

- 2. Privatrecht/Droit privé
- 2.7. Schuldrecht – allgemein/
Droit des obligations – en général
- 2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil –
allgemein/Droit des obligations –
Partie spéciale – en général
- 2.7.2.9. Auftragsrecht/Mandat

(1) BGer 4A_369/2015: Informationspflichten der Bank gegenüber execution only-Kunden

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_369/2015 vom 25. April 2016, A. Ltd. gegen Banque B., Auftrag und Informationspflichten.



ARNOLD F. RUSCH*



EVA MAISSEN**

I. Vorbemerkung zur Visualisierung

Die Lektüre des Urteils fällt schon aufgrund der Anonymisierung der Parteien schwer. Die Verständlichkeit des Urteils leidet darunter, dass das Bundesgericht die Parteien abwechselnd auf drei verschiedene Arten bezeichnet. Zeitweise verwendet es die Abkürzung A. Ltd., manchmal die materiellrechtliche Bezeichnung als cliente, häufig aber die prozessuale Rolle als recourante. Die nicht am Prozess beteiligte C. SA bezeichnet das Bundesgericht ganze 17 Mal mit dieser Abkürzung, aber mit 34 Mal genau doppelt so häufig als gérante externe. Das Urteil der Vorinstanz¹ verwendet nochmals andere Abkürzungen. Zum besseren Verständnis des Sachverhalts und der Lösung zeigen wir nicht nur die Parteien in ihren rechtlichen Verbindungen und Rollen, sondern auch den Ablauf des relevanten Sachverhalts in vier Grafiken.

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue.

** EVA MAISSEN, Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin für Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht, Universität Zürich. Grosser Dank gebührt Frau Prof. Dr. SUSAN EMMENEGGER für wertvolle Hinweise und Anregungen.

¹ Cour de Justice GE, Chambre civile, ACJC/660/2015, 5.6.2015.

II. Situationsgrafik

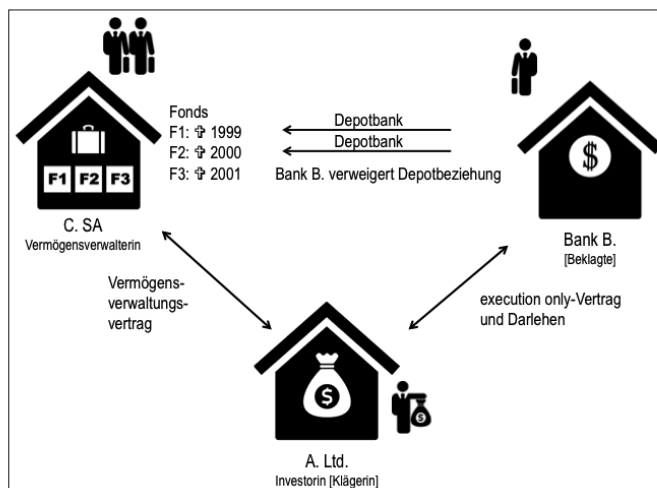


Abb. 1: Situationsgrafik

III. Ablaufgrafiken

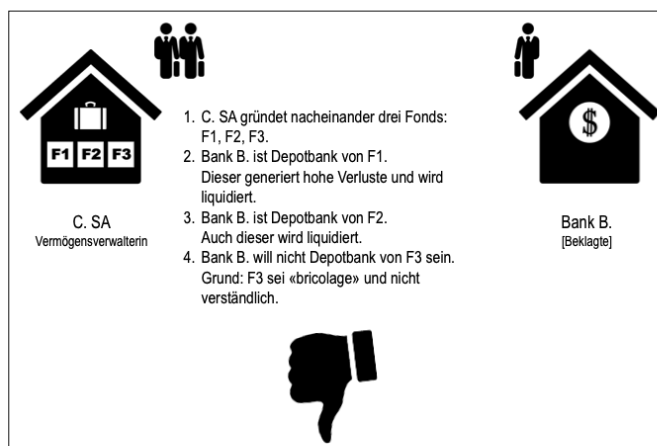


Abb. 2: Ablaufgrafik 1

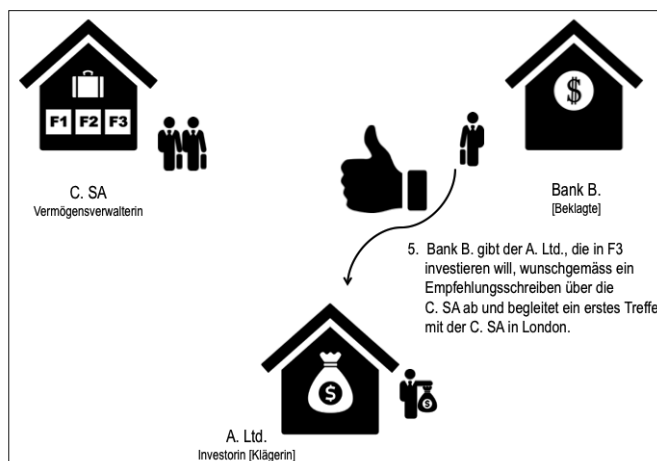


Abb. 3: Ablaufgrafik 2

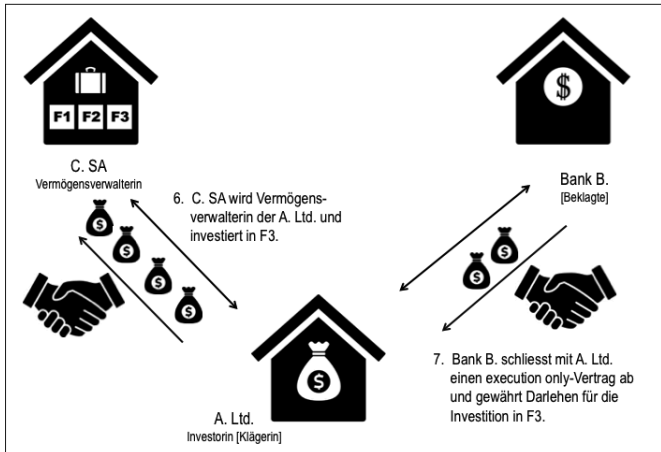


Abb. 4: Ablaufgrafik 3

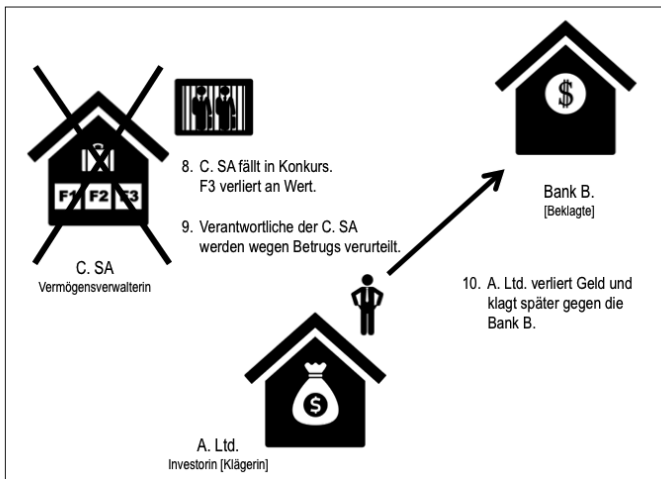


Abb. 5: Ablaufgrafik 4

IV. Sachverhalt

Am 18. April 2001 ging die A. Ltd. (Klägerin, Beschwerdeführerin, Bankkundin) mit der Bank B. (Beklagte, Beschwerdebeklagte) eine Bankbeziehung ein. Zwei Monate später, am 18. Juni 2001, erteilte sie der C. SA einen Vermögensverwaltungsauftrag, wonach die Investition von ungefähr 60% des Geldes in den von der C. SA betreuten Fonds F3 erfolgen sollte. Die A. Ltd. erklärte auf einem Formular gegenüber der C. SA, dass sie alle notwendigen Erklärungen über die Funktionsweise, die Risiken und die Bedingungen der Fonds erhalten habe. Die C. SA investierte in der Folge 12 Mio. USD für die A. Ltd. in verschiedene Fonds, darunter auch den Fonds F3. Im Juli 2001 investierte sie weitere 11 Mio. USD in den Fonds F3. Die Bank B. finanzierte diesen zweiten Erwerb mit einem Darlehen, für das die erworbenen Titel als Pfand dienten.

Ende November 2001 konnte die A. Ltd. der Bank B. das Darlehen aus Verkäufen von Fondsanteilen zurückzahlen. Im Juni 2002 teilte die Bank B. ihrer Kundin A. Ltd. mit, dass sie die Kreditlinie nicht erneuere. Die A. Ltd. blieb auf vielen Anteilen am Fonds F3 sitzen und erlitt grosse Verluste. Die C. SA fiel in Konkurs. Im November 2009 erging im Zusammenhang mit Fonds F3 eine Verurteilung der verantwortlichen Personen der C. SA wegen Betrugs.

2011 betrieb und klagte die A. Ltd. gegen die Bank B. auf Ersatz des Schadens in der Höhe von CHF 21'478'563. Die A. Ltd. stützte ihr Begehren auf Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 Abs. 1 OR, und begründete dies mit folgendem Sachverhalt:

- Die Bank B. agierte in den Jahren 1997 und 1998 als Depotbank für den von der C. SA verwalteten Fonds F1, der den Anlegern Verluste von 40–90% beschert hatte. Der Verwaltungsrat D. der C. SA verheimlichte dies vor der Bank B., indem er gefälschte Kontoauszüge präsentierte. Die relevanten Personen in der Bank B. wussten aber, dass der Fonds F1 Verluste generierte (E. 3.3). Die C. SA schloss 1999 den Fonds F1 aufgrund der schlechten Leistung und weil sie den Fonds nicht in die Schweiz übersiedeln wollte, wie dies die EBK gewünscht hatte.
- Die C. SA ersetzte den Fonds F1 durch den Fonds F2, für den wiederum die Bank B. als Depotbank wirkte. Auch dieser Fonds entwickelte sich schlecht: Er erreichte nie die gewünschte Masse und ging Ende 2000 ebenfalls in Liquidation.
- Im März 2000 gründete die C. SA. den Fonds F3. Für diesen wollte die Bank B. nicht mehr als Depotbank agieren, weil die Dokumentation den verantwortlichen Mitarbeiter der Bank B. nicht überzeugte. Er konnte insbesondere auch mit Hilfe eines Fachmannes und anderer Personen dessen Funktionsweise nicht erfassen und sprach von einem *«produit nébuleux et obscur»*. Die Fonds der C. SA bezeichnete er generell als *«bricolage»* (franz. für Pfusch, Bastelei) und präziserte, den Fonds F3 nicht verstanden zu haben (E. 3.2 und 3.3). Ein anderer Mitarbeiter bezeichnete spezifisch den Fonds F3 aufgrund der Dokumentation als *«affaire pas très sérieuse»*.
- Im Sommer 2000 berichtete die Presse in diversen Artikeln auf negative Weise über die geschäftlichen und privaten Aktivitäten von D., einem der beiden Verwaltungsräte der C. SA.
- Anfang 2001 war die A. Ltd. auf der Suche nach Investitionsmöglichkeiten. J., der wirtschaftlich Berechtigte hinter der A. Ltd., der selbst keinerlei Finanz- und Investitionskennnisse hatte, trat mit den beiden Verwaltungsräten der C. SA in Kontakt und verlangte von

ihnen ein Empfehlungsschreiben einer Bank. Die Bank B. kam diesem Wunsch im Februar 2001 nach.² Ein Mitarbeiter der Bank B. begleitete kurz darauf J. bei einem Treffen mit den beiden Verwaltungsräten der C. SA in London. Bei all diesen Kontakten verloren die Mitarbeiter der Bank B. gegenüber J. über ihre Erfahrungen mit der C. SA kein Wort.³

V. Urteile der kantonalen Instanzen

A. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil vom 17. September 2014 bejahte das erstinstanzliche Gericht den Anspruch der A. Ltd. gegen die Bank B. vollumfänglich. Die Bank B. habe ihre Informationspflicht verletzt, als sie auf Frage hin nicht erwähnt hat, dass

- sie den Fonds F3 nicht verstehe und diesen als Pfusch betrachte,
- der Fonds F1 habe liquidiert werden müssen, und
- der Verwaltungsrat D. der C. SA eine schlechte Presse aufweise.

Gestützt auf diese Unterlassungen habe die A. Ltd. die im Fonds F3 liegenden Gefahren nicht erkennen können und dabei ihr investiertes Kapital verloren.⁴

B. Zweitinstanzliches Urteil

Gegen dieses Erkenntnis erklärte die Bank B. Berufung. Die Chambre Civile der Cour de Justice des Kantons Genf verneinte mit Urteil vom 5. Juni 2015 den Anspruch vollumfänglich. In der vorliegend anwendbaren *execution only*-Beziehung müsse die Bank nur ganz ausnahmsweise oder bei Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses den Klienten informieren und warnen. Dieses besondere Vertrauensverhältnis bejahte das Gericht aufgrund des Emp-

fehlungsschreibens und der Mitreise eines Bankmitarbeiters zum Kennenlernen nach London, doch verneinte sie das Vorliegen informationswürdiger Tatsachen. Den Fonds F1 habe die C. SA selber geschlossen, weil er schlecht lief und weil sie den Wünschen der EBK nicht habe nachkommen wollen. Die schlechte Performance eines Fonds gehöre aber zum normalen Risiko. Beim Fonds F2, der gar nie die kritische Masse erreicht habe und den Betrieb nicht aufnehmen konnte, sei niemand zu Schaden gekommen. Die Presseartikel seien nur auf das Privatleben des D. gerichtet und die Schwierigkeiten mit dem Fonds F3 seien lediglich darauf zurückzuführen, dass die relevanten Personen diesen nicht verstanden hätten.⁵

VI. Erwägungen des Bundesgerichts

Die A. Ltd. ergriff die Beschwerde in Zivilsachen. Vor Bundesgericht ging es nicht mehr um das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses. Dieses lag unbestritten vor. Es ging nur noch darum, ob die Bank B. über Informationen verfügt habe – Verluste eines Fonds, Liquidierung der Fonds, Einschätzungen der Fonds, schlechte Presse –, die sie ihrer künftigen Bankkundin A. Ltd. hätte mitteilen müssen. Das Bundesgericht wirft in E. 3.3 der Vorinstanz vor, mehrere Aussagen von Relevanz *ohne Begründung* nicht berücksichtigt zu haben:

«La Cour de justice s'est manifestement fondée sur les déclarations de H. et K. [Anm. Mitarbeiter der Bank B.] pour retenir qu'au sein de la banque [Anm.: Bank B.], les personnes responsables de la relation avec la gérante externe [Anm.: C. SA] avaient constaté que le fonds F1 générerait des pertes. Sur cette même base, la Cour a en outre constaté que l'administration du nouveau fonds F2 avait été confiée à une société du groupe bancaire pour permettre à la banque de mieux suivre et contrôler la gestion de ce fonds. La Cour ne dit pas pour quels motifs elle a en revanche ignoré les déclarations des deux prénommés en tant qu'elles relaient des problèmes rencontrés avec la gérante externe, retenant uniquement la remarque faite par une autre collaboratrice au sujet des comptes débiteurs. [...].

Or, les déclarations citées ci-dessus (consid. 3.2) ont une incidence pour l'issue de la cause. En effet, si tant est que la banque ait constaté un manque de diversité dans la gestion opérée par sa partenaire d'affaires, ait jugé nécessaire de travailler avec des produits financiers de meilleure qualité dans la perspective d'octroyer des crédits lombards, ait fait en sorte de pouvoir contrôler la gestion du fonds nouvellement créé par sa partenaire et, enfin, ait refusé d'être la

² Es ging um das Empfehlungsschreiben, «[...] dans laquelle ils décrivaient l'activité et l'organisation de la gérante externe, présentaient le fonds F2 et mentionnaient que cette société était membre de l'Association suisse des gérants de fortune dont elle devait respecter le code de conduite. Au nom de la banque, les deux signataires attestaient entretenir une très bonne relation avec la gérante externe et ses administrateurs depuis le début de leur relation, soit depuis plus de deux ans; ils se disaient heureux de pouvoir confirmer leur satisfaction dans l'évolution de leurs affaires et l'«entrepreneurship» de ses administrateurs. Ils précisaient que cette recommandation était rédigée à titre d'information et n'emportait pas d'engagement de la part de la banque.» (BGer, 4A_369/2015, 25.4.2016, Sachverhaltsziff. A.f.).

³ Das relevante Wissen der Bank konzentriert sich hauptsächlich beim Direktor H., der sich mit den Fonds und ihrer Geschichte intensiv auseinandergesetzt, das Empfehlungsschreiben mitunterzeichnet und die Reise nach London begleitet hat.

⁴ BGer, 4A_369/2015, 25.4.2016, Sachverhaltsziff. B.a.; Cour de Justice GE, ACJC/660/2015, Sachverhaltsziff. D.e.

⁵ BGer, 4A_369/2015, 25.4.2016, E. 2.4; Cour de Justice GE, ACJC/660/2015, E. 9.2–9.4.

banque dépositaire d'un autre nouveau fonds dont elle ne comprenait pas le fonctionnement, elle ne pouvait alors rester silencieuse en voyant que la cliente s'apprêtait à investir massivement dans un tel fonds et lui demandait de surcroît un crédit. Le témoin H. a qualifié de «bricolage» les fonds F1 et ... en associant ce mot au mauvais rendement des fonds. Le terme comporte une connotation péjorative indiquant un manque de professionnalisme, qui s'explique en l'occurrence par une gestion insuffisamment diversifiée et par la qualité insuffisante des produits financiers. La banque n'a pas voulu assumer la responsabilité de banque dépositaire du nouveau fonds F3 nonobstant la rémunération normalement inhérente à ce type de fonction. Le directeur du département concerné, soit H., a expliqué avoir décelé une inconsistance dans la documentation, que l'administrateur de la gérante externe a tenté d'expliquer sans parvenir à le convaincre; la collaboratrice I. n'a pas davantage compris le montage, et le directeur s'est encore fait confirmer par un doctorant spécialisé dans les produits dérivés que le montage n'était pas compréhensible. Dans ce contexte, les doutes que la banque a éprouvés ne sauraient se réduire à un simple problème de compréhension généré par un montage sophistiqué qu'une personne plus avisée aurait su résoudre au sein d'une autre banque.

Par ailleurs, l'on ne saurait priver de toute portée les articles de presse parus au cours de l'année 2000. Même si ceux-ci se rapportaient à un projet de partenariat inabouti concernant un club de football, ils faisaient planer des doutes quant au sérieux de certaines relations d'affaires entretenues par D., doute qui semblait aussi planer dans l'esprit de certains partenaires. Pris dans le contexte global, cet élément n'est pas sans incidence, même s'il ne constitue pas un point déterminant.

La banque a certes pu considérer que le risque inhérent à l'importante ligne de crédit qu'elle octroyait était faible eu égard à l'assise financière de sa cliente. L'on rappelle que celle-ci avait versé dans un premier temps 38 millions de dollars avant de réduire son investissement à 15 millions [...]; le crédit a du reste été rapidement remboursé. Cela étant, le fait que la banque ait elle-même encouru un risque limité ne l'autorisait pas à méconnaître son devoir d'information et d'avertissement résultant du rapport de confiance particulier. Or, les craintes que la banque éprouvait déjà par rapport à l'octroi de crédits garantis par les précédents fonds d'investissement (notamment F1) devaient a fortiori s'appliquer au nouveau fonds F3, dont la banque ne voulait pas même endosser la responsabilité de dépositaire. Dans un tel contexte, la banque devait mettre en garde la cliente en lui révélant notamment qu'elle ne comprenait pas le montage et le fonctionnement du fonds et qu'il lui paraissait risqué d'investir dans un tel fonds.»

Gestützt darauf hob das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz auf und wies die Sache an diese zurück. Die Vorinstanz muss sich jetzt dazu äussern, ob es einen Grund gibt, die obigen Aussagen der Bankmitarbeiter zu den Fonds nicht zu berücksichtigen. Falls es keinen Grund gibt, muss die Vorinstanz die weiteren Voraussetzungen der Haftung prüfen.

VII. Bemerkungen

A. Einführende Bemerkungen

Angesichts der Prozessgeschichte könnte man versucht sein, einen *Grenzfall* zu bejahen: Die Erstinstanz bejaht den Anspruch vollständig, die Zweitinstanz weist diesen vollständig ab. Überdies spricht das Bundesgericht bei der Haftung stets von einer *ausnahmsweise bestehenden Informationspflicht*. Das Bundesgericht äussert sich zwar nicht darüber, ob der Anspruch besteht oder nicht. Es führt lediglich aus, dass die Vorinstanz begründen müsse, weshalb es die verschiedenen Aussagen der Bankmitarbeiter nicht berücksichtigt hat. Es schiebt aber nach, dass bei Fehlen eines Grundes die Vorinstanz die übrigen Voraussetzungen der Haftungen zu prüfen hat, da die Bank solche Informationen eigentlich der Bankkundin A. Ltd. hätte mitteilen müssen. Diesbezüglich lässt der bundesgerichtliche Entscheid keine Fragen offen. Uns erstaunt, dass die Vorinstanz zu einem anderen Ergebnis gekommen ist. In der Bank wusste man, wie die C. SA ihren Geschäften nachging und was davon zu halten war. Die Bank zog daraus diverse interne Konsequenzen. Dennoch verschwieg sie sämtliche Vorfälle, als hätte es diese nicht gegeben. Sie gab darüber hinaus für den wirtschaftlich Berechtigten J. – und damit auch für die A. Ltd., denn seine Rolle war wohl zumindest die eines Bevollmächtigten⁶ – sogar wie gewünscht ein Empfehlungsschreiben über die C. SA ab.

Um die Einschätzung des Entscheids als Grenzfall endgültig zu beseitigen, lohnt sich eine «Neunerprobe», die den Tunnelblick der Erwägungen erweitert und die Tragfähigkeit der bundesgerichtlichen Überlegungen einer Prüfung unterzieht.

⁶ Die Tatsache, dass der wirtschaftlich Berechtigte J. – und nicht die A. Ltd. – das Empfehlungsschreiben angefordert und von der Bank auch bekommen hat, kann unseres Erachtens dann keine Rolle spielen, wenn J. gegen aussen als zumindest stillschweigend Bevollmächtigter auftrat, vgl. dazu die Gedanken zu einem vergleichbaren Fall bei THILO PACHMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Unabhängige Vermögensverwaltung: Aufklärung, Sorgfalt und Schadenersatzberechnung, unveröffentlichtes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004 i.S. X. AG (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Y (Klägerin und Berufungsbeklagte), SZW 2005, 146 ff., 150.

B. Was begründet das Vertrauensverhältnis?

Unsere Argumentation startet mit den Überlegungen, wann eine Bank bei einer *execution only*-Beziehung ihre Kundin gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR vor einer für sie nachteiligen Investition warnen muss.⁷ Die Lehre hat diese Frage bereits ausführlich diskutiert.⁸ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll eine Warnpflicht nur ausnahmsweise bestehen, «*etwa 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 [...]*».⁹

Die Vorinstanz bejaht das besondere Vertrauensverhältnis und damit die Warnpflicht aufgrund der Abgabe des

Empfehlungsschreibens und der Teilnahme eines Bankmitarbeiters beim ersten Treffen mit der C. SA in London.¹⁰ Ein solches Vertrauensverhältnis verpflichtete die Bank in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch zur unaufgeforderten Beratung und Abmahnung. Zum Zeitpunkt, als die vertrauensbegründenden Handlungen stattfanden, existierte zwischen der Bank und der künftigen Bankkundin allerdings noch gar kein Vertragsverhältnis. In Frage käme daher eine Haftung der Bank für die Verletzung *vorvertraglicher Aufklärungspflichten*. Allerdings wird eine vorvertragliche Haftung, so die Vorinstanz, dann von vertraglichen Ansprüchen verdrängt, wenn die Parteien nach der Verletzung der Aufklärungspflicht einen Vertrag schliessen.¹¹ Da die Bankkundin in der Folge mit der Bank den *execution only*-Vertrag geschlossen hat, ging das Gericht in seiner Beurteilung von vertraglichen Ansprüchen aus, stützte sich dabei aber auf Handlungen vor Vertragsschluss.

Die Tatsache, dass die Vorinstanz auf vertrauensbegründende Handlungen vor Vertragsschluss abstellte, gibt Anlass dazu, die Ausnahmeregel des Bundesgerichtes genauer zu betrachten. So bezog sich die Rechtsprechung zur ausnahmsweisen Aufklärungspflicht bei *execution only*-Beziehungen stets auf bereits *bestehende, dauerhafte Geschäftsbeziehungen* zwischen einer Bank und ihrer Kundin.¹² Indem die Vorinstanz allein aus dem vorvertrag-

⁷ Bei der *execution only*-Beziehung handelt es sich um einen gemischten Vertrag mit Elementen aus Auftrag und Hinterlegung, so DIETER ZOBL/DAMIAN FISCHER, Haftung der Depotbank bei externer Vermögensverwaltung, in: Nedim Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, St. Gallen 2008, 513 ff., 516 f.; ALEXANDER I. DE BEER, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters – eine Replik, SZW 1998, 125 ff., 127; vgl. auch die differenzierende Qualifizierung von Konto- und Depotbeziehung bei JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich 2013, N 648 Fn. 1240 f.

⁸ Entschieden gegen eine Überwachungspflicht der Bank der externen Vermögensverwalterin HANSPETER DIETZI, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters, SZW 1997, 193 ff., 198 f. (mit einer ausnahmsweisen Warnpflicht in extremen Situationen, bei denen die Bank sicher ist, dass die Aktionen der Vermögensverwalterin die Interessen der Kundin verletzen); ebenfalls gegen eine vertragliche Überwachungspflicht ZOBL/FISCHER (FN 7), 527 ff., mit ähnlichen Ausnahmen; DE BEER (FN 7), 127 ff., bejaht eine Schadenabwendungs- und eine «summarische» Überwachungspflicht zum Schutz vor «liquider Interessensgefährdung» sowie eine dazu korrespondierende Abmahnungspflicht, insb. 128: «Deshalb hat sich die Bank so einzurichten, dass offensichtliche Gefährdungen des Deposubstrates erkannt werden können. Es geht nicht an, das Gesetz an das gegenwärtig Praktizierte, nämlich das organisatorisch Bequeme anzupassen und alles andere für unpraktikabel zu erklären»; für eine beschränkte Kontroll- und Informationspflicht bei *deutlich erkennbaren Treupflichtverletzungen* der Vermögensverwalterin von einer gewissen Intensität SCHALLER (FN 7), N 660; gegen eine Überwachungspflicht, aber für eine Informationspflicht zumindest bei erkannten schweren Verletzungen der Treupflicht und insbesondere deliktischen Handlungen der Vermögensverwalterin URS SCHENKER, Zwischen Marktrisiko und Haftung, Das Haftungsrisiko beim Anlagegeschäft, Zürich 2011, 33.

⁹ BGE 133 III 97 E. 7.1.2 und BGer, 4A_271/2011, 16.8.2011, E. 3. Auf diese Entscheide verweist das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid 4A_369/2015 in E. 2.3.

¹⁰ Cour de Justice GE, ACJC/660/2015, E. 9.4. Das Bundesgericht hatte die Frage, ob zwischen der Bankkundin und der Bank ein Vertrauensverhältnis bestand, nicht mehr zu prüfen. Indem es aber davon ausgeht, dass die Informationen eigentlich hätten mitgeteilt werden müssen, hätte es sich wohl nicht gegen das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses ausgesprochen. Zurückhaltender hier BEAT MATHYS, Externe Vermögensverwaltung und Depotbank, Zum Urteil des Bundesgerichts 4A_369/2015 vom 25. April 2016, Jusletter vom 22.8.2016, N 18.

¹¹ Cour de Justice GE, ACJC/660/2015, E. 9.1. Gemäss IOLE FARGNOLI, Culpa in contrahendo im «Dornröschenschlaf»? Zur vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag, SJZ 2011, 173 ff., vertritt die h.L. die *relative Absorptionstheorie*. Danach soll die Absorption vorvertraglicher Ansprüche dann relativiert sein, wenn sich der Anspruch aus culpa in contrahendo trotz bestehendem Vertrag nicht in diesem zu manifestieren vermag. Im vorliegenden Fall lässt sich das Kontinuum der Pflichten auf die Warnpflichten stützen, die auch bei einer *execution only*-Beziehung und bei einem Darlehen bestehen können; vgl. dazu auch RAINER GONZENBACH, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987 = ASR Heft 510, 52.

¹² BGer, 4A_369/2015, 25.4.2016, E. 2.3, und BGer, 4A_271/2011, 16.8.2011, E. 3. In BGE 133 III 97 E. 7.2 betrachtet das Bundesgericht die Bank sogar als eigentliche Anlageberaterin infolge des begründeten Vertrauensverhältnisses: «Die Vorinstanz ist zu Recht zum Ergebnis gekommen, dass im vorliegenden Fall keine blosses Konto-/Depot-Beziehung bestand, sondern die Beklagte auch als Anlageberaterin zu betrachten ist, obschon dafür keine Grundlage in Form eines ausdrücklich geschlossenen Vertrages bestand. Nach der zitierten

lichen Verhalten ein Vertrauensverhältnis ableitet, stellt sie zu Recht nicht auf eine dauerhafte Geschäftsbeziehung ab, denn diese bahnte sich im Zeitpunkt der notwendigen Aufklärung erst an. Die Aufklärungspflicht im vorvertraglichen Stadium lässt sich unseres Erachtens nur schlecht mit der späteren, allenfalls lange andauernden Vertragsbeziehung begründen. Das Vertrauensverhältnis lag im vorliegenden Fall vielmehr darin, dass die Bankleute die zukünftige Bankkundin nach London begleiteten, damit sie die Leute der C. SA kennenlernen konnte.¹³ Passender zur bisherigen Rechtsprechung wäre die Begründung der Warnpflicht aufgrund des Wissensvorsprungs der Bank gewesen. Bei der vom Bundesgericht statuierten Aufklärungspflicht handelt es sich bei genauer Betrachtung auch nicht um einen «Ausnahmetatbestand», sondern schlicht und einfach um die jedem Vertrag zwischen Bank und Kundin immanente Treuepflicht des Auftragsrechts gemäss Art. 398 Abs. 2 OR.¹⁴ Diese Treuepflicht verpflichtet auch schon im vorvertraglichen Verhältnis zur Aufklärung.¹⁵ In der Lehre wird die auftragsrechtliche Treuepflicht z.T. als «wesentliche Nebenpflicht» zur Hauptpflicht des sorgfältigen Tätigwerdens verstanden.¹⁶ Die Rechtsprechung scheint zwischen den beiden Pflichten zumindest mit Blick auf eine Freizeichnungsmöglichkeit keinen Unterschied zu machen (dazu näher unten).¹⁷ Eine Verletzung der Treuepflicht liegt dann vor, wenn eine Bank die mit einer Investition verbundene Gefahr für die Bankkundin erkennt oder auch bloss

erkennen muss¹⁸ und diese nicht warnt. Im vorliegenden Fall wusste die Bank, dass die A. Ltd. die Vorgeschichte der Fonds F1 und F2 nicht kannte, ansonsten hätte sie die Bank nicht um ein Empfehlungsschreiben über das Geschäftsgebaren der C. SA angefragt. Das Risiko hätte der Bank bewusst sein müssen, weil nicht einmal die Bankmitarbeiter das Konzept des Fonds F3 verstanden hatten. Aufgrund der Vorgeschichte hatte sich die Bank zudem selbst als Depotbank von der externen Vermögensverwalterin C. SA distanziert. In einer solchen Situation wäre die Bank also in jedem Fall auch schon vorvertraglich – und erst recht bei einer bestehenden Bankbeziehung, auch wenn «nur» eine execution only-Beziehung vorliegt – verpflichtet gewesen, vor den Gefahren der Investition zu warnen. Diese Warnpflichten zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie «ungefragt» bestehen. Sie stehen in einem auch ökonomisch stimmigen Gleichlauf zwischen Nutzen und Verantwortung: Wer wie die Bank ein Geschäft mit der künftigen Kundin an Land ziehen möchte, muss sich dabei Mühe geben, selbst wenn vielleicht noch kein Vertrag besteht. Bank und künftige Kundin sind schon jetzt voneinander abhängig und müssen auf den gegenseitigen Schutz des entgegengebrachten Vertrauens zählen können.

Das Bundesgericht hätte allerdings bedeutend einfacher zum gewünschten Ergebnis kommen können. Verlangt wie hier die potentielle Kundin explizit nach der gewünschten Information, hat die Bank unabhängig vom Typ der Vermögensverwaltung und ebenso unabhängig vom Vorliegen einer vorvertraglichen oder vertraglichen Situation ohnehin sorgfältig und treu zu antworten.¹⁹ Dies zeigt, dass für die Begründung der Warnpflichten gar keine Notwendigkeit der Berufung auf ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden hätte. Die Frage nach dem Empfehlungsschreiben alleine hätte schon genügt.

Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine solche formelle Grundlage 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.»

¹³ Vgl. die ähnlichen Überlegungen in BGer, 4A_477/2012, 22.1.2013, E. 2.1, und die ähnlichen Erfordernisse bei der Informationspflicht der Darleiherin in BGer, 4C.166/2000, 8.12.2000, E. 5b.dd.

¹⁴ SCHALLER (FN 7), N 657; SCHENKER (FN 8), 33.

¹⁵ BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 9, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), Art. 398 OR N 150 ff. (gestützt einzig auf den Grundsatz von Treu und Glauben).

¹⁶ BSK OR I-WEBER (FN 15), Art. 398 N 8 f.; SCHALLER (FN 7), N 657; BK-FELLMANN (FN 15), Art. 398 OR N 23 ff. und die Konkretisierung in N 143 ff.; vgl. zur Qualifikation der Aufklärungspflicht bei execution only-Beziehungen als Nebenpflicht im deutschen Recht BGH, XI ZR 431/11, 19.3.2013, N 27, in: NJW 2013, 3293 ff.

¹⁷ So BGer, 4C.158/2006, 10.11.2006, E. 2.3; BGE 124 III 155 E. 3a und 3c; zur Gleichbehandlung von Sorgfalts- und Treuepflicht im Rahmen der Pflichten von Art. 11 BEHG vgl. BSK BEHG-BAHAR/STUPP, Art. 11 N 81, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. A., Basel 2010.

¹⁸ Das Mass der Aufmerksamkeit richtet sich nach den Umständen. Unseres Erachtens darf von einer Bank durchaus eine erhöhte Aufmerksamkeit verlangt werden, vgl. zum Mass der Aufklärung allgemein BK-FELLMANN (FN 15), Art. 398 OR N 145, und SCHALLER (FN 7), N 659 Fn. 1272, der dazu den Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB heranzieht. Die Bundesgerichtsformel zur «ausnahmsweisen» Aufklärungspflicht selbst stellt darauf ab, dass die Bank bei «pflichtgemässer Aufmerksamkeit» eine Gefahr erkennen muss und nicht erkannt hat, siehe dazu vorne, ob FN 9 und das Zitat von DE BEER in FN 8. Vgl. dazu auch SCHALLER (FN 7), N 660, der hingegen eine *deutlich erkennbare* Verletzung von gewisser Intensität sowie Kenntnis der Bank vom Inhalt des Vermögensverwaltungsmandates voraussetzt.

¹⁹ BGE 133 III 97 E. 7.1.1; 119 II 333 E. 5a; BGer, 4C.205/2006, 21.2.2007, E. 3.4.1; BGer, 4C.410/1997, 23.6.1998, E. 3b, in: Pra 1998, Nr. 155.

C. Stellvertretungsrechtliche Alternative

Dieses Ergebnis möchten wir im Folgenden anhand der bereits erwähnten Neunerprobe stützen und dabei aufzeigen, dass auch andere Wege zu demselben Ziel führen. So gelangt auf das vorliegende Dreipersonenverhältnis zusätzlich *Stellvertretungsrecht* zur Anwendung: Zwischen der Vermögensverwalterin (C. SA) und der Bankkundin (A. Ltd.) besteht eine Vollmacht. Die unabhängige Vermögensverwalterin darf gegenüber der Bank (Bank B.) als Bevollmächtigte der Bankkundin (A. Ltd.) handeln. Auch im vorliegenden Fall haben die Parteien zwar einen Vermögensverwaltungsvertrag unterzeichnet, doch war die Sachlage insoweit anders, als die Bankkundin die Anlageobjekte offenbar zumindest teilweise selber auswählte.²⁰ In den Fällen, in denen die Bankkundin die Anlagen nicht selbst bestimmt, führt diese Konstellation zur entscheidenden Konsequenz, dass die Bank, der die Vollmacht regelmässig mitgeteilt wird, bezüglich der Vertretungsbefugnis der Vermögensverwalterin bösgläubig sein kann – weil das Geschäft den Interessen der Vertretenen widerspricht. Ist sie bösgläubig, kann sie sich nicht mehr darauf berufen, dass sie die Instruktionen der Vermögensverwalterin für ihre Kundin ausgeführt hat (Art. 33 Abs. 3 OR).²¹ Folge davon ist, dass sie das Konto ihrer Kundin nicht belasten kann und die Fondsanteile mit eigenem Geld bezahlt hat. Die Bankkundin kann zwar nicht Schadenersatz, wohl aber die Stornierung der Käufe verlangen. Im Rahmen der Beurteilung, ob die Bank als Dritte sich auf die Kundgabe der Vollmacht verlassen kann, kommt die Voraussetzung des guten Glaubens (Art. 3 ZGB) ins Spiel.²² Im vorliegenden Fall hat die Bank B. nicht nur die ihr eindeutig bekannten Tatsachen gegenüber ihrer Kundin verschwiegen, sondern auch sonst nicht die Sorgfalt an den Tag gelegt, die der Situation entspricht. Die Mitarbeiter der Bank B. haben intern mehrfach gesagt, dass sie den von der unabhängigen Vermögensverwalterin geführten Fonds F3 in seiner Funktionsweise nicht verstehen konnten. Dies hat offenbar zu Nachfragen bei mehreren Personen geführt. Darunter befand sich auch ein Dozent, der zu Derivaten an der Universität Lausanne eine Doktorarbeit verfasst. Da auch dieser den Fonds nicht verstand, zog es die Bank B. vor, nicht als Depotbank die-

ses Fonds zu agieren. Dies zeigt, dass die Bank offenbar gewusst hat, dass damit etwas nicht stimmen kann. Hat sie es nicht gewusst – und wäre damit nach Art. 3 Abs. 1 ZGB eigentlich gutgläubig – kommen nach dem Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB erhöhte Nachforschungspflichten hinzu: Wenn Leute vom Fach und sogar Experten ein Finanzprodukt nicht verstehen, *stellt dies ein gravierendes Problem dar*. Dann müssen vertiefte Abklärungen erfolgen.²³

D. Haftung aus Darlehensvertrag als Alternative

Die Bank B. schloss mit der Bankkundin A. Ltd. über die execution only-Beziehung hinaus auch einen Darlehensvertrag. Die Darlehensvaluta war für Investition in den Fonds F3 bestimmt. Weil der Bank als Darleiherin bewusst war, in welche Investitionen das geliehene Geld fliessen sollte, ist auch eine Haftung der Bank als Darleiherin zu prüfen. Die Haftung der Darleiherin ist vertraglicher oder vorvertraglicher Natur,²⁴ da die notwendige Warnung meist vor Abschluss des Darlehens erfolgt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Bank in der Phase vor Vertragsschluss grundsätzlich nicht mehr als ein anderer Verhandlungspartner verpflichtet, die spätere Kundin vor Risiken der Investition zu schützen. Eine Loyalitätspflicht, die eine Bank dazu verpflichtet, die Kundin «umfassend aufzuklären», soll die Bank nur ausnahmsweise treffen.²⁵ So hat sie z.B. auf eine für die Kundin nicht erkennbare, ihr aber bekannte Investitionsgefahr oder auf einen möglichen Interessenskonflikt hinzuweisen. Dasselbe gilt für Investitionen, bei denen die Bank über besondere Kenntnisse verfügt, weil die Investition «banknahe» Geschäfte betrifft, wie z.B. Wertpapieranlagen.²⁶ Die Bank wusste im vorliegenden Fall um die Vorgeschichte und hegte selbst Zweifel an Fonds F3, weshalb hier eine Pflichtverletzung genauso zu bejahen ist.

²⁰ BGer, 4A_369/2015, 25.4.2016, Sachverhaltsziff. A.i: «Le 18 juin 2001, la cliente a confié un mandat de gestion discrétionnaire à la gérante externe, en vertu duquel 60% environ des avoirs confiés devaient être investis dans le fonds F3.»

²¹ BGer, 4C.377/2000, 8.3.2001, E. 1a–c; BSK OR I-WATTER (FN 15), Art. 33 N 35.

²² Vgl. DE BEER (FN 7), 133; vgl. CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, *Le gérant de fortune indépendant*, Diss. Genf 2001 = Publications du Centre d'Etudes Juridiques Européennes, Zürich 2002, 230 ff.

²³ BGE 119 II 23 E. 3c.aa; zu diesem Massstab BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3 N 39, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch I*, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2014.

²⁴ Vgl. SUSAN EMMENEGGER, *Haftungsrisiken bei Immobiliarkrediten*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Immobilienfinanzierung*, Basel 2012, 39 ff., 48, unter Hinweis auf BGer, 4C.410/1997, 23.6.1998, E. 3 und 3c, in: Pra 1998, Nr. 155.

²⁵ BGer, 4A_513/2010, 30.8.2011, E. 7.1 (in BGE 137 III 453 nicht publiziert), in: Pra 2012, 271 ff., 281 f.; VITO ROBERTO, *Die Haftung der Bank als Kreditgeberin*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankhaftungsrecht*, Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel/Genf/München 2006, 93 ff., 111 f.

²⁶ BGer, 4A_513/2010, 30.8.2011, E. 7.1, in: Pra 2012, 271 ff., 281 f.; so auch ROLF H. WEBER, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Das Darlehen*, Art. 312–318 OR, Bern 2013, Art. 312 OR N 60; BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (FN 15), Art. 312 N 68a, die ein besonders risikobehaftetes «banknahes Geschäft» verlangen, bei dem die finanzierende Bank einen Wissensvorsprung aufweist; ROBERTO (FN 25), 112.

E. Punktueller Beratungsvertrag als Alternative

Im vorliegenden Fall hätte das Gericht die Formel zur «ausnahmsweisen» Aufklärungspflicht bzw. die – unserer Ansicht nach umfassend zu berücksichtigende – Treuepflicht nicht einmal bemühen müssen. J., der wirtschaftlich Berechtigte hinter der A. Ltd., bat die Bank B. um ein Empfehlungsschreiben, das er in der Folge auch erhielt. Zudem wirkte ein Mitarbeiter der Bank B. bei der Anbahnung des Vermögensverwaltungsvertrages mit der externen Vermögensverwalterin (C. SA) mit. In diesem Verhalten könnte unseres Erachtens nicht bloss eine vorvertragliche Haftung oder eine Haftung für Rat und Auskunft in Frage kommen, sondern wie im bekannten Fall der «*Emile Gallé-Lampe*» des Bundesgerichts²⁷ ein *punktuelle Beratungsvertrag* vorliegen. Die Eheleute richteten die Frage nach dem Wert ihrer Lampe an das Auktionshaus. Dieses schätzte den Wert unsorgfältig falsch ein, bestritt aber eine Haftung aufgrund des fehlenden Vertragsschlusses. Das Bundesgericht bejahete den Vertragsschluss und begründete diesen auch mit dem Interesse des Auktionshauses, später die Lampe im Rahmen einer Auktion veräussern zu können.²⁸ Die stark unterschiedlichen Pflichten – Schätzung einerseits, spätere Veräusserung an eine Drittperson andererseits – zeigen, dass das vorvertragliche Verständnis an Grenzen stösst. Die Schätzung gehört nicht zum Aufgabenheft des nachfolgenden Vertrags. Genauso verhält es sich im vorliegenden Fall: Die Beratung bezog sich nicht auf den später zu schliessenden execution only-Vertrag, sondern auf die künftige Rechtsbeziehung zwischen der Bankkundin und der externen Vermögensverwalterin und auf die Investition in deren Fonds. Es lagen folglich nicht nur andere Verträge, sondern auch andere Parteien vor. Die Frage nach einem Empfehlungsschreiben und der damit geäusserte Wunsch nach Beratung passen zum avisierten execution only-Vertrag wie die Faust aufs Auge. Solche Konstellationen könnte man mit dem einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis gut erfassen – oder eben mit einem punktuellen Beratungsvertrag, den die Gerichte in ähnlichen Fällen aus dem Bankenbereich mehrfach angenommen haben.²⁹

²⁷ BGE 112 II 347 E. 1a und 1b.

²⁸ BGE 112 II 347 E. 1b.

²⁹ Von einem «punktuellen Beratungsvertrag» ging auch das Handelsgericht Zürich aus, vgl. HGer ZH, HG140077, 6.4.2016, E. 7.2.2.2 und 7.2.3; vgl. auch BGE 119 II 333 E. 7a und BGer, 4C.410/1997, 23.6.1998, E. 3a (gesetzliches Schuldverhältnis) und 3b (konkludenter Beratungsvertrag), in: Pra 1998, Nr. 155; zum einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis vgl. MARTIN MOSER/BERNHARD BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23.6.1998, AJP 1999, 541 ff., 546 f.

F. Haftung für Rat und Auskunft als Alternative

Verneint man einen punktuell auf diese Beratung bezogenen Rechtsbindungswillen, käme auch eine Haftung für Rat und Auskunft in Betracht.³⁰ Die Haftung für Rat und Auskunft lässt sich nach Ansicht des Bundesgerichts sowohl aus Delikt als auch aus der Verletzung begründeten Vertrauens ableiten.³¹ Bei der deliktischen Haftung muss sich der Geschädigte für die Geltendmachung reiner Vermögensschäden auf eine Schutznorm berufen können.³² Eine Schutznorm leitete das Bundesgericht aus Art. 2 ZGB ab, wobei es bei den Fällen der Erteilung von Rat und Auskunft eine «rechtliche Sonderverbindung» zwischen den Beteiligten voraussetzt.³³ Die Vorinstanz hat das Verhalten der Bank zu ihrer späteren Kundin als Vertrauensverhältnis qualifiziert, weshalb die notwendige rechtliche Sonderverbindung vorliegt.

VIII. Ausblick

Banken könnten angesichts des bundesgerichtlichen Verdicts versucht sein, in den AGB zum *execution only*-Geschäft eine umfassende Freizeichnung vorzusehen. Schon für den vorliegenden Fall zeigt sich, dass dies nichts gebracht hätte. Generelle Überlegungen zeigen sodann, dass eine Freizeichnung nicht stets funktioniert.

- Unserer Einschätzung nach hat die Bank im Wissen um alle Ungereimtheiten ein uneingeschränktes Empfehlungsschreiben abgegeben. Die Haftung aus Vorsatz, Eventualvorsatz und grober Fahrlässigkeit lässt sich nicht wegbedingen (Art. 100 Abs. 1 OR). Da die Bank gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter die obrigkeitlich konzessionierten Unternehmungen fällt,³⁴ ist eine Freizeichnung gar nur im eingeschränkten Rahmen des Art. 100 Abs. 2 OR möglich. In ihren eigenen Angelegenheiten hat die Bank die Konsequenzen gezo-

³⁰ BGer, 4C.410/1997, 23.6.1998, E. 3c, in: Pra 1998, Nr. 155: «Vorvertragliche Warnpflichten können die Bank sodann treffen, wenn der unerfahrene Kunde erkennbar auf Auskunft, Rat oder Aufklärung durch die fachkundige Bank vertraut, oder wenn die Bank aus fachspezifischem Wissensvorsprung um eine drohende Gefahr einer Anlage weiss, welche der Kunde nicht zu erkennen vermag.»

³¹ BGer, 4C.193/2000, 26.9.2001, E. 5; kritisch zu diesem Entscheid EVELYNE WYSS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung für Auskunft, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.193/2000 vom 26. September 2001 i.S.A. (Kläger und Berufungskläger) gegen Bank X. (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2002, 112 ff., 115 ff.

³² BSK OR I-KESSLER (FN 15), Art. 41 N 31, m.w.H. zur Rechtsprechung.

³³ BGer, 4C.193/2000, 26.9.2001, E. 4a; WYSS/VON DER CRONE (FN 31), SZW 2002, 113. Zur Begründung der Widerrechtlichkeit einer Haftung für Rat und Auskunft s. auch BGE 111 II 471 E. 3.

³⁴ BGer, 4A_54/2009, 20.4.2009, E. 1; vgl. BSK OR I-WIEGAND (FN 15), Art. 100 N 11.

gen und die Zusammenarbeit mit Bezug auf den Fonds F3 abgelehnt. Dennoch hat sie die Akteure um diesen Fonds uneingeschränkt ihrer Kundin A. Ltd. empfohlen. Damit hat sie zumindest in Kauf genommen, dass diese zu Schaden kommt.

- Nach Ansicht einiger Autoren ist eine Freizeichnung von der auftragsrechtlich geschuldeten Sorgfalt nicht möglich, weil diese den *eigentlichen Kern des Vertrags* bildet (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR). Die Freizeichnung widerspricht dann der *Natur des Vertrags*.³⁵ Da die Erfüllung der Vertragspflichten verschuldensunabhängig geschuldet ist, ist die Freizeichnungsklausel doppelt widersprüchlich.³⁶ Das Bundesgericht lässt die Frage offen.³⁷ Nun haben die obigen Ausführungen gezeigt, dass es vorliegend eher um die Treuepflicht geht. Die Rechtsprechung indes unterscheidet bei der Thematisierung der Freizeichnungsmöglichkeit und bei der Begründung von Aufklärungs- und Warnpflichten nicht zwischen Sorgfalts- und Treuepflicht.³⁸ Auch wir erachten eine Freizeichnung für die Sorgfalt und auch für die geschuldete Treue als undenkbar, weil beide Pflichten den Kern des Auftrags ausmachen. Die Gegenmeinung, wonach die Freizeichnung sich nur auf die Vorwerfbarkeit – was zulässig wäre – nicht aber auf die Sorgfalt beziehe,³⁹ überzeugt jedenfalls im AGB-Bereich nicht: *Wie könnte man dies im Alltag voneinander unterscheiden?* Die Unklarheit bliebe immer bestehen, ob sich die Freizeichnung nicht doch auf die Sorgfalt bezieht. Nach der kundenfreundlichsten Auslegung müsste man folglich auf eine unzulässige Freizeichnung von der Sorgfalt erkennen, weil dies zur Nichtigkeit der Freizeichnung führt.⁴⁰ Auch eine Freizeichnung von der Treuepflicht in AGB ist unseres Erachtens gänzlich undenkbar. Dies zeigt schon die einfache Überlegung, dass das Bundesgericht beim Verzicht auf Retrozessionen, der direkt auf eine Verwischung der Treuepflicht zielt, einen *informierten Entscheid* verlangt, worauf man verzichtet. Ein Verzicht ist somit nur *en connaissance de cause* in

einem eng begrenzten Feld denkbar.⁴¹ Bei vermutungsweise ungelesenen AGB kann ein informierter Entscheid *per definitionem* nicht vorliegen. Diese Gedanken beanspruchen unabhängig davon Geltung, ob es um die Freizeichnung von den Warnpflichten im Rahmen der execution only-Beziehung oder um die Freizeichnung von den Sorgfaltspflichten bei Annahme eines punktuellen Beratungsvertrags geht.

- Ganz generell muss sich die Freizeichnung in AGB am Massstab des Art. 8 UWG messen lassen. Vorliegend spielt dieser keine Rolle, da es sich bei der A. Ltd. um eine Unternehmung und nicht um eine Konsumentin handelt. Die Freizeichnung beim Auftrag, so sie überhaupt möglich ist, schafft stets ein erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten. Die Dienstleistung der Bank ist massiv weniger wert, wenn diese für Handlungen ihrer Organe oder Mitarbeiter⁴² bei Sorgfalts- und Treuepflichtverletzungen, die zum Kern des Vertrags gehören, nicht mehr haften soll.

IX. Schlusswort

«Die Bank würde verdienen, ohne sich *«Mühe geben»* zu müssen.»⁴³ GEORG GAUTSCHI hat damit den Nagel auf den Kopf getroffen. Banken sollen sich auch bei execution only-Beziehungen nicht ihrer Verantwortung aus dem auftragsrechtlichen Vertrauensverhältnis gegenüber den Bankkunden entziehen können. Jedes vertragliche Verhältnis muss einen Gleichlauf von Nutzen und Verantwortung aufweisen. Treue und Sorgfalt bilden den Kern des Mandats. Die Pflichten der Bank richten sich nicht auf eine Beratung, sondern auf eine Warnpflicht, wenn die Bank merkt oder merken müsste, dass bei der Vermögensverwalterin etwas nicht stimmt. Fragt man sie um Rat, muss sie erst recht sorgfältig antworten.

³⁵ Vgl. die Hinweise bei BSK OR I-WIEGAND (FN 15), Art. 100 N 6.

³⁶ Dieser Gedanke bei THOMAS PROBST, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 531.

³⁷ BGE 124 III 155 E. 3c.

³⁸ Vgl. die Hinweise zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in FN 17; zur Unabdingbarkeit der auftragsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflicht auch GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/2, 4. Teilbd., Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. A., Bern 1971, Art. 395 OR N 71a ff.

³⁹ BSK OR I-WIEGAND (FN 15), Art. 100 N 6.

⁴⁰ Zur kundenfreundlichen Auslegung vgl. ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich. Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 203 f.

⁴¹ BGE 138 III 755 E. 6.3; vgl. MATTHIAS NÄNNI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006, 377 ff., 380 ff.

⁴² Zum besonders virulenten Problem der Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung vgl. ARNOLD F. RUSCH/PHILIP R. BORNHAUSER, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 2010, 1228 ff., insb. 1237.

⁴³ BK-GAUTSCHI (FN 38), Art. 395 OR N 71b.