericht 2005, S. 90.

³⁷ KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 192 zu Art. 3 BankG.

³⁸ BGE 108 Ib 196 E. 2b/aa S. 201.

³⁹ EBK-Jahresbericht 2006, S. 43. Diese Praxis scheint allerdings überzogen, da (wie z.B. bei Strassenverkehrs- oder Ehrverletzungsdelikten) in der Regel kein Bezug zur beruflichen Tätigkeit ersichtlich ist.

genüber seinen Kunden systematisch verletzt.⁴⁰ Relevant geworden sind v.a. Vertragsverletzungen im Anlagegeschäft, wenn der Gewährsträger seine Interessen vor diejenigen des Kunden stellt.⁴¹ Neben einer Missachtung vertraglicher Pflichten können auch andere Verstöße gegen das Zivilrecht zu einer Gewährsverletzung führen, etwa wenn ein leitender Mitarbeiter die aktienrechtliche Kompetenzordnung missachtet⁴² oder seine arbeitsvertragliche Treuepflicht dadurch verletzt, dass er Geschäftsgeheimnisse bei seinem bisherigen Arbeitgeber mitnimmt.⁴³

- *Einhaltung weiterer berufsspezifischer Pflichten*: Das Gewährserfordernis erschöpft sich nach der Praxis der Aufsichtsbehörde nicht in der Beachtung der materiell-gesetzlichen Rechtsordnung.⁴⁴ Vielmehr verlangt sie, dass sich der Gewährsträger darüber hinaus so verhält, wie es «von einem redlichen Banquier» erwartet werden muss.⁴⁵ Er soll im Geschäftsverkehr stets nach Treu und Glauben handeln. Unter diesem Titel haben sich in der Praxis der Aufsichtsbehörde folgende hauptsächlichen Fallgruppen herausgebildet:
 - *Statuierung von Abklärungspflichten*: Vater des Gewährsartikels war insbesondere der Gedanke, Missbräuchen des Bankgeheimnisses vorzubeugen.⁴⁶ Mit der Statuierung berufsspezifischer Abklärungspflichten wollte die damalige EBK verhindern, dass sich der Banquier an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften seiner Kunden beteiligt oder in diese involviert wird. So wurde die Pflicht des Finanzinstituts zur Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes einer Transaktion

⁴⁰ BGE 108 Ib 196 E. 2b/aa S. 201; BVGer Urteil B-3708/2007 vom 4. März 2008 E. 3.1; EBK-Bulletin 18/1988, S. 28; EBK-Bulletin 45/2003, S. 170; FINMA-Mitteilung 41 (2012), S. 5; BOHRER, GesKR 2014, S. 324; SCHALLER, Handbuch Vermögensverwaltungsrecht, Rz. 693.

⁴¹ Für Beispiele sei auf die Fälle bei EBK-Jahresbericht 1993, S. 30; EBK-Jahresbericht 1997, S. 49 f.; EBK-Jahresbericht 1999, S. 48; EBK-Jahresbericht 2000, S. 82 f.; EBK-Jahresbericht 2003, S. 55 verwiesen.

⁴² Vgl. EBK-Bulletin 11/1982, S. 28.

⁴³ EBK-Bulletin 6, S. 9.

⁴⁴ EBK-Bulletin 40/2000, S. 32 f.; EBK-Bulletin 45/2003, S. 170; kritisch BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 34; KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 191 zu Art. 3 BankG. Vgl. aber BVGer Urteil B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 E. 4.3.2.1, wonach dem Gewährsträger weitere berufsspezifische Pflichten nur auferlegt werden können, wenn damit ein öffentlicher Zweck verfolgt wird.

⁴⁵ EBK-Bulletin 15/1985, S. 11 ff.; EBK-Bulletin 23/1993, S. 27; EBK-Bulletin 40/2000, S. 32.

⁴⁶ Siehe dazu hiernach Ziff. III.1b.

und Identifizierung der Vertragspartei bzw. der wirtschaftlich berechtigten Person vor Einführung des GwG auf das Gewährserfordernis gestützt.⁴⁷

- *Ausdehnung des Anwendungsbereichs von aufsichtsrechtlichen Pflichten:* Teilweise verlangt die Aufsichtsbehörde von den Gewährsträgern die Einhaltung aufsichtsrechtlicher Pflichten, obwohl diese von deren Geltungsbereich nicht erfasst wären. Beispiel ist zum einen der Fall «Think Tools».⁴⁸ In diesem Fall ging es um einen stark überzeichneten IPO, bei dem absehbar war, dass der Eröffnungskurs deutlich über dem Platzierungspreis liegen würde. Im Rahmen dieses Börsengangs machte die federführende Bank erhebliche Gewinne auf einem Aktienpaket, das sie sich zum Platzierungspreis auf die eigenen Bücher zuteilte und hernach zu Marktpreisen weiterverkaufte. Da das Verhalten nicht den Sekundärmarkt, sondern den Primärmarkt betraf, waren weder die Sorgfalts- und Treuepflichten nach Art. 11 BEHG noch die standesrechtlichen Verhaltensregeln für Effekthändler anwendbar. Trotzdem verlangte die Aufsichtsbehörde mit dem Argument, die börseneinführende Bank habe gegen Treu und Glauben verstossen, die Einhaltung der börsengesetzlichen Pflichten über deren Geltungsbereich hinaus auch auf dem Primärmarkt. Zum anderen wendet die FINMA Marktverhaltensregeln, wie etwa den Tatbestand der Marktmanipulation (Art. 143 FinfraG), auch auf Märkte wie den Devisen- und den Rohstoffhandel an, die vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst sind.⁴⁹
- *Missachtung von Rechts- und Reputationsrisiken:* Im Zusammenhang mit der Erbringung von grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen hat die FINMA in jüngerer Zeit vermehrt Gewährsverletzungen wegen Verstössen gegen ausländische Rechtsnormen festgestellt.⁵⁰ Auch wenn das Finanzinstitut gemäss schweizerischem Aufsichtsrecht nicht direkt zur Befolgung ausländischen Rechts verpflichtet

⁴⁷ Vgl. BGE 108 Ib 186 E. 3b S. 191 f.; 111 Ib 126 E. 2a S. 127; EBK-Bulletin 7/1980, S. 8; EBK-Bulletin 15/1985, S. 8; EBK-Bulletin 16/1985, S. 27 ff.; EBK-Jahresbericht 1992, S. 37; siehe dazu auch hiernach Ziff. II.5.

⁴⁸ EBK-Bulletin 45/2003, S. 164 ff.

⁴⁹ Vgl. FINMA-RS 2013/8 «Marktverhaltensregeln», Rz. 41 ff.; FINMA, Bericht «Devisenhandelsgeschäfte der UBS AG» vom 12. November 2014, S. 15; SETHE/FAHRLÄNDER, Schulthess Kommentar, N 52 zu Vor Art. 142 FinfraG.

⁵⁰ FINMA-Bulletin 1/2010, S. 88 ff.; FINMA-Bulletin 1/2010, S. 109 f.; vgl. auch den Überblick über frühere Fälle bei DU PASQUIER/FISCHER, GesKR 2010, S. 450 ff.

sei,⁵¹ können sich bei deren Verletzung Rechts- und Reputationsrisiken ergeben, die mit dem Gewährserfordernis nicht vereinbar sind.⁵²

5. Merkmale

Das Gewährserfordernis stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar.⁵³ Entsprechend kommt der Aufsichtsbehörde bei der Auslegung der Gewährsbestimmungen ein grosser Beurteilungsspielraum zu,⁵⁴ weshalb sich die Gerichte bei einer späteren Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung auferlegen.⁵⁵ Diese richterliche Zurückhaltung erlaubt der FINMA nicht zuletzt, den Gewährsartikel zur Schliessung von ihr perzipierter Lücken im Aufsichtsrecht beizuziehen.⁵⁶ Beispiele sind die Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs der aufsichtsrechtlichen Marktverhaltensregeln und der sekundärmarktrechtlichen Treuepflichten.⁵⁷ Allerdings steht diese Praxis in einem akuten Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip und wird deshalb in der Lehre heftig kritisiert.⁵⁸

Die Konkretisierung des Gewährserfordernisses erfolgt auf verschiedenen Wegen. So finden sich Ausführungsbestimmungen zunächst in den Rundschreiben der FINMA. Auf dieser ersten Stufe teilt die Aufsichtsbehörde den Beaufsichtigten in generell-abstrakter Weise mit, wie sie die auf-

⁵¹ EBK-Jahresbericht 2008, S. 33; Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 5.1.3; RÜEDI, AJP 2015, S. 81. So führt die Feststellung einer Aufsichtsrechtsverletzung durch eine ausländische Behörde auch nicht automatisch zu einer Aberkennung der Gewähr durch die FINMA (EBK-Jahresbericht 2000, S. 90; BISCHOF, Gewähr, Rz. 683).

⁵² FINMA, Positionspapier Rechts- und Reputationsrisiken, S. 12.

⁵³ BVGE 2008/23 E. 3.3; AELLEN, Gewähr, S. 123; ZULAUF, Gewähr, S. 22. Vgl. zu den Vorteilen (rasche Anpassung der Regulierung) und Nachteilen (rechtsstaatliche Bedenken) dieser offenen Formulierung BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 34; WINZELER, ZSR 132/2013 I, S. 440 f.

⁵⁴ BGer Urteil 2C_505/2010 vom 7. April 2011 E. 4.3.

⁵⁵ BGE 108 Ib 270 E. 2d S. 275; 116 Ib 193 E. 2d S. 197; BVGE 2008/23 E. 3.3; BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, AJP 2006, S. 170; BISCHOF, Gewähr, Rz. 2.

⁵⁶ HIRSCH, EBK-Bulletin 50/2007, S. 41; kritisch zur Entwicklung solcher Verhaltensregeln KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 167 ff. zu Art. 3 BankG; RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Rz. 225 ff.

⁵⁷ Siehe hiervor Ziff. II.4.

⁵⁸ GERICKE, FS Zobl, S. 361 f.; HANSLIN, Markt- und Kursmanipulation, Rz. 372 ff.; SETHE/FAHRLÄNDER, Schulthess Kommentar, N 94 zu Vor Art. 142 FinfraG; ferner KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 167 ff. zu Art. 3 BankG; KILGUS, Effektivität von Regulierung, Rz. 90; UHLMANN, NZZ 26. April 2013, S. 23.

sichtsrechtliche Bestimmung anwendet. Bei den Rundschreiben handelt es sich deshalb um Verwaltungsverordnungen, denen keine rechtliche, wohl aber eine faktische Verbindlichkeit zukommt.⁵⁹ Ergänzt werden die Rundschreiben in einer zweiten Stufe durch Mitteilungen, FAQs und Positionspapieren der Aufsichtsbehörde.⁶⁰ Diese Verlautbarungen sind zwar rechtlich ebenfalls nicht verbindlich, doch dürften sie von den Beaufsichtigten faktisch trotzdem zu befolgen sein.⁶¹ Auf der dritten Stufe erfolgt schliesslich die Konkretisierung durch die Enforcement-Praxis der FINMA, welche die materiellrechtlichen Regelungen des Aufsichtsrechts und die konkretisierenden Vorgaben der FINMA auf den Einzelfall anwendet. Diese Anwendung der Gewähr auf den Einzelfall ist wiederum häufig Ausgangspunkt für den späteren Erlass von generell-abstrakten Vorgaben, seien es Rundschreiben oder Positionspapiere der FINMA oder neue bzw. angepasste Gesetze und Verordnungen.⁶²

Diese Vorläuferfunktion der Gewährspraxis soll anhand von drei Beispielen aus der Praxis veranschaulicht werden:

- Bereits vor Inkrafttreten des strafrechtlichen Geldwäschereitatsbestands verpflichtete die damalige EBK die Banken gestützt auf den Gewährsartikel zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe von ungewöhnlichen Transaktionen.⁶³ Nach Einführung von Art. 305^{bis} StGB fasste die Aufsichtsbehörde diese Praxis in den sog. Geldwäscherei-Richtlinien zusammen.⁶⁴ Letztere dienten dem Gesetzgeber anschliessend als Vorlage für den Erlass des GwG im Jahre 1997.⁶⁵
- In ihrer bisherigen Praxis verlangte die FINMA in verschiedenen Fällen die Einhaltung von ausländischem Recht (insbesondere Bestimmungen

⁵⁹ BVGer Urteil B-2091/2014 vom 23. März 2015 E. 4.2; HETTICH, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Rz. 20.33; BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 Rz. 19.

⁶⁰ Kritisch zum Erlass von Regulierung in Form von Mitteilungen, FAQ und Positionspapieren BOHRER, GesKR 2014, S. 324 Fn. 70; BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 30 ff.; WINZELER, ZSR 132/2013 I, S. 444.

⁶¹ Botschaft FINMAG, BBl 2006, S. 2861; BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 34; MONSCH/VON DER CRONE, SZW 87/2015, S. 655.

⁶² HIRSCH, EBK-Bulletin 50/2007, S. 41 f.; ZULAUF, Gewähr, S. 25. Teilweise wird der Gewährsartikel deshalb auch als «Steigbügel des Gesetzgebers» bezeichnet (WINZELER, ZSR 132/2013 I, S. 443).

⁶³ BGE 106 Ib 145 E. 2c S. 148 f.; 108 Ib 186 E. 2b S. 190; EBK-Bulletin 11, S. 15 ff.; HIRSCH, EBK-Bulletin 50/2007, S. 30 ff.; MÜLLER, Praxis der EBK, S. 304 f.

⁶⁴ EBK-Jahresbericht 1991, S. 34; HIRSCH, EBK-Bulletin 50/2007, S. 33.

⁶⁵ DE CAPITANI, Kommentar GwG, Rz. 132.

aus dem Aufsichts- und Steuerrecht) durch die Beaufsichtigten. Obschon eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zur Berücksichtigung von ausländischen Vorschriften für Finanzinstitute fehle,⁶⁶ seien Verstösse dagegen nicht mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit vereinbar.⁶⁷ Diese Praxis mündete im Positionspapier «Rechts- und Reputationsrisiken», in dem die FINMA explizit festhält, dass die Verletzung ausländischen Rechts einen Verstoss gegen das Gewährserfordernis darstellen kann.⁶⁸ Auch wenn diese Praxis noch nicht in einem formell-gesetzlichen Erlass verankert ist, hat sie doch Eingang gefunden in das neue FINMA-RS 2008/21 «Operationelle Risiken – Banken», Rz. 136.2 ff., welches am 1. Juli 2017 in Kraft getreten ist.

- Schliesslich dürfte auch das Recht der FINMA auf Gewinneinziehung (Art. 35 Abs. 1 FINMA) auf die Praxis zum Gewährsartikel zurückzuführen sein.⁶⁹ So legte die Aufsichtsbehörde der federführenden Bank im Fall «Think Tools» nahe, den aus der Gewährsverletzung resultierenden Gewinn einer gemeinnützigen Organisation zu spenden.⁷⁰ In der Folge wurde eine entsprechende Rechtsgrundlage in das FINMAG eingeführt.⁷¹

Kennzeichnend für den Gewährsartikel ist schliesslich, dass es sich um einen Auffangtatbestand handelt. Aufgrund seiner offenen Formulierung dient er häufig zur Erfassung von Fehlverhalten, die sich unter keine spezifische Bestimmung subsumieren lässt. Aber selbst wenn das Verhalten unter eine bestimmte Vorschrift fällt, stellt die Aufsichtsbehörde häufig gleichzeitig eine Gewährsverletzung fest.⁷² In der Praxis ergeben sich dabei insbesondere Überschneidungen zwischen dem Gewährs- und dem Organisationserfor-

⁶⁶ EBK-Jahresbericht 2008, S. 33; Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 5.1.3. Für Versicherungen ist demgegenüber eine Pflicht zur Einhaltung der ausländischen Vorschriften vorgesehen, sofern diese das Auslandsgeschäft betreiben (Art. 4 Abs. 2 lit. c VAG).

⁶⁷ FINMA-Bulletin 1/2010, S. 88 ff.; FINMA-Bulletin 1/2010, S. 109 f.; vgl. auch den Überblick über ähnliche frühere Fälle bei DU PASQUIER/FISCHER, GesKR 2010, S. 450 ff.

⁶⁸ FINMA, Positionspapier Rechts- und Reputationsrisiken, S. 12. Neben diesem Positionspapier erliess die FINMA auch FAQ zum Umgang mit den Rechts- und Reputationsrisiken.

⁶⁹ WINZELER, ZSR 132/2013 I, S. 443.

⁷⁰ EBK-Bulletin 45/2003, S. 177; vgl. auch BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 9b.

⁷¹ EBK, Bericht über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht, S. 17; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 Rz. 1; NOBEL, GesKR 2009, S. 62 f.

⁷² Siehe vorne Ziff. II.4.

dernis. So nimmt die FINMA teilweise eine Gewährsverletzung *und* eine mangelhafte Organisation an, obwohl das Fehlverhalten genau betrachtet *nur* die Organisationspflicht betrifft. Beispielsweise ist das sachgemässe Management von Rechts- und Reputationsrisiken Teil der ordnungsgemässen Organisation der Bank.⁷³ Deshalb muss auch die Einhaltung ausländischen Rechts als Voraussetzung für das sachgemässe Management von Rechts- und Reputationsrisiken ein Organisationserfordernis sein, dessen Nichteinhaltung entgegen der Praxis der FINMA⁷⁴ eigentlich keinen (zusätzlichen) Vorwurf der Gewährsverletzung rechtfertigt.

III. Aufriss des Spannungsfeldes zwischen Gewähr und Privatrecht

1. Wertungswidersprüche

Wie noch näher auszuführen sein wird, kann das Gewährserfordernis im Spannungsverhältnis zu den privatrechtlichen Pflichten stehen. Dies dürfte insbesondere auf die Tatsache zurückzuführen sein, dass den aufsichtsrechtlichen Gewährsbestimmungen und dem Privatrecht unterschiedliche Wertungen zugrunde liegen.

a) Regulierungsansatz: Prävention vs. nachträglicher Schadenausgleich

Aufsichts- und Privatrecht unterscheiden sich im Regulierungsansatz.⁷⁵ Das Aufsichtsrecht auferlegt dem Finanzinstitut eine Reihe von Bewilligungsvoraussetzungen und Verhaltenspflichten, die dauernd einzuhalten sind. Damit wird präventiv namentlich eine Vermeidung von (kollektiven) Gläubiger- bzw. Anlegerschäden bezweckt.⁷⁶ Demgegenüber stellt das Privatrecht bestimmte Haftungsinstrumente zur Verfügung, welche es einem Geschädigten erlauben, Ersatz für seinen konkret erlittenen Schaden geltend

⁷³ Art. 12 Abs. 2 BankV; vgl. auch KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 95 ff. und 105 f. zu Art. 3 BankG; STÖCKLI/GEHRIG, ST 2010, S. 608.

⁷⁴ FINMA-Bulletin 1/2010, S. 88 ff.; FINMA-Bulletin 1/2010, S. 109 f.; FINMA, Positionspapier Rechts- und Reputationsrisiken, S. 12.

⁷⁵ Vgl. MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 574 f.; ZULAUF, ZSR 128/1994 II, S. 374.

⁷⁶ BOHRER, GesKR 2014, S. 319 f.; BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 85/2013, S. 570; KILGUS, Effektivität von Regulierung, Rz. 554 ff.; WEBER, Informationsmissbrauch, S. 33.

zu machen.⁷⁷ Beim Privatrecht steht somit der nachträgliche Ausgleich von entstandenen Schäden im Vordergrund.⁷⁸ Aus diesem Grund wird dem Privatrecht in der Lehre auch ein repressiver Charakter zugesprochen.⁷⁹

Entsprechend dem aufsichtsrechtlichen Regulierungsansatz kommt auch dem Gewährserfordernis präventiver Charakter zu.⁸⁰ Es soll, u.a. auf der Basis des bisherigen Verhaltens, beurteilt werden, ob der betroffene Gewährsträger künftig in der Lage ist, die bewilligungspflichtige Tätigkeit korrekt auszuüben.⁸¹ Ungeeignete Personen sollen von solchen Positionen von Beginn an ferngehalten werden.

Aufgrund der unterschiedlichen Regulierungsansätze weisen Privatrecht und Gewährserfordernis auch in persönlicher Hinsicht unterschiedliche Anknüpfungspunkte auf. So soll privatrechtlich grundsätzlich diejenige Person zur Verantwortung gezogen werden, die den konkreten Schaden pflichtwidrig verursacht hat.⁸² Denn es geht darum, den erlittenen Nachteil zu Lasten des Schädigers auszugleichen. Gewährsträger sind hingegen formelle Organe und andere (leitende) Mitarbeiter, die kraft ihrer Zuständigkeit das Fortbestehen der betroffenen Gesellschaft *gefährden können*.⁸³ Es genügt also bereits die Möglichkeit zur Schädigung des beaufsichtigten Instituts.

Der Zweck des präventiven Schutzes der Gläubiger- bzw. Anleger(kollektiv)interessen durch die Gewährsbestimmung zeigt sich schliesslich auch am fehlenden Erfordernis eines tatsächlichen Schadenseintritts. So nahm die Aufsichtsbehörde im Fall «Think Tools» beispielsweise eine Gewährsverletzung an, obwohl kein Anleger geschädigt wurde.⁸⁴

⁷⁷ EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, S. 32.

⁷⁸ BURG, Kundenschutz, Rz. 33; EMMENEGGER/GOOD, Anlegerschutz, S. 91; WEBER, SJZ 109/2013, S. 410.

⁷⁹ KILGUS, Effektivität von Regulierung, Rz. 561.

⁸⁰ BRAIDI, L'individu en droit de la surveillance financière, Rz. 9; ZULAUF, Gewähr, S. 18.

⁸¹ BGE 129 II 438 E. 3.3.1 2 S. 443; BVGE 2008/23 E. 3.2; EBK-Bulletin 40/2000, S. 32; ZULAUF et al., Finanzmarktenforcement, S. 76 f. Die Gewährsprüfung unterscheidet sich in diesem Punkt gerade vom Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, welches als Sanktion für begangene Verletzungen dient (BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 Rz. 28; UHLMANN, SZW 83/2011, S. 446).

⁸² Vertragsrechtlich ist das die Vertragspartei, im Deliktsrecht die konkret schädigende Person und verantwortlichkeitsrechtlich das Organ.

⁸³ FAVRE, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Rz. 2.86; RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Rz. 54; BSK BankG-WINZELER, Art. 3 Rz. 16.

⁸⁴ EBK-Bulletin 45/2003, S. 173. Insbesondere lag kein ersatzfähiger entgangener Gewinn vor, da die Anleger privatrechtlich keinen Anspruch auf Zuteilung haben; vgl. BOHRER, ST 2004, S. 653; ZOBL/ARPAGAUS, SZW 67/1995, S. 254; differenzierend VON DER CRONE/NÄNNI/SIBBERN, Aspekte von IPOs, S. 171 ff.

b) Regulierungsinhalt: Moral vs. Rechte und Pflichten

Kennzeichnend für das Gewährserfordernis ist, dass es nicht nur die Einhaltung der Rechtsordnung verlangt, sondern darüber hinaus auch ein ethisch-moralisch integriertes Verhalten.⁸⁵ Insofern finden über den Gewährsartikel die Wertvorstellungen der Aufsichtsbehörde Eingang in die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Finanzintermediäre.⁸⁶

Dass der Gewährsartikel auch zur Durchsetzung von ethisch-moralischen Vorstellungen dienen soll, zeigt sich bereits an dessen Entstehungsgeschichte. So wurde dieser nicht zuletzt mit dem Ziel eingeführt, Missbräuche durch das (formelle) Bankkündengeheimnis (Art. 47 BankG) zu verhindern.⁸⁷ Der Gewährsartikel soll Grundlage für die Korrektur eines Verhaltens bieten, das zwar nicht dem geschriebenen Recht widerspricht, aber dennoch verpönt ist.⁸⁸

Anders als das Gewährserfordernis knüpft das Privatrecht grundsätzlich nicht an die Moral an. Massgebend für die privatrechtliche Beurteilung eines Sachverhalts sind vielmehr die Rechte und Pflichten der Parteien, die sich v.a. aus Vereinbarung oder Gesetz ergeben. Vorbehalten bleiben einzelne Ausnahmen, wie etwa die Tatbestände von Art. 2 ZGB (Handeln nach Treu und Glauben sowie das Rechtsmissbrauchsverbot)⁸⁹ oder die (Teil-)Nichtigkeit von Verträgen wegen Sittenwidrigkeit nach Art. 20 OR.⁹⁰

⁸⁵ Vgl. auch BLÖCHLINGER, Reputationsschutz, S. 41 f., wonach sich die Anforderungen an ein ethisch-moralisch integriertes Verhalten der Kapitalmarktteilnehmer gesetzlich nicht verankern lassen.

⁸⁶ BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, AJP 2006, S. 170; ENDER/VON DER CRONE, SZW 82/2010, S. 511; NOBEL, Aktuelle Rechtsprobleme 1993, S. 10; WEBER et al., Integrierte Finanzmarktaufsicht, S. 146; kritisch zur Berücksichtigung solcher Moralvorstellungen unter dem Titel des Gewährserfordernisses RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Rz. 223.

⁸⁷ EBK-Jahresbericht 1976, S. 17; BISCHOF, Gewähr, Rz. 649 ff.

⁸⁸ STÖCKLI, Organisation von Banken, S. 86.

⁸⁹ Siehe zu Art. 2 ZGB als Einfallstor für ethische Wertvorstellungen im Privatrecht BGE 113 II 209 E. 4a S. 211; HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 22 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁹⁰ Als sittenwidrig gelten Verträge, wenn sie gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der gesamten Rechtsordnung zugrundeliegenden ethischen Prinzipien bzw. Wertmassstäbe, verstossen (BGE 115 II 232 E. 4a S. 235; 123 III 101 E. 2 S. 102; 132 III S. 455 E. 4.1 S. 458; HUGUENIN, OR AT und BT, Rz. 410 f.). Insofern finden moralische Wertvorstellungen Eingang in das Privatrecht.

c) Regulierungszweck: Funktions- und Anlegerschutz vs. Parteiautonomie

Schliesslich unterscheiden sich Gewährserfordernis und Privatrecht hinsichtlich ihres Regulierungszwecks. Ideeller Ausgangspunkt des Privat- und insbesondere des Vertragsrechts ist die Parteiautonomie.⁹¹ Diese soll den Parteien ermöglichen, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln.⁹² Das Privatrecht geht daher davon aus, dass der Einzelne grundsätzlich in der Lage ist bzw. sein muss, seine Angelegenheiten selber zu regeln.⁹³ Demgegenüber besteht der Zweck der Gewährsbestimmungen nach dem Gesagten primär im Schutz der Kunden und der Funktionsfähigkeit der Märkte.⁹⁴ Zum Schutz dieser Polizeigüter wird aufsichtsrechtlich in die Parteiautonomie eingegriffen.

Dieses Spannungsfeld zwischen Parteiautonomie und Polizeigüterschutz materialisierte sich beispielsweise, als die FINMA die für einen Vergleich zur Beendigung des Steuerstreits zwischen der UBS und den USA notwendige Übergabe von Kundendaten an die amerikanischen Behörden anordnete. Grund für diesen (unter den gegebenen Umständen möglicherweise nicht unwillkommenen) Eingriff in die Parteiautonomie waren Funktionsschutz- und Reputationsschutzüberlegungen. Ohne die Herausgabe der Kundendaten drohte eine Anklageerhebung gegen die Bank in den USA, was zu einer Bedrohung der Stabilität des schweizerischen Finanzsystems geführt hätte.⁹⁵

2. Inhaltliche (In-)Kongruenz

Sowohl unter dem Titel der Gewähr als auch aus dem Privatrecht ergeben sich verschiedene Pflichten, denen der Finanzintermediär bei Ausübung seiner Tätigkeit gegenüber dem Kunden zu genügen hat. Soweit ein Punkt sowohl aufsichtsrechtlich als auch privatrechtlich geregelt ist, sind die

⁹¹ BURG, Kundenschutz, Rz. 31; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rz. 612; KILGUS, Effektivität von Regulierung, Rz. 544.

⁹² EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, S. 17.

⁹³ BSK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Einl. vor Art. 1 ff. Rz. 2. Vgl. auch die (wiederholten) Ausführungen des Bundesgerichts zur Haftung der Bank gegenüber dem Kunden «[...] le banquier n'est pas le tuteur de son client» (BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 2b; BGer Urteil 4C.82/2005 vom 4. August 2005, E. 6.2; BGer Urteil 4A_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.3).

⁹⁴ Siehe vorne Ziff. II.1.

⁹⁵ Vgl. FINMA-Bulletin 1/2010, S. 76 ff.

entsprechenden Pflichten nicht unbedingt deckungsgleich. Insoweit ist zwischen den nachfolgend dargestellten drei Szenarien zu unterscheiden.

a) Übereinstimmung aufsichtsrechtlicher und privatrechtlicher Pflichten

In den meisten Fällen stellen Gewähr und Privatrecht inhaltlich übereinstimmende Anforderungen.⁹⁶ Dies dürfte v.a. auf zwei Umstände zurückzuführen sein:

- Zum einen wird im Normalfall die Regelung der Geschäftstätigkeit von Finanzinstituten im Aufsichts- und Privatrecht an dieselben Grundgedanken anknüpfen. Entsprechend finden sich häufig entsprechende Pflichten in beiden Rechtsgebieten.⁹⁷ Beispiele für eine solche doppelt verankerte Regelung sind die Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 11 BEHG. Diese auftragsrechtlich vorbestehenden Pflichten für das Effektenhandels- und Vermögensverwaltungsgeschäft wurden mit der Einführung von Art. 11 BEHG lediglich in das Aufsichtsrecht gespiegelt.⁹⁸
- Zum anderen bildet die Einhaltung des Zivilrechts ein Gewährskriterium.⁹⁹ Das Gewährserfordernis knüpft insoweit direkt an die privatrechtlichen Pflichten an. Dabei dient das Gewährserfordernis insbesondere der Verstärkung der privatrechtlichen Pflichten.¹⁰⁰ Das Risiko einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung und Sanktion bei einem Verstoß gegen das Gewährserfordernis fördert die Einhaltung der entsprechenden privatrechtlichen Pflichten.

Eine besondere Überschneidung aufsichtsrechtlicher und privatrechtlicher Pflichten begründet das arbeitsvertragliche Verhältnis der Gewährsträger zu ihren Arbeitgebern. In ihren Arbeitsverträgen werden Gewährsträger mitunter ausdrücklich verpflichtet, die Anforderungen der Gewähr einzuhalten.

⁹⁶ Vgl. auch MARGIOTTA, Das Bankgeheimnis, S. 289, wonach zwischen dem Gewährsartikel und dem Privatrecht aufgrund dieses Umstandes kein Wertungswiderspruch bestehen soll.

⁹⁷ MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 559 f.

⁹⁸ WYSS, Verhaltensregeln, S. 50 f.; ZOBL/BANZ, FS Zäch, S. 636 f.

⁹⁹ BGE 108 Ib 196 E. 2b/aa S. 201; BVGer Urteil B-3708/2007 vom 4. März 2008 E. 3.1; EBK-Bulletin 18/1988, S. 28; EBK-Bulletin 45/2003, S. 170; siehe auch vorne Ziff. II.4.

¹⁰⁰ HAURI, Einfluss des öffentlichen Rechts, S. 10; ZULAUF, ZSR 128/1994 II, S. 391.

Das Gewährserfordernis wird dadurch zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gewährsträger und dem Finanzinstitut.¹⁰¹

b) «Überschiessende» aufsichtsrechtliche Pflichten

Mitunter gehen die Anforderungen des Gewährsartikels weiter als die privatrechtlichen Pflichten. In einem solchen Fall wird der privatrechtliche Pflichtenkatalog des Gewährsträgers aufsichtsrechtlich um die aus dem Gewährserfordernis abgeleiteten Pflichten ergänzt. Verstösst der Gewährsträger gegen eine solche «überschiessende» Pflicht, wird eine dadurch geschädigte Person versuchen, diese Pflichtverletzung im Rahmen einer zivilrechtlich-zivilrechtlichen Haftung geltend zu machen.

c) «Unterschiessende» aufsichtsrechtliche Pflichten

Möglich ist jedoch auch der umgekehrte Fall, dass die Gewährsanforderungen weniger weit gehen als das Privatrecht. In diesen Fällen steht die Einhaltung der Gewähr der Erfüllung privatrechtlicher Pflichten potentiell entgegen. Riskiert das Finanzinstitut einen Konflikt mit dem Kunden, wird es versuchen, die aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Abwehr von Schadenersatzansprüchen des Kunden ins Feld zu führen.

3. Zwischenfazit

Gewährserfordernis und Privatrecht sind inhaltlich nicht immer deckungsgleich. Vereinzelt bestehen Wertungswidersprüche, die sich in Unterschieden in Bestand und Umfang der jeweiligen Pflichten manifestieren. Von Bedeutung ist ein inkongruenter Pflichtenkatalog insbesondere für die Frage einer zivilrechtlichen Haftung des Finanzinstituts. Gehen die Anforderungen aus dem Gewährsartikel weiter als die privatrechtlichen Pflichten und ist der entstandene Schaden auf eine Verletzung dieser überschiessenden Gewährspflichten zurückzuführen, wird sich ein Geschädigter zur Begründung einer zivilrechtlichen Haftung auf diese berufen. Umgekehrt versuchen Gewährsträger mitunter, unter Hinweis auf ihre aufsichtsrechtlichen Pflichten, ihre privatrechtliche Haftung zu begrenzen. Damit stellt sich die

¹⁰¹ Nicht weiter vertieft wird hier die (arbeitsrechtliche) Frage, welche Auswirkungen eine (mögliche) Gewährsverletzung auf die gegenseitigen arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten hat.

Frage, ob und wie sich das Gewährserfordernis auf die zivilrechtliche Haftung auswirkt.

IV. Gewährserfordernis und Vertragsrecht

Analysiert man das Spannungsverhältnis von Gewähr und Privatrecht, ist zunächst fraglich, in welchem Verhältnis Gewährserfordernis und Vertragsrecht zueinanderstehen. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob und unter welchen Umständen die Gewähr die vertraglichen Pflichten des Gewährträgers konkretisiert, erweitert oder beschränkt.

1. Gewähr als Konkretisierung vertraglicher Pflichten?

a) Ausgangslage

Wie erwähnt kann die Erfüllung einer Pflicht u.U. sowohl vertraglich als auch aufgrund der Gewährensbestimmung gefordert sein. Wurden dabei die aufsichtsrechtlichen Anforderungen durch die FINMA näher konkretisiert, so stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Gewährenspraxis zur Auslegung der vertraglichen Pflicht beigezogen werden kann.

Ein potentieller Anwendungsfall dieser Fragestellung ist die Information über allfällige Ansprüche zur Rückerstattung einbehaltener Retrozessionen. Diesbezüglich verlangte die FINMA von den Banken Ende 2012 gestützt auf das Gewährserfordernis, alle potentiell betroffenen Kunden zu kontaktieren und über den seinerzeitigen Leitentscheid des Bundesgerichts zu den Bestandespflegekommissionen¹⁰² in Kenntnis zu setzen.¹⁰³ Was würde nun aber gelten, wenn eine Bank diesen Hinweis unterlassen hätte und deshalb ein Anspruch des Kunden auf Herausgabe der Rückvergütungen verjährte?

b) Verhältnis von Privat- und Aufsichtsrecht

Ob die Gewährenspraxis bei der Auslegung der vertraglichen Pflichten zu berücksichtigen ist, dürfte massgeblich vom Verhältnis zwischen Privat- und

¹⁰² BGE 138 III 755.

¹⁰³ FINMA-Mitteilung 41 (2012), S. 5.

Aufsichtsrecht abhängen. In der Lehre wurden verschiedene Konzepte zur Erfassung dieses Verhältnisses entwickelt.¹⁰⁴

- *Zivilrechtliche Priorität*: Nach dieser Theorie genießt das Zivilrecht Vorrang gegenüber dem Aufsichtsrecht. Dabei ist jedoch unklar, ob dies nur für das privatrechtliche Verhältnis gilt oder ob das Privatrecht auch im aufsichtsrechtlichen Verhältnis vorgeht.
- *Gleichlauf von Aufsichts- und Privatrecht*: Das Modell des Gleichlaufs von Aufsichts- und Privatrecht strebt eine Harmonisierung dieser beiden Rechtsgebiete an. Die Konkretisierungen bzw. Änderungen in einem Rechtsgebiet sollen jeweils auch für das andere massgebend sein.
- *Doppelnormen*: Gemäss der Doppelnormtheorie sind gewisse Bestimmungen gleichzeitig öffentlich- und privatrechtlicher Natur. Solche Doppelnormen können sowohl im Aufsichts- als auch im Zivilverfahren zur Anwendung kommen. Unklar ist jedoch, ob Aufsichtsbehörde und Zivilgerichte an die Interpretation der jeweils anderen Instanz gebunden sind.
- *Schutznormen*: An die Eigenschaften bestimmter Normen knüpft auch die Schutznormtheorie an. Demnach sollen gewisse Vorschriften als Schutznormen qualifizieren, deren Verletzung eine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR begründet.
- *Ausstrahlungswirkung*: Nach dem Konzept der Ausstrahlungswirkung ist grundsätzlich von einer Trennung des Aufsichts- und Privatrechts auszugehen. Eine gegenseitige Beeinflussung soll jedoch über die Berücksichtigung des jeweils anderen Rechtsgebiets bei der Auslegung stattfinden können.

Alle diese Ansätze sind auch von praktischer Relevanz. Allerdings folgt die Gerichtspraxis keinem festen Schema, sondern wendet je nach Konstellation ein unterschiedliches Modell an.¹⁰⁵ Insoweit wird das Verhältnis zwischen Privat- und Aufsichtsrecht jeweils situationsbezogen in Bezug auf eine konkrete privat- bzw. aufsichtsrechtliche Pflicht ermittelt.

Bei den Gewährsbestimmungen handelt es sich um rein aufsichtsrechtliche Normen, die im Privatrecht keine unmittelbare Geltung beanspruchen.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Eine eingehende Darstellung dieser Modelle findet sich bei SETHE, Handbuch Vermögensverwaltung, § 5 N 287 ff.; WEBER, SJZ 109/2013, S. 409 ff., ferner MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 562 ff.

¹⁰⁵ MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 571.

¹⁰⁶ Vgl. auch MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 578.

Sie stellen folglich keine Doppelnormen dar. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifizieren sie auch nicht als Schutznormen.¹⁰⁷

Auch sonst wird das Verhältnis zwischen Bank und Kunde nach einem kürzlich ergangenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich durch das Privatrecht beherrscht.¹⁰⁸ Konkret hielt das Gericht fest, dass eine Vermutung der Kongruenz zwischen den zivil- und aufsichtsrechtlichen Pflichten der Bank bestehe. Insbesondere können aus den allgemeinen Gewährs- und Organisationsanforderungen keine über das Zivilrecht hinausgehenden aufsichtsrechtlichen Handlungspflichten zum Schutz des Bankkunden abgeleitet werden. Will das Aufsichtsrecht der Bank solche weitergehenden Überwachungs- und Abklärungspflichten auferlegen, müssen diese – wie die Verhaltensregeln nach Art. 8 ff. E-FIDLEG – besonders statuiert werden.¹⁰⁹

Allerdings war das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bei Abschluss dieses Beitrags noch nicht rechtskräftig, und eine höchstrichterliche Klärung steht aus. Entsprechend ist *de lege lata* nicht abschliessend geklärt, ob die Gewährspraxis bei der Konkretisierung der vertraglichen Pflichten zu berücksichtigen ist.

c) Ausstrahlungswirkung des Aufsichtsrechts?

De lege ferenda soll die Unklarheit hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Privat- und Aufsichtsrecht beseitigt werden. Nach der Botschaft soll mit dem Inkrafttreten der neuen Finanzmarktgesetze FINIG und FIDLEG dem Konzept der Ausstrahlungswirkung gefolgt werden.¹¹⁰ Demnach begründen aufsichtsrechtliche Vorschriften zwar keine zusätzlichen vertraglichen Pflichten.¹¹¹ Erstere können jedoch auf Letztere «ausstrahlen», indem sie in deren Auslegung einfließen.¹¹²

¹⁰⁷ BGer Urteil 4A_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.

¹⁰⁸ BVGer Urteil B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 E. 4.3.2.1.

¹⁰⁹ Selbst wenn das Aufsichtsrecht solche Pflichten ausdrücklich vorschreibt, bedeutet dies aufgrund der grundsätzlichen Trennung von Aufsichts- und Zivilrecht nicht, dass diese ohne weiteres auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien durchschlagen. Vgl. auch Ziff. IV.2.

¹¹⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015, S. 8921; BÜHLER, GesKR 2016, S. 11 f.; SCHLEIFFER/SCHÄRLI, GesKR 2014, S. 337; kritisch zur Ausstrahlungswirkung BOHRER, GesKR 2014, S. 327.

¹¹¹ MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 579.

¹¹² Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015, S. 8921.

Bei der Ausstrahlungswirkung handelt es sich um ein Element der systematischen Auslegung. Dabei ist der Beizug von aufsichtsrechtlichen Normen im Rahmen der Auslegung (nur) dann opportun, wenn (i) die zivilrechtliche Auslegung kein klares Ergebnis zeitigt und (ii) im konkreten Fall der aufsichts- und privatrechtliche Regelungszweck kongruent ist.¹¹³ Sind diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt, so kann die entsprechende Gewährspraxis im Rahmen der systematischen Auslegung bei der Konkretisierung der vertraglichen Pflichten berücksichtigt werden.

Fehlt hingegen eines dieser Kriterien, hat die Auslegung ohne Beizug des Aufsichtsrechts zu erfolgen. Folglich kann im eingangs dargestellten Beispiel die FINMA-Mitteilung zu den Retrozessionen nicht massgebend für die Konkretisierung der vertraglichen Informationspflicht der Bank sein.¹¹⁴ Dem Privatrecht kann zwar kein eindeutiges Auslegungsergebnis entnommen werden. Denn es ist in der Lehre umstritten, ob die Bank den Kunden auftragsrechtlich spontan über eigenes Fehlverhalten informieren muss.¹¹⁵ Allerdings stimmen der aufsichts- und privatrechtliche Zweck allfälliger auftrags- und aufsichtsrechtlicher Pflichten zur unaufgeforderten Information nicht überein. Im Privatrecht wird eine Pflicht zur Information über eigenes Fehlverhalten insbesondere postuliert, um die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zu erleichtern.¹¹⁶ Entsprechend entwickelte der deutsche Bundesgerichtshof diese Aufklärungspflicht spezifisch zur Korrektur der kurzen Verjährungsfrist für Pflichtverletzungen von Rechtsanwälten und Architekten.¹¹⁷ Demgegenüber sollte die Mitteilung der FINMA nicht der Durchsetzung der Kundenansprüche dienen, sondern die gehörige Organisation der Banken gewährleisten.¹¹⁸

Eine besondere Art der Ausstrahlungswirkung hat der Ständerat im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zu Art. 8 E-FIDLEG eingeführt.

¹¹³ MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 587.

¹¹⁴ Siehe dazu vorne Ziff. IV.1a.

¹¹⁵ Eine spontane Aufklärungspflicht über eigenes Fehlverhalten bejahend BURG, Kundenschutz, Rz. 258; DERENDINGER, Nichterfüllung des einfachen Auftrages, Rz. 135; FELLMANN, Berner Kommentar, N 169 f. zu Art. 398 OR; eine solche ablehnend dagegen SETHE/HÄRTNER, Handbuch Vermögensverwaltung, § 27 N 47 f.; vgl. auch TAUPITZ, ZBJV 129/1993, S. 671 ff.

¹¹⁶ DERENDINGER, Nichterfüllung des einfachen Auftrages, Rz. 135; FELLMANN, Berner Kommentar, N 169 f. zu Art. 398 OR.

¹¹⁷ BGH Urteil VII ZR 145/76 vom 16. März 1978 = BGHZ 71, S. 148 f.; BGH Urteil IX ZR 102/84 vom 23. Mai 1985 = NJW 1985, S. 2250 ff.; TAUPITZ, ZBJV 129/1993, S. 672 ff.

¹¹⁸ FINMA-Mitteilung 41 (2012), S. 5.

Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG (S) sieht vor, dass mit der Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten nach Art. 9 ff. E-FIDLEG auch identische zivilrechtliche Pflichten als erfüllt gelten. Soweit also das Aufsichtsrecht Informationspflichten, Eignungs- bzw. Angemessenheitsprüfungen sowie Dokumentations- und Rechenschaftspflichten im Verhältnis zwischen Finanzinstitut und Kunde konkret ausformt, können aus der vertragsrechtlichen Treue-, Sorgfalts- und Rechenschaftspflicht keine weitergehenden Anforderungen abgeleitet werden. Die Erfüllung der (konkreten) aufsichtsrechtlichen Anforderungen schliesst eine Verletzung der entsprechenden¹¹⁹ zivilrechtlichen Pflichten aus.

Unzulässig wäre dagegen der Umkehrschluss. Nach Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG (S) impliziert eine Aufsichtsrechtsverletzung keine vertragsrechtliche Pflichtverletzung. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus den Materialien.¹²⁰ Entsprechend werden die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln von Art. 9 ff. E-FIDLEG durch die Einführung von Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG (S) nicht zu Doppelnormen.¹²¹ Vielmehr handelt es sich bei dieser Bestimmung um eine (einseitige) Koordinationsvorschrift. Diese soll ein «Überschiessen» des Privatrechts verhindern, soweit Aspekte der Beziehung zwischen Finanzinstitut und Kunde aufsichtsrechtlich besonders geregelt sind; eine Erleichterung, die insbesondere für das Massengeschäft von Bedeutung ist.

Zusammenfassend statuiert Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG (S) eine auf die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln beschränkte Ausstrahlungswirkung auf das Vertragsrecht. Da es sich um eine einseitige Koordinationsvorschrift handelt, indiziert eine Verletzung des Aufsichtsrechts keine zivilrechtliche Pflichtverletzung. Dies muss a fortiori auch für die Gewähr gelten. Damit bestätigt sich der bisherige Befund, dass eine Gewährsverletzung grundsätzlich keine Vertragsverletzung und damit auch keine vertragliche Haftung begründet.

¹¹⁹ Eine eigentliche «Identität» zwischen auftragsrechtlichen Pflichten und den Verhaltensregeln nach Art. 9 ff. E-FIDLEG ist nicht vorausgesetzt (ansonsten es keiner Koordinationsnorm bedürfte). Es muss genügen, dass ein bisher durch das Privatrecht geregelter Punkt zusätzlich durch eine Verhaltensregel geregelt wird.

¹²⁰ Amtl. Bull. SR, S. 1164; i.d.S. auch PROBST, Jusletter 24. April 2017, Rz. 41.

¹²¹ Vgl. auch ANDERMATT, GesKR 2017, S. 76 f. wonach es sich nicht um eine klassische Doppelnorm, sondern um eine «Doppelnorm light» handle; a.M. PROBST, a.a.O.

2. Gewähr als Erweiterung der vertraglichen Pflichten?

Ob eine Verletzung des Gewährserfordernisses zu einer vertraglichen Haftung nach Art. 97 ff. OR führen kann, hängt davon ab, ob es sich bei der Einhaltung des Gewährserfordernisses um eine vertragliche Pflicht handelt. Denn nur die Verletzung vertraglicher Pflichten kann eine Haftung aus Vertrag zur Folge haben.

Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist die Feststellung, dass die Gewährsartikel aufsichtsrechtlicher Natur sind.¹²² Nach dem Gesagten beurteilt sich das Verhältnis einer solchen öffentlich-rechtlichen Vorschrift zum Privatrecht nicht einheitlich. Hinsichtlich der Auswirkungen des Gewährserfordernisses auf die zivilrechtliche Haftung geht das Bundesgericht von einer strikten Trennung der beiden Rechtsgebiete aus. So hielt es im Fall «Biber» explizit fest, dass eine Gewährsverletzung keine zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet.¹²³ Fehlt also eine direkte Rechtswirkung des Gewährserfordernisses auf das Zivilrecht, so qualifiziert dessen Einhaltung auch nicht als vertragliche Pflicht des Finanzinstituts.¹²⁴

Der Grundsatz der fehlenden zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewährsverletzungen wurde auch in anderen Fällen bestätigt. So hielt die EBK im Fall «Behring» fest, dass die Depotbank die Aufträge des externen Vermögensverwalters für die Kunden zur Investition in das Schneeballsystem von Dieter Behring nicht ohne weiteres hätte ausführen sollen. Vielmehr wäre sie aufgrund der Pflicht zum sachgemässen Management ihrer Reputationsrisiken gehalten gewesen, sich über die Hintergründe der Geschäftsbeziehung zu informieren.¹²⁵ Dessen ungeachtet hielt das kantonale Gericht in einem anschliessenden Zivilprozess am Grundsatz fest, dass der Kunde für

¹²² Vorne Ziff. IV.1b.

¹²³ BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 8d: «Die Feststellung der Eidgenössischen Bankenkommission, ein Verhalten habe dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit widersprochen, [...] hat jedoch keine direkten Rechtswirkungen und begründet weder eine zivilrechtliche noch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit.»

¹²⁴ Vgl. allgemein BGer Urteil 4A_90/2011 vom 22. Juni 2012 E. 2.2.2; WEBER, Berner Kommentar, N 18 ff. zu Art. 97 OR.

¹²⁵ EBK-Jahresbericht 2005, S. 49 f. Ab dem 1. Juli 2017 ist die aufsichtsrechtliche Pflicht der Banken zur sorgfältigen Auswahl und Instruktion des externen Vermögensverwalters – zumindest in Bezug auf das grenzüberschreitende Dienstleistungsgeschäft – im FINMA-RS 2008/21 «Operationelle Risiken Banken», Rz. 136.4 verankert. Vgl. aber BVGer Urteil B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 E. 4.3.2.1, wonach sich aus dem Gewährserfordernis keine Pflicht der Depotbank zur Vornahme weiterer Abklärungen in Bezug auf die Geschäftstätigkeit eines externen Vermögensverwalters ableiten lässt.

die Auswahl und Überwachung der Tätigkeit des externen Vermögensverwalters alleine zuständig sei. Die Depotbank sei deshalb zivilrechtlich nicht gehalten, die Hintergründe der Geschäftsbeziehung zwischen dem externen Vermögensverwalter und seinen Kunden oder der Transaktionen des Vermögensverwalters näher abzuklären.¹²⁶ Entsprechend führte der von der FINMA monierte aufsichtsrechtliche Gewährsverstoss nicht zu einer zivilrechtlichen Haftung der Depotbank.

Diese Rechtsprechung überzeugt auch im Ergebnis. Würde angenommen, die Einhaltung der Gewähr sei eine Vertragspflicht, würde letztlich die gesamte Rechtsordnung in den Vertrag mit dem Kunden importiert. Dies gälte einerseits für sämtliche Bestimmungen des Schweizer (Aufsichts-) Rechts einschliesslich ihrer Konkretisierung durch Rundschreiben und weitere Verlautbarungen der FINMA.¹²⁷ So würden etwa die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zur Corporate Governance oder zum Risikomanagement (z.B. FINMA-RS 2017/1) zum Vertragsinhalt, obschon diese Vorschriften ausschliesslich die interne Organisation des Instituts betreffen. Andererseits kämen aufgrund der Pflicht zum angemessenen Management der Rechts- und Reputationsrisiken auch die Vorschriften ausländischer Rechtsordnungen infrage. Mithin könnten Rechte und Pflichten unter ausländischem (Aufsichts-)Recht Eingang in das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien finden, obwohl dieses – sei es aufgrund ausdrücklicher Rechtswahl oder sonstiger kollisionsrechtlicher Verweisung – ausschliesslich schweizerischem Recht untersteht. Tätigt ein US-Kunde über seine Schweizer Bank beispielsweise eine nach amerikanischem Aufsichtsrecht unzulässige Effektentransaktion und räumt das amerikanische Recht dem Kunden ein Widerrufsrecht ein, so ist die Bank nach Auffassung der Schweizer Aufsichtsbehörde zwar aufsichtsrechtlich gehalten, die Transaktion auf Verlangen des Kunden rückabzuwickeln.¹²⁸ Dies kann aber nicht bedeuten, dass die Bank auch privatrechtlich verpflichtet ist, dem Kunden ein Widerrufsrecht zuzugestehen.

Dieses Ergebnis einer fehlenden vertraglichen Pflicht zur Einhaltung des Gewährserfordernisses kann auch nicht mit der Konstruktion eines still-

¹²⁶ ZivilGer BS, Urteil P 2007 61 vom 4. Dezember 2008, zusammengefasst bei EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 83/2011, S. 380.

¹²⁷ Vorne Ziff. II.4.

¹²⁸ Beispiel aus FINMA, Positionspapier Rechts- und Reputationsrisiken, S. 10.

schweigenden Parteiwillens gewendet werden.¹²⁹ Einerseits sind die Anforderungen der Gewähr extrem breit und unbestimmt. Andererseits hat das Finanzinstitut qua Gewähr insbesondere auch für das Verhalten seiner leitenden Organe und Mitarbeiter einzustehen,¹³⁰ wobei nach der Praxis der Aufsichtsbehörde sogar Handlungen aus dem persönlichen Bereich dieser Personen als Gewährsverletzungen in Frage kommen.¹³¹ Es wäre eine Fiktion, dem Finanzinstitut den Willen zu unterstellen, für die Einhaltung all dieser Anforderungen vertraglich zu haften.

3. Gewähr als Beschränkung der vertraglichen Pflichten?

a) Allgemeines

Nicht erst im Gefolge der Finanzkrise von 2008 sind die Banken national und international in ein immer umfassenderes, dichteres und unübersichtlicheres Netz von aufsichtsrechtlichen Vorgaben eingebunden. Diese betreffen auch und besonders Vorschriften, welche den Missbrauch des Finanzsystems zum Zweck von Steuerdelikten, Geldwäscherei, marktmissbräuchlichem Verhalten, Umgehung von Sanktionsvorschriften oder anderen illegalen Aktivitäten von Kunden bezwecken. Gleichzeitig wurden die aufsichts- und bisweilen strafrechtlichen Sanktionen bei Nichteinhaltung der entsprechenden Vorschriften massiv verschärft. Gleichzeitig sind die Finanzinstitute auch privatrechtlich zunehmend differenzierteren Pflichten ausgesetzt. Vor dem Hintergrund dieses doppelten Pflichtennexus sind in jüngerer Zeit vermehrt Fälle bekannt geworden, in denen sich Banken gegen zivilrechtliche Klagen mit dem Argument zur Wehr setzen, eine Erfüllung der vertraglichen Ansprüche des Kunden würde mit den aufsichtsrechtlichen Vorgaben und damit mit dem Gewährserfordernis kollidieren. Dieser Konflikt manifestierte sich etwa in folgenden Konstellationen:

- Eine Reihe von Banken verweigerte Barauszahlungen von Kontoguthaben, sofern der Kunde nicht belegen konnte bzw. wollte, dass die be-

¹²⁹ So allgemein für die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 582; a.M. wohl BÄRTSCHI, SZW 86/2014, S. 478, wonach gesetzlich statuierte Pflichten vermutungsweise Bestandteil des Vertrages zwischen dem Kunden und dem Erbringer der Finanzdienstleistung bilden, auch wenn nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen werde.

¹³⁰ AELLEN, Gewähr, S. 113; BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 29.

¹³¹ Siehe vorne Ziff. II.4.

troffenen Vermögenswerte ordnungsgemäss versteuert wurden.¹³² Verschiedene Banken begründeten diese Haltung mit dem Gewährserfordernis.¹³³ Denn sie würden bei Ausführung der verlangten Bargeldbezüge möglicherweise gegen (ausländisches) Aufsichts- und Steuer(straf)recht verstossen.¹³⁴ Da die Verletzung solcher Vorschriften der Praxis nach dem Positionspapier «Rechts- und Reputationsrisiken»¹³⁵ der FINMA gewährsrelevant ist, müsse das Finanzinstitut vor Ausführung der Transaktion die Steuerkonformität der betroffenen Gelder sicherstellen. Einer solchen Haltung steht jedoch der vertragsrechtliche Anspruch des Kunden auf Ausführung seines Barauszahlungsauftrags gegenüber.¹³⁶ Unabhängig davon, ob es sich um ein Sparkonto oder um ein normales Konto handelt, hat der Kunde ein jederzeitiges Recht zur Rückforderung der hinterlegten Vermögenswerte. Mit Bezug auf Rückzüge von Kontoguthaben gilt mangels anderer Abrede aufgrund von Art. 84 Abs. 1 OR immer noch, dass diese in bar verlangt werden können.¹³⁷

- Aufsichtsrecht und Vertragsrecht können auch bei sog. «Cum-Ex-Geschäften» kollidieren. Konkret belasten die Banken Leerverkäufern von Aktien mit Dividendenanspruch («cum dividend») einen Betrag im Umfang der gesamten Bruttodividende, wenn das Verpflichtungsge-

¹³² Vgl. EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 31. August 2015, Rz. 1; EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 36 f.; ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, S. 143 f.; ZELLWEGER-GUTKNECHT, FS von der Crone, S. 721 ff.; ZULAUF/ROHNER/CERUTTI, FS von der Crone, S. 735 ff.

¹³³ Siehe etwa die Argumentation der Bank in HGer ZH, Urteil HE120253 vom 8. November 2012 E. 2.4; Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 5; Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI, Urteil 12.2015.110 vom 6. Juli 2016 E. 9.

¹³⁴ Vgl. bereits EBK-Jahresbericht 2006, S. 43, wonach Steuerdelikte mit dem Gewährserfordernis nicht vereinbar sind. Neu hält Art. 33 GwV-FINMA explizit fest, dass Kundenaufträge, die bedeutende und nach Art. 9 GwG gemeldete Vermögenswerte betreffen, nur unter Wahrung des sog. Paper Trail ausgeführt werden dürfen, womit eine Barauszahlung in einem solchen Fall nicht möglich ist. Kritisch dazu ZELLWEGER-GUTKNECHT, FS von der Crone, S. 736; ähnlich auch EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 58.

¹³⁵ FINMA, Positionspapier Rechts- und Reputationsrisiken, S. 12; vgl. auch FINMA-Bulletin 1/2010, S. 88 ff.; FINMA-Bulletin 1/2010, S. 109 f.

¹³⁶ EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 42 f.; vgl. auch BGer Urteil 4A_168/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 3.

¹³⁷ BGer Urteil 4A_168/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 3; ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, S. 145 f.

schäft vor dem Tag der Dividendengutschrift abgeschlossen wurde, die Abwicklung jedoch erst nach diesem Tag erfolgt.¹³⁸ Anschliessend überweist die Bank 65% der Bruttodividende an den Käufer und 35% an die ESTV.¹³⁹ Dieses Vorgehen entspricht dem Kreisschreiben Nr. 21 der ESTV, welches auf ein früheres Zirkular der SBVg zurückgeht, und eine doppelte Rückforderung derselben Verrechnungssteuer verhindern soll.¹⁴⁰ Da sowohl die Einhaltung von Anforderungen der Steuerverwaltung als auch der Selbstregulierung Teil der Gewähr ist, haben Banken die Belastung im Umfang der gesamten Bruttodividende mit dem Gewährserfordernis begründet.¹⁴¹ Demgegenüber haben betroffene Kunden geltend gemacht, dass solche Belastungen ohne vertragliche Grundlage erfolgen und deshalb unzulässig seien.¹⁴²

Ob das Gewährserfordernis die Erfüllung von vertraglichen Pflichten effektiv beschränken kann, ist in der Lehre umstritten und scheint je nach Konstellation unterschiedlich beantwortet zu werden.¹⁴³ Während die Frage höchstrichterlich noch nicht abschliessend beurteilt wurde,¹⁴⁴ tendiert die

¹³⁸ Vgl. zu einer Darstellung des Cum-Ex-Geschäftsmodells Kreisschreiben Nr. 21 ESTV, Ziff. 2.4; OGer ZH, Urteil LB140049 vom 22. Oktober 2014 E. 2; HGer ZH, Urteil HG140077 vom 6. April 2016, Sachverhaltsabschnitt A.c.; MISTELI, Dividendenstripping, Rz. 116 ff.

¹³⁹ BVGer Urteil A-5361/2013 vom 17. Dezember 2015 E. 5.2.2.

¹⁴⁰ HGer ZH, Urteil HG080050 vom 23. August 2012 E. V.2.2 ff.

¹⁴¹ HGer ZH, Urteil HG080050 vom 23. August 2012 E. V.3.2.

¹⁴² HGer ZH, Urteil HG080050 vom 23. August 2012 E. V.3.1.

¹⁴³ Gegen eine haftungsbeschränkende Wirkung im Zusammenhang mit Auszahlungs- bzw. Transferverweigerungen wegen fehlendem Nachweis der Steuerkonformität EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 49 ff. und 71 f.; LOMBARDINI, Not@lex 2015, S. 45 f.; MATTHEY, La conformité fiscal, S. 233; für eine haftungsbeschränkende Wirkung im Zusammenhang mit der Kreditvergabe oder Zahlungsverboten bei Überschuldungsgefahr NOBEL, FS Engel, S. 241; ZULAUF, ZSR 128/1994 II, S. 411 f.; ferner HAURI, Einfluss des öffentlichen Rechts, S. 14 f., der generell eine Auswirkung des Gewährserfordernisses auf das Zivilrecht annimmt.

¹⁴⁴ In BGer Urteil 4A_168/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 4 und BGer Urteil 4A_170/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 6 bestätigte das Bundesgericht zwar die vorinstanzlichen Urteile (siehe nachstehende Fn.), welche Auszahlungsbeschränkungen aufgrund fehlenden Nachweises der Steuerkonformität trotz drohender Gewährsverletzung für unzulässig erklärten. Dafür waren jedoch prozessuale Gründe ausschlaggebend. So führte das Gericht an anderer Stelle auch aus, dass solche Einwände der Bank eine Vertragsverletzung gegebenenfalls durchaus rechtfertigen könnten (E. 8 bzw. E. 9). Ferner HGer ZH, Urteil HE160140 vom 2. August 2016 E. 5.3 = ZR 2016, S. 263 f.; EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 89/2017, S. 215, wonach trotz dieser Entscheide des

kantonale Rechtsprechung zu Auszahlungs- bzw. Transferbeschränkungen zu einer rein zivilrechtlichen Betrachtung.¹⁴⁵ Demgegenüber schützte das Zürcher Handelsgericht in einem Urteil zu den sog. Cum-Ex-Geschäften den aufsichtsrechtlich begründeten Verrechnungssteuerabzug.¹⁴⁶

Dogmatisch betrachtet kann das Gewährserfordernis aufgrund der Trennung von Aufsichts- und Zivilrecht im privatrechtlichen Verhältnis zwischen dem Kunden und dem Finanzinstitut nicht ohne weiteres Wirkung entfalten.¹⁴⁷ Vielmehr können Gewährsüberlegungen nur dann haftungsbeschränkend wirken, wenn eine entsprechende zivilrechtliche Norm deren Berücksichtigung zulässt und insoweit als privatrechtliches Einfallstor für das Aufsichtsrecht wirkt. Im Folgenden soll deshalb geprüft werden, ob das Privatrecht unter dem Titel der Rechtswidrigkeit, der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit oder des Grundsatzes von Treu und Glauben eine haftungsbeschränkende Wirkung des Gewährserfordernisses anerkennt. Nicht diskutiert werden dagegen die in der Lehre in diesem Zusammenhang ebenfalls diskutierten Fragen der Sittenwidrigkeit, der Wahrung berechtigter Interessen und der *clausula rebus sic stantibus*,¹⁴⁸ weil hier das Gewährserfordernis kaum eine Rolle spielt.

b) Haftungsbeschränkende Wirkung der Gewähr infolge Rechtswidrigkeit?

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Erfüllung von Kundenansprüchen mit dem Argument verweigert werden kann, die zugrundeliegende Vereinba-

Bundesgerichts noch keine einheitliche Praxis zur Zulässigkeit von Auszahlungs- und Transferverweigerungen erkennbar ist.

¹⁴⁵ So schützten die kantonalen Gerichte regelmässig die Ansprüche der Kunden auf Barauszahlung oder Transfer der Vermögenswerte, wobei dafür häufig auch prozessuale Gründe ausschlaggebend gewesen sind. Vgl. *Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI*, Urteil 12.2014.206 vom 12. Februar 2015 E. 5; *Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI*, Urteil 12.2014.130 vom 12. Februar 2015 E. 5; *Seconda Camera civile del Tribunale d'appello TI*, Urteil 12.2015.110 vom 6. Juli 2016 E. 9; *Cour de Justice GE*, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 5; vgl. auch die bei EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 87/2015, S. 408 und SZW 89/2017, S. 243 f., dargestellten Entscheide des Pretore del Distretto di Lugano.

¹⁴⁶ HGer ZH, Urteil HG080050 vom 23. August 2012, E. V.3.3.2 f.

¹⁴⁷ Siehe zum Verhältnis von Aufsichts- und Zivilrecht bereits hiervor Ziff. IV.1b.

¹⁴⁸ Vgl. dazu z.B. EMMENEGGER/GOOD, *Welche Rechte haben Abschleicher?*, S. 54 f., 59 ff. und 79 ff.; ROMERIO/IVELL, *Barauszahlungen*, S. 161 ff.

nung¹⁴⁹ sei aufgrund Verstosses gegen das Gewährserfordernis nichtig. Dabei ist ein Vertrag dann gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig, wenn er einen widerrechtlichen Inhalt aufweist. Dabei kann sich die Widerrechtlichkeit insbesondere aus einem Verstoss gegen Normen des Aufsichtsrechts ergeben.¹⁵⁰

Obschon eine Gewährsverletzung einen Verstoss gegen das Aufsichtsrecht darstellt, begründet dies keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR und zieht damit auch keine Nichtigkeit nach sich. Zum einen weist die Gewährensbestimmung nach der Lehre keinen eigenständigen Verbotsgehalt auf, sondern stellt bloss bestimmte Anforderungen an den Gewährsträger.¹⁵¹ Zum anderen muss sich die Widerrechtlichkeit nach dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 OR auf den Vertragsinhalt beziehen.¹⁵² Richtet sich eine Norm hingegen nur gegen die subjektive Beteiligung einer Partei, so wird bei einer Verletzung der Norm keine Widerrechtlichkeit begründet.¹⁵³ Als aufsichtsrechtliche Bewilligungsvoraussetzungen betrifft das Gewährserfordernis nicht beide Parteien, sondern nur den Finanzintermediär. Da die Gewährensbestimmungen eine zivilrechtliche Nichtigkeit zudem weder ausdrücklich vorschreiben noch eine solche sich aus ihrem Sinn und Zweck ergibt,¹⁵⁴ be-

¹⁴⁹ Möglich ist, dass der Anspruch des Kunden auch in einer Ausführung seiner auftragsrechtlichen Weisung (z.B. Barauszahlungsauftrag) gemäss Art. 397 Abs. 1 OR besteht. Da die beauftragte Bank rechtswidrige Weisungen nicht zu befolgen hat (BGer Urteil 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 4.2; BGer Urteil 4A_41/2016 vom 20. Juni 2016 E. 3.3), stellt sich ebenfalls die Frage, ob durch eine Verletzung der Gewähr eine Widerrechtlichkeit begründet würde. Die Beurteilung erfolgt dabei nach denselben Kriterien wie diejenige nach Art. 20 Abs. 1 OR (vgl. EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 54; FELLMANN, Berner Kommentar, N 97 zu Art. 397 OR; HUGUENIN, OR AT und BT, Rz. 3274).

¹⁵⁰ WEBER, Informationsmissbrauch, S. 76.

¹⁵¹ EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 31. August 2015, Rz. 41.

¹⁵² BGE 129 III 320 E. 5.2 S. 324; 134 III 52 E. 1.1 S. 54; BUCHER, OR AT, S. 251.

¹⁵³ BGE 102 II 401 E. 2b S. 404; 114 II 279 E. 2a S. 280; 117 II 286 E. 4a S. 287; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rz. 651; KRAMER, Berner Kommentar, N 138 zu Art. 19/20 OR.

¹⁵⁴ Dies wäre jedoch Voraussetzung für eine Widerrechtlichkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR, vgl. BGE 117 II 286 E. 4a S. 287; 119 II 222 E. 2 S. 224; 121 IV 365 E. 9a S. 371; 129 III 209 E. 2.2 S. 213; 134 III 52 E. 1.1 S. 54; 134 III 438 E. 2.2 S. 442; KRAMER, Berner Kommentar, N 138 f. zu Art. 19/20 OR; BSK OR-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR Rz. 17; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Rz. 32.07.

gründet ein Verstoss dagegen keine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR.¹⁵⁵

c) Haftungsbeschränkende Wirkung der Gewähr infolge Leistungsunmöglichkeit?

Denkbar ist weiter, dass das Gewährserfordernis in die Beurteilung einer allfälligen Leistungsunmöglichkeit einfliesst. Muss das Finanzinstitut den Anspruch des Kunden trotz (drohender) Gewährsverletzung erfüllen oder gilt dieser gemäss Art. 119 Abs. 1 OR als nachträglich unmöglich und damit erloschen?

aa) Objektive Leistungsunmöglichkeit

Voraussetzung für das Erlöschen einer Forderung nach Art. 119 Abs. 1 OR ist zunächst die (objektive) Unmöglichkeit der Leistungserbringung.¹⁵⁶ So darf die betroffene Leistung von niemandem erbracht werden können.¹⁵⁷ Dabei kommt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. neben einer tatsächlichen auch eine rechtliche Unmöglichkeit in Frage.¹⁵⁸ Für Letztere ist erforderlich, dass ein Rechtssatz besteht, welcher der versprochenen Leistung entgegensteht.¹⁵⁹

Beinhaltet die Erfüllung eines Kundenanspruchs eine Verletzung des Gewährserfordernisses, so liegt ein Widerspruch zu einer aufsichtsrechtlichen Norm vor. Obschon dies eine rechtliche Unmöglichkeit nahelegt,¹⁶⁰

¹⁵⁵ EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 31. August 2015, Rz. 44; EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 50; vgl. auch ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, S 160. So verneinte die Cour de Justice des Kantons Genf die Widerrechtlichkeit einer Weisung zum Transfer von hinterlegten Vermögenswerten, auch wenn der Kunde damit lediglich zeige, dass er seine Vermögenswerte nicht ordnungsgemäss versteuern möchte (Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 6.1).

¹⁵⁶ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und h.L. fällt jedoch auch der Fall der subjektiven Unmöglichkeit unter Art. 119 Abs. 1 OR (BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Rz. 64.09; BSK OR-WIEGAND, Art. 119 Rz. 5).

¹⁵⁷ BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218; AEPLI, Zürcher Kommentar, N 47 zu Art. 119 OR; BSK OR-WIEGAND, Art. 97 Rz. 10.

¹⁵⁸ BGer Urteil 4C.43/2000 vom 21. Mai 2001 E. 2e; BGer Urteil 4C.344/2002 vom 12. November 2003 E. 4.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rz. 2560; BSK OR-WIEGAND, Art. 119 Rz. 1.

¹⁵⁹ KÄLIN, recht 2004, S. 250.

¹⁶⁰ So wohl ZULAUF, ZSR 128/1994 II, S. 411 f., wonach die Leistungen einer Bank gegenüber ihren Kunden beim Erlass eines behördlichen Zahlungsverbots wegen Über-

wird in der Lehre und kantonalen Rechtsprechung zu Barauszahlungs- bzw. Transferverweigerungen eine Leistungsunmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 OR aufgrund einer drohenden Gewährsverletzung abgelehnt.¹⁶¹ Insbesondere handle es sich beim Gewährserfordernis nicht um eine Verbotsnorm.¹⁶² Eine solche sei für die Begründung einer Unmöglichkeit nach Art. 119 Abs. 1 OR jedoch erforderlich.¹⁶³ Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass sich der Verbotsgehalt des Gewährserfordernisses aus dessen Charakter als Bewilligungsvoraussetzung ergibt.¹⁶⁴

bb) Nachträglichkeit

Da Art. 119 Abs. 1 OR nur den Tatbestand einer nachträglichen Leistungsunmöglichkeit erfasst, ist erforderlich, dass die Leistungserbringung erst nach Vertragsabschluss unmöglich geworden ist.¹⁶⁵

Ob die (drohende) Gewährsverletzung eine nachträgliche Unmöglichkeit begründet, hängt vom konkreten Einzelfall ab.¹⁶⁶ Während die Nachträglichkeit zu bejahen sein wird, wenn die Erbringung der geschuldeten Leistung aufgrund einer Änderung der Praxis oder Gesetzgebung nach Vertragsabschluss gewährswidrig wird,¹⁶⁷ dürfte eine solche fehlen, wenn

schuldungsgefahr durch die Aufsichtsbehörde rechtlich unmöglich werden (im Ergebnis wohl ebenfalls HAURI, Einfluss des öffentlichen Rechts, S. 14). Ähnlich auch NOBEL, FS Engel, S. 241 f., der von einer (subjektiven) Unmöglichkeit ausgeht, wenn die Aufsichtsbehörde die Überschreitung eines Risikoplafonds nicht zuliesse und die Kreditvergabe mit dem Kunden bereits abgeschlossen, aber noch nicht erfüllt sei. Unmöglich sei zudem die Erfüllung eines Arbeitsvertrages in einer Gewährsposition bei festgestellter Gewährsverletzung (NOBEL, FS Engel, S. 246).

¹⁶¹ Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 5; EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 71 f.

¹⁶² So wohl EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 72; ebenso, aber mit Bezug auf die Rechtswidrigkeit nach Art. 20 OR EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 31. August 2015, Rz. 41.

¹⁶³ EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 68 f.

¹⁶⁴ Vgl. EBK-Bulletin 45/2003, S. 169; BOVET/HÉRITIER LACHAT, La garantie d'une activité irréprochable, Rz. 368; BÜHLER/VON DER CRONE, SZW 85/2013, S. 568.

¹⁶⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rz. 2532; KÄLIN, recht 2004, S. 247.

¹⁶⁶ Vgl. AEPLI, Zürcher Kommentar, N 55 zu Art. 119 OR.

¹⁶⁷ Vgl. Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 5.2; EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 76; EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 87/2015, S. 387.

der vereinbarte Leistungsinhalt bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einen Verstoss gegen die Gewähr darstellte.¹⁶⁸

cc) Kein Verschulden des Finanzintermediärs

Gemäss Art. 119 Abs. 1 OR führt eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit nur zum Erlöschen des Anspruchs, wenn diese vom Schuldner nicht zu verantworten ist.¹⁶⁹ Trifft das Finanzinstitut ein Verschulden an der Leistungsunmöglichkeit (z.B. weil die Änderung der Gewährspraxis bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussehbar war),¹⁷⁰ wird dieses im Einzelfall deshalb gegenüber einem allfälligen Verschulden des Kunden abzuwägen sein. Überwiegt im konkreten Fall das Verschulden des Finanzinstituts, kann sich dieses nicht auf Art. 119 Abs. 1 OR berufen.

dd) Fazit

Nach dem Gesagten hängt das Vorliegen einer nachträglichen Leistungsunmöglichkeit von verschiedenen Faktoren ab. Entsprechend kann nur im Einzelfall beurteilt werden, ob eine drohende Gewährsverletzung eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 OR begründet. Mit Bezug auf Auszahlungs- und Transferverweigerungen wegen fehlendem Nachweis der Steuerkonformität ist die bisherige kantonale Rechtsprechung diesbezüglich eher zurückhaltend.¹⁷¹

d) Haftungsbeschränkende Wirkung der Gewähr infolge Verstosses gegen Treu und Glauben?

aa) Allgemeines

Gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann bei der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben zu handeln. Deshalb stellt sich die Frage, ob die

¹⁶⁸ Vgl. auch ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, S. 165 f., die (mit Bezug auf die Beurteilung der Sittenwidrigkeit) zu Recht darauf hinweisen, dass sich eine nachträgliche Unmöglichkeit auch ergeben kann, wenn die bei Vertragsabschluss vereinbarte, gewährskonforme Leistung durch anschliessende Weisungen des Kunden derart konkretisiert wird, dass deren Erfüllung eine Gewährsverletzung darstellen würde.

¹⁶⁹ BGE 111 II 352 E. 2a S. 354; BGer Urteil 4A_562/2011 vom 16. Januar 2012 E. 4.3; AEPLI, Zürcher Kommentar, N 56 ff. zu Art. 119 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT II, Rz. 2534; BSK OR-WIEGAND, Art. 119 Rz. 8.

¹⁷⁰ Vgl. auch BGE 111 II 352 E. 2b S. 355; ferner BGE 127 III 300 E. 5b/aa S. 305; KÄLIN, recht 2004, S. 248.

¹⁷¹ Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 5.

Durchsetzung vertraglicher Ansprüche gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen kann, wenn deren Erfüllung die Bank dem Risiko einer Gewährsverletzung aussetzt.

Gleich wie das Gewährserfordernis stellt der Grundsatz von Treu und Glauben als Generalklausel ein Einfallstor für ethische Standards dar.¹⁷² So verlangt Treu und Glauben von den Parteien ein redliches, korrektes und loyales Verhalten.¹⁷³ Die Parteien sind zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet.¹⁷⁴ Dabei hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, welches Verhalten Art. 2 Abs. 1 ZGB von den Parteien konkret verlangt.¹⁷⁵

bb) Ausübung vertraglicher Rechte nur bei schützenswertem Interesse

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dient Art. 2 Abs. 1 ZGB als Schranke aller Rechtsausübung.¹⁷⁶ Insbesondere wird dadurch die Ausübung subjektiver Privatrechte, einschliesslich vertraglicher Ansprüche,¹⁷⁷ beschränkt.¹⁷⁸ Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann die Erfüllung vertraglicher Ansprüche nur verlangt werden, wenn ein *schützenswertes* Interesse an deren Ausübung besteht. Mit Blick auf die Frage der haftungsbeschränkenden Wirkung des Gewährserfordernisses stehen zwei Aspekte von Treu und Glauben im Vordergrund:

- Zum einen wird in der Lehre postuliert, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB nur Rechte geltend gemacht werden können, die nicht im Widerspruch

¹⁷² ZELLER, Treu und Glauben, S. 235 f.; vgl. auch BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 5b, wonach das Handeln wider Treu und Glauben gegebenenfalls eine Gewährsverletzung darstellt.

¹⁷³ HAUSHERR/JAUN, Stämpflis Handkommentar, N 3 zu Art. 2 ZGB; BAUMANN, Zürcher Kommentar, N 8 zu Art. 2 ZGB; MEIER-HAYOZ, Einleitungsartikel ZGB, S. 118.

¹⁷⁴ BGE 136 V 331 E. 4.2.1 S. 335 f.; BGer 2C_465/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 2.6; MIDDENDORF/GROB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 9 zu Art. 2 ZGB; BSK OR-WIEGAND, Art. 97 Rz. 34.

¹⁷⁵ Vgl. HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 64 ff. zu Art. 2 ZGB.

¹⁷⁶ BGE 45 II 386 E. 5 S. 398.

¹⁷⁷ PORTMANN, Subjektive Privatrechte, Rz. 11.

¹⁷⁸ In der Lehre ist jedoch umstritten, ob diese Beschränkung der Rechtsausübung jedem subjektiven Privatrecht inhärent ist (Innentheorie) oder ob es hierfür einer gesetzlich besonders verankerten Ausübungsschranke bedarf (Aussentheorie). Praktisch dürfte dieser Meinungsstreit bloss von beschränkter Bedeutung sein, da das schweizerische Recht mit dem Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 2 Abs. 2 ZGB eine solche Ausübungsschranke vorsieht. Vgl. zu den beiden Theorien GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 45 ff. und 101; HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 59 zu Art. 2 ZGB; BSK ZGB-HONSELL, Art. 2 Rz. 25; LANZ, Wirtschaftliche Betrachtungsweise, S. 163.

zur Rechtsordnung stehen.¹⁷⁹ In diesem Sinne hielt bereits EUGEN HUBER fest: «[...] den Schutz seines Rechtes kann doch jedermann nur dann verlangen, wenn er damit etwas rechtlich Erlaubtes beansprucht».¹⁸⁰ Damit kann die Durchsetzung eines vertraglichen Anspruchs im Einzelfall gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, wenn die Erfüllung vertraglicher Pflichten mit den aufsichtsrechtlichen Vorgaben kollidiert. Vor diesem Hintergrund erscheint der Einwand der Bank einer leistungsbeschränkenden Wirkung des Gewährserfordernisses bei «Cum-Ex-Geschäften» gerechtfertigt. Denn die ungekürzte Gutschrift des Verkaufserlöses hätte zur Folge, dass die Verrechnungssteuer doppelt zurückgefordert werden könnte – was wiederum im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen würde.

- Zum anderen folgt aus Art. 2 Abs. 1 ZGB das ursprünglich aus dem Sachenrecht stammende Gebot zur schonenden Rechtsausübung (sog. *civilliter uti*).¹⁸¹ So handelt der Kunde gegebenenfalls wider Treu und Glauben, wenn er ein Recht so ausübt, dass es für die Bank besondere Nachteile mit sich bringt, obwohl ihm andere, für die Bank weniger einschneidende Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.¹⁸² Ein besonderer Nachteil ist angesichts der drohenden Sanktionen (Art. 31 ff. FINMAG) auch das Risiko eines Gewährsverfahrens. Dies gilt jedenfalls insoweit, als das Verschulden des Kunden mindestens gleich schwer wiegt wie dasjenige der Bank. Im Einzelfall dürfte deshalb fraglich sein, ob ein Kunde bei der Ausübung seiner vertraglichen Rechte und Pflichten noch nach Treu und Glauben handelt, wenn er das Finanzinstitut dem Risiko einer Gewährsverletzung aussetzt, indem er auf der Barauszahlung möglicherweise nicht ordnungsgemäss versteuerter Vermögenswerte besteht.¹⁸³ Dies gilt umso mehr, wenn der Kunde die

¹⁷⁹ GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 101; HUWILER, Beiheft 16 zur ZSR 1994, S. 75.

¹⁸⁰ HUBER, Erläuterungen zum VE-ZGB, S. 35.

¹⁸¹ BGE 100 II 195 E. 4a S. 197; HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 220 zu Art. 2 ZGB; teilweise wird das Gebot der schonenden Rechtsausübung auch aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) abgeleitet (BAUMANN, Zürcher Kommentar, N 295 ff. zu Art. 2 ZGB).

¹⁸² Vgl. zu den Voraussetzungen für das Gebot zur schonenden Rechtsausübung BGE 131 III 459 E. 5.3 S. 462 f.; BAUMANN, Zürcher Kommentar, N 297 zu Art. 2 ZGB; HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, N 219 zu Art. 2 ZGB.

¹⁸³ Offen gelassen wurde die Frage des Rechtsmissbrauchs durch den Kunden in HGer ZH, Urteil HE120253 vom 8. November 2012 E. 5.5. Vgl. aber EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 56, die einen Verstoss gegen Treu und Glauben

angebotene Überweisung der Gelder ablehnt, um einen Paper Trail zu verhindern, der das Auffinden der hinterzogenen Vermögenswerte erleichtern würde. In solchen Fällen steht das (u.E. nicht schützenswerte) Interesse des Kunden an der Barauszahlung in einem Missverhältnis zum (legitimen) Interesse der Bank an der Vermeidung eines Gewährsverfahrens.¹⁸⁴

cc) Fazit

Art. 2 Abs. 1 ZGB ist geeignet, die Ausübung vertraglicher Rechte insoweit einzuschränken, als deren Erfüllung im Widerspruch zur Rechtsordnung steht oder das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt ist. In Verbindung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben kann das Gewährserfordernis deshalb ausnahmsweise haftungsbeschränkende Wirkung entfalten. Dabei wird im Einzelfall massgebend sein, ob die Interessen des Kunden an der ungehinderten Ausübung seiner Rechte in Anbetracht der Rechtsordnung und den alternativen Handlungsmöglichkeiten schützenswert sind.

V. Gewährserfordernis und Deliktsrecht

Neben einer Verletzung der vertraglichen Pflichten kann den Gewährsträger auch eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR treffen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob und unter welchen Umständen das Gewährserfordernis die Deliktshaftung erweitert oder beschränkt.

ablehnen, wenn der Kunde den Transfer unverteuerter Gelder verlangt. Vgl. auch Cour de Justice GE, Urteil ACJC/1585/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 9.2, wonach ein rechtsmissbräuchliches Handeln des Kunden verneint wurde, weil dieser ein legitimes Interesse am Transfer seiner Vermögenswerte in sein Heimatland habe.

¹⁸⁴ Vgl. auch Cour de Justice GE, Urteil ACPR/294/2014 vom 30. Mai 2014 E. 3.2; ferner die Urteile des Pretore del Distretto di Lugano vom 10. Juni 2016 sowie 5. Dezember 2016 (zusammengefasst bei EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 89/2017, S. 243 f.; gegen beide Urteile ist derzeit eine Beschwerde vor dem Tribunale d'appello des Kantons Tessins hängig). Der Pretore schützte dabei zwar die Ansprüche der Kunden auf Überweisung der Bankguthaben, hielt jedoch fest, dass die Bank grundsätzlich ein legitimes Interesse an einem Paper Trail habe. Das Interesse des Finanzinstituts an der Möglichkeit einer Weiterverfolgung der Transaktion scheint dabei umso mehr schützenswert, als Art. 33 GwV-FINMA bei bedeutenden und nach Art. 9 GwG gemeldeten Vermögenswerten explizit nur eine solche Ausführung des Auftrags erlaubt (siehe dazu auch hiavor Fn. 134).

1. Gewähr als Erweiterung der deliktischen Haftung?

a) Allgemeine Haftungsvoraussetzungen

Für eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR sind ein Schaden, ein rechtswidriges Verhalten, ein natürlicher sowie adäquater Kausalzusammenhang und ein Verschulden erforderlich.¹⁸⁵ Nach der Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit kann sich das rechtswidrige Verhalten dabei aus der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts oder dem Verstoss gegen eine Vermögensschutznorm ergeben.¹⁸⁶ Da es sich bei Anlegerschäden grundsätzlich um blossе Vermögensschäden handelt, kommt bei solchen eine ausservertragliche Haftung nur bei Vorliegen einer Schutznorm in Frage.¹⁸⁷ Voraussetzung für die Erweiterung der Deliktshaftung durch das Gewährserfordernis ist deshalb, dass es sich bei diesem um eine Schutznorm handelt.

b) Gewährserfordernis als Schutznorm?

Nach der Rechtsprechung und Lehre ist unter einer Schutznorm eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm aus der schweizerischen Rechtsordnung zu verstehen, die ihrem Zweck nach vor Schäden der eingetretenen Art schützen soll.¹⁸⁸ Für die Qualifikation als Schutznorm ist somit zunächst erforderlich, dass die Bestimmung ein bestimmtes Verhalten gebietet bzw. verbietet (sog. Verhaltensnorm).¹⁸⁹ Da es sich bei der Gewährsbestimmung nicht um eine solche Verhaltensvorschrift handelt, lehnen das Bundesgericht und die h.L. deren Schutznormcharakter ab.¹⁹⁰ So verlangt

¹⁸⁵ BGE 132 III 122 E. 4.1 S. 130 = Pra 95/2006, S. 743; 137 III 539 E. 5.2 S. 544; BGer Urteil 5A_881/2012 vom 26. April 2013 E. 4.2.3.

¹⁸⁶ BGE 119 II 127 E. 3 S. 128; 124 III 297 E. 5b S. 300 f.; 132 III 122 E. 4.1 S. 130; 133 III 323 E. 5.1 S. 330; BREHM, Berner Kommentar, N 35 ff. zu Art. 41 OR.

¹⁸⁷ Vgl. auch BGer Urteil 4A_468/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.

¹⁸⁸ BGE 116 Ib 367 E. 4b S. 373 f.; 118 Ib 473 E. 2b S. 476 f.; 141 III 527 E. 3.1 S. 534; ROBERTO/RICKENBACH, ZSR 131/2012 I, S. 186.

¹⁸⁹ BGE 135 V 373 E. 2.4 S. 376; BGer Urteil 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003 E. 5.1.1 sf.; VERDE, HAVE 2016, S. 142.

¹⁹⁰ BGer Urteil 4A_54/2008 vom 29. April 2008 E. 5.3.4; HEIERLI, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Rz. 941 und 1108; HEINZER, La responsabilité de la banque, Rz. 364; MISTELI, Le dommage purement économique, S. 225; SCHALLER, Finanzanalysten-Recht, § 8 N 64 ff.; vgl. auch BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 8d, wonach die Gewährsverletzung keine zivilrechtliche Verantwortlichkeit – und damit auch keine Haftung aus Delikt – zur Folge hat; a.M. CHAUDET, ZSR 113/1994 II, S. 39. Ohne Bezug auf die Frage zu nehmen, ob es sich beim Gewährserfordernis um eine Schutz-

das Gewährserfordernis kein bestimmtes Handeln, sondern schreibt bloss vor, dass die Gewährsträger über gewisse Eigenschaften verfügen müssen.

Die Schutznormqualität des Gewährserfordernisses ist zudem abzulehnen, weil damit nicht das individuelle Vermögen des einzelnen Kunden geschützt werden soll. Das Gewährserfordernis dient neben dem Funktionsschutz zwar auch dem Gläubiger- bzw. Anlegerschutz.¹⁹¹ Dabei soll jedoch nicht der einzelne Anleger oder Gläubiger, sondern deren Gesamtheit geschützt werden.¹⁹²

Schliesslich sprechen auch die möglichen Folgen gegen eine Qualifikation des Gewährsartikels als Schutznorm:

- Könnte das Finanzinstitut mittels Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR für jede Gewährsverletzung zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, hätte dies eine erhebliche Erweiterung der privatrechtlichen Pflichten zur Folge.¹⁹³ Aufgrund des umfassenden Inhalts des Gewährserfordernisses würden dadurch alle aufsichtsrechtlichen Erlasse sowie die Praxis der Aufsichtsbehörde in das privatrechtliche Verhältnis importiert. Damit würden sämtliche aufsichtsrechtlichen Vorgaben indirekt zu Schutznormen. Darüber hinaus könnte eine Schadenersatzpflicht sogar bei Verstössen gegen institutsinterne Weisungen und Regelwerke ausgelöst werden. Denkbar wäre beispielsweise, dass die Bank – bei Vorliegen der übrigen Haftungsvoraussetzungen – für die Gewährung von Krediten haftet, die den internen Vergaberichtlinien nicht genügen (sog. Exception-to-policy-Kredite). Dies widerspräche jedoch dem Zweck dieser Richtlinien, welche bloss institutsintern Wirkung entfalten sollen und denen keine Drittschutzfunktion zukommt.¹⁹⁴

norm handelt, lehnt LOMBARDINI eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR bei einem Verstoss dagegen ab, weil die Beurteilung, ob eine Gewährsverletzung vorliegt, nur durch die Aufsichtsbehörde vorgenommen werden kann (LOMBARDINI, Not@lex 2015, S. 46).

¹⁹¹ Siehe vorne Ziff. II.1.

¹⁹² CHAUDET, ZSR 113/1994 II, S. 38; allgemein zum ausschliesslichen Schutz von kollektiven Anlegerinteressen im Aufsichtsrecht BÜHLER, OTC-Handel, Rz. 247; MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 572 ff.; WEBER, Informationsmissbrauch, S. 21 f.; vgl. auch ZULAUF, ZSR 128/1994 II, S. 392.

¹⁹³ Ebenfalls kritisch zu Schutznormen im Aufsichtsrecht, weil dies dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung widersprechen würde BSK OR-WEBER, Art. 398 Rz. 28b.

¹⁹⁴ BGer Urteil 4C.410/1997 vom 23. Juni 1998 E. 4c = Pra 87/1998, S. 832; vgl. auch EMMENEGGER, Haftungsrisiken, S. 68.

- Im Übrigen hätte die Möglichkeit, Gewährsverstösse mittels Deliktshaftung geltend zu machen, zur Folge, dass nicht nur das Finanzinstitut selber, sondern auch andere Gewährsträger, wie etwa leitende Mitarbeiter, für ein fehlerhaftes Verhalten direkt haftbar gemacht werden könnten. Die Kunden, welchen nur mit dem Finanzinstitut in einer vertraglichen Beziehung stehen, könnten also unmittelbar Schadenersatz von den gewährsverletzenden Mitarbeitern fordern.

2. Gewähr als Beschränkung der deliktischen Haftung?

Fügt das Finanzinstitut einer Person einen Schaden zu, so wird diese u.U. versucht sein, Schadenersatz mittels ausservertraglicher Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR geltend zu machen. Damit stellt sich die Frage, ob sich der Finanzintermediär auf den Standpunkt stellen kann, die schädigende Handlung sei zum Zwecke der «Compliance» mit in- oder ausländischem Recht erfolgt. So könnte sich das Gewährserfordernis in verschiedenen Formen beschränkend auf die Deliktshaftung auswirken:

- Zunächst kann das Gewährserfordernis im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer Schutznormverletzung zu berücksichtigen sein. Ob das Gewährserfordernis einen Verstoss gegen eine Schutznorm rechtfertigen kann, lässt sich nicht abstrakt beurteilen, sondern hängt von der jeweils betroffenen Schutznorm ab. Bei Anlegerschäden kommen diesbezüglich v.a. Bestimmungen aus dem Vermögensstrafrecht in Frage.¹⁹⁵ Als gesetzlicher Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 14 StGB würde das Gewährserfordernis zwar die Strafbarkeit ausschliessen, wenn dieses das Finanzinstitut zur schädigenden Haltung anhält.¹⁹⁶ Zu beachten ist jedoch, dass nach der Lehre und Rechtsprechung eine für die Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR erforderliche Pflichtverletzung bereits gegeben ist, wenn der objektive und subjektive Tatbestand der betroffenen Strafbestimmung erfüllt sind.¹⁹⁷ Entsprechend hat das Gewährserfordernis keine Auswirkung auf die Beurteilung, ob eine strafrechtliche Schutz-

¹⁹⁵ BSK OR-KESSLER, Art. 41 Rz. 35.

¹⁹⁶ Vgl. auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, FS von der Crone, S. 737 Fn. 53, wonach die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 3 Abs. 2 BankG als gesetzlicher Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 14 StGB in Frage kommen.

¹⁹⁷ BGE 133 III 323 E. 5.2 S. 331 ff. = Pra 97/2008, S. 56 ff.; BGer Urteil 4A_21/2008 vom 13. Juni 2008 E. 3.2; HIRSCHLE/VON DER CRONE, SZW 79/2007, S. 337; VERDE, Straftatbestände als Schutznormen, Rz. 490 ff.

norm verletzt worden ist. Etwas anderes dürfte jedoch gelten, wenn mit der Deliktshaftung nach Art. 41 Abs. 1 OR eine Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB geltend gemacht wird. Gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB können Persönlichkeitsverletzung u.a. durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Anders als bei den Strafbestimmungen hat das Vorliegen eines solchen überwiegenden Interesses auch die Rechtfertigung der Schutznormverletzung zur Folge.¹⁹⁸ Im Einzelfall wäre deshalb zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben höher zu werten ist als die Persönlichkeitsrechte der geschädigten Personen. Das Bundesgericht bejahte dies etwa in Bezug auf die Geldwäschereibekämpfung und rechtfertigte so die Verdachtsmeldungen eines Finanzintermediärs an die Meldestelle für Geldwäscherei.¹⁹⁹

- Liegt eine Schutznormverletzung vor, so ist die Haftungsvoraussetzung des rechtswidrigen Verhaltens grundsätzlich erfüllt. Ausnahmsweise können jedoch Rechtfertigungsgründe die Widerrechtlichkeit entfallen lassen. So haftet gemäss Art. 52 OR nicht, wer aus Notwehr, Notstand oder Selbsthilfe handelt.²⁰⁰ Erfolgte das schädigende Verhalten, um ein Gewährsverfahren zu verhindern, ist denkbar, dass durch die Gewährbestimmung ein Notstand begründet wird. Voraussetzung ist jedoch, dass das Interesse der Bank an der Vermeidung einer Gewährsverletzung höher zu werten ist als das Rechtsgut, welches durch die schädigende Handlung geopfert wurde.²⁰¹
- Ergänzend zu Art. 52 OR wird in der Lehre postuliert, dass die Widerrechtlichkeit – in Übereinstimmung mit Art. 14 StGB – auch entfallen soll, wenn die Handlung gesetzlich geboten oder erlaubt ist.²⁰² Dies ergebe sich aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung.²⁰³ Folgt man dieser Auffassung, so dürfte eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR mangels Widerrechtlichkeit ausscheiden, wenn das

¹⁹⁸ BSK OR-KESSLER, Art. 52 Rz. 23c.

¹⁹⁹ BGer Urteil 4A_313/2008 vom 27. November 2008 E. 4.

²⁰⁰ SCHÖNENBERGER, Kurzkomentar, N 1 zu Art. 52 OR.

²⁰¹ BREHM, Berner Kommentar, N 42 zu Art. 52 OR; BSK OR-KESSLER, Art. 52 Rz. 11; a.M. MÜLLER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 20 zu Art. 52 OR, wonach Gleichwertigkeit ausreicht.

²⁰² BSK OR-KESSLER, Art. 52 Rz. 23a; ebenso wohl OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1, § 16 N 224.

²⁰³ Vgl. dazu EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Berner Kommentar, N 245 ff. zu Art. 1 ZGB; LENDI, FS Giger, S. 407 ff.

schädigende Verhalten des Finanzinstituts durch das Gewährserfordernis geboten war. Ist die Bank aufgrund ausländischer Rechtsvorschriften beispielsweise zur Offenlegung von Kundeninformationen angehalten und qualifiziert man Art. 47 BankG als Schutznorm,²⁰⁴ würde sich das Gewährserfordernis beschränkend auf die Haftung aus Delikt auswirken.

- Denkbar ist schliesslich, dass die Pflicht zur Einhaltung des Gewährserfordernisses unter Verschuldensgesichtspunkten Berücksichtigung findet. So wird in der Lehre mit Bezug auf die Strafbarkeit für die Verweigerung einer Barauszahlung postuliert, dass die Bank wegen der drohenden Strafverfolgung im Ausland nicht schuldhaft handelte.²⁰⁵ Entsprechend könnte argumentiert werden, dass es einem Finanzinstitut nicht zugemutet werden kann, sich einem Gewährsverfahren auszusetzen, weshalb eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR mangels Verschulden ausscheidet. Zu beachten ist jedoch, dass der Verschuldensbegriff im Straf- und Deliktsrecht nicht identisch ist.²⁰⁶ Da sich das Vorliegen eines Verschuldens im Deliktsrecht – im Gegensatz zum Strafrecht – nach einem objektivierten Massstab richtet, wird ein solches bei einer deliktischen Haftung eher anzunehmen sein.²⁰⁷

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass für die Berücksichtigung der Gewähr im Rahmen der Deliktshaftung verschiedene Ansatzpunkte bestehen. Mangels einschlägiger Rechtsprechung lässt sich jedoch die (ohneinzelfallabhängige) haftungsausschliessende Wirkung des Gewährserfordernisses nicht abschreiben.

²⁰⁴ Vgl. BSK BankG-STRATENWERTH, Art. 47 Rz. 1, der die Schutznormqualität von Art. 47 BankG zu bejahen scheint. Bei einer Bankgeheimnisverletzung ohne bestehendes Vertragsverhältnis zwischen der Bank und dem Geheimnisträger dürfte es jedoch naheliegender sein, eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB) anzunehmen (KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar BankG, N 380 zu Art. 47 BankG).

²⁰⁵ ZELLWEGER-GUTKNECHT, FS von der Crone, S. 738.

²⁰⁶ BGer Urteil 4C.286/2003 vom 18. Februar 2004 E. 3.1; BREHM, Berner Kommentar, N 14 zu Art. 53 OR; BSK OR-KESSLER, Art. 53 Rz. 1; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Rz. 806 und 844 f.

²⁰⁷ FISCHER, Haftpflichtkommentar, N 6 zu Art. 53 OR; HONSELL/ISENRING/KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 6 N 20; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, § 5 N 133.

VI. Gewährserfordernis und Verantwortlichkeitsrecht

Handelt es sich beim Gewährsträger um ein formelles oder materielles Organ des Finanzinstituts, kann gegen dieses eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 Abs. 1 OR geltend gemacht werden. Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob und wie sich das Gewährserfordernis auf die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit auswirkt.

1. Gewähr als Erweiterung der Haftung aus Verantwortlichkeit?

Eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit setzt neben einem Schaden, einem natürlichen sowie adäquaten Kausalzusammenhang und einem Verschulden insbesondere den Nachweis einer Pflichtverletzung des Organmitglieds voraus.²⁰⁸ Eine Gewährsverletzung kann deshalb nur dann zu einer Haftung aus Verantwortlichkeit führen, wenn es sich beim Gewährserfordernis um eine haftungsbegründende Pflicht des Organmitglieds handelt.

Unbestritten ist, dass als haftungsbegründende Pflichten sämtliche aktienrechtlichen Pflichten in Frage kommen, die sich aus den Statuten, internen Reglementen oder dem Gesetz ergeben.²⁰⁹ Für Organmitglieder von Banken wird postuliert, dass zusätzlich die spezifischen Pflichten des Bankengesetzes relevant seien.²¹⁰ Dieser Auffassung ist das Bundesgericht mit Bezug auf die Gewähr im Fall «Biber» nicht gefolgt, als es feststellte, dass eine Gewährsverletzung keine zivilrechtliche Verantwortlichkeit begründet.²¹¹ Diesem Ergebnis ist vor allem deshalb zuzustimmen, weil das Gewährser-

²⁰⁸ BGE 132 III 342 E. 4.1 S. 349; 132 III 564 E. 4.2 S. 572; BGer Urteil 4A_393/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37 N 2 ff.

²⁰⁹ BGE 110 II 391 E. 2 S. 394; HGer ZH, Urteil HG120120 vom 20. Oktober 2014 E. 4.4.1.2; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, S. 339; KÄLIN, AJP 2016, S. 141.

²¹⁰ Botschaft Änderung BankG, BBl 2002, S. 8106; vgl. auch KGer GL, Urteil ZG.2010.00646 vom 19. März 2015 E. 17; BSK BankG-BERTSCHINGER, Art. 39 Rz. 18; VON BÜREN, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, S. 84 f.

²¹¹ BGer Urteil 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 8d; a.M. ZOBL, Kommentar BankG, N 12 zu Art. 39 BankG, wonach eine Gewährsverletzung gleichzeitig eine Sorgfaltpflichtverletzung nach Art. 717 Abs. 1 OR begründe; kritisch zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen wegen Gewährsverletzungen dagegen BÄRTSCHI, Haftpflichtkommentar, N 30 Fn. 36 zu Art. 39 BankG. Von einer Trennung des Zivil- und Aufsichtsrechts dürfte auch GERHARD, SZW 88/2016, S. 265, ausgehen, indem er festhält, dass sich Verwaltungsratsmitglieder in einem Aufsichtsverfahren nicht auf die Business Judgment Rule berufen können.

fordernis nicht unmittelbar eine Pflicht der Organmitglieder darstellt. So können mittels aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nur Verstösse gegen Pflichten geltend gemacht werden, die dem Organ bzw. dessen einzelmem Mitglied zugewiesen sind.²¹² Das Gewährserfordernis aber richtet sich als aufsichtsrechtliche Bewilligungsvoraussetzung in erster Linie an das Finanzinstitut.²¹³

Zu beachten ist zudem, dass ein geschädigter Aktionär oder Gläubiger mittels Verantwortlichkeitsklage von einem Mitglied vom Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung nur Ersatz für einen direkten Schaden geltend machen kann, wenn die verletzte Pflicht ihrem Zweck nach vor derartigen Schäden des Aktionärs bzw. Gläubigers schützen soll.²¹⁴ Nach dem Gesagten ist das Gewährserfordernis aber gerade keine Schutznorm.²¹⁵

2. Gewähr als Konkretisierung der Haftung aus Verantwortlichkeit?

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll das Gewährserfordernis bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit jedoch nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Vielmehr dient es der Konkretisierung des Verschuldensmassstabs. Denn die Qualifikation als Gewährsträger im Rahmen der Prüfung des Verschuldens hat nach dem Bundesgericht zur Folge, dass erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Organmitglieds gestellt werden dürfen.²¹⁶ Dies ergibt sich aus dem bei einer Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR massgeblichen, objektivierten Verschuldensmassstab.²¹⁷ So beurteilt sich das Verschulden anhand eines Vergleichs zum Verhalten eines abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Organmitglieds in der konkreten Situation.²¹⁸ Dabei kann von besonders qualifizierten Personen ein

²¹² GRAF, Gesellschaftsorgane, Rz. 657 ff.

²¹³ BÜHLER, SJZ 110/2014, S. 29.

²¹⁴ BGE 132 III 564 E. 3.2.3 S. 570 f.; 141 III 112 E. 5.2.3 S. 117; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rz. 87; KNOBLOCH, Durchsetzung von Aktionärsrechten, S. 184; BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 Rz. 23 f.

²¹⁵ Siehe dazu vorne Ziff. V.1b.

²¹⁶ BGer Urteil 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.2.1; KGer GL, Urteil ZG.2010.00646 vom 19. März 2015 E. 17; a.M. BSK BankG-BERTSCHINGER, Art. 39 Rz. 19.

²¹⁷ BGer Urteil 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 8.1; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 12 N 23.

²¹⁸ BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; BGer Urteil 4C.358/2006 vom 12. Februar 2007 E. 5.6; BGer Urteil 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 13 N 575.

höheres Mass an Sorgfalt erwartet werden.²¹⁹ Darf ein Finanzinstitut gemäss den aufsichtsrechtlichen Vorschriften nur Organmitglieder haben, die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten, so kann sich dies entsprechend haftungsverschärfend auf deren Verantwortlichkeit auswirken.

3. Gewähr als Beschränkung der Haftung aus Verantwortlichkeit?

Schliesslich kann es vorkommen, dass sich die aktienrechtlichen Pflichten der Organmitglieder und die Anforderungen aus der Gewähr entgegenstellen. Insbesondere kann es Situationen geben, in denen das Organmitglied privatrechtlich zum Handeln im Interesse der Gesellschaft verpflichtet ist,²²⁰ dies jedoch nicht notwendigerweise mit dem aufsichtsrechtlichen Gläubiger-, Anleger- oder Funktionsschutz vereinbar ist. So stellte die EBK im Fall «Think Tools» eine Gewährsverletzung aufgrund zu hoher Eigenzuteilungen fest, obwohl die Organe aus Sicht der Bank gewinnmaximierend handelten.²²¹

Besteht ein Konflikt zwischen den aktienrechtlichen Pflichten und dem Gewährserfordernis, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese zueinanderstehen. Für die Bestimmungen des BankG wird in Rechtsprechung und Lehre explizit festgehalten, dass diese die allgemeineren Vorschriften des OR verdrängen.²²² Entsprechend wird postuliert, dass das bankenrechtliche Gewährserfordernis den aktienrechtlichen Pflichten vorgeht.²²³ Dasselbe dürfte auch für das börsengesetzliche Gewährserfordernis in Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG gelten.²²⁴ Geht das Gewährserfordernis den aktienrechtlichen Pflichten vor, so beschränkt es die privatrechtlichen Pflichten und damit auch die Haftung der Organmitglieder.

²¹⁹ FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rz. 306; BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 754 Rz. 32.

²²⁰ BGE 130 III 213 E. 2.2.2 S. 219; 139 III 24 E. 3.2 S. 26; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 4 N 240.

²²¹ EBK-Bulletin 45/2003, S. 164; vgl. dazu auch vorne Ziff. II.4.

²²² BGE 97 II 403 E. 1b S. 408; EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, S. 196 f.; NOBEL, FS Kleiner, S. 172.

²²³ HUBER, Qualifizierte Beteiligungen, S. 49.

²²⁴ Vgl. auch FINMA, Anhörungsbericht zu E-FINMA-RS 2017/1, E-FINMA-RS 2008/21 und E-FINMA-RS 2010/1, S. 7.

VII. Schluss

Die Betrachtung der Auswirkungen des Gewährserfordernisses auf das Privatrecht ergibt kein eindeutiges Bild. Je nach Haftungstatbestand und Anwendungsfall kommt dieser aufsichtsrechtlichen Grundnorm eine andere Bedeutung zu. Dabei ist grundsätzlich zwischen der Funktion des Gewährserfordernisses als mögliche Haftungserweiterung, Haftungskonkretisierung und Haftungsbeschränkung zu unterscheiden:

- Zunächst hat sich gezeigt, dass die Gewährsbestimmungen in der Regel nicht zu einer Erweiterung der Pflichten führen, deren Verletzung mittels einer Haftung aus Vertrag, Delikt oder Verantwortlichkeit geltend gemacht werden kann. Dies erscheint sachgerecht, weil es sich beim Gewährserfordernis um eine prudentielle Pflicht handelt.²²⁵ Ist das Gewährserfordernis eine Bewilligungsvoraussetzung und keine Verhaltenspflicht gegenüber dem Kunden, ist es folgerichtig, dass ein Gewährsverstoß keine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Kunden begründet.
- Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Gewährspraxis unter dem Titel der systematischen Auslegung zur Konkretisierung paralleler privatrechtlicher Pflichten beigezogen werden kann. Allerdings werden die entsprechenden Voraussetzungen selten erfüllt sein. Da die Gewähr eine Bewilligungsvoraussetzung ist und als solche nicht dem Schutz individueller Anleger dient, wird es in der Regel an der notwendigen Parallelität des aufsichts- und zivilrechtlichen Regelungszweckes fehlen.
- Ausnahmsweise kann das Gewährserfordernis eine Beschränkung privatrechtlicher Pflichten indizieren. Insbesondere kann eine Durchsetzung vertraglicher Ansprüche gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, wenn deren Erfüllung die Bank dem Risiko einer Gewährsverletzung aussetzt. Insoweit kann eine Haftung des Finanzinstituts ausgeschlossen sein, wenn dieses belegen kann, dass das vertrags- bzw. pflichtwidrige Verhalten durch das Gewährserfordernis geboten war.

Letzteres Ergebnis anerkennt, dass Finanzinstitute in einem doppelten Pflichtenexus stehen,²²⁶ und steht im Einklang mit der Tendenz, Finanzinstituten die gleichzeitige Erfüllung ihrer aufsichts- und zivilrechtlichen Pflichten zu erleichtern. So können der Bank nach der jüngsten Rechtspre-

²²⁵ BOHRER, *GesKR* 2014, S. 319; MAURENBRECHER, FS von der Crone, S. 558.

²²⁶ Siehe dazu hiervor Ziff. IV.1c.

chung des Bundesverwaltungsgerichts gestützt auf das Gewährserfordernis keine über das Zivilrecht hinausgehenden Pflichten zum Schutz des Kunden auferlegt werden.²²⁷ Ebenfalls der Bewältigung des doppelten Pflichtenexus dient die vom Ständerat in den parlamentarischen Beratungen zum FIDLEG eingeführte einseitige Koordinationsvorschrift von Art. 8 Abs. 1 E-FIDLEG (S). Tritt diese in der vom Ständerat beschlossenen Fassung in Kraft, wird eine privatrechtliche Pflicht als erfüllt gelten, sofern eine entsprechende Verhaltensregel im Aufsichtsrecht besteht und diese eingehalten wird.

Sowohl der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts als auch Art. 8 E-FIDLEG (S) werfen eine Reihe von Fragen auf, deren Beantwortung den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen würde. Sie zeigen aber, dass eine sinnvolle Regelung des Verhältnisses von Aufsichtsrecht und Privatrecht ansteht. Der entsprechende Klärungsbedarf ist mit der zunehmenden regulatorischen Erfassung des Bank-Kunden-Verhältnisses über die letzten Jahrzehnte gewachsen und wird mit der bevorstehenden Verankerung eines Katalogs von Verhaltensregeln im FIDLEG dringend.

²²⁷ BVGer Urteil B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 E. 4.2.3.1; siehe dazu auch vorne Ziff. IV.1b.

Literaturverzeichnis

- ABEGG PHILIPP/GEISSBÜHLER ALEX/HAEFELI KURT/HUGGENBERGER ERIC, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Fachleute, 3. Aufl., Zürich 2012.
- ABEGGLEN SANDRO, Börsenblasen, übertriebene Performance-Ansprüche und Finanzmarktrecht, in: recht 2004, S. 223 ff.
- AELLEN MARCEL LIVIO, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Diss. Bern 1990.
- AEPLI VIKTOR, Art. 119 OR, in: Peter Gauch (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligation, Art. 114-126 OR, Band V/1h, 3. Aufl., Zürich 1991.
- ANDERMATT ADRIAN, Die transaktionsorientierte Anlageberatung unter dem neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), in: GesKR 2017, S. 75 ff.
- APPENZELER HANSJÜRG, Art. 14 VAG, in: Peter Ch. Hsu/Eric Stupp (Hrsg.), Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2013.
- BAUMANN MAX, Art. 2 ZGB, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Band I/1, 3. Aufl., Zürich 1998.
- BÄRTSCHI HARALD, Finanzmarktregulierung im Fluss, in: SZW 86/2014, S. 459 ff.
- Art. 39 BankG, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016.
- BAUMGARTEN MARK-OLIVER/BURCKHARDT PETER/ROESCH ALEXANDER, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, in: AJP 2006, S. 169 ff.
- BERTSCHINGER URS, Art. 39 BankG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013.
- BIANCHI FRANÇOIS/GRANO SARO, Art. 14 KAG, in: René Bösch/François Rayroux/Christoph Winzeler/Eric Stupp (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kollektivanzlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2016.
- BISCHOF ELIAS, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Diss. Basel 2016.
- BLÖCHLINGER CHRISTOPH, Reputationsschutz im schweizerischen Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2009.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- BÖSCH RENÉ, Art. 35 FINMAG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011.
- BOHRER ANDREAS, Aktienzuteilungen beim Börsengang, Privatrechtliche und regulatorische Aspekte, in: ST 2004, S. 651 ff.
- Finanzmarkt-Enforcement 3.0, in: GesKR 2014, S. 318 ff.
- BOVET CHRISTIAN/HÉRITIER LACHAT ANNE, La garantie d'une activité irréprochable, in: Christian Bovet (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht, Surveillance des marchés financiers, Basel 2016, S. 165 ff.
- BRAIDI GUILLAUME, L'individu en droit de la surveillance financière, Diss. Freiburg 2016.

- BREHM ROLAND, Art. 41, 52, 53 OR, in: Heinz Hausherr/Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Band VI/1/3/1, 4. Aufl., Bern 2013.
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BÜHLER CHRISTOPH B., Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, in: SJZ 110/2014, S. 25 ff.
- «Suitability & Appropriateness», Was ist wirklich neu?, Neue aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln für die Erbringung von Finanzdienstleistungen nach dem EFIDLEG 2015, in: GesKR 2016, S. 1 ff.
- BÜHLER SIMON, OTC-Handel mit nicht kotierten Aktien, Diss. Zürich 2016.
- BÜHLER SIMON/VON DER CRONE HANS CASPAR, Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 139 II 279 i. S. X. (Beschwerdeführer) gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Beschwerdegegnerin), in: SZW 85/2013, S. 563 ff.
- BURG BENEDICT, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung, Diss. Zürich 2012.
- CHAUDET FRANCOIS, L'obligation de diligence du banquier en droit privé, in: ZSR 113/1994 II, S. 1 ff.
- DE CAPITANI WERNER, Kommentar zum GwG, in: Niklaus Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band 2, Zürich 2002, S. 519 ff.
- DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Aufl., Diss. Freiburg 1990.
- DU PASQUIER SHELBY R./FISCHER PHILIPP, Cross-border financial services in and from Switzerland, in: GesKR 2010, S. 436 ff.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011.
- EMMENEGGER SUSAN, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Habil. Bern 2004.
- Haftungsrisiken bei Immobiliarkrediten, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Schweizerische Bankrechtstagung 2012, Basel 2012, S. 39 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA/FRITSCHI MIRJAM, Sind Bankverträge über ungesteuerte Vermögenswerte gültig?, in: Jusletter vom 31. August 2015.
- EMMENEGGER SUSAN/GOOD RAHEL, Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: Rolf Sethe/Thorsten Hens/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 85 ff.
- Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Schweizerische Bankrechtstagung 2015, Basel 2015, S. 33 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC, Das schweizerische Bankprivatrecht 2010-2011/ Le droit bancaire privé suisse 2010-2011, in: SZW 83/2011, S. 372 ff.

- Das schweizerische Bankprivatrecht 2014-2015/Le droit bancaire privé suisse 2014-2015, in: SZW 87/2015, S. 386 ff.
 - Das schweizerische Bankprivatrecht 2016/Le droit bancaire privé suisse 2016, in: SZW 89/2017, S. 210 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHEPENSCHER AXEL, Art. 1 ZGB, in: Heinz Hausherr/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Band I/1, Bern 2012.
- ENDER TIFFANY/VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Risiken des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus dem Blickwinkel des schweizerischen Aufsichtsrechts, Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 11.1.2010, in: SZW 82/2010, S. 506 ff.
- FAVRE OLIVIER, Banken, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Hänner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 31 ff.
- FELLMANN WALTER, Art. 397, 398 OR, in: Heinz Hausherr (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Band VI/2/4, Bern 1992.
- FISCHER WILLI, Art. 53 OR, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016.
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl., Zürich 1987.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012.
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2005.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GERHARD FRANK, Business Judgment Rule und Rechtsrisiken, in: SZW 88/2016, S. 254 ff.
- GERICKE DIETER, Funktioniert der Rechtsstaat im Kapitalmarkt, in: Hans Caspar von der Crone/Peter Forstmoser/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zürich 2004, S. 359 ff.
- GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, Art. 754 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016.
- GRAF DAMIAN K., Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Habil. Zürich/St. Gallen 2016.
- HANSLIN MARC, Markt- und Kursmanipulation, Art. 143 und Art. 155 FinfraG sowie Art. 122 ff. FinfraV, Diss. Zürich 2016.

- HAURI KURT, Der Einfluss des öffentlichen Rechts auf das private Bankrecht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Berner Bankrechtstag 1999, Bern 1999, S. 1 ff.
- HAUSHERR HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Art. 2 ZGB, in: Heinz Hausherr/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Band I/1, Bern 2012.
- HAUSHERR HEINZ/JAUN MANUEL, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003.
- HEIERLI CHRISTIAN, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Unter Berücksichtigung der Instrumente des Einziehungsrechts, Diss. Zürich 2012.
- HEINZER BORIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client, Diss. Lausanne, Basel 2001.
- HETTICH PETER, Handlungsformen, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 823 ff.
- HIRSCH ALAIN, La garantie d'une activité irréprochable: l'évolution de la pratique, in: EBK-Bulletin 50/2007, S. 29 ff.
- HIRSCHLE MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Zivilrechtliche Haftung für fahrlässig begangene Geldwäschereihandlungen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.386/2006 (BGE 133 III 323) vom 18. April 2007 i.S. Bank X. (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen Bank Y. (Beklagte und Berufungsbeklagte), in: SZW 79/2007, S. 330 ff.
- HONSELL HEINRICH, Art. 2 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014.
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- HSU PETER CH./BAHAR RASHID/FLÜHMANN DANIEL, Art. 33 FINMAG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011.
- HUBER EUGEN, Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen ZGB, Band II, 2. Aufl., Bern 1914.
- HUBER THOMAS, Qualifizierte Beteiligungen von Private-Equity-Vehikeln an Schweizer Banken im Lichte des Bankenaufsichtsrechts, Zürich 2014.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.
- HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, Art. 19/20 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- HUWILER BRUNO, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: Zur Gesetzgebungsgeschichte des Art. 2 ZGB, in: Bruno Schmidlin (Hrsg.), Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft 16 zu ZSR 1994, S. 57 ff.

- KÄLIN OLIVER, Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und *clausula rebus sic stantibus*, in: *recht* 2004, S. 246 ff.
- Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, in: *AJP* 2016, S. 135 ff.
- KESSLER MARTIN A., Art. 41, 52, 53 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6. Aufl., Basel 2015.
- KILGUS SABINE, *Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht*, Habil. Zürich/St. Gallen 2007.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE, Art. 3 BankG, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, 23. Aufl., Zürich 2015.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE/WINZELER CHRISTOPH, Art. 47 BankG, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, 23. Aufl., Zürich 2015.
- KNOBLOCH STEFAN, *Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten*, Habil. Zürich 2011.
- KRAMER ERNST A., Art. 19/20 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR*, Band VI/1/2/1a, Bern 1991.
- *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., Bern 2016.
- LANZ RAPHAEL, *Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Bern 2000.
- LENDI MARTIN, *Die Wiederentdeckung der Einheit der Rechtsordnung*, in: Walter Habscheid/Hans-Joachim Hoffmann-Nowotny/Willy Linder/Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), *Freiheit und Zwang, Festschrift für Hans Giger*, Bern 1989, S. 407 ff.
- LOMBARDINI CARLO, *Banques et clients en situation fiscale irrégulière: un état des lieux*, in: *Not@lex* 2015, S. 33 ff.
- MARGIOTTA ADRIANO, *Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranken eines bankkonzern-internen Informationsflusses?*, Diss. Zürich 2002.
- MATTHEY SYLVAIN, *La conformité fiscale, nouveau parameter de diligence?*, in: Christine Kaddous/Sylvain Matthey (Hrsg.), *Services financiers: Suisse et Union européenne*, Genf/Zürich/Paris 2016, S. 193 ff.
- MAURENBRECHER BENEDIKT, *Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften*, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, S. 551 ff.
- MAURENBRECHER BENEDIKT/KRAMER STEFAN, Art. 3f BankG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, 2. Aufl., Basel 2013.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, *Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10)*, 3. Aufl., Zürich 1979.
- MIDDENDORF PATRICK/GROB BEATRICE, Art. 2 ZGB, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und*

- Familienrecht sowie Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB und PartG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- MISTELI JONAS, Dividenden-Stripping, Diss. St. Gallen, Bern 2001.
- MISTELI CHRISTOPHE, La responsabilité pour le dommage purement économique, Diss. Lausanne, Zürich 1999.
- MONSCH MARTIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Verfassungsrechtliche Erwägungen zu Informationsverboten der Finanzmarktaufsicht, Bundesgerichtsurteil 2C_1058/2014 vom 28. August 2015, zur Publikation vorgesehen, in: SZW 87/2015, S. 651 ff.
- MÜLLER BERNHARD, Die Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission, in: EBK (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 281 ff.
- MÜLLER CHRISTOPH, Art. 52 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich 2014.
- NOBEL PETER, Bemerkungen zum Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht im Bankbereich, in: Francois Dessemontet/Paul Piotet (Hrsg.), Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, S. 235 ff.
- Einführung und Überblick, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1993, S. 9 f.
 - Aktienrechtsreform und Banken, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 169 ff.
 - Sanktionen gemäss FINMAG, in: GesKR 2009, S. 59 ff.
 - Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010.
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987.
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995.
- PORTMANN WOLFGANG, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Habil. Zürich 1996.
- PROBST THOMAS, Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, in: Jusletter vom 24. April 2017.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008.
- RHINOW RENÉ A./BAYERDÖRFER MANFRED, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel 1990.
- ROBERTO VITO/RICKENBACH JENNIFER, Was ist eine Schutznorm?, in: ZSR 131/2012 I, S. 185 ff.
- ROMERIO FLAVIO/IVELL KATRIN, Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Schweizerische Bankrechtstagung 2015, Basel 2015, S. 141 ff.

- RÜEDI PASCAL, Zeitungsartikel als Instrument zur Finanzmarktaufsicht? – Einordnung und Überprüfung eines Zeitungsartikels der FINMA zum US-Steuerprogramm, in: AJP 2015, S. 77 ff.
- SCHALLER JEAN-MARC, Finanzanalysten-Recht, Diss. Zürich 2004.
- Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich 2013.
- SCHLEIFFER PATRICK/SCHÄRLI PATRICK, Ein Überblick über das künftige Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, in: GesKR 2014, S. 334 ff.
- SCHÖNENBERGER BEAT, Art. 52 OR, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Basel 2014.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl., Bern 2016.
- SETHE ROLF, Aufsichtsrecht, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, 2. Aufl., Basel 2016, § 5.
- SETHE ROLF/FAHRLÄNDER LUKAS, Vor Art. 142 FinfraG, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz, Zürich/Basel/Genf 2017.
- SETHE ROLF/HÄRTNER STEFAN, Informations- und Beratungspflichten, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, 2. Aufl., Basel 2016, § 27.
- STÖCKLI BEAT, Die Organisation von Banken, Diss. Zürich 2008.
- STÖCKLI BEAT/GEHRIG MARCO, Rechtliche Risiken bei Banken, in: ST 2010, S. 606 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Art. 47 BankG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013.
- TAUPITZ JOCHEN, Die Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens nach Schweizerischem Obligationenrecht, in: ZBJV 129/1993, S. 671 ff.
- UHLMANN FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, in: SZW 83/2011, S. 437 ff.
- Überstrapazierte Gewährsklausel in der Finanzmarktregulierung, in: NZZ Nr. 96 vom 26. April 2013, S. 23.
- VERDE MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss. Luzern, Zürich 2014.
- Haftungsbegründung anhand strafrechtlicher Schutznormen, in: HAVE 2016, S. 141 ff.
- VON BÜREN ROLAND, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates von Banken, in: Rolf H. Weber/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, S. 63 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/NÄNNI MATTHIAS/SIBBERN ERIC, Bankaufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Aspekte von IPOs, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel 2006, S. 141 ff.
- WEBER MARTIN KARL, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt, Diss. Luzern, Zürich 2013.
- WEBER ROLF H., Art. 97 OR, in: Heinz Hausherr (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Band VI/1/5, Bern 2000.

- Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, in: SJZ 109/2013, S. 405 ff.
- Art. 398 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- WEBER ROLF H./GEIGER HANS/BREINING-KAUFMANN CHRISTINE/SCHMITZ RONNIE/TROTT ANSELM S., Integrierte Finanzmarktaufsicht, Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts, Zürich/Basel/Genf 2006.
- WERLEN THOMAS, Konzeptionelle Grundlagen des schweizerischen Kapitalmarktrechts, Diss. Zürich 1994.
- WICKI JODOK, Market Making und Kurspflege kotierter eigener Aktien durch Effekthändler, Diss. Zürich 2001.
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 97, 119 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- WINZELER CHRISTOPH, Art. 5, 7 FINMAG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011.
- Art. 3 BankG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013.
- Das «Einfallstor» der Finanzmarktregulierung, Ständige Bewilligungsvoraussetzung einer Bank, insbesondere die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, in: ZSR 132/2013 I, S. 437 ff.
- WYSS ALEXANDER, Verhaltensregeln für Effekthändler, Diss. Zürich 2000.
- WYSS RALPH, Art. 14 GwG, in: Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Dave Zollinger/Mark van Thiel (Hrsg.), Kommentar zum Geldwäschereigesetz, 2. Aufl., Zürich 2009.
- ZELLER ERNST, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Diss. Zürich 1981.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldefizitären Kundengeldern – ein Update, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chennaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, S. 721 ff.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE/BUCHER EUGEN, Einl. vor Art. 1 ff. OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015.
- ZOBL DIETER, Art. 39 BankG, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 23. Aufl., Zürich 2015.
- ZOBL DIETER/ARPAGAU RETO, Aktuelle Probleme des Primärmarktes, in: SZW 67/1995, S. 244 ff.
- ZOBL DIETER/BANZ Oliver, Art. 11 BEHG im Kontext des europäischen und schweizerischen Finanzdienstleistungsrechts, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, S. 621 ff.

- ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004.
- ZUBERBÜHLER DANIEL, Das Verhältnis zwischen der Bankenaufsicht, insbesondere der Überwachung der einwandfreien Geschäftstätigkeit und der neuen Sorgfaltspflichtvereinbarung, in: WuR 1987, S. 167 ff.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière, in: ZSR 123/2004 II, S. 479 ff.
- ZULAUF URS, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, in: ZSR 128/1994 II, S. 359 ff.
- Gewähr im Gericht, in: FINMA-Sonderbulletin 2/2013, S. 8 ff.
- ZULAUF URS/ROHNER URS/CERUTTI ROMEO, Unversteuerte Bankkundengelder – was tun?, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chennaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, S. 735 ff.
- ZULAUF URS/WYSS DAVID/TANNER KATHRIN/KÄHR MICHEL/FRITSCHÉ CLAUDIA M./EYMANN PATRIC/AMMANN FRITZ, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014.

Materialien

- Beschluss des Ständerates zum Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 14. Dezember 2016, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2015/20150073/S11%20D.pdf>>.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970, BBl 1970 I, S. 1144 ff.
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002, S. 8060 ff.
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006, S. 2829 ff.
- Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz vom 3. September 2014, BBl 2014, S. 7483 ff.
- Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, S. 8901 ff.
- Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG), BBl 2015, S. 9093 ff.
- FINMA, Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 22. Oktober 2010.
- FINMA, Medienmitteilung «FINMA rügt Bank Coop wegen Marktmanipulation» vom 29. Oktober 2014.
- FINMA, Bericht «Devisenhandelsgeschäfte der UBS AG» vom 12. November 2014.
- FINMA, Enforcementbericht 2014 vom 24. Februar 2015.
- FINMA, Enforcementbericht 2015 vom 7. April 2016.

FINMA, Bericht über die Anhörung vom 1. März 2016 bis zum 13. April 2016 zu den Entwürfen der Rundschreiben FINMA-RS 2017/1 «Corporate Governance – Banken», FINMA-RS 2008/21 «Operationelle Risiken – Banken» und FINMA-RS 2010/1 «Vergütungssysteme» vom 22. September 2016.

FINMA, Häufig gestellte Fragen (FAQ), Fragen und Antworten rund um den Gewährsbrief, zuletzt geändert am 8. November 2016.

EBK, Bericht über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht über die Banken, Effekthändler, Fondsleitungen («Institutsaufsicht») und in der Überwachung der Märkte hinsichtlich Insiderdelikten, Kursmanipulationen und anderen Marktverhaltensregeln («Marktaufsicht») im Hinblick auf die Neugestaltung der Finanzmarktaufsicht in der Schweiz vom April 2003.

Fidleg und das Vertragsrecht: Impulsreferate

Die wechselseitige Beziehung zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht hat neue Dimensionen erreicht, seit die Verhaltenspflichten im Hinblick auf die Kundenbeziehung zu einem zentralen regulatorischen Thema avanciert sind.

Diese Entwicklung gab den Anstoss für die Idee, anlässlich der Bankrechtstagung das Fidleg mit einer obligationenrechtlichen Brille zu lesen und die Erkenntnisse anhand von Impulsreferaten vorzustellen. Das Panel, bestehend aus Mirjam Eggen, Susan Emmenegger, Jörg Schmid, Rolf Sethe, Hubert Stöckli, Luc Thévenoz und Rolf H. Weber, hat im Vorfeld zur Tagung einem Workshop über das Thema «Fidleg aus Sicht des Privatrechts» abgehalten. Anschliessend wurden diejenigen Themenbereiche, die uns besonders interessant schienen, auf die einzelnen ReferentInnen verteilt.

Die nachfolgenden Beiträge enthalten die Impulsreferate, wie sie anlässlich der Bankrechtstagung gehalten wurden. Den ReferentInnen stand es frei, die Beiträge als Abschrift der mündlichen Tagungsreferate oder als erweiterten Schriftbeitrag im Tagungsband zu publizieren. Ich danke den Kolleginnen und Kollegen für einen spannenden Workshop und die daraus resultierenden Impulsreferate.

Susan Emmenegger

Fidleg und das Vertragsrecht: Eine Einführung

Susan Emmenegger*

Wenn das Finanzdienstleistungsgesetz dereinst geltendes Recht wird, betritt es keinen rechtsleeren Raum, sondern es trifft auf ein Zivilrecht, genauer: auf ein Auftragsrecht, das über hundert Jahre Zeit hatte, um sich den heutigen Feinschliff zu verpassen. Mit dem Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte, *im Interesse* der Auftraggeberin tätig zu sein.¹ Im *Ergebnis* resultieren daraus Verhaltenspflichten, die wir gemeinhin als Anlegerschutz wahrnehmen.

Die Finanzkrise hat gewisse Lücken und Vollzugsdefizite des privaten Bankrechts auf die politische Bewusstseinssebene gehoben. Diese Funktionsschwäche des Privatrechts sollte durch ein genuines Anlegerschutzgesetz aufgefangen werden: Regeln für die Beziehung zu Kundinnen und Kunden, aber zwingend und von Amtes wegen durchgesetzt. Diese Auffangfunktion des Fidleg bewirkt, dass zahlreiche Fidleg-Bestimmungen sich vom Inhalt her nicht von Bestimmungen unterscheiden, die herkömmlicherweise im Obligationenrecht verankert sind.

Wie soll nun das Vertragsrecht auf die aufsichtsrechtliche Parallelordnung reagieren? Will man hier eine Willkommenskultur pflegen, verlangt man die Assimilierung, oder ruft man zum Mauerbau auf? Anders gesagt: Was bedeutet das Fidleg für den Bankvertrag? Das ist das Thema der Impulsreferate, die im Anschluss an die Einführung gehalten werden.

Die Sichtweise auf diese Themen ist naturgemäss geprägt von der allgemeinen Verhältnisfrage zwischen dem Fidleg und dem Vertragsrecht, denen ich mich nachfolgend widme.

* Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, LL.M., Direktorin des Instituts für Bankrecht, Universität Bern. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung eines mündlichen Referats.

¹ BGE 122 III 361 ff.

I. Allgemeine Ausführungen zum Verhältnis zwischen Fidleg und Zivilrecht

1. Ausstrahlungswirkung (Botschaft Bundesrat)

Der Bundesrat ist in der Botschaft von der sogenannten Ausstrahlungswirkung des Fidleg ausgegangen. Das bedeutet: Zivilrecht und Aufsichtsrecht bleiben getrennt, aber die Zivilgerichte beachten das Fidleg bei der Auslegung des Privatrechts. Die Stichworte in der Botschaft lauteten: *keine Doppelnormen. Konkretisierung der privatrechtlichen Vorschriften*. Und eben: *Ausstrahlungswirkung*.² Die Ausstrahlungswirkung besagt im Kern: Die Regeln des Fidleg gelten *vermutungsweise* als angemessene Lösungen auch für das Privatrecht. Wo aber das Privatrecht aufgrund des Wortlauts seiner Normen, seiner Historie, Systematik oder Zielsetzung – kurz: seiner "DNA" – eine andere Lösung verlangt, so gilt diese andere Lösung.

2. Vorrang des Aufsichtsrechts (Version Ständerat)

Der Ständerat hat im Dezember 2016 im Fidleg eine ausdrückliche Koordinationsregelung eingefügt, und zwar in Art. 8 Fidleg. Auf den ersten Satz von Art. 8 Abs. 1 ("Finanzdienstleister müssen beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach diesem Titel befolgen") folgt der zweite: "Soweit diese bestehen und erfüllt werden, sind auch identische zivilrechtliche Pflichten erfüllt."

a) Begründung des Berichterstatters

Zur Koordinationsregel in Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg führte der Berichterstatter der WAK-S Folgendes aus:

"Die WAK hat sich intensiv mit dem Verhältnis der neuen aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln zum Zivilrecht auseinandergesetzt. Wir haben entschieden, in Artikel 8 Absatz 1 Fidleg ein sogenanntes *Doppelnormkonzept* einzuführen. Das Konzept der Doppelnorm besteht darin, dass die Verhaltensregeln des Aufsichtsrechts auch im Zivilrecht gelten. Wer eine bestimmte Verhaltensregel nach Fidleg einhält, erfüllt damit auch die entsprechende zivilrechtliche Pflicht. Damit ergibt sich ein harmonisierter Rechtszustand. Mit Blick auf die vorliegenden interessierenden

² Botschaft Fidleg, BBl 2015, 8901, 8921.

Informations- und Sorgfaltspflichten besteht an sich im *Zivil- und im Aufsichtsrecht ein vergleichbares Schutzniveau*. Mit der Formulierung von Artikel 8 Absatz 1 Fidleg wird ein *Safe Harbor angestrebt*. Es ist jedoch nicht so, dass bei einer Verletzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften automatisch auch zivilrechtlich eine Haftung eintreten wird. [...]"³

Beim Kommentar des Berichterstatters der WAK-Ständerat fallen folgende Stichworte auf: "Doppelnormkonzept", "Safe Harbor", und "vergleichbares Schutzniveau".

b) Begründung im Einzelnen

aa) Doppelnorm

Was die Doppelnorm angeht, so wird dieses Stichwort kaum nachhaltig sein, weil Art. 8 E-Fidleg keine Doppelnormen einführt. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg führt gemäss seinem Wortlaut eine *Deutungshoheit des Aufsichtsrechts* ein, aber nur, wenn es um die Pflichterfüllung geht. Das ist eine einseitige Bindungswirkung. Es war auch explizit der Wunsch der WAK-S, dass eine aufsichtsrechtliche Pflichtverletzung keine automatische zivilrechtliche Pflichtverletzung auslöst. Mit einer Doppelnorm kann man diese Einseitigkeit nicht erreichen. Mit der Doppelnorm sind Pflichterfüllung und Pflichtverletzung gleichgeschaltet. Es gibt nur alles, oder nichts.

Es ist nicht ausgeschlossen und sogar wahrscheinlich, dass die Zivilgerichte bei der Auslegung des Fidleg zum Ergebnis kommen, dass einzelne Normen als Doppelnormen zu qualifizieren sind. Dann allerdings wird auch die Pflichtverletzung automatisch als zivilrechtliche Pflichtverletzung gelten. Die Zivilgerichte werden deshalb bei der Qualifikation als Doppelnorm behutsam vorgehen.

bb) Safe Harbor

Das Stichwort Safe Harbor erklärt die *Zielsetzung*, die man mit Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg verfolgt. Man will für die Finanzdienstleister Rechtssicherheit schaffen. Unterschiedliche Anforderungen seitens des Aufsichtsrechts und des Zivilrechts sollen vermieden werden.

³ Amtl. Bull. SR 2016, 21 f.

cc) Vergleichbares Schutzniveau

Das dritte Stichwort lautet: Vergleichbares Schutzniveau. Darin liegt die *Grundbedingung* für den Vorrang des Aufsichtsrechts gegenüber dem Zivilrecht. Das bedeutet aber auch: Wo das Fidleg kein mit dem Privatrecht vergleichbares Schutzniveau erreicht, fehlt die Rechtfertigung für den Vorrang des Aufsichtsrechts.

II. Das Problem mit dem Vorrang des Aufsichtsrechts

1. Problem Nr. 1: Widersprüchliche Anwendungsvoraussetzungen

Mit Blick auf das vergleichbare Schutzniveau im Zivilrecht und Aufsichtsrecht zeigt sich aber bereits das erste Problem im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg. Die Norm ist in sich widersprüchlich:

- Die Grundbedingung für den Vorrang des Aufsichtsrechts ist, dass ein vergleichbares Schutzniveau vorliegt. Nur weil beide Normen gleich gut schützen, rechtfertigt es sich überhaupt, dass man für die zivilrechtliche Pflichterfüllung auf das Aufsichtsrecht abstellen kann.
- Die praktische Voraussetzung für die Anwendung ist aber gerade, dass das Aufsichtsrecht einen anderen – sprich: tieferen – Standard für die Pflichterfüllung verlangt. Wo das Aufsichtsrecht den gleichen Standard hat wie das Zivilrecht oder sogar strenger ist, braucht es die Vorrangregel nicht.

Die Grundbedingung und die praktische Anwendungsvoraussetzungen lassen sich nicht in Einklang bringen. Im Übrigen sei schon hier gesagt, dass das Fidleg in zentralen Bereichen hinter dem Schutzniveau des Privatrechts zurückbleibt.

2. Problem Nr. 2: Die FINMA als oberste Zivilinstanz

Ein weiteres Problem von Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg ist, dass er rechtsstaatliche Fragen aufwirft. Der Grundsatz der Gewaltenteilung verlangt, dass die Gerichtsinstanzen und die Verwaltungsbehörde voneinander unabhängig sind (Art. 30 Abs. 1 BV). Die aufsichtsrechtlichen Pflichten werden aber zu wesentlichen Teilen in den Rundschreiben der FINMA konkretisiert. Die Zivilgerichte *können* das beachten. Aber es wäre rechtsstaatlich höchst

problematisch, wenn sie automatisch daran gebunden wären. Die FINMA würde diesfalls zur obersten Zivilinstanz. Das entspricht nicht ihren Aufgaben und liegt auch nicht in ihrer (Sach-)Kompetenz.

Will man Art. 8 Fidleg verfassungskonform auslegen, so beschränkt sich der Vorrang des Aufsichtsrechts auf das Fidleg und die Fidleg-Verordnung. Für die Rundschreiben muss gelten: Soweit aufsichtsrechtliche Pflichten erfüllt sind, gelten identische zivilrechtliche Pflichten *vermutungsweise* als erfüllt.

Dann ist man allerdings wieder bei der Ausstrahlungswirkung, wie sie vom Bundesrat vorgeschlagen und vom Ständerat verworfen wurde.

3. Problem Nr. 3: Anwendungsschwierigkeiten

Vor allem aber stellt sich die Frage, *wann* wir es mit *identischen zivilrechtlichen Pflichten* zu tun haben. Auf welcher Abstraktionsebene spielt das?

a) Abstraktionsebene 1: Informationspflichten generell

Wir können sagen: Die Identität liegt vor, wenn wir es mit Informationspflichten zu tun haben. Denn sowohl das Fidleg als auch das OR enthalten Informationspflichten, also ist das die einschlägige Identitätsebene. Dann dienen alle weiteren Pflichten, die unterhalb dieser Ebene liegen, der *Erfüllung* der Informationspflicht. Wenn das so ist, gibt es nur noch diejenigen Einzelpflichten, die das Fidleg vorsieht. Jegliche zusätzlichen Pflichten sind auch zivilrechtlich ausgeschlossen.

Konkret bedeutet dies zum Beispiel Folgendes: Nach Fidleg sind die Finanzdienstleister bei der Vermögensverwaltung lediglich verpflichtet, den Kundinnen und Kunden *auf Anfrage* hin Auskunft über das Portfolio zu geben (Art. 18 Abs. 2 lit. b E-Fidleg).⁴ Das würde dann bedeuten: Auch im Zivilrecht muss der Vermögensverwalter nicht mehr von sich aus auf einen massiven Wertzerfall des Portfolios hinweisen. Wenn also ein Portfolio zunächst CHF 500'000 wert ist und anschliessend auf CHF 1'000 schrumpft, muss der Vermögensverwalter nichts unternehmen. Er kann zuwarten, bis der Kunde oder die Kundin sich nach dem Wert seiner Vermögensanlage erkundigt.

⁴ Art. 18 Abs. 3 ist fehlerhaft. Nachdem man die Informationspflicht der Finanzdienstleister dahingehend geändert hat, dass Kundinnen und Kunden nur noch auf Anfrage zu informieren sind, muss der Bundesrat den Zeitpunkt der Information nicht mehr festlegen.

Das widerspricht klar den Informationspflichten des Vermögensverwalters nach geltendem Zivilrecht (es zeigt auch, dass das Fidleg nicht das Schutzniveau des Privatrechts erreicht). Aber: Weil auch zivilrechtlich die Informationspflicht bereits erfüllt ist, wenn man sich an das Fidleg hält, würde darin keine Pflichtverletzung mehr liegen.

b) Abstraktionsebene 2: Informationspflichten bei der punktuellen Anlageberatung

Wir können auch sagen: Nein, so ist es sicher nicht gemeint. Man muss die identischen Pflichten enger fassen. Es geht um bestimmte Bereiche, z.B. die Informationspflicht bei der punktuellen Anlageberatung. Fidleg und OR kennen diese Pflicht, hier liegt Identität vor. Alles, was darunter liegt, ist ein Erfüllungsstandard, der sagt, *wie* man die Informationspflicht bei der punktuellen Anlageberatung erfüllen muss. Das bedeutet gemäss Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg wiederum: Alle anderen zivilrechtlichen Einzelpflichten werden künftig ausgeschlossen bzw. sind nicht mehr geschuldet.

Konkret bedeutet dies Folgendes: Im Fidleg beschränkt sich die Informationspflicht bei der punktuellen Anlageberatung auf die Risikoaufklärung (vgl. Art. 11 E-Fidleg, die sogenannte "Angemessenheitsprüfung"). Es genügt, wenn der Kunde weiss, wie gefährlich ein Produkt ist. Wenn man das gemacht hat, hat man also die Informationspflichten erfüllt.

Im Zivilrecht hat der Finanzdienstleister nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung bei der Anlageberatung (sei sie nun punktuell oder umfassend) folgende Informationspflichten: Risikoaufklärung, sachgerechte Beratung, Warnung vor übereilten Entschlüssen.⁵

Wenn wir die Stufe der "identischen zivilrechtlichen Pflichten" hier ansetzen, so heisst das: Der Anlageberater muss auch *zivilrechtlich nicht mehr sachgerecht beraten*. Also: Er macht zwar *Anlageberatung* und er muss auch beraten. Aber nicht mehr sachgerecht. Denn die sachgerechte Beratung ist (gleich wie die Warnung vor übereilten Entschlüssen) gemäss Fidleg nicht

⁵ BGer 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 7.1 (Beratungsauftrag). Ausformuliert: Der Kunde ist hinsichtlich der *Risiken der beabsichtigten Investition aufzuklären*, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten *sachgerecht zu beraten* und vor *übereilten Entschlüssen zu warnen*, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des infrage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden. Dabei obliegt es dem Anlageberater namentlich auch, sich durch Befragung einlässlich über den Wissensstand und die Risikobereitschaft des Kunden zu informieren.

geschuldet. Die Informationspflicht wird erfüllt, wenn man die Kundin oder den Kunden über die Risiken aufklärt. Hier bleibt das Fidleg wiederum hinter den privatrechtlichen Pflichten zurück.

c) Abstraktionsebene 3: Risikoaufklärung bei der punktuellen Anlageberatung

Nun könnte man sagen: Nein, so ist es nicht gemeint, ein Anlageberater muss schon sachgerecht beraten. Nur im Fidleg muss er das nicht. Man muss bei der Festlegung der "identischen Pflichten" eine Stufe tiefer gehen: Es geht nicht um die Informationspflichten bei der punktuellen Anlageberatung, sondern nur um den Teilaspekt der Risikoaufklärung. Erst hier haben wir identische Pflichten und nur hier gilt der Vorrang des Aufsichtsrechts. Wenn der Finanzdienstleister die Risikoaufklärung nach Fidleg vorgenommen hat, hat er auch die Pflichten nach Zivilrecht erfüllt.

Konkret bedeutet dies Folgendes: Gemäss Fidleg genügt für die Risikoaufklärung eine standardisierte Aufklärung (Art. 10 Abs. 3^{bis} E-Fidleg). Auch im Zivilrecht genügt grundsätzlich eine standardisierte Aufklärung. *Ausser in gewissen Ausnahmefällen.* Zum Beispiel entschied das Bundesgericht, dass es nicht reicht, wenn der ausschliesslich Polnisch sprechende Kunde, von seiner Polnisch sprechenden Beraterin eine auf Deutsch verfasste Broschüre in die Hand gedrückt bekommt, wenn sie das gesamte Portfolio von konservativ auf spekulativ umschichtet.⁶ Diese Ausnahme ergibt sich aus *Treu und Glauben* (Art. 2 Abs. 1 ZGB).

Aber: wenn die Identitätsstufe die Risikoaufklärung ist, und die Pflicht nach Fidleg lautet "standardisierte Aufklärung", dann bleibt kein Platz mehr für eine zivilrechtliche Einzelfallbetrachtung nach Treu und Glauben. Sondern die Pflicht ist eben erfüllt. Auch im Zivilrecht. Der Grundsatz in Art. 2 Abs. 1 ZGB, wonach jedermann bei der Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat, wäre künftig im Bereich der Finanzdienstleistungen ausgeschaltet.

Die Konsequenzen zeigen sich in vielen anderen Bereichen:

- Bei der Erbringung von Execution-Only-Dienstleistungen muss der Finanzdienstleister nach Fidleg und nach Zivilrecht die Kundinnen und Kunden nicht über die Risiken aufklären. Im Zivilrecht allerdings gelten *Ausnahmen*: Eine Aufklärung ist z.B. geschuldet, wenn *offensichtlich* ist, dass der Kunde oder die Kundin von den Risiken *keine Ahnung* hat.

⁶ BGer 4C_62/2007 vom 3. Juni 2008.

- Bei der Anlageberatung ist weder nach Fidleg noch nach Zivilrecht eine Überwachung des Wertschriftendepots geschuldet. Im Zivilrecht allerdings gelten *Ausnahmen*: Wenn man mit dem Kunden oder der Kundin in Kontakt ist und das Dossier zur Hand hat, ist die Kundin oder der Kunde zu informieren.

Gilt aber der Vorrang des Aufsichtsrecht, wie er in Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg vorgesehen ist, so ist die auf Treu und Glauben gestützte Einzelfallbeurteilung auch im Zivilrecht ausgeschlossen.

d) Abstraktionsebene 4: Standardisierte Risikoaufklärung bei der punktuellen Anlageberatung

Wiederum könnte man sagen: Selbstverständlich eliminiert das Fidleg nicht den tragenden Grundsatz des Zivilrechts, wonach man nach Treu und Glauben handeln muss. Die Identitätsebene liegt noch eine Stufe tiefer: Es geht darum, *wie* man die standardisierte Risikoaufklärung bei der punktuellen Anlageberatung vornehmen muss.

Gemäss Aufsichtsrecht genügt die Übergabe der Broschüre der Schweizerischen Bankiervereinigung mit dem Titel "Besondere Risiken im Effektenhandel". Das gilt auch im Zivilrecht. Aber *wenn* das Zivilrecht eine *andere* standardisierte Aufklärung verlangen *würde*, dann hätte hier das Aufsichtsrecht den Vorrang.

e) Fazit: Der Vorrang des Aufsichtsrechts (Art. 8 Abs. 1 Satz 2) scheitert bei der Rechtsanwendung

Was also ist Identität? Die Spannbreite reicht von einer kompletten Verdrängung des Auftragsrechts hin zur Frage, ob die SBVg-Broschüre reicht, um von einer standardisierten Aufklärung zu sprechen.

Man kann das Problem auch nicht lösen, indem man Art. 8 Abs. 1 Satz 2 ändert und nicht von identischen, sondern lediglich von *vergleichbaren* oder *ähnlichen* Pflichten spricht – einmal abgesehen davon, dass solche vagen Begriffe ein Meisterstück von schlechter Gesetzgebung darstellen würden.

Das Problem ist vielmehr struktureller Art: Aufsichtsrecht und Zivilrecht verfolgen im Bereich des Anlegerschutzes parallele Ziele, weshalb sie im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung möglichst kohärent anzuwenden sind (Ausstrahlungswirkung). Ihre *Funktionsweise ist aber eine grundlegend andere*:

- Das Aufsichtsrecht muss sich naturgemäss auf die Standardszenarien beschränken. Für eine Einzelfallbetrachtung ist kein Platz.
- Das Zivilrecht dagegen muss sich naturgemäss mit den Besonderheiten des Einzelfalles befassen. Es schafft nur – aber immerhin – Einzelfallgerechtigkeit.

IV. Fazit

Der US-amerikanische Präsident hat über die Gesundheitsvorsorge gesagt: "It's an unbelievably complex subject. Nobody knew it would be so complicated." Auch das Verhältnis zwischen Fidleg und Vertragsrecht ist kompliziert. Wäre ich US-Präsidentin, würde ich auf Twitter einfach die "Repeat-Taste" drücken. Als Rechtsprofessorin muss ich dagegen Farbe bekennen.

Rechtspolitisch ist das Fazit klar: Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Fidleg gehört gestrichen. Die aufsichtsrechtliche Vorrangregel ist in sich widersprüchlich, sie ist aus der Sicht der Gewaltenteilung höchst bedenklich, sie führt im besten Fall zu gravierenden Anwendungsproblemen (was heisst "identisch"?) und im schlimmsten Fall zu einer Herabstufung des privatrechtlichen Schutzniveaus kraft aufsichtsrechtlicher Anordnung.

Zivilrecht und Aufsichtsrecht verfolgen parallele Ziele, aber sie haben eine unterschiedliche Funktionsweise. Dem wird die Theorie der Ausstrahlungswirkung am besten gerecht. Es ist kein Zufall, dass sie sich im europäischen Ausland im Hinblick auf MiFid durchgesetzt hat.

Rechtsdogmatisch wird man, falls es bei Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-Fidleg bleibt, im Einzelfall von einer Deutungshoheit des Aufsichtsrechts ausgehen müssen. Möglicherweise – jedenfalls im Sinne einer rechtsdogmatischen Hoffnung – bleibt es im Regelfall bei der Ausstrahlungswirkung. Denn die Zivilgerichte haben es in der Hand, die "identischen", "vergleichbaren" oder "ähnlichen" zivilrechtlichen Pflichten zu identifizieren, und auf diese Weise das privatrechtliche Schutzniveau, einschliesslich der privatrechtlichen Feinsteuerungskompetenzen (Treu und Glauben im Einzelfall) beizubehalten. Die Akrobatik, auf die man hoffen muss, könnte unterbleiben, wenn man sich auf die grundlegende Ordnung des schweizerischen Rechts besinnen würde, das von einer gleichberechtigten Koexistenz zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ausgeht.

Anhang:

Vergleicht man das Schutzniveau von Fidleg und Zivilrecht in den drei Grundkonstellationen der Finanzdienstleistungen, nämlich Execution-Only, Anlageberatung, Vermögensverwaltung, so ergibt sich folgendes Bild:

a) Execution Only

- Das Fidleg lässt bei Execution-Only-Beziehungen die einmalige Zustellung einer standardisierten Risikoaufklärung über die allgemeinen Risiken von Finanzdienstleistungen genügen (Art. 9 Abs. 1 lit. e E-Fidleg).
- Das Zivilrecht ist strenger. Zwar gilt auch hier der Grundsatz, dass im Execution-Only-Verhältnis grundsätzlich keine Informationspflichten bestehen. Aber es gelten gewichtige *Ausnahmen*⁷: So hat der Finanzdienstleister eine Informationspflicht, wenn der Kunde⁸ es verlangt; er hat eine Warnpflicht, wenn er bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen kann, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat; er hat ausserdem eine Informations- und Warnpflicht, wenn sich zwischen ihm und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf; und schliesslich gelten erhöhte Anforderungen an die Informationspflicht, wenn der Kunde nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert.

Fazit: Das Fidleg bleibt beim Grundsatz der allgemeinen Risikoaufklärung stehen. Ist diese erfolgt, können die Finanzdienstleister auf Anweisung der Kundinnen und Kunden alle Geschäfte ausführen, selbst hoch spekulative Geschäfte für offensichtlich sachunkundige Anlegerinnen und Anleger und selbst dann, wenn sie dafür Kredite gewähren.

b) Anlageberatung

- Bei der Anlageberatung unterscheidet das Fidleg zwischen der punktuellen Anlageberatung (Standardfall) und der umfassenden Anlageberatung gestützt auf das gesamte Portfolio (Ausnahmefall). Bei der punktuellen Anlageberatung ist einzig eine Risikoaufklärung geschuldet: Der Finanzdienstleister muss sicherstellen, dass die Kundin oder der Kunde

⁷ Grundlegend: BGE 133 III 97 E. 7.1.1. und 7.1.2. S. 102 f.

⁸ In den Standardformulierungen des Bundesgerichts ist der Kunde männlich.

die mit der Anlage verbundenen Risiken versteht. Das ist die sogenannte "Angemessenheitsprüfung" (Art. 11 E-Fidleg). Nur bei der umfassenden Anlageberatung muss der Finanzdienstleister abklären, ob die Anlage dem Risikoprofil der Kundin oder des Kunden entspricht. Das ist die sogenannte "Eignungsprüfung" (Art. 12 Fidleg).

- Das Zivilrecht ist strenger. Es unterscheidet nicht zwischen der punktuellen und der umfassenden Anlageberatung. In beiden Fällen wird neben einer Angemessenheitsprüfung eine Eignungsprüfung verlangt, wobei sich der Umfang der Pflichten nach den Umständen des Einzelfalls richtet. Standardmässig ist bei der Anlageberatung hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investition aufzuklären, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen.⁹

Fazit: Für den Standardfall der punktuellen Anlageberatung (Anruf der Kundenberaterin/des Kundenberaters: "Ich habe ein tolles Produkt für Sie") drückt das Fidleg die Informationspflichten des Finanzdienstleisters auf das Niveau der Execution-Only-Beziehung herunter. Das betrifft die allermeisten Kundinnen und Kunden. Denn die wenigsten haben einen (kostenpflichtigen) umfassenden Anlageberatungsvertrag mit der Bank geschlossen.

c) Vermögensverwaltung

- Bei der Vermögensverwaltung ist nach Fidleg sowohl die Angemessenheitsprüfung (Kundin/Kunde versteht die Risiken, Art. 11 E-Fidleg) als auch die Eignungsprüfung (Anlage entspricht dem Risikoprofil der Kundin/des Kunden, Art. 12 E-Fidleg) geschuldet.
- Im Zivilrecht verhält es bei der Vermögensverwaltung ähnlich wie im Fidleg: Es ist die Risikobereitschaft des Kunden zu erforschen und die Anlagestrategie muss seinen persönlichen Verhältnissen entsprechen. Das Bundesgericht unterscheidet bei der Formulierung der Informationspflichten nicht zwischen der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung – auch hier ist Risikoaufklärung, sachgerechte Beratung und Warnung vor Übereilung geschuldet.¹⁰ Hingegen gehen gemäss Bundesgericht die Pflichten des Vermögensverwalters insofern weiter, als diesen

⁹ BGer 4C.68/2007 vom 13. Juni 2008 E. 7.1 (Beratungsauftrag).

¹⁰ BGE 124 II 155 E. 3a S. 162 (Vermögensverwaltung).

auch eine ständige Überwachungspflicht hinsichtlich des Kundenportfolios trifft.¹¹

Fazit: Im Bereich der Vermögensverwaltung entsprechen die Informationspflichten des Fidleg im Wesentlichen denjenigen im Zivilrecht. Trotzdem ist das Zivilrecht in Einzelbereichen strenger: So ist z.B. im Zivilrecht eine Überwachungspflicht des Portfolios geschuldet.

¹¹ BGer 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 8.1.

Fidleg: Einige Gedanken eines Vertragsrechtlers

Hubert Stöckli, Freiburg*

1. Das Fidleg enthält gesetzliche Bestimmungen, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Es geht um Aufsichtsrecht, zu dessen Durchsetzung die Finma berufen ist. Seinem Zweckartikel nach soll das Fidleg unter anderem den «Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern» bewerkstelligen. Auf diesen Zweck zugeschnitten sind zahlreiche Verhaltenspflichten, die das Fidleg zulasten der Finanzdienstleister begründet.
2. Die «Kundinnen und Kunden», die das Fidleg schützen will, sind mit den «Finanzdienstleistern» vertraglich verbunden, wobei sich das Vertragsverhältnis zumeist als einfacher Auftrag erweisen dürfte, der seinerseits in den Art. 394 ff. OR gesetzlich geregelt ist.
3. Die Bestimmungen des Obligationenrechts, die den einfachen Auftrag regeln, erfassen damit auch die Verträge, die Kundinnen und Kunden mit Finanzdienstleistern abschliessen, ohne aber in irgendeiner Weise spezifisch auf diese Verträge einzugehen. Immerhin hat das Bundesgericht in vielfältiger Weise konkretisiert, was in diesen Finanzdienstleistungsverträgen zu gelten hat – etwa mit Bezug auf die Aufklärungspflichten des Dienstleisters, aber auch hinsichtlich der Pflichten, die hinsichtlich der Zuwendungen bestehen, die einem Finanzdienstleister im Zuge der Ausführung eines Kundenauftrags zufließen.
4. Indem das Fidleg Verhaltenspflichten zulasten der Finanzdienstleister normiert, stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Verhaltenspflichten auch für die Finanzdienstleistungsverträge von Bedeutung sind. Eine erste Antwort fällt leicht: Sie sind es ganz bestimmt insofern, als die Aufsichtsbehörde das Vertragsgebaren eines Finanzdienstleisters, das im Widerspruch zu seinen öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflichten steht, mit den ihr eigenen Mitteln sanktionieren kann.

* Prof. Dr. Hubert Stöckli, Professor an der Universität Freiburg. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Referats.

5. Doch damit ist noch nicht klar, ob die Verhaltenspflichten, die das Fidleg begründet, auch die Finanzdienstleistungsverträge beschlagen – etwa so, dass der Kunde, der eine Finanzdienstleistung in Anspruch nimmt, auf Schadenersatz dringen kann mit dem Argument, der Dienstleister hätte seine Warnpflicht nach Art. 16 Abs. 2 E-Fidleg verletzt, wodurch er, der Kunde, zu Schaden gekommen sei.

6. Für eine Antwort sind augenscheinlich vor allem zwei Konzepte zu prüfen: das Konzept der Doppelnorm zum einen, das Konzept der Ausstrahlungswirkung zum andern. Frau Emmenegger favorisiert nach eingehender Untersuchung das Konzept der Ausstrahlungswirkung, und ich habe keinerlei Anlass, ihre Analyse in Zweifel zu ziehen. Wenn ich das richtig verstehe, besteht die Ausstrahlungswirkung darin, dass sich die Zivilgerichte von den Regeln des Fidleg inspirieren lassen können, ohne dass sie aber durch dessen Regeln direkt gebunden würden. In diesem Sinne: kein Automatismus, wie das auch Frau Emmenegger schon eindrücklich gezeigt hat. Das lässt den Zivilgerichten den nötigen Spielraum, um auch weiterhin anhand der Streitfälle, die ihnen zur Entscheidung vorgelegt werden, das private Bankrecht auszudifferenzieren. Den Finanzdienstleistern würde damit zwar offenbar der «safe harbor» verweigert, was aber hinzunehmen ist, da es sich auch für viele weitere Dienstleister, die unter das Auftrags- oder auch das Werkvertragsrecht fallen und zum Teil eine weit grössere Risikoexposition haben, so verhält, dass Inhalt und Ausdehnung ihrer Verhaltenspflichten nicht ein für alle Mal gesetzlich betonierte werden.

7. Ich habe mir zwar vorgenommen, mich auf die beiden erwähnten Konzepte nicht weiter einzulassen und keine weiteren Worte dazu zu verlieren – wobei mir das aber in einem Punkt nicht gelingen will: Mir scheint nämlich, dass die Antwort auf die Frage, ob das Fidleg nun Doppelnormen schaffe, denen nicht nur aufsichtsrechtliche Bedeutung zukommt, sondern die auch zivilrechtliche Verhältnisse normieren, oder aber einfach ins Zivilrecht ausstrahlen, ohne dort normierend einzugreifen, differenziert auszufallen hat. Während ich dem Ausstrahlungskonzept viel abzugewinnen vermag, kommt es mir doch vor, als könne man etwa Art. 21 E-Fidleg, in dem es um den Umgang mit dem Securities Lending geht, in Teilen wirklich nur als Doppelnorm lesen. Die Bestimmung ist sicherlich aufsichtsrechtlich relevant, was schon deshalb so sein muss, weil die Finma bei Verstössen mit aufsichtsrechtlichen Mitteln wird reagieren wollen. Doch hat die Bestimmung deutlich auch einen vertragsrechtlichen Gehalt, indem sie

etwa vorschreibt, dass die Kundin «für die ausgeliehenen Finanzinstrumente entschädigt werden» muss. Diese Entschädigungspflicht, die eine Vergütungspflicht ist, erweist sich als zwingend, weshalb in einer zivilrechtlichen Vereinbarung über das Securities Lending gar nicht gültig vereinbart werden kann, dass der Finanzdienstleister Finanzinstrumente seiner Kundin verwenden darf, ohne ihr im Gegenzug eine Vergütung zu leisten. Wie sinnreich es ist, die Privatautonomie in diesem Bereich einzuschränken und ein unentgeltliches Securities Lending zu verbieten, vermag ich nicht zu beurteilen. Recht sicher aber bin ich mir, dass es nicht angeht, unentgeltliches Securities Lending aufsichtsrechtlich zu sanktionieren, ohne das Geschäft auch zivilrechtlich mit Teilnichtigkeit zu schlagen.

8. Das waren die Vorbemerkungen, die allerdings länger ausfielen als das, was im Hauptteil meiner Ausführungen jetzt noch folgt. Im Hauptteil stelle ich mir eine einfache Frage, nämlich: Schlagen Pflichten, die das Fidleg statuiert, direkt auf mein Vertragsverhältnis zu meiner Bank durch? Die Antwort ist zum Teil ja, zum Teil nein – was ich mit einigen wenigen Beispielen zeigen möchte:

a. Ein erstes Beispiel findet sich im schon erwähnten Art. 21 E-Fidleg, in dem es um das Securities Lending geht. Zunächst hält die Bestimmung fest, dass meine Bank meine Aktien nur dann ausleihen kann, wenn ich damit einverstanden bin. Das ist vertragsrechtlich gesehen eine Selbstverständlichkeit; und es verhielte sich damit auch dann so, wenn es Art. 21 E-Fidleg nicht gäbe. Die Voraussetzung, dass der Kunde der Verwendung seiner Finanzinstrumente zustimmt, ist also aufsichtsrechtlich bedeutsam, vertragsrechtlich aber keine Novität. Für die vertragliche Beziehung bedeutsam ist aber die Vorgabe, dass die Vereinbarung nicht in den allgemeinen AGB enthalten sein darf, sondern separat getroffen werden muss, womit für den Kunden sinnfällig wird, worauf er sich hier einlässt. Dem gleichen Zweck dient die Aufklärungspflicht der Bank, die sich auf die spezifischen Risiken des Securities Lending bezieht. Vertragsrechtlich bedeutsam ist aber auch der Anspruch des Kunden auf Ausgleichszahlungen und überdies eine Vergütung, indem diese beiden Elemente nicht gültig wegbedungen werden können. Aus meiner Warte könnte es sein, dass sich diese Vorgaben als zwingendes Vertragsrecht erweisen.

b. Ein zweites Beispiel bezieht sich auf den Umgang mit «Entschädigungen Dritter», wobei hier nicht der Fall gemeint ist, dass Dritten Entschädigungen geleistet würden, sondern der entgegengesetzte Fall, in dem Dritte meiner

Bank Entschädigungen leisten. Dieser Bereich ist Gegenstand des Art. 28 E-Fidleg. Interessanterweise ist die Bestimmung so konzipiert, dass es meiner Bank verboten ist, solche Entschädigungen anzunehmen, wenn ich als Kunde nicht vorher meinen «informed consent» dazu gegeben habe, dass das so in Ordnung sei, oder die Bank mir die Entschädigungen vollumfänglich gutschreibt. Dieses Annahmeverbot ist bloss aufsichtsrechtlich bedeutsam, während es hinsichtlich der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht bei den Vorgaben bleibt, die das Bundesgericht formuliert hat. Das ist dann bedeutsam, wenn die Bank Entschädigungen entgegennimmt, die sie mir nicht herausgeben will, obschon ich nicht gültig auf die Herausgabe verzichtet habe. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass vertragsrechtlich gesehen der Kunde auch nachträglich und allenfalls auch stillschweigend gültig auf die Herausgabe verzichten kann und es nur eine aufsichtsrechtliche Massgabe ist, dass der Verzicht vorgängig und ausdrücklich erfolgt.

c. Bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen hat der Finanzdienstleister den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. So will es Art. 19 E-Fidleg. Mir selber ist die Formulierung zu schwammig, da es nicht nur darum geht, den Grundsatz zu beachten und dann doch etwas anderes zu tun, sondern vielmehr darum, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Das fliesst für meinen Vertrag allerdings schon aus Art. 2 Abs. 1 ZGB, von dem ich meine, dass er uneingeschränkt auch auf Finanzdienstleistungsverträge anwendbar sei. Art. 19 Abs. 1 E-Fidleg verlangt aber bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen auch die Beachtung des «Prinzips der Gleichbehandlung». Lässt sich diese Vorgabe auch vertragsrechtlich nutzbar machen? Hier habe ich meine Zweifel, die mich dazu bringen, darin vorderhand keine zivilrechtliche Bestimmung zu sehen, die zwingender Natur wäre. Vielmehr wird es auch möglich sein, gültig zu vereinbaren, dass bei der Ausführung meines Auftrags die Gleichbehandlung nicht sichergestellt ist. Ob das von praktischer Bedeutung ist, weiss ich nicht so recht, wobei es mir ja nur darum geht zu sagen, dass die Vorgabe kaum zwingendes Zivilrecht ist. Womöglich aber kann das Prinzip von den Zivilgerichten herangezogen werden, um allfällige Lücken in einem Finanzdienstleistungsvertrag aufzufüllen, um so im Wege der Vertragsergänzung dem «Prinzip der Gleichbehandlung» auch vertragsrechtliche Relevanz zu verschaffen. Womit ich ein Beispiel dafür gefunden hätte, dass das Fidleg auf das Vertragsrecht ausstrahlen kann. Und das intensiv.

FIDLEG und das Vertragsrecht: Kundensegmentierung im Spannungsverhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht

Rolf Sethe, Zürich*

1. Ziel der Kundensegmentierung ist es, dem Leitbild des mündigen Anlegers Rechnung zu tragen. Der «mündige Anleger» ist keine in sich homogene Gruppe von Personen, sondern jeder von diesen Anlegern hat einen unterschiedlichen Grad an Vorwissen, an Erfahrung und an Risikotragungsfähigkeit und -bereitschaft. Dieser Tatsache soll nun die mit dem FIDLEG geplante Kundensegmentierung Rechnung tragen, in dem man verschiedene Kundenkategorien einführt und damit verschiedene Schutzniveaus verbindet. Letztlich handelt es sich um einen Nachvollzug der Bankenpraxis, die schon immer ihre Kunden kategorisiert hat – allerdings mehr unter Marketinggesichtspunkten als unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes. Insofern ist das aufsichtsrechtliche Ziel der Kundensegmentierung jetzt ein anderes. Es ist, wenn man es zu Ende denkt, ein Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit: Man führt nur so viel Aufsichtsrecht ein, wie unbedingt nötig.

Meine Aufgabe ist es, die Auswirkung der aufsichtsrechtlichen Kundensegmentierung auf das Zivilrecht zu beleuchten. Es handelt sich bei der Kundensegmentierung um einen Vorfeldtatbestand. Anders als etwa die aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Informationspflicht oder zur Angemessenheits- bzw. Eignungsprüfung betrifft die Kundensegmentierung nicht unmittelbar das Verhältnis von Finanzdienstleister und Kunden. Vielmehr führt die Kundensegmentierung dazu, dass einzelne Pflichten des FIDLEG im Niveau an die jeweilige Anlegerkategorie angepasst werden. Während bei aufsichtsrechtlichen Pflichten mit Kundenbezug parallele oder zumindest ähnliche zivilrechtliche bestehen, findet sich im Zivilrecht keine Kun-

* Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M. Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich, Konsulent bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Referats.

densegmentierung. Vielmehr nimmt die zivilrechtliche Rechtsprechung eine einzelfallabhängige Beurteilung des Vorwissens der Kunden vor. Ausgangspunkt der Überlegungen, ob sich die Kundensegmentierung auf das Zivilrecht auswirken kann, muss daher die Frage sein, wo sich die aufsichtsrechtliche Kundensegmentierung eigentlich auswirkt und welche Rechtsfolgen sie hat.

Insgesamt habe ich acht Themenkomplexe identifiziert, bei denen sich die Kundensegmentierung auswirkt, die hier aus Zeitgründen nicht vertieft werden können. Genannt seien beispielsweise nur Privatkunden, bei denen die Pflicht besteht, ein Basisinformationsblatt und einen Prospekt anzubieten. Beim Securities Lending sind ungedeckte Geschäfte mit Finanzinstrumenten von Privatkunden unzulässig. Beim Geeignetheitstest wird bei professionellen Kunden die Erkundigungspflicht reduziert. Bei institutionellen Kunden wird gar auf eine ganze Reihe von Pflichten verzichtet. Die Kundensegmentierung verändert also die Anforderungen anderer aufsichtsrechtlicher Tatbestände, so dass man – um mögliche Auswirkungen auf das Zivilrecht festzustellen – die Rechtsfolgen der Kundensegmentierung in Bezug auf jeden einzelnen dieser acht Themenkomplexe anschauen müsste. Hierfür fehlt heute leider die Zeit. Im Folgenden wird lediglich ein Beispiel hervorgehoben (siehe unten 3.).

2. Bevor wir jedoch dazu kommen, müssen wir noch zwei Vorfragen beantworten, nämlich erstens, wer eigentlich verantwortlich für die Einstufung der Kunden ist und zweitens, was passiert, wenn sich die Kundensegmentierung oder die Einstufung in diese Kundensegmente im Laufe der Vertragsbeziehung verändern. Wie wirkt sich das aus?

a. Beginnen wir mit der ersten Vorfrage, nämlich «Wer ist verantwortlich für die Kundeneinstufung?». Hier ist der Gesetzestext ganz eindeutig: Es ist der Finanzdienstleister, der seine Kunden den einzelnen Kategorien zuordnen muss. Allerdings kommt ihm dabei das Gesetz entgegen: Wenn man die Botschaft und den Wortlaut von Art. 5 E-FIDLEG liest, sind für die Einstufung die Angaben massgebend, die der Kunde gegenüber dem Finanzdienstleister macht. Man muss jetzt also nicht befürchten, dass die Banken mit der Einführung der Kundensegmentierung Privatdetektive losschicken müssten, um nachzuprüfen, ob der Kunde auch wahrheitsgemässe Angaben gemacht hat. Von diesem Grundsatz, wonach die Kundenangaben massgebend sind, muss man eine Ausnahme machen, nämlich wenn der Finanzdienstleister weiss oder es sich ihm aufdrängt, dass die Kundenangaben

nicht stimmen können. Sind also beispielsweise die Kundenangaben in sich widersprüchlich oder handelt es sich bei dem Finanzdienstleister um die Hausbank des Kunden, die durch einen Blick in das Computerterminal erkennen kann, dass die Kundeangabe, er sei schuldenfrei, falsch ist, muss der Finanzdienstleister nachfragen. Kurz: Wenn die Kundenangaben zu keinem Misstrauen Anlass geben, kann sich der Finanzdienstleister auf sie verlassen.

Wenn der Kunde aufgrund seiner Angaben in eine der gesetzlichen Kategorien – es gibt drei an der Zahl, nämlich Privatkunden, professionelle Kunden und institutionelle Anleger – eingeordnet ist, so muss man bedenken, dass er die Möglichkeit hat, unter bestimmten Bedingungen die Kundenkategorie zu wechseln. So können vermögende Privatkunden erklären, dass sie als professionelle Kunden eingestuft werden wollen. Voraussetzung ist zum einen, dass sie aufgrund ihrer Ausbildung, aufgrund ihrer Erfahrung oder ihres Berufs über Kenntnisse verfügen, die notwendig sind, um die Risiken von Anlagen zu verstehen und sie über ein Vermögen von 500'000 Franken oder mehr verfügen. Zum anderen ist die Umstufung möglich, wenn der Kunde über ein Vermögen von zwei Mio. Franken verfügt. Eine bestimmte (Berufs-)Erfahrung ist in diesem Fall nicht nötig. Es ist interessant, dass der Schweizer Gesetzgeber also davon ausgeht, dass ein Plus von 1.5 Mio. Franken an Vermögen die (fehlende) Erfahrung kompensiert.

Eine Person, die kraft Gesetzes als professioneller Kunde eingestuft ist, kann erklären, dass sie zum Privatkunden herabgestuft werden will. Motiv hierfür kann etwa sein, dass sie – anders als vom Gesetzgeber vermutet – wenig Erfahrung mit riskanten Geschäften hat und daher mehr Schutz will. Auch die institutionellen Kunden können die Kategorie wechseln. Sie können eine Stufe nach unten zum professionellen Kunden wechseln.

Fraglich ist, ob den Finanzdienstleister bei der Umstufung von Kunden eine Warnpflicht trifft. Art. 5 Abs. 4 E-FIDLEG bestimmt, dass Finanzdienstleister vor dem Erbringen von Finanzdienstleistungen ihre Kunden informieren, wenn diese nicht als Privatkunden gelten, und sie in diesem Fall über die Möglichkeit des Opting-in aufklären. Das heisst, der Privatkunde muss nicht gewarnt werden, weil ihm ja ohnehin das höchste Schutzniveau zukommt. Wenn man aber einen Kunden hat, der sich nicht im höchsten Schutzniveau befindet, weil er kraft Gesetzes als professioneller Kunde oder gar als institutioneller Kunde gilt, muss er einmal gewarnt werden – nämlich zu Beginn der Geschäftsbeziehung. Das ist die einzige Warnpflicht, die im Zusammenhang mit der Kundensegmentierung im Gesetz zu finden ist.

b. Nun kommen wir zur zweiten Frage, nämlich was passiert, wenn während der Zeit der Kundenbeziehung irgendwelche Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen auftreten, so dass die Voraussetzungen, die der bisherigen Einstufung in die Kundensegmente zugrunde lagen, entfallen.

Im ersten Fall haben einen vom Gesetz ursprünglich als Privatkunden eingestuften Kunden vor uns, der nachträglich zum professionellen Kunden mutiert: Ein kleines Unternehmen mit einer Bilanzsumme von 20 Mio., einem Umsatzerlös von 40 Mio. und 249 Angestellten stellt einen weiteren Mitarbeiter ein. Es hat dann insgesamt 250 Mitarbeiter und überschreitet damit die Schwelle zum grossen Unternehmen. Damit wird es kraft Gesetzes zum professionellen Kunden. Wenn die Bank das während der Geschäftsbeziehung nicht merkt, so stellt sich die Frage, ob das irgendwelche Folgen mit sich bringt. Die Antwort ist ganz klar «nein». Die Bank behandelt dieses Unternehmen weiter als Privatkunde und schützt es somit besser, als es nach den Vorgaben des Gesetzgebers eigentlich geschützt werden müsste.

Der zweite Fall ist schon etwas spannender. Man hat einen geborenen professionellen Kunden vor sich, welcher nachträglich zum Privatkunden wird. Um nochmals auf das vorherige Beispiel zurückzugreifen, stelle man sich vor, das Unternehmen habe 250 Mitarbeiter und entlässt einen davon. Es rutscht somit unter den Grenzwert von 250 Mitarbeiter. In diesem Falle stellt sich die Frage, ob hier eine Umstufung oder ein Hinweis an den Kunden erfolgen muss. Das FIDLEG selber enthält keine Warnpflicht; Art. 5 Abs. 4 bezieht sich nicht auf diese Fallgruppe und auch die Botschaft enthält keinerlei Hinweis, wie man mit dem Problem umgehen soll.

Im dritten Fall lässt sich der Privatkunde zum professionellen Kunden hochstufen und im Nachhinein fallen die Voraussetzungen weg. Der Kunde hat zum Beispiel sein Geld verspekuliert und besitzt keine 500'000 Franken oder keine zwei Millionen mehr. Hier stellt sich ebenfalls die Frage, wie man mit dieser Situation umgeht und ob es eine Pflicht zur Aktualisierung der Einstufung oder eine Warnpflicht gibt.

Der Gesetzgeber hat die Frage nur indirekt in der Botschaft angesprochen: Dort heisst es, man müsse den Privatkunden, den man zum Profi hochstufe, anlässlich der Hochstufung darauf hinweisen, dass er jede nachträgliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse mitteilen müsse. Die Verantwortung für die Aktualisierung der für die Kundeneinstufung nötigen Angaben liegt also beim Kunden. Dieser Grundsatz kommt auch beim Prospekt zum Tragen. Nach Art. 38 Abs. 3 E-FIDLEG kann man ohne gegenteilige Anhaltspunkte davon ausgehen, dass eine kraft Gesetzes als professionel-

ler oder institutioneller Kunde eingeordnete Person sich nicht zum Privatkunden hat herunterstufen lassen. Der Gesetzgeber weist also die Verantwortung, den Finanzdienstleister in Bezug auf die für eine Einstufung nötigen Angaben auf dem Laufenden zu halten, im Grundsatz dem Kunden zu.

An dieser Stelle ist jedoch ein grosses «Aber» angebracht. Wenn man punktuelle Vertragsbeziehungen hat (der Kunde kommt beispielsweise alle drei Jahre und benötigt ein Execution-only-Geschäft oder eine Anlageberatung), hat man jeweils eine neue Vertragsbeziehung vor sich. Dann greift der Grundsatz, wonach der Finanzdienstleister bei einem neuen Vertrag die erstmalige Einstufung vornehmen muss. Wenn also sehr viel Zeit zwischen den vertraglichen Kontakten liegt, dann muss meiner Meinung jeweils nach eine neue Einstufung vorgenommen werden. Es greift die Regelung des Art. 5 Abs. 4 E-FIDLEG, so dass die Verantwortung für das Einholen der Kundenangaben beim Institut liegt. Anders zu beurteilen sind dagegen zeitlich eng aufeinander folgende Einzelverträge, wie mehrere punktuelle Anlageberatungen oder execution-only Geschäfte, oder Dauerrechtsverhältnisse, wie eine Daueranlageberatung oder eine Vermögensverwaltung. Hier liegt die Verantwortung für die Aktualisierung der Angaben beim Kunden.

Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos, denn bei der Einzel- und bei der Daueranlageberatung und der Vermögensverwaltung ist eine Besonderheit zu beachten. Der Finanzdienstleister muss eine Angemessenheits- oder eine Eignungsprüfung durchführen. Das heisst, der Kunde muss nach seinen Anlagezielen, seinen Vermögensverhältnissen, seinen Vorerfahrungen etc. gefragt werden. Im Zuge dieser Befragung, die regelmässig erneuert werden muss, kommt man zwangsläufig auf die Frage zu sprechen, wie viel Vermögen der Kunde noch hat. Dem Finanzdienstleister drängt sich also dann auf, dass die Kundenangaben nicht mehr stimmen können. Wenn man also indirekt über den Angemessenheits- oder den Geeignetheitstest erfährt, dass die Kundeneinstufung nicht mehr stimmen kann, muss sie korrigiert werden. Da bei execution-only-Verträgen kein solcher Test durchzuführen ist, dürfte es hier äusserst selten vorkommen, dass sich dem Finanzdienstleister aufdrängt, dass die Kundeneinstufung falsch ist.

Es stellt sich die Folgefrage, ob es genügt, dass man den Kunden warnt, dass seine Kundeneinstufung unzutreffend geworden ist. Die Antwort ist ganz klar «nein». Der Finanzdienstleister muss den Kunden ordnungsgemäss einstufen, nicht nur warnen, denn weder der Kunde noch der Finanzdienstleister sollen den gesetzlichen Kategorien bzw. den gesetzlichen Anforderungen an eine Umstufung ausweichen können.

3. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die aufsichtsrechtliche Kundeneinstufung bzw. eine vorgenommene Umstufung Auswirkungen auf die zivilrechtliche Beurteilung hat. Im Zivilrecht legt das Bundesgericht gerade nicht das grobe Raster von drei Kategorien an, sondern nimmt eine einzelfallabhängige Einstufung vor. Es stellt darauf ab, wie viel Vorwissen der konkrete Kunde hatte und nicht – wie die Kundenkategorien – darauf, wie viel Wissen ein durchschnittlicher Privatkunden oder ein durchschnittlicher professioneller Kunde hat. Wenn etwa der Geschäftsführer einer GmbH über Vorwissen in Effektengeschäften verfügt, muss sich die GmbH dieses Wissen ihres Geschäftsführers auch zurechnen lassen. Es kommt für die zivilrechtliche Beurteilung, wie viel Beratung der Geschäftsführer im konkreten Fall benötigte, folglich nicht darauf an, ob aufsichtsrechtlich die Kundeneinstufung der GmbH geändert wurde, weil sie plötzlich weniger als 250 Mitarbeiter hat.

Folglich hat die Kundensegmentierung in meinen Augen auf die zivilrechtlichen Pflichten nur in den Fällen einen Einfluss, in denen der Kunde von sich aus sagt, er wolle zum Profi hochgestuft werden. In diesem Fall kann er – auch im Zivilprozess – nicht mehr sagen, er sei aber gar kein Profi. Dies gilt auch umgekehrt. Wenn er geborener professioneller Kunde ist und sich zum Privatkunden herunterstufen lässt, ist dies ein Signal, dass er das nötige Vorwissen gerade nicht hatte.

Kommt es dagegen nicht zu einer Umstufung auf Wunsch des Kunden, kann die (kraft Gesetzes erfolgte) Kundeneinstufung allenfalls ein Indiz für die zivilrechtliche Beurteilung sein; es besteht kein zwingender Gleichlauf von Zivil- und Aufsichtsrecht. Eine kraft Gesetzes als Privatkunde eingestufte Person kann also durchaus viel Erfahrung in Wertpapiergeschäften haben, so dass ein Zivilrichter sie im Einzelfall als erfahren einstuft, obwohl sie aufsichtsrechtlich als Privatkunde gilt.

Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei «Execution-only-Geschäften»

Jörg Schmid, Luzern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen.....	222
II.	Was sind «Execution-only-Geschäfte»?	222
	1. Die bundesgerichtliche Umschreibung.....	222
	2. Qualifikation: Auftrag als Kernelement.....	224
III.	Die Informationspflichten des Beauftragten nach OR.....	225
	1. Grundsatz: keine besonderen Informationspflichten bei «Execution-only-Geschäften»	225
	2. Ausnahmen: besondere Umstände, die zu einer Informationspflicht führen.....	226
	3. Zur Information über die Kosten.....	228
	4. Zur Informationspflicht betreffend die Vertragsabwicklung.....	228
	5. Zur Informationspflicht nach Art. 11 BEHG	229
IV.	Die aufsichtsrechtlichen Informationspflichten nach dem FIDLEG- Entwurf.....	230
	1. Allgemeine Informationspflicht und Prüfpflicht (Art. 9 und 11 E-FIDLEG).....	230
	2. Informationspflichten bei Entschädigungen Dritter (Art. 28 E-FIDLEG).....	232
	3. Informationspflichten zur Vertragsabwicklung (Art. 17–20 E-FIDLEG).....	233
V.	Aufsichtsrecht und Privatrecht.....	234

* Prof. Dr. Jörg Schmid, Professor an der Universität Luzern. Für die Mithilfe bei der Materialsammlung danke ich meiner Assistentin Annabelle Peschke, MLaw, sehr herzlich. Das Manuskript wurde am 15. Mai 2017 abgeschlossen.

1. Aufsichtsrecht und Konsumentenschutz.....	234
2. Aufsichtsrecht und Auftragsrecht.....	234
3. Aufsichts- und Strafrecht des FIDLEG und Deliktsrecht	237
VI. Zusammenfassung in Thesen.....	238
Literatur.....	241
Materialien.....	242

I. Vorbemerkungen

Die folgenden Überlegungen sind den Informationspflichten des Finanzdienstleisters (namentlich der Bank) bei sogenannten «Execution-only-Geschäften» gewidmet und stehen unter der Perspektive des Privatrechts, vor allem des Vertragsrechts. Nach der Bestimmung des Begriffs der «Execution-only-Geschäfte» und ihrer vertragsrechtlichen Qualifikation (II.) gehe ich auf die Informationspflichten des Beauftragten nach OR bei solchen Geschäften ein (III.). Sodann behandle ich ausgewählte Informationspflichten des FIDLEG-Entwurfes (E-FIDLEG) und stelle sie den privatrechtlichen Pflichten gegenüber (IV.). Anschliessend wird das Verhältnis zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht behandelt (V.). Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung (VI.).

II. Was sind «Execution-only-Geschäfte»?

1. Die bundesgerichtliche Umschreibung

1. Das Bundesgericht spricht von einem «Execution-only-Geschäft», wenn ein Kundenauftrag zu einer Wertpapiertransaktion vorliegt und sich das Verhältnis zwischen Kunde und Bank in einer reinen Konto-/Depotbeziehung erschöpft,¹ also dort, «où la banque se charge uniquement d'exécuter les ordres du client»,² wo die Bank «nur punktuell Börsengeschäfte für den Kunden» ausführt.³ Die Tätigkeit der Bank erschöpft sich hierbei – negativ ausgedrückt – darin, als blosse Ausführende Aufträge des Kunden zu erledigen.

¹ BGE 133 III 97 E. 7.1 S. 102; BGer 4A_42/2015 E. 3.1 und E. 5.5.

² BGer 4A_369/2015 E. 2.4 (unter Hinweis auf die Ausführungen der Vorinstanz).

³ BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102.

gen, ohne dass ein Beratungsvertrag (Anlageberatung) oder gar ein Vermögensverwaltungsvertrag vorliegen.⁴

2. Das Fehlen eines Beratungsvertrags klingt wie ein trennscharfes Kriterium, doch bereitet die Abgrenzung zwischen Beratungsvertrag und «Execution-only-Geschäft» erhebliche Schwierigkeiten.⁵ So kann ein Beratungsvertrag zwischen Kunde und Bank nicht nur schriftlich («formell»), sondern auch mündlich oder konkludent abgeschlossen werden. Für die Frage, ob dies im Einzelfall geschehen ist, spielt – wenn sich Kunde und Bank tatsächlich nicht richtig verstanden haben – das Vertrauensprinzip die entscheidende Rolle.⁶ Zu fragen ist demnach: Durfte der Kunde als korrekte und redliche Person aus den Umständen auf das Bestehen eines Beratungsvertrags schliessen?

- So hat auch das Bundesgericht festgehalten, eine formelle Beratungsvertrags-Grundlage sei «entbehrlich, wenn sich wegen einer andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf».⁷ Die Beziehung zwischen Kunde und Bank ist also «dynamisch»: Aus einer reinen Konto-/Depotbeziehung kann mit der Zeit – wenn sich ein entsprechendes Vertrauensverhältnis herausbildet – ein Beratungsvertrag entstehen.⁸
- Ausser diesem «besonderen Vertrauensverhältnis» – das nach dem Gesagten in einen Beratungsvertrag mündet – können auch andere Umstände den Schluss eines konkludenten Beratungsvertrags nahelegen. Bei blosser standardisierter, massenhaft gestreuter Werbung («Produkte-Information») der Bank wird man dies unter normalen Umständen zwar kaum bejahen.⁹ Hingegen spricht die Aushändigung oder Zusendung spezifischer, individualisierter Produkteinformationen an den Kunden nach der hier vertretenen Auffassung mindestens dann für einen (punk-

⁴ BGE 133 III 97 E. 7.1 S. 102; BGer 4A_593/2015 E. 7.1.1; ähnlich BGE 138 III 755 E. 5.5 S. 764; BGer 4A_436/2016 E. 3.1.

⁵ EMMENEGGER/GOOD, S. 88.

⁶ Zum Vertrauensprinzip allgemein GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 205a ff.

⁷ BGE 133 III 97 E. 7.2 S. 103; ähnlich BGer 4A_525/2011 E. 3.1; BGer 4A_369/2015 E. 2.3 in fine.

⁸ Vgl. auch etwa GUTZWILLER, S. 62 f.

⁹ Ebenso im Ergebnis BERTSCHINGER, S. 2, allerdings mit dem (hier nicht geteilten) Argument, Anlageberatung müsse stets individuell und dürfe nicht konfektioniert sein.

tuellen) Beratungsvertrag, wenn der Kunde in Wertschriftenangelegenheiten erkennbar unerfahren ist – und zwar auch dann, wenn es der Kunde war, der das Gespräch oder die Zusendung gewünscht hat.¹⁰ Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich jedoch bisher zurückhaltend gezeigt.¹¹

2. Qualifikation: Auftrag als Kernelement

1. Führt die Bank im beschriebenen Sinn «Execution-only-Geschäfte» für den Kunden aus, so sind *mehrere Rechtsbeziehungen* zu beachten:

- die zu Grunde liegende Konto-/Depotbeziehung, die darlehens- und hinterlegungsvertragsrechtliche Elemente enthält, darüber hinaus jedoch – wegen der von der Bank geschuldeten Geschäftsführungsaufgaben¹² und des Wissensgefälles – nach der hier vertretenen Auffassung auch treuhänderische Elemente umfassen kann;¹³
- der Auftrag zur konkreten Transaktion, der im Kern einen einfachen Auftrag nach Art. 394 ff. OR darstellt, beim Wertpapierkauf regelmässig einen Kommissionsvertrag,¹⁴ für den subsidiär ebenfalls Auftragsrecht gilt (Art. 425 Abs. 2 OR).

Es lässt sich somit sagen, dass der (*einfache*) Auftrag und die auf ihn anwendbaren Gesetzesregeln das *Kernelement* des «Execution-only-Geschäfts» bilden. Das Auftragsrecht prägt demnach – auch hier – die Pflichten der Bank.¹⁵

¹⁰ Vgl. auch EMMENEGGER/GOOD, S. 88, wo diese Fragen aufgeworfen, jedoch offen gelassen werden.

¹¹ BGer 4A_593/2015 E. 7.1.4: «... la banque n'assume pas de devoir d'information lorsqu'elle communique sur demande à ses clients les attentes générales de son établissement ou de tiers sur l'évolution de certains instruments financiers» (der dortige Hinweis auf BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102 ist allerdings unzutreffend).

¹² FELLMANN, Berner Kommentar, N 430 zu Art. 398 OR.

¹³ Das Bundesgericht hat die Qualifikation des Kontovertrags verschiedentlich offen gelassen (zum Beispiel BGE 132 III 449 E. 2 S. 451 f.; BGer 4A_596/2013, E. 4.1). EMCH/BENZ/ARPAGAU, Nr. 657, bezeichnen den Kontokorrentvertrag als Innominatvertrag, der namentlich dem Auftragsrecht und dem Anweisungsrecht untersteht; vgl. auch ABEGG et al., S. 104 ff.

¹⁴ BGE 133 III 221 E. 5.1 S. 225; TERCIER/BIERI/CARRON, Nr. 4808; THÉVENOZ, S. 24.

¹⁵ Ein Teil der Lehre geht demgegenüber (bezüglich der Aufklärungspflicht) von einer *vorvertraglichen* Pflicht aus (zum Beispiel THALMANN, S. 977).

2. Typenmerkmale des (einfachen) Auftrags sind die *Wahrung fremder Interessen* (denen die eigenen Interessen des Beauftragten unterzuordnen sind),¹⁶ die damit verbundene *Treuepflicht* des Beauftragten¹⁷ sowie – regelmässig – das besondere Vertrauen des Auftraggebers in den Beauftragten, namentlich mit Bezug auf dessen berufliche Fähigkeiten.¹⁸ Zu den Nebenpflichten des Beauftragten gehören insbesondere die aus der Treuepflicht fliessenden *Aufklärungs- und Schutzpflichten*.¹⁹

3. Als Beauftragte schuldet die Bank dem Kunden die getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäfts und haftet für diese Sorgfalt (Art. 398 Abs. 2 OR). Zu dieser Treue- und Sorgfaltspflicht gehören namentlich *Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten*, die das Bundesgericht freilich auf eine breitere Grundlage stellt: «Ces devoirs contractuels découlent des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), dans le principe de la confiance (art. 2 CC) ou encore dans l'art. 11 de la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1).»²⁰ Von der Qualifikation des geschlossenen Vertrags (Beratungsvertrag, Vermögensverwaltungsvertrag oder schlichter Konto-/Depotvertrag) hängen indessen der genaue Gegenstand und die Tragweite der Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten ab.²¹ Hier interessiert das schlichte Konto-/Depotgeschäft.

III. Die Informationspflichten des Beauftragten nach OR

1. Grundsatz: keine besonderen Informationspflichten bei «Execution-only-Geschäften»

1. Bei «Execution-only-Geschäften» ist die Bank nach der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich nicht zur allgemeinen Wahrung der Interessen des Kunden gehalten («la banque s'engage uniquement à exécuter les in-

¹⁶ Illustrativ BGE 115 II 62 E. 3a S. 64 f.; FELLMANN, Berner Kommentar, N 105 und 107 zu Art. 394 OR.

¹⁷ FELLMANN, Berner Kommentar, N 110 und 251 ff. zu Art. 394 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, Nr. 4459 ff.

¹⁸ FELLMANN, Berner Kommentar, N 124 zu Art. 394 OR.

¹⁹ FELLMANN, Berner Kommentar, N 269 zu Art. 394 OR.

²⁰ BGer 4A_593/2015 E. 7.1.1.

²¹ BGer 4A_593/2015 E. 7.1.1; BGer 4A_336/2014 E. 4.2; zur Rechtsprechung ausführlich ROMY/BLOCH, S. 654 ff.

structions ponctuelles d'investissement du client, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci»²². Das bedeutet, dass hier *im Grundsatz keine Informations-, Beratungs- und Warnpflichten* bestehen.

2. Bezüglich dieser Pflichten besteht bei «Execution-only-Geschäften» demnach laut Bundesgericht «gewissermassen der *Minimalstandard*»²³. Immerhin sind sogleich wichtige Ausnahmen zu beachten:

2. Ausnahmen: besondere Umstände, die zu einer Informationspflicht führen

1. Eine Informationspflicht der Bank besteht zunächst dann, *wenn der Kunde es verlangt*.²⁴ Deren Ausmass (Umfang) bestimmt sich nach den Kenntnissen und der Erfahrung des Auftraggebers. *Kennt er die Risiken* der von ihm geplanten Anlagen *nicht*, muss die Bank ihn diesbezüglich warnen.²⁵

2. Bedingungslose Anweisungen an die Bank bedeuten laut dem Bundesgericht grundsätzlich, dass der Kunde keine Information oder Aufklärung braucht oder will. Daher besteht hier grundsätzlich keine Informationspflicht.²⁶ Vermag jedoch die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit zu erkennen, dass der *Kunde* eine bestimmte, mit der Anlage verbundene *Gefahr nicht erkannt hat*, muss sie ihn davor warnen.²⁷

3. Ausserdem besteht eine Informations- und Warnpflicht dann, «wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein *besonderes Vertrauensverhältnis* entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung

²² BGer 4A_593/201 E. 7.1.4; ähnlich bereits BGE 119 II 333 E. 5a S. 335; BGer 4C.385/2006 E. 2.1.

²³ BGer 4A_336/2014 E. 4.2 (im Original ohne Kursivdruck); ähnlich BGer 4A_436/2016 E. 3.1.

²⁴ BGE 119 II 333 E. 5a S. 335.

²⁵ BGer 4C.385/2006 E. 2.1. Zurückhaltender formuliert war noch BGE 119 II 333 E. 5a S. 335 («Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, ...»).

²⁶ BGer 4C.385/2006 E. 2.2. Illustrativ und zusammenfassend BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103: Es besteht «grundsätzlich keine Beratungspflicht der Bank im Rahmen gezielter Weisungen des Kunden zu kontorelevanten Verfügungen, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung entsprechender Aufträge oder Weisungen zu erkennen gibt, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht».

²⁷ BGer 4C.385/2006 E. 2.2; BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103; BGer 4A_369/2015 E. 2.3 in fine.

erwarten darf».²⁸ Das Bundesgericht argumentiert in dieser Konstellation so, dass auf Grund dieses Vertrauensverhältnisses keine blosser Konto-/Depot-Beziehung besteht, sondern die Bank «als Anlageberaterin zu betrachten ist», auch wenn kein ausdrücklich abgeschlossener Beratungsvertrag besteht.²⁹ In solchen Fällen wird demnach ein – gestützt auf das Vertrauensprinzip – stillschweigend (konkludent) geschlossener Beratungsvertrag bejaht.³⁰ In dem genannten Fall dauerte die Vertragsbeziehung rund zweieinhalb Jahre, während denen der Kunde und der Bankangestellte einen «intensiven und häufigen telefonischen Kontakt» unterhielten. Aus diesem Vertrauensverhältnis (und konkludenten Beratungsvertrag) folgte das Bundesgericht, die Bank habe den Kunden über die mit den Aktienspekulationen verbundenen Risiken aufklären und ihn abmahnen müssen.³¹ Dies gilt auch dann, wenn die Bank keine besondere Vergütung für die Beratung, sondern nur Kommissionen aus den getätigten Transaktionen erhält.³² In Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Bank enthaltene Vorbehalte, die in solchen Fällen einen Beratungsvertrag verneinen (etwa als «Disclaimer»), vermögen an dieser durch konkrete Handlungen geschaffenen Vertrauenslage nichts zu ändern.

4. Schliesslich gelten erhöhte Anforderungen an die Aufklärungspflicht der Bank, wenn der Kunde nicht nur mit seinem eigenen Vermögen, sondern auch *mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert*.³³ Dies hat seinen Grund laut dem Bundesgericht darin, dass «die Spekulationen mit Krediten speziell risikobehaftet ist».³⁴

²⁸ BGE 133 III 97 E. 7.1.2 S. 103 mit Hinweisen (Kursivdruck nicht im Original); BGer 4A_525/2011 E. 3.1; BGer 4A_369/2015 E. 2.3 in fine; BGer 4A_593/2015 E. 8.1.

²⁹ BGE 133 III 97 E. 7.2 S. 103.

³⁰ So ausdrücklich BGer 4A_525/2011 E. 3.1; vgl. auch BGer 4A_593/2015 E. 8.1.

³¹ BGE 133 III 97 E. 7.2 S. 103, wo das Bundesgericht alsdann festhält, in casu sei die Bank diesen Pflichten nachgekommen.

³² BGer 4A_593/2015 E. 7.1.4.

³³ BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 102 f.; 119 II 333 E. 5a S. 335; ROMY/BLOCH, S. 658 f.

³⁴ BGer 4C.265/2001 E. 2b/cc. In casu wandte das Bundesgericht diese verschärfte Informationspflicht nicht an, weil der Kredit, mit dem der Kunde spekulierte, durch die im Lombarddepot der Bank liegenden Wertschriften gesichert war, sodass für das Bundesgericht die Spekulation nicht riskanter war, als wenn der Bankkunde mit eigenem Vermögen spekuliert hätte.

3. Zur Information über die Kosten

1. Im Auftragsrecht gehört es regelmässig auch zur Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber über die mit der Auftragserfüllung entstehenden Kosten zu unterrichten.³⁵ Auf Grund des *Treueverhältnisses* zwischen Bank und Kunde sowie der besonderen Fachkenntnisse der Beauftragten rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Auffassung eine entsprechende Aufklärungspflicht der Bank.

2. In gewissen Verhältnissen ergibt sich die «Preisbekanntgabepflicht» auch aus dem *Lauterkeitsrecht*. So sind gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. r PBV für die Dienstleistungen «Kontoeröffnung, -führung und -schliessung, den Zahlungsverkehr im Inland und grenzüberschreitend, Zahlungsmittel (Kreditkarten) sowie den Kauf und Verkauf ausländischer Währungen (Geldwechsel)» die tatsächlich zu bezahlenden Preise in Schweizerfranken bekannt zu geben.³⁶ Die genannte lauterkeitsrechtliche Pflicht beschränkt sich beim «Execution-only-Geschäft» nach dem Wortlaut der Verordnung auf die Kontoeröffnung und -führung, was unter Wertungsgesichtspunkten erstaunt.

4. Zur Informationspflicht betreffend die Vertragsabwicklung

1. Hat die Bank den Auftrag des Kunden ausgeführt, muss sie den Kunden nach Massgabe ihrer *Rechenschaftspflicht* als Beauftragte über die Abwicklung informieren. Nach Gesetz ist nur (aber immerhin) «auf Verlangen» Rechenschaft abzulegen (Art. 400 Abs. 1 OR).³⁷ Aus dem konkreten Vertrag kann sich jedoch etwas anderes – Weitergehendes – ergeben.

2. Überdies kann das *Gebot von Treu und Glauben* (Art. 2 Abs. 1 ZGB) Auskunftspflichten auslösen. Dies gilt nach HANS MERZ namentlich auch «im Hinblick auf vermutete gesetzliche oder vertragliche Ansprüche, über deren Entstehung und Inhalt der Berechtigte sich keine Gewissheit verschaffen kann, während der Verpflichtete Auskunft zu erteilen in der Lage ist».³⁸

³⁵ BGE 115 II 62 E. 3a S. 65 ff. (für eine Vermögensverwaltung): «Der Beauftragte hat als Fachmann dem Auftraggeber auch unaufgefordert über die Zweckmässigkeit des Auftrages und der Weisungen, die Kosten und Gefahren sowie die Erfolgchancen Auskunft zu geben.»

³⁶ Preisbekanntgabeverordnung, SR 942.211.

³⁷ Zur Pflicht zur Auskunfts- und Rechenschaftserteilung vgl. FELLMANN, Berner Kommentar, N 19 ff. zu Art. 400 OR.

³⁸ MERZ, Berner Kommentar, N 278 zu Art. 2 ZGB.

5. Zur Informationspflicht nach Art. 11 BEHG

1. Ist der Beauftragte ein Effektenhändler im Sinn von Art. 2 lit. d BEHG, so trifft ihn – nach derzeit noch geltendem Recht – die börsenrechtliche Informationspflicht nach Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG; insbesondere hat er den Kunden auf die mit einer besonderen Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen.³⁹ Bei der Erfüllung dieser Pflichten sind die Geschäftserfahrenheit und die fachlichen Kenntnisse der Kunden zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 2 BEHG). Obwohl das Börsengesetz ein Aufsichtserlass ist (Art. 1 BEHG), stellt Art. 11 BEHG nach Rechtsprechung und herrschender Lehre eine *Doppelnorm* dar, schreibt demnach auch privatrechtliche Pflichten fest.⁴⁰ Das ist besonders bedeutsam für «Execution-only-Beziehungen», zumal hier die privatrechtlichen Informationspflichten im Einzelfall hinter den Standards von Art. 11 BEHG zurückbleiben können.⁴¹ An dieser Stelle setzt mit anderen Worten die letztere Bestimmung einen «neuen privatrechtlichen Mindeststandard»,⁴² der vom Kunden auch dann angerufen werden kann, wenn er nicht explizit vereinbart worden ist.⁴³ Ausserdem sind vertragliche Abreden – mit Einschluss von Freizeichnungsklauseln – nur gültig, wenn sie Art. 11 BEHG nicht widersprechen.⁴⁴

2. Was das *künftige Recht* angeht, sollen die Bestimmungen des BEHG – soweit sie nicht bereits in das FinfraG integriert worden sind⁴⁵ – in das Finanzinfrastrukturgesetz (FINIG) überführt werden, mit der Folge der vollständigen Aufhebung des BEHG.⁴⁶ Die börsenrechtliche Informationspflicht nach Art. 11 BEHG wird demnach in ihrer bisherigen Tragweite wegfallen, zumal

³⁹ Zur Entstehungsgeschichte vgl. etwa BERGER, S. 95 ff. und 98 ff.

⁴⁰ Anstelle vieler BGE 133 III 97 E. 5.2 S. 99 ff.; WIEGAND/BERGER, S. 720 ff.; WYSS, S. 56 f.; EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht, S. 40; DIESELBE, Die Informationspflichten der Bank, S. 649; ROMY/BLOCH, S. 650 f.; THALMANN, S. 982 f. (mit Relativierungen); BAHAR/STUPP, N 6 zu Art. 11 BEHG.

⁴¹ EMMENEGGER, Die Informationspflichten der Bank, S. 649.

⁴² EMMENEGGER, Die Informationspflichten der Bank, S. 649; ähnlich THÉVENOZ, S. 40.

⁴³ ROMY/BLOCH, S. 651, die diese Pflicht als vertragliche Nebenpflicht (und beim Fehlen eines Vertrags als vorvertragliche Pflicht) qualifizieren.

⁴⁴ BERGER, S. 102 ff., 163 und 180; ROMY/BLOCH, S. 650; EMMENEGGER, Die Informationspflichten der Bank, S. 649; BAHAR/STUPP, N 12 zu Art. 11 BEHG.

⁴⁵ Zu diesen Aufhebungen vgl. AS 2015, S. 5402 f.; Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014, S. 7607 f.; vgl. dort auch S. 7498, 7500, 7590 und die Tabelle auf S. 7641.

⁴⁶ BOTSCHAFT, S. 8928, 9032, 9043 f. und 9160, mit dem Hinweis, dass die Bezeichnung «Effektenhändler» durch «Wertpapierhäuser» ersetzt werden soll.

das FINIG diese Frage nicht regelt (es hat die Aufsicht zum Gegenstand)⁴⁷ und das FIDLEG die Verhaltenspflichten enger fasst, wie zu zeigen sein wird.⁴⁸ Ob dieser – wiederum erstaunliche und in der Botschaft zu FIDLEG und FINIG inhaltlich nicht erläuterte – Wegfall eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung darstellt, ist fraglich.

IV. Die aufsichtsrechtlichen Informationspflichten nach dem FIDLEG-Entwurf

Im Folgenden sind einige wesentliche Informationspflichten nach dem FIDLEG-Entwurf (E-FIDLEG) zu skizzieren und an den dargestellten auftragsrechtlichen Informationspflichten zu messen. Basis ist die Version des Gesetzesentwurfs auf Grund der Beschlüsse des Ständerates vom 14. Dezember 2016.⁴⁹ Wo wesentliche Abweichungen des Ständerates zum Entwurf des Bundesrates⁵⁰ bestehen, wird darauf hingewiesen.

1. Allgemeine Informationspflicht und Prüfpflicht (Art. 9 und 11 E-FIDLEG)

1. Nach *Art. 9 Abs. 1 E-FIDLEG* haben die Finanzdienstleister ihre Kunden (ausser über ihren Namen, ihre Adresse und ähnliche Punkte) über «die allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken» zu informieren (lit. d). Diese Informationen:

- müssen vor Abschluss des Vertrags mit dem Kunden oder vor Erbringung der Dienstleistung erteilt werden (Art. 10 Abs. 1 E-FIDLEG);
- können den Kunden in standardisierter Form physisch oder elektronisch zur Verfügung gestellt werden (Art. 10 Abs. 3^{bis} E-FIDLEG);

⁴⁷ Zur «Aufgabenverteilung» zwischen FINIG und FIDLEG vgl. BOTSCHAFT, S. 8915.

⁴⁸ Vgl. hinten IV./1.

⁴⁹ Vgl. AMTLICHES BULLETIN, Ständerat, 2016, S. 1153 ff. (Geschäft 15.073: Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz).

⁵⁰ BOTSCHAFT, S. 9093 ff.

- sind, falls sich wesentliche Änderungen ergeben, beim nächsten Kundenkontakt in korrigierter Form zu kommunizieren (Art. 10 Abs. 5 lit. a E-FIDLEG);⁵¹
- sind Gegenstand einer Pflicht, welche nach Massgabe von Art. 92 E-FIDLEG strafrechtlich sanktioniert wird.

2. Zu *weiteren Informationen*, etwa über die mit einer konkreten Anlage verbundenen Risiken und Kosten, sind die Finanzdienstleister nach Art. 9 Abs. 2–3^{bis} E-FIDLEG nur bei «persönlichen Empfehlungen» verpflichtet – mithin *nicht bei blossen «Execution-only-Geschäften»*.⁵² Bei solchen Geschäften besteht aufsichtsrechtlich auch keine Pflicht zur Angemessenheit und Eignung von Finanzdienstleistungen nach Art. 11 E-FIDLEG, da sich diese Pflicht nach dem Gesetzeswortlaut auf solche Dienstleister beschränkt, die «eine Anlageberatung oder eine Vermögensverwaltung erbringen».⁵³

3. Die aufsichtsrechtliche Regelung zur allgemeinen Informationspflicht und Prüfpflicht entspricht dem nach der Rechtsprechung geltenden *Grundsatz der auftragsrechtlichen Sorgfalt* («keine Informations- und Beratungspflichten bei «Execution-only-Geschäften»). Doch bleibt ein Doppeltes zu präzisieren:

- Aufsichtsrechtlich abgebildet wird in Art. 9 und 11 E-FIDLEG nur der im Auftragsrecht geltende *Grundsatz* bezüglich der Sorgfalt. Vorbehalten bleiben Situationen, in denen auf Grund besonderer Umstände dennoch eine Informations-, Beratungs- oder Warnpflicht besteht. Hinzuweisen ist namentlich auf die aus dem «besonderen Vertrauensverhältnis» fließenden Pflichten der Bank sowie auf die Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber über die Kosten aufzuklären.
- Weiter als Art. 9 und 11 E-FIDLEG gehen nach der hier vertretenen Auffassung die Pflichten des Effekthändlers nach dem (derzeit noch geltenden) Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG. Letzteres enthält nach der Rechtsprechung zwar keine Pflicht zur Aufklärung über eine konkrete Effekten-

⁵¹ Die nationalrätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben beschloss an ihrer Sitzung vom 22. Februar 2017, die Streichung von Art. 10 Abs. 5 E-FIDLEG zu beantragen (WAK-N, Geschäft 15.073, Medienmitteilung vom 22. Februar 2017).

⁵² Der bundesrätliche Entwurf sah demgegenüber in Art. 9 Abs. 2 die Pflicht zu weiteren Informationen vor, namentlich über die «angebotenen» Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumente (lit. a und c), was sich gemäss der Botschaft auch auf «Execution-only-Geschäfte» («den blossen Vertrieb von Finanzinstrumenten») bezog (BOTSCHAFT, S. 8953 f.).

⁵³ So auch BOTSCHAFT, S. 8956.

handelstransaktion, aber doch die Pflicht des Effekthändlers, den Kunden «über die Risiken einer Geschäftsart an sich» zu informieren.⁵⁴ Auch bei dieser (bescheidenen) Tragweite von Art. 11 BEHG stimmen die Standards dieser beiden Gesetze nicht miteinander überein; das BEHG ist strenger, soll indessen nach dem Gesagten vollständig aufgehoben werden.⁵⁵

2. Informationspflichten bei Entschädigungen Dritter (Art. 28 E-FIDLEG)

1. Art. 28 E-FIDLEG befasst sich mit den Entschädigungen Dritter, und zwar unter der Überschrift «Interessenkonflikte». Die Bestimmung beschränkt sich nicht auf Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsverträge, sondern gilt *auch für* «Execution-only-Geschäfte», was durch den Zweck der Ablieferungs- und Rechenschaftspflichten, Interessenkollisionen zu vermeiden, bestätigt wird.⁵⁶ Hier interessieren die Informationspflichten:

- Nach Art. 28 Abs. 1 E-FIDLEG dürfen Finanzdienstleister Entschädigungen von Dritten (vgl. Abs. 3) im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen nur annehmen, wenn sie den Kunden «vorgängig ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben und diese darauf verzichten», oder wenn sie die Entschädigung vollumfänglich an die Kunden weitergeben.⁵⁷
- Abs. 2 präzisiert den Umfang der geschuldeten Information: Diese muss Art und Umfang der Entschädigung beinhalten und zum Voraus erfolgen (mit näheren Präzisierungen).

2. Diese aufsichtsrechtlichen Regeln entsprechen grundsätzlich der aus dem Auftragsrecht abgeleiteten (privatrechtlichen) *Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den «Retrozessionen»*.⁵⁸ Zwar hat das Bundesgericht die Ablieferungspflicht mit Bezug auf «Execution-only-Geschäfte» bis anhin offen ge-

⁵⁴ BGE 133 III 97 E. 5.3 S. 100 f.; BGer 4A_525/2011 E. 3.1.

⁵⁵ Vgl. vorne III./5.

⁵⁶ Ebenso BOTSCHAFT, S. 8966.

⁵⁷ Einen Antrag, wonach Finanzdienstleister Entschädigungen von Dritten nur entgegennehmen dürfen, wenn sie diese vollständig an die Kundinnen und Kunden weitergeben, lehnte die nationalrätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben an ihrer Sitzung vom 5. April 2017 ab (WAK-N, Geschäft 15.073, Medienmitteilung vom 5. April 2017).

⁵⁸ Vgl. anstelle aller BGE 138 III 755 ff.; EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 59 ff.

lassen.⁵⁹ Die «Retrozessions-Praxis» rechtfertigt sich indessen auch hier: Es geht auch hier um Auftragsverhältnisse, die Erfüllung der Treuepflicht des Beauftragten und den Schutz des Kunden bei möglichen Interessenkollisionen.

3. Informationspflichten zur Vertragsabwicklung (Art. 17–20 E-FIDLEG)

1. Die bisher behandelten Informationspflichten betrafen die Information «im Voraus», also vor Vertragsabschluss oder vor Ausführung der betreffenden Finanzdienstleistung. Pro memoria sei hier erwähnt, dass der E-FIDLEG auch *Informationspflichten nach oder bei Vornahme der Dienstleistung* enthält. In Stichworten seien erwähnt:

- die Dokumentations- und Rechenschaftspflichten nach Art. 17 und 18 E-FIDLEG;
- die Informationspflichten, die sich aus Art. 19 und 20 E-FIDLEG ergeben können. Diese beiden Bestimmungen betreffen die Ausführung von Kundenaufträgen – und damit auch die Ausführung von «Execution-only-Geschäften». So beachten Finanzdienstleister nach Art. 19 Abs. 1 E-FIDLEG bei der Bearbeitung von Kundenaufträgen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Prinzip der Gleichbehandlung. Nach Art. 20 Abs. 1 und 2 E-FIDLEG stellen Finanzdienstleister sicher, dass bei der Ausführung der Aufträge ihrer Kunden (auch hinsichtlich der Kosten und Entschädigungen Dritter) das bestmögliche Ergebnis in finanzieller, zeitlicher und qualitativer Hinsicht erreicht wird.

2. Privatrechtlich greifen diesbezüglich einerseits und vor allem die *auftragsrechtlichen Pflichten zur Auskunft und Rechenschaftsablegung* (Art. 400 OR). Überdies kann nach dem Gesagten auch das *Gebot von Treu und Glauben* (Art. 2 Abs. 1 ZGB) besondere Auskunftspflichten über die Auftragsabwicklung auslösen.⁶⁰

⁵⁹ BGE 138 III 755 E. 5.5 in fine S. 764.

⁶⁰ Vgl. vorne III./4.

V. Aufsichtsrecht und Privatrecht

1. Aufsichtsrecht und Konsumentenschutz

1. Das FIDLEG bezweckt unter anderem den *Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistungen*; ausserdem will es vergleichbare Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die Finanzdienstleister schaffen «und trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei» (Art. 1 E-FIDLEG). Konsumentenschutz ist an erster Stelle erwähnt.⁶¹ Diesem Ziel dient nach der hier vertretenen Auffassung letztlich auch die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen.

2. Die zuständige *Aufsichtsbehörde* überwacht die Einhaltung der Bestimmungen durch die Finanzdienstleister und trifft Anordnungen, um Verletzungen zu verhindern oder zu beseitigen (Art. 90 Abs. 1 und 2 E-FIDLEG). Ausserdem existieren Strafbestimmungen (Art. 92 ff. E-FIDLEG).

3. Demgegenüber werden *privatrechtliche Streitigkeiten* zwischen Finanzdienstleistern oder zwischen solchen und Kunden durch das zuständige Gericht (oder Schiedsgericht) entschieden (Art. 90 Abs. 3 E-FIDLEG). Für die Konsumentinnen und Konsumenten, die ihre Ansprüche durchsetzen wollen, bleibt es demnach bei der Zuständigkeit der *Zivilgerichte*.

2. Aufsichtsrecht und Auftragsrecht

1. Die FIDLEG-Bestimmungen erweisen sich nach Art. 90 E-FIDLEG grundsätzlich als *öffentliches Recht*.⁶² Die Botschaft verneint, dass es sich um «Doppelnormen» handle, und führt aus, dass «die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG ... nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden ein»greifen.⁶³ Das Zivilgericht beurteile «das zivilrechtliche Verhältnis nach wie vor gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen».⁶⁴

⁶¹ Der Ingress des Entwurfes stützt sich unter anderem denn auch auf Art. 97 BV (Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten). Ferner führt die bundesrätliche Botschaft schon ganz zu Beginn aus, der Kundenschutz im geltenden Recht sei ungenügend (BOTSCHAFT, S. 8912 f.).

⁶² BOTSCHAFT, S. 8921.

⁶³ BOTSCHAFT, S. 8921; vgl. auch S. 9002.

⁶⁴ BOTSCHAFT, S. 8921.

2. Die Botschaft ergänzt indessen sogleich, das Zivilgericht könne zur Konkretisierung der privatrechtlichen Vorschriften «die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG heranziehen. Die Bestimmungen entfalten in diesen Fällen eine *Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung* zwischen dem Finanzdienstleister und seinen Kundinnen und Kunden.»⁶⁵

Die Normen des Privatrechts sind demnach im Lichte des Aufsichtsrechts auszulegen (und umgekehrt),⁶⁶ was nach der üblichen Methodenlehre als *Ausfluss des systematischen Auslegungselementes* bezeichnet werden kann.⁶⁷ Das Gebot der systematischen Auslegung fusst seinerseits auf der Idee der Einheit der Rechtsordnung, verlangt jedoch immerhin auch nach systembedingten Differenzierungen.⁶⁸ Dem Zivilgericht verbleibt ein erheblicher Spielraum in der Rechtsanwendung – ein sachgerechtes Ergebnis.

3. Gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf hat nun allerdings der *Ständerat* Art. 8 E-FIDLEG wesentlich verändert und in Abs. 1 Satz 2 folgende Regel eingeführt: «Soweit diese [= die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach diesem Titel] bestehen und erfüllt werden, sind auch identische zivilrechtliche Pflichten erfüllt.» Damit soll laut Ständerat MARTIN SCHMID⁶⁹ «ein sogenanntes Doppelnormkonzept» eingeführt werden: «Wer eine bestimmte Verhaltensregel nach FIDLEG einhält, erfüllt damit auch die entsprechende zivilrechtliche Pflicht.» Nicht jede Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften führe automatisch zu einer zivilrechtlichen Haftung; doch sei andererseits bei Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Pflichten «eine Verletzung der entsprechenden zivilrechtlichen Pflichten vollumfänglich ausgeschlossen».⁷⁰

⁶⁵ BOTSCHAFT, S. 8921 (Kursivdruck hinzugefügt); zur Ausstrahlungswirkung vgl. auch WEBER, S. 409 f. und 415. Der Ingress des Entwurfs stützt sich explizit auch auf Art. 122 Abs. 1 BV, gemäss welchem die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes ist. Es fragt sich demnach, ob der Gesetzgeber mit dem FIDLEG nach eigener Auffassung mindestens punktuell auch Zivilrecht (und Zivilprozessrecht) erlässt.

⁶⁶ WEBER, S. 410.

⁶⁷ Statt aller vgl. zum systematischen Element EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Berner Kommentar (2012), N 245 ff. zu Art. 1 ZGB.

⁶⁸ Vgl. im Einzelnen EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Berner Kommentar (2012), N 245 ff. zu Art. 1 ZGB.

⁶⁹ SCHMID, AB 2016 Ständerat, S. 1153.

⁷⁰ SCHMID, AB 2016 Ständerat, S. 1164, mit der Bemerkung, mit Art. 8 Abs. 1 FIDLEG werde «ein Safe Harbor» angestrebt.

4. Die *Bewertung dieser ständerätlichen Änderung* fällt aus mehreren Gründen sehr kritisch aus:

- Doppelnormen sind nach praktisch allgemein anerkannter Terminologie nur jene Vorschriften, die zugleich einen privat- und öffentlich-rechtlichen Inhalt aufweisen.⁷¹ Sie müssen von den zuständigen Behörden des öffentlichen Rechts (hier von den Aufsichtsbehörden) von Amtes wegen durchgesetzt werden, während sie von den betroffenen Privatrechtssubjekten (hier von den Banken und Kunden) vor den Zivilgerichten angeufen werden können.⁷² Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-FIDLEG (in der Version des Ständerates vom 14. Dezember 2016) erfüllt diese Anforderungen nicht, zumal sich namentlich die Kunden nicht unmittelbar auf die Verletzung einer Aufsichtsrechtsnorm berufen können, um eine Schadenersatzforderung gegen die Bank zu begründen.
- Für das privatrechtliche Verhältnis zwischen dem Kunden und der Bank (Finanzdienstleister) ist – und bleibt trotz FIDLEG – die konkrete Vertragsbeziehung massgebend, die in jedem Fall individuell besteht. Die privatrechtlichen Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich aus der privatautonom gesetzten Vereinbarung, unter Vorbehalt des zwingenden Rechts (Art. 19 und 20 OR), mangels Vereinbarung aus dem dispositiven Gesetzesrecht und namentlich aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB).⁷³ Genuin zuständig zur Auslegung dieser privatrechtlichen Verträge und Gesetzesnormen sind die Zivilgerichte.
- Die vom ständerätlichen Berichterstatter angedeutete «Schutzwirkung» (bei Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Pflichten solle «eine Verletzung der entsprechenden zivilrechtlichen Pflichten vollumfänglich ausgeschlossen» sein) hätte nicht den Schutz der Kundinnen und Kunden zum Ziel, sondern den Schutz der Finanzdienstleister vor privatrechtlichen Ansprüchen ihrer Kundschaft. Dies jedoch widerspräche Art. 1 E-

⁷¹ BGE 141 III 195 E. 2.3 S. 198; 109 Ia 76 E. 3a S. 78 (zu Art. 699 ZGB).

⁷² Zum Beispiel TUOR /SCHNYDER /SCHMID/JUNGO, § 102 N 73; EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Berner Kommentar, N 91 zu Art. 1 ZGB; MARTI, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 5 und 6 ZGB, N 70 ff. Klassisches Beispiel für eine Doppelnorm ist Art. 699 ZGB (freies Zutrittsrecht zu Wald und Weide; dazu etwa BGE 96 I 97 E. 2f S. 102; 106 Ib 47 E. 4 S. 48 ff; 109 Ia 76 E. 3a S. 78; 141 III 195 E. 2.3 S. 198; kritisch zu diesem Konzept etwa LIVER, S. 279 f., der von einer «Verlegenheitskonstruktion» spricht [ähnlich WIEGAND/BERGER, S. 722, zum Börsengesetz]; SCHÖBLI, ZBJV 120/1984, S. 180 ff.). Zum Doppelnorm-Charakter von Art. 11 BEHG vgl. vorne III./5.

⁷³ So im Zusammenhang mit Art. 11 BEHG auch WIEGAND/BERGER, S. 732 f.

FIDLEG (und Art. 97 BV) und würde zu einem sinnwidrigen Gesetz führen.

- Nur der Vollständigkeit halber erwähnt seien auch die massiven Übergangsrechtlichen Probleme einer solchen Rechtsänderung, da die aus vorbestehenden Verträgen entstandenen (wohlerworbenen) Ansprüche der Kundinnen und Kunden mit dem Inkrafttreten des FIDLEG nicht aufgehoben oder verkürzt werden könnten.

Rechtspolitisch ist demnach der Gesetzgeber vor dem Erlass einer Norm wie Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-FIDLEG (in der Version des Ständerates vom 14. Dezember 2016) mit Nachdruck zu warnen.

3. Aufsichts- und Strafrecht des FIDLEG und Deliktsrecht

1. Es wurde bereits erwähnt, dass das FIDLEG neben den aufsichtsrechtlichen Normen für bestimmte Pflichtverletzungen Strafbestimmungen enthält (Art. 92 ff. E-FIDLEG). Insgesamt bezweckt das Gesetz – unter anderem – den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistungen.⁷⁴ Die aufsichtsrechtlichen Normen, teilweise strafrechtlich sanktioniert, dienen dem *Schutz des Kundenvermögens*, stellen mithin *Schutznormen im Sinn des Deliktsrechts* dar.⁷⁵ Verstösse gegen die Pflichten des FIDLEG, die Vermögensschäden zur Folge haben, sind aus diesem Grund als unerlaubte (widerrechtliche) Handlungen im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR anzusehen und führen – die übrigen Haftungsvoraussetzungen unterstellt – grundsätzlich zur ausservertraglichen Haftung des Verletzers.⁷⁶ Eine Parallele findet sich bereits im Börsenrecht: Für Art. 11 BEHG hat das Bundesgericht den Schutznorm-Charakter zu Recht bejaht,⁷⁷ während die Meinungen in der Lehre geteilt sind.⁷⁸

⁷⁴ Vorne V./1.

⁷⁵ Zu den Schutznormen des Strafrechts vgl. allgemein VERDE, Nr. 383 ff.

⁷⁶ Bejahend, aber sehr zurückhaltend AMADÒ/MOLO/DE VECCHI, S. 1800.

⁷⁷ BGer 4A_213/2010 E 4, unter anderem mit Hinweis auf BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46. Für einen Kläger, der nicht Kunde des Effekthändlers war, verneinend ZR 111/2012, Nr. 30, S. 75 ff., E. IV./B.2.2.2 S. 79 f. (Zürcher Obergericht).

⁷⁸ Bejahend etwa WYSS, S. 74 f. und 105 f.; ZOBL/BANZ, S. 631, Fn. 55; MONFERRINI/VON DER CRONE, S. 352 ff. Zurückhaltend und mindestens teilweise ablehnend WEBER, S. 416 f.; ganz oder überwiegend ablehnend WIEGAND/BERGER, S. 738 ff.; BAHAR/STUPP, N 96 zu Art. 11 BEHG.

2. In der Regel bieten zwar die vertragsrechtlichen Regeln dem Auftraggeber einen besseren Schutz als das Deliktsrecht, insbesondere bezüglich der Ersatzpflicht reiner Vermögensschäden, der Verschuldensvermutung (Art. 97 Abs. 1 OR vs. Art. 41 Abs. 1 OR), der Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR vs. Art. 55 OR) und der Verjährung (Art. 127 OR vs. Art. 60 Abs. 1 OR). Doch besteht *Anspruchskonkurrenz*, wenn die Vertragsverletzung zugleich eine widerrechtliche Handlung (durch Missachtung vermögensschützender FIDLEG-Bestimmungen) darstellt, sodass der Kunde die Wahl hat, sich auf die Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen zu berufen.⁷⁹ Die Rechtsanwendung durch das Gericht erfolgt – wenn die entsprechenden Tatsachen vorgetragen sind – ohnehin von Amtes wegen (Art. 57 ZPO).

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Unter «Execution-only-Geschäften» werden hier Kundenaufträge zu einer Wertpapiertransaktion verstanden, bei denen sich das Verhältnis zwischen Kunde und Bank in einer reinen Konto-/Depotbeziehung erschöpft, mit anderen Worten weder ein (formeller) Beratungsvertrag noch ein Vermögensverwaltungsvertrag vorliegt. Kernelement dieser «Execution-only-Geschäfte» ist der (einfache) Auftrag. Das Auftragsrecht – namentlich die Sorgfalts- und Treuepflicht der Beauftragten – prägt demnach das Rechtsverhältnis zwischen Kunde und Bank.

2. Die auftragsrechtlichen Informationspflichten der Bank sind bei «Execution-only-Geschäften» sehr beschränkt. Es bestehen nach der bundesgerichtlichen Praxis im Grundsatz keine Informations-, Beratungs- und Warnpflichten.

3. Ausnahmsweise können aber die Bank nach der Rechtsprechung dennoch solche Pflichten treffen. So muss beispielsweise die Bank den Kunden warnen, wenn sie erkennt oder erkennen kann, dass er eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr übersieht. Ausserdem kann eine Informations- und Warnpflicht der Bank dann entstehen, wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung mit dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat. Hinzu treten namentlich die Pflicht der Bank zur Kosteninformation und zur Rechenschaftsablage sowie – derzeit noch – die börsenrechtliche Pflicht zur Risikoaufklärung (Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG).

⁷⁹ Anstelle aller vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2938 ff.

4. Stellt man die auftragsrechtlichen Pflichten den aufsichtsrechtlichen Pflichten nach E-FIDLEG gegenüber, ergibt dies teilweise erhebliche Abweichungen, teilweise weitgehende Übereinstimmung:

- Nach Art. 9 Abs. 1 E-FIDLEG haben die Finanzdienstleister ihre Kunden (ausser über ihren Namen, ihre Adresse und ähnliche Punkte) nur über «die allgemeinen mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken» zu informieren; zu weiteren Informationen (etwa über die mit einer konkreten Anlage verbundenen Risiken und Kosten) sind die Finanzdienstleister nach Art. 9 Abs. 2–3^{bis} E-FIDLEG nur bei «persönlichen Empfehlungen» verpflichtet – mithin nicht bei blossen «Execution-only-Geschäften». Das entspricht zwar den auftragsrechtlichen Grundsätzen, nicht aber den Sondersituationen, in denen auf Grund besonderer Umstände dennoch eine Informations-, Beratungs- oder Warnpflicht besteht – etwa wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und Kunde.
- Art. 28 Abs. 1 E-FIDLEG enthält Informationspflichten bei Entschädigungen Dritter, die der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Retrozessionen im Wesentlichen entsprechen.
- Das E-FIDLEG sieht schliesslich auch Informationspflichten nach oder bei Vornahme der Dienstleistung vor, etwa bezüglich Dokumentation und Rechenschaftsablage (Art. 17 und 18 E-FIDLEG) oder zur Ausführung von Kundenaufträgen (Art. 19 und 20 E-FIDLEG), die den Vorgaben des Auftragsrechts nahekommen.

5. Damit stellt sich – namentlich bezüglich der Divergenzen in den Pflichten der Finanzdienstleister – die generelle Frage des Verhältnisses zwischen Aufsichtsrecht (FIDLEG) und Vertragsrecht (Auftragsrecht):

- Die Zivilgerichte bleiben für die privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kunde und Bank zuständig (Art. 90 Abs. 3 E-FIDLEG).
- Nach dem bundesrätlichen Entwurf greifen die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG nicht unmittelbar in dieses privatrechtliche Verhältnis ein, entfalten jedoch eine «Ausstrahlungswirkung». Dies erscheint als sachgerecht und kann methodisch als Ausfluss des systematischen Auslegungselements bezeichnet werden.
- Nach der momentan im Raum stehenden Version des Ständerates (Fassung des Ständerates vom 14. Dezember 2016)⁸⁰ soll indessen Art. 8 E-

⁸⁰ Vgl. vorne V./2.

FIDLEG dergestalt geändert werden, dass dann, wenn die Bank die aufsichtsrechtlichen Pflichten erfüllt, auch «identische zivilrechtliche Pflichten erfüllt» sind. Damit werde – so einzelne Voten im Ständerat – «ein sogenanntes Doppelnormkonzept» eingeführt, das bei Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Pflichten «eine Verletzung der entsprechenden zivilrechtlichen Pflichten vollumfänglich ausschliesse». Mit dieser ständerätlich vorgeschlagenen Regelung wird jedoch übersehen, dass privatrechtlich zwischen zwei Vertragsparteien (in den Schranken des zwingenden Rechts) stets die konkrete Vertragsbeziehung massgebend ist, die in jedem Fall individuell besteht. Weiter wird mit dem Vorschlag weder ein Doppelnormkonzept geschaffen, noch die genuine Aufgabe der Zivilgerichte (Auslegung der privatrechtlichen Verträge und Gesetzesnormen) respektiert, noch dem Konsumentenschutzzweck von Art. 1 E-FIDLEG (und Art. 97 BV) nachgelebt. Das FIDLEG würde – wenn eine solche Regelung wirklich handhabbar wäre, was zweifelhaft erscheint – zu einem sinnwidrigen Gesetz mit dem Ziel, die Finanzdienstleister vor privatrechtlichen Ansprüchen ihrer Kundinnen und Kunden zu schützen. Rechtspolitisch ist der Gesetzgeber vor dem Erlass einer Norm wie Art. 8 Abs. 1 Satz 2 E-FIDLEG (Fassung des Ständerates vom 14. Dezember 2016) mit Nachdruck zu warnen.

6. Die aufsichts- und strafrechtlichen Normen des FIDLEG schützen (unter anderem) das Vermögen der Kundinnen und Kunden. Sie stellen daher Schutznormen dar, deren Verletzung eine Widerrechtlichkeit im Sinn von Art. 41 Abs. 1 OR begründet.

Literatur

- ABEGG PHILIPP/GEISSBÜHLER ALEX/HAEFELI KURT/HUGGENBERGER ERIC, Schweizerisches Bankenrecht, Zürich/Basel/Genf 2012.
- AMADÒ FLAVIO/MOLO GIOVANNI/DE VECCHI RAFFAELE, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, in: AJP 2013, S. 1783 ff.
- BAHAR RASHID/STUPP ERIC, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Art. 161, 161^{bis}, 305^{bis} und 305^{ter} Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2011, Kommentierung von Art. 11 BEHG.
- BERGER BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung – dargestellt anhand der Informationspflicht des Effekthändlers, Diss. Bern 2000.
- BÜHLER CHRISTOPH B., «Suitability & Appropriateness»: Was ist wirklich neu?, in: GesKR 2016, S. 1 ff.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011.
- EMMENEGGER SUSAN, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe – Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Freiburger Habil., Bern 2004 (zitiert: EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht).
- Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, S. 59 ff. (zitiert: EMMENEGGER, Anlagekosten).
 - Die Informationspflichten der Bank bei Anlagegeschäften: Tout devient du droit public?, in: Kunz Peter V. et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 643 ff. (zitiert: EMMENEGGER, Die Informationspflichten der Bank).
- EMMENEGGER SUSAN/GOOD RAHEL, Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung – zum Projekt eines Finanzdienstleistungsgesetzes für die Schweiz (FIDLEG), in: Sethe Rolf et al. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, S. 85 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Caroni Pio et al., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012.
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GUTZWILLER P. CHRISTOPH, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008.
- LIVER PETER, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Basel/Stuttgart 1977.

- MARTI ARNOLD, Vorbemerkung zu Art. 5 und 6 ZGB, in: Baumann Max/Dürr David/Marti Arnold/Lieber Viktor/Schnyder Bernhard (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band/1. Teilband: Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998,.
- MERZ HANS, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Liver Peter et al., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1966.
- MONFERRINI ISABELLE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung des Effektenhändlers für strukturierte Produkte im ausservertraglichen Verhältnis [...], in: SZW 2012, S. 347 ff.
- ROMY ISABELLE/BLOCH OLIVIER, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente, in: Gauch Peter et al. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 647 ff.
- SCHÖBI FELIX, Art. 699 Abs. 1 ZGB als Norm des privaten und öffentlichen Rechts, ZBJV 120/1984, S. 180 ff
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016.
- THALMANN CHRISTIAN, Von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effektenhändlers, in: Schweizer Rainer J. et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, S. 971 ff.
- THÉVENOZ LUC, Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières, in: Thévenoz Luc/Bovet Christian (Hrsg.), Journée 2007 de droit bancaire et financier, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 19 ff.
- TOUR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.
- VERDE MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Luzerner Diss., Zürich 2014.
- WEBER ROLF H., Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, in: SJZ 109/2013, S. 405 ff.
- WIEGAND WOLFGANG/BERGER BERNHARD, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 135/1999, S. 713 ff.
- WYSS ALEXANDER, Verhaltensregeln für Effektenhändler, Diss. Zürich/St. Gallen 2000.
- ZOBL DIETER/BANZ OLIVER, Art. 11 BEHG im Kontext des europäischen und schweizerischen Finanzdienstleistungsrechts, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, S. 621 ff.

Materialien

- AMTLICHES BULLETIN, Ständerat, 2016, S. 1153 ff. (Geschäft 15.073: Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz).
- BOTSCHAFT zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, S. 8901 ff. (mit FIDLEG-Entwurf auf S. 9093 ff.).

Fidleg und das Vertragsrecht: Das Basisinformationsblatt

Mirjam Eggen, Bern*

Das Basisinformationsblatt – kurz BIB genannt – ist eines der wenigen „Regulierungsprodukte“, die nach der Finanzkrise ohne grösseren Widerspruch akzeptiert worden sind. Das BIB schränkt die Anbieter von Finanzdienstleistungen nicht ein in der Produktgestaltung und soll so einfach formuliert sein, dass es auch Personen ohne besondere Marktkenntnisse verstehen. Im besten Fall führen die Vorschriften somit zu einem verhältnismässig kleinen Aufwand für die Anbieter und zu einer grossen Wirkung für die Kunden. Das BIB setzt zudem die Grundsätze der *behavioural economics* um: Es will nicht möglichst viele Informationen auf dem Markt verteilen, sondern die richtigen Informationen in der richtigen Aufbereitung vermitteln.

Basisinformationsblätter bilden somit einen gemeinsamen Nenner, auf den man sich einigen kann, sie sind beinahe ein regulatorischer Kassenschlager. Das sehen wir auch im FIDLEG. Die Vorschriften über das BIB haben ihren Weg von der Vernehmlassung über die Botschaft bis in den Erstrat praktisch unbeschadet genommen. Sind diese Blätter aber wirklich so harmlos – und damit auch zahnlos –, wie sie daherkommen? Oder bieten sie nicht vielmehr einen Anker, den die Kunden werfen können, um privatrechtliche Ansprüche gegen den Produzenten oder den Anbieter von Finanzinstrumenten geltend zu machen?

Schauen wir uns zunächst die einschlägigen Normen des FIDLEG an:

- Gemäss Art. 63 E-FIDLEG¹ enthält das BIB alle Angaben, die wesentlich sind, damit die Anleger eine fundierte Anlageentscheidung treffen können. Erwähnt werden u.a. die Eigenschaften, die Kosten und die

* Prof. Dr. Mirjam Eggen, LL.M., assoziierte Professorin an der Universität Bern. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Referats.

¹ Die Normen des Beitrags beziehen sich auf die Fassung des FIDLEG nach den Beschlüssen des Ständerats vom 14. Dezember 2016.

Risiken des konkreten Finanzinstruments. Das BIB beschreibt somit die zentralen Parameter, die ein Kunde braucht, um sich für oder gegen einen Produkterwerb zu entscheiden.

- Art. 9 E-FIDLEG verpflichtet die Finanzdienstleister zudem, das BIB Privatkunden zur Verfügung zu stellen, wenn sie eine persönliche Empfehlung zum Finanzinstrument abgeben.
- *Pro memoria*: Kein BIB erstellt und abgegeben werden muss gemäss Art. 61 E-FIDLEG allerdings für Aktien und Forderungspapiere ohne derivativen Charakter.

Kann sich ein Kunde vor einem Zivilgericht nun auf das BIB berufen, wenn ein Finanzinstrument nicht jene Eigenschaften aufweist, die im BIB beschrieben wurden? Aus einer privatrechtlichen Optik ist dies jedenfalls dann möglich, wenn das Basisinformationsblatt zum Vertragsinhalt wird. Nicht näher eingegangen wird im Folgenden auf die Prospekthaftung nach Art. 72 E-FIDLEG. Die Kunden können sich – wie bereits unter geltendem Recht – bei gegebenen Voraussetzungen auf die Prospekthaftung berufen. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich an der praktischen Relevanz der Prospekthaftung durch deren Aufnahme im FIDLEG viel ändern wird.

Der Text des BIB hält die wesentlichen Produkteigenschaften verbindlich fest. Das BIB wird den Kunden gemäss Art. 10 Abs. 2 E-FIDLEG vor dem Vertragsschluss zur Verfügung gestellt. Die Information ist zudem vorformuliert und standardisiert, d.h. für den Kunden nicht verhandelbar. Gestützt darauf ist es naheliegend, die Informationsblätter als allgemeine Vertragsbedingungen zu qualifizieren.

Gegen eine Einordnung des BIB als Vertragsinhalt könnten allerdings die folgenden Argumente sprechen:

- Der Inhalt wird nicht nur durch den Produzenten, sondern auch durch den Gesetzgeber geprägt.
- Rein technisch ist der Produzent nicht immer der Vertragspartner des Kunden – zu denken ist hier an eine Festübernahme oder den Produkthandel auf dem Sekundärmarkt.
- Die Angaben des BIB sind nicht fix, sondern müssen bei Veränderungen angepasst werden (Art. 65 E-FIDLEG).

- Schliesslich könnte man auch argumentieren, das BIB sei eine rein vorvertragliche Information und werde damit nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt.

Eine allgemeingültige Antwort auf die Frage, ob das BIB ein Vertragsbestandteil wird, lässt sich also nicht finden. Sicher ist: Das Basisinformationsblatt – bzw. dessen Inhalt – wird nur dann zum Vertragsinhalt, wenn es einem der Vertragspartner als Erklärung zugerechnet werden kann. Wann ist das der Fall?

Erinnern wir uns: Das Basisinformationsblatt wird vom Produzenten des Finanzinstruments erstellt. Dieser muss nicht identisch sein mit dem Finanzdienstleister, der das Finanzinstrument den Kunden anbietet. Gestützt darauf können wir drei verschiedene Konstellationen auseinanderhalten:

Die *erste Konstellation* befasst sich mit dem Verhältnis zwischen dem Kunden und dem Produzenten: Erwirbt der Kunde ein Finanzinstrument direkt vom Produzenten – insbesondere bei einer direkten Platzierung auf dem Primärmarkt – können die Informationen des BIB zu Lasten des Produzenten ohne weiteres Vertragsbestandteil werden. Voraussetzung dafür ist einzig, dass der Kunde beim Vertragsschluss von der Existenz des Basisinformationsblatts Kenntnis hat und diesem eine angemessene Bedeutung zumisst.

Die *zweite Konstellation* erfasst Fälle, in denen der Kunde das Finanzinstrument von einer Emissionsbank erwirbt – d.h. die sog. kommissionsweise Platzierung und die Festübernahme. Auch hier ist eine Aufnahme des BIB in den Kaufvertrag zwischen der Emissionsbank und dem Kunden naheliegend. Gerade dann, wenn das BIB unter Mitwirkung der Bank erstellt wird, können Aussagen über die Produkteigenschaften grundsätzlich auch der Bank zugerechnet werden. Diese Zurechnung darf aber nicht völlig unbegrenzt erfolgen. Konnte die Bank im Rahmen ihrer Tätigkeit nicht erkennen, dass der Produzent falsche Angaben in das BIB integrieren lässt, erscheint zumindest fraglich, ob sie dafür einstehen muss. Das BIB wird zudem auch hier nur dann Vertragsbestandteil, wenn der Kunde beim Produkterwerb weiss, dass es ein BIB für das fragliche Finanzinstrument gibt.

Die *dritte Fallgruppe* befasst sich mit der Rolle des BIB im Verhältnis zwischen einem Finanzdienstleister, der an der Emission nicht beteiligt ist – also z.B. einem Anlageberater – und seinem Kunden. Hier ist es weniger klar, ob der Inhalt des BIB dem Vertragspartner des Kunden zugerechnet

werden kann. Weshalb ist das so? Wir erinnern uns: Basisinformationsblätter werden vom Produzenten erstellt und nicht vom Finanzdienstleister am Point of Sale. Ihr Inhalt kann deshalb nur dann zu einer vertraglichen Haftung führen, wenn die Angaben dem Finanzdienstleister als eigene Erklärungen zugerechnet werden können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Dienstleister den Kunden beim Produkterwerb berät – nur dann muss er das BIB nach Art. 9 E-FIDLEG überhaupt abgeben – und dabei unzutreffende Aussagen macht oder wiederholt. Ein Finanzdienstleister darf also nicht vorbehaltlos auf die Informationsblätter vertrauen, sondern muss kritisch prüfen, ob die dortigen Aussagen korrekt sind, bevor er sie selbst im Gespräch mit dem Kunden einsetzt. Zudem muss er diesen auf relevante Lücken hinweisen.

Was ist die *Konsequenz* aus der Qualifikation des BIB als Vertragsbestandteil? Gemeinsam ist allen drei Fallgruppen, dass der Vertragspartner des Kunden für Fehler im BIB gestützt auf eine vertragliche Grundlage haftet. So haften der Produzent oder die Emissionsbank nicht nur aus der Prospekthaftung gemäss Art. 72 E-FIDLEG, sondern unterliegen u.U. auch einer vertraglichen Haftung. Vor allem für die Emissionsbank ist dies relevant: Sie schliesst mit dem Kunden einen Kaufvertrag ab. Für Zusicherungen im BIB, die ihr zuzurechnen sind – davon darf man etwa bei Informationen über die Produkteigenschaften ausgehen – haftet sie somit grundsätzlich verschuldensunabhängig. Auch der Anlageberater muss sich vorsehen. Er darf ein BIB nicht völlig unbesehen in der Beratung einsetzen, sondern muss dessen Inhalt zumindest plausibilisieren. Ansonsten kann ihm der Kunde später zum Vorwurf machen, er habe ihn falsch beraten.

Aus den Ausführungen kann folgendes *Fazit* gezogen werden: Das BIB ist primär ein aufsichtsrechtliches Instrument. Informationen aus dem BIB können aber unter gewissen Voraussetzungen zum Vertragsbestandteil werden und damit auch eine vertragliche Haftung auslösen. Sie können damit die Stellung des Kunden auch aus einer privatrechtlichen Perspektive verbessern.

Eignungs- und Angemessenheitsprüfung im Fidleg im Lichte der zivilrechtlichen Standards

Luc Thévenoz, Genf*

Eignung und Angemessenheit sind Kurzformeln für zwei Pflichtenkataloge und für zwei unterschiedliche Qualitätsniveaus einer Finanzdienstleistung. Grundsätzlich handelt es sich um *Pflichten gegenüber einer Kundin oder einem Kunden*, unabhängig von der privatrechtlichen oder aufsichtsrechtlichen Qualifikation dieser Pflichten.

Zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln können parallel zueinander verlaufen. Zuweilen weisen sie einen identischen Inhalt auf, häufig tun sie dies aber nicht. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Leitentscheid des Bundesgerichts in BGE 133 III 97. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht zum ersten Mal festgehalten, dass:

- Art. 11 BEHG eine Doppelnorm ist: Gesetzliche Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten werden sowohl von der Aufsichtsbehörde als auch von den Zivilgerichten angewendet;
- Die sogenannte *suitability*-Prüfung, also die «Erforschung der finanziellen Verhältnisse des Kunden sowie die Beurteilung, ob eine Transaktion für einen bestimmten Kunden geeignet ist», gehört nicht zum Pflichtenkatalog von Art. 11 BEHG. Im zu beurteilenden Sachverhalt entsteht sie gestützt auf einen Beratungsvertrag, oder - im Ausnahmefall - gestützt auf Treu und Glauben.

Die Eignungs- und die Angemessenheitsprüfung sind im geltenden Aufsichtsrecht nicht explizit geregelt. Ihre aufsichtsrechtliche Verankerung ist eine der vielen Massnahmen, welche die Grundlage für das Fidleg-Finig-Projekt bilden, indem sie den Anlegerschutz verbessern und die Annäherung an das EU-Recht gewährleisten sollen.

* Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Genf. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Referats.

Die Eignung ist der Kern, die Essenz der Vermögensverwaltung. Sobald im Jahr 2004 der *suitability*-Begriff in der MiFid verankert wurde, wurde dies für die Schweiz in diesen Worten gesagt. *Suitability* ist das Kernversprechen der Vermögensverwaltung: «Ihr Portfolio ist für Sie massgeschneidert, es entspricht Ihren Wünschen und Bedürfnissen, es ist für Sie geeignet».

Es brauchte noch fast zehn Jahre, bis dieses Kernversprechen Eingang in die SBVg-Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge (2013) fand, die ihrerseits zu den von der FINMA anerkannten aufsichtsrechtlichen Mindeststandards gehören. Man sollte aber beachten: Bei diesen Richtlinien geht es nicht um vertragliche Pflichten der Vermögensverwalter gegenüber den Kunden. Diesbezüglich hat sich nichts verändert. Wie man in der Präambel nachlesen kann, haben die Richtlinien «keine direkten Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zwischen den Banken und ihren Kunden».

Anders gesagt: Man will keine vertraglichen Haftungstatbestände schaffen. Es ist aber allen Beteiligten klar, dass die Zivilgerichte weder an die SBVg-Richtlinien noch an die FINMA-Rundschreiben gebunden sind, weshalb sie diese aufsichtsrechtlichen Mindeststandards dennoch berücksichtigen.

Was also bringt das Fidleg, in seiner Fassung nach der Beratung des Ständerats am 14. Dezember 2016, im Hinblick auf die Vermögensverwaltung?

Zur Eignungsprüfung in Art. 13 E-Fidleg ist eine Präzisierung anzubringen: Die Kenntnisse und Erfahrungen, über die der Finanzdienstleister sich erkundigen muss, «beziehen sich auf die Finanzdienstleistung» – sprich: auf die Vermögensverwaltung, und nicht auf die einzelnen Transaktionen. Tatsächlich muss die Vermögensverwaltungskundin die einzelne Transaktion bzw. die einzelne Anlage nicht verstehen; diese Aufgabe hat sie an ihren Vermögensverwalter delegiert. Das Allerwichtigste ist hingegen, dass sie die Dienstleistung versteht, also die Chancen und Risiken der Anlagestrategie und die damit verbundenen Kosten.

Die heikle Frage im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung betrifft nicht die Vermögensverwaltung, sondern die Anlageberatung. Und in dieser Hinsicht sieht es alles andere als gut aus. Im Gegensatz zu den MiFID I und MiFID II-Richtlinien unterscheidet der bundesrätliche Entwurf des Fidleg zwischen «punktuellem» und «umfassender» Anlageberatung. Die «umfassende Anlageberatung» ist gemäss Art. 13 E-Fidleg eine «Anlageberatung unter Berücksichtigung des Kundenportfolios». Die umfassende Anlage-

beratung untersteht, gleich wie die Vermögensverwaltung, der Eignungsprüfung. Das wäre an sich nicht problematisch – wenn es nicht zu folgendem ständerätlichen Zusatz gekommen wäre:

«Diese Kenntnisse und Erfahrungen beziehen sich auf die Finanzdienstleistung und nicht auf die einzelnen Transaktionen.»

Das passt für die Vermögensverwaltung, es kann aber offensichtlich nicht für die Anlageberatung gelten. Die Beratungskundin trifft ihre eigenen Entschiede. Dafür muss sie nicht nur den Beratungsvertrag verstehen, sondern auch jede empfohlene einzelne Transaktion.

Noch schlimmer steht es um die «punktuelle Anlageberatung», die nicht der Eignungsprüfung, sondern nur der Angemessenheitsprüfung gemäss Art. 12 E-Fidleg untersteht (hier hat der Ständerat keine Änderung vorgenommen).

Worin besteht also die «angemessene punktuelle Beratung»? Es ist:

- Eine Beratung ohne Betrachtung des Kundenportfolios;
- Eine Beratung ohne Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse und Bedürfnisse des Kunden;
- Eine Beratung, die sich lediglich daran messen lassen muss, dass die empfohlene Anlage oder Transaktion den Kenntnissen und dem Erfahrungsstand des Kunden entspricht.

Hinsichtlich dieser aufsichtsrechtlichen Regelung der punktuellen Beratung drängen sich drei Bemerkungen auf:

a) Das ist keine echte Beratung, sondern lediglich die Empfehlung eines Finanzinstruments unter völliger Ausserachtlassung der Bedürfnisse und Anlageziele des Anlegers, mithin in erster Linie eine Brokerage-Leistung. Diese Angemessenheitsprüfung geht nicht wirklich weiter als die Aufklärungspflicht gemäss Art. 11 BEHG, die vorschreibt, dass der Effekthändler (demnächst das «Wertpapierhaus»!) «die Geschäftserfahrenheit und die fachlichen Kenntnisse der Kunden zu berücksichtigen hat.»

b) Die Angemessenheitsprüfung gemäss Art. 12 E-Fidleg entspricht nicht der Rechtsprechung der schweizerischen Zivilgerichte bezüglich der Anlageberatung, wie sie sich in den letzten zehn Jahren entwickelt hat. Für die Zivilgerichte unterscheidet sich die punktuelle von der dauernden Anlageberatung dahingehend, dass bei ersterer keine dauernde Überwachung des Portfolios geschuldet ist.

c) Die Regelung entspricht auch nicht den Anforderungen des EU-Rechts, weder unter MiFID I (Art. 10 Abs. 4), und noch weniger unter MiFID II (Art. 25 Abs. 2). Von einer «Gleichwertigkeit», oder schlicht von einer «*smart equivalence*» kann nicht die Rede sein.

Allerdings: So klar ist die bestehende Regelung der punktuellen Beratung dann auch wieder nicht. Denn für jede Beratung verlangt Art. 17 Abs. 2 E-Fidleg (in der bundesrätlichen und der ständerätlichen Fassung), dass der Finanzdienstleister «die Bedürfnisse der Kundinnen und Kunden sowie die Gründe für jede Empfehlung» dokumentiert. Kundenbedürfnisse müssen also nachgefragt und dokumentiert werden, obwohl sie im Rahmen der Angemessenheitsprüfung bei der punktuellen Beratung gemäss Art. 12 E-Fidleg irrelevant sind...

Der Finanzplatz Schweiz hat ein Problem mit der Anlageberatung. Der «*premium service*», also die Vermögensverwaltung, wurde konsequent aufgebaut und vermarktet. Aber nicht jede Kundin und nicht jeder Kunde will ein Verwaltungsmandat erteilen und bezahlen. Für die meisten Banken und Effekthändler steht der Grossteil der *Assets under Management* nicht unter einer diskretionären Verwaltung. Vielmehr handelt es sich um Depots und *execution only*-Verhältnisse, bei denen die Transaktionen aus einer informellen, punktuellen Beratung heraus vorgenommen werden. Das entspricht der «punktuellen Beratung» im Sinne der Zivilrechtsprechung der letzten zehn Jahre.

In strategischer Hinsicht entspricht diese informelle und punktuelle Anlageberatung den Bedürfnissen der Finanzdienstleister nicht mehr:

- In vielen wichtigen ausländischen Märkten dürfen *execution only*-Kunden nicht angesprochen werden. Ohne Dauervertrag (Vermögensverwaltung oder Anlageberatung) ist nur die *reverse solicitation* zulässig, die ihrerseits keine proaktive Kontaktaufnahme seitens der Finanzdienstleister erlaubt.
- In der steuertransparenten Welt von heute brauchen die Finanzdienstleister neue Einkommensquellen. Die Verschiebung von *reverse solicitation*-Kunden zu Dauerkunden, die kostenpflichtige Beratungsverträge abschliessen, würde einen solchen *income stream* schaffen. Allerdings hat man mit Dauerberatungsverträgen bislang nur begrenzte Erfahrung, sie betreffen zudem meistens institutionelle Kunden und *ultra-high net worth individuals* und nicht die Massendienstleistung für die unteren Kundensegmente.
- Die Rechtsrisiken der Anlageberatung sind in EU-Länder bedeutend grösser, und sie werden auch von den schweizerischen Zivilgerichten allmählich

erhöht. Für die Anlageberatung als Massendienstleistung werden die Prozesse und die Digitalisierung immer wichtiger.

Es ist nicht die Aufgabe des Fidleg, diese Probleme zu lösen. Es sollten aber zumindest gute Rahmenbedingungen für die Anlageberatung geschaffen werden. Das ist leider mit dem Fidleg-Entwurf nicht der Fall. Im Abschnitt über die Eignung und Angemessenheit weist der Entwurf des Bundesrates bedeutende Defizite aus, und diese hat der Ständerat zusätzlich verschärft.

Die vorgeschlagenen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Anlageberatung werden der Herausforderung nicht gerecht, die vielfältigen Kundenbedürfnisse mit einer kohärenten Beratungsdienstleistung aufzufangen. Die Unterscheidung zwischen punktueller und umfassender Beratung und die damit verbundenen unterschiedlichen Standards werden das *regulatory arbitrage* fördern. Hinzu kommt, dass die Beratung im Rahmen von Versicherungsdienstleistungen auf eine andere Revision verschoben wird. Insgesamt wird damit eine fundamentale Inkohärenz zwischen Aufsichtsrecht und Zivilrecht geschaffen.

Das alles mag eine gute Nachricht für die Rechtsberater sein. Es ist aber keine gute Nachricht im Hinblick auf die nachhaltige Entwicklung des Finanzplatzes Schweiz, der auf Marktzugang und eine gute Reputation angewiesen ist.

FIDLEG und das Vertragsrecht: Dreipersonenverhältnisse

Rolf H. Weber, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I. Übersicht	253
II. Mitarbeitende	254
III. Beizug Dritter	255
IV. Dienstleisterkette	256
V. Nicht deckungsgleiche Regelung im E-FINIG	257
VI. Wertschriftenleihe	257

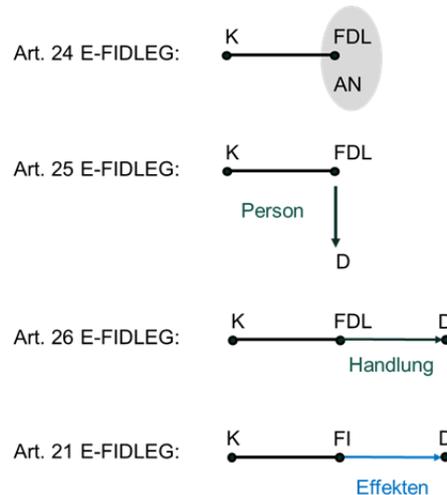
I. Übersicht

Der E-FIDLEG kennt kein besonderes Kapitel zu den «Dreipersonenverhältnissen», sondern regelt unter der Abschnittsüberschrift «Organisatorische Massnahmen» vorerst ganz allgemein die «angemessene Organisation» (innerhalb der sachlich vorgegebenen Einheit) und beschäftigt sich hernach mit drei Konstellationen von «Drittpersonen», die einen Beitrag für den Finanzdienstleister erbringen. Konkret geht es um die Mitarbeitenden (Art. 24), den Beizug Dritter (Art. 25) und die Dienstleisterkette (Art. 26). Die erwähnte Abschnittsüberschrift ist also nicht sehr passend. Eine Drittpersonenregelung gibt es zudem auch mit Blick auf die Verwendung von Finanzinstru-

* Prof. Dr. Rolf H. Weber, Rechtsanwalt, Professor em. an der Universität Zürich, Bratschi Wiederkehr & Buob AG, Zürich. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Referats.

menten (Art. 21), wenn zwar stärker auf Effekten als auf Handlungen ausgerichtet.

Überblicksmässig lassen sich diese Dreipersonenverhältnisse aus der Sicht des Kunden (K) wie folgt darstellen:



Wie immer bei Dreipersonenverhältnissen stellt sich jeweils die Frage, wer wen bezieht, d.h. wer Adressat der gesetzlichen Anordnung ist. Als sachlich richtig erscheint eine Betrachtungsweise, die vom Vertragspartner des Kunden ausgeht und hernach die Bezugsrelation beurteilt.

II. Mitarbeitende

Bei Art. 24 E-FIDLEG geht es offensichtlich um die Mitarbeitenden; der Finanzdienstleister beschäftigt die Mitarbeitenden, begründet wird also intern ein Arbeitsverhältnis (Art. 319 OR) mit den üblichen rechtlichen Folgen. Extern kommt die Haftung für Erfüllungsgehilfen zur Anwendung (Art. 101 OR); das etwaige Verschulden des Erfüllungsgehilfen hat nach herrschender Auffassung keinen Einfluss auf die Haftung.

Der Aufsicht unterstehende Finanzdienstleister müssen als Besonderheit sicherstellen, dass die Kundenberater im Berufsregister eingetragen sind. Ein diesbezüglicher Mangel kann aufsichtsrechtliche Konsequenzen haben, dürfte aber zivilrechtlich kaum eine Vertragsverletzung gegenüber dem Kunden darstellen, sofern die allgemein geltenden (auftragsrechtlichen)

Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 398 OR) eingehalten sind. Aufsichts- und Zivilrecht erweisen sich mithin insoweit als nicht deckungsgleich.

III. Beizug Dritter

Schwieriger ist die Auslegung von Art. 25 E-FIDLEG, der mit «Beizug Dritter» überschrieben ist, und zwar deshalb, weil im Finanzmarkt verschiedene Finanzdienstleister tätig sind, die sich gegenseitig «beiziehen» können, und der Beizug gesetzgeberisch auch nicht konkretisiert wird.

Die aufsichtsrechtliche Anordnung zu den Rahmenbedingungen des Beizugs verursacht zivilrechtliche Knacknüsse: Das Obligationenrecht differenziert im Falle des Beizugs von Dritten zwischen der Haftung für Erfüllungsgehilfen (Hilfsperson, Art. 101 OR), der ausservertraglichen Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) und der Haftung für Substituten (Art. 398 Abs. 3/Art. 399 OR). Die Haftungsordnung zulasten der beziehenden Person ist somit je nach Art des Beizugs unterschiedlich ausgestaltet. Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 E-FIDLEG weist die grösste Ähnlichkeit zur Haftungsordnung von Art. 55 OR auf; die Stichworte des Beiziehens (gemäss Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen), des Instruierens und des Überwachens entsprechen der in der ausservertraglichen Geschäftsherrenhaftung geltenden «cura in eligendo, instruendo und custodiendo».

Eine eigentliche Aufgabendelegation an einen Experten wie im Falle des Substituten (Art. 398 Abs. 3 OR) dürfte kaum im Blickfeld des Gesetzgebers gestanden haben. Im Falle eines Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR müsste der Geschäftsherr vollumfänglich für dessen Tätigkeiten einstehen, eine Begrenzung auf gewisse Charakteristiken ist nicht möglich. Integriert ein Finanzdienstleister aber einen Dritten z.B. während drei Monaten in seine Organisation, um gewisse Tätigkeiten mit Kundenkontakt auszuüben, ist nicht auszuschliessen, dass zwar aufsichtsrechtlich analoge Grundsätze zu Art. 55 OR, vertragsrechtlich hingegen nicht deckungsgleich die Regeln von Art. 101 OR zur Anwendung kommen.

Beim Beizug Dritter sind überdies nicht selten auch Sonderregeln zu berücksichtigen: (i) Die Auslagerung von betrieblichen Aufgaben (z.B. ein IT-Outsourcing) muss den Vorgaben des FINMA-Rundschreibens 2008/7 (bzw. künftig dem neuen FINMA-Rundschreiben 2017/xx) genügen. Regulatorisch sind gestützt auf dieses Rundschreiben verschiedene Pflichten durch den Finanzdienstleister zu erfüllen, etwa die gegenüber dem Outsourcing-Anbieter durchsetzbare Pflicht, den Aufsichtsbehörden jederzeit Zugang zu

den Daten zu gewähren. Indirekt können solche Rechte auch den Kunden dienen (z.B. Zugangsrechte). (ii) Sonderregeln gelten auch im Kollektivanlagerecht, z.B. im Kontext der Haftung von Depotbanken, die nicht in einem direkten Vertragsverhältnis zum Kunden stehen (Art. 44a, Art. 85 und Art. 145 KAG); der E-FIDLEG und das als Spezialgesetz ausgestaltete KAG sind somit nicht ganz kongruent.

IV. Dienstleisterkette

Eine Neuigkeit stellt die Bestimmung zur Dienstleisterkette (Art. 26 E-FIDLEG) dar; problematisch ist indessen, dass eine klare Abgrenzung zur Norm über den Beizug Dritter fehlt. Die aufsichtsrechtliche Anordnung zuhanden der Finanzdienstleister, die einem anderen Finanzdienstleister den Auftrag erteilen, eine «Finanzdienstleistung zu erbringen», deutet vertragsrechtlich auf eine Substitution hin (Art. 398 Abs. 3/Art. 399 OR), selbst wenn es an formulierten Voraussetzungen für die Legitimität der Substitution fehlt. Angeordnet wird durch Art. 26 Abs. 1 E-FIDLEG indessen eine originäre Verantwortlichkeit desjenigen Finanzdienstleisters, der eine Vertragsbeziehung mit dem Kunden hat. Der beauftragte Finanzintermediär kann gestützt auf einen Vertrauenstatbestand seine Tätigkeit entfalten, ausser wenn Indizien vorliegen, die darauf hindeuten, dass die Kundeninformationen unzutreffend sind (Art. 26 Abs. 2 E-FIDLEG). Dieser Vorbehalt ist in der Praxis nicht unproblematisch, weil der beauftragte Finanzdienstleister dadurch unter dem «Damoklesschwert» steht, dass er die falsche (bzw. ungenügende) Information hätte kennen müssen.

Verfügt der Dritte über Indizien, dass die Kundeninformationen unzutreffend sind, darf er vorerst das Geschäft nicht ausführen. Zivilrechtlich stellt sich dabei aber die Frage, ob der Dritte sich zwecks Vermeidung einer Vertragsverletzung (Art. 97 OR) auf die unverschuldete Unmöglichkeit (Art. 119 OR) berufen kann. Eine allgemeine Antwort lässt sich kaum geben; gewisse Rechtsrisiken und eine Unsicherheitssituation bleiben bei Drittpersonen in der Dienstleisterkette haften.

Der vorgeschlagene Wortlaut in Art. 26 E-FIDLEG ist auch nicht deckungsgleich zu den Standardformeln, die das Bundesgericht mit Blick auf die Haftung der Depotbank verwendet. Die Rechtsprechung geht nämlich vom Grundsatz aus, dass die Bank für die vom (direkten) Finanzdienstleister verursachten Verluste nur im Ausnahmefall haftet (SZW 2015, 398;

2011, 380). Der Dritte befindet sich deshalb in einer schwierigen Interessenabwägung bzw. in einem «Prokrustesbett».

V. Nicht deckungsgleiche Regelung im E-FINIG

Die schon im E-FIDLEG begründete Komplexität der Haftungsordnung bei der Regelung zum Beizug von Dritten sowie zur Dienstleisterkette wird noch zusätzlich unübersichtlich gemacht durch den E-FINIG: Gemäss Art. 64 Abs. 2 E-FINIG haftet ein Finanzinstitut im Falle der Erfüllung einer Aufgabe durch einen Dritten, sofern es nicht nachweist, dass es bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat. Die Haftungsanordnung wird eingeleitet durch den Wortlaut «überträgt... die Erfüllung einer Aufgabe an einen Dritten»; daraus erhellt nicht, ob eine Ähnlichkeit zum Beizug von Dritten oder zur Dienstleisterkette erreicht werden soll. Die Formulierung der Haftungs voraussetzung entspricht dem Wortlaut bei der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR), das Wort «übertragen» deutet eher auf die Substitution (Art. 398 Abs. 3 OR) hin.

Weitere Komplikationen sind in diesem Kontext zu beachten: Art. 64 Abs. 2 Satz 2 E-FINIG räumt dem Bundesrat die Kompetenz ein, die Anforderungen an die Überwachung (aber offensichtlich nicht an die Auswahl und an die Instruktion) zu regeln. Erlässt der Bundesrat tatsächlich konkretisierende Normen, hängen deren Auswirkungen von ihrer rechtlichen Qualifikation ab, d.h. von der Frage, ob eine Ausstrahlungswirkung besteht oder eine Doppelnorm vorliegt. Wäre eine Doppelnorm anzunehmen, müsste der Zivilrichter zur Auslegung des privatrechtlichen Begriffs «Überwachung» eine Bundesratsverordnung zum Aufsichtsrecht anwenden.

VI. Wertschriftenleihe

Eine besondere Konstellation von Dreipersonenverhältnissen sieht Art. 21 E-FIDLEG mit Blick auf die Verwendung von Kunden-Finanzinstrumenten vor; diese Bestimmung findet sich im Abschnitt über die Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen. Der Grund für die systematische Einordnung liegt in der Anordnung, dass die Wertschriftenleihe (Securities Lending) vom Finanzdienstleister nur vorgenommen werden darf, wenn eine vorgängige und aufgeklärte Zustimmung durch den Kunden eingeholt worden

ist. Diese Zustimmung hat schriftlich zu erfolgen, und zwar gestützt auf eine verständliche Information in einer gesonderten Vereinbarung, die nicht Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein darf. Überdies hat der Kunde einen Entschädigungsanspruch für eine vorgenommene Wertschriftenleihe.

Die Gültigkeit des Drittgeschäfts hängt jedoch nicht von der vorgängigen und aufgeklärten Zustimmung durch den Kunden ab. Sofern der Dritte nicht im bösen Glauben ist, besteht ein Vertrauenstatbestand zugunsten der Zulässigkeit der Wertschriftenleihe. Fällt der Dritte aber in Konkurs, ist der Kunde mit dem Risiko konfrontiert, dass die ausgeliehenen Wertschriften, sofern eine Absonderung nicht möglich ist (Art. 17 BEG), verloren gehen, vorbehältlich der Regelung der Rangfolge gemäss Art. 30 BEG.